

内容摘要

国际法院的司法职能包括诉讼职能和咨询管辖职能。常设国际法院时期，仅有国家可作为国际法庭的诉讼当事人，国际组织的权利无法通过司法途径获得保障。故而在常设国际法院中设立咨询管辖制度，旨在于弥补这一不足，作为诉讼程序的补充。国际法院时期承继了国际常设法院时期设立的咨询管辖制度框架，使得咨询管辖权制度作为和平解决争端的重要方式之一得以发展延续。但是，通过纵向梳理咨询管辖权的发展历程，并结合司法实践考察，发现相较于常设国际法院时期，国际法院的咨询管辖权不管是在适用主体、适用事项还是基础原则等方面，都呈现出一种自我扩权的趋势。

本文选取了常设国际法院、国际法院为主要研究对象，包含引文和结语在内共分为八个部分，各部分具体内容安排如下：

第一部分从咨询管辖权的设立出发，分析咨询管辖权的制度设计。重点对不同时期国际法院的基础性法律文件中的有关规定进行分析、对比，明确了咨询管辖制度的权力来源及管辖权范围。在此基础上，结合实践总结得出咨询管辖权在司法实践中的发展现状。

第二部分，对比咨询管辖权在不同时期的理论及实践状况做对比，结合部分司法实践，总结得出国际法院的咨询管辖权从主体范围、自由裁量权、对“法律问题”含义的界定、基础原则的地位四个方面均体现出了扩张趋势。

第三部分探讨咨询管辖权之所以扩张的原因，本文认为是基于国际法院的司法独立性及司法能动主义所致。

第四部分和第五部分探讨了此种扩张趋势若不加以限制可能带来的国际法影响，弊大于利，不仅可能导致咨询管辖权实质上被架空，还会导致司法可预测性降低，损害国际法院的权威性。正因如此，第五部分探讨了国家同意原则作为基础性原则在咨询管辖领域适用的必要性，提出分类适用国家同意原则以限制扩张的构想。

最后，基于全文的探讨分析，在第六部分为中国如何应对咨询管辖权扩张和参与咨询程序提出建议。并为中国深度参与国际法治，维护自身主权和国际利益提供理论依据。中国应当坚定支持国家同意原则在咨询管辖领域的适用这一基本立场，审慎对待咨询管辖权的扩张。

关键词：常设国际法院；国际法院；咨询管辖权扩张；国家同意原则；分类适用

Abstract

The judicial functions of the International Court of Justice include both contentious and advisory jurisdictional functions. In the era of the League of Nations, only States could be parties to proceedings before international courts, and the rights of international organisations could not be safeguarded through judicial means. The establishment of an advisory jurisdiction in the Permanent Court of International Justice was therefore intended to fill this gap and to complement the litigation process. The framework of the advisory jurisdiction system established by the Permanent Court of International Justice was inherited during the International Court of Justice period, allowing for the development of the advisory jurisdiction system as an important means of peaceful dispute resolution. However, through a longitudinal review of the development of advisory jurisdiction, and in the light of judicial practice, it is found that the advisory jurisdiction of the ICJ has shown a tendency of self-expansion compared to that of the PCIJ, in terms of applicable subjects, applicable matters and underlying principles.

The main object of this article is the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice, which is divided into eight parts, including the introduction and conclusion, and the specific contents of each part are arranged as follows:

The first part analyses the institutional design of the advisory jurisdiction, starting from the establishment of the advisory jurisdiction. It focuses on the analysis and comparison of the relevant provisions in the basic legal documents of the ICJ in different periods, and clarifies the source of power and the scope of jurisdiction of the advisory jurisdiction system. On this basis, the current development of advisory jurisdiction in judicial practice is summarised in relation to practice.

The second part compares and contrasts the theoretical and practical status of advisory jurisdiction in different periods of time, and concludes that the advisory jurisdiction of the International Court of Justice has expanded in four aspects, namely the scope of the subject matter, the discretionary power, the definition of the meaning of "legal issues", and the status of the underlying principles.

Part III examines the reasons for the expansion of advisory jurisdiction, which this article argues are based on the judicial independence and judicial activism of the ICJ.

Part IV and Part V examine the potential international law implications of this expansion, which, if left unchecked, could do more harm than good, leading not only to a substantial hollowing out of advisory jurisdiction, but also to a reduction in judicial predictability and an erosion of the Court's authority. It is for this reason that Part V examines the need for the principle of State consent as a foundational principle in the field of advisory jurisdiction and proposes the idea of a categorical application of the principle of State consent to limit its expansion.

Finally, based on the analysis in the full text, Part VI makes recommendations on how China can respond to the expansion of advisory jurisdiction and participate in advisory proceedings. It also provides a theoretical basis for China's deeper participation in the international rule of law to safeguard its own sovereignty and international interests. China should firmly support the fundamental position of the application of the principle of state consent in the field of advisory jurisdiction and be cautious about the expansion of advisory jurisdiction.

Keywords: Permanent International Court of Justice; International Court of Justice; Expansion of advisory jurisdiction; The principle of state consent; Classification applicable

目 录

引言	1
一、国际法院咨询管辖权的设立及历史沿革.....	5
(一) 国际法院咨询管辖权的设立及历史发展	5
1. 常设国际法院的咨询管辖权	5
2. 国际法院的咨询管辖权	6
(二) 国际法院咨询管辖权的司法实践现状	7
1. 咨询管辖实践奉行全面合作原则	7
2. 咨询管辖利用率较低	9
二、国际法院咨询管辖权扩张的表现.....	10
(一) 有权提请咨询的主体范围扩大	10
(二) 国际法院的自由裁量权扩大	11
(三) 对“法律问题”含义的宽松界定	12
(四) 国家同意原则被弱化为自由裁量因素	14
三、国际法院咨询管辖权扩张的原因.....	16
(一) 国际法院行使职能缺乏司法克制	16
(二) 司法能动主义的过度发展	17
四、国际法院咨询管辖权扩张的国际影响.....	19
(一) 与诉讼管辖相混淆	19
(二) 不利于咨询意见的执行	19
(三) 司法可预测性降低	20
五、适用国家同意原则限制咨询管辖权扩张的路径探讨.....	22
(一) 适用国家同意原则的合理性	22
(二) 依据咨询事项分类适用国家同意原则	23

六、国际法院咨询管辖权扩张趋势下的中国思考.....	25
(一) 积极参与咨询管辖司法实践与改革.....	25
(二) 坚持适用国家同意原则的立场.....	26
(三) 全面提升参与咨询管辖司法实践的能力.....	27
结 语	28
参考文献	29

引言

（一）选题背景及意义

在国际法的发展历程中，常设国际法院、国际法院在和平解决国际争端方面扮演着重要角色，其贡献不容忽视。而国际法院的咨询管辖权制度当前正处于积极发展阶段，在处理复杂的争议方面有着很大的潜能。通过梳理国际法院咨询管辖制度的司法实践，可以看出国际法院的咨询管辖权在当前呈现出扩张的趋向和立场，具体表现为扩大咨询管辖权的适用范围，提高咨询管辖权利用率等方面。咨询管辖制度的发展虽然可以促进国际争端解决方式更加多元化，但也带来一个不容忽视的潜在风险，即争端当事国受其国家利益驱动，在特定的争端情形下可能谋求以咨询程序代替诉讼程序，将涉及实质性争端的内容进行包装并向法院申请咨询意见。在此种背景下，有必要对咨询管辖权的这种扩张趋势进行研究，寻求如何明确国际法院发表咨询意见的法律依据、权威性和管辖范围，兼具理论意义及现实意义。

其次，通过分析比较常设国际法院和国际法院咨询管辖权的法律依据及相关条款，可以得出在不同时期国际法院对请求主体、请求事项的等内容存在明显差异，这就为中国选取何种争端解决方式提供了参考价值。

最后，为中国参与国际法院咨询管辖改革及实践提供理论铺垫。

（二）研究综述

1. 国内研究现状

截止到目前，学界对咨询管辖制度的研究主要集中在对咨询管辖权与其他国际法相关问题的研究上，例如从国际法院的管辖权整体入手进行阐述。亦或者是就现有咨询管辖权本身的价值意义进行深入论证。纵观国内研究的研究成果，可以依据发展程度及研究方式简要划分为三个阶段。在第一阶段，国内学界主要的研究重点在于对咨询管辖权本身概念进行释明。最早系统性地围绕咨询管辖权这一主题开展研究且存在较高价值的

文献是叶兴平《国际法院咨询管辖权刍议》(1996);¹曾令良则在《国际法院的咨询管辖与现代国际法的发展》(1998)中采用比较研究的方式,²通过梳理全球主要国际法院在实践中对咨询管辖权的运用方式及执行效果,提出了有一定参考价值的改进建议。刘扬则在《国际法院咨询管辖权的职能》(2001)中,³重点着眼于第二次世界大战结束至20世纪末较为代表性的咨询管辖案例,以此为切入点展开分析,指出咨询管辖权制度存在的不足与局限;到2008年,国际法学界酝酿出第一部针对性研究国际法院咨询管辖权问题的著作——《国际法院咨询管辖权研究》,刘芳雄在该书中对国际法院常设法院咨询管辖权的应用问题进行探究,并重点结合实践对以“合作原则”替代“国家同意原则”的可操作性进行了讨论。后续国内法学界对咨询管辖权制度的研究即建立在此基础上。并且考察和探索逐渐趋于多元。如程亮《重构对国际法院咨询管辖权之信任》(2009)一文中对国际法院咨询管辖权的完善提供了更有创造性的思路和途径;孙思佳与秦亚东《论中国对国际法院咨询管辖程序的参与》(2010)一文则是立足中国放眼国际,⁴分析了中国司法在国际法院咨询管辖权制度优化中可能扮演的角色及承担的国际责任。

发展至第二阶段时期,多数学者选择利用案例分析的方式,以具体的司法实例为切入点,来探究国际法院对咨询管辖权的运用。此类研究的共同特点是着眼于具体的咨询案件,并从中提取一两个关键的法律问题着重展开分析。比如何志鹏《大国政治中的司法困境——国际法院“科索沃独立咨询意见”的思考与启示》(2010);⁵王淑敏与吴昊南《国际法院关于“查戈斯群岛从毛里求斯分裂案”的咨询管辖权研究》(2018)、⁶卢婧《从“查戈斯群岛咨询案”看国家主权权益的维护问题》(2020)均各有侧重地针对具体法律问题进行探讨。⁷

如今的研究即处在第三阶段,在经历了初期对于咨询管辖权相关基本概念构建完成以及第二阶段对大量案例归纳分析提炼症结后,学界将眼光聚焦在对于制度的优化重构问题之上。例如罗国强和于敏娜《国际法庭咨询管辖权的扩张倾向与中国策略》(2019)

¹ 叶兴平:“国际法院咨询管辖权刍议政法学刊”,《政法学刊》,1996年,第3期,第69-74页

² 曾令良:“国际法院的咨询管辖与现代国际法的发展”,《法学评论》,1998年,第1期,第1-10页

³ 刘扬:“国际法院咨询管辖权的职能”,《国际关系学院学报》,2001年第3期,第3-8页

⁴ 孙思佳,秦亚东:“论中国对国际法院咨询程序的参与”,《黑龙江社会科学》,2010年,第4期,第140-143页

⁵ 何志鹏:“大国政治中的司法困境——国际法院“科索沃独立咨询意见”的思考与启示”,《法商研究》,2016年,第6期,第55-62页

⁶ 王淑敏,吴昊南:“国际法院关于“查戈斯群岛从毛里求斯分裂案”的咨询管辖权研究”,《法律适用》,2018年,第17期,第98-104页

⁷ 叶强:“同意原则在国际法院咨询程序中的地位再考”.《中国海洋大学学报》(社会科学版),2020年,第2期,第124-134页

一文，在确认咨询管辖权存在扩张趋势的前提下，提出立足当前形势展望未来趋势，并提出中国的应对策略。⁸ 2017年，“查戈斯群岛咨询案”成为了国际法学界关注的焦点，讨论集中于咨询管辖权与当事国同意原则的关系这一问题上，在此背景下，何志鹏提出了当事国同意原则存在合理性的同时也有其局限性，提出可以考虑将国际社会参与咨询程序的实践制度化等建议。叶强《同意原则在国际法院咨询程序程序中的地位再思考》(2020)同样着眼于“查戈斯群岛咨询案”，分析在实践中应用国家同意原则可能产生的漏洞。并指出要确保咨询管辖权的有效性并解决实践中可能出现的问题，可以采取的多种可行性措施，如扩大提出咨询请求事项的范围、增加以向国际法院寻求咨询意见作为其争端解决方式的条约或公约、细化咨询管辖权的具体程序等途径。

2. 国外研究现状

国外直接对咨询管辖权进行针对性探讨的文献不多，基本上是在对国际司法机构进行分析研究时涉及到对管辖权的讨论。美国学者 Louis B. Sohn 于 1983 年发表《扩大国际法院的咨询管辖权》及《国际海洋法法庭及争端分庭的咨询意见》当中，提到咨询管辖权随着国际法体系的不断发展和社会的进步而扩张是一种必然的趋势，并分析了法院发表的咨询意见可能产生的影响。Mahasen M. Aljaghoub 博士撰写的 *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*。(2006)，该著作以国际司法机构成立 60 年来的司法实践为着眼点，较为详尽的从多方面剖析了法院发挥其司法职能的途径，如咨询程序中主体的表决、咨询程序的作用等内容，并探讨法院如何平衡其司法特性及咨询职能。

(三) 创新点

目前相关问题的研究主要集中于对咨询管辖权制度的整体研究，专门探讨国家同意原则和咨询管辖权之间的关系的文献数量较少。现有的研究虽有提及扩张趋势的问题，但仍将研究的主要重点集中于对行使咨询管辖权的前提条件的探讨上，如“法律问题”如何界定等问题。本文通过纵向对比常设国际法院和国际法院时期的咨询管辖权制度，总结论证出扩张趋势，通过对具体案例的考察确定国家同意原则构成行使咨询管辖权的

⁸ 罗国强，于敏娜：“国际法庭咨询管辖权的扩张倾向与中国策略”，《学术界》，2019年，第10期，第133页

考量因素，最后提出限制扩张的可行性方案，即在咨询管辖权的实践中，根据争端性质的分类不同选择性适用国家同意原则。

（四）研究方法

1. 历史研究法。将不同时期的事物进行比较，结合国际法院咨询管辖权的发展历程，将其不同时期的特点进行对比，方能深入探析咨询管辖权的发展倾向，及其未来应对方向。

2. 案例分析法。剖析问题时从具体案例切入，分析制度价值和发展趋势时均结合实际司法案例进行分析，以便将法理与实际紧密联系，增加文章的实际价值。

3. 比较分析法。本文选取了常设国际法院和国际法院为研究对象，从咨询管辖权的权力来源、法律条款、适用范围等多个方面进行对比，总结得出咨询管辖权制度的发展和变化。

一、国际法院咨询管辖权的设立及历史沿革

咨询管辖权制度的设立要追溯至常设国际法院时期，在当时的国联体系下，仅有国家可以作为诉讼的主体，国际组织因其国际法地位尚未明确而导致陷入争端时无从通过司法途径获得救济。随着世界经济的快速发展，国际组织不仅在数目上大量增长，在国际事务中扮演的角色地位也愈加重要。那么国际组织陷入与其他国际主体争端时，如何保护其法律权利，这一问题的解决就变得刻不容缓。咨询管辖权制度正是诞生于这一背景之下，可以说其设置旨在于弥补国联时期司法制度存在的缺陷。咨询意见主要是为了回应咨询主体的问题，兼提供法律建议。就其效力来说，不具有强制的拘束力，当事国可以选择是否遵守。⁹ 但基于国际法院的权威性，意见本身可以视为对国际法的解释和适用，因而有着相当重要的示范意义。

（一）国际法院咨询管辖权的设立及历史发展

1. 常设国际法院的咨询管辖权

最初设立咨询管辖权制度的国际法庭是常设国际法院，授予其咨询管辖权的法律依据主要是《国际联盟盟约》（以下简称《盟约》）第 14 条，¹⁰ 该条授予国际组织可以就一切争端和问题向法院申请咨询意见的权利，突破了以往在诉讼中对国际组织的主体限制。但《盟约》第 14 条对法院如何行使此项权力并未具体规定。就咨询管辖程序而言，《常设国际法院规则》中第 71 条有所规定，但由于缺少司法实践的指导，条文中的相关规定仍待补充完善。1927 年，国联大会在《常设国际法院规则》第 71 条中修改加入一款“在特定情形下允许有关国家指派专案法官”的规定。¹¹ 1929 年，国联大会在《常设国际法院规约》中新增 65-68 条，就如何行使咨询管辖权作出了明确的规定和说明，并于 1936 年正式生效。¹² 经过对以上法律条款内容的多次修订，咨询管辖权制度得以

⁹ 罗国强，于敏娜：“国际法庭咨询管辖权的扩张倾向与中国策略”，《学术界》，2019 年，第 10 期。

¹⁰ 《国际联盟盟约》第 14 条：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。

¹¹ 《常设国际法院规则》（1927 年修改版）第 71 条第二款：当一个问题涉及两个或两个以上国联会员国或非会员国之间存在的争端时，规约第 31 条应予适用。

¹² 《常设国际法院规约》第 65 条：一、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

初步建立。

虽然常设国际法院的设立旨在于解决一战后产生的国际纠纷问题，但其在实际运行过程中常常承担了非常丰富的司法职能。司法实践中，常设国际法院不只为辅助联合国机构履行工作任务提供法律咨询，还就各国际组织履行任务颁布工作指南，并积极地发表咨询意见，逐渐彰显出咨询管辖权制度的作用。国际社会也渐渐开始认识到该制度在和平解决争端方面不可忽视的价值。在常设国际法院有效存在期间，共受理了 29 项咨询申请，并最终发表了 27 项咨询意见，不仅在解释和适用国际法方面作出了贡献，还为各国和平解决国际争端提供了权威性的基础。

2. 国际法院的咨询管辖权

由于二战爆发，常设国际法院被迫停止运行。国际社会亟待建立一个新的具有普遍权威性的司法机构，以期和平解决接二连三的国际冲突，于是国际法院成立，虽然就法律意义而言，其并非常设国际法院完全意义上的继承者。¹³ 但《联合国宪章》（下文简称《宪章》）第 92 条规定了《国际法院规约》（下文简称《规约》）以《常设国际法院规约》为根据，故二者体现了一定的相似性和连续性。¹⁴ 《宪章》第 96 条授予了国际法院咨询管辖权，此外，《规约》第 65 至 68 条中也有所规定。前者规定了有权向国际法院申请咨询意见的主体和事项范围，后者规定了咨询程序并对其进行进一步说明。

就有权申请咨询意见的主体而言，根据授权条款的有关规定，可以向国际法院提起咨询申请的主体分为两类：第一类是联合国大会和安理会，可依据《宪章》96 条第 1 款的授权直接提请咨询，且就该条中“得”这个字的表述而言，此项权利具有任意性。¹⁵ 第二类是联合国体系下的各种机关，根据《规约》第 65 条的规定，¹⁶ 该类主体申请法院发表咨询意见的依据有两种：即直接依据联合国宪章中的有关规定申请，或经由联合国宪章授权后申请。因此有学者认为能够向国际法院申请咨询意见的主体可以分为两类，

宪章而请求时，得发表咨询意见；二、凡向法院请求咨询意见之问题，应以申请书送交法院。申请书就申请问题应有确切之叙述，并应附送足以释明该问题之一切文件。

¹³ [英]劳特派特修订：《奥本海国际法》第一分册下卷，王铁崖、陈体强译，商务印书馆，1981 年版，第 29-30 页。

¹⁴ 《联合国宪章》第 92 条：国际法院为联合国之主要司法机关，应依所附规约执行其职务。该项规约系以国际常设法院的规约为根据并为本宪章之构成部分。

¹⁵ 《联合国宪章》第 96 条：一、大会或安全理事会对于任何问题得请国际法院发表咨询意见。二、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。

¹⁶ 《国际法院规约》第 65 条第 1 款：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。

一类是有“特权的”申请者，另一类是“有限的”咨询申请者。¹⁷

对比《国联盟约》第14条中的措辞，《宪章》和《规约》里都用“法律问题”一词替换了“争端或问题”。就有权申请咨询意见的事项范围而言，需要对授权条款中“法律问题”和“工作范围”两个措辞作出界定。首先依据《宪章》第96条和《规约》第65条的规定，国际法院无权对仅仅涉及政治的问题单一的事实类争端进行咨询管辖，只有法律问题属于咨询管辖的范畴。虽然申请主体只能就法律问题申请咨询意见，但具体情形中对于“活动范围”的限制依据主体类别不同而有所差异。依照《宪章》第96条的规定，大会和安理会无需受到范围限制，从授权条款中“任何法律问题”这一措辞可见其有权申请的咨询事项涵盖的范围非常宽泛。当申请主体是各类有权机关时，其有权申请的事项范围则受“工作范围内”的限制。具体而言，各“主要机关”的工作范围限于《宪章》对其职权的规定，各“专门机关”的工作范围则限于其组织章程及签订的关系协定，国际法院需要确认两个方面，首先要确认申请机关是有权提请的主体，其次要确认提请咨询的机关申请的事项是其活动范围内的事项。由此来看，《宪章》中似乎只对第二类申请主体的提请事项进行了范围限制，而未明确大会和安理会的行权边界，此种授权的模糊性导致在实践中多次出现争议。

（二）国际法院咨询管辖权的司法实践现状

1. 咨询管辖实践奉行全面合作原则

通过对具体案例中法院发表的咨询意见进行考察，可以看出国际法院在实践中所奉行的基础性原则发生了转变。回顾常设国际法院时期，法院行使咨询管辖权主要考虑适用的原则是“国家同意原则”和“一致同意原则”，发展至国际法院时期，法院转而侧重于以“合作原则”为主，“国家同意原则”原则在咨询实践中的地位被逐渐淡化。

要讨论国家同意原则，不得不提及“东卡累利亚案”，该案是常设国际法院时期唯一拒绝发表咨询意见的案件。所谓“国家同意原则”是指，若国际主体间发生了争端，一方当事国就争端事项向国际法院申请咨询意见，法院判断提请事项与实质性争端有关，一旦发表咨询意见可能影响当事国的实体性权利义务，则必须取得相关国家的同意才能介入并行使咨询管辖权。该案涉及芬兰与苏联之间的争端，由芬兰最开始向国际联盟提

¹⁷ 曾令良：“国际法院的咨询管辖与现代国际法的发展”，《法学评论》，1998年第1期，第1-10页。

出申请，而行政院认为对该案受理审议应以取得双方国家同意为前提，但当时苏联一方拒绝寻求国际司法途径解决。基于该原因，国联行政院便向国际常设法院发起咨询申请，对于“苏联是否负有签署执行所签条约及所附《声明》中载明条款的义务”这一问题向常设国际法院提请发表咨询意见。本案中苏联并非国际联盟的成员国，不受《国联盟约》约束，而行政院提请常设国际法院发表咨询意见的事项涉及苏联与芬兰之间尚未解决的争端。常设国际法院最终拒绝发表咨询意见，其援引的主要法律依据是《国联盟约》第17条。¹⁸ 国家同意原则的确立可以提高法院咨询意见的执行率，因为在争端中的各方当事国均已经同意启动咨询管辖程序，自然会遵守最终发表的咨询意见。这也能够有效消除各方当事国对于国际法院创设强制管辖权这一隐患的忧虑。

一致同意原则是在法院关于咨询管辖的司法实践中逐渐形成的，意指只有当取得行政院成员国全体同意的前提下，才能提请法院发表咨询意见。由于常设国际法院时期，只有大会和行政院两个主体能够向法院申请咨询意见，行政院内部围绕是否需要大家一致同意方能申请咨询意见一事展开了长期的讨论，但始终没有明确定论。但是在实践中，行政院逐渐形成了“一致同意”原则。¹⁹

由于国际法院在履行职能的过程中更加强调与其他机关进行合作，参与到联合国的组织活动之中。因而就限制咨询问题的可受理性问题而言，国际法院的立场有别于国际常设法院，启动咨询程序时奉行“全面合作原则”，这使得国际法院在自由裁量阶段认定咨询事项有无可受理性时，通常倾向于行使咨询管辖权。全面合作原则的形成具有一定的法律和现实基础，从法律制度层面来说，《规约》第65条的表述可以解释为国际法院可自行酌定是否对有管辖权事项启动咨询程序，在司法实践中，国际法院也表明对申请事项可行使管辖权利不等同于必须行使权力。个别咨询事项能损害法院司法职能完整性时，法院可以根据实际情况及案件事实酌定衡量是否发表意见。²⁰ 据此，即便是对于符合咨询管辖范围的事项，国际法院也有权作出拒绝的决定。比如国际法院就曾在“一国在战争和其他武装冲突中使用核武器的合法性案”中拒绝发表咨询意见，其答复理由是事项超出了世卫组织的职权范围。²¹ 从履行职能的现实角度来说，国际法院作为具有

¹⁸ 《国联盟约》第17条：国家主权独立原则是国际法的基本原则，未经一国同意，不得强迫以调停、仲裁或任何其他和平方式解决它与其他国家之间的争端”以拒绝对本案发表咨询意见。

¹⁹ 参见 P.C.I.J., Series B, No. 7.

²⁰ 《国际法院判决，咨询意见和命令摘要》(2008-2012), ST/LEG/SER. F/I, p133.

²¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226

普遍权威性的司法机构，其咨询意见中蕴含着对于国际法律问题的解读和释明，对于澄清相关法律问题有着相当重要的作用，应当在司法的范围内履行自身职权。同时，作为联合国体系下的主要机关，有责任和义务同其他机关进行合作并对其履职提供指导和建议，这些均为合作原则的确立奠定了基础。²²与此同时，该种实践做法表明，国际法院行使咨询管辖职能，意图在于加强与其他机关的联系。

2. 咨询管辖利用率较低

依据前文对有权提请咨询意见的主体的相关分析，可以看出国际法院时期的主体范围相较于常设国际法院时期更加广泛。常设国际法院时期，只有两个主体有权直接向法院申请咨询意见，分别是国联行政院和国联大会。其他国际实体想要获取法院的咨询意见需要通过国联行政院间接申请。而联合国时期，有权提请咨询意见的主体不仅包含与国联体系下对应的大会及安理会，还扩充至其他主要机关和专门机关，即有权主体的数量明显增多。

将不同时期咨询管辖的实践状况进行对比，常设国际法院在存续期间处理了 29 起国家间有争端的案件，并发表了 27 项咨询意见。²³其中占多数的咨询意见主要与成员国间的争端有关，有 19 项，另外 8 项咨询意见与国际组织活动中产生的问题有关。而国际法院成立至今，共发表了 27 项咨询意见。尽管咨询意见的数量大体相当，但前文已有考察有权向国际法院同常设国际法院申请咨询意见的主体，有权向前者申请咨询意见的主体除联合国大会与安理会外，还有 3 个机构和 16 个专门机关，而常设国际法院时期仅有国联大会和行政院两个主体享有直接申请咨询意见的权利，其他国际主体只能通过间接的方式申请咨询意见，可以看出联合国时期大大扩充了有权申请主体的范围。但与此同时法院发表咨询意见的案件数量却并未随着申请主体范围的扩大而增加，这种反差正说明现阶段咨询管辖权制度的使用率并不高，有权主体不能积极地行使咨询请求权，咨询管辖的实际情况并不理想。

咨询管辖权在实践中的利用率高是多种因素共同作用的结果，试推测之所以产生此种现象与咨询意见效力和有权主体的意愿两个方面的原因有关。首先，咨询意见自身无强制拘束力，无拘束力意味着若当事国未同意国际法院介入发表咨询意见，则其不受

²² [日]杉原高嶺：《国际司法裁判制度》，王志安、易平译，中国政法大学出版社，2007 年第 1 版。

²³ 参见 <https://research.un.org/en/docs/icj/pcij>，2023 年 3 月 15 日最后访问。

咨询意见的拘束。此时咨询意见能否获得有效执行，完全取决于一国的政治地位和自身利益。国际关系纷繁复杂，需要有更加清晰的理论指引来协调各方利益，在此基础上才能促进咨询管辖职能得以有效发挥。第二，如同前文分析所述，国家同意原则在咨询领域的地位从国联时期的基础性原则被逐步淡化，取而代之的是全面合作原则。因此，在某些情况下，国际法院发表的咨询意见可能沦为大国间政治博弈的工具，例如“科索沃独立意见案”。在此情况下，各国出于对法院立场的忧虑，从而保守选择适用咨询管辖制度是可以理解的。就此而言，可以考虑如何提高有权主体申请咨询意见的积极性，从这一角度思考提高咨询管辖权利用率的有效途径。一味扩张国际法院的咨询管辖范围，不仅治标不治本，还可能加剧有权主体对潜在风险的忧虑，引发国际法院的信任危机。

二、国际法院咨询管辖权扩张的表现

前文已纵向对比国际法院时期和常设国际法院时期咨询管辖权的异同，通过梳理可以看出咨询管辖权呈现出自我扩权的发展态势，具体表现在有权申请主体和事项范围扩大、自由裁量权扩大、对“法律问题”的解释更加宽松及国家同意原则的限制性作用缩小四个方面。

（一）有权提请咨询的主体范围扩大

常设国际法院时期，只有两个主要机关被赋予了向国际常设法院提请咨询的权利。与之不同的是，联合国时期，《宪章》在第96条中加入了对其他主体的授权性规定，即除了联大和安理会，新增了经大会授权后可以申请咨询意见的两类主体，分别是三个其他机关和十六个专门机关。²⁴ 此外，曾经行政法庭判决复核委员会是有权申请主体，但于1995年联合国第87次全体会议上被废止。²⁵ 经授权的专门机关目前为止共有十六个，其获得授权的方式是与联合国大会签订关系协定，得以申请咨询意见的范围仅限于其工作范围内的问题。未与联合国建立关系不能被视为宪章意义上的专门机关，即无从获得申请咨询意见的授权。

²⁴ 三个机关分别是经社理事会、托管理事会和临时委员会。参见联合国大会1946年A/RES/89(I)决议、1947年A/RES/171(II)决议、1948年A/RES/196(III)决议。

²⁵ 参见联合国大会1954年A/RES/888(IX)决议、联合国文件A/50/54。

（二）国际法院的自由裁量权扩大

自由裁量权，从字面意思出发理解，意指国际法院在个案中有酌情选择是否行使咨询管辖权的自由。《规约》授权条款中使用的措辞是国际法院“得”就有权主体的申请发表咨询意见，相较于国联时代的《国联盟约》第14条，用“法律问题”一词替换了“争端或问题”的规定，一般认为该条是国际法院的自由裁量权的法律依据。分析第65条的表达逻辑，国际法院行使自由裁量权应当建立在已经确认对案件享有咨询管辖权的基础上，否则应当直接拒绝就咨询事项发表意见，也无需进一步考虑适用裁量权。关于自由裁量的标准及具体考量因素，目前并没有明确的法律规定，这导致在司法实践中有着极大的解释空间。

虽然迄今为止，国际法院尚未明确过其行使自由裁量的具体衡量因素，但通过对以往咨询管辖实践的考察，可以探知一二。国际法院曾在1950年的“保、匈、罗和平条约解释案”中声明，法院只是通过咨询意见对申请方作出答复，就其效力而言不具备强制拘束力，是国际法院履行职能的一种表现，因而从原则上来说不该拒绝申请。²⁶ 国际法院主张对于自己享有管辖权的咨询事项，只有存在“足以确信的理​​由”会阻止法院发表咨询意见。回顾国际法院先前的司法实践案例，可以看出国际法院以国家同意原则作为行使自由裁量的考虑因素之一，因其多次重申发表意见不会导致规避国家同意原则。但实际上，能构成“足以确信的理​​由”继而使法院拒绝发表意见的标准非常高，从国际法院至今尚未拒绝过发表咨询意见这点就可见一斑，相较于常设国际法院时期，国际法院倾向于更加积极地行使自由裁量权。从措辞上而言，看似授权条款中对国际法院有权管辖的范围进行了限缩，但事实上并不能阻止国际法院在实践中解释自身的管辖权，并最终发表咨询意见的行为。²⁷一方面，国际法院增加了咨询事项只能受“活动范围”的限制的规定，常设国际法院时期未有此限。另一方面，国际法院和常设国际法院相比，有权管辖事项范围看似有所缩小。因为常设国际法院能够管辖范围同时涉及“争端”和“问题”，而国际法院则只能对“法律问题”发表咨询。从司法实践来看，国际法院在行权阶段论证自身是否享有管辖权的问题时倾向于进行非常宽松的解释，表现出国际法院试图利用自由裁量权将自己行权范围进行拓宽的意图。如“查戈斯群岛咨询意见案”，

²⁶ Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950.

²⁷ 刘芳雄：《国际法院咨询管辖权研究》，浙江大学出版社，2008年，第26页。

先决问题是国际法院是否有权介入并发表咨询意见，英国作为当事国主张该案涉及双方之间的实质未决争端，国际法院不应发表咨询意见，其他国家也均表示反对。但国际法院最终仍启动了咨询管辖程序，认为就事实问题的管辖是为了更好地解释法律问题。

（三）对“法律问题”含义的宽松界定

鉴于国际间关系的复杂性，各主权国家出于各自国家利益的考量，常常在国际交往中发生政治立场的碰撞，这就导致现实中实际提请咨询的冲突往往不是性质单一且明确的事项。《宪章》第96条中仅规定了授权条款，但未明确界定何为“法律问题”。一般来说，申请机关就某事项对法院提出咨询申请，就表明其内部已对事项的性质作出了初步判定且达成一致。但是国家间的争端常常会涉及悬而未决的争议，所以实践中提请咨询的事项是否属于“法律问题”，时常引发争端当事国及国际社会对此的争议。

在司法实践中，如果提请咨询的事项属于混合型争端——可能同时具有多种性质，如政治与法律相夹杂，或者事实问题与政治问题杂糅等。法院的解决思路可能是先寻求途径规避该咨询事项的背景，及发表意见后可能对现实产生的影响，保障其法律性质的方面不受影响。²⁸ 国际法院倾向于对其法律属性作出认定并发表咨询意见，频频引发对于法院是否有权行使咨询管辖权的质疑。而考察国际法有关的咨询管辖实践，明显国际法院更加希望藉由咨询事项中含有的法律因素，将复杂的混合型问题纳入自己的管辖范畴，进而发表咨询意见。因为各主体之所以提请法院发表咨询意见，是出于对国际性司法机构的权威性的真诚确信，企图得到公正的意见，即便此动机中掺杂部分政治因素，法院也不认为可以此为由拒绝发表咨询意见，否则与国际法院的司法职权相违背。

例如在“接纳联合国会员国条件案”中，²⁹反对国主张咨询事项不属于国际法院的管辖范围，属于政治性问题。法院则认为自己仅仅在履行作为司法机构具有的解释条约这一职能，至于提请咨询的主体出于何种动机发起咨询，法院不应予以考虑。在“保、匈、罗和平条约解释案”中，³⁰法院依旧接受了申请并发表咨询，从其答复来看，法院主要秉持的立场是强调咨询事项具有的法律性质，即便兼具了其他诸如事实因素或者政治因素，但不能仅凭此而忽略其法律性质进而拒绝发表咨询意见，通俗概括为“沾边就

²⁸ 刘芳雄：《国际法院咨询管辖权研究》，浙江大学出版社，2008年，第26页。

²⁹ Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion : I. C. J. Reports 1948, p. 57.

³⁰ "Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1950, p. 221.

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/916115055155011020>