

【国际公法】

论国际法语境下软法的理论边界与发展路径

——以国内法与国际法比较为视角

张 磊

【摘 要】在全球治理中,软法的兴起具有重要意义。比较国内法与国际法,可以更深刻地认识软法的理论边界和发展路径。软法之所以“软”,是因为没有法定责任及制裁;之所以可以被称为“法”,是因为它能够产生调整实效。在国际法语境下,软法分为一般意义上的软法和特殊意义上的软法。前者可以独立发展,后者负有“由软变硬”的使命。在接受软法兴起的同时,应当警惕软法泛化现象——一方面,不能把没有法定责任及制裁的国际文件一概界定为软法,因为这会损害软法的权威;另一方面,既不能放弃特殊意义上的软法,也不能忽视一般意义上的软法,因为这会加剧国际法效力危机或者阻碍国际社会的法治化。中国应当通过发展和繁荣软法,促进人类法治理念的革新,具体路径可以是有的放矢地参与或建设国际组织,也可以是通过强调技术中性和经济规律,提高软法规范的理性程度。

【关 键 词】软法;国内法;国际法;法治;法的概念

【作者简介】张磊,华东政法大学国际法学院教授(上海 200042)。

【原文出处】《学海》(南京),2023.5.72~81

【基金项目】本文系国家社会科学基金一般项目“深海遗传资源开发的法律秩序变革及中国制度性话语权研究”(项目号:19BFX215)的阶段性成果。

软法的提法早已有之。随着近年来全球化进程遭遇波折,传统国际法渊源面临诸多挑战,软法在全球治理中的特殊作用越来越受到重视。然而,国际法语境下软法的理论边界似乎处于相对混沌的状态,由此导致我们对其发展路径的认识也存在一定的偏差。这种混沌与偏差很大程度上缘于将国内法的思维定式应用于国际法语境。因此,有必要通过国内法与国际法的比较加以澄清。

根据国内法与国际法的共性,界定软法的边界

软法的概念肇始于国际法,后来衍及国内法。时至今日,无论是国内法,还是国际法,关于软法的概念存在各种各样的表述。尽管莫衷一是,但基本的共识是:软法是相对于硬法而言的,前者不具有传统意义上强制约束力。若进一步深究,则上述共识仍然存在值得辨析之处。

(一)软法之所以“软”,是因为没有法定责任及制裁

1.国内法与国际法都要求硬法的制裁必须源于法定的责任。关于法律的强制约束力,英国著名法学家约翰·奥斯丁(John Austin)提出的“三位一体”学说对后世的影响极其深远。根据奥斯丁的观点,法律包含命令、义务、制裁。当命令出现时,它必然伴随义务。若命令不被服从,则义务未被履行。于是,不利后果接踵而至。这种不利后果就是制裁。^①在奥斯丁看来,制裁是法律的必备要素之一,因为遵守法律是对个人的强制要求。由此,美国法学家汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)提出:“法律是一种强制性秩序”。^②

在国内法语境下,由于国家垄断了制裁的权力,所以是否运用国家强制力保证法律的实施成为软法与硬法的分水岭。^③然而,由于国际社会不存在凌驾

于国家主权之上的权威,所以在国际法的语境下,制裁依旧是分散的,而不是被某个至上的权威所垄断。由此,国内法与国际法在强制约束力方面的共性不在于制裁的垄断性,而在于制裁的规范性。根据现代法治的观念,制裁源于责任,责任必须法定。^④因此,在强制约束力方面,国内法与国际法都通过责任法定的方式使制裁规范化。在国际法和国内法的语境下,软法与硬法更加本质的区别在于是否有法定责任及制裁。

国内法设定的责任及制裁是我们比较熟悉的。国际法在这方面也是比较规范的。所谓国际法律责任,是指“国际责任主体对其国际不法行为或损害行为所应承担的法律后果”。^⑤关于国际不法行为和国际损害行为,国际法也形成了构成要件、免责事由等详备的法律制度,包括以赔偿、补偿、恢复原状、道歉等形式表现出来的责任承担,即国际法语境下的制裁。^⑥不过,由于缺少类似硬法的法定责任及制裁,所以国际法的名称被嵌入“软”字。国内法语境下如此,国际法语境下亦然。

2. 没有法定责任及制裁的软法对法律主体仍然具有制约作用。“软”字体现的是制约程度较弱,而不是没有制约。无论是在国内法,抑或国际法的语境下,软法对法律主体的制约作用都是客观存在的。

例如,我国《村民委员会组织法》第27条第1款规定:“村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约,并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。”村民自治章程和村规民约是一种典型的软法。尽管不具备国家法律规定的责任及制裁,但是它们在我国农村基层治理中具有重要意义,在特定范围内对公民的行为具有一定程度的制约作用。

又如,社会责任国际标准,即SA8000标准(Social Accountability 8000 International Standard)是全球第一个可用于第三方认证的社会责任认定标准。它由11个国家的20个大型商业机构、工会、人权及儿童组织、学术团体等组成的顾问委员会起草,由美国经济优先领域鉴定代理委员会制定,并且获得较大的知名度和影响力。^⑦如果企业没有申请该标准认

证,那么消费者可能不购买该企业制造的产品,上下游的公司也可能拒绝合作或取消订单。在承担社会责任方面,该软法会对很多公司产生一定程度的制约作用。

(二)软法可以被称为“法”,是因为能够产生调整实效

1. 兼具强制性和正当性是法律之所以成为法律的根本标志。由于不具备法定责任及制裁,所以很多学者不认为软法属于法的范畴。例如,美国法学家迈克尔·赖斯曼(Michael Reisman)尽管承认软法的积极作用,但又指出:对一些学者来说,软法“被错误地认为是法律”。^⑧国内也有学者认为:软法不是法,并且“软法”不是一种恰当的表述方式。^⑨基于法的传统定义,上述判断似乎具有一定的道理。

从让·博丹(Jean Bodin)到托马斯·霍布斯(Thomas Hobbes),再到奥斯丁,法律具有强制性的思想贯穿于近代民族国家兴起的整个历史进程。然而,相对于强制论,法的正当论具有更加悠久的历史。“它将正当作为法律之为法律的标志或特征。”^⑩事实上,在奥斯丁之后,随着英国法学家赫伯特·哈特(Herbert Hart)等后世学者的持续批判,强制论的不周延之处得以显现。在哈特看来,奥斯丁的主张仅仅注意到法律的外在方面,没有体察到其内在方面。于是,对规则的识别和内在认同成为哈特理论的核心要义。根据哈特的观点,法律并非类似于歹徒的命令,法律秩序也不能简单地等同于强迫。法律之所以是法律,源于人们对规则的共同接受。^⑪人类对事物的认识往往存在否定之否定的过程。对于哈特的主张,其他学者也提出了有说服力的质疑。正如美国法学家弗里德里克·肖尔(Frederick Schauer)所指出的那样:“当独立于制裁的真正守法并不如想象中的那么常见,而通过保护真正的守法以维护社会或道德规范、实施反对错误的个人判断和过分自利的法律又是必要的时候,通过强制保护真正的守法将是一种主要的机制。”^⑫

面对上述争论,与其纠结于孰优孰劣,不如将正当论与强制论融合起来更加周延,即必要的外在强

制和人们对其正当性的内在接受是法律的根本标志。

2. 从国家立法向共同体立法的进化推动了法律概念的更新。传统意义上重视强制性的法律概念对应的是一种自上而下的管理观念。这是因为在近代民族国家形成之后,以主权为唯一核心与至高权威,形成了相对封闭的空间及其法律体系。然而,随着全球化的日益深入,法律调整的空间日益开放,甚至不得不面对互联网、近地宇宙等具有先天开放性的空间。同时,社会关系的日益复杂也使传统法律在很多方面“力不从心”,例如国际航空安全领域高度专业和高速发展的特点使得该领域传统造法方式被“专家立法”所取代。

现代意义上兼顾强制性和正当性的法律概念对应的是一种自下而上的治理观念。从“管理”向“治理”转变说明法律不再必须由国家直接制定,其他社会主体也可以在国家不禁止的前提下制定法律。从国家立法向共同体立法的进化说明法律已不仅仅体现国家意志,而是国家或其他社会主体共同意志的体现。^⑮更重要的是,上述进步推动了法律概念的更新。

在国家不禁止的情况下,共同体立法的现象在国内法语境下已越来越普遍,从而为“软法亦法”奠定了基础。例如,企业自己制定的劳动规章制度是一种典型的软法。如果具有正当性,那么这种软法就可以获得一定的约束力,从而能够产生调整实效——若劳动者严重违反企业的劳动规章制度,则企业可以在《劳动合同法》第39条允许的情况下单方面解除劳动合同。^⑯又如,《医务人员手卫生规范》《外科手术部位感染预防和控制技术指南(试行)》等非强制性的卫生行业标准是相关从业人员共同遵循的行为规范,并且顺应了卫生行业公共治理的内在需要。^⑰尽管它们不是传统意义上的法律,但依然能够产生调整实效。

就国际法而言,由于国际社会本身就是一个平权社会,所以国际法作为共同体立法的特点是与生俱来的。“软法亦法”在国际法语境下具有更加坚实

的基础。传统国际法将上述共同体的成员局限于国家。软法的兴起则要求将共同体的成员扩大至非国家实体。例如,外层空间法的大部分规范虽是各个国家联合制定的,但却属于软法的范畴。尽管不具有法定的责任及制裁,但是这些软法在客观上确实建立和维持了人类在外层空间进行活动的法律秩序。举例来讲,联合国大会1963年通过的《关于各国探测及使用外空工作之法律原则宣言》第6条规定:“各国探测及使用外空,应遵从合作与互助原则,所有外空工作之进行,应妥为顾及他国之同类利益。”^⑱这条规定看似只有引导的性质,可是在实践中的确能够调整各国探索外空的行动——若一国肆意破坏外层空间的秩序,则必然会失去援引上述规定请求别国施以援手的正当性。其他国家的拒绝合作正是国际法语境下软法能够产生调整实效的原因之一。又如,国际商会是非政府间国际组织,它制定的《跟单信用证统一惯例》《国际贸易术语解释通则》等都属于软法,不具有传统意义上的强制约束力。不过,由于符合国际商业交易的客观规律,所以它在实践中被普遍遵守,以至于不采用上述标准会付出较大的代价。由此可见,标准排斥是国际法语境下软法能够产生调整实效的另一种原因。

值得一提的是,在国际法语境下,非国家实体制定的软法要产生调整实效必须以尊重国家主权为前提。国家之间制定的软法要产生调整实效也必须以相互尊重主权和尊重其他国家主权为前提。实际上,国内法语境下的软法“由国家制定或者认可”也是尊重国家主权的一种表现。因此,国际法与国内法在这方面是基本一致的。

无论是国内法,还是国际法,随着管理观念向治理观念的转变,法律开始从国家立法向共同体立法延伸,现代法律概念也逐渐将法的强制性理解为它能够产生调整实效的外部驱动力。这种驱动力可以源自两个方面:第一,共同体预设的法定责任及制裁;第二,共同体成员之间非法定的其他牵制方式。前者保证硬法的实施,后者保证软法的实施。不过,它们都必须基于共同体成员对规则正当性的认同。

从这个角度看,调整实效的产生是内外驱动力共同作用的结果。不同的是,硬法更侧重于外在驱动力,软法更侧重于内在驱动力。所谓“更侧重于”,是指硬法和软法的实效均有赖于这两种驱动力,而非偏废一方。

综上所述,我们可以对软法的理论边界做出如下阐释:软法是在尊重国家主权的基础上,由共同体制定或认可、体现公共意志、依靠法定责任及制裁以外的牵制方式保证实施,并且能够产生调整实效的法律规范。国家既可以是共同体本身,也可以是共同体成员。

基于国内法与国际法的区别,辨析软法的类型

与国内法不同,国际法并非由统一的立法机关或其他中央权威制定。两者的区别还体现在实施的难易程度上。国际法的实施无法依靠中央政府的力量或权威,而只能依靠互惠、集体行动和国际准则。^⑩于是,上述区别自然会导致两种语境下的软法存在不同。

(一)在国内法与国际法的语境下,产生软法的原因各不相同

由于国内社会存在唯一的中央权威,一般而言,国家主权对内最高,对外独立。因此,在国内法的语境下,硬法在理论上可以对任何社会关系进行强制调整。当然,现实情况并非绝对如此。一方面,现代法治观念要求国家权力保持必要的克制,在国内社会存在硬法不直接进行调整的领域;另一方面,由于立法技术、成本核算以及及时性、稳定性等问题,部分社会关系由硬法直接调整,其效果可能不尽如人意。我国城市基层社区的治理问题就是一个典型的例子。^⑪有鉴于此,硬法不能够或不适合调整的社会关系,便成为软法的用武之地。

国际社会不存在任何中央权威,至今是一个平权社会,世界各国基于国家主权平等原则调整彼此之间的关系。这与国内社会存在巨大的差别,并且导致两个显而易见的结果:第一,国际法的制定呈现非中心化的现象。尽管存在一般国际法(普遍适用于整个国际社会),但区域国际法和特殊国际法(专门

适用于特定范围的国家)是国际法的主体部分。第二,国际法的实施存在非强制性的特点。“从国际法规则的性质来分析,大部分规则都属于任意性规则,不具有强制性。”^⑫正如美国著名学者汉斯·摩根索(Hans Morgenthau)阐释的那样,承认国际法的存在并不等于承认它是一个与国内法同样有效的法律体系。事实上,国际社会的非中心化导致了国际法同样是一个非中心化的法律。这也决定了在很多问题上实施国际法必须依赖国际关系。即使是国家正式签署和批准的国际条约,我们也很难说它就一定全部或部分地对国家强制适用。^⑬由此,我们不难明白:一方面,立法的非中心化使国际关系的很多领域缺少硬法。不同于国内社会的硬法不能够或不适合调整部分社会关系,国际关系这些空白领域是硬法应当调整,但尚未调整的领域。这种情况,我们可以称之为“硬法不多”。另一方面,执法的非强制性使已经有法可依的国际关系出现“应然”与“实然”的脱节。这种情况,我们可以称之为“硬法不硬”。

例如,2013年发生的“斯诺登事件”揭示了国家实施网络入侵的现实威胁。尽管这种国家行为的巨大危害是显而易见的,但是在国际法领域却没有进行直接调整的强制性法律规范。在“斯诺登事件”后,国际社会曾试图在网络空间的国际规则领域达成协议。譬如,2014年多利益攸关方在巴西召开了大会,共同商讨应对大规模网络监听、进攻性网络空间行动等国际治理规则。然而,该大会不久之后便无人提及。^⑭时至今日,该领域国际关系的调整仍主要依靠各国自愿遵守的非约束性行为规范,例如2015年第四届联合国信息安全政府专家组报告所列的11条网络空间负责任国家行为规范。又如,1992年在里约环境与发展大会上通过的《生物多样性公约》对缔约国有明确的法律约束力。根据《生物多样性公约》第15条第7款和第16条第3款,缔约国有义务采取立法、行政或政策措施将自己研发遗传资源所获得的利益通过货币化或非货币化的方式分享给提供该遗传资源的来源国。为了落实上述规定,《生物多样性公约》缔约方大会在2002年和2010年先后

制定了《波恩准则》和《名古屋议定书》。^②就利益分享而言,《波恩准则》不具有法律约束力,仅为各国如何履约提供了参考标准;《名古屋议定书》也只是一份“软硬兼施”的文件——尽管将部分要求转化为具有法律约束力的条款,但它也保留了大量的“软条文”。由此可见,即使存在正式的国际条约,国际法的实施也可能需要一个“由软至硬”的渐进方式。

(二)国际法语境下,有特殊意义和一般意义两种类型的软法

1. 作为硬法的暂时替代品是软法对于国际法的特殊意义。由于存在“硬法不多”和“硬法不硬”的现象,软法可以成为硬法的临时替代品。根据汉斯·摩根索提出的经典理论,国际法的制定和实施依赖两个方面的条件:第一,国家之间存在相同或互补的利益;第二,在国家之间平衡地分配权利。缺少上述任何一个条件,国际法就不会产生。^③很显然,摩根索所阐释的是国际法语境下硬法的形成条件。

在应当形成硬法,但硬法暂时无法出现的情况下,软法是否能够产生,同样取决于两个方面条件:第一,国际社会达成基本共识,并且希望尽快采取共同行动。在硬法暂时无法出现的情况下,国家将面临两种选择,要么继续各行其是,要么采取力所能及的共同行动。在很多关乎共同利益的问题上,国家与其坐等观望,不如先行动起来。第二,国际社会采取共同行动时需要保留较大的灵活性。一方面,暂时无法制定硬法本身足以说明各国虽然能够“求同”,但更需要“存异”,即较大的分歧是无法回避的;另一方面,由于共同行动有可能失败或者需要进行重大调整,所以各国需要保留较大的灵活性以便“试错”。

通过比较,我们不难看出:当存在共同利益且达致权利平衡时,硬法应运而生;若只存在共同利益,但权利无法平衡时,软法作为“次优”的结果出现;当上述两个条件均不成立时,任何意义上的法律规范均无法形成。

国际环境法是“软硬兼施”的典型领域。保护地球生态环境符合人类的共同利益是一方面,要求国

家真金白银地付出代价则是另一方面。《联合国气候变化框架公约》之下的《京都议定书》不但设定了缔约国强制减排的法定责任,而且建立了惩罚性履约机制。然而,美国、加拿大、俄罗斯、日本等重要国家拒绝参加该议定书。^④之后,《巴黎协定》吸取前车之鉴,采取软硬兼施的策略,将软条文糅合其中。例如,它以自下而上的国家自主贡献来替代量化减排目标,从而巧妙地回避了南北双方就如何理解和落实“共同但有区别责任”的长期分歧。^⑤《巴黎协定》的改变带来了包括美国在内的国际社会的广泛参与。2021年各国根据《巴黎协定》所做的“双碳”目标承诺无疑是积极的进展。^⑥由此可见,若权利无法平衡,则最优的硬法只能让位给次优的软法。

2. 作为硬法的补充和辅助是软法对于国际法的一般意义。作为临时替代品的软法具有过渡性质。不过,这个部分不是国际法语境下软法的全部外延,因为另一部分软法是硬法的补充和辅助。由于国内法语境下的软法同样具有这种作用,所以上述另一部分软法是一般意义上的软法。

正如前文所述,随着法律概念的更新,法律不再必须由国家直接制定,其他社会主体也可以在国家不禁止的前提下制定法律。在国际法语境下,由于非国家实体制定的软法一般没有机会转化为硬法,所以这部分软法主要作为硬法的补充和辅助,例如前文所述国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》《国际贸易术语解释通则》就是典型的例子。

在国际法语境下,国家制定的软法也存在类似的情况,即作为硬法的补充和辅助。例如,世界卫生组织成立之后,它只成功组织缔结了一项国际条约和两项条例,即《烟草控制框架公约》和《国际卫生条例》《国际疾病分类法》。在此后的发展中,它更多地依靠决议、指南、建议、标准等不具有法律约束力的软法文件来推动各国进行国际合作。这种现象并非个例,而是越来越普遍。联合国环境规划署、联合国教科文组织、欧洲联盟、世界银行以及国际货币基金组织等机构的实践证明,越来越多的国际组织和国际合作领域出现甚至主动选择使用诸如宣言等软法

文件。^④不过,上述国际组织主动选择软法的前提一般是它们已有硬法作为基础和保障,尤其是它们得以成立的宪章性文件。更重要的是,它们主动制定软法的目的仅是为了更好和更快地建立一定程度的国际秩序,而不是希望软法未来“变硬”。这既有专业技术上的原因,也有时间效率等考虑。总之,在非根本性的问题上,若能够在共同体内部产生调整实效、达成目的,则软法没有必要变成硬法。

作为硬法的补充和辅助,一般意义上的软法不但可以在硬法之外独立发展,而且可以佐证硬法的正当性。在国内法语境下,这种情况并不罕见。例如,卫生行业标准不但可以成为政府部门进行卫生执法的重要参考,还是司法机关判断相关行为是否合法的参照因素。^⑤这种现象在国际法语境下也同样存在。例如,不少软法已经成为国际裁判机构进行说理的依据。在1986年尼加拉瓜军事和准军事行动案中,国际法院即援引了联合国大会1970年第2625号决议通过的《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》,用以说明禁止使用武力的正当性。在1997年盖巴斯科夫—拉基玛洛大坝案中,国际法院在判决中多处援引了《人类环境宣言》《里约环境与发展宣言》《关于自然资源永久主权的决议》等软法,用于说明相关法律问题。^⑥凡此种种,不胜枚举。

在支持软法兴起的同时应当警惕软法泛化现象

在支持软法兴起的同时,我们也应当警惕软法泛化的现象。所谓软法泛化,主要包括两种现象:第一,忽视或模糊软法的理论边界,将没有法定责任及制裁的国际文件一概视为软法;第二,忽视或低估软法的固有缺陷,企图让“软法之治”全面覆盖本应努力形成“硬法之治”的领域。

(一)能否产生调整实效是甄别真软法与“伪软法”的重要标准

我们不能把没有法定责任及制裁的国际文件均界定为软法。软法之所以被称为“法”,是因为它能够产生调整实效。若不能够产生调整实效,则相关文件不能归入软法的范畴。接踵而至的问题是,什

么是所谓“调整实效”?

所谓“调整实效”,即调整所达致的法律效果,具体是指“法律规范所规定的权利与义务在多大程度上转化为社会关系参加者行使权利和履行义务的实际行为”。^⑦根据这个定义,调整实效就是将“应然状态”与“实然状态”进行对比,两者的吻合度越高,则调整实效越好。举例来讲,《海洋法公约》第38条第1款规定:“在第37条所指的海峡(即用于国际航行的海峡,笔者注)中,所有船舶和飞机均享有过境通行的权利,过境通行不应受阻碍。”这是一条典型的硬法,设定了一国在另一国用于国际航行的海峡行使过境通行的权利,同时也设定了后者对该权利予以尊重之义务。于是,当国家的实际行为与上述设定吻合时,调整实效达成。

由此可见,在硬法的语境下,法律责任与调整实效相辅相成。例如,在国际法院审理的1949年科孚海峡案中,由于在科孚海峡(用于国际航行的海峡)进行布雷活动不可能在阿尔巴尼亚不知晓的情况下进行,所以这种“应当知晓”导致了阿尔巴尼亚的告知义务。阿尔巴尼亚没有履行这种告知义务,英国舰队在行使《海洋法公约》第38条第1款规定的过境通过权时触雷,导致82人死亡,所以阿尔巴尼亚应当承担相应的国际法律责任。

就软法而言,“调整实效”的重点在于“实”字,即“实际上”。这意味着软法不依靠追究法律责任也能达成实际上的法律效果。不过,软法所达成的调整实效区别于纯粹基于实在道德的效果。首先,软法的调整实效主要依靠共同体成员之间的牵制作用,例如前文述及的拒绝合作、标准排斥等。其次,产生牵制作用的共同体可以来自不同的维度和范围。除了前文述及的领域、行业共同体之外,还可以是全球、区域、双边共同体。再次,更重要的是,尽管没有法定责任及制裁,但共同体产生的牵制作用能够产生比较明确的他律效果,而非完全放任成员自律。

由此可见,没有法定责任及其制裁的国际文件并非都属于软法,只有能够产生调整实效的部分才属于软法的范畴。因此,如果将大量不具有调整实

效的文件都视为软法,其后果是人们会将“伪软法”的失败或错误归咎于软法,从而损害软法的权威,阻碍软法的发展。

(二)忽视特殊与一般意义软法之分会加剧国际法效力危机

1. 放弃特殊意义上的软法会进一步加剧国际法效力危机。软法泛化的另一种风险同样值得警惕,即试图用“软法之治”过度地替代“硬法之治”。这种趋向在世界卫生组织的实践中体现得比较明显。“与世界卫生组织同步发展起来的国际海事组织、国际劳工组织、世界粮农组织等其他国际组织相比,在当前的全球卫生治理机制中,世界卫生组织对于发展国际条约或协定等有拘束力的国际法律文件持一种消极的态度。世界卫生组织以及成员国都不太愿意用国际法来创设具有约束力和实际意义的义务。”^⑧当然,这不是个例。

正如前文所述,国际法语境下的软法具有特殊意义和一般意义之分。一般意义的软法没有必要转化为硬法。特殊意义的软法具有“由软变硬”的使命。这种使命在国内法语境下是不存在的。相反,在国内法语境下,当软法出现“硬化”现象时,相关评价往往是负面的。例如,有学者指出:在新冠疫情防控过程中,“名义软法”的现象大量存在是不合适的。在“名义软法”里,有些文件的措辞内含强制性命令或要求,有些文件则成为国家机关对违反者进行惩戒制裁的依据,或者成为解决纠纷、化解矛盾的依据。^⑨然而,在国际法语境下,特殊意义上的软法只有不断“硬化”才能实现初衷。

由此可见,在国际法语境下,如果国际社会止步于软法的一般意义,放弃它的特殊意义,势必导致原本应当努力制定硬法的领域被“软法之治”所贻误。倘若如此,国际法领域业已存在的“硬法不多”和“硬法不硬”的缺陷将会进一步加剧,使任意性规范占主导地位的国际法陷入更大的效力危机。

2. 忽视一般意义上的软法会阻碍国际社会的法治化进程。有学者指出:“国际软法积极发挥功能表明国际社会还不是一个法治社会,应当逐渐规范软

法、硬化软法而建构法治社会。”^⑩该观点忽视了国际法语境下软法的一般意义,即软法独立发展的价值。似乎将软法与法治对立起来。之所以一些学者持有这样的观点,也许是担心软法会挤占或侵蚀硬法的应有空间。这既有合理的成分,也有值得商榷的地方。正如前文所述,软法泛化现象会损害软法权威。不过,我们也应当意识到,“软硬兼施”恰恰是国际法的常态。因此,除了有“由软变硬”的软法,国际法也应有在硬法之外独立发展的软法。我们既不能放弃软法的特殊意义,也不能将一般意义的软法视为法治的对立面。在适合的条件下,一般意义上的软法积极发挥调整实效并不是对法治的损害,而是促进。国际社会的法治化应当是软硬兼施。这种法治状态既包括“硬法当硬”,也包括“软法不软”。两者相得益彰才是完整意义上的法治。

充分发挥软法在构建人类命运共同体中的作用

(一)通过发展和繁荣软法,促进人类法治理念的革新

长期以来,西方主流法理学将国家和社会对立起来,导致法治理念的割裂。习近平法治思想创造性地处理了国家和社会的关系,将法治国家、法治政府、法治社会一体建设作为全面依法治国的要义。“一体建设”意味着国家、政府、社会是互相依存、互相支撑的。因此,习近平法治思想以多元主义的视角,将国家制定法以外的多元要素纳入社会主义法治体系的概念中,不是简单强调法律规则,而是强调形成稳定的制度体系,把法治放在国家治理现代化的大背景下考量。在此基础上,习近平法治思想发展了马克思主义法理学对国际治理体系的认识,提出坚持统筹推进国内法治与涉外法治,主张中国应当以更加积极的姿态推动全球治理体系和治理规则的变革,构建人类命运共同体。^⑪

一方面,根据习近平法治思想,我们不能将完善国家制定的法律作为全面依法治国的唯一路径,而要将国家制定法以外的多元要素纳入社会主义法治体系,多层次和多维度地发展和健全软法,使之成为推进国家治理体系现代化的重要路径之一。另一方

面,既然国内法治与涉外法治是一盘棋,那么软法在推动全球治理体系变革和构建人类命运共同体的进程中同样具有重要意义。习近平法治思想指引我们将构建人类命运共同体作为推动全球治理体系变革的重要基础。正如前文所述,法律概念的更新源于国家立法向共同体立法的转化,因此,构建人类命运共同体无疑为共同体立法提供了前所未有的广阔空间,成为国际法语境下软法发展的重要契机。

随着南北力量的此消彼长和科学技术的突飞猛进,全球治理体系变革成为可能。同时,由于大国博弈日益深入,国际法“软硬兼施”的特点愈加明显。因此,中国应抓住这样的机遇,通过发展和繁荣软法,统筹推进国内法治与涉外法治,在人类法治理念的革新过程中拥有更多的理论与制度话语权。

(二)通过参与或建设国际组织,推动软法的造法进程

根据迈克尔·赖斯曼教授提出的经典理论,国际造法是一个沟通的进程。这个沟通的进程是将以下三组协同的信息从造法者传递给目标受众,即政策内容、权威信号和控制意图。赖斯曼教授进一步指出:充满权威信号但缺少控制意图的沟通难以形成法律,但是存在例外情况——对于目标受众而言,一些权威信号已经自带控制意图。在集体意识浓厚的集团中,当政治相关成员的个性里已经融入了共同利益时,单以权威信号本身就足够形成制定法律的期望。^⑤

从表面上看,制定软法的沟通进程并不传递控制意图。然而,由于要产生调整实效,所以制定软法的权威信号必须自带控制意图,并且对目标受众是奏效的。因此,为了自带控制意图,制定软法的共同体必须足够紧密,即共同体的共同利益对成员而言必须足够重要。这种重要的共同利益也是汉斯·摩根索认为国际法之所以会产生的条件之一。

尽管权威信号和控制意图可能融为一体,但在国际造法的沟通进程中,存在紧密的共同体本身并不意味着政策内容必然是具体明确的。正如汉斯·摩根索所说:“缺乏精确性的特点渗透于国际法的方

方面面。”^⑥从这个角度看,国际组织的重要性不仅在于创造紧密的共同体,也在于克服政策内容的模糊性。就造法而言,国际组织对于制定硬法很重要,对于制定软法更重要。

现代国际法之所以区别于传统国际法,缘于二战之后出现的国际社会组织化现象。“国际组织数量的增加与职能的扩大使地球上彼此影响的各种国际组织已经形成一个巨大的国际组织网。”^⑦国际社会的组织化催生了各种维度和范围的共同体,它们基于共同利益而产生,并且能够通过稳定和健全的磋商机制使国际法从抽象模糊趋向具体明确。

从发展和繁荣软法的角度看,构建人类命运共同体为共同体立法提供了前所未有的广阔空间。在这个广阔空间里,不同维度和范围的国际组织(包括政府间和非政府间国际组织)不但是支撑共同体的“骨骼”,而且是培育软法的“土壤”。中国若要通过完善软法的理论与实践,在人类法治进程中拥有更多的话语权,则不但要重视国际组织的建设,而且要有放的放矢——将利益紧密且磋商高效的国际组织作为优先参与或建设的对象,因为它们能够使制造软法的沟通进程较好地兼具政策内容、权威信号和控制意图。

(三)通过提高规则的理性程度,促进软法的制定实施

德国思想家马克斯·韦伯(Max Weber)认为理性化构成了现代化的核心,现代法治最明显的文化特征无疑也是理性化。^⑧因此,“法的现代性就是法的理性化。法的现代性问题实际上也就是理性的问题。”^⑨作为法的表现形态之一,软法当然应当具备上述理性。在国际法语境下,软法的作用取决于其内在理性——软法能够被尊重和遵行,重要原因在于这些规范体现了该项事务运作的内在要求,具备科学性和合理性。^⑩

硬法、软法和道德的重要区别不在于是否理性,而在于它们的理性程度。软法所蕴含的理性。其程度应当足以使共同体成员“愿意”采取行动,也“能够”采取行动。所谓“愿意”,是指这种理性足以使共

共同体成员认识到不采取行动将损害集体和自身的利益;所谓“能够”,是指这种理性足以驱使共同体成员设计相应机制,有的放矢地采取共同行动,但又不设定法律责任。

由此可见,发展和繁荣软法,除了要在国际组织方面下功夫,还应当致力于提高软法的理性程度。从实践经验来看,强调法律规范的技术中立和经济规律是提高其理性程度的重要手段,有利于软法的产生和实施。

例如,食品安全国际软法的内容基本涵盖了食品安全监督的各个环节。这不但是体系本身完整性的体现,更显示出该体系的专业技术性特征,包括实体标准的技术性和程序操作的技术性。^④作为全球食品安全治理的有效手段,食品安全国际软法的勃兴是必然的。其中,该领域显著的技术中立的特点是其重要因素。

同时,食品安全国际软法之所以能够产生调整实效,与世界卫生组织、联合国粮农组织、国际食品法典委员会以及国际食品安全协会等一系列政府间和非政府间国际组织的努力密不可分。按照功能主义理论,国际组织制定软法的特殊优势主要来自国际组织拥有比较丰富的专家资源,而且这些专家能够保持技术中立。^⑤正如研究全球治理理论的英国学者托尼·麦格雷格(Tony McGrew)所言:“在全球性风险社会中,社会生活的各方面开始受到专家的控制。这样一来,全球治理的许多常规领域以及某些最关键领域就成了职业性的或专家委员会即知识共同体的专有领域。”^⑥

除了技术中立之外,强调客观的经济规律也是提高软法理性程度的重要手段。例如,世界银行的指南主要是供银行职员在工作中使用。一类指南属于操作标准和银行程序,具有强制执行性;另一类指南只有劝导性质,例如“良好做法”(good practice)。不过,人们很容易发现世界银行的上述指南被很好地执行了。^⑦显然,符合客观经济规律是“软法不软”的重要因素之一。

值得一提的是,“全球化首先被认为是一个经济

发展过程,是生产要素在全世界范围内的自由流动和合理配置”。^⑧换言之,全球化是符合客观经济规律的。因此,在上述共识的基础上,促进相关软法的产生与实施,可以成为我国应对美国近年来非理性行为的重要对策之一。

例如,2022年7月,美国出台《芯片与科学法案》,拿出527亿美元资助芯片产业,并且设置“护栏条款”,即接受资助的企业不能在“对美国国家安全构成威胁的特定国家”扩大或建设新的产能,以制造某些先进半导体。这就是要求企业在中美之间选边站。同年8月,美国出台《降低通货膨胀法》,拿出3700亿美元用于新能源和应对气候变化,具有明显的“去中国化”的色彩。该法案要求汽车电池中使用的锂、镍等关键矿物至少40%来自“美国或与美国签订自由贸易协定的国家”。同年9月,美国出台《白宫生物法案》,给生物技术的对华封锁贴上所谓“价值观”的标签。^⑨上述趋势预示着中美在芯片、新能源以及生物技术三个高新科技的关键领域进行全面争夺的态势已经明朗化。

在此背景下,为了维护统一的全球化,中国与其他国家可以促进相关软法的形成和发展。一方面,美国的绝对实力尚存,使得硬法的制定和实施陷入困境,例如WTO上诉机构的停摆;另一方面,美国的相对衰弱使各国有了更大的行动空间。因此,在强调技术中性和经济规律的基础上,制定和实施软法可以成为现阶段各国柔性应对美国非理性行为的对策之一。在这个过程中,中国、欧盟和其他重要经济体都可以发挥建设性的作用。

注释:

①参见张宏生《第五讲:简评约翰·奥斯丁的分析法学》,《国外法学》1983年第6期。

②凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社,1996年,第3页。

③参见罗豪才、宋功德《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》,法律出版社,2009年,第296页。

④所谓责任法定,是指任何实施和适用责任的主体都无权向任何责任主体实施和追究法律明文规定以外的责任。参

见杜飞进《试论法律责任的原则及根据》，《学习与探索》1991年第4期。

⑤李寿平：《现代国际责任法律制度》，武汉大学出版社，2003年，第24页。

⑥⑩参见曾令良主编《国际公法学》，高等教育出版社，2016年，第429-432、436、33页。

⑦参见刘萍、冯帅《公司社会责任的国际造法运动研究》，法律出版社，2015年，第119页。

⑧③⑤参见万鄂湘、王贵国、冯华建主编《国际法：领悟与构建——W. 迈克尔·赖斯曼论文集》，法律出版社，2007年，第144、97、100、102页。

⑨参见贾兵兵《国际公法：和平时期的解释与适用》，清华大学出版社，2015年，第52页。

⑪参见周永坤《论法律的强制性与正当性》，《法学》1998年第7期。

⑫参见湛洪果《从命令论到规则论：奥斯丁与哈特》，《法哲学与法社会学论丛》2006年第2期。

⑬张强：《论分析法学强制观念的变迁——由肖尔〈法律的强制〉引发的思考》，《北大法律评论》2017年（第18卷）第2辑，第98页。

⑭参见汪全军《民间法·软法·地方法制：三种新兴法学理论的比较研究》，《民间法》2019年第1期。

⑮《劳动合同法》第39条：劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的……

⑯⑲参见刘长秋《作为软法的行业标准研究——以卫生行业标准为视角》，《北京理工大学学报（社会科学版）》2013年第4期。

⑰一般而言，联合国大会的决议对外不具有传统意义上的强制约束力，并且该条文没有规定具体的法律责任。

⑱See Joshua S. Goldstein, *International Relations*, Six Edition, Peking University Press, 2005, p.277.

⑲参见姜明安《完善软法机制，推进社会公共治理创新》，《中国法学》2010年第5期。

⑳㉑㉒See Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Peking University Press, 2005, pp.295, 297, 300, p.296, pp.298-299.

㉓参见鲁传颖《网络空间安全困境及治理机制构建》，《现代国际关系》2018年第11期。

㉔《波恩准则》的全称是《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》；《名古屋议定书》

的全称是《关于获取遗传资源和公正公平地分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》。

㉕参见张金晓《试论国际环境法中的软硬法共治——以气候变化法为例证》，《环境保护》2021年第15期。

㉖参见李威《〈巴黎协定〉与气候国际法的软法治理》，载倪受彬、殷敏主编《国际贸易法论丛》第7卷，中国政法大学出版社，2017年，第232、237页。

㉗参见柳华文《“双碳”目标及其实施的国际法解读》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期。

㉘㉙参见万霞《试析软法在国际法中的勃兴》，《外交评论》2011年第5期。

㉚孙国华主编：《中华法学大辞典·法理学卷》，中国检察出版社，1997年，第119页。

㉛刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，《法学》2020年第4期。

㉜参见沈岍《软硬法混合治理的规范化进路》，《法学》2021年第3期。

㉝㉞何志鹏、孙璐：《国际软法何以可能：一个以环境为视角的展开》，《当代法学》2012年第1期。

㉟参见邱水平《论习近平法治思想的法理学创新》，《中国法学》2022年第3期。

㊱梁西：《论国际社会组织化及其对国际法的影响》，《法学评论》1997年第4期。

㊲参见罗豪才、周强《软法研究的多维思考》，《中国法学》2013年第5期。

㊳葛洪义：《法律与理性：法的现代性问题解读》，法律出版社，2001年，第5-6页。

㊴参见曾文革等《食品安全国际软法研究》，法律出版社，2015年，第29-30页。

㊵参见徐崇利《全球治理与跨国法律体系：硬法与软法的“中心—外围”之构造》，《国外理论动态》2013年第8期。

㊶托尼·麦克格鲁：《走向真正的全球治理》，载俞可平主编《全球化：全球治理》，中国社会科学出版社，2003年，第159页。

㊷参见何塞·E. 阿尔瓦雷斯《作为造法者的国际组织》，蔡从燕等译，法律出版社，2011年，第342-343页。

㊸金炳华主编：《马克思主义哲学大辞典》，上海辞书出版社，2003年，第1022页。

㊹《白宫生物法案》的全称是《关于推进生物技术和生物制造创新以建立可持续、安全和有保障的美国生物经济的行政命令》。