

国际软法作用和局限之反思

国振玮

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2024年4月15日; 录用日期: 2024年4月23日; 发布日期: 2024年5月31日

摘要

20世纪70年代以来, 经济全球化使得全球治理在缺乏“世界政府”的前提下成为有效解决全球问题的重要机制。而全球治理的本质, 在一定程度上可以认为是“规则之治”。其中, 除了传统的国际法规则外, 还产生了一类虽然没有直接的法律约束力却可以直接或间接产生法律效果的规范, 这种规范被麦奈尔勋爵最早使用“软法”这一概念来概括。作为一种国际规则, 国际软法自身“瑕瑜共存”, 既有示范、解释、中转、补充和重构的积极作用, 也存在权威性不足、结果不确定、加剧国际立法碎片化的局限性。对此, 我国要充分利用软法, 增强我国在国际法治构建中的话语权, 提高我国在国际法治中的地位; 同时, 也要通过国际软法来指导国内立法, 促进国内善治, 顺利实现法治建设的目标。

关键词

软法, 国际软法, 全球化, 法治

Reflection on the Role and Limitations of International Soft Law

Zhenwei Guo

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Apr. 15th, 2024; accepted: Apr. 23rd, 2024; published: May 31st, 2024

Abstract

Since the 1970s, economic globalization has made global governance an important mechanism to effectively solve global problems in the absence of “world government”. The essence of global governance can be regarded as “rule by rules” to some extent. Among them, in addition to the traditional rules of international law, there is also a class of norms that have no direct legal binding force but can directly or indirectly produce legal effects, which is first summarized by Lord May-

nell using the concept of “soft law”. As an international rule, international soft law has its own shortcomings and merits, which not only has the positive role of demonstration, interpretation, transit, supplement and reconstruction, but also has the limitation of insufficient authority, uncertain results and aggravating the fragmentation of international legislation. In this regard, our country should make full use of soft law, enhance our discourse power in the construction of international rule of law, and enhance our position in international rule of law; At the same time, it is also necessary to guide domestic legislation through international soft law, promote good domestic governance, and successfully achieve the goal of building the rule of law.

Keywords

Soft Law, International Soft Law, Globalization, Rule of Law

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 国际软法概述

(一) 国际软法的概念

关于软法的概念,国内外学者都没有得出一致性的结论,仍然处在较大的争议之中。在国内法领域,对于软法的定义,学者们普遍引用罗豪才教授的说法,他认为软法是指效力结构未必完整,不需要依靠国家强制力来保证执行,却能产生社会实际效果的法律规范[1]。除此之外,更多的学者引用了弗朗西斯·施耐德关于软法的定义,即软法是一种原则上不具有法律约束力,但会产生实际效果的行为规则[2]。有的学者分析软法的概念是从软法的某一特点出发,有的则是从软法的总体性质出发,不同学者视角及措辞各有差别。不可否认,虽历经数十年的发展,但国内外学者对软法的基础理论仍未达成共识。不同研究者在一定程度上使用不同的研究模式,可能会造成软法概念的混淆,所以需要谨慎地界定其内涵[3]。

对某一事物的概念进行界定,目的就是在事物之间划定界限或者做出区分,而国际软法区别于硬法及相关概念的核心就在于其是否具有法属性以及强制约束力,因此,从法属性与强制约束力上对国际软法的概念进行界定是最具有实质意义的。

从软法的法属性问题来看,认为软法也是法的多为国内法语境中的学者,而持“软法非法”观点的则多为国际法语境中的学者。要判定两种观点正确与否,首先要明确法是什么。国内法视角下传统法的定义为:法是体现国家意志,由国家制定或认可,并依靠国家强制力保证实施的社会规范[4]。传统法概念将“强制性”作为判断是否为法的准则。笔者认为,国际软法没有强制性的特点,与目前法律的定义不相符合,所以国际软法并非法。

对于软法是否具有法律约束力的问题,哈里斯认为,国际软法是不受条约法规制的,它并不具有法律约束力[5]。按照王铁崖的说法,软法是指一种国际文件,它在严格意义上是没有法律拘束力的,但是具有一定的法律效果[6]。王曦认为,软法是对各国行为都有一定影响的、不具有法律约束力的文件,它既有助于国际习惯的形成,又有助于条约的产生[7]。国内外学者的表述虽然各不相同,但大部分都持软法不具有法律约束力的观点。

学者们对软法认识之间的差异,是因为其对软法的法属性和法律效力持不同的观点。尽管存在这些差异,但学界对软法是不具备法律约束力但却可能产生实际效果的行为规则这一基本内涵,已经有了一致的认同[8]。

(二) 国际软法的产生与发展

1) 国际软法的产生原因

首先,全球化是国际软法产生的一个重要原因。经济全球化与政治全球化并存的全球化时代,国际社会对创制国际规范的需求日益旺盛。传统的国际法在调节全球性问题过程中存在不足,呼唤国际软法的出现[9]。不可逆转的全球化使得国际社会中的新问题产生得十分迅速,而传统的硬法存在形成时间过长的弊端,不能满足迅速解决新问题的需求。例如作为典型硬法代表的多边条约,其涉及主体多,耗费时间长,这实际上为国际软法的形成和发展提供了较大的空间。

其次,国际软法产生的另一个重要原因是国际社会组织化。国际社会组织化是国际软法形成的基础[10]。国际秩序自1945年联合国成立后发生了非常大的变化,国际组织可以通过向国际会议提交所撰写的报告来讨论某一国际问题,这种运作模式导致国际软法的数量不断增加。随着非政府国际组织在处理国际事务方面不断积极地参与,它逐渐成为全球社会的又一重要组成部分,同时也推动了大量软法的制定和形成[11]。

最后,国际软法具有自身无可比拟的优势也是国际软法产生的原因之一。受全球化影响,国际关系发生急剧变化,而国际软法比较灵活,能够与时俱进地弥补国际条约等硬法不能及时制定或修改的缺陷。此外,国际软法不需经过国内批准程序即可通过,这对于国际法主体特别是国家而言,无疑是一种更为现实的选择,较之传统硬法更容易在国际法主体之间达成一致。

2) 国际软法的发展趋势

首先,国际软法可以向条约或国内法演变。如果某一软法的内在理性能够得到国际法主体的普遍认同,便具有可以成为国际法的内在条件。其中一些成熟的部分会被纳入具有法律拘束力的条约或某些国家的国内法中,从而以硬法的形式固定下来。

其次,国际软法可以转化为习惯国际法。习惯国际法不同于条约等成文法,属于非成文法的范畴,但是从性质上来看,习惯国际法仍然具有强制拘束力。习惯国际法有两个主要的构成要件,一个是普遍实践,一个是法律确信。有学者认为,全球化时代使得国家之间的交往更为频繁和便利,国际习惯法在这种背景下有可能会加速形成,许多国家根据国际软法迅速采取类似行动,使得一些重要的国际软法可能得到普遍承认,从而形成新的国际习惯法[12]。

最后,国际软法可以保持现状继续发挥作用。国际软法相对于传统硬法有其自身优势,能够弥补其不足,从而成为国际法主体的行为准则,对于推动解决国际问题意义重大。因此,国际软法会保持现状,长期存在于国际社会,继续发挥自己的优势作用。

(三) 国际软法的类型

第一类国际软法指的是国际组织、多边外交会议通过的决议、宣言、声明、指南或者行为守则等。尽管这些软法对成员国并没有直接的法律拘束力,但却能产生重要的法律效果,并能有效地规范国际社会成员的行为。1948年12月10日联合国大会通过的《世界人权宣言》,就是人类社会通过的第一个包含国际法律秩序部分最重要的根本价值的广泛性人权宣言,具有很高的道德和政治权威性,是国际软法的一个非常典型的例证。这样一份意义非凡的国际人权文件,之所以用宣言的形式通过,就是为了获得更广大成员国的参与,这是国际条约所不能实现的。

第二类国际软法指的是不具有法律约束力的国家间协议[13]。国际条约作为硬法的典型代表,虽然具有强制性的法律约束力,但它的缔约程序十分复杂,生效需要国家立法机关的批准,对全球治理时代产生的各种复杂问题不能及时有效地作出反应。为了克服国际条约这一不足,许多国家之间开始采取缔结缺乏直接法律约束力的国家间协议这一软法模式来调整彼此间的国际关系。这类国际软法的典型代表是欧洲国家与苏联、美国和加拿大在1975年签订的《赫尔辛基协议》。

第三类国际软法主要与跨国公司、NGOs等非国家行为体有关。如《联合国全球契约》和OECD《跨国公司行为准则》，对规范跨国公司的行为起到了不可忽视的作用，可以有效引导跨国公司进行各种国际活动，参与各种国际交往。

2. 国际软法的作用与局限

(一) 国际软法的作用

1) 示范作用

规则的不统一，会使国际主体在进行各种国际活动时遇到很多障碍，这在国际交往中特别是经济、金融、商事等领域特别典型，所以统一的行为规则是国际社会迫切需要的。由于各国经济、文化、历史传统等国情不同，强行要求规则统一显然是无法完成的任务。软法在此时应运而生，通过少数国家的先行实践来展示其先进理念和已经取得的成果，并吸引更多的国家参与，最终实现大多数国家立法的统一，为这一问题的解决提供了一个很好的路径。《巴塞尔协议》作为国际软法得到广泛认可，就是一个极好的例证^[14]。制定《巴塞尔协议》的巴塞尔委员会并不是一个正式的国际组织，它只是根据十国集团央行行长签署、由国际清算银行发布的一份新闻公报成立，没有任何正式的章程或实施细则。但由于其先进的监管理念、完善的监管措施以及主要参与国强大的经济实力，迄今为止，在这一协议下监管本国银行的国家已超过100个。

2) 解释作用

由于目前的国际法规范体系还不够完善，国际裁判机构为了增加裁判的说服力，在某些情况下也会引用一些软法规范作为裁判的补充依据，尽管软法不具备法律拘束力。如1972年《斯德哥尔摩宣言》第一条原则、1992年《里约宣言》第十五条原则、1987年联合国环境规划署《环境影响评价目标与原则》“指南”等，均被引用在1995年国际法院关于核试验案的裁定中^[10]。需要说明的是，软法规范在这里的引用仅仅是为了增加裁判的科学性和说服力，并不能作为法律依据使用软法，因此也就不能证明软法规范是具有法律属性的。

3) 中转作用

在一些特殊的领域，由于存在争议较大、涉及问题较为敏感、专业知识要求高等情况，制定国际条约的可操作性并不高，但是这些领域又迫切需要一定的国际规范加以调整，因此就产生了软法。此种情况下的软法，有学者将其比喻为“特洛伊木马”^[15]，认为它不过是通过强制性国际法的中转站，虽然暂时还不具备法律约束力，但正式的国际法一定会在假以时日孕育出来。这在国际人权法领域就是一个非常好的例子。《世界人权宣言》由联合国大会于1948年12月通过，由于是大会通过，故不具备法律约束力。但它的出现满足了二战后国际人权领域对一项规定和保障人的基本权利的国际规范的强烈需求，也为《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》这两个具有强制法律约束力的国际公约的诞生埋下了伏笔。

4) 补充作用

软法的补充作用可分为两种：一种是起中转作用的软法，目的是填补现行国际法领域的空白，这种软法可能会成为新的国际立法素材；另一种是起解释作用的软法，为了便于指导实践、提高相应规则的可操作性。如在1970年10月联大通过的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》中，就进一步诠释了联合国宪章规定的“禁止使用武力或武力威胁”“以和平方式解决国际争端”等国际法基本原则，这有利于宪章精神的理解和贯彻^[13]。

5) 重构作用

除了上述积极作用之外，软法有时也会对传统国际法进行侵蚀，主要是通过国际社会的广泛实践，

形成新的标准和要求从而在事实上取代原有传统国际法实现的。之所以会出现这种现象，主要是二战结束后，越来越多的国际法主体希望打破西方霸权所制定的国际规范体系，形成新的符合本国国情的规范体系，以期能适应本国的需要、促进本国的发展。软法成为它们相互联合，打破原有秩序并参与构建国际规范体系的重要工具，因为这些国际法主体数量多，力量弱。如国际经济新秩序，是发展中国家逐步通过各种软法规范建立起来的[16]。

(二) 国际软法的局限

1) 因自身的软约束力导致的权威性不足

国际软法的创制缺乏国际造法的权威性[17]。在现阶段的国际社会，还没有协调国际立法的“超国家”立法机构，没有解释法律、解决争议的“超国家”司法机构，也没有确保相关立法得以实施的“超国家”执行机构。由于国际软法涉及国际法的各种不同主体，而没有对软法效力作出最终判断的“超国家”机构，这将使软法在解决国际争端时缺乏权威性。

国际软法缺乏权威性的第二种表现是由于软法的特点所导致的，它不具有法律约束力。在国际法主体采取软法形式达成一致的时候，违背软法的可能性就已经暗含之中。即便社会舆论、道德自律、内部监督等方式都可以促使当事人遵守软法[18]，但违反软法的代价相对于违背硬法而言，几乎是形同虚设的，反而使软法成为不履行责任的“土壤”。

2) 因自身的模糊性带来的结果不确定性

事实上，国际软法在创设时会在文本上大量使用模糊性的措辞，这在立法上属于“大忌”，因为这会导致理解上的随心所欲以及执行过程中过于宽泛的裁量判断等问题。然而，这种模糊性措辞又是软法所避免不了的，是自主为之的妥协产物，目的是争取最大多数国家的同意。除了这一点，在执行机制上，国际软法的“软”也得到了体现。由于它的文字内容比较模糊，主观性比较强，国际主体能够按照自己的理解去做，有很大的自由裁量的余地，这就造成了在实施结果上国际软法是不确定的。

3) 因自身的多样性加剧国际立法的碎片化

国际法本身就是“碎片化”地存在[19]。国际软法参与主体具有多元性，从国家到国际组织，从非政府组织到跨国企业甚至个人，这些都是全球治理的参与者，都会不自觉地将自己的主张、意志或观点转化为法律或影响立法者，进而不可避免地产生法律权利和义务的冲突问题。国际软法的制定和修改相对于传统的国际条约、国际习惯等硬性法律而言，成本低、程序简单，这对稳定的国际法律体系造成一定冲击，并对条约、国际习惯等产生“侵蚀”作用，反过来加剧了国际法领域的碎片化趋势。

3. 国际软法对我国的启示

(一) 对我国参与国际法治的启示

1) 我国参与国际法治的重要性

全球化需要我们以积极的态度参与到国际法治当中去。有学者认为，全球化并不是要在世界范围内构建单一的世界政府，更不是以全球化进程为背景进行法律理论研究的民族国家的终结。[20]在全球化时代来临之际，我们已经不可避免地置身于全球化之中，而无论我们对全球化的态度是什么。中国在全球化中已经不再是孤立的地理意义上的中国。

中国不能在全球化过程中被西方新自由主义的“话语”所左右，而是应该对其进行批判和继承，充分认识到全球化是一种开放的、可变的结构，通过参与构建全球化，进而参与到全球化的形塑中来[21]。此外，中国作为全球影响力最大的发展中国家之一，应积极参与国际法治，代表发展中国家努力发挥自身的作用。要继续倡导和平与发展，使国际秩序能够反映发展中国家的意志，更应该承担起国际法立法的倡导者和组织者的角色，对现有的国际秩序作出修正。

2) 我国在国际法治构建中缺乏话语权

中国正处于由历史悠久的文明古国向现代强国的转型期，同时也在从地理、人口大国向经济、政治、文化大国的地位转变。尽管中国在世界舞台上的崛起已成为不争的事实，但在推动国际法治构建的进程中，我们尚未能充分发挥倡导者和组织者的作用。邓正来教授指出，我们依然在某种程度上受困于西方“全球化”时代的阴影，特别是在中国加入WTO后，我们进一步被整合进了西方主导的国际体系中[21]。虽然国际规则在表面上为所有成员国提供了平等的权利，但实际的话语权仍主要掌握在发达国家手中。因此，中国有必要明确并坚守自己的立场，提升我们在国际舞台上的话语权，为中国特色文化在国际秩序中的融入和发展奠定坚实的基础。

3) 增强我国在国际法治中的地位

国际组织在国际软法发展的法治化进程中，发挥着举足轻重的作用。对于政府间国际组织，我国应继续加强与国外相应职能部门的合作，积极主导或参与政府间国际组织在本领域规则的制定，在制定良法中体现发展中国家利益，扩大我国在国际上的号召力；我国还应高度重视那些以人权、人道、环境或健康等问题为核心目标的非政府间国际组织在国际软法制定中所扮演的重要角色[22]。

在国际社会中，由于非体系化和碎片化的现状，国际软法不可避免地与原有的硬法产生交互作用，这对国际秩序和体系的建构具有深远的影响[23]。我国应当审慎而积极地利用这种软法与硬法之间的对抗模式，在参与硬法制定的同时，掌握软法制定的主动权。当现有的国际硬法与国家利益存在不符时，通过构建国际软法对其进行适当的修正，并在条件成熟时，推动这些国际软法转化为国际硬法，以促进国际法和国际秩序的持续优化。

(二) 对我国法治的启示

1) 国际软法对国内立法具有指导作用

一方面，国际软法可能作为国内法律的一部分，被引进为国内法律；另一方面，国际软法在司法实践中也可能被赋予效力。我国每年的立法数量虽多，但鉴于社会的持续演变，法律的供给与需求之间始终存在矛盾。在社会结构日趋复杂和精细化的背景下，硬法在某些“真空”地带显得无能为力，难以进行有效调整。因此，为避免在规范层面出现真空地带，还需要充分发挥其他类型规范比如软法在法律规范缺位时的弥补作用[24]。如国际货币基金组织制定的属于国际软法范畴的《数据公布特别标准》《有关货币和金融政策透明度的良好实践准则》等标准，在1990年国务院颁布的《中华人民共和国食品安全法》和《海上国际集装箱标准》中，都被我国列入了相关的国内法。

2) 国际软法对国内善治具有促进作用

软法作为社会成员自觉遵循的自治规范，是构建法治社会不可或缺的重要组成部分[25]。国际软法治理的思想模式有助于培养人们对良法的认同和服从，进而促进法治意识的形成。而法治意识的确立，则是实现法治中国的关键保障，对于法治建设具有基础性意义。提升全社会的法治意识是实现依法治国的必要条件，实现法治中国则离不开全社会法治意识的广泛形成。

国际软法的出现，为多元治理主体的参与提供了可能性，进而推动了社会的进步与法治的实现。建设法治国家，不仅需要完善的民主科学法制体系，更需在法治建设的关键内容与路径选择上，实现国家与公众的有效互动。若无民众的广泛参与，法治国家的目标将难以实现。多方主体的共同参与，有助于明确法治中的公共利益，并通过协商达成广泛认可的共识。

3) 国际软法之治的思想和模式有助于法治的实现

随着科技及经济的迅猛进步，社会关系日趋纷繁复杂，法律在创制过程中亦受到制定主体认知能力的制约。我国在短时间内进行大规模立法，可能导致法律与社会实际存在偏差[26]。硬法的制定主体相对

固定,尚不能完全契合建设法治社会的需求。相较之下,国际软法的制定主体多元化,有助于集思广益,为良法的形成提供助力;同时,也有助于形成有效的权力监督与制约机制,防止权力滥用。

建设社会主义法治国家,需全方位推进制度化与法治化进程,对规范的要求亦应呈现多样化。国际软法正是在这一背景下,展现了治理规范的多元性。依赖硬法为基础的强制性手段解决争议往往需经过繁琐且严格的司法程序,给国家和双方当事人带来沉重负担。国际软法的运用,则有助于降低法治成本,进而推动法治建设的实现。

4. 结语

对于国际软法的概念,国内外学者莫衷一是,有两种看法,一是“软法非法”,另一种是“软法亦法”。基于目前国际软法的实践与法律定义的综合考量,国际软法并不具备法律的基本特征,因此不能被视为法律。国际软法的表现形式丰富多样,通常包括国际组织、多边外交会议所通过的决议、宣言、声明、指南以及行为守则等多种形式。国际软法的兴起主要归因于全球化趋势的推动、非政府国际组织数量的快速增长以及国际软法本身所具备的优越性。随着软法在国际层面上的不断演进,其有可能逐渐演化为习惯国际法,抑或转化为国际条约,甚至可能被国内法所采纳。

中国作为一个正在崛起的大国,对国际法治的推进具有不可或缺的作用。然而,当前在国际法治舞台上,我国的话语权尚显不足。因此,为了提升我国在国际法治体系中的地位,我们必须更加积极地参与国际组织,主导并参与软法的制定工作。同时,鉴于我国当前正处于深化改革的关键时期,借鉴国际软法对于完善国内立法、推动善治具有重要意义。国际软法不仅能为国内立法提供指导,其治理理念和模式也对实现法治目标具有积极的推动作用。

参考文献

- [1] 罗豪才,宋功德.认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践[J].中国法学,2006(2):3-24.
- [2] Snyder, F. (1994) *The Construction of Europe: Soft Law and Institutional Practice in the European Community*. Springer, Berlin. https://doi.org/10.1007/978-94-015-8368-8_10
- [3] 朱文龙,鲍禄.国际软法的理论探析[J].天津大学学报(社会科学版),2013,15(4):357-362.
- [4] 张文显.法理学[M].北京:法律出版社,2007:106-110.
- [5] Harris, D.J. (2010) *Cases and Materials on International Law*. 7th Edition, Sweet & Maxwell, London, 57.
- [6] 王铁崖.国际法[M].北京:法律出版社,1995.
- [7] 王曦.国际环境法[M].北京:法律出版社,2005.
- [8] 夏春利.论建构主义维度的国际软法研究及其方法论建构[J].东南学术,2014(2):163-168.
- [9] 万霞.试析软法在国际法中的勃兴[J].外交评论,2011,28(5):131-139.
- [10] 何志鹏,孙璐.国际软法何以可能:一个以环境为视角的展开[J].当代法学,2012,26(1):36-46.
- [11] 王秀梅.国际非政府组织与国际法之“跨国立法”[J].河南省政法管理干部学院学报,2006,21(4):202-207.
- [12] 吴永辉.全球治理中国际软法的勃兴[J].国际经济法学刊,2008(1):62-86.
- [13] 陈海明.国际软法在国际法律秩序中的作用[J].新疆社科论坛,2010(1):41-45.
- [14] 杨方.“软法”与“软组织”——对巴塞尔银行监管体制的再认识[J].时代法学,2008,6(6):113-120.
- [15] 万霞.国际法中的“软法”现象探析[J].外交学院学报,2005(1):94-99.
- [16] 万鄂湘,王贵国,冯华健.国际法:领悟与构建:迈克尔·赖斯曼论文集[M].北京:法律出版社,2007:143-154.
- [17] 严阳.刍论全球治理中的国际软法——以兴起、表现形式及特点为视角[J].理论月刊,2016(7):102-111.
- [18] 王海峰.论国际经济合作领域中的“软法”现象[J].国际贸易,2007(5):61-65.
- [19] 何志鹏,尚杰.国际软法的效力、局限及完善[J].甘肃社会科学,2015(2):128-131.

- [20] Twining, W. (2001) *Globalization and Legal Theory*. Northwestern University Press, Evanston, 4.
- [21] 邓正来. 谁之全球化? 何种法哲学?——开放性全球化观与中国法律哲学建构论纲[M]. 北京: 商务印书馆, 2009.
- [22] 盛洪生. 当代国际关系中的“第三者”: 非政府组织研究[M]. 北京: 时事出版社, 2004.
- [23] 骆旭旭. 构建国际经济新秩序的法律工具选择——以国际软法与硬法的互动为切入点[J]. 华侨大学学报(哲学社会科学版), 2013(2): 64-73.
- [24] 刘作翔. 标准化: 中国法治向纵深发展的标志[N]. 中国社会科学报, 2014-07-23(A07).
- [25] 郭华. 软法与国家法治体系整合研究[J]. 闽江学院学报, 2014, 35(4): 49-54.
- [26] 林淑芳. 中国法治模式探析[J]. 韶关学院学报, 2012, 33(1): 85-89.