



## 第七十八届会议

### 议程项目 50

#### 以色列侵犯被占领土巴勒斯坦人民和 其他阿拉伯人各项权利的行为和定居点活动

## 国际法院关于以色列在包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土的政策和做法的法律后果的咨询意见

### 秘书长的说明

#### 增编

1. 大会 2022 年 12 月 30 日第七十七届会议第 56 次全体会议(续会)第 77/247 号决议决定根据《联合国宪章》第九十六条，请国际法院依照《法院规约》第六十五条，就以下问题提供咨询意见，同时考虑到国际法规则和原则，包括《联合国宪章》、国际人道法、国际人权法以及安全理事会、大会和人权理事会的相关决议和国际法院 2004 年 7 月 9 日咨询意见：

(a) “以色列持续侵犯巴勒斯坦人民自决权，对自 1967 年以来占领的巴勒斯坦领土实行长期占领、定居点做法和兼并，包括旨在改变圣城耶路撒冷人口组成、性质和地位的措施，并通过了相关歧视性立法和措施，这一切产生了什么法律后果？”

(b) “上文第 18(a)段中提到的以色列政策和做法如何影响占领的法律地位，以及这种地位对所有国家和联合国产生了什么法律后果？”。

2. 2024 年 7 月 19 日，国际法院就上述问题发表了咨询意见。

3. 2024 年 7 月 24 日，我收到了经正式签署和盖章的国际法院咨询意见副本。

4. 2024 年 7 月 24 日，我向大会转递了国际法院 2024 年 7 月 19 日在题为“以色列在包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土的政策和做法的法律后果”的案件中发表的咨询意见(A/78/968)。

5. 谨向大会转递该咨询意见所附的个人意见、个别意见和声明。



## 院长萨拉姆的声明

[英文原本]

同意法院在本咨询意见中的推理和结论——以色列自 1967 年就意识到其定居点政策的非法性质——以色列的歧视性政策和做法等同于种族隔离——占领自始即属非法的问题——第 181 (II)号决议的影响及其对以色列的法律后果——以色列违法行为引起的赔偿的方式——需要联合国采取具体行动——法院的作用和通过法律实现和平。

1. 我完全同意法院在这一咨询意见中的推理和结论，这就是我对执行部分的所有要点投赞成票的原因。在本声明中，我想提出咨询意见中没有陈述的其他一些理由，而我认为这些理由有助于证明法院得出的结论是合理的，特别是认定以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是非法的，以色列有义务尽快结束其非法存在，立即停止一切新的定居点活动，撤出所有定居者。

2. 因此，我将就以下几点提出我的补充意见：以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法、占领的非法性、联合国大会第 181 (II)号决议的影响以及以色列因在巴勒斯坦被占领土违反国际法而应作出的赔偿的方式。

### 1. 关于以色列某些政策和做法的补充意见

3. 法院意见的很大一部分用于分析以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法(第 103 至 243 段)。这是一份基于高度可信来源的透彻分析，对其结论难置异议。我完全同意这些结论。然而，我想特别着重谈一下其中两项政策，我认为这两项政策表明，以色列在巴勒斯坦被占领土内违反国际法的行为具有系统性和蓄意性，即定居点和种族隔离。

4. 关于第一点，法院回顾，以色列在其占领巴勒斯坦领土的整个过程中一直执行定居点和兼并政策。《咨询意见》强调了这一政策的以下组成部分：将以色列平民迁入巴勒斯坦被占领土，强迫巴勒斯坦居民流离失所，没收土地，开采自然资源，以及将以色列法律延伸到这一领土。其中每一项本身就已构成严重违反国际人道法和国际人权法的相关准则，而以色列作为占领国有义务遵守这些准则。

5. 首先必须指出的是，以色列已一再被提醒注意这些政策的非法性质以及它有义务立即停止这些政策。《咨询意见》提到联合国各机关和机构，包括安全理事会、大会和人权理事会的众多决议，以及人权事务高级专员办事处和秘书长的报告，所有这些决议和报告都一再谴责在巴勒斯坦被占领土建立定居点的政策和相应措施。这些政策和措施促使被占领土的巴勒斯坦人无法享有人的尊严所固有的基本权利，破坏了巴勒斯坦领土的完整，最重要的是，阻碍了巴勒斯坦人民行使其自决权。

6. 不幸的是，以色列一再拒绝听从这些要求尊重国际法和履行其国际义务的呼吁，从而无视国际法院 2004 年的意见，该意见指出，“在被占领巴勒斯坦领土(包括东耶路撒冷)建立以色列定居点的行为违反国际法”(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 184 页，第 120 段)。

7. 同样，以色列肯定已知晓《日内瓦四公约》“监护人”红十字国际委员会的结论，该委员会主席宣布如下：

“红十字国际委员会公开声明的立场是，这一政策构成违反国际人道法，特别是《日内瓦第四公约》禁止将占领国的部分居民——在本案中是以色列公民——迁移到被占领土的规定……以色列政府多年来对建立定居点的果断和系统性支持，包括为此没收土地，已经有效实现了这一目的：西岸的经济和社会面貌被深刻改变，这阻碍其作为一个有生存能力的国家的发展，并破坏未来的和解前景。”(Peter Maurer, “Challenges to international humanitarian law: Israel’s occupation policy”, *ICRC*, Vol. 94, No. 888, 2012, p. 1507.)

8. 然而，最重要的是要指出，以色列当局从占领的最初几个月即被警告，在巴勒斯坦被占领土建立定居点构成违反国际法的行为。事实上，早在 1967 年 9 月，时任以色列外交部法律顾问西奥多·梅龙就在给以色列总理办公室的一份备忘录中明确指出，“在被占领的西岸和其他被占领土上建立平民定居点违反关于保护战争受害者的《日内瓦第四公约》，特别是其关于禁止定居点的规定(第四十九条第六款)”。

9. 梅龙解释说：

“我写道，这项禁止是绝对的，‘不以迁移的动机或目的为条件，旨在防止征服国公民在被征服领土上进行殖民。’任何将公民安置在被占领土上的步骤只能‘由军事机构而不是民事机构[基于]显然是临时性的[军事]理由’进行。关于以色列政府的立场，即西岸是有争议的领土，因此不是‘被占领土，’我认为这一立场尚未被国际社会接受，国际社会将有关领土视为正常的被占领土。我警告说，以色列在‘埃齐翁区’地区的定居点将被视为意图兼并该地区的证据。”(T. Meron, “The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of the Six-Day War”, *American Journal of International Law*, Vol. 111, 2017, No. 2, p. 358.)

10. 梅龙还警告以色列当局，驱逐和拆毁被占领土上的巴勒斯坦人住房是非法的(Memorandum from Theodor Meron, Legal Adviser to Israel’s Ministry of Foreign Affairs, to the Director General of the Prime Minister’s Office on “Geneva Convention: Blasting Homes and Deportation”, 12 March 1968, cited in T. Meron, “The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of the Six Day War”, *American Journal of International Law*, Vol. 111, 2017, No. 2, pp. 358 359)。

11. 因此，以色列自 1967 年以来，在完全知道其行动非法性的情况下，不仅没有停止在被占领土上建立定居点，反而变本加厉。例如，应指出的是，

“过去 10 年间，在被占领的西岸，包括东耶路撒冷，定居点人口从 2012 年的 52 万人增加到近 70 万人。他们生活在遍布西岸的 279 个以色列定居点，其中东耶路撒冷定居点 14 个，总人口超过 229 000 人。”(联合国人权事务高级专员的报告，2023 年 3 月 15 日，[A/HRC/52/76](#)，第 5 段。)

12. 《咨询意见》在第 115 段中正确地指出，建立这些定居点显然违反《日内瓦第四公约》第四十九条第六款，该款禁止驱逐被占领土居民，并禁止占领国将其居民迁移到被占领土。因此，这些是日内瓦四公约缔约国有义务予以惩罚的严重违反行为；它们还有义务追查实施或下令实施这些罪行的责任人。红十字国际委员会指出，这一义务也是一项习惯义务，适用于所有国家，各国不仅必须调查据称由其国民或其武装部队或在其领土上犯下的此类严重违法行为，而且还有权赋予本国法院普遍管辖权，以惩罚此类不适用时效法的严重违法行为(红十字国际委员会关于习惯国际法的研究，规则 156 至 158、160 和 161)。

13. 在这方面，无疑还值得回顾的是，根据《国际刑事法院罗马规约》(以下简称“《罗马规约》”)第七条，“驱逐人口”是一种构成危害人类罪的行为。同样，根据《罗马规约》第八条，占领国将部分本国平民人口直接或间接迁移到其占领的领土的行为构成战争罪。还应指出，根据《罗马规约》第八条之二第二款，

“无论是否宣战”，“任何使用武力对另一国领土或部分领土实施兼并的行为”均构成侵略罪。根据《罗马规约》规定的义务，缔约国应从法院在本咨询意见中的认定中得出所有法律结论，以防止这些行为和惩罚其行为人。

\*

14. 我要谈的第二项政策涉及以色列在巴勒斯坦被占领土的歧视性立法和措施(《咨询意见》第 180 至 229 段)。关于这一点，法院得出结论认为，“以色列的立法和措施在西岸和东耶路撒冷将定居者社区和巴勒斯坦社区几乎完全隔离，并有助于维持这种隔离”，因此“违反《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条”(《咨询意见》第 229 段)。

15. 《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条内容如下：“缔约国特别谴责种族分隔及‘种族隔离’并承诺在其所辖领土内防止、禁止并根除具有此种性质的一切习例”。法院关于这一点的结论特别重要，因为一些国际主义者不愿意在南非背景之外提及特别令人发指的种族隔离罪行。

16. 虽然必须认识到，《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(以下简称“《种族隔离公约》”)第二条对种族隔离的定义带有南非经验的痕迹，其中明确提到南非，但这并不能意味着，任何政策要被定性为构成种族隔离，就必须完全照搬当时在南非实施的政策和措施。这种做法实际上会使《种族隔离公约》在今天失去任何效力，因为令人怀疑的是，当今世界上有任何国家会公开宣称奉行南非在该公约通过时所实行的种族隔离政策。因此，为了防止和惩处构成国际法规定的罪行的行为——禁止这种罪行是一项无可争议的强行法规范——必须对这一定义作非限定性的解读。

17. 如上所述，以色列是《消除一切形式种族歧视国际公约》的缔约国，该公约第三条规定了防止、禁止并根除任何种族隔离行为的义务。此外，尽管以色列不是《种族隔离公约》或《罗马规约》的缔约国，但毫无疑问，禁止种族隔离是一项习惯规范，被公认为是一项强制性规范，不得克减，违反这项规范构成危害人类罪。应当指出，跟随联合国大会的脚步(见 1966 年 12 月 16 日第 2202 (XXI)号决议)，安全理事会将种族隔离描述为“违背人类良知、破坏人类尊严的罪行，有违人的权利和尊严，违反《联合国宪章》和《世界人权宣言》，并且严重扰乱国际和平与安全”(1980 年 6 月 13 日第 473 号决议，第 3 段)。

18. 法院在关于纳米比亚的《咨询意见》中指出，南非在纳米比亚采取的措施的影响具有种族隔离政策的特点。根据这一判例，如果措施

“对土著居民群体的成员参加某些类型的活动、学科或培训、劳动或就业规定限制、排斥或约束，并使他们在领土大部分地区的居住和行动受到限制或排斥”，可构成种族隔离(南非不顾安全理事会第 276 (1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 57 页，第 130 段)。

19. 此外，法院在该咨询意见中明确指出，一国可能在其国家领土之外对不是其国民的人员实施种族隔离(南非不顾安全理事会第 276 (1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 57 页，第 130 段)。

20. 法院在本咨询意见中试图确定习惯国际法中种族隔离的构成要件显然是不适当的。不过，通过参考法院在 1971 年《咨询意见》中强调的要件以及《种族隔离公约》第二条和《罗马规约》第七条第二款第 8 项的规定，有可能确定构成这一罪行实质的要件，从而评估以色列是否在巴勒斯坦被占领土执行了这种政策。因此，种族隔离将根据下列要件确立：存在两个或两个以上不同的种族群体；对一个或多个群体实施非人道行径；一个种族群体对另一个或多个种族群体进行有系统压迫和统治的体制化制度，以及维持这一制度的意图。

21. 关于第一个要件，应当指出，在国际人权法的范围内，“种族”或“种族群体”一词必须从最广泛的意义上理解。因此，《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条通过指出“种族歧视”一词系指“基于种族、肤色、世系或民族或人种的任何区别、排斥、限制或优惠”，清楚地表明，“种族”不是种族歧视的唯一标准。此外，消除种族歧视委员会在其关于《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条第一和四款的解释和适用的一般建议八中认为，在确定属于某一或某些特定种族或族裔群体的个人时，“如果没有相反的理由，应以有关个人的自我识别为根据”（消除种族歧视委员会关于《公约》第一条第一和四款的解释和适用的一般建议八，阐明属于某一特定种族或族裔群体，消除种族歧视委员会第三十八届会议，A/45/18，1990年9月28日，第89页）。正如各国际刑事法庭所指出的，在国际法规定的其他罪行的背景下审议“种族群体”的定义时，在没有科学定义或客观方法来确定一个人是否属于一个假定的“种族”的情况下，有必要参考有关群体对其独特身份的看法。因此，在 *Rutaganda* 案中，卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭“指出，为了适用《灭绝种族罪公约》的目的，一个群体的成员资格本质上是一个主观而非客观的概念。灭绝种族罪犯罪人认为受害人属于预定要毁灭的群体。在某些情况下，受害人可能认为自己属于上述群体”（卢旺达问题国际刑事法庭，*The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, ICTR-96-3-T, 1999年12月6日，第56段）。同样，前南斯拉夫问题国际刑事法庭指出，“确定一个民族、族裔、种族或宗教群体所用的标准是，‘特别是犯罪人基于被人认为的民族、族裔、种族或宗教特征而对该群体的污名化’”（前南问题国际法庭，第一审判分庭，A组，*The Prosecutor v. Vidoje Blagojević, Dragan Jokić*, IT-02-60-T, 2005年1月17日，第667段）。

22. 巴勒斯坦人和以色列犹太人基于与“世系或民族或人种”有关的“主观”因素，包括与宗教和文化有关的因素，将自己认定为两个不同的群体，因此应被视为种族隔离第一个构成要件意义上的两个“种族群体”。在这方面，还应指出的是，以色列2018年基本法规定，“以色列土地是犹太人民的历史家园”，国家将“努力确保犹太人民成员的福利”，从而明确区分了犹太人和非犹太人。（基本法：以色列，犹太人民的民族国家，5778-2018，第1(a)和6(a)条，全文见 <https://main.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawNationState.pdf>）。同样，应当指出，法院最近指出，“巴勒斯坦人似乎构成一个独特的‘民族、族裔、种族或宗教群体’”（《防止及惩治灭绝种族罪公约》在加沙地带的适用(南非诉以色列)，临时措施，2024年1月26日命令，第45段）。

23. 关于第二个要件，即实施不人道行为，《咨询意见》举出无疑属于这一类别的许多违法行为，其中一些被明确列入《种族隔离公约》和《罗马规约》。这些包括将以色列居民迁移到被占领土，同时驱逐部分巴勒斯坦居民(第118段)；惩罚性地拆毁巴勒斯坦人的财产(第208-212段)；强迫迁离，因无建筑许可证而拆毁许多房屋，以及限制居住，这些使巴勒斯坦居民别无选择，只能离开居住地(第147段)；没收土地(第118-123段)，从而剥夺被占领土上巴勒斯坦人的生活资料；在被占领土开采自然资源，“包括水、矿物和其他自然资源，是为了[以色列]本国人民的利益，却不利于当地巴勒斯坦人民，甚至将他们排除在外”（第126段）；巴勒斯坦被占领土上的定居者和以色列安全部队对巴勒斯坦居民实施许多暴力行为(第148-154段)；对被占领土巴勒斯坦居民的行动自由进行无理和胡乱限制(第200-206段)。

24. 这些违反行为的规模和一贯性表明，它们不是孤立的行为，而是以色列人对被占领土上的巴勒斯坦人进行有系统压迫的体制化制度的一部分。正如《咨询意见》所表明的，定居者和巴勒斯坦人在以色列建立的制度下生活在被占领土，而该制度给予这两个群体不同的权利和福利。联合国机构的许多报告已经证实并谴责了这种情况。例如，大会设立的独立国际实况调查团得出结论认为，

“定居点是为了以色列犹太人的独有利益而建立的，而且是通过一个将定居者与在巴勒斯坦被占领土上生活的其余人口完全隔离的制度加以维护和发展的。这种隔离制度是通过严格的军事和执法控制加以支持和促进的，损害了巴勒斯坦人民的权利”（调查以色列定居点对包括东耶路撒冷在内巴勒斯坦被占领土上的巴勒斯坦人的公民、政治、经济、社会和文化权利影响的独立国际实况调查团，2013年2月7日，[A/HRC/22/63](#)，第103段）。

25. 占领国对巴勒斯坦人的有系统压迫还体现在住房、土地和财产权方面的歧视性措施。如联合国人权事务高级专员所指出，

“显然，以色列在 C 区和东耶路撒冷的规划和分区制度是歧视性的，巴勒斯坦人几乎不可能获得建筑许可证。以色列民政局 2021 年 12 月公布的数据显示，2016 年至 2020 年期间，C 区巴勒斯坦人建筑许可证的获批率不到 1% (2 550 个申请，24 个获批)。相比之下，以色列定居点住房单元获得了 8 356 个建筑许可证”（联合国人权事务高级专员的报告，2023 年 3 月 15 日，[A/HRC/52/76](#)，第 30 段）。

26. 此外，还有对行动自由的限制，按照法院援引的国际实况调查团的说法，这些限制“有多种形式，包括定居者专用道路；检查点和过境点制度(封闭性障碍)；隔离墙、城门和许可证制度所带来的各种障碍；以及行政限制”（《咨询意见》第 200 段）。

27. 《咨询意见》还指出，以色列在巴勒斯坦被占领土实行两种不同的法律制度，分别适用于这两个群体。因此，“以色列军事主管当局对定居者实行适用于以色列平民以及居留西岸的非以色列国籍犹太人的法律”，而且“因此，西岸的定居者享有以色列公民的权利和特权，受以色列国内法的保护，享受以色列的社会福利”，而西岸的巴勒斯坦人则受以色列军事法和军事法庭的管辖(第 136 段)。

28. 最后，以色列推行其扩大定居点和兼并的政策，以色列高级官员一再宣称打算留在巴勒斯坦被占领土，这些情况表明以色列完全打算继续这一政策所依据的统治巴勒斯坦人的既定制度。2022 年 12 月，以色列总理内塔尼亚胡在 X (原推特)上写道，

“犹太人对以色列土地的所有地区都拥有专属和无可争议的权利。政府将促进和扩大在以色列土地所有地区的定居点——在加利利、内盖夫、戈兰高地、犹地亚和撒马利亚”（本雅明·内塔尼亚胡，推特，2022 年 12 月 28 日：<https://x.com/netanyahu/status/1608039943817007105>）。

最近，在 2023 年 9 月，内塔尼亚胡先生向联合国大会展示了一幅代表“新中东”的地图，该地图将所有巴勒斯坦被占领土纳入以色列国(<https://www.gov.il/en/pages/epmungaspeech>，<https://www.youtube.com/watch?v=V0M7coAjBdE>，在 9 分 18 秒处)。

29. 以色列对巴勒斯坦人实施的不人道行为，是有系统压迫和统治的体制化制度的一部分，并且以色列打算维持这一制度，这些无可否认是一种等同于种族隔离的政策的表现。

30. 这也是以下各方得出的结论：2007 年以来历任联合国巴勒斯坦被占领土问题特别报告员(例如，见 2023 年 8 月 28 日 [A/HRC/53/59](#)、2022 年 3 月 21 日 [A/HRC/49/87](#)、2019 年 5 月 30 日 [A/HRC/40/73](#)、2014 年 1 月 13 日 [A/HRC/25/67](#)、2011 年 1 月 10 日 [A/HRC/16/72](#)、2007 年 1 月 29 日 [A/HRC/4/17](#))、大赦国际(见《以色列对巴勒斯坦人的种族隔离：残酷的统治制度和危害人类罪》，2022 年)和人权观察(见《跨越门槛：以色列当局与种族隔离和迫害罪》，2021 年)等主流组织、著名以色列人权组织(特别见以色列占领区人权信息中心，“从约旦河到地中海的犹太人至上政权：这是种族隔离”，第 3 页，([https://www.btselem.org/sites/default/files/publications/202101\\_this\\_is\\_apartheid\\_fr.pdf](https://www.btselem.org/sites/default/files/publications/202101_this_is_apartheid_fr.pdf)))和 Yesh Din (人权志愿者，“以色列占领西岸和种族隔离罪，法律意见”，2020 年 6 月，第 57 页)。

31. 许多有机会目睹巴勒斯坦被占领土内事件的以色列公众人物也得出结论，认为这些行为相当于种族隔离的情况。例如，以色列前总检察长 Michael Ben-Yair 在 2022 年说，以色列已经成为“一个种族隔离政权……一个国家的现实，两个不同的民族在生活中享有不平等的权利”。以色列情报局前局长 Ami Ayalon 在他的回忆录中写道：“我们已经在犹地亚和撒马利亚制造了种族隔离局面，我们用武力控制那里的巴勒斯坦人，剥夺他们的自决权”。最后，具有重要意义的是，两位前以色列驻南非大使 Ilan Baruch 和 Alon Liel 在 2021 年宣布，以色列“基于民族和族裔”的系统性歧视构成种族隔离(Michael Ben-Yair, “以色列前总检察长：我非常悲伤地得出结论，我国现在是一个种族隔离政权”，[thejournal.ie](http://thejournal.ie), 2022 年 2 月 10 日；Ami Ayalon, *Friendly Fire* (Steerforth Press, 2021), p. 260；Ilan Baruch 和 Alon Liel, “这是种族隔离，以色列驻南非大使说”，GroundUp, 2021 年 6 月 8 日)。

32. 更能说明问题的是，许多在南非种族隔离制度下生活过的人说，根据他们的经验，以色列在巴勒斯坦被占领土实行的歧视性和隔离性政策与种族隔离制度下的南非的政策相似。南非大主教德斯蒙德·图图因反对种族隔离而于 1984 年获得诺贝尔和平奖，

他说：“许多南非黑人都曾到过被占领的西岸，令他们感到震惊的是，西岸的巴勒斯坦人不得使用以色列为犹太定居者修建的道路，并且违反国际法在巴勒斯坦土地上建立犹太人专用殖民点。南非黑人和世界各地的其他人都看到了 2010 年人权观察的报告，该报告‘描述了以色列在其独家控制下的西岸地区为两类人口运作的两级法律、规则和服务体系，该体系为犹太定居者提供优惠服务、发展和福利，同时对巴勒斯坦人施加苛刻的条件。’在我看来，这就是种族隔离。这是站不住脚的。”(Desmond Tutu, “Justice requires action to stop subjugation of Palestinians”, Tampa Bay Times (30 April 2021), <https://www.tampabay.com/opinion/columns/justice-requires-action-to-stop-subjugation-of-palestinians/1227722/>. See also John Dugard, *Confronting Apartheid*, Jacana, Sunnyside, 2018, pp.171-268.)

## 2. 以色列占领的非法性及其法律后果

33. 法院在其推理中回顾，

“必须对一般国际法和《联合国宪章》关于在外国领土使用武力的规则和原则(诉诸战争法)与国际人道法(战时法)和国际人权法规定的适用于占领国行为的规则和原则加以区分”。

法院解释说，“前一类规则决定占领国在被占领土继续存在的合法性；而无论占领国的存在是否合法，后一类规则都仍适用于占领国。法院[因此]认为，前一类关于使用武力的规则和原则以及人民自决权利适用于”法院对关于占领的合法性问题的答复(《咨询意见》第 251 段)。

34. 我同意法院的推理和结论，即

“以色列违反禁止以武力获取领土的规定，侵犯巴勒斯坦人民的自决权，直接影响到以色列作为占领国在巴勒斯坦被占领土继续存在的合法性。以色列通过吞并和对巴勒斯坦被占领土实行永久控制，以及继续阻挠巴勒斯坦人民的自决权，持续滥用其占领国地位，这违反了国际法的基本原则，使以色列在巴勒斯坦被占领土的存在成为非法。”(《咨询意见》第 261 段；原文无着重标示。)

35. 大会提出的问题涉及以色列的“继续存在”，而不是以色列对巴勒斯坦领土的占领的发生情况。因此，不应由法院就后一方面，即占领从一开始的合法性问题发表意见。不过，值得回顾的是，大会曾多次需要申明以色列的占领从一开始就是非法的。1977 年，大会宣布“深感关切的是，自 1967 年以来被占领的阿拉伯领土继续处于以色列的非法占领之下达十多年之久，而巴勒斯坦人民在三十年后，仍然被剥夺行使其不可剥夺的民族权利”并“重申不容许以武力取得领土，以此方式占领的所有领土必须归还”；大会最后

“谴责以色列违反《联合国宪章》，继续占领阿拉伯领土”（第32/20号决议，中东局势，1977年11月25日；（原文无着重标示）。另见关于中东局势的1978年12月7日第33/29号决议和关于中东局势的1979年12月6日第34/70号决议）。

36. 回顾大会关于以色列1967年占领巴勒斯坦领土从一开始就是非法的认定，以及大会对以色列违反《联合国宪章》继续占领巴勒斯坦领土的谴责，只会加强法院在本咨询意见中关于以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在的非法性的认定。

37. 法院在《咨询意见》第267段中认为，以色列在巴勒斯坦被占领土的不法存在构成引起该国的国际责任的行为，并补充说，这是一种持续性不法行为，“是由以色列通过其政策和做法违反禁止以武力获取领土的规定并侵犯巴勒斯坦人民的自决权造成的”。虽然我完全同意法院的认定，即以色列有义务“尽快结束其在巴勒斯坦被占领土的存在”，但我认为，法院的推理需要精确性和补充。应当澄清的是，虽然以色列在1967年以来被占领的巴勒斯坦领土的政策和做法显然构成对巴勒斯坦人民自决权的侵犯，未能尊重这一权利的情况可追溯到1948年，而不是1967年，正如上文所引述的1977年通过的大会第32/20号决议所回顾的那样，大会在该决议中指出，“严重关切……巴勒斯坦人民在三十年后，仍然被剥夺行使其不可剥夺的民族权利”（原文无着重标示）。在这方面，我认为，作为补充，法院的推理应提及以色列根据第181(II)号决议所承担的义务。

38. 正如《咨询意见》（见第52段）所回顾的那样，1947年11月29日，联合国大会通过了一项重要决议，即第181(II)号决议，我认为，该决议仍然是在两国构想基础上持久解决以巴冲突的基石。在这项决议中，大会通过了一项“分治计划”，规定在巴勒斯坦领土上建立两个独立的国家，一个是阿拉伯国家，另一个是犹太国家，这两个国家“将……在委任统治国武装部队撤离完成两个月后建立，但无论如何不得迟于1948年10月1日”，并为耶路撒冷城建立一个由联合国管理的特别国际管理制度（独立主体）。

39. 正是根据第181(II)号决议，以色列和巴勒斯坦都宣布了自己的存在（见《咨询意见》第53和64段），并各自在自己的时间寻求作为会员国和观察员国加入联合国（见《咨询意见》第55和70段）。这项决议是一个整体，其各项条款必须放在一起、不可分割地阅读。换句话说，以色列和巴勒斯坦都不能声称从该决议中获得权利，同时反对或无视同一文本所载的另一方的权利。因此，1948年5月14日根据第181(II)号决议宣布成立一个独立的犹太国，必然意味着对建立一个独立的阿拉伯国家的承诺。在这方面，应当回顾，以色列国在宣布独立时规定，以色列国“愿意与联合国各机构和代表合作执行[上述]决议”。因此，以色列无可争议地承诺不仅遵守第181(II)号决议，而且执行该决议。

40. 无论如何，以色列被接纳加入联合国正是基于这一明确条件。因此，在接纳以色列为联合国会员国的第273(III)号决议中，大会指出，它这样做的时候“回顾其1947年11月29日[181(II)]和1948年12月11日[194(III)]的决议，并注意到以色列政府代表在特设政治委员会上关于执行上述决议的声明和解释”。

41. 然而，在本咨询意见中，法院没有确定这种情况产生的所有法律后果，特别是以色列应承担的义务。以色列加入联合国不仅带来权利，也带来法律义务。因此，在承诺执行第181(II)号决议之后，以色列有法律义务不阻碍巴勒斯坦人民行使自决权，或反对巴勒斯坦人民代表宣布成立巴勒斯坦国，事实上，它这样做必然损害其自身的权利，因为这两个国家的存在是在同一法律文书中被不可分割地联系在一起。

42. 以色列既已承诺执行第181(II)号决议，还有持续义务与联合国合作，确保根据第181(II)号决议于1988年在阿尔及尔宣布成立并被接纳为联合国观察员国的巴勒斯坦国能够对其领土行使充分主权，并实现完全独立，而这要求以色列完全撤出巴勒斯坦被占领土。

43. 在这方面，应当指出，在 1993 年 9 月 9 日巴勒斯坦解放组织(以下简称“巴解组织”)主席亚西尔·阿拉法特与以色列总理伊扎克·拉宾的换函中，巴解组织主席承认“以色列国有权在和平与安全中生存”(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 183 页，第 118 段)。

\*

44. 此外，正如法院所指出的，以色列违反的义务包括普遍义务(《咨询意见》第 274 段)，根据《国家对国际不法行为的责任条款》第 41 条所反映的习惯国际法，这给其他国家带来“特别法律义务”。因此，对于以色列侵犯巴勒斯坦人民自决权的政策和做法，所有国家都受该条规定的习惯义务的约束。这不仅要求不采取任何可能妨碍行使这一权利的行动，而且要求为实现这一权利提供必要的合法支持，并为此与联合国积极合作。法院在《咨询意见》第 275 至 279 段中概括地阐述了所有国家的这些义务的内容。

45. 这些义务既是消极的，也是积极的。消极义务要求各国不得鼓励、援助或协助以色列违反适用于巴勒斯坦被占领土的国际人道法规则。正如红十字国际委员会在其 2016 年关于《日内瓦第一公约》的评注中所阐明的那样，

“因此，明知财政、物质或其他支持将被用于实施违反人道法行为而提供这种支持，即使就国家责任而言，这种支持可能不构成援助或协助接受国实施不法行为，也违反共同第一条”。(见《红十字国际委员会评注》，《日内瓦四公约》，共同第一条，<https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/gci-1949?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>，第 160 段)。

因此，向以色列提供任何无条件的财政、经济、军事或技术援助都将构成对这一义务的违反。

46. 关于积极义务，各国必须采取积极措施，制止违反行为，并确保在巴勒斯坦被占领土上遵守相关公约，包括为此利用其对以色列的影响力(见《红十字国际委员会评注》，《日内瓦四公约》，共同第一条，<https://ihl-databases.icrc.org>，第 164 段)。

47. 正如我们尊敬的已故同事 James Crawford 所写的，必须指出，仅仅通过外交抗议(James Crawford, “Third Party Obligations with respect to Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territories”, <https://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=QA2pesuJIWa28530AcRDr3iFZmt>, para. 86)，或仅通过与联合国合作，并不能满足确保遵守的义务。事实上，正如法院就灭绝种族罪所强调的那样，一国将违反普遍义务的行为提交联合国机关，并不解除其他国家“采取力所能及的行动”确保这些义务得到尊重并防止或惩罚违反行为的义务，“同时尊重《联合国宪章》及其主管机关可能作出的任何决定”(见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决书，《2007 年国际法院案例汇编(一)》，第 220 页，第 427 段)。

\*

48. 以色列所违反义务的性质还对联合国及其各机关和机构产生了许多影响。《咨询意见》第 277 段回顾，本组织及其机构有“义务”在巴勒斯坦被占领土“确保国际法得到尊重”，这要求它们采取具体步骤，制止《咨询意见》中指出的以色列的违反行为，使巴勒斯坦人民能够充分实现其自决权。

49. 当然，正如法院以往指出的那样，不应由法院“决定大会在收到法院的意见后可能希望采取的步骤，或该意见可能对这些步骤产生的影响”(科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编(一)》，第 421 页，第 44 段)，应由大会和安全理事会“在考虑到本咨询意见的情况下，考虑结束以色列的非法存在所需的进一步行动”(《咨询意见》第 281 段)。

50. 然而，事实仍然是，鉴于大会和安全理事会几乎所有决议中针对以色列的措施仍然没有效果，联合国及其主要机关和机构必须确保它们采取的措施切实有效。这些决议特别包括安全理事会第 237 (1967)、242 (1967)、252 (1968)、267 (1969)、298 (1971)、338 (1973)、446 (1979)、452 (1979)、465 (1980)、476 (1980)、478 (1980)、484 (1980)、592 (1986)、605 (1987)、607 (1988)、672 (1990)、681 (1990)、904 (1994)、1073 (1996)、1322 (2000)、1397 (2002)、1515 (2003)、1544 (2004)、1850 (2008)、1860 (2009)、2334 (2016)和 2720 (2023)号决议，《联合国宪章》第二十五条在此遭到违反，该条规定“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”。

51. 因此，安全理事会和大会必须进一步采取适当和具体措施，毫不拖延地在明确规定的时限内，制止以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法所造成的违反国际法行为。

52. 特别是，安全理事会不妨更新其第 1515 (2003)号决议核可的四方路线图，以“实现两国和平、安全地毗邻共存的希望”，并在安全理事会有关决议的基础上，通过双方谈判达成“最后全面协定”，这些决议规定解决“最后地位问题”(安全理事会第 2334 (2016)号决议，安全理事会 2016 年 12 月 23 日第 7853 次会议通过，S/RES/2334 (2016)，第 8 段)。

53. 为此，联合国应加强会员国之间的国际合作，并利用《宪章》规定的一切手段，特别是第六章规定的手段，必要时还应利用第七章规定的手段。

54. 总之，正如《咨询意见》第 71 段所引述的安全理事会第 2334 (2016)号决议所述，联合国应努力

“加强和加速国际和区域外交努力并提供支助，以根据联合国有关决议、包括土地换和平原则的马德里框架、阿拉伯和平倡议以及《四方路线图》，毫不拖延地实现全面、公正和持久的中东和平，并结束以色列 1967 年开始的占领”(安全理事会第 2334 (2016)号决议，安全理事会 2016 年 12 月 23 日第 7853 次会议通过，S/RES/2334 (2016)，第 9 段)。

### 3. 赔偿模式

55. 我要谈的最后一点是，由于以色列在巴勒斯坦被占领土上违反国际法的政策和做法，巴勒斯坦人和巴勒斯坦应得到的赔偿。

56. 违反行为的主要后果必须是终止这些行为的义务。这主要且必然导致以色列有义务结束其在巴勒斯坦被占领土的非法存在(见《咨询意见》第 267 段)。以色列亟需撤出巴勒斯坦被占领土，唯有如此，巴勒斯坦人民才能够充分行使其自决权，包括建立一个完全独立、有生存能力的主权国家的权利。因此，这是联合国和所有国家必须孜孜以求的主要目标。

57. 因此，这种撤出不能以谈判的成功为条件，因为谈判的结果将取决于以色列的批准。特别是，以色列不能援引事先就其安全主张达成协议的需要，因为这种条件可能导致其非法占领永久化。实际上，根据“不法行为不产生权利”这一格言所体现的原则，任何人都不得从其自身的非法行为中获益。否则，停止违反国际法行为，包括违反强制性规范(强行法)的行为，将受到这些违反行为的实施者的否决。

58. 因此，双方之间的谈判——这仍然是必要的——将主要侧重于执行方式上，而不是以色列的撤出问题，按照《咨询意见》的措辞，以色列的撤出必须“尽快”进行。他们还将重点讨论实现公正、全面和持久和平所必需的其他事项，例如难民问题、两国之间的相互安全安排以及通过相互协议可以对 1967 年界线作出的修改。

59. 这种谈判如果在联合国的主持下并基于国际法进行，就更有可能取得成功，因为两者各自的公正性和正当性将在某种程度上抵消占领者和被占领者之间的巨大力量不平衡。

60. 应当提及的另一个重要问题是，以色列因其违反国际法行为而对巴勒斯坦被占领土上的受害者和巴勒斯坦人民应作出的赔偿。这必须是“充分赔偿”，包括恢复原状和补偿，根据常设国际法院在霍茹夫工厂案中众所周知的公式，这必须“尽可能消除非法行为的所有后果，并恢复若未实施该行为本来极可能存在的状况”（见《咨询意见》第 269 段）。

61. 因此，正如法院先前在 2004 年指出的那样，以色列有义务除其他外，“归还”在巴勒斯坦被占领土上以滥用、歧视性的方式并违反国际法，“从任何自然人或法人手中攫取的土地、果园、橄榄园和其他不动产”。“如果证明实际上不可能恢复原状，以色列有义务对有关人员所受损失给予补偿”（在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 198 页，第 153 段）。

62. 关于补偿，不应由法院在本咨询意见中确定补偿的具体内容或数额。它已确认了原则，现在应由有关各方确定这种补偿的模式，补偿必须按照国际法规则进行。正如联合国国际法委员会指出的那样，需要补救的损害“包括国家的国际不法行为造成的一切损害，无论是物质损害还是精神损害”。补偿涵盖“任何在资金上可以评估的损害，包括在特定情况下可以确定的利润损失”（国际法委员会，关于国家对国际不法行为的责任条款草案第 31 条的评注第 2 段和关于第 36 条的评注第 1 段，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10))。有许多先例可以指导这种做法。

63. 在这方面，应当回顾，法院在 2005 年对刚果境内的武装活动案的判决书中认定，乌干达必须对“非法使用武力、侵犯主权和领土完整、军事干预、占领伊图里、违反国际人权法和国际人道法、抢劫、掠夺和开采刚果民主共和国的自然资源”所造成的损害作出赔偿((刚果民主共和国诉乌干达)，判决书，《2005 年国际法院案例汇编》，第 257 页，第 259 段)。在此基础上，法院随后在进一步诉讼中确定了应向刚果民主共和国支付的补偿数额(刚果境内的武装活动(刚果民主共和国诉乌干达)，赔偿，判决书，《2022 年国际法院案例汇编(一)》，第 137-138 页，第 409 段)。还应指出，由于科威特被非法占领，并“为了伊拉克作出赔偿或经济补偿”，安全理事会申明，根据国际法，伊拉克“应对科威特和第三国及其国民和公司因伊拉克入侵和非法占领科威特而遭受的任何损失、损害和伤害负责”（1990 年 10 月 29 日安全理事会第 2951 次会议通过的第 674 (1990) 号决议，S/RES/674 (1990)，项目 8)。

\*

64. 最后，我想就有关法院《咨询意见》对谈判的影响的一个论点发表一般性意见，该论点是这些程序的一些参与方提出的，目的是请法院拒绝发表大会要求的咨询意见。有一个论点是，法院的咨询意见可能会危及和平谈判。根据其判例，法院的答复是，情况并非如此。

65. 在这一答复之外，人们必须质疑一些人似乎在和平与法律之间划出的对立。在本案中，和平谈判实际上已经有十多年没有进行过了，除此之外，我认为，认为法院阐明法律会损害任何和平进程的说法是不正确的。恰恰相反，从最初的仲裁到常设仲裁法院和常设国际法院的设立，再到本法院，导致建立各种解决争端的司法机制的理念是，国际法和国际司法无疑为国际关系实现和平提供了一种手段。通过阐明法律，法院为各行为体提供了实现公正、全面和持久和平的可靠基础。

66. 我深信，如果谈判进程不考虑法律和公平因素，就会埋下未来冲突的种子。关于所有问题的谈判，包括关于以色列和巴勒斯坦两国的正当安全关切的谈判，只有以国际法和正义为基石，才能取得成功。

67. 法院通过在这些诉讼中阐明法律，按照其作用，帮助为公正和持久解决冲突奠定基础，这场冲突持续太久，在世界这一地区造成了巨大的人类痛苦，其影响远及其他地区。我正是怀着这种坚定的信念参加了本程序，毫无疑问，我的同事们也是如此。

纳瓦夫·萨拉姆(签名)

[原件：英文]

## 塞布廷德副院长的反对意见

法院拥有受理咨询意见请求的管辖权，但是，在明智地行使其酌处权和维护其司法作用的完整性时，法院本应避免提供所请求的咨询意见——《咨询意见》忽略了对理解以色列-巴勒斯坦多层次争端至关重要的历史背景，相当于对以色列遵守国际法情况进行单方面“法证审计”——《咨询意见》没有体现对相关法律和事实问题的平衡和公正的审查——必须把握以色列-巴勒斯坦冲突的历史细微差别，包括前英国委任统治下巴勒斯坦的当事方之间相互冲突的领土要求，以及过去和现在通过安全理事会确定的谈判框架解决冲突的努力——法院缺乏充分、准确、平衡和可靠的信息，无法明智地对具有争议的事实问题作出公正的评估和结论——《咨询意见》不仅对以色列赞同法院解决所涉问题避而不谈，而且规避并有可能危及旨在解决以巴冲突的现有国际认可和具有法律约束力的谈判框架——《咨询意见》还存在若干缺点，特别是对问题 2 的回答——法院为以色列撤出被占领土提出的时间表并不切实可行，并且无视现有谈判框架中商定的事项、以色列面临的安全威胁以及平衡相互冲突的主权要求的必要性——法院在以巴冲突中适用充分赔偿原则并不恰当——法院错误地适用了交战占领法，并在没有事先批判性分析有关问题的情况下采纳了大会问题中隐含的假设，这些应分析的问题包括对前英国委任统治领土适用依法保有原则、以色列边界问题及其不同的主权要求、巴勒斯坦的自决权性质及其与以色列自身权利和安全关切的关系——永久解决以巴冲突的唯一途径仍然是联合国和双边协定规定的谈判框架。

## 目录

	页次
一. 导言 .....	15
二. 以巴冲突的历史背景 .....	15
A. 以巴冲突的起源 .....	15
B. ....	16
犹太民族 .....	16
“叙利亚巴勒斯坦” .....	17
C. 1920 年代“英国委任统治下巴勒斯坦”的出现 .....	18
D. 委任统治下巴勒斯坦分治和“两国解决方案”提案 .....	18
E. 尚未解决的永久地位问题 .....	21
三. 解决冲突的谈判框架和联合国的支助作用 .....	22
A. 安全理事会第 242 (1967) 和 338 (1973) 号决议 .....	22
B. 以色列和巴勒斯坦权力机构之间的临时协定(奥斯陆协定) .....	23
C. 大会征求咨询意见 .....	25
四. 管辖权和酌处权 .....	26
A. 管辖权 .....	26

B.	司法酌处权以及发表咨询意见的不当之处 .....	26
1.	法院掌握的资料不足 .....	27
2.	《咨询意见》规避了现有的国际谈判框架 .....	27
3.	《咨询意见》规避了国家同意原则 .....	28
五.	《咨询意见》的缺陷 .....	29
A.	回答问题 1 .....	29
B.	回答问题 2 .....	29
C.	需要认真考虑的问题 .....	29
1.	结束以色列占领的时间表不确定且不切实际 .....	30
2.	《咨询意见》忽视了以色列的合理安全关切和对有效安全保证的需求 .....	30
3.	需要平衡相互竞争的主权主张 .....	31
4.	补救或赔偿问题 .....	31
六.	《咨询意见》无视国际法中的重要法律原则和主张 .....	32
A.	各国主权平等 .....	32
B.	法律规则必须明确区分法律和政策 .....	32
C.	在解决国家间争端之前须征得国家同意 .....	32
D.	边界、主权和领土主张的确切范围无法假定 .....	33
E.	依法保有和以色列独立前夕的边界 .....	33
F.	联合国分治计划、1948 年独立战争及以色列停战线 .....	35
G.	以色列在构成前委任统治下的巴勒斯坦的领土上的定居权利 .....	37
H.	阿拉伯-巴勒斯坦人的自决权 .....	37
I.	对以色列撤出争议领土及其安全的关切 .....	38
J.	对西岸、加沙和西耶路撒冷滥用交战占领法 .....	38
K.	通过合法使用武力(自卫)进行的占领并非非法 .....	38
L.	合法占领不会因为时间的推移而变成非法 .....	39
M.	以色列在争议领土上的定居点符合《委任统治书》第六条 .....	39
N.	谈判框架而不是单方面承认巴勒斯坦仍然是永久解决以色列-巴勒斯坦冲突的唯一途径 .....	39
七.	结论 .....	40

## 一. 导言

1. 我同意，根据《法院规约》第六十五条第(一)项，法院有权受理大会提出的咨询意见请求，本人已投票赞成执行条款第 285 段第(一)项。遗憾的是，出于本反对意见中详述的原因，本人无法同意大多数法官发表的咨询意见。我认为，法院在明智地行使酌处权并维护其司法作用的完整性时，本应避免提供所请求的咨询意见。第 77/247 号决议中的问题假定了某些法律和事实结论，以此排除对以巴冲突的独特历史背景进行彻底和平衡的审查。此外，法院卷宗中的大多数陈述都从单方面角度看待冲突，加剧了法院《咨询意见》中的不平衡做法。例如，这些问题假定“以色列持续侵犯巴勒斯坦人民的自决权”；以及“自 1967 年以来，以色列非法‘占领’了”以前属于英国委任统治领土的“领土”，但法院并未收到关于以色列国独立前夕的领土范围(即边界)的论据或证据；亦未收到以色列对争议领土的竞合领土要求。必须首先解决这些问题，然后才能确定所谓以色列占领领土的法律后果或巴勒斯坦自决的领土范围。

2. 此外，《咨询意见》述及对冲突至关重要的关键法律事项和事实认定——包括以色列所谓占领、吞并争议领土和巴勒斯坦自决权——但忽略了对理解这一多层面争端至关重要的历史背景。因此，《咨询意见》等同于对以色列遵守或不遵守国际法的单方面“法证审计”，并未体现对所涉相关法律和事实问题的全面、平衡、公正和深入审查。它还忽视了现代巴勒斯坦、特别是被称为“巴勒斯坦被占领土”上的领土和人口错综复杂的现实情况和历史。为了提供实质性和公平的意见，真正帮助大会和安全理事会根据《联合国宪章》和平、永久地解决以巴冲突，必须根据国际法的相关原则，包括我在本反对意见中强调的原则，彻底审查这些问题。在这方面，罗莎琳·希金斯法官在其关于隔离墙《咨询意见》的个人意见中的看法对本咨询意见所述问题特别相关，因为法院在本案中显然采取了类似的做法。<sup>1</sup>

3. 我必须表示遗憾的是，由于法院为编写个人意见分配的时间有限，我的反对意见无法全面分析本人认为《咨询意见》中存在不妥的每个方面。因此，我选择了侧重于本人认为最重要的内容。

## 二. 以巴冲突的历史背景

### A. 以巴冲突的起源

4. 在处理大会提出的问题之前，必须了解以巴冲突的历史细微差别，并肯定负责维护国际和平与安全的联合国机构在寻求持久解决这一冲突方面所作的持续努力。以巴冲突可追溯到 1947 年对英国委任统治下巴勒斯坦领土的相互冲突的主权要求。犹太人将这一地区视为他们的历史家园，<sup>2</sup> 巴勒斯坦阿拉伯人及其盟友则将其视为巴勒斯坦阿拉伯人的家园。<sup>3</sup> 泛阿拉伯观点认为，冲突的核心在于巴勒斯坦阿拉伯人被赶出这一领土以及以色列随后扩张领土。在他们看来，以色列往往被视为与生俱来的侵略和扩张主义者，是地区动荡的主要根源。他们反对以色列的根源在于泛阿拉伯的信念，即巴勒斯坦人是阿拉伯世界团结的重要组成部分，巴勒斯坦作为他们的家园应保持不可分割。<sup>4</sup> 这一立场得到了以下信念的支持，即巴勒斯坦阿拉

<sup>1</sup> “以巴争端的法律、历史和政治非常复杂……背景在法律裁断中通常很重要……我认为法院叙述的“历史”……既不平衡也无法令人满意。”罗莎琳·希金斯法官个人意见第 14 段，在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 210 页，第 14 段以及第 211 页，第 16 段。

<sup>2</sup> 见《以色列独立宣言》，1948 年；《关于临时自治安排的原则声明》，1993 年 9 月 13 日，第五条；《关于西岸和加沙地带的临时协定》，1995 年 9 月 28 日，第三十一条第(6)款。

<sup>3</sup> 《巴勒斯坦民族宪章》第一条规定，“巴勒斯坦是阿拉伯巴勒斯坦人民的家园：它是阿拉伯家园不可分割的一部分，巴勒斯坦人是阿拉伯民族不可分割的一部分”。

<sup>4</sup> 同上，该条在更广泛的阿拉伯国家背景下确立了巴勒斯坦人的身份，并申明巴勒斯坦作为巴勒斯坦人民家园的不可分割性。

伯人是一个同质的土著民族，与争议领土有着深厚的联系，拥有返回该领土并在那里行使自决权的不可剥夺的权利。<sup>5</sup>

5. 另一方面，犹太人在英国委任统治期间被称为“巴勒斯坦”、独立后被称为以色列的同一争议领土上有着悠久的历史。他们原生主张的依据是早在 1917 年《鲍尔弗宣言》或 1922 年英国委任统治或 1948 年以色列作为独立国家成立之前就已经存在的绵延不断的历史和文化联系。他们对这片领土的要求可以追溯到 3 000 年前的古以色列王国。尽管千百年来犹太人面临逆境、迫害和流散，但他们与这片土地的纽带始终存在。以色列认为，冲突的实质并不在于相互冲突的领土要求本身，而是泛阿拉伯人否认以色列在这一被认为完全属于阿拉伯人的地区作为一个独立的非阿拉伯国家的存在和合法性。以色列认为，其对手的目的是消灭以色列作为一个国家的存在，因此，以色列的行动纯粹是防御性的，目的是捍卫其主权，抵御这些生存威胁。<sup>6</sup>

6. 尽管对以巴冲突的起源和性质有不同看法，但以巴冲突涉及复杂的历史、文化、意识形态和领土挑战，其中涉及多个国家和非国家行为体。我认为，在回答大会提出的问题之前，必须把握以巴冲突的历史细微差别，包括前英国委任统治下巴勒斯坦各方相互冲突的领土要求，以及以前和现在通过安全理事会确定的谈判框架解决冲突的努力。在承认阿拉伯人对这片土地的主权要求的同时，必须认识到以色列的犹太人也不是殖民定居者。犹太人和阿拉伯人都与该地区有着千丝万缕的联系。实现冲突的永久解决需要有关各方通过认真谈判达成协议，而不是单方面的声明和立场。在单方面叙述的基础上和在背景真空中提出的司法建议肯定无助于联合国大会或安全理事会实现这一崇高目标。

#### B. 对前委任统治下巴勒斯坦领土的相互冲突的领土要求

7. 要回答大会提出的问题，就必须了解以前称为英国委任统治下巴勒斯坦的领土上居民相互冲突的历史和领土要求。巴勒斯坦和以色列的历史并非始于 1917 年的《鲍尔弗宣言》或 1922 年的英国委任统治，亦非始于 1948 年的《以色列独立宣言》。相反，居住在以前被称为英国委任统治下巴勒斯坦领土上的人民的历史横亘数千年，下文将对此进行简要介绍。

#### 犹太民族

8. 与流行观点相反，现有证据表明，早在公元前 1200 年，犹太人就作为一个具有凝聚力的民族群体存在于今天的以色列领土上(在 1922-1947 年英国委任统治期间亦称“英国委任统治下的巴勒斯坦”)，拥有根深蒂固的文化、宗教和民族特性，以及在遭受征服的破坏性影响和流落他乡后依然延续了几个世纪的实际存在。根据目前的考古证据，古以色列存在于公元前 1000 年至公元前 586 年之间。<sup>7</sup> 古以色列分为两个省

<sup>5</sup> 同上，第 6 条规定，“巴勒斯坦人是指在 1947 年以前通常居住在巴勒斯坦的阿拉伯国民，不论他们被逐出巴勒斯坦还是留在那里。在此日期之后出生的任何人，如其父是巴勒斯坦人，无论此人在巴勒斯坦境内还是境外，也是巴勒斯坦人。”

<sup>6</sup> 以色列的书面发言。

<sup>7</sup> 大量证据表明，犹太人在公元前 1000 年至公元前 586 年之间生活在古代以色列地区。这一时期对应扫罗王、大卫王和所罗门王领导下的联合君主制时代，以及随后分裂的以色列王国和犹大王国。证据包括在大卫城的考古发现。在耶路撒冷“大卫城”的考古发掘中，发现了可追溯至传统上大卫王统治时期的建筑、防御工事和文物。在 Tel Dan 发现的铭文提到了“大卫之家”，为大卫王朝提供了额外的圣经证据。米沙石碑(亦称摩押石)是公元前 9 世纪的一件文物，涉及以色列王国及其与邻国摩押的互动。在拉吉发现的 Ostraca (刻有铭文的陶器碎片)可追溯到公元前 7 世纪晚期，提供了关于犹大王国行政和军事事务的信息。在以色列和犹大各地发现了许多文物，包括陶器、印章和铭文。这些文物提供了关于一个从事贸易、农业和治理的开蒙定居社会的证据。希伯来圣经(旧约)详细记载了这一时期以色列人的历史、文化和统治。虽然这些文本本质上是宗教性的，但许多学者认为是有价值的历史文献。亚述的铭文和编年史提到了以色列和犹大王国，包括互动、冲突和贡品。例如，撒曼以色列三世的黑色方尖碑描绘了以色列王耶户向亚述王进贡。这些考古、文字和历史的综合证据支持了犹太人在公元前 1000 年至公元前 586 年期间在古代以色列的存在和持续居住。

或王国：北部王国称为以色列，其首都为撒玛利亚；南部省为犹大或犹太(希伯来语为 *Y'hudah*)，其首都为耶路撒冷。随着时间的推移，古代以色列的土地被更强大的王国征服和占领，包括巴比伦王国(公元前 586-公元前 539 年)、波斯帝国(公元前 539-公元前 332 年)、希腊化时代(公元前 332-公元前 167 年)、哈斯摩尼王朝(公元前 167-公元前 63 年)、罗马帝国(公元前 63 年-公元 324 年)、拜占庭时代(公元 324 年-638 年)、阿拉伯哈里发帝国(公元 638 年-1099 年)、十字军东征(公元 1099 年-1291 年)、马穆鲁克时代(公元 1291 年-1517 年)、奥斯曼帝国(公元 1517 年-1917 年)以及英国委任统治(1917-1948 年)。尽管这些征服导致许多犹太人在长达 1 500 多年的时间里被流放或散落到世界各地，但仍有一部分犹太人继续生活在现在的以色列土地上，而大量犹太人在 1882 年和随后几年开始返回。当时，居住在这片土地上的阿拉伯人不超过 250 000 人。1948 年，在大屠杀之后，以色列国获得了独立或自决。通过系统性调查从史前到奥斯曼帝国统治结束期间该国所有历史遗迹获得的最近考古证据进一步证实了上述历史，这些证据清楚地揭示了犹太人与以色列土地之间的历史联系，揭示了他们在自己家园的文化遗产遗迹。这些埋藏在土壤中的可见遗迹构成了犹太人在这片土地上的过去、现在和未来之间的有形联系。可以说，正是这段历史促使国际文明社会通过联合国于 1948 年重建了“犹太人的民族家园”。<sup>8</sup>

#### “叙利亚巴勒斯坦”

9. 就领土而言，“巴勒斯坦”这一名称粗略地适用于第一次世界大战前 400 年间隶属于奥斯曼帝国的地区。公元 135 年，罗马人镇压了犹太省犹太人的第二次叛乱，将该省改名为“叙利亚巴勒斯坦”(或“巴勒斯坦叙利亚”)。罗马人的这一组做法是为了惩罚性报复“*Y'hudim*”(犹太人)，并消除他们与其省份(希伯来语称为 *Y'hudah*)之间的联系。“*Palaestina*”这个名字是指地中海沿岸的斐勒斯丁人。<sup>9</sup>几个世纪以来，“巴勒斯坦”一词一直没有确切的地理或领土定义。在建立“英国委任统治下巴勒斯坦”之前，巴勒斯坦阿拉伯人自认为与次区域的阿拉伯人具有统一的身份，直到二十世纪。1946 年，杰出的阿拉伯裔美国历史学家菲利普-希提教授在英美委员会上作证反对委任统治下巴勒斯坦分治时说：“不存在‘巴勒斯坦’这一概念；绝对没有。”1919 年 1 月 27 日至 2 月 10 日，第一届巴勒斯坦-阿拉伯大会在耶路撒冷召开，推选巴勒斯坦代表参加巴黎和会，通过了一项决议，除其他外认为巴勒斯坦是阿拉伯叙利亚不可分割的一部分。<sup>10</sup>1937 年，当地的阿拉伯领导人 Auni Bey Abdul-Hadi 告诉最终建议巴勒斯坦分治的皮尔委员会：“没有[巴勒斯坦]这个国家！‘巴勒斯坦’是犹太复国主义者发明的一个词！……我们的国家几个世纪以来一直是叙利亚的一部分”。

<sup>8</sup> Encyclopaedia Britannica and Jacob Liver, ed., *The Military History of the Land of Israel in Biblical Times* (1968).

<sup>9</sup> 斐勒斯丁人是一个古老的部落，从爱琴海地区迁移定居到迦南地区，大致相当于今天的加沙地带、以色列南部和黎巴嫩西南部的部分地区，以与以色列的冲突而闻名。

<sup>10</sup> 1919 年 1 月和 2 月在耶路撒冷举行的第一届巴勒斯坦阿拉伯人大会是巴勒斯坦民族主义历史上的一个重要事件。这次大会汇集了来自巴勒斯坦各地区的代表，讨论对第一次世界大战和奥斯曼帝国崩溃后政治变化的关切和愿望。大会的主要决议和宣言包括拒绝 1917 年的《鲍尔弗宣言》，该宣言支持在巴勒斯坦建立一个“犹太人的民族家园”。代表们认为这是对巴勒斯坦阿拉伯居民权利和生存的威胁。大会要求巴勒斯坦独立，成为更大的阿拉伯国家的一部分。他们寻求摆脱英国的控制，反对任何形式的外国委任统治或殖民。大会强调巴勒斯坦与大阿拉伯世界的团结，主张与邻近的阿拉伯国家建立密切关系，并建立一个阿拉伯统一战线来保护它们的利益。代表们呼吁在巴勒斯坦建立一个代表阿拉伯多数人的民主政府，并在没有外来干涉的情况下行使自决权。大会决定派遣一个代表团参加巴黎和平会议，提出他们的要求和不满，寻求国际社会对他们事业的承认和支持。第一届巴勒斯坦阿拉伯大会的决议为巴勒斯坦民族运动奠定了基础，反映了当时巴勒斯坦阿拉伯人民的愿望和关切。

### C. 1920年代“英国委任统治下巴勒斯坦”的出现

10. 奥斯曼帝国在第一次世界大战中战败，随后国际联盟对奥斯曼帝国的领土进行了分割，1922年成立了英国委任统治下的巴勒斯坦。<sup>11</sup> 巴勒斯坦的委任统治是授予英国的“A级”委任统治，主要任务是为犹太人、特别是逃离迫害和大屠杀的犹太人重建民族家园。<sup>12</sup> 英国于1917年发表了《鲍尔弗宣言》，并于1922年将其纳入委任统治的最终核准文本。《鲍尔弗宣言》指出，英国政府“赞成在巴勒斯坦为犹太人建立一个民族家园”，并同意在不损害“巴勒斯坦现有非犹太社区的公民和宗教权利”的前提下，英国将“尽最大努力”促成此事。

11. 1922年7月24日，国际联盟授予英国委任统治权，<sup>13</sup> 并于1923年9月29日正式生效，英国委任统治下的巴勒斯坦正式成立。英国委任统治下的巴勒斯坦领土最初包括两个地区，即外约旦(东部)和巴勒斯坦(西部)。<sup>14</sup> 原委任统治下巴勒斯坦的边界通过谈判和协议确定如下。北部边界线是1923年英法谈判确定的。南部边界线是1920年代中期英国与新成立的沙特阿拉伯签订条约确定的。委任统治下巴勒斯坦与委任统治下美索不达米亚(伊拉克)之间的边界并不重要，因为这条线位于无人居住的沙漠中间，而且英国控制着两侧。1932年通过换文最终确定了这条边界线。委任统治下巴勒斯坦的东部地区(占领土的80%，被称为“外约旦”)一直由英国管理，直到1946年5月25日才成为独立的外约旦王国，后更名为约旦。委任统治下巴勒斯坦的西部地区(占领土的20%，被称为“巴勒斯坦”)一直处于英国委任统治之下，直到1948年5月英国结束委任统治。正是这后一部分占原委任统治下巴勒斯坦的20%领土(今天简称为“巴勒斯坦”)，在以巴冲突中仍有争议。

### D. 委任统治下巴勒斯坦分治和“两国解决方案”提案

12. 在英国委任统治下的巴勒斯坦领土上建立两国解决方案(犹太居民和阿拉伯居民各建一国)的提议一直是联合国议程上的一个经常性项目，但一再遭到居住在该领土上的阿拉伯居民以及以色列的阿拉伯邻国的拒绝。第一次世界大战后，奥斯曼帝国解体，国际联盟对以前由奥斯曼帝国统治的领土设立了几个委任统治，其中包括上文所述的委任统治。<sup>15</sup> 17年后的1936年，阿拉伯人反抗作为巴勒斯坦和美索不达米亚(今伊拉克)委任统治者的英国。皮尔委员会<sup>16</sup> 是英国为查明阿拉伯人反抗原因而成立的一个特别工作组，该委员会认为，敌对行动的主要原因是居住在该领土上的犹太人和阿拉伯人的民族愿望相互冲突：因为，犹太族群寻求按照1917年《鲍尔弗宣言》的承诺并在英国委任统治者的推动下在巴勒斯坦建立一个民族家园，而阿拉伯社区寻求建立自己的民族国家，反对越来越多的犹太人移民到巴勒斯坦并获得土地，担心流离失所以及失去政治和经济控制。阿拉伯人担心，不断增长的犹太人口最终将主宰该地区，导致阿拉伯人流离

<sup>11</sup> 1948年前英国对巴勒斯坦的委任统治范围包括今天被称为以色列、西岸、加沙地带和约旦的领土。约旦河以西地区构成现代以色列国、西岸和加沙地带；约旦河以东地区则构成今天的约旦哈希姆王国。1922年，英国在行政上划分了领土，在约旦河以东地区建立了外约旦酋长国，后来于1946年成为约旦国。因此，到1948年英国委任统治结束时，委任统治下的巴勒斯坦系指约旦河以西地区。

<sup>12</sup> 见 *British Mandate for Palestine*, 17 *Am.J. Int'l L.* 164, 164, 170 (Supp.1923) (hereinafter “Palestine Mandate”)。

<sup>13</sup> 《国际联盟盟约》第二条第(四)项。

<sup>14</sup> 见图1中的地图。

<sup>15</sup> 1920年4月，根据《国际联盟盟约》第22条第(4)款，国际联盟将巴勒斯坦和美索不达米亚(今伊拉克)的委任统治权分配给英国。该条规定，“以前属于奥斯曼土耳其帝国的某些地区，其发展已达可以暂认为独立国之程度，但需由受委任国给予行政之指导及援助，至其能自立之时为止”。法国被委任统治叙利亚，包括黎巴嫩。

<sup>16</sup> 皮尔委员会的正式名称为巴勒斯坦皇家委员会，由英国政府成立，旨在调查委任统治下巴勒斯坦的阿拉伯人反抗的原因，并提出解决方案。委员会于1937年7月7日向英国政府提交了报告和建议。

失所和失去生计。委员会还发现，阿拉伯人和犹太人之间的经济差距和资源竞争进一步加剧了两个族群之间的紧张关系。犹太族群往往拥有来自国外的更好的财政支持和更先进的农业技术，有时会导致经济发展和就业机会方面的差距。委员会还指出，英国的政策和委任统治条款旨在促进建立犹太人的民族家园，同时也保障阿拉伯人的权利，但这些政策和条款本身相互矛盾，难以有效执行。

13. 皮尔委员会的结论是，这些相互冲突的愿望在现行委任统治下不可调和，并提出了一个“分治计划”作为可能的解决方案，建议成立独立的犹太国和阿拉伯国，而英国继续对关键地区实行委任统治。<sup>17</sup> 然而，这一提议最终遭到阿拉伯人的拒绝，导致冲突持续不断。从那时起，联合国一直主张在巴勒斯坦犹太人和阿拉伯人协商一致的谈判和协议基础上实现两国解决方案，并认为这是在上世界这一地区实现持久和平与安全的唯一可行方案。如下文所示，虽然以色列领导人对这一构想持开放态度，但巴勒斯坦阿拉伯人和阿拉伯邻国至少七次一直拒绝接受犹太国与阿拉伯国共存的构想。



图一

14. **1937年首次拒绝：**1937年，根据皮尔委员会的建议，英国政府向巴勒斯坦阿拉伯人提供80%的巴勒斯坦委任统治地(外约旦)，向犹太人提供剩余20%的委任统治地(巴勒斯坦)，这是一个非常有利于前者的分治建议。尽管拟设的国家面积很小，犹太人还是投票接受了这一提议，但阿拉伯人拒绝了这一提议，并恢复了对英国委任统治者的暴力反抗。然而，1946年，被称为外约旦的领土于1946年5月25日从英国获得独立。这一事件标志着英国对这部分领土的委任统治结束，外约旦哈希姆王国成立，埃米尔阿卜杜拉成为首任国王。该国后来更名为约旦王国。

15. **1947年第二次拒绝：**十年后的1947年，在外约旦(占原委任统治领土的80%)脱离并获得独立后，联合国大会通过第181(1947)号决议再次呼吁在英国委任统治剩余的20%领土上建立两个国家(一个犹太国

<sup>17</sup> 1937年，皮尔委员会建议将巴勒斯坦划分为独立的犹太国和阿拉伯国，英国继续对包括耶路撒冷和伯利恒在内的走廊实行委任统治。皮尔委员会分治计划的要点包括，成立的犹太国将包含巴勒斯坦大约三分之一的土地，其中包括肥沃的沿海平原和加利利地区；阿拉伯国将由其余三分之二组成，其中包括中部山区和内盖夫沙漠；另有一小块地区，包括耶路撒冷、伯利恒和通往雅法港的走廊，由于其宗教意义和混合人口，这些地区仍将由英国控制。该计划还包括关于人口转移的建议，建议阿拉伯人自愿或强制离开拟设的犹太国，犹太人自愿或强制离开拟设的阿拉伯国，以减少两个族群之间的摩擦。虽然英国政府没有执行皮尔委员会的建议，但分治想法影响了未来解决巴勒斯坦冲突的提案。

和一个阿拉伯国), 耶路撒冷仍由国际管理(“独立主体”)。<sup>18</sup> 这一提议最初被犹太领导层<sup>19</sup> 作为建立独立犹太国的折中方案而接受, 但遭到了阿拉伯族群的拒绝, 他们从根本上反对在该地区建立一个犹太国。由于无法解决领土问题, 英国于 1948 年 5 月 14 日撤出了对巴勒斯坦的委任统治, 将这一棘手问题留给了联合国和该地区冲突各方解决。在英国撤出的同时, 巴勒斯坦的犹太领导层宣布建立独立的以色列国, 作为犹太人的民族家园和逃离大屠杀的犹太人的避难所。<sup>20</sup> 该宣言援引了 1917 年的《鲍尔弗宣言》和联合国大会第 181 号决议, 其中建议将巴勒斯坦委任统治地划分为犹太国和阿拉伯国。《宣言》提到建立以色列国, 主张犹太人民有权立即在其祖先的家园建立自己的国家。《宣言》还概述了建立新国家的原则, 包括保障所有居民的公民权利, 无论其宗教、种族或性别如何。值得注意的是, 《宣言》呼吁与阿拉伯邻国和平共处, 并邀请以色列的阿拉伯居民在完全平等的公民权基础上参与国家建设。文件最后呼吁全世界犹太人民支持这个新国家, 呼吁国际社会承认并协助其发展。

16. **1967 年第三次拒绝:** 20 年后, 在称为“六日战争”的 1967 年 6 月 5 日, 以色列对埃及发动了一系列先发制人的空袭, 以应对阿拉伯邻国(即埃及、叙利亚和约旦)不断升级的紧张局势和军事威胁, 这些邻国再次试图将犹太国从该区域消灭。<sup>21</sup> 以色列在这场战争中迅速取得了决定性胜利, 从约旦手中夺回了东耶路撒冷和约旦河西岸; 从叙利亚手中夺回了戈兰高地; 从埃及手中夺回了加沙和西奈半岛。从那时起, 这些夺回的领土就被称为“巴勒斯坦被占领土”(尽管或许更应称为“有争议的巴勒斯坦领土”)。从这时起, 这些阿拉伯国家除了对巴勒斯坦事业的承诺之外, 还与以色列产生了直接的领土争端。以色列政府在如何处理这块新领土的问题上产生了分歧。政府中有一半人希望将西岸归还约旦, 将加沙归还埃及, 以换取和平。另一半人则想把这块领土交给该地区开始自称巴勒斯坦人的阿拉伯人, 希望他们最终能在那里建立自己的国家。这两项倡议都没有取得很大进展。几个月后, 阿拉伯联盟在苏丹举行会议, 发表了“三不”声明: 不与以色列和平, 不承认以色列, 不与以色列谈判。两国解决方案再次遭到这些阿拉伯国家的断然拒绝。

17. **1969-70 年第四次拒绝:** 在结束与以色列的停火后, 埃及在苏联的军事支持下, 于 1969 年 3 月至 1970 年 8 月期间再次对以色列发动进攻, 史称“消耗战”。<sup>22</sup> 埃及在这场战争中的目标包括: 从在“六日战争”中夺取西奈半岛控制权的以色列军队手中夺回半岛; 通过持续的军事进攻削弱以色列的士气和经济, 从而迫使其在领土和政治上做出让步; 加强阿拉伯国家的士气和团结, 打击以色列在该地区的存在和军事主导地位。1970 年 8 月, 以色列最终接受了复杂的停火提议, 这场战争得以结束。然而, 两国之间的“冷和”是短暂的, 三年后, 埃及在以色列的其他阿拉伯邻国的协助下, 对以色列发动了突然袭击。

18. **1973 年第五次拒绝:** 1973 年 10 月 6 日至 25 日, 以埃及和叙利亚为首的阿拉伯国家联盟对以色列国发动了突然军事袭击, 史称“赎罪日战争”。<sup>23</sup> 这次突袭始于赎罪日(犹太人的忏悔日), 恰逢伊斯兰教的斋月, 目的是挑战以色列在 1967 年六日战争中取得的胜利, 以色列在该战争中获得的领土面积是以前的四

<sup>18</sup> 大会 1947 年 11 月 29 日第 181 号决议。

<sup>19</sup> 由犹太机构代表。

<sup>20</sup> 1948 年 5 月 14 日发布了《以色列独立宣言》。

<sup>21</sup> 导致六日战争的不断升级的紧张局势和敌对行动除其他外源自以色列与阿拉伯邻国之间的边界小冲突和敌对行动不断增加; 非军事区和边境冲突频繁; 埃及封锁蒂朗海峡, 被以色列认为是战争行为; 阿拉伯军队在西奈半岛集结; 阿拉伯各国领导人加大政治压力和言论, 呼吁摧毁以色列国。

<sup>22</sup> 虽然埃及-以色列前线是主要战场, 但还有较小的东部战线, 包括约旦、叙利亚、伊拉克和巴勒斯坦部队对抗以色列军队。

<sup>23</sup> 这场战争亦称斋月战争、十月战争或第四次阿拉伯-以色列战争。

倍。<sup>24</sup> 这场战争涉及相互敌对的美国和苏联，影响深远，最终导致了以更有利于阿拉伯国家的条件进行谈判。以色列人认识到，尽管在战场上取得了令人印象深刻的作战和战术成就，但无法保证会像在第一次、第二次和第三次阿以战争中一直做到的那样，在军事上始终占据对阿拉伯国家主导地位；这些变化为以色列-巴勒斯坦和平进程铺平了道路。在战后达成的 1978 年《戴维营协议》中，以色列将整个西奈半岛归还给埃及，促成随后于 1979 年签订了埃及-以色列和平条约，标志着首次有阿拉伯国家承认以色列为合法国家。

19. **2000 年第六次拒绝：**2000 年，以色列总理埃胡德·巴拉克在戴维营会见巴勒斯坦解放组织(巴解组织)主席亚西尔·阿拉法特，以达成一项新的两国计划。巴拉克向阿拉法特提出在整个加沙和 94% 的西岸地区建立一个以东耶路撒冷为首都的巴勒斯坦国。巴勒斯坦领导人断然拒绝了这一提议。用美国总统比尔·克林顿的话说，“阿拉法特在这里待了 14 天，对什么都说不”。相反，巴勒斯坦人发动了一波血腥的自杀爆炸，在公共汽车上、婚礼大厅和披萨店里炸死了 1 000 多名以色列人，炸伤数千人。

20. **第七次拒绝：**2008 年，以色列再次试图向巴解组织新领导层提出两国解决方案的想法。埃胡德·奥尔默特总理比埃胡德·巴拉克走得更远，他扩大了和平建议的范围，增加了土地作为甜头。与其前任一样，巴勒斯坦新领导人马哈茂德·阿巴斯拒绝了这一协议。

21. 迄今为止，以色列仍然占领着西岸和整个耶路撒冷，而阿拉伯巴勒斯坦人现在声称东耶路撒冷是他们潜在或未来巴勒斯坦国的首都。大多数巴勒斯坦难民及其后裔居住在加沙和西岸，以及邻国约旦、叙利亚和黎巴嫩。以色列不愿意让他们重返家园，声称这将使以色列不堪重负，并威胁到以色列作为一个犹太国家的存在。与此同时，在过去的 50 年里，返回以色列的犹太人数量不断增加，以色列在争议领土上修建了定居点，目前有 70 多万犹太人居住在那里。安全理事会已宣布这些定居点“在法律上无效”，<sup>25</sup> 但以色列并不认同。2005 年，以色列从加沙地带撤出了军队和定居者，但出于“安全考虑”，保留了对领空、共同边界和海岸线的控制。然而，联合国仍然认为加沙地带被以色列占领，这正是因为以色列对加沙的边界、领空和海上通道，以及货物和人员进出该领土仍有很大的控制权。在政治上，加沙自 2006 年以来一直由哈马斯管理，<sup>26</sup> 哈马斯是一个伊斯兰极端主义团体，致力于摧毁以色列国，并被多个国家指定为恐怖主义组织。从那时起，哈马斯武装分子及其盟友与以色列进行了数次战争，以色列和埃及一起对加沙地带进行了部分封锁，以孤立哈马斯，并试图阻止他们对以色列城市发动袭击和肆意发射火箭弹。哈马斯在 2023 年 10 月 7 日对以色列的袭击中杀害了多名以色列公民，并劫持了其他多人质，从而引发了以色列与哈马斯及其盟友(包括黎巴嫩真主党)之间的最新战争。美国、欧洲联盟和其他西方国家都谴责哈马斯对以色列的袭击，一些国家还向以色列提供了军事支持，同时向继续遭受巨大伤亡的巴勒斯坦平民提供了人道主义援助。

#### E. 尚未解决的永久地位问题

22. 生活在前英国委任统治下巴勒斯坦的居民历来的关键争议问题包括：(一) 可能的“两国解决方案”问题，包括何时以及如何如何在争议领土上建立一个独立的巴勒斯坦国，与以色列国并存(包括确定两国之间可能的边界以及如何分享水、可耕地和其他自然资源)；(二) 以色列和巴勒斯坦平民的安全保障；(三) 以色列是否、

<sup>24</sup> 埃及在西奈半岛和加沙地带丢失了 23 500 平方英里，但以色列在三年前就从半岛撤军。约旦失去了西岸和东耶路撒冷，叙利亚失去了战略要地戈兰高地。

<sup>25</sup> 联合国安全理事会第 2334 (2016) 号决议指出，以色列在 1967 年以来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。这些定居点公然违反了国际法，是在中东实现全面、公正和持久和平的主要障碍。该决议要求立即完全停止在巴勒斯坦被占领土上的一切定居点活动，强调对 1967 年 6 月 4 日边界(包括耶路撒冷)的任何改变均须通过双方谈判商定。此外，安理会谴责暴力、恐怖主义和煽动行为，敦促双方保持冷静，重建信任。

<sup>26</sup> 2006 年，哈马斯赢得巴勒斯坦选举，并驱逐西岸总统马哈茂德·阿巴斯的法塔赫运动这一对手，其后在次年夺取了对加沙的控制权。

何时以及如何从争议领土撤出其军队和定居点；(四) 耶路撒冷圣城的地位(包括是否应将其作为两国的共同首都以及如何管理)；(五) 巴勒斯坦人的行动自由，包括巴勒斯坦难民返回其在争议领土上家园的权利。上述问题仍未解决，并且是理解大会提出的咨询意见请求的核心内容。以巴冲突的解决必然要求这些关键问题得到处理和解决，以确保为该地区所有人民实现持久和平与安全。历史上，联合国安全理事会确定的谈判框架是实现双方接受的解决方案的最可行途径。

### 三. 解决冲突的谈判框架和联合国的支助作用

23. 纵观联合国的历史，它一直致力于为以巴冲突找到一个持久的解决办法。如上所述，这一努力始于 1947 年，即联合国成立仅两年后，英国结束对巴勒斯坦委任统治的前夕。大会第 181 (II) (1947) 号决议批准了将英国委任统治下巴勒斯坦划分为三个实体的计划，最终建立一个犹太国和一个阿拉伯国，而圣城耶路撒冷及其近郊作为一个国际区或“独立主体”由联合国管理。<sup>27</sup> 如上所述，上述分治计划未能实现，<sup>28</sup> 最终导致 1948 年犹太人和阿拉伯人之间的独立战争，并造成该计划最终被放弃。联合国安全理事会通过第 62 (1948) 号决议，呼吁“在巴勒斯坦所有地区停战”，并呼吁直接参与冲突的各方达成停战协定。<sup>29</sup> 然而，自那以后，前英国委任统治领土上的犹太人和阿拉伯人之间的关系继续恶化。尽管如此，联合国，特别是安全理事会多年来一直在处理“巴勒斯坦问题”，希望根据《联合国宪章》规定的任务和平解决冲突。

24. 在过去的 45 年中，建立了一个通过联合国和双边谈判解决以巴冲突的国际法律框架，该框架以“土地换和平”构想为基础，不认为冲突的解决是外部强加给有关各方的。埃及和以色列、约旦和以色列分别于 1979 年和 1994 年签署并执行了和平条约。2020 年，根据《亚伯拉罕协定》，以色列与包括阿联酋、巴林、摩洛哥和苏丹在内的多个阿拉伯国家达成了正常化协议(相当于和平条约)。在以色列和巴勒斯坦达成和平协议之前，以色列在西岸的存在符合解决冲突的国际和双边框架。

#### A. 安全理事会第 242 (1967) 和 338 (1973) 号决议

25. 国际法承认谈判和协议是解决国际争端的主要机制。联合国安全理事会第 242 (1967) 和 338 (1973) 号决议确立了双方共同认可和同意的和平框架，它们仍然是解决以巴冲突的国际框架。第 242 和 338 号决议为最终和平协议中以色列对西岸部分地区行使主权留下了可能性，或者说可操作性。第 242 号决议规定，和平“应当”(而不是“必须”)包括以色列军队“从最近(1967 年)冲突中占领的领土”，而不是从冲突中“占领的所有领土”撤出。安全理事会的审议表明，这一措辞并非偶然，起草历史表明，许多起草者的本意是“必须从部分而非全部领土”撤出。第 338 号决议呼吁各方执行第 242 号决议。

26. 第 242 号决议的“土地换和平”构想仍然是解决冲突的所有拟议和平计划的基石。它是 1978 年戴维营区域和平倡议、1979 年《以色列-埃及和平条约》和 1994 年《以色列-约旦和平条约》的基础。此外，包括《临时协议》在内的所有以巴协议都援引了第 242 和 338 号决议。国际组织关于最终解决该地区冲突的许多决定也援引了这些决议。安全理事会和大会多次重申支持现有的双边协定，将其作为解决以巴冲突和确定争议领土主权地位的适用法律框架。这些证据强调了以下立场，即领土问题解决的相关框架始于第 242 号决议，巴勒斯坦对争议领土(及其居民)行使权力的任何权利或所有权不一定是排他性的。

<sup>27</sup> 大会 1947 年 11 月 29 日第 181 (II) 号决议。

<sup>28</sup> 见上文第 15-16 段。

<sup>29</sup> 安全理事会 1948 年 11 月 16 日第 62 号决议。

## B. 以色列和巴勒斯坦权力机构之间的临时协定(奥斯陆协定)

27. 《奥斯陆协定》<sup>30</sup> 是以色列和巴勒斯坦人当时的官方代表巴勒斯坦解放组织(巴解组织)商定的在双方达成最后解决方案前具有约束力的双边协定，作为不可逆转的机制，用于在国际公认的解决区域争端方案框架内达成双方接受的妥协解决办法。根据这些协定，永久地位谈判中要解决的问题包括“耶路撒冷、难民、定居点、安全安排、边界、与其他邻国的关系和合作以及其他共同关心的问题”。具体而言，关于承认巴勒斯坦人民的自决权，以色列在《奥斯陆协定》中首次承认巴解组织是巴勒斯坦人的代表，《协定》反映了巴勒斯坦人民可以藉此实现自决的商定的双边框架。《奥斯陆协定》是国际法主体(即以色列和巴解组织)之间的协定，对巴解组织的任何继承者都有约束力。安全理事会、大会、四方、秘书长特使以及双方后来达成的协议均提及《奥斯陆协定》及其与适用的联合国决议的一致性。旨在解决冲突的国际和双边框架为以色列继续在西岸行使被大多数人称为“非法”的某些权力和责任奠定了法律基础。

28. 《咨询意见》无视现行法国际法律框架，其效应是破坏联合国安全理事会第 242 和 338 号决议规定的国际“土地换和平”方案，并使双边《奥斯陆协定》无效。因此，我无法加入大多数人的意见。以色列与其邻国之间的历史性和平进程表明，在这方面，曾经的敌人可以搁置分歧，解决争端，而不诉诸武力和强制手段。正如我在以前的意见中所指出的那样，“以巴冲突的永久解决办法只能来自以色列和巴勒斯坦代表之间的诚意谈判，努力实现公正和可持续的两国方案。不能从外部强加解决办法，更不能通过司法解决”。<sup>31</sup>

29. 1967 年六日战争后，安全理事会在第 242 号决议(通常称为“土地换和平”框架)中申明，“在中东建立公正持久的和平”需要满足两个相互依存的条件，即“以色列武装部队撤出在最近冲突中占领的领土”，另一方面“终止一切敌对主张或状态，尊重并承认该地区每个国家的主权、领土完整和政治独立及其在安全和公认边界内和平生活、不受威胁或武力行为的权利”。<sup>32</sup> 在 1973 年阿以战争期间呼吁停火的第 338 号决议中，安全理事会再次决定，“在停火的同时，有关各方应在适当主持下立即开始谈判，以期在中东建立公正持久的和平”。这种对以色列-巴勒斯坦和更广泛的阿拉伯-以色列和平进程重要性的强调随后得到了大会的肯定，大会强调必须实现“公正和全面解决阿拉伯-以色列冲突”(大会 1992 年 12 月 11 日第 47/64 (D) 号决议)。

30. 国际社会对鼓励双方谈判的重视促成了几项协议，包括以色列和埃及之间的 1979 年和平条约；以色列和约旦之间的 1994 年和平协定；以色列和巴勒斯坦解放组织(巴解组织)之间的 1993 年和 1995 年《奥斯陆协定》。<sup>33</sup> 最值得注意的是，1993 年《奥斯陆协定》促成巴勒斯坦解放组织承认以色列国，以色列承认巴解组织为巴勒斯坦人的代表。双方代表签署的《关于临时自治安排的原则声明》赞同安全理事会第 242 和 338 号决议规定的框架，并表示双方同意需要

“结束几十年的对抗和冲突，承认相互的合法和政治权利，努力在和平共处、相互的尊严和安全中生活，并通过商定的政治进程实现公正、持久和全面的和平解决以及历史性和解”(《关于临时自治安排的原则宣言》，1993 年 9 月 13 日)。

<sup>30</sup> 《奥斯陆第一协定》，正式名称为《关于临时自治安排的原则宣言》，于 1993 年 9 月 13 日签署。《奥斯陆第二协定》，正式名称为《以色列-巴勒斯坦关于西岸和加沙地带的临时协定》，于 1995 年 9 月 28 日签署。

<sup>31</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》在加沙地带的适用(南非诉以色列)，2024 年 1 月 26 日命令，塞布廷德法官的反对意见，第 11 段。

<sup>32</sup> 安全理事会 1967 年 11 月 22 日第 242 号决议。

<sup>33</sup> 1993 年在华盛顿特区签署的《奥斯陆第一协定》和 1995 年在埃及塔巴签署的《奥斯陆第二协定》。

31. 尽管《奥斯陆协定》尚未得到完全执行，但继续约束有关各方，为在以色列和巴勒斯坦当局之间分配责任提供了框架，并为未来关于永久地位问题的谈判提供了指引。自那时以来，联合国一再申明需要进行谈判，以实现两国方案，解决以色列和巴勒斯坦之间的争端。2003年，安全理事会在第1515号决议中“赞同四方提出的《以色列-巴勒斯坦冲突的永久性两国解决办法基于表现的路线图》”。四方由美国、欧洲联盟、俄罗斯联邦和联合国的代表组成。<sup>34</sup> 在该决议中，安全理事会“呼吁各方与四方合作，履行路线图规定的义务，并实现两国和平、安全地毗邻共存的愿景”。<sup>35</sup> 2007年至2008年，以色列和巴解组织进行了另一轮重要的和平谈判。这些谈判似乎非常接近达成和平协议；<sup>36</sup> 然而，谈判又一次失败，<sup>37</sup> 随之而来的是以色列国内的政治变化，政府对此类协议不再持如此开放的态度。

32. 尽管谈判的尝试不时地继续进行，包括联合国和国际社会其他成员支持采取了努力，<sup>38</sup> 但迄今为止，以巴冲突仍未得到最终的谈判解决。尽管如此，安全理事会在2008年宣布支持双方继续谈判，并“支持双方为双边谈判进程商定的原则以及为实现缔结和平条约解决所有未决问题的目标而作出的坚定努力”。<sup>39</sup> 2016年，安全理事会第2334号决议回顾了双方的义务，“呼吁所有各方为促进和平与安全，继续做出集体努力，就最终地位问题启动可信的谈判”，并“敦促……加紧和加快国际上和该地区旨在从速实现中东全面、公正、持久和平的一切外交努力”。<sup>40</sup>

33. 同样，大会在其关于以巴冲突的决议中经常回顾《奥斯陆协定》和四方路线图。例如，大会：

“再次呼吁根据包括安全理事会第2334(2016)号决议在内的联合国相关决议、马德里框架(包括土地换和平原则)、阿拉伯和平倡议和四方路线图，毫不拖延地在中东实现全面、公正、持久和平，并结束以色列在1967年开始的占领，包括对东耶路撒冷的占领，并在这方面重申根据国际法，坚定不移地支持以色列和巴勒斯坦在1967年前边界的基础上并在公认边界内和平、安全、毗邻共处的两国解决方案”。<sup>41</sup>

34. 最后，法院本身以前也承认有关各方继续谈判的重要性，认为这是实现中东持久和平与安全的唯一可行手段。法院在其关于“在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果”的《咨询意见》中解释说：

“1947年通过大会第181(II)号决议和终止对巴勒斯坦的委任统治以来，在前委任统治领土上发生了一连串的武装冲突、无差别的暴力行为和镇压措施。法院强调，以色列和巴勒斯坦都有义务严格遵守国际人道法规则，其首要宗旨之一是保护平民生命。各方都采取了非法行动和单方面决定，而法院认为，只有诚意执行安全理事会所有相关决议，特别是第242(1967)和338(1973)号决议，才能结束这

<sup>34</sup> 安全理事会2003年11月19日第1515号决议。

<sup>35</sup> 同上。

<sup>36</sup> 例如见 Gordon Brown: “In 2008, we were inches from peace in the Middle East. I believe it’s still within our grasp”, *The Guardian*, 9 January 2024, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2024/jan/09/israel-palestine-gaza-peace-plan>.

<sup>37</sup> 有报道称，以色列总理埃胡德·奥尔默特向巴勒斯坦权力机构主席阿巴斯提出了一项和平协议，但遭到拒绝。例如见 *Jerusalem Post*, “Revealed: Olmert’s 2008 peace offer to Palestinians”, <https://www.jpost.com/diplomacy-and-politics/details-of-olmerts-peace-offer-to-palestinians-exposed-314261>.

<sup>38</sup> 见 *Vox*, “The many, many times Israelis and Palestinians tried to make peace and failed”, 22 November 2023, <https://www.vox.com/world-politics/2023/11/22/23971375/israel-palestine-peace-talks-deal-timeline>.

<sup>39</sup> 安全理事会2008年12月16日第1850号决议。

<sup>40</sup> 安全理事会2016年12月23日第2334号决议。

<sup>41</sup> 见大会2022年12月6日第77/25号决议；大会2021年12月1日第76/10号决议；大会2020年12月2日第75/22号决议。

一悲惨局面。安全理事会第 1515 (2003)号决议批准的“路线图”是为此启动谈判的最新努力。法院认为，它有责任提请本意见所针对的大会注意，需要鼓励这些努力，以期在国际法的基础上，尽快通过谈判解决悬而未决的问题，并建立一个巴勒斯坦国，与以色列和其他邻国毗邻共存，为该区域所有人带来和平与安全。”<sup>42</sup> [原文无着重标示。]

35. 从上述历史可以看出，联合国有关机构一直设想在以色列和巴勒斯坦代表之间诚意谈判的基础上永久解决以巴冲突，努力实现公正和可持续的两国解决方案。不能从外部强加解决办法，更不能通过司法解决。在评估大会目前提出的咨询意见请求时，必须铭记这一背景。

### C. 大会征求咨询意见

36. 2022 年 12 月 30 日，联合国大会通过第 77/247 号决议，请法院根据《法院规约》第六十五条，就下列问题发表咨询意见：

“(a) 以色列持续侵犯巴勒斯坦人民的自决权，对自 1967 年以来占领的巴勒斯坦领土实行长期占领、定居点做法和兼并，包括旨在改变圣城耶路撒冷人口组成、性质和地位的措施，并通过了相关歧视性立法和措施，这一切产生了什么法律后果？

(b) 上文提到的以色列政策和做法如何影响占领的法律地位，以及这种地位对所有国家和联合国产生了什么法律后果？”

37. 2023 年 5 月 31 日和 2023 年 6 月 22 日，联合国秘书长通过法律顾问的信，向书记官处转递了一份可能有助于澄清根据《法院规约》第六十五条第二款提出的问题的文件卷宗。<sup>43</sup> 57 个国家和国际组织根据《法院规约》第六十六条第四项提交了书面陈述。<sup>44</sup> 此外，15 名与会者就提交的书面陈述提交了书面意见。<sup>45</sup> 第 77/247 号决议被批评为只得到大会 87 个会员国的支持，其余 106 个会员国弃权或投票反对该决议，或者干脆在表决时缺席。有人对这一请求提出了进一步的批评，一些人认为这是受挫的大会企图接手主要负责国际和平与安全的安全理事会的作用。然而，联合国的主要司法机构不应该关心联合国其他机构之间的内部关系。法院只需确定本请求是根据《联合国宪章》的规定，特别是第九十六条以及《法院规约》第六十五条提出的。

<sup>42</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 200-201 页，第 162 段。

<sup>43</sup> 依照《规约》第六十五条第二款提交的文件卷宗。

<sup>44</sup> 土耳其、纳米比亚、卢森堡、加拿大、孟加拉国、约旦、智利、列支敦士登、黎巴嫩、挪威、以色列、阿尔及利亚、阿拉伯国家联盟、阿拉伯叙利亚共和国、巴勒斯坦、伊斯兰合作组织、埃及、圭亚那、日本、沙特阿拉伯、卡塔尔、瑞士、西班牙、俄罗斯联邦、意大利、也门、马尔代夫、阿拉伯联合酋长国、阿曼、非洲联盟、巴基斯坦、南非、大不列颠及北爱尔兰联合王国、匈牙利、巴西、法国、科威特、美利坚合众国、中国、冈比亚、爱尔兰、伯利兹、玻利维亚、古巴、毛里求斯、摩洛哥、捷克、马来西亚、哥伦比亚、印度尼西亚、危地马拉、瑙鲁、吉布提、多哥、斐济、塞内加尔和赞比亚。

<sup>45</sup> 约旦、伊斯兰合作组织、卡塔尔、伯利兹、孟加拉国、巴勒斯坦、美利坚合众国、印度尼西亚、智利、阿拉伯国家联盟、埃及、阿尔及利亚、危地马拉、纳米比亚和巴基斯坦。

## 四. 管辖权和酌处权

### A. 管辖权

38. 《法院规约》第六十五条第一项授权法院“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”，发表咨询意见。《联合国宪章》第九十六条规定，“大会或安全理事会对于任何法律问题得请国际法院发表咨询意见”。法院以前还指出，所请求的问题应在“请求机关的工作范围内”，<sup>46</sup> 而且“法院须确信，请求发表咨询意见的机关或机构有权提出这一请求”。<sup>47</sup>

39. 虽然《联合国宪章》赋予安全理事会维护国际和平与安全的首要责任，<sup>48</sup> 但本咨询意见请求是由大会在题为“以色列侵犯被占领土巴勒斯坦人民和其他阿拉伯人各项权利的行为和定居点活动”的议程项目下授权提出的。<sup>49</sup> 法院此前曾确认，大会自 1947 年建议巴勒斯坦分治计划以来一直参与处理以色列-巴勒斯坦问题。<sup>50</sup> 由于联合国“对巴勒斯坦问题担负永久责任，直到这个问题解决为止”，<sup>51</sup> 因此，大会在请求发表本咨询意见时所提出的问题确实属于大会维护国际和平与安全的工作范围。因此，我同意法院有权就本案发表咨询意见，并据此对执行部分第 285 段第(1)分段投了赞成票。

### B. 司法酌处权以及发表咨询意见的不当之处

40. 在咨询管辖权已经确立的情况下，法院保留在有“迫不得已的理由”时拒绝发表意见的酌处权。<sup>52</sup> 法院必须对照这些迫不得已的理由，“确信……其行使司法职能的适当性”。<sup>53</sup> 因此，虽然“原则上不应拒绝答复咨询意见请求”，<sup>54</sup> 但保留是否发表咨询意见的酌处权“是为了保护法院作为联合国主要司法机关的司法职能的完整性”。<sup>55</sup> 正如比尔根塔尔法官在隔离墙案的意见中援引法院在西撒哈拉案中的表述，在确定是否行使其对咨询意见请求采取行动的酌处权时，关键在于“法院是否掌握了足够的资料和证据，使其能够就任何有争议的事实问题得出司法结论，而法院必须确定这些问题，才能以符合其司法性质的方式发表意见”。<sup>56</sup>

41. 我对执行部分第 285 段第 2 分段投了反对票，因为我认为，在本案中，法院有迫不得已的理由拒绝发表所请求的咨询意见。这些理由如下：

<sup>46</sup> 申请复核联合国行政法庭第 273 号判决，咨询意见，《1982 年国际法院案例汇编》，第 333-334 页，第 21 段。

<sup>47</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 145 页，第 15 段。

<sup>48</sup> 《联合国宪章》第二十四条。

<sup>49</sup> 大会，第七十七届会议，以色列侵犯被占领土巴勒斯坦人民和其他阿拉伯人各项权利的行为和定居点活动，2022 年 12 月 30 日。

<sup>50</sup> 大会，就巴勒斯坦问题特设委员会报告通过的决议，1947 年 11 月 29 日；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 188-189 页，第 129 段。

<sup>51</sup> 大会，第七十七届会议，以色列侵犯被占领土巴勒斯坦人民和其他阿拉伯人各项权利的行为和定居点活动，2022 年 12 月 30 日。

<sup>52</sup> 西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 20 页，第 19 段。

<sup>53</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 157 页，第 45 段。

<sup>54</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见，《1951 年国际法院案例汇编》，第 19 页。

<sup>55</sup> 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019 年国际法院案例汇编(一)》，第 113 页，第 64 段。

<sup>56</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，比尔根塔尔法官的声明，第 240 页，第 1 段，其中援引西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 28-29 页，第 46 段。

## 1. 法院掌握的资料不足

42. 我认为，法院没有掌握准确、平衡和可靠的信息，无法以符合其司法性质的方式就有争议的事实问题明智地作出公正结论。<sup>57</sup> 由于第 77/247 号决议所提问题表述片面，加上这些程序的许多参与方在陈述中言辞片面，其中一些参与方甚至不承认以色列国的存在或合法性，法院没有掌握就这些问题发表平衡意见所需的准确可靠的资料。遗憾的是，这些咨询程序的大多数参与方向法院提交了片面的叙述，其中没有考虑到冲突的复杂性，歪曲了冲突的法律、文化、历史和政治背景。大会要求法院仅审查“以色列的政策和做法”，从而将巴勒斯坦阿拉伯人及其代表(包括非国家行为体)的政策和做法以及与巴勒斯坦阿拉伯人彼此利益交织的中东其他阿拉伯国家的政策和做法排除在法院的权限之外。正如本反对意见第二部分(以巴冲突的历史背景)所指出，这些其他各国在寻找中东和平持久解决办法的努力的成败方面历来发挥重要作用，或是促成以色列与阿拉伯巴勒斯坦人代表(如巴勒斯坦解放组织(巴解组织))之间的和平协定，或是支持或参与对以色列的数场战争，包括干脆呼吁消灭以色列。由于缺乏有关以色列敌对方政策和做法的信息，法院对以色列-巴勒斯坦冲突背后的各种复杂问题的意见是有限的，而且正如人们所担心的那样，法院将义务强加给以色列，却无视以色列的合理安全关切和以色列的阿拉伯邻国的义务。恕我直言，这种做法可能会加剧而不是缓和中东的紧张局势。在本反对意见第六部分，我进一步强调了法院在得出《咨询意见》所载结论之前本可以而且应当考虑和仔细研究的一些重要的国际法原则和主张。

## 2. 《咨询意见》规避了现有的国际谈判框架

43. 《咨询意见》显然规避并有可能破坏本反对意见第三部分提到的国际认可和具有法律约束力的解决以色列-巴勒斯坦冲突的现有谈判框架。法院在《咨询意见》中只提及争端一方的法律义务，而忽视《奥斯陆协定》和《路线图》所设想的双方的权利和义务，而这两份文书都排除了诉诸国际法院的可能性，法院此举显然规避了现有谈判框架。安全理事会这个联合国对国际和平与安全负有首要责任的机构并未请求法院就以色列-巴勒斯坦冲突发表咨询意见，也就不足为奇了。该机构认为，通过现有谈判框架解决所涉及的复杂问题，比在框架外强加解决方案更为有效。就在 2023 年 3 月 19 日，以色列和巴勒斯坦在埃及沙姆沙伊赫与其他有关各方举行了会晤，重申各自“对双方以往达成的所有协定的坚定承诺”，并“通过直接对话解决所有未决问题”。<sup>58</sup> 同样，尽管彼时第 77/247 号决议已获通过，但没有提到任何形式的司法介入。

44. 正如本反对意见第三部分所述，以色列和巴勒斯坦在 1993 年和 1995 年艰难地达成了一系列协定，统称为《奥斯陆协定》，表明双方有意“结束数十年的对抗，在承认彼此合法政治权利的同时，和平共处、相互尊重、安全相处”。<sup>59</sup> 《奥斯陆协定》和《路线图》的要点是共同表现和真诚谈判，最终达成共识。为此，协定双方商定了一系列临时措施，以待通过真诚谈判达成最终协定。商定的临时措施包括：(一) 以色列承认巴解组织为合法的巴勒斯坦权力机构；(二) 以色列军政府及其民政部门将权力和责任移交给巴勒斯坦权力机构，而以色列继续行使未移交的权力和责任；(三) 巴勒斯坦公民将举行自由、直接的普选，选出他们的政治领导人；(四) 西岸被划分为 A、B、C 三个区。巴勒斯坦人将获得对 A 区的专属控制权；以色列将保留对

<sup>57</sup> 西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 28-29 页，第 46 段；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 161 页，第 56 段；1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019 年国际法院案例汇编(一)》，第 103 页，第 7 段。

<sup>58</sup> 2023 年 3 月 19 日，应埃及邀请，以色列、巴勒斯坦、约旦和美国的政治和安全高级官员举行会晤，为以色列和巴勒斯坦人民之间达成和平解决铺路。各方重申致力于促进以色列人和巴勒斯坦人的安全、稳定与和平，承认必须缓和实地局势、防止进一步暴力，必须采取建立信任措施、加强互信、创造政治前景并通过直接对话解决未决问题。  
(<http://il.usembassy.gov/joint-communicue-from-the-march-19-meeting-in-sharm-el-sheikh/>)。

<sup>59</sup> 《以色列-巴勒斯坦关于西岸和加沙地带的临时协定》，1995 年 9 月 28 日，序言。

C 区的专属控制权，B 区将由以色列和巴勒斯坦共同控制；(五) 最后，双方同意进行谈判，以解决余下的问题，包括“巴被占领土上的以色列定居点”、“两国边界”、“耶路撒冷的地位和管理”以及“安全、稳定与和平”问题。<sup>60</sup> 《奥斯陆协定》还包含一个专门的争端解决机制，不允许任何一方单方面诉诸外部、第三方或司法解决。<sup>61</sup> 自 1993 年以来，为落实《奥斯陆协定》作出了一整套详尽的安排。

45. 根据 2003 年和平路线图，

“唯有结束暴力和恐怖主义，巴勒斯坦人民拥有坚决反对恐怖行径、有意愿并有能力建立基于宽容和自由的实践中的民主的领导层，以色列愿意为建立一个民主的巴勒斯坦国采取必要行动，双方明确、毫不含糊地接受谈判解决的目标，才能实现以色列-巴勒斯坦冲突的两国解决方案”。<sup>62</sup>

### 3. 《咨询意见》规避了国家同意原则

46. 拒绝发表《咨询意见》的另一个原因是，在当事一方没有提出全面论据的情况下，避免对以色列和巴勒斯坦人民之间本质上属于双边争端的问题作出裁决。在西撒哈拉案中，法院裁定，如果咨询意见“会导致规避一国没有义务在未经其同意的情况下将其争端提交司法解决的原则”，法院将拒绝发表咨询意见。<sup>63</sup> 同样，在东卡累利阿案中，国际联盟就俄罗斯在东卡累利阿自治问题上对芬兰的条约义务征求常设国际法院的意见。此前，俄罗斯拒绝将这一争端提交国联的请求。<sup>64</sup> 常设国际法院裁定，“回答这个问题实质上等同于裁定当事方之间的争端”，<sup>65</sup> 因此拒绝发表意见。该案的决定因素是，俄罗斯并非国际联盟的成员国，因此并未同意常设国际法院行使咨询管辖权。<sup>66</sup> 常设国际法院还承认该案的“特殊情况”，<sup>67</sup> 这限制了其适用范围。

47. 在本案中，许多参与方提到了阿拉伯巴勒斯坦人所主张的某些权利的普遍适用(和可能的强行法)性质，并提到这些权利“关系到国际社会”全体，因此改变了以色列和巴勒斯坦之间争端的性质，使其不再是双边争端。我不敢苟同。正如我在上文指出，以色列-巴勒斯坦冲突以及随之而来的所有复杂问题，在历史上和本质上都是一个双边争端，双方都同意采用另一种争端解决方式，即国际谈判，而不是司法或第三方解决。提交给法院的问题并未要求法院就与占领或自决相关的法律笼统地发表意见：法院的《咨询意见》显然需要考虑以色列和巴勒斯坦之间长达数十年的冲突的历史背景，包括联合国各机关为解决这一冲突而制定的框架。以色列显然不同意法院就所涉复杂问题发表意见。在这方面，以色列参与有关《灭绝种族罪公约》的适用和解释的诉讼案件，<sup>68</sup> 绝不能被混淆为或被误认为是以色列同意司法解决本意见中概述的各种复杂问题。同样，许多参与方就法院应该或不应该如何回答其面前的问题发表了意见，但它们都不是冲突当事方，而另一些参与方则出于其他既得利益，希望看到以某种方式解决这一问题。尤其令人关切的是当前以色列与哈马斯之间的加沙战争问题，许多参与方在书面陈述或意见中就该问题发表了看法，而该问

<sup>60</sup> 《关于临时自治安排的原则声明》，1993 年，第一和五条。

<sup>61</sup> 同上，第二十一条。

<sup>62</sup> 基于表现的以色列-巴勒斯坦冲突永久性两国解决方案路线图(<https://peacemaker.un.org/israel-palestine-roadmap2003>)。

<sup>63</sup> 西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 25 页，第 33 段。

<sup>64</sup> 东卡累利阿地位，咨询意见，《1923 年常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 5 号，第 24 页。

<sup>65</sup> 同上，第 28-29 页。

<sup>66</sup> 西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 28 页，第 46 段。

<sup>67</sup> 东卡累利阿地位，咨询意见，《1923 年常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 5 号，第 28 页。

<sup>68</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》在加沙地带的适用(南非诉以色列)。

题显然是法院正在审理的两起诉讼案件中的在审问题。法院若要保持其司法廉正，就需要审慎避免《咨询意见》涉及其他案件中的在审问题。

48. 基于上述原因，我强烈认为，法院本应拒绝就本案发表《咨询意见》。相反，应鼓励冲突双方以色列和巴勒斯坦回到谈判桌前，以协商一致方式共同找到持久解决办法。联合国和整个国际社会应尽竭尽全力支持此类谈判。遗憾的是，《咨询意见》淡化了谈判框架的重要性，包括联合国和国际社会在这方面的作用。

## 五. 《咨询意见》的缺陷

49. 法院根据大会提出的问题以及提交法院的各种陈述和意见，确定了以色列与占领有关的政策和做法，认为这些政策和做法是非法的，势必会给以色列、其他国家和联合国带来法律后果。除了对《咨询意见》投反对票外，我还想就请求中提出的问题以及法院对这些问题的答复谈谈看法，重点谈谈这些答复的局限性。

### A. 回答问题 1

50. 鉴于这些法律主张得到广泛国际支持，和预想一样，法院多数法官接受了大会提交法院的第一个问题的法律前提或假定，即：(a) 以色列 1967 年以来的占领，包括定居点做法以及兼并巴勒斯坦被占领土，本身是非法的；(b) 以色列对“持续侵犯……巴勒斯坦人民的自决权”负有责任；(c) 以色列的政策和做法蓄意且必然“旨在改变……耶路撒冷人口组成、性质和地位”；(d) 以色列的做法和政策本质上具有歧视性，违反了国际人道法和国际人权法的重要规则。

51. 因此，不出所料，《咨询意见》认为以色列对巴被占领土的占领本身是非法的，其某些特征，包括长期占领，不符合国际法，《咨询意见》认为这与阿拉伯巴勒斯坦人的自决权相抵触。《咨询意见》还认为，以色列的定居点政策和相关措施导致巴被占领土上发生了被禁止的人口变化，因此根据国际法是非法的。《咨询意见》还裁定，以色列的行为属于事实上或法律上的兼并，违反了禁止以武力获取领土的规定。对第一个问题的回答，即使是基于片面的叙述，也不大会让大会感到意外，特别是因为法院在过往的咨询意见，包括隔离墙案意见、纳米比亚案意见和查戈斯群岛案意见中已经宣布了许多适用的法律。这是一个简单明了的数学问题。当法院试图用片面叙述提供的有限信息回答第二个问题，即“……以色列政策和做法如何影响占领的法律地位，以及这种地位对所有国家和联合国产生了什么法律后果？”，真正的挑战出现了。

### B. 回答问题 2

52. 和预想的一样，法院根据大多数参与方的意见，在将以色列在争议领土的存在定性为非法占领之后，得出结论认为，根据国际法，以色列有义务结束其非法政策和做法，以实现巴勒斯坦的自决权。同样，这不足为奇，也无甚新鲜，因为法院在隔离墙案意见中也有类似表述。此外，从法院收到的有限资料来看，我认为，即使是以色列也不否认巴勒斯坦人民拥有自决权这一事实。从法律和实践的角度来看，更大的挑战在于法院如何确定更复杂和细微的问题，如独立的巴勒斯坦国的领土范围、以色列结束“非法占领”的时间表和进程，包括在不损害其自身安全需求的情况下撤出争议领土。

### C. 需要认真考虑的问题

53. 在这部分意见中，我对我认为法院在《咨询意见》中没有充分考虑的一些问题表达了疑虑。

## 1. 结束以色列占领的时间表不确定且不切实际

54. 大多数参与方提议的时间表以及法院所述的“尽快结束以色列在巴勒斯坦被占领土的非法存在”是不确定且不切实际的。<sup>69</sup> 巴勒斯坦和大多数参与方都呼吁“立即、全面和无条件”结束以色列的非法占领，而《咨询意见》中的措辞，以及完全没有任何针对以色列安全关切的评论，与大多数国家的要求具有同等效果。此外，这显然违背了以色列和巴勒斯坦过往达成的协议，包括在《奥斯陆协定》下达成的协议，实际上也违背了安全理事会第 242 和 338 号决议核准的内容。在目前情况下，将以色列武装部队和平民定居点立即、全面和无条件地撤出，根本行不通。这种果断的措辞在纳米比亚案意见中可能是适当的，但有别于该案，以色列-巴勒斯坦冲突的复杂性不太容易采用如此笼统的表述。这是因为以色列在西岸和耶路撒冷的继续存在(以及最近在加沙的存在)部分前提是真正的安全关切、双方在两国边界问题上的分歧以及实地的既成事实。这些问题将使以色列立即单方面撤出几乎不可能。

55. 更重要的是，法院本应设想并向大会、安全理事会和第三国建议一个将上述国际谈判框架纳入“以色列撤出”的进程。例如，可以建议在联合国监督下，通过双边或多边谈判确定以色列撤出的时间表和方式。这是法院在加布奇科沃-大毛罗斯案中采取的办法，法院在该案中指出，直接当事方“必须根据当时的形势，本着诚意进行谈判”；又比如在隔离墙案意见中，法院指出，“联合国、特别是大会和安全理事会，应考虑需要采取哪些进一步行动，以结束这种非法状况”。

## 2. 《咨询意见》忽视了以色列的合理安全关切和对有效安全保证的需求

56. 法院忽略的另一个重要因素，也是以色列-巴勒斯坦冲突与其他要求“立即、全面和无条件结束”殖民或占领或到期法定委任统治的国际局势的区别，是来自争议领土以及来自周边和更远地区敌对方的对犹太人和以色列国构成的生存和安全威胁。不可否认，有些国家和非国家行为体公开表示希望看到以色列国不仅从巴被占领土撤出，而且从地球上消失，包括从以色列自己的领土上消失。以色列的敌对方一次又一次地在以色列境内对以色列发动突袭，不仅仅是为了报复以色列对巴勒斯坦领土的占领。事实上，以色列与阿拉伯邻国之间的许多战争都是以色列先发制人发动的，为的是消除来自巴被占领土或更远地区的敌人的关乎存亡的直接军事威胁。这方面的例子包括 1967 年战争和六日战争，最近的例子是当前的加沙战争。正如本意见前文指出，时至今日，安全理事会已经认识到以色列的合理安全关切，呼吁在撤出的同时获得有效安全保证，这反映在第 242 (1967) 和 338 (1973) 号决议以及其他决议中。

57. 从巴勒斯坦领土撤出的同时应获得有效安全保证，这一实际要求也是《奥斯陆协定》和以色列与巴解组织之间签署的临时协定的核心内容，这些协定促成了巴勒斯坦权力机构的成立，以色列将部分巴被占领土的治理权移交给了该机构。<sup>70</sup> 事实上，正是由于巴勒斯坦方面未能提供有效安全保证，以色列不愿继续从被占领土撤出，导致奥斯陆进程失败。当时，以色列没有获得安全保证，反而在 1994-1997 年和 2000-2006 年期间遭遇来自巴被占领土的自杀式爆炸袭击，导致撤出放缓并最终停止。相反，2005 年是以色列唯一一次单方面撤出加沙地带而没有坚持要求同时获得安全保证，结果以色列承受了灾难性的后果。

58. 《咨询意见》尤其没有考虑到西岸紧张的安全局势，这种局势使得以色列部队实际上不可能单方面撤出被占领土，而不为仍将处在巴勒斯坦控制下的数百名以色列公民或定居者(包括那些早在 1948 年前便拥有有效的私人土地所有权的人)确立安全保证。如果以色列单方面撤出争议领土将导致权力真空，而权力真空将像加沙地带那样由哈马斯或其他力图摧毁以色列的极端主义团体填补，那么对于任何留下来的以色

<sup>69</sup> 见执行部分第 285(4)段。

<sup>70</sup> 1995 年《临时协定》，第十条。

列公民来说，局势都可能变得危险动荡。鉴于上述情况，法院在就本案发表《咨询意见》时，选择忽视并低估了以色列安全关切的合理性，令人遗憾。

### 3. 需要平衡相互竞争的主权主张

59. 另一个与分析以色列政策和做法非法性所造成的法律后果有关的复杂问题是，以色列对国际社会视为巴被占领土的部分领土有自己的主权主张，<sup>71</sup>而大多数参与方并未关注这个问题。虽然国际社会似乎已就应在以色列 1967 年边界基础上实施两国解决方案的提议达成了广泛共识，但这种政治共识本身并不能赋予根据国际法并不存在的领土所有权，也不能取消合法存在的领土所有权。例如，要确定主权，可能需要确认 1948 年以前以犹太人为主的地区(如耶路撒冷旧城犹太区或古什埃齐翁)，将其与以色列单方面撤出的其他地区(如加沙地带)区别对待。要求以色列“立即、全面和无条件”撤出，就等于否认以色列对这些领土上的部分地区的合法主张。

60. 为了确定相互竞争的主权主张，法院需要将重点从审查“以色列在巴被占领土上的政策和做法”转向审查以色列和巴勒斯坦对巴被占领土不同部分相互竞争的主权主张，尽管这些事项并未在这些程序中得到充分论证。显然，这些问题十分复杂，理应通过谈判而非司法手段来解决。这也是第 242 号决议呼吁达成一项最终“终止一切主张”并承认“安全及公认之疆界”的协定的另一个原因。这也是《奥斯陆协定》设想就边界问题进行最终地位谈判的原因。在这方面，以色列的占领不同于非殖民化(第 1514 号决议所涉)或国际联盟委任统治终止(如 1971 年纳米比亚案意见所述)的情况，在这两种情况下，占领国对有关领土的任何部分都没有可信的主权主张。它也不同于查戈斯群岛案意见，在查戈斯群岛案意见中，相互竞争的主权主张背后的法律争端相对简单，并在法院得到了适当的论证。

### 4. 补救或赔偿问题

61. 最后，我严重怀疑将 1928 年霍茹夫工厂案的“赔偿”原则(作为一种补救办法，“必须尽可能消除[指称的]非法行为的所有后果，并恢复若未实施该行为本来极可能存在的状况”)适用于《咨询意见》中确定的以色列违反国际法的所有行为，是否适当。在这种情况下，各方显然都难辞其咎，不仅是以色列，还有阿拉伯巴勒斯坦人(因为之前的和谈失败，以及诉诸战争)，在某种程度上还有国际社会，花了如此长的时间才找到以色列-巴勒斯坦冲突的持久解决办法。两国和平共处的解决方案从来就不是掌握在一方或另一方手中。以色列单方面撤出巴被占领土(而不是从地球上消失)并不会给中东带来亟需的和平。这就引出了一个问题：以色列究竟应该承担多少责任并为此作出赔偿？

62. 此外，在大多数乃至所有非殖民化或国际联盟或联合国委任统治终止的情况下，占领国或殖民国数十年来掠夺被占领土或殖民地的自然和矿产资源并从中受益，而这些领土的人民在实现自决后并未获得任何损失赔偿，更不用说恢复原状了！中东这部分地区的情况有所不同，因为正如历史背景所表明，以色列并非殖民者。最初对巴勒斯坦实行委任统治的是英国，而以色列国根据依法保有原则继承了整片争议领土，是唯一作为独立国家出现的国家。我认为，在未首先确定和平衡有关各方相互竞争的主权和领土主张的情况下，建议采用《咨询意见》中提到的赔偿方式是不切实际和过于简单化的。面对类似的情况，欧洲人权法院在 2010 年涉及北塞浦路斯的 *Demopoulos* 案中提出如下意见，我同意该意见适用于本案：

“法院发现，它所审理的案件具有政治、历史和事实上的复杂性，这些复杂性源于一个问题，而这一问题本应由肩负寻找政治层面解决方案全责的各方来解决。法院在解释和适用《公约》时，必须

<sup>71</sup> 大会第 77/126 号决议。

考虑到这一现实以及时间的推移和更广泛的政治争端的持续演变，而《公约》若要连贯且有意义，就不能一成不变，也不能无视具体的事实情况”。<sup>72</sup>

## 六. 《咨询意见》无视国际法中的重要法律原则和主张

63. 恕我直言，多数法官在发表《咨询意见》时采取的方法存在根本缺陷，并未考虑到国际法中有关以色列-巴勒斯坦问题的重要法律原则和主张。法院对以色列 1967 年夺回的领土的地位的分析以及对这些领土地位的任何法律宣告，本应遵循以下国际法原则。

### A. 各国主权平等

64. 《联合国宪章》第二条第一项体现了如下理念，即联合国所有会员国，不论其大小、人口、经济实力或军事实力，在国际法面前一律平等。<sup>73</sup> 主权平等原则要求国际法在所有国家和情况下得到一致适用。然而，国际法在以色列-巴勒斯坦冲突中的适用似乎偏离了这一标准。例如，将 1967 年后在包括东耶路撒冷在内的领土上兴建的以色列定居点定性为非法和严重违反国际法，或声称 1967 年 6 月 4 日的边界是以色列的事实边界，或规定强制性的两国解决方案——这些解释并未统一适用于其他被视为“被占领”的地区，例如俄罗斯占领的克里米亚、摩洛哥占领的西撒哈拉或土耳其占领的北塞浦路斯。以色列同任何其他国家一样，有权在国际法面前受到平等对待。因此，必须客观地制定和适用国际法规则和原则，确保对所有国家一视同仁，不加歧视。如上所述，大会提出的问题以及《咨询意见》的整体方法是片面和有失平衡的，忽视或淡化了以色列现有的领土和主权权利。

### B. 法律规则必须明确区分法律和政策

65. 并非所有国际规范表述都具有约束性法律的性质。但《咨询意见》却将其中引用的所有联合国决议视为产生了具有约束力的法律义务，这未必正确。例如，联合国大会或安全理事会的法律意见不会自动成为国际法。只有当它们代表广泛的国家实践，且人们普遍认为这些实践是法律所要求的(法律确信)，它们才能作为习惯国际法的证据。同时，国际法律框架也承认不具有法律效力且不强加任何法律义务的政策声明。联合国大会和安全理事会提及以色列-巴勒斯坦冲突的许多决议都是不具约束力的政策声明的例子。第 242 号决议是安全理事会针对 1967 年 6 月以色列-阿拉伯六日战争提出的不具约束力的建议。该决议强调谈判的必要性，并为各方谈判提出了指导方针。另一个例子是大会第 194 (1948)号决议，该决议为主张巴勒斯坦难民享有“返回权”提供了依据。该决议并没有为以色列规定具有约束力的义务，不过是就 1947-1949 年以色列-巴勒斯坦冲突造成的难民阐述了政策。同样，关于两国解决方案是实现公正、持久和全面和平的强制或必要条件的声明或推论，是另一种不具约束力的政策声明。

### C. 在解决国家间争端之前须征得国家同意

66. 作为国际法的一项基本原则，联合国机构(包括主要司法机关)在调解国家之间或国家与非国家实体之间的争端时，必须征得当事国的明确同意。联合国主要根据国家主权原则行事，通常不能在未经当事国同意的情况下强制执行决议。然而，正如上文所述，《咨询意见》规避了国家同意，对明显属于联合国和双边谈判框架管辖的事项给出了司法意见。

<sup>72</sup> *Demopolous et al. versus Turkey*, Decision 1.3.2010 GC.

<sup>73</sup> 国际法院将这一原则描述为“国际法律秩序的基本原则之一”，应“与如下原则一并考虑，即各国对其领土拥有主权，继而对该领土内的事件和人员拥有管辖权”。国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加)，判决，《2012 年国际法院案例汇编(一)》，第 123-124 页，见第 57 段。

#### D. 边界、主权和领土主张的确切范围无法假定

67. 以色列自 1967 年以来据称占领某些巴勒斯坦领土、兼并外国领土或侵犯巴勒斯坦人民自决权的问题，在未首先确定以色列国领土范围(即边界)之前都无法回答，而法院尚未收到关于这一关键问题的论据或证据。边界，亦即以以色列和巴勒斯坦的领土主权，是另一个敏感领域，法院不能仅凭支持巴勒斯坦的国家集团陈述中的片面言辞就妄加评判。

68. 大会第 77/247 号决议所载问题基于某些假设，即：(1) 约旦和埃及占领期间控制的位于 1949 年停战线内的所有领土自动成为巴勒斯坦的主权领土，因此不属于以色列；(2) 以色列在西岸、加沙地带和耶路撒冷的存在没有任何法律依据；(3) 以色列在这些地区的存在侵犯了巴勒斯坦人的权利；(4) 这片领土是“巴勒斯坦的”；(5) 以色列的政策和做法具有兼并性质，且必然“旨在改变……耶路撒冷人口组成、性质和地位”。虽然第 77/247 号决议的措辞将这些假设描述为已经成立，但我不确定这些问题是否像看上去那样简单明了。因此，法院有义务对这些假设进行剖析、检验和验证，以确定是否应行使管辖权，并最终发表所请求的意见。至少，法院需要审查和评估有关 1949 年停战线是否是安全理事会第 242 和 338 号决议所指的“安全边界”的证据。而这反过来又需要审查以色列所面临的来自巴被占领土和更广泛区域的威胁。就向法院提出的问题而言，确定领土主权至关重要，因为如果不澄清冲突双方各自的主张，就无法回答巴勒斯坦自决主张的领土范围问题，也无法回答以色列从被视为被占领的领土撤出的问题。此外，法院还需要确定巴勒斯坦人主张主权的领土，以及巴勒斯坦是否曾在不同场合提出过不同的主张。遗憾的是，法院显然不假思索地采纳了上述假定，却没有处理上述任何问题，而且坦率地说，它甚至没有掌握足够的资料来作出有根据的猜测。

69. 大会第 77/247 号决议将西岸、耶路撒冷东部和加沙地带称为“巴勒斯坦领土”。该决议似乎假定该地区的主权完全属于巴勒斯坦人民。它无视以色列国和犹太人可能对其中一些地区提出的任何潜在主张。一个多世纪以来，无论从法律还是从事实来看，西岸(实际上还有加沙地带)的主权归属一直是，而且继续处于不确定或搁置状态。自第一次世界大战结束以来，这一直是国际法下的法律立场，当时土耳其(作为奥斯曼帝国的继承国)放弃了其目前边界以外地区的主权。此后，没有任何具有法律效力的协定、文书、判决、意见或事件改变过这一地位，这一点在有关各方之间的协定，特别是以色列和巴勒斯坦当局之间的协定中得到反映和明确说明。根据这些协定，这些地区的最终处置问题只能通过谈判决定。在此之前，双方已就临时安排达成一致，这些安排时至今日仍适用并规范双方之间的法律关系。下面我就这些复杂的问题提出几点看法。

#### E. 依法保有和以色列独立前夕的边界

70. 根据国际法，确定具有法律效力的边界需要遵循若干原则，包括有效控制、历史性所有权和条约。依法保有<sup>74</sup>是习惯国际法的主要原则之一，旨在确保非殖民化或委任统治(如英国委任统治下的巴勒斯坦)结束后出现的国家的领土划界的稳定性、确定性和连续性。实际上，依法保有原则将新国家诞生时即已存在的殖民和行政边界转变为国家边界。该原则适用于“独立时”的国家现状，即当时领土状况的“照片”。正如法院在布基纳法索/马里共和国案中解释的那样，该原则确保：

<sup>74</sup> 依法保有原则规定，新成立的主权国家应维持其前身附属地区在获得独立前的内部边界，其目的是通过维持边界现状来维护新国家的领土完整，从而防止边界争端可能引发的冲突。该原则还涉及通过消除外国势力可能主张的任何有争议的无主地(无人区)来防止外国干涉。巴丹泰仲裁委员会在南斯拉夫解体期间专门针对克罗地亚、塞尔维亚和波斯尼亚和黑塞哥维那之间的边界性质适用了这一原则。从本质上讲，依法保有在领土从殖民统治向独立过渡期间起到稳定因素的作用，确保新国家的边界基于历史行政边界得到承认，而不是重新划定，后者可能导致进一步的争端和不稳定。

“通过独立，新国家获得殖民国家[行政边界]留给它的领土基础和边界，从而获得主权……[依法保有原则]适用于[独立时]的国家现状，即当时领土状况的‘照片’。[依法]保有原则冻结了领土所有权；它使时钟停止”。<sup>75</sup>

71. 法院还在陆地、岛屿和海上边界争端案(萨尔瓦多/洪都拉斯：尼加拉瓜参加)中指出，依法保有是一项“追溯性原则，将原本用于其他目的的行政界限视为国际边界”。<sup>76</sup> 在适用该原则时，人们不会询问拍摄“照片”时的法律是否将行政边界视为国际边界。事实上，很明显，在拍摄“照片”时，并不指望将这些边界线作为国际边界。因此，例如在布基纳法索案中，法院不必询问，在实现非殖民化那一刻，依法保有是否是具有约束力的国际法规则。对法院来说，在法院解决边界争端时，依法保有是具有约束力的国际法规则就足够了。

72. 如上所述，当英国于 1947 年终止对巴勒斯坦委任统治剩余部分的管理时，<sup>77</sup> 根据依法保有原则，巴勒斯坦委任统治 1948 年 5 月 14 日的行政边界即成为独立的以色列国(英国撤出时从委任统治下的巴勒斯坦独立出来的唯一国家)的边界。<sup>78</sup> 这些边界如下：(1) 西面以地中海为界。(2) 委任统治的东部边界是约旦河，以及从死海(约旦河流入死海)向南延伸至亚喀巴附近红海的一条线，将巴勒斯坦与外约旦隔开。(3) 北面是与法国对叙利亚和黎巴嫩的委任统治的边界，该边界是在 1920 年 12 月 23 日的《波莱-纽科姆协定》中商定的。(4) 南面是与埃及的边界，沿内盖夫沙漠延伸。这些边界一直维持到 1948 年 5 月 15 日英国委任统治结束以及随后以色列国宣布独立(见图 2)。

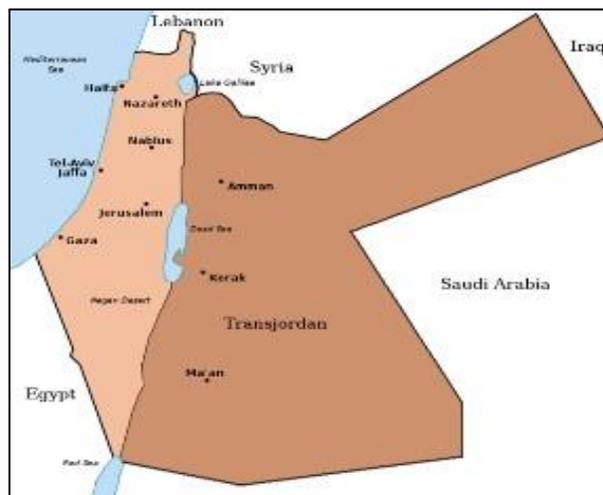


图 2

73. 因此，以色列的独立似乎完全符合触发依法保有原则的情形。适用这一规则似乎表明，除非以色列与其相关邻国另有约定，否则以色列的边界就是其之前的巴勒斯坦委任统治的边界。事实上，以色列迄今与邻国——埃及和约旦——签订的和平条约似乎也印证了这一点。这些条约批准了以色列与其邻国之间

<sup>75</sup> 边界争端案(布基纳法索/马里共和国)，判决，《1986年国际法院案例汇编》，第 568 页，第 30 段。

<sup>76</sup> 陆地、岛屿和海上边界争端(萨尔瓦多/洪都拉斯：尼加拉瓜参加)，判决，《1992年国际法院案例汇编》，第 388 页，第 43 段。

<sup>77</sup> 巴勒斯坦委任统治地最初包括外约旦领土，但该领土经国际联盟批准，于 1922 年在行政上与委任统治地分离，并于 1946 年从英国获得独立。

<sup>78</sup> 见第二部分，“英国委任统治下巴勒斯坦的出现”。

的边界，明确以英国对巴勒斯坦的委任统治的边界为基础。同样，在 2000 年划定以色列与黎巴嫩之间的所谓“蓝线”时，联合国秘书长依据的是英国对巴勒斯坦的委任统治的边界。<sup>79</sup> 鉴于巴勒斯坦委任统治的边界位置，对以色列适用依法保有原则将意味着以色列对耶路撒冷、西岸和加沙的所有争议地区拥有领土主权，但以色列自独立以来自愿放弃的主权除外。这一结论与广泛支持的立场相反，即国际法赋予以色列对这些地区的主权主张很少或根本没有。<sup>80</sup>

#### F. 联合国分治计划、1948 年独立战争及以色列停战线

74. 在英国撤出前夕，即 5 月 14 日，犹太当局宣布犹太国在巴勒斯坦独立，国名为以色列。<sup>81</sup> 另一方面，当地的阿拉伯当局虽然拒绝犹太国，但并未宣布或采取其他方式在巴勒斯坦建立一个阿拉伯国家。以色列宣布独立后，1948 年阿以战争<sup>82</sup> 随即爆发，五个反对在该地区建立犹太国的阿拉伯国家(包括 1946 年从英国获得独立的约旦，以及埃及、伊拉克、黎巴嫩和叙利亚)，入侵了新独立的国家。这场战争于 1948 年底结束，以色列控制了巴勒斯坦委任统治地约四分之三的领土。其余领土被叙利亚、埃及和约旦征服。埃及通过军事管理统治其征服的巴勒斯坦部分(加沙地带)。约旦占领了部分领土，即后来的西岸，而埃及则占领了加沙。耶路撒冷被一分为二，西边由以色列部队占领，东边由约旦部队占领，同时，外约旦和叙利亚则将各自征服的地区视为下辖区的一部分。没有其他阿拉伯国家声称对该地区拥有主权。叙利亚、<sup>83</sup> 埃及<sup>84</sup> 和约旦<sup>85</sup> 均与以色列签署了停战协定，划定了以色列控制的领土与阿拉伯国家征服的土地之间的界线。然而，停战协定明确规定，停战线不是边界，各方仍保留对领土主权的主张。<sup>86</sup> 此后不久，征服了巴勒斯坦部分地区的阿拉伯国家对其占领的地区实行军事管理。<sup>87</sup> 9 月，由于担心委任统治下的巴勒斯坦的部分地区被外约旦兼并，埃及倡议成立“全巴勒斯坦”阿拉伯政府，该政府于 10 月 1 日宣布全巴勒斯坦为独立的阿拉伯国家。虽然有六个阿拉伯国家承认巴勒斯坦的新“政府”，但该政府从未在任何地方行使过任何权力，并悄然退居至开罗默默无闻的办公室里，然后解散。<sup>88</sup>

<sup>79</sup> 见联合国秘书长，《秘书长关于安全理事会第 425 (1978) 号和第 426 (1978) 号决议执行情况的报告》，第 6 段，注 1，联合国 S/2000/590 号文件(2000 年 6 月 16 日)(“如我在 5 月 22 日的报告中指出，以色列同黎巴嫩之间的国际边界是按照 1923 年法、英两国间题为‘叙利亚同巴勒斯坦间从地中海至 EL Hamme 的边界线’的协定确定的，1949 年 3 月 23 日签署的‘以色列—黎巴嫩停火总协定’再次肯定了该边界。”)。

<sup>80</sup> 例如见美国总统巴拉克·奥巴马，总统关于中东和北非的讲话(2011 年 5 月 11 日)，<https://www.whitehouse.gov/the-pressoffice/2011/05/19/remarks-president-middle-east-and-north-africa>；联合王国首相戴维·卡梅伦和巴勒斯坦总统马哈茂德·阿巴斯的新闻发布会(2014 年 3 月 13 日)，<https://www.gov.uk/government/speeches/pressconference-in-jerusalem>。

<sup>81</sup> 《以色列国建国宣言》(1948 年 5 月 14 日)。

<sup>82</sup> 这场战争在以色列被称为独立战争。

<sup>83</sup> 见《以色列和叙利亚停战协定》，以色列-叙利亚，1949 年 7 月 20 日，联合国 S/1353 号文件。

<sup>84</sup> 《埃及和以色列全面停战协定》，埃及-以色列，1949 年 12 月 13 日，联合国 S/1264/Rev.1 号文件。

<sup>85</sup> 见《约旦哈希姆王国和以色列停战协定》，以色列-约旦，1949 年 4 月 3 日，联合国 S/1302 号文件。

<sup>86</sup> 具体而言，《以色列和外约旦停战协定》第二条第 2 款规定，“本协定中任何条款均不得以任何方式损害本协定任何一方在最终和平解决巴勒斯坦问题方面的权利、主张和立场”。第六条第 9 款规定，“本协定第五条和第六条规定的停战分界线是双方商定的，不妨碍今后的领土解决办法或边界线，也不妨碍任何一方与此相关的主张”。

<sup>87</sup> 同上。

<sup>88</sup> Avi Shlaim, “The Rise and Fall of the All-Palestine Government in Gaza”, 20 *J. Palestine Stud.* 37, 37-53 (1990).

75. 以色列与最后一个邻国黎巴嫩签署了第四份停战协定。<sup>89</sup> 由于黎巴嫩未能成功征服和占领巴勒斯坦委任统治地的任何领土，与黎巴嫩的停战线与委任统治的先前边界重合。尽管如此，该停战线有一个有趣的特点。同以色列与其他邻国的停战线一样，与黎巴嫩的停战线是作为军事分界线确立的，不妨碍双方对领土主权的主张。<sup>90</sup>

1949年联合国停战线



图 3

76. 这些停战线于 1949 年确定，1949 年至 1967 年期间因军事分界线的微小调整而有所修改，通常被称为“1967 年边界”。<sup>91</sup> 事实上，《咨询意见》建议以色列根据“1967 年边界”撤出争议领土。然而，暗示 1949 年停战线即成为以色列的合法国际边界，很难与依法保有原则相吻合。赋予这些分界线国际边界的地位，就等于认可了 1967 年外国对犹太人和主权国家以色列国的领土完整使用侵略性武力，这违反了国际法禁止使用武力获取领土的规定。如前所述，在第一次阿以战争期间，埃及控制了加沙地带，而约旦和伊拉克军队占领了犹地亚、撒马利亚和东耶路撒冷(后改称西岸)。约旦随后非法兼并了犹地亚和撒马利亚。这一所谓的兼并只得到另外三个国家的正式承认，<sup>92</sup> 但遭到阿拉伯联盟的反对。约旦对“西岸”的占领和随后的兼并显然违反了国际法，约旦对该地区的控制是通过侵略行为以武力获得的，因此不影响以色列独立时对争议领土的主权权利。这就是为什么上述停战线并不等同于合法的领土边界。

77. 因此，虽然已经投入了相当大的努力来制定和推进改变犹太国以色列和设想中毗邻的阿拉伯国的边界的提案(两国解决方案)，但迄今为止，这些努力都没有成功落实。由此看来，依法保有要求承认以色列的边界与 1948 年委任统治的边界重合，而不是“1967 年边界”，除非且直至冲突当事方另有协议。

<sup>89</sup> 见《黎巴嫩-以色列全面停战协定》，以色列-黎巴嫩，1949 年 3 月 23 日，联合国 S/1296/Rev.1 号文件。

<sup>90</sup> 同上，第二至三、五条。

<sup>91</sup> 例如见 Ethan Bronner, “Netanyahu Responds Icily to Obama Remarks”, *New York Times*, 19 May 2011, at A9; Tim Lister, “Maps, Land and History: Why 1967 Still Matters”, *CNN*, 24 May 2011, at IV.

<sup>92</sup> 联合王国、伊拉克和巴基斯坦。

### G. 以色列在构成前委任统治下的巴勒斯坦的领土上的定居权利

78. 边界，亦即以以色列和巴勒斯坦的领土主权，是另一个敏感领域，法院不能仅凭支持巴勒斯坦的国家集团陈述中的片面言辞就妄加评判。大会的问题要求法院作出一些带有偏见的假设或假定，包括：(a) 以色列 1967 年以来的占领，包括定居点做法以及兼并巴勒斯坦被占领土，是非法的；(b) “以色列持续侵犯巴勒斯坦人民自决权”；(c) 以色列的政策和做法必然“旨在改变……耶路撒冷人口组成、性质和地位”；(d) 在巴被占领土上的“以色列立法和政策的歧视性”。这些问题要求法院预先假定，约旦和埃及占领期间控制的位于 1949 年停战线内的所有领土自动成为巴勒斯坦的主权领土，因此不属于以色列。我不确定这个问题是否像看起来那样简单。至少，法院需要审查和评估有关 1949 年停战线是否是安全理事会第 242 和 338 号决议所指的“安全边界”的证据。而这反过来又需要审查以色列所面临的来自巴被占领土和更广泛区域的威胁。就向法院提出的问题而言，确定领土主权至关重要，因为如果不澄清冲突双方各自的主张，就无法回答巴勒斯坦自决主张的领土范围问题，也无法回答以色列从被视为被占领的领土撤出的问题。此外，法院还需要确定巴勒斯坦人主张主权的领土，以及巴勒斯坦是否曾在不同场合提出过不同的主张。《咨询意见》没有处理上述任何问题，而且坦率地说，它甚至没有掌握足够的资料来作出有根据的猜测。

79. 正如本反对意见前面提到的，由主要盟国在第一次世界大战后于 1920 年制定并于 1922 年经国际联盟批准的《巴勒斯坦委任统治书》主要是为了重建“巴勒斯坦的犹太人家园”。据此，犹太人获得了在巴勒斯坦定居的某些权利，其中不仅包括现在有争议的加沙地带、“西岸”和西耶路撒冷，还包括外约旦。尽管《委任统治书》赋予的权利的确切性质一直备受讨论，但《委任统治书》的措辞表明，就当时被称为“巴勒斯坦”的领土而言，犹太人是这些权利的主要受益者。通过将《鲍尔弗宣言》纳入《委任统治书》的序言（“英王陛下政府赞同地看待在巴勒斯坦建立一个犹太人的民族家园，并将尽其最大努力提供便利以谋这一目的早日达成，但要清楚地了解，不得作出任何事情，损害目前在巴勒斯坦非犹太人的公民和宗教权利或损害犹太人在任何其他国家享有的权利和政治地位”），《委任统治书》明确确认了犹太人在委任统治领土（或至少在英国将 70% 的委任统治领土移交给约旦后余下的那部分领土上）定居、自决和和平生活的权利。除了将外约旦分离出来以外，《巴勒斯坦委任统治书》没有规定任何其他分治。有人认为，生活在委任统治地内的巴勒斯坦阿拉伯人也曾经并继续拥有自决权。然而，委任统治的创始文件（包括大会第 181 (1947) 号决议）对生活于委任统治领土内的巴勒斯坦阿拉伯人的自决问题只字未提，暗示他们的自决问题被视为需要谈判和彼此商定的“内部自决”问题。<sup>93</sup> 尽管如此，多个民族在某一特定领土上的自决权不应影响依法保有原则的适用。<sup>94</sup>

### H. 阿拉伯-巴勒斯坦人的自决权

80. 毫无疑问，自决权是一项普遍适用的权利，巴勒斯坦人民有权享有这项权利，但在目前情况下，这一问题引发了领土边界问题以及未来独立的巴勒斯坦国和以色列国毗邻共存的安全保障问题。这些问题，包括拟议的两国边界、领土不可侵犯性和双方人民的合理安全关切，都没有在《咨询意见》中得到处理。要求法院审查一方的政策和做法，而忽视另一方或阿拉伯邻国等有关第三国的政策和做法，并要求法院确定以色列政策和做法的法律后果，将使法院无法提出符合其司法职能和性质的平衡意见。冲突双方通过在现有谈判框架内进行真诚谈判并执行安全理事会现有决议，共同达成的协商一致的解决办法，才是切实可行的解决办法。

<sup>93</sup> 内部自决是指一国人民在不受外来干涉的情况下进行自治的权利。这是一项促进主权国家内少数群体的民主自由和自治的原则。这一概念不同于外部自决，后者涉及人民决定自己的政治地位和可能组建独立国家的权利。

<sup>94</sup> 边界争端(布基纳法索/马里共和国)，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 566 页。

81. 可以说，国际法支持阿拉伯-巴勒斯坦人的自决权，但选择何种方式实现这一权利则由有关各方(包括目前根据依法保有对争议领土主张主权的以色列国)商定。正如安全理事会第 242 和 338 号决议所反映的那样，国际法不允许自决与现有主权国家的主权权利相冲突，包括与其领土安全和完整、政治独立和可防卫边界的权利相冲突。如果根据依法保有原则，《巴勒斯坦委任统治书》所涵盖的所有领土在 1948 年 5 月即成为以色列的主权领土，那么巴勒斯坦的自决就必然是与这一主权不冲突的自治形式。

82. 鉴于上述情况，任何关于以色列据称占领或兼并巴勒斯坦领土或据称损害阿拉伯-巴勒斯坦人自决权的讨论，如果未能考虑上述历史事实和习惯国际法原则，都是片面的、不平衡的，不太可能帮助大会和安全理事会找到以色列-巴勒斯坦冲突的永久解决方案。

### I. 对以色列撤出争议领土及其安全的关切

83. 虽然大会提出的问题旨在促使法院建议“立即结束以色列的占领”和“立即无条件撤出”巴被占领土，但以色列结束占领和撤出巴被占领土的问题更为微妙。这需要评估双方在《奥斯陆协定》下的法律权利和义务，这些权利和义务得到安全理事会第 242 和 338 号决议的认可。如上所述，这两项决议确认，结束以色列的占领须满足两个相互依存的条件，即一方面“以色列撤出其于冲突所占领之领土”，另一方面“巴勒斯坦承认以色列之主权、领土完整以及在安全及公认之疆界内和平生存、不受威胁及武力行为之权利”。<sup>95</sup>换言之，以色列和巴勒斯坦需要同步行动，保障必要条件，以便以色列从阿拉伯被占领土撤出，并由巴勒斯坦提供保证和条件，使以色列在撤出时感到安全。

84. 一份平衡的咨询意见必然需要审查这两个条件，特别是考虑到哈马斯 2023 年 10 月 7 日对以色列发动的最新袭击以及随后发生的加沙战争，该事项正在由法院进行争端诉讼审理。<sup>96</sup>显然，执行部分第 4 分段中的咨询意见着眼于以色列迅速撤出巴被占领土的义务，而完全忽视了以色列及其公民，包括定居者的安全关切。

### J. 对西岸、加沙和西耶路撒冷滥用交战占领法

85. 反映习惯国际法的《海牙章程》的第四十二条规定，<sup>97</sup>“领土如被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。占领只延及已经建立且能够行使占领权力的领土”。<sup>98</sup>根据《日内瓦第四公约》，世界上有许多可被视为“被占领”领土的例子，包括西撒哈拉、北塞浦路斯、阿布哈兹、东乌克兰和克里米亚。然而，国家实践对这些例子中的占领并没有像对巴勒斯坦那样持批评态度。

### K. 通过合法使用武力(自卫)进行的占领并非非法

86. 安全理事会的惯例并不支持“‘非法占领’的概念可扩大到合法使用武力导致的占领”的观点。<sup>99</sup>鉴于以色列 1967 年占领有关领土的情形，有此惯例应当足矣。尽管大会针对以色列占领阿拉伯领土问题的

<sup>95</sup> 安全理事会 1967 年 11 月 22 日第 242 号决议。

<sup>96</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》在加沙地带的适用(南非诉以色列)，2023 年 12 月 29 日提交国际法院。

<sup>97</sup> 《关于陆战法规和惯例的海牙(第四)公约》所附条例，第四十三条，海牙，1907 年 10 月 18 日，36 Stat. 2295, 205 Consol. TS 277 (以下简称“《海牙(第四)公约》”)。

<sup>98</sup> 同上，第四十二条。另见刚果境内的武装活动(刚果民主共和国诉乌干达)，判决，《2005 年国际法院案例汇编》，第 229-302 页。

<sup>99</sup> A. Zmach, “Can Occupation Resulting from a War of Self-Defense Become Illegal?” (2015), *Minnesota Journal of International Law*, 316 (hereinafter “Zmach”), 第 327 页，就以色列-巴勒斯坦冲突援引安全理事会第 242 (1967)号决议、安全理事会第 252 号决议、安全理事会第 478 号决议、安全理事会第 497 (1981)号决议。

多项决议称占领为“非法”，但查阅表决记录后发现，没有一个西方民主国家支持这些声称以色列占领行为非法的决议。<sup>100</sup>

87. 从历史上看，以色列是出于对一群阿拉伯国家意图消灭犹太国的明确而现实的威胁的回应，而在1967年6月控制了争议领土(即西岸、加沙地带和耶路撒冷)。当时，以色列对这些领土的控制合法性普遍没有受到质疑，因为人们认为以色列是在合法行使自卫权的框架内这样做的。虽然国际社会最终制定了解决这场战争的框架(上文讨论的联合国安全理事会第242和338号决议)，但当时没有人质疑以色列在此类决议通过之前对这些领土的控制是非法的。因此，在谈判解决之前，很难确定在历史上哪个时刻，以色列在争议领土的存在和控制成为多数人认为的非法占领。

#### L. 合法占领不会因为时间的推移而变成非法

88. 国家实践和法律确信并不支持存在这样的习惯国际法规则，即合法建立的占领随后可能因时间的推移而变成非法。在2004年隔离墙案的《咨询意见》中，法院认定以色列对若干违反交战占领法的行为负有责任，但没有将以色列的占领定性为“非法”，也没有对以色列在西岸存在的合法性发表意见。是否以及如何限制占领期限的问题，特别是针对阿以局势，是《附加议定书》起草过程中的一个焦点。虽然《第一附加议定书》没有规定占领期限，但它没有采用第6条第(3)款的办法。相反，起草者纳入了第3条(b)款，该款规定，适用公约和议定书，直至“军事行动全面结束时，在被占领土内，则于占领终止时”。根据评注，有人认为该条款将取代第6条第(3)款。《海牙章程》和《日内瓦第四公约》都有限制占领期限，也没有要求占领者在签署和平条约之前将领土归还主权国。罗莎琳·希金斯法官也同样指出，“无论是[联合国]《宪章》还是一般国际法，都没有任何规定会让人认为在缔结和平条约之前进行的军事占领是非法的”。<sup>101</sup>毋庸置疑，以色列在争议领土上的继续存在在很大程度上是出于真正的安全关切，以及以色列对这些领土的主权主张，而这些只能通过谈判解决。

#### M. 以色列在争议领土上的定居点符合《委任统治书》第六条

89. 认为以色列在争议领土上建立定居点是非法的，相当于非法“兼并”的观点完全基于《日内瓦第四公约》第四十九条第六款，其中规定“占领国不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土”。法院没有收到任何有力证据证明，1967年以来迁入争议地区的任何以色列公民(可能以色列国防军成员除外)是在以色列政府的强迫或胁迫下迁入的。这些地区的一些居民很可能拥有早于1967年的合法地契。将东耶路撒冷和西岸的所有定居点都贴上“非法”标签，是对《日内瓦第四公约》第四十九条第六款的精神和文字的歪曲。此外，这种观点与《巴勒斯坦委任统治书》第六条相悖，该条鼓励在委任统治地各地建立犹太人定居点，根据以色列依照依法保有原则提出的主权主张，这种观点是完全不适用的。

#### N. 谈判框架而不是单方面承认巴勒斯坦 仍然是永久解决以色列-巴勒斯坦冲突的唯一途径

90. 如前所述，以色列和阿拉伯-巴勒斯坦代表选择根据《奥斯陆协定》规定的条款和条件谈判巴勒斯坦自治或自决的条件，这些文书仍然有效和具有约束力，尽管其实际执行和影响受到持续不断的战争、巴勒斯坦领导人的更迭和其他政治事态发展的严重阻碍。数十年的僵局不应只归咎于以色列，以色列的敌对方针对该国发动的无数战争和袭击就说明了这一点。最终地位问题，包括未来巴勒斯坦国的永久边界、耶

<sup>100</sup> 同上，第327-332页。

<sup>101</sup> R. Higgins, “The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council”, 64 *Am. J. Int'l L.* 1, 8 (1970).

路撒冷的行政管理和难民的回返，都是冲突当事方同意通过谈判决定的问题。在一个主权国家领土内寻求或获得对巴勒斯坦建国或独立的单方面认可，违反《奥斯陆协定》，只会加剧冲突。

91. 根据《奥斯陆协定》将争议领土划分为 A、B 和 C 区的复杂安排，可以说导致了 1967 年后领土上的特殊法律制度(特别法)。《奥斯陆协定》作为国际法文书，规定了一系列复杂的共同权利和义务，限制了一般法律原则的适用。《奥斯陆第二协定》禁止双方“在永久地位谈判取得结果之前采取任何步骤改变包括东耶路撒冷和加沙地带在内的西岸地位。这些领土的未来地位以及独立或自治的巴勒斯坦实体的性质只能通过真诚谈判来解决，并且需要平衡各种不同的利益。

## 七. 结论

92. 基于上述原因，我认为，法院本应拒绝就本案发表《咨询意见》。相反，应鼓励冲突双方以色列和巴勒斯坦回到谈判桌前，共同找到持久的解决方案。联合国和整个国际社会应支持双方这样做。法院在发表《咨询意见》时，本应谨慎维护其司法性质和司法廉正，确保将需要通过谈判解决的微妙且更为复杂的问题留给以色列-巴勒斯坦冲突双方已经商定的谈判框架。

朱莉娅·塞布廷德(签名)

[原件：英文]

## 通卡法官的声明

[英文原本]

1. 在与亚伯拉罕法官和奥雷斯库法官共同签署联合意见后，我想补充几点意见。

2. 在联合王国告知打算将巴勒斯坦的委任统治权移交本组织之后，联合国大会自活动伊始就将其请求提供咨询意见的事项列入议程。根据 1947 年 5 月设立的巴勒斯坦问题特别委员会的建议，大会于 1947 年 11 月 29 日通过第 181 (II) 号决议，其中提出一项分治计划，设想建立两个独立国家：一个阿拉伯国家，一个犹太国家，并促请巴勒斯坦居民采取必要步骤实施这一计划。虽然犹太人民欢迎该计划，并于 1948 年 5 月 14 日宣布其国家以色列国独立，但巴勒斯坦的阿拉伯居民和阿拉伯国家拒绝了该计划。相反，五个阿拉伯国家对新生的以色列国发动了武装进攻。

3. 阿拉伯领导人主张将整个巴勒斯坦领土建成一个阿拉伯国家，拒绝分治。而如果他们接受分治，并按照计划的设想宣布在这些领土上建立一个独立的阿拉伯国家，那么自那时起困扰该地区的悲剧本可以避免，因为巴勒斯坦的阿拉伯居民本可以行使自决权，建立自己的国家。

4. 现在看来，反而是以色列或者至少是以色列国内重要的政治圈，希望至少将巴勒斯坦领土的主要部分(即使不是全部)作为本国领土。以色列总理等领导人的各种声明，以及以色列在西岸包括东耶路撒冷持续推行的定居点政策，都表明了这一点。自 1967 年武装冲突(“六日战争”)后不久，以色列就一直奉行这一政策，尽管以色列知道在被占领土建立定居点并向那里迁移人口的做法会违反《日内瓦第四公约》第四十九条第 6 段。<sup>102</sup> 自那时起，以色列强化了在西岸扩建定居点的政策，尽管它在《奥斯陆第二协定》中承诺不进行此类活动。我完全同意法院的观点，即这些定居点是非法的，应被视为继 1980 年在法律上兼并东耶路撒冷后，对西岸部分地区实施兼并的一种努力。

5. 安全理事会在第 478 (1980) 号决议中正确地确认，以色列改变或旨在改变耶路撒冷性质和地位的一切立法和行政措施及行动，特别是关于耶路撒冷的“基本法”，均属无效，必须立即撤销。

6. 我认为，法院没有明确区分无效性与责任，无效性对相关行为产生影响，使其失去国际法效力，而责任则对实施无效行为的国家产生影响。<sup>103</sup>

相关行为并不影响关于占领的法律制度，以色列作为占领国仍然受其国际法义务的约束。

7. 然而，当法院认为以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在(换言之，以色列的占领)本身就是非法的，这就走得太远了。

不法性取决于建立占领的方式。这必须根据使用武力的规则来确定。“占领”一词描述的是一种被国际法赋予某些法律后果的事实情况。根据习惯国际法，如 1907 年《海牙第四公约》<sup>104</sup> 所附《关于陆战法规

<sup>102</sup> 1967 年 9 月 18 日，以色列外交部法律顾问以“绝密”文件形式向总理政治秘书兼总理办公室主任提交了一份意见书，并由后者转交给司法部长，其中明确提出了这一警告。意见摘录见 Gershon Gorenberg, *The Accidental Empire: Israel and the Birth of the Settlements, 1967-1977* (New York, 2006), p. 9。

<sup>103</sup> 关于这一点，见 Joe Verhoeven, “Les nullités du droit des gens”, in Prosper Weil (ed.), *Droit International I* (Paris, Pedone, 1981), pp. 102-105。

<sup>104</sup> 海牙和平会议通过的 1899 年《关于陆战法规和习惯的海牙第二公约》所附条例中也有同样的规定。

和习惯的章程》第四十二条显示的那样，当某一领土实际置于敌对军队权力之下时，该领土即被视为被占领。法院未被要求也没有能力确定以色列在 1967 年诉诸武力导致西岸(包括东耶路撒冷)和加沙地带被占领的行为是否非法。尽管如此，法院认为，以色列随后采取的某些行动“使”以色列在巴勒斯坦被占领土的存在“成为”非法(《咨询意见》，第 261 段)，这种说法似乎暗示，占领是由一种并不违法的行为所造成。

8. 尽管我不同意法院的观点，即以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是非法的，但我同意，所有国家都有义务不承认因以色列在该领土的存在而造成的局势，不为以色列维持这一局势而提供援助或协助。我持这一立场的主要原因是，我认为各国不应协助以色列兼并巴勒斯坦被占领土的主要部分并将其作为自己的领土。相反，各国应在力所能及的范围内提供援助，以实现中东和平的总体目标，即实现以色列国和巴勒斯坦国在国际公认的边界内和平、安全地毗邻共存这一目标。

出于同样原因，我也支持这样一种观点，即联合国，特别是安全理事会和大会，应考虑以何种方式能够尽快结束以色列国在巴勒斯坦被占领土的存在。只有在两国安全都得到保障的情况下，才能做到这一点。我认为，上述目标早就应该实现，而且所有相关行为体都应为此加倍努力。这仍然是联合国尚未履行的历史责任。

彼得·通卡(签名)

---

[原件：英文]

## 通卡法官、亚伯拉罕法官和奥雷斯库法官的联合意见

[英文原本]

《咨询意见》的范围——毫无根据地将加沙列入《咨询意见》的结论。

未能区分占领行为规则和使用武力规则——占领国以色列在巴勒斯坦被占领土的存在是非法的这一结论不正确——以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法对占领的法律地位没有影响——关于兼并(部分)被占领土的结论与占领本身为非法的结论之间缺乏联系——错误地将占领本身认定为不法行为并错误地认定其法律后果——终止兼并是正确的法律后果——一旦不再需要因安全因素而实施占领时就有义务立即结束占领——以色列从巴勒斯坦被占领土撤出必须以保障以色列的安全权利为前提。

没有适当考虑到《奥斯陆协定》和安全理事会的相关决议——无视巴勒斯坦人民的自决权与以色列和巴勒斯坦的安全权之间的密切关系，也无视这一“一揽子方案”与“两国方案”谈判框架之间的密切关系——没有考虑到以色列和巴勒斯坦的安全权。

对被兼并领土的错误认定——只有东耶路撒冷和西岸 C 区定居点被以色列兼并——以色列根据《奥斯陆第二协定》承担不改变西岸地位的义务，因此 C 区内外任何新定居点都不具有合法性。

《咨询意见》没有采取全面、平衡和细致的方法——未能处理巴勒斯坦的责任和义务问题——以色列和巴勒斯坦有义务毫不拖延地恢复直接谈判，以实现“两国解决方案”——未能提请安全理事会和大会注意需要为实现“两国解决方案”加强努力，也没有鼓励所有国家支持以色列、巴勒斯坦和联合国实现这一目标。

### 一. 导言

1. 我们不得不投票反对本咨询意见最后结论(第 285 段)中的某些要点，特别是第 3 点和第 4 点。我们确实不认为“以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是为非法”(第 3 点)，也不认为由于这一没有法律依据的陈述(理由如下文所述)，“以色列有义务尽快结束其在巴勒斯坦被占领土的非法存在”(第 4 点)。

2. 我们完全同意法院在 2004 年发表的隔离墙案《咨询意见》(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 184 页，第 122 段)中已经提出的主张，即巴勒斯坦人民享有自决权。

3. 我们还认为，以色列自 1967 年以来在其所占领土上的许多政策和做法违反了以色列根据国际法应承担的义务。在这方面，我们赞同《咨询意见》第四节提出的大多数意见，法院据此得出结论认为，这些“政策和做法”是非法的。我们尤其赞同法院在 2004 年已提出的观点，即在西岸建立和发展定居点的普遍和系统的做法违反了《日内瓦第四公约》第四十九条(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 184 页，第 120 段)。更广泛地说，我们认为以色列政策的许多方面，特别是过去 20 年的政策，只能被理解为旨在将西岸 C 区的大部分逐步并入以色列自己的领土(此外还有 1980 年对东耶路撒冷的正式兼并)。正如法院 2004 年在修建隔离墙这一更为具体的背景下提出，实现这样的目标“严重妨碍了巴勒斯坦人民行使自决权，因此也违反了以色列尊重这种权利的义务”(同上，第 122 段)。在 2004 年《咨询意见》有限范围内属实的情况，在本咨询意见审议的以色列在巴勒斯坦被占领土的“做法和政策”这一更广泛的范围内则更是如此。

4. 然而，根据严格的法律分析，我们无法得出与法院答复中所作结论相同的结论。

5. 事实上，鉴于以色列作为占领国所应承担的义务，法院不仅首次宣布以色列在其所占领土上的做法为非法，而且还断言以色列在这些领土上的存在本身为非法，因此以色列必须在没有任何事先保障的情况下撤出这些领土，特别是在其安全没有保障的情况下，尽管尊重以色列的安全权是实现持久和平所应考虑的基本要素之一。

我们认为，法院这样做在法律上走入了歧途，得出的结论在法律上也不正确。

我们将在本意见的其余部分更详细地解释我们持有不同意见的理由。

6. 简言之，《咨询意见》没有提供可信理由，说明从以色列在巴勒斯坦被占领土的“做法和政策”在许多情况下为非法这一结论，如何可以合理地得出结论认为以色列在该领土的存在本身就是非法的。我们认为，在这一点上，《咨询意见》的推理缺少一个环节，原因将在下文详述。法院选择以偏颇和片面的方式描述以巴冲突，无视其法律和历史的复杂性。法院对于 1967 年至今安全理事会通过的一系列决议没有给予太多重视，这些决议确立并核准了以两国共存和两国人民和平安全生活的权利为基础的解决冲突的法律框架。而法院要么无视这些决议，要么有选择地解读了这些决议。

7. 此外，我们认为，《咨询意见》得出的结论在法律上并不正确，很大程度上是源于错误理解了以色列和巴勒斯坦代表之间签署的《奥斯陆协定》。如下文所述，这些协定以及安全理事会的相关决议确定了旨在落实“两国解决方案”的和平解决冲突的基本框架。

8. 《咨询意见》的最后结论显然受到法院过去两项咨询意见的启发，这两项意见涉及一国在某一领土上存在而其存在或其主权有争议的情况，即 1971 年关于南非留驻纳米比亚的意见(南非不顾安全理事会第 276 (1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页)，以及 2019 年关于查戈斯群岛的意见(1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019 年国际法院案例汇编(一)》，第 95 页)。

在这两个案件中，法院的结论都是，有关国家在所涉领土上的存在是非法的，必须“立即”(纳米比亚案)或“尽快”(查戈斯群岛案)停止。

9. 我们认为，法院先前审查的两种情况与本案所涉情况完全不同。在本案中，我们处理的既不是一个委任统治国在大会终止委任统治后违反安全理事会宣布此种存在为非法的决定而维持其存在的情况，也不是一个殖民国未能履行其完成非殖民化进程义务的情况，而且也不是与上述情况类似的任何其他情况。

10. 以巴冲突的性质不同。必须以平衡、细致和全面的方式处理这一冲突，而《咨询意见》完全没有体现这一点。数十年来，以色列人民和巴勒斯坦人民一直处于冲突之中，这场冲突涉及许多复杂的法律、政治和历史问题，与 1922 年国际联盟委托联合国管理的巴勒斯坦领土有关。一方权利的行使不能损害另一方的权利。安全理事会历次决议所要求的“两国解决方案”是唯一能够满足以色列和巴勒斯坦双方对安全合理需求的解决方案，下文将对此作出分析。这一解决方案只能在通过谈判达成的全面谅解的基础上产生，而谈判必须考虑到所有相关权利和利益：巴勒斯坦人民的自决权与以色列安全生存的权利并不矛盾，同时巴勒斯坦的安全权也必须得到考虑。必须同时落实自决权和安全权，以实现两国共存的目标，这也将标志着占领国以色列在巴勒斯坦领土上存在的终结。

11. 正如希金斯法官在隔离墙案意见所附个别意见中回顾的那样，在安全理事会的历次决议中，“根本要求始终未变，这就是以色列有存在、被承认、享有安全的权利，巴勒斯坦人民享有领土权利，自决权和建立自己国家的权利”(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，希金斯法官的个别意见，第 211 页，第 18 段)。

我们认为，这一陈述在今天仍然有效。虽然以色列目前的政策(并非始终如一)确实不利于这一结果，但这并不能成为无视该国对其安全合理关切的理由，也不能成为像本咨询意见那样彻底背离安全理事会所述框架的理由。

## 二. 向法院所提问题的时间范围和属地范围

12. 大会向法院提出的问题涉及以色列“自 1967 年以来在巴勒斯坦被占领土”的政策和做法。毫无疑问，按照大会的意图，大会所指巴勒斯坦被占领土包括西岸、东耶路撒冷和加沙地带。此外，问题是用现在起草的。

13. 然而，我们认为，法院应将其咨询意见仅限于西岸，包括东耶路撒冷，而不应将加沙地带纳入法院的分析和结论，原因如下。

14. 2023 年 10 月 7 日，哈马斯从加沙对以色列领土发动致命袭击，以色列随后采取大规模军事行动，此后加沙地带的局势发生了根本变化。

征求咨询意见的请求是在这些事件发生之前提出的，大会无法预见这些事件。由此可以推断，2023 年 10 月 7 日之后的加沙局势不包含在向院所提问题的范围之内。因此，《咨询意见》不对 2023 年 10 月 7 日之后在加沙发生的事件采取任何立场的做法是恰当的。此外，如果法院在本咨询意见中对这一局势表态，就有可能对目前有待法院审理的两个诉讼案件中提出的一些问题作出预先判断。我们认为，作为一般规则，咨询意见不应干涉待决诉讼案件的解决。

15. 关于之前时期的情况，应当指出的是，自 2005 年以来，加沙地带的情况与西岸截然不同。2005 年，以色列从加沙地带领土撤军，拆除了其建立的定居点，同时保持了对空域、海域和陆地边界的控制。以色列军队撤出后不久，哈马斯运动取得了加沙领土的行政控制权。

16. 法院没有掌握证据，使其能够断言以色列在 2005 年撤军后继续控制加沙地带是否以及在多大程度上是出于安全动机，特别是考虑到哈马斯甚至在 2023 年 10 月 7 日之前就针对以色列领土采取军事行动。此外，《咨询意见》中提到的以色列几乎所有的“政策和做法”都是指西岸的局势。

17. 由于收到的资料不足，法院本应得出的结论是，无法就 2023 年 10 月 7 日之前的加沙局势发表适当意见。在这些情况下，我们只能遗憾地指出，《咨询意见》在结论中根本没有对西岸(包括东耶路撒冷)和加沙作出区分，而是将“巴勒斯坦被占领土”作为一个整体讨论，而根据其结论，“以色列在巴勒斯坦被占领土”(其中包括加沙)“的继续存在是非法的”(第 267 段)，而且“以色列有义务尽快结束其在巴勒斯坦被占领土的非法存在”(第 285 段)。

## 三. 占领的合法性问题

18. 《咨询意见》中最令人质疑的一点是，它在处理占领本身的合法性问题时轻描淡写，在没有任何可信法律依据的情况下对这一问题作出了否定回答。

19. 根据《咨询意见》，以色列在西岸建立和发展定居点的政策旨在将这些领土逐步并入以色列国的领土，并显示出兼并的目的，驱使以色列这样作的原因是，“以色列打算在巴勒斯坦被占领土建立永久和不可逆转的存在”(第 252 段)。法院断言，以色列的政策和做法违反了禁止以武力获取领土的规定，侵犯了巴勒斯坦人民的自决权。至此，我们可以认同其推理，没有实质性的反对意见。

20. 但随后的推理突然发生了截然不同的转变。《咨询意见》从上述情况得出的结论是，“以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是非法的”(第 267 段)，而且，这种非法性适用于以色列 1967 年占领的包括加沙

在内的整个领土，对西岸各部分不作任何区分。换言之，根据《咨询意见》，不仅以色列在巴勒斯坦被占领土上的行为是非法的，而且其存在本身也非法，因此占领本身也是非法的。

21. 我们不能同意这种不以任何严肃或合理法律推理为依据的结论。

22. 我们完全赞同“占领国兼并被占领土是非法的”(第 175 段)和“占领在任何情况下都不能作为领土所有权的来源”(第 253 段)的论断。我们和法院大多数法官都认为，以色列的政策在相当长的一段时间内已经背离了如下原则：占领国不得奉行在法律上或事实上将其所占全部或部分领土并入本国领土以扩大其主权的政策。

但是，我们看不出如何能够从认定占领国奉行的兼并政策是非法的，进而断言占领本身也是非法的。然而，《咨询意见》正是如此，甚至没有解释最基本的法律依据。

23. 关于占领行为和占领国义务的规则与关于使用武力及其后果的规则构成两套不同的规则。不论占领的合法性如何，都必须根据第一套规则审查占领国的行为是否以及在多大程度符合在被占领土上的义务。占领本身的合法性问题则必须根据上述第二套规则加以审查。《咨询意见》回顾了这一区别(第 251 段)，但却没有得出正确结论。

24. 以色列奉行逐步兼并巴勒斯坦部分被占领土(即西岸 C 区)的政策，因此未能履行作为占领国所应承担的义务。而以色列违反国际人道法规定的各种具体义务，如违反不将本国人口迁入被占领土或不对被占领土人口采取歧视性措施的义务，也同样属于未履行占领国义务的情况。

25. 然而，不能从上述情况得出结论认为占领本身是非法的，这是一个性质根本不同的问题。《咨询意见》除了笼统含糊的表述外，没有以任何方式证明，从占领国在被占领土的行为违反其义务的结论如何能够突然过渡到占领本身为非法的论断。占领国行为的非法性，即使包括企图兼并被占领土，也不能剥夺占领国的存在所具有的性质：这种存在现在是而且仍然是国际法意义上的占领。至于这一存在是否非法的问题，则属于另一套规则的适用范围，正如我们之前提及而且《咨询意见》本身似乎也承认的那样。

26. 《咨询意见》强调巴勒斯坦人民的自决权及其“不可剥夺”的性质，但这并不能掩盖其推理的错误性质。显然，“不能利用占领使被占领土居民无限期处于停顿和不确定状态，剥夺他们的自决权”(第 257 段)。但这并不支持《咨询意见》得出的占领为非法的结论。侵犯自决权的不是占领本身，而是兼并和与兼并有关的做法。就其本质而言，任何军事占领都会妨碍被占领土居民充分行使自决权。仅仅这一点并不能使占领成为非法。要对长期占领的合法性作出裁决，就必须分析对此目的至关重要的安全考虑因素，但《咨询意见》却几乎完全忽视了这些因素。我们稍后再讨论这一点。

27. 因此，如果“占领的法律地位”包含《咨询意见》所述(第 82 段)以色列作为占领国在被占领土上存在的合法性的话，我们认为，以色列在巴勒斯坦被占领土“的政策和做法”并不影响“占领的法律地位”。因此，对于大会提出的问题(b)，法院本应根据上述内容作出答复。我们认为，这样的答复是法律上唯一正确的答复，本可避免法院就占领本身的合法性采取立场，而大会并没有直接要求法院就这一问题发表意见。我们认为，只要指出这一问题不受有关“政策和做法”的影响就足够了。

28. 我们将对之前的分析作如下补充。

29. 首先，《咨询意见》宣布以色列在包括加沙地带在内的整个巴勒斯坦被占领土的继续存在是非法的。考虑到这一非法性是根据定居点和兼并政策推断得出的(我们认为这是错误的)，前因与后果之间存在不可理解的差异。事实上，以兼并为目标的政策显然涉及西岸 C 区的定居点，而不涉及加沙地带。2005 年，占领

军撤离了加沙地带，并拆除了在那里建立的定居点。《咨询意见》没有提到任何要素可以证明存在兼并加沙地带的意图或政策。因此，我们认为，除了《咨询意见》的推理原则本身存在缺陷之外，它还存在内在不一致的问题。《咨询意见》为支持对整个巴勒斯坦被占领土(包括加沙)的占领已成为非法的结论而提供的唯一理由是，该领土构成一个领土单位，“其完整必须得到尊重”(第 262 段)。这样的理由绝无说服力。巴勒斯坦人民应能在整个巴勒斯坦被占领土上行使自决权，这一主张(本身是正确的)与将占领的“非法性”(如本联合意见所示，这种说法没有任何法律依据)扩展到该领土所有不同部分的推理之间没有任何法律联系。实际上，这种差异只是凸显了整个推理的根本缺陷。

30. 其次，《咨询意见》根据其所采取的立场得出在国际责任方面产生的后果，而如果它对不法行为作出正确的法律分析，则会提出不同的后果。

当占领国事实上/暗中或在法律上/明确兼并被占领土时，就会造成一种非法状况，鉴于其持续性，根据国际责任法，这种状况必须终止。这意味着占领国必须停止兼并，并消除兼并造成所有影响。占领国仍然必须充分履行其在占领法律制度下的义务，而该制度在法律上并未停止适用。

相反，《咨询意见》错误地将不法行为定义为占领本身而不是兼并，并得出结论认为，必须“尽快”停止的是以色列在巴勒斯坦被占领土上的存在本身(第 267 段)。基于错误的前提，《咨询意见》只能得出错误的结论，我们不能赞同这一结论。

可能是为了避免对占领本身成为非法这一结论过于直白的法律批评，《咨询意见》使用的术语是以色列“作为占领国”在巴勒斯坦被占领土的“继续存在”为非法，但这一事实并不能消除该结论的错误性质。“占领”和一国“作为占领国”在其不拥有主权的领土上“继续存在”是完全相同的概念。

31. 第三，鉴于兼并概念在《咨询意见》的推理中发挥核心作用，令人惊讶和遗憾的是，法院没有通过区分所用不同措辞对这一术语作出有意义的澄清。《咨询意见》有时断言以色列采取兼并大片西岸和东耶路撒冷领土的行为(第 173 段)；有时将这种兼并描述为“逐步的”(第 252 段)；有时则利用法律上的兼并和事实上的兼并二者之间的区别。我们认为，后一种区分会造成混淆。这两类兼并都涉及对领土的有效控制，不同之处在于国家表达永久占有领土意图的方式不同。法律上的兼并要求国家正式宣布对其所占领土拥有永久主权。与此相反，事实上的兼并不明确声明对被兼并领土拥有主权，而是根据实地情况推断出行使永久主权的意图。这意味着，从本质上讲，事实上的兼并是一种隐含或非正式的兼并，而不是法律上明确和正式的兼并。但两者都旨在产生法律效力。在本咨询意见中，法院本可对术语作出澄清，特别是因为如果不作澄清，就无法适当界定另一个用语，即“逐步的”或“蚕食式”兼并。遗憾的是，《咨询意见》(第 160 段)没有充分说明这些类型的兼并之间有何区别，而仅指出，法律上的兼并和事实上的兼并都有一个共同目标，即实现对被占领土的永久控制。

32. 最后，我们认为，即使大会就占领的合法性问题征求了法院的意见(事实并非如此)，而且如果法院因此需要处理这一问题，它也不可能得出占领为非法的结论。法院收到的资料和必须适用的法律都不支持这种结论，原因如下。

33. 军事占领局势自始的合法性主要取决于引起占领的军事行动从诉诸战争法的角度看是合法还是非法的问题。但是，法院没有收到足够资料，无法在客观基础上裁定参与 1967 年武装冲突的各方各自的责任。因此，法院无法评估以色列使用武力的合法性，而这是本案所涉占领的直接根源。在冲突爆发前所发生事件的具体背景下评估使用武力的合法性，需要对复杂的事实和法律问题作出裁决。这只能在完整信息和对抗性辩论的基础上进行，而法院既不掌握完整信息，也未进行对抗性辩论。

因此，《咨询意见》不对以色列在1967年使用武力的合法性采取立场是正确的。因此，在本咨询意见中不可能断言占领国自始以来即自1967年6月以来就是非法的。

34. 显然，即使一项占领最初合法，但自某个时点起就不再合法，这并非没有可能。

35. 然而，无论占领持续的时间长短，仅仅是时间流逝并不足以使占领成为非法。显而易见，占领就其性质而言是一种暂时状况，必然会在某一时刻结束。然而，国际法并没有规定任何时限，超过时限，占领就当然成为非法。这完全取决于具体情况。57年的占领期显然异常漫长，历史上几乎没有类似情况。但这还不够：在考虑这一占领期时，还必须考虑到以巴冲突异常复杂的历史和性质，以及解决冲突的多次连续努力，而这些努力的失败不能归咎于单独一方。

36. 事实上，重要的问题是占领国以色列今天能否在没有任何保证的情况下“尽快”完全撤出被占领土，而不使自身安全受到重大威胁。在目前情况下，我们认为很难对这一问题作出肯定答复。以色列完全撤出被占领土和巴勒斯坦人民行使自决权的问题与以色列(和巴勒斯坦)的安全权之间有着内在的联系。 Hamas运动在占领军从当地撤出后不久就控制了加沙地带，随后取得管理权，并将自己定位为巴勒斯坦权力机构的竞争对手，与之争夺整个巴勒斯坦被占领土上巴勒斯坦人的政治领导权，否认以色列国存在的合法性；因此，它反对“两国解决方案”。从这一角度看，“鉴于巴勒斯坦人民的自决权是一项不可剥夺的权利，其存在不能受制于占领国所提出的条件”(第257段)，这一事实不能限制以色列的安全权。这项权利是国家“和平、安全地存在”(见在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(-)》，第183页，第118段)或“生存”(见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编(-)》，第263页，第96段)的基本权利的固有组成部分，换言之，是主权的固有组成部分。

37. 《咨询意见》无视上述所有考虑。它所依据的隐含想法是，以色列并不存在严重的安全关切，或者这种关切即使存在，也无关紧要。我们不同意这种观点。我们丝毫不减轻以色列在目前僵局中的责任，也不否认以色列在巴勒斯坦被占领土上政策的若干方面以及拒绝尊重巴勒斯坦人民权利和巴勒斯坦人权利的做法均为非法，但我们认为，公正的做法是承认以色列面临严重的安全威胁，这些威胁的持续存在可以证明有理由对被占领土保持一定程度的控制，直至获得充分的安全保障，而目前尚且缺乏这种保障。很难想象如何在达成全面解决办法之外提供这种保障，而以色列人和巴勒斯坦人在其冲突历史上确实曾多次寻求全面解决办法。

38. 令人遗憾的是，《咨询意见》非但没有考虑所有当事方的合法权利和利益，反而选择以不完整和片面的方式陈述事实，将以巴冲突与以前要求法院提供意见的两个局势(纳米比亚案和查戈斯群岛案)含蓄地相提并论，但这两个局势与以巴冲突截然不同。

39. 此外，若要充分评估占领的合法性，还应考虑两个基本要素：《奥斯陆协定》和安全理事会从1967年至今通过的相关决议，它们在这方面产生了重大影响。

本意见的下一部分将审查这些文件及其法律后果。

#### 四. 《奥斯陆协定》和安全理事会相关决议的法律影响

40. 我们认为，本咨询意见应当适当考虑到《奥斯陆协定》<sup>105</sup> 和安全理事会相关决议的法律影响。《奥斯陆协定》和安全理事会相关决议的综合法律效力不仅关系到以色列和巴勒斯坦，而且关系到参与中东和平进程的联合国机构和整个国际社会。

41. 事实上，令人震惊的是，《咨询意见》无视这些重要的法律渊源，很有选择地对其进行引用和审议，而且尤其无视这些渊源对于正确分析占领合法性、以巴双方责任义务以及对于未来有效开展谈判的重要法律效力，而谈判的结果应是“两国解决方案”，“即以色列和巴勒斯坦两个民主国家按照国际法和联合国相关决议，在安全、公认边界内毗邻和平共存”（安全理事会第 2735 (2024)号决议，第 6 段）。<sup>106</sup>

42. 实际上，对《奥斯陆协定》和安全理事会相关决议的正确综合解释清楚地表明这些文书的法律效力，而且目前仍然有效。这些法律效力涉及密切关联的两个方面：一方面是“自决权——安全权”一揽子方案(这两项权利在本质上相互关联)，另一方面涉及(1) 占领的合法性问题，以及(2) 在以巴双方商定并得到安全理事会相关决议支持的谈判框架内执行这一揽子方案应采取的方式。当然，这些法律效力既影响到以巴双方在占领合法性问题上的义务，也影响到双方在执行谈判框架内确立的要素方面的义务。

43. 因此，令人遗憾的是，《咨询意见》认为《奥斯陆协定》几乎无关紧要。这种做法是错误的，原因如下。首先，《奥斯陆协定》是关于以巴关系的主要文书，协定进程的许多参与方都强调了协定的重要意义。这些协定并未失效。其次，从法律角度看，两份《奥斯陆协定》，特别是《奥斯陆第二协定》继续适用于巴勒斯坦日常生活的几乎所有方面，其目的是规范以色列和巴勒斯坦之间的多层面关系。尽管其最初目的具有临时性，但却创造了一定的稳定感。这种稳定性建立在一套明确规则的基础上，这或许可以解释为什么双方都没有退出协定。

44. 但最重要的是，1993/1995 年《奥斯陆协定》在以色列和巴勒斯坦之间正式采用了以安全理事会第 242 (1967)和 338 (1973)号决议为基础的“自决权——安全权”一揽子方案，直接影响到结束对巴勒斯坦被占领土的占领所应满足的条件，还影响到最终促成“两国解决方案”的谈判框架，而“两国解决方案”也将标志着占领的结束。事实上，占领的性质是暂时的，一旦不再需要确保占领国的安全，占领国就有义务结束占领。《咨询意见》未能阐明这一推理。

45. 因此，《奥斯陆第一协定》是以色列承认巴勒斯坦人民存在的第一项国际文书(《奥斯陆第一协定》，序言部分)。《协定》还规定承认双方“彼此的合法和政治权利”，“力求在和平共处、相互尊严和安全的情况下生活，实现公平、持久和全面的和平解决”(同上)。《协定》还设想双方在过渡时期进行谈判，“以达成根据安全理事会第 242 (1967)和 338 (1973)号决议的持久解决”。第一条(谈判的目的)重复提及安全理事会的两项决议：

<sup>105</sup> 《奥斯陆第一协定》(《关于临时自治安排的原则声明》，以色列国和巴勒斯坦解放组织(巴解组织)于 1993 年 9 月 13 日在华盛顿特区签署该协定，巴解组织主席、以色列总理和美国总统出席了签字仪式，巴解组织代表、以色列外交部长、美国国务卿和俄罗斯外交部长在协定上签字)和《奥斯陆第二协定》(《以色列-巴勒斯坦关于西岸和加沙地带的临时协定》，以色列和巴解组织于 1995 年 9 月 24 日在埃及西奈半岛塔巴进行草签，以色列总理和巴解组织主席于 1995 年 9 月 28 日在华盛顿特区签署该协定，美国总统以及俄罗斯、埃及、约旦、挪威和欧盟的代表见证了该协定的签署)。

<sup>106</sup> 在参与方的书面和口头发言中，“两国解决方案”至少被提及 204 次，59 位参与方中有 47 位明确提及，大多数参与方(34 位)表示支持通过谈判达成“两国解决方案”。

“双方了解临时安排是整个和平进程的一个组成部分，关于永久地位的谈判将促成执行安全理事会第 242 (1967) 和 338 (1973) 号决议。”(《奥斯陆第一协定》，第一条)

提及这两项决议、特别是第 242 (1967) 号决议具有特别重要的意义，因为该决议提到“在安全及公认之疆界内和平生存、不受威胁及武力行为之权利”。“公认”(疆界)一词应解释为是指永久地位谈判所产生的巴勒斯坦国的领土定义，而“安全”(疆界)一词应解释为是指以色列的安全权和巴勒斯坦国的安全权。

46. 换言之，基于“两国解决方案”的永久和平解决与安全权直接相关：界定两国(包括巴勒斯坦)领土的边界与确保以色列和巴勒斯坦两国的安全相关。《奥斯陆第一协定》第五条(过渡时期和永久地位谈判)也提到了谈判应涉及的重要问题：耶路撒冷、巴勒斯坦难民、定居点、安全安排、边界和其他问题(另见《奥斯陆第一协定商定记录》第四条第(2)款)，从而再次将永久地位的主要要素联系起来，即自决(其实现取决于领土、边界、定居点等问题的谈判结果)和安全。

47. 《奥斯陆第二协定》也包括上述内容，尤其提到各方在和平共存、相互尊重和安全的条件下生活的决心，同时承认彼此的合法和政治权利，还提到以安全理事会第 242 (1967) 和 338 (1973) 号决议为基础达成永久解决，以及上述自决与安全之间的联系。

48. 以色列的安全权还有巴勒斯坦的安全权具有特别重要的意义，是上述一揽子方案的第二个要素，与自决权同为“两国解决方案”的主要要素。遗憾的是，目前的《咨询意见》几乎完全忽视了安全权。

49. 但我们认为，“自决权—安全权”一揽子方案并不专指以色列的安全权。安理会第 242 (1967) 号决议规定，为实现中东地区公正持久的和平，有关各方必须尊重和承认“该地区每一国家之主权、领土完整及政治独立，与其在安全及公认之疆界内和平生存、不受威胁及武力行为的权利”。中东和平进程的成果与该地区所有国家的安全权之间的这种联系至关重要，这种措辞并不局限于决议通过时存在的国家，还包括未来的国家，因此也包括巴勒斯坦国。

50. 安全理事会第 338 (1973) 号决议重申了“全面”执行第 242 (1967) 号决议的义务，此后又多次重申了这一义务。例如，第 1515 (2003) 号决议“赞同四方的《以色列-巴勒斯坦冲突的永久性两国解决办法基于表现的路线图》，并“促请当事各方……根据《路线图》履行义务，实现两国和平、安全地毗邻共存的希望”。该决议采取了平衡兼顾的做法，“再次要求立即停止一切暴力行为，包括一切恐怖主义、挑衅、煽动和破坏行为”，“重申希望见到这个区域里以色列和巴勒斯坦两国在安全和公认的边界内毗邻共存”，从而回顾了“(双方的)自决权—安全权”一揽子方案。2016年12月23日第 2334 (2016) 号决议重申了第 242 (1967)、338 (1973) 号决议和其他决议，并且

“敦促加强和加速国际和区域外交努力并提供支助，以根据联合国有关决议、包括土地换和平原则在内的马德里框架……毫不拖延地实现全面、公正和持久的中东和平”，

最后一项原则是“自决权——安全权”一揽子原则的另一种表述。安全理事会在最近的第 2735 (2024) 号决议中也重申：

“坚定致力于两国解决方案的构想，即以以色列和巴勒斯坦两个民主国家按照国际法和联合国相关决议，在安全、公认边界内毗邻和平共存”，

从而重申了上述一揽子方案。

51. 必须指出，并非只有根据《联合国宪章》第七章通过的决议才具有约束力。正如法院在纳米比亚案《咨询意见》中解释的那样，在就决议的约束效力作出结论之前，需要仔细分析决议的措辞(南非不顾安

全理事会第 276 (1970) 号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果, 咨询意见, 《1971 年国际法院案例汇编》, 第 53 页, 第 114 段)。关于中东和平进程, 安全理事会根据《宪章》第二十四条行使其维护国际和平与安全的首要责任, 通过了许多相关决议, 其中一些已在上文引述。我们认为, 对这些决议的分析表明, 这些决议在此问题上不断重申的原则不仅具有宣言性质, 而且具有强制性和法律约束力。我们感到遗憾的是, 《咨询意见》选择忽视它们的相关性和价值。

52. 但《咨询意见》也遗憾地忽视了法院自己以前在隔离墙案意见中的结论。该意见第 118 段承认自决权与安全权之间固有的相互依存关系: 它实质上提到, 巴勒斯坦人民的存在“已……在 1993 年 9 月 9 日巴勒斯坦解放组织(巴解组织)主席亚西尔·阿拉法特先生与以色列总理伊扎克·拉宾先生的通信中得到了以色列的承认”, 而在同一通信中, “巴解组织主席承认‘以色列国在和平与安全中生存的权利’”, 换言之, 即承认以色列的安全权。隔离墙案意见还在同一段即第 118 段提到《奥斯陆第二协定》中反复提及的关于“合法权利”的规定, “认为这些权利包括自决权”。在隔离墙案意见的另一段(第 162 段)中, 法院还指出, “这一局面只有通过真诚执行安全理事会的所有相关决议, 特别是第 242 (1967) 和 338 (1973) 号决议, 才能结束”, 并提及安全理事会第 1515 (2003) 决议批准的实现“两国解决方案”的“路线图”。这样, 法院也认可了上述安全理事会各项决议确定的谈判框架。

53. 但是, 本咨询意见不仅忽略了隔离墙案意见中的上述内容, 而且也忽略了大会 2022 年 12 月 30 日第 77/247 号决议, 该决议本身包含对本咨询意见所提的要求, 是本咨询意见的法律依据, 而且详细提到了上述一揽子方案和谈判框架。因此, 该决议回顾了“安全理事会各项相关决议, 并强调指出需要执行这些决议”, 还强调指出,

“亟需努力……恢复政治前景, 推动和加速进行有意义的谈判, 以达成一项和平协定, 彻底结束以色列自 1967 年开始的占领和解决所有核心最终地位问题, 无一例外, 从而和平、公正、持久和全面解决巴勒斯坦问题”。

决议还指出,

“需全面遵守在中东和平进程范围内达成的各项以色列-巴勒斯坦协定, 包括沙姆沙伊赫谅解, 并执行四方提出的以色列-巴勒斯坦冲突永久性两国解决方案路线图”。

最后, 第 77/247 号决议还重申“需充分执行安全理事会……第 1860 (2009) 号决议”, 该决议呼吁,

“双方和国际社会再次加紧努力, 根据第 1850 (2008) 号决议中设想的以色列和巴勒斯坦两个民主国家在安全的公认疆界内毗邻和平共存的构想, 实现全面和平”。

54. 本咨询意见还忽视了这样一个事实, 即尽管存在暴力时期, 而且每一方都指控另一方没有遵守承诺, 但以色列和巴勒斯坦双方、大会和安全理事会都没有放弃这样一个核心原则, 即在“土地换和平”原则基础上进行直接谈判是实现全面、公正和持久和平与安全的途径。

55. 另一个相关因素涉及双方在《奥斯陆协定》中就巴勒斯坦被占领土定居点问题达成的谅解的法律影响, 本咨询意见再次忽视了这一问题。《奥斯陆第二协定》中的“定居点”包括“C 区定居点”(《奥斯陆第二协定》, 第十二条第(5)款)。《奥斯陆协定》各方商定, “在关于永久地位的谈判取得结果之前, 任何一方都不得提倡或采取任何步骤, 改变西岸和加沙地带的地位”(《奥斯陆第二协定》, 第三十一条第(7)款)。我们认为, 以色列不改变西岸地位的这一义务意味着, 1995 年(《奥斯陆第二协定》缔结时)之后在 C 区及其以外地区(如有)建立的任何新定居点也违反了该协定。

56. 在对事实和法律两方面的情况进行透彻分析后，我们确信，1995 年后的定居点以及其他措施，如驱逐当地巴勒斯坦居民或对被占领土适用以色列国内立法，都表明以色列打算兼并 C 区这些定居点所在领土，而不是整个西岸。遗憾的是，《咨询意见》没有作出这种必要的区分。

57. 在结束本节之前，我们指出，《咨询意见》没有考虑到《奥斯陆协定》中对于全面分析占领合法性具有重要意义的某些规定。例如，《咨询意见》没有分析《奥斯陆协定》确认的以色列的安全权。《奥斯陆第一协定》商定，“以色列将继续负责抵抗外来威胁，以及负责以色列人的全面安全以保障其内部安全和公共秩序”（《奥斯陆第一协定》，第八条；另见《奥斯陆第一协定商定记录》附件二）。在《奥斯陆第二协定》中，双方同意，除其他外，“采取一切必要措施，以防止对各自、对属于对方管辖下的个人以及对其财产进行的恐怖主义、犯罪和敌对行动，并应对犯罪者采取法律措施”（《奥斯陆第二协定》，第十五条第(1)款）。双方还同意

“采取行动，确保立即、高效和有效地处理任何涉及恐怖主义威胁或行为、暴力或煽动的事件，无论这些事件是由巴勒斯坦人还是以色列人实施。为此，双方将合作交流信息，协调政策和活动。每一方都应立即、有效地应对已发生或预计将发生的恐怖主义、暴力或煽动行为，并采取一切必要措施防止此类事件发生”。（《奥斯陆第二协定》，附件一，第二条第(2)款）

与此同时，《奥斯陆第二协定》第十三条第(2)款(a)项包括一项强调以色列安全权重要性的规定：“在保护以色列人和对抗恐怖主义威胁方面，以色列负有首要的安全责任”。

58. 当然，我们认为，双方自由商定的《奥斯陆协定》的条款不能被解释为减损国际人道法或国际人权法的规则。这些条款也不能使以色列有权在不遵守这些协定规定义务的情况下要求以色列的某些权利得到尊重。

59. 我们认为，上述要素尤为重要，因为本咨询意见不像隔离墙案《咨询意见》那样，“只涉及以巴冲突的一个方面”（在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 160 页，第 54 段），而是涉及法院在该咨询意见中称为“更大的总体”的更为普遍、众多和深远的要素（同上）。由于存在一个“更大的总体”，法院在隔离墙案意见中指出，“法院在发表任何意见时都会仔细考虑这种情况”（同上）。遗憾的是，《咨询意见》并没有这样做。

## 五. 结论

60. 基于上述分析，我们不得不表示，我们深感遗憾的是，本咨询意见没有考虑上文讨论的迫切需要关注的法律问题，也没有进一步阐述这些问题。

因此，关于占领的合法性问题，法院的答复本应如上文所述，即“以色列”在巴勒斯坦被占领土的“政策和做法”不影响“占领的法律地位”。我们认为这样的答复是法律上唯一正确的答复，这样法院就不必对占领本身的合法性采取立场，而大会并未要求法院对此问题发表意见。既然法院已对此问题采取立场，则本应考虑到所有相关要素，从而正确地采取立场，但法院并没有这样做。

在这方面，合理的法律分析本会迫使法院考虑到《奥斯陆协定》、以色列和巴勒斯坦的安全权和安全理事会相关决议，以及自决权与安全权之间相互依存的关系，从而使法院能够根据其职能，针对与此事项有关的一系列复杂情况解释并适用国际法，为促进中东和平进程作出充分贡献。遗憾的是，《咨询意见》倾向于进行更狭隘的分析，得出了在国际法上没有适当法律依据的结论。

61. 因此，法院本可拟定一份更加全面、平衡和细致的咨询意见，使之更有利于以巴今后的和平谈判，从而成为前进的步骤和有效的工具，推动以色列和巴勒斯坦恢复关于执行“两国解决方案”的谈判，并促进两国设法实现和平、安全毗邻共存。这样，本咨询意见本可以成为安全理事会和大会的指南，这两个机构对支持以色列和巴勒斯坦努力寻求和平与可持续的解决办法负有直接责任。

62. 因此，令人遗憾的是，当法院作出以色列违反国际法(包括阻碍巴勒斯坦人民行使自决权)并由此产生责任与义务的相关裁定(我们支持这些裁定)时，却没有同时讨论和确定巴勒斯坦的责任和义务，这些责任和义务既源自巴勒斯坦人民自决权与以色列和巴勒斯坦安全权之间内在的相互依存关系，也源自谈判框架。以色列必须尊重和促进巴勒斯坦人民行使自决权，尊重和促进巴勒斯坦国的安全权，巴勒斯坦也必须尊重以色列的安全权，为其实施提供保障，并为此与以色列开展合作。这两项权利(自决权和安全权)之间具有内在的相互依存关系，这种相互依存关系源于《奥斯陆协定》和安全理事会的相关决议，为同时落实这两项权利创设了法律义务。

63. 同样令人遗憾的是，《咨询意见》没有指出，以色列和巴勒斯坦都有义务根据《奥斯陆协定》和安全理事会相关决议确定的谈判框架，毫不拖延地恢复关于永久地位的直接谈判，以实现“两国解决方案”。令人遗憾的还有，《咨询意见》没有提请安全理事会和大会注意，需要加强努力，在国际法的基础上尽快通过谈判达成对未决问题的解决方案，从而建立一个巴勒斯坦国，以实现以色列和巴勒斯坦两个民主国家在安全和公认的边界内和平、安全毗邻共存的目标。我们感到遗憾的是，《咨询意见》没有鼓励所有国家支持以色列、巴勒斯坦和联合国努力实现上述目标，其中包括充分实现巴勒斯坦人民的自决权。

64. 因此，我们表示关切的是，本咨询意见很难实现“两国解决方案”这一目标，因而无法使以色列人民和巴勒斯坦人民和平共处。

彼得·通卡(签名)

龙尼·亚伯拉罕(签名)

波格丹-卢奇安·奥雷斯库(签名)

## 优素福法官的个别意见

以色列占领的过度长期性质是以色列在被占领巴勒斯坦领土上的存在非法的另一个单独的理由——占领法依据的前提是占领必须是临时的——长期占领违反占领法(战时法)的这一基本原则——长期占领更类似于殖民占领或征服，而不是交战占领——因此，根据战时法，这是非法的——以色列的长期占领也违反诉诸战争法——长期占领作为一种持续使用武力的做法，必须证明有理由行使自卫权——以色列的长期占领既无必要，也不相称，因此是非法使用武力。

### 一. 引言

1. 在本咨询意见中，法院在答复联合国大会(下称“大会”)提出的第二个问题时得出结论认为，以色列作为占领国继续存在于巴勒斯坦被占领土是非法的。法院得出这一结论是因为以色列违反了有关交战占领的一般国际法和《联合国宪章》的两项基本规则和原则。这些原则是禁止以武力获取领土和人民自决权(《咨询意见》，第 261 段)。基于下文解释的理由，我认为，鉴于国际法规定的过度长期占领的非法性，法院也应该得出这一结论。

2. 关于交战占领的习惯法规则起源于十九世纪的欧洲公法。当时，这些规则被认为不适用于对非欧洲领土的“殖民占领”。这种将殖民化排除在战时法之外的做法使欧洲列强更容易实现其殖民野心，在没有任何法律限制的情况下征服外国土地。然而，对那些属于自封的“文明国家”圈子的领土的交战占领，必须根据流产的布鲁塞尔项目(1874 年)、《牛津手册》(1880 年)和《海牙章程》(1907 年)所载的战争法加以管制和临时限制。这些领土不能受到无限期的“殖民占领”，而必须在敌对行动停止后不久，通常是一年后归还其主权国。

3. 只是随着《联合国宪章》关于人民享有平等权利与自决权之原则的逐步落实，殖民主义被宣布为非法，“殖民占领”的概念才在国际法中被废除。除其他外，这是通过编纂关于非殖民化的习惯国际法的大会决议(如第 1514 (XV)号决议)或阐述《联合国宪章》基本原则的大会决议(如第 2625 号决议)实现的。与此同时，交战占领的概念及其临时性质在《日内瓦第四公约》中进一步完善，并被广泛接受为国际法中关于占领的唯一法律标准。

4. 因此，以无限期占领取代法律认可的临时交战占领的任何交战占领都具有殖民占领或征服的特征，而殖民占领或征服都违反《联合国宪章》和当代国际法原则。在这种情况下需要考虑的最相关问题是：第一，长期占领在多大程度上背离了交战占领法(战时法)的原则和规则；第二，这种长期占领是否违反关于禁止使用武力的规则(诉诸战争法)。根据国际法，违反这两套规则的长期占领不能为占领国在被占领土的继续存在提供任何理由。

### 二. 对巴勒斯坦被占领土的长期占领： 否认交战占领法(战时法)的适用性

5. 正如《咨询意见》所指出的，占领国的权力和义务的性质和范围“始终基于同一假定：占领是为了满足军事需要的一种临时情况，占领并不能将主权转移给占领国”(第 105 段)。在这方面，《咨询意见》指出，占领法的某些具体规则特别说明了占领必须是临时的这一前提：

“例如，根据《日内瓦第四公约》第六十四条和《海牙章程》第四十三条所载规则，占领国原则上义务尊重被占领土的现行法律。同样，根据《日内瓦第四公约》第五十条第五款，占领国不得阻碍实施在占领之前通过的一系列优惠措施；根据第五十四条第一款，占领国不得改变被占领土的公职

人员或法官的地位。此外，《海牙章程》第五十五条规定，占领国仅享有被占领土内公共建筑物、不动产、森林和农业地产的管理者和用益权人地位。”(同上，第 106 段。)

6. 上述规则要求占领国尽可能维持被占领土的原状，并在被占领土的控制权归还合法主权之前，以某种方式为被占领土居民托管被占领土。如《咨询意见》所述，“上述条款均强调，占领被视为是一种临时事态，在此期间，为了当地居民的利益，占领国对外国领土行使权力的行为是被容许的”(第 106 段)。

7. 红十字国际委员会对《日内瓦第四公约》第四十七条的评注支持这一点，其内容如下：

“战时对领土的占领本质上是一种临时的、事实上的情况，既不剥夺被占领国的国家地位，也不剥夺其主权；只不过是干涉它行使其权利的权力。这就是占领与兼并的区别，兼并是指占领国获得全部或部分被占领土并将其并入自己的领土”。<sup>107</sup>

8. 从上文可以明显看出，占领必须始终是一种临时的事态。诚然，占领法的规则没有明确规定占领国必须终止占领和撤出被占领土的确切时限。然而，如果允许占领无限期地继续下去，从而逐渐转变为征服或殖民化，那么作为交战占领制度基础的法律原则，例如保护被占领土人民的利益和归还主权，将变得毫无意义。

9. 就巴勒斯坦被占领土而言，以色列持续占领已经超过 57 年。安全理事会到 1980 年时已经重申“绝对必须停止以色列自 1967 年以来对阿拉伯领土、包括耶路撒冷的长期占领”(安全理事会第 476 (1980)号决议)。值得注意的是，早在 1980 年，安全理事会就认为占领是长期的。如巴勒斯坦代表团的里亚德·曼苏尔先生在口头辩论中所述：“如果在 1980 年占领就被认为是长期的，那么在将近 45 年后的今天，又该如何定性呢？”<sup>108</sup> 事实上，到 2024 年，这种情况不能再被视为只是长期占领，而必须被定性为“过度长期占领”。自 1980 年或甚至更早的时候即安全理事会第 242 (1967)号决议首次要求以色列撤出 1967 年占领的领土以来，以色列持续无视安全理事会和大会要求结束占领的各项决议。

10. 以色列的过度长期占领使巴勒斯坦人民处于无限期的外国征服和统治制度之下，这违反了关于交战占领的法律的所有规则和原则。这反映在实地的现实中，其中也包括以色列将其平民人口迁移到被占领土、没收土地、开采自然资源、将其国内法延伸到被占领土以及强迫巴勒斯坦人民流离失所和歧视巴勒斯坦人民。以色列一再否认《日内瓦第四公约》适用于巴勒斯坦被占领土，并因此拒绝接受关于交战占领的法律规则和原则，也证实了这一点。

11. 法院在其关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果的《咨询意见》中，认为有义务澄清有关《日内瓦第四公约》适用性的法律情况，为此申明，

“在两个或两个以上缔约方之间发生武装冲突时，《日内瓦第四公约》适用于任何被占领的领土。1967 年武装冲突爆发时，以色列和约旦均是该公约的缔约国。本法院据此认为，该公约适用于在冲突之前位于绿线以东、在冲突期间被以色列占领的巴勒斯坦领土，无需对这些领土原先的确切地位加以任何调查。”(《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 177 页，第 101 段)。

在本咨询意见中，法院还确认，《日内瓦第四公约》适用于包括加沙地带在内的整个巴勒斯坦被占领土(见《咨询意见》，第 78 和 96 段)。

<sup>107</sup> Jean S. Pictet, *International Committee of the Red Cross, Commentary, IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1958), p. 275.

<sup>108</sup> 见 CR 2024/4，第 113 页，第 28 段(曼苏尔(巴勒斯坦))。

12. 以色列持续半个多世纪的过度长期占领违反了交战占领必须是临时的这一基本原则，这是交战占领区别于殖民占领和征服的主要特征之一。此外，无限期延长占领对占领的合法性本身有直接影响。对外国领土的任何军事占领，如果改变了国际人道法规定的交战占领的特征，并使之脱离其规范框架，则必须被视为非法。因此，以色列无视交战占领法，长期占领巴勒斯坦被占领土，应被视为非法。

### 三.对巴勒斯坦被占领土的长期占领： 无视关于使用武力的法律规则(诉诸战争法)

13. 正如本法院在本咨询意见中所述，“占领因其性质，涉及在外国领土上持续使用武力。然而，这种使用武力的行为必须遵守关于使用武力的合法性的国际法规则或诉诸战争法。”(第 253 段。)除非合法自卫的条件在整个占领期间继续存在，否则不能根据这些规则为长期占领辩护。换言之，占领国必须能够在任何时候表明，维持其长期占领是出于军事需要，而这种军事需要必须与合法的军事目标相称。然而，不能援引自卫理由来应对可能来自被占领土的潜在或未来威胁。

14. 以色列维持对被占领巴勒斯坦领土的过度长期占领不符合这些标准。这种占领不符合《联合国宪章》第五十一条规定的自卫必要性和相称性标准。此外，以色列违反占领法的基本原则，可能意味着非法继续使用武力，目的是制造持续冲突局势，为长期占领辩护。然而，如果要使《联合国宪章》规定的禁止使用武力具有意义，就不能允许通过自卫的例外情况非法延长交战占领。

15. 安全理事会已经在其第 242 (1967)号决议中决定，在巴勒斯坦领土被以色列占领的 1967 年 6 月战争之后的交战状态必须终止。因此，安全理事会在上述决议第 1 段中，

“确认为履行《宪章》原则，必须于中东建立公正及持久和平，其中应包括实施下列两项原则：

- (一) 以色列军队撤离其于最近冲突所占领之领土；
- (二) 终止一切交战地位之主张或状态，尊重并承认该地区每一国家之主权、领土完整及政治独立，与其在安全及公认之疆界内和平生存、不受威胁及武力行为之权利”。

16. 虽然如上文所述，占领法(战时法)没有规定终止交战占领的确切时限，但以交战占领的形式继续使用武力的合法性问题由关于使用武力的法律(诉诸战争法)确定。根据这项法律，必须确定自卫的条件是否仍然存在。事实上，交战占领的持续时间要接受诉诸战争检验，即如果不再能以针对迫在眉睫的武力威胁或使用武力进行自卫为理由继续使用武力，就必须终止占领。

17. 鉴于上述情况，长期、无限地对被占领土居民使用武力，构成违反使用武力法的做法。不能在半个多世纪里以军事需要为由为这种做法开脱。这种做法超出了最初可能证明它是正当的具体防卫需要——如果这种需要曾经存在的话——并把它变成对一个民族的外来征服和统治，这违反《联合国宪章》的原则和宗旨。因此，鉴于以色列继续违反关于使用武力的法律(诉诸战争法)，其长期占领也被视为非法。

阿布杜勒卡维·艾哈迈德·优素福(签名)

[原件：英文]

### 薛法官的声明

1. 我投票赞成《咨询意见》执行部分的所有段落。我基本同意法院的推理和结论。在本声明中，我谨就本案中自决原则的适用澄清几点。

2. 国际法院在隔离墙案《咨询意见》(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(一)》，第182-183页，第118段)中详细阐述和确认了巴勒斯坦人民的自决权。在本案中，法院进一步确定了这一权利的范围以及以色列的政策和做法对巴勒斯坦人民行使这一权利的影响。法院认为，“在像本案这样的外国占领情况下，自决权构成国际法的强制性规范”(见第233段)。我同意这一观点，但有细微差别。

3. 根据当代国际法，自决原则适用于处于殖民主义、外国征服、外国统治和剥削下的所有人民，这一点已得到公认(《给予殖民地国家和人民独立宣言》，大会第1514(XV)号决议，1960年12月14日通过；《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》，大会第2625(XXV)号决议，1970年10月24日通过)。就这些情况下的人民而言，这一原则在国际法中具有强制性。根据定义，外国占领是外国统治的一种类型。根据禁止以武力获取领土的原则，占领必须是临时性的，并应尽快终止。

4. 鉴于《咨询意见》中提出的充分证据，以色列对巴勒斯坦领土的长期占领以及在当地采取的政策和做法已严重阻碍巴勒斯坦人民行使自决权。正如联合国大量文件所记录的那样，过去半个世纪中巴勒斯坦被占领土的实地局势每况愈下。在谈到以色列对巴勒斯坦人民的歧视性待遇时，南非的德斯蒙德·图图大主教曾经说过：

“我每次访问圣地都深感痛心，那里发生的事情让我想起了在种族隔离时期的南非我们黑人曾经的遭遇。我看到了巴勒斯坦人在路障前受到的羞辱，并回想起我们在祖国曾经的遭遇”(德斯蒙德·图图大主教2002年4月13日在美国马萨诸塞州波士顿老南方教堂的主旨演讲记录；另见2002年4月29日德斯蒙德·图图大主教在《卫报》上发表的题为“圣地的种族隔离”的社论)。

以色列占领在这方面的影响与殖民统治下的影响没有什么区别，而殖民统治在国际法下受到坚决谴责(南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页；1965年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019年国际法院案例汇编(一)》，第95页)。

5. 我认为，巴勒斯坦人民自决权的强制性是基于国际法的这一坚实基础，而不是以色列占领的具体情况。如果在《咨询意见》中进一步阐述这一观点，法院的声明将更有说服力。

6. 我的第二点涉及法院的结论，即以以色列在被占领巴勒斯坦领土的继续存在是非法的。在实质上，我相信有充分的法律和事实依据支持这一结论，而且《咨询意见》中确实认真地提出和分析了这些理由。然而，关于这一结论，可能会提出一个问题，即大会和安全理事会在其决议中是否确实认为，以色列的政策和做法的影响已使以色列在被占领巴勒斯坦领土的继续存在成为非法；占领的合法性据称受不使用武力原则和占领法的制约。

7. 毫无疑问，大会和安全理事会通过的决议都明确谴责和反对以色列旨在改变巴勒斯坦被占领土的法律地位、地理性质和人口组成的政策和措施，并宣布这些政策和措施“无效且不能改变巴勒斯坦被占领土的地位”。严格地说，这些决议并没有直接涉及以色列在巴勒斯坦被占领土上继续存在的合法性本身，而

是涉及以色列采取的政策和措施的合法性。正如法院所指出的那样，以色列继续存在的合法性与以色列政策和做法的合法性可以说是两个不同的问题，它们受不同规则(诉诸战争法和战时法)的制约。然而，提交法院以征求咨询意见的问题是为了处理两者之间的联系。法院认为，在确定以色列的政策和做法是非法的之后，法院接下来要回答的问题顺理成章地应是以色列在巴勒斯坦被占领土上继续存在的合法性。这就是说，当某些行为被认定为国际不法行为时，原则上不应允许它们继续存在，因此，这可能对以色列在被占领土上继续存在的合法性产生影响。

8. 当大会要求法院处理以色列违反其尊重巴勒斯坦人民自决权的义务的法律后果，并回答以色列的政策和做法是否影响到占领的法律地位时，法院面前的问题就变成了由法院自己决定的问题。大会和安理会通过的决议不仅就以色列的不法行为提供了可信的证据，而且还包含了会员国对以色列此类行为的看法和立场。我认为，正是在这种情况下，法院在就其面前的问题得出自己的结论时会参考这些决议。

9. 一些参与方认为，以色列有权维持其在巴勒斯坦被占领土的存在，特别是出于其安全需要。我同意法院的意见，即以色列的政策和做法，就其本身而言，并不能以其安全关切为理由。法院认定，除了兼并西岸和东耶路撒冷的大片被占领土外，以色列的政策和做法所造成的变化“表明以色列打算在巴勒斯坦被占领土建立永久和不可逆转的存在”(见第 252 段)。以色列针对巴勒斯坦人民的单方面破坏性政策和措施不能保障以色列的安全。

10. 巴勒斯坦人民的自决权从一开始就在大会第 181 (II)号决议所述的分治计划中得到承认，并在随后的决议中得到重申。正如法院在《咨询意见》中指出的那样，巴勒斯坦人民自决权的最终实现取决于巴勒斯坦国和以色列国之间冲突的最终解决。在实现这一目标之前，无论如何，以色列必须立即停止其国际不法行为，并遵守其在巴勒斯坦被占领土上的国际义务。

薛捍勤(签名)

[原件：英文]

### 岩泽法官的个别意见

《咨询意见》没有涉及以色列在加沙地带针对哈马斯和其他武装团体 2023 年 10 月 7 日对其发动的袭击而采取的行为——法院在 2005 年以后对加沙适用占领法问题上采取了“功能性方法”。

法院本应更多地注意以色列在西岸实行的双重法律制度的歧视性方面——法院的结论是，以色列在西岸实施的巴勒斯坦人口和定居者之间的“隔离”构成了违反《消除种族歧视公约》第三条的行为，但没有将其定性为种族隔离。

法院的结论是，以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是非法的，因为其政策和做法违反了禁止以武力获取领土的规定，并妨碍了自决权——以色列继续存在的非法性涉及包括加沙在内的整个巴勒斯坦被占领土——以色列有义务“尽快”结束其在巴勒斯坦被占领土的继续存在——以色列没有义务立即无条件地从被占领巴勒斯坦领土撤出其所有武装部队。

1. 为了回答大会提出的问题，法院首先审查其问题的范围和含义(《咨询意见》，第 72-83 段)。关于其时间范围，法院指出，

“大会于 2022 年 12 月 30 日通过了咨询意见请求，并请法院处理以色列‘持续’或‘连续’的政策和做法……大会请求中设想的政策和做法不包括以色列在加沙地带针对哈马斯和其他武装团体 2023 年 10 月 7 日对其发动的袭击而采取的行为。”(同上，第 81 段。)

这是《咨询意见》的一个重要的时间限制。

2. 关于领土范围，大会提出的问题涉及以色列在“自 1967 年以来被占领的巴勒斯坦领土”的政策和做法。可以合理地认为，这一短语指的是联合国各机关自 1967 年以来使用的“巴勒斯坦被占领土”以及法院在隔离墙《咨询意见》中使用的“巴勒斯坦被占领土”。毫无疑问，“自 1967 年以来被占领的巴勒斯坦领土”或“巴勒斯坦被占领土”不仅包括西岸和东耶路撒冷，而且包括加沙地带。安全理事会确认，“加沙地带是 1967 年被占领土的组成部分”(第 1860 (2009)号决议，序言部分)。在本意见中，法院申明，“‘自 1967 年以来被占领的巴勒斯坦领土’，包括西岸、东耶路撒冷和加沙地带”(《咨询意见》，第 78 段)。

3. 然而，加沙的情况是不同的。2004 年，以色列决定从加沙“脱离接触”，打算不再占领该领土，<sup>109</sup>同时继续“守卫和监测加沙地带的陆地外围，……维持在加沙领空的专属权力，并且……在加沙地带沿岸海域开展安全活动”。<sup>110</sup>虽然以色列在 2005 年撤出了所有地面部队并撤离了加沙的定居点，但继续对加沙行使权力中的关键部分(《咨询意见》，第 89 和 93 段)。在这些情况下，对于 2005 年之后加沙是否仍然处于占领法意义上的“被占领”状态，以及占领法是否继续适用于加沙，意见不一。

4. 《海牙章程》第四十二条对占领的定义如下：“领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。占领只延及已经建立且能够行使占领权力的领土”。根据这一规定以及《日内瓦第四公约》第六条，有效控制被普遍接受为确定是否存在占领的检验标准。

<sup>109</sup> “这一进程完成后，以色列安全部队或以色列平民将不再在加沙地带已撤离的地区长期存在。因此，声称加沙地带是被占领土是没有根据的。” Israel Ministry of Foreign Affairs, “The Disengagement Plan General Outline”, 18 Apr. 2004, Sec.2, i.

<sup>110</sup> 同上，Sec.3, i.

5. 一种观点认为，加沙仍然被占领，占领法在 2005 年后继续适用于加沙。联合国加沙冲突问题实况调查团、<sup>111</sup> 1967 年以来被占领的巴勒斯坦领土人权状况特别报告员、<sup>112</sup> 欧洲联盟<sup>113</sup> 和若干非政府组织都赞同这一观点。大会一再申明，《日内瓦第四公约》适用于“包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和 1967 年以来被以色列占领的其他阿拉伯领土”，其中包括加沙(例如，第 73/97 (2018)号决议，第 1 段)。

6. 另一种观点认为，2005 年之后，加沙不再是占领法意义上的被占领。这种观点除其他外依据的是法院在刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达)中的决定。在该案中，法院就确定占领存在的标准解释如下：

“根据习惯国际法，……领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土，占领只适用于该当局建立并行使其权力的地域……”

为了得出一个结论，即一个国家是否……是战时法意义上的‘占领国’，法院必须审查是否有足够的证据表明，干预国确实在有关地区建立和行使了上述权力。”(判决书，《2005 年国际法院案例汇编》，第 229-230 页，第 172-173 段。)

法院适用这些标准，得出结论认为，乌干达作为占领国在伊图里建立和行使权力，但没有在任何其他地区建立和行使权力(同上，第 230-231 页，第 176-177 段)。

7. 红十字国际委员会就占领法的适用提出了另一种方法。红十字国际委员会认为，

“以色列仍然对[加沙]地带行使权力的关键部分，包括对其边界(领空、海洋和陆地，但与埃及的边界除外)行使权力。尽管以色列不再在加沙地带保持永久存在，但它继续受到占领法规定的某些义务的约束，这些义务与它对加沙地带行使控制的程度相称”。<sup>114</sup>

这一方法被称为“功能性方法”，它不涉及领土的地位本身。其重点是一国是否继续受占领法规定的某些义务的约束。厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会的决定也支持这一方法。<sup>115</sup>

8. 在本意见中，法院赞同这一方法。法院宣布，

“若占领国先前在被占领土建立了权力，后来部分或全部撤出其实际存在，但只要占领国仍有能力代替地方政府行使并继续行使其权力的一些部分，则它仍可能承担占领法规定的义务(《咨询意见》，第 92 段)。

<sup>111</sup> “巴勒斯坦和其他阿拉伯被占领土的人权：联合国加沙冲突实况调查团的报告”，联合国 A/HRC/12/48 (2009)号文件，第 276 段。

<sup>112</sup> “巴勒斯坦和其他阿拉伯被占领土的人权：1967 年以来被占领的巴勒斯坦领土人权状况特别报告员的报告”，联合国 A/HRC/7/17 (2008)号文件，第 9-11 段。

<sup>113</sup> European Coordination of Committees and Associations for Palestine, “EU Heads of Missions’ Report on Gaza”, 2013.

<sup>114</sup> “International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts: Report”, document prepared by the ICRC, Geneva, Oct. 2015, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 8-10 December 2015, p. 12 (原文无着重标示)。另见 ICRC, “Article 2”, in *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, pp. 110-112, paras. 307-313; Tristan Ferraro (Legal Advisor, ICRC), “Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law”, *International Review of Red Cross*, Vol. 94, No. 885, Spring 2012, p. 157.

<sup>115</sup> 厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会，部分裁决：西部前线，空中轰炸和相关索偿，厄立特里亚第 1、3、5、9-13、14、21、25 和 26 号索偿，2005 年 12 月 19 日的裁决，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第二十六卷，第八部分，第 307-308 页，第 27 段。

法院将这一方法适用于加沙，得出结论认为：

“尽管以色列在 2005 年撤出了其军事存在，但它仍然有能力对加沙地带行使并且继续行使其权力中的某些关键部分……”。

鉴于上述情况，法院认为，以色列从加沙地带撤出并没有完全解除其根据占领法所承担的义务。以色列负有的义务仍然与其对加沙地带的有效控制程度相称。”(第 93-94 段。)

因此，虽然法院明确指出，以色列继续受到占领法规定的某些义务的约束，但对于加沙在 2005 年之后是否仍然处于占领法意义上的“被占领”状态，法院没有采取立场。

自 2023 年 10 月 7 日以来，加沙局势发生了巨大变化。然而，在该日期之后发生的事件超出了法院调查的时间范围(上文第 1 段)。

\*

9. 我同意法院对以色列采取“歧视性立法和措施”的分析，但我认为，以色列在西岸实行的双重法律制度的歧视性方面值得更多关注。法院在关于以色列“定居点政策”的一节中讨论了双重法律制度，得出结论认为，以色列作为占领国行使监管权力的方式不符合《海牙章程》第四十三条和《日内瓦第四公约》第六十四条所反映的规则(《咨询意见》，第 134-141 段)。法院没有充分注意双重制度的歧视方面。在关于以色列“歧视性立法和措施”的一节中，法院只是粗略地触及了这一问题，仅仅在《消除一切形式种族歧视公约》第三条的范围内指出，定居者和巴勒斯坦人受到不同法律制度的管辖(第 228 段)。

10. 以色列国内法对西岸的域外适用造成了两种不同的法律制度。定居者受以色列刑法管辖，而居住在西岸的巴勒斯坦人则受军事法管辖，<sup>116</sup>并在军事法庭受到起诉。<sup>117</sup>巴勒斯坦人和定居者之间的差别待遇还体现在国家医疗保险法、税法、选举法和交通法的执行方面。在规划和建筑制度方面也存在着体制和立法分离。<sup>118</sup>2018 年《基本法》支持双重法律制度，其中规定“国家将犹太人定居点的发展视为国家价值，并应采取行动鼓励和促进其建立和巩固”(第 7 段)。

11. 以色列在西岸实行双重法律制度，特别是基于种族、宗教或族裔出身区别对待巴勒斯坦人和定居者，构成歧视。联合国人权事务高级专员申明，“以色列国内法对定居者的域外适用，在同一领土仅凭国籍或原籍就适用两种不同法律制度。这种区别适用具有歧视性”。<sup>119</sup>同样，巴勒斯坦被占领土问题独立国际调查委员会得出结论认为，“这种双重法律制度使以色列人比巴勒斯坦人享有更多的人权，因此是歧视性的”。<sup>120</sup>

\*

<sup>116</sup> “包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和以色列问题独立国际调查委员会的报告”，联合国 A/77/328 (2022)文件，第 46 段。

<sup>117</sup> “以色列在包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和被占领叙利亚戈兰的定居点：联合国人权事务高级专员的报告”，联合国 A/HRC/43/67 (2020)号文件，第 29 段。

<sup>118</sup> “包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和以色列问题独立国际调查委员会的报告”，联合国 A/77/328 (2022)文件，第 46 段。

<sup>119</sup> 例如，“以色列在包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和被占领的叙利亚戈兰的定居点：联合国人权事务高级专员的报告”，联合国 A/HRC/34/39 (2017)号文件，第 9 段。

<sup>120</sup> “包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和以色列问题独立国际调查委员会的报告”，联合国 A/77/328 (2022)文件，第 47 段。

12. 将种族隔离的概念适用于以色列在被占领巴勒斯坦领土上的政策和做法并非易事，特别是因为种族隔离没有普遍接受的定义。种族隔离既是违反国际人权法的行为，也是一种国际罪行，因此可能引起国家责任和个人刑事责任。关于种族隔离违反国际人权法的问题，《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条规定，“缔约国特别谴责种族分隔及‘种族隔离’并承诺在其所辖领土内防止、禁止并根除具有此种性质的一切习例”。然而，《消除一切形式种族歧视国际公约》并没有定义种族隔离。另一方面，1998年《国际刑事法院罗马规约》和1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》规定种族隔离是一种国际罪行。与灭绝种族罪一样，国际种族隔离罪需要对某一特定群体存在特定意图。1973年《禁止酷刑公约》具有双重性质。其中宣布种族隔离是一项国际罪行，同时也载有某些国家间制止种族隔离的义务。《罗马规约》第七条第二款第8项和《禁止种族隔离公约》第二条对种族隔离的定义有重大差异。例如，根据《罗马规约》，必须有一个种族团体对另一个种族团体有计划地实行压迫和统治的体制化制度，以满足种族隔离罪行的要件。

13. 大会的问题涉及国际人权法规定的以色列的“歧视性立法和措施”，而不是作为一种国际罪行的种族隔离。法院解释说，《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条涉及“两种特别严重的种族歧视形式：种族分隔和种族隔离”(《咨询意见》，第225段)，并得出结论认为，“以色列的立法和措施违反《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条”(第229段)。法院在其推理中强调以色列在西岸对巴勒斯坦居民和定居者实施“隔离”(第226-229段)，但没有将其定性为种族隔离。

\*

14. 问题(b)第一部分促请法院确定以色列的政策和做法如何影响占领的法律地位，寻求法院评估以色列的政策和做法对其在巴勒斯坦被占领土继续存在的合法性的影响。法院根据国际法的两项基本规则，即禁止以武力获取领土和自决权，分析这一问题。这些规则载于《联合国宪章》和习惯国际法。另一方面，占领法没有规定一国在外国领土上军事存在的合法性，但规定了占领国的权利和义务，即使其在该领土上的存在是非法的，这些权利和义务仍然适用(见《咨询意见》，第251段)。

15. 禁止以武力获取领土是习惯国际法的一项原则。大会1970年通过的《友好关系宣言》规定，“使用威胁或武力取得之领土不得承认为合法”(第2625(XXV)号决议，附件，第一项原则)。安全理事会还一再强调“不容以[武力]获取领土”(例如第242(1967)号决议)(见《咨询意见》，第175-176段)。禁止以武力获取领土的规定禁止任何以武力获取领土的行为，无论这种武力是否非法或是否为国际法所允许。以色列的政策和做法相当于兼并大部分被占领巴勒斯坦领土，因此违反了禁止以武力获取领土的规定(第179段)。

16. 在占领情况下，确定是否违反尊重自决权的义务是一个复杂的问题。一切形式的占领，就其性质而言，影响生活在被占领土上的人民行使自决权。因此，占领本身不能构成对尊重自决权义务的违反。在本意见中，法院根据构成巴勒斯坦人民自决权的四个要素，分析以色列的政策和做法是否妨碍这项权利(《咨询意见》，第236-242段)，并得出结论认为，以色列的政策和做法违反以色列尊重巴勒斯坦人民自决权的义务(第243段)。

17. 根据以色列的政策和做法违反禁止以武力获取领土的规定并妨碍自决权这一认定，法院得出结论认为，以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是非法的(《咨询意见》，第261-262段和执行条款第(3)点)。在其推理的某些部分，法院令人费解地指出，以色列的政策和做法的影响构成了对国际法的违反(第256-257段)。法院本应避免这种解释并直截了当地指出，以色列的政策和做法违反了上述两项国际法基本规则，因此，以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是非法的。无论如何，以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是非法的这一结论并不是基于以色列违反了占领法规定的义务这一认定。

18. 虽然以色列寻求对东耶路撒冷和西岸大部分地区行使主权，而不是对整个巴勒斯坦被占领土行使主权，但我同意法院的意见，即以色列继续存在的非法性涉及包括加沙在内的整个巴勒斯坦被占领土，但须受《咨询意见》的时间限制(上文第 1 段)。巴勒斯坦被占领土是一个单一的领土单位，其统一、毗连和完整必须得到尊重。巴勒斯坦人民必须能够在整个巴勒斯坦被占领土上行使自决权(《咨询意见》，第 78 和 262 段)。

19. 由于以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是一种持续性的国际不法行为，以色列有义务停止这一行为。这一结论符合安全理事会和大会的决议。例如，安全理事会强调“以色列军队撤离其……所占领之领土”的必要性(第 242 (1967)号决议，第 1(-)段)以及“必须停止……继续占领”(第 476 (1980)号决议，第 1 段)。大会一再呼吁“以色列撤出其自 1967 年以来所占领的包括东耶路撒冷在内巴勒斯坦领土”(例如第 77/25 (2022)号决议，第 12(a)段)。

20. 以色列有义务“尽快”结束其在巴勒斯坦被占领土的持续存在(《咨询意见》，第 267 段和执行条款第(4)点)。鉴于其合理的安全关切，以色列没有义务立即无条件地从巴勒斯坦被占领土撤出其所有武装部队，特别是鉴于 2023 年 10 月 7 日以来持续的敌对行动，从加沙地带撤出。安全理事会和大会重申了土地换和平原则和两国解决方案的重要性。例如，安全理事会第 242 (1967)号决议将结束以色列在巴勒斯坦被占领土的非法存在和充分实现巴勒斯坦人民的自决权与以色列在安全、公认边界内和平生活、不受武力威胁或武力行为的权利联系在一起(第 283 段)。结束以色列非法存在的确切方式应遵循在大会和安全理事会监督下根据这些原则达成的安排(见第 281 段和执行部分第(9)点)。

岩泽雄司(签名)

### 诺尔特法官的个别意见

法院分析的事实范围和法律范围——咨询程序与诉讼程序之间的差异——种族隔离的定义——种族分隔和种族隔离——作为种族隔离和种族分隔禁令组成部分的限定性主观要素——法院收到的资料不足以指出《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条遭到违反。

1. 我单独以书面方式表达我关于本咨询意见两个方面的意见。首先，我将详细阐述法院分析的范围。其次，我谨表示不同意法院的另一个意见，即以色列的政策和做法违反了《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条。

#### 法院分析的范围

2. 法院根据有限的事实和法律评估，对大会提出的请求作出了答复。法院在第 77 段中表示，

“法院认为，大会在其请求中没有请法院对以色列的政策和做法作出详细的事实认定。大会向法院提出的问题的目的是法院对以色列政策和做法的法律定性。因此，为了对本案给予咨询意见，法院没有必要对据指违反国际法的具体事件作出事实认定。法院只需确定以色列政策和做法的主要特征，并在此基础上评估这些政策和做法是否符合国际法。”

因此，《咨询意见》既没有对以色列就个别行为的责任作出“详细的事实认定”，也没有作出法律认定。相反，它对“以色列政策和做法的主要特征”进行了“法律定性”。

3. 法院界定其分析的事实范围和法律范围的方式符合法院在咨询程序中的既定做法。这种做法植根于咨询程序与诉讼程序之间的差异。法院据以得出事实结论和法律结论的标准考虑到了这些差异，<sup>121</sup> 因此，这些差异对本案结论的性质至关重要。

4. 在诉讼程序中，法院以具有约束力和终局方式“裁决……争端”。<sup>122</sup> 此等程序具有追溯性：它们对和平解决争端的贡献在于通过作出具有法律确定性和终局性的有约束力的裁决来结束争端，即具有既判力效果。与此相反，咨询程序具有协商性和前瞻性：法院就法律问题发表咨询意见，为请求机关的未来行为提供指导。<sup>123</sup> 法院在咨询意见中得出的结论不是终点，而是寻求通过法律建立和维持和平的进程之开端。事实上，“请求机关仍然可以在形式上自由考虑从本法院意见中得出的后果”。<sup>124</sup> 因此，咨询程序中得出

<sup>121</sup> 见与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释，第一阶段，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 72 页：“《规约》第六十八条确实规定，法院执行关于咨询意见之职务时，并应参照《规约》关于诉讼案件各条款之规定。但是，根据同一条款，这些规定只有在“法院认为该项条款可以适用的范围内”才适用。因此，这些条款的适用显然取决于每个案件的具体情况，法院在这方面拥有很大的自由裁量权。”

<sup>122</sup> 见国际法院《规约》第三十八、五十九和六十条。

<sup>123</sup> 另见西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 26 和 27 页，第 39 段（“大会的目的不是通过请求法院发表咨询意见这种方式，将争端或法律争议提交法院，以便大会以后可以根据法院的意见，行使其和平解决该争端或争议的权力和职能。该请求的目的完全不同：是为了得到法院的意见，大会认为法院的意见有助于大会恰当行使与该领土非殖民化有关的职能”。）和第 41 段；对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见，《1951 年国际法院案例汇编》，第 19 页和 71 页。

<sup>124</sup> 见 K. Oellers-Frahm and E. Lagrange, “Article 96”, in B. Simma, D. E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, Volume II (4th edn.), OUP, 2024, p. 2601, para. 42. 但是，见 *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HJ 7957/04, 15 September 2005, para. 56: “国际法院的意见是对国际法的解释，由国际法方面的最高司法机构作出(S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996* 1754 (3rd edn.), 1997)。国际法院对国际法的解释应得到充分的适当重视”。

的结论是在补充和促进但绝不会取代其他的和平解决争端程序。<sup>125</sup>事实上，法院强调，“拒绝同意本程序的某个国家的法律立场‘丝毫不因本法院可能就提交给法院的问题作出的答复而受到损害’”。<sup>126</sup>

5. 咨询程序的特殊目的解释了为什么本咨询意见中的事实评估在重点和深度方面不同于诉讼程序中的事实认定。这并不意味着咨询程序的举证标准更低。然而，咨询程序与诉讼程序不同，在诉讼程序中，举证责任由当事方承担。<sup>127</sup>在咨询程序中，法院将只在必要范围内审查事实，以便对提出的法律问题作出答复，并只在这些事实允许的范围内得出法律结论。<sup>128</sup>正如本咨询意见第 46 段所回顾的那样，法院在本咨询程序中正是遵循了这一既定办法，

“在这些情况下，决定性的是法院是否拥有足够资料，‘使其能够对任何有争议的事实问题得出司法结论，而对这些事实问题的认定是法院在符合其司法性质的条件下发表意见所必需的’……法院应在每一案件中评估其履行司法职能所需资料的性质和范围”。

在涉及的请求非常宽泛的案件中，例如在本案中，咨询意见的作用是向请求机关提供指导，因此有理由采取特别笼统和仅仅具有说明性的方法评估事实。然而，这种广泛的重点，加上同意管辖原则，使得此等评估无法产生诉讼程序中事实评估在确定国家责任方面而被赋予的决定性效果。

6. 法院事实评估的具体重点，即对局势的“鸟瞰”，对本案中法院结论的法律范围产生了影响。由于法院没有更充分地确定以色列对其在巴勒斯坦被占领土上行为的责任，因此需要在其他诉讼中确定以色列对具体行为或局势应承担的责任。为此原因，第 77 段澄清，本咨询意见涉及“法院对以色列政策和做法的法律定性”，而不是“法律认定”。要从法律上最终确定以色列对具体行为的责任，就必须对构成此类行为的事实进行全面调查，包括认真考虑以色列的安全关切是否与任何具体情况具有法律上的相关性。

7. 令人遗憾的是，《咨询意见》及其所依据的报告没有更多地涉及以色列的安全关切，而以色列却表示安全关切是其政策和做法的原由。同样令人遗憾的是，以色列没有对联合国大会所提问题的实质内容，包括其安全关切发表评论意见。法院本可以更好地表明，它审议了以色列公开发表的论点，包括为此参考

<sup>125</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见，《1951年国际法院案例汇编》，第 15 页，第 20 页；与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释，第一阶段，咨询意见，《1950年国际法院案例汇编》，第 71 页。

<sup>126</sup> 西撒哈拉，咨询意见，《1975年国际法院案例汇编》，第 27 页，第 42 段，引述与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释，第一阶段，咨询意见，《1950年国际法院案例汇编》，第 72 页。

<sup>127</sup> 另见 J.-P. Cot and S. Wittich, “Article 68”, in A. Zimmermann, C. J. Tams, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd edn.), OUP, 2019, p. 1863, para. 54.

<sup>128</sup> 另见在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(一)》，第 136 页，第 56 段；西撒哈拉，咨询意见，《1975年国际法院案例汇编》，第 28-29 页，第 46 段。

了以色列最高法院的裁决和以色列当局在有关诉讼中提出的论点，<sup>129</sup> 以及以色列在其他国际论坛上提交的材料。<sup>130</sup> 我认为，如果能显著利用以色列官方来源的信息，本咨询意见的说服力会大大提高。

### 种族隔离和种族分隔

8. 法院认为，以色列的立法和措施违反了《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条(见第 229 段)，但法院是否认为以色列的政策和做法是种族分隔或种族隔离的一种形式，这一问题尚无定论。种族隔离的主观要素是这一禁止性规定的核心要素，在未讨论该要素的情况下，《咨询意见》不能被理解为认定以色列确实违反了禁止种族隔离的规定。此外，我不相信法院有足够资料可以断定以色列的政策和做法相当于种族隔离或种族分隔。

9. 《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条没有界定“种族隔离”一词。1973 年《种族隔离公约》第二条和 1998 年《罗马规约》第七条第 2 款(h)项载有种族隔离罪的定义，但以色列不是这两项条约的缔约国。此外，这两项条约与《消除一切形式种族歧视国际公约》的性质不同，因为它们处理的是“种族隔离罪”，因而涉及个人对种族隔离的责任，而《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条载有针对国家的禁止种族隔离规定。

10. 然而，在这方面，《种族隔离公约》和《罗马规约》可作为《维也纳条约法公约》第三十二条规定的补充解释资料，并在反映习惯国际法的范围内，作为《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(丙)项规定的缔约国之间适用的国际法相关规则，为《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条的解释提供参考。尽管存在术语差异，但这两个定义都有助于确定《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条中的种族隔离在习惯国际法中的含义。它们表明，作为一个法律问题，为识别种族隔离做法，必须达到一个高阈值。

11. 从这两项条约中可以看出，“种族隔离”一词的普通含义表明，种族隔离是一种国家认可的体制化歧视制度，其目的是建立和维持一个种族团体对另一个种族团体的主宰地位和压迫。种族隔离的这一核心定义包含三个要素：第一，有关政策和做法必须涉及种族团体之间的关系；第二，有关政策和做法必须显示客观要素(犯罪行为)，包括实施结构性和体制化的“非人道行径”；<sup>131</sup> 第三，有关政策和做法必须受主观要素(犯罪意图)的驱动，主观要素不仅要求有实施某种严重程度、性质和规模的非人道行径的故意，而且这些行为的目的是建立和维持一种体制化的主宰和压迫制度(特定意图)。<sup>132</sup>

<sup>129</sup> 国际报告中提到了最近的几项裁决，例如见关于包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和以色列问题独立国际调查委员会的报告，联合国 A/77/328 号文件(2022 年 9 月 14 日)，第 27 段(关于前沿定居点的合法化)：脚注 46 (提及 HCJ Nos. 1308/17、2055/17 (2022 年 6 月 9 日)；脚注 48 (HCJ No. 6364/20 (2022 年 7 月 27 日)；第 63 段(关于强迫迁移和拆毁)：HCJ No. 413/13 和 No. 1039/13 号案件(2022 年 5 月 4 日)；另见，例如 HCJ 2205/23, *Head of Council of 'Anin et al. v. Military Commander of the West Bank Area Judgment* (2023 年 8 月 7 日)(关于巴勒斯坦被占领土上的许可制度)；HCJ 3571/20, *Khasib et al. v. Prime Minister of Israel* (2022 年 5 月 1 日)(关于拆除一段隔离墙的请求)；HCJ 2242/17 *Jahleen v. Head of the Civil Administration for Judea and Samaria* (2018 年 5 月 24 日)(关于开采自然资源)；*Hashiyeh and Hashiyeh v. Military Commander of the West Bank*, HCJ 6745/15, ILDC 2555 (IL 2015), 2015 年 11 月 11 日(关于惩罚性拆毁)。综合分析还见：D. Kretzmer and Y. Ronen, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (2nd edn.), OUP, 2021。

<sup>130</sup> 例如见联合国经济及社会理事会，“从以色列收到的关于其第四次定期报告结论性意见后续行动的资料”，2022 年，E/C.12/ISR/FCO/4。

<sup>131</sup> 见《种族隔离公约》第一和第二条：“种族分离和歧视的政策[或]作法”；《罗马规约》第七条第二款第 8 项：“有计划地实行压迫和统治的体制化制度”。

<sup>132</sup> 见《种族隔离公约》第二条：“为建立和维持一个种族团体对任何其他种族团体的主宰地位，并且有计划地压迫他们”；《罗马规约》第七条第二款第 8 项：“目的是维持该制度的存在”。

12. 我严重怀疑法院收到的资料是否足以得出结论认为巴勒斯坦被占领土的局势中存在种族隔离的主观要素。鉴于违反禁止种族隔离这项一般国际法强制性规则的行为极为严重，指控一国涉及种族隔离的主张“必须有充分确凿的证据加以证明”。<sup>133</sup> 只有在一个国家的行为能够得出的“唯一合理推断”是有意维持一个有系统地压迫和主宰一个种族或族裔团体的体制化制度情况下，法院才能认定这个国家具有种族隔离的特定意图要素，就以以色列而言，这涉及巴勒斯坦人相对于以色列犹太人的关系。<sup>134</sup> 只有在其他推断明显不具有合理可能性的情况下，才应认为已证实这一特定意图。

13. 我怀疑，从以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法中能否得出一个唯一的合理推断，即意图维持一个体制化制度，在与以色列犹太人的关系方面，有系统地压迫和主宰巴勒斯坦人。即使这些政策和做法具有歧视性且不相称，从而构成大规模违反国际人权法和国际人道法——我认为情况无疑如此——但以色列至少还有其他两个可能的目的。第一，这些政策和做法的动机可能是暂时但长期的安全考量(即使缺乏合理理由)，和(或)，第二，这些政策和做法可能是出于对西岸主张主权的错误和非法目的，但同时并不打算借此永久维持一个对西岸所有居民的体制化歧视性制度。

14. 我怀疑，以色列最近推行激进的定居点政策和做法显示了该国吞并西岸的野心，必然意味着它现在打算实现西岸巴勒斯坦居民与定居者和定居点之间关系的法律制度体制化，从而使其成为永久性制度，而在此之前，该制度是临时性的，至少部分以安全为导向。吞并一个领土的意图和将特定的种族压迫制度体制化的决定未必同时发生。在本案中它们很可能同时存在，但也有一种可能，就巴勒斯坦人与定居者之间的关系而言，以色列并不打算将其占领西岸的方式变成永久性和体制化方式。我认为目前的资料并不足以得出确定的结论。

15. 要断定从以色列对西岸巴勒斯坦居民与定居者之间的关系所采取的含糊方法中可以得出何种结论，取决于对事实和相关证据的认真评价。我认为，法院收到的信息不足以得出结论，认定其他可能的推论显然不具有合理可能性。无论如何，本咨询意见既没有界定种族隔离的主观要素，也没有解释以色列在本案中的行为如何满足这一特定要素。因此，我不认为法院根据《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条所作的说理可以解释为认定以色列的行为构成种族隔离。

16. 法院收到的资料是否足以认定以色列的做法和政策符合《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条意义上的“种族分隔”？这提出了一个重要问题，即如何界定种族分隔以及如何将其与种族隔离区分开来。我无法信服对“种族分隔”一词作非常狭隘的理解，根据这种理解，它被限定为在南非的具体历史情况之外等同于“种族隔离”的做法。<sup>135</sup> 《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条的准备工作材料<sup>136</sup> 以及1973年《种族隔离公约》第二条的定义明确指出，种族隔离和种族分隔是不同的概念，但在做法上又密切相关。种族分隔是更宽泛的用语，种族隔离则是种族分隔的最严重形式。然而，种族隔离和种族分隔都具

<sup>133</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007年国际法院案例汇编(一)》，第129页，第209段。

<sup>134</sup> 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，判决，《2015年国际法院案例汇编(一)》，第67页，第148段(“为了从一种行为模式中推断出特定意图的存在，须满足的必要和充分条件是，该特定意图是从所涉行为中可以合理得出的唯一推断”)。

<sup>135</sup> 这种对第三条的早期理解在《消除一切形式种族歧视国际公约》通过后的数十年中具有影响力，见 M. Banton, *International Action against Racial Discrimination*, pp. 200-201; P. Thornberry, “Article 3”, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, OUP, 2016, pp. 247-248。

<sup>136</sup> 见 P. Thornberry, “Article 3”, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, OUP, 2016, 作者注意到，各国不愿将第三条局限于“种族隔离”(pp. 243-246)。

有系统性，正如《咨询意见》所述，是《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条意义上的“两种特别严重的种族歧视形式”。因此，我认为“种族分隔”还需要证明存在一个限定性主观要素，即按种族界线进行的隔离是故意的。<sup>137</sup>

17. 法院在第 120 至 154 段和第 192 至 222 段中所述的政策和做法无疑构成严重侵犯人权，并产生了隔离效果。然而，由于没有触及种族分隔的主观要素，即没有以证据表明以色列采取这些政策和做法的意图是按照种族或族裔界线进行隔离，本咨询意见第 226 至 229 段对《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条的分析仍然不充分。特别是，法院必须表明，任何隔离后果都是基于《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条所禁止的任何一个理由，而不是基于公民身份。事实上，在占领局势下，占领国居民与被占领土居民在某种程度上依法分隔甚至是占领法所规定的。根据 1907 年《海牙章程》第四十三条，占领国必须“尊重[]该国的现行法律，除非万不得已”。同时，《日内瓦第四公约》第六十四条第 2 款允许占领国

“使占领地居民服从该国为执行其在[日内瓦第四]公约下所负之义务，维持该地有秩序之统治，与保证占领国、占领军、与行政机关之人员及财产，以及其所使用之设置与交通线之安全所必要之规定”。

18. 因此，占领法本身设想了占领国国民与被占领土上受保护居民之间的区别待遇。这并不是说，根据占领法，以色列的隔离做法有正当理由。然而，鉴于在本案中占领法与《消除一切形式种族歧视国际公约》之间存在重合，要得出结论认定本案中的隔离是按种族或族裔界线划分，则需要对事实进行特别透彻的分析。

19. 法院只有在“掌握了充分资料和证据”的情况下，才能“对任何有争议的事实问题作出司法结论”。<sup>138</sup> 由于法院没有找到足够资料证实存在《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条所要求的主观要素，它本应避免指出以色列的立法和措施构成违反该《公约》第三条的行为。这并不妨碍法院指出以色列的做法和政策具有隔离效果，构成违反《消除一切形式种族歧视国际公约》其他条款的行为。

格奥尔格·诺尔特(签名)

<sup>137</sup> 一脉相承：S. Schmahl, “Artikel 3”, in Angst and Lantschner (eds.), *ICERD: Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Handkommentar*, Nomos, 2020, para. 12.

<sup>138</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 136 页，第 56 段。

[原件：英文]

### 诺尔特法官和克利夫兰法官的联合声明

同意法院得出结论认定以色列在巴勒斯坦被占领土的存在是非法的——占领国存在的合法性由有关使用武力的规则(诉诸战争法)确定——自卫不能成为获取领土的合理理由——以色列的政策和做法表明，它显然打算侵占整个东耶路撒冷和西岸，这违反了诉诸战争法——这种违法行为的后果是有义务撤出巴勒斯坦被占领土。

1. 我们赞同法院的核心结论，即以色列在巴勒斯坦被占领土上继续存在是非法的。然而，我们认为有必要作出更充分的解释。

2. 我们从一开始就注意到，法院的《咨询意见》恰当地没有处理“以色列在加沙地带针对哈马斯和其他武装团体 2023 年 10 月 7 日对其发动的袭击而采取的行动”(《咨询意见》第 81 段)，大会的问题并不针对当前这场武装冲突。针对相关局势，法院陈述如下：

“法院认为，以色列违反禁止以武力获取领土的规定，侵犯巴勒斯坦人民的自决权，直接影响到以色列作为占领国在巴勒斯坦被占领土继续存在的合法性。以色列通过吞并和对巴勒斯坦被占领土实行永久控制，以及继续阻挠巴勒斯坦人民的自决权，持续滥用其占领国地位，这违反了国际法的基本原则，使以色列在巴勒斯坦被占领土的存在成为非法”(《咨询意见》第 261 段)。

大体上的一致意见是，以色列作为占领国的行为不仅违反了国际人道法和人权法的具体禁止性规定，而且也违反了禁止以武力取得领土的规定和巴勒斯坦人民的自决权(第 179 和 243 段)，我们赞同这一意见。在这份联合声明中，我们提出了自己的看法，说明为什么以色列对禁止使用或威胁使用武力的规定和自决权的违反使其在该领土的继续存在成为非法(第 261 段)，并证明法院关于以色列必须“尽快”撤出巴勒斯坦被占领土的结论是合理的(第 267 和 285(4)段)。

\*

3. 《联合国宪章》第二条第四项规定，“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立”。正如法院所确认的那样，要将一种局势定性为占领局势，就必须存在对外国领土的有效控制(第 90 段)，而占领的合法性(系指占领军在被占领土上存在的合法性)则由关于在外国领土上使用武力的国际规则(诉诸战争法)决定(第 251 段)。占领是持续使用武力，因此，一国在外国领土上的军事存在可能是非法的，原因要么是非法使用武力导致了占领，要么是因为占领所代表的持续使用武力不再因正当自卫或得到安全理事会授权而有合理理由(《联合国宪章》第五十一条和第七章)。

4. 法院没有处理的问题是，以色列自 1967 年以来在巴勒斯坦被占领土的存在是由最初的合法使用武力还是非法使用武力所导致(见第 57 段，“爆发武装冲突”)。即使以色列最初使用武力的理由是根据《联合国宪章》第五十一条行使自卫权，并且，安全理事会第 242 号和第 338 号决议以及旨在“建立公正持久和平”的《奥斯陆协定》对有关使用武力的规则之适用产生影响，法院今天还是面临一个相关问题，即根据诉诸战争法，以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是否仍然有合理理由。

5. 以色列以持续的安全关切为由，为其在巴勒斯坦被占领土的存在辩护。事实上，绝不能忘记，以色列作为一个国家而存在的合法性受到一些国家和非国家行为体的质疑，其中一些就位于以色列周边，而

且，以色列遭受了来自巴勒斯坦被占领土的多次攻击。在这方面，我们回顾，法院在其关于核武器的《咨询意见》中指出，“法院不能忽视每个国家的基本生存权利，因此也不能忽视每个国家在其生存受到威胁时根据《宪章》第五十一条诉诸自卫的权利”。<sup>139</sup>当然，任何此类使用武力的行为都必须严格遵守国际法。

6. 我们还认识到，一旦一国行使自卫权并因此占领了不属于自己的领土，占领国应有一段合理时间来评估当地局势以及继续存在的必要程度，以确保：余留的相关威胁不会死灰复燃，从而需要持续使用武力进行自卫；一秉诚意进行谈判，设定以安全保证换取完全撤离的条件安排；并最终组织其部队有序撤离。因此，《联合国宪章》第五十一条所规定的限制，包括要求自卫行动具有必要性和相称性，需要采取特定方式加以解释，从而在行使自卫权所造成的重大敌对行动结束后，在确定占领必须于何时终止时，能够考虑到上述限制。

7. 另一方面，正如法院所解释的那样，使用或威胁使用武力以谋求永久获取领土是被禁止的，实际上是被绝对禁止。自卫权绝不能成为用武力取得领土的理由，包括为保护自己认定的安全利益而使用武力。《联合国宪章》和习惯国际法严格禁止这种行为。<sup>140</sup>

8. 以色列有正当的安全关切。然而，只有当占领军的存在与防御和临时目的之间存在可信联系时，占领才有合理理由；因此，我们认为，如果这种存在被滥用于吞并和压制自决权的目的，即必然丧失任何可能的理由。通过侵犯自决权等方式，占领国可能违反了其根据国际人道法或人权法承担的某些义务，但此等行为不会使其在被占领土的军事存在成为非法，只要这种存在是出于自卫权理由。然而，当占领军的存在成为实现吞并的工具时，占领国就违反了诉诸战争法关于禁止用武力取得领土的规定，从而丧失了其部队存在的任何可能理由，包括基于自卫权的军事存在。此外，在本案中，安全理事会对以色列部队存在的任何可以设想的授权都不会扩延至吞并政策和做法。《奥斯陆协定》也没有为此提供法律依据。

\*

9. 法院证实，以色列通过定居点、土地征用、适用以色列法律以及相关政策和做法，巩固了其特别是对东耶路撒冷和西岸 C 区的控制(《咨询意见》第 173 段)。以色列声称永久控制整个西岸，从而剥夺了巴勒斯坦人民有权享有的领土连续性。自 1967 年以来，以色列在西岸的定居点和基础设施不断扩大，包括深入 C 区和最近的 B 区。定居点的位置也具有战略意义，目的是限制越来越多的巴勒斯坦社区并将其分割成碎片，同时巩固以色列对整个西岸的控制，并且既限制巴勒斯坦人的日常生存，也限制建立可行且统一的巴勒斯坦国的前景。<sup>141</sup>

10. 以色列政府最高层已表示打算将永久主权扩大到整个西岸，并将其作为一项官方政策。2018 年的《基本法：犹太人民的民族国家》明确规定，“以色列定居点的发展是一种民族价值”，国家“应采取行动鼓励和促进其建立和巩固”。<sup>142</sup>目前的政府联合协议的指导原则支持“在犹地亚和撒马利亚”(即西岸)“适用主权”。<sup>143</sup>2021 年以色列国防军的“地形图”将“包括犹地亚和撒马利亚在内的以色列国”描绘

<sup>139</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编(一)》，第 263 页，第 96 段。

<sup>140</sup> 例如见联合国安全理事会第 478 (1980)号决议和第 479 (1981)号决议。

<sup>141</sup> 见人道协调厅，《西岸准入限制地图》，2023 年 5 月，<https://www.ochaopt.org/content/west-bank-access-restrictions-may-2023>。

<sup>142</sup> 《基本法：犹太人民的民族国家》，2018 年 7 月 19 日。

<sup>143</sup> 利库德党和宗教犹太复国主义党之间关于建立国家政府的联盟协议，于 2022 年 12 月 28 日提交给以色列议会，第 118 条。

为一个单一领土。<sup>144</sup> 2023 年 9 月，本雅明·内塔尼亚胡总理在联合国大会上发表讲话，手中拿着一张将整个巴勒斯坦被占领土包含在以色列之内的地图。<sup>145</sup> 这种意向陈述还伴随着各种政策和做法，包括将定居点大幅度扩展到西岸深处、继续修建隔离墙、减少对定居点的法律和政策限制以及将定居点置于法律上的文官控制之下以促进定居点的扩展，所有这些都是在本法院于 2004 年明确宣布定居点非法的情况下进行的。

11. 我们认为，这些事态发展以及法院所述的其他事态发展表明，在被禁止的用武力取得领土意义上，以色列明确打算永久侵占整个西岸。

\*

12. 此外，通过建造定居点和相关基础设施、严格限制巴勒斯坦被占领土之内和各部分之间的流动以及法院详述的其他政策和做法，以色列作为占领国在整个巴勒斯坦被占领土利用武力，企图永久阻碍巴勒斯坦人民行使自决权，特别是其领土完整和政治独立的权利，包括建立一个独立和主权国家的权利。这种压制是以色列违反诉诸战争法，企图对巴勒斯坦被占领土实行永久控制的一部分。

13. 我们还同意，以色列侵犯巴勒斯坦人民自决权的行为适用于整个巴勒斯坦被占领土。巴勒斯坦被占领土统一原则的终极来源是领土完整原则。这一原则不仅适用于国家；也可适用于人民行使自决权的领土单位，<sup>146</sup> 不得以武力相威胁或使用武力对其进行阻挠。毕竟，如果占领国可以使用武力分割被占领土，会破坏领土完整原则。

\*

14. 根据国家责任的一般规则，占领国违反国际人道法或人权法的法律后果是该国有义务通过停止和扭转其政策，“消除”违法行为的“一切后果”。<sup>147</sup> 例如，就违反《日内瓦第四公约》第四十九条的非法定居政策而言，这将涉及遣返定居者，撤销和扭转支持定居政策的行为，以及其他形式的赔偿。但这种违反战时法的行为本身并不会产生结束占领本身这一更广泛的义务。

15. 然而，正如我们在上文中总结论述的那样，以色列力图将其对巴勒斯坦被占领土的占领转变为某种形式的兼并和永久控制的行为所具有的综合性质及其同时对巴勒斯坦人民自决权的阻挠，使以色列在巴勒斯坦被占领土的存在成为非法，但这并不影响法院将以色列在加沙地带针对 2023 年 10 月 7 日袭击而采取的行动排除在法院的分析范围之外(见上文第 2 段)。因此，违反禁止用武力取得领土的规定和侵犯巴勒斯坦人民的自决权必然引致结束这一不法行为的义务，除其他外，导致产生一项根据国家责任规则撤出巴勒斯坦被占领土的义务。因此，我们同意法院结论的这一方面。

<sup>144</sup> 以色列外交部，《以色列地形图》，2021 年 10 月 24 日，<https://www.gov.il/en/Departments/General/topographical-map-of-israel>。

<sup>145</sup> 内塔尼亚胡在联合国发言时挥舞着包含西岸和加沙的以色列地图，《以色列时报》，2023 年 9 月 22 日，[https://www.timesofisrael.com/liveblog\\_entry/netanyahu-brandishes-map-of-israel-that-includes-west-bank-and-gaza-at-un-speech/](https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/netanyahu-brandishes-map-of-israel-that-includes-west-bank-and-gaza-at-un-speech/)。

<sup>146</sup> 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，《2019 年国际法院案例汇编(一)》，第 134 页，第 160 段。

<sup>147</sup> *Chorzów* 工厂案，案情实质，1928 年第 13 号判决，《常设国际法院汇编(A)》，第 17 号，第 47 页；国家对国际不法行为的责任条款草案第 31 条。

16. 法院得出结论认定，以色列必须“尽快”结束其存在。值得注意的是，法院没有采纳一些参与方敦促法院采取的表述，即以色列必须“立即、完全和无条件”结束占领。法院的措辞承认存在着重大的实际问题，使得“立即”撤出和停止以色列存在的某些方面成为不可能。此外，以色列结束其存在的义务并不意味着它必须以同样方式或在同一时间就巴勒斯坦被占领土的每一部分履行撤出该领土的义务。虽然“尽快”撤出的义务普遍适用于被占领土，但其履行可能会因被占领土特定部分的局势而有所差异。

格奥尔格·诺尔特(签名)

萨拉·克利夫兰(签名)

---

[原件：英文]

## 查尔斯沃思法官的声明

### 多重和交叉歧视——以色列的措施对妇女和儿童的歧视性影响

以色列有效控制巴勒斯坦被占领土的合法性——使用武力的法律依据——安全威胁与武装攻击之间的关系——自卫权——必要性和相称性。

1. 我同意法院对大会所提问题的答复。在本声明中，我将讨论《咨询意见》中的两个问题，我认为在这两个问题上需要进行更详细的说理。

### 一. 基于多项理由的歧视

2. 法院认为，国际法所禁止的歧视的实质是分属不同群体的人受到不合理的差别待遇(《咨询意见》，第 190-191 段)。法院指出，“巴勒斯坦群体的成员可能不会全都以同一方式遭受差别待遇，该群体的一些成员可能因多种理由受到差别待遇”(《咨询意见》，第 190 段)。重要的是要认识到，一个群体的个人成员可能以不同的方式和基于多种理由受到歧视。作为一个群体，巴勒斯坦人拥有同一个族裔，但他们也有许多不同的个人身份，例如，基于年龄、残疾和性别的身份。

3. 负责监测禁止基于具体理由进行歧视的各项条约之执行情况的联合国机构已经发现，侧重于单一歧视理由的做法具有局限性。例如，消除种族歧视委员会在其关于种族歧视与性别有关的方面的第二十五号一般性建议中指出，

“种族歧视并不总是同样影响或以同样方式影响妇女和男子。在某些情况下，种族歧视只影响或主要影响妇女，或以不同方式影响妇女，或对妇女的影响程度不同于男子。如果不明确承认妇女和男子在社会生活和私人生活方面的不同经验，这种种族歧视往往难以察觉。”<sup>148</sup>

4. 基于多种理由的歧视与交叉歧视的概念有关。交织性是指被禁止的歧视理由可能相互交叉并相互影响，将主宰和压迫制度交织在一起。消除对妇女歧视委员会将交织性概念解释为

“理解[《消除对妇女一切形式歧视公约》]第二条所载缔约国一般义务之范围的根本概念。以性和性别为由歧视妇女与影响妇女的一些其他因素息息相关，如种族、族裔、宗教或信仰、健康状况、年龄、阶级、种姓、性取向和性别认同等。以性或性别为由的歧视对这类群体中的妇女的影响程度或方式不同于对男子的影响。”<sup>149</sup>

<sup>148</sup> 消除种族歧视委员会，“关于种族歧视与性别有关的方面的第二十五号一般性建议”，《大会正式记录第五十五届会议补编第 18 号》，联合国文件 A/55/18 (Supp.) (2000 年 3 月 20 日)，附件五，第 1 段；另见消除对妇女歧视委员会，“关于《消除对妇女一切形式歧视公约》第四条第 1 款(暂行特别措施)的第 25 号一般性建议”，《大会正式记录第五十九届会议补编第 38 号》，联合国文件 A/59/38 (Supp.) (2004 年 3 月 18 日)，附件一，第 12 段。

<sup>149</sup> 消除对妇女歧视委员会，“关于缔约国在《消除对妇女一切形式歧视公约》第二条之下核心义务的第 28 号一般性建议”，联合国 CEDAW/C/GC/28 号文件(2010 年 12 月 16 日)，第 18 段。另见消除对妇女歧视委员会，“关于基于性别的暴力侵害妇女行为的第 35 号一般性建议(2017 年，更新第 19 号一般性建议)”，联合国 CEDAW/C/GC/35 号文件(2017 年 7 月 26 日)，第 12 段。

5. 多重或交叉方法揭示了这种情况下歧视的复杂性：具有巴勒斯坦身份但处境不同的个人可能有着不同的歧视经历。这种对歧视的多向度叙述承认“歧视的来源具有复合性，产生的各种影响相互强化”。<sup>150</sup> 这动摇了可以使用一个单一参照组的想法。如果被禁止的歧视行为只基于一个单一理由，则确定参照组相对简单，而当两个或多个理由交织时发生的歧视会增加组别比较的难度。

6. 法院收到的材料表明，存在一些基于多重理由的歧视，这些理由可能相互交织。例如，在讨论以色列的定居点政策时，法院指出，以色列对西岸水资源的管控做法是优先考虑向以色列定居点供水，而牺牲了巴勒斯坦社区的利益(《咨询意见》，第128-129段)。然而，报告没有进一步指出，一些巴勒斯坦社区的缺水对巴勒斯坦妇女和女童产生了特殊影响，因为她们需要更多的水来保持卫生和隐私。此外，她们还肩负着保障家庭用水的职责。<sup>151</sup> 包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和以色列问题独立国际调查委员会进一步指出，以色列的政策导致农业部门衰退，对巴勒斯坦妇女就业机会的影响格外严重。<sup>152</sup> 该委员会的总体结论是，以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法加剧了巴勒斯坦妇女的经济和社会脆弱性，对她们产生了普遍的歧视性影响。<sup>153</sup>

7. 法院还记录了东耶路撒冷居留证制度对巴勒斯坦人的歧视性影响(《咨询意见》，第195段)。法院认定，该制度在享受家庭生活权方面对巴勒斯坦人和定居者加以区分。法院还注意到，巴勒斯坦妇女往往依靠男性配偶获得居留身份，居留证制度对她们的影响特别大。但是，法院没有说明这种截然不同的影响有一个表现形式，详细记载于法院所依赖的资料来源中：巴勒斯坦妇女可能由于害怕被驱逐出境或与子女分离而继续在婚姻中遭受暴力或虐待。<sup>154</sup>

8. 这些情况表明，在巴勒斯坦被占领土上同时作为巴勒斯坦人和作为妇女，这两种身份如何相互交织，造成严重的不利处境。与几乎所有社会一样，巴勒斯坦妇女和男子在公共和私人生活方面遭遇不同，尽管这些领域之间并无固定界线，而且不可避免地被占领行为及其影响所塑造。性别动态通常导致男子更多地参与公共领域，而妇女则被指派承担照顾儿童、老人和家庭的首要职责。在这一背景下，联合国报告记录了以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法，其中一些在《咨询意见》中已有讨论，对妇女和女童的影响尤为严重。<sup>155</sup>

<sup>150</sup> European Court of Human Rights, *Garib v. The Netherlands* (App.no. 43494/09), Judgment of 6 November 2017 (Grand Chamber), dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Vehabović, para. 35 (已去除原文的着重标示)；另见 Inter-American Court of Human Rights, *I.V. v. Bolivia* (preliminary objections, merits, reparations and costs), Series C No. 329, Judgment of 30 November 2016, para. 247。

<sup>151</sup> “包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和以色列问题独立国际调查委员会的报告”，联合国 A/77/328 号文件(2022年9月14日)，第71段。

<sup>152</sup> 同上，第72-73段。

<sup>153</sup> 同上，第78段。

<sup>154</sup> 人权事务委员会，“关于以色列第五次定期报告的结论性意见”，联合国 CCPR/C/ISR/CO/5 号文件(2022年5月5日)，第44-45段；“执行人权理事会第 S-9/1 和 S-12/1 号决议：联合国人权事务高级专员的报告”，联合国 A/HRC/46/63 号文件(2021年2月11日)，第45段；经济、社会及文化权利委员会，“关于以色列第四次定期报告的结论性意见”，联合国 E/C.12/ISR/CO/4 号文件(2019年12月12日)，第40段。

<sup>155</sup> 例如，见消除对妇女歧视委员会，“关于以色列第六次定期报告的结论性意见”，联合国 CEDAW/C/ISR/CO/6 号文件(2017年11月17日)，第32(a)段；“以色列在包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土侵害巴勒斯坦人民人权的行：秘书长的报告”，联合国 A/78/502 号文件(2023年10月2日)，第56段。

9. 以色列的政策和做法在儿童问题上也产生了同样显著的影响。例如，根据以色列的居留证制度，居留证并不自动转给子女，<sup>156</sup> 并且，父母的居留证经常因各种原因而被吊销，《咨询意见》列出了这些原因（《咨询意见》，第 193 段）。虽然法院指出这一政策对居住在巴勒斯坦被占领土不同部分的家庭团聚产生了不利影响（《咨询意见》，第 195 段），但没有提到该政策导致成千上万的儿童无法与父母双方生活在一起。<sup>157</sup> 同样，正如《咨询意见》所提示的那样，以色列拆毁财产的做法对儿童造成的影响特别强烈（《咨询意见》，第 217 段）。<sup>158</sup>

10. 在其咨询意见中，法院只审查了它认为与以色列的定居和兼并政策及做法“密切相关”的立法和措施（《咨询意见》，第 181 段）。在分析这些措施对巴勒斯坦人的影响时，法院将巴勒斯坦人视为具有共同种族、宗教或族裔血统的群体（《咨询意见》，第 223 段）。虽然这是正确的，但这个侧重点掩盖了影响巴勒斯坦人日常生活的其他类型的歧视。

## 二. 以色列对巴勒斯坦被占领土实施有效控制的合法性

11. 在问题(b)中，大会请法院就以色列的政策和做法对“占领的法律地位”的影响发表意见。这一表述令人困惑，因为占领本身就是一种地位：它是一个国家对外国领土行使有效控制的一种事态，国际法对此有一系列具体规则（《咨询意见》，第 90 段）。因此，正如法院指出的，大会询问以色列占领的“法律地位”，其实是在询问，根据国际法，以色列的占领在性质上是合法还是非法。换言之，这是在问以色列对巴勒斯坦被占领土的有效控制——即以以色列在该领土的存在——有无有效的法律依据（《咨询意见》，第 82 段）。

12. 虽然我支持法院对这一问题的总体答复，但我认为，法院本应更充分地解释其推理过程如何得出以色列对巴勒斯坦被占领土的有效控制缺乏法律依据这一结论。

13. 《咨询意见》提醒我们，必须参照有关使用武力的规则来评估以色列对巴勒斯坦被占领土实施有效控制的合法性（《咨询意见》，第 251 段）。然而，《咨询意见》没有充分阐明这一点的理由或所涉问题。

14. 占领状态触发了一套具体规则即占领法的适用（见《咨询意见》，第 85 和 96 段）。但是，这并不意味着其他规则暂不适用。正如法院在一个不同情况下所指出的，国际人权法仍然适用于占领局势（《咨询意见》，第 99 段）。自决权也是如此（《咨询意见》，第 95 段）。

15. 更重要的是，占领的确立不会暂时停止有关使用武力的规则之适用。因此，占领国在任何时候都有义务遵守禁止使用武力的规定（《咨询意见》，第 109 段）。事实上，考虑到占领的性质，有关使用武力的规则在占领情况下尤其相关。占领内含于一国代替当地政府对外国领土行使有效控制的情形（《咨询意见》，第 90 段）。之所以有可能建立和维持这种有效控制，是因为占领国在被占领土上已经部署而且仍然能够部署其军事存在：这是一种由武力——无论是实际武力还是威胁使用武力——提供支持的权力。换言之，占领就其性质而言，涉及在外国领土上持续使用或威胁使用武力。因此，占领在任何时候都必须基于诉诸战争法所认可的使用武力理由。

<sup>156</sup> “以色列在包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和被占领的叙利亚戈兰的定居点：联合国人权事务高级专员的报告”，联合国 A/HRC/37/43 号文件(2018 年 3 月 16 日)，第 55 段。

<sup>157</sup> 儿童权利委员会，“关于以色列第二至第四次定期报告的结论性意见，在委员会第六十三届会议上通过(2013 年 5 月 27 日至 6 月 14 日)”，联合国 CRC/C/ISR/CO/2-4 号文件(2013 年 7 月 4 日)，第 29(a)段。

<sup>158</sup> 见“以色列在包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土和被占领的叙利亚戈兰的定居点：联合国人权事务高级专员的报告”，联合国 A/HRC/52/76 号文件(2023 年 3 月 15 日)，第 25 段。

16. 这个问题的另一面是，除了诉诸战争法所规定的使用武力的法律依据外，没有任何其他法律依据可被援用于占领目的。确定占领是一个事实问题，因此，它无法超越禁止使用武力的既定例外情形，为占领国提供更多法律依据以利其维持占领。因此，“安全关切”的存在不是维持占领的法律理由，实际上也不是确定占领的法律理由，除非它可以转化为使用武力的公认理由，例如自卫。<sup>159</sup>

17. 此外，由于有关使用武力的规则在整个占领期间仍然适用，因此，确定导致占领的使用武力是否合法既无必要，也不充分。使用武力的法律依据，也就是目前所论背景下占领的法律依据如今是否有效，才是重要问题。因此，我支持法院裁定不去确定以色列 1967 年使用武力的行为在当时是否有法律依据，因为没有必要。有鉴于此，我将审视以色列以占领巴勒斯坦被占领土的形式继续使用或威胁使用武力的可能法律依据，同时考虑到以色列的政策和做法。

18. 以色列对巴勒斯坦被占领土实行有效控制的依据不是安全理事会根据《联合国宪章》第七章授权的强制执行行动。从安全理事会 1967 年 11 月 22 日第 242 号决议开始，安全理事会若干决议的出发点都是以以色列占领巴勒斯坦被占领土这一事实性前提。<sup>160</sup> 然而，这些决议中没有任何内容暗示它们是根据第七章通过的，因而可以作为以色列为维持或恢复国际和平与安全而采取的制裁性强制措施。

19. 以色列对巴勒斯坦被占领土的有效控制也没有得到以色列和巴勒斯坦之间缔结的《奥斯陆协定》的认可。《奥斯陆协定》的目标是在以色列和《协定》所建立和承认的机构之间分配权力；其目的是补充适用的战时法律制度(见《咨询意见》，第 102 段)。然而，《奥斯陆协定》没有提及之所以发生占领的理由，也没有提及停止占领的理由。相反，根据《奥斯陆协定》的记载，缔约方在这些问题上的权利、主张和立场得到保留。<sup>161</sup>

20. 这就只剩一种可能性：以色列的占领构成《联合国宪章》第五十一条和习惯国际法规定的使用武力行使自卫权。使用武力进行自卫的前提是发生了对以色列的“武装攻击”，且以色列继续有效控制巴勒斯坦被占领土是对这种武装攻击的必要和相称反应。

21. 在本情况下适用自卫权可能会引起一系列其他法律问题，包括在面对不可归咎于外国的攻击或来自被占领领土内的攻击时是否可适用自卫权。<sup>162</sup> 但我认为没有必要在这里处理这些问题。于是，我将假定没有任何法律规则完全禁止以色列占领巴勒斯坦被占领土以回应对它的攻击。

22. 包括以色列在内的一些参与方提交的材料以及根据《程序指示十二》提交的一些文件都提到了以色列面临的安全威胁。令人遗憾的是，法院没有收到关于这种威胁的适当资料。无论如何，安全威胁的概念比武装攻击的概念更广泛。<sup>163</sup> 因此，尽管对以色列的安全威胁很可能是真实的，但仅凭这些威胁不足以成为使用武力的理由，除非这些威胁构成武装攻击(见上文第 16 段)。

<sup>159</sup> 见刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达)，判决，《2005 年国际法院案例汇编》，第 223-224 页，第 148 段。

<sup>160</sup> 例如见安全理事会 1973 年 10 月 22 日第 338 (1973)号决议；和安全理事会 2016 年 12 月 23 日第 2334 (2016)号决议。

<sup>161</sup> 《奥斯陆第二协定》，第三十一条，第 6 款。

<sup>162</sup> 见在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 194 页，第 139 段。

<sup>163</sup> 参看尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 117 页，第 224 段。

23. 在这方面值得回顾的是，根据习惯国际法，被占领土上的居民并不效忠于占领国，<sup>164</sup> 也不排除他们可以依照国际法使用武力抵抗占领。<sup>165</sup> 因此，巴勒斯坦被占领土上的人民诉诸武力抵抗占领的事实本身并不能成为以色列维持其占领的理由。此外，《咨询意见》认为违反国际法的政策和做法，例如维持定居点，不能成为以色列继续有效控制巴勒斯坦被占领土的合理理由。

24. 假定以色列是武装攻击的受害者，从而触发了自卫权，那么以色列以继续占领巴勒斯坦被占领土的形式使用武力，是否在自卫权的“严格范围”内？<sup>166</sup> 在这方面，必须铭记自卫的目的：即在安全理事会采取行动之前制止或击退武装攻击。因此，在自卫中使用武力是为了恢复武装攻击之前的状况。这一目的将合法自卫与旨在就造成的伤害而惩罚侵略者的措施区分开来。后一种措施构成国际法所禁止的武装报复。<sup>167</sup>

25. 必要性和相称性的法律标准在习惯国际法中已然确立，并在法院的判例中被确认为确保强制措施不超出自卫权范围的工具。<sup>168</sup> 必要性和相称性这两个概念具有足够的延展性，可以解释无穷无尽的各种情况，包括据说涉及一系列事件的累积且合在一起可能构成武装攻击的情况。这些法律标准可以客观、独立地加以评估，与声称采取自卫行动的国家的主观评价无关。<sup>169</sup> 因此，必要性和相称性标准非常适合于评估武装攻击受害者使用武力是否符合自卫目的。我认为，以色列政策和做法的三个方面，即强度、领土范围和时间范围表明，以色列维持其占领并不符合自卫行为的限定条件。

26. 以色列有效控制的强度或性质在《咨询意见》中有所体现。《咨询意见》指出，以色列利用其对巴勒斯坦被占领土行使有效控制这一事实作为对该领土实行永久控制的机会(《咨询意见》，第 261 段)。正如《咨询意见》详细讨论的那样，以色列吞并了大部分巴勒斯坦被占领土，并采取步骤吞并整个西岸(《咨询意见》，第 162-173 段)。这种行为违反了禁止强行获取领土的规定(《咨询意见》，第 179 段)。然而，除此之外，这种行为还否定了以色列有效控制巴勒斯坦被占领土是可被允许的使用武力进行自卫的主张。主张对外国领土实行永久控制与维护国家领土完整的目标相抵触，而这是自卫权的关键理由之一。使用武力吞并外国领土的国家不是在维护其领土完整，而是寻求扩张其领土，并以当地政府的利益为代价。此外，必要性和相称性之要求针对的是专为应对武装攻击所造成的具体威胁而采取的临时强制措施。当武装攻击正在进行时，依照必要性和相称性要求，采取的强制性措施须可根据攻击性质的不断变化加以调整并根据具体情况不断加以审查。相比之下，就其性质而言，吞并领土的意图则是永久性的。因此，在使用武力吞并外国领土时，占领国预计其部队所应对的武装攻击本身具有永久性，即该武装攻击将永续发生。

27. 以色列占领的领土范围和时间范围也削弱了以自卫为由证明占领合理的主张。正如《咨询意见》所指出的，以色列已将其有效控制扩大到整个巴勒斯坦被占领土，即巴勒斯坦人民行使自决权的全部领土(《咨询意见》，第 262 段)。此外，以色列将巴勒斯坦被占领土置于其控制之下已逾 57 年。当然，国际法没

<sup>164</sup> 见《海牙章程》第四十五条。另见《日内瓦第四公约》第六十八条第三款。

<sup>165</sup> 例如见大会 1982 年 12 月 3 日第 37/43 号决议，第 2 段。

<sup>166</sup> 见刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达)，判决，《2005 年国际法院案例汇编》，第 223 页，第 148 段。

<sup>167</sup> 见大会 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXV) 号决议，附件，第一项原则，第六段：“各国义务避免涉及使用武力之报复行为”。另见 Institut de droit international, “Régime des représailles en temps de paix” (Rapporteur N. Politis), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934, Vol. 38, p. 709, Art. 4.

<sup>168</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 103 页，第 194 段；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编(一)》，第 245 页，第 41 段。

<sup>169</sup> 见石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，判决，《2003 年国际法院案例汇编》，第 196 页，第 73 段。

有也不可能针对使用武力进行自卫(包括采取占领形式的自卫)设定绝对的地域限制和时间限制。此等限制须根据必要性和相称性之要求逐案确定。根据这些要求,只要武装攻击发生,就可以在发起武装攻击的领土上采取有针对性的行动,包括占领。然而,时间过得越久,武装攻击正在发生或确实继续发生的合理可能性就越小;继续占领整个外国领土是根据自卫权采取的必要且相称的应对措施合理可能性也就越小。当这种占领延伸到人民行使自决权的整个领土时,情况尤其如此。

28. 出于这些原因,我认为以色列继续有效控制巴勒斯坦被占领土缺乏有效的法律依据。当然,以色列和所有国家一样拥有进行自卫的固有权利,可以抗击针对该国的武装袭击。然而,无论是今天还是将来,以色列的自卫行动都必须在国际法限定的范围内进行,特别是必须符合必要性和相称性之要求——所有国家都是如此。

希拉里·查尔斯沃思(签名)

---

[原件：法文]

## 布兰特法官的声明

[译文]

同意法院的论证和结论——以色列违反了《消除种族歧视公约》第三条——种族分隔和种族隔离——演进解释——种族隔离的构成要件——在种族分隔或种族隔离下不可能实现人民自决权——为确保以色列和巴勒斯坦的和平与安全，必须停止违反国际法的行为。

1. 首先，要指出我完全赞同法院的论证和结论。但是，认为有必要来剖析《咨询意见》中与以色列在巴勒斯坦被占领土被控构成种族分隔或种族隔离的政策和做法有关的方面。

2. 在《咨询意见》第 229 段中，法院表示，“以色列的立法和措施在西岸和东耶路撒冷将定居者社区和巴勒斯坦社区几乎完全隔离，并有助于维持这种隔离”。法院得出结论认为，“因此”，以色列违反了《消除一切形式种族歧视国际公约》(下称《消除种族歧视公约》)第三条。

3. 以色列于 1979 年 1 月 3 日批准了《消除种族歧视国际公约》。《公约》第三条规定，“缔约国特别谴责种族分隔及‘种族隔离’并承诺在其所辖领土内防止、禁止并根除具有此种性质的一切习例”。

4. 我同意法院的结论，即以色列在巴勒斯坦被占领土内制造物理上和法理上的分离，违反了《消除种族歧视公约》第三条，该条禁止种族分隔和种族隔离。但是，由于《公约》没有给出这两个概念的定义，我认为有必要就此提出一些看法。

5. “种族分隔”的概念按这个用语的通常含义，再结合《消除种族歧视国际公约》的目标和宗旨来解释，指依照基于种族、肤色、世系或民族或族裔血统的标准，在法律上或事实上把人们分隔开来。

6. 至于“种族隔离”，在我看来，澄清其要件无疑是重要的，鉴于种族隔离做法的严重性，协议法和习惯国际法均规定予以禁止，且种族隔离罪被认为属于危害人类罪，而危害人类罪是一项强行法规范，创设了普遍权利和义务。

7. 我的观点是，法院本可以用演进条约解释来澄清这一罪行的要件。以前在解释条约文书时，法院曾采用过这种方式。在关于纳米比亚的《咨询意见》中表示：“铭记首先必须根据缔约方在缔结文书时的意图解释文书，但法院必须考虑”特定概念定义的演进性质，“不能不受后来法律发展的影响”(南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 31 页，第 53 段)。此外，在近期一起案件中，法院承认，就一项公约而言，“在解释其条款时”，特定缔约国的嗣后惯例和解释“具有相关性”(《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用(乌克兰诉俄罗斯联邦)，2024 年 1 月 31 日判决，第 93 段)。

8. 《消除种族歧视国际公约》于 1969 年 1 月 4 日生效后，有两项国际文书对种族隔离作出了界定，并将种族隔离确立为危害人类罪。它们分别是《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(下称《禁止种族隔离公约》)和《国际刑事法院罗马规约》(下称《罗马规约》)。以色列并非这两项文书的缔约方。

9. 然而，《罗马规约》有 124 个缔约国，《禁止种族隔离公约》有 110 个缔约国，其条约实践不容忽视。在我看来，对确定《消除种族歧视公约》所规定的种族隔离有什么要件，这显然构成了相关实践。我要补充的是，《禁止种族隔离公约》在《消除种族歧视国际公约》生效 7 年之后，于 1976 年 7 月 18 日生效，缔约国铭记《消除种族歧视国际公约》规定了禁止种族分隔和种族隔离做法的既有义务，这在《禁止种族歧视公约》

序言部分得到了明确回顾。此外，关于《罗马规约》所载的定义，虽然它是在个人刑事责任的框架内发展起来的，但我认为没有理由得出结论认为，就国家的国际责任而言，应当对种族隔离另作界定。

10. 《禁止种族隔离公约》规定，种族隔离罪指“为建立和维持一个种族团体对其他任何种族团体的主宰地位，并有系统地压迫他们，而作出的不人道行为”。《罗马规约》在第七条第 2 款第 8 项给出了种族隔离罪的定义，具体如下：“一个种族团体对任何其他一个或多个种族团体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在”。因此，这两个定义都有三个要件，分别是：

- (一) 物质要件，由实施不人道行为构成；
- (二) 情境要件，让一个种族团体对其他任何种族团体系统地实行压迫和统治的体制化制度；
- (三) 心理要件，要维持上述制度的意图。

法院本可以根据这两项文书所共有的三个要件来解释《消除种族歧视国际公约》第三条。国际法委员会确认了这一定义的相关性，在防止及惩治危害人类罪条款草案中逐字转述了《罗马规约》所载的、由上述三个要件构成的定义。应当指出，以色列国不反对这一界定。<sup>170</sup>

11. 我还要指出，《禁止种族隔离公约》第二条规定，这种罪行“应包括与……种族分隔和歧视类似的政策和做法”。于是，就带出一个问题：关于《消除种族歧视公约》第三条含义内的种族隔离，是必须将其解释为超出了种族分隔的范畴，还是应当将其看成是仅限于分隔做法。在本案中，法院认定，以色列在巴勒斯坦被占领土实施的歧视性做法造成了居民的实际隔绝(《咨询意见》第 227 段)。此外，以色列的定居点政策寻求通过将城镇和村庄相互隔离，使巴勒斯坦人民和领土支离破碎(《咨询意见》第 164 和 238 段)。有的参与方把它定性为“战略分解”。这显然构成种族分隔。法院在《咨询意见》第五部分中进一步指出，此外还实施了司法分隔，而且为了在被占领土上建立的以色列定居点和以色列国本身的利益，无数次侵犯巴勒斯坦人的权利。简言之，法院认定以色列违反了《消除种族歧视国际公约》第三条，但认为在本案中不必界定种族分隔和种族隔离的概念。

12. 不论如何，种族分隔或种族隔离制度使巴勒斯坦人民的自决权无从落实。有的参与方指出，该等政策和做法属于歧视性质，使自决的核心要素——平等、身份和尊严受到压制。

13. 此外，虽然我认为以色列的安全需求是正当的，但这并不能成为采取种族分隔或种族隔离政策和措施的理由。相反，要求尊重国际法(特别是国际法强制性规范)、人权和国际人道法，符合以色列的终极利益。长期占领、逐步定居、吞并被占领土、随之实行歧视性法律和措施，损害了巴勒斯坦的安全权利，而后者同样是正当的。惟有尊重国际法，才能给两个民族带来和平，给以色列和巴勒斯坦带来持久安全。正义、和平与安全刻不容缓。

莱昂纳多·布兰特(签名)

<sup>170</sup> 从各国政府、国际组织和其他实体收到的评论和意见，2019年1月21日，A/CN.4/726号文件，国际法委员会关于危害人类罪的条款草案——以色列的初步评论和意见，2018年11月30日，第5段。

[原件：法文]

## 戈麦斯-罗夫莱多法官的个别意见

[译文]

《咨询意见》对联合国的效力——巴勒斯坦的国家地位：国际法下要求满足的条件——承认自决权为国际法强制性规范(强行法)：从非法占领到第 1514 (XV)号决议所指的外国统治

1. 我完全赞同法院所作的下列全部认定：以色列在巴勒斯坦被占领土的继续存在是为非法；以色列有义务尽快结束其在巴勒斯坦被占领土的非法存在；以色列有义务立即停止所有新的定居点活动，并将所有定居者撤离巴勒斯坦被占领土，赔偿对巴勒斯坦被占领土内的所有有关自然人或法人造成的损害(见第 285(3)、(4)、(5)和(6)段)。我也支持法院的下列认定：所有国家都有义务不承认以色列国在巴勒斯坦被占领土的非法存在，不为维持以色列国在巴勒斯坦被占领土的继续存在提供援助或协助(见第 285(7)段)。最后，我完全同意：包括联合国在内的国际组织有义务不予承认；大会以及安全理事会需要考虑尽快结束以色列国在巴勒斯坦被占领土的非法存在所需的确切方式和进一步行动(见第 285(8)和(9)段)。

2. 《咨询意见》肯定符合预期，但我仍要强调，它对联合国在促进巴勒斯坦局势得到解决方面所发挥的作用产生了重要影响。当然，不该由法院来告诉大会如何重启和平进程、结束以色列-巴勒斯坦冲突，法院不无正确地提请大会和安全理事会注意自己肩负的责任(第 281 和 285(9)段)。法院必须鼓励联合国加倍努力。在关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询程序中，法院做到了这一点(《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 200-201 页，第 161-162 段)；在今天这份《咨询意见》中，法院也回顾了这一点(第 282 段)。但是，法院必须确保《咨询意见》能完全起效。换言之，联合国各政治机关必须能够根据国际法充分利用这一意见，寻求公正、彻底解决冲突的办法。

在此方面，把法院的论证从两个方面进一步展开，也许不无裨益。希望下文的分析能拓宽《咨询意见》的范围。

3. 第一个方面是巴勒斯坦的国家地位问题。在我看来，这不容置疑。第二个方面涉及将自决权定性为一般国际法强制性规范(强行法)。

## 一. 巴勒斯坦的国家地位

4. 《咨询意见》本该讲明巴勒斯坦的国家地位。在联合国决议中，有一个惯用表述：冲突的解决在于“两国解决方案”或“以色列和巴勒斯坦在公认边界内和平、安全、毗邻共处的两国解决方案”(例如见 A/RES/78/78<sup>171</sup> 和 S/RES/2735 (2024)<sup>172</sup>)。然而，使用这种措辞或法院在意见中采用的措辞(也即“实现[巴勒斯坦人民的]自决权，包括建立独立主权国家的权利，在两国安全、公认边界内与以色列国毗邻和平共存”(第 283 段))，似乎会使人们对巴勒斯坦今天作为一个国家存在产生怀疑，就好像这个国家得依靠为争取解决以巴冲突、实现公正持久和平而开展的谈判，在未来建成或形成，而未来最起码也是不确定的。这种措辞使一方(巴勒斯坦)与另一方(以色列)相比处于更加不平等的位置，从一开始就扭曲了二者之间所必须进行的谈判的基准。然而，正如不应当再质疑巴勒斯坦的存在，也不应当进一步讨论巴勒斯坦的法律人格，因为以色列必须与这个国家建立友好睦邻关系。“其建立独立和主权国家的权利”这个说法本身含糊不清，是全面落实巴勒斯坦人民自决权的又一个障碍，因为它间接助长了这样一种立场，即 1948 年 5 月 14 日以色列

<sup>171</sup> 可查阅 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/398/12/pdf/n2339812.pdf?token=pDhf7MarMvHKsz4oI6&fe=true>。

<sup>172</sup> 可查阅 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/165/11/pdf/n2416511.pdf?token=3HdqH2zaL2Oa0xOYpU&fe=true>。

列国宣告成立，这在某种程度上是针对不属于任何人的领土或无主地<sup>173</sup>作出的，毕竟阿拉伯国家拒绝了1947年大会第181(II)号决议中的联合国分治计划，而联合国作为托管国的权利于1948年5月15日其高级专员离任时终止，标志着英国对巴勒斯坦的委任统治结束。<sup>174</sup> 是否有必要回顾，在这一委任统治期间，巴勒斯坦拥有政府、警察、货币和法律，它们源自一个可追溯到1922年的“宪法”框架，尽管此类规定悉由联合国颁布？

5. 这股思潮如今在以色列代表极端宗教立场的政党中占据着主导地位，认为在巴勒斯坦被占领土大片土地上定居的做法合乎道理，原因很简单，这是神在计划中应许赐给亚伯拉罕及其后裔的土地。于是，自1967年以来，不再称西岸为西岸，而是使用《圣经》中犹地亚和撒马利亚这样的地名。

6. 当然也可以说，大会和安全理事会的许多决议都暗示了巴勒斯坦的国家地位，因为它们建议冲突的解决应当以“两个国家”的存在为基础。

但是，以色列已经并继续尽其所能搁置了自己在1947年分治计划(也即以色列宣布独立的依据)以及1993年和1995年奥斯陆协定下所作的承诺。如果占领国不接受巴勒斯坦的法律人格，声称《日内瓦第四公约》不适用于巴勒斯坦被占领土，而且还质疑该领土被占领的状态，那么和平进程就可能走样。在我看来，企图使巴勒斯坦隐没，甚至否认其存在，进一步对巴勒斯坦人民的自决权造成了阻碍。更糟糕的是，这种否认显然与16世纪征服美洲的主要人物所持论点遥相呼应。当时的知名人士弗朗西斯科·维多利亚驳斥了该等论点，拒绝接受由于居住者尚未开化，可以把新大陆视为无主地这种说法。<sup>175</sup> 对维多利亚和巴托洛梅·德拉斯·卡萨斯而言，在西班牙人觊觎的土地上，土著居民才是真正的主人。<sup>176</sup>

因此，如果法院明确表示巴勒斯坦国的存在是国际法所确立的，就会有所帮助。法院对巴勒斯坦人民曾经这样做过，表示巴勒斯坦人民的存在“不再是争论中的问题”，而且“在1993年9月9日巴勒斯坦解放组织(巴解组织)主席亚西尔·阿拉法特先生与以色列总理伊扎克·拉宾先生的换函中，以色列已承认这种存在”(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(一)》，第182-183页，第118段)。<sup>177</sup> 不要忘记，巴勒斯坦权力机构根据前述奥斯陆协定确立了对加沙的管辖，哈马斯于2007年6月接管这块领土是巴勒斯坦内部问题，并不导致任何主权的让渡，因为以色列已经在2005年从这一部分巴勒斯坦被占领土撤出，同时保留了对这部分领土的有效控制(第93和94段)。不能将上述情况理解

<sup>173</sup> 关于无主地的概念，见西撒哈拉，咨询意见，《1975年国际法院案例汇编》，第38-39页，第79-80段。

<sup>174</sup> 见2022年5月经修订的2018年7月《基本法：以色列作为犹太民族国家》中基本原则1(a)，其中宣布“以色列土地是犹太民族的历史家园，以色列国在此建立”。该法中基本原则1(c)还规定，“在以色列国实现自决权为犹太民族所专属”[原文无着重标示]。英文本可查阅：<https://main.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawNationState.pdf>。另见以色列第四任总理果达·梅厄的声明，她声称“有种说法是巴勒斯坦原来有巴勒斯坦民族，我们来了，把他们赶了出去，还夺走了他们的国家。实情并非如此。他们并不存在”，可查阅<https://www.jewishvirtuallibrary.org/golda-meir-quotes-on-israel-and-judaism>。另见《The New York Times》，“A talk with Golda Meir”，她重申了自己立场：“从来就没有巴勒斯坦国”，可查阅<https://www.nytimes.com/1972/08/27/archives/a-talk-with-golda-meir.html>。最后，见定居点和国家使命部部长奥里特·斯特鲁克最近在以色列议会的讲话。她说，“没有所谓巴勒斯坦人，没有这种人”，可查阅<https://x.com/MiddleEastEye/status/1760273162976059627>。

<sup>175</sup> M. Rodríguez Molinero, *La doctrina colonial de Francisco de Vitoria o el derecho de la paz y de la guerra. Un legado perenne de la escuela de Salamanca*, Librería Cervantes, Salamanca, 1993, pp. 55-68.

<sup>176</sup> G.C. Marks, “Indigenous Peoples in International Law: the significance of Francisco de Vitoria and Bartolomé de Las Casas”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 13 (1991), pp. 35-51.

<sup>177</sup> 在这方面，应当回顾，以色列在1948年5月14日《独立宣言》中表示，“准备与联合国机构和代表合作，执行大会1947年11月29日决议”，即分治计划，其承认犹太人和巴勒斯坦人两个民族的存在，并规定建立两个国家即“阿拉伯独立国、犹太独立国及耶路撒冷市特别国际政权”(见A/RES/181(II)乙，第三段)。

为巴勒斯坦人民的自决权已完全实现。正如法院所指出的，这个权利一直并继续遭到以色列的侵犯。然而，说这一权利包括建立主权和独立国家的权利，其效果充其量不过是将之降格为一项尚在萌芽状态的权利(见第 237 和 283 段)。

7. 在此方面，可以看到，巴勒斯坦全国委员会根据上述第 181 (II)号决议<sup>178</sup>于 1988 年 11 月 15 日宣告建国，巴勒斯坦的国家地位对绝大多数国家来说是一个现实，因为大会 1988 年 12 月 15 日第 43/177 号决议已经予以承认。2012 年，大会第 67/19 号决议为巴勒斯坦赋予了联合国非会员观察员国地位，而巴勒斯坦权力机构作为巴勒斯坦人民的代表，自 1993 年以来一直在巴勒斯坦领土的特定地区行使权力。

8. 最近，大会于 2024 年 5 月 1 日根据第 76/262 号决议，<sup>179</sup>就美国于 2024 年 4 月 18 日在安全理事会投否决票一事进行了辩论。S/2024/312 号决议草案由阿尔及利亚提交，建议接纳巴勒斯坦国加入联合国。尽管 12 个成员国支持、联合王国和瑞士弃权，但因美国投否决票，该决议未获通过。在辩论期间，美国声明，所涉投票并不说明美国反对巴勒斯坦的国家地位，而是承认这只能来自双方的谈判(见大会，就美国否决阿尔及利亚所提关于接纳巴勒斯坦国为联合国会员国的决议草案进行的辩论，第七十八届会议，第 74 和 75 次全体会议)。应当回顾，法院在关于根据宪章第四条接纳国家成为联合国会员国的条件的《咨询意见》中就这一问题作出了裁判，法院在案中认定：

“联合国会员国依《宪章》第四条在安全理事会或大会上以投票方式就接纳一国为联合国会员国表明态度时，在法理上无权以未经该条第一项明文规定之事项为同意该国入会之条件”(接纳国家成为联合国会员国的条件(宪章第四条)，1948 年咨询意见，《1947-1948 年国际法院案例汇编》，第 65 页，执行部分第 1 段)。

9. 大会执行了这一意见，于 1952 年 2 月 1 日通过了题为“申请国入会问题及申请国提出证据以证明该国符合宪章第四条所载条件之权利”的第 506 (VI)号决议，其中规定，联合国在判断是否接纳某个国家时，

“应以事实为根据，如：与其他国家维持友好关系、履行国际义务、该国过去与现在愿意以国际法所确立之和平方法解决国际要求或争议之情形”，

不得附带任何其他条件(A/RES/506 (VI) A)。巴勒斯坦完全符合该等条件。

10. 上述 S/2024/312 号决议草案未获通过。之后，大会于 2024 年 5 月 10 日以 143 票赞成(即三分之二的会员国)，通过了第 ES-10/23 号决议。根据此项决议，大会决定给予巴勒斯坦作为观察员国的权利，并强调“深信巴勒斯坦国完全符合《宪章》第四条规定的联合国会员国资格”。

11. 2015 年 1 月 2 日，巴勒斯坦国加入《罗马规约》。2018 年 5 月 22 日，巴勒斯坦决定将当地情势提交国际刑事法院。此后，检察官邀请国际刑事法院就其在巴勒斯坦的属地管辖权范围发表意见。2021 年 2 月 5 日，第一预审分庭作出裁定，认为国际刑事法院可以对有关情势行使刑事管辖权，并认定其属地管辖权延伸至加沙和西岸，包括东耶路撒冷。<sup>180</sup>诚然，国际刑事法院谨慎地指出，根据自身任务授权，其无法就巴勒斯坦的国家地位发表意见，但这一裁定证实，依照国际法，只能将巴勒斯坦作为一个国家对待。

<sup>178</sup> 见 Palestinian Declaration of Independence, Algiers, 15 November 1988。

<sup>179</sup> 第 76/262 号决议要求大会每次在安全理事会成员投否决票阻止通过决议草案后十个工作日内召开会议(A/RES/76/262)。

<sup>180</sup> International Criminal Court, *Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine'*, ICC-01/18, 5 February 2021, p. 55, para. 118.

12. 上述情况都有助于强化这样一种观点，即巴勒斯坦是一个有能力履行《宪章》所载义务的国家实体。在这方面应当指出，联合国的历史表明，即使尚未完全具备国家地位，也可以被接纳为会员国，印度就是这种情况。<sup>181</sup> 在很长一段时间里，对某个微型国家是否符合在国际法下被认定为国家的所有标准，以及该国能否被联合国接纳存在疑问，理由是该国的领土面积积极小，而且重要的主权权力被移交给另一个国家行使。<sup>182</sup> 最终，所有提出申请的国家都加入了联合国。

13. 如上所述，我相信必须将巴勒斯坦视为国际法下的一个国家。1933 年蒙得维的亚《国家权利与义务公约》从 1934 年 12 月 26 日开始生效，在第 1 条中规定，“国家作为国际法下的人应当具备下列所有条件：a) 常住人口；b) 界定的领土；c) 政府；d) 与别国建立关系的能力”。巴勒斯坦对整个巴勒斯坦领土缺乏有效控制，这个问题毫不减损巴勒斯坦符合《蒙得维的亚公约》所规定的国家认定标准这一事实。一个国家对其部分领土缺乏控制对自身国家地位没有直接影响。已故的詹姆斯·克劳福德似乎确认，1993 年之后，根据奥斯陆协定，在所有众所周知的限制条件下，西岸所谓 A 区和 B 区的一些领土控制权移交给了巴勒斯坦权力机构。<sup>183</sup> 此外，他主张国际法中没有任何规则对国家领土的最小面积作出规定。<sup>184</sup> 就一个国家而言，即使另一个国家对其领土提出声索，该国也可以存续，不会在失去对部分领土的控制时灭失。<sup>185</sup> 巴勒斯坦国的存在不应当受到质疑，其被接纳为联合国正式会员国的可能性也不应当受到质疑。这位杰出的澳大利亚法学家在分析的末尾提出了一个十分中肯的思考，我认为法院本该从中得到启发：

“在某个阶段，如果不实施某个本应实施的行为会对另一方造成严重损害，从国际法上就可能有可能理由将该行为视为已经实施。一国不能以自己的不法行为来逃避其国际义务的后果，这一原则可以有崭新的应用。不妨想象这样一种情况，国际社会有权认为某片领土上存在着一个新的国家，尽管事实并非如此”。<sup>186</sup>

14. 此外，应当回顾，一个国家的存在并不取决于其他国家或任何国际组织的承认。一国对另一国的承认只具有宣示效果。它不构成国家，也不缔造国家，而“只是表明承认国接受另一国的人格，以及国际法为后者规定的一切权利和义务”（上述《蒙得维的亚公约》第 6 条）。《美洲国家组织宪章》第 13 条确认了承认的宣示性质，规定：“国家的政治存在不依赖于其他国家的承认”。这一信念不仅仅限于区域国际法和学术界。随着非殖民化之后新的国家开始出现，马塞尔·西贝尔教授表示：

<sup>181</sup> 印度被认为是联合国的创始会员国，参加了 1945 年旧金山会议，尽管其直到 1947 年才获得独立。根据《联合国宪章》第四条的评注，“首先规定候选国必须是一个国家。然而，《宪章》没有给国家下任何定义”。但是，印度虽于 1947 年获得独立，却仍参加了 1945 年的旧金山会议，因为很显然“印度、乌克兰和白俄罗斯将被接纳为创始会员国，即便其作为主权国家的地位有待讨论，”（J.-P. Cot, A. Pellet and M. Forteau, *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Economica, Paris, 2005, p. 521）[书记官处翻译]。

<sup>182</sup> 例如，梵蒂冈城国或摩纳哥公国就是这种情况。前者的国际法律人格由罗马教廷根据 1929 年《拉特兰条约》行使，后者的若干国家权限至今由法国根据多项双边协定行使。

<sup>183</sup> J. Crawford, *The Creation of States in International Law (2<sup>nd</sup> Edition)*, Oxford Public International Law, 2007, p. 442.

<sup>184</sup> J. Crawford, “State”, in *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, para. 15.

<sup>185</sup> 同上，第 19 段。

<sup>186</sup> J. Crawford, *The Creation of States in International Law (2<sup>nd</sup> Edition)*, Oxford Public International Law, 2007, pp. 447-448.

“承认属于宣示性质，绝不赋予国际法律人格，由这一事实可以推断，拒绝承认的国家不能任意拒绝，否则可能违反国际法……承认属于宣示性质，不能赋予任何东西，由这一事实也可以推断，承认不能附带条件”。<sup>187</sup>

15. 然而，承认可强化一个国家的正当性及其在国际层面上采取行动的能力，这非同小可，巴勒斯坦的情况就是如此。事实上，大多数国家(迄今为止有 149 个)已经单方面承认巴勒斯坦为一个国家。此外，巴勒斯坦与 140 多个国家建立了双边关系，并加入了大约上百项多边公约。因此，我对法院在这方面过度谨慎并不理解。

16. 然而，法院本该展开讨论巴勒斯坦国整合与生存下去的问题。《咨询意见》原可以考虑到目前的局势，承认现在重要的是让巴勒斯坦国整合并生存下去，包括通过谈判解决边界问题，分享自然资源，以及难民回返和以色列就自身不法行为作出赔偿，而不是使用模棱两可的语言，让人们在巴勒斯坦国在国际法下的存在生疑。

17. 最后，法院应当把握这一《咨询意见》提供的机会，就巴勒斯坦的国家地位做出明确的声明。这一宣示可以让《咨询意见》完全起效，从而使两国在平等基础上，在尽可能好的条件下启动谈判，在下列方面不留任何引发质疑的余地：长期占领导致巴勒斯坦大片领土被吞并，但巴勒斯坦是国际法的完整主体，这个既有事实应当在法律上是确凿无疑的。

## 二. 作为强行法规范的自决权

18. 法院认为，“在像本案这样的外国占领案中，自决权构成国际法强制性规范”(第 233 段)。这项权利来自《联合国宪章》(第一条第二项、第五十五条和第五十六条，其中规定要发展以尊重人权和自决为基础的国际关系)。它从关于非殖民化的大会第 1514 (XV)号决议和第 1541 (XV)号决议的原则七中发展而来，这两项决议都可追溯到 1960 年。大会 1970 年第 2621 (XXV)号决议宣布，“一切方式及现象之殖民制度之再行继续为违反联合国宪章、准许殖民地国家及民族独立宣言及国际法原则之罪行”(A/RES/2621 (XXV))。

《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》大会是 1970 年第 2625 (XXV)号决议的附件，强调了自决权作为国际法基本原则的重要性。

19. 因此，人民自决权在很大程度上源自世界议会，也即联合国大会。在这方面，我认为值得去回顾一个仍然十分相关的问题，也就是联合国决议的法律价值。伟大的墨西哥法学家豪尔赫·卡斯塔涅达告诉我们：

“对具有广泛代表性的其他国际机关，没有任何根本理由说它在某一特定时期无法代表国际社会有效地表达自己认为属于国际法的内容……大会决议不创设法律，但可以权威地证明法律的存在”。<sup>188</sup>

20. 安东尼奥·戈麦斯·罗夫莱多则采用乔治·塞勒所珍视的双重功能概念，指出大会以决议的形式(决议在严格意义上具有建议地位)制造了一个国际法渊源。其权威性与习惯相同，但鉴于现代通信工具的速

<sup>187</sup> M. Sibert, *Traité de droit international public : le droit de la paix*, Dalloz, Paris, 1951, p. 192 [书记官处翻译]。

<sup>188</sup> J. Castañeda, “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 129, p. 317, 1970 [书记官处翻译]。

度非凡，它不必按照传统习惯的旧有速度来缓慢发展。在此基础上，他质疑，既然正是因为人类的法律良知，自决权才得到了承认和宣扬，怎么还能怀疑自决权是否来自国际法的真实渊源。<sup>189</sup>

关于强行法规范的识别，安东尼奥·戈麦斯·罗夫莱多还告诉我们：

“就我们而言，我们认为不可能为大会的所有决议都赋予强制法的性质……，这仅限于那些在某种程度上属于立法并涉及国际社会最高利益的决议……因此，大会决议不具备生成性渊源的地位……，而具备佐证性渊源的地位。例如，第 1514 (XV)号决议为这一判断提供了充分的证明。在 15 年(1945-1960 年)时间里，联合国绝大多数会员国都支持实现非殖民化、支持纳入人民自决权，大会决议无非是证实了一项既不乏长期实践、也不乏法律确信的“国际习惯”。<sup>190</sup>

21. 法院以前曾宣布，人民自决权是一项基本权利。其创设的义务从本质上牵涉到所有国家，因此具有普遍性(见东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)，判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 102 页，第 29 段；在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 199 页，第 155 段；1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019 年国际法院案例汇编(-)》，第 139 页，第 180 段)。法院在本程序中再次重申了这一点，并提到禁止以武力获取领土这项义务以及以色列根据国际人道法和人权法承担的特定义务为普遍义务(第 274 段)。

22. 虽然法院过去没有明确将自决权定性为强行法，但这一定性可以被推断出来，因为法院反复指明了违反自决权的法律后果，包括例如不承认或不协助维持非法情势的义务，以及合作终止这种情势的义务(例如见在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 200 页，第 159 段；1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019 年国际法院案例汇编(-)》，第 139 页，第 180 和 182 段)。法院在本诉讼程序中确定了这些后果，而且把它们与所涉权利和义务的本质和重要性关联起来，要求所有国家“不承认以色列在巴勒斯坦被占领土的非法存在所造成的局势具有合法性”，“不为维持以色列的非法存在所造成的局势提供援助或协助”(第 279 段，另见第 275 段)。然而，令人遗憾的是，法院没有直接在自决权具有强制性规范地位的认定与违反这一权利的后果之间建立联系。

23. 在这方面，法院结合普遍义务进行考虑，指明了侵犯自决权所引发的后果。内容与《国家对国际不法行为的责任条款》第 41 条第 1 款和第 2 款的规定相符。<sup>191</sup>

<sup>189</sup> A. Gómez Robledo, *El derecho de autodeterminación de los pueblos y su campo de aplicación*, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Undécimo Congreso, Madrid, 4-12 October 1976, p. 19.

<sup>190</sup> A. Gómez Robledo, “Le *ius cogens* international, sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 172 (III), pp. 174-177, 1981 [书记官处翻译]。

<sup>191</sup> 第 41 条：

“1. 各国应进行合作，通过合法手段制止第 40 条含义范围内的任何严重违背义务行为。

2. 任何国家均不得承认第 40 条含义范围内的严重违背义务行为所造成的情势为合法，也不得协助或援助维持该情势。”

国际法委员会在第 40 条的评注中指出，“其他一些规范的强制性似乎也已得到普遍接受”，“还应提到尊重自决权的义务”(国家对国际不法行为的责任条款及其评注，第 40 条的评注，《2001 年国际法委员会年鉴》，第 113 页，第 5 段)。国际法委员会还提到东帝汶案。在该案中，国际法院认定，“人民自决的原则……是当代国际法的基本原则之一”(东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)，判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 102 页，第 29 段)，国际法委员会认为，“从而产生了对整个国际社会的、允许和尊重这项原则行使的义务”(国家对国际不法行为的责任条款及其评注，第 40 条的评注，《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 2 部分，第 113 页，第 5 段)。

另见国家对国际不法行为的责任条款第 26 条：“违反一般国际法某一强制性规范规定的义务的一国，不得以本章中的任何规定作为解除其任何行为之不法性的理由”。国际法委员会在第 26 条的评注中指出，“已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止实行侵略、灭绝种族、奴役、种族歧视、危害人类罪行和酷刑，还有自决权”(国家对国际不法行为的责任条款及其评注，第 26 条的评注，第 85 页，第 5 段)。

24. 在此方面，不妨回顾：国际法委员会在关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案结论 19 中，讨论了严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所引发的具体后果，即合作的义务、不承认和不援助或协助维持严重违反这些规范所造成的情势的义务。<sup>192</sup> 国际法委员会还承认自决权带有强制性，将之列入了上述结论草案结论 23 的附件所载的一般国际法强制性规范非穷尽式清单。<sup>193</sup>

25. 促使自决权被视为上位规范的，恰恰是违反自决权所产生的法律后果，而不是自决权为普遍义务，普遍义务能产生起诉权，但不创设强制性规范这个事实。因此，法院尽管在这方面似乎还有所保留，但在本咨询意见中仍向前迈出了根本性的一步。

26. 广而言之，法院的意见源于对自决权在国际法中处于“核心地位”这项观察。应当指出，提及外国占领情况(第 233 段)的优点在于，把这个问题放到了《给予殖民地国家和人民独立宣言》的中心(第 1514 (XV)号决议)。《宣言》声明：“各民族之受异族奴役、统治与剥削，乃系否定基本人权，违反联合国宪章，且系促进世界和平与合作之障碍”。因此，长期的外国占领，比如本程序所审议的情势，就成为第 1514 (XV)号决议意义上的异族统治，于是有理由将自决权提升到国际法强制性规范的水平。

27. 此外，法院早就承认禁止灭绝种族和酷刑等规范是强行法(见刚果境内的武装活动(新请求书：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，管辖权和受理，判决，《2006 年国际法院案例汇编》，第 32 页，第 64 段，以及第 52 页，第 125 段)；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007 年国际法院案例汇编(一)》，第 111 页，第 161 段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，判决，《2015 年国际法院案例汇编(一)》，第 47 页，第 87 段；与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编(一)》，第 457 页，第 99 段。另见国家的管辖豁免(德

<sup>192</sup> 在上文提到的结论草案 19 的评注中，国际法委员会指出：

“虽然在关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见和关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见中，法院都没有明确提及一般国际法强制性规范(强行法)，但法院赋予合作制止严重违反行为之义务的规范以强制性”。

它解释说，“一般国际法强制性规范(强行法)和普遍义务之间存在大量重叠，因此，推断法院在这些判决中意指一般国际法强制性规范(强行法)并非没有根据”(见关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案及评注，结论草案 19 的评注，第 72 页，第 6 段)。

<sup>193</sup> 结论 23 (非详尽无遗的清单)

“在不妨碍其他一般国际法强制性规范(强行法)的存在或嗣后出现的情况下，本结论草案附件载有国际法委员会以前提到的具有这种地位的规范的非详尽无遗清单。

附件

- (a) 禁止侵略；
- (b) 禁止灭绝种族；
- (c) 禁止危害人类罪；
- (d) 国际人道法的基本规则；
- (e) 禁止种族歧视和种族隔离；
- (f) 禁止奴役；
- (g) 禁止酷刑；
- (h) 自决权”。

国诉意大利：希腊参加)，判决，《2012年国际法院案例汇编(一)》，第140页，第93段，法院在该等案件中论述了强行法与国家豁免规则之间的关系)。

28. 最后，通过将违反一般国际法强制性规范(强行法)的所有后果与以色列多次、持续侵犯巴勒斯坦人民自决权的行为联系起来，法院毫不含糊地表明了立场：

“当国际社会作为一个法治实体发展到一定阶段，就会用集体保障措施使那些被认为对维护国际社会价值观十分重要的规则得到尊重，从该等规则受到的重视来看，这是唯一合乎逻辑的结果。它顺应了人权法的演变”。<sup>194</sup>

在各种基本权利和义务所构成的当代国际秩序中，法院将自决权置于最高的位阶，充分肯定了自决权的意义和分量。这至关重要，应当时时处处对所有人重申。

法庭还赋予人民自决权以充分的价值论特性，视其为一个既反映又激发世界观的概念。

胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多(签名)

---

<sup>194</sup> J. M. Gómez Robledo, “L’avis de la Cour internationale de Justice sur les conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé”, *Revue générale de droit international public*, July-September 2005, No. 3, p. 534 [书记官处翻译]。

[原件：英文]

### 克利夫兰法官的个别意见

巴勒斯坦人民和以色列人民都有自决权——以色列缺乏对程序的参与——大会的要求只针对一方。

法院未能审查加沙长期存在的局势——意见的时间范围排除了以色列在加沙地带对 2023 年 10 月 7 日袭击的反应——诉诸战争法确定了以色列在巴勒斯坦被占领土存在的合法性——法院没有证实以色列在加沙的存在属于非法的结论——法院本应确定以色列对加沙的法律义务。

在禁止用武力取得领土的情况下的兼并涉及出于行使永久控制的意图使用武力控制外国领土——法院认定在东耶路撒冷和西岸违反了这一规定。

关于尊重自决权的义务是强制性规范的结论，应从外国征服和外来统治的角度加以理解——自决的普遍适用性为法院关于各国和联合国责任的结论提供了依据。

1. 大会在 1947 年第 181 号决议中提议将巴勒斯坦委任统治地分为犹太和阿拉伯两个国家，并预期在英国撤出后两个月内，迟于 1948 年 10 月 1 日建立这两个国家。1948 年 5 月，以色列接受分治提议，宣布独立。以色列于 1949 年被接纳为联合国会员国，其依据之一是以色列原则上接受在巴勒斯坦余下地区建立一个阿拉伯国家(大会第 273 (III)号决议)。1993 年，巴勒斯坦解放组织(巴解组织)宣布放弃暴力，承认以色列国及其在和平与安全中生活的权利。以色列进而承认巴解组织为巴勒斯坦人民的合法代表。

2. 根据大会的要求，法院意见将重点放在巴勒斯坦被占领土上的巴勒斯坦人民自决权长期遭到剥夺的问题上——这是可以理解的。法院认定，“由于以色列长达数十年的政策和做法，巴勒斯坦人民被长期剥夺自决权”(《咨询意见》，第 243 段)，我同意这一结论。然而，巴勒斯坦人民或以色列人民的自决权都没有得到充分实现。以色列人民也有自决权，包括政治独立、领土完整以及在公认边界内和平与安全地生活的权利。对以色列国及其人民的暴力攻击，以及其他国家——包括一些参与这些咨询程序的国家——拒绝承认以色列国的合法存在也侵犯了这一权利。巴勒斯坦人民和以色列人民在安全和公认的边界内和平生活的权利是确保区域和平的一个基本要素(联合国安理会第 242 (1967)号决议；安理会第 338 (1973)号决议；安理会第 1515 (2003)号决议；安理会第 2334 (2016)号决议)。

3. 令人遗憾的是，法院没有作出任何有意义的努力来解决以色列人民自建国以来所面临的自决权屡遭侵犯的问题。除了解决实现巴勒斯坦人民自决权目前所面临的各种令人震惊的障碍之外，我认为，在提出《咨询意见》时，法院有责任承认并更多地考虑到以色列及其人民目前面临的威胁。

4. 同样令人遗憾的是，以色列没有切实参与这些咨询程序。以色列向法院提交了一份五页、含附件的书面陈述。以色列选择不参加口头程序，尽管在这些程序开始之前，法院为以色列保留了三个小时的陈述意见时间——与分配给观察员国巴勒斯坦的时间相同，是分配给任何其他参与方的六倍。这是一个咨询程序，任何国家都没有义务参加，包括以色列。但是，以色列要是参与了口头程序的话，法院本可从中受益。相反，就算一国不参加，也不能阻止法院履行其答复咨询请求的责任。

5. 最后，令人遗憾的是，大会的要求只侧重于以色列对巴勒斯坦的行为，而不是侧重于以巴局势中所有相关行为体的政策和做法所产生的法律后果。在请求所涉期间，以色列及其人民根据国际法享有的权利也受到严重损害。只有承认和解决所有相关行为体所造成的伤害，才能成功解决以巴局势。

6. 话虽如此，我同意法院在法院所设定的问题框架内的大多数结论。除了我与诺尔特法官关于以色列在巴勒斯坦被占领土继续存在的合法性问题的联合声明外，我个别着墨，阐述我对法院处理加沙问题的路子、兼并概念和自决作为国际法强制性规范的看法。

### 一. 加沙问题

7. 加沙地带的局势几十年来一直是悲惨的，正如法院所指出的，现在是“灾难性的”和“毁灭性的”（《防止及惩治灭绝种族罪公约》在加沙地带的适用(南非诉以色列)，2024年5月24日命令，第28段）。然而，看不清从法院的意见中可以得出哪些关于以色列对加沙地带的长期行为的法律结论和实际结论。在本咨询意见中，加沙地带当前武装冲突的情况不在法院审理范围之内，而且法院确定的《咨询意见》的时间范围使法院的结论难以适用于加沙。我认为，法院也没有证实其结论，即以色列存在的非法性以及随之而来的撤出义务适用于加沙地带目前的局势。

8. 另一方面，法院可以而且应该处理关于以色列的责任以及以色列对加沙地带的政策和做法(这些政策和做法在2023年10月7日之前就已存在而且仍在继续)的合法性等其他问题。我将在下文中讨论其中一些问题。

\*

9. 关于《咨询意见》的时间范围，法院有意义地指出，“大会请求中设想的政策和做法不包括以色列在加沙地带针对哈马斯和其他武装团体2023年10月7日对其发动的袭击而采取的行为”（《咨询意见》，第81段）。随后，法院在答复大会的请求之前，强调了《咨询意见》的这一重要时间限制，重申其答复“以法院在上文提出的全部法律依据为基础，每项依据均应参照其他各项依据解读，同时考虑到法院对问题的属事、属地和时间范围的界定(第72至83段)”(同上，第284段)。这至少说明，《咨询意见》不涉及以色列对2023年10月7日袭击的反应以及由此在加沙造成的破坏性局势，也不论及当前的冲突可能会如何影响以色列与加沙地带业已存在并继续进行的军事接触的合法性。

10. 除此之外，《咨询意见》对加沙的论述很少。在第88至94段中确定适用的法律时，法院指出，以色列在2005年撤军后，继续对加沙地带行使其权力中的某些关键部分，包括“控制陆地、海域和空域边界，限制人员和货物流动，征收进出口税，以及对缓冲区实行军事控制”(第93段)。因此，《咨询意见》得出结论认为，占领法的某些方面继续适用于加沙地带，与以色列的有效控制程度相称(第94段)。然而，法院没有确定哪些义务在2005年之后继续对以色列具有约束力，也没有认定任何违反这些义务的行为。事实上，法院关于占领法继续适用于加沙地带的认定在法院的分析中没有发挥任何后续作用。

11. 法院未能确定以色列根据占领法对加沙继续负有哪些责任，也未能从中得出任何结论，这使得加沙在这一时期的地位以及以色列的相应义务处于极不确定的状态。

12. 法院对以色列定居点政策和兼并部分巴勒斯坦被占领土的详细讨论没有涉及加沙(《咨询意见》，第111-179段)。法院对“相关歧视性立法和措施”的分析指出加沙、西岸和东耶路撒冷之间的通行受到限制(同上，第202-203段)，但没有具体认定以色列针对加沙的政策和做法存在歧视。法院关于违反《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条的结论被明确限于以色列在东耶路撒冷和西岸的政策和做法(同上，第226段)。

13. 相比之下，法院对自决权的审议无疑适用于包括加沙地带在内的巴勒斯坦被占领土上的所有巴勒斯坦人。巴勒斯坦人民构成一个民族(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(一)》，第182-183页，第118段)，而巴勒斯坦被占领土“构成一个单一领土单位，其统一、

毗连和完整应得到保持和尊重”(《咨询意见》，第 78 段)。正如法院申明的那样，作为其自决权的一部分，巴勒斯坦人民有权维护其领土和人口的完整性，对其自然资源享有永久主权，有权自由决定其政治地位，并有权在整个巴勒斯坦被占领土上谋求经济、社会和文化发展(同上，第 238-241 段)。因此，由于以色列的非法行为而造成的对自决权的侵犯必然会阻碍在整个巴勒斯坦被占领土上享有这些权利，无论以色列的政策和做法发生在该领土的何处。

14. 最值得注意的是，加沙没有出现在法院关于以色列在巴勒斯坦被占领土的存在是非法的这一结论所依据的主要认定中。正如法院明确指出的，正是由于违反关于使用武力的规则，即诉诸战争法，占领国的存在才变成非法(《咨询意见》，第 251 和 253 段；另见诺尔特法官和克利夫兰法官的联合声明，第 7 段)。正如以色列在东耶路撒冷和西岸所做的那样，利用占领手段取得领土使这种存在变成非法，无论一国是否可能有任何自卫理由(诺尔特法官和克利夫兰法官的联合声明，第 8 段)。

15. 然而，所有让法院得出结论认为以色列的存在违反了关于使用武力的规则的情况都不适用于加沙地带。法院并没有认定以色列在加沙地带扩建了定居点和相关基础设施。事实上，以色列于 2005 年撤离了加沙定居点的定居者(《咨询意见》，第 68 和 114 段)。法院并没有提出以色列已兼并或试图兼并加沙地带，也没有论称以色列 2005 年至 2023 年期间在其他方面对加沙违反了禁止使用武力的规定。因此，法院的核心结论(以色列作为占领国的政策和做法违反禁止用武力取得领土的规定，因此排除了任何自卫理由)不适用于加沙。

16. 尽管如此，法院却试图用一个段落的篇幅将加沙纳入其结论，即基于巴勒斯坦被占领土的完整性，以色列在“整个”巴勒斯坦被占领土的存在是非法的(《咨询意见》，第 262 段)。

17. 然而，这一单独的段落并没有解释，在没有违反禁止用武力取得领土的规定的情况下，侵犯自决权如何使占领国的存在成为非法。它也没有解释这种侵权行为如何能以某种方式凌驾于以色列可能拥有的自卫权对加沙地带的任何合法行使之上。正如法院自己对加沙地带在 2005 年之后是否仍被占领这一问题的探讨所表明的，是否存在占领的问题需要对具体区域或领土的情况进行单独分析(《咨询意见》，第 88-94 段；另见刚果境内的武装活动(刚果民主共和国诉乌干达)，判决，《2005 年国际法院案例汇编》，第 230-231 页，第 174-178 段)。同样，如果不同区域的情况不同，则需要单独分析一国在外国领土上军事存在的合法性。合法性不是由领土统一原则决定的。因此，在领土的某部分使用武力合法，在另一部分则可能不合法。

18. 法院面前的一些资料可表明，以色列寻求对包括加沙地带在内的整个巴勒斯坦被占领土行使永久控制，以便利于逐步兼并部分领土和改变其人口特征，并阻挠建立巴勒斯坦国的权利。但是，法院没有作出这样的认定。法院没有得出以色列试图永久控制整个巴勒斯坦被占领土或加沙地带的结论。法院根本就没有讨论这个问题。在没有这一认定的情况下，要认定以色列在加沙地带的存在违反了诉诸战争法，本将需要以下结论：以色列在 2023 年 10 月 7 日之前在加沙地带的军事存在缺乏任何正当的自卫理由。这本将要求法院努力处理有关以色列使用武力保护其领土和人民的合法权利的范围的法律和事实考虑因素，而法院根本无意面对这些问题(在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 195 页，第 141 段)。

19. 法院限定的时间范围(《咨询意见》，第 81 和 284 段)也使法院关于以色列必须尽快撤出加沙地带的表述变得含义极为不清，而这一表述不知何故没有考虑到以色列对 2023 年 10 月 7 日袭击的反应所造成的情况。

20. 法院在审议加沙地带问题上保持沉默有可以理解的原因。大会 2022 年 12 月的请求请法院审查以色列的“定居点”、“兼并”和“相关”歧视性措施等政策及其对占领的法律地位的影响。这种框定就将视角主要对准了实行这些政策和做法的东耶路撒冷和西岸(2022 年 12 月 30 日第 77/247 号决议，第 18 段)。咨

询程序参与方提交的材料同样主要侧重巴勒斯坦被占领土的这些部分。2023年10月7日之后的加沙地带局势是在大会通过请求后出现的，也是法院难以审议的，因为它涉及正在进行的武装冲突，而且是法院正在审理的两项争端诉讼的标的。

21. 因此，基于上述理由以及我在与诺尔特法官的联合声明中提出的理由，我同意法院的答复，即“以色列国在巴勒斯坦被占领土的继续存在是为非法”（《咨询意见》，第285(3)段）。就东耶路撒冷和西岸而言，这是正确的。但是，我不同意法院确立了这一结论适用于“整个”巴勒斯坦被占领土（同上，第262段）。法院限定的时间范围，加上法院未能证实其关于加沙的诉诸战争法分析，使法院的这一特定结论不适用于加沙地带目前的局势。

\*

22. 尽管如此，我认为，法院至少可以而且应该更清楚说明以色列对加沙地带的长期悲惨局势的某些责任，但令人遗憾的是，法院没有这样做。

23. 首先，如法院所指出的，以色列2005年之前在加沙的定居点政策与目前在东耶路撒冷和西岸的政策“没有实质性区别”（《咨询意见》，第114段）。基于法院所述理由，《日内瓦第四公约》第四十九条禁止将占领国的人口移送至其所占领之领土（同上，第115-119段）。因此，今后任何试图在加沙地带恢复这一定居点政策的行为都将构成对这项禁止规定的“悍然违反”（联合国安理会1980年3月1日第465(1980)号决议；另见在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(-)》，第183-184页，第120段）。

24. 第二，关于以色列在2005年之后根据占领法对加沙承担的义务（见上文第10段），显然以色列没有对加沙地带的大部分日常政府行政行使有效控制，这一责任在2007年之后由哈马斯控制。因此，以色列总的来说没有行使必要的有效控制，没有进而产生例如1907年《海牙章程》第四十三条规定的维持加沙公共秩序的义务。尽管如此，法院本可以认定，以色列对加沙地带的海域和空域以及陆地过境点（与埃及共有（《咨询意见》，第89段））的控制以及对粮食进口、出口和在加沙海域捕鱼等活动实行的严格限制（违反以色列根据《奥斯陆协定》所作的承诺），除其他外引起《日内瓦第四公约》第五十五条规定的“保证居民之食物与医疗供应品”的义务和该公约第五十九条规定的便利人道主义救济的义务的诸方面。

25. 法院本还可以审议以色列限制出入措施的一些方面是否侵犯了加沙地带巴勒斯坦居民的经济和社会权利以及其他人权。此外，在任何情况下，与正当自卫权不成比例的军事力量的任何使用，都违反诉诸战争法；任何导致与预期军事优势不成比例的平民伤害的使用武力行为，都违反战时法。

26. 最后，我认为法院的意见清楚表明，如果以色列利用其占领国地位试图对包括加沙地带在内的整个巴勒斯坦被占领土行使永久控制，它将违反诉诸战争法。这种使用武力的做法还将进一步加剧对巴勒斯坦人民自决权的侵犯。

27. 对加沙的所有这些义务仍继续存在。

## 二. 兼并的概念

28. 大会从“兼并”的方面设定问题(a)的一部分也许是件憾事。国际法以《联合国宪章》第二条第四款和习惯法为形式禁止通过威胁使用或使用武力“取得领土”。因此，关键问题是，什么行为构成可导致占领国行为违反这一基本准则的非法“取得”领土行为。在这个意义上，“兼并”可被（错误）理解为涉及对某一领土宣示正式主权或将外国领土并入一国自己的领土——这两种行为都不是违反禁止用武力取得领土

规定的必要条件。法院有时似乎将兼并等同于并入，这可意味对这一禁止规定的非必要限制(例如，见《咨询意见》第 158 段，将兼并定义为“并入占领国领土”；第 170 段，其中指出“以色列还采取措施将西岸并入其领土”)。

29. 虽然本程序的许多参与方论称，至少部分巴勒斯坦被占领土已被兼并，但很少有参与方讨论这一概念的含义。不过，日本在其呈件中详细阐述了强行取得领土的问题，指出该原则包括“通过强制措施建立对领土的控制”，加上“永久占有该领土的意图”。<sup>195</sup> 日本还认为，这一禁止规定适用于“任何单方面企图以武力或胁迫手段改变和平确立的领土地位的行为”。

30. 法院的主要推理与这一思路是一致的。法院明确指出，禁止用武力取得领土的规定实质上涉及出于行使永久控制的意图使用武力控制外国领土。因此，法院认为，兼并“的预先假定是占领国有意对被占领土实行永久控制”(《咨询意见》，第 158 段；另见第 159 和 161 段)。法院没有将“兼并”限于宣示正式主权或并入的情况。因此，法院得出结论认为，以色列在巴勒斯坦被占领土大部分地区、特别是东耶路撒冷和西岸的政策和做法“旨在无限期实行，并在当地造成不可逆转的影响”(同上，第 173 段)。换句话说，它们的目的具有永久性。这种行为违反诉诸战争法禁止用武力取得领土的规定。

### 三. 自决作为一项强制性规范

31. 法院首次宣布，自决权是一项国际法强制性规范。在这样做时，它指出，“在如本案这样的外国占领案中，自决权构成国际法强制性规范”(《咨询意见》，第 233 段)。遗憾的是，法院没有解释“在如本案这样的外国占领案中”的含义，也没有解释这一提法与国际法强制性规范概念的关系。

32. 自决权是基本权利。从其全面阐述来看，它也是一项宽泛和不确定的权利，既有外部方面，也有内部方面。自决的外部方面在非殖民化背景下人民免于外国征服和外来统治的权利方面得到了最广泛的阐述(大会 1960 年 12 月 14 日第 1514 (XV)号决议，第 1 段)。在这一背景下，自决可被最明确地确认为一项强制性规范。

33. 我认为，在提到“在如本案这样的外国占领案中”时，法院的侧重点是以色列占领的特征，这些特征可能类似于外来统治的情况。这些特征包括长期占领的情况，其特点是通过永久控制进行兼并，同时在长达数十年的时间里压制自决。根据定义，任何外国占领，无论多么合法，都可能涉及暂时剥夺自决权的某些方面。因此，通过使用“在如本案这样的外国占领案中”的表述，法院意在表明，正是以色列长期占领的具体特点使其类似于外国征服和外来统治的情况，这即涉及作为一项强制性规范的自决权。

34. 法院几十年来一直确认，自决权是《联合国宪章》的一项基本原则，也是一项基本人权，并引起普遍适用的义务(西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 31-32 页，第 55 段；东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)，判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 102 页，第 29 段；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 171-172 页，第 88 段和第 199 页，第 155 段；1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019 年国际法院案例汇编(-)》，第 131 页，第 144 和 146 段和第 139 页，第 180 段)。法院在本案中还侧重于该规范的普遍适用性。事实上，在讨论以色列违反国际法所产生的法律后果时，法院利用了所述义务作为“普遍适用”义务而不是国际法强制性规范的性质和重要性。正是根据这些规范作为“所有国家的关切”的普遍性质，法院确定了各国和联合国的责任(《咨询意见》，第 274 和 280 段)。我认为，这种做法是正确的，符合法院先前的判例法。

<sup>195</sup> 援引 Rainer Hofmann, “Annexation” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (January 2020) and Coleman Phillipson, *Termination of War and Treaties of Peace* (EP Dutton 1916), p. 9.

35. 换句话说，法院在分析中并不需要宣告自决构成国际法强制性规范，也不是因为这个原因采用了这一宣告。法院作出这一宣告是因为它认为这一声明在法律上是正确的。

\*

36. 2023年10月7日，加沙地带事实上的管理当局哈马斯与其他武装组织一道暴力袭击了以色列及其公民。相比之下，观察员国巴勒斯坦向联合国大会，并通过请求发表本咨询意见的方式向法院，提出申诉。巴勒斯坦据此寻求联合国机构协助，根据《联合国宪章》和法院的任务授权以及联合国所有会员国的义务，和平解决争端，维护国际和平与安全。

37. 在其咨询意见的结尾，法院确认

“按照安全理事会和大会各项决议的设想，实现巴勒斯坦人民的自决权，包括建立独立主权国家的权利，在两国安全、公认边界内与以色列国毗邻和平共存，将有助于区域稳定和所有国家的安全”（第283段）。

38. 我希望，法院的《咨询意见》能够被理解为有助于实现这一崇高目标。

萨拉·克利夫兰(签名)

---

[原件：英文]

## 特拉迪法官的声明

巴勒斯坦被占领土的局势不是双边争端——以色列的政策和做法违反国际法强制性规范——以色列的安全关切不能凌驾于其国际法律义务——以色列的政策和做法可定性为种族隔离——联合国有关义务在出现不遵守情况时考虑进一步措施和方式。

### 一. 导言和背景

1. 我对法院《咨询意见》执行条款的所有段落都投了赞成票，总的来说，我对结果感到满意。鉴于法院裁定过程的集体性质，推理并不总会尽可能地清晰，但这不应削弱《咨询意见》在继续寻求中东和平方面的总体意义。在本声明中，我想讨论《咨询意见》中值得澄清的某些要点。

2. 有人可能质疑《咨询意见》的主要结论，即以色列在巴勒斯坦被占领土(“被占领土”)的继续存在是非法的，因此，以色列必须终止其存在。在这种情况下，可能受到质疑的是，以色列违反国际法的行为是否必然导致以下结论：以色列的存在是非法的，因此以色列必须撤出被占领土。诚然，违反国际法某些规则这一事实本身并不总会造成这种存在本身的非法性。然而，《咨询意见》所表明的是，以色列违反行为的严重性和规模以及所违反的规则的性质，使得关于以色列存在目的的任何借口都站不住脚，使本可能是基于占领的合法存在变为非法存在，因为这种存在显然构成对禁止用武力取得领土和剥夺自决权的国际法基本规则的明显违反。

3. 导致法院得出结论的不仅是被违反的规则的根本性质或违反行为的恶劣程度，而且是尽管多个机关和实体一再呼吁停止违反行为，但违反行为仍在继续，而且实际上愈演愈烈。违反行为的严重性和规模，实际上是剥去了皇帝的新衣，使真相暴露无遗；它表明，所讨论的情况中没有任何因素可以将其辩解为临时占领。这根本就是兼并，侵犯了巴勒斯坦人民的自决权，违反了禁止用武力取得领土的规定。换言之，从提交法院的事实来看，以色列显然以占领为幌子，掩盖其违反国际法某些基本原则的行为。这就是我对法院提到的以色列“持续滥用其占领国地位”的理解。<sup>196</sup>在这种情况下，任何暗示以色列的非法行为在某种程度上不影响其存在的合法性的顽固说法，都会给以色列在被占领土的存在披上合法的外衣，我认为这是完全不可理解的。

4. 另一方面，许多人将赞扬《咨询意见》——这是理所当然的，因为它确认以色列在巴勒斯坦被占领土上的存在是非法的，以色列有义务撤出该领土。然而，鉴于 2004 年隔离墙案《咨询意见》以及大会第 77/247 号决议提出的问题的措辞，这一结论不应令人感到丝毫意外——大会第 77/247 号决议确定了特别重要的规则，即自决权、国际人权法规则(特别是禁止歧视的规则)、禁止用武力取得领土的规定和国际人道法基本规则，用于评估以色列的政策和做法。正如我将在下文继续阐述的那样，严重违反这些国际法基本规则的行为几乎不可能导致不同的结论。在大多数法律问题上，即使存在客观上正确的法律立场，也会有观点不同的立论和反驳。然而，关于被占领土的情况是国际法中少数几个案例之一，在其中难以找到支持以色列长期占领巴勒斯坦领土及对巴勒斯坦人民的压迫、反对巴勒斯坦自决权的法律和政治论点。即使在目前的程序过程中，除了赞比亚和斐济这两个国家之外，可以说是“站在以色列一边”的国家都采取了明确的程序性立场，论争管辖权问题，敦促法院要么不行使管辖权，要么限制管辖权。但是，鉴于清楚的事实和法

<sup>196</sup> 《咨询意见》，第 261 段。

律现状，没有几个国家似乎愿意辩称以色列没有违反大会所提问题中提到的规则和原则。从这个背景来看，法院关于存在严重侵犯自决权和违反禁止用武力取得领土规定的行为的结论并不令人惊讶或令人震惊。

5. 在本声明中，我想谈谈在这些咨询程序中出现的五个问题，我认为有必要对这些问题作进一步分析。首先，我感到不安的是，在这些程序中，一些参与方提出论点，试图将以色列的占领及其后果描述为以色列和巴勒斯坦之间的双边争端(见下文第二节)。法院只是简短地论述了这一问题，因此错失了一个重要的规范机会。在这方面，我还将讨论的问题是法院过度纵容关于其决定不回应咨询意见请求的酌处权的论点，特别是当请求来自大会或安全理事会时。第二个问题，或许也是对我来说最重要的问题，是自决权及其作为强行法的地位(见下文第三节)。第三，我将解释为什么我认为法院认定以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法构成种族隔离是正确的(见下文第四节)。第四，法院没有直接和全面处理以色列的安全关切问题，而我完全理解这一决定。尽管如此，由于以色列的安全关切是其政策和做法的大部分理由的核心，有必要就这些关切说几句，我将在本声明中这样做(见下文第五节)。第五，关于以色列违反行为对联合国造成的后果，法院指出，联合国应考虑“尽快结束”以色列在被占领土的非法存在“所需的确切方式和进一步行动”。<sup>197</sup> 虽然这一结论是正确的，但我认为，法院本应描述联合国应考虑采取的更具体的行动，以结束以色列在被占领土的非法存在，并使以色列遵守国际法规定的义务。我将就联合国可能考虑采取的促进巴勒斯坦自决权和法院咨询意见一般规定的遵守情况的具体行动提出一些想法(见下文第六节)。

## 二. 巴勒斯坦问题不是双边争端

6. 本程序的所有参与方都已接受，法院拥有发表所请求的咨询意见的管辖权。然而，有些参与方认为，法院不应行使其管辖权，所使用的请求法院不行使其管辖权的法律术语是，法院拥有酌处权，即使法院拥有管辖权，也应行使酌处权拒绝就这一问题发表意见。在本程序中，为法院如此行使其酌处权而提出的理由有几个。除了本节将讨论的理由，即该问题涉及双边争端之外，还有参与方说，发表的任何意见都对大会没有帮助；会破坏政治和平进程；会破坏联合国安全理事会的作用；法院没有足够的资料来发表意见；问题的提法有失偏颇。这些理由基本上取自法院的判例。

7. 我无意逐一论述。然而，我想就据称法院有拒绝发表意见的酌处权提出一般性的一点。根据现在已成为法院判例并得到法院本咨询意见进一步巩固的规定，如果有令人信服的理由，法院有决定不行使咨询管辖权的酌处权。这一判例，至少在口头上，表明这种酌处权是不受约束的。<sup>198</sup>

8. 不行使有效确立的管辖权的酌处权这一概念现已牢固地成为法院判例的一部分，几乎不可能被取代。<sup>199</sup> 因此，对于今后的每一项咨询意见，法院将继续复述和公式化地重复这些理由，并解释为什么这些理由不适用于该特定案件，白白浪费造纸的树木，对我们的气候造成不利影响。我认为，无论法院可能拥有何种酌处权，其范围都是极其狭窄的，狭窄到法院不应再像过去那样纵容有关酌处权的论点。法院本身在许多案件中也承认，拒绝提供咨询意见的酌处权范围很窄——法院在这些案件中指出，其答复有关发表

<sup>197</sup> 《咨询意见》，第 285(9)段。

<sup>198</sup> Georges Abi Saab, “On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice” in Laurence Boisson de Charzoune and Philippe Sands (eds) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge University Press 1999), at 37; 另见 Gleider I Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function* (Oxford University Press 2014), p. 78。

<sup>199</sup> 郑重声明，我同意阿比·萨阿卜教授的观点(同上)，即将这一判例建立在东卡累利阿地位案咨询意见(《1923 年常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 5 号)之上是错误的，因为仔细阅读法院的意见就会发现，它所关注的不是“酌处权”，而是它是否拥有管辖权(依据是国际联盟理事会缺乏权限)。但过去的事情已经过去了，我们只能接受这一错误观点。

咨询意见的请求，“代表了其参与联合国的活动，原则上不应拒绝”。<sup>200</sup> 当请求来自联合国其他机关，即大会或安全理事会时，情况尤其如此。如果原则上不应拒绝请求，如果拒绝请求需要有令人信服的理由(事实上，这一门槛很高，以至于法院从未发现一个足以令人信服的理由可以拒绝提供咨询意见的请求)，那么法院在这个问题上真的有酌处权吗？在我看来，法院拥有的不是传统意义上的酌处权——传统意义上的酌处权被界定为“行使判断的自由；自由决策的权力”，<sup>201</sup> 而是法院可以求助于司法适当性这一压倒一切的考虑因素，它能够拒绝答复提供咨询意见的请求提供正当的借口。

9. 在我看来，如果法院在拥有管辖权的情况下拒绝回应大会或安全理事会的请求，就等同于以法律上有问题的方式事后质疑其他主要机关的决定。这并不是说，法院永远不能拒绝提供所请求的意见，即使是向联合国其他主要机关提供的意见。法院可行使其非常有限的酌处权来拒绝提供意见的理由，我能想到几个。例如，我可以想象，如果问题的目的后来已经没有实际意义，<sup>202</sup> 或者如果一个机关的请求不再得到以前支持该请求的许多成员的支持(从某种意义上说，揭开了“公司面纱”)，法院就不会提供意见。如果一个主要机关提出请求，而另一个主要机关对该请求表示不满，法院也可拒绝提供意见。

10. 无论如何，请求的标的涉及双边争端这一概念不应妨碍法院行使其管辖权，尽管法院以前曾声明，一个问题的双边性质可能是拒绝行使咨询管辖权的一个令人信服的理由。<sup>203</sup> 法院在本咨询意见中对双边争端的反对意见作出回应，指出法院并不认为本案只是以色列和巴勒斯坦之间的双边事项。<sup>204</sup> 相反，法院认为，“这个问题是联合国特别关心和关切的事项”，因为“联合国机关以及在此之前的国际联盟参与与巴勒斯坦有关的问题可以追溯到委任统治制度”。<sup>205</sup>

11. 虽然我认为这一体制性推理是正确的，但我也认为必须强调，除了与联合国长期责任有关的这一体制性原因之外，以色列-巴勒斯坦冲突之所以不能被视为一个双边争端，还有一个更为规范性的原因。虽然国际法目前还不能(也许永远也不会)被描述为一个基于团结的体系，但毫无疑问，国际法律体系已超越纯粹的双边主义时代，而纯粹的双边主义是传统国际法的标志。正因为如此，国际法才会关注 1994 年以前我的国家的局势，尽管从技术上讲，根据纯粹的双边主义传统，这是一个内政问题；正因为如此，国际法才会关注据称的灭绝种族案件，无论其是否发生在一国境内；正因为如此，侵犯人权的案件才会成为国际机构审议的主题。那么，一个涉及国际法某些最基本准则，特别是强行法准则的案件，怎么可能是双边争端呢？我认为，有人竟然能够认为在巴勒斯坦发生的事情纯属双边争端，这在道义上是不可想象的。非也。巴勒斯坦局势几乎没有什么双边性质。无论联合国是否负有特殊的机构责任，一个民族的某些最基本权利遭到剥夺都是一个关系到全人类的问题。一个民族几代人都失去双亲和我们其他人认为理所当然的权利，被迫生活在压迫和屈辱中，这种情况几乎没有双边性质。

<sup>200</sup> 例如见与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释，第一阶段，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 71 页(原文无着重标示)；关于人权委员会特别报告员诉讼程序豁免权的分歧，咨询意见，《1999 年国际法院案例汇编(-)》，第 78-79 页，第 29 段；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 156 页，第 44 段。

<sup>201</sup> *Black's Law Dictionary* (11th ed., 2019), p. 585.

<sup>202</sup> 例如见洛克比空中事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国)，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 26 页，第 46 段(“法院已经在以往若干场合确认，在提交请求之后发生的事件可能会使请求变得没有标的”)。

<sup>203</sup> 例如见西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 25 页，第 33 段。

<sup>204</sup> 《咨询意见》，第 35 段。

<sup>205</sup> 同上。

12. 当然，法院提到体制原因并没有错，这是联合国的机构责任。早在 2004 年，法院就以这一点为依据，驳回了双边争端异议，指出“鉴于联合国在有关国际和平与安全问题上的权力和责任，……必须将修建隔离墙视为与联合国直接有关”。<sup>206</sup> 这一理由虽然也是体制性的，但比法院在本咨询意见中提出的理由更进一步，因为除了体制原因之外，它还提出了与和平与安全有关的实质性理由。

13. 法院在本咨询意见中提出的体制性说理没有说明不能将巴勒斯坦被占领土局势视为双边争端的人道主义原因。它没有说明出于哪些道德和社会层面的紧迫性，国际法必须关注这一局势，更重要的是，国际法必须规定“国际社会”在解决这一局势中发挥中心作用。我很遗憾法院没有借此机会这样做。因为，虽然法院在 2004 年以联合国的机构责任为由是可以理解的，但在 2024 年，它本应该依据“国际社会”本身的责任，而不管联合国的历史性机构责任。

### 三. 自决权的强制性

#### 1. 概述

14. 法院的主要认定是，以色列在巴勒斯坦被占领土的存在是非法的，因此，以色列有法律义务撤出巴勒斯坦领土或结束其在巴勒斯坦领土的非法存在。这一认定的主要依据是，以色列在巴勒斯坦被占领土上的存在构成对巴勒斯坦人自决权的侵犯，此外还违反禁止用武力取得领土的规定。法院重申其先前对自决权的描述，即自决权是“当代国际法的基本原则之一”，尊重这一权利的义务是一项普遍义务。<sup>207</sup> 这些都不是新的内容，法院以前曾使用过这些描述。<sup>208</sup> 新的内容是法院明确确认自决权是一项国际法强制性规范。法院在第 233 段中指出，法院“认为，在如本案这样的外国占领案中，自决权构成国际法强制性规范”。“在如本案这样的外国占领案中”这一限定语相当不清楚，但按我的理解，它的意思是，本案所涉及的自决权要素，即巴勒斯坦人民的自决权不受以色列持续的外来占领阻碍的权利，被确保为一项国际法强制性规范。这一说法不妨碍自决权其他要素的强制性地位(在本案中不存在争议)。同样，指出禁止侵略这一(较狭义的)规定是一项强制性规范，并不一定意味着禁止使用武力这一较广义的规定本身不是强制性的。

15. 虽然法院确认自决的强制性地位是值得欢迎的，一改其历来一般不愿提及强行法的做法，特别是不愿将自决描述为强行法，但《咨询意见》保留了其历来不愿意确认强制性规范的一些做法。首先，我稍后还要谈到的一点是，法院似乎对自决的强制性地位在《咨询意见》中所起的作用持相当矛盾的态度，我想有些人会把法院在这方面的说法视为附带意见。其次，其他无疑有资格成为强行法的规范并没有被称为强制法。这些是禁止使用武力和禁止种族隔离的规范以及国际人道法的一些基本原则。法院不愿将这些明显的强行法规称为强制性规范，对此我不太担心，因为，首先，法院在以前的一个案件中已将禁止使用武力描述为强行法，<sup>209</sup> 其次，法院在本案中的主要认定是以自决为基础的。此外，我可以理解，法院不愿意在不指明是哪些原则的情况下将国际人道法的某些原则称为强制性规范。无论如何，鉴于法院历来不愿提及强制性规范，加上其在本意见中的残余影响，有必要就此说几句。

<sup>206</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 159 页，第 49 段。

<sup>207</sup> 《咨询意见》，第 232 段。

<sup>208</sup> 东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)，判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 102 页，第 29 段；1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019 年国际法院案例汇编(一)》，第 139 页，第 180 段；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编(一)》，第 199 页，第 156 段。

<sup>209</sup> 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编(二)》，第 437 页，第 81 段。

16. 法院历来不愿就被广泛接受为具有强制性的规范、特别是自决的强制性地位明确表态，这一点令人难以理解。这种不情愿没有任何合理的理由。有人猜测，法院历来避免使用“强行法”和“强制性规范”这两个术语，是因为法国法官对法院的影响以及法国反对这些术语的名声在外，这个说法是否属实并不重要。<sup>210</sup> 显然，为了避免将某些规范确定为强行法，法院采用了一些工具或方法，包括：(一) 提及他人关于某规范为强制法的描述，而没有明确表示支持；<sup>211</sup> (二) 使用可能被解释为强行法同义词的术语；<sup>212</sup> 或(三) 使用相关但不同的普遍适用概念。<sup>213</sup> 有时，法院确认某项规范为强行法时，会使用笨拙或晦涩的语言，造成模棱两可的印象，例如，在科索沃单方面宣布独立是否符合国际法一案中，法院提到禁止使用武力规定的强行法性质，这种情况可以说就是如此。<sup>214</sup> 为什么法院过去费尽周折避免将自决称为强制性规范？这个问题在这里仍然很重要，因为即使在《咨询意见》中将自决权称为国际法的一项强制性规范，法院历来的犹豫不决的残影仍然清晰可见，我将在下文中说明。

17. 法院历来不愿明确承认规范的强制性地位，特别是自决权的强制性地位，这可能有几种解释。首先，可能是法院认为将自决描述为强制性规范是不必要的，或者使用亚伯拉罕法官在比利时诉塞内加尔案中关于禁止酷刑作为强制性规范的个别意见的措辞，即“只是一个附带意见，法院本可以省略它，其推理

<sup>210</sup> Catherine Maia, “Consécration du jus cogens : un dialogue à raviver entre cours internationale et régionales dans l’œuvre de reconnaissance de droits humains impératifs”, *Civitas Europe*, Vol. 45 (2020), p. 302, fn 25 (“Précisons que cette reconnaissance explicite a été facilitée par le départ du juge français Gilbert Guillaume, qui a siégé à la CIJ de 1987 à 2005. On retrouve néanmoins cette position hostile au jus cogens chez d’autres juges français à la CIJ. V. notamment, dans l’arrêt de 2012 sur les *Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader*, l’opinion individuelle du juge Abraham (§ 27) et l’opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur (§ 4)”). 更多详情见 Catherine Maia “Jus Cogens and (in) Application of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, in Dire Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputations* (Brill, 2021), pp. 342-365 (“应指出的是，[强行法首次得到明确确认]是法国法官吉尔贝·纪尧姆(曾于1987年至2005年担任国际法院法官)的离职促成的。然而，在国际法院中，其他法国法官也[对强行法提出过批评]。特别见亚伯拉罕法官在[比利时诉塞内加尔]案中的个别意见(‘将禁止酷刑定性为强制性规范“显然只是一个附带意见，法院本可以省略它，其推理也不会失去任何重要要素”’)和苏尔专案法官的反对意见，第4段(‘推理中出现的对强行法的提及完全是多余的，对解决争端毫无帮助，这一点将在下文中看到。本附带意见的目的是承认一个实质内容尚未确定的争议概念，并赋予其法律上的分量’)”)。见 Hélène Ruiz Fabri and Edoardo Stoppioni, “Jus Cogens before International Courts: The Mega-Political Side of the Story”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 84 (2021), p. 157 (“国际法院又花了十年时间才在推理中提到强行法，即使在那时，强行法的论点也并非结论性的。这种持久的抗拒是否与法国法官(这位法官以强烈反对强行法而闻名)的激烈内部游说有关，我们无从得知。然而，国际法院尽可能长时间地收起手来，在某种程度上，可能仍然如此。”)。

<sup>211</sup> 这一工具的最好例子是尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决，《1986年国际法院案例汇编》，第100页，第190段(“国际法委员会在条约法编纂工作的过程中表示，《宪章》关于禁止使用武力的法律本身就是国际法中具有强行法性质的规则的显著例子”)。另见国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加)，判决，《2012年国际法院案例汇编(一)》，第125页，第61段和第135页，第80段。

<sup>212</sup> 这一具体方法的最佳例子见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编(一)》，第257页，第79段(“此外，所有国家无论是否批准了载有这些基本规则的公约，都应遵守这些规则，因为它们构成了不可侵犯的习惯国际法原则。”)。

<sup>213</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司(新请求书：1962年)(比利时诉西班牙)，第二阶段，判决，《1970年国际法院案例汇编》，第32页，第33段；东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)，判决，《1995年国际法院案例汇编》，第102页，第29段；1965年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019年国际法院案例汇编(一)》，第139页，第180段；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(一)》，第199页，第156段。

<sup>214</sup> 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010年国际法院案例汇编(一)》，第437页，第81段。

也不会失去任何重要要素”。<sup>215</sup> 在 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(下称“查戈斯群岛”)一案中, 法院显然也认为, 没有必要为了回答大会提出的问题, 将自决描述为强制性规范。<sup>216</sup> 第二种可能的解释是, 法院直到现在才接受自决是一项强行法规范。事实上, 在查戈斯群岛案后, 有些人论称, 法院的做法证明它不认为自决是一项强制性规范。<sup>217</sup> 这两种原因远不能令人信服, 我想逐一加以讨论。

## 2. 提及自决的强制性的必要性

18. 我首先谈谈法院迄今为止回避自决的强制性地位问题的最可能理由, 即没有必要讨论这个问题。事实上, 人们可能会指出还有其他规范, 例如禁止使用武力, 据我所知, 只有一个国家摩洛哥对这一规范的强制性地位提出过质疑,<sup>218</sup> 法院在本咨询意见中并未将这些规范描述为强制性规范。

19. 时任法院前院长优素福法官在为法院在查戈斯群岛案中的做法说明理由时指出, 在没有必要的情况下将自决描述为强制性规范, 相当于“离题”, 而法院“通常不会这样做”。<sup>219</sup> 然而, 我可以在法院的判例法中找到许多例子, 表明法院作出了对解决其面前的问题并无必要的表述。<sup>220</sup> 可以提及巴塞罗那电车公司案中的著名判词, 法院在该判词中首次区分了普遍义务和“对另一国产生的义务”。<sup>221</sup> 同样, 正如亚伯拉罕法官和苏尔专案法官所指出的, 法院在比利时诉塞内加尔案中确认禁止酷刑的强行法地位, 对于解决争端并不重要。<sup>222</sup> 在这方面, 同样不重要的是法院将国际人道法的某些规范定性为“不可侵犯”,<sup>223</sup> 这个词的含义仍然让我摸不着头脑。事实上, 甚至可以说, 鉴于法院在查戈斯群岛案中依赖大会第 2625 (XXV) 号决议, 也没有必要将自决权定性为普遍适用,<sup>224</sup> 即源自该决议的合作和提供援助的义务。法院不仅就强行法规范和义务的普遍适用性质出了对最终解决案件并非绝对必要的宣告。在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中, 法院援引可持续发展的“概念”, 对于解决匈牙利和斯洛伐克之间的争端也是没有必要的。<sup>225</sup> 在卡西

<sup>215</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔), 判决, 《2012 年国际法院案例汇编(二)》, 亚伯拉罕法官的个别意见, 第 477 页, 第 27 段(“关于禁止酷刑, 判决书指出(第 99 段), 它是习惯法的一部分, 甚至已成为强制性规范(强行法), 但这显然只是一个附带意见, 法院本可以省略它, 其推理也不会失去任何重要要素。”)。

<sup>216</sup> 见当时的法院院长优素福法官在国际法委员会与法院院长年度互动期间的评论, [A/CN.4/SR.3478](#), 第 10 页,

“法院认为没有必要在其关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见中讨论自决权是否是国际法强制性规范的问题, 因为这不是争论的焦点。大会的问题是毛里求斯的非殖民化进程是否合法完成。法院通常不发表漫无边际的附带意见或作出与其结论不直接相关的陈述, 特别是在咨询意见中。”

<sup>217</sup> 见以色列的评论, 载于“一般国际法强制性规范(强行法): 各国政府的评论和意见”, [A/CN.4/748](#), 2022 年 3 月 9 日, 第 104 页(“事实上, 在关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见中, 国际法院本身似乎故意不将自决权称为一项强行法规范”)。

<sup>218</sup> 见非洲关于在信息空间使用信息和通信技术方面适用国际法的共同立场, 2024 年 1 月 9 日, PSC/PR/Comm.1196。第 38 段将禁止使用武力描述为强行法, 但该段带有星号, 内容如下: “一个会员国, 摩洛哥王国, 对本文件第 38 段中提及‘强行法’概念表示保留”。

<sup>219</sup> 见上文脚注 21, 优素福法官的评论。

<sup>220</sup> 事实上, 希金斯法官在其关于隔离墙案的个别意见中, 对法院“无关”援引违反人道法行为的普遍适用性表示遗憾。隔离墙案咨询意见, 希金斯法官的个别意见, 第 217 页, 第 39 段。

<sup>221</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司(新请求书: 1962 年)(比利时诉西班牙), 第二阶段, 判决, 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 32 页, 第 33 段。

<sup>222</sup> 见上文脚注 15 和 18。

<sup>223</sup> 见上文脚注 17。

<sup>224</sup> 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果, 咨询意见, 《2019 年国际法院案例汇编(一)》, 第 139 页, 第 180 段。

<sup>225</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克), 判决, 《1997 年国际法院案例汇编》, 第 77-78 页, 第 140 段。

基里/塞杜杜岛案中，法院在表示其先前的认定“足以解决该问题”之后，又补充了一个它自己称之为“不必要”的事实。<sup>226</sup> 以上只是随便举出的几个例子，我相信还可以举出更多的例子。事实上，法院在本意见中也提到了许多在法院得出的最终结论中不起作用的内容，例如对《奥斯陆协定》的几次象征性提及。所有这些例子都可以说是“漫无边际的附带意见”吗？我不这么认为。它们都履行与法院司法责任有关的重要职能。

20. 无论如何，为了避免疑问，至少有三个理由可以说明为什么有必要在本意见中就自决的强制性地位发表意见。首先，许多参与方都论称自决具有强制性地位。法院不能、也不应简单地无视如此众多国家提出的论点。第二，每当法院援引一项国际法规则时，法院必须在其能力范围内充分说明该规则的地位。描述一项已经援引的规则的地位并不仅仅是附带意见，正如同描述可在其中找到该规则的文书的数量也不是附带意见一样；这是司法推理的一部分。第三，更重要的是，法院在本咨询意见中确定的侵犯自决权行为给第三国带来的后果，即合作结束以色列在巴勒斯坦被占领土的存在义务、不承认以色列的存在所造成的局势的义务以及不为维持这种局势提供援助的义务，在我看来，不是违反任何国际法规则、而是违反强制性规范的后果。<sup>227</sup> <sup>228</sup>我将在下文论述法院对以色列在巴勒斯坦被占领土的非法存在给第三国带来的后果所持的矛盾态度时，更全面地论述这方面的问题(下文第四节)。

21. 总之，法院过去没有(而且在本咨询意见中本可以)明确指出自决权是一项强制性规范，是因为严格来说没有必要这样做，这一论点是存在缺陷的，原因至少有两个。首先，它有缺陷的原因是法院经常作出一些对解决它所审理的案件并非绝对必要的表述。第二，它有缺陷的原因是在本案中，自决的强制性质对于适当的司法推理至关重要。

我现在谈谈法院过去迟疑不决的第二个可能原因。

### 3. 对自决强制性的不确定

22. 也许，法院过去选择对自决权的强制性地位保持沉默，实际上是在表明其并不认为自决权已够得上强制性地位，或者可能对自决权的强制性地位感到不确定。法院这一决定的意义，特别是考虑到其历来不愿提及强制性规范，无论如何强调都不为过。

23. 尽管法院按照惯例并未提供证明自决权强制性的证据，但法院法官过去提出的若干个人意见对此进行了阐述。<sup>229</sup> 自决被广泛认为具有强制性地位这一点毋庸置疑。法院现任副院长塞布廷德法官在查戈斯群岛案中的声明也许是支持自决具有强制性的最简洁明了的表述：

<sup>226</sup> 卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，《1999年国际法院案例汇编(二)》，第1091页，第69段(“法院得出结论，南非和博茨瓦纳之间没有‘就……[1890年条约]的适用’达成协定。这本身足以解决该问题。无需补充的一点是，在1984年和1985年，两国无权缔结这样的协定，因为当时联合国大会已终止南非对西南非洲的委任统治”(原文无着重标示))。

<sup>227</sup> 虽然《咨询意见》执行部分有关段落(第285(7)段)没有明确提到合作的义务，但法院在其推理中确实得出结论认为，第三国负有这种义务，这是侵犯自决权行为的后果。见《咨询意见》，第275段(“关于自决权，法院认为，虽然应由大会和安全理事会确定确保结束以色列在巴勒斯坦被占领土的非法存在和充分实现巴勒斯坦人民自决权所需的方式，但所有国家都必须与联合国合作，将这些方式付诸实施。”)。

<sup>228</sup> 见国家对国际不法行为的责任条款，《国际法委员会年鉴》，2001年，第二卷(第二部分)，第41条。

<sup>229</sup> 例如，见1965年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019年国际法院案例汇编(一)》，鲁宾逊法官的个别意见，第70-77段，其中以近乎普遍适用的文书、法院判例、对各国意见的评估、国际法委员会等国际机构的观点和学术观点为依据，论述了自决权的强制性地位。另见同上，塞布廷德法官的个别意见，第30和31段，除其他外，以国际判例和国际法委员会的工作为依据；同上，坎萨多·特林达德法官和鲁宾逊法官的联合声明；同上，坎萨多·特林达德法官的个别意见，第120-150段。

“将自决权定性为强制性规范可以追溯至几十年前，现在已经非常普遍，不容忽视。包括国际法院前法官和现任法官在内的知名法学家都承认自决权的强制性。各法院和法庭、联合国特别报告员、国际法委员会委员和国际法委员会自身也承认这是一项强制性规范。1964年，当大会第六委员会讨论国际法委员会的条约法条款草案时，许多国家都赞同将自决权定性为强制性规范，只有一个国家表示反对。这些陈述和文书都不可动摇地表明，自决权是国际法律秩序中一项特别重要的规则”。<sup>230</sup>

24. 然而，房间里真正的大象是，自决权的强制性地位最近受到一些人的质疑。我将关注的正是这头大象。特别是，最近对自决具有强制性地位的反对意见是否在任何方面影响关于它具有强制性的主张？就识别强制性规范的标准而言，自决权的强制性地位最近受到质疑这一事实是否意味着自决权并未被“国际社会整体接受和承认”为强制性规范？<sup>231</sup>

25. 在评估最近对自决权强制性地位的反对意见对其强制性主张有何影响(如有)时，必须首先回顾指出，持这种反对意见的国家相对较少。在这方面，虽然参与查戈斯群岛案和当前程序的绝大多数国家都认为自决权具有强制性，<sup>232</sup> 但没有任何国家反对这一观点(为说明背景情况，应当回顾指出，书面和口头程序的参与方都有机会对彼此的论点和主张作出回应，而且往往会这样做，因此本可对强制性主张作出回应)。各国对国际法委员会工作的评论意见也表现出类似的模式。2001年，当各国就最后一套国家责任条款发表评论意见时，没有任何国家质疑自决权的强制性地位。<sup>233</sup> 此外，在2022年，共有86个国家对国际法委员会关于强制性规范的结论草案(该草案案文将自决作为强制性规范的一个例子)发表评论意见，其中只有以色列、<sup>234</sup> 美国、<sup>235</sup> 爱沙尼亚、<sup>236</sup> 联合王国<sup>237</sup> 和摩洛哥<sup>238</sup> 对自决权的强制性地位提出质疑。

26. 这些统计数字提供的背景表明，只有少数国家对自决这一长期以来一直被认为具有强制性的规范的强制性地位提出质疑。考虑到这一背景，房间里的大象似乎更像一只温顺的猫，静静地坐在角落里专注于自己的事。最近仅有五个国家提出反对意见，这并不能使人对长期以来被视为毫无争议的主张产生怀疑。

<sup>230</sup> 1965年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019年国际法院案例汇编(-)》，塞布廷德法官的个别意见，第285页，第30段(脚注略)。

<sup>231</sup> 《关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论》的结论3、6和7，[A/77/10](#)。

<sup>232</sup> 例如，在当前的程序中，代表100多个国家(智利、黎巴嫩、阿尔及利亚、阿拉伯国家联盟(由22个成员国组成)、埃及、沙特阿拉伯、巴西、约旦、毛里求斯、圭亚那、冈比亚、爱尔兰、马来西亚、吉布提、伊斯兰合作组织(由57个成员国组成)、南非、巴勒斯坦、卡塔尔和非洲联盟(由55个成员国组成))意见的陈述都认为自决是一项强制性规范。

<sup>233</sup> 见2001年第六委员会在大会第五十六届会议期间审议国际法委员会报告的下列简要记录：[A/C.6/56/SR.11](#)；[A/C.6/56/SR.12](#)；[A/C.6/56/SR.13](#)；[A/C.6/56/SR.14](#) (此处印度代表没有质疑自决作为强制性规范的地位，但将其限定为不包括分裂)；[A/C.6/56/SR.15](#)；[A/C.6/56/SR.16](#)；[A/C.6/56/SR.17](#)；[A/C.6/56/SR.18](#)；[A/C.6/56/SR.19](#)；[A/C.6/56/SR.20](#)；[A/C.6/56/SR.21](#)；[A/C.6/56/SR.22](#)；[A/C.6/56/SR.23](#)；[A/C.6/56/SR.24](#)。

<sup>234</sup> 国际法委员会，一般国际法强制性规范(强行法)：各国政府的评论和意见([A/CN.4/748](#))，2022年3月9日，第102-104页。

<sup>235</sup> 同上，第113页。

<sup>236</sup> 联合国大会第六委员会，第七十七届会议，第22次会议简要记录([A/C.6/77/SR.22](#))，2022年12月12日。

<sup>237</sup> 联合国大会第六委员会，第七十七届会议，第23次会议简要记录([A/C.6/77/SR.22](#))，2022年11月22日([A/C.6/77/SR.23](#))，第14页。

<sup>238</sup> 摩洛哥王国，对国际法委员会关于一般国际法强制性规范的结论草案案文的评论和意见。另见联合国大会第六委员会，第七十七届会议，第24次会议简要记录([A/C.6/77/SR.24](#))，2022年12月12日([A/C.6/77/SR.24](#))，第12页。

27. 因此, 我认为, 法院在本《咨询意见》中明确将自决权识别为强制性规范是正确的。如果有人指出, 《咨询意见》中提出的支持自决具有强制性的证据寥寥; 我只能说, 为支持其关于特定国际法规则地位的结论而进行漫无边际的论证并非法院的惯常做法, 而且也没有理由对自决问题破例。

#### 4. 强制性规范所产生的后果

28. 如果说《咨询意见》中有哪个方面使我感到犹疑, 那就是法院在将自决权识别为强制性规范后, 对其所作认定的后果采取了模棱两可的态度。例如, 在第 274 段中, 法院在准备确定以色列在巴勒斯坦被占领土的存在对第三国所产生的后果时, “认为以色列违反的义务包括某些普遍义务”。这一措辞可能表明, 第三国的义务——我们可以简称为第 41 条的后果<sup>239</sup>——并非源于自决权的强制性地位, 而是源于所违反义务的普遍适用性。

29. 鉴于各国和评论者普遍认可《国家责任条款》第 41 条所规定的后果与强制性规范相关, 法院在本《咨询意见》中不能在不作出解释的情况下提出另一种主张。在对国际法委员会 2022 年《关于强制性规范的结论》(其中结论 19 确认了《国家责任条款》第 41 条)进行评论时, 没有任何一个国家表示这些后果并非源于强制性规范, 而是源于某些义务的普遍适用性。目前, 支持第 41 条所规定的后果源于义务的普遍适用性这一观点的文献即便存在, 也少之又少。<sup>240</sup> 国内判例作为国家实践的一种形式, 也普遍接受传统观点。<sup>241</sup> 因此, 法院提出这些后果的依据实际上并非规范的强制性地位, 而是义务的普遍适用性, 将是确立一种缺乏各国、我们的姐妹实体国际法委员会或学术著作的看法支持的做法。这种做法本身就值得商榷, 但若连广泛接受的主流观点都不理会就这样做, 则算得上轻蔑之举, 非堂堂法院应有之所为。

30. 除缺乏各国、国际法委员会或学术著作的观点的支持外, 这种方法还将建立在对强制性规范和普遍义务之间关系彻底误解的基础之上。义务的普遍适用性本身就是产生该义务的规范所具有的性质的结果。<sup>242</sup> 因此, 普遍适用的性质使所有国家, 即使不是直接受害国, 也可以援引另一国对不法行为的责任。<sup>243</sup> 正是出于这一原因, 即强制性规范涉及次要义务的范围, 而规范的普遍适用性则涉及次要义务的援引, 国际法委员会在 2001 年第五十三届会议上决定在其《国家责任条款》中用“强制性规范”这一类别替换“严重违反对整个国际社会承担的义务”的提法。<sup>244</sup>

31. 义务的普遍适用性本身并不对第三国创设义务。希金斯法官在隔离墙案《咨询意见》所附的个别意见中阐明了这一点, 她表示不同意法院的立场, 即《咨询意见》中已确定的违反国际法事件的指定后果

<sup>239</sup> 为明确起见, 我所说的“第 41 条的后果”是指《国家对国际不法行为的责任条款》所反映的严重违反强制性规范的后果(《2001 年国际法委员会年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 41 条)。

<sup>240</sup> 关于支持传统观点, 即认为不承认、不援助和合作制止任何严重违反行为的义务是违反强制性规范的后果的学术著作的实例, 见 Anne Lagerwall “不承认耶路撒冷为以色列首都: 国际法保持相关性的条件?”, 《国际法问题》, 第 50 卷(2018 年), 第 33 页; Rebecca J. Barber “通过大会合作制止严重违反强制性规范的行为”, 《国际法和比较法季刊》, 第 71 卷(2022 年), 第 1 页。

<sup>241</sup> 这方面的实例见《关于强制性规范的结论》结论 19 的评注第 3、4、6 和 13 段。

<sup>242</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第二部分第三章一般性评注第 7 段, 《2001 年国际法委员会年鉴》, 第二卷(第二部分)。另见国际法委员会《关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论》结论 17 评注第 4 段。

<sup>243</sup> 例如, 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(冈比亚诉缅甸), 临时措施, 2020 年 1 月 23 日命令, 《2020 年国际法院案例汇编》, 第 17 页, 第 41 段; 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(冈比亚诉缅甸), 初步反对意见, 判决, 《2022 年国际法院案例汇编(二)》, 第 516 页, 第 108 段。

<sup>244</sup> 国际法委员会提交大会的第五十三届会议工作报告, 《2001 年国际法委员会年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 22 页, 第 49 段。

(第 154-159 段)源于所违反义务的普遍适用性。<sup>245</sup> 她认为, 普遍适用的概念涉及“司法诉讼地位”, “与把重大的义务强加于第三方无关”。<sup>246</sup> 因此, 她得出结论认为, 法院所指定的后果“与普遍义务的概念没有任何关系”, <sup>247</sup> 而且“联合国会员国不得给予承认和援助的的义务的依据不是建立在普遍义务的概念上”。<sup>248</sup> 正因为如此, 几乎没有人支持这样一种观点, 即义务的普遍适用性也会引起国际法委员会《国家责任条款》第 41 条所确定的后果。应当忆及, 并非所有普遍义务都源于强制性规范。例如, 关于共同空间的习惯国际法规则所产生的义务也具有普遍适用性, 无论其是否源于强制性规范。虽然不排除这种可能性, 但我丝毫看不出所有具有普遍适用性的义务都会产生《国家责任条款》第 41 条所规定的不承认、不援助和进行合作的三重义务。这是可能的, 但并不清楚是否确实如此。但清楚的是, 强制性规范确实如此。因此, 为了进行扎实连贯的司法推理, 法院本应明确将本《咨询意见》中为第三国确定的第 41 条后果与自决权的强制性地位联系起来(或更好的做法是, 明确重申《咨询意见》中讨论的其他规范的强制性)。

32. 我并不反对法院决定发展法律, 以扩大第 41 条后果的范围, 将所有普遍义务包括在内。然而, 首先, 如果法院确实有此意图, 则应保持透明以避免混淆, 从而明确地这样做。其次, 这种发展不应出于偶然, 而应基于对普遍义务和强制性规范这两个法律概念之间区别的经深思熟虑的清晰理解。普遍义务源于特定类型的规范, 如强制性规范。但是, 除强制性规范外, 还有哪些其他类型的规范会产生此类义务? 我认为, 如上文所述, 产生普遍义务的唯一其他类型的规范是关于公域的义务, 因为此类义务具有无法以双边方式承担的性质。如果法院希望确立一项原则, 即与共同空间有关的规范所产生的义务会产生第 41 条的后果, 那么在第 41 条后果的范围内将强制性规范与普遍义务混为一谈可能是合理的, 我对此发展没有异议。如果将第 41 条的后果扩大到所有普遍义务主要是出于人道主义目的, 则其合理性和有效性就会大打折扣。我认为, 如果目的更多是出于人道主义, 那么就应努力显示有关规范的强制性, 而不是试图将普遍义务的概念扩大到其目前的范围之外。

33. 由于法院仍存犹豫, 其未能讨论强制性的另一个后果, 即自决权对过去已缔结和今后可能缔结的有关巴勒斯坦被占领土的协定的影响。这是《维也纳条约法公约》第五十三条所规定的强制性的主要后果。例如, 承认巴勒斯坦人民的自决权所产生的后果之一必然是, 为解决危机而缔结的协定不得克减这一原则。<sup>249</sup> 法院最接近于承认这一基本原则的是第 257 段, 其中指出, “鉴于自决权是一项不可剥夺的权利, 其存在不能受制于占领国所提出的条件”。关于这一表述, 有两点值得一提。第一, 法院显然是在试图避免“又一次”提及强制性规范, 而是转而提及“不可剥夺”的权利这一概念。第二, 法院通过指出自决权“不能受制于”以色列国施加的“条件”, 而避免援引不克减问题和《维也纳条约法公约》第五十三条的措辞。

<sup>245</sup> 不可否认, 希金斯法官的意见不会支持这些后果源于强制性规范的结论。

<sup>246</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果, 咨询意见, 《2004年国际法院案例汇编(-)》, 希金斯法官的个别意见, 第 216 页, 第 37 段。

<sup>247</sup> 同上。

<sup>248</sup> 同上, 第 38 段。

<sup>249</sup> 例如, 见大会 1978 年 12 月 7 日第 33/28 A 号决议, 第 4 段(“宣布旨在解决巴勒斯坦问题的协定只有在联合国及其《宪章》和决议的范围内, 以巴勒斯坦人民充分实现和行使其不可剥夺的权利为基础, 包括返回其家园并在巴勒斯坦实现国家独立和主权的权利, 并有巴勒斯坦解放组织参加, 才能生效”); 大会第 34/65 B 号决议, 第 2 段(“拒绝接受该协议的各项条款, 这些条款无视、侵犯、违反或否定了巴勒斯坦人民不可剥夺的权利, 包括返回家园的权利、自决的权利和在巴勒斯坦实现国家独立和主权的权利” )。

34. 例如，还可参考《咨询意见》第 263 段，法院在该段中回顾了以色列、斐济和赞比亚的论点，即《奥斯陆协定》为以色列在巴勒斯坦领土的存在提供了正当理由。法院在同一段中作出如下回应：

“法院认为，这些协定未允许以色列为满足其安全需要而吞并部分巴勒斯坦被占领土。这些协定也没有授权以色列为满足这种安全需要在巴勒斯坦被占领土保持永久存在。”

35. 这一观点反映了对《奥斯陆协定》完全合理的解释。但与此同时，这显然是对一个相当复杂的问题的不完整回应。我认为，要作出适当的司法回应，法院就必须考虑这些国家提出的论点所涉法律问题，从而考虑自决权与《奥斯陆协定》之间的关系。这种回应必须以《维也纳条约法公约》第五十三条为依据。换言之，即使《奥斯陆协定》为以色列目前在巴勒斯坦被占领土的存在提供了正当理由，但如果《协定》违反了自决这一强制性规范，则该《协定》无效。法院在阐明这一基本主张后可以进一步指出，无论如何，对《奥斯陆协定》的解释应使其符合自决权，<sup>250</sup> 这将会引出法院对《协定》所作的解释。然而，要进行这种法律推理，法院就必须(再次)承认自决权(和其他有关规范)的强制性。遗憾的是，法院在承认强制性规范方面仍犹豫不决，因此跳过了若干步骤，直接得出结论，而这些结论如不进行进一步论证则缺乏法律推理。

#### 四. 种族隔离

36. 法院能够认定违反《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条，即禁止种族分隔及种族隔离的行为。我将这一认定解读为承认以色列的政策和做法违反了禁止种族隔离的规定，而这一规定本身就是国际法的强制性规范。我可以理解不愿把以色列在巴被占领土的政策称为种族隔离。我猜想这种犹豫的主要原因在于，迄今为止，只有 1994 年之前南非政府在南非和南部非洲其他地方的政策被称为种族隔离。但请记住，该政权创造种族隔离一词并非将其作为贬义词，而是作为一个积极的概念，用来将其政策描述为旨在实现分别发展的仁慈之举，而且，当时许多其他国家自己仍在以某种形式实行种族歧视。<sup>251</sup> 一旦该词被赋予负面含义，并且国际社会对种族主义的谴责声浪高涨，就不再有其他国家将其政策自称为种族隔离。

37. 但是，如果我们将南非种族隔离政权的政策与以色列在巴被占领土的做法进行比较，就不可能不得出两者相似的结论。根据法院对各种政策和做法所作的认定，很难看不出以色列的政策、立法和做法几乎在生活的所有方面都涉及对巴勒斯坦人的广泛歧视，这与种族隔离时期的南非情况非常相似。在大多数情况下，确保以色列人和巴勒斯坦人之间存在隔离和歧视的努力是有意为之，包括分开的道路、分开的学校、分开的设施和分开的法律体系。无论是歧视性拘留做法，包括未经审判的拘留(《意见》中未提及，但案卷中有大量相关资料)、居留证制度、行动限制或拆毁财产、剥夺土地，还是将巴勒斯坦社区包围在飞地中，令人想起我所来自的南非班图斯坦，这些都是显而易见的相似之处。

38. 在本程序进行过程中，法院听取了许多关于习惯国际法中种族隔离定义的论点，因为以色列已加入的《消除一切形式种族歧视国际公约》中并未载有该定义。这些程序可能使法院有机会提供习惯国际法下种族隔离的标准定义。虽然法院并未这样做，但这并不应减损其认定的分量。无论是依据《罗马规约》中的定义还是依据《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》中的定义，参与方在这些程序过程中提出的所有定义似乎都有一个共同的核心，即存在一个或多个种族团体，对一个或多个种族团体有系统地实施一种或多种不人道行为，并且实施这些行为的目的是建立和维持主宰地位。

<sup>250</sup> 见《关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论》结论 20。

<sup>251</sup> 关于 1940 年代联合国内部反种族主义斗争的描述，见 William A. Schabas, 《国际法律秩序的种族界限：种族主义、种族歧视与国际法的制定》(牛津大学出版社，2023 年)，第 106 页及以下各页。

39. 没有人会认真地指出，巴勒斯坦被占领土上不存在上述的前两个要素，因此我不打算讨论这两个要素。有些人可能会提出，以色列的做法和政策并未达到种族隔离的程度，因为没有足够的证据证明满足了第三个要素，即没有足够的证据证明所列举的不人道行为是为了建立和维持一个种族团体的主宰地位而实施的。对此，我只想简要提出三点。

40. 第一，在解释这一用语时，必须回顾，《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》定义的起首语为：“应包括南部非洲所推行的种族分离和种族歧视的政策和办法……”。如上所述，以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法在许多方面与种族隔离时期的南非的政策和做法相似。第二，坚持要求有直接证据证明存在主宰意图是极为僵化的做法。正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭在灭绝种族问题上所指出的那样，可以“从一般背景、有系统地针对同一群体实施其他有罪行为等若干事实和情况来推断出”意图和目的。<sup>252</sup>我难以理解，任何人在看到向法院详述的政策和做法后如何还能够认为，总体来看，这些隔离主义行为的系统性，包括明确规定巴勒斯坦的自决权仅保留给犹太人的立法政策，<sup>253</sup>并未显示出主宰巴勒斯坦人的目的。第三点，也是最后一点，应当回顾，并不需要主宰是采取歧视性措施的唯一原因，甚至是主要原因，才能证明存在“主宰目的”。不妨回顾，种族隔离时期的南非推行其政策并不仅仅是出于主宰的目的，也是为了确保其所谓的“平等但分别发展”。<sup>254</sup>

41. 在所有这些背景下，我认为，法院作出了正确的认定，即以色列在巴勒斯坦被占领土的政策和做法违反了《消除一切形式种族歧视国际公约》第三条禁止种族分隔和种族隔离的规定，这一结论含蓄地承认以色列在巴被占领土的做法和政策具有种族隔离的性质。

## 五. 以色列的安全关切

42. 在目前的程序以及在本法院受理的其他程序中，即在隔离墙案《咨询意见》、南非诉以色列案、尼加拉瓜诉以色列案中，为以色列政策辩护时提出的主要问题都是模糊不清的“以色列的安全关切”。从本质上讲，这一论点似乎是，尽管以色列的政策和做法对巴勒斯坦人的权利产生了负面影响，并阻碍他们充分享有国际法规定的权利，但由于以色列认为自己受到巴勒斯坦人(可能还有该区域其他各方)的威胁，应允许以色列继续实施其政策，直至对其安全的威胁不复存在(或者至少应允许以色列继续剥夺巴勒斯坦人享有自决权的权利，直至这一威胁不复存在)。在这些程序中，斐济和赞比亚最清晰地表达了这一信息。在南非诉以色列案中的个别意见和反对意见也对此进行了阐述。<sup>255</sup>

43. 法院在《咨询意见》中仅简要提及这一问题，并未进行全面回应。例如，法院在第 47 段中指出，以色列的书面陈述虽然主要侧重于管辖权事项和司法适当性问题，但也提到以色列的安全关切。可以理解的是，法院只作了简短回应。例如，法院在第 254 段指出，以色列的安全关切不能“凌驾于禁止以武力获取领土的原则之上”。然而，鉴于“安全关切”这一论点可能对有关政策和做法的辩护以及对剥夺巴勒斯坦人民自决权的“解释”产生重要的潜在影响，我认为有必要更明确地讨论这个问题。

44. 我承认安全关切非常重要，正如 2023 年 10 月 7 日的事件所表明的那样，以色列面临来自包括哈马斯在内的安全威胁。然而，首先总的一点是，在讨论安全关切时，应当回顾，所有国家，而不仅仅是以色

<sup>252</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉耶利西奇案，案件编号：IT-95-10-A，上诉分庭，2001 年 7 月 5 日，第 47 段。

<sup>253</sup> 《咨询意见》，第 192-222 段。

<sup>254</sup> 国民党在 1948 年当选后，通过一系列种族立法和措施实施了这一政策。

<sup>255</sup> 例如，一般见巴拉克专案法官的反对意见和塞布廷德副院长的反对意见(特别是第 8 和 25 段)，见《防止及惩治灭绝种族罪公约》在加沙地带的适用(南非诉以色列)，临时措施，2024 年 5 月 24 日命令。

列，都有安全利益。这包括巴勒斯坦。往往，在提出“安全关切”的主张时，似乎只有以色列才有安全关切，或者以色列的安全关切出于某种原因凌驾于巴勒斯坦的安全关切之上。其次要说明的总的一点是，无论安全利益本身多么重大或正当，都不能凌驾于国际法规则之上，这是法院已提出的一点。事实上，除非有具体规则规定，安全关切甚至不能用来取得与国际法规则的平衡，当然也不能用来取得与强制性规范的平衡。因此，认为巴勒斯坦的自决权必须与以色列的安全关切相平衡，甚至必须受制于以色列的安全关切这一观念根据国际法是不适宜的。事实上，这种论点不仅不适宜，而且很危险。请允许我通过一种“假设”的情况来说明：设想一个国家认为(也许是合理认为)，另一个国家加入防务联盟对其安全利益构成威胁。该国国家能否决定使用军事力量阻止另一个国家加入防务联盟？如果可以，那么我们正在危险地步入“强者为所欲为、弱者逆来顺受”的雅典模式。

45. 不应误解我的意思。国际法并非与安全关切无关。国际法以不同方式保护安全利益。例如，条约规则可以允许国家为了国家安全利益而背离受保护的权利。与当前程序中的问题更为相关的是，安全利益通过国际法规则，例如进行合作的义务以及《宪章》中关于禁止使用武力的规则(包括自卫和集体安全框架规则)得到保护。但是，安全利益的概念并不构成允许一国背离该体系基本规则的独立法律规则或例外情况。

46. 例如，在当前的程序中，法院认定存在违反国际人权法和国际人道法若干规则的行为。当然，有可能在有关条约中找到允许出于安全目的实施受谴责行为的特定规则。《公民及政治权利国际公约》第四条就是一个典型的例子，该条允许在“危及国本”的情况下，出于“危急情势绝对必要”的目的，克减《公约》规定的义务。我暂且不谈以色列的政策是否符合第四条的要求，也不谈以色列所作关于克减的声明在如此长的时间之后是否仍然有效。就当前目的而言，只需指出安全利益本身并不构成背离《公约》法律规则的独立法律依据。事实上，法律依据为《公约》第四条。关于《公约》第十二条第三款也可以提出同样的一点，该款对基于与保护国家安全有关的理由限制迁徙自由权作出了规定。同样，国家安全并不为限制这一权利提供独立的法律依据。法律依据是该项条约规定。同样，《日内瓦第四公约》第四十九条允许占领国“因居民安全或迫切的军事理由有此必要”时转移居民。如果“因迫切的军事理由”有此必要，任何居民转移都符合国际法，这并不是因为基于安全关切的独立论点，而是因为条约规则作出例外规定。

47. 在某些部分，《咨询意见》可能被解读为暗示“安全关切”本身是背离国际法规则的依据。例如，在第 205 段，法院审议是否可以援引安全关切作为以色列限制人员行动自由的正当理由，并得出否定的结论，因为这些安全关切与非法定居点有关。然而，应当回顾，即便在这种情况下，《公民及政治权利国际公约》第十二条也规定了为“保护国家安全[和]公共秩序”而限制该权利的可能性。因此，必须在这一背景下看待对于安全关切问题的审议。

48. 可以提及解决以色列安全关切的特定法律依据。这就是自卫和联合国安全理事会解决中东冲突的框架。就巴勒斯坦被占领土的局势而言，自卫论点是多方面的，并根据其提出的背景涉及不同问题。该论点可以在以色列占领本身的背景下提出，即占领本身是一种自卫行为(或根据自卫行为确立)，也可以在特定做法、政策或行为的背景下提出，如修建隔离墙或对巴勒斯坦领土发动各种军事行动。无论在何种背景下提出该论点，必须强调自卫须符合严格的要求，包括一国发动武装攻击、相称性和必要性的要求。此外，考虑到占领的总体局势，自卫论点(在军事行动等特定行为或做法的背景下)将与法院在隔离墙案《咨询意见》中的认定相抵触，即自卫不适用(或“不具相关性”)，因为以色列“对被占领的巴勒斯坦领土行使控制……以色列认为成为[采取强制措施]原因的威胁来自领土内部而不是领土外部”。<sup>256</sup>就当前目的而言，

<sup>256</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(-)》，第194页，第139段。

我只能说，以上任何一种情况都为任何试图将以色列的做法和政策辩解为自卫行为的人造成了不可逾越的障碍。

49. 我想重点讨论第二个论点，即安全理事会的框架。据我理解，该论点认为，安全理事会建立的框架要求在解决巴勒斯坦人的自决权问题时，也必须同时解决以色列的安全关切。持此论点者指出，这两个问题应被视为密不可分，因此，以色列从巴勒斯坦被占领土撤出必须与实现以色列的安全同期或同时进行。这一论点的依据是安全理事会第 242 号决议(以及其后确认第 242 号决议的各项决议)的规定。我暂且不讨论这些决议是否是法律，或是否确立了《联合国宪章》第二十五条规定的具有约束力的义务，也不讨论假定这些决议确实确立了《宪章》第二十五条规定的法律义务，它们是否可以优先于具有强制性的自决权。我也不讨论这样一个事实：有一些人虽重点关注同时实现自决和解决安全关切，视其为实现两国解决方案的途径，但却似乎并不介意以色列已充分享有自决权这一事实，未坚持巴勒斯坦人必须同时享有同样权利或必须同时实现巴勒斯坦人的安全。

50. 联合国安全理事会第 242 号决议(其内容在第 338 号决议中得到认可)申明，中东局势的解决需要“实施以下两项原则”，然后提及(一)“以色列军队撤离”被占领土和(二)“终止一切交战地位之主张或状态，尊重并承认该地区每一国家之主权、领土完整及政治独立，与其在安全及公认之疆界内和平生存、不受威胁及武力行为之权利”。想必正是“两项”一词构成了这样一种信念的基础，即一个要素(“占领”)不能在脱离另一个要素(“安全”)的情况下解决。

51. 一般而言，解释国际组织政治机关决议的规则在经过必要的调整后类似于解释条约的规则。<sup>257</sup> 黄金法则是根据上下文并参照决议的目的和宗旨赋予决议措辞通常含义。首先，值得一提的是，决议的措辞中没有任何内容表明所讨论的是以色列的安全。决议提到“该地区每一国家之政治独立，与其在安全及公认之疆界内和平生存、不受威胁及武力行为之权利”。我们不要忘记，这些条件巴勒斯坦一概不具备！其政治独立性受到严重损害；以色列的占领现已演变为兼并，使其没有公认的边界；它显然并非不受威胁，因此其安全关切仍未得到解决。

52. 其次，更重要的是，第 242 号决议措辞的通常含义并不表明这两个要素相互依存，至少不是指它们必须同时或同期实现。如上所述，坚持认为存在相互依存关系，即一个要素不能先于另一个要素完成，想必是基于第 242 号决议中的“两项”一词。然而，这两个要素对于“中东建立公正及持久和平”都至关重要的事实并不排除可以对一个要素先于另一个要素采取行动，或者甚至在我看来，一个要素的完成可以作为完成另一个要素的前奏。

53. 最后，安全理事会本身有时在处理占领问题时并未同时处理第二个要素，从这一事实中可以清楚地看出对该决议的这种解读，即这两个要素并非永远不可分割地捆绑在一起。例如，安理会在第 476 号决议中重申“绝对必须停止以色列自 1967 年以来对阿拉伯领土、包括耶路撒冷的继续占领”，但却根本未提及第二个要素，甚至在序言部分也没有提及。

<sup>257</sup> 见科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编(二)》，第 442 页，第 94 段。见 Sa Benjamin Traoré, *L'interprétation des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies - Contribution à la théorie de l'interprétation dans la société internationale* (Helbing 2020)。另见 Alexander Orakhelashvili “对安全理事会决议的单方面解释：联合王国的实践”，《哥廷根国际法杂志》，第 2 卷，第 3 期(2010 年)，第 825 页。

54. 总之，安全关切适用于所有国家。所有国家都有在其安全不受威胁的情况下和平生存的正当利益。然而，各国促进和保护其安全的做法受国际法约束，安全利益不能凌驾于法律规则之上，当然更不能凌驾于具有强行法性质的最基本规则之上。

## 六. 对联合国造成的后果

55. 我对法院所确定的后果总体上感到满意。如果法院能够细数有关规范的强制性地位所产生的其他后果，如对可能达成的最后地位协定的影响，即任何此类协定都必须符合自决权，或者如果法院能探讨有关规范的强制性是否对赔偿问题有任何影响这一(相当棘手的)问题(我认为有影响)，我会感到尤为高兴。但我知道这样做有违常规，除非法庭有确凿的依据，否则应避免这样做。

56. 除了对联合国和第三国造成的后果外，法院还得出结论认为，联合国“应考虑……”尽快“结束”以色列在巴被占领土上的非法存在“所需的进一步行动”。这是一个重要陈述，但它意味着什么？这是一项法律后果？还是一项义务？为什么使用“应”而不像其他后果的表述那样使用“有义务”？这是否表明这一叙文实际上不具法律后果？

57. 不！我认为这一叙文是有关违反行为的法律后果，联合国机关有义务“考虑”需要采取何种进一步行动，特别是在以色列不遵守《咨询意见》所确定的法律后果的情况下。之所以要求联合国考虑采取进一步措施，是由于法院强调在中东和平进程背景下“需要联合国……加倍努力”。<sup>258</sup>事实上，安全理事会本身已承诺，“如果以色列不遵守[本决议]……按照《联合国宪章》的有关规定审查实际的途径和方法，确保”以色列“充分”遵守国际法。<sup>259</sup>当然，法院必须小心，不要对联合国政治机关强加己意，因为这相当于篡夺它们的职责。但是，指出联合国有义务考虑采取进一步行动，与尊重政治机关在处理其所处理事项时拥有的酌处权并不矛盾。<sup>260</sup>然而，一旦法院作出司法裁断，认为具有强制性地位的基本规则遭到违反，酌处权就不再是是否采取行动，而只是采取何种行动。因此，尽管法院指出联合国“应”考虑采取何种行动，但我的理解是，此处“应”一词是指有义务。我的理解是，法院使用“应”只是为了强调，它不能指令联合国政治机关应采取何种行动。

58. 政治机关在考虑采取何种行动时有很大的酌处权，只要该行动符合国际法。《宪章》提供若干选项，包括采取强制执行行动，以确保遵守国际法。但还有其他方法。例如，作为巩固巴勒斯坦及其人民能够享有自决的基础的一种途径，政治机关可以对巴勒斯坦申请加入联合国的请求采取积极行动。为此，应当指出，今年早些时候，大会已采取步骤，给予巴勒斯坦国与会员国类似的权利。<sup>261</sup>同样，政治机关可以考虑限制以色列参与联合国活动或采取类似行动，正如1974年对南非所做的那样。<sup>262</sup>

<sup>258</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编(一)》，第200页，第161段。

<sup>259</sup> 安全理事会1980年6月30日第476(1980)号决议，第6段。

<sup>260</sup> 关于这一酌处权的表述，见1965年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果，咨询意见，《2019年国际法院案例汇编(一)》，第139页，第179段，以及科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010年国际法院案例汇编(一)》，第421页，第44段。

<sup>261</sup> A/ES-10/L.30/Rev.1。

<sup>262</sup> 1974年11月12日，大会主席裁定，南非出席大会的代表团不能继续参加大会第二十九届会议的工作，因为该代表团的全权证书未被大会接受。该裁定案文载于《大会第六届特别会议和第二十九届常会通过的有关法律问题的决议》；《大会第二十九届会议通过的决议》提及但未转载该裁决，29 UN GAOR, Supp. (No. 31) 10-11, U.N. Doc. A/9631 (1974)。另见大会第3206号决议，29 U.N. GAOR, Supp. (No. 31) 2, UN Doc. A/9631 (1974)；29 U.N. GAOR, Annexes (Agenda Item 3) 2, UN Doc. A/9779 (1974)。

59. 联合国政治机关在确保以色列遵守《咨询意见》中确定的赔偿义务方面也可发挥重要作用。<sup>263</sup> 正如法院所指出的，以色列“有义务根据适用的国际法规则，对所有”因以色列占领期间的不法行为而遭受任何形式的物质损失的“自然人或法人以及居民进行补偿”(第 271 段)。大会最近在其题为“推进就侵略乌克兰行为提供补救和赔偿”的 2022 年 11 月 15 日 [A/RES/ES-11/5](#) 号决议中重申了这些规则。

60. 鉴于法院所确定的违反国际法行为的性质和规模，以及由此可能产生的大量索赔人，联合国不妨考虑设立一个国际机制，以便就《咨询意见》中确定的以色列实施的国际不法行为造成的损害、损失或伤害进行赔偿。在这方面，重振和扩大大会在隔离墙案《咨询意见》发表后于 2006 年设立的联合国关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙造成的损失登记册(损失登记册)的任务具有现实意义。<sup>264</sup>

## 七. 结论

61. 在本《咨询意见》中，法院第一次认定，以色列在巴勒斯坦被占领土的存在是非法的。法院之所以得出这一结论，是因为在巴勒斯坦被占领土上的政策和做法暴露了以色列的真实目的，即违反国际法基本规则(其中一些规则是国际法强制性规范)，强行获取巴勒斯坦领土。特别是，法院认定以色列违反了自决权(法院在《咨询意见》中确认了自决权的强制性)、禁止以武力取得领土的规定、禁止隔离和种族歧视的规定以及国际人道法的基本规则。

62. 这些规范，即使是法院未指明的规范，一般都被认为具有强制性地位。法院关于以色列在巴勒斯坦被占领土严重和有系统地违反这些规范的结论应受到赞扬，这是对国际法的发展和加强国际法一些基本原则的重要贡献，仅举几项原则：不得使用武力取得领土；人民自决权神圣不可侵犯；占领国对受保护人员的义务在占领持续期间持续存在；种族分隔及种族隔离的做法并非南部非洲独有。

63. 然而，尽管这些国际法基本原则很重要，但咨询意见的主要目的最终不应仅仅是发展国际法规则和对理论作出贡献。任何咨询意见的主要作用都应是协助要求提供咨询意见的组织解决其可能面临的任何问题。在这方面，本《咨询意见》的主要作用是协助大会，实际上是协助整个联合国解决巴勒斯坦人民数十年来受压迫的问题。如果联合国不根据法院提供的建议采取行动，以促进解决这一冲突，那么这份长达 285 段的《咨询意见》将毫无意义，这一冲突对声称存在国际社会的主张来说是一个巨大污点，因为安能有任何社会允许存在强加到巴勒斯坦人民头上的这种屈辱和痛苦。

迪雷·特拉迪(签名)

<sup>263</sup> 《咨询意见》，第 269、270 和 285(6)段。

<sup>264</sup> 损失登记册是根据大会 2006 年 12 月 15 日 [ES-10/17](#) 号决议设立的，它以文献形式记录以色列在包括东耶路撒冷及其周围地带在内的巴勒斯坦被占领土修建隔离墙对所有有关的自然人和法人造成的损失。