

编者按：近年来，国际关系中出现了一种不妨称之为国家“回归”的现象，不少国家较之以往更多地寻求减少承担乃至解除业已承担的国际义务，或者强化国家在国际法解释与适用过程中的主体地位。这一现象可能对国际法律秩序乃至国内法律秩序产生深刻的影响。《国际法研究》编辑部与厦门大学法学院联合举行“国家的‘回归’与国际法律秩序的重建”研讨活动，试图分析这一现象的基本含义、发生机理、实现路径、可能影响以及部分实践，本期刊发三篇相关论文，分别是《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》《投资者—国家争端解决机制的革新与国家的“回归”》和《国家的“浮现”与“正名”——网络空间主权的层级理论模型释义》。

国家的“离开”“回归”与国际法的未来

蔡从燕*

摘要：自近代民族国家产生以来，“离开”是国家行动的基本轨迹，其基本含义是国家主权不断受到限制。国家的“离开”有助于促进国际法——尤其普遍国际法——的发展，推动国际法治与国内法治、维护国际和平与安全，以及增进国际繁荣，但其中也存在着许多不足或不公平。由于国际关系与国际法自身都发生了重大变化，近年来国家出现了“回归”的现象与趋势。国际法律秩序进入新的重建期；尤其是，国际法与国内法的关系将被重构，国际法日益受到国内法的制衡而国内法则将获得更多的尊重；国际法的多元主义趋于增强。这为新兴大国重塑国际法律秩序提供了重要机遇。国家的“回归”对于国际法治和国内法治的影响是复杂的，但无论如何并不当然是消极的。

关键词：国家 国际法 “离开” “回归”

2011年，美国著名国际法学者阿尔瓦雷斯（José E. Alvarez）在《明尼苏达国际法杂志》上发表了一篇题为《国家的回归》的论文。^①基于对国际投资法，尤其《2004年美国投资条约范本》（Bilateral Investment Treaty, BIT）强化对东道国主权的维护以及一些投资东道国在投资争端解决中不断诉诸“根本安全”（essential security）或“国家安全”例外条款的考察，阿尔瓦雷斯在许多学者还在积极呼吁扩大国际机制的职责范围、强化国际机制的约束力的时候指出了“国家的回归”现象。阿尔瓦雷斯没有明确界定“回归”的含义，但“回归”显然被理解为国家较之以往强化了主权诉求与维护。国际投资法被阿尔瓦雷斯用以证成国家的“回归”的原因不难

* 厦门大学法学院国际法教授。

① José E. Alvarez, “The Return of the State”, (2011) 20 *Minn. J. Int'L.* 223.

理解，因为外国投资者把东道国诉诸国际仲裁庭可谓是近代民族国家诞生以来在和平时期面临的最深刻的冲击之一：作为国际法基本主体与原始主体的国家被传统上不认为是国际法主体的私人直接提出国际求偿，其波及国家数量之庞大，涉及国家权力之广泛，以及案件数量增长之快速，都是前所未有的。^①

不过，在2011年前后认为存在着国家“回归”的现象似乎还是有点言过其实。重要原因是，虽然2008年在美国爆发了金融危机并发展成全球性的经济危机，但此后国际社会仍然缔结或者启动谈判诸如《贸易便利化协定》和《联合国气候变化框架公约》下的《巴黎协定》等具有重大意义的多边协定，以及《跨太平洋伙伴关系协定》（Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP）和《跨大西洋贸易及投资伙伴关系协定》（Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP）之类的超大型区域贸易协定。事实上，阿尔瓦雷斯也认为该文更适当的标题是“某些国家的回归”，并认为不同国家的“回归”也不尽相同——即便针对同一制度的“回归”也是如此。^②然而，此后更多的国家——尤其包括长期以来鼓吹弱化甚至否定国家主权的主要发达国家——采取的一系列重大国际法律政策与行动表明，国家的“回归”已经应该被看作是一个具有系统性意蕴，因而有必要从整个国际法体系的高度进行审视的一个法律议题。这些重大的国际法律政策与行动诸如美国退出TPP、退出《巴黎协定》、搁置TTIP谈判、要求重新谈判《北美自由贸易协定》以及采取日益恣意的经济单边主义；英国决定脱离欧盟；俄罗斯、南非等多国退出《国际刑事法院规约》；以及更多的国家终止投资条约或大幅度修改投资条约政策。此外，近年来极端右翼政治力量在一些欧洲国家中崛起甚至获得执政权力，也蕴含着未来出现更多的类似国际法律政策与行动的可能。

在《国家的回归》一文中，阿尔瓦雷斯主要是描述国际投资法中出现的国家的“回归”现象，但没有深入讨论国家“回归”的动力、机理、路径，尤其对于国际法未来发展的影响，而这些正是本文要讨论的。除导言与结论部分外，本文分为三个部分。国家“回归”意味着国家曾经“离开”过，据此第一部分讨论国家的“离开”，包括国家为什么“离开”、如何“离开”以及对法治的影响。第二部分讨论近年来国家为什么“回归”、如何“回归”以及对法治的影响。第三部分讨论国家“回归”对国际法的影响。

作为一篇框架性论文，本文旨在从整体的意义上阐述国家的“离开”“回归”，以及国家的“回归”对国际法的影响，不可能，也没有必要专门讨论涉及特定国家，或特定制度^③的实践。应该强调的是，虽然本文认为国家的“回归”已经成为一个具有系统性重要的国际法议程，但并不认为它彻底否定或根本性逆转了国家“离开”的轨迹。事实上，不少国家正在继续“离开”，

^① 1987年到2017年7月间，已经知悉的投资者—国家仲裁案件已经达817起，涉及114个国家和地区。UNCTAD, “Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures”, IIA Issue 3, November 2017, p. 2, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf (last visited June 6, 2018)。这两个数字都已经大幅超过了WTO争端解决机构受理的成员方之间的贸易争端。

^② José E. Alvarez, “The Return of the State”, (2011) 20 *Minn. J. Int’L.* 223, p. 260.

^③ 参见本专题下论文，朱明新：《投资争端解决机制的革新与国家的“回归”——欧盟投资法院的视角》，载《国际法研究》2018年第4期，第16—30页。

维持甚至增强对国际制度的“忠诚”（loyalty）；^① 特定国家在某一领域“回归”却在另一领域“离开”；甚而至于，在某些领域中国家还刚刚“浮现”。^②

一 国家的“离开”

前已提及，国家“回归”的基本含义是国家强化对主权的诉求与维护。相应地，不妨简要地把国家的“离开”理解为国家日益接受国际法对主权的限制。

（一）国家为何“离开”

如所周知，《威斯特伐里亚和约》确立了国际社会——当时局限于欧洲——是一个主权国家体制，即各国拥有平等的主权，并且不承认存在着超越于国家之上或者游离于国家之外的公共权威。^③ 其重要结果是，罗马教廷以往拥有的最高公共权威被排除出世俗领域而局限于精神领域。在安东尼奥·卡塞斯看来，《威斯特伐里亚和约》导致了国家的“兴起”（rise）。^④《威斯特伐里亚和约》之后到20世纪中期，国家的“兴起”主要沿着两条路径进一步发展：第一，大国兴起。法国、英国、德国以及美国等少数大国此起彼伏地争取国际霸权，肯尼迪称之为“大国兴衰”现象，^⑤ 而施瓦曾伯格则称之为“国际寡头政治”成员构成的变化；^⑥ 第二，非西方国家兴起。自19世纪初起，非西方政治实体——从拉美地区到亚非地区——逐步实现了国家独立；尤其是，第二次世界大战后掀起的非殖民化运动诞生了当前国际社会中的多数主权国家。

然而，进入20世纪以来，主权国家出现了卡塞斯所说的国家“式微”（decline）——卡塞斯甚至使用“被拉下神坛”（dethronement）一词——的过程，^⑦ 或者本文所说的国家“离开”的过程，即国家主权不断受到国际法的约束。应当指出的是，这一“离开”过程是整体性的，即不仅中小国家接受其主权受国际法的约束——实际上保护，而且大国至少从形式上也逐步接受其主权受到国际法的约束，比如美国等大国与中小国家共同签署了《联合国宪章》——尽管前者获得诸如安理会常任理事国身份之类的特权。其根本原因是，历史经验与现实情势促使各国，包括大国从功能与价值两个角度重新理解主权，从而导致国家日益重视国际合作，并为此接受对主权的约束。首先也是最重要地，两次世界大战——尤其在一战结束后不到二十年再次爆发的“二战”促使各国开始反思主权。比如，在“一战”结束后出现了第一次主权淡化论或虚无

^① See Anna T. Katselas, “Exit, Voice, and Loyalty in Investment Treaty Arbitration”, (2014) 93 *Neb. L Rev.* 313, pp. 361 – 362. 关于“退出”“呼吁”与“忠诚”的一般理论，see Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty* (Harvard University Press, 1970)。

^② 参见本专题下论文，杨帆：《国家的“浮现”与“正名”——论网络空间的主权化》，载《国际法研究》2018年第4期，第31—47页。

^③ 也有个别学者质疑这一长期被人们所接受的观点，认为《威斯特伐里亚和约》与现代国际法没有关系，它只是一个被神话的概念。See Beaulac Stéphane, *The Power of Language in the Making of International Law: The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia* (Brill, 2004), “Chapter 5”.

^④ Antonio Cassese, “States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community”, in Bardo Fassbender, Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press, 2012), pp. 50 – 51.

^⑤ Paul Kennedy, *The Rise and Fall of the Great Powers* (Vintage Books, 1989).

^⑥ George Schwarzenberger, *Power Politics* (Frederick A. Praeger, Inc., 2nd edition, 1951), pp. 117 – 125.

^⑦ Antonio Cassese, “States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community”, pp. 60 – 68.

论思潮。^① 各国逐步意识到，恣意行使主权，尤其承认战争是实现国家利益的合法手段的结果是，各国无法维持一种最低水平的国际公共秩序，即和平与安全，并且任何国家都无法独善其身。其次，20世纪60年代以来，尤其冷战结束后全球化进程加速，促使各国进一步认识有必要开展更有效的国际合作——这必然导致对主权的约束，以便应对各国在政治、经济、社会等领域面临的挑战。比如，各国普遍认识到，缺乏有效的国际合作，多么强大的国家都无法单独应对气候变化、有组织犯罪、恐怖主义等问题。

或许基于上述原因，长期以来，各国倾向于以一种积极的方式理解主权受到约束的现象。以限制国家主权的主要方式，即缔结条约为例，一国缔结条约往往不被认为是放弃主权，而被认为是行使主权。^② 这种思维方式一方面表明国家仍然普遍地重视主权的价值，另一方面表明许多国家并未充分认识到主权受限带来的风险，这些都使得国家“回归”蕴含着内在的可能。尤其是，许多国家并不十分清楚在特定事项方面“离开”可能产生的后果，从而未能恰当地“离开”，比如许多国家缔结投资条约。^③ 以南非为例，在评估20世纪90年代以来缔结的投资条约时，南非政府承认当时并没有统一的投资条约政策，对于缔结投资条约的效益也缺乏认真的分析。^④ 许多发展中国家把缔结高水平的投资条约看作是一种相对其他国家的法律上的“比较优势”，但并未充分评估这些投资条约对于吸引外国投资的经济效应，以及可能导致的消极后果。^⑤

（二）国家如何“离开”

如所周知，条约是开展国家间关系的最重要的依据与方式，因而国家主要是通过条约而“离开”。显然，国家“离开”不仅体现在指缔结条约本身，而且——也许更重要地——体现于条约实施，其中尤其指争端解决，即国家行使主权的行为引发了争端，并被要求承担国家责任。由此，我们不妨从条约实施机制的角度把条约分为三种模式，^⑥ 据此考察国家是如何“离开”的。

第一种模式是指那些由国家自行实施而排除其他非国家行为体参与的条约，据此国家自身可以决定并处理是否“离开”“离开”的时间、范围、程度与方式。这种条约模式盛行于近代国际法产生以后至19世纪末期。其时，国家几乎是唯一的国际法主体，集国际法的造法者、利用者以及实施者于一身。这种自我裁判与自我执行色彩极为强烈的条约模式使得国际法律关系充满着不确定性；尤其是，在对于“离开”发生分歧时，相关国家只能采取自助措施，其结果往往加剧了分歧或冲突。不难发现，虽然此类条约在进入20世纪以后仍然存在，但基本趋势显然是，非国家行为体在不同程度上参与条约的实施。

^① 例如〔法〕狄骥：《宪法论》（第一卷），钱克新译，商务印书馆1959年版，第518页。

^② José E. Alvarez, “The Return of the State”, (2011) 20 *Minn. J. Int’l.* 223, p. 233. See also S. S. Wimbledon, 1923 P. C. I. J. (Ser. A) No. 1 (Aug. 17).

^③ Anna T. Katselas, “Exit, Voice, and Loyalty In Investment Treaty Arbitration: A Summary”, in Shaheena Lalani and Rodrigo Polanco Lazo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration* (Brill Nijhoff, 2015).

^④ South Africa Department of Trade and Industry, *Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review: Government Position Paper*, June 2009, pp. 14 – 15, 22, <http://pmg-assets.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/docs/090626trade-bilateralpolicy.pdf> (last visited June 5, 2018).

^⑤ See generally Andrew T. Guzman, “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, (1997) 38 *Va. J. Int’l L.* 639.

^⑥ 鉴于本文讨论的重点是国家的“回归”，因此在此仅从主体角度讨论国家“离开”的“模式”，但不讨论国家为“离开”而采取的更具体的措施或方法。

第二，国际组织参与甚至主导实施的条约，据此国家经由国际组织“离开”。这些条约或是自身设立了国际组织并授权由该组织实施条约，比如《联合国宪章》是主权国家缔结的国际条约，实施《联合国宪章》的部分权力，被授予根据《联合国宪章》成立联合国；或是规定由特定国际组织管理条约的实施，比如大量的条约规定在针对条约的解释发生争端时诉诸国际法院。在这种条约模式下，国家在“离开”方面受到国际组织的制约。比如，国家“离开”是否违反国际义务不再由国家自我裁断，而是由国际组织进行裁判。

虽然国际组织拥有独立的国际法律人格，但它们通常不被认为具有超国家性；事实上，它们往往具有很强的“成员驱动性”。根本上说，国际组织是国家开展彼此间合作的一种工具，其运作根本上必须服务于国家的利益——包括个体国家的利益和不同国家的共同利益，因此，二者之间很大程度上是一种“委托与代理”关系。^① 据此，主权国家可以较为有效地影响国际组织的运作，从而在“离开”问题方面维持主动性与灵活性。

第三，私人参与甚至主导实施的条约，据此国家经由私人“离开”。如所周知，在近代国际法产生后的很长时间里，私人不被承认是国际法的主体，它们充其量只是国际法的受益者，甚至被认为是国际法的客体。这种情况在20世纪中期以后发生了很大变化。从近年来国家“回归”的情况看，投资条约是国家经由私人“离开”的最重要领域之一。迄今为止，各国——几乎涵盖所有的主权国家——缔结的双边投资条约接近3000个，其中生效的超过2300个，^② 这些投资条约不仅为外国投资者规定实体性权利，并且普遍向他们赋予广泛的程序性权利，包括允许外国投资者有权对东道国提起国际仲裁，要求东道国为其主权行为承担赔偿责任。1965年《解决国家与他国国民间投资争端公约》进一步为外国投资者对东道国提起国际仲裁提供了机制保障，其缔约国的数量已经超过150个。^③

与经由国际组织“离开”相比，经由私人“离开”往往使国家面临更大的风险。原因是，与国际组织运作的逻辑起点是服务于作为成员方的国家的利益不同，私人活动的逻辑起点是追求实现自身利益，而不会倾向于考虑主权国家的利益，因而与国家在“离开”问题上更可能产生紧张关系。比如，与国际金融组织在主权国家发生经济困难时倾向于为其提供支持不同，外国投资者更关注的是其权益是否由于主权国家为克服经济困难而采取的措施而受到损害，并在认定其权益受到损害时向东道国提出求偿，而不倾向于与东道国“同舟共济”。

应当指出的是，作为国家“离开”的最重要依据与方式，条约形式上是主权国家同意的产物，但条约从缔结到实施都广泛地存在着一些不公平性，其主要原因诸如发达国家与发展中国家在谈判能力等方面存在明显差距、实施条约的国际组织基本上被发达国家所控制。^④ 比如，发展中国家在与美国缔结投资条约时基本上就是采用美国提供的谈判范本。可以认为，国家如何“离开”很大程度上是发达国家引领和主导的。

^① See, e. g. , Joel E. Oestreich (ed.), *International Organizations as Self-Directed Actors: A Framework for Analysis* (Routledge, 2012), pp. 5–7.

^② UNCTAD, “Investment Policy”, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (last visited March 25, 2018).

^③ ICSID, “Database of ICSID Member States”, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (last visited March 25, 2018).

^④ See generally Michael Byers and Georg Nolte eds., *United States Hegemony and the Foundations of International Law* (Cambridge University Press, 2003).

(三) 国家“离开”对法治的影响

从国际法的历史看，国家的“离开”对于法治的影响首先体现在国际层面，其次体现在国内层面。以下仅从一般的意义上讨论国家的“离开”对国际法治^①与国内法治的影响。

国家的“离开”对于提高国际法治，尤其维护国际和平与安全的意义无疑极为重大。比如，早在20世纪30年代，人们已经从国际法治的高度理解《国际联盟盟约》与国际联盟的价值。^②尤其是，1945年，约50个主权国家通过缔结《联合国宪章》建立了更有效的集体安全体制。虽然联合国未能始终公正、有效地处理所有涉及国际和平与安全的问题，但“二战”后国际社会已经维持超过七十年的整体和平表明国家的“离开”对于国际关系逐步实现法治化具有重大意义。又如，通过缔结《关税与贸易总协定》(GATT)以及《世界贸易组织协定》，主权国家日益把制定贸易政策的权力置于GATT/WTO的监督之下，使得国际社会没有重蹈覆辙，即在20世纪20、30年代时许多国家恣意行使主权实施“以邻为壑”的贸易政策，从而加剧世界经济危机，成为爆发“二战”的诱因之一。多边贸易体制对于国际繁荣的积极——尽管尚不均衡——作用是毋庸置疑的。国家的“离开”促使国际法的范式发生了转变，即从“共存法”转换到“合作法”，^③并且国家间关系很大程度上实现了“从武力发展到外交，从外交发展到法律”的转变。^④

国际法不仅促进了国际法治，也促进了国内法治。重要原因是，主权国家不仅在国际层面承担义务，很大程度上必须依赖在国内层面履行所承担的国际义务，因而国家的“离开”不仅促进了国际法治，而且促进了国内法治，进而使二者相互促进。^⑤比如，越来越多的国际条约针对成员方规定了广泛的透明度义务，^⑥而透明度则公认是衡量一国法治化水平的主要指标之一。相对而言，早期，各国主要基于和平与安全、领土与划界、外交特权与豁免等考虑而缔结条约，这些条约有力地提高了国际法治水平。不过，这些条约基本上不涉及国家治理与国内法治，因而对国内法治的影响——无论积极还是消极的——并不大。与此不同，最近数十年来，各国更多地缔结那些深刻影响国家治理的条约，比如人权、投资及贸易条约，这使得国家“离开”对于国家治理与国内法治的影响日益明显。

诚然，国家的“离开”对法治——国际法治与国内法治——的影响并不当然总是积极的。由于国家在为什么“离开”和如何“离开”方面存在的问题——如前所述，以及下文所述的原因，国家的“离开”对法治的影响可能是消极的，并且这些消极的影响日益突出，这正是近年来国家寻求“回归”的重要原因。

^① 细致讨论“国际法治”的含义以及如何达致“国际法治”显然超出本文的讨论范围。可以确定的是，“国际法治”是国际社会追求的目标。根据相关联合国文件的描述，“国际法治”至少要求遵守《联合国宪章》框架内的义务、主权国家尽可能批准条约及确保实施，以及和平解决国际争端等。See Report of Secretary-General, “Delivering Justice: Programme Action to Strengthen the Rule of Law at the National and International Levels”, A66/79, 16 March 2012, Part II (A).

^② See Alfred Zimmern, *The League of Nations and The Rule of Law 1918 – 1935* (Macmillan and Co., Limited 1936); H. Lauterpacht, “The Covenant as the ‘High Law’”, (1936) 17 *Brit. Y. B. Int'l L.* 54. See also J. L. Brierly, “The Rule of Law in International Society”, (1936) 7 *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret* 3; William W. Bishop, “The International Rule of Law”, (1960 – 1961) 59 *Mich. L. Rev.* 553.

^③ Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Columbia University Press, 1964), pp. 60 – 62.

^④ Louis Henkin, *How Nations Behave* (Columbia University Press, 2nd edition, 1979), p. 1.

^⑤ 赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，载《中国社会科学》2014年第10期，第79—99页。

^⑥ See generally Andrea Bianchi and Anne Peters (eds.), *Transparency in International Law* (Cambridge University Press, 2014).

二 国家的“回归”

进入21世纪以来，国家出现了“回归”的现象与趋势，民族主义思潮在越来越多的国家中兴起，近年来这一现象与趋势愈发明显。

（一）国家为何“回归”

显然，近年来国家“回归”是对此前国家“离开”的一种调整，因而，我们可以从国家“离开”的国际背景以及依据、机制、影响等方面发生的变化考察国家为什么要“回归”。

第一，应当指出，促进国家“离开”的背景当前不仅继续存在，在许多方面还强化了，比如国际社会在继续面临传统安全问题的同时面临更多的包括金融安全、网络安全等在内的非传统安全问题。然而，在为国家进一步“离开”提供动力的同时，这些背景也促成了国家“回归”。一方面，国家不断“离开”导致的主权被约束程度不断提高——所谓的“金色紧身衣”（golden straitjacket）现象——所蕴藏着的风险逐步显现，其中的规制权（right to regulate）受到约束尤其挤压了主权国家制定与实施公共政策的空间。这引发了公众对于本国政府能否有效地提供安全与福利的担忧，从而促使主权国家考虑“回归”以缓解来自公众的压力。事实上，近年来民粹主义思潮在许多国家已经成为影响这些国家对外政策方向的重要因素。^①

另一方面，国际权力格局发生重大变化，美国等传统大国出现相对衰弱，中国等新兴大国逐步崛起，国家“离开”的后果发生重大变化。前已指出，国家的“离开”根本上是由发达国家，尤其美国等发达大国引领、主导的。尽管如此，在主权受约束的同时，中国等一些新兴国家也在“离开”的过程中逐步参与、熟悉并且利用了国际制度，从而促进了自身实力的增长，^②成为推动国家“离开”的新动力。与此同时，随着国家实力的相对下降，一些发达国家认识到国家“离开”的风险，转而寻求“回归”。

在这方面，美国无疑是一个突出的代表。如周所知，美国是第二次世界大战后国际法律秩序的主要塑造者，诸如《联合国宪章》《国际货币基金组织协定》《国际复兴开发银行协定》及《关税与贸易总协定》等多边法律文件主要就是由美国主导起草的，美国制定的投资条约谈判范本也被众多的国家接受或借鉴。然而，进入21世纪以来，由于认为“离开”使得美国的利益受到过度损害，美国在多个领域寻求“回归”，比如美国于2001年退出之前已经签署的《京都议定书》、减少对WTO多哈回合谈判的支持。2008年金融危机之后，美国明显加快了“回归”步伐，包括从多边贸易体制日益转向区域与双边主义、贸易与投资保护主义逐步抬头。尤其是，特朗普当选美国总统后提出了“美国第一”（America First）政策，^③为此采取退出TPP、退出《巴黎协定》、搁置TTIP谈判、启动重新谈判《北美自由贸易协定》、阻挠WTO任命争端解决机构

^① 参见吴宇、吴志成：《全球化的深化与民粹主义的复兴》，载《国际政治研究》2017年第1期，第52—65页；李靖堃：《民粹主义对世界政治秩序的新挑战》，载《人民论坛》2018年第5期，第16—18页。

^② 一些西方国家批评认为中国等新兴国家实施的是“搭便车”策略。参见徐崇利：《自由主义国际经济法律秩序下“中国搭便车论”辨析》，载《法学》2010年第4期，第86—93页。

^③ “President Trump delivers ‘America First’ speech at Davos”，CNBC，<https://www.cnbc.com/video/2018/01/26/president-trump-delivers-america-first-speech-at-davos.html> (last visited March 20, 2018).

上诉机构成员以及采取明显违反WTO规则的单边贸易工具（比如启用《1974年贸易法》“301条款”）等行动。显然，与一般国家的“离开”不同，作为世界头号强国的美国的“离开”会产生强烈的涟漪效应，即促使更多的国家也采取类似行动。

第二，作为国家“离开”主要依据的条约对国家主权的制约作用越来越明显，从而促使许多国家寻求“回归”以重新塑造条约。前已指出，早前各国缔结的多是涉及和平与安全、领土与划界、外交特权与豁免的条约，而近几十年来各国更多地缔结涉及国内治理——这意味着国家要经常性地行使公共权威——的条约。显然，前者在一般情况下不会被触发适用，而后者则可能被频繁地触发适用，其缺陷或不足因而会更容易暴露出来，在争端解决过程中尤其如此。

第三，国际组织日益呈现出的“自组织”性对主权构成的制约超出国家的预期，从而促使其实寻求“回归”以约束国际组织的作用。虽然许多国际组织具有明显的“成员驱动”特征，但也有一些国际组织，尤其国际组织中的某些机构逐步呈现出“自组织”特征，据此形成很大程度上独立于或超越于成员方的意志，包括扩张其职责。这种“自组织”性在“冷战”结束之后表现得尤其明显。^①与此同时，包括联合国在内的国际组织往往由少数大国主导，成为其推行“霸权国际法”（Hegemonic International Law, HIL）更有效的工具或场所，^②这尤其可能引发一些发展中国家的担忧。

这些国际组织尤其指晚近日益活跃的国际争端解决机构。国际争端解决机构的若干特征使其对国家“离开”的影响日益突出，从而引发了主权国家的疑虑。首先，国际争端解决机构使得“书本上的法律”转变成“行动中的法律”，促使主权国家承担的国际义务实在化，包括要求裁定国家停止特定主权行为、承担赔偿责任等。如前所述，由于国家缔结的条约往往存在不足或者缺陷（比如法律术语缺乏清晰的界定或者没有界定），国际裁判人员在适用条约中必须要对此作出解释或澄清，这些解释或澄清可能超越了主权国家的预期。更重要地，一些国际争端解决机构在裁判案件过程中事实上从事了造法行为，从而对主权国家创设了义务。其次，与主权国家在一般的国际组织中是作为决策者行使决策权——比如通过一国一票方式行使投票权——不同，主权国家是作为当事方参与国际争端解决过程并且裁判结果只是由几个人做出，比如国际法院只有15位法官、WTO争端解决机构上诉机构只有7位成员、国际仲裁庭一般只有3位成员。再次，一些国际争端解决机构在纠错机制以及确保裁判人员的独立性与中立性乃至裁判能力等方面都存在不足，这些可能影响裁判结果的公正性与可靠性。事实上，近年来国家“离开”很大程度上就是由于国际争端解决实践引发的，或者说国际争端解决实践暴露了国家“离开”的风险，而国家的“回归”行动很大程度上也是针对国际争端解决机构。

第四，私人制约国家行使主权权威的能力越来越大，这促使国家寻求“回归”以恢复或强化对私人的规制。国家的“离开”很大程度上意味着对私人放松管制，或者说是对私人的“离开”，其结果是促进了私人实力的增强。如所周知，以跨国公司为代表的私人目前已经成为国际关系中一股不可忽视的力量，对于许多国家的公共政策决策与实施都具有重要的影响力。与许多国际组织因“成员驱动”特征使其有可能更多地考虑主权国家的利益不同，同样作为非国家行为体的私人更多地考虑并追逐自身利益。放任资本逐利被认为是导致2008年以来全球经济陷入

^① See generally Jose E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (Oxford University Press, 2005).

^② Jose E. Alvarez, “Hegemonic International Law Revisited”, (2003) 97 *AJIL* 873.

衰退的重要原因，“缺乏道德的市场，难以撑起世界繁荣发展的大厦”，^①因而需要发挥政府的作用。现实中，跨国公司为实现利益最大化可以不断变更其国籍，从而实际上造成“无国籍化”现象。^②进入21世纪以来，外国投资者频频以东道国侵害其投资权益为由诉诸国际仲裁庭，这已经成为各国普遍的重要关切，对东道国的治国理政造成了“寒蝉效应”（chilling effect），即东道国由于担心被外国投资者提出求偿而不敢采取其认为必要的治理措施。

（二）国家如何“回归”

由于“回归”是对此前“离开”的一种调整，国家为实现“回归”而采取的措施必然是指向影响国家“离开”的依据、机制以及行为体。这些措施既有实体性的，也有程序性的。实体性措施包括在缔约前开展更详细的利弊分析等前期工作、倾向于接受双边或区域而非多边约束、规定更多的不符或例外条款、不接受某些条款、重新谈判条约或者对这些条约做出解释，终止或不再续签条约等，以便减少国家所承担的国际义务、避免国家所承担的国际义务被做扩大化解释、为国家的未来行动保留足够的政策空间。程序性措施包括规定作为争端当事方国家同时以决策者参与争端解决机制（比如规定缔约方在争端解决过程中针对特定法律或事实问题做出的解释或决定对国际裁判者具有拘束力）、限制私人利用国际争端解决机制、强化国家间争端解决程序等，甚至不接受国际争端解决机制，以便强化国家自身对争端解决过程的主导作用、限制国际争端解决机构的自由裁量权，并且避免或减少国际争端解决程序被滥用。从类型化的角度看，这些措施大致可以分为一国寻求对更少的对象和事项承担义务、承担更少与更具柔性的义务、更灵活的履行义务方式，以及更有效的风险防范机制。总体来看，国家主要是寻求采取改良或改革性措施，但也有一些国家采取激进的措施，包括“退出”相关国际制度。

详尽考察各国采取的上述林林总总的措施显然超出本文作为一篇框架性论文的研究范围，但有必要指出近年来国家在“回归”过程中初步呈现出来的三个重要现象与趋势：

第一，国家以一种政治性的方式实现“回归”。不难发现，近年来国家安全——包括类似的“根本安全”（essential security），“危急情况”（necessity）——被越来越多的国家援引以澄清、限制乃至排除本国承担的国际义务，或者不愿意承担新的国际义务。其基本特点是，一国认为其针对特定事项采取的措施是为了维护国家安全，因而此类措施不受国际法约束、没有违反国际法，或者在国际法上应该被给予特别尊重，因而不承担或减少承担责任。我们不妨把这种以国家安全为理由减少或摆脱国际法约束的国家“回归”看作是一种政治性“回归”。

从国际法的角度看，国家安全传统上被认为属于所谓的“高级政治”问题，并且客观上具有强烈的自我判断（self-judging）特征，由此国家在和平与安全问题原则上不承担国际义务。如所周知，在习惯国际法上，为国家安全而采取措施属于国家享有的“自保权”的范围。尤其是，各国在缔结条约时往往纳入了所谓的不加禁止措施条款（non-precluded measures clause），据此国家可以以维护国家安全为由采取与其所承担一般义务不符的措施而不需要承担责任；进而，涉及国家安全的国际争端通常不具有可裁判性。国际争端解决实践表明，长期以来，国际争端解

^① 习近平：《携手构建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体——在第七十届联合国大会一般性辩论时的讲话》，载《人民日报》2015年9月29日第2版。

^② 参见邱魏、巫定要耕：《跨国公司无国籍化的发展趋势及其政策含义》，载《经济科学》2001年第2期，第105—111页。

决机构在裁判涉及国家安全的争端普遍持谨慎态度，总体上偏向于尊重于采取相关措施的国家的意见，甚至认为对此类争端不具有管辖权。晚近，随着全球化进程的不断推进，国家面临的安全问题——从主体、内容、识别以及后果——都变得越来越复杂，尤其非传统安全问题越来越突出，^① 因而以国家安全为由澄清、限制乃至排除本国承担的国际义务具有正当性。尤其是，在2001年“9·11”恐怖袭击发生后，各国普遍强化了国家安全立法。然而，这也使得国家安全措施更容易被误用，甚至被滥用以减损一国承担的国际义务。^② 比如，最近，特朗普政府以所谓国家安全为借口大幅提高关税，以减少来自中国等国的钢铝产品，被普遍认为是对国家安全理由的滥用，其实质目的是实行贸易保护主义。

第二，国家以一种“去多边化”的方式实现“回归”。多边进程的实现不仅指通过建立诸如联合国、WTO之类的多边制度，也包括通过具有“多边传导效应”的最惠国待遇条款的双边制度或机制。至少从成员方数量的角度看，较之区域或双边制度，多边制度确实可能对主权国家构成了更多约束，比如多边条约的某一缔约国可能要对所有其他缔约国承担义务。进入20世纪以来，虽然经历过挫折——比如“冷战”的爆发导致的东西方阵营对峙，但迈向多边进程无疑是一个基本趋势，其内在的基本理据是多边制度被认为有助于形成一个普遍性的国际社会和国际法律秩序，进而有助于维护国际和平与安全、促进国际繁荣。或许正因此，人们普遍以一种正面、积极的方式理解并倡导多边主义。

虽然双边或区域制度始终存在，而多边制度也继续在运作——并可能产生新的多边制度，但近年来至少在国际贸易领域出现的从多边主义迈向区域或双边化意味着20世纪以来的多边化进程发生了初步但重大的变化。比如，始于2001年WTO多哈回合谈判历经16年几乎没有取得实质性进展，而区域或双边自由贸易协定(FTAs)却急剧增长。由于当前的FTAs的管理范围并不限于贸易，而是扩大到投资、金融以及劳工保护等方面，因而这一区域化或双边化进程的影响并不限于贸易领域。此外，至少在投资条约中，最惠国待遇条款已经被做了更多的限制，比如越来越多的投资条约规定最惠国待遇条款不适用于国际争端解决事项。

值得注意的是，从成员方数量的角度看，主权国家从多边制度转向区域或双边制度意味着“回归”，特定国家只需要对数量较少的其他国家承担义务，然而，从成员方所承担义务的程度角度看可能并不意味着“回归”；相反，它意味着国家继续“离开”，即区域或双边制度可能对国家规定更多的义务。

第三，较之国际组织，国家似乎更加重视通过约束私人以实现“回归”。诚然，私人在国际投资争端方面广泛地挑战国家主权促使近年来主权国家普遍地修改投资条约政策以维护主权、限制投资者的私权，从而使得投资条约成为体现国家“回归”的主要领域之一。然而，如前所述，较之国际组织，私人与主权国家之间更有可能存在紧张关系，因此国家强化对私人的约束有可能从投资领域扩大到更多的领域。

(三) 国家“回归”对法治的影响

如前所述，国家的“离开”整体上首先促进了国际法治，进而促进了国内法治，因而国家

^① See generally David A. Baldwin, “The Concept of Security”, (1997) 23 *Review of International Security* 5.

^② See Congyan Cai, “Enforcing New National Security? China’s National Security Law and International Law”, (2017) 10 *JEAL* 65.

“回归”可以被认为对于国际法治以及国内法治水平的进一步提高是不利的。这种担心并非没有道理。国家终止或减损国际义务显然直接导致国际层面的法治出现倒退，导致法治更多地依赖东道国的国内法。从国际法治与国内法治良性互动的角度看，缺乏国际法制约的国内法在维护国内法治方面的可靠性可能会降低。或许正是意识到国家“回归”可能损害法治——国际法治与国内法治，阿尔瓦雷斯认为他只是“描述”国家“回归”的事实，而不是“赞美”它。^①

然而，近年来国家的“回归”并非对此前国家“离开”的简单否定，而是在与国家“离开”时相比更加复杂的政治、经济、社会以及法律背景下发生的，因而对于法治的影响也更为复杂。在评估——尤其针对特定事项——国家“回归”对法治的影响时，有必要进一步考虑至少以下因素：第一，如前所述，此前国家“离开”基本上是由发达国家引领、主导的，其中蕴含着许多不公平的因素，由此达致的国际法治，进而国内法治是有缺陷的，因而国家“回归”有可能纠正这些缺陷；第二，全球化背景下国家治理的日益复杂化客观上要求国家至少在某些领域强化公共决策，换言之，国家的“回归”不仅是国际层面上的需求，也是国内层面上的需要；第三，较之数十年前，当前各国的国内法治普遍有了明显改善。一定意义上说，正是国内法治水平的提高支持了国家在国际层面上“回归”。因此，相较而言，由于国家“回归”而受到损害的更有可能是国际法治，而不是国内法治。相反，为了支持在国际层面上的“离开”，国家有可能进一步加强国内法治，换言之，国家的“回归”可能反而促进国内法治。

三 国家的“回归”与国际法的未来

显然，在国家“回归”尚在发生因而充满不确定性的时候，企图针对国家“回归”对国际法未来走向做出任何最终结论都是有风险的。尽管如此，基于历史、现实与逻辑，本人仍然愿意提出以下初步判断：

第一，国际法日益受到国内法的制约，国际法与国内法的关系更趋复杂。在国家“离开”的年代，人们往往更加关注国际法对国内法的制约，强调国际法治对国内法治的促进，甚至存在着国际法至上或国际法治至上的定见。由于国际法的创设与适用传统上均由少数西方发达国家主导而广大发展中国家鲜能有参与，因此国际法与国内法的关系很大程度上为体现发达国家与发展中国家的关系，进而往往充满着对抗性与取代性。与此不同，在国家“回归”的年代，国际法将向国内法给予更多的尊重，其适用可能更多地受到国内法的制约，包括国家可能更加倾向于以转化方式实施条约。随着包括中国在内的广大发展中国家逐步有效地参与国际法的创设与实施，国际法与国内法的关系日益成为处理特定问题的两种法律手段之间的关系，进而这种关系的合作性与互补性可能趋于增强。对于国家而言，加强与国内法的协同、获得国内法的支持对其开展妥当的国际法实践将更为重要。相应地，就国际法学者而言，加强与国内法学的“科内整合”也是必要的。

第二，国际法的多元主义特征更趋明显，普遍主义则相对弱化。如所周知，早期的国际法实际上是欧洲国际法，它不仅由欧洲国家创设而且只适用于欧洲国家之间。随着国际社会的不断扩

^① José E. Alvarez, “The Return of the State”, (2011) 20 *Minn. J. Int’L.* 223, p. 262.

大，欧洲国际法日益朝着普遍国际法的方向发展，据此国际法被试图适用于越来越多的主体、规定越来越多标准化的内容，并且要求被越来越统一地适用。^① 换言之，普遍性被认为是国际法应当实现的目标与应当具有的价值。诚然，晚近各国以及整个国际社会面临着更多的共同利益与挑战，然而，由于国际权力的多中心化趋势以及国际法日益涉及具有不同需求的国内规制问题，国际法的多元主义特征更加明显。这种多元主义表现为诸如更多的国家——无论它们是选择继续“离开”还是寻求“回归”——针对国际事务提出相竞争的法律方案并谋求其他国家的支持，国际社会将面临更多的法律选择；区域性法律制度持续兴起，多边法律制度的相对重要性可能下降；特定国际法律制度为考虑不同缔约方的关切，据此在维护统一性的同时增强了灵活性。总之，形成普遍、统一的国际法规则将变得更加困难——进而更加多元的国际法规则是否适合或者能否处理国际社会的共同利益与挑战值得进一步观察，国际法将进一步“碎片化”，国际法律秩序将进入重建期或动荡期。这一现象已经引起一些国际法学者的关注，比如新近出现的“比较国际法”研究动向。^② 然而，这无疑为诸如中国这样的新兴大国——它们在以往的国际法律秩序建构中往往“缺席”，或者只能扮演批判者、追随者或遵守者的作用——重塑国际法律秩序——尤其通过双边或区域途径——提供了重要的历史机遇。^③ 比如，中国提出“积极参与国际规则制定，……，增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力”的新的国际法律政策，^④ 正在为完善全球治理提出一系列“中国方案”。^⑤

结 论

自近代主权国家产生以来，“离开”是国家行动的基本轨迹，即国家不断接受其主权受到约束。寻求、维护国际和平与安全，以及增进国际繁荣是国家“离开”的基本动力。国家“离开”的基本依据是条约，它们使得作为非国家行为体的国际组织与私人在国家“离开”过程中发挥了重要作用。国家“离开”的结果是逐步形成普遍性的国际法并且国际法对于促进国际法治乃至国内法治发挥了越来越重要的作用。国家的“离开”促进了国际法——尤其普遍国际法——的发展，使其整体上有助于促进国际法治与国内法治。

应当承认，迄今为止出现的国家“回归”尚不足以使我们得出这样的结论，即几个世纪以

^① 自其诞生以来，对国际法的普遍性构成最重要的挑战被认为是20世纪20年代伴随着苏联的成立而产生的“社会主义国际法”。See H. A. Smith, *The Crisis in the Law of Nations*, Stevens (London: Stevens, 1947), pp. 17–22.

^② See generally Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier, and Mila Versteeg, “Comparative International Law: Framing the Field”, (2015) 109 *AJIL* 467; Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier, and Mila Versteeg (eds.), *Comparative International Law* (Oxford University Press, 2017); Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Oxford University Press, 2017).

^③ See generally Rowena Maguire, Bridget Lewis and Charles Sampford (eds.), *Shifting Global Powers and International Challenges and Opportunities* (Routledge, 2013); William W. Burke-White, “Power Shift in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism”, (2015) 56 *Harv. Int'l L. J.* 1; Congyan Cai, “New Great Powers and International Law in the 21st Century”, (2013) 24 *EJIL* 755.

^④ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过)，第七部分之（七）。

^⑤ 《习近平：加强合作推动全球治理体系变革 共同促进人类和平与发展崇高事业》，人民网，<http://politics.people.com.cn/n1/2016/0928/c1024-28747885.html>，最后访问时期：2018年3月20日。

来国家“离开”的趋势已经根本性或完全逆转，或者国家必然地“退出”特定法律制度，但似可认为重建整个国际法律秩序面临新的历史机遇。原因是，国际法律秩序的重建不仅发生在国家已经采取措施而寻求“回归”的那些领域，这些措施还可能具有“溢出效应”，影响到其他领域中的国际法律秩序的重建。国家为寻求“回归”而采取的措施多种多样，但以政治性方式、“去多边化”方式以及更加重视针对私人的“回归”是既有措施中呈现出的重要特点。由于当前出现的国家“回归”既受到传统的国家间实力变迁与利益计算的驱使，而且——也许更重要地——受到更为广泛的社会关系变迁的推动，因而国家的“回归”对于国际法的未来可能产生更加广泛而深刻的影响，这种影响可能表现为国际法日益对国内法给予尊重，或者说国际法日益受到国内法的制约，同时国际法的多元主义将日益明显。国家“回归”对法治的影响是复杂的，它既可能损害了法治——尤其国际法治，但也可能促成更加公正和可持续的法治。

The Leaving and Return of the State and the Future of International Law

Cai Congyan

Abstract: From the inception of modern national states, to leave has been the trend of States in their activities, the basic tenet of which is to accept that their sovereignty was gradually limited over time. The leave of States has enhanced the development of international law, especially universal international law, the improvement of rule of law at international level and domestic level, the maintenance of international peace and prosperity. Many drawbacks and injustices existed in this process, however. Given there have been many substantial changes happening to international relations and international law itself, the trend of return of States have been emerging in recent years. International legal order enters a new period of reconstruction. In particular, the relationship between international law and domestic law is reconstructed and, as the result, international law is gradually balanced by domestic law and domestic law is given with more respects; the pluralism of international law is enhanced. As the result, emerging great powers have substantial potential to reshape international legal order. The implications of the return of States on international rule of law and domestic rule of law are diverse; however, these implications are not necessarily negative.

Keywords: States, International Law, Leave, Return

(责任编辑：何田田)