武漢大學學報(哲学社会科学版)
WUHAN UNIVERSITY JOURNAL (Social Science)
第70卷 第4期 2017年7月
Vol. 70. No. 4 July 2017. 054～069

DOI:10.14086/j.cnki.wujss.2017.04.007

逆全球化潮流与国际软法的趋势

何志鹏

摘　要：逆全球化的潮流遏制了多边国际条约的进程，却促进了软法的发展。20世纪中叶以来，软法在国际关系中的迅速增长，成为国际法领域的一个重要现象，并提出了一系列新的问题和挑战。软法的发展是国际关系组织化的必然产物，也是国际治理模式多元化的重要特征和自然结果。软法意味着国际法规范体系的延展和深化，软法的发展也提出了如何理解国际关系中法律与道德的关系、法律与非法律的界限等问题。在国际法的渊源体系中，软法并未规定在《国际法院规约》之中。鉴于软法对于国际法存在和发展的重要意义，考量其与条约、习惯、一般法律原则的关系及其作为独立的国际法渊源类型地位的问题时，有必要认清《国际法院规约》的列举并非穷尽、逻辑上并非周延的性质，有必要超越国际法渊源认知非黑即白的二分法格局，在此基础上，不难确立软法进入国际法渊源行列的可能性。

关键词：逆全球化；国际软法；国际法渊源
中图分类号：DF9;D99　　**文献标识码**：A　　**文章编号**：1672-7320(2017)04-0054-16

一、问题的提出：逆全球化格局的新环境

2017年初，美国新当选总统特朗普刚刚赴任，就对美国曾经大力主导的跨太平洋伙伴协定(TPP)提出了否定的意见，并明确态度：美国不会加入这一体系。如果进一步回顾此前英国退出欧盟的全民公决，再考虑2008年以后席卷全球的经济危机所导致的国际经济增长乏力、国际社会组织化面临的危机，我们就不难判断：世界已进入一个新的逆全球化的潮流之中。在这种逆全球化的状态下，国际组织的生成和发展、多边国际条约的签署和批准都会受到较大的阻力。2004年联合国主持制定、2005年开放签署的《国家及其财产豁免公约》，以及2008年通过、2009年开放签署的《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》(《鹿特丹规则》)，所遇到的状况就是典型的例证。《国家及其财产豁免公约》以30个国家批准或加入为生效条件，至2017年3月，有21个国家批准或加入；而《鹿特丹规则》要求20个国家批准或加入而生效，至2017年3月，仅有3个国家(刚果、西班牙、多哥)批准。**在这种全球化速度放缓甚至直接倒退的状态下，国际法将如何存续和发展是一个事关世界前途的问题。此时，值得关注的是这样一种趋势：即在全球约束力的多边条约受到很大阻力的时候，以软法为代表的国际法新形式却有可能获得生命力，并进而对于全球治理的发展起到重要的作用。**“软法”是20世纪中叶以来在社会发展的进程出现的新事物(Thirlway,2000:164)，最早出现在国际法领域。诸多领域的软法已经引起了学界的深入关注，尽管在法律实证主义、现实主义、批判法学、全球行政法等理论流派之间(d'Aspremont & Aalberts,2012:309)对于国际软法的范围、作用和法律属性依然存在着诸多争论(Goldmann,2012a:335)，不过，核心问题仍然是：软法是否具有法律的地位？能否构成一种独立的或者特别的国际法渊源(Triggs,2011:50)？

二、问题的呈示：国际关系中软法的存在形式

“软法”不是一个独立和自足的概念，它必须与“硬法”这一概念相对应才能界定。那些具有约束力的规则被称为硬法，反之，不具有约束力的规则就被称为软法（Garner，2014：1606）。“软法是全部或者部分在设计上不具有约束力的国际立法”（Reisman，1996：180-182）。软法所涵盖的范围很广，凡不属于生效的公约、条约、议定书范畴的书面文件，无论其名称为何，均可被归入其中，它涵盖但并不限于联合国大会的决议、实践准则、联合声明和宣言等（Armstrong et al.，2012：27）。对于软法的范围，学界有不同的理解。概括论之，国际法律秩序中的软法可能表现为以下几种形式（Kaczaorowska，2010：64-69）。

（一）两个以上国家作出的政治宣言

有时，国家之间可能通过会谈或者会议的过程，形成一些宣言类的文件，这些文件只是表达对一项或一些国际事务的一种政治立场或者看法，它们仅具有表达意愿和宣示的意义。需要注意的是，那些会明确地订立彼此的权利义务的国际会谈或者会议宣言，属于条约的范畴，条约的“软条款”不应认为属于软法。有的学者认为，就国际规范而言，无论其表面约束力如何，只要在内容上模糊不清、没有给相关的行为体设定明确的权利义务，就属于软法（Dixon，2013：52）。实践中，并非所有的国际条约中的内容均可实施，有些条文是宣示性的，仅仅表达国际社会的意愿和价值指向。根据这样的论断，国际条约中的某些条文如果不具有明确的权利义务指向，例如 1945 年《联合国宪章》的引言、1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》的序言，再如某些框架公约（如《气候变化框架公约》），某些倡导国家采取措施逐渐达到目标的条款（如 1972 年《保护世界文化和自然遗产公约》《经济社会文化权利公约》第 2 条），也会被列入软法的范畴之内（Triggs，2011：50）。1963 年 8 月 5 日苏联、美国和英国三国签署《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》第 4 条第 2 款的规定“各缔约国如断定与本条约内容有关的非常事件危及本国的最高利益，有权退出条约，以行使其国家主权。它应在三个月之前将共退约一事通知所有的缔约国。”这些条文都表达了国际社会在一些事项上的关切和认识，却不具有约束力，所以被认为是脆弱的、软法的一个表现（Weil，1983：413）。在这些学者看来，软法可能成为有约束力条约的一部分，只是成员国不期望此种条文具有约束力（Charlesworth & Chinkin，2000：67）。反对者则表示，由于时代发展，原有的比较清晰的规范也会变得模糊；原有比较模糊的规范则可能因为实践的摸索或者人们认识一致而变得清晰，所以用此种标准确立软法并无合理性（Lowe，2007：96）。比如，条约的序言在解释条约的目的时具有不可或缺的意义（Garadiner，2008：186）。由此，这部分学者认为，只有在性质上不具有约束力的国际文件（non-binding international instruments）才属于软法规范，也就是国家或者国际组织同意作出的并不具有法律约束效果的陈述、文件、宣言和行动准则。不过，追求条文的完全清楚明确基本是不可能的，如果以模糊性为标准来区分软法，则软法的范围更加广阔、边界更难区分，所以，有约束力的条约中相对模糊的条款应视为有待于在具体争议中澄清的硬法。

（二）政府间国际组织作出的建议和决议

在讨论政府间国际组织的建议和决议之时，首先必须明确的是，有些国际组织决议是直接具有法律约束力的，明显就是硬法。例如，根据《联合国宪章》第 24、25 条和第七章的规定，联合国安理会在和平与安全领域针对侵略、武力使用方面的问题作出的决议，就是具有约束力的。前苏联国际法学家童金主编的《国际法》认为，那些关乎国际组织程序的规则和要求缴纳会费的决议，具有约束力，但不构成普遍国际法的渊源，而仅仅是国际组织法的渊源（童金，1988：52）。如果不过多地对国际法的“普遍性渊源”做出期待的话，那么只要是对于相关行为体（例如成员国、组织机关和机构）具有约束力的规范就属于国际法的渊源，无论其约束成员的多寡①。而欧洲联盟的组织机构本身就具有立法权，因而理事会、委员会等机构可针对其成员国直接做出具有约束力的条例（regulation）等立法文件，而且此种立法是具有直接

①参见丘宏达（2012）. 现代国际法（修订三版）. 台北：三民书局：101-103.

适用和优先适用地位的;国际货币基金组织可以针对汇率的问题做出具有约束力的决议;世界卫生组织的大会可以通过有关卫生、建议、疾病名词等规章,国际民航组织的理事会也可以就航空和航行人员的资格认证做出有约束力的决议①。故而需要明确的是,并非所有国际组织决议都属于软法。

在上述决议之外,绝大多数国际组织所制定的法律文件是不具有约束力的。在不具有约束力却具有说服力、影响力的国际文件中,联合国大会的决议占据很大部分。根据《联合国宪章》,联大除了针对审议预算、分配会费问题(第 17 条)、接纳会员国、停止会员国的权利和特权、将会员国除名(第 4～6 条)可以做出有约束力的决议,对其他绝大多数问题只能提出建议(第 10～14 条)。但这显然仅仅是联大当初的意愿。由于联大代表了国际民主的发展方向,而安理会限于理事国的数量和否决权,民主程度远远低于联大,处理问题事项范围非常有限,所以联大在很多问题上发挥了积极的作用。不过,并非所有的联大决议都能构成软法,因为很多决议都仅仅是政治妥协,呈现之初就无意建立任何具有约束力的规范;有些决议,如建议研究癌症的原因,与国际法权利义务安排无明显关系(Malanczuk,1997:57)。其他国际组织的决议亦应作如是观(Shaw,2014:83)。

值得说明的是,虽然已经确定的习惯国际法规范的约束力很清晰,但尚未获得固定和明确形式的习惯与软法之间的边界却并不清晰(Gardiner,2003:100-101)。正如马尔科姆·肖所指出的,国际文件的题目并不重要,重要的是国家在相关文件中所体现的意图(Shaw,2014:84)②。因而,只有那些根据组织规程不具有约束力的国际组织决议、建议才属于软法的范围,而不论其名称如何。

(三)以技术规程、示范法等方式出现的行为准则

在很多时候,有些政府间国际组织和非政府组织可能会确立一系列的示范法、技术规程等行为准则(code of conduct),以树立较好的行为典范和关系模式,对于相关的行为体提出期待和意愿,推荐国际关系的行为体遵守。此种方式主要体现在针对跨国公司、针对国家的人权、环境等行动的领域;此外,一些国际性金融监管组织,如国际证券委员会组织,保险业国际监管组织,设在国际清算银行的支付与清算体系委员会以及国际货币基金组织等,都采取了加强合作的行动来解决具体的跨国金融监管问题③。虽然这些行为准则并没有确立清晰的法律义务,却显然有利于唤起各个国家和民众对相关领域的重视,有利于促进各国的国内立法,也有利于对相关行为体的正当性进行衡量。

有的学者将针对某些法律实践作出的专家报告(例如国际法委员会针对国家责任所作出的特别报告员报告)和针对具体国际情势问题作出的专家报告(例如针对某一国家的人权状况作出的调查报告)也视为软法。这种观点值得进一步考量,因为前者可以归入一种新的"权威公法学家学说",而后者的立场在中立性、专业性等方面还有待进一步讨论。

综上分析,凡是在目的和性质上能够看出没有实施意愿、没有实施资格、没有实施可能的国际规范性文件均属软法。(1)没有实施意愿,是指在文件中能够推断出仅仅是作为建议、倡导而存在的规范,而无意于为国家赋予权利、确立义务或者形成责任;如联合国 1948 年的《世界人权宣言》、1971 年的《国际法原则宣言》;(2)没有实施的资格,是指无论其措词如何,从文件制定者的身份上就可以推断出,该组织机构并无确立具有实施力的国际法规范的职权;联合国大会对于很多事项作出的决议、联合国人权机构作出的人权条约一般性建议、一般性评论均属此类。(3)没有实施可能,是指从规范的内容和可以作为支撑体系的国际法运行结构上,该文件无法作为配置资源、确立权利义务以及责任的基础。(4)规范性

---

①参见《国际货币基金协定》第 29 条、《世界卫生组织组织法》第 21 条、《国际民用航空公约》第 37、54 条第 12 款、90 条,均见外交部条约法律司(1987).中华人民共和国多边条约集(第一集).北京:法律出版社:182、375、250-251、256、265.

②这一观点在《现代条约法律与实践》等著作中被充分论证。Anthony Aust(2013). *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press:20-26;Anthony Aust(2012). Alternatives to Treaty-Making:MOUs as Political Commitments. Duncan B. Hollis. *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford:Oxford University Press:46-70.

③虽然从法律性质上看,这些规定并不具有约束力,而仅仅属于"软法",但是因为它们具有合理性、科学性和可操作性,经受住了时间和实践的检验,所以,许多参与国际金融程度较高的、非十国集团国家的监管部门,也自愿遵守。这一事实充分说明了国际软法具有约束力的一个重要原因,即规则的"内在理性"。关于中国引入 Basel I 的探讨,参见陈宪生(1989).应重视巴塞尔协议的实施.国际金融研究,2:26-29.王守淦(1992).《巴塞尔协议》原则与我国专业银行资本充足率探析.金融研究,2:48-50.

文件，国际文件必须是规范性的，也就是以确立行为模式、权利义务为表现形式，纯粹的报告不能作为软法①。迪纳·谢尔顿(Dinah Shelton)将软法分为“初级软法”和“次级软法”。初级软法是包括未能被以条约的方式通过的规范性文本，以国际社会的整体或者采纳该文本的国际组织机构的全体成员为对象，此种文件可以宣布新的规范，经常意图作为以后条约的先导或者可以重申或进一步引申以往在具有或不具有约束力的文本中确立的规范。次级软法则是监督机构的建议和一般评论，法院和委员会的司法或者准司法实践，特别报告员的决定和其他特别机构和国际组织的政治机构实施初级规范的决议。此种次级软法的大多数由条约所衍生的机构作出，其存在和权限来自条约，适用该条约包含的规范(Shelton，2009：70)。谢尔顿的这种区分模式对于理解和应用软法规则具有很大的启示作用。

三、问题的分析：软法在国际法治中的存在根源

软法在过去的半个多世纪大量出现，显示了国际法的不断演进，是国际法进程的重要方面。不仅国家，而且非国家行为体也通过创制软法而加入到了国际立法的进程之中。19 世纪中叶之前，国际法以习惯为主要渊源，19 世纪中叶以后，条约的分量越来越大。20 世纪中叶以后，人们发现一个国际法发展的矛盾：传统国际法的形成进程远远不能满足日益加速的国际社会生活步伐和日益增长的国际社会生活领域的要求。习惯的形成需要相当长的时间和相当多的实践作为基础，而条约、特别是多边条约，则可能旷日持久，而且很有可能中途失败，不见结果。这种矛盾产生了两个现象：一个被称为“速成习惯国际法”，另一个则是“软法”(Armstrong et al.，2012：26)。

（一）国际立法的高成本和低效率是软法勃兴的生态环境

国际关系处于非中央化状态，没有世界政府，也就不存在超国家的立法、执法、司法体系。而国家之间的关注领域、利益取向、发展能力存在着巨大区别，协商很难达成一致。此时，形成新的、具有约束力的国际法律文件(条约或者公约)需要巨大的谈判成本，而且很可能徒劳无功。即使在非常紧迫的事务领域举行国际会议、国际谈判都面临巨大困难，不易形成具有约束力的法律，诸多结果文件仅仅是原则而模糊的表述，无法形成约束力(Birnie et al.，2009：34)。例如，国际社会现在虽然已经共同认识到恐怖主义是一个严重的问题，但是，因为国家之间在恐怖主义的界定和范围上很难达成一致，仅仅在空中劫持、人质、资金方面形成了一些公约，而未能形成普遍的反恐公约(McCormack，2008：386-388)。同样，尽管国际社会都认为侵略是一个需要禁止和全面反对的国际罪行，但国际社会仅仅通过了没有约束力的第 3341 号联大决议，在《国际刑事法院规约》的框架下确立侵略罪的概念受到了很多大国、特别是安理会常任理事国的抵制(Wise et al.，2009：837-842)。

与此同时，**比起正式国际立法行动的缓慢步调，人类面临的科技、环境等领域的风险却纷至沓来，要求国际社会积极应对。国际社会的行为体转而采取更为可行的方式寻求解决方案。因而，当前国际规范的确立并非总是订立条约，很多时候是塑造软法，通过非约束性的机制来达到各个政府的目标**(Crawford，2012b：124)。例如，在外空领域，国际社会难于形成共同一致的条约，所以首先形成一系列外空软法来凝聚共识，并且在很大程度上解决了问题。即使没有形成条约，也决不意味着这些国际文件是没有意义的。在人权领域，《世界人权宣言》被视为“国际人权法案”的基石之一；很多领域的人权都是从“宣言”类的软法文件起步的(Weissbrodt et al.，2009：52-53)。

（二）国际治理的多样化和组织化是软法发展的内生动力

没有国际组织、非政府组织等非国家行为体就不会有这么多软法规则的出现。这些新的行为体兴起引致了多样化的、富有想象力的国际法立法和执法的新方式。国际组织成为新的立法形式的舞台。在政府不愿意就条约达成协议的时候，国际组织准备了准法律文本，意图并且实际上也影响着国家的行

①在国际空间法领域，李寿平认为，软法表现为宣言、原则、决议，主要由联合国及其专门机构通过，具有很强的实施效果，不宜持“泛软法主义”态度。李寿平(2015). 试论国际空间法中的软法(会议论文). 北京：中国社会科学论坛暨第十二届国际法论坛.

为。在这里,值得注意的是,在很多时候,**国际组织确立的这些文件并不是为了约束国家或者其他行为体,而是为了影响这些行为体的行为方式和考虑因素**(Clapham,2012:107)。现在的国际实践高度依赖国际组织的各种实践,它们可以推动新的法律规则的发展,特别是通过采纳不具有约束力的文本,成员国由此表达对产生新规范的赞许。不具约束力的规则特别在一般国际法和国际环境法领域对于国际法的形成具有重要的作用。这种不具约束力的规范文本也就是国际社会所越来越关注的软法。类似地以红十字国际委员会为代表的,非政府组织对于软法的产生发挥了积极的推动作用(白桂梅,2015:161)。

现代国际实践在很大程度上依赖国际组织的多样化行为,它们通过形成不具有约束力的文本对于国际法新规范的发展作出贡献,成员国对这些文本所包含的新规范表达支持和肯定(Schachter,1977:296)。这些属于软法的文本,无论被称为行为准则、建议、指南、决议,还是原则宣言,都是经过成员国认真谈判商讨而取得的成果,代表了其所支持的行为模式和权利义务配置方式(Birnie et al.,2009:34)。

国际组织、区域机构、跨国公司、非政府组织的立法活动和设立标准的活动产生了很多软法。在人权领域,国际组织通过了大量的软法,发展起国际法的新形式(Gardiner,2003:273)。在金融领域,软法也存在着诸多优点,很多金融机构乐于遵守(Brummer,2012:111-113;116-119)。

四、问题的深化:软法在国际法治体系中的作用

如果不是囿于传统的实证主义追求纯粹法学观念,而是以事实和经验作为分析的基础,就不难看出,软法是国家、国际组织、个人在日常的交往中必须参考的范围(Clapham,2012:74)。当国家之间不愿意签订有约束力的条约、或者签订条约的程序成本过大时,国际社会就很可能通过各种软法的形式表达其愿意接受的理念。认为一份法律文件没有法律约束力即属没有价值、对国家行为没有影响,显然是不符合国际社会的实际情况的。虽然有些国家仅仅因为这些文件的非约束性而反对他们,但很多国家持完全相反的观点(Charlesworth & Chinkin,2000:66-67)。如果考察发达国家和发展中国家在那些关于国际经济新秩序的国际软法上的态度(Higgins,1994:26-28),就不难理解这一点。从这个意义上看,软法的作用是非常重要的。它对于国际社会行为体的未来行为形成了期待(Lowe,2007:96-97)。英国国际法学者阿兰·波义尔提出,由于一些条约的规范不够清晰,产生了"硬法不硬"的问题,相应的,则是很多非约束性文件记载了国家之间在彼此关系上的政策目标,对于国家行为具有指导意义(Boyle,1999:901)。赖斯曼教授也指出,由于所谓的"硬法"很可能被认为是无效的,反过来,所谓的"软法"也很有可能体现出法律规范所具有的所有特点。援引这些术语就像试图寻求其基本区分一样模糊(Reisman,1981:102)。

(一)软法对既有国际法渊源的塑造作用

作为一个系统和进程,国际法显然在很大程度上、很多领域和方面受益于软法。王铁崖先生主编的《国际法》就认为,联合国大会的决议具有作为国际法补助资料的地位(王铁崖,1995:20)。在实践中,联大决议一方面可以作为一般法律原则的基础,另一方面可以作为国际习惯中法律确信的证据(Detter,1994:212-251),或者针对某些具体规则提供权威的解释(梁西,2011:42)。从软法推进国际法的作用上,至少可以根据学者的总结梳理出以下几个方面①:

第一,软法对成文国际法的引领作用。软法推动着国际立法的发展,这些不具有约束力的国际组织决议、示范法、行为准则等文件有可能成为硬法的前奏,转化为条约。软法作为具有约束力国际规范的基础或起点,能够辅助国际决策者确立国际法的实质规范,成为日后拟定和谈判条约的基础。国际会议的结论,即使没有形成所有国家一致同意的多边条约,记录的成果也会显示出该领域国际立法的状态。

第二,软法对成文国际法的补充作用。软法可能成为国家所进行的实践的一部分,从而可能构成现

①Dinah Shelton(2014). International Law and "Relative Normativity". Malcolm Evans. *International Law*(*4th ed*). Oxford:Oxford University Press:160-163;Stephen McCaffrey,Dinah Shelton & John Cerone(2010). *Public International Law*:*Cases*,*Problems*,*and Text*. New Providence:Lexis Nexis:144;Hilary Charlesworth & Christine Chinkin(2000). *The Boundaries of International Law*. Manchester:Manchester University Press:67;赵建文(2000).国际法.北京:法律出版社:33-34.

有已生效条约等成文国际法的解释依据，有助于解释国际法的目标和方向，填补既有条约生效后的空白，阐明某项国际法原则的具体含义和内容①。在多边国际条约文件没有获得足够数量的国家批准之时，因为其表达了对既有原则的编纂，也依然具有广泛影响②。有些联大决议则被认为是对于《联合国宪章》原则的权威解释与适用③。一些条约机制可能采用非经表决的软法模式进行修订，并进而给条约的当事国确立义务（Tomuschat，1993：191）。如《联合国海洋法公约》就采用了没有正式反对即为通过的方式解决其相关部分的实施协议（*modus operandi*）。软法可能以其他方式辅助国际法的发展与实施。

第三，软法对不成文国际法的证明作用。从联合国大会决议的角度看，因为其表达了多数成员的接受态度，所以构成了国际条约所必须的“法律确信”（*opinio juris*）的证据④，表达了各国的认同与支持态度。联合国大会 1992 年 12 月 14 日通过的 47/68 号决议《关于在外层空间使用核动力源的原则》、外空委员会于 2009 年 5 月 19 日通过的《外层空间核动力源应用安全框架》（A/AC. 105/934）就属于这样的例子。所有的这些文件，与其他相关证据结合使用，证明着相关领域、相关规范的存在（Brownlie，2008：14-15；Crawford，2012a：42）。

第四，软法对新的不成文国际法的发展与塑造作用。软法通过促进形成“国家实践”或者“法律确信”而创制新的习惯国际法。根据国际法院在尼加拉瓜诉美国关于军事行动和准军事行动案件中的立场，可以从国家在联大决议通过过程中的态度来推断国家对于习惯国际法的“法律确信”⑤。正如国际法院在十年之后的“核武器案”的咨询意见中表达的：

> 本院注意到，联合国大会的决议即使不具有约束力，有时也会具有规范性价值。在某些情况下，它们可以提供重要的证据，由此确认存在一项规则或者产生了某种法律确信。要确定某项联大决议是否确实如此，有必要考察其内容和通过决议时的条件，还需要就其规范特征而考察是否存在法律确信。或者，一系列决议可以体现确立一项新的规则所需的法律确信逐渐进化的过程⑥。

习惯国际法是由国家实践演变而来的，如果决议被全体一致或者包括世界主要大国在内的绝大多数赞成通过，这种宣示国际法的行为就可能最终确立国际法（Buergenthal & Murphy，2002：30-31）。当然，国际法院在核武器案咨询意见中更加明确地表述道：“考察一项联大决议是否已经具备了法律认同的地位，既要看这一决议的内容与通过的条件，也要看其在规范特点方面是否存在着此种法律认同。”⑦正是基于很多决议的通过都存在着很多不容忽视的反对和弃权，而且联大决议的立场也并不是持续的，所以法院认为并不存在禁止使用核武器的真正法律认同。

软法与硬法由于存在差异，彼此之间具有相互依存性：软法可以建立在硬法的基础上发展，硬法也建立在软法的基础上强化。建构主义者认为，国家利益是通过国家之间互动的社会过程而形成的，在这个进程中，软法和硬法均有助益。建构主义者更欣赏软法，因为它们萌生了共同的规范和共同目标及身份，又不致发生潜在的诉讼争议（Shaffer & Pollack，2010：706）。

（二）软法对于国际治理精神的推动作用

从软法在当代国际关系中所起的效果、对国家及其他行为体的行为影响上看，虽然当今的世界仍然是一个无政府的社会，但是国际软法在国际关系中具有广泛的功能。由于国际法的形式化使其面临诸多问题，软法作为去形式化（deformalization）的方式，在 20 世纪后半叶的世界政治中，地位不断凸显（d’Aspremont，2011：72）。软法不具约束力，却具有不可忽视的法律效果（Damrosch et al.，2009：285）。这些行动

---

①Restatement (Third) § 103.

②Namibia，ICJ Reports，1971，p. 16，at 47；Re Cámpora，24 International Law Report 518 (1957).

③1970 年 10 月 24 日《国际法原则宣言》，GA Res 2625 (XXV).

④国际法院在尼加拉瓜案中将软法（《国际法原则宣言》）作为习惯存在的证据，即习惯的法律信念基础。参见 Nicaragua（1986）. ICJ Reports：14、98-104、107-108.

⑤Nicaragua（1986）. ICJ Reports：14、99-100.

⑥参见国际法院（1996）. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons，Advisory Opinion. ICJ Reports：226.

⑦参见国际法院（1996）. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons，Advisory Opinion. ICJ Reports：254-255.

指针提供了行为的判断标准,在劝导国家和非国家行为体规制其行为上具有越来越明显的效果(Charlesworth & Chinkin,2000:67)。

首先,软法规范主要存在和作用于国际关系中与国家的底线需求、核心利益及基本关切距离较远的"软领域"(Rothwell et al.,2011:44)。因而,**一般地说,在经济、环境、人权等低政治领域的软法对于国际关系行为体的塑造具有较大的作用,而在武力使用、国土安全等高政治领域,软法很难被接受**。软法的功能取决于国际关系与世界政治的基本格局。这是因为,高政治领域国家的利益考量非常严格,即使有效的国际法规范也可能被拒斥;而在低政治领域,国家更愿意通过合作的方式获得更多的利益,或者通过遵从一些共同的观念来表达其社会化程度,从而增加自身的声誉和地位,减小参与国际交往合作的成本。在这些领域,国际软法代表了伦理、政治与技术之间不断互动的过程,以法律语言和推理技术使国际关系的行为体得以用彼此都能理解的形式确立权利义务、解决争端。因而,软法和硬法一样,构成了国际关系的规范基础。例如联合国大会所确认的纽伦堡审判原则,就提供了国际刑法进步的基石。如果采用哈贝马斯(Jürgen Habermas)的沟通理性理论,现在的国际会议更多寻求的是"共识"(consensus,或曰协商一致),而非同意(consent,一致同意 unanimity)作为确立其义务的基础(Armstrong et al.,2012:68)。而"包括国际软法在内的法律观念、法律意识等国际文化结构不仅外在地制约国家行为,而且内在地建构国家身份和国家利益"(夏春利,2014)。这就可以解释为什么 20 世纪 60—70 年代关于建立国际经济新秩序的软法不仅受到了发达国家的强烈抵制,而且在冷战结束后迅速地被甚嚣尘上的新自由主义所掩盖,很难发挥预期的效力。大国不愿意接受这些对其利益有明显影响的规范的约束,所以极力主张其不具有约束力(Shelton,2003:554-556),而发展中小国面对没有势力均衡的冷战后格局,根本没有力量与这些大国抗衡。

其次,软法规范主要呈现出对于国际社会成员的"软规制(soft regulation)"(Klabbers,2013:280),为其设定"软责任(soft responsibility)"(Kiss,1981:518)。虽然国际软法是不具有约束力的国际法规范,并没有构成对国家或其他行为体的硬性控制,没有执行机构,没有确立调查等监督机制,没有成员国报告的要求,不具有可诉性,但是其内在理性符合了行为体稳定的社会秩序、正常跨国交往、生产交易安全、符合公共伦理的行为方式的需求,为国际社会的行为体设定"最佳实践"模式(Goldmann,2012b:373),从而国际组织、国家、乃至跨国公司都可能愿意遵守这些规则,将这些规则作为其行为正当性的基础。其中人权软法主要约束国家和国家的代理人在国家之间的关系、特别是针对个人的、非互惠的单方承诺;环境软法则更多是针对可能造成污染的企业,而非国家自身(Shelton,2003:3)。经济领域的国际软法不仅试图确立国家行为方式的基本原则,而且力图构建具体的行为模式和指导方针 (Klabbers,2013:279)。其中既包括国际商会订立国际投资法典的系列努力,促进和保护私人外国投资国际协会、世界政府议会集团建议的规则;也包括 UNCTAD 区域性的投资法典方案①。这些行动指针提供了行为的判断标准,在劝导国家和非国家行为体规制其行为上具有越来越明显的效果。软法形成了软义务(soft obligation),政府机构和私人行为体很可能根据这些准法律技术要求和政策协议进行立法和设计管理措施(Shelton,2003:554-556)。基于此种情况,有研究指出,虽然软法不具有约束力,没有构成国际法的法律系统的一部分,它也是影响国家行为的重要社会手段,对于塑造国际秩序、指引国际行为、理顺国际关系、坚持社会价值至关重要,是全球时代社会治理的重要手段。软法规则深刻地影响着国家的行为,国家经常将非条约义务看成更为简单、更加灵活的未来关系的基础(Hillgenberg,1999:499-515)。法律的作用不仅包含着强制的部分,还包含着劝告(persuasion)和引导(acculturation)的部分(Steiner et al.,2007:726-732),软法在后两方面的作用更为明显。基于这些作用,有学者认为软法与硬法在国际治理中同样有效(d'Aspremont & Aalberts,2012:309)。

最后,主张软法的国家或者其他行为体往往有助于提升其"软实力(soft power)",由于规范本身所

①对于这些情况,早在姚梅镇先生 1987 年的著作中就有论及。参见姚梅镇(2011).国际投资法.武汉:武汉大学出版社:264-273.

具有的实体道德性、程序合理性(Ellis,2012b:369),在市场驱动力量的指引之下,会扩大规范本身的影响,也提升倡导此种规范的国家、国际组织、非政府组织的与社会声望、国际形象和制度文化力量(Diller,2012:481-536)。因而,国际软法作为社会治理、全球治理的一种方式,能够及时有效地回应国际社会的交往方式与风险应对要求发展,在国际关系中体现出越来越大的作用。国际社会采用软法的方式确立了一系列跨国公司的行为规范,例如,OECD1976 年的《跨国公司指南》、ILO《有关多国公司和社会政策之原则的三方宣言》、1990 年《联合国跨国公司行为守则》,为指引跨国公司的良好行为作出了重要的努力。这些规范不仅在政府间的关系上具有约束作用,而且公司也倾向于自愿接受这些准则,从而提升公司的声誉和社会影响力(Ruggie,2007:819)。在欧盟的框架下,软法提供了理事会、委员会立法之外的治理途径(Senden,2004:23-25),成为欧盟推动成员国自主改革,协调相关措施的开放手段(Falkner et al.,2005:182-194,359-364)。有研究认为,软法对相应的机构而言,能够强化这些制度的管理和协调能力;而软法转化成为硬法之后,又会显著提高这些规则的执行力(Skjærseth et al.,2006:104)。这些显然都在为相关行为体的发展提供制度和文化方面的影响。

总体而言,由于硬法限制行为体的行为、甚至损害行为体的主权,交易成本巨大,所以在义务、明确性、代表性上弱化的软法就可能有不可忽视的弥补作用(Abbott & Snidal,2000:421)。

五、问题的归纳:软法在国际法渊源中的地位

国际法的渊源,即国际法律规范的具体表现形式,也就是试图证明或否证一项主张、立场、做法的时候所依据的文件、观点和实践(Malanczuk,1997:35)。探讨软法在国际法渊源中的地位,就是要分析软法可否以及在何种程度上可以作为提出一种主张的法律依据。国际软法经常作为习惯的证据,也经常与条约相互补充、共同适用。进一步的问题是:那些号召性、倡导性的宣言,即使具有一定的法律效果,是否有资格在条约、习惯、一般法律原则之外构成一种独立的或者特别的国际法渊源呢?

(一)关于"软法"术语适当性的争论

在软法是否具有国际法渊源地位这一问题上,有的人直接对"软法"这个概念提出异议。认为法律就是硬性的,就是具有约束力的。不可能既是软性的,又是法律①。他们认为软法这个词汇可能具有误导性(O'Connell et al.,2010:159),并反对在此种语境下采用"法"这个概念,至少不能将法这一称谓用于那些类似《联合国宪章》前言的一般性的、宽泛的原则(Raustiala,2005:586-591)。扬·克拉贝尔(Jan Klabbers)认为,软法的概念没有实际的意义,让人误以为法律的约束形式分为不同阶次(Klabbers,1996:167;Klabbers,2013:38)。还有很多学者对软法属于法律提出质疑。杜佩(Pierre-Marie Dupuy)认为,软法是一个有益的范畴,在一定意义上确实是有效的,但不适合放在正式渊源的学说之中(Dupuy,1991:420)。迪克森认为,当用"软法"这一术语来描述那些可能发展为国际法规范却还没有达到这一程度的价值、指导方针、观念和建议的时候,它并不是真正的法律,而仅仅是未来法(*de lege ferenda*)原则的另一种称呼,或者说,将来有可能具有约束力。只有后续跟进的条约、习惯或其他立法行为,方能使之成为法律(Dixon,2013:52)。

需要指出的是,**在法律的研究中,不仅要警惕过于乐观的浪漫主义,也要避免因循守旧的教条主义**。所有的法律都有约束力,所有具备约束力的都是法律,这诚然是一个完美的逻辑论断,但不符合社会实践。"实践是检验真理的唯一标准",**在现实和理论之间存在矛盾的时候,只能是改变理论,而非否认现实。理论必须基于现实进行修改,而不是否认现实**。无论是国内法,还是国际法,规范体系都不是一种"非黑即白"的状态,边界经常是模糊的,确实有很多规则是在灰色的中间状态。从国内法的意义上看,能够配置权利义务的并不仅仅是严格意义上的法律,还包括在社会中具有实际指导意义的规则。正如

①有学者指出,"软法"这个称呼本身就是自相矛盾的(oxymoronic)。L. Henkin et al.(2009). *Human Rights*(*2th ed*). New York: Foundation Press:245.

纽黑文学派(New Haven School,或称“政策定向学说”)所指出的,在社会中起作用的往往并不总是书面的、有约束力的法律,还有很多在社会上具有效力、但没有被视为法律的行为准则(白桂梅,1991:201-224)。国内规范与国际规范一样,不仅在约束力上分为不同的阶次,而且“法律”与“非法律”的界限远不是明晰清楚的,存在着巨大的“灰色地带”。国际法规范这种“黑—白—灰”混合的格局,其约束力所处的复杂境况是必须面对和接受的事实,还需要给出解释,提出进一步的发展方向。

(二)软法归属于国际法的可能性

一些学者从规范属性入手,认定软法不是法律。马尔科姆·肖在其《国际法》中明确提出,软法并不是法律,即使在环境和经济领域,在发展和确立准则方面很重要、很有影响,但无论如何,它们在性质上不是法律规范(Shaw,2014:83-84)。贾兵兵也提出,“‘软法’并不是法,也不是指通常意义上创造法律的一种途径。……‘软法’并不是一个恰当的表述方式。一个规则要么是法律,要么不是法律。‘软法’这种似是而非的表述方式没有准确地反映出国际法具有法律拘束力的性质。”(贾兵兵,2015:52)这种论断的基础是:(1)以《国际法院规约》(以下简称《规约》)确立的列表为基础,软法不在列表之中;(2)如果认为法律是具有约束力的规范,软法不具有此种约束力。笔者认为,对于上述的论断,需要从基础上进行反思:

首先,中外学者在分析国际法渊源之时,每以《规约》第 38 条为起点,并认可其代表性和权威性①。《规约》确实是研讨国际法渊源问题的起点,但不宜认为其涵盖了国际法的所有表现形式(Klabbers,2013:21)。诚然,它确立了条约、习惯、一般法律原则作为国际法渊源的地位,并将司法判决和权威公法学家学说作为辅助渊源,这些至今没有改变;然而国际法的渊源却不能停留在这一文本所反映的历史阶段。国际法作为一种相对初级的法律规范体系,不仅在内容上经常变化,在形式上也不断拓展。《规约》作为一份 1945 年通过的文件,当然不能期望它跟得上不断进步的时代发展潮流。这充分证明了罗萨琳·希金斯对国际法性质的认定:国际法是一套体系和进程,而不是一个规则集合(Higgins,1994:2-11)。也正是在国际法院这种实践的基础上,1998 年通过的《国际刑事法院规约》超越了《规约》,规定了判例的渊源地位。换言之,《规约》并不是一个关于国际法渊源的封闭列表。因而分析软法是否属于法律的问题,无需囿于《规约》的列举。

其次,如果现有的、被认为属于国际法的规范都是有约束力的,而软法只有劝导的意义,则软法显然不是法。那么是否可以确立所有被认可的国际法规范都有约束力这样的论断呢?无论是从历史上看,还是从现实来看,这一点都非常难。在相当长的时间内,由于没有执法机构,国际法规范都建立在舆论的基础上。就一国而言,能否依靠国际法维护权利、落实义务,主要看这一国的力量和相对国的利益需求。迄今为止,国际法也并没有普遍地形成有效的约束机制。有些学者认为,国内法也经常被违背,不能因国际法被违背就说国际法没有约束力。此种观点当然有道理,但问题在于,违背国内法经常会引致法律责任,而明目张胆地违背国际法却未被追究责任的现象为数众多②。20 世纪,虽然国际法取得了巨大进步,国际司法制度建立起来并日益成熟,但是国际司法制度仍然处于边缘化,也是不争的事实。除了有限的领域,个人要求国家负责的途径都非常有限,国际法庭在多数领域付诸阙如。综合分析,国家责任制度的初级性和国家责任追究机制的欠缺使得国际法义务的落实严重缺失。从而也就可以理所当然地推出,当前的国际法并非都如一些善良的人们所乐观设想的那样具有较强、较普遍的约束力。相较而言,国际软法文件除了在形式上不具有约束力之外,在实际的效果上与“硬法”并没有实质的区别。国

---

①“Although Article 38 does not in terms state that it contains the formal sources of international law, this is usually inferred. Article 38 . . . is authoritative generally because it reflects state practice.” Robert Jennings & Arthur Watts(1992). *Oppenheim's International Law*(*9th ed*). London: Longman: 24.

②其中最为明显的例证是,自 1945 年开始,《联合国宪章》第 2 条第 4 款就明确地禁止使用武力和以武力相威胁,然而,自 20 世纪 50 年代起,越南战争、阿富汗战争、英国与阿根廷的马尔维纳斯群岛海战等既不属于自卫也没有获得集体安全机制授权的武装冲突层出不穷,以致早在 20 世纪 70 年代初,一些学者就争论该条文是否已经“死了”。Thomas M. Franck(1970). Who Killed Article 2(4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States. *The American Journal of International Law*, 64: 809-837; Louis Henkin(1971). The Reports of the Death of Article 2(4) are Greatly Exaggerated. *The American Journal of International Law*, 65: 544.

家等行为体遵循着这些规则，将相应的规则转化为国内立法，并在国际争端出现时援引这些规则，一些国际法庭也适用这些规则来说明国际法的规则。

（三）超越国际法渊源认知的二分法格局

根据传统的法教义学，一种规则究竟在国际法渊源体系中具有什么样的地位，我们只需回答“是”或“不是”，其假设则是国际法的渊源有着清晰的边界范围和标准尺度，一加衡量，即可做出判断。不过，这种非黑即白的二分法思维方式仅仅是一种纯逻辑的设想，如果与现实相结合，就不难发现，国际法渊源并不是边界分明、非此即彼的二分法格局。前文已述，黑白二分的法律性质理解是偏狭的，如果将国内法的渊源与国际法的渊源进行比较，就能进一步分辨其间明显的差异：

表 1　国内法的渊源与国际法的渊源比较

领域	问题	第一步追问	对第一步追问的回答	第二步追问	对该问题的探寻与定性
国内法	行为、状态的合法性	行为或状态的依据是什么？	约定或习惯	此项约定、习惯是否合法有效？	首先根据国内法认定约定、习惯的有效性 意思自治受制于强行法（公共秩序）
			国内法规则		
国际法			约定或习惯	国际法原则、规范由什么证明？	约定、习惯本身系国际法，一般认定为有效 理论上存在约束约定效力的强行法，但未形成普遍实践 对于原则的证成，需借助于较为宽泛的文件来源
			国际法原则、规范		

由上表所示，国际法注重当事国约定的义务以及约定外权利义务的依据，并且经常对行为的正当性寻求实证法层面的解释，而不再追问当事国约定背后的因素，所以很多时候不平等条约也被履行。因此，有必要动态地理解国际法的存在和发展，而不是静态地分析哪些是法律，哪些不是法律；有必要更深一层地理解国际法律事务的“不确定性”（*non liquet*），而不是认为国际法上的所有问题都已经有了明确的答案。在国际法的体系与进程中，起作用的不仅仅是那些可以直接用做判案依据的适用性规则，还有一些可以证成规范和原则正当性的指导性规则。就很多国际法的渊源而言，要查明的是主张、行为的依据，即说法和做法的正当性。在此项查明的过程中，可以作为论证基础的依据就会很宽泛，既包括正式的约定，可以认定的习惯，也包括公认的原则、学者的学说，当然不能排除软法文件。在国际社会法律不能形成体系的情况下，尤其需要多方资源证明或驳斥一个观点、一种立场、一类行为。即使是国际法院自身，也经常会超越《国际法院规约》①，反复去引证先前的判词②，形成了一种事实上的判例法。在这个时候，渊源影响力经常表现出由强到弱的“阶梯性”，有些是很强的、直接的根据（形式渊源），有些是较弱的、具有辅助性的根据（辅助渊源），它们共同为法律论证服务。

认识软法在国际法中的地位，有必要重申超越二分法的国际法渊源观，认真对待处于国际法规范“灰色地带”的国际软法。例如，关于“保护的责任”，迄今未能形成“硬法”，但是很多国家、国际组织和学者都试图以此说明和判定 2011 年针对利比亚进行的武力打击的合法性。类似地，尽管在国际法院关于核武器使用合法性一案的咨询意见③中，没有提及软法文件，但在很多法官的个别意见和反对意见中，都多处援引了软法④。而国际法院近期处理的一些案件，软法已经直接进入判决和咨询意见⑤。

另外，如果我们细读《国际法院规约》第 38 条，就很容易在逻辑上做出这样的推论：如果权威公法学家的学说都可以被作为确认规则的参考，那么国际软法的地位，从其立场的代表性、形成过程的严肃性、其内容的缜密程度来分析，在任何意义上都不低于公法学家的学说，所以应当置于国际法的“补助资料”

①《国际法院规约》第五十九条：“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。”

②如果法院的判决仅仅对于当事国有效，则对于以后的各个案件就是没有约束力的。但是国际法院在案件中经常为了说明一个法律原则、一种做法的正当性而援引先前的判决和咨询意见，这就超越了《国际法院规约》的规定。

③参见国际法院（1996）. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons，Advisory Opinion. ICJ Reports：226.

④例如参见 Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen，Dissenting Opinion of Judge Higgins.

⑤参见国际法院（2012）. Jurisdictional Immunities of the State（Germany v. Italy：Greece intervening），Judgment. ICJ Reports：99；Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo，Advisory Opinion. ICJ Reports：403.

之列,也就是说,它有资格成为一种辅助渊源。其未能被载入《国际法院规约》的唯一理由,就是从时代的角度看,软法产生于第二次世界大战以后的国际关系实践,而《国际法院规约》反映的则是第二次世界大战以前的国际法事实①。

(四)软法在国际法渊源体系中的独立性

如果试图对于法律的表现形式做出一种周延的分类,则可以根据其表现形式被划分为成文规范和不成文规范,也可以从具体职能分为概念、原则和规则。从这个标准审视《规约》第 38 条所列举的条约、习惯、一般法律原则,就不难发现,该条关于国际法表现形式的标准无法全方位地覆盖成文法和不成文法,存在着逻辑不周延之处。

首先,条约不能涵盖所有的成文规范,不能排除其他成文规范的地位。条约是国际社会公认的国际法主体(主要是国家和国际组织,在一定情况下包括争取独立的民族和叛乱团体)之间确立权利义务、意思表示一致的书面形式,固然可以作为追寻和认定这些国际法主体权利义务的依据,但是能够确立权利义务的书面文件却绝不仅限于条约这一种形式。国际组织机构自身订立成文规范(而非签订条约)来约束国家或其他国际法行为体,确立权利和义务的情况屡见不鲜,而且被国际法理论、司法和执法实践所确认。此外,在条约和国际组织确立的法律规范之外是否存在其他的形式,尚有待于实践发展证明。

其次,不成文法不仅限于习惯。《规约》第 38 条在列举条约和习惯之后提出了法律原则这一形式,虽然在实践上无困难,但在逻辑上存在重叠的现实和空白的可能。重叠的现实,是指很多条约中就明显地确立了一些原则(特别是《联合国宪章》第二条);很多国际习惯也可能确立起一些法律原则。尽管学界对于法律原则问题可能存在诸多争论,但条约和习惯中的原则地位及其与其他载体中存在的原则(特别是非约束性规范文件所阐述的原则)的关系,显然构成重叠。空白的可能,是指从逻辑上看,法律原则与法律概念、法律规则形成一个法律完整的体系。既然提出了法律原则,就应列举法律概念和法律规范,要考虑条约和习惯之外的法律规则和法律概念的可能性。这些《规约》自身很难解决。这种安排逻辑上的不妥当、不周密是一个不得不面对的问题。

也就是说,《规约》以及其他现有正式国际法律文献所确立的国际法渊源类型,在逻辑上并不是一个严密的、封闭的集合,存在着其他渊源类型的可能性。至少这就为包括软法在内的成文规范作为国际法的渊源留下了空间。伊恩·布朗利认为,国际法的创制不存在与国内一样的以宪法为基础的立法机制,在国际法上很难像国内法一样确立"形式渊源"的概念,故国际法院的判决、获得一致支持的关于法律问题联大决议,意图编纂或发展国际法规范的重要多边公约均在一定程度上具有重要意义。从这个意义上讲,只要是国家一般同意或者接受就可以创制普遍适用的规则(Brownlie,2008:3;Crawford,2012a:20)。有的学者提出,与其二元性地区分硬法和软法,不如从义务性、准确性、代表性三个维度或者指标来分析国家在具体语境下所发展出来的规则(Abbott & Snidal,2000:421-456)。用软法来支撑一项主张是允许反驳的。法律观点的确立就在于依据的正当性和逻辑的妥洽,由软法支撑的观点显然优于没有依据的论断。软法作为国际法的一种单独的类型是具有可能性的。

(五)软法推进国际法规范体系的拓展

如果断定软法是未来法,仅仅对国际造法具有推动作用,则其对于国际行为体的影响力量要大为减少。如果认为软法是习惯的证据,则可能因为习惯构成的其他证据和条件而被反驳,例如"持续反对者"原则。国内社会的很多实践都证明,能够带来社会秩序的不仅仅是正式法律规范(Umbeck,1977:421)。类似地,软法在国际社会的运行中令人无法忽视,并且发挥着法律所具备的指引和评价功能(Shelton,2006:319-322)。早在 1947 年,美国法学家菲利普·杰赛普就提出,美洲国家间会议所通过的"宣言"的形式与某些国际公约同样具有效果。这些宣言构成了其所宣称的法律规则确实存在的、颇具说服力的证

---

①相关分析,参见 François Dessemontet(2012). Emerging Issues in International Arbitration:The Application of Soft Law,Halakha and Sharia by International Arbitral Tribunals. *American Review of International Arbitration*,23(3-4):545.

据(Jessup,1947:46)。在人权领域,国际人权条约机构的一般性建议、一般性评论,以及针对个人来文、国家间申诉所作出的准裁决性意见,实际上都具有不容忽视的规范性。联合国及下属的各理事会、条约机构的决议,以及区域性组织的决议,当然也有很强的规范性(Moeckli et al.,2010:119)。美洲国家间法院在《美洲人权与义务宣言》的解释中认为:《美洲人权与义务宣言》是与《美洲国家组织宪章》相联系的、确立相关国家所具有的国际义务的渊源。该宣言不是条约,却不能认为其没有法律效果。即使美国并非美洲人权法院的参加方,也仍有义务遵从该宣言①。从技术标准的角度看,软法的实施是为了交流和交易的便利。例如,关于时区、格林尼治天文台作为零度经线划分地、格林尼治标准时的规范,没有形成有约束力的国际公约,但是这种软法却得到了普遍的接受(Gardiner,2003:62)。奥努夫曾撰文对于占据软法最主要部分的联合国大会的决议是否构成了国际法渊源的新发展进行了分析(Onuf,1971:774)。全体成员或者绝大多数成员通过的联大决议被视为具有有限的"准立法"效力(Falk,1970:174-184)。类似地,国际海事组织(International Maritime Organization,IMO)、世界卫生组织(World Health Organization,WHO)、国际原子能机构(International Atomic Energy Agency,IAEA)、联合国粮食及农业组织(粮农组织,Food and Agriculture Organization of the United Nations,FAO)、食品法典委员会(Codex Alimentarius)等机构所确立的技术标准不仅可能被国际行为体接受,也可能被国际法院和其他国际司法机构接受,因此这些国际组织决议具有了立法的效力(Lowe,2007:95)。很多时候,软法都有助于国际行为体寻求利益、解决争端。哥伦比亚、哥斯达黎加、厄瓜多尔、墨西哥、尼加拉瓜、巴拿马、瓦努阿图、委内瑞拉、美国就曾达成不具约束力的协定,以解决捕捞海豚的问题②。国际司法机构顾及软法、提及软法的行为是否意味着软法已经获得"国际法渊源"的地位呢?通过考察既有的国际司法文件,不难看出,法官们援引这些软法文件的目标都是为了给其观点以根据,也就是说,符合人们对于国际法渊源的认知。正是在这个意义上,沙夫尔和波莱克认为,软法和硬法不仅可能相互补充、相互转化,也可能相互冲突和竞争(Shaffer & Pollack,2010:706)。

从这个意义上看,软法在多个维度推进着国际法的发展。软法的存在不但能推进和完善既有的渊源,而且还在传统的渊源之外开辟了新的规范形式。因而,如果国际法的渊源仅限于条约和习惯,则当然可以排除软法,而将之列入另外一个范畴。但如果司法判决、公法学家学说都可以被视为是国际法渊源(至少是辅助渊源),则软法的效力肯定比这二者更加明确和具体③。认可软法在国际法规范系统中的地位和作用,只是对国际社会中运行的现实所进行的描述,而非构想。根据布鲁内(Jutta Brunnée)和图普(Stephen J. Toope)的观点,软规范在某些时候拥有比正式法律渊源更强的义务效果,他们所提出的互动国际法理论将其解释为,当规则的产生是基于国家之间的共享知识,而且符合合法性的条件时,就会形成国家等行为体对这些规则的忠诚(Brunnée & Toope,2010:51)。正如波义尔提出的,不认可软法在国际法中的地位,往往是因为这些人对于条约等国际法规范的约束力有着过高的评价(Boyle,2010:166-167;Charlesworth & Chinkin,2000:67)。

六、问题的归结

软法不仅对既有国际法渊源形式具有推动作用,而且可以成为一种新的渊源。当前多种形式的国际软法,包括国际组织决议、首脑会议的结果文件、条约机构监督履行义务的建议、双边/多边备忘录,行政性的政治协定,指南、行为准则等一系列的国际书面文件都构成了国际社会对于国际权利义务的配置原则、规范、标准和国际行为体期待行为的陈述,**构成了逆全球化背景下推进全球治理的新形式,对于拓**

①参见国际法院(1989). Interpretation of American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion. Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. A) No. 10, 1989-07-14.

②La Jolla Agreement for the Reduction of Dolphin Mortality in the Eastern Pacific Ocean(《拉霍亚降低东太平洋海豚死亡率协定》),April,1992.

③关于联大不具约束力的决议的法律价值高于司法判例和公法学家学说的观点,参见王铁崖(1995).国际法.北京:法律出版社:20.

展国际法的范围、发展国际法的规范、提升国际法的影响力开辟了道路。特别是为超越现有的规则体系去寻求“历史性权利”(例如中国在南海)或者“公平与正义的规则”(例如中国等发展中国家对国际经济体制)提供可能。这种发展并非没有困惑,它对本来就处于困窘状态的国际法进一步提出了效力与边界的问题(Ellis,2012a:313),如果说,“国际法越来越多地被视为法律和非法律的统一体”(d'Aspremont,2011:128),那么会导致对法与非法、法律的功能等的讨论更难达成共识。无论是理论上,还是实践中,在未来国际法发展进程中,都可能面临适用规则进一步模糊和规范性质认识进一步多样化的风险。

作为正在崛起的大国,中国一方面需要积极参与全球治理,维护和推进国际法治建设,另一方面要充分利用国际法的话语表达自身的立场与信念,提升法治中国的国际形象。为此,中国必须明确认识软法在国际关系中具有强大的生命力和深远的影响这一现实,在实践中积极参与国际软法规范的建立和完善,进一步妥善实施相关的软规范,增强中国的软实力①。

参考文献:

[1] 白桂梅(1991).政策定向学说的国际法理论.中国国际法年刊 1990.北京:法律出版社.
[2] 白桂梅(2015).国际法(第三版).北京:北京大学出版社.
[3] 贾兵兵(2015).国际公法:和平时期的解释与适用.北京:清华大学出版社.
[4] 梁　西(2011).国际法(第三版).武汉:武汉大学出版社.
[5] [苏]童金 (1988).国际法.邵天任、刘文竹、程远行译,北京:法律出版社.
[6] 王铁崖(1995).国际法.北京:法律出版社.
[7] 夏春利(2014).论建构主义维度的国际软法研究及其方法论建构.东南学术,2.
[8] K. W. Abbott & D. Snidal (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*,54(3).
[9] D. Armstrong et al. (2012). *International Law and International Relations*. Cambridge:Cambridge University Press.
[10] J. d'Aspremont (2011). *Formalism and the Sources of International Law:A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford:Oxford University Press.
[11] J. d'Aspremont & T. Aalberts (2012). Which Future for the Scholarly Concept of Soft Law? Editors' Introductory Remarks. *Leiden Journal of International Law*,25(2).
[12] P. Birnie et al. (2009). *International Law and the Environment*. Oxford:Oxford University Press.
[13] Boyle (1999). Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 48.
[14] Boyle (2010). Soft Law in International Law-making. M. Evans ed.. *International Law*. Oxford:Oxford University Press.
[15] Brownlie (2008). *Principles of Public International Law*. Oxford:Oxford University Press.
[16] Brummer (2012). *Soft Law and the Global Financial System:Rule Making in the* 21 *Century*. Cambridge:Cambridge University Press.
[17] J. Brunnée & S. J. Toope (2010). *Legitimacy and Legality in International Law*. Cambridge:Cambridge University Press.
[18] T. Buergenthal & S. Murphy (2002). *Public International Law*. St. Paul:West.
[19] H. Charlesworth & C. Chinkin (2000). *The Boundaries of International Law*. Manchester:Manchester University Press.
[20] Clapham (2012). *Brierly's Law of Nations*. Oxford:Oxford University Press.
[21] J. Crawford (2012a). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford:Oxford University Press.
[22] J. Crawford (2012b). Sovereignty as a Legal Value. J. Crawford & M. Koskenniemi. *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge:Cambridge University Press.
[23] L. F. Damrosch et al. (2009). *International Law:Cases and Materials*. St. Paul:West.
[24] Detter (1994). *The International Legal Order*. Aldershot:Dartmouth Publishers.
[25] J. M. Diller (2012). Private Standardization in Public International Lawmaking. *Michigan Journal of International*

①感谢浙江大学赵骏教授、吉林大学姚莹副教授对于本文初稿提出的有价值的建设性意见。

Law，33(3).

[26] M. Dixon (2013). *Textbook on International Law*. Oxford：Oxford University Press.

[27] P. M. Dupuy (1991). Soft Law and the International Law of the Environment. *Michigan Journal of International Law*，12(3).

[28] J. Ellis (2012a). Shades of Grey：Soft Law and the Validity of Public International Law. *Leiden Journal of International Law*，25(2).

[29] J. Ellis (2012b). The King Is Dead，Long Live the King? A Reply to Matthias Goldmann. *Leiden Journal of International Law*，25(2).

[30] R. Falk (1970). On the Quasi-legislative Competence of the General Assembly. Richard Falk. *The Status of Law in International Society*. Princeton：Princeton University Press.

[31] G. Falkner et al. (2005). *Complying with Europe：EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*. Cambridge：Cambridge University Press.

[32] R. K. Gardiner (2003). *International Law*. Harlow：Pearson Longman.

[33] R. K. Gardiner(2008). *Treaty Interpretation*. Oxford：Oxford University Press.

[34] B. A. Garner (2014). *Black's Law Dictionary*. 10th ed. New York：Thomson Reuters.

[35] M. Goldmann (2012a). We Need to Cut off the Head of the King：Past，Present，and Future Approaches to International Soft Law. *Leiden Journal of International Law*，25(2).

[36] M. Goldmann (2012b). Soft Law and Other Forms of International Public Authority-The View from Discourse Theory：A Reply to Jaye Ellis. *Leiden Journal of International Law*，25(2).

[37] R. Higgins (1994). *Problems & Process：International Law and How We Use It*. Oxford：Oxford University Press.

[38] H. Hillgenberg (1999). A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of International Law*，10(3).

[39] P. Jessup(1947). *Modern Law of Nations*. New York：The MacMillan Company.

[40] Kaczaorowska (2010). *Public International Law*. London：Routledge.

[41] Kiss (1981). L'état du droit de l'environnement en 1981：Problemes et solutions. *J. Droit International*，108(3).

[42] J. Klabbers (1996). The Redundancy of Soft Law. *Nordic Journal of International Law*，65(2).

[43] J. Klabbers (2013). *International Law*. Cambridge：Cambridge University Press.

[44] V. Lowe (2007). *International Law*. Oxford：Oxford University Press.

[45] P. Malanczuk (1997). *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. London：Routledge.

[46] W. McCormack (2008). *Legal Responses to Terrorism*. New Providence：Lexis Nexis.

[47] Moeckli et al. (2010). *International Human Rights Law*. Oxford：Oxford University Press.

[48] M. E. O'Connell et al. (2010). *The International Legal System：Cases and Materials*. New York：Foundation Press.

[49] N. Onuf (1971). "Further Thoughts on a New Source of International Law：Professor D'Amato's 'Manifest Intent'. *American Journal of International Law*，65(5).

[50] K. Raustiala (2005). Form and Substance in International Agreements. *American Journal of International Law*，99(3).

[51] M. Reisman(1981). International Law-making：A Process in Communication. *ASIL*，*PROC*，101.

[52] M. Reisman (1996). The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice. *Recueil Des Cours*，258 (9).

[53] D. R. Rothwell et al. (2011). *International Law：Cases and Materials with Australian Perspective*. Cambridge：Cambridge University Press.

[54] J. Ruggie (2007). Business and Human Rights：The Evolving International Agenda. *American Journal of International Law*，101(4).

[55] Schachter (1977). The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements. *American Journal of International Law*，71(2).

[56] L. Senden (2004). *Soft Law in European Community Law*. Oxford：Hart.

[57] C. Shaffer & M. A. Pollack (2010). Hard vs. Soft Law：Alternatives，Complements，and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*，94(3).

[58] M. Shaw (2014). *International Law*. Cambridge：Cambridge University Press.

[59] D. Shelton (2003). *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press.
[60] D. Shelton (2006). Normative Hierarchy in International Law. *American Journal of International Law*, 100(2).
[61] D. Shelton (2009). Soft law. David Armstrong. *Routledge Handbook of International Law*. London: Routledge.
[62] J. B. Skjærseth et al. (2006). Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms. *Global Environmental Politics*, 6(3).
[63] J. Steiner et al. (2007). *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. New York: Oxford University Press.
[64] Thirlway (2000). *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
[65] Tomuschat (1993). Obligations Arising for States without or against Their Will. *Recueil Des Cours*, 241(4).
[66] G. D. Triggs (2011). *International Law: Contemporary Principles and Practices*. Chatswood: Lexis Nexis Butterworths.
[67] Umbeck (1977). A Theory of Contract Choice and the California Gold Rush. *Journal of Law and Economics*, 20(2).
[68] P. Weil (1983). Towars Relative Normativity in International Law. *American Journal of International Law*, 77(3).
[69] S. Weissbrodt et al. (2009). *International Human Rights: Law, Policy, and Process*. New Providence: Lexis Nexis.
[70] M. Wise et al. (2009). *International Criminal Law: Cases and Materials*. New Providence: Lexis Nexis.

International Soft Law in the Era of De-globalization

He Zhipeng (Jilin University)

Abstract: This essay tries to explore whether soft law may have a good function in the era of de-globalization and whether it can improve the quality of international law and the applicability of international law in the context of the de-globalization. This means that multinational treaties and international organizations will shrink fundamentally. This article raised some examples of de-globalization and described the phenomena of de-globalization as the main actors in international relations try to adopt measures to stop or slow down the steps of globalization and try to make a higher threshold for market access, so as to create barriers for capitals, goods, and services from other states. Therefore, the trend of de-globalization means that more and more states will adopt their unilateral domestic legislative measures, and then they will not actively participate in multilateral legislation process, so the international organizations and international mechanism will have less and less influences.

With this being the background of the discussion of soft international law, this essay began to provide the forms of international soft law. In this non-exhausted list, they are: 1) International political declaration by more than two states, most of them are from the United Nations, and some of them are from international conferences. 2) The advice and resolutions of inter-government organizations which by their legal nature are not binding. 3) Code of conduct, in the name of technical requirements and model laws. Sometimes some inter-governmental organizations and non-government organization created and passed some international code of conduct, by their nature are quite technical and most actors in this field will observe this kind of rules. Based on this list, soft laws are actually a type of international rules through which the international society tries to set up some standard; however, they do not really have a view of enforcement, or there's no entitlement of enforcement or there is no such an organization or institution to enforce it.

Thereafter, this essay tried to analyze why soft law may appear and exist in international rule of law. The first reason is that states encounter more and more difficulties in the process of international law-making. Since the will and interest of states vary substantially, it is very hard to reach an agreement. So, the cost of international legislation is very high. At the same time, the efficiency of adopted multilateral international treaties and international customs are very low. There could be many states participating in the negotiation of a treaty. But after the document is open for signature, the states who have the intention to sign this document could be very few, and even fewer states may finally ratify this document. Such a situation resulted in the treaty may never come into force or may only be accepted by a very small number of states. For customary international law, at least two requirements are necessary: the first is the material requirement called general practice. It is

not easy for a party to prove that a certain rule meets this requirement since the length of time, the continuity, and the numbers of stakeholders are not agreed upon. The second is the psychological requirement named *opinio juris*. This is even more difficult to control because if one state expressed its objection and denied the legal nature or legal effect of that rule from the very beginning. This rule will not apply to that state, and this is the very famous "persistent objector" principle. This hardness for international hard law is actually the background of the booming of international soft law. The second reason is that the network of international governance has been steadily set up. Such a network is mainly composed by states, transnational corporations, inter-government organizations, and non-government organizations. This network not only requires formal international law, but also welcomes informal international rules. Hence the network provides a very good environment or the creation and development of international soft law.

Concerning the functions of international soft law, it is not hard to find out from international practices that soft laws play a very important role and will be welcome in global governance. Firstly, international soft laws may help the making of international hard law. That is to say, soft law will be the basis of international legislation. The international society may establish some non-binding rules at the preliminary stage and then make them complimentary and up-graded in international treaties and customs. In other cases, soft laws may provide evidence for customary international law. Secondly, international soft law will push forward the spirit of international governance. Soft laws mainly exists in the fields which are comparatively soft in international relations such as environment, economics, and human rights. In these fields soft law will demonstrate consensus among international society. And then, soft law created some soft responsibility or soft obligations for international actors. Even if the soft law documents are not binding, some states and multi-national corporations would still observe those rules to show their conformity with a spirit of international government so as to establish their leading role in international civilization. When they have created such a image, their soft powers will be improved.

Concerning the status of international soft law in the list of international law sources, it is notable that some scholars still do not recognize soft law as a right word. Because in their mind, there could be laws and non-laws, all laws should be binding and non-laws are not binding. So the idea of hard laws and soft laws are unreasonable. This doctrinal understanding is too rigid or even misleading because we must face with the diversity of international legal life. Although there are some fields, rules are quite explicit on whether permitting or prohibiting certain activities in domestic and international governance today. There are virtually a very wide range of issues for which rules are not very clear. On these issues, it may be described as a gray area. And soft law actually matters in these gray areas to lead actors to behave in the right way or more welcome way. Based on this judgment, soft laws should be in the category of law instead of being out of the list. Among them they played a more active role in international rule of law and thus definitely a indispensable part of international law. To put soft law into the category of international law sources, it is necessary to re-examine the list in the Statute of International Court of Justice. In the list provided in article 38 paragraph 1 of this Statute, treaties, customary international law, general principles of law are enumerated as primary sources, and judicial decisions as well as the teachings of international jurists are enumerated as secondary sources. It's not an exclusive list due to the long history of the Statute and the rapid change in international law. The statute goes behind the development of international legal practices and there are potential entries have the possibility to be added list in the Statute. Moreover, if the list is examined by a strict principle, the entries are not very logical put. Therefore, soft laws not only can constitute a part of international law sources, but also will push forward the extension of international law. This fact will definitely contribute to the process of global governance, especially in the age of de-globalization.

Key words: reverse globalization; international soft law; sources of international law

---

■**收稿日期**：2017-04-30

■**作者地址**：何志鹏，吉林大学法学院、公共外交学院；吉林 长春 130012。

■**基金项目**：国家 2011 计划司法文明协同创新中心项目；国家社会科学基金重大项目(16ZDA074)

■**责任编辑**：李　媛