

日韩难民认定法制之比较

金 哲^{*}

内容摘要：日韩两国难民法的国际法根据相同，关于难民的定义两国相当一致而且均未超出《难民公约》难民定义的范畴。形式上韩国《难民法》是独立的专门立法，日本没有专门的难民法，而将难民作为特殊外国人身份并规定于《出入国管理与难民认定法》当中，不过两国的法律体系非常相似。两国难民认定的法制注重程序的法制化，但难民认定的具体资格条件方面均未具体规定。日本的难民立法早于韩国十余年，而后者在实际执法中对难民坚持相对开放的立场。

关键词：难民法 难民认定 日韩 比较法

一、引言

2015年9月，在联合国成立70周年系列峰会上，习近平主席全面阐述打造人类命运共同体的内涵，强调要建立平等相待、互商互谅的伙伴关系，营造公道正义、共建共享的安全格局，谋求开放创新、包容互惠的发展前景。难民问题自从产生以来，尤其到了当代，一直都是全球关注的问题之一，其问题的解决需要国际社会伸出援助之手和各国包容的态度，如果处理不好将会影响全球的安全格局。申请避难者的甄别、难民的安置、各国之间如何合作，涉及难民产生国和接收国双方的内政和外交，^①应当将难民问题纳入到人类命运共同体的内涵和高度来完善难民相关的国际法及国内法制。

1948年《世界人权宣言》规定：“人人有权在其他国家寻求和享受庇护以避免迫害。”但是，当今国际社会普遍认为，该权利只具宣言性，是否给予避免迫害的权力依然掌握在各国政府的手中。按照《1951年关于难民地位的公约》（以下简称“难民公约”）及其议定书规定，有权甄别难民的主体是该人所处的非国籍缔约国。^②因此，我们有必要研究各国的相关难民法制，尤其是研究和比较各国认定难民的制度，以便各国相

* 金哲 男，法学博士，中国政法大学副教授、国际环境法研究中心副秘书长。

① 金哲：《法律里的难民庇护》，载《方圆》2015年10月上，第63页。

② 金哲：《法律里的难民庇护》，载《方圆》2015年10月上，第61页。

互借鉴难民法制以及促进合作并解决难民的全球性问题。

日本于1981年加入了《难民公约》及其议定书,但是日本作为发达国家对难民的认定及接收难民的数量方面,相比欧美发达国家,一直采取消极的立场。对此,联合国难民事务高级专员于2014年指出:“日本帮助难民太少,去年(2013年)有3260人申请,但只有6人获得难民身份。”^①此后日本认定难民之数逐渐增多,根据日本法务省2016年3月26日公开的资料,^②2015年日本难民认定申请者为7586人,被认定难民的为27人,另外虽然没有被认定为难民,基于人道主义允许居留日本的为79人。

韩国于1992年加入了《难民公约》及其议定书,晚于日本11年,但是相比日本,无论从国力还是国际影响力的层面考虑,难民的认定及接收方面都比较积极。2013年韩国难民认定申请者为1574人,被认定难民的为57人。^③2015年韩国难民认定申请者为5711人,被认定难民的为105人,另外虽然没有认定为难民,基于人道主义允许居留韩国者为194人。^④

这些数据表明,日本与韩国对接收难民的政策与法制方面可能存在不少区别。本文比较两国在认定难民方面的法制规定与实际运用,通过比较,试图总结两国难民认定制度的共同点与差异。

二、难民认定法体系之比较

日韩两国面临难民问题的最初背景均与20世纪70年代中期的越南战争有关,当时在越南战争中产生的难民开始涌入日本及韩国并寻求庇护。但是制定难民有关的法制方面,日本比韩国早十多年。

日本于1981年修订《出入国管理法》,将名称改为《出入国管理与难民认定法》(最新修订于2016年11月28日,平成28年法律第88号,以下简称“入管法”)。该法是为了公正地管理入出境日本的全部人员并完善难民认定程序而制定的(该法第1条)。该法由第1章“总则”、第2章“入国及入境”、第3章“入境的程序”、第4章“居留及出国”、第5章“强制遣送的程序”、第5章之二“出国命令”、第6章“船舶等之长及运输业者的责任”、第6章之二“事实的调查”、第7章“日本人的出国及回国”、第7章之二“难民的认定等”、第8章“补则”、第9章“罚则”及附则构成。

关于“难民”的定义,《入管法》第2条第3款之二规定:“难民是指,按照《难民公约》第1条规定及《难民地位议定书》第1条规定,适用难民公约的难民。”可见,日本将难民的定义直接援引《难民公约》及其议定书本身。在难民定义问题上,与《难民公约》保持高度一致。因此,日本在难民认定制度上相当重要的因素是“遭受迫害的畏惧”的

^① 日本法务省入国管理局:《難民認定期制の運用の用直しの概要》2015年9月,第3页。

^② 日本法务省入国管理局官网(www.moj.go.jp/nyuukukanri/kouhou/nyuukukanri03_00112.html),2018年5月15日访问。

^③ 韩国出入国·外国人政策本部:《出入国·外国人政策统计月报》2015年10月号,第32页。

^④ 韩国法务部出入国·外国人政策本部移民信息课:《2016出入国·外国人政策统计年报》2017年6月,第91页。

理由存在与否,即使有必要保护的避难民,其原因只是例如战争、自然灾害、贫困、饥饿等并由此逃避而来的人,通常不认为是属于《难民公约》及其议定书规定的难民,而被认为不属于难民的范畴。^①

韩国于1993年在《出入境管理法》中增设有关难民的条款,并于1994年开始受理和审查外国人提出的难民地位申请。2011年12月,国会通过《难民法案》并于2012年2月10日制定《难民法》(2016年12月20日最新修订,法律第14408号),自2013年7月1日起施行。该法是根据《难民公约》及其议定书等,为了规定难民的地位及待遇等有关事项而制定(该法第1条)。与日本不同,形式上韩国《难民法》独立于《出入境管理法》的专门立法。该法由第1章“总则”、第2章“难民认定申请与审查”、第3章“难民委员会等”、第4章“难民认定者等的待遇”、第5章“补则”、第6章“罚则”及附则构成。

关于“难民”的定义,《难民法》第2条第1款规定:“‘难民’,是指因有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其本国之外,并且由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护的人;或者没有入境大韩民国之前不具有国籍并由于上述事情留在他以前经常居住国家以外而现在不能或者由于上述畏惧不愿返回该国的人。”可见韩国照搬了《难民公约》对难民定义的内容。虽然形式上与日本不同,但两国的难民定义均与《难民公约》保持一致。

日本《入管法》第61条之二规定:“当身在日本的外国人根据法务省令规定的程序申请的,法务大臣根据其提交的资料,可以做出其为难民的认定。法务大臣做出难民认定的,根据法务省令规定的程序,对于该外国人颁发难民认定证书,不认定的,发给该外国人附理由的书面通知。”因此,日本将具体的难民认定程序规定在法务省令中。日本制定《入管法》的同年,即1981年法务省以法务省令第54号颁布了《出入国管理与难民认定法施行规则》(最新修订于2016年9月19日,平成28年法务省令第30号)(以下简称“入管法施行规则”)。

韩国虽然制定独立的《难民法》并对难民的认定做了相比日本比较具体的规定,但是,《难民法》规定事项以外的难民认定申请的具体办法及程序等必要事项,由法务部令规定(该法第5条第7款)。2013年7月1日,韩国政府以总统令第24628号制定《难民法施行令》,而总统令未做具体规定的内容(主要是程序及格式方面)授权给法务部令规定。法务部于2013年7月1日以法务部令第795号制定了《难民法施行规则》。

综上所述,日本与韩国关于难民认定的法律体系的国际法依据均为《难民公约》及其《难民地位议定书》,国内主要通过国会制定的法律以及主管行政部门(日本为法务省,韩国为法务部)的部门令形成法律体系。包括难民认定在内的两国难民法律从其体系方面比较相似。

^① 第6次出入国管理政策懇談会・難民認定制度に関する専門部会:《難民認定制度の見直しの方向性に関する検討結果(報告)》2014年12月,第3页。

三、难民认定程序之比较

日本难民认定的主体为法务大臣,《入管法》第 61 条之二规定:“身在日本的外国人根据法务省令规定的程序申请的,法务大臣根据所提交的资料,可以做出其为难民的认定。法务大臣做出难民认定的,根据法务省令规定的程序,对于该外国人颁发难民认定证书。不予认定的,发出附理由的书面通知。”

法务大臣认定难民的,未取得居留资格的外国人除属于下列各项以外,可以允许取得定居者的居留资格。(1)入境日(在日期间获知难民事由发生者,获知该事实之日)起经过 6 个月后,根据前条第 1 款规定申请的,但遇有不可抗力除外;(2)在日期间发生难民事由的除外,该人的生命、身体或身体自由根据难民公约第 1 条 A(2)规定^①事由而从畏惧遭受迫害的领土未直接入境的;(3)伪造证件、违法就业的;(4)被判有期徒刑的刑事犯罪。

申请难民认定的外国人,须向地方入境管理局亲自提交申请书及证明属于难民的资料各一份及照片二张。但是,如有不识字、身体残疾等其他无法书写申请书的特殊情形者,可以代替申请书的提交而陈述申请书须记载之内容。外国人不满 16 岁者或疾病及其他事由而无法本人出席的,该外国人的父或母、配偶、子女或亲戚可以代替该人申请。

难民资格的举证方面,难民的认定是基于申请人提交的资料进行办理的。因此,要求申请人本人提出证据举证或者通过有关人员的证言来证明本人是难民。另外,当资料(包括陈述书)为非日本语言时,须附上该资料的日文翻译。只是申请人所提交的资料仍不能充分证明时,由难民调查官向政府有关部门等进行照会,调查申请人的申述事实,尽量合理办理难民认定程序。这就意味着难民申请人承担主要的难民资格举证责任并由难民调查官进行事实认定,最终由法务大臣认定难民资格。

不法滞留者等未取得居留资格的外国人进行难民认定申请时,为保障其法律地位的稳定,日本还实施临时滞留许可制度。临时滞留许可的判断,将根据难民认定申请者提交的难民认定申请书等材料进行审理,不需要另行申请临时滞留许可。获准临时滞留许可后,中断强制遣送程序,截至临时滞留期间满期等该许可终了的期间内,可合法滞留日本。法务大臣认定的临时滞留许可的外国人,领取临时滞留许可书,在接受该许可期间应当日常携带此许可书。临时滞留期间及该期间的延长临时滞留期间,原则上为 6 个月。关于临时滞留期间的更新申请,在许可期限的 10 天前开始受理。获得临时滞留许可的外国人,除了居住和活动范围受到限制以外,在日本的活动也将附

^① 《难民公约》第 1 条 A(2):“由于 1951 年 1 月 1 日以前发生的事情并因有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其本国之外,并且由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护的人;或者不具有国籍并由于上述事情留在他以前经常居住国家以外而现在不能或者由于上述畏惧不愿返回该国的人。”

“对于具有不止一国国籍的人,‘本国’一词是指他有国籍的每一国家。如果没有实在可以发生畏惧的正当理由而不受他国籍所属国家之一的保护时,不得认其缺乏本国的保护。”

加各种条件。《入管法施行规则》第 56 条之二、之三规定：“居住及行动范围的限制、活动的限制、传唤出席的义务及其他认为必要的条件，按照下列各项规定。(1)居住由法务大臣指定；(2)行动范围由法务大臣认为具有特殊事由而决定的除外，属于被指定居住的都道府县区域内；(3)禁止经营收入商业活动或收取报酬活动；(4)传唤要求指定出席的时间及地点；(5)前各项以外，法务大臣要求的其他条件由法务大臣认为特别必要的事项。”

获得临时滞留许可的外国人，违反附加的条件、为非法取得难民认定的目的而提交伪造材料、进行虚假陈述等情形下，临时滞留许可将被取消。法务大臣对于申请难民的外国人，向国家公安委员会照会是否存在进入日本以前曾在日本以外犯过严重政治罪行。

韩国《难民法》对难民认定申请人与日本不同，区分为二，一类为身在韩国的外国人，另一类为入境韩国时的申请人。身在韩国的外国人，申请难民认定者可以向法务部长官提出申请。此时，受理窗口为地方出入境·外国人官署之长。申请时应当提交下列各项资料：(1)护照或外国人登记证，无法提交此类证件时提交理由说明书；(2)如有难民认定审查可供参考的文件等资料的，该有关资料；(3)难民认定申请应当书面提交，但是申请人不识字或残疾等原因无法书写申请书的，负责接收的公务员撰写申请书并与申请人一起签字或盖章。如有咨询难民认定申请或表明申请意愿的外国人，出入境管理公务员有义务积极协助。法务部长官收到难民认定申请的，及时发给申请人受理凭证。难民申请人在确定难民认定与否决定前(不认定难民决定的行政复议或行政诉讼正在进行时，其程序终止之前)，可以居留在韩国。

第二类难民申请，即外国人在入境审查时申请难民认定的，根据《出入境管理法》向管辖出入境港的地方出入境·外国人官署之长提交难民认定申请书。地方出入境·外国人官署之长可以在 7 日期限内允许在出入境港的一定场所停留。法务部长官应在 7 日以内决定是否移交难民认定审查，逾期未做决定的，应当允许该申请人入境。对出入境港难民申请人，按照总统令规定，入境港居留期间应当提供基本的衣食住。

为了便利申请人了解韩国难民认定法律政策，地方出入境·外国人官署之长应当在出入境管理所、地方出入境·外国人官署及管辖出入境港提供难民申请所需文件，并根据《出入境管理法》公示受理办法及难民申请人的权利等必要事项(包括网络等电子方式)，以便任何人获得相关信息。

在难民认定审查方面，受理难民认定申请书的地方出入境·外国人官署之长及时对难民申请人进行面谈、调查事实后，将其结果附在难民申请书报告法务部长官。难民申请人如有要求，面谈官应为同性。地方出入境·外国人官署之长认为必要时，可以录音或录像面谈过程。但是，如有难民申请人的要求，不得拒绝录音或录像。

法务部长官在地方出入境·外国人官署设置专门负责面谈及事实调查等的难民审查官。难民审查官的资格与业务履行有关事项由总统令规定。根据《难民法》第 8 条第 5 款规定，属于下列各项之一者，法务部长官可以简化审查程序：(1)提交虚假文件或虚假陈述等隐瞒事实而申请难民申请的；(2)未获难民认定者或根据第 22 条规

定取消难民认定者没有重大事项的变更而重新申请难民认定的；(3)居留韩国一年以上的外国人临近居留期限而申请难民认定或被强制遣送者以延迟其执行为目的申请难民认定的。另外，《难民法》要求难民申请人应当诚实面对难民审查。法务部长官要求难民申请人出席面谈等，但连续三次以上未出席的，可以终止难民认定审查。

在收集难民申请人的资料方面，法务部长官应当积极收集有利于难民申请人的资料并充分利用于审查。调查事实时，为了决定难民认定或难民认定的取消、撤销与否，法务部长官认为有必要的，可以责令法务部内负责难民的公务员或地方出入境·外国人官署的难民审查官调查该事实。为了实施调查，可以要求难民申请人及其他相关人员出席接受询问或提交文件等资料。在有关行政机关等的协助方面，法务部长官在难民认定审查时认为有必要的，可以邀请有关行政机关之长或地方自治团体之长或相关团体之长提供资料或调查事实等的协助。收到协助邀请的相关机关之长或团体之长，没有正当理由不得拒绝。

难民认定程序中，难民认定申请人具有以下权利：(1)难民申请人享有获得律师帮助的权利；(2)如有难民申请人的申请，难民审查官在不影响面谈公正的范围内，可以允许可信赖人的陪同；(3)难民申请人无法用韩语充分意思表达的，法务部长官应当允许根据总统令规定具备一定资格的翻译人员在面谈过程中进行翻译；(4)难民申请人无法理解难民面谈笔录所载内容的，难民面谈终了后，应当通过难民申请人能够理解的语言翻译或口译让其确认内容；(5)阅览、复印资料的权利。另外，为了保护个人隐私，尊重申请人的人权，《难民法》第 17 条专门规定禁止个人信息等的公开：(1)除本人同意以外，任何人不得公开或泄露难民申请人与面谈陪同人的地址、姓名、年龄、职业、容貌以及其他能够识别难民申请人等的个人信息与照片等；(2)任何人未经难民申请人等的同意，不得将难民申请人等的个人信息与照片等刊载出版物或通过广播电视媒体或信息网络进行公开；(3)不得向原籍国提供关于难民申请的任何信息。由此可见，韩国在保护难民认定申请人的各项个人权利方面，法律规定比较明确、具体和可行。

法务部长官认为难民申请理由成立的，决定认定难民并颁发难民认定证书。法务部决定难民认定申请人不属于难民的，交付难民申请人载有其理由及 30 日内可以申请复议的内容的难民认定否决决定通知书。难民认定否决决定通知书应当明示决定理由(包括对难民申请人的事实主张、法律主张的判断)与申请复议的期限及办法等。难民认定等决定应当在受理难民认定申请书之日起六个月内做出。但是，遇到特殊情况可以在 6 个月以内再延长。期限延长应在原期限截止 7 日前通知难民申请人。

《难民法》第 19 条规定了难民认定的限制：法务部长官认为难民申请人属于难民，但是有合理理由认为属于下列各项之一的，可以做出难民不认定决定。(1)目前从联合国难民事务高级专员以外的联合国机关或机构获得保护或援助的人；(2)当上述保护或援助由于任何原因停止而这些人的地位还没有根据联合国大会所通过的有关决议明确解决时除外；(3)该人犯了国际条约或普遍承认的国际法已作出规定的破坏世界和平罪、战争罪或危害人类罪；(4)该人在进入大韩民国以前，曾在大韩民国以外

犯过严重政治罪行；(5)该人曾有违反联合国宗旨和原则的行为。这些不认定理由与《难民公约》一致。

《难民法》第 20 条规定了以确认身份为目的的人身管制。难民申请人以获得难民认定为目的，通过故意毁损护照等身份证件或使用虚假身份证件隐瞒自己身份的，出入境管理公务员为了确认其身份，可以根据地方出入境·外国人官署之长按照《出入境管理法》规定发布的管制令控制其人身。被控制人的身份得到确认或 10 日以内未能确认的，应当及时解除管制。但是，遇有特殊情况确认身份延迟的，地方出入境·外国人官署之长可以再延长至 10 日以内。

四、复议程序之比较

根据日本《入管法》规定，对难民不认定处分或难民认定的取消处分不服的当事人可以向法务大臣申请复议。根据日本《行政不服审查法》，复议申请书应收到难民相关处分通知之日起 7 日内提出。法务大臣做出复议决定时，根据法务省令规定，必须听取难民审查参与员的意见。难民审查参与员要求法务大臣给予复议申请人或参加人阐述口头意见机会的，法务大臣及时给予这些机会。难民审查参与员可以面谈及询问复议申请人或参与人。法务大臣认为合理的，通过录音、录像记录复议申请人或参加人的意见陈述及询问，并代替调查记录。在调查记录上，当事人无法署名或拒绝署名的，必须将情况记录在案。另外，为了查清事实，法务大臣可以责令难民调查官听取复议申请人或参加人的陈述、证人及鉴定人的陈述或讯问复议申请人或参与人。

关于难民审查参与员的资格，根据《入管法》规定，为了获取难民认定有关的意见，设置难民审查参与员若干名，难民审查员从人格高尚、能够公正判断复议申请，从具有法律或国际问题有关学识经验者中，由法务大臣任命，其任期为 2 年，但是不妨碍连任，难民审查参与员为非专职的公务员身份。根据《入管法施行规则》，法务大臣设置难民审查参与员每 3 名组成一小组并决定听取意见的各组顺序。此时，法务大臣考虑每一小组的成员的不同专业领域的难民审查参与员的构成。由于疾病及其他原因，本应提出意见的难民审查参与员小组部分或全部无法胜任提出意见任务时，法务大臣可以调整另一小组提出意见。

日本实施难民审查参与员回避制度。《入管法施行规则》第 58 条之二规定：属于下列各项之一者，难民审查参与员不得参与该复议有关程序。(1)复议申请人、复议申请人亲属或曾经为亲属者；(2)复议申请人的法定代理人、监护人、保证人等；(3)复议申请人的同居人或被雇人；(4)复议有关的复议申请人的代理人或辅助人；(5)该复议有关的参加人、证人或鉴定人；(6)除前各项规定者外，与复议申请人具有利益关系者。

2018 年 5 月 16 日为止，难民审查参与员共有 82 人。^① 其中有 45%~50% 属于法

^① 日本法务省官网（难民审查参与员一览），http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri08_00009.html(2018 年 5 月 19 日访问)。

学专业出身的参与员。参与员为非专职国家公务员,参与员提出的意见不具有法律拘束力,但是法务大臣尊重参与员提出的意见并做出决定。为了保障参与员自由交换意见并形成心证的环境,不得公开由谁承担哪个案件,而且各组的成员也不得公开。^①

根据韩国《难民法》,对难民不认定处分或难民认定的取消或撤销处分不服的当事人可以向法务部长官申请复议。复议申请自接到处分通知之日起30日以内可以向法务部长官申请复议。允许申请复议的期限相比日本长,这样申请人具有充分的时间考虑是否决定提出复议以及准备复议材料。复议申请书应附主张复议理由的资料提交给地方出入境·外国人官署之长。受理复议申请以后,法务部长官应当及时交付难民委员会处理。

难民委员会可以直接或通过难民调查官进行事实调查。难民委员会的审议程序有关的其他具体事项由总统令规定。法务部长官经过难民委员会审议并做出复议决定。

法务部长官应在受理复议申请之日起6个月内做出决定。但是,遇有特殊情况无法在规定期限内做出决定的,可以再延长至6个月。延长复议审查期限的,该期限截止7日前通知难民申请人。

五、结语

通过日韩两国难民认定法制比较,可以得出如下结论:(1)两国难民法的国际法根据相同,关于难民的定义两国相当一致而且均未超出《难民公约》难民定义的范畴;(2)形式上韩国《难民法》是独立的专门立法,日本没有专门的难民法,而将难民作为特殊外国人身份并规定于《出入国管理与难民认定法》当中,不过两国的法律体系非常相似;(3)两国难民认定的法制注重程序的法制化,但难民认定的具体资格条件方面均未具体规定,这个问题需要通过两国大量的实际难民认定的案例分析来总结;(4)日本的难民立法早于韩国十余年,而后者在实际执法中对难民坚持相对开放的立场。

难民认定法制的具体运用方面,日本国内直接实施的难民认定程序相当严格且时间长、被认定为难民的数量也相当少。但是不可否认,日本捐献联合国难民署的金额在世界上数一数二。日本对待难民的政策似乎是通过捐钱承担关于难民问题的国际责任,且在国内严格适用难民认定标准而尽力减少难民问题对国内的冲击。

韩国政府在2015年以成人为对象实施了国民多元文化包容性问卷调查。调查结果显示,韩国人对难民保持比较温和、中立的态度,大体上赞成对难民的人道主义支援。但是,相比其他外国人,对难民的社会距离感更远,对难民的国内接受持消极的立场。问卷调查表明,韩国人对包括东亚共同体在内的国际化的市民意识低于日本。^②

^① 日本法务省官网(难民审查参与员制度),www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan58.html(2018年5月19日访问)。

^② 参考宋周荣(音译):《韩国人的多元文化包容性与对难民认识的分析:2015年多元文化包容性问卷调查为中心》,载《移民与融合》2017年7月(第1卷),第86页摘要部分。

在这种背景之下,相比日本接收更多的难民,有可能引发难民与本国人的融合问题,这将是韩国面临的课题。

The Comparison of the Refugee Recognition in Japan and South Korea

Jin Zhe

Abstract: Japan and South Korea have the same international law basis for refugee law, and their definitions of refugees are quite consistent and do not go beyond the scope of the refugee definition of the Refugee Convention. In form, Korea's Refugee Law is an independent and special legislation. Japan does not have a special refugee law, it regards refugees as special aliens and stipulates them in the Law on Administration of Entry-Exit and Recognition of Refugees. However, the legal systems of the two countries are very similar. The legal system of refugee recognition in the two countries lays stress on the legalization of procedure, but the specific qualifications of refugee recognition are not specified. Japan's refugee legislation was more than a decade earlier than South Korea which insisted on a relatively open position towards refugees in actual law enforcement.

Key Words: refugee law; refugee recognition; Japan Korea; comparative law

与“岛屿”“岩礁”定义有关的国际法规则的研究

魏吉源^{*}

内容摘要：由于海洋法公约条文的模糊性，岩礁的定义及其效力成为海洋法上悬而未决的议题。如果坚持以条约解释的思路来看待相关领域的国家实践和司法判例，能够得出的结论是十分有限的。在岛屿制度的问题上，国家实践和司法判例不仅仅在条约解释的层面上有帮助，还彰显了处理岛礁问题的新趋势乃至国际习惯法的发展方向。

关键词：岛屿制度 海洋法公约 岩礁

一、问题背景

1982 年的《联合国海洋法公约》的“岛屿制度”一章，在继承 1958 年公约第 10 条的基础上，新增了第 3 款的排除性规定，规定不能维持“人类居住”或“本身的经济生活”的岩礁(rocks)不能拥有专属经济区和大陆架。但有这一立法调整，公约却并没有为“岩礁”作出明确定义，这为纷争埋下了种子。1994 年，澳大利亚以公约为依据，以赫德岛和麦克唐纳岛为基点，在两岛周围划定了广阔的专属经济区，这种做法受到国际海洋法法庭 Vukas 法官的批评。^① 2008 年，日本政府向联合国大陆架界限委员会提出的外大陆架划界申请包含将清朝时仅有两块露岩的“冲之鸟”作为划界基点的内容，中国外交部随后声明指出日本政府的行为违反公约第 121 条的规定。^② 2016 年南海仲裁案，仲裁庭一反国际司法的惯例，对于南海岛礁的法律性质进行了判断，使得岩礁及其法律效力的问题进一步升温。

公约有关岩礁的规定带来的争议主要有二：其一是“岩礁”一词是否具有可供适用

* 魏吉源 男，日本名古屋大学法学研究科硕士研究生。

① The “Volga” Case (Russia v. Australia), Prompt Release, Declaration of Vice-President Vukas, paras. 6.

② 中国外交部对日方行为的立场及评价，参见：新华社 2016 年 4 月 29 日的报道《外交部：中国对日本依据冲之鸟礁主张专属经济区和大陆架不予承认》，载中央人民政府网站：http://www.gov.cn/xinwen/2016-04-29/content_5069365.htm。