

这些主权性权利的内涵既可见于《联合国海洋法公约》第77条的明文规定,也延展到其他不为公约所载、但与大陆架有紧密联系的海洋剩余权利。按照《联合国海洋法公约》第77条的规定,“沿海国对大陆架的权利并不取决于有效或象征的占领或任何明文公告”<sup>[3]</sup>,中国对于东海大陆架拥有永久性的固有主权权利,即使20世纪五六十年代中国政府对此并未有明确的宣示或实质性的行使。然而由于海洋在社会发展中占据着重要地位,大陆架上的丰富海洋资源对于当代各国的发展关系重大,因此各国为了自身利益而极力争夺大陆架上的海洋资源。目前中日东海划界争议的本质,即是日本基于自身经济和地缘政治等方面利益的考虑,无端指责和干预中国在东海大陆架上的正常勘探与开发活动,并公然争夺原本就属于中国的主权权益。由此可见,东海海域资源开发的潜藏价值是周边各方对该海域海底资源及岛屿主权产生争议的一大诱因,这足以验证汉斯·摩根索的那句经典论断:“利益是衡量和指导政治行动的永恒标准。”<sup>[7]</sup>在此需要重点指出的是,东海大陆架的划界问题并非仅仅具有单纯的法律特征,因为东海大陆架的重要性并不仅限于其蕴藏有极为丰富的油气资源,同时它也是攸关我国国家安全的海洋战略要地。日本抢占东海大陆架的企图蓄谋已久,即便是明知其并无有利的法律依据,也依然要千方百计地混淆视听,完全无视国际海洋法的基本规则并不惜损害中日关系的发展大局。其中固然有追逐经济利益的现实动机,但中日两国在东海战略利益上的结构性矛盾才是争执产生的根源。因此,尽管纯粹意义上的法律分析并不足以实现东海大陆架划界纠纷的彻底解决,但以国际法为武器,可以更充分地揭露日方主张的非法性并有力驳斥其无理逻辑,从而有助于在法律和道义上支持我国在此问题上所进行的合法合理斗争。

## 二、钓鱼岛主权归属争议及其对中日东海大陆架划界的影响

### 1. 钓鱼岛问题的由来

与台湾岛同处东海大陆架的钓鱼岛及其附属岛屿,是位于东海南部、台湾东北部、中琉界沟(俗称“黑水沟”)的西北侧、冲绳诸岛以西、八重山列岛以北的岛群,主要包括有钓鱼岛、黄尾屿、赤尾屿、南小岛、北小岛、北岩、南岩、飞岩等8座岛礁,陆地总面积约6.344平方公里,其中钓鱼岛主岛呈番薯形,东西长约3.5公里,南北宽约1.5公里,面积约4.5平

方公里。

钓鱼岛的主权自古属于中国,是中国神圣不可分割的领土的一部分。早在明永乐元年(公元1403年)就见于由明朝前往琉球的使臣所明文记载的《顺风相送》一书中,当时被称为“钓鱼屿”。明朝戚继光抗倭时期钓鱼屿为中国海防的前哨。倭患平息后,钓鱼岛成为中国与琉球航路往来的海上航标。钓鱼岛的归属早在中国明清时期就是十分清楚的:中国属国琉球国在其琉球36岛全图中并不包括钓鱼岛。1786年日本仙台藩的林子平在其制作的《三国通览图说》之《琉球国全图》中,也将钓鱼岛标注为中国的版图。日本真正开始觊觎钓鱼岛是在其非法并吞琉球国之后。1884年,日本福冈人古贺辰四郎在钓鱼岛上收集鸟粪,进而声称其“发现”了钓鱼岛,向时任日本内务卿山县有朋申请在岛上建立灯塔及其他可标识为日本的国标。山县有朋为此与时任日本外务卿井上馨磋商,井上馨认为:“此岛屿近清国之境,较之前番勘察已毕之大东岛方圆甚小,且清国已命其岛名。近日清国报纸等,风传我政府欲占台湾近旁之清国所属岛屿云云,对我国心怀猜疑,我国已屡遭清政府之警示。此时若公然骤施立国标诸策,则易为清国所疑。窃以为目下可暂使其实地勘察,细报港湾之形状及有无开发土地、物产之望,建立国标、开发诸事可留待他日。”<sup>[8]</sup>因此日本在表面上暂缓了其窃占钓鱼岛的计划,直到1895年日本在甲午对华侵略战争中获胜,通过《马关条约》强迫清政府割让辽东半岛及台湾岛,而附属于台湾的钓鱼岛则被日本划入冲绳县管辖。1945年日本战败,冲绳被美军直接托管,钓鱼岛则被美军当成靶场使用。根据《开罗宣言》和《波茨坦公告》的内容,钓鱼岛本该像台湾一样回归祖国的怀抱,但战后世界局势的迅速变化以及中国新民主主义革命的胜利,使美国对日本的态度发生了从压制到扶持的180度大转弯。1951年美国主导的《旧金山对日和约》片面对日媾和,却将中国(包括台湾地区的国民党当局)和苏联排除在外。1953年由美国直接管理的琉球当局将其“施政范围”擅自扩张到钓鱼岛。1971年冲绳结束托管,美国本欲将钓鱼岛计入冲绳群岛之内直接移交给日本,日本也趁机借势配合,大造钓鱼岛主权归属日本的舆论声势。日美在钓鱼岛问题上狼狈为奸的做法在世界范围内引发了全球华人的强烈抗议,轰轰烈烈的保钓运动由此展开。中国政府也在第一时间关注到了钓鱼岛的地位及权属问题。1970年12月,新华社、人民日报纷纷发表评论员文

章,强调“台湾省及其所属岛屿,包括钓鱼岛、黄尾屿、赤尾屿、南小岛、北小岛等岛屿在内,是中国的神圣领土”。<sup>[9]</sup>美国见状不再提钓鱼岛的主权移交,玩起了其向日本移交的只是对钓鱼岛的“施政权”即行政管辖权的诡辩措辞,但其并未真正改变与日本在钓鱼岛问题上私相授受的实际行为。自此广大海内外爱国人士开始了以“登岛”为主旨诉求的前赴后继的保钓行动,中国大陆和台湾地区也在正式场合多次表达了对日本窃占钓鱼岛行为的严正抗议。2010年9月,日本巡逻船在钓鱼岛海域非法抓扣了一艘中国渔船,并将船长押到日本审判。此后,中国的渔政和海监力量开始在钓鱼岛海域开展常态化的护渔巡航。2012年9月,日本野田政府悍然颁布了将钓鱼岛“国有化”的法令,再次激化了中日两国在钓鱼岛问题上的矛盾。中国海监护航编队加强了对钓鱼岛的巡航力度和频次,以实际行动打破了日本声称的其对钓鱼岛的“实际控制”。与此同时,中国加强了以法律手段维护自身领土和海洋权益的力度,在积极开展对钓鱼岛的常态化巡航与监控的同时,公布了钓鱼岛的领海基线并划定了12海里的领海范围,同时向联合国大陆架界限委员会提交了中国在东海海域的外大陆架划界申请,从而将钓鱼岛的主权议题及东海大陆架的划界问题推向了以法律武器为斗争手段的新高度。

## 2. 中国对钓鱼岛享有无可辩驳的主权依据

首先,从国际法上领土的先占取得的角度上讲,日本有意混淆“无人地”和“无主地”的本质区别。日本声称,其“发现”了钓鱼岛,因此对钓鱼岛享有主权的依据是先占,因为日本曾反复确认过,钓鱼岛上没有清朝统治过的痕迹。然而,无人地未必一定无主,在传统国际法上,只有无主地才能适用领土的先占取得。钓鱼岛的自然环境不适合人类居住,但这不妨碍其权属有主。最早发现钓鱼岛的中国人要比最早发现钓鱼岛的日本人早400多年。根据中国史籍的记录,钓鱼岛及其附属岛屿的发现时间不会晚于明初,甚至有可能更早。另一个证据也可以证明日本所谓的“发现钓鱼岛”的主张根本站不住脚:在1900年前,日本对于钓鱼岛及其附属岛屿的早期纪录,均采用的是中文名称,其中主岛钓鱼岛被称为“鱼钓岛”(Uotsuri),其余群岛亦采用“赤尾屿”、“黄尾屿”等中文名称。现在日本对钓鱼岛冠以“尖阁列岛”的日文称谓,实际上最早是来源于1884年英国海军在形容钓鱼岛诸岛一带的礁石时,所首次采用的“Pinnacle Islands Group”(尖阁岛群)一词。这

种称谓在1900年被日本冲绳县师范学校一位名叫黑岩恒的教师翻译成日文“尖阁列岛”(Senkaku Retto),但直到1950年代,日本外交部在“日本外交文书”中才首次将尖阁列岛确定为日本对钓鱼岛的官方称谓。<sup>[10]</sup>

其次,日本不认为钓鱼岛为台湾的附属岛屿,其主权移转与1895年日本从清朝手中割占台湾不同;《马关条约》全文无一处提到钓鱼岛。日本还认为,台湾在日据时代归日本驻台总督府管辖,而钓鱼岛则归属于日本本土的冲绳县石垣市。显而易见的是,日本这一条论据还是以所谓“钓鱼岛是无主地”的说法为基础的。日本声称钓鱼岛是“无主地”的另一条理由是其内阁于1895年1月14日所通过的内阁秘密决议,决定在钓鱼岛建立国标并正式划入日本版图。但根据国际法上主权的自然转移理论,主权自然转移的前提,必须为“和平而稳定”,同时必须对外“公开”其占据行为。日裔学者Unryu Suganuma就指出日本政府占领时通过的是秘密决议,并未公开颁布占领钓鱼岛的法令,这就难以说服国际社会相信1895年后中日两国关系是处于“和平而稳定”的状态。在1885年日本内务卿山县有朋给冲绳的复函中,也多次强调古贺辰四郎的事件“勿让传媒得悉”。

综合上文所述,无论是地理、历史论据还是法律论证都可以说明,中国对钓鱼岛享有无可辩驳的主权,日方各项主张无论是从历史依据上还是从法理依据上都十分匮乏。

## 3. 钓鱼岛主权归属对东海大陆架划界的影响

钓鱼岛的主权历来毋庸置疑属于中国,但现为日本所非法控制。钓鱼岛问题在中日东海大陆架划界争议中并不具有全局意义,但领土主权的归属问题,向来是国际法上所有国家间争议问题中最基本最首要的问题。更何况东海大陆架的划界问题直接牵涉到我国国家利益的维护,因此钓鱼岛问题的存在,也将不可避免地给东海大陆架划界问题产生或多或少的影响。由于中国向来主张冲绳海槽构成了中日大陆架的天然边界,而日本则认为中日是大陆架共架国,冲绳海槽仅构成中日两国相连大陆架中的一个偶然凹陷,并且强烈坚持东海大陆架的划界原则应以等距离中间线原则为首要基准。但冲绳海槽附近的地质地貌形态无疑是日本主张的一大硬伤。因此日本在很大程度上把希望寄托在它对于钓鱼岛的“实际控制”上。日本相信,因为钓鱼岛位于冲绳海槽以西,如果日本能顺利获得对钓鱼岛的主权及实

际掌控,那么日本就可以以钓鱼岛为基点,在冲绳海槽以西划出大面积的专属经济区和大陆架,这就意味着中日确实是东海大陆架的共架国,自然延伸的划界原则就不能得以顺利适用,从而大幅度削弱中国关于其大陆架自然延伸到冲绳海槽的观点。但中国与欧美的大多数学者认为,钓鱼岛及其附属岛屿各岛因淡水不足、泥土不厚、风浪较大,不适合人类定居,为无人岛,不能满足人类生产生活的需要。因此按照《联合国海洋法公约》第121条的规定,钓鱼岛只能享有内水、领海而不能拥有大陆架和专属经济区。由此可知,无论钓鱼岛的最终主权归属如何,其对东海海域的整体划界工作所起的作用和影响理当忽略不计。因此,将钓鱼岛的主权归属与东海大陆架的整体划界脱钩,并在中日两国的东海大陆架划界谈判中对其采以“零效力”的处理方式是比较妥当的。这既与《联合国海洋法公约》的有关规定相契合,同时也有助于东海大陆架划界谈判工作的实际推进。

### 三、中日关于东海大陆架划界的主张比较

公平原则作为一项得到普遍承认的大陆架划界基础原则,是大陆架划界的首要原则,同时也是指导性的原则。<sup>[11]</sup>它产生于国际实践。该原则最早是由美国发表的《杜鲁门公告》提出的,它指出:如果大陆架延伸到其他国家的海岸或者是与其他国家共处于同一大陆架,那么应与其他相关国家依据公平原则来确定边界界限。<sup>[12]</sup>此后,国际法院通过北海大陆架案、利比亚-马耳他大陆架案进一步强化了这一原则。<sup>[13]</sup>无论是从公平原则刚提出来时所体现的理论精髓被人认可,还是其后有关国际法院判例中的适用,均表明公平原则拥有合乎事物逻辑和规律的正确性以及无可比拟的实际操作性。《联合国海洋法公约》第83条第1款指出:“海岸相向或相邻国家间大陆架的界线,应在《国际法院规约》第38条所指国际法的基础上以协议划定,以便得到公平解决。”<sup>[3]</sup>公平原则并非指表面上的形式意义上的、绝对的公平,公平原则的核心内涵乃是追求公正的划界结果。<sup>[14]</sup>为此,大陆架划界公平原则,是指相邻或相向国家间的大陆架划界,必须建立在国际法基础上,依据公平原则以协议划定,并考虑一切相关情况,选择适用恰当的方法,以取得公平结果为目的。<sup>[15]</sup>而分配结果的平等是大陆架划分界限的核心内容,同时它也可以指对合理差异的普遍确认并在

此基础上对效果平等的追求。自然延伸是公平原则考虑的一大重要考量因素。自然延伸原则也是海洋划界重要的依据,它同样也来源于《杜鲁门公告》,该公告指出,“大陆架可以被认为是沿海国陆地领土的延伸,因而自然属于它”<sup>[16]</sup>。而在之后的北海大陆架案件的判决中,国际法院通过最终的判决书具体阐述了这一原则。<sup>[13]</sup>

#### 1. 中国的东海大陆架划界主张及法理依据

中国认为在东海大陆架划界问题上应该坚持公平原则和自然延伸原则,以冲绳海槽作为两国间划分大陆架的天然界限。中国依据《联合国海洋法公约》中关于大陆架自然延伸的规定制定了《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》,确立了自然延伸原则。1998年6月,第九届全国人民代表大会正式通过了《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》。关于划界原则,该法进一步强调了中国在海洋划界问题上坚持公平原则。“我国与海岸相邻或者相向国家关于专属经济区和大陆架的主张是重叠的,在国际法的基础上按照公平原则以协议划定界限”。其第2条规定:“中华人民共和国的专属经济区,为中华人民共和国领海以外并邻接领海的区域,从测算领海宽度的基线量起延至200海里。中华人民共和国的大陆架,为中华人民共和国领海以外依本国陆地领土的全部自然延伸,扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土;如果从测算领海宽度的基线量起至大陆边外缘的距离不足200海里,则扩展至200海里。”

中方主张的冲绳海槽是两国间的大陆架界限是有国际法依据的。《联合国海洋法公约》中第76条第5款规定:划定大陆架在海床上的外部界线各定点,不应超过从测算领海宽度的基线量起350海里,或不应超过连接2500米深度各点的2500米等深线100海里。<sup>[3]</sup>由此可以看出,大陆架的划界标准深度为2500米,而冲绳海槽的深度为2940米,是当然的中国大陆架与日本琉球群岛岛架之间的分界线。按照这个原则,冲绳海槽应当作为两国间大陆架划界的天然界线。在2012年11月中国向联合国大陆架界限委员会所提交的超过200海里的大陆架划界申请案中,中国也继续坚持冲绳海槽和自然延伸原则在东海大陆架划界问题中的重要指导意义。

#### 2. 日本的东海大陆架划界主张及其无理性

日本则坚持最早源于1958年《大陆架公约》所采用的等距离中间线划分方法。《大陆架公约》第6

条第1款和第2款对大陆架划界做出以下规定：“同一大陆架邻接两个或两个以上海岸相对的国家时，则分属各有关国家的大陆架的界限由这些国家协商决定。如无决定，除根据特殊情况可以另定界线外，分界线应采用每点均与划定各国领海宽度的基线最近点距离相等的中线”；“同一大陆架邻接两个领土相邻的国家时，其界线应采用每点均与划定两国中领海宽度的基线最近点距离相等的中线”。<sup>[17]</sup>日本依照上述规定，制定了《专属经济区和大陆架法》，确立了“等距离中间线原则”作为同相邻国家之间海洋划界争端的指导性原则和划界方法。在中日之间的东海划界问题上，日本单方面拟定出了一条中间线，以此作为两国间大陆架划分的界线。

然而，1958年《大陆架公约》中虽然规定了等距离中间线的划分方法，但是它绝不是唯一的首要的划分方法，等距离中间线划分方法必须考虑其他因素才能适用。因为《大陆架公约》规定两国的划界争端首先应当通过协商解决，其次还必须考虑特殊情况，这里的特殊情况主要是指与地理相关的因素，最后才是采用等距离中间线划分方法。

在1982年第三届联合国海洋法大会上，单一的等距离中间线划界方法受到了广泛的质疑和批评。大会所通过的《联合国海洋法公约》文本对1958年的《大陆架公约》的大陆架划界规则进行了修正，指出等距离中间线只是划分海洋界限的一种方法，不应把它视为必须采取的方法，更不应把这种方法确定为必须和首要采用的方法。海洋划界应遵循的根本原则，应该是公平原则。“在某些情况下，如果采用等距离中间线的方法能够达到公平合理的划界结果时，有关国家可以通过协议加以使用。但反对在有关国家未达成划界协议前单方面将中间线或等距离线强加于另一方”。<sup>[3]</sup>等距离中间线原则虽具有确定性，但它只是从属于公平原则的一种划界方法。在大陆架划界问题上，之所以应以公平原则为最高标准，就是为了避免在某些特殊情况下采用等距离中间线划分方法来划界而产生结果不公平。

就中日两国间的划界争端来讲，仅使用等距离中间线方法是不妥的，因为两国间的海岸线存在差异，冲绳海槽就是存在的特殊地理因素。摒弃其他因素仅采用中间线划分，一定会导致出现不公平的结果，不能只是为了方便而简单地采用中间线的划分方法。然而极具讽刺意味的是，日本并非1958年《大陆架公约》的签署国；而且即使是适用1958年

《大陆架公约》的规定，采用等距离中间线划界方法划定东海大陆架的边界，也必须首先经过中日两国的平等协商，而绝不是任由日本将其单方面划定的“中间线”强加给中国。对于日本所主张的等距离中间线划分方法，中方在1978年4月的第三届联合国海洋法会议上明确表示：“等距离线中间线只是划分海洋界线的一种方法，不应把它规定为必须采用的方法，更不应把这种方法规定为划界的原则。海洋划界应遵循的根本原则，应该是公平原则。”基于以上分析可以看出，在公平原则的视角下，日本所谓的“中间线”是一条漏洞百出的“非法线”。

在东海划界问题上，日本紧咬大陆架划界“中间线原则”不放的最重要原因是：东海大陆架存在丰富的油气资源。从地理学的角度讲，大陆架有丰富的光照和陆地河流带来的营养物质，本来就是海洋生物良好的栖息地，有丰富的油气资源和海洋生物资源。对于日本这样一个岛国，其自然资源极其匮乏，但是作为世界第三大经济体，其工业极度发达所需的能源又极多，其能源严重依赖进口，而作为日本主要进口地的中东，局势又越来越不稳定，因此日本极力扩展其在东海的权利，分一杯羹。这也正是日本极力要将其海洋边界（包括大陆架和专属经济区）向西推进的原因。

## 四、解决东海大陆架划界问题的可行办法探讨

### 1. 以法律手段解决东海大陆架划界争议

东海大陆架的划界争端从很大程度上与东海丰厚的能源经济利益分配问题有直接的关联。因此在实践中，将东海大陆架划界问题与钓鱼岛主权归属问题、东海油气开发问题相分开，不仅务实可取，有利于将法律属性成分更高的东海大陆架划界问题从其他性质的东海争端中剥离，同时也符合《联合国海洋法公约》的相关规定以及其倡导以法律手段解决海洋划界争议的精神。解决东海大陆架划界问题的法律形式主要有两种。

其一，通过划界谈判缔结双边条约。2008年6月18日，中日就东海问题达成了《东海问题原则共识》，这也是两国划界谈判所取得的第一个重大协商成果。但从法律性质来说，它是一个临时过渡性质的政治协议式安排，而非正式的海洋划界条约或协定。正式的海洋划界双边条约需要通过更加严格的划界谈判程序才能完成。首先是谈判的目的必须明确和公开，以缔结正式的划界条约为最终目标；其

次是双方的谈判代表需要有国际习惯法上所公认的国家授权。在此基础上,为实现最终划界条约的签署而进行的双边谈判,还需要经过十余轮甚至是数十轮的递进式谈判程序才有可能最终完成。而在条约书面文本最终形成之后,尚需两国国内权力机关的批准和核准,才可正式确定双方之间的法定权利义务关系。由此可见,以缔结正式的双边条约为目的的海洋划界谈判,其程序将十分延宕复杂,对于各种矛盾盘根错节的东海划界问题更是如此。因此从目前的情况来看,中日两国在短时间内将很难就东海划界问题缔结正式的双边书面条约。

其二,递交国际司法机构裁决。将东海大陆架划界问题递交权威性的国际司法机构加以审理和裁决,如国际法院、联合国大陆架界限委员会、国际海洋法庭或国际常设仲裁院等。与进程久拖不决的双边划界谈判相比,该形式能够较为有效地做到排除政治因素对法律进程的干扰,使争议双方多年的困扰化为无形。但以司法形式解决东海划界问题的最大困难,就在于国际法院等国际司法机构对于中日之间的东海划界争端并没有强制性或任择性的管辖权,而且一旦国际司法机构的审理结果对于争端一方不利,如何面对不利一方的政治反弹及其国内民意的压力,这对于从未有过将双边争议提交到国际司法机构的东亚各国来说,也是一大考验。因此,在目前中日双方都不接受国际法院等国际司法机构管辖权的情况下,试图以司法途径争取双方争议一劳永逸的解决,也将十分困难。

从法律形式上来看,海洋划界争端解决方式中最好的可能就是双方达成协议,共同提交国际法院裁决。但是这一种方式的弊端就是耗时长,并且可能得出的结果令双方都不会满意。但是,以法律手段如能解决东海划界问题,这对于双方而言都将产生确定的约束力,并且可以使耗时日长的东海划界问题得到一劳永逸的解决。

## 2. 解决东海大陆架上油气资源开发问题的相关方案

### (1) “搁置争议、共同开发”的若干可行方案

中方在2005年首次提出“搁置争议、共同开发”这一理论观点在东海资源开发问题上的具体落实方案,希望同日本一起合作,共同开发东海的油气资源。但日本利用两国对话与谈判的场合,不断采取各种会外伎俩和无理纠缠的策略,企图以“共同开发”的名义诱使中国承认其在东海划界问题上所提出的片面主张。尽管如此,中方提出的“搁置争

议、共同开发”原则仍然具有形成若干可行方案的参考价值。其中包括如下几种选择:其一是将东海共同开发区分成两部分,双方各自采用本国法律在其中一个分区块进行管辖;其二是两国共同管辖东海共同开发区;其三是由作业者的国籍国实行属人管辖。<sup>[18]</sup>

在上述3种可供参考的方案选择中,第1种具有一定程度上的可行性,实践中曾有过泰国与马来西亚分区块达成合作管辖安排的先例,但中日接受这种方案的可能性不大,因为如此一来,双方将陷入如何划分“区块”的细节争论,从而困扰两国谈判的进程。第2种方案是在共同开发区内组成一个类似于超国家的管理机构,由双方在其中派驻同等数目的代表委员,在共同开发区内适用统一的法律制度。在东海划界问题上,倘若中日两国能有足够的耐心和诚意对此达成一致,该种方案无疑是最为理想的一种选择。但就其现实可行性而言,其被最终采纳的可能性很低,盖因制订一套与两国原有法律均不相同、单独适用于东海共同开发区块内的全新法律制度,是一项既消耗时间和精力,又亟须双方拥有相互妥协的足够远见和智慧的过程。这对于因2012年钓鱼岛争端而跌入谷底的中日关系而言,显然是很难实现的。相对而言,第3种方案,即由作业者所属国对位于东海共同开发区内的作业者进行属人管辖,应是最为现实的选择路径。这种方式清楚且简单易行,对于双方来说都可获得平等适用法律的机会,在实践中已被认为是行之有效的。<sup>[19]</sup>

### (2) “搁置争议、共同开发”方案解决东海大陆架划界问题的利弊分析

中方提出的“搁置争议、共同开发”这一理论在一定程度上是具有可行性的,是迄今解决东海大陆架上有关油气争端最好的方案之一,其理由如下。

首先,面对错综复杂的国际局势,尤其是中东局势的日趋紧张和动荡,石油资源也不再仅仅依赖从中东进口,各国面临着本国经济发展迅速、油气资源消耗巨大的情况,尤其是中日两国。在这种情况下,两国均在努力拓展本土的油气资源,东海的油气资源争端也由此而产生。但是,两国间的僵持不下,最终的结果就是两败俱伤,谁也不能开采到东海的油气资源,谁也不敢轻易踏出第一步;而如果采用“共同开发”的提议,则两国都可以利用到东海的油气资源。

其次,在海洋上开采油气资源是一项投资巨大、对技术要求很高的工作,中日两国在海上油气资源

的勘探上各有优势和劣势,如果双方可以“搁置争议、共同开发”,那么可以在一定程度上相互合作,利用对方技术等优势共同开采东海油气资源,从而达到共赢。

最后,“搁置争议、共同开发”是解决如今双方僵持不下尴尬局面的最好方式,通过相互合作,利用彼此资金和技术上的优势取得稳妥的实惠利益,同时也可以避免采用诉讼方式所带来的耗时长等弊端。<sup>[20]</sup>

但在中日东海争端的相关谈判中,如果我方不重视东海大陆架划界问题的法律属性研究,而是一味着重于各种“搁置争议、共同开发”的方案,则有可能步入误区。由于政治方法具有秘密性和不稳定性<sup>[21]</sup>,因此以政治方法所达成的使东海成为“和平、合作、友谊之海”的明确共识,既需要双方尤其是日方的谈判诚意,也需要日方的执行诚意。但现实情况是,日本往往借政治谈判的场合,屡屡提出过分要求,不断得寸进尺,甚至阻扰中国在日本单方面划定所谓“中间线”以西的无争议海区的资源勘探与活动。如:日本频频干扰中国对春晓油气田的开采活动,频繁派出飞机和舰船到春晓油气田附近进行拍照和监视,还利用谈判的场合不断混淆视听、横生枝节,企图在“中间线”以西及靠近上海、浙江的东海海域分一杯羹。钓鱼岛的主权归属和东海大陆架界限的划定对于中国意义重大,事关中国的核心国家利益,中国必须坚持原则,在关键的场合加强法律途径的运用能力,而不能单纯为了所谓的“灵活性”图一时政策性协议的达成,从而轻易在原则问题上作出让步,更不能毫无原则地混淆专属经济区与大陆架的实质区别,盲目地与日方搞共同开发区,从而在日后增添中方在运用国际法手段维护国家利益时的困难。笔者相信,中日东海划界问题的最终解决,在根本上取决于中国的国家实力以及中国以实力捍卫国家利益的坚定决心和信心,中国需要在今后的东海划界谈判中更为成熟地运用法律手段、创制适用于东海海域的有关国际法规则,并以此来确保东海大陆架划界问题的最终圆满解决。

## 五、结语

综上,东海大陆架的划界工作不仅事关东海资源的开采与分配,同时还与中日两国的国家利益有极大的关系。对于中国而言,除经济发展和能源战略安全的需要之外,东海的海洋划界进展还牵涉到台湾问题这一核心国家利益。<sup>[22]</sup>尤其是“东海非沿

岸国的沿岸国”美国对东海问题的幕后插手,更是增添了东海划界问题的复杂性和发展走势的不确定性。从巩固我国海洋国防的总体安全形势来看,东海海域的大陆架划界问题有助于明晰中日东海争端的全景。因为在中国所面临的紧迫海洋形势中,东海问题虽未必如南海问题那么复杂,但与南海声索国相比,与我国发生东海划界争议的是国力与中国最为接近的强敌日本,韩国在东海东北部直至冲绳海槽部分也有自己的利益诉求,一旦在东海海域发生武装冲突,我们也绝不能排除美国以美日军事同盟者身份介入的可能性。可以说,东海划界问题未必是中国所面临的海洋权益纷争中最为复杂的问题,但一定是解决难度最大、有可能延宕时间最长的问题。广袤的海洋本就是中国人最不熟悉的战略领域,而21世纪又是海洋的世纪,开发利用海洋已成为21世纪的现实和迫切需要,因此,国家对于东海大陆架划界问题的重视程度必须提高到长远战略的高度。深入海洋、探索海洋、开发海洋、保护海洋、利用海洋,对于很多西方发达国家而言早就是一项长期国策,而对于以海立国的日本而言更是如此。日本民族向来以准备细致和充满危机感著称,对于其海洋利益的关注更是未雨绸缪。尽管日本在东海划界问题上的许多主张既不具有合理性,在法理论据上也是极其匮乏的,但日本在边海问题上的“先知先觉”和细致缜密的筹划仍然值得我们借鉴并认真加以研究,反过来这也更加凸显了我国所面临的海洋维权问题的极端紧迫性。我国既是拥有漫长海岸线的海洋大国,又是海洋地缘环境相当不利的半封闭海域国家。因此无论从哪个角度上讲,我们都没有理由不去重视我国所面临的紧迫边海形势,我国所面临的几个海域都与我国的国防战略关系密切,而海洋的安全和开发使用,也将对我国经济社会发展和人民生活发挥越来越重要的作用。对海洋问题的回避与忽视,自近代以来已给我国带来了极为惨痛的历史教训。如今,中国海洋意识正处于觉醒中,海洋国土观亦正逐步深植于国人心中。现在就切实重视海洋,改变“重陆轻海”的固有思想观念,增强海洋意识,尚为时不晚。强于世界者必胜于海洋,衰于世界者必败于海洋。所以说,对于东海大陆架划界问题,我国的决策者必须具有全球博弈的视野,从战略意义与价值的高度来全面认识东海大陆架划界问题对于我国的重要性,积极运用法律手段来确保该问题的最终圆满解决。

## [参 考 文 献]

- [1] International Hydrographic Organization. Limits of Oceans and Seas[Z]. 3rd ed. IHO-Publications No. 23, 1953:31.
- [2] Evans Malcolm D. Relevant Circumstances and Maritime Delimitation[M]. Oxford: Clarendon Press, 1989:56.
- [3] 百度文库. United Nations Convention on the Law of the Sea[EB/OL]. (2013-03-26) [2013-07-10]. [http://wenku.baidu.com/view/of\\_be710de87101f69f31-9503.html](http://wenku.baidu.com/view/of_be710de87101f69f31-9503.html).
- [4] 王虎华. 国际公法学[M]. 2版. 北京: 北京大学出版社, 2006:193.
- [5] Feulner G R. Delimitation of continental shelf jurisdiction between states: The effect of physical irregularities in the natural continental shelf[J]. Virginia Journal of International of International Law, 1976:113.
- [6] 肖建国. 东海争议海域共同开发历程回顾[C]//高之国, 贾宇, 张海文. 国际海洋法的新发展. 北京: 海洋出版社, 2005:108-115.
- [7] Morgenthau Hans J. Politics among Nations: the Struggle for Power and Peace[M]. 6th ed. New York: McGraw-Hill Higher Education, 2006:24-25.
- [8] 张海文. 中日东海争议所涉及的主要海洋法律问题[C]//高之国, 贾宇, 张海文. 国际海洋法的新发展. 北京: 海洋出版社, 2005:116-120.
- [9] 《人民日报》评论员. 决不容许美日反动派掠夺我国的海底资源[N]. 人民日报, 1970-12-29(11).
- [10] 马英九. 从新海洋法论钓鱼台列岛与东海划界问题[M]. 台北: 正中书局, 1986:128-129.
- [11] 张卫彬. 公平原则及相关情况规则探讨——兼析中国东海大陆架划界基本主张[J]. 当代亚太, 2010(1):147.
- [12] 杨光坤. 大陆架划界之公平原则的产生与发展[EB/OL]. (2012-09-17) [2013-07-10]. [http://www.qstheory.cn/lg/clzt/201209/t20120917\\_182032.htm](http://www.qstheory.cn/lg/clzt/201209/t20120917_182032.htm).
- [13] 李超. 论大陆架划界公平原则——兼划界问题在公平原则下的考察[J]. 天津市政法管理干部学院学报, 2006(3):3.
- [14] 傅岷成. 中国周边大陆架的划界方法与问题[J]. 中国海洋大学学报: 社会科学版, 2004(3):5.
- [15] Kolb Robert. Case Law Equitable Maritime Delimitation: Digest and Commentaries[M]. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2003:40.
- [16] 高健军. 国际海洋划界论——有关等距离/特殊情况规则的研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005:32.
- [17] 国际法委员会. 大陆架公约[EB/OL]. (2013-07-10) [2013-07-10]. <http://www.un.org/chinese/law/ill/contin.htm>.
- [18] 余民才. 国际法的当代实践[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011:168.
- [19] 肖建国. 国际海洋边界石油的共同开发[M]. 北京: 海洋出版社, 2006:150.
- [20] 季国兴. 论大陆架和专属经济区两种制度及中日东海划界[J]. 上海交通大学学报: 哲学社会科学版, 2007(5):14.
- [21] Prescott Victor, Schofield Clive. The Maritime Political Boundaries of the World[M]. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2005:43.
- [22] 顾兴斌, 章成. 论中美关系中的台湾因素[J]. 南昌航空大学学报: 社会科学版, 2011(3):60.

[文章编号] 1009-3729(2013)05-0060-07

# 在线解决纠纷机制的基本制度研究

——基于民事诉讼对应制度的比较

郑世保

(郑州轻工业学院 政法学院, 河南 郑州 450002)

**[摘要]** 新型的网络民事纠纷催生了在线解决纠纷机制(ODR)。这种纠纷解决机制的核心价值是依靠“屏对屏”的方式,便捷、便宜、高效地解决纠纷。ODR的价值定位与理念预设和诉讼有很大的不同,因而二者的运行机理有很大的差异:ODR机制中回避的对象范围较窄,需要回避的情形较少,回避的重要性较弱;ODR机制中ODR网站和裁决人一律实行无因回避;ODR机制的裁决过程无法向普通网民公开,民事诉讼公开审判的核心价值无法在ODR机制中移植;ODR机制中应大力推广运行裁决方式,其裁决结果应在保护当事人隐私的基础上尽可能详细公开;ODR当事人在审判组织的构成上仅具有相对的权利;ODR机制实行独任制为主、合议制为例外的原则,无需陪审制度;ODR机制可以借鉴大陆法系民事诉讼发现程序的做法选派裁决人或者由ODR系统管理员来主持完成该发现程序。需要说明的是,ODR的出现并不是为了取代其他纠纷解决机制,而仅仅是当事人面对网络民事纠纷时的另一种选择。随着对网络认识的加深,网络民事纠纷的解决机制会更加多元化。

**[关键词]** ODR;回避制度;公开裁判制度;审判组织制度

**[中图分类号]** DF72 **[文献标志码]** A **[DOI]** 10.3969/j.issn.1009-3729.2013.05.010

有人的地方必然有纠纷。网络诞生以后,人类的足迹由实体的物理世界拓展到了虚拟的网络世界。在网络世界里,以网络购物为代表的各类网络民事纠纷呈快速增长趋势。而绝大多数网络民事纠纷的标的额较小、当事人之间的物理距离相对遥远,用诉讼和非诉讼纠纷解决程序(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)来解决这类网络民事纠纷将会遭遇“会面成本高于标的额”等尴尬。为应对网络民事纠纷对诉讼和ADR所带来的挑战,美国人开始尝试利用网络资源来化解网络民事纠纷,以实现“网上纠纷网上解决”的设想。<sup>[1]</sup>1996年春季3个试验性的解决网络民事纠纷的网站(The Virtual Magistrate Project、The University of Maryland Online Mediation Project、The University of Massachusetts Online

Ombuds Office)正式运行。这些网站解决纠纷的程序大致为:裁决者在网络上建立一个网站,申请人先把自己的“起诉书”通过网络“起诉”到该网站,网站把该“起诉书”通过网络“送达”给被申请人,被申请人通过网络提交“答辩状”。纠纷解决的其他程序如证据的提交、证据的认证、质证、开庭、合议、判决书的送达等,也依据网络信息技术主要在网上完成。<sup>[2]</sup>这种利用网络资源来化解纠纷的机制就是Online Dispute Resolution,英文缩写为ODR,译为“在线解决纠纷机制”。

ODR的出现是民事纠纷解决发展历史上的一次重大变革,是人类由物理世界的“面对面”纠纷解决方式向虚拟世界的“屏对屏”(当事人双方以及裁决人、证人等均在电脑屏幕前)的纠纷解决方式的

**[收稿日期]** 2013-08-20

**[基金项目]** 国家社会科学基金项目(12BFX063);司法部国家法治与法学理论研究项目(12SFB2031);郑州轻工业学院博士科研基金资助项目

**[作者简介]** 郑世保(1969—),男,河南省光山县人,郑州轻工业学院副教授,博士,主要研究方向:诉讼法学、司法制度。

转变。纠纷解决环境的巨大变化势必导致 ODR 与民事诉讼在纠纷解决原则、制度、规范以及其背后的理念等方面出现诸多差异。本文拟选取 ODR 机制中的 3 项基本制度——回避制度、公开裁判制度、审判组织制度——展开研究,以民事诉讼的对应制度作为参照物,从二者对比中展示 ODR 机制在这 3 项基本制度上的个性。

## 一、ODR 的回避制度

ODR 机制实质上是依靠网络资源、利用现代信息技术来化解纠纷,因此 ODR 的一个重要特征就是利用网络的便捷性在世界各地海选 ODR 裁决人。而当事人、裁决人等 ODR 主体之间的交流也主要依靠电子邮件、电子布告栏、电子聊天室、语音设备、视频设备、网站系统软件等网络信息技术工具。<sup>[3]</sup>显然 ODR 这种虚拟环境下的纠纷解决机制在回避制度上自有特色。

### 1. ODR 回避制度的具体内容

与民事诉讼的回避制度相比较,ODR 的回避制度具有以下明显特征。一是回避的对象范围较窄。ODR 是一个快速、廉价、高效的诉讼外纠纷解决机制,检察院不参与;ODR 一般通过网络把专业技术人员聘为裁决人,因此 ODR 机制中无需鉴定人;ODR 纠纷解决资讯的记录一般是通过信息技术工具来完成的,因此书记员的回避情形也不存在;由于 ODR 网站大多数情形下要求当事人提交指定语言的书面文件进行书面审理,因此 ODR 翻译人员的回避情形也很少。这样 ODR 机制的回避对象一般仅仅是 ODR 网站和 ODR 裁决人。二是需要回避的情形较少。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 44 条的规定,本案的当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属因与本案有利害关系或与本案当事人有其他关系,可能影响对案件的公正审理,因而必须回避。由于 ODR 的裁决人系通过网络在世界各地海选,因此 ODR 裁决人虽然也可能在民事诉讼法第 44 条规定的回避之列,但是这种情形并不常见;在民事诉讼中法院很少由于经济原因回避,而 ODR 机制中的 ODR 网站由于经济原因最有可能需要回避。三是回避的重要性较弱。在民事诉讼中回避是一个重要的程序保障内容,“依法应当回避的审判人员而没有回避的”是再审的一个理由。但是在 ODR 机制中由于当事人、裁决人之间距离遥远,裁决人与当事人一方或双方有亲属、经济、同学关系的可能性很小,因此 ODR 机制回避的重要性较弱。研究 ODR 回避的学术文献很少,而且实务中关于回避的 ODR

规范非常鲜见。如:2006 年 3 月生效的《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》就没有关于 ODR 回避的规定;2009 年 5 月生效的《中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁规则》也没有相关规定。

### 2. ODR 回避制度的完善

#### (1) ODR 网站的回避

在民事诉讼中有时也需要法院的回避,这种回避是通过指定管辖或者管辖权转移等管辖制度实现的,而 ODR 机制中 ODR 网站的回避具有自己的个性。

关于 ODR 网站需要回避的情形。由于 ODR 系在虚拟环境中解决纠纷,ODR 网站和当事人在物理距离上具有遥远性,因此由于亲属关系和其他关系导致 ODR 网站回避的可能性较小,在实务中导致 ODR 网站回避的一般是经济关系。ODR 网站除了政府、民间社团设立的公益性 ODR 网站外,大多数是商人设立的企业法人,即以提供纠纷解决服务为内容的服务型企业法人。运行一个 ODR 网站,成本包括服务器租金、主机租金(或电脑设备购买费用)及维养费用、宽频连线费用、纠纷解决软件购买费用以及调解人或仲裁人的劳务费用等。向当事人收取“诉讼费”是 ODR 网站运营费用来源之一,但是网络民事纠纷所涉及的标的额往往不大。如果 ODR 收取的“诉讼费”超过了纠纷对象本身的标的额,那么当事人势必不使用 ODR 机制来解决其纠纷;而如果 ODR 网站收取低廉的“诉讼费”甚至免费,则又无法平衡 ODR 网站的运营成本。于是 ODR 网站向网络企业靠拢,寻求网络企业的赞助以解决其经济困境。<sup>[4]</sup>而接受网络企业赞助的一个恶果就是:当该赞助企业成为 ODR 当事人时,人们就会对 ODR 网站的中立性产生怀疑,事实上实务中 ODR 网站向赞助企业低头让步的事时有发生。一个典型案例是:2 位纠纷类同的 eBay 顾客向 eBay 指定的 ODR 网站 BBBOnline 和 TrustE 同时申请纠纷解决,这 2 家 ODR 网站先后做出了裁决书,而 BBBOnline 的裁决书更利于顾客而不利于 eBay。eBay 威胁 BBBOnline 说,如果 BBBOnline 不改变其裁决书,eBay 将退出 Privacy Seal Programs 标章,不再向 BBBOnline 缴纳会员费。出于经济上的压力,BBBOnline 被迫向 eBay 低头,并最终做出了有利于 eBay 的裁决结果。可见,当事人申请 ODR 网站回避是有必要的。

关于 ODR 网站经济问题回避的具体落实。中立性原则是现代程序包括诉讼程序和非讼程序的基本原则,是程序的基石。<sup>[5]</sup>ODR 网站也必须独立、中立,不能与任何利益团体有不当的挂钩或瓜葛,否则

就可能危及其中立性。<sup>[6]</sup>因此 ODR 网站必须远离使他人对其中立性产生怀疑的资金。关于 ODR 网站接受企业赞助资金产生的回避,笔者提出如下两条解决问题的思路。

一是加大 ODR 网站回避的严格性。ODR 网站应在其官网上明文公示其资金来源,一旦赞助企业成为 ODR 当事人,则对方当事人可以申请该 ODR 网站无因回避,由当事人协议选取另一家 ODR 网站来解决当事人之间的纠纷;ODR 网站发现此种情形时也可以主动回避,退出对该案件的裁决,建议当事人协议选取另一家 ODR 网站来解决纠纷。

二是解决 ODR 网站资金压力,彻底根治 ODR 网站回避的经济诱因。现行的免费 ODR 网站其背后多有政府资金支持或社会公益资金的资助,如 ECODIR 是由欧盟执行委员会及爱尔兰的企业、贸易与劳工部共同予以经费支持的。如果由社会来提供 ODR 网站的运营资金,则其中立性就不会由于经济原因而受到怀疑,从而不需要由于经济原因申请该网站回避。在 ODR 实务中由社会来提供 ODR 运行资金的 ODR 网站很少,所以解决 ODR 网站资金困境的最有可能的办法还是由 ODR 网站设立企业会员,收取赞助企业的会员费。为解决企业赞助资金进驻 ODR 网站后产生的 ODR 网站的中立性受到怀疑的问题,应该针对 ODR 网站的中立性设置内部及外部控制机制,如消费者团体当选董事或是有公正机构定期监督<sup>[7]</sup>,以使网民对 ODR 网站的中立性产生基本的信任。

## (2) ODR 裁决人的回避

由于 ODR 裁决人是在虚拟环境中解决纠纷的,ODR 裁决人虽然存在回避情形的可能性不大,但也并不意味着不存在回避的情形。ODR 裁决人是利用网络对世界各地专业技术人才进行海选的结果<sup>[8]</sup>,ODR 裁决人与一方当事人间存在亲属关系、经济关系、其他关系等需要回避的情形很少,故 ODR 裁决人的回避是一个备受忽略的问题。《财团法人台湾网络信息中心网域名称争议处理办法实施要点》对此做出了提示性的规范,该《实施要点》第 7 条规定,专家于接受选定前或处理程序进行中,如有可能影响其公平性与独立性之理由,应立即向争议处理机构说明,争议处理机构应指定替代人续行程序。其对于 ODR 裁决人需要回避的具体情形、提出回避的时间、回避的决定权、回避的能否复议等程序均没有规定。

关于 ODR 裁决人回避的具体落实。针对 ODR 机制中裁决人回避存在的“立法”空白,笔者提出以

下措施以落实 ODR 裁决人的回避。一是科学地确定 ODR 裁决人回避的方式和程序。为了增加当事人对于 ODR 裁决人的信任,ODR 裁决人的产生应以当事人合意选择为主,如果当事人无法取得合意,才能由 ODR 系统软件随机选取或者由 ODR 网站指定。另外,笔者建议,对于 ODR 裁决人的回避一律实行无因回避,由当事人提出回避申请报 ODR 网站备案后立即终止裁决人裁决某个案件的资格;当事人申请 ODR 裁决人的回避和 ODR 网站做出的“同意该裁决人回避”的决定,均可以采取电子书面的形式;当事人提出回避申请后该 ODR 裁决人应立即停止本案的工作,除非案件需要采取紧急措施;ODR 裁决人回避以前所进行的工作是否有效,由新的 ODR 合议庭(或独任裁判员)决定。二是详细公示 ODR 裁决人的相关资料。虚拟世界中的 ODR 裁决人的权力更容易被滥用<sup>[9]</sup>,再加上人们对于虚拟环境中裁决人的天然不信任,必须针对虚拟环境中的 ODR 裁决人设计一种制度,以确保 ODR 裁决人的中立性地位不会被动摇,并使网民能够“看得见” ODR 裁决人的中立性。这些制度主要包括 3 个方面。(1) 裁决人身份的详细介绍。在 ODR 网站上详细介绍裁决人的身份,包括专长、教育经历、工作经历、ODR 培训经历等,特别是该裁决人从事工作的经历(笔者访问的几个中文 ODR 网站,均没有达到这方面的要求)。这些详细信息的公布为当事人申请回避提供制度上的保证。(2) 裁决书的公布。ODR 的裁决书应当在保护当事人隐私的基础上或者在征得当事人同意的基础上在 ODR 网站上予以公布,以接受社会的监督,也迫使裁决人在裁决 ODR 案件中保持中立公正。(3) 裁决人的评分系统。设置一个评价系统,由当事人对 ODR 裁决人予以打分,如果一名裁决人长时间地被多名当事人打了很低的分数,这就应该引起重视,需重新考量其是否具有担任裁决人的备选资格。

## 二、ODR 的公开裁判制度

民事诉讼中公开审判指的是审理过程和审理结果向群众公开、向社会公开,公开的对象包括向当事人公开和向社会公开两个方面,公开审判的核心内容则是审判过程和审判结果的对社会公开<sup>[10]</sup>。而 ODR 机制系在虚拟的网络环境中解决,解决的一般是小额的网络民事纠纷,通常情形下采取电子书面审理,只有当事人申请了才采取网上开庭审理。因此 ODR 机制的公开裁判制度也有自己的特色。

## 1. ODR 公开裁判制度的具体内容

与民事诉讼的公开审判制度相比,ODR 的公开裁判制度具有以下明显特征。第一,ODR 的裁决过程无法向网民普遍公开,只能向当事人公开。由于网络科技水平的限制以及案件裁决的需要,ODR 的裁决过程只能向当事人公开,无法向网民普遍公开,也即 ODR 的裁决过程不存在向社会公开的问题。即便是当事人,也只能凭借注册账号和密码进入 ODR 程序中。当事人只有进入 ODR 裁决程序以后,所有资讯特别是关于纠纷解决过程的电子记录才能随时向当事人开放。第二,民事诉讼公开审判的价值预设无法在 ODR 机制中兑现落实。根据民事诉讼经典理论实行审判公开,可以使法院的审判置于广大人民群众的直接监督之下;可以带动辩论、回避等各项制度的执行;可以密切法院同群众的关系,增强审判人员的责任感;可以充分发挥审判的教育作用等。<sup>[11]</sup>由于 ODR 的裁决过程无法向网民普遍公开,所以民事诉讼公开审判的这些价值预设无法在 ODR 机制中兑现落实。第三,ODR 实行电子书面审理为主、网上开庭审理为例外的原则。为了实现 ODR 机制的便捷、便宜、高效的价值预设,在 ODR 机制中一般是依据当事人双方提交的电子文件进行书面审理,在例外情形下才可能在网上开庭审理。如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第 33 条规定:正常情况下,域名争议解决程序不举行当庭听证(包括以电话会议、视频会议及网络会议方式进行的任何听证),但专家组认为有必要举行且当事人愿意承担相关费用的除外。第四,民事诉讼中不公开审判的案件在 ODR 机制中很少遇到。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 134 条的规定,涉及国家秘密、个人隐私的案件法院不公开审理;离婚案件、涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的也可以不公开审理。这些不公开审理的案件在 ODR 机制中基本不会遇到:由于离婚案件和个人隐私案件均涉及到身份关系,其证明标准较高,故此 ODR 很少受理解决这类案件;涉及国家秘密的案件更不可能由 ODR 机制受理解决;ODR 机制最可能受理的案件只能是涉及到商业秘密的案件。总之,由于在 ODR 机制中审理过程不对社会公开,严格地讲 ODR 机制对案件的审理均是不公开审理。

## 2. ODR 公开裁判制度的完善

迳行裁决方式应在 ODR 机制中大力推广。在 ODR 机制中,实行电子书面审理为主、网上开庭审理为例外的原则。如《财团法人台湾网络信息中心

网域名称争议处理办法实施要点》第 13 规定:争议处理之程序,以书面审理为原则。但专家小组认为有必要时,不在此限。该《实施要点》第 19 条第 6 项规定:如专家小组认为有必要进行言词审理或其他程序时,在取得当事人同意后,收取所生之费用。此处所谓“必要时”,依据例外从严的法理解释,必须是专家小组从申诉人或注册人所提出之数据无从了解双方之争点,或双方对于争点在书面的叙述难以理解,专家小组即得以采用言词辩论之方式或其他之程序。<sup>[12]</sup>不过鉴于实行网上开庭审理会减损 ODR 快速、高效的价值优势,笔者建议可以借用我国二审案件适用的迳行判决方式。迳行判决是介于书面审理和开庭审理之间的一种过渡方式,因为迳行判决仅仅需要询问当事人和证人。<sup>[13]</sup>迳行判决这种审理方式无需严格程序的言词辩论,可由 ODR 裁决人与当事人就案情的争点,以一种询问、讨论的方式进行,可避免辩论方式的紧张,免除所有“诉讼参与者”共同参与程序的约束。只有在使用迳行裁决方式后仍无法查清案件事实时,才可以适用开庭审理的方式裁决 ODR 案件。

ODR 信息的公开。事实上,ODR 在公开裁判制度的价值预设上与诉讼一样,均企图通过对纠纷解决过程和纠纷解决结果的公开来达到规制裁判者的目的。相较于民事诉讼,ODR 裁决人更需要监督约束,原因是,为了保证 ODR 机制高效、便捷、便宜价值预设的实现,ODR 机制赋予了裁决人在程序推进和证据收集上更大的权力。如《中国国际贸易促进委员会网上仲裁规则》第 28 条规定:除非当事人另有约定,仲裁庭可以在遵守本规则的前提下,按照其认为适当的方式进行仲裁程序。第 31 条规定:仲裁庭认为必要时,可以就案件所涉及的相关问题向电子商务服务提供商、物流配送公司及支付银行等机构调查事实,收集证据。但是由于 ODR 无法通过公开裁决过程来对裁决者进行制约规范,因此必须创立 ODR 自我特色的公开裁决制度,其中一项重要内容就是把与纠纷解决的有关信息在 ODR 网站上予以详细公布,以保证当事人对于 ODR 网站和裁决人的提前监督。笔者认为,需要公开的有关信息包括以下几方面:(1)ODR 网站的信息。如 ODR 网站的合伙人、投资人、资金来源、隶属部门等关键信息必须在 ODR 网站上予以公布。(2)ODR 裁决人的信息。如调解人和仲裁人的资质、证书及经历、解决纠纷的领域专长、擅长的语言等。(3)ODR 纠纷解决的流程。如关于注册、进入 ODR 裁决程序的流程以及不会操作这些流程的辅导内容。(4)ODR 网站的

安保措施。如 ODR 网站对当事人隐私权的保障措施、ODR 纠纷解决资讯记录保存的方法以及使用的范围等。<sup>[14]</sup>(5) ODR 网站业绩的公布。如历年受理案件数、案件解决的成功率、处理案件的平均时间、裁决结果自愿履行的案件数、当事人不服 ODR 裁决结果向法院起诉的案件数、法院维持 ODR 裁决结果的案件数等。但是根据笔者的调研,这些需要公开的有关信息在绝大多数 ODR 网站上并没有公布。

ODR 裁决结果的公开。相较于民事诉讼审判结果的公开,ODR 裁决结果的公开更具有重要意义。因为普通网民无法介入 ODR 的纠纷解决程序,容易导致舆论压力真空、程序参与者缺乏监督,最终导致 ODR 裁决结果的质量下降。作为弥补,在个案解决后,ODR 网站应该在保护当事人隐私的基础上,在自己官网上把 ODR 裁决结果予以公开。关于 ODR 裁决结果在互联网上向普通网民的公开,在实务中落实得并不好。根据国际消费者协会(Consumers International)2001年的调查,当年有29家 ODR 网站提供 ODR 服务,仅有5家对于其裁决结果予以公开。ODR 发展到今天,大多数 ODR 网站仅仅对于网站设立人、裁决人的资料以及案件受理数、成功化解案件数予以公布,而对于每个案子的裁决结果并没有公布。如中国国际经济贸易仲裁委员会域名纠纷解决中心就没有公布每个案子的裁决结果。但是有些 ODR 网站已经开始进行这些工作,如我国台湾地区解决域名纠纷的 ODR 网站——科技法律中心网站,在自己的网站上详细地公布了受理的每一案件当事人的双方名称、裁决人、案情、裁决依据、处理结果、当事人是否向法院起诉(包括一审结果)、当事人是否向法院上诉(包括二审结果)。科技法律中心网站还把从创立至今历年所做的在线仲裁判断集结成了资料库,供纠纷当事人以及仲裁人、普通网民在网上随时查阅。ODR 裁决结果的公开对裁决者容易形成舆论压力,迫使其认真办案,这就非常有助于当事人权益的保障;而且 ODR 裁决结果的公开还将产生一种裁决先例的约束力,增强判断的一致性,最终形成 ODR 纠纷解决的实体规则;公开的 ODR 裁决结果可以供公众自由浏览查询,这将取得潜在当事人的信任,提高网站的信誉度,提升该网站被选用的可能性。ODR 裁决结果的公开也有负面作用,主要表现为对当事人商业机密以及隐私权的破坏,特别是网络的开放性、传播广泛性将给当事人带来更大的伤害。如果不解决当事人的隐私保护问题,当事人可能担心自己的隐私受到侵犯而放弃对 ODR 机制的使用。ODR 裁决结果的公开性

与保密性是矛盾的统一体,因此协调好二者的关系就显得非常重要。<sup>[15]</sup>为解决该难题,ODR 网站在公布 ODR 裁决结果之前,必须取得当事人的明示同意,以确保所有当事人对于 ODR 隐私保密的信任。

### 三、ODR 的审判组织制度

民事诉讼的审判组织是指法院审判案件的组织形式。一般认为审判组织有独任制、合议制两种形式,但也有学者认为审判委员会也属于审判组织。笔者认为,由于价值定位的原因,ODR 机制中不可能存在审判委员会,只有独任制和合议制两种纠纷解决组织。ODR 这种虚拟环境下的纠纷解决机制在审判组织制度上存在着自我特色。

#### 1. ODR 审判组织制度的具体内容

与民事诉讼的审判组织制度相比较,ODR 的审判组织制度具有以下明显特征:第一,当事人在审判组织的构成上具有相对的权利。ODR 当事人在审判组织的构成上所享有的权利既不同于诉讼也不同于仲裁。首先,在独任制还是合议制的选用上,ODR 当事人具有绝对的权利。但是如果 ODR 当事人选择了独任制,则由 ODR 网站直接指定裁决人而不是由当事人双方协议选取,这主要是考虑到 ODR 快速解决纠纷的需要,防止程序的拖延。如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第22条规定:如果投诉人和被投诉人均未选择3人专家组,域名争议解决机构将在收到被投诉人答辩或答辩期限届满后5日内从其专家名册中指定1名专家成立独任专家组。其次,在合议制成员的构成上当事人仅具有有限的权利。<sup>[16]</sup>如果 ODR 当事人双方有一方选用合议制的,则使用合议制来解决纠纷。而在合议制的构成上,则由当事人双方各自提供3名专家,由争议解决机构从这3名专家中各选取1名专家作为合议庭成员,第3名专家则由 ODR 网站从其专家名单中直接指定。ODR 合议制成员的产生显然不同于仲裁机制,根据《中华人民共和国仲裁法》第31条规定:当事人约定由3名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定1名仲裁员,第3名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第32条规定:当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的,由仲裁委员会主任指定。第二,ODR 机制实行独任制为主、合议制为例外的原则。合议制是民事诉讼中常态化的一种审判组织,而独任制则是一种特殊情形下的审判组织。ODR 机制实行独任制为主、合议制为例外的

原则,如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第22条规定:如果投诉人和被投诉人均未选择3人专家组,域名争议解决机构将在收到被投诉人答辩或答辩期限届满后5日内从其专家名册中指定1名专家成立独任专家组。之所以这么规定,除了ODR机制追求纠纷解决的效率外,还由于ODR机制一般是对当事人双方提交的诉讼文件、证据进行书面审理。如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》33条规定:正常情况下,域名争议解决程序不举行当庭听证(包括以电话会议、视频会议及网络会议方式进行的任何听证),但专家组认为有必要举行且当事人愿意承担相关费用的除外。第三,ODR机制无需陪审制度。民事诉讼中引入陪审员的目的主要有:通过陪审员制度,实现人民群众直接参与国家管理;利用陪审员的技术优势,实现审理的正确化。<sup>[17]</sup>而ODR不像诉讼那样,承载了那么多的目的和价值。首先ODR就是为了解决纠纷而存在的,通过陪审员来管理国家的目的在ODR机制中不存在;其次ODR利用网络信息技术很容易把世界各地的各类专业技术人才吸收为裁决人。因此诉讼中引入陪审员的两个目的在ODR机制中均不存在,在ODR机制中不需要陪审员参加。另外ODR机制像ADR机制一样没有上诉制度,因此ODR也没有二审审判组织。

## 2. ODR 审判组织制度的完善

第一,明确规定ODR裁决人的条件。裁决人作为审判组织的构成人员对于审判结果的质量具有重大的意义,而现行的大多数ODR规范对于ODR裁决人的条件并没有详细规定。笔者认为,ODR规范对裁决人的条件应提出明确要求。(1)ODR裁决人必须具有中立性。可以通过ODR裁决人的履历,也可以通过其他途径查清该裁决人是否具有中立性。<sup>[18]</sup>(2)ODR裁决人应具有基本的职业道德。应允许当事人充分陈述意见,如果由于网速等原因无法清楚地听懂当事人的意见,应允许当事人重新陈述,甚至在必要的时候运用实体世界的通讯工具来完整听取当事人的陈述。(3)ODR裁决人应具有专业性。在挑选ODR裁决人时,应该注意让各个行业的专业人才进入ODR裁决人名单以供当事人选择。而根据中国国际经济贸易仲裁委员会域名仲裁员名单来看,其专家以法律专家为主,其他领域的专家几乎没有,这是不符合ODR裁决人专业资质多元化要求的。(4)ODR裁决人应较为熟悉网络世界,能很好地理解网络空间发展习惯和相关法律。

第二,规范ODR裁决人产生的程序。ODR裁

决人的产生、考核在现阶段均由ODR网站来进行,笔者认为这样做是不严肃的。笔者拟对ODR裁决人的产生程序作出以下规范:(1)由省级司法行政部门或其他有公信力的组织来负责对裁决人的培养、认证、评价、监督,以保证裁决人的品质。(2)成立ODR裁决人培训机构。ODR裁决人应取得相应的资格证明<sup>[19]</sup>,但不以取得司法资格证明为限制条件。为此应成立培训机构对裁决人进行必要的培训,其中调解人经大约2周的培训即可,而在线仲裁人的培训时间则需要长一些,大约为18个月。(3)允许当事人在ODR裁决人名单外选用裁决人。为了取得当事人的信任,加快纠纷解决程序,应允许当事人在裁决人名单外协议选用裁决人,如果ODR网站没有发现该裁决人有不适合于裁判本案的情形,应同意当事人的选择。

第三,协调ODR审判组织组成的迅速性与公正性的冲突。为了追求ODR纠纷解决的快速,ODR往往规范赋予ODR网站在审判组织的构成上过大的权力。如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第25条规定:如果投诉人或被投诉人之一方选择3人专家组,域名争议解决机构应当分别从投诉人和被投诉人各自提供的3位候选专家名单中指定1名专家。如果域名争议解决机构无法在5日内按照惯常条件从某一方当事人选择的专家中指定1名专家,则域名争议解决机构将自行从其专家名册中予以指定。第3名专家应当由域名争议解决机构从其专家名单中指定。第3名专家为首席专家。第26条规定:如果投诉人选择1人专家组,域名争议解决机构应当从其专家名册中指定1名专家;如果投诉人选择3人专家组,在可能的情况下,域名争议解决机构应当从投诉人提供的3位候选专家中指定1名专家,从其专家名册中指定第2名专家和首席专家。笔者认为,赋予ODR网站过大的权力容易导致其中立性的丧失,使当事人对ODR裁决人失去信任。笔者建议,应要求ODR当事人在一定期限内提出裁决人人选,如提不出才可以由ODR网站指定。为此可以将《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第25条修改为:……第3名专家应当由当事人协商选任或者由当事人委托纠纷解决机制选任,当事人无法在5日内按照上述条件选任出第3名专家的,由域名争议解决机构从其专家名单中指定。对《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第26条修改为:如果投诉人选择1人专家组,该专家应当由当事人协商选任或者由当事人委托纠纷解决机制选任,当事人无法

在5日内按照上述条件选任出专家的,由域名争议解决机构从其专家名单中指定。

第四,ODR审前组织的构成。由于ODR机制受理的案件标的额一般都很小、案情也比较简单,大多数情形下没有必要启动审前的发现程序。但假如ODR网站受理了一些比较复杂的案件,启动审前发现程序就很有必要。笔者认为,ODR机制应当借鉴大陆法系的发现程序,因为大陆法系是在法官主持下完成发现程序的<sup>[20]</sup>,ODR网站可以借鉴此种做法选派裁决者或者由ODR系统管理员来主持完成该发现程序,进而实现发现程序的目的。英美法系的发现程序主要由当事人双方来自主完成<sup>[21]</sup>,而ODR机制是在当事人双方没有直接会面的情形下解决纠纷的,因而使用英美法系的发现程序很难实现发现程序的目的。<sup>[22]</sup>

#### 四、结语

当人类的足迹迈入虚拟的网络世界后,新型的网络民事纠纷催生了ODR机制。这种纠纷解决机制的核心价值就是依靠“屏对屏”的方式,便捷、便宜、高效地解决纠纷。这样ODR的价值定位与理念预设和诉讼就有很大的不同,因而二者的运行机理有很大的差异。本文仅仅以诉讼的基本制度为主线,对比了二者在回避制度、公开裁判制度、审判组织制度上的异同。需要说明的是,基本制度上的差异并不能说明谁优谁劣,而只是说明了每种纠纷解决机制既有存在的价值,又有无法避免的缺陷。显然,现代诉讼的一些基本原则如审判公开、直接听审、审判集中以及言词辩论等,无法在ODR机制中实现,实质上我们并不需要全部移植诉讼的原则制度,正是由于ODR机制与诉讼机制在一些原则制度上的差异,才使ODR机制的价值优势得以充分发挥。ODR的出现并不是为了取代其他纠纷解决机制,而仅仅是当事人面对网络民事纠纷时的另一种选择。我们坚信随着对网络认识的加深,网络民事纠纷的解决机制一定会更加多元化,现有的网络纠纷解决机制一定也会多层次化。这些多元化、多层次化的网络民事纠纷解决体系将逐步满足实践的需要、满足人类化解矛盾的需要。

#### [参 考 文 献]

- [1] Ethan Katsh, Janet Rifki. Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace [M]. San Francisco: Jossey-Bass Press, 2001: 47.
- [2] Sarah Rudolph Cole, Kristen M Blankley. Online media-  
tion; where we have been, where we are now, and where we should be [J]. The University of Toledo Law Review, 2006(38): 195.
- [3] 何其生. 电子商务的国际私法问题 [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 295.
- [4] 邓杰. 电子商务法研究——以争议解决为中心 [M]. 兰州: 兰州大学出版社, 2008: 259.
- [5] [日] 谷口安平. 程序的正义与诉讼 (增补本) [M]. 王亚新, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 18.
- [6] 郭玉军. 网上仲裁的现状与未来 [J]. 法学评论, 2003(2): 36.
- [7] 李虎. 网上仲裁法律问题研究 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2005: 89.
- [8] 贺旭红. 国际间网络仲裁裁决的承认与执行 [J]. 甘肃政法学院学报, 2006(6): 135.
- [9] Colin Rule. Online Dispute Resolution for Business [M]. San Francisco: Jossey-Bass Press, 2002: 85.
- [10] 邱联恭. 司法之现代化与程序法 [M]. 台北: 三民书局, 1992: 167.
- [11] 常怡. 民事诉讼法学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992: 51.
- [12] 陈剑钊. TWNIC 网域名称争议处理机制与我国民事诉讼制度之比较研究 [D]. 高雄: 国立高雄第一科技大学, 2009.
- [13] 田平安. 民事诉讼法原理 [M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2005: 281.
- [14] [美] 罗森诺. 网络法 [M]. 张泉彤, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 368.
- [15] Llewellyn Joseph Gibbons. Private law: public justice; another look at privacy, arbitration and global e-commerce [J]. Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2000(15): 769.
- [16] 高兰英. 网上仲裁的若干法律问题 [J]. 学术论坛, 2008(1): 144.
- [17] 江伟. 民事诉讼法 [M]. 北京: 法律出版社, 2007: 56.
- [18] Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz. Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice [M]. Hague: Kluwer Law International Publishers, 2002: 114.
- [19] 肖永平. ODR: 解决电子商务争议的新模式 [J]. 中国法学, 2003(6): 155.
- [20] 杨立新. 中国民事证据法研讨会讨论意见综述 [J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2000(6): 10.
- [21] 汤维建. 美国民事司法制度与民事诉讼程序 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2001: 226.
- [22] Lucille M Ponte, Thomas D Cavenagh. CyberJustice: Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce [M]. Upper Saddle River: Pearson Prentice Hall Press, 2004: 33.

[文章编号]1009-3729(2013)05-0067-06

# 我国建立司法鉴定质量控制体系的价值探讨

——基于全面推进司法鉴定机构认证认可工作的背景

李春青

(河南司法警官职业学院 组织部, 河南 郑州 450011)

**[摘要]**司法鉴定质量控制体系与认证认可质量管理体系在功能诉求上存在高度的一致性,但司法鉴定质量控制体系在成本可控性、体系延展性、运行平衡性、标准来源覆盖性等方面存在明显优势。目前,国外司法鉴定领域存在大量并未取得、也不曾计划进行认证认可的司法鉴定机构,这些机构所建立的司法鉴定质量控制体系,为我国司法鉴定行业的发展完善提供了借鉴。此外,我国司法鉴定行业有自身的特点,为司法鉴定质量控制体系的构建提供了行业的内在需求及管理的外部空间。司法鉴定质量控制体系既是管理者主观的需要,也是行业发展的客观结果,更是司法鉴定机构认证认可工作开展过程中必要的过渡和补充。这正是我国当前全面推进司法鉴定机构认证认可工作背景下建立司法鉴定质量控制体系的价值之所在。

**[关键词]**司法鉴定机构;认证认可;司法鉴定质量控制体系;司法鉴定机构质量管理

**[中图分类号]**DF8 **[文献标志码]**A **[DOI]**10.3969/j.issn.1009-3729.2013.05.011

2005年《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理的决定》(下称《决定》)在第五条从业条件中规定,法人或者其他组织从事司法鉴定业务时“有在业务范围内进行司法鉴定所必需的依法通过计量认证或者实验室认可的检测实验室”,首次将司法鉴定实验室认可工作写入法律。2005—2009年间,司法部先后出台了《司法鉴定机构管理办法》等一系列法规;2012年司法部、国家认证认可监督管理委员会下发《关于全面推进司法鉴定机构认证认可工作的通知》(下称《通知》)。这些法规与文件在为司法鉴定机构认证认可工作确立指导原则、提供工作依据的同时,也让司法鉴定机构取得认证认可由自愿转变为强制性要求,从而拉开了全面推进司法鉴定机构认证认可工作的帷幕。

司法鉴定机构认证认可工作的开展,是在我国司法鉴定行业多年来缺乏统一质量管理标准和规范的情况下,以系统全面提升司法鉴定机构的质量管理能力、建立健全机构质量管理体系、明确行业质量

管理目标为宗旨而提出的。围绕此问题,学界虽有回应,但所发表的成果多是国外的经验介绍或是质量体系文件的本领域解读,而对其与行业现实的契合冲突以及其试点效果中暴露出的部分设计缺陷和时机谬误等,则无人问津。面对其间的错位,如何予以弥合、能否提供其他可行的质量管理途径,笔者针对此问题提出了“司法鉴定质量控制体系”的概念,尝试性地探寻司法鉴定机构质量管理的另一方法和手段,并努力实现其与认证认可要求的“质量管理体系”之间的衔接和一致。

## 一、司法鉴定质量控制体系的价值优势

司法鉴定质量控制体系是指以提高和保证司法鉴定质量为目标,将各司法鉴定执业类别受理、鉴定、文书制作、出庭和信息反馈等过程中会影响鉴定质量的因素加以提炼,并以相关法律法规及规范标准的内容为基础,运用系统方法,依靠必要的组织结

[收稿日期]2013-07-10

[基金项目]河南省软科学研究计划项目(132400411111)

[作者简介]李春青(1964—),女,河南省平顶山市人,河南司法警官职业学院副教授,博士,主要研究方向:管理学。

构对其状态加以监督控制,从而保障司法鉴定意见的科学性和法定性的质量管理体系。司法鉴定质量控制体系是一套区别于认证认可要求的质量管理体系,是在总结司法鉴定行业内各执业类别机构内部质量管理经验的基础上,有针对性地整合了司法鉴定相关法律法规的强制性规定内容,以及行业规范和管理标准中的部分内容,并结合质量控制原理和技术而制定的一整套具有行业普遍适用性、应用于司法鉴定机构内部的质量管理手段的集合体。

司法鉴定质量控制体系与司法鉴定机构认证认可要求的质量管理体系之间存在着诸多的关联,此种关联来源于两者间目的和追求的一致性。但两者间的差异也是客观存在的,它根源于两者在立足点和目标层级上的区别。正是因为有这些关联,司法鉴定质量控制体系的探索更具时代意义和现实价值。

《通知》在“总体目标和要求”中明确指出,认证认可工作的目标之一就是建立并有效运行质量管理体系。可见,司法鉴定机构认证认可工作的功能和效用之一就在于为司法鉴定认定机构建立一套科学、权威、可靠的质量管理体系。围绕这一问题,司法鉴定质量控制体系与质量管理体系相比较有同有异。其相同点保证了质量控制体系的功效价值及其与认证认可质量管理体系衔接的可能;而差异点则体现了质量控制体系特有的优势及其相对于认证认可质量管理体系的存在价值。

司法鉴定质量控制体系与认证认可质量管理体系在功效诉求上具有一致性。质量控制是认证认可的基本功能之一。认证认可是各类组织提高管理和服务水平、保证产品质量和服务质量、提高竞争力的重要途径。对于司法鉴定机构,认证认可也是寻求同样的工作目标,发挥着同样的制度作用。通过对人、机、物、法、环的标准核定,将整个司法鉴定开展流程紧密约束于各级各类的标准之中,从而实现了对司法鉴定流程和产品的质量控制,而这正是质量控制体系的主要功能。认证认可是质量控制的高级实现形式,是质量管理、质量保证的重要技术实现方式,其对于司法鉴定质量控制的实现虽并非唯一的选择,但是相较于其他质量控制手段,它在前提假设、基本立场以及目标高度等方面充分体现出其优势,因而是解决司法鉴定机构质量控制问题各种手段方法中的高级实现形式。具体来讲,认证认可是要求司法鉴定机构依据国际通用的准则,从管理和技术两方面建立并运行质量管理体系,不断提高自

身的技术能力和管理水平,对鉴定人员的能力、鉴定方法和程序、鉴定环境和设施等众多要素进行全面管理,对鉴定过程进行全方位、动态化的控制,并获得第三方的评价与承认,从而确保司法鉴定质量,确保鉴定意见的公正性和有效性。司法鉴定领域中认证认可的获得是质量控制标准化、规范化、国际化、模式化的典型范例,是质量控制高标准、全覆盖的高级实现形式。

虽然认证认可要求的质量管理体系与笔者提出的司法鉴定质量控制体系在功能诉求上存在高度的一致性,但两者在目标高度上的差异及由此产生的内部结构方面的差异,导致了其在具体功能实现过程中存在一定的区别,这些区别正是司法鉴定质量控制体系优越性的体现,它主要表现在质量控制的外部实现途径和过程当中。

### 1. 成本(负担)可控性优势

对于认证认可所要求建立的质量管理体系,在建立和运行过程中需要大量的人力、物力和财力的支撑。根据《通知》和认证认可依据准则内容以及笔者调查了解,仅在国家级资质认证认可前期准备阶段,就不仅需要大量的设施、文件、人员培训等工作成本(如引入外部咨询机构的咨询费用每项少则数万元),而且其后维持质量管理体系日常运作,如在内审和管理环节也需要大量的人力消耗。笔者走访的部分司法鉴定机构为保持其管理体系的效能发挥,专职内审管理人员与鉴定人员的比例已经达到了0.8:1,这还未计算外聘人员。同时根据多家取得认证认可鉴定机构提供的数据,要维持质量控制体系的充分运作,每年鉴定中心的案件受理数量需维持在1000件以上(此仅针对鉴定机构全部资金来源于鉴定所得的鉴定机构)。这些都充分表明基于认证认可所建立起来的质量管理体系在构建和运行过程中,需要鉴定机构投入巨大的成本,并且此成本负担还具有相对固定即不受控的特点——任何源于工作压缩的成本节约或控制,都意味着管理体系运行的间断或形式化,同时也是对相应质量管理作用的削减。

而对于具有行业普适性且相对独立的司法鉴定质量控制体系而言,其在上述各方面所带来的成本压力则要相对小得多,且绝大部分负担是保障鉴定基本合法有效性的必需成本,同时在成本可控性方面也具有更为明显的优势。首先,在建立成本上,通用性质量控制体系的建立以保障鉴定合法有效为底线原则,进而选取法定内容为其基层标准,在满足基

本要求的前提下,通过降低质量控制体系的起点来拉低成本基点;鉴于质控体系的普适性和稳定性特点,为避免鉴定机构对质控体系的适应成本和调整成本的产生,可以通过横向推广摊平设计和建立成本,全面减轻成本负担。其次,质量控制体系在基层结构之上,还建立了要素“观测池”,将影响鉴定质量的各要素集中于此,各鉴定机构可以根据自身的机构特点和层级需求,选择其中部分要素加以观测掌控,从而在质控基层平台上搭建适合自己的质量控制体系。个性化的设计、机动灵活的体系搭建,在便利运行的同时,也降低了构建成本。最后,质量控制体系具有较强的通用性,各类别间的质控可以统一到一个计算机自动化管理系统当中,将各机构独立构建成本整合为行业构建成本,进一步摊平质量控制体系构建成本,同时也可以有效降低运行维护成本,特别是解决那些人员少、案源少、项目少的小型司法鉴定机构在面对质量管理问题时的两难困境。

## 2. 体系延展性优势

从质量管理体系模式设计并建立的角度来看,虽然认证认可对质量管理的具体模式并没有提出统一要求,但认证认可依据准则的详尽性与单一性,导致在模式建立上各取得机构并没有过多的选择空间,除体系文件方面略有不同外,各质量管理体系在组织和运行上大同小异,失去了体系的适应性与延展性。适应性与延展性的丧失,影响了司法鉴定机构质量控制体系模式的差异化建构,各鉴定机构在地域、等级、项目、特色、性质等各方面的特质也就无从体现和发挥,进而约束了司法鉴定机构质量控制体系功效的实现,也制约了司法鉴定机构的特色化发展。

司法鉴定质量控制体系在模式上由底层必需性结构和上部选择性结构共同组成,除源于司法鉴定领域法律法规中强制性规范的基层结构无法调整外,上层体系部分仅是进行了大量的关键要素和节点的提示性关注,未固定其相互关联和取舍维度,为各司法鉴定机构的个性化模式建立既提供了充裕的空间和完备的选材,又极大地保障了体系的延展性,可满足各级各类鉴定机构的差异性需求。司法鉴定质量控制体系适当组合后,还可以衔接和等同认证认可要求建立的质量管理体系。

## 3. 运行平稳(持续)性优势

司法鉴定质量控制体系的成效,不仅取决于体系本身的完善程度,更与体系实际运行状况成正比。依托我国司法鉴定资质认定和认证认可建立起来的

司法鉴定机构质量管理体系,其全覆盖、高标准的特点,也使得体系自身必然是内部组织结构繁复的庞杂系统。根据对数家已经通过国家级资质认定同时兼具教研功能的大型司法鉴定机构的调查了解,在有母体分担体系运行成本压力的情况下,质量管理和鉴定技术各环节均表现出对于体系运行参与的疲态甚至倦怠。尤其是运行超过1年后,会进入到排斥期,更有甚者,已经建立的质量管理体系被一定程度地束之高阁。

而通用性质量控制体系在体系机构上是分层结构。对于基层部分的内容,一方面是司法鉴定工作开展自身必然所需,已内化于各级各类司法鉴定的日常工作中,具有必然性;另一方面为保证鉴定的法律效力,其也具有必须性,如此决定了基础质控部分在运行中不会也不允许存在抵触和拒绝。而对于上部质控部分,由于是个性化的选择构建,体现了机构及内容人员的客观需要和主观意愿,不存在运行阻力的问题,因此在运行的平稳(持续)性上也会得到保障。

## 4. 标准来源覆盖性优势

无论是各司法鉴定机构已有的质量管理手段,还是本文所言的通用性内部质量控制体系,抑或是高端的认证认可制度,其质量控制的设定标准均是有一定来源的。此来源或是实际总结,或是法律规定,或是已有体例,来源的差异同时也带来了各质控体系在终极目标层级上的不同。

认证认可要求依照《司法鉴定机构资质认定评审准则》《检测和校准实验室能力认可准则》《检查机构能力认可准则》中的内容作为其质量管理体系工作的标准来源,以实现鉴定结果的国际认可。

司法鉴定机构质量控制体系更侧重于对作为标准来源的基本法律法规的体系性吸纳,将《决定》《司法鉴定程序通则》《司法鉴定机构仪器设备配置标准》《司法鉴定教育培训规定》《司法鉴定执业分类规定(试行)》《司法鉴定人登记管理办法》《司法鉴定文书规范》等法律法规内容作为核心质量控制标准的来源,与此同时也开放性地选取了质量管理体系建立依据的文件作为自身体系“选择构件”的标准来源,以实现自身的平台功能,也寻求与认证认可质量管理体系间的有效衔接,为鉴定机构管理升级提供途径。

## 二、在我国建立司法鉴定质量控制体系的必要性

认证认可制度的可靠性、权威性、科学性等优势

自然毋庸置疑,现实经验和环境在给我们信心和鼓励的同时,其实也在不断提醒我们,实现全部司法鉴定机构及项目取得认证认可是一个过程,其间需要等待,更需要过渡。在这种起步运行中,需要司法鉴定机构通用性内部质量控制体系的存在。

### 1. 国外司法鉴定质量管理体系建立的经验借鉴

1970年代末,美国罪证化验所所长协会/实验室认可委员会(ASCLD/LAB)开始着手研究并建立美国法庭科学实验室认可制度,至2005年美国公立犯罪实验室通过认可的数量占82%,其中州一级的91%通过了认可,县一级的67%通过了认可,而FBI犯罪实验室在1998年通过认可。澳大利亚国家检测机构协会(NATA)自1992年对法庭科学实验室进行认可,至2009年,认可的专业部门或实验室共257个,可见它们的发展速度并不快。<sup>[1]</sup>在欧洲,截至2004年,参加欧洲法庭科学实验室网络联盟(ENFSI)的52家鉴定机构中有17家通过了认可。长期以来,荷兰乃至欧盟国家均很少有关于司法鉴定机构管理的专门性法律规定以强制要求司法鉴定机构参加认证认可,仅在个别鉴定项目上(如DNA检测),机构必须通过国际标准化组织的检测实验室认可。<sup>[2,3]</sup>

可见在国外的司法鉴定领域,至今仍存在着大量未曾取得、也不曾计划进行认证认可的司法鉴定机构,这些机构在鉴定质量控制上依然有自己的手段和方式,建立了有异于认证认可的质量控制体系。从世界范围内认证认可的发展历程和当前状况来看,全领域、全范围、各层级的司法鉴定机构认证认可全覆盖尚未能得以实现。

### 2. 我国存在问题及构建必要性

我国司法鉴定行业尚处于起步阶段,司法鉴定行业自身特点是我国在司法鉴定领域开展认证认可工作应予以考虑的重要因素。如我国在《司法鉴定文书规范》中明确将鉴定书分为鉴定意见书和检验报告,这是对司法鉴定存在技术型鉴定和经验型鉴定的认可。此外,有些鉴定需要依靠团队配合和大型仪器设备辅助,而有些设备则以目测和一般性光学观察为主要的鉴定检验手段;有些鉴定需要多学科多门类综合完成,而有些鉴定则可以单人独立完成。面对此种状况,单纯的认证认可制度不能兼顾。上述司法鉴定行业自身的情况和特点,决定了司法鉴定既需要大型综合性实验室类检验鉴定机构,也允许单体小型鉴定机构的存在。这导致了在认证认可制度的发源地,同时也是认证认可较为普及的西

方国家,认证认可也大多只局限于公立、大型、检案数量巨大的综合性司法鉴定机构。对于尚处于司法鉴定行业发展完善初期的我国而言,单一的认证认可质量管理方式必将成为行业发展的桎梏。同时,游离于标准化管理之外的“三大类”以外的鉴定项目或机构,更需要一个灵活机动且实用高效的质量管理体系。这为司法鉴定质量控制体系的构建既提供了行业的内在需求,也提供了管理的外部空间。

## 三、我国司法鉴定质量控制体系的构建

### 1. 我国司法鉴定质量控制体系建立的现实环境

我国司法部所作的《2011年度全国法医类、物证类、声像资料类司法鉴定情况统计分析》中有两组数据(见图1、图2)值得对比关注。<sup>[4]</sup>

由图1和图2可知,2011年我国现有司法鉴定机构除上海、江苏、浙江之外,其余省份中每个机构平均年检案数量均不到1000件,同时考虑受“马太效应”影响而存在检案分布的不均衡性,各省年检案数量在500件以下的机构应该占总数的绝大部分。从2011年度司法鉴定机构鉴定人规模统计情况可以发现,全国范围内10人以下的相对小型司法鉴定机构占比超过60%。可见,我国当前的司法鉴定机构队伍中,鉴定人数和检案数量较少的中小型机构占了绝大多数,这些机构很难承受认证认可所要求的质量管理体系所带来的成本压力,无论是从申报的积极性还是从取得认定后的执行动力来看,实质性参与司法鉴定机构认证认可工作均存在较大的阻力。同时我国幅员辽阔,鉴定难度和需求参差不齐,中小型鉴定机构的存在及其相对分散的布局状态,有利于鉴定资源的利用和诉讼效率的提高,有利于节省当事人的诉讼成本,中小型鉴定机构的存在是司法鉴定适应现实的必然结果。而相对于认证认可要求的质量管理体系,通用性质量控制体系更适合保证中小型司法鉴定机构的鉴定质量。

### 2. 我国司法鉴定质量控制体系建立的法律空间

认证认可工作开展的重要目的之一就是督促各鉴定机构建立并有效运行质量管理体系,而该项工作的开展又是基于《决定》和《通知》。在认证认可质量管理体系之外再建立一套质量控制体系,是否与法律相违背、是否存在法律依据,是首先要思考的问题。通过对相关法律法规条文的解读不难发现,司法鉴定质量控制体系的建立和应用,存在所需的

法律空间。

《决定》第5条及《司法鉴定机构管理办法》第14条规定,鉴定机构需有在业务范围内进行鉴定必需的、依法通过计量认证或者实验室认可的检测实验室。该内容一方面要求进行强制认证认可的范围

仅是在计量认证和实验室认可两个方面,并不包括检查机构类认证认可;另一方面又说明开展该强制认证认可的前提,是在业务范围内进行司法鉴定所必需。笔者认为,认证认可并非全领域各层级所有司法鉴定机构和类别均需遵从上述规定,对于无需

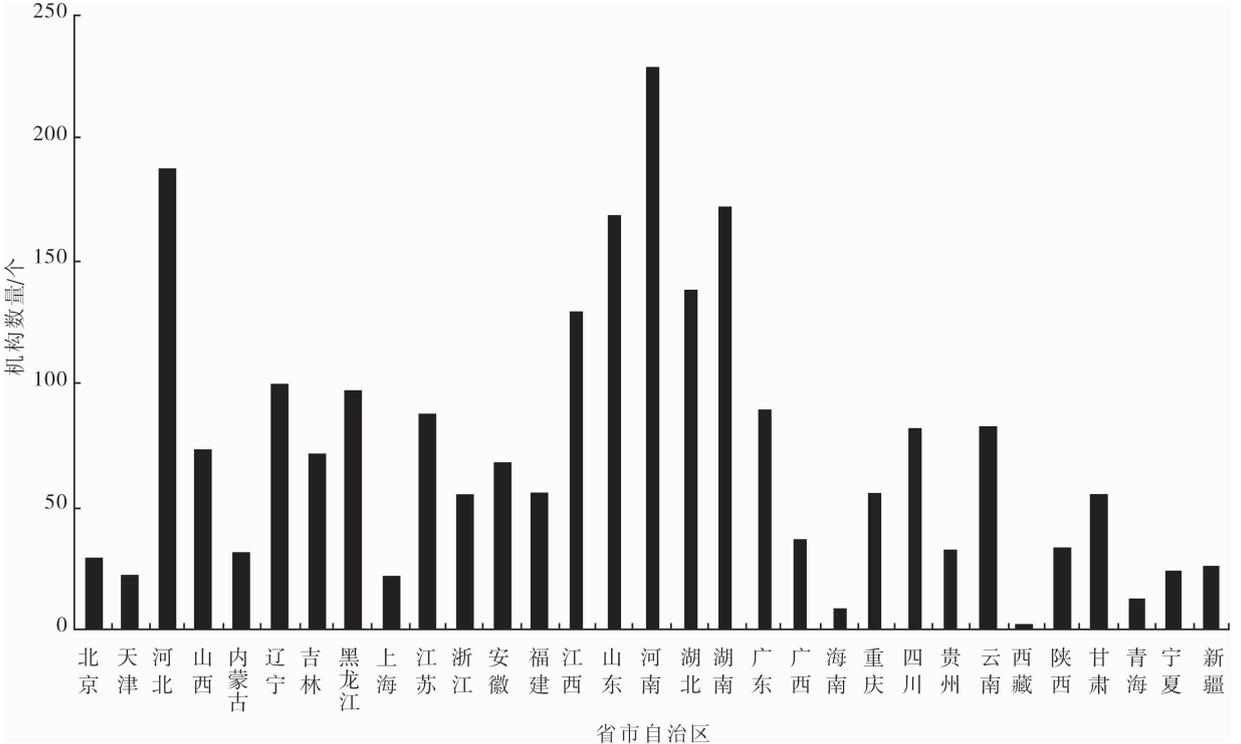


图1 2011年全国“三大类”司法鉴定机构数量示意图

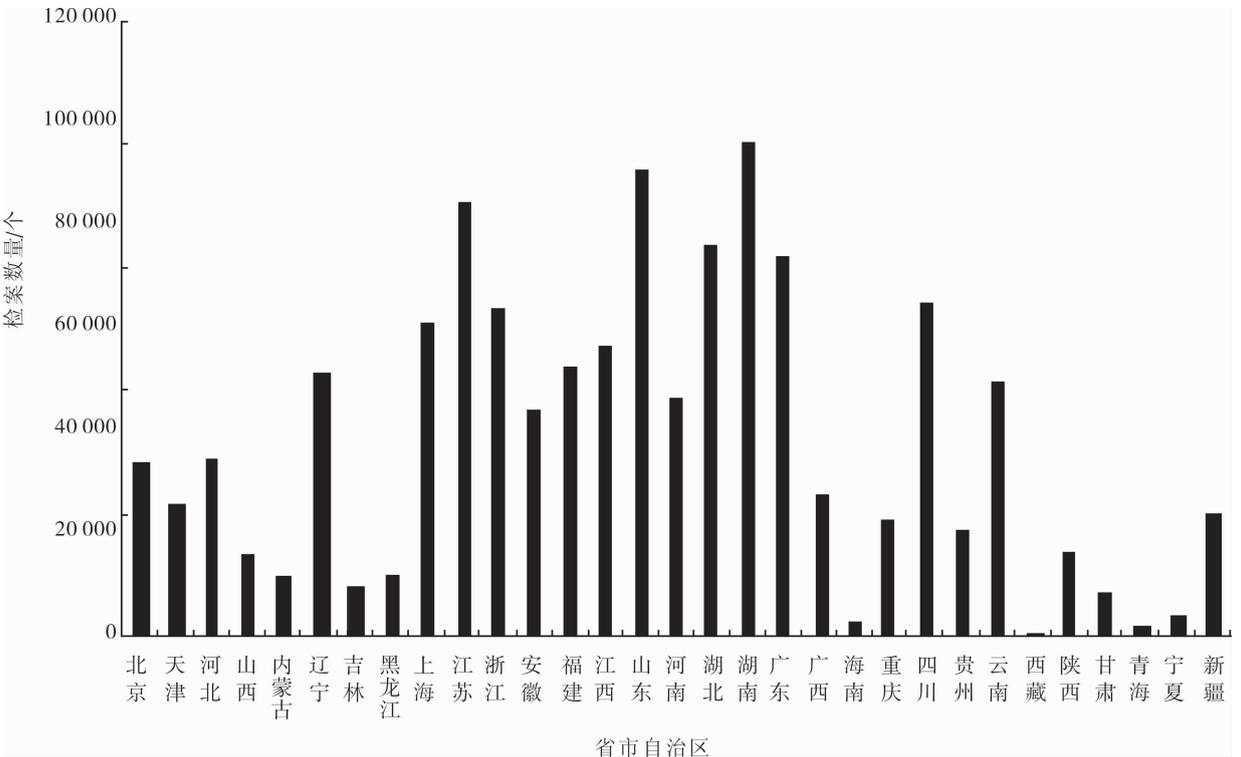


图2 2011年全国“三大类”司法鉴定检案数量示意图

实验室辅助的鉴定类别或实验室辅助以外的鉴定环节,则不需要通过认证认可。如此理解,那些无需或无法开展强制认证认可的司法鉴定机构或类别建立另外的质量控制体系,就得到了法律的默许。

根据《通知》总体目标和要求中(一)(二)(三)项的内容可以发现,强制性认证认可在时间和类别上均存有执行的过渡区域。首先在时间上,对于自通知发布之日起新设立的司法鉴定机构核准登记后2年内,通知发布之前从事司法鉴定的机构应当按照所在区域司法厅(局)规定的期限,依法通过认证认可,此2年和规定的期限被设定为管理过渡期。但过渡期的设定在缓解矛盾的同时,也使得在该期间机构处于一种质量管理的游离状态。其次在类别上,从事法医、物证、声像资料类之外其他司法鉴定业务的司法鉴定机构在面对认证认可这个问题时,司法部的要求是,可参照《通知》,依法通过认证认可。此规定使用了“可”和“参照”等用语,表明了非强制的通融性态度,如此使得“三大类”以外的鉴定机构同样处在游离状态。但是,司法鉴定质量的重要性以及鉴定机构对认证认可的追求,要求此间某种质量控制体系在机构内部存在。因此,在现有的法律规定、政策环境和行业规范内,上述游离状态的存在为具有通用属性的行业质量控制体系的存在提供了基础。

## 五、结语

司法鉴定机构认证认可工作全面推进、全员达

标,需要一个较为漫长的过程,且“三大类”之外管理真空状态的存在,鉴定开展情况和人员、机构、检案数量等诸多因素的影响,也决定了司法鉴定机构认证认可工作充满了机遇和挑战。在司法鉴定机构认证认可工作开展过程中,司法鉴定质量控制体系能够助其实现顺畅过渡,并为今后司法鉴定行业的发展和布局建立更为开放的平台,而且司法鉴定质量控制体系的数字化实现,将进一步突出该体系的优势,更充分地展现其价值和意义。司法鉴定质量控制体系的存在,既是管理者主观的需要,也是行业发展客观的结果。显而易见,它是司法鉴定机构认证认可工作开展过程中必要的过渡和补充,而这正是在我国当前全面推进司法鉴定机构认证认可工作背景下建立司法鉴定质量控制体系的价值之所在。

## [参 考 文 献]

- [1] 花峰. 法庭科学实验室认可工作发展状况与启示[J]. 刑事技术, 2009(5): 35.
- [2] 中国司法鉴定考察团. 中国司法鉴定考察团赴芬兰、荷兰考察报告[J]. 中国司法鉴定, 2007(4): 69.
- [3] 中国司法鉴定培训团. 司法鉴定培训团赴荷兰考察报告[J]. 中国司法鉴定, 2010(6): S1.
- [4] 李禹, 党凌云. 2011年度全国法医类、物证类、声像资料类司法鉴定情况统计分析[J]. 中国司法鉴定, 2012(3): 124.