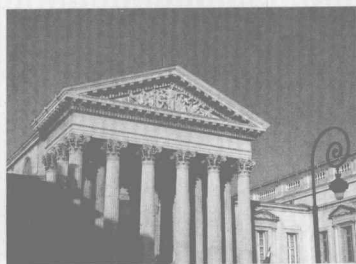


Research
on the Advisory Jurisdiction
of the International Court
of Justice

国际法院咨询管辖权研究

■ 刘芳雄 著



Research
on the Advisory Jurisdiction
of the International Court
of Justice

国际法院咨询管辖权研究

■ 刘芳雄 著

图书在版编目(CIP)数据

国际法院咨询管辖权研究 / 刘芳雄著. —杭州: 浙江大学出版社, 2008. 6

ISBN 978-7-308-05970-1

I. 国… II. 刘… III. 国际法院—管辖权—研究 IV. D813.4 D993.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 069181 号

国际法院咨询管辖权研究

刘芳雄 著

责任编辑 田 华

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)

(E-mail: zupress@mail. hz. zj. cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

<http://www.press.zju.edu.cn>)

电话: 0571—88925592, 88273066(传真)

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 16.75

字 数 290 千字

版 印 次 2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-05970-1

定 价 36.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88925591

序

2006年是国际法院成立六十周年,由于国际法院在和平解决国际争端、维护世界法律秩序方面作出的重大贡献,联合国大会通过“纪念国际法院成立六十周年”的决议,高度赞扬国际法院六十年来作为联合国主要司法机关的重要作用和工作价值,强调推动国际法院工作的意义。其中包括鼓励通过教授、研究和广泛传播国际法院在行使司法和咨询职能和平解决争端方面的活动,提高公众的认识。

不知是不是一种巧合,刘芳雄博士也正好在2006年通过了以《国际法院咨询管辖权研究》为题的博士论文,取得了武汉大学国际法专业博士学位。刘芳雄博士的新著《国际法院咨询管辖权研究》,是在其博士学位论文的基础上修改而成的。可以说,这部专著是一个中国国际法学者对国际法院成立六十周年的特殊纪念,是一个中国国际法学者推动国际法治的实际行动。

作为我国第一部系统、全面研究国际法院咨询管辖权的学术著作。该书具有如下主要特点:

第一,该书以二战以来国际关系历经的重大变化和国际社会对国际法治不断强化的需求作为背景,以国际法治、国家利益和国际司法制度三者之间的互动关系作为主线,从国际司法制度的发展及国际争端解决方法的完善的角度来解剖、透视国际法院的咨询管辖权。该书还高度重视国内外在国际法院咨询管辖权研究方面的最新成果。就其研究方法而言,该书既强调阐述的全面性,又突出对重点问题的探

讨;既注重历史与现实相结合、理论与实践相结合,也追求定性与定量相结合、个案分析与综合分析相结合。综观全书,该书资料翔实、论据充分的特色十分明显。

其二,该书结构合理,逻辑严谨,内容丰富。全书共分为八章,第一章是对咨询管辖权的概述。作者重点论述国际法院对常设国际法院在咨询管辖权方面的继承和发展。第二章研究申请咨询意见的有关问题。作者重点探讨各申请机关的相关实践。第三章是关于法院咨询程序的分析。作者在简要阐述法院行使咨询管辖权的三个条件的基础上,比较咨询程序与诉讼程序的相异之处。第四章是对法院行使咨询管辖权的基本原则的分析。作者指出,随着国际社会的发展,国际法院的咨询管辖权也基于与时俱进的必要性,从“国家同意原则”演变为“合作原则”。第五章阐述咨询意见的效力。第六章的主题是咨询意见的作用。作者重点阐述了咨询意见对国际法基本原则、国际组织法、国际组织行政法和国际条约法的发展。第七章探讨法院咨询管辖权面临的挑战和机遇,分析了充分、合理利用咨询管辖权的方式。第八章论述有关中国利用国际法院的事项。在该章中,作者首先考察中国与国际法院的关系的现状,然后分析中国利用国际法院咨询管辖权的利与弊,进而提出有关中国利用咨询管辖权的建议,并进一步探讨如何防范台独势力利用国际法院一事。从整体上看,作者非常注重全书的系统性、逻辑性、全面性和完整性。

其三,该书在不少问题上视角独特,立意新颖,并有不少独到见解。例如,作者在分析国际法院及常设国际法院所面临的不同国际情势的基础上,指出“在评价国际法院咨询功能的作用及对比两大国际性法院的表现时,不能只以‘数量’论‘英雄’。常设法院咨询意见数量之‘多’固然是‘福’,国际法院咨询意见数量之‘少’却未必是‘祸’”。因为“时代不同,不能简单适用单一的数量评价标准”。又如,就国际法院舍弃了常设法院时期的“国家同意原则”转而秉持“合作原则”而行使其咨询管辖权一事而言,作者在指出“咨询管辖权的拥有乃国际法院成为一个世界性法院的重要原因及咨询管辖权的行使是法院推行国际法治的重要手段”的基础上,认为,考虑到国际社会的现实情况及国际法院当前面临的挑战,期盼国际法院相对常设国际法院更加积

极地行使其咨询管辖权应该是一个并不过分的要求,国际法院以“合作原则”取代常设法院的“国家同意原则”也是时机恰好的必要的变化。此外,该书有关将灵活运用国际法院的咨询管辖权作为反对台独势力的策略的研究,即利用国际司法机制反对台独,也反映了作者的独到见解。

刘芳雄博士攻读国际法博士学位期间,我有幸作为他的指导老师,真切地了解到他在写作这本著作时所付出的艰辛和汗水,也很欣慰地看到他潜心研究的成果得到了校内外专家的一致好评。在经济全球化的今天,我们不仅需要有和平解决国际争端的愿望,还应提高和平解决国际争端的能力。刘芳雄博士的这部学术著作作为我们提供了全面认识国际法院的钥匙。我因此非常乐意将此书推荐给读者。

邵沙平

2008年3月8日

目 录

引 言	(1)
一、本书的研究背景	(1)
二、本书的研究动机和目的	(3)
三、本书的研究对象和方法	(5)
四、本书的研究思路	(6)
第一章 咨询管辖权概述	(7)
第一节 咨询管辖权的界定	(7)
第二节 国际联盟时期	(12)
第三节 联合国时期	(24)
本章小结	(34)
第二章 咨询意见的申请	(36)
第一节 有权申请咨询意见的主体	(36)
第二节 咨询申请的提出	(53)
本章小结	(64)
第三章 咨询程序的进行	(65)
第一节 法院管辖权的确定	(65)
第二节 咨询程序的进行	(74)
第三节 法院的组成	(83)
第四节 咨询意见的发表	(86)
第五节 特别程序问题	(89)
本章小结	(98)

第四章 咨询管辖权的行使原则	(100)
第一节 国联时期咨询管辖权的行使原则	(100)
第二节 联合国时期咨询管辖权的行使原则	(105)
本章小结	(118)
第五章 咨询意见的效力	(120)
第一节 咨询意见的拘束力	(120)
第二节 咨询意见的解释	(129)
第三节 咨询意见的接受	(132)
本章小结	(137)
第六章 咨询意见的作用	(139)
第一节 咨询功能的灵活性	(140)
第二节 咨询意见解决法律争端的作用	(145)
第三节 咨询意见发展国际法的作用	(152)
本章小结	(167)
第七章 咨询管辖权面临的挑战和机遇	(169)
第一节 咨询管辖权面临的挑战	(169)
第二节 咨询管辖权面临的机遇	(176)
第三节 合理充分利用法院的咨询管辖权	(184)
本章小结	(200)
第八章 中国与国际法院	(201)
第一节 中国利用国际法院的状况及原因分析	(201)
第二节 中国与咨询管辖权的利用	(206)
第三节 防范台独势力利用国际法院	(220)
本章小结	(227)
结 论	(228)
附 录 各版本《规约》《规则》有关咨询管辖权的专门规定	(234)
参考文献	(247)
后 记	(260)

引言

一、本书的研究背景

在国际关系中实现法治一直是国际社会的理想。历经数百年,法治的因子在国际社会艰难而不屈地种下后,缓慢且坚定地取得了发展,并具体表现为通过第三方解决国家间争端的国际司法制度的不断完善。在这一过程中,基于国际体系中无政府主义状态的存在,每个国家又无不将尽可能地坚持国家主权作为维护国家利益的手段。如果以 1872 年阿拉巴马号案的解决作为国际司法制度的开端,至今天为止,国际司法制度已经走过了 130 多年的发展历程。回顾历史,不难发现,对国家主权的无限眷恋与对国际法治状态的不懈追求一直以一种既对立又协调的关系贯穿于国际司法制度的发展之中,并导致后者呈现出“步履蹒跚”的状态。

诸如阿拉巴马号案之类的成功的仲裁案件给予了认为法律可以成为减少危险甚至代替诉诸武力的工具的想法以重大支持,并大大增加了国际社会对于成功建立一种全球性司法制度的信心。1899 年和 1907 年的两次海牙和平会议则首次在世界的部分地方点燃了废止战争的希望之火,并将 19 世纪的临时仲裁法庭的概念发展为一种更为持久和广泛的机制。^① 常设仲裁法院因而得以建立。但是事实上,争端当事国大多不愿意承担将争端提请法院加以仲裁的强制性的法律义务,加上常设仲裁法院本身既非法院也非常设,此时的国际司法情形距离国际法治的理想仍然相当遥远。1922 年,

^① See David D. Caron, *The Hague Peace Conference : War and International Adjudication, Reflection on the 1899 Peace Conference*, 94 A. J. I. L. 4 (2000).

常设法院诞生,第一个真正意义上的国际司法机构成立。但是,由于大国的反对,使之具有强制管辖权的企图失败了。二战的爆发则一方面表明了“法律作为一种有效的解决国际争端的方法,可用以取代诉诸武力的方式”的想法已经失效,另一方面也显示了强权政治的土壤依然相当肥沃。但是,常设法院的光辉成就还是给国际社会留下了深刻的印象,并因而为二战后重现“国际司法方式”风采的希望保留了火种。1946年,国际法院成立。同样因为大国的反对,使之具有强制管辖权的企图再次失败。国家希望保留选择国际争端解决方式的权力的想法一览无遗,主权与法治的碰撞一览无遗。

在国际法院成立后的60年间,它同常设法院一起经历了一个起伏浮沉的过程。^① 幸运的是,约从20世纪90年代起,国际法院重新恢复了它应有的自信和风采,业务日渐繁忙,权威不断增加。此外,其他国际性法庭有如雨后春笋一般急剧增多,出现一个国际司法的黄金时期的趋势正在显现,经由咨询管辖权实现“条条大路通海牙”的希望也已产生。不言而喻,潜伏于这一情景之下的乃国际社会对于国际法治的殷切期待及就其达成的广泛共识。但是与此同时,国际体系也发生了二战以来最大的变化,对集体安全的挑战正以各种新的形式纷纷出现,国家主权依旧是处于国家间分歧的“风口浪尖”的话题。在这个大背景下,国际法院有如1945年般,面临着纷繁复杂的挑战,再次站到了一个“十字路口”。^②

正如在任何正常的法治国家中只有一个最高法院一样,联合国也只能有一个主要司法机关。国际法院在国际司法体系中的主导地位要求它必须为促进国家主权和国际法治的良性互动及应对全球化带来的各种挑战贡献智慧。自常设法院至国际法院,咨询意见所涉问题多关切到国际社会的焦点及成员国之间的争端,并相应为国际社会的稳定起到了巨大的作用。从实际发挥的作用看,国际法院咨询管辖权的功能完全超出了弥补国际社

① 至今为止,国际法院的业务活动经历了两个高峰期和一个低谷期。1946—1962年是国际法院受理案件的第一个高峰期,法院共受理31个诉讼案件,12个咨询案件。但1963—1985年国际法院仅仅受理12起诉讼案件,6项咨询请求,相应经历了一个低谷期。此后,法院又进入一个复兴阶段。就其前任常设法院而言,1923—1936年是常设法院受理案件的高峰时期,法院共作出32个诉讼判决,26项咨询意见;1937—1940年则是它的低谷期,它仅仅受理7个诉讼案件,并没有一起咨询案件,案件数量急剧下降。

② 20世纪90年代以来,即有学者发出了国际法院处于一个“十字路口”的感叹。前国际法院院长施韦贝尔法官于1999年在向联大做报告时也采取了同样的说法。参见联合国文件A/54/PV.39,第8页。

会中国际组织在国际法院没有出庭权的司法制度的缺点的范围。^① 从其潜力看,法院的咨询管辖权远未发挥到它当初的设计者所设想的程度。笔者认为,充分利用咨询管辖权应该是法院应付它面临的各种挑战的最佳方法之一。

概而言之,当前在国际社会的结构和组成方面及递交法院的争端的种类方面发生的深刻变化,使得很有必要对国际法院利用其咨询管辖权处理案件的方式重新加以审视。^② 尤其是,在国际法院已步入“花甲之年”之际,鉴于国际社会对它在和平解决国际争端、促进国际社会的“法治”方面的期望越来越大,更有必要回顾法院咨询管辖权的过去,反思其现状,以为其构筑一个美好的未来。

二、本书的研究动机和目的

常设国际法院(以下简称常设法院)的咨询管辖权是为化解如下困难而出现的:国际组织不能作为法院的一方当事人利用其诉讼管辖权。自常设法院开始,它能否以及在什么条件下能够发表咨询意见就引发了相当多的问题和困扰。但是,咨询管辖权的存在最终得到了国际社会的认同和赞许。国际法院继承了常设法院的咨询管辖权,同样在其运行的60年间取得了很大的成就。但是,与其前任面临的情形一样,问题和困扰同样一直伴随着国际法院的成长和发展。当前,国际法院的咨询管辖权在面临前所未有的机遇的同时也面临着众多的挑战。机遇有:国际社会站在自第二次世界大战以来的一个新的“十字路口”,对“国际法治”的期待在强化;国际法在历经近400余年的发展进化后,正处于从共处法到合作法、再到“全球化法”的阶段,内容不断深化,体系不断拓展,国际法在某种程度上正呈现出“碎裂化”的趋势^③;随着国际社会对第三者解决争端的信任感的增强,国际性法庭呈现出蓬勃发展的趋势,并带来了冲击国际法体系合法性的隐患。^④ 这些情形均为咨询管辖权的发展提供了前所未有的机遇。另一方面,基于国际体系对国际法的固有影响,咨询管辖权继续受到国际政治和国家利益两大因素的不

① 参见刘芳雄:《全球化时代的挑战与国际法院的咨询管辖权》,《云南法学》2006年第2期。

② See Shabtai Rosenne, Controlling Interlocutory Aspects of Proceeding in the International Court of Justice, 94 A. J. I. L. 307 (2000).

③ 参见联合国文件 ILC(LII)/WG/LT/L. 1/Add. 1, 第1-5页。

④ 参见联合国文件 A/52/PV. 36 第9页、A/53/PV. 44 第3-5页、A/54/PV. 39, 第1-2页。

断冲击。^①当前,咨询管辖权面临的尴尬情形是:“如果它们(咨询申请机构)的预见是正确的话,在国外就有一种不舒服的感觉:即认为法院被作为一个纯粹的政治工具;如果它们的希望落空,法院的权威就会遗憾地得不到足够的尊重,就难以平息人们的批评,也难以防止人们的失望更进一步影响咨询意见程序的声望。”^②因此,深入研究咨询管辖权问题,不仅有助于人们正确了解国际法的产生机制(之一)和国际法在若干领域的发展现状,从而正确把握国际法的发展趋势,而且,也有助于正确利用咨询管辖权,在促进国际法积极发展的过程中注入更多的“公平”因素,从而促进国际社会的和平和秩序。

我国目前仍然是一个发展中国家,正处于“和平”崛起的历史关头。以一个“民主、法治”的形象出现于国际舞台上既是国际社会对一个新兴大国的要求,也是伟大的中华民族必然的历史使命。当前,随着我国国家利益的拓展与国际化,我国所面临的国际性与国际化挑战越来越多,合理利用国际法院的咨询管辖权以达到建立一个公平的国际政治经济新秩序、和平和公正解决国际争端的目的无疑是值得探讨的话题之一。此外,咨询管辖权的行使不仅涉及若干重大国际法问题,更涉及国家间主要行为守则——国际法的阐释,因而成为国际社会“话语权”的表现形式之一。任何国家,要想最大限度地维护本国的利益,无疑有必要获得尽可能多的“话语权”。因此,研究咨询管辖权的各项基本制度,探讨其发展变化规律,对于我国未雨绸缪、切实有效地利用咨询管辖权以为我国的国家利益服务及促使国际法朝有利于包括我国在内的广大发展中国家的方向演变具有很强的现实意义。

作为一名从事国际法学教学工作的高校教师,作者一直对国际法院及其咨询管辖权充满了浓厚的兴趣,并撰写了若干相关论文。^③但是,鉴于目前国内学者对咨询管辖权研究较少,并主要表现为:(1)在国内,截至

① 参见曾令良、黄志雄:《论 21 世纪国际法与国际秩序的应有构建》,载《珞珈法学论坛》(第一卷),武汉大学出版社 2000 年版。

② 参见[德]马克斯·普郎比较公法及国际法研究所:《国际公法百科全书·国际法院、国际法庭和国际仲裁的案例》,李斐南译,中山大学出版社 1989 年版,第 100 页。

③ 如:《全球化时代的挑战与国际法院的咨询管辖权》,《云南法学》2006 年第 2 期;《论国际法发展的表现与前景》,《求索》2005 年第 11 期;《国际法院咨询管辖权的过去、现在和未来》,《国际法与比较法论丛》(第 15 辑),中国方正出版社 2005 年版;《国际法院咨询管辖权初探》,《时代法学》2005 年第 5 期;《国际司法体系面临的新挑战》,《江海学刊》2005 年第 2 期;《经济全球化时代增强国际法院作用的探讨》,《江汉论坛》2004 年第 8 期等。

2008年4月30日,尚无有关国际法院咨询管辖权的专著;论文方面,专门论述咨询管辖权的有深度的文章不多;在研究角度方面,现有成果更多的是从宏观的层面阐述咨询管辖权的作用、意义、地位,或将其结合在国际法院的若干问题中进行阐述,研究不细、不具体;在研究方法方面,以综述为主,以理论阐述为主,少实证分析,少案例研究。(2)国外研究国际法院的资料很丰富,但专门研究咨询管辖权的不多,多数是在研究国际法院的整体框架下对其咨询管辖权加以审视。以国家图书馆所藏资料为准,专门研究咨询管辖权的专著仅一种,且资料仅截至1972年;研究国际法院较为权威的综合性著作则是Shabtai所著的一部著作,其中仅三章涉及咨询管辖权,但资料只截至1996年;论文方面,以Lexis Nexis网站所载资料为准,专门涉及咨询管辖权的也较少,但值得借鉴的是,这些论文常常结合具体案例进行研究,颇有启发价值和参考价值。

三、本书的研究对象和方法

本书以国际法院的咨询管辖权作为研究对象。国际法院的咨询管辖权是与其诉讼管辖权相对应的一种管辖权,在当事人、管辖范围和裁判结果的效力等方面均与诉讼管辖权有所不同^①,并可以在若干其他国际性司法机构及部分国家的国内法体系中找到相类似的制度。^②总的说来,咨询管辖权是国际司法实践中的创新,是为了补救国联体系中司法制度的如下缺陷而产生的:能在常设法院成为诉讼当事方的,以国家为限。但是,随着国际社会的发展,国际组织必定逐渐增加,当它们彼此之间或它们与国家之间发生冲突的时候,却不能利用常设法院。争端一经出现,无疑必须加以解决。补救这一缺陷的方法,即授予常设法院咨询管辖权,并且准许某些国际组织请求法院发表咨询意见,借以间接解除国际组织不得成为法院诉讼当事方的限制。因此不妨说,咨询管辖权是国际司法制度因应国际关系的变化而发展变化的结果,是国际社会追求“法治”国际秩序的产物,也是国家之间利益碰撞后作为妥协结果的制度设计。只有充分把握国际法治、国家利益和国际司法制度三者之间的互动关系这条主线,才能更好地理解和认识国际法院

① 参见梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2000年版,第487—488页。

② 参见[德]马克斯·普郎比较公法及国际法研究所主编:《国际公法百科全书·争端的解决》,陈致中、李斐南译,中山大学出版社1989年版,第93—94页;[日]寺泽一、山本草二主编:《国际法基础》,朱奇武等译,中国人民大学出版社1982年版,第418页。

的咨询管辖权。

本书主要采取案例分析方法和比较分析方法。在论述咨询管辖权的各项原则、制度及咨询意见对国际法的发展时,作者都注意引用国际法院及常设法院的相关咨询案例作为原材料和依据。之所以主要以案例分析方法来研究国际法院的咨询管辖权,一方面旨在提高本书学术观点的说服力和深化对法院咨询管辖权的认识,另一方面也旨在提高本书的学术价值和实际应用价值。与此同时,本书还关注国联与联合国所处的不同特定历史背景、《国联盟约》和《常设法院规约》与《联合国宪章》和《国际法院规约》的异同及其继承与发展关系等问题,并在此基础上研究、分析两大国际性法院在咨询管辖制度方面的异同。

四、本书的研究思路

本书以国际关系所历经的重大变化和国际社会对国际法治不断强化的需求作为背景,把握国际法治、国家利益和国际司法制度三者之间的互动关系这条主线,从国际司法制度的发展和国际争端解决机制的完善的角度来解剖、透视国际法院咨询管辖权的若干问题。

本书在横向层面上研究国际法院咨询意见的申请(有权申请咨询意见的机关、咨询申请的提出程序)、咨询意见的发表(法院行使咨询管辖权的条件、法院的自由裁量权、先决问题的处理、咨询程序的进行和咨询意见的发表)、法院行使咨询管辖权的原则、咨询意见的效力(咨询意见的拘束力、咨询意见的解释和咨询意见的接受)、咨询意见的作用(解决法律争端和发展国际法)、咨询管辖权面临的挑战(国际社会对加强国际法治的期盼、国际性法庭的增多和国际法的碎片化趋势)和机遇、咨询管辖权的充分合理利用等,力求全面、严谨。本书在纵向层面上研究常设法院时期咨询管辖权的引进和发展,国际法院在咨询管辖权问题上对常设法院的继承和发展,并对咨询管辖权不同时期的法律制度作了比较分析,以研究咨询管辖权的发展规律和趋势。

作者还对我国与国际法院 60 年来的关系状况及其原因进行了描述和分析,探讨了我国利用国际法院咨询管辖权的利与弊,并从这一视角思考了我国应该如何防范台湾当局利用国际法院宣传或实现“台独”的阴谋,以期得出有实际应用价值的研究成果。

第一章 咨询管辖权概述

第一节 咨询管辖权的界定

一、咨询管辖权的含义

对于研究、学习国际法的学者和学生而言,咨询管辖权(the Advisory Jurisdiction)是一个耳熟能详的名词,但是,要准确界定它的含义似乎并不容易。翻开我国目前已经面世的各种国际法著作和教材,在其中基本上都找不到关于咨询管辖权的定义。在这些著作和教材中,有的通过列举《联合国宪章》第96条和《国际法院规约》第65条的规定及对比咨询管辖权和诉讼管辖权的不同来阐明咨询管辖权的渊源和特征。^①有的仅提及咨询制度的法律渊源及咨询意见的效力,^②有的仅说明国际法院具有发表咨询意见的权限。^③也许,这个名词在人们看来是如此的容易理解,以至于用不着对它专

① 参见梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2000年版,第487—488页。

② [日]寺泽一、山本草二主编:《国际法基础》,朱奇武等译,中国人民大学出版社1982年版,第418页;[英]伊恩·布朗利著:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社2003年版,第793—794页;陈治世著:《国际法院》,台湾“商务印书馆”1982年版,第205—206页。

③ 程晓霞主编:《国际法》,中国人民大学出版社1999年版,第243页;[日]松井芳郎等著:《国际法》,辛崇阳译,中国政法大学出版社2004年版,第238页;[德]沃尔夫刚·格拉夫·魏智通著:《国际法》,吴越、毛小飞译,法律出版社2002年版,第762页;陈世材著:《国际法院的透视》,中国友谊出版公司1984年版,第50页。

门加以界定。又或,给一个名词下一个定义确非易事。

综观我国国际法学者给有关名词下定义时的基本做法,无不务求定义能体现该名词的本质属性。^①借用哈特的话讲,定义主要是一个标明界限或使一种事物与其他事物区分开来的问题。^②概而言之,下定义的要点在于界定一个名词的本质属性,从而标明一种事物与其他事物的界限。笔者认为,就给咨询管辖权下定义而言,情形也不例外。考虑到该管辖权最初是作为诉讼管辖权的对应物规定在常设法院之中的事实,及“对一个概念下定义的任何企图,必须要将表示该概念的这个词的通常用法当作它的出发点”^③,要想明了咨询管辖权的本质属性及其与诉讼管辖权(the contentious Jurisdiction)的不同,最为必要及可行的是审视及对比与咨询管辖权有关的国际法律文件就两类管辖权的当事者、管辖范围和效力所作的规定。

在国联时期,与常设法院的咨询管辖权最为相关的规定有《国联盟约》第14条和《常设法院规约》(1929年修订版)第65条。其中,前者规定:“行政院应制定设立常设法院之计划交国联各会员采用。凡各会员国提出的属于国际性质的争议,该法院有权审理并判决。法院同样能就行政院或大会提交给它的任何争端或问题发表咨询意见。”(The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly.)后者规定:“凡需向法庭咨询意见之问题,应备一请求书送交法庭,签字于请求书者,或为国际联合会大会会长,或为行政院长,或国际联合会秘书长奉大会或行政院之命为之……”此外,没有有关咨询意见的效力的条款。与诉讼管辖权最为有关的条款除《国联盟约》第14条外,还有《常设法院规约》(1929年修订版)第35条第1款、第36条和第59条。

① 譬如:梁西教授在给国际法下定义时,指出乃从其本质属性出发。参见梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2000年版,第3页。韩德培教授在给国际私法下定义时,也指出,“定义无非是揭示概念所反映的事物的本质属性,而根据事物的本质属性就可以把这一事物与其他事物区别开来”。参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社1997年版,第22页。

② [英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第14页。

③ [奥]凯尔松著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第4页。

其中,第35条第1款规定“法庭受理国际联合会会员国及盟约附件所载各国之诉讼”;第36条规定了法院的三种诉讼管辖权,所辖事项虽不尽一致,但均为国家间的争端;第59条规定“法院的判决仅对于争端当事国及该案具有拘束力”。从这些规定来看,常设法院的咨询管辖权指的是它就行政院或大会所提出的争议或问题发表咨询意见的权力,且所发表的咨询意见没有拘束力。诉讼管辖权指的则是法院就有关国家之间的争端作出有拘束力的判决的权力。

在联合国时期,与国际法院的咨询管辖权最为相关的规定有《联合国宪章》第96条与《国际法院规约》第65条第1款。^① 与其诉讼管辖权最为相关的条款则是《国际法院规约》第34条第1款、第36条和第59条。^② 综观前述规定的内容,与常设法院的咨询管辖权相比,国际法院咨询管辖权的当事者的范围有所扩大,但仍然是由国家组成的国际组织,其管辖范围则被限定为“法律问题”。此外,《国际法院规约》中依旧没有有关咨询意见的效力的条款。^③ 与同时期的诉讼管辖权相比,两类管辖权的当事者分别是国际组织和国家,管辖范围分别是法律问题和国家间的一切争端,法院行使两类管辖权所作出的裁决分别在原则上没有拘束力及具有一定拘束力。

综上所述,自常设法院至国际法院,咨询管辖权的当事者、管辖范围及咨询意见的效力尽管略有变化,但总的来说一脉相承,都表现为两大法院通过发表咨询意见的方式对国际组织提出的特定请求作出答复,且咨询意见原则上没有拘束力,并在上述三个方面清楚地与相同时期的诉讼管辖权区别开来。此外,作为一种在常设法院才产生的新的司法管辖权,至今为止,一直没有国家、国际性法庭和学者对咨询管辖权作为一种司法性质的管辖权的地位提出质疑。

因此,笔者认为,理解咨询管辖权的定义的关键不在于界定管辖权三字,而在于理解法院经由行使咨询管辖权而发表的咨询意见所涉及的当事方、有关事项及其效力。鉴于此,综上所述,笔者认为,可为咨询管辖权作出

① 《联合国宪章》第96条规定:1. 大会或安理会对于任何法律问题得请国际法院发表咨询意见。2. 联合国其他机关及各种专门机关,对于其工作范围内之任何法律问题,得随时以大会之授权,请求国际法院发表咨询意见。《国际法院规约》第65条第1款规定:法院对于任何法律问题如经任何团体由联合国宪章授权而请求或依照联合国宪章而请求时,得发表咨询意见。

② 《国际法院规约》第34条第1款规定:在法院得为诉讼当事国者,限于国家。第59条规定:法院之裁判除对于当事国及本案外,无拘束力。第36条规定了法院的三种诉讼管辖权,所辖事项均为国家间的争端。

③ 但是,咨询意见在特定情况下具有拘束力。见本书第五章第一节的相关内容。