■ 科技法学新视野 文章编号:1001-2397(2025)04-0132-14

网络平台恢复义务的理论证成与责任制度完善

于 波

(华东政法大学 知识产权学院,上海 201620)

摘 要:尽管我国已经引入"通知-必要措施"规则多年,但"恢复"是否属于网络平台的法定义务仍存在较大争议。恢复是一项法定义务,这既是相关法律条文的确切文义和体系解释后的当然结论,也是知识产权利益平衡论和法经济学视角分析的应有之义。在义务性质上,恢复义务是一项程序义务,其核心价值在于判断网络平台的主观过错。恢复义务的违反并不直接引发侵权实体法责任,实体法责任的界定仍应根据侵权责任构成要件来分析。恢复义务的法律责任条款可参照前端环节的"采取必要措施"条款进行完善,通过增加"法律责任"要素,为网络平台处理权利人与用户的纠纷提供明确的法律指引。

关键词:"通知-必要措施"规则;网络平台;恢复义务;程序性义务;过错界定

中图分类号:DF526 **文献标志码**:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2025.04.09 **开放科学(资源服务)标识码(OSID)**:

目 次

一、问题的提出
二、网络平台恢复义务定性的理论依据
三、网络平台恢复义务与侵权责任的引起
四、违反恢复义务的侵权责任完善
五、结语

收稿日期:2024-08-18

基金项目:国家社科基金重大项目"全球知识产权治理面临的主要挑战和中国方案研究"(23ZDA124)

作者简介:于波(1983-),男,山东邹平人,华东政法大学知识产权学院副教授,法学博士。

一、问题的提出

随着电子商务的高速发展,网络知识产权侵权问题也愈发突出,旨在限制与豁免网络服务提供商责任的“通知-删除”规则亦随之不断完善。《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)和《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)将“通知-删除”规则改进为“通知-必要措施-反通知-恢复”规则,这套简称为“通知-必要措施”的、逻辑环环相扣的诉前处理机制由两大规则版块构成,即前端的“通知-必要措施”,以及后端的“反通知-恢复”。然而,目前学界似乎主要关注前端环节的“通知-必要措施”,不仅对“反通知-恢复”关注较少,而且对于“恢复”是否是一项法定义务存在较大分歧。例如,在某斯达公司与某里巴巴公司的网络服务合同纠纷案①(以下简称“某斯达案”)中,法院最终否认了恢复的强制性,认为恢复与否是平台的选择自由,某里巴巴公司未恢复链接的行为并不违反法定义务。

反对恢复是一项法定义务的理由主要有以下几点:其一,对于《民法典》第1196条第2款和《电子商务法》第43条第2款中“应当及时终止所采取的措施”的措辞②,反对者或解释为“一种提示性、注意性的规定”③,或借用民事实体法上的不真正义务概念,将这里的“应当”解释为一种通常不得独立诉请履行、不遵守不致发生损害赔偿责任的强度较弱的义务④,或认为只是一种“基于合同应该给予的对于‘误删’的一种救济”⑤。其二,如果强制性地要求平台按照“反通知-恢复”程序来选择恢复或者不恢复相关内容,那么无异于是将该免责条款变成了归责条款。⑥ 因为在接到适格反通知且等待期内未收到投诉或起诉通知,平台若未按照规定程序进行恢复,则其只是不再享有免责条款的保护,而不必然承担对用户的侵权责任⑦,否则既忽略了帮助侵权的依附前提,即用户侵权行为的成立,又不一定满足一般侵权归责原则的过错要件。其三,法定义务的强制性将会带来平台“管道化”的危害,即如果将《民法典》和《电子商务法》的相关规定理解为强制性的法定义务,那么平台就只能成为权利人与用户之间的“信使”而非“裁判者”,这直接削弱了平台判断用户是否侵权的权利,平台严重“管道化”。⑧

恢复义务性的支持者在承认恢复规则具有强制性的大前提下,出现了“实体性义务”与“程序性义务”的分野。前者着眼于实体权利,认为“反通知不仅仅是程序性请求权,也是实体救济权利……

---

① 杭州互联网法院(2021)浙0192民初4442号民事判决书。

② 《民法典》第1196条:网络用户接到转送的通知后,可以向网络服务提供者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据及网络用户的真实身份信息。网络服务提供者接到声明后,应当将该声明转送发出通知的权利人,并告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院提起诉讼。网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内,未收到权利人已经投诉或者提起诉讼通知的,应当及时终止所采取的措施。

③ 薛军:《民法典网络侵权条款研究:以法解释论框架的重构为中心》,载《比较法研究》2020年第4期,第143页。

④ 参见薛军:《民法典网络侵权条款研究:以法解释论框架的重构为中心》,载《比较法研究》2020年第4期,第131-144页;参见刘晓春:《〈电子商务法〉知识产权通知删除制度的反思与完善》,载《中国社会科学院研究生院学报》2019年第2期,第134-135页。

⑤ 刘迪:《刍议电子商务平台服务提供者专利间接侵权中“通知—删除”规则的完善》,载《电子知识产权》2015年第6期,第26页。

⑥ 参见刘晓春:《〈电子商务法〉知识产权通知删除制度的反思与完善》,载《中国社会科学院研究生院学报》2019年第2期,第134-135页。

⑦ 参见杭州互联网法院(2021)浙0192民初4442号民事判决书。

⑧ 丁道勤:《〈电子商务法〉平台责任“管道化”问题及其反思》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第1-6页。

本身就是在保护自己、抵御妨害”①,具体又分为“归责条款论”②“免责条款下的绝对权请求论”③以及“注意义务论”④等。后者则将“通知-必要措施”规则的重心置于其程序设置之上,认为该规则的目的是“赋予平台服务提供商一定的程序性义务而换取其实质责任的减轻”⑤。

由此可见,关于恢复义务之争,反对者与支持者的多数观点都将其误解为“免责条款”与“归责条款”之间的争执。这是对恢复义务的局限化理解,粗糙地将法定义务等同于实体义务而忽略了程序义务的存在与价值。即使有个别观点注意到了恢复规则的程序性本质,但也只是一笔带过,并未阐明法理上的缘由。因此,本文拟从以下几个方面展开研究:首先,围绕恢复义务的法律定性,从解释论和实质正当性出发系统阐释“恢复”作为一项法定义务的理论依据;其次,从“通知-必要措施”的程序规则本质出发,论述恢复义务与侵权责任的引起关系;最后,在分析恢复义务与过错认定的关系的基础上,就违反恢复义务的侵权责任规则提出完善建议。

二、网络平台恢复义务定性的理论依据

“通知-必要措施”规则旨在促成当事各方互动合作,建立以网络平台为中介的调停利益冲突并遏制侵权的路径。网络平台不管是基于适格通知承担采取必要措施的义务,还是基于适格的反通知履行恢复义务,都具有明确的解释论依据。此外,从平衡知识产权权利人、网络平台、平台用户等各方利益而言,要求网络平台承担恢复义务本质上是让网络平台以牺牲较小的自由为代价来换取其自身的合规发展,避免网络平台在处理海量信息时动辄得咎,最终更好地实现网络平台的权益。

(一)网络平台恢复义务的解释论依据

正如上文所述,对于《民法典》第 1196 条第 2 款和《电子商务法》第 43 条第 2 款中“应当”的措辞,有些学者将其解释为一种提示性规定,或者是一种通常不得独立诉请履行、不遵守不致发生损害赔偿责任的强度较弱的义务。对此,有必要从法解释学的基本解释方法出发,分析是否需要对“应当”进行解释,“应当”是强式要求还是弱式要求以及“应当”意指“必须”是否符合立法目的。

1.《民法典》第 1196 条第 2 款中“应当”的文义

在具体讨论如何理解相关法律规定的文义之前,有必要先澄清“理解”与“解释”之间的区别以及明确“理解”是否必须经过“解释”。通常而言,在获得明确规定文义的过程中,“理解”指的是一种被动的状态,它意味着法律规定的接收对象知道如何去践行这一规定;而“解释”则是指一种主动的行为,它意味着解释者需对规定文义进行探究,并以实现理解为目标。⑥ 对此,需要区分两种“理解”,一种是能够通过直觉瞬时自发得出结论的理解,称为“自发理解”;另一种是不能通过直觉当即

① 黄薇君、李晓秋:《论网络服务提供者的专利权审查义务——兼评〈专利法修订草案(送审稿)〉第 63 条第 1、2 款》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2017 年第 4 期,第 101 页。

② 参见李小草:《网络平台的“避风港”适用及多重规制研究——兼评我国首例小程序侵权案》,载《北方法学》2019 年第 5 期,第 26-37 页;程啸:《论我国〈民法典〉网络侵权责任中的通知规则》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 6 期,第 137-149 页;浙江省高级人民法院联合课题组:《关于电商领域知识产权法律责任的调研报告》,载《人民司法》2020 年第 7 期,第 65-73 页。

③ 参见鲁春雅:《网络服务提供者侵权责任的类型化解读》,载《政治与法律》2011 年第 4 期,第 117-127 页;刘文杰:《〈电子商务法〉“通知-删除”规则之检讨》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2019 年第 6 期,第 13-20 页。

④ 参见陈瑜:《电子商务法中“通知-删除”规则的适用》,载《人民司法》2020 年第 25 期,第 88-92 页。

⑤ 参见陈瑜:《电子商务法中“通知-删除”规则的适用》,载《人民司法》2020 年第 25 期,第 92 页。

⑥ 参见陈坤:《重申法律解释的明晰性原则》,载《法商研究》2013 年第 1 期,第 89 页。

作出反应而需要自觉进行推理的理解,称为“自觉理解”。[①] 法律解释拥有详细夯实、精密细巧的方法论指导,这显然是一种有意识的、自觉的推理过程,只存在于“自觉理解”的情形之下。并且法律解释的启动也不是任意的,只有在法律规定本身不清晰、不明确时,法律解释才有必要。[②] 需要注意的是,这里的“不清晰、不明确”针对的是规定,而非狭义的语言层面的文字规约性意义,因为文本含义的得出往往存在复杂的影响因素——语言习惯、语言语境、立法者的主观目的、法律的客观目的等。相反,在法律规定明确且清晰时,“自发理解”则是顺利且自动的,因此,“理解”并非必须经过“解释”。

由此,当法律文本明确使用“应当”而非“可以”时,一般无需进行法律解释即可顺利作出义务性规范的“自发理解”。因为法律文本的受众往往处于同一个语言共同体中,拥有相似的经验并共享语言习惯。“应当”作为立法者的一种要求意指“必须”,此种理解是法律中的常态,也是社会规则的常态。全国人大常委会法制工作委员会发布的《立法技术规范(试行)(一)》(法工委发〔2009〕62号)在“三、法律常用 词语规范”中指出:“‘应当’与‘必须’的含义没有实质区别。法律在表述义务性规范时,一般用‘应当’,不用‘必须’。”这种常态深刻影响着法律受众的语言习惯与社会经验,使“应当等于必须”在多数情况下足以形成“自发理解”。此外,规则本身就是节约决策成本的一种努力。[③] 既然规则中的一般法律词项已经拥有了常态化的理解,那么实践也不需要每次都从立法目的、体系关系等方面来推理该词项的确切含义,从而极大降低法律适用的成本,避免法律运行的低效。

在此基础上,《民法典》第1196条第2款和《电子商务法》第43条第2款已经为恢复的法定义务属性提供了直接且明确的依据。这两个法条明文规定:“电子商务平台经营者接到声明后,应当将该声明转送发出通知的知识产权权利人,并告知其可以向有关主管部门投诉或者向人民法院起诉。电子商务平台经营者在转送声明到达知识产权权利人后十五日内,未收到权利人已经投诉或者起诉通知的,应当及时终止所采取的措施。”[④]该条款在同一个段落中有两处出现了“应当”,而仅有一处出现了“可以”,可见此时立法者有意将“应当”所指向的属性区分于“可以”,即区分于自由的选择状态。这在作为法律受众主体的社会公众的认知中明显可辨。质言之,社会公众在阅读完《民法典》第1196条第2款和《电子商务法》第43条第2款后即会意识到立法者表达了这样一种愿望与要求:平台在收到用户适格的反通知后必须要恢复相关的信息,而不允许擅自裁断。因此,恢复具有法定义务属性属于“自发理解”,无需进行法律解释的推理。

2.《民法典》第1196条第2款中“应当”的体系解释

恢复义务的反对者并不认可对《民法典》第1196条第2款和《电子商务法》第43条第2款中的“应当”采取常态化的理解。其主张此处的“应当”仅标示着一种“提示性、注意性”规定或是一种强度较弱的不真正义务,这与《民法典》合同编中的减损规则相类似,即非违约方“应当采取适当措施防止损失的扩大”,但是如果没有采取上述措施,并不会引发损害赔偿责任而只是不得就扩大的损

① 参见陈坤:《“法律解释”的概念厘定》,载《法学家》2022年第2期,第35页。
② 参见孙海波:《不存在疑难案件?》,载《法制与社会发展》2017年第4期,第65页。
③ 参见陈坤:《重申法律解释的明晰性原则》,载《法商研究》2013年第1期,第87页。
④ 该规定中的“终止所采取的措施”即是本文所讨论的“恢复”。

失请求赔偿。[①] 此外,按照要求的强度,“应当”又可以被分为两类:一类是强烈反对主体作出相反行为选择的强式要求,具有强制性;另一类是可以容许主体作出相反行为选择的弱式要求,不具有强制性。[②] 尽管前者是法律用语中的常态,后者是少数的例外,但“应当”仍然可能面临“自觉理解”的追问。同时,由于两种文本含义的存在是客观的,这种主张也难以通过文义解释直接回应。

然而,这些追问与挑战并没有触及义务性的根本。退一步讲,即使暂时忽略“自发理解”而进入“自觉理解”阶段,借助体系解释对上述两种“应当”的含义加以斟酌后,依旧可以得出恢复应是一种强制性规则而非或然性规则的结论。

从体系解释出发,结合《民法典》第 1195 条和《电子商务法》第 42 条的内容可知,平台用户之所以要提交声明要求恢复,是因为网络平台先前基于知识产权权利人单方面的通知对用户的信息采取了暂时的必要措施。此时,如果用户不能通过提交与权利人的通知具有对等效力的声明来进行恢复,那么权利人与用户之间的利益状态将明显失衡,用户的程序性利益将受到不公平的损害,且这种损害直接来源于网络平台的拒绝恢复行为。事实上,长期以来无论是立法还是司法实践,二者对平台用户利益的保护均不够充分。对于平台而言,其可以轻而易举地移除用户发布于平台上的信息,进而影响用户的流量效益或是言论自由。正是这种控制力使得平台与用户利益保护之间具有更强的确定性。故为实现体系上的利益平衡,恢复应当是一种强制要求,强制对象是网络平台而非被投诉的网络用户。

综上所述,针对《民法典》第 1196 条第 2 款和《电子商务法》第 43 条第 2 款的规定,“应当”意指“必须”是法律规则的常态,法律文本的普通受众无需开启法律解释即可完成“恢复具有强制性”的“自发理解”。即便需要考虑“应当”所客观存在的两种文本含义,即强式要求与弱式要求,基于维护利益平衡之体系化考量,也应作出“恢复具有强制性”的“自觉理解”。“某斯达案”将“应当”弱化为提示性规定,这是对法律文义的曲解。若依该案逻辑,平台可任意裁量是否恢复,那么用户反通知的权利将沦为形式,利益平衡机制亦会被架空,最终导致“通知-必要措施”规则成为权利人的单向武器。唯有通过刚性约束统一治理权责,将恢复确定为平台之义务,为平台提供明确的行为指引以遏制选择性执法,才能真正构建良好的网络知识产权规范秩序。因此,恢复作为法律规定的强制性规则在外在的表现形式上属于法定义务。

(二)网络平台恢复义务的理论正当性

恢复义务法定亦能保障各方利益平衡。“正义是社会制度的首要价值。”[③]对于一项义务而言,正义价值亦是其正当性基础的重要来源。在知识产权法中,对创造者、传播者、使用者三方的利益协调不仅是正义价值的体现[④],还是实现正义价值的应有之义。恢复作为“通知-必要措施”规则的组成部分,探讨其是否为网络平台的法律义务要从该规则的整体运行过程出发,考量其与权利人、被诉侵权用户的利益关系这一具体语境。从私益的角度出发,义务本质上是主体追逐的利益反射下所需要付出的行为成本,而这一成本的付出是基于彼此间的期望与信任,即富勒所提出的确定法律义务的“互惠论”——法律义务的存在需以主体之间相互承认对方合理适当履行自己的期待为前

① 参见薛军:《民法典网络侵权条款研究:以法解释论框架的重构为中心》,载《比较法研究》2020 年第 4 期,第 143 页。

② 参见张恒山:《义务、法律义务内涵再辨析》,载《环球法律评论》2002 年第 4 期,第 448-449 页。

③ [美]约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社 2009 年版,第 1-2 页。

④ 参见吴汉东:《知识产权法价值的中国语境解读》,载《中国法学》2013 年第 4 期,第 17-18 页。

提,如果一方未以自己希望被对待的方式来对待对方,则另一方就不负相应的义务。[①] 具体而言,各方主体的利益关系可以通过权利、权力与义务的设置来加以调节。

首先,网络平台与知识产权权利人之间存在法律义务的互惠关系。其中,权利人负有合法维权、不滥用平台投诉机制与治理资源、维护平台正常秩序的义务;相应地,网络平台负有维护知识产权的法律义务,即平台在接到权利人投诉通知后须及时采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施,防止损失进一步扩大。

其次,知识产权权利人是"通知-必要措施"环节中的通知权人,用户是"反通知-恢复"环节中的反通知权人,尽管二者分别处于通知权法律关系与反通知权法律关系中,但双方主体之间依然互负互惠法律义务进而影响平台恢复义务的存在与承担。具体而言,知识产权权利人享有发出通知、提出自己侵权主张并要求采取必要措施的权利,用户应承担维护权利人合法权益、不侵犯知识产权的义务;与此同时,用户享有提出反通知、声明自己未侵权并要求恢复的权利,知识产权权利人应当履行不滥用投诉机制、恶意损害用户合法利益的义务。在二者利益关系呈现互惠均衡的状态下,平台作为中立的第三方,只有将恢复作为其法律义务,使用户在提交适格反通知后获得恢复的保障,才能防止程序利益的明显失衡。

最后,在平台与用户之间的权利、权力与义务关系中,赋予平台以恢复义务能确保用户与平台之间的动态利益平衡。用户一旦入驻网络平台便需要签署协议、接受规则,其具有服从平台自律管理的义务,这令平台在"通知-必要措施"环节拥有了基于适格通知而对被针对的用户信息采取必要措施的权力,加之平台与用户之间本就已经因实力悬殊而形成法律地位平等但实质不平等之局面,二者的利益失衡状况较为严峻。此时平台更应负如下义务,即尊重和保护用户的合法利益,尽量减少错误通知给用户带来的现实与潜在损失。

鉴于权利人认识能力有限所带来的不属实侵权指称风险,结合《电子商务法》第 1 条规定的"为保障电子商务各方主体合法权益"的立法目的,基于公平原则的考量,法律在给予权利人 15 日维权静默期"偏袒保护"[②]的同时,亦应确认平台与用户之间法律义务的互惠关系,即恢复应当是平台的法律义务,从而最大程度地遏制权利滥用。在恢复义务之下,平台采取必要措施的权力可以受到用户的监督与制约,真正的争议可以转由法院处理,错误的必要措施也可以得到及时的补救。因此,恢复义务作为利益平衡的重要工具是正义价值的要求。

综上所述,只有设置恢复义务,才能从机制上预防权利人与网络平台的权利滥用与权力滥用,平衡法律关系中各方主体的利益,实现公平正义的法治价值。同时,只有设置恢复义务,才能有效落实"通知-必要措施"规则的沟通桥梁作用,实现诉前纠纷的快速解决,在制度内将效率价值最大化,最终在创造者激励、公众使用自由与平台治理责任之间实现动态平衡。正义与效率的双重逻辑,共同证成了恢复义务法定化的正当性——其既是对罗尔斯"公平的正义"理念的制度化实践,亦是对富勒所言"法律道德性"中效率追求的回应。因此,设置恢复义务具有内在价值逻辑上的正当性。

① [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 26 页。

② "通知-必要措施"规则中必要措施的行使无需请求法院就能产生一种类似诉前禁令的法律效果。

三、网络平台恢复义务与侵权责任的引起

将恢复定位为一项义务有其解释论依据和理论正当性,然其与侵权责任的引起关系仍有必要基于义务的具体性质作进一步的探讨,以防止责任缺失导致义务定性结论的无价值。尽管“通知-必要措施”整体上构成免责机制,但并不妨碍恢复作为程序性义务内置其中,且在特定情形下引发侵权责任。结合制度功能,从平台特性、法理原则以及责任缺失导致的负面效应出发,可以得出平台违反恢复义务需承担侵权责任的正当性和必要性。

(一)网络平台恢复义务与免责条款的关系

基于“通知-必要措施”免责条款的定位,否定恢复义务的观点常认为,如果将恢复确认为一项法定义务,那么义务的不履行会带来责任的承担,免责条款无异于变成了归责条款。[①] 然而,这一观点忽略了恢复义务究竟属于实体义务还是程序义务的前置性问题,从而进一步导致网络平台恢复义务与免责条款的关系无法厘清。

其实,作为“通知-必要措施”的后端环节,恢复带有鲜明的程序法色彩。程序的核心是实现交涉过程的制度化,通过角色分化与交涉使程序参加者各司其职,相互配合又相互牵制,以作出自由、理性的选择。[②] “通知-必要措施”规则便是一套在平台、权利人与用户三方之间展开交涉的程序。从外观上看,法条通过“……接到通知后,应当……,并将……”以及与之类似的表述,将其中的“通知”“必要措施”“反通知”“恢复”等法律行为有步骤地串联起来,安排了清晰的时序;同时设置了“及时”“十五日内”的时限要求;在法律行为的表现方式上规定“应当及时公示收到的本法第 42 条、第 43 条规定的通知、声明及处理结果”。从内在上看,“通知-必要措施”规则并非只是单纯的步骤,其核心是实现制度化的交涉,具有“对话+中立”的理性结构。具体而言,权利人与用户是居于对立面的当事人,平台是对话的传递者和决定的执行者。权利人通过通知发表认为用户涉嫌侵犯其知识产权的意见,用户通过反通知发表认为自己并不构成侵权的意见。通知与反通知的发送对象都是平台,平台再通过转通知使当事人获悉对立面的意见。制度化的交涉正是通过平台这一中介得以实现。[③] 此外,在司法实践中不少法院已经习惯性地将“通知-必要措施”规则称为“通知-必要措施”程序[④],上海市第一中级人民法院在上海某询实业有限公司诉浙江某宝网络有限公司等网络侵权责任纠纷案[⑤](以下简称“上海某询实业公司案”)中也明确指出,“某宝公司对某询公司采取的必要措施因某宝公司未实施反通知程序导致未能及时终止”。

仅以“不恢复”是否会导致侵权责任作为义务定性的判断标准,其实仅考虑了实体性义务而忽

---

① 参见刘晓春:《〈电子商务法〉知识产权通知删除制度的反思与完善》,载《中国社会科学院研究生院学报》2019 年第 2 期,第 134-135 页。

② 参见季卫东:《法律程序的意义》(增订版),中国法制出版社 2012 年版,第 26 页。

③ 需要注意的是,尽管“必要措施”和“恢复”看似均由平台作出选择,但平台并非实质意义上的决定者,其选择空间受到很大程度的限制——程序已经预设了对应结果,“通知-必要措施”规则中真正的决定者实为平台背后的法律,而平台只是决定者的实现载体。

④ 例如,在上海市闵行区人民法院(2016)沪 0112 民初 27718 号民事判决书中,法院认为“权利人在涉案电影公映期已实施了全程监控措施,及时发现了被告网站上存有播放涉案电影的侵权行为,及时启动了通知删除程序寻求保护”;又如,在上海知识产权法院(2017)沪 73 民终 224 号民事判决书中,法院认为“对于知名度不高的商业影视片,权利人完全可以首先通过通知删除程序寻求保护而非诉诸司法程序”。

⑤ 上海市第一中级人民法院(2020)沪 01 民终 4923 民事判决书。

视了程序性义务的存在。这种观点或是从过错责任与帮助侵权责任的构成要件出发,认为“未采取措施”不等于“过错”以及侵权判定仍需要以直接侵权的存在为前提①,因而得出恢复不是法定义务而只是指示性规定的结论;或是以“通知-必要措施”规则作为认定主观过错的方式在侵权判定中具有重要作用为由②,得出恢复属于归责条款的结论。程序性义务的性质判定与侵权责任的认定,是分属于程序和实体两个不同领域的问题。恢复义务的正常履行并不会引发侵权责任。从法定义务与免责条款、归责要件之间的关系看,免责条款是指免于或限制承担实体责任的条件;归责要件是指应当承担实体责任的条件。二者的落脚点都在于结果上对实体责任的影响。而法定义务是法律规定的具备外在强制性和内在价值性的行为要求。在逻辑顺序上,行为先于结果,某种行为要求的结果既可以是免责,也可以是担责,具体取决于各国立法政策的选择。在法律性质上,免责条款与归责要件是立法关于责任分配的功能定位,而法定义务是立法对于行为强制性与否的价值判断。故不论是归责要件还是免责条款,都非法定义务的必然归宿,而要视具体的法律语境而定。

在《电子商务法》的设定中,“恢复”的运行常态是以义务的履行来换取实体责任的减轻,即只要平台按照规定履行了义务,就可以免于承担对权利人或用户的侵权责任;只有在其违反了义务的特定情况下,才会产生承担侵权责任的可能性。此时,恢复义务的功能重在免责,而非归责;其责任分配属性是免责条款,而非归责要件。事实上,英国在2010年的《数字经济法案》中就已规定了通知用户版权侵权报告的义务(Obligation to notify subscribers of copyright infringement reports)。③ 德国在2021年修订的《网络执行法》中引入了反陈述程序,加强了对用户权利的保护,同时对网络提供者提出了系列要求,其中包括“必须确保”(muss gewährleisten)在其希望对反陈述进行补救的情况下,将一方提出的反陈述立即通知另一方,并在一个合理的时间内给另一方陈述其立场的机会,以及立即将其审查决定转达给投诉人和用户,并逐案说明理由。④ 虽然《网络执行法》并非网络知识产权领域的规定,但其仍然可以反映出国际社会对于平台规制的关注以及向平台施加义务的趋势。因此,恢复是免责条款下的法定义务,其中并不存在实际的冲突与障碍。当然,尽管恢复的义务定性不会影响“通知-必要措施”免责效用的发挥,但这并不代表程序性义务内置于免责条款就能获得“违反义务不承担责任”的效果。毕竟在程序法的发展历史中,其与实体法的关系不是绝对割裂、互不相干的,而是相互交融、紧密交叉的。程序法以保障实体法的有效实现为目的,法律程序成为实体权利和义务实现的方式和条件。⑤

(二)违反程序性恢复义务的间接侵权责任

互联网时代,知识产权保护与网络自由的边界始终处于动态博弈之中。“通知-必要措施”规则作为中间方的“避风港”,其立法本意不仅在于通过程序性框架约束网络平台的行为,划定免责情形,更在于借助责任机制的调适,实现各方的实体利益平衡,最终规范网络环境的知识产权治理。然而,在恢复义务定性的基础上,现行法律对违反恢复义务的规制存在结构性缺陷:无论是《民法典》还是《电子商务法》,均只说明了网络平台应当及时终止所采取的措施,但并未就网络平台若未

① 参见薛军:《民法典网络侵权条款研究:以法解释论框架的重构为中心》,载《比较法研究》2020年第4期,第131-144页。

② 参见徐伟:《通知移除制度的重新定性及其体系效应》,载《现代法学》2013年第1期,第58-70页;王杰:《〈电子商务法〉中通知-删除条款之定性与适用》,载《中国政法大学学报》2021年第5期,第182-194页。

③ Digital Economy Act 2010 § 124A.

④ Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes Vom 3. Juni 2021 Artikel 1.

⑤ 参见孙笑侠:《法律程序剖析》,载《法律科学(西北政法学院学报)》1993年第6期,第3-9页。

履行恢复义务所需承担的具体责任作出明确规定。甚至网络平台可以根据《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第五条的规定,以其删除行为是基于权利人的有效通知为由进行抗辩,从而规避违约或侵权责任。这使“通知-必要措施”规则在司法实践中被异化为单向的责任豁免条款,进而引发知识产权保护与用户权益保障的失衡。虽然恢复的义务性不直接产生归责的效果,但在特定情况下,不履行该义务仍会产生实体法上的侵权风险①,向平台课以侵权责任有其正当性。

首先,网络平台自身固有的经营性使得需要为其匹配责任,以引导其忠实履行恢复义务。在作为规则的执行者之前,网络平台首先是一个理性自利的商主体。② 在规则运行的实践中,平台基于自身利益的需要,在权衡守法和违法的成本与收益后,往往会出现“选择性守法”的现象。③ 换言之,当权利人与用户产生纠纷时,平台有时会遵守“通知-必要措施”规则,采取相应的必要措施或恢复措施;有时又会冒着侵权的风险,对合格的通知或反通知置若罔闻,漠视法律的明文规定。因此,在规则设计上,若平台无需对未及时恢复而导致的损害承担责任,那么其便有可能简化反通知的审核程序,从而在最大程度上规避与权利人发生冲突或未来被诉侵权的风险。这种责任缺位而引发的平台在处理用户反通知时表现出的消极态度,可能导致平台沦为权利人的“版权执行工具”,最终在实质上架空“反通知-恢复”规则。

其次,要求平台不履行恢复义务即承担责任,是权责一致与利益平衡原则的必然要求。如前所述,网络平台在“通知-必要措施”规则中扮演的角色具有双重属性,其虽然是私主体,但其管理者身份亦不容忽略。随着互联网和电子商务的蓬勃发展,技术能力和法定义务的叠加使网络平台突破了单纯中介性市场主体的角色,平台权力具备了管理监督的性质。④ 这种“准行政权”赋予了平台一定程度的公共管理职能,且网络平台往往拥有自成体系的治理规则与纠纷解决机制,具备对平台用户迅速采取制裁措施的能力。根据权责一致的原理,平台在享有管理权的同时,亦应就其怠于恢复的行为承担责任。若平台仅单向享有删除屏蔽权而无需承担不履行恢复义务的后果,则将导致权力滥用,侵害平台用户的合法权益。此外,从利益平衡的角度考量,违反恢复义务却不承担责任将会产生严重的不对称性。平台在收到权利人的合格通知后,如果没有及时采取必要措施,需要就损害扩大的部分与用户承担连带责任;而在权利人错误通知的情况下,平台不及时解除措施同样会造成用户损失的扩大,若责任主体仅限于权利人,这无疑会导致责任的失衡。在这种责任安排状态下,非恶意的权利人仅因为错误通知,却需要承担全部损失(包括平台未及时解除措施而导致的扩大部分的损失),这无疑加重了正当维权的知识产权权利人的负担,最终可能导致部分权利人因过于谨慎而无法及时发出通知制止用户的侵权行为。并且,由于平台不会因为不恢复而承担责任,故其往往更倾向于按照权利人的通知要求,直接对用户的内容采取措施,放松甚至放弃对用户反通知的关注,最终阻碍“通知-必要措施”机制中“对话+中立”功能的发挥。

最后,恢复义务与责任的脱钩会产生负面社会效应和额外的社会成本。一方面,责任缺失会滋长平台面对反通知的不作为,为权利人滥用通知机制实施不正当竞争行为提供可乘之机,进而导致

① 如用户发送了符合要求的反通知,且权利人在规定时间内未起诉或通知情况下,平台未及时终止措施,产生了损害后果。

② 此处的“理性自利”仅指在通常情形中进行的行为预设。

③ 参见徐伟:《网络侵权治理中通知移除制度的局限性及其破解》,载《法学》2015 年第 1 期,第 131-141 页。

④ 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,载《法学研究》2020 年第 2 期,第 42-43 页。

合法经营用户的产品或内容被网络平台错误地删除或屏蔽。并且,平台不履行恢复义务的行为实际上会推动损害的持续扩大,因为平台的不作为虽非直接侵权,但通过延长措施的持续时间,间接放大了用户因经营停滞产生的经济损失。同时,平台处理反通知的效率低下可能引发连锁反应,如用户因内容被屏蔽而无法进行宣传推广,导致其品牌价值受损、市场机会丧失,甚至触发其他关联方的违约或侵权行为。特别是在电子贸易场景中,平台内经营者往往依赖稳定的流量与曝光度维持生存,若平台在转通知后的合理期限内仍未及时终止采取的措施,将导致平台内的经营者长时间处于经营停滞的状态,严重干扰正常经营者的经营活动,并进一步影响交易秩序。另一方面,当权利人的错误通知给平台用户造成损害时,平台怠于履行恢复义务会增加用户寻求自我救济的难度和成本,此时用户不得不通过诉讼手段维权,增加司法负担。此外,平台积极响应权利人的通知,却消极无视用户的合格反通知,这会导致用户产生不信任感,最终损害用户合理期待,甚至造成内容生态的萎缩。

综上所述,“反通知-恢复”规则作为“通知-必要措施”整体逻辑架构中不可或缺的一个环节,它不仅是平台内经营者应对权利人的错误通知或恶意通知时维护自身权益、减小损失的重要救济渠道,也是保障“通知-必要措施”制度的设计初衷得以实现、对权利人和用户进行平等保护的必然要求。因此,为确保这一规则得到有效执行,有必要对网络平台不履行恢复义务的行为课以相应的法律责任。

四、违反恢复义务的侵权责任完善

“通知-必要措施”规则并没有改变网络平台承担侵权责任的一般原则,即间接侵权与过错归责原则。如上文所述,平台作为网络中介服务商,其纯粹技术上的服务不是侵权风险的来源。“必要措施”和“不恢复”既是“通知-必要措施”程序中的一环,又是利益损害实际诞生的节点。然而,直接行为的存在不等于直接侵权的发生。可责难的行为根源在于权利人的错误通知,“必要措施”或“不恢复”实质体现的也是权利人的意志,平台只是担任了一个帮助性的角色。因此,在恢复阶段,平台可能承担的责任类型仍旧是间接侵权责任,其责任构成要件是加害行为、损害后果、因果关系、过错以及隐含的前提——直接侵权的成立。

(一)恢复义务的违反与主观过错的界定

在间接侵权的判断过程中,恢复义务的履行与网络平台主观过错的界定紧密相关,并通过过错架起了与实体侵权责任之间的桥梁。所谓过错,是指行为人“具有的一种应受非难的心理状态”①。这种状态主观抽象,难以探究,需要借助客观外在的行为表现才能加以衡量判断。质言之,过错的衡量标准关键在于具有可责难性的行为。在司法实践中,平台违反恢复义务的过错形态可分为故意不履行与过失不履行两类。前者表现为平台明知反通知适格却基于利益驱动拒绝恢复,如“某斯达案”中平台以第三方未认定侵权为由压制用户救济权,其主观恶意体现为对程序义务的违反;后者则源于技术缺陷或管理疏漏,如用户提交完整反通知材料后因算法误判导致恢复迟延,此时需结合平台的技术投入水平与行业一般标准综合判断过错程度。无论是过失还是故意,过错的认定均

① 张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 68-69 页。

需以客观化的行为标准为核心。对于过失而言,英美国家的“理性人标准”与大陆国家的“善良家父标准”虽源于不同法系传统,却殊途同归——均以对注意义务的违反作为可责难性的来源。对于故意而言,行为人知道自己实施了加害行为,主观上的知道与客观上对法定义务的违反共同为这一加害行为注入了可责难性。从制度功能看,过错认定的客观化不仅为司法裁判提供了可操作性标准,更对平台治理形成了正向激励。当恢复义务的履行状况与过错认定直接挂钩时,平台为避免责任风险,将主动优化反通知处理机制,从而推动“通知—必要措施”规则从纸面规范转化为实质运行的治理秩序。这种以责任倒逼合规的逻辑,正是过错理论衔接程序义务与实体责任的核心价值所在。

法定义务的违反之所以具有可责难性,根本原因在于法定义务的背后是为法律所认可并据以制定规则的正当性标准,义务的不遵守意味着对此类正当性标准的违反。① 对于故意不履行,平台主观上明知适格反通知的存在却拒绝恢复,客观上通过程序性权力干预实体争议,既违反了《电子商务法》第 43 条的程序义务,又悖离“技术中立”原则对平台角色的应然定位;对于过失不履行,虽无直接恶意,但其未达到理性平台应具备的注意水平,本质上是对用户程序性救济权的消极漠视。值得注意的是,我国《民法典》第 1165 条明确“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任”,此处的“过错”虽未区分故意与过失,但通过体系解释可知,平台违反恢复义务的行为已实质满足过错要件,即无论是出于故意还是过失,均因违反法定义务而具备可责难性。

根据《民法典》第 1196 条和《电子商务法》第 43 条的规定,适格的反通知需包含“不存在侵权行为的初步证据”,这一要求实质上是为平台创设了判断反通知适格性的客观标准。当用户提交符合形式要件的反通知时,平台即被推定知道用户存在不侵权的可能性。这种知道并非对实体侵权事实的实质认知,而是基于程序规则对争议状态的盖然性认知。换言之,法律通过初步证据的形式审查门槛,将平台置于中立观察者地位,要求其意识到用户可能存在合法抗辩空间,进而产生对恢复措施的程序性期待。此时在主观状态上,平台知道用户侵权与否都存在可能性,采取必要措施而不履行恢复义务可能会损害用户的正当权益。在“上海某询实业公司案”中,二审法院也认可了“作为纠纷服务提供者的某宝公司,在双方都有证据的情况下,其理应预见到侵权或不侵权都存有可能”②。并且,恢复的程序性义务与不侵害他人信息利益的实体性义务在此交汇,二者呈现一体两面的关系,即从程序法视角看,恢复是平台基于反通知适格性必须履行的动作要求;从实体法视角看,不恢复行为可能构成对用户信息传播权、经营权等合法权益的侵害。二者虽分属不同规范领域,但在行为外观上高度重合。平台在没有履行程序性义务的同时,也意味着其没有履行实体上的义务。于是,主客观相结合便产生了可责难性,从而产生了过错。

需要注意的是,程序性义务的违反仅为侵权责任成立提供了可能性而非必然性。根据间接侵权责任的法理,平台责任的最终成立仍需满足三项核心要件:直接侵权行为的存在、平台主观过错以及因果关系。即便平台未履行恢复义务,若权利人最终被法院认定投诉属实,即用户确实构成直接侵权,则平台的不作为因缺乏直接侵权这一前提要件而无需担责。因此,即使平台没有履行恢复义务,也不必然会引起实体上的侵权责任。这正是《民法典》第 1195 条第 2 款与《电子商务法》第 42 条第 2 款中“未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任”的深层逻

① 参见于波:《网络服务商知识产权审查义务研究》,法律出版社 2024 年版,第 191–194 页。

② 上海市第一中级人民法院(2020)沪 01 民终 4923 号民事判决书。

辑——该条款的适用始终以直接侵权成立为隐含前提。诚然,上述条款的表述在逻辑上确有漏洞,即在实践中若脱离体系解释孤立理解“未及时采取必要措施”,可能会错误地将程序义务违反等同于实体责任构成,以至于走向归责要件的定性偏差。但如上文所述,该规定的核心意义应当在于明确“通知-必要措施”规则与间接侵权之间存在过错这一桥梁。

(二)违反恢复义务的配套侵权责任条款

就立法技术而言,《民法典》第1196条第2款和《电子商务法》第43条的“应当”是否意味着是网络平台的一项法定义务,需要依靠法律规范的逻辑结构完整性来实现。目前关于法律规范逻辑结构的认识有“二要素说”“三要素说”和“四要素说”等不同观点,且各类学说观点内部又有新旧之分,可谓百家争鸣。“二要素说”认为法律规范由行为模式和法律后果两部分组成,其核心在于通过行为指引与责任威慑的双重作用实现规范目的;“三要素说”提出法律规范应包括“假定、处理和制裁”三要素,强调规范内部条件、行为与后果的因果链条;“四要素说”则主张法律规范应当由“主体、适用条件、行为模式、行为后果”四项因素组成,侧重于对法律关系中各方权利义务进行精细化安排。虽然各派学者各抒己见,但是其共通之处在于均强调了“制裁”或“法律后果”这一核心要素,即任何形式的法律规范都需包含对违反规范行为的责任追究机制,否则将沦为缺乏强制力的道德宣示。“三要素说”在我国法学理论中长期占据主流地位。该学说最早由法学家科尔库诺夫在1887年出版的《法的一般理论》一书中以专门的篇幅论述,并经苏联法学界改造而成。① 从规范结构的实践功能来看,“假定”明确了法律规则的适用条件,“处理”规定了主体的行为模式,“制裁”则指向违反义务的法律后果。三者通过“如果……则……否则……”的逻辑链条形成闭环,既为行为主体提供明确指引,也为司法裁判确立统一标准。鉴于法律规范中的正当行为模式与制裁措施规定实际上分别具有保护和调整功能,因而在多数情形下,“假定”和“处理”规定在一个条文中,“制裁”则分置在另一条文中。此种法律规范的立法表达模式在规定“通知-必要措施”规则前端环节的“采取必要措施”时,便通过《电子商务法》第42条第2款予以体现,即“如果平台经营者接到权利人的通知,则应及时采取措施和转送通知,否则对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任”。

“通知-必要措施”规则的设计初衷绝非仅为权利人提供单向的“维权武器”,其核心价值在于构建一种精密的平衡机制,即在有效保护知识产权权利人合法权益的同时,竭力避免对网络平台正常运营秩序造成不当干扰,并充分保障平台用户的正当使用利益。这种权利人、平台与用户三方权益的动态平衡,是该规则得以发挥其制度效能的基础。这种规范化与体系性的要求,必然体现为法律规范内在逻辑结构的统一性。审视“通知-必要措施”规则的前端环节,即平台基于适格通知采取必要措施的义务,现行法律已明确设定了违反该义务的法律责任,构成了包含行为模式和法律后果的完整法律规范逻辑结构。根据法律体系内部的一致性原则,即一部成文法内部规则和原则间的一致性②,该规则的后端环节,即平台基于适格反通知的恢复义务,亦应与“必要措施”条款一样采类型化设计。这意味着,除了同样使用“应当”这一规范模态词设定明确的行为模式之外,必须引入“引起法律责任的可能性”这一关键要素,明确规定违反该程序性义务所需承担的相应法律后果。唯有如此,才能确保规则前后环节在责任配置上的逻辑自洽与力度均衡,避免后端义务因缺乏制裁

① 参见舒国滢:《法学基本范畴研究:法律规范的逻辑结构》,载《浙江社会科学》2022年第2期,第27页。

② 参见熊明辉、杜文静:《科学立法的逻辑》,载《法学论坛》2017年第1期,第87页。

而沦为具文。比较法的实践亦印证了程序性义务的强制力需以法律后果为保障。以欧盟《数字服务法案》(DSA)为例,其不仅要求大型在线平台建立透明、高效的内容治理机制,更对用户申诉(类似于反通知)的处理设置了严格的操作时限。更重要的是,DSA 明确规定:若平台未在法定期限内恢复被错误移除的合规内容,用户有权向独立的争议解决机构申诉。同时,平台需承担因违反 DSA 所导致的行政罚款与民事赔偿责任。[①] DSA 的这一制度设计清晰地表明,程序性义务的强制性绝非空谈,其效力必须通过清晰、有力的法律后果方能得到实质性的确立和保障。现行立法虽以"应当"明确了平台的恢复义务,却未同步设置违反义务的"制裁"条款,导致规范结构断裂。这种"有义务无责任"的立法疏漏,客观上削弱了恢复义务的约束力,也为平台选择性守法提供了操作空间。

要弥合这一断裂,需回归法律规范逻辑结构的基本原理,在恢复义务条款中补足"制裁"要素。具体而言,可以参照《民法典》第 1195 条"必要措施"条款的立法技术,在《民法典》第 1196 条第 2 款和《电子商务法》第 43 条第 2 款之后明确责任条款,增设"平台未及时采取恢复措施造成损害的,对扩大损失与权利人承担连带责任"的规定。该条款可改造为:"网络服务提供者/电子商务平台经营者接到声明后,应当将该声明转送发出通知的知识产权权利人,并告知其可以向有关主管部门投诉或者向人民法院起诉。电子商务平台经营者在转送声明到达知识产权权利人后十五日内,未收到权利人已经投诉或者起诉通知的,应当及时终止所采取的措施。平台未及时终止所采取的措施,造成平台内经营者损害的,对损害的扩大部分与权利人承担连带责任。"连带责任的制度设计遵循过错责任原则,即平台因违反程序义务承担过错责任,权利人因错误通知构成基础侵权,二者在各自过错范围内对扩大部分损失负责。如此一来,既避免平台因单纯技术服务被苛责,又防止权利人借通知机制转嫁全部风险。

在损害认定层面,"扩大部分"需严格限定为平台接到合格反通知后,因怠于恢复导致的直接经济损失,如电商大促期间的流量损失、品牌搜索排名下降导致的交易机会减少、恶意通知持续期间的商誉贬损等,而应排除不可预见的损失或间接损失。同时,应设置平台责任豁免条件,如平台能证明其未恢复系因用户的反通知未附身份证明、不存在侵权的初步证据等形式瑕疵,或恢复内容涉及危害国家安全、公共利益等法定禁止性情形,或权利人在等待期内已提起投诉或诉讼,在上述情形下平台可免责。如此设计,既通过连带责任倒逼平台严格遵守"通知-必要措施"程序、规范审查流程,以实现法律规范内部不同结构要素的因果性与完整性[②],又以损害限缩与豁免条款防止责任泛化,使"恢复义务"条款与前端的"必要措施"条款形成逻辑闭环。前端未及时采取措施的,平台对损害扩大部分与用户连带;后端未及时恢复的,平台对扩大部分与权利人连带,最终实现法律规范中行为模式与法律后果的因果衔接,帮助平台在权利人与用户的纠纷中保持程序中立,避免因未采取必要措施或未及时恢复而陷入"双向责任"困境。

五、结语

长期以来,部分学者将平台"恢复"的义务性与平台实体侵权责任相等同,甚至担心恢复义务会

① Data Services Act 2022 § 16,17,22,23.

② 参见朱力宇、叶传星主编:《立法学》(第 4 版),中国人民大学出版社 2015 年版,第 241-245 页。

将平台的“避风港”规则改变为课加平台责任的归责制度。其实不然,恢复作为程序性义务与实体侵权责任的认定相互独立,互不干涉。只有当面对适格的反通知,平台超越程序规定作出不恢复决定时,这一程序性义务才与不得侵害用户信息利益的实体义务产生重合。恢复的程序义务性为平台主观过错的认定提供了外在化的依据,实体性义务的违背奠定了平台实体法责任的基础,并最终联动影响了平台实体责任的承担。因此,一方面,赋予恢复以义务性不会给平台带来直接的实体责任;另一方面,只有赋予恢复以义务性,才能真正提供判断平台过错状态的法律工具,才能准确界定平台的间接侵权责任,也才能避免将“避风港”规则异化为平台永远都不需要承担责任的网络治理规则。ML

The Oretical Justification Liability and Improvement for Restoration Obligation of Online Platforms

YU Bo

(School of Intellectual Property, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: Although China has implemented the “notice-necessary measures” rule for many years, significant controversy remains over whether “restoration” constitutes a statutory obligation for online platforms. Restoration is a statutory obligation, representing both the precise textual meaning and systematic interpretation of relevant legal provisions, as well as the necessary implication from intellectual property interest balancing theory and law and economics analysis. Regarding obligation nature, restoration obligation is a procedural obligation whose core value lies in determining online platforms' subjective fault. Violation of restoration obligation does not directly trigger substantive tort liability; substantive liability determination should still be analyzed based on tort liability constituent elements. Legal liability clauses for restoration obligation can be improved by referencing “taking necessary measures” clauses in frontend processes, adding “legal responsibility” elements to provide clear legal guidance for online platforms handling disputes between rights holders and users.

Key words: “notice-necessary measures” rule; online platforms; restoration obligation; procedural obligation; fault determination

本文责任编辑:黄　汇