

# 国际软法在国际法律秩序中的作用

陈海明

**摘要** 国际软法本身虽然不具有直接法律约束力,但是在规范国际关系方面起到了积极作用,能够产生一定法律效果。国际软法的兴起不仅与国际社会面临的各种复杂问题有关,也与传统国际立法模式无法有效适应变动的国际社会有直接关系,是多种因素共同作用之结果。国际软法的兴起是全球治理时代在各个“权威领域”追求“规则体系”的反映。

**关键词** 国际软法 习惯国际法 国际条约 国际法律秩序

人类进入 21 世纪后,全球化进程不断得到深化。全球化消解了各国经贸领域的藩篱,带来了贸易、投资的自由和便利,增加了各国福祉。然而,全球化也带来了诸多国际问题。当今国际社会面临气候变暖、毒品走私、跨国犯罪等全球性问题。解决全球问题不仅要主权国家相互加强合作,也离不开包括跨国公司和非政府组织在内的非国家行为体共同参与治理。在全球治理时代,对国际社会诸多行为体的规范离不开各种规则。习惯国际法和国际条约这些国际“硬法”在国际法律秩序运作上起到了顶梁柱作用。晚近兴起的国际“软法”在全球治理中发挥了积极作用,对国际法律秩序起到了填缺补漏作用。如果说习惯国际法和国际条约这些国际“硬法”构成了全球化时代国际法律秩序大厦的“主架”,那么国际“软法”毫无疑问构成了国际法律秩序大厦的“支架”,二者相辅相成,对国际秩序共同发挥规范作用。本文拟对国际软法属性及其兴起的背景、国际软法在国际法律秩序中的作用进行分析。

## 一、国际软法属性

自从麦奈尔勋爵 (Lord McNair) 创造“软法”这一概念至今<sup>①</sup>,国际法学者关于国际软法的概念和属性就一直存有分歧。弗兰西澳尼 (Francioni) 认为,国际软法是指不包括在《国际法院规约》第三十八条第一款国际法渊源之内的那些国际规范、原则;这些规范和原则缺乏具体的规范性内容,无法产生可以执行的权利和义务,但可以产生一定“法律效果”。<sup>②</sup> 哈里斯 (Harris) 把国际软法等同于那些包含行为规则的书面文件 (written instrument), 认为国际

软法不具有法律约束力,不受条约法规制。<sup>③</sup> 谢尔顿 (Shelton) 认为国际软法是指条约之外的包含原则、规范、标准或者其他预期行为声明的任何国际文件 (international instrument)。<sup>④</sup>

波耶尔 (Boyle) 把国际软法分为三类。从形式上区分,条约是硬法,具有法律约束力;如果是不具有法律约束力的非条约协议<sup>⑤</sup>,就是软法,例如《赫尔辛基协议》。从内容上区分,具有明确、具体承诺的“规则”是硬法;意义宽泛的“原则”、“规范”是软法。因此,条约的内容可能是“硬法”,也可能是“软法”,“软硬”是由具体条款的内容而不是条约的形式所决定的。从争端解决方式区分,如果协议包括强制管辖条款就是硬法,例如《1982 年联合国海洋法公约》;如果协议纠纷是由不具约束力的调解方式解决便是软法,例如《蒙特利尔议定书》<sup>⑥</sup>。实际上,国际软法和条约在争端解决方面的“软硬”也并非完全泾渭分明;21 世纪议程 (Agenda 21) 就是模仿硬法实施机制,在 1992 年里约环境与发展大会后建立了可持续发展委员会,对其执行和承诺进行监督。

上述几位具有代表性的国际法学者关于国际软法的界定表明,目前国际法学界对于国际软法的看法尽管存在一定分歧,但基本上一致认为国际软法不属于传统国际法的主要渊源范畴。国际软法是指国际组织、多边外交会议通过的包括决议、宣言、声明、指南或者行为守则等在内的一些能产生重要法律效果的非条约协议。这些协议文件与条约存在很大差异,其内容通常包含原则、标准、规范,一般不涉及具体可执行的权利义务。

关于国际软法属性,许多国际法学者认为其不

具有“法律约束力”。这种看法并非完全错误,但是存在一定误导性。虽然国际软法本身并不具有“直接”法律约束力,但是具有“潜在”法律约束力。如果国际软法完全没有任何法律约束力,那么与伦理道德就没有任何差异。习惯国际法和国际条约需要花费较长立法时间,这一传统立法模式尽管有许多优点,但是面对日益复杂的全球社会,已经无法解决国际法律规则的供需矛盾。当今国际社会立法模式是循序渐进式展开的,国际软法通常起到拉开立法活动帷幕的作用,随后,国际社会把国际软法与习惯国际法和国际条约工具相结合,不断使之硬化,共同维护国际法律秩序的运作。因此,国际软法的法律约束力是间接和潜在的,在国际立法过程中与习惯国际法和条约相结合,逐渐产生法律效果。

鉴于国际软法在全球治理时代起到了积极规范作用,能够逐渐产生重要的法律效果,那么在国际法律秩序大厦中,除了习惯国际法和国际条约这一主架,是否还要承认国际软法这一支架,已经引起了许多国际法学者的关注。国际软法在人权、环境诸领域发挥日益重要作用情况下,安多诺(Andomo)甚至把国际软法看作是国际法的“第三渊源”<sup>⑦</sup>。

## 二、国际软法兴起的背景

在全球化时代,国际软法在人权、环境等领域不断发挥着重要的作用。国际软法与习惯国际法和国际条约一样,对国际关系起到了规范作用。国际软法的兴起不是偶然的,其勃兴与以下诸多因素密不可分。

第一,全球一体化给国际社会带来了一系列严重问题。

无论是全球气候变暖、跨国传染病问题,抑或是人口走私、国际恐怖主义,都需要国际社会共同面对。国际社会共同面临的一系列全球问题必须在规则框架内迅速解决。习惯国际法和国际条约作为国际法的主要渊源,由于其立法模式缓慢,现有资源难以及时满足日益变迁的国际社会对规范的要求。在国际社会出现国际法规范供需失衡情况下,立法模式迅捷灵活的国际软法便应运而生。国际软法为国际社会在环境、人权等领域及时提供了大量规则,对于规范国际行为起到了积极作用。

第二,二战后国际组织如雨后春笋般大量出现。

在相互依存日益加深的全球化社会,各种具有不同职能的常设国际组织积极参与到全球治理活动之中。一些主要国际组织定期召开的国际大会为各成员国发表共同宣言和原则提供了便利场所。不少国际组织被赋予能力制定规范,同时授予职能负责监督这些规范的执行和实施情况。“当国际组织能

够对国际行为进行监督评估之际,国家行为就有可能按照这些评估作出改变,硬法(习惯国际法和条约法)可能就并非必要了。”<sup>⑧</sup>

第三,各国按照本国宪法规定,对条约缔约权和程序作出了严格规定。

例如,美利坚合众国宪法第二条第二款规定,“总统有缔约权,但是需经三分之二的出席参议员同意批准”。因此,一国虽然签订了条约,但是出于国内权力制衡和利益博弈,经常出现条约无法获得批准而无法生效现象。美国国会曾经拒绝批准《凡尔赛和约》《国际刑事法院规约》《京都议定书》《全面禁止核试验条约》这些美国总统签署过的条约。相反,如果采取宣言、决议、共同行为规则等国际软法形式,就可以缩短谈判时间,避免国内批准这一环节,从而迅速产生法律效果,尽早解决国际社会面临的各种问题。

第四,各国参与多边条约时通常采取保留制度排除某些条款对本国的适用;有些国家却因为无法接受条约某些条款而拒绝参加。

上述情况影响了国际条约的适用范围,不利于实现其宗旨。由于国际软法实施方式比较灵活,允许成员国对协议内容熟悉后逐步采取贯彻措施,因此,国际软法能够让不同国家积极参与其中。由数量众多的国家通过的一些普遍性国际决议和宣言甚至能够影响到非成员国的行为。“《联大漂网捕鱼作业决议》采取软法方式的一个目的就是要给异议国家施加压力,以便影响其行为。”<sup>⑨</sup>

第五,在环保、核能、生物多样性保护等国际治理领域,许多问题的解决与科学技术的发展紧密关联。

科学技术是逐渐发展的。当一些领域的科学知识存在不确定性时,如果采取条约立法模式治理各种问题,那么一旦科学知识取得重大突破,要对条约进行修改就会比较费时费力,无法及时适应新问题。相反,如果采取国际软法立法模式,由于国际软法比较灵活,能及时反映科学技术的新进展。因此,国际软法可以根据新的科学知识及时作出更新修改,解决各种复杂问题。国际原子能机构(IAEA)制定的核设施安全指南与行为守则表明,国际软法规则能够及时反应科学知识的发展。对南极洲治理的案例研究也表明,当采取不具有明示法律约束力的软法形式时,政府更愿意锐意革新;“因为在不具有明示约束力的情况下,新的观念和方法可以被检验和完善,从而带来立竿见影的效果,同时又能为以后谈判具有约束力的条约打下框架性基础。”<sup>⑩</sup>

第六,国家是条约和习惯国际法创制的唯一主体,非国家行为体尽管有时能够以观察员身份参加条约谈判,但是大多数场合都不能直接参与到国际

硬法创建之中。

在缺乏集权的国际社会,这种平面(horizontal)的国际立法活动往往只是涉及相关当事国的利益,无法顾及国际社会整体之利益。因此,把非国家行为体排除在国际立法之外是传统国际法律秩序所固有的一个缺陷。跨国公司(TNC)、非政府组织(NGO)等非国家行为体作为全球化的主要驱动者,在国际治理中扮演着日益重要的角色。解决全球问题,需要国际私人广泛参与。对跨国公司和非政府组织等国际私人行为进行合理规范是让其积极参与到全球化活动的前提。习惯国际法和国际条约主要直接调整国家间的行为,即便有时涉及一定私人领域,如果条约不是“自动执行”,也无法在国内直接适用。如果要对私人行为进行规制,必须通过国内立法转换才能生效。晚近,国际软法的兴起不仅能够让跨国公司和非政府组织等非国家行为体积极参与到国际规范创建之中,而且许多软法直接规制国际私人的行为。例如,非政府组织与许多非官方身份的专家合作所制定的草案,后来被采纳为1993年联合国大会通过的《关于消除各种形式的针对妇女的暴力之宣言》;国际标准化组织(ISO)是一个包括国家机构和私人团体的混合组织,其宗旨是促进各种标准的形成,供市场私人行为者使用;联合国环境署1994年促使企业采纳的《国际化学品贸易伦理守则》《跨国公司行为守则》和《全球契约》都是专门针对私人行为的国际软法文件。因此,“软法横跨于国际(传统上以国家为标的)和国内(传统上以个人为标的)规制之间,起着填补缺漏之作用。”<sup>①</sup>

总之,国际软法的盛行与传统国际法律秩序本身所固有的一些缺陷以及人类社会面临的诸多问题密不可分。全球治理的兴起也为国际软法的勃兴提供了契机。罗斯瑙(Rosenau)把治理界定为“人类不同层次活动中的权威领域……在规则体系中通过实施控制来追求目标”,<sup>②</sup>这种规则体系渗透到国际社会的每一个领域。因此在全球治理时代,当单一的传统国际立法模式无法有效适应急剧变迁的国际社会,当包括跨国公司和国际非政府组织在内的非国家行为体成为全球治理的主要成员时,具有灵活性的国际软法理所当然被广泛使用。

### 三、国际软法在国际法律秩序中的作用

国际软法虽然不属于《国际法院规约》第三十八条第一款列举的国际法主要渊源,但是与国际法具有密不可分的关系。国际软法规范属于非条约协议,本身不具有条约那种直接法律约束力。但是,国际软法当事方在宣言、决议、指南等国际协议中一旦作出承诺,就不仅仅具有“政治”和“道德”上的意

义。“诚实信用(good faith)”和“禁止反言(estoppel)”这些基本法律原则同样适用于国际软法承诺。因此,琴津(Christine Chinkin)主张,国际软法可以通过默认和禁止反言作为法律义务的渊源。<sup>③</sup>希尔根博格(Hilgenberg)认为“这些(非条约)协议在法律术语上并非无关紧要。如果包含有调整当事方关系的规则,那么这些协议就是必须遵循法律思维的自成一体的渊源。”<sup>④</sup>国际软法协议虽然不受条约法支配,但是,国际软法协议作为“遵循法律思维”的自成一体的渊源,在协议的解释方面也可以适当借鉴《维也纳条约法公约》关于条约解释的有关规定。国际软法能够引导跨国行为者“遵循法律思维”,产生一定法律效果。国际软法在国际法律秩序中的作用,主要体现在前者与习惯国际法和国际条约具有密切关系,通过彼此互动,对国际关系起到共同规范作用。

国际软法与习惯国际法关系密不可分。许多国际软法得到了世界上大多数国家的赞同和默认,反映了国际社会普遍一致的国家实践(state practice)和法律确信(opinion juris),可以作为习惯国际法存在的证据。例如,国际法院(ICJ)在尼加拉瓜诉美国一案中,把联合国大会关于禁止使用武力和非法干涉的决议作为国家实践和法律确信存在的证据,从而证明禁止使用武力、非法干涉这一习惯国际法之存在。<sup>⑤</sup>联合国大会通过的许多决议和宣言除了可以作为证据证明习惯国际法存在,还可以在在实践中演变成习惯国际法。1948年联合国大会在全体会员国没有异议情况下通过了《世界人权宣言》,在半个多世纪的实践中得到了国际社会普遍遵循,许多国家在宪法中规定该宣言为国内法之一部分。因此,《世界人权宣言》中大部分内容已经发展为习惯国际法,甚至有些已经具有强行法(jus cogens)性质。<sup>⑥</sup>20世纪六七十年代联合国大会通过了一系列重要决议和宣言:《关于自然资源永久主权的宣言》、《建立新的国际经济秩序宣言》、《行动纲领》和《各国经济权利和义务宪章》。这些占世界绝大多数国家通过的宣言引导着各国普遍一致的实践,并且确立起法律确信,因而逐渐确立了自然资源永久主权这一习惯国际法基本原则。<sup>⑦</sup>这些国际软法对于改变不合理的国际经济旧秩序、建立公平合理的国际经济新秩序起到了重要作用。所以,国际软法通过与习惯国际法相联系,在建立公平合理的国际法律秩序方面能够起到积极作用。

国际软法除了与习惯国际法关系紧密外,还与国际条约相互联系,共同对国际法律秩序发生作用。国际软法与国际条约之间的互动作用主要表现在以下几方面。

首先,国际软法的一些基本原则能够为相关国际条约的解释、适用提供指引。

关于条约的解释,《维也纳条约法公约》第三十一条第三款规定,“应该结合文本,考虑条约当事方之间在事后达成的关于条约解释及其条款适用方面的任何协议”。因此,对《联合国宪章》进行阐述的联大决议或者宣言,能够对宪章提供权威解释。例如,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》,对《联合国宪章》规定的“禁止适用武力或者武力威胁”、“以和平方式解决国际争端”、“各国主权平等”等基本原则进一步作出解释,以便更好地理解、贯彻宪章精神。同样,联合国环境规划署(UNEP)负责制定的《关于危险废料运输的开罗指南》可以看作是对《控制危险废料越境转移及其处置巴塞尔公约》规定的“环境无害管理”(environmentally sound management)义务的进一步权威阐释。因此,国际条约成员方大会通过的各种决议或宣言能够对相关条约一些关键条款提供权威解释,有利于条约的贯彻实施。

其次,国际软法为多边条约的制定奠定基础。

国际组织或者多边外交会议制定的国际软法使广大成员方对于相关领域的各种规则达成了共识,在实践中逐渐熟悉了相应内容。为了加强对相关领域的治理,各成员方意识到有必要加强相关规范的法律约束力,因而在国际软法基础上制定多边条约。以国际软法为基础制定多边条约的例子不胜枚举。例如,在1948年联合国《世界人权宣言》基础上,1966年联大通过了《公民及政治权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》;国际原子能机构(IAEA)的各种指南为1986年迅速签订的《及早通报核事故公约》奠定了基础;联合国环境规划署制定的《陆源海洋污染指南》为1990年通过的《保护海洋环境免受陆源污染科威特议定书》提供了范本;欧洲经济委员会1991年制定的《环境跨境影响评估公约》就是以联合国环境规划署通过的《环境影响评估指南》为基础。因此,国际软法是整个国际立法过程的一个重要环节,能够为多边条约起铺垫作用。

再次,国际软法能够为国际条约的实施提供配套补充功能。

环境领域的国际治理与科学技术的发展密不可分,人类对环境的认识处于不断发展之中。环境领域的多边条约一般都是框架协议,条约内容比较宽泛,是在已经取得的科学知识范围内制定的原则性规则。随着人类实践的展开和科学技术的重大突破,原有的框架条约已经难以完全适应国际环境领

域的国际治理。国际组织根据科学技术的发展和实践的需要,有针对性地制定出各种国际软法,为实施框架性条约义务提供具体的规则和技术标准。例如,国际原子能机构(IAEA)充分利用其《核安全守则与原则》软法规则,为《核安全公约》和《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》提供配套补充功能。这种配套立法模式能够对环境风险进行有效规制,其特点是“随着科学理解的进步和政策优先目标的变化,这些具体的规则能够容易作出改变或强化”<sup>⑤</sup>。

最后,国际软法与国际条约之间的关系还体现在前者通常被后者援引,从而增强了国际软法的约束力。

一些得到国际社会广泛遵循的国际软法规则经常得到国际条约的援引。例如,1982年《联合国海洋法公约》(UNCLOS)合并了国际海事组织(MO)许多建议和决议;该公约要求各国“接受由国际组织或者普遍外交大会制定的各种获得广泛接受的规则 and 标准”。<sup>⑥</sup>因此,虽然国际海事组织根据其章程没有权力制定形式上有法律约束力的决议,但是《联合国海洋法公约》(UNCLOS)可能已经使其中一些决议间接成为具有法律约束力的义务。<sup>⑦</sup>许多针对私人的国际指南或者行为守则的规范条款,可以被私人合同或者国内行政机关援引,从而增强这些规范的约束力。

国际软法除了经常与习惯国际法和国际条约发生互动关系外,还经常被国际司法机构援引,在国际法律秩序中发生积极规范作用。以前南斯拉夫问题国际刑事法庭为例,该法庭在审案时不仅依照有约束力的国际刑法,而且援引大量相关的国际软法文件。在杜斯科(Dusko Tadic)一案中,审判庭使用了包括《联合国秘书长报告》、《关于建立国际刑事法院特别委员会报告》、国际法委员会起草的《危害人类和平与安全罪条约草案》等许多国际软法文件。这些实践表明,“当人们在判定对国际行为标准的遵守情况时,并非经常区分软义务和硬义务,而是利用各种可以获得的与法律相关的文件来尽量表达合适的期望。”<sup>⑧</sup>

#### 四、结语

为了解决环境、人权等领域的各种国际问题,晚近国际组织或者多边外交大会制定了一系列包括决议、宣言、指南在内的国际软法。这些国际软法很好地规范了包括国家、国际组织、非政府组织、跨国公司等跨国行为者在内的国际行为。国际软法本身虽然不具有直接法律约束力,但是在规范国际关系方面起到了积极作用,能够产生一定法律效果。国际

软法的兴起不仅与国际社会面临的各种复杂问题有关,也与传统国际立法模式无法有效适应变动的国际社会有直接关系,是多种因素共同作用之结果。国际软法的兴起是全球治理时代在各个“权威领域”追求“规则体系”的反映。

国际软法与传统国际法密不可分。国际软法与国际条约相互配合,共同对全球化带来的挑战进行规制。鉴于国际软法的积极规范作用,晚近国际社会经常对某一领域的规制同时采取宣言、决议、指南和条约这种“软硬兼施”的方式。这种采取“软硬兼施”立法模式的典型是1992年里约环境与发展大会。里约环境与发展大会同时采纳了软法和硬法文件:《环境与可持续发展原则里约宣言》、《21世纪议程》、《生物多样性公约》、《气候变化框架公约》。国际软法与习惯国际法更是存在内在的联系,许多国际软法已经逐渐演变为重要的习惯国际法。虽然不具有法律约束力的文件仅仅通过简单的重复无法获得约束力,但是“一系列的决议可能表明新的法律规则成立所需要的法律确信正在演进”。<sup>④</sup>国际司法机构经常援引国际软法,极大增强了国际软法的法律效果。国际软法在国际法律秩序中所起到的作用越来越大。如果说习惯国际法和国际条约是国际法律秩序大厦的主架,那么国际软法就是国际法律秩序大厦的支架。要建立法治的国际社会离不开国际软法的规范功能。国际软法在国际法律秩序中为传统国际法提供辅助和补充功能,二者相得益彰,共同为建立和谐的国际社会提供规范作用。

#### 注 释:

①A. Tanmes, 'Soft Law' in *Essays on International and Comparative Law in Honor of Judge E. Rades* (1983), p. 187.

②Francesco Francioni, 'International "Soft Law": A Contemporary Assessment' in *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honor of Sir Robert Jennings*, A. V. Lowe and M. Fitzmaurice, eds (1996), p. 167.

③D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 6th edn (2004), p. 62.

④D. Shelton, 'International Law and Relative Normativity' in *International Law*, M. D. Evans, ed (2003), p. 166.

⑤协议 (agreement) 在英语语境中是一个比较宽泛的用语,用来表示当事方“心思相交”。它可以涵盖合同 (contract)、条约 (treaty) 或者其他法律约束力比较弱的各种文件。因此,合同、条约都是协议,但是协议并非一定是合同或者条约。参阅 Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th edition West Group (2004), p. 74.

⑥A. E. Boyle, "Some Reflections on the relationship of Treaties and Soft Law", *International Comparative Law Quarterly* (1999), 48(4), p. 902.

⑦Roberto Andoma, 'The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal Norms in Bioethics', paper at a Workshop jointly organized by the German Ministry of Foreign Affairs and the German UNESCO Commission, Berlin, 15 February 2007. Available at <http://www.unesco.de/1507.htm>.

⑧Dinah Shelton, *Commitment and Compliance*, Oxford (2000), p. 12.

⑨Ibid., at p. 12.

⑩C. Joyner, *The Legal Status and Effects of Antarctica Recommended Measures* (1989) 28 *International Legal Materials*, pp. 175~176.

⑪Dinah Shelton, *Commitment and Compliance*, Oxford (2000), p. 36.

⑫J. N. Rosenau, *The Dynamics Of Globalization: Toward an Operational Formulation*, in *Security Dialogue* (1996) 27, p. 247.

⑬Christine Chinkin, 'Normative Development in the International Legal System', in *Commitment and Compliance*, Dinah Shelton, Oxford (2000), p. 31.

⑭H. Humt, *A Fresh Look at Soft Law*, *European Journal of International Law* (1999), Vol. 10 No. 3, p. 515.

⑮*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Merits, 1986 C.J. Rep. 14 at paras 183~186.

⑯Christopher Osakwe, 'Contemporary Soviet Doctrine on the Sources of General International Law' (1979) 73 *Proceedings of American Society of International Law*, p. 315.

⑰See *Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arab Republic* (1977) 53 *International Law Reports* 389, para. 87.

⑱A. E. Boyle, 'Some Reflections on the relationship of Treaties and Soft Law', *International Comparative Law Quarterly* (1999), 48(4), p. 905.

⑲See 1982 UN Convention on the Law of Sea, Articles 207~212.

⑳A. E. Boyle, 'Some Reflections on the relationship of Treaties and Soft Law', *International Comparative Law Quarterly* (1999), 48(4), p. 906.

㉑Christine Chinkin, 'Normative Development in the International Legal System', in *Commitment and Compliance*, Dinah Shelton, Oxford (2000), p. 36.

㉒*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996) 35 *International Legal Materials*, p. 809 at para. 71.

说明: 本文获得教育部 2007~2008 年度国家公派留学项目资助。

(作者简介: 厦门理工学院讲师)

[责任编辑: 雨 风]