

“巴勒斯坦诉美国使馆迁移案”的国际法研究

管建强 王云洲*

摘要：美国承认耶路撒冷为以色列首都，并将大使馆迁至耶路撒冷，巴勒斯坦和美国就迁馆行为的正当性展开法律上的博弈。巴勒斯坦在国际法院起诉美国，该案件在实体和程序上都存在极大争议。从国际法院诉讼主体资格的要求方面来看，巴勒斯坦在本案件中具有诉讼主体地位；从美国退约行为对本案不产生效力方面来看，国际法院对案件拥有管辖权。美国对巴勒斯坦和以色列关系的干预以及单方面迁馆及退约行为构成对国际秩序的破坏，违反国际法。双方应当采取协商、诉讼等和平手段解决争端。

关键词：美国大使馆迁馆 《维也纳外交关系公约》 国际法院诉讼管辖权

引言

巴勒斯坦和以色列都对耶路撒冷有主权要求，并时常爆发冲突，目前耶路撒冷在以色列的实际控制之下。为了该地区的和平稳定，联合国安理会通过第478（1980）号决议，要求各国不得在耶路撒冷设立外交使团。2017年12月6日，美国单方面违反了这一决议，将美国驻以色列大使馆从特拉维夫迁至耶路撒冷。2018年9月28日巴勒斯坦向国际法院提交了对美国的起诉书，就美国涉嫌违反《维也纳外交关系公约》提出指控。巴勒斯坦认为国际法院拥有对此案件管辖权的依据是巴勒斯坦和美国都是《维也纳外交关系公约关于强制解决争端的任择议定书》（以下简称《任择议定书》）的成员国。时任美国总统安全事务助理博尔顿（Bolton）在2018年10月3日于白宫举行的记者会上表示，巴勒斯坦不是国家，不具有国际法院诉讼主体资格；美国将退出《任择议定书》以应对巴勒斯坦提起的诉讼。^①国际法院要求巴勒斯坦于2019年5月15日提交备忘录（Memorial），以支持其认为国际法院拥有管辖权的观点，美国于2019年11月15日提交答辩状（Counter-Memorial），以论证国际法院没有管辖权。^②目前诉讼程序仍然在进行中。

* 管建强，华东政法大学国际法学院教授；王云洲，华东政法大学国际法学院2016级本科生。

① Sputniknews, “US Says Palestine Not a State, Withdraws From a Protocol of Vienna Convention”, <https://sputniknews.com/world/201810031068565352-vienna-convention-option-protocol-us-withdrawal/> (last visited April 15, 2020).

② *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*, Order of 15 November 2018, I. C. J. Reports 2018, p. 6, para. 16.

一 巴勒斯坦与以色列建国冲突的历史沿革

联合国大会于1947年11月29日通过第181(1947)号决议,要求在巴勒斯坦地区建立经济上联合但主权上独立的阿拉伯国和犹太国。决议还规定:成立耶路撒冷市国际特别政权,由联合国来管理。^①然而,巴勒斯坦建国基础源自国际法的民族自决权,而以色列建国的依据来自政治力量的操作。这是巴以冲突的根本原因。

(一) 巴勒斯坦建国的法理基础

自决的概念历史悠久,根植于美国和法国革命,正式提出于俄国十月革命,充分发展于第二次世界大战后60、70年代的非殖民化运动。^②“非殖民化”派生于殖民化(colonization)一词,是在该词前面加上了带有相反意义的前缀“de-”。^③非殖民化运动又称民族自决权。《联合国宪章》第1条第2款规定:“发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系,并采取其他适当办法,以增进普遍和平”,第一次确定了民族自决原则属于国际法原则。后来联合国大会又通过数项文件一再确认了民族自决权。《给予殖民地国家和人民独立宣言》中规定:“各国人民都有自决的权利;通过这项权利,他们可以自由决定其政治地位,自由追求其经济、社会和文化发展。”^④《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》中写道:“各民族一律平等,且享有自决权的原则。”^⑤除联合国文件中规定了民族自决权之外,《经济、社会及文化权利国际公约》与《公民及政治权利国际公约》等国际公约体现了民族自决原则,并且国际法院的实践也确认了该原则。

理解民族自决原则的首要任务是厘清民族的定义及其范围。根据斯大林在《民族问题和列宁主义》中概括,“民族是人们在历史上形成的有共同语言、共同地域、共同经济生活以及表现于共同的民族文化特点上的共同心理素质这四个基本特征的稳定的共同体”。^⑥根据圣经旧约的说法,以色列与阿拉伯人的祖先都是亚伯拉罕。虽然历史的长河中,巴勒斯坦的阿拉伯人与以色列都分别是独立的民族,但是民族自决权隐含的原理是指长期在该土地上赖以生存的民族在遭受外来殖民和奴役的情况下享有独立的权利。

自阿拉伯帝国统治巴勒斯坦后,巴勒斯坦的阿拉伯人就成为了该地区的主体民族。巴勒斯坦地区阿拉伯化和伊斯兰化随着犹太人的离开逐渐发生。巴勒斯坦的大多数居民成为了说阿拉伯语、信仰伊斯兰文化的阿拉伯人。^⑦虽然在阿拉伯帝国覆灭之后,巴勒斯坦地区又迎来了土耳其的统治,但是该地区的主体民族未发生过变化。迄今,巴勒斯坦地区仍然是巴勒斯坦阿拉伯人占

① Resolution of the General Assembly, *Future Government of Palestine*, A/RES/181 (II) A (1947), pp. 164 - 150.

② 白桂梅:《论内部与外部自决》,载《法学研究》1997年第2期,第116页。

③ 潘兴明:《试析非殖民化理论》,载《史学理论研究》2004年第3期,第108页。

④ Resolution of The General Assembly, *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, A/RES/1514 (XV) (1960), para. 15.

⑤ Resolution of The General Assembly, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, A/RES/2625 (XXV) (1970), para. 22.

⑥ [苏]斯大林:《民族问题和列宁主义》,人民出版社1951年版,第2页。

⑦ 彭树智主编、杨辉著:《中东国家通史巴勒斯坦卷》,商务印书馆2002年版,第15页。

主要地位。也就是说，阿拉伯人从来没有离开过巴勒斯坦，他们是这片土地上的原住民。

第一次世界大战后，奥斯曼帝国分裂成了现今的阿拉伯世界及土耳其共和国。国际联盟于1922年授予英国“巴勒斯坦委任统治书”，允许英国托管巴勒斯坦地区。《国际联盟盟约》第22条规定托管的使命是“即给予巴勒斯坦行政‘指导及援助’，直到可以完全地独自生存”。按照国际法的民族自决权原则，巴勒斯坦的西亚阿拉伯民族享有独立建国的权利。

（二）以色列建国的政治因素

公元前13世纪，犹太人的祖先希伯来人在迦南（Canaan），即今巴勒斯坦地区，建立希伯来王国。公元前63年，古罗马军队占领此处。自公元132年犹太人起义被罗马帝国镇压后，绝大部分犹太人从此分布在世界各地，犹太人在此地作为一个主体民族的历史至此结束。阿拉伯人来到巴勒斯坦地区源自阿拉伯帝国的建立与向外征服。公元634年，阿拉伯帝国进攻并控制了大半个巴勒斯坦。至此开始近1500年内，阿拉伯人世代在此地居住。^①自1517年以来，奥斯曼帝国统治了巴勒斯坦地区。犹太复国主义是一个在1881年才于东欧开始形成的全新想法，源于东欧等国家的反犹太人的政策。

第一次世界大战期间，利用阿拉伯民族主义的高涨，英国与领导阿拉伯人起义反抗土耳其的领导人达成协议，以确保英国在巴勒斯坦地区军事行动的顺利进行。英国驻埃及高级专员亨利·麦克马洪（Henry McMahon）承诺战后支持在英国统治下建立起一个阿拉伯王国作为给阿拉伯人的回报。这也就是“侯赛因—麦克马洪信件”。1919年阿拉伯人在此地区建立了这样一个王国，一年后该国被宣称对黎巴嫩和叙利亚有控制权的法国人镇压。

1917年11月2日，英国外交大臣A. J. 贝尔福（A. J. Balfour）致函英国犹太复国主义者联盟副主席L. W. 罗思柴尔德（L. W. Rothschild），表示赞同犹太人在巴勒斯坦建立国家。这封信后来被称为“贝尔福宣言”（Balfour Declaration）。^②“贝尔福宣言”使犹太人认为复国有望，进而大量犹太人从中欧、西欧迁往巴勒斯坦地区。

19世纪中叶，在现今的巴勒斯坦地区约有34万人，其中30万（88%）是穆斯林或德鲁兹人，2.7万（8%）是基督徒，1.3万（4%）是犹太人。到1922年，该地区的人口增长到75.2万人，其中犹太人有8.39万，约占11%。^③此后随着犹太复国主义运动的发展，越来越多的人来到了巴勒斯坦这块狭小的土地上。

为什么不具备整体民族长期赖以生存在巴勒斯坦的以色列民族，在第二次世界大战后唯独能独享民族自决权的惠顾。笔者认为这不是民族自决权的适用，而是各方政治力量，特别是美、苏、英大国力量在冷战时期推动的结果。

第二次世界大战后，联合国接手了国际联盟的委任统治地并改称为托管地。英国政府于1947年2月宣布放弃对巴勒斯坦的统治，进而转交给联合国处理，并称其将在一年内撤回所有驻军。于是联合国设立了巴勒斯坦问题特别委员会（United Nations Special Committee on Palestine，

① 参见陈天社：《阿拉伯世界与巴勒斯坦问题》，世界知识出版社2013年版，第14页。

② 参见《巴勒斯坦问题的历史》，联合国网站：<https://www.un.org/chinese/peace/palestine/backgrounds/history1.htm>，最后访问时间，2020年2月6日。

③ Allan C. Brownfeld, “The Balfour Declaration at 100: Remembering Its Prophetic Jewish Critics”, http://www.acjna.org/acjna/articles_detail.aspx?id=2677 (last visited April 16, 2020).

UNSCOP) 来决定巴勒斯坦的命运。^① 此时, 美国和苏联对于在巴勒斯坦地区建立犹太国已经达成共识。联合国大会于 1947 年 11 月 29 日通过第 181 (1947) 号决议, 要求在巴勒斯坦地区建立经济上联合但主权上独立的阿拉伯国和犹太国。该协议将 55% 的巴勒斯坦地区土地划分给犹太人, 45% 的土地划分给阿拉伯人, 但是当时巴勒斯坦地区的阿拉伯人远多于犹太人; 同时该决议将巴勒斯坦地区大部分靠近地中海的港口和码头及耕地也划给了犹太人。^② 阿拉伯国家对联合国大会这一决议极其不满。在不尊重巴勒斯坦原住民的背景下, 1948 年 5 月 14 日以色列强行宣布建国。对此, 阿拉伯国家在以色列建国后与其爆发了战争。战争以以色列胜利并侵占了原联合国分治协议中划分给阿拉伯人的 4859 平方公里土地而告终。

(三) 联合国对以色列扩张的限制

巴勒斯坦地区先后又爆发了多场战争, 联合国大会通过第 242 (1967) 号决议, 要求以色列军队撤出在最近战争中占领的领土。^③ 联合国大会又通过第 338 (1973) 号决议, 同样要求以色列从侵占的土地中退出, 恢复巴勒斯坦地区的和平。^④ 但以色列并未遵守联合国大会的决议, 在此后多次战争中获得了更多的土地, 这些地区的巴勒斯坦人也因为战争而流离失所。自 2002 年起, 以色列在占领的约旦河西岸地区修建隔离墙, 以谋求事实上对巴勒斯坦国土的吞并。联合国大会、安理会先后通过多项决议确认以色列的行为违反国际法, 国际法院也于 2004 年发表咨询意见认定其行为违反国际法。^⑤

另一方面, 巴以双方为了停止纷争, 签署了一系列协议。双方于 1995 年签署《以色列—巴勒斯坦关于西岸和加沙地带的临时协定》(Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip), 计划使巴以关系正常化, 以色列向巴勒斯坦转移相关权利。该协议规定, 将在过渡时期建立一个由巴勒斯坦人民选举的过渡期理事会。以色列将在该协议中规定的相关权利移交给理事会, 但以色列仍然继续行使没有移交的权利和职责。以色列对约旦河西岸和加沙地带拥有部分主权, 该地区对外交往等相关事务交由以色列决定。^⑥ 《巴黎经济议定书》(Protocol on Economic Relations between the Government of the State of Israel and the P. L. O., Representing the Palestinian People) 则规定巴勒斯坦采用以色列新谢尔克盾作为流通货币, 关税由以色列代收。巴勒斯坦签证也由以色列代为颁发。^⑦

以色列和巴勒斯坦对于耶路撒冷归属问题毫不让步。以色列于 1980 年 7 月 29 日推出所谓的“耶路撒冷基本法”, 宣布完整和统一的耶路撒冷是以色列的首都。1988 年 11 月 5 日, 巴勒斯坦通过了独立宣言 (Palestinian Declaration of Independence), 宣告成立巴勒斯坦国, 并同样以耶路

① [以] 佩普:《现代巴勒斯坦史》, 王健、秦颖、罗锐译, 上海人民出版社 2010 年版, 第 123 页。

② Resolution of the General Assembly, *Future Government of Palestine*, A/RES/181 (II) A - B (1947), para. 11.

③ Resolution of Security Council, *Middle East*, S/RES/242 (1967), para. 1.

④ Resolution of Security Council, *Cease-fire in Middle East*, S/RES/338 (1973), para. 1.

⑤ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, para. 163.

⑥ “Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip Article 1 - 1”, https://unsco.unmissions.org/sites/default/files/israeli-palestinian_interim_agreement_on_the_west_bank_and_the_gaza_strip.pdf (last visited April 15, 2020).

⑦ “Protocol on Economic Relations between the Government of the State of Israel and the P. L. O., Representing the Palestinian People”, https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/annexes/AEC_protocols.pdf (last visited April 15, 2020).

撒冷为首都。以色列于2018年7月19日通过犹太民族法案 (Israel's Basic Laws; Israel The Nation State of the Jewish People) 再次重申耶路撒冷为“永久的、不可分割的首都”。

巴以双方在1993年签署的《关于临时自治安排的原则声明》(Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements) 中声明耶路撒冷问题将在巴以最后阶段谈判中解决, 在最终解决之前双方不得采取单方面的行动改变现状, 并承诺将保证耶路撒冷的独立地位。^①

国际社会多次重申不得单方面改变耶路撒冷的国际地位, 并认定《关于战时保护平民之日内瓦公约》(以下简称《日内瓦第四公约》) 适用于所有自1967年被以色列占领的阿拉伯领土, 包括耶路撒冷。《日内瓦第四公约》第47条和第49条中规定禁止占领国吞并领土并禁止把占领国的人口迁移到被占领土。即使不考虑《日内瓦第四公约》的要求, 以色列虽然进行了国家活动, 但它占领的时间之短暂也认定其无法对耶路撒冷行使主权。^② 联合国安全理事会辩论1994年2月25日以色列在斋月期间在希布伦易卜拉欣清真寺对巴勒斯坦礼拜者进行的骇人听闻的屠杀的事件时, 重申其各项有关决议, 其中申明《日内瓦第四公约》适用于1967年6月被以色列占领的包括耶路撒冷在内的领土, 并申明以色列根据该公约所负的责任。^③ 1996年, 以色列政府在阿克萨清真寺附近打开一个隧道入口, 巴勒斯坦人上街抗议, 这一事件造成大量巴勒斯坦平民死亡和受伤。安理会在1996年9月通过第1073(1996)号决议, 呼吁以色列立即停止和扭转一切导致局势恶化并对中东和平进程产生消极影响的行为。^④

在联合国大会的辩论中, 很多代表团也敦促保持耶路撒冷的国际地位。欧洲联盟声明: “重申关于耶路撒冷地位的政策。必须遵守安全理事会1967年11月22日第242(1967)号决议所规定的各项原则, 特别是不容许以武力取得领土, 因此东耶路撒冷不属于以色列的主权范围。《日内瓦第四公约》完全适用于东耶路撒冷, 就象它适用于被占领的其他领土一样。”^⑤ 阿拉伯联盟秘书处也在给安理会的信中强调, 以色列当局采取行动增加移民流入耶路撒冷和占领阿拉伯叙利亚戈兰高地的行为构成公然违反《日内瓦第四公约》和1907年《海牙公约》的规定, 严重违反联合国决议, 特别是安理会关于以阿冲突和巴勒斯坦的问题的决议。东盟在其1995年5月6日召开的特别会议上重申, 在任何情况下都不会承认以色列采取的旨在改变耶路撒冷的法律地位、自然地理和人口组成的行为, 并且呼吁全世界和国家拒绝承认这样的变化, 同时决定对此事进行审查。^⑥

联合国大会在第51/27(1996)号决议中, 确定“以色列将其法律、司法管辖和行政强加于圣城耶路撒冷的决定是非法的, 因此是无效的, 绝不能产生任何效力”, 并且痛惜“一些国家违反安全理事会第478(1980)号决议, 将其外交使团迁往耶路撒冷, 并拒绝遵守该决议的规定”,

① “Israel's Basic Laws; Israel The Nation State of the Jewish People Clause 3”, <https://knesset.gov.il/laws/special/eng/BasicLawNationState.pdf> (last visited April 15, 2020).

② Larry Kletter, “The Sovereignty of Jerusalem in International Law”, (1982) 20 (2) *Columbia Journal of Transnational Law* 319, p. 362.

③ Resolution of Security Council, *Measures to Guarantee the Safety and Protection of the Palestinian Civilians in Territories Occupied by Israel*, S/RES/904 (1994), paras. 7 - 10.

④ Resolution of Security Council, *The Occupied Arab Territories*, S/RES/1073 (1996), para. 7.

⑤ Letter dated 2 October 1996 from the Permanent Representative of Ireland to the United Nations addressed to the Secretary-General, *Declaration Made on 1 October 1996 by the European Union on the Middle East Peace Process*, A/51/447 - S/1996/825 (1996), para. 6.

⑥ Letters from Representatives of Member States of the United Nations, *Communiqué issued by the General Secretariat of the League of Arab States on 23 February 1997*, A/51/808 - S/1997/157 (1997), paras. 1 - 2.

呼吁这些国家按照《联合国宪章》的规定，遵守联合国各项有关决议的规定。^①

此次美国单方面宣布迁馆行径导致该地区爆发大规模抗议游行，造成至少 59 名巴勒斯坦人死亡。其行为无疑给本就不平静的地区局势又添上了新的不稳定要素，造成地区局势再次紧张。

二 巴勒斯坦诉讼主体资格的争议

博尔顿在宣布美国退约的同时表明美国不承认巴勒斯坦是一个主权国家，认为巴勒斯坦无权向国际法院提起诉讼。确认巴勒斯坦是否在本案中具有国家身份，是判断国际法院是否拥有管辖权的前提。

根据《国际法院规约》的规定，只有主权国家才可以作为国际法院的诉讼主体参与诉讼。^② 主权国家满足以下任何之一即可接受国际法院的管辖：首先是联合国的会员国；第二是虽非联合国会员国但为《国际法院规约》当事国；第三是既非联合国会员国也非规约当事国，但依据《联合国宪章》第 35 条的规定，事先向书记官处交存一份声明，表明该国愿意根据宪章和规约及规则接受国际法院的管辖，保证认真执行法院的判决，也可以成为国际法院的诉讼当事国。^③ 巴勒斯坦在 2018 年 7 月 4 日发表了相关文件，^④ 表明其愿意就此案件根据宪章和规约及规则接受国际法院的管辖，满足上述第三类要求。

在传统国际法上，巴勒斯坦仍然被认为是正在独立的民族，在符合上述要求的同时还需要明确其自身是否是国家，才能确定国际法院是否拥有管辖权。

（一）巴勒斯坦作为国际法主体的实践

关于主权国家是如何产生的问题上，历来有两种学说，一种是构成说，另一种是宣告说。构成说认为，一个自称国家的实体只有被国际社会承认，才具有国家的资格；宣告说则主张，国家由于享有主权而成为国际法主体，其存在或国际法主体资格并不依赖他国的承认。承认只是对新国家或国际法主体存在的事实加以确认，并愿意接受这个事实所引起的法律后果。^⑤

巴勒斯坦建国以来，就积极与他国建立外交关系希望获得他国承认。1988 年 11 月 20 日，中国率先宣布承认巴勒斯坦的国家地位，两国建立外交关系。2014 年 10 月 30 日，瑞典正式承认巴勒斯坦的国家地位，支持通过“两国方案”来解决巴以冲突。^⑥ 同年 12 月 17 日，欧洲议会通过决议，“原则上”承认巴勒斯坦的国家地位。^⑦ 截至目前，巴勒斯坦已经获得了超过 100 个国家

① Resolution of the General Assembly, *Jerusalem*, A/RES/51/27 (1996), para. 6.

② 《国际法院规约》第 34 条第 1 款，国际法院网站，<https://www.un.org/zh/documents/statute/chapter2.shtml>，最后访问时间：2020 年 4 月 15 日。

③ 《国际法院问答》，联合国网站，<https://www.un.org/chinese/law/icj/ch4.htm>，最后访问时间：2020 年 4 月 15 日。

④ *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*, Annexes II, I. C. J. Reports 2018, pp. 34 - 37.

⑤ 参见周鲠生：《国际法》，商务印书馆 1976 年版，第 123—124 页。

⑥ 《瑞典承认巴勒斯坦国激怒以色列》，人民网，<http://world.people.com.cn/n/2014/1031/c157278-25948692.html>，最后访问时间：2020 年 4 月 15 日。

⑦ 《欧洲议会同意承认巴勒斯坦国哈马斯或不再是恐怖组织》，观察者网，https://www.guancha.cn/europe/2014_12_18_303721.shtml，最后访问时间：2020 年 4 月 15 日。

的承认。

巴勒斯坦还积极参与国际事务。2011年巴勒斯坦以成员国身份加入联合国教科文组织,2012年成为联合国观察员国,2015年加入国际刑事法院。2018年10月16日,联合国大会以146票赞成、3票反对、15票弃权通过一项决议选任巴勒斯坦为77国集团2019年主席。巴勒斯坦于2019年1月15日正式出任主席国。巴勒斯坦常驻联合国代表曼苏尔(Riyad Mansour)在联合国大会称这是“一个新的胜利”。该决议赋予巴勒斯坦更多权利。联合国秘书长古特雷斯(Guterres)称,在担任77国集团主席期间,巴勒斯坦享有更多的特权和权利,比如参加在其主持下举行的国际会议。此举使巴勒斯坦在2019年的会议上表现得更像一个正式的联合国成员国。

巴勒斯坦离作为主权国家仍然存在一定的瑕疵。巴勒斯坦的领土范围至今仍然未确定;前往巴勒斯坦的签证,也需要先申请以色列签证,再由以色列签发巴以通行证。可见巴勒斯坦的主权仍然受到一定限制。

笔者认为,虽然巴勒斯坦行使国家主权受到一定程度的限制,但是其满足成为一个主权国家的基本条件。其也以国家身份积极参与国际事务,并且目前世界上大部分国家与巴勒斯坦之间都建立了外交关系,只有英国、以色列、美国、澳大利亚等几个国家不承认巴勒斯坦的主权国家身份。无论按照宣告说还是构成说,巴勒斯坦的主权国家身份都可以得到确认。

(二) 本案应当确认巴勒斯坦具有主体资格

1. 国际法院拥有确认是否对案件有管辖权的权利

根据《国际法院规约》第36条第6款规定:“关于法院有无管辖权之争端,由法院裁决之。”

在国际法院审理的“克罗地亚诉塞尔维亚《防止及惩治灭绝种族罪》适用案”(“*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*”)中,塞尔维亚的前身南联盟在刚被起诉的时候不属于《国际法院规约》的当事国,故法院在当时并不对此案件拥有管辖权。但当塞尔维亚继承了前身南联盟并且加入《国际法院规约》时,国际法院认为即使管辖权在案件开始时存在瑕疵,但为了现实利益考虑,也认定克罗地亚不需要重新起诉,法院可以拥有对此案件的管辖权。国际法院在判决中写道:“法院的管辖权是国际性的,所以未必像国内法那样重视形式问题。”^①在国际法院认为其自身拥有管辖权的场合,就可以认定其拥有管辖权,而不需要经过其他的约束。国际法院在不同案件中再三确认了这一规则。在国际法院审理的“大不列颠及北爱尔兰联合王国诉冰岛捕鱼管辖区案”(“*Fisheries Jurisdiction*”)(法院的管辖权)中,英国就冰岛政府拟将其专属捕鱼区(即专属经济区)扩张50海里对冰岛提起诉讼。冰岛外交部长于1972年5月29日通知国际法院冰岛政府不愿赋予国际法院此项管辖权,因其要求解除于1961年与英国缔结的条约。该条约规定若冰岛因延伸专属捕鱼区与英国引起争端,任何一方可将此争端递交国际法院。国际法院在判决中写道:“关于法院管辖权的任何问题都可以通过第36条第6款所载的公认司法原则来解决。”^②且根据《国际法院规约》第36条第6款:“关于法

^① *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Joint Declaration of Judges Ranjeva, Shi, Koroma and Parra-Aranguren, I. C. J. Reports 2008, p. 474, para. 5.

^② *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Judgement, I. C. J. Reports 1973, p. 22, para. 45.

院有无管辖权之争端，由法院裁决之。”从上述案件可知，法院有判断自身是否拥有管辖权的权利。

2. 巴勒斯坦国家身份的争议不影响本案中巴勒斯坦作为国家起诉

《维也纳外交关系公约》是调整国家间外交关系的国际公约，仅对国家开放。该公约于1961年4月18日于奥地利首都维也纳签订，1964年4月24日生效，现在全球有超过190个缔约国。

《维也纳外交关系公约》第48条、50条规定了该公约的加入条款，即只限于联合国会员国、联合国专门机构的成员国、国际法院成员国以及应联合国大会邀请的国家，才可以加入该公约。^① 其将缔约国的范围限定在上述四类国家之中，明确缔约国主体为“符合某些条件的国家”。可以推断出，该公约的缔约国在《维也纳外交关系公约》及其《任择议定书》调整的范围之内都以国家身份参与国际活动，如互派大使、设立使馆等。

巴勒斯坦以联合国专门机构的成员国身份缔结了《维也纳外交关系公约》。联合国专门机构是法律上独立的国际组织，有自己的规则、成员、机关和财政资源，是通过谈判达成协议与联合国建立关系的。有些机构在第一次世界大战之前就已存在，有些与国际联盟有联系，有些几乎是与联合国同时设立的，还有一些是由联合国本身设立的，以满足新出现的需要。^② 《联合国宪章》第57条规定，由各国政府间协定所成立之各种专门机关，依其组织约章之规定，于经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关部门负有广大国际责任者，应依第63条之规定使与联合国发生关系。^③ 联合国系统中的专门机构包括联合国教科文组织、联合国粮食及农业组织和世界气象组织等。^④ 巴勒斯坦在2011年10月31日起成为教科文组织的成员国。巴勒斯坦作为联合国教科文组织成员国，符合《维也纳外交关系公约》中第48条第2款关于缔约国的条件，即联合国专门机构的成员国可以以国家的身份加入此公约。巴勒斯坦于2014年4月2日加入了《维也纳外交关系公约》，并于2018年3月22日加入了《任择议定书》，其加入《维也纳外交关系公约》是完全符合公约要求的。在其进行《维也纳外交关系公约》项下的相关国际活动时，应当被认定为主权国家。而美国自1972年11月13日起就是这两项文书的缔约方。

虽然巴勒斯坦在与以色列签订的相关协议中，放弃了建立大使馆等《维也纳外交关系公约》赋予其的权利，但这也是巴勒斯坦权衡利弊后的无奈选择。巴勒斯坦放弃了其相关权利，不意味着巴勒斯坦不受《维也纳外交关系公约》的调整。巴勒斯坦作为《维也纳外交关系公约》的缔约国当然享有该公约项下的相关权利以及承担该公约项下的相关义务。

巴勒斯坦满足《任择议定书》对主体资格的要求。《任择议定书》是《维也纳外交关系公约》的附件同时又是一个具有独立性的条约，用来说明、补充、修改或限制已签订的主公约。任择是针对主公约而言的，任择议定书附于主公约之后，当事国在加入主公约时，并不自动或者强制加入附带的议定书。但是只要缔约国一经加入，便受其条款的约束，享有和主条款同样的效

① 《维也纳外交关系公约》第48条，联合国网，<https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/UNCITRAL-1961.shtml>，最后访问时间：2020年4月16日。

② “Directory of United Nations System Organizations”，<https://www.unsystem.org/members/specialized-agencies>（last visited April 19, 2020）。

③ 《联合国宪章》第57条第1款，联合国网，<https://www.un.org/zh/sections/un-charter/chapter-ix/index.html>，最后访问时间：2020年4月7日。

④ National Research Council 2002, *Knowledge and Diplomacy: Science Advice in the United Nations System* (The National Academies Press, 2002), p. 7.

力。《任择议定书》中明确规定：“公约解释或适用上发生之争端均属国际法院强制管辖范围，因此争端之任何一造如系本议定书之当事国，得以请求书将争端提交国际法院。”该条文确定了当事国在对于《维也纳外交关系公约》的解释和适用上出现争端时的解决机制，并且适用于一切签订了《维也纳外交关系公约》和《任择议定书》的国家。《任择议定书》赋予了所有缔约国之间，享有依程序将争端递交国际法院管辖的权利。巴勒斯坦以联合国专门成员国即国家身份签署《维也纳外交关系公约》及《任择议定书》，则在该条约规定的权利义务范围内，赋予其国家之身份也是应有之义。

巴勒斯坦认为美国将驻以色列大使馆迁往耶路撒冷的行为违反了《维也纳外交关系公约》，认为双方属于对《维也纳外交关系公约》的适用及解释出现争议。巴勒斯坦享有在《维也纳外交关系公约》和《任择议定书》调整的范围之内，以国家身份参与国际活动的权利。美国驻以色列大使馆搬迁至耶路撒冷是违反上述《维也纳外交关系公约》的规定，故此争议是在《维也纳外交关系公约》及《任择议定书》的调整范围之内。

巴勒斯坦的身份满足《维也纳外交关系公约》及《任择议定书》对于国家的要求，那么在《维也纳外交关系公约》调整的范围之内，该《任择议定书》赋予巴勒斯坦向国际法院提起诉讼的权利便需一并满足。《国际法院规约》虽然要求诉讼主体身份为国家，但在此处巴勒斯坦符合“国家”之定义。故此处应认定，虽然巴勒斯坦的主权国家身份存在一定瑕疵，但是在该案件中国际法院拥有认定巴勒斯坦符合国际法院的诉讼主体资格的权利。

三 国际法院诉讼管辖权所面临的挑战

国际法院的诉讼管辖权有赖当事国的接受。如果双方事先在双边或多边条约中规定，把将来可能发生的争端交由国际法院管辖，则国际法院就拥有对案件的管辖权。《任择议定书》中规定在对主公约出现解释上的争议或者适用上的问题时，当事国可交由国际法院管辖。美国和巴勒斯坦双方本都是该《任择议定书》的缔约国，国际法院享有对此案件的管辖权原本不存在争议，但是2018年10月4日，美国宣布退出《任择议定书》以规避国际法院对其管辖。美国单边退出行为的效力便成为了判断国际法院是否具有管辖权的重要依据之一。

根据通说，如果一个条约内包含退约条款，那缔约国只需要按照条约中所规定的程序就可以退出该条约。但是无退约条款的条约是否可以退出及退出程序，则存在着一定争议。《维也纳条约法公约》第56条规定条约如无关于其终止之规定，亦无关于废止或退出之规定，不得废止或退出，除非经确定当事国原意为容许有废止或退出之可能；或由条约之性质可认为含有废止或退出之权利。美国虽为《维也纳条约法公约》的签署国，且并未作任何保留，但因该公约中并未明确规定何种条约是不可退出的，故条约的单方退出的效力在国际实践中也存在着不同做法。

（一）无退约条款的缔约一方的退出权限在国际司法中的实践

国际法院在既往判例中支持单方退约的行为。在国际法院审理的“阿韦纳和其他墨西哥国民案”（“*Avena and Other Mexican Nationals*”）中，墨西哥依据《维也纳领事关系公约关于强制管辖之任择议定书》主张国际法院拥有管辖权。美国并没有对管辖权提出质疑，而是声明“现在

不打算使法院是否拥有初步管辖权成为争论之点，不过并不妨碍以后在本案的适当阶段质疑法院管辖权的权利”。于是法院依据该议定书认定自身拥有管辖权。^① 美国在败诉后单方面宣布退出了《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》，不承认国际法院拥有管辖权，并拒不执行判决。墨西哥于2008年6月5日提请国际法院对该判决进行解释。在对判决的解释中，国际法院写道：鉴于美国已经于2005年3月7日退出《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》这一事实，故提请解释诉求“可能是”墨西哥请求法院受理的唯一司法依据，^② 并依此对该案件进行了解释。国际法院用了“可能是”这个词，否认了墨西哥有再次向国际法院提起诉讼的可能，在侧面上肯定了美国单方面退出《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》的效力。

实践中对于无退出条款的条约的退出权仍然存在争议。联合国人权委员会在实施《公民及政治权利国际公约》的过程中，强调人权公约为人类创设权利，而这一权利是不可撤回的，因此这一公约不能被废止或退出。^③ 但是在《公民及政治权利国际公约》后制定的很多人权公约中都包含退出条款。^④ 可见在实践中仍然存在部分争议。

鉴于本案当事国希望在国际法院解决双方争端，且已向国际法院提交了诉状，故本案应以国际法院对于无退出条款的退出权的态度来确定美国是否可以退出《任择议定书》。从上述国际法院司法实践来看，《维也纳外交关系公约》及《任择议定书》是可以退出的。

（二）《任择议定书》虽然退出，但是单方退出要受到一定限制

在“阿韦纳和其他墨西哥国民案”中，国际法院侧面肯定了美国单方面退出《维也纳领事关系公约之强制解决争端的任择议定书》的效力，《维也纳领事关系公约之强制解决争端的任择议定书》与外交关系的《任择议定书》都属于未规定退出条款的议定书，既然国际法院承认其可退出《维也纳领事关系公约之强制解决争端的任择议定书》，那么在此处也应当承认缔约国也可退出《任择议定书》。

退出《维也纳外交关系公约》和《任择议定书》的方式与条件仍应当受到一定的限制。自国际法产生以来，国与国之间的交往愈加频繁，而对于外交人员的不法侵害问题却时有发生。《维也纳外交关系公约》建构了二战后国家间的外交关系，确定了外交的规则，解决了对于外交人员的保护问题。《任择议定书》则是解决该公约项下争端方式的一种途径。两个条约对稳定二战后国际秩序，维持国与国之间的和平起到重要作用。一般在条文中明确约定了退出条款的条约，会给退出附上一定条件的限制。如《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》中规定，缔约国可在任何时候书面通知联合国秘书长退出本议定书，秘书长应立即通知公约其他缔约国和已签署公约的所有国家。退约应于秘书长收到通知之日后1年生效。《巴黎协定》（The Paris Agreement）中规定退约需在协定对一缔约方生效之日起3年后方可发出通知。国际法委员会编纂《维也纳条约法公约》时，初稿中就提出关于可退出条约的单方解约或者退出，

① *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgement, I. C. J. Reports 2004, p. 10, para. 8.

② *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgement, I. C. J. Reports 2009, p. 7, para. 7.

③ 梁荣：《〈维也纳领事关系公约〉的挑战与革新》，载《河北法学》2016年第12期，第170页。

④ Laurence R. Helfer, “Exiting Treaties”, (2005) 91 (7) *Virginia Law Review* 1579, p. 1642.

应于12个月前向条约保存机构或者条约其他当事国致送解约或者退出的通知。虽然成稿中并未达成一致意见,但是国际法中不允许立刻退约的精神仍然是可以理解的。^①由此可见,若条约规定了退出条款,则缔约国退约存在一定限制。若条约中没有规定退约条款,便推定其无任何退约限制便可任意退约,明显与条约订立时的目的与精神不符。由此可以判断,不存在退出条款的条约,即使其为可退出条约,也需要遵守一定的程序和等待一定的时间。本案中,美国仅仅通过白宫发言人的发言就宣布退出《任择议定书》,在联合国条约收集网站上并未显示美国是否向联合国秘书长提交相关文件。而与此相对应的是,在美国退出《维也纳领事关系公约关于强制解决争端的任择议定书》时,联合国的网站上明确显示了其向秘书长递交了相关文件。^②可见美国此次退约行为既不具有退约的效力,也是不遵守国际法的体现。

(三) 国际法院管辖权成立后不受非实质性退出声明的影响

美国宣布退出条约的时间在巴勒斯坦已经向国际法院递交申请书之后。即使在不考虑美国退出《任择议定书》的行为是否生效的情况下,其退约行为仍然不会影响国际法院已经成立的管辖权。

在国际法院审理的“列支敦士登诉危地马拉诺特鲍姆案”(“*Nottebohm*”)中,列支敦士登于1951年12月17日向法院提起诉讼,理由为后者以违反国际法的方式对列公民诺特鲍姆采取行动。危地马拉以法院没有管辖权为由提出抗辩,指出其接受国际法院管辖的声明已于1952年1月26日无效,故法院对此案件无管辖权。法院在1953年11月18日关于确认管辖权的判决中否决了这一观点,法院认为列支敦士登在12月17日向法院提交了起诉书,危地马拉接受管辖权的声明在列支敦士登起诉时尚属有效。既然法院已经开始审理此案,危地马拉接受管辖权的声明的失效不能剥夺法院因规约第36条和两国管辖权声明的合并适用而产生的管辖权。^③

国际法院于“葡萄牙诉印度在印度领土上的通行权案”(“*Right of Passage over Indian Territory*”)中,再一次申明了这一观点:以声明期满、或以撤销声明为由使声明失效这样的外在事实,不能剥夺国际法院已经确立的管辖权。^④国际法院管辖权的确定时间点是当事国提交诉状,若此时国际法院拥有管辖权,另一国就不能声明退出管辖权条约或者声明条约无效,进而认为国际法院不存在对此案件的管辖权。同样,在上文提到的“《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案”中,国际法院写道:“根据其以往的判例,如果在起诉之日表明有管辖权存在,那么管辖

① 参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第462页。

② 联合国公约与宣言检索系统中对于《维也纳领事关系公约关于强制解决争端的任择议定书》中标注到:“On 7 March 2005, the Secretary-General received from the Government of the United States of America, a communication notifying its withdrawal from the Optional Protocol. The communication reads as follows: “... the Government of the United States of America [refers] to the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations Concerning the Compulsory Settlement of Disputes, done at Vienna April 24, 1963. This letter constitutes notification by the United States of America that it hereby withdraws from the aforesaid Protocol. As a consequence of this withdrawal, the United States will no longer recognize the jurisdiction of the International Court of Justice reflected in that Protocol.” 见: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-8&chapter=3 (Last visited April 15, 2020), 但是在联合国公约与宣言检索系统中,《维也纳外交关系公约关于强制解决争端的任择议定书》未见类似备注,见: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iii-3&chapter=3&lang=en (last visited April 15, 2020)。

③ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment, I. C. J. Reports 1953, p. 15, para. 3.

④ *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Judgment, I. C. J. Reports 1957, p. 8, para. 2.

权文书后来出现任何失效或者撤销的情况，都不会影响法院的管辖权。”^① 在“捕鱼管辖区案”中，冰岛外交部长 1972 年 5 月 29 日通知法院冰岛政府不愿赋予国际法院此项管辖权并退出二者之间关于此争议解决的条约。法院审查了该条约实质与形式内容，认为其毫无疑问拥有管辖权。由此可见，法院并未将冰岛政府宣称解除条约的行为纳入判断自身是否有管辖权的范围中。学者将这个案件评价为有助于进一步巩固反对单方面退出国际协定的法律而不对其负责的行为。^② 可以看出，国际法院在该案件中对于单方面退出国际条约的效力其实并未作出裁决，而仅认定这种事后退约行为不会影响其已经成立的管辖权。

（四）美国退约行为不影响国际法院的管辖权

若美国强行退出《任择议定书》，在本案中也不会影响国际法院的诉讼管辖权。上述“在印度领土上的通行权案”等案件中，国际法院强调了在法院开始审理案件之后，当事国就不能以声明退出管辖等非实质性事件来剥夺国际法院的管辖权。而国际法院开始审理案件的标志为当事国基于双方之间的管辖权协定向国际法院递交诉状。

巴勒斯坦于 2018 年 9 月 28 日向国际法院递交诉状，其管辖权依据为《任择议定书》，这标志着国际法院审理案件的开端。美国在此情况下通过白宫单方面的声明宣布退出《任择议定书》，与“诺特鲍姆案”相同，即法院已经开始审理案件，国家就不能以声明期满或者撤销声明这样的外在事实为由剥夺已经确定的法院的管辖权。在此处，美国虽然不是撤销管辖权声明，但是其为退出关于管辖权的国际条约。国际法院强调的不是声明的性质，而是强调国际法院管辖权的延续性，即一旦在国际法院审理案件时成立管辖权，那么此时管辖权便不受非实质性事件的影响而消灭。故即使美国单方面宣布退出协定，国际法院关于此案的管辖权仍不会受影响。

四 美国迁馆行为的理论分析

（一）美国迁馆行为违反联合国相关决议

耶路撒冷是犹太教、基督教和伊斯兰教三大宗教的圣城。因此，巴勒斯坦和以色列都不会放弃耶路撒冷。鉴于他们对各自宗教的坚持，联大第 181（1947）号决议规定：成立耶路撒冷市国际特别政权，由联合国来管理。^③

在以色列与阿拉伯方面的第三次阿拉伯战争中，以色列占领了东耶路撒冷地区，并宣布其为首都。以色列始终不承认《日内瓦第四公约》适用于自 1967 年以来被占领的领土，其理由是约旦在巴勒斯坦地区从来就不是“合法的主权国”，《日内瓦第四公约》的规定——包括旨在保护“合法的主权国”权利的第 49 条的规定——不适用于约旦。因此，以色列不受这些规定的限制，也不必认为自己受到这些规定的限制。换句话说，在前巴勒斯坦地区的任何部分，都不能认为以

① *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2008, p. 37, para. 95.

② Herbert W. Briggs, “Unilateral Denunciation of Treaties: The Vienna Convention And The International Court of Justice”, (1974) 68 (1) *The American Journal of International Law* 51, p. 68.

③ Resolution of the General Assembly, *Future Government of Palestine*, A/RES/181 (II) A (1947), pp. 146 – 150.

色列是公约所指的“占领国”，因为这里本就无其他的主权国家，所以以色列反对安理会和大会通过有关决议。以色列还援引了斯蒂芬·M·施韦贝尔（Stephen M. Schwebel）教授在1970年发表于《美国国际法杂志》中的结论，即以以色列在巴勒斯坦的领土上，包括整个耶路撒冷，拥有比约旦和埃及更正统的权利。^①但是国际社会不承认这一观点，认为凡是通过武力获取领土的过程都是不可以接受的。而将实际上存在争议、不属于本国领土的城市宣称为自己国家的首都，这是违背国际法的。

联合国安理会在以色列宣布耶路撒冷为其首都后于1980年6月30日，以14票对0票赞成，1票弃权（美国），通过了第476（1980）号决议，要求以色列停止自1967年以来对阿拉伯领土，包括东耶路撒冷的占领，并同时确定以色列旨在改变耶路撒冷性质和地位的立法和行政行为都不具有任何的法律效力。^②

在同年的第478（1980）号决议中，安理会重申了上述观点，并且认定以色列“基本法”违反国际法，要求全体会员国接受此决定并撤回派往耶路撒冷的外交使团。^③在此决议生效之后，在耶路撒冷设立大使馆的国家选择将大使馆迁往其他城市以遵守安理会决议。智利、厄瓜多尔和委内瑞拉当即决定撤出大使馆。同年8月22日至9月9日期间，玻利维亚、哥伦比亚、哥斯达黎加、多米尼加共和国、萨尔瓦多、危地马拉、海地、荷兰、巴拿马、乌拉圭通知秘书长，决定从耶路撒冷撤回他们的大使馆。2018年9月5日，巴拉圭共和国决定将其驻以色列大使馆从耶路撒冷迁回特拉维夫。巴拉圭共和国指出，这一决定符合其尊重国际法的承诺。^④在2016年安理会通过的第2334（2016）号决议中，安理会重申以色列在自1967年以来被占领的包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦领土上建立定居点没有法律效力，是对国际法的公然违反，是实现两国解决办法和公正、持久和全面和平的主要障碍。要求以色列立即和彻底停止在包括东耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内的所有定居点活动，充分遵守其在这方面的所有法律义务，并且强调除双方通过谈判商定之外，不承认对1967年6月4日的边界线，包括对耶路撒冷的改动。^⑤可见国际社会不支持以色列对于耶路撒冷的主权主张。

美国宣布承认耶路撒冷为以色列首都，并启动迁馆。其目的不仅仅是迁馆或承认首都，而是东耶路撒冷犹太人定居点扩建问题。虽然国际社会一再确认以色列单方面扩建定居点的行为无助于耶路撒冷领土问题的和平解决，但是美国的此次行为无疑是承认了以色列通过多年来对定居点扩建将东耶路撒冷变成以色列领土的既成事实。美国冒天下之大不韪启动迁馆，等于是在犹太人定居点问题上公开支持以色列，这是对国际秩序的破坏。美国这种做法单方面搅动国际局势，破坏地区安全和稳定，既没有责任心也没有道德感，同时还违背了国际公约。

① Statement by the Representative of Israel in the General Assembly, *Recent illegal Israeli measures in the Occupied Arab Territories Designed to Change the Legal Status, Geographical nature and Demographic Composition of Those Territories in Contravention of the Principles of the Charter of the United Nations, of Israel's International Obligations under the Fourth Geneva Convention of 1949 and of United Nations Resolutions, and Obstruction of Efforts Aimed at Achieving a Just and Lasting Peace in the Middle East*, A/32/PV.47, para.97.

② Resolution of the Security Council, *Territories Occupied by Israel*, S/RES/476 (1980), para.9.

③ Resolutions of the Security Council, *Territories Occupied by Israel*, S/RES/478 (1980), para.5.

④ “Statement on the Location of the Embassy of the Republic of Paraguay to the State of Israel”, <http://www2.mre.gov.py/application/files/6015/3616/9800/ComunidadVersionIngles.pdf> (last visited April 15, 2020).

⑤ Resolution of the General Assembly, *The Situation in the Middle East, Including the Palestinian Question*, S/RES/2334 (2016), paras.11-15.

（二）美国迁馆行为违反国际习惯

美国《耶路撒冷使馆法案》中写道：“1950年以来，耶路撒冷一直是以色列的首都。耶路撒冷城是以色列总统的所在地，议会、最高法院以及众多政府部门、社会和文化机构所在地。美国驻以色列大使馆应不迟于1999年5月31日在耶路撒冷设立。自1998年10月1日起，总统可将限制暂停6个月，前提是他事先确定并向国会报告该暂停是保护美国国家安全利益所必需的。”出于地区和平与安全考虑，虽然《耶路撒冷使馆法案》在美国国会获得通过，但是前几任美国总统均每隔6个月使用法案规定的“总统豁免权”，避免美国驻以色列大使馆迁往耶路撒冷。但美国总统特朗普于2017年12月6日承认耶路撒冷为以色列首都，拒绝使用总统豁免权，并启动美驻以使馆从特拉维夫迁往耶路撒冷的程序。美国宣布将驻以色列大使馆迁往耶路撒冷的行为违背了上述安理会和联合国大会决议。在美国宣布迁馆之后，安理会应埃及的提议于12月18日召开会议，要求确认美国该行为违法。在这次表决中，组成安理会的其他14个国家投票赞成，却因为美国拥有一票否决权而未获得通过。^①

不在耶路撒冷设立外交使团和大使馆，这不仅仅是各国行为的惯例，也是国际习惯的要求。国际习惯的形成要求同时满足一般惯例（客观因素）和法律确信（主观因素）。一般惯例是指各国具有普遍性和一致性的行为。法律确信是指各国在重复这一行为时，具有法律上受约束的内心确信。不在耶路撒冷设立大使馆经过各国的反复实践已经形成了法律确信，构成了国际法框架下的国际习惯。

上文已经论述过，各国在安理会第478（1980）号决议后，纷纷将大使馆撤出耶路撒冷。此次美国宣布将大使馆迁往耶路撒冷之后，巴拉圭也宣布将大使馆迁往耶路撒冷。但在2018年9月，巴拉圭决定撤销其决定，并将其大使馆搬回特拉维夫。可见各国已经用行动反复实践不在耶路撒冷设立大使馆。法律确信是区分对所有国家有约束力的国际习惯与一般重复行为的关键。^②在“联邦德国诉丹麦北海大陆架案”（“*North Sea Continental Shelf*”）中，国际法院指出，判断一个行为是国际习惯还是基于国家间的礼让，仅仅因这种行为的频繁性，甚至习惯性本身都是不够的。有许多国际行为，例如礼仪和礼仪方面的行为，是具有习惯性的，但其动机只是出于礼貌、方便或传统的考虑，而不是出于任何法律责任的意识。故一个行为想要成为国际习惯，不仅必须是一种固定的惯例，且因为它的法律规则的存在而成为强制性的。故需要这样一种主观因素的存在，隐含在法律确信中，有关国家必须明知是在履行相当于法律义务的义务。^③

驻以色列的国家普遍和一贯的做法是不把大使馆设在耶路撒冷，即使耶路撒冷是以色列宣布的事实上的首都。可见各国均知晓不在耶路撒冷设立大使馆是法律义务的要求，故禁止在耶路撒冷设立或者维持大使馆的规定也成为了国际习惯的一种。美国将大使馆从特拉维夫迁往耶路撒冷违反了国际习惯的要求。

① News and Press Release, *Permanent Member Vetoes Security Council Draft Calling upon States Not to Establish Diplomatic Missions in Jerusalem*, SC/13125 (2017), para. 2.

② Basheer Alzoughbi, “The Relocation of the U. S. Embassy from Tel Aviv to Jerusalem (Palestine v. United States of America): a Commentary on the Merits of the Case, Jurisdiction of the International Court of Justice and Admissibility of Palestine’s Application”, (2019) 4 *University of Bologna Law Review* 114, p. 129.

③ *North Sea Continental Shelf Case (Federal Republic of Germany/Denmark)*, Judgement, I. C. J. Reports 1967, p. 32, para. 44.

（三）美国迁馆行为违反《维也纳外交关系公约》

《维也纳外交关系公约》第3条第1款规定：“外交使团的职能，除其他外，包括：（a）在接受国中代表派遣国；（b）于国际法许可之限度内，在接受国中保护派遣国及其国民之利益；（c）与接受国政府办理交涉；（d）以一切合法手段调查接受国之状况及发展情形，向派遣国政府具报；（e）促进派遣国与接受国间之友好关系，及发展两国间之经济、文化与科学关系。”从这一条可以清楚地看出，外交使团的主要职能之一是“在接受国中代表派遣国”。（a）项的措辞本身是不言自明的，任何外交使团的代表职能应在接受国领土上执行。

此外，在《维也纳外交关系公约》第3条所列举的外交使团的其他4项职能中，有2项职能“在接受国”履行。关于（b）项的情况也是如此，它涉及的职能包括：“于国际法许可之限度内，在接受国中保护派遣国及其国民之利益”，以及（d）项规定外交使团的一项职能是：“以一切合法手段调查接受国之状况及发展情形，向派遣国政府具报”。没有特别规定的是（c）项的谈判职能和（e）项的促进与接受国的友好关系。“接受国”一词不仅在《维也纳外交关系公约》第3条中使用，而且出现在公约的其他12项规定中。这突出了一个事实，即派遣国的外交使团必须在接受国领土上设立。《维也纳外交关系公约》第21条第1款规定“接受国应便利派遣国依照接受国法律在其境内置备派遣国使馆所需之馆舍，或协助派遣国以其他方法获得房舍”，可见派遣国只能在接受国领土上设立外交使团。一个外交使团可在接受国领土内执行各种职能，不论本条是否提及这些职能。尽管如此，根据《维也纳外交关系公约》和该公约所指的一般国际法，外交使团的行动也需要受到一定限制。《维也纳外交关系公约》第3条第1款（b）和（d）项进一步限制了派遣国的外交使团执行明确要求在“接受国”执行的具体职能。因此，当外交使团保护派遣国“在接受国”的利益和国民时，它可以而且必须只在（b）项规定的“国际法允许的范围内”这样做。同样，当外交使团查明接受国的情况和发展时，它只应使用（d）项规定的“一切合法手段”。除了这些具体的限制外，《维也纳外交关系公约》第41条第3款为外交使团的行动和宗旨规定了一般的限制和框架，内容如下：“使馆馆舍不得充作与本公约或一般国际法之其他规则、或派遣国与接受国间有效之特别协定所规定之使馆职务不相符合之用途。”从上述规定中可以清楚地看出，《维也纳外交关系公约》要求派遣国在“接受国”设立外交使团履行其职能，要求外交使团在履行其职能的同时尊重法治，特别是国际法。^①故美国未在以色列领土范围内设立外交使团，无疑违背了《维也纳外交关系公约》。

五 巴勒斯坦与美国和平解决争端之展望

截至2020年4月15日，国际法院要求巴勒斯坦提交备忘录和美国提交答辩状的时间已过，但是国际法院在其官网上仍未披露这两份文件，^②双方的答辩意见未可知，国际法院的审理程序

^① *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*, Application Instituting Proceeding, I. C. J. Reports 2018, p. 34, paras. 36 – 50.

^② *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*, 国际法院网站: <https://www.icj-cij.org/en/case/176>, 最后访问时间: 2020年4月15日。

仍在进行中。

巴勒斯坦的国家身份在实质上存在一定的瑕疵，但是国际法院有权决定其是否拥有对此案件的管辖权。在本案中可以认定巴勒斯坦的国家身份，进而赋予其起诉资格。面对两国在《维也纳外交关系公约》项下的争议以及《任择议定书》赋予巴勒斯坦的解决争端的权利，确定其对此案件的管辖权无疑是最好的解决途径。在国际法院接受了巴勒斯坦递交的起诉状之时，其管辖权就具有延续性，美国单方面声明退出《任择议定书》的行为，并不能影响已经确立的管辖权。而只有这样，才能给予巴勒斯坦一个发声的空间，同样也给双方一个和平解决争端的机会。

在国际社会中，西方国家在国际博弈中占据着绝对优势的地位。此次巴勒斯坦与美国的冲突，暴露出两国交往中的实力严重不对等。巴以冲突本就是美国霸权主义在中东结下的苦果，这不仅使得巴勒斯坦在武力上受美国威胁，也使得其在国际社会中不具有发言权，其诉求不被西方国家接受。

在国际法院这个平台上，巴勒斯坦可以与美国平等对抗。在本案中，国际法院是国家间和平解决争端的平台。若使美国在违背国际法要求的情形下，成功逃避国际法院的管辖，不仅会导致巴勒斯坦表达诉求的平台消失，和平解决争端愿望破灭，而且会使得巴勒斯坦人民去寻找更加极端的方式来发泄不平。这样不仅会加剧巴勒斯坦当地的冲突，还会使得中东地区的和平与稳定无法得到保障。

倘若国际法院判决其对本案件无管辖权，笔者仍然呼吁巴勒斯坦寻求多种和平途径来解决此争端，而不是诉诸武力与暴力。面对美国在程序和实体上对于巴勒斯坦的打压，以及美国单方面破坏地区和平局势的行为，国际社会应当支持巴勒斯坦以法律武器维护自身权利，通过和平手段解决争端。

The International Law Study on the Case of “Relocation of the United States Embassy to Jerusalem”

Guan Jianqiang and Wang Yunzhou

Abstract: The United States recognizes Jerusalem as the capital of Israel and moved its embassy to Jerusalem. The State of Palestine and the United States play a legal game over the legitimacy of the action. Palestine sued the United States in the International Court of Justice. The case is highly controversial both substantively and procedurally. In terms of the standing of the International Court of Justice, Palestine has a position of standing in this case; in terms of the invalidity of the withdrawal of the United States from international treaty in this case, the Court has jurisdiction in this case. The conducts of the United States of intervention in Palestinian-Israeli relations, relocation of U. S. embassy and withdrawal from international treaty constitute a violation of the international relationship, and are also in violation of international law. The Parties shall resolve any disputes by peaceful means such as consultation and litigation.

Keywords: U. S. Embassy Relocation, Vienna Convention on Diplomatic Relations, Jurisdiction of the International Court of Justice

(责任编辑: 郝鲁怡)