

# 国际软法在全球治理中的效力探究

何志鹏 申天娇

**摘要** 软法亦为法，不具有约束力是国际软法的应然特性，却非为全然否定软法存在意义的正当理由。在全球化进程中出现“逆全球化”或全球化规则重塑插曲之际，全球性条约等硬法创制困难重重，诸如难民领域，从《纽约宣言》至《全球契约》的发展等国际软法参与全球治理的实证案例，彰显着其实然效果和力量。国家自由意志等因素致使软法之力凸显不确定性和可塑性，“零”约束力不等同于实然上软法不具有力量，“赋予”更是起到加成效果，而且作为软法主要标签的约束力特性，恰常成为国际关系行为体青睐软法的根源。时代环境影响着甚至是为国际软法的演进发展提供机遇，同时软法也在参与塑造着社会、法治等抽象“环境”，国际软法自身及其对硬法形成和成熟的奠基和助力，蕴含着对多边主义秩序的表达和坚持，这也正是国际软法之影响力和感召力的现实外显。

**关键词** 国际软法 约束力 环境 多边主义 难民

作者何志鹏，吉林大学理论法学研究中心、法学院教授（吉林长春 130012）；申天娇，吉林大学法学院博士研究生（吉林长春 130012）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2021)01-0103-14

## 一、问题的提出

国际软法名称的由来和认知印象依托于硬法对照，学界不乏学者参考硬法研究的经验围绕国际软法开展研究，由此，国际软法样态轮廓具象化。通常意义上，软法和硬法是动态互动的，二者相生相伴被认为是常态。<sup>①</sup>一领域内仅存在二者之一的现象一般只是暂时性的阶段。徐崇利教授厘清二者角色关系时，视软法在跨国法律体系中的定位为核心硬法之外围。<sup>②</sup>

虽然学理上关乎软法是不是法及其概念标准的界定颇具争议，<sup>③</sup>软法同硬法差异的关键指标着眼于约束力，也正是软法备受诟病的根本所在。然而，纵观现实世界多领域治理的国际法诉求，无论是新兴抑或是传统领域，软法被需要，软法方法的趋向性引人瞩目。数十年来软法数量的增长同有特定化需求的主题数目的增加成正比。<sup>④</sup>软法的实证实践回应并说服着批判和忽视其存在意义的群体。伴随对软法的质疑和声讨，学派学者间争鸣之势持续，同时国际组织和国家筹谋着软法规制同硬法在多领域共建共治，至此，软法约束力特性是理论和实践扭拧反差的焦点。是否以典型二元论思维识别软法是一系列连续性问题

<sup>①</sup> See Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law," *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 2 (2006), p. 320.

<sup>②</sup> 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。

<sup>③</sup> 关于软法的讨论，研究的开展不仅局限于法学的领域和学者，国际关系领域的学者对此也有所见地和涉猎。谈及软法的界定，学者们的划分标准和方法迥异，例如有学者倾向形式主义，也有学者关注于软法内容实质。

<sup>④</sup> Elizabeth Ferris and Jonas Bergmann, "Soft law, Migration and Climate Change Governance," *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 8, no. 1 (2017), p. 12.

存疑存异的核心所在。

进一步探讨，否定软法的主要理由常被归结于软法刚性约束“缺失”。因为观点包括但不限于软法对国际法暗中削弱和瓦解、软法的冗杂无序妨碍硬法和加剧国际法律秩序无序化等症结所在同约束力颇有干系。但是，对软法约束力特性甚至软法本身全然否定显失公允，真空环境仅限于假设，部分软法在实际适用中的成功效果反馈出软法的实用价值。如若批判软法一味归责于“力”属性不禁令人疑惑，毕竟这更像是对广义“法”的一种表现形式的否定，而不论实质内容的良莠，形式法治和实质法治的影子浮现。另一视角立场转换下，约束力考虑对国际关系行为体具有吸引力，软法是国家理性选择的结果。国家选择是国家意志的行为彰显，国家意志是国家利益等因素综合考量结果的外化表现。通常深思熟虑的国家选择与国家权益的同向性局限在国家可负担和承受的限度范畴内。那么，软法因约束力被非议也因此而被成全，稍显矛盾之意味？于国家而言，“零”约束力的基础内涵意味着自然约束力的缺失，若数值化为“零”，却可以外延出视国情自酌自赋的潜在含义。一者，不乏软法不具有约束力，但恰合国家意，尽可能免遭违反国际法之束缚；再者，国际关系行为体可以刻意行为使应然无“力”的软法行之有效。

再进一步探讨，软法之力体现为何，何以体现？约束力是软法之力探究的逻辑起点，固然软法的应然设定不具有约束力，其实际效果是软法之力的证明。即便是不产生规范效果的软法都不等于必定是无用的无力的，岂能想当然地认为不具有约束力的软法不具有力量。<sup>①</sup>除约束力概念外，软法作用力的概念集合包容影响力、感召力等元素，探讨不止于纯粹的法律范畴。软法之力于实际治理中得以显明和观察。关涉软法作国际法新渊源的可能，学者各持己见，软法在国际法体系中的边缘化状态已悄然改变。全球化中“逆全球化”或全球化规则重塑的风向下，硬法“难产”，国际关系行为体对软法的青睐或将其发展提供加速繁荣的机遇。

## 二、国际软法效果的实证案例

国际法规范有效与否取决于行为体单位个体的自由意志和集体共识的凝聚。实证研究派上用场，以国际软法有所作为的人权和环境领域为依托，从难民和移民等相关群体实例阐释软法的国家认可、采纳和行动，即使仅局限在有限国家范围。

### （一）“难民”概念的延展：《卡塔赫纳宣言》

尽管难民领域核心法律文件1951年《关于难民地位的日内瓦公约》以及1967年《关于难民地位的议定书》均有条款规定难民定义，但难民概念争议性不断。1984年《卡塔赫纳宣言》的难民定义未沿用传统通用标准，而是把握实践脉络扩及未落入传统难民定义范围而处在多种糟糕境遇的多样群体。<sup>②</sup>

《宣言》效应集中汇集于拉丁美洲区域。“复制”和“变体”<sup>③</sup>、“逐字或作灵感”<sup>④</sup>是对《宣言》规定的难民定义在多国内法规定方式的关键词描述和高度概括。阿根廷、玻利维亚、智利、萨尔瓦多、危地马拉、墨西哥和尼加拉瓜照搬定义，巴西、哥伦比亚、巴拉圭、秘鲁、洪都拉斯和乌拉圭通过设置限制或（和）变更《宣言》定义的五类客观情况自定义概念写入国家法律框架，哥斯达黎加、巴拿马和委内瑞拉是未引入定义的国家，但定义还是被选择性地用于委内瑞拉实践情境中，<sup>⑤</sup>厄瓜多尔1987年将定义

<sup>①</sup> See Dinah Shelton, "Introduction," in Dinah Shelton, ed., *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 4.

<sup>②</sup> See *In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants*, Report of the Secretary-General, U.N. Doc. A/70/59, p. 5.

<sup>③</sup> Michael Reed-Hurtado, "The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America," in Volker Türk, Alice Edwards and Cornelis Wouters, eds., *In Flight from Conflict and Violence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 158.

<sup>④</sup> José H. Fischel De Andrade, "Forced Migration in South America," in Elena Fiddian Qasimiyeh, Gil Loescher, Katy Long and Nando Sigona, eds., *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 658.

<sup>⑤</sup> José H. Fischel De Andrade, "Forced Migration in South America," in Elena Fiddian Qasimiyeh, Gil Loescher, Katy Long and Nando Sigona, eds., *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 658.

载入国内立法,但在2012年修改部分国内法时,反向为之减损相关立法。<sup>①</sup>

然而,国家实践是极度消极的,多国行为和司法实例提示着成功写入国内法的定义的实际适用是困难且鲜见的,“修辞意义更胜实践”。<sup>②</sup>有学者提出:“实践相关性的丧失恰是《宣言》成功的结果”,《宣言》宽概念意味着相关群体难民身份的明确,从权利义务归属上意味着受益群体在难民范畴内享有难民法律地位和权利,如此,《宣言》指引《难民公约》等国际难民法对该群体的适用,并且《宣言》于国内法的渗透致使国内法的直接运用,《宣言》的实践相关性仿佛凋零。<sup>③</sup>换言之,这也是《宣言》有效实践的反向论证。进而,关于《宣言》载明的区域难民定义是否构成区域习惯法的意见并不统一。

在卡特赫纳精神延续影响下,新宣言和文件相继产生以应对拉丁美洲和加勒比海地区出现的新难题和新挑战,其中不乏软法于《宣言》每十周年纪念之际由国家认可采纳。<sup>④</sup>《宣言》的影响力也早已突破区域划界向外蔓延。

## (二)《关于国内流离失所问题的指导原则》: 筹谋构建先驱性规范框架

联合国难民署的保护对象不仅限于“难民”,还助力相似或相关群体的保护,国内流离失所者(Internally Displaced Persons)正是其中一类。为构建国内流离失所者保护和援助的规范性框架,顺应国际人道主义法和国际人权法的基调,1998年专家团队起草的《关于国内流离失所问题的指导原则》应运而生。<sup>⑤</sup>《指导原则》以“相区别却相关的方法”在非洲质变成硬法:一种方法即《指导原则》附于《保护和援助境内流离失所者的大湖议定书》成为其组成部分,而且《议定书》第6条明确“具体地关于采纳和执行指导原则”相关规定;不设附件的2006年《非洲联盟保护和援助非洲境内流离失所者公约》(《坎帕拉公约》)将《指导原则》内容融入《公约》文本中,这便是第二种直接的转换方式。<sup>⑥</sup>《议定书》第6条是软法性质的《指导原则》成为硬法之路径的明确和效果的保障,其中,规定通过“国内立法将《指导原则》本土化”是在国家层面的贯彻。<sup>⑦</sup>

一众学者关注《指导原则》并视之为示范性例证。Alexander Betts 借鉴其有益经验分析保护易受伤害移民(Vulnerable Migrants)的软法建设,着重于两个方面:一是审查识别规范缺口现状,编排现存规范制定软法作针对性填充和规范明晰,体现于规范层面上;二则为关注组织间分工的合作方法,有效落实软法指引,属于操作层级的问题。<sup>⑧</sup>在他看来,Walter Kaelin 团队作法律和规范性分析用以国家游说,以及会同国家工作并开展国家间磋商谋求核心共识是《指导原则》创制进程的关键。<sup>⑨</sup>注重国家因素,广泛汲取的国家意见受到尊重和重视。而且软法向硬法的转化时机也“取决于国家自己的步调和酌情决定”。<sup>⑩</sup>

① Michael Reed-Hurtado, “The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America,” in Volker Türk, Alice Edwards and Cornelis Wouters, eds., *In Flight from Conflict and Violence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 158-161.

② Michael Reed-Hurtado, “The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America,” in Volker Türk, Alice Edwards and Cornelis Wouters, eds., *In Flight from Conflict and Violence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 161-180.

③ José H. Fischel De Andrade, “The 1984 Cartagena Declaration: A Critical Review of Some Aspects of Its Emergence and Relevance,” *Refugee Survey Quarterly*, vol. 38, no. 4 (2019), pp. 357-358.

④ See Cartagena+30 Process, <https://www.acnur.org/cartagena30/en/>, 2020-10-20.

⑤ Internally Displaced Persons: Note by the Secretary-General, U.N. Doc. A/56/168.

⑥ Chaloka Beyani, “The Politics of International Law: Transformation of the Guiding Principles on Internal Displacement from Soft Law into Hard Law,” *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, vol. 102 (2008), pp. 194-198.

⑦ Protocol on the Protection and Assistance to Internally Displaced Persons.

⑧ Alexander Betts, “Soft Law and the Protection of Vulnerable Migrants,” *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 24, no. 3 and 4 (Spring/Summer 2010), pp. 533-552.

⑨ Alexander Betts, “Soft Law and the Protection of Vulnerable Migrants,” *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 24, no. 3 and 4 (Spring/Summer 2010), p. 547.

⑩ Alexander Betts, “Soft Law and the Protection of Vulnerable Migrants,” *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 24, no. 3 and 4 (Spring/Summer 2010), p. 544.

Elizabeth Ferris 指出：“《指导原则》被认为是最有效的软法机制之一”，已有超过 20 个国家将其汇入国家法律和政策，虽然执行并不彻底，并将其瞩目的成就归结为“直接导致世界上第一个关于国内流离失所问题的具有约束力的区域性文件《坎帕拉公约》的制定”。<sup>①</sup>

“《指导原则》基于并反映有约束力的国际法的现存标准。”<sup>②</sup>结合《卡特赫纳宣言》实践讨论，软法可以却不执着于创设新规，倘若视其为治理的工具、方法、路径，软法追求有效规制和治理，如果通过整合强调未被重视和效果不佳的既存规范规则碎片即足以满足现实需求，正如国家所愿。

### （三）国家主导倡议进程中的软法：更团结可靠的共识共建？

区别于《指导原则》的起草模式，《南森倡议》是国家主导、适时创制并发布的软法。《坎帕拉公约》注意到并涵盖环境变化因素，移民问题日益同环境问题相交集。在自然灾害和气候变化引致跨界流离失所问题上，《倡议》进程引人注目。曾有就这部分群体是否要理解为隶属 1951 年《难民公约》定义范畴而被冠以“环境难民”地位的议论，持群体独立讨论的观点占据上风。至于推动新全球性公约的想法，理论和实务界有声音认为是为时尚早的，也有国家表示不情愿并寄望于现行国际法。<sup>③</sup>欧盟和新西兰在《倡议》的全球磋商发言中表明立场以现行法、制度和框架而非新硬法有效规制。<sup>④</sup>

《倡议》的磋商进程由挪威和瑞士主导，后续进程报告写明“至少有 53 个国家已经接收或避免遣返受灾害影响的移民”。<sup>⑤</sup>Jane McAdam 评价《倡议》“在动员相关行为体、创建多部门网络和整合资源及知识上非常成功”。<sup>⑥</sup>有学者表示《倡议》“并非探索创制软法……是一个前软法倡议，探寻构建政治共识，为更大的法律成就开辟道路”。<sup>⑦</sup>《在灾害和气候变化情况下保护跨境流离失所者议程》（Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change）是《倡议》进程中产生的软法文件，官方数据显示 109 个政府代表团表示支持。<sup>⑧</sup>《议程》专注于既往实践的挖掘，将建议和可行性行动挂钩，注重实践性。搭建灾害所致流离失所问题平台（The Platform on Disaster Displacement）从某种意义上讲是《倡议》的连锁延续以推进《议程》执行的继续。

《危机国家移民者倡议》（Migrants in Countries in Crisis Initiative）经常与之被专家和学者共同探讨，美国和菲律宾为主导国，重点关注冲突和自然灾害引发的国际移民问题。包容性磋商下从宏观切入微观的“原则”“指南”和“做法”确定，2016 年发布的《保护在遭受冲突或自然灾害的国家的移民的指南》（Guidelines to Protect Migrants in Countries Experiencing Conflict or Natural Disaster）是进程的重要发展，“指南”项下 15 项专题关联的子“指南”分别附以“做法选例”；“做法”项下，针对每项子“指南”依次对应适合的行动方（多利益攸关方、国家、东道国、原籍国、过境国、私营部门行为方、国际组织和民间社会）分别列明具体“做法”。<sup>⑨</sup>“指南”关联“做法”串起理论和实践，依身份规划行为建议，按图索骥式地指引提升行为指向性、明确行为内容利于行动方减少迷茫，引导切实的行动避免流于纸面的行径发生。

主导倡议的国家之立场是较明朗的，不仅如此，具备出入国际会议等外交场合的国家身份是宣传和推

① Elizabeth Ferris and Jonas Bergmann, “Soft law, Migration and Climate Change Governance,” *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 8, no. 1 (2017), p. 15.

② Global Protection Cluster (GPC), *Handbook for the Protection of Internally Displaced Persons*, 2010, p. 32.

③ Jane McAdam, “From the Nansen Initiative to the Platform on Disaster Displacement: Shaping International Approaches to Climate Change, Disasters and Displacement,” *UNSW Law Journal*, vol. 39, no. 4 (2016), p. 1540.

④ The Nansen Initiative Global Consultation Conference Report, 2015, pp. 110-111, 156.

⑤ In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants, Report of the Secretary-General, U.N. Doc. A/70/59, p. 13.

⑥ Jane McAdam, “From the Nansen Initiative to the Platform on Disaster Displacement: Shaping International Approaches to Climate Change, Disasters and Displacement,” *UNSW Law Journal*, vol. 39, no. 4 (2016), p. 1525.

⑦ François Gemenne & Pauline Brückner, “From the Guiding Principles on Internal Displacement to the Nansen Initiative: What the Governance of Environmental Migration Can Learn from the Governance of Internal Displacement,” *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, no. 2 (2015), p. 259.

⑧ The Nansen Initiative Global Consultation Conference Report, 2015, pp. 59-61.

⑨ MICIC Initiative Guidelines: To Protect Migrants in Countries Experiencing Conflict or Natural Disaster, 2016, pp. 22-129.

广得天独厚的优势，<sup>①</sup>主导国在进程推动中扮演重要角色。相同国家身份的同理心和相似视角，彼此体谅和理解以顺利推进进程，或将易于观念趋同和共识确立，至少国家想法和利益的充分认知和权衡达成的一致成果在执行环节更可能行得通。如《南森倡议》一般自下而上的进程模式也可能益于成果的贯彻。但是国家间意识形态、利益立场和价值判断的迥异割裂着国家间的团结。国家积极的共识共建印证软法的发生逻辑，软法效果由国家行动检验和证实。

#### （四）难民和移民领域治理的新生机：从《纽约宣言》到《全球契约》之软法配合

《纽约宣言》被誉为“小奇迹”，“是联合国大会专门为难民和移民采取的第一个宣言”，它在1951年《难民公约》序言国际合作基础上设定“更加公平地分担负担和责任”之新承诺。<sup>②</sup>收获193个成员国同意的《宣言》起始开展的行动是全方位多层级的，《难民问题全面响应框架》（简称CRRF）有着亮眼表现，一方面被一部分国家所采纳，另一方面在区域和次区域层级，主要在东非和中美洲，区域组织表示支持，并促使产生相关软法；通过两项《全球契约》的目标达成，助力于联合国倡导的全球化和多边主义。<sup>③</sup>

难民署2018年发布CRRF方法实施两年以来的进程评估报告，通过对CRRF具体目标的践行总结全面地评议CRRF，报告以“取得明显的进展以实现CRRF关键目标……产生重启的政治势头……前景化的改变”评价CRRF适用。<sup>④</sup>“国家自主权和领导力”是成功的秘诀。<sup>⑤</sup>例如，为加强难民自力更生能力，在CRRF的驱动下，在关乎难民教育系统和工作及生计等参与经济和社会融合的重要方面，部分国家的政策发生利好扭转和倾斜，法律和行政的负担性障碍被清除。<sup>⑥</sup>根据报告的数据显示，已有15国官方采纳CRRF。<sup>⑦</sup>在非洲，多国为CRRF的实现积极调整和改变，多举措为之所用，具体而言，乍得、埃塞俄比亚、卢旺达等国视国情作出承诺、制定政策和采取行动；软法方法被调用，诸如肯尼亚问题《联合国发展援助框架》（UNDAF）、乌干达新的《难民和收容社区的教育响应计划》和索马里问题《关于难民，回返者和国内流离失所者持久解决的国家行动计划》；吉布提和赞比亚制定了新难民法；区域方法适用于索马里难民问题，政府间发展管理局（IGAD）成员国通过《内罗毕宣言》及《行动计划》，签署涉及教育领域的《区域难民教育吉布提宣言》。<sup>⑧</sup>区域方法布局在北美和中美洲是发展CRRF的核心手段。伯利兹、哥斯达黎加、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥和巴拿马于2017年联合通过了《圣佩德罗苏拉宣言》，产生的《全面区域保护和解决方案框架》（西班牙语缩写简称MIRPS）“是适用CRRF的开创性事业，对《全球难民契约》作出具体的贡献”。<sup>⑨</sup>CRRF发展进程中运用了“全社会努力的方针”（whole-of-society approach），划分多类伙伴关系和多利益攸关方动员多国多方调动全社会参与其中。<sup>⑩</sup>以MIRPS为例，一方面，多利益攸关方参与了MIRPS的磋商进程，尤其是国际组织力量的凸显；另一方面，MIRPS成员国和多个合作国、国际组织等实体以伙伴关系的方式开展工作，商定多项承诺和行动计划。<sup>⑪</sup>2018年，阿富

① See Jane McAdam, “From the Nansen Initiative to the Platform on Disaster Displacement: Shaping International Approaches to Climate Change, Disasters and Displacement,” *UNSW Law Journal*, vol. 39, no. 4 (2016), p. 1532.

② Volker Türk, ‘A Minor Miracle: A New Global Compact on Refugees’, 2016-11-18, <https://www.unhcr.org/583404887>, 2020-10-20.

③ UNHCR, From Commitment to Action: Highlights of Progress towards Comprehensive Refugee Responses—Since the Adoption of the New York Declaration, 2018, pp. 3-4.

④ UNHCR, Two Year Progress Assessment of the CRRF Approach: September 2016 – September 2018, p. 12.

⑤ UNHCR, Two Year Progress Assessment of the CRRF Approach: September 2016 – September 2018, p. 4.

⑥ UNHCR, Two Year Progress Assessment of the CRRF Approach: September 2016 – September 2018, pp. 7-8, 30-41.

⑦ UNHCR, Two Year Progress Assessment of the CRRF Approach: September 2016 – September 2018, p. 2.

⑧ UNHCR, Application of Comprehensive Refugee Responses, September 2018, pp. 1-2.

⑨ UNHCR, Application Comprehensive Refugee Response (CRRF) in North & Central America, September 2018, p. 1.

⑩ UNHCR, Practical Application of the Comprehensive Refugee Response Framework—Preliminary Progress Update, 2017, p. 3-6.

⑪ UNHCR, Application the Comprehensive Refugee Response (CRRF) in North & Central America, September 2018, pp. 1-2; UNHCR, Application of Comprehensive Refugee Responses, September 2018, pp. 1-2.

汗官方宣布适用 CRRF。国家的官宣适用是最直观的 CRRF 实践。另外, CRRF 无形中供官方并未承诺适用的国家以参考, 部分国家实践显现 CRRF 元素碎片的影子。<sup>①</sup> 难民署 2017 年在一份名为“难民全面响应框架的实际应用—初步进度更新”文件列举多种 CRRF 的国家参与和贡献方式, 具体包括: “官宣适用; 吸纳部分元素; 区域政府框架方法; ‘合作国’身份的伙伴关系和支持; 在难民问题领导人峰会上承诺; 向 CRRF 国家提供技术支持; 通过基金捐助; 多边论坛的参与贡献于 CRRF 实际应用的概念化”。<sup>②</sup> 各方根据能力限度和具体承诺提供资源和专门知识进行人道主义援助。CRRF 的适用提醒着同考察条约效力的差异, 判断硬法效力的存在与否界限分明, 软法实际效果的评判着实伴以模糊。受软法影响的行为结果归入软法多源多元力量的累积, 硬法体系下效力以外的边际力量在软法体系中不应被忽略。

《纽约宣言》是一个良好的开端, 《难民问题全球契约》的敲定历经主题讨论、高级专员对话和正式磋商几个进程, 以尽可能获得国家的一致采纳;<sup>③</sup> 《安全、有序和正常移民全球契约》的制定经历咨询阶段、盘点(评估)阶段和政府间谈判阶段。<sup>④</sup> 最终, 《难民问题全球契约》和《移民问题全球契约》分别凭借 181 张和 152 张赞成票通过。根据联合国秘书长的报告, 在移民方面, 《契约》成功与否不应仅限于是否获得通过立判, 需重点关注它对实际行动的引领和催化, 这之间是问题的被动反应和主动解决的区别。<sup>⑤</sup> 《难民问题全球契约》同样地未设具有约束力的新标准, 设法为现存标准获得尊重见于实践努力。软法既服务于行为体实践路径和行动的指引, 还尝试框架构建的统摄于领域内奠定基础解决问题。从《纽约宣言》和 CRRF 到两项《全球契约》, 软法个体独立性之外, 软法之间的串联性和内在联系体现, 共同为领域治理带来突破和改变。硬法僵持之下软法呈现区域性和久违的全球性进展挖掘可持续发展的生机。

### 三、解析国际软法的约束力

国际软法实然状态下的表现不俗显明软法之力, 对软法之力的探讨首先是对约束力的解析。有学者讨论软法时区分效力和约束力, 识别规范性和强制性(约束性), 提出同硬法的区分在于强制力和约束力。<sup>⑥</sup> 学者们讨论效力的基点常绕不开汉斯·凯尔森的理论 and 实证主义理解, 尽管他的论点饱受批评。亦有学者从三个观念, 即内部法律概念之渊源有效性、约束力和外部概念实效出发研究法律有效性。<sup>⑦</sup> 约束

① UNHCR, From Commitment to Action-Highlights of Progress towards Comprehensive Refugee Responses-Since the Adoption of the New York Declaration, 2018, p. 4.

② UNHCR, Practical Application of the Comprehensive Refugee Response Framework-Preliminary Progress Update, 2017, p. 4-5.

③ The New York Declaration for Refugees and Migrants Answers to Frequently Asked Questions, pp. 4-5. UNHCR 于 2017 年 7 月 10 日, 10 月 17、18 日, 11 月 14、15 日围绕 5 个主题召集讨论。2017 年高级专员关于保护方面挑战的对话会议于 12 月 12-13 日进行。2018 年发布《全球契约》的零稿(预稿)后于 2 月-7 月共开展 6 次磋商。联合国成员方和其他利益攸关方受邀提交相关书面意见。几个阶段累积收集来自国家、国际组织、NGO 和个人等利益攸关方超过 500 份书面材料作补充。

④ 2017 年 4 月-11 月的咨询阶段包括一系列的非正式专题会议、区域咨询和利益攸关方咨询。(1) 六次非正式专题会议议题分别为人权、驱动程序、国际合作、移民的贡献、偷运和贩运、劳动力流动。其中, 中国参与了第二和第四次非正式主题讨论。中国提出, 移徙的根源是发展问题, 从发展的角度解决移徙、加强伙伴关系, 建立人类共同未来的共同体; 从发展的角度解决移徙、移徙者人权和国家主权的平衡。(2) 区域咨询的四次会议分别由 ECLAC、ESCWA、ECA 和 ESCAP 组织于 2017 年 8 月-11 月进行。(3) 利益攸关方咨询包括多场多边利益攸关方听证会和区域民间社会咨询。盘点阶段的时间为 2017 年 11 月-2018 年 1 月。2017 年 12 月在墨西哥举行筹备会议, 会议聚集了 136 个代表团、各区域 897 位代表和 115 位非政府利益攸关者, 就第一阶段收到的数据、信息和观点(意见和建议)加以分析和评估, 在这一阶段最终产生一份主席会议摘要和一份联合国秘书长报告, 为第三阶段做准备。Modalities for the Intergovernmental Negotiations of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Resolution/ Adopted by the General Assembly, U.N. Doc. A/RES/71/280, p. 6; Preparatory (stocktaking) meeting 4-6 December 2017, Puerto Vallarta, Mexico Chair's summary, p. 1. 评估会议允许代表团对阶段一的 6 个主题链接不同规模去考虑: 人、社会、地方/次级国家、国家、区域和全球规模。Preparatory (stocktaking) meeting 4-6 December 2017, Puerto Vallarta, Mexico Chair's summary, p. 1. 代表团对每个规模的发展提交了审议建议。2018 年 2 月-7 月进行了 6 轮政府间谈判修改《全球契约》的零稿(预稿)以最终确定终稿。Modalities for the Intergovernmental Negotiations of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Resolution/ Adopted by the General Assembly, U.N. Doc. A/RES/71/280, pp. 6-7.

⑤ Making migration work for all: Report of the Secretary-General, U.N. Doc. A/72/643, p. 13.

⑥ 张翼:《软法与常态化的国家治理》,《中外法学》2016 年第 2 期。

⑦ Jaap Hage, "What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law," in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste and Anne Ruth Mackor, eds., *Legal Validity and Soft Law*, Cham: Springer International Publishing AG, 2018, pp. 19-45.

力是谈及软法理论的引线，是软法不可替代的一个标签。

### （一）国际软法之力下的阶梯式层级

软法于法律范畴的定位与对国内法和国际法破坏力和贡献力的比较在学者之间制造了理念鸿沟和裂痕。不可否认的是，无论何种主义作何解读，软法置身全球治理中，逐渐向法律中心游走。力是无形的，实践是软法之力分阶和递进的直观显示和证据。当然，局部实践难窥全貌，目的不在于以偏概全。

谈及约束力，有学者持法之约束力非浮动的观点，<sup>①</sup>也有观点认定它是“全或无（all-or-nothing）”的问题，而诠释软法“需要一种允许程度划分的观念”<sup>②</sup>。同样有学者强调软法可以具有“法定重量（legal weight）”，软法之约束力可以具有“类似法律的力量”。<sup>③</sup>哈特在对承认规则和法律有效性的阐释中指出，“承认规则可以不是有效的，也可以不是无效的，而只是因为合适的而被接受如此使用”，<sup>④</sup>套用软法和约束力问题方也有些道理。凯尔森和哈特均借助层级的剥离和划分谈及规范和规则，是法律体系的解构亦是建构，由此，效仿之作软法分析。

循照国际软法向硬法效力看齐的轨迹，通常示意力量渐强的正序，划定软法三层级。首先，基本层级的软法约束力缺失难起实效，软法计划运行并发挥例如对现行法空白和不足的填补、解释和细化、对行为体行为的指导和指引等功能，针对性地瞄准现实问题，尝试实现其基本目标，致力于促进法之演进和发展。的确存在很多软法的敦促、建议、指导、计划等停留于纸面和空口承诺的言语间，在力量的对垒上显得透明和无力。其次，中间层级进阶表现为国际软法的遵行，国家付诸行动产生外化可视的实际效果。软法影响行为。有观点即“有效的法律规范之所以变得无效的唯一外部法律事实是长时间完全或几近完全实效的缺乏”，<sup>⑤</sup>那么，逻辑逆推是否成立？在长期时间前提下，软法实效的产生和积蓄可否使之是有效的？值得注意的是，法律性和社会性概念防止混淆，例如法律和非法律后果。以产生的后果是法律性的还是政治性的辨别硬法和软法并不可靠。<sup>⑥</sup>非正式法被拒绝的理由之一是“捍卫法理的‘纯净’”，然而，现实世界不以为然，社会实践中它们“仿佛是‘实在’法”。<sup>⑦</sup>理论上的偏见未必能够刺穿实在世界。“法”的实际效果非定数，“软硬法”和“硬软法”的称谓印证之，表征量变。换言之，软法能够爆发强效，具备硬法某些特质乃至与之类比，是内在硬法化的软法。最终，软法不仅可以影响硬法，还可能进入硬法以硬法反馈发生质变，一部分软法得以“转化”为国内法等被赋予法律效力的硬法，即软法的硬法化。软法的目标可以不止于实践，它塑造认知，诱发期待，寻觅具有潜力的未来硬法。软法准立法性质实际展现和预示软法现在进行时和未来时的可能状态。后两个层级间的差距是显而易见的，是质的飞跃。国际软法对习惯国际法地位“量变—质变”演进的推动是贯穿后两个阶段的演示，软法可以创制新规范亦可以重申现行法，至于软法是否足以构成习惯之二要素的法律确信和（或）一贯国家实践有争议，至少为之积累证据以强化证明力。即便如此，软法并不是也不能完全替代硬法。

### （二）国际软法之力的属性

#### 1. 从遵守透视不确定性

Dinah Shelton 在研究不具有约束力的规范或软法的遵守时作术语及范畴的厘清界定，“执行”重在规范

① Dinah Shelton, “Normative Hierarchy in International Law,” *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 2 (2006), p. 321.

② Jaap Hage, “What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law,” in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste and Anne Ruth Mackor, eds., *Legal Validity and Soft Law*, Cham: Springer International Publishing AG, 2018, p. 38.

③ Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste and Anne Ruth Mackor, “Preface,” in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste and Anne Ruth Mackor, eds., *Legal Validity and Soft Law*, Cham: Springer International Publishing AG, 2018, pp. v-vi.

④ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, New York: Oxford University Press, 1994, p. 109.

⑤ Dietmar von der Pfordten, “Validity in Positive Law: A Mere Summary Concept,” in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste and Anne Ruth Mackor, eds., *Legal Validity and Soft Law*, Cham: Springer International Publishing AG, 2018, p. 15.

⑥ Dinah Shelton, “Introduction” in Dinah Shelton, ed., *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 11.

⑦ Bart van Klink and Oliver W. Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law,” in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste and Anne Ruth Mackor, eds., *Legal Validity and Soft Law*, Cham: Springer International Publishing AG, 2018, p. 162.

并入国内法体系，“遵守”着眼于行为匹配规范，涵盖执行，“实效”关注规范目标的实现，可独立于遵守。<sup>①</sup>她明确遵守的普遍性逻辑，即规范和国家自利相契合，进而软法的遵守“可能源于认识到确保公共利益的可持续性的需要”。<sup>②</sup>国家尊重并敬畏硬法不愿违法遭受制裁是常态。回顾既往软法实例，无疑分别符合三个概念要求的例证是存在的，上升至一般性论证却有困难。有学者坚持“国际协议一般性的遵守无法凭经验证实”。<sup>③</sup>Dinah Shelton 假定软法遵守的影响因子作论证分析时表示量化方法研究软法的遵守是困难的，激励和抑制的催化反应需要结合当下环境，反观国家和非国家行为体经一场复杂的精心“运算”作出决定。<sup>④</sup>鉴于国家主权原则，国家对软法“力”的赋予决定是自主性的、个性化的。国际软法的评判无法一概而论，衡量各软法整体意义上的实效和分别于各行为体有效的“度”需置于具体情境，具体软法需具体分析将各行为体对软法效果的贡献累计加成计量。纯数理的量化是困难的，却也不妨碍获得一些概况性、规律性的结论。

从国家的遵守角度，行为上的瑕疵暗中破坏法律文件效力和权威。存在（it is, Sein）和应当（ought to be, Sollen）凝练实证主义的中心要义。诚然硬法具有法律效力，国家不严格遵守或拒绝遵守滋生效力的瓦解空间。反之，源自国家和非国家行为体的参照和遵守可以突破软法的“零”约束力，不确定性事件发生。应然效力同实然效果不理所应当地对接。法之应然和实然差距间产生效力方面的“瑕疵”，这是力之存在可能产生的结果，也是其存在的变相证明。软法约束力零的突破未尝不可视作“瑕疵”用以说理，硬法力的强度表现为削弱，软法则是增强。应然效力可以是推定实然效果的理论基础，却仍不足以决定特定环境下的有效性，同样地，应然状态无法推翻和否定存在的实然状态。软法的硬法化便是如此。此外，对于规范创制及灵感始于软法的软法硬法化，切勿忽视软法贡献，初衷带有对软法的肯定和（或）否定，失败的软法提示排除错误的重蹈覆辙和回归正确路径的启发。软法的目的之一在于为未知正误之事提供试错和辨明的机会。当缺失强制力的软法发展硬法并使之获得源于国家赋予的强制性，其中不失蕴含软法影响力。有学者提出网络效应为作规范明晰、编纂既存实践在法律协调博弈中供给行为体所需明确性和行为指引的软法注入采用和遵守的引力。<sup>⑤</sup>有观点运用引导性资源的配置“内在感召力量”的发挥强化软法认同和实施，缩短软法从理论到实际的对接。<sup>⑥</sup>亦有学者讨论金融行动特别工作组（简称 FATF）时指出 FATF 初建的软法框架和体系尽显西方偏好，长远来看并不稳定，软法在缩减彼此间合规差异的离差方面显得吃力，软法遵行受影响。<sup>⑦</sup>法本身的内在理性是驱动软法产生实然效果的内在作用力。软法自身和外部条件的个性化触发更多现实可能性萌芽，国家行为模糊了硬法和软法约束力的泾渭分明，软法模糊了传统国际法渊源的界限。学界此前就有对软法“模糊”的功能性解读，自然地，认为软法“徒增不确定”的声音一并存在。<sup>⑧</sup>

## 2. 以“零”约束力作基准解读动态弹性

“零”约束力是软法的效力特性，非绝对局限性。国际社会法律秩序的构建、国际关系行为体的参与同国际软法的协调三者间有着供需关系。这一问题讨论的基本前提是明确组织结构松散的国际社会其法律

① See Dinah Shelton, "Introduction" in Dinah Shelton, ed., *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 5.

② Dinah Shelton, "Introduction" in Dinah Shelton, ed., *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 14.

③ Abram Chayes and Antonia Handler Chayes, "On Compliance," *International Organization*, vol. 47, no. 2 (1993), p. 176.

④ Dinah Shelton, "Introduction" in Dinah Shelton, ed., *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 13-18.

⑤ Bryan H. Druzin, "Why Does Soft Law Have Any Power Anyway?" *Asian Journal of International Law*, vol. 7, no. 2 (2017), pp. 366-370.

⑥ 方世荣：《论公法领域中“软法”实施的资源保障》，《法商研究》2013年第3期。

⑦ Saby Ghoshray, "Compliance Convergence in FATF Rulemaking: The Conflict between Agency Capture and Soft Law," *New York Law School Law Review*, vol. 59, no. 3 (2014), pp. 531-538.

⑧ Jan Klabbbers, "The Redundancy of Soft Law," *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, no. 2 (1996), p. 178.

秩序仍是弱序的，国际法是碎片化的，在现有弱序化状态基础上作有序化安排，假定法律规范及规制不可或缺，政策不足以完全替代，至少国际法律秩序是如此。社会需要和行为体需求的合流经调和影响法律制定。从主要的软法制定主体来看，第一，出于国家心理考虑，同施加义务和责任强束缚捆绑国家使之产生抵触心理和逆反情绪并本能抗拒带有负担感的部分硬法形成鲜明对比，弹性空间大的软法解绑预留余地，减少触碰国家捍卫主权和其重视的权利和权力的敏感神经。一方面，这同国家看重并寄希望于硬法强力固定规矩和确定法律秩序不矛盾；另一方面，不排除有国家并未打算遵守规范，推崇软法免除“负担”。第二，回顾国际组织发布软法及相应行动可得，一众国际组织致力于软法实践层面的推广，这是国际组织职能和宗旨的发挥渠道之一，在地位的加固和组织的长远发展上占据主动。加之不乏国际组织在条约创制的授权方面遇阻，软法不失为解决方案。一种猜想是，制定软法机制的主导者或已充分准备并有把握令软法在国际流转中取得成效。多样化软法对国际组织生存和扩张的意义不言而喻，比如有学者讨论 FATF 全球有效性时提出其建议（Recommendations）和指导方针（Guidelines）不具有约束力，FATF 频繁发布软法并结合其他手段强化自身权力，使其多类型软法重要程度提升被适用而获得硬法制度严谨性。<sup>①</sup> 约束力“零”的累计并不妨碍软法多方面力量的积蓄，以数量拉动质量。当软法重组和重述现行国际法碰撞火花，既往软法也的确屡屡践行着这一思想，那么，软法和硬法的双向指向性关系建立，本不具有约束力的软法之部分力量本源是载同一实质内容的原硬法，可以理解为是一种连通和借力，而软法的重申试图使未受足够重视和尊重的硬法重生从而支撑硬法，这也是双方的一种互动方式。

软法的实际效果是不确定的、可塑的，可以通过制度设计安排、具体措施和施加舆论及压力等干预。国际法语境下，硬法天然地效力自生，软法实效始于行为体额外的承诺和赋予，受行为体掌控。软法的遵行未必驱使于需求，但需求越是迫切，越是利于软法的适用和遵行。继不确定性再进一步，软法实效是动态弹性的，在不确定中相对确定，其区间范围是零至硬法应然效力。“软法不软”指向规范的遵行，“硬法不硬”道破法治的不成熟。<sup>②</sup> 换言之，二者实际效果的差距是可能缩进的，所谓的约束力“弊端”效应是可能弱化的。显然，在未抵达国际法治彼岸之时，执着于批判软法“弊端”的鲜明对比是循着成功经验借鉴以塑造新的成功和提升成功的可能性。

基于软法动态弹性的可能，经济学视角对规则制定抉择有所裨益。若全球性多边公约“难产”，且表现平和一再被违反，成本利益分析下提示条约制定成本高且费时费力，效力和效果收益难及预期。本质上，硬法从法律规则演进成习惯国际法或强行法，效力强度和位阶提升，虽然这不是硬法效力的常态；反之，利益导向下违法行为、规避行径等形象地表现着国际法的遵守失守，硬法失灵，效力减损。反观软法，条约缔结程序多环节的从简和省略大幅拉低成本。当软法和硬法实际效果相当，软法效率更高；若软法超越硬法，那么其高效远胜硬法。条约机制和习惯法形成的高代价是不争的事实，即使软法未赶超硬法其效率也不必然不及硬法。结合效率思量，尚无需和尚不足以动用条约机制时，软法是不错的选项。

#### 四、软法影响力和感召力在国际治理中的呈现

##### （一）时代环境对国际软法参与全球治理的意义

环境动态始终塑造、检验、改变甚至淘汰时代性的社会秩序，于国际社会和国际法而言是前提基础。有学者指出新法律现实主义蕴含“动态”特性，切合时代际遇，回应新世界秩序里的动态，并借用“递归性（recursivity）”概念阐释新法律现实主义的一个侧面，法律在和社会循环交互互动中进行改革。<sup>③</sup> 亦有

<sup>①</sup> Saby Ghoshray, "Compliance Convergence in FATF Rulemaking: The Conflict between Agency Capture and Soft Law," *New York Law School Law Review*, vol. 59, no. 3 (2014), pp. 528-531.

<sup>②</sup> 何家弘：《衡量一个国家的法治水平，最重要的标准是法律的实施硬不硬——软法不软，硬法要硬》，《北京日报》，2019年1月21日，第14版。

<sup>③</sup> Victoria Nourse and Gregory Shaffer, "Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?" *Cornell Law Review*, vol. 95, no. 1 (2009), pp. 127-136.

学者视经验主义回望过往和实用主义展望未来为诠释新法律现实主义的两个方面。<sup>①</sup>新现实主义者以“权力和理性之间的张力”表述国际法，通过经验方法研究国际法有效性条件，不以法理而是以领域生态为重形成条件论，就实用性干预筹谋。<sup>②</sup>问题导向并不罕见，新法律现实主义和实验主义治理以“问题”为中心筹划其解决。“经验”也很容易使人将新法律现实主义同实验主义联系在一起，持续以“学习（反思）—调整（构建）”通路强化法律维系其现代性和可行性。

公共治理视域下，治理体系内“旧治理”到“新治理”经历着多元理论发展，不同于传统“命令—控制”的思路，全球治理模式类型的新生是顺应行为体的多元化和授权权力扩张等国际形势变化的结果，有学者划分三模式，继委托—代理模式由国家创设“综合的和全面的国际制度”之治理模式、制度权力分散化，不限于单一国家形式的实体设计多种治理制度安排复合的治理模式后，实验主义治理是第三种模式。<sup>③</sup>相较之，关于“行为者对所面对的不确定性的信念”，不同于第一种模式行为者的自信，基于对局限性存在的认知，实验主义设计程序和机制检验所设短期目标据结果修整目标并反复这一流程。<sup>④</sup>承认“人因易错性（human fallibility）”是实验主义治理模式构建观念根基中核心灵魂的一部分。<sup>⑤</sup>实验主义治理见于欧盟多领域，Charles F. Sabel 和 Jonathan Zeitlin 相关文章章节标题的一部分即实验主义治理“非软法”，<sup>⑥</sup>却可以在治理中寻觅到软法的身影，<sup>⑦</sup>它涉及软法。<sup>⑧</sup>旧治理的失灵助推新治理的出现，无论是新治理还是跨国新治理，软法与之有着较高的黏度被选择被依赖，是部分学者描绘新治理的一个方面。<sup>⑨</sup>在法律意义上，从理想化的初始法之构建，经法和社会的多次沟通表现为法的反复修改，旨在使之同现实愈发贴近。现实世界的持续改变迫使法律王国中法律思想和法规范的反复反思和检验。不确定性障碍的扫除不是一劳永逸的，新的不确定性正在产生并浮现。

联系新法律现实主义理论和实验主义治理模式，共性之一即为对环境动态的聚焦。软法于环境动态中与动态环境相协调，是对软法影响力的高度概括。一方面，国际软法同国际社会环境的紧密程度高，受汇聚行为体意志和行动的客观环境影响；另一方面，软法贡献于新环境的创造。无论软法适用的原因为何，或许作硬法适用困难的替补，可能考虑软法特性利于行为体权力和权利等利益守护和捍卫，也许鉴于对公共秩序和可持续发展维护和促进等综合性权衡，环境动态是无法抛离的进行时的大背景。时空环境的变换影响着传统法律观念的革新。不同于条约内容的既定和稳定，软法灵活地追踪实时动态作符合最新情势之规范和行为调整，更易受国际局势波动和动荡牵扯，国际软法与时代性特征息息相关。同国内软法相较，多国因素平添复杂性。而且，不得不承认人因易错性和实证经验的片面性。软法适应环境避免水土不服，也在发挥其功用解决问题中参与社会秩序和法治的调整，即新环境的塑造，与此同时，软法在作用力施加中融汇为新环境的组成部分。软法和环境二者协调和反馈的循环和反复符合事物良性发展的螺旋式上升和

① Gregory Shaffer, "The New Legal Realist Approach to International Law," *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, no. 2 (2015), pp. 194-196.

② Gregory Shaffer, "The New Legal Realist Approach to International Law," *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, no. 2 (2015), pp. 200-207.

③ Grainne De Búrca, Robert O. Keohane and Charles Sabel, "New Modes of Pluralist Global Governance," *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 45, no. 3 (2013), pp. 723-744.

④ Grainne De Búrca, Robert O. Keohane and Charles Sabel, "New Modes of Pluralist Global Governance," *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 45, no. 3 (2013), pp. 742-744.

⑤ See Grainne De Búrca, Robert O. Keohane and Charles Sabel, "New Modes of Pluralist Global Governance," *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 45, no. 3 (2013), pp. 784-785.

⑥ Charles F. Sabel and Jonathan Zeitlin, "Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU," *European Law Journal*, vol. 14, no. 3 (2008), p. 305.

⑦ Sabel 和 Zeitlin 指出一种观点，即“欧盟新治理机制仅能导致‘软法’告诫且效果弱，其可能胜任只是因为一些行为体有时被道德劝说打动或出于恐惧公共尴尬”。Charles F. Sabel and Jonathan Zeitlin, "Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU," *European Law Journal*, vol. 14, no. 3 (2008), pp. 275-276, 305.

⑧ Charles F. Sabel and William H. Simon, "Minimalism and Experimentalism in the Administrative State," *Georgetown Law Journal*, vol. 100, no.1 (2011), p. 81.

⑨ Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, "Strengthening International Regulation through Transmittal New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, no. 2 (2009), pp. 529-532, 541-544.

前进。国际法驻足于“现代性”在反复的“塑造”中向更符合理想化理念的“后现代性”演进，“国家本位”是现代国际法的特质之一。<sup>①</sup>国际法的发展和国际关系的走向彼此互为羁绊，国际法何尝不是国际社会背景的组成部分。因此，总体上，“环境”概念是宏观囊括软法影响力景象的上位集合名词，解读首先指向软法所在领域的发展环境，影响力波及社会环境和法治环境。根据上述部分对软法实例的阐释，软法影响力的体察从实践中推演，软法实际效果影射着影响力。具体地，影响力最直接地外显表象当属国家、国际组织等行为体遵行软法的实际行动，既可以是具体行为的为之，也可以是使国内法和国际法更新和变化。共识的凝聚和行为体观念意识的改变可以是显明的，也可能是相对隐晦的。然而，软法本身和软法之力易因未察觉而被低估和轻视，尤其影响力的展现和传达可能是润物细无声的。同样不排除存在对影响力的高估。软法影响力的评价难免是在客观基础上带有主观色彩的。

谈及软法的影响力，追根溯源于软法的存在和软法怎样的存在。环境动态附带的挑战不可小觑，时代性命题举证社会环境持续变化和变革的萌芽和形成，法律和社会的关系在你追我赶式的互动中周而复始。软法被提出了要求。软法种类的多样性是有益处的，宣言等相对具有稳定性的软法如若也面临法律滞后性困扰，其他类型的软法可以配合以协调，如同软法和硬法互助一般。软法往往要面对诸多“新”未知探索“法”之确定，尽管可能是对现行法的再重申。既然法本身受制于环境动态又属于动态环境，不止于国际软法，国际法的良性演进也成就法治环境，这种关系本就不限于单向。全球性公约创制进展缓慢，多领域全球性契约等软法达成或意味着软法迎来了发展期或爆发期的时代性机遇？诸如《世界人权宣言》等在领域内极具地位的软法文件及其数量的攀升使软法整体的影响力稳步提升。当然，一旦软法或多或少介入本由硬法作问题处理而侵占硬法份额，或将改变的是暂时性将国际法处置问题交由各国国内法消化。至于国际软法“良法”程度的探讨，不可避免地，不同于国内法，弱序、弱中心集权、弱惩罚机制的国际社会场域国际法被普遍视作弱法，国际软法自身的良法程度和合理、可行性是重要的，软法能力的提升为其力量的增强增重筹码。此处的合理、可行，既包含客观标准意义上也融合普遍国家认知意义上的意义，尽可能不停留于缥缈的空想或是现实世界中的徒劳。关于以国家为代表的行为体对软法的左右，第一，利益、信念、文明等元素加持了行为和选择的不确定性、多样性和个性化；第二，退一步反证，当代国际社会背景下，容纳恶法的空间被压缩得更狭小，更难谈及认同。恶法非法？守法的要义是尊重良法，良法因认同而被遵守。不排除例外的存在。良性软法的拟定是因时制宜的，追踪和捕捉环境动态以符合时代性；是因地制宜的，不忽略对所置于的动态环境的思虑。一刀切（one-size-fits-all）的思路是有风险的。无意于软法的美化和辩护，客观认知软法及其于全球治理中的可能性和可行性，软法有着工具论、机制化和治理模式多维度解读，被置于正在进行时的时空维度观察并理性探讨，不忽略“环境”这一易被忽视的软法量变—质变进程的催化因子，再探讨同硬法全球治理的参与、协调和贡献。

## （二）国际软法在全球法律秩序中对多边主义的表达和推动

透视国际法总是能从国际秩序的缩影中寻觅到蛛丝马迹，诸如战后国际联盟的建立过渡至联合国常被用作典例论及秩序和法律之间的关系。多边公约“难产”现象背后反映的是国家个体利益同作为国际社会共同体整体利益之间矛盾的调和危机。当然，能够产生直接影响的领域和主题的敏感性差异不可忽略。诚然，多领域事务和难题的解决非一国之力足矣，其有赖于国际合作共商对策并践行于行动，联合国秘书长报告中总结处理难民和移民流动问题的经验教训即为此。<sup>②</sup>显然，就分析目前国际形势环境和法律演进情势推断，法律方面理想化愿景的完全达成是长期的，充斥阻碍和未知，暂时着眼于理性化目标追求。而且法律计划还将在环境因素作用下随时可能改变。双边和（或）小多边至全球化、全球层级至区域和（或）国家层面的法律规范普及化路径的衍生和具体规划，是视国际社会环境和法律体系动态确定和实际实施的，硬法和软法承载规范参与到治理中。

<sup>①</sup> 何志鹏：《国际法的现代性：理论呈示》，《清华法学》2020年第5期。

<sup>②</sup> In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants, Report of the Secretary-General, U.N. Doc. A/70/59, p. 2.

全球治理中国家间合作的重要性不言而喻,冲破国际关系国家竞争斗争的“计算范式”迈向合作共赢的“超算范式”,<sup>①</sup>多边主义是被推崇的良性环境。软法对国家等行为体有着吸引力,不同于多边条约制定僵持的尴尬,软法凝聚多方基础共识创制多边文件。国际移民法领域涉及移徙工人的一部分条约和议定书的缔约国批准数目较少,<sup>②</sup>全球性公约的缔结和批准困难重重,多领域内早已存在的小多边主义或称迷你多边主义正流行。相同或相似的历史文化、社会制度、价值取向、共同利益和追求等缘由使区域或部分国家短期或长期团结。加之需要拢合的国家数目锐减,利益、观念和意见冲突随之减弱的可能性增强,硬法达成的可行性略高一筹,软法的成绩和势头显示潜力。进一步思考,如果说软法全球层面的施展主要是鉴于硬法无奈,那么,软法小多边主义表现亮眼,而理论上硬法小多边主义的难度降低,行为体主动选择软法这一理由更突出。再进一步,关涉几个方面的可能性探讨:第一,既然从硬法和软法都具有推动小多边主义空间证明着对软法的主动选择,也同时明确了主动选择于全球层面出现的合理性,并非臆想,国家的主动选择片面预示着国际软法潜在的未来。第二,相对乐观地看待硬法和软法的小多边主义对二者关系的认知有益与否?对抗或(和)合作?合作方面的共识是较普遍的,也不乏学者研讨二者对立。<sup>③</sup>第三,或者可以认为硬法于区域性、部分国家间条约的制定现实并不乐观?缔约方数目的减少并不必然伴随和等同于矛盾对立的削弱和调和,环境动态书写着国际社会秩序的不确定性。此外,硬法和软法文书制定差距的一种可能性值得注意。多边主义不可避免地需要和多方意愿和意见的冲突形成普遍性共识,追求最大公约数化解尖锐对立的同时同步产生浮于泛泛回避些许问题的可能性,如此一来,有些问题只是被提及和回避掉,问题依然是难题只是被遗留了下来。而这恰恰更容易发生于条约程序上。不同于软法自择式“力”的赋予,面对硬法义务和责任的束缚,谨小慎微的态度多仅限于规范内容上的点到为止,软法为国家心理减压使之更容易停留于细节处商讨并被同意从而再向前向深试探一筹。<sup>④</sup>

成功的软法直接或(和)潜移默化地影响行为体,推动多边主义是软法影响力正面意义上的体现,多边主义蕴含对软法感召力的凸显和传递。成功的软法例证是示范性的,信心和经验的增加未尝不可创造下一次成功。能否调和各方意志和态度以共筑共识是硬法或软法成功创制的关键,软法自创制进程起使“国家关于利益甚至身份的观念改变”的可能性增加,<sup>⑤</sup>“前法律或‘情境化’体制”用于国际关系调整上相对顺遂。<sup>⑥</sup>软法往往可以成为部分多边条约制定的第一阶段或(和)为部分习惯国际法的构成积攒国际实践和法律确信二要素的证明参与并益于国际立法。目前,国际合作最核心的工作方式之一就是小多边主义,它是可持续发展的重要支持。中国主导的“一带一路”合作倡议秉承合作共赢理念促进国家、区域间的互联互通,国际软法是利器尽其力,具体实践中有所体现。坚持并助推多边主义是中国立场。意识到话语感召力的重要性,中国持续努力提升国际话语权能力以在全球治理中主动积蓄主导力。<sup>⑦</sup>联合国秘书长特别代表为《危机国家移徙者倡议》的《保护在遭受冲突或自然灾害的国家的移民的指南》所撰写的前言中表明对小多边主义坚定的认同,并表示“‘小多边主义’模式必须成为未来十年国际合作进展的支柱”。<sup>⑧</sup>小多边主义是顺应时代现状和现实的多边主义发展方式和组成格局,是针对现实难题在法治要求

① 何志鹏:《国际法的现代性:理论呈示》,《清华法学》2020年第5期。

② Elizabeth Ferris, “The Relevance of the Guiding Principles on Internal Displacement for the Climate Change-Migration Nexus,” in Benoît Mayer and François Crépeau, eds., *Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 115.

③ See Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance,” *Minnesota Law Review*, vol. 94, no. 3 (2010), pp. 706-799.

④ See Alan. E. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law,” *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, no. 4 (1999), pp. 902-903.

⑤ Kal Raustiala and Anne-Marie Slaughter, “International Law, International Relations and Compliance,” in Walter Carlsnaes, Thomas Risse and Beth A. Simmons, eds., *Handbook of International Relations*, Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2002, p. 552.

⑥ Stephen J. Toope, “Emerging Patterns of Governance and International Law,” in Michael Byers, ed., *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 98.

⑦ 张文显:《提高中国话语的感召力》,《人民日报》,2017年10月25日,第14版。

⑧ MICIC Initiative Guidelines: To Protect Migrants in Countries Experiencing Conflict or Natural Disaster, 2016, p. 5.

效率和效果间的平衡。小多边主义提示着要克服和满足一定条件方可形成全面多边主义的不易，不是全球性公约创造和法律秩序构建放弃的确认，更倾向于积极期待它作为一种以退为进的阶段性过渡战略将终极目标定为全面多边主义和全球法治。

价值追求、道德理念、合理性等法之感召力的源泉切合“良法”要求。良性软法加之软法的内生特性彰显着软法的感召力。软法尝试唤醒意识，在具体领域具体问题认识上的加深和更新，以多边合作共谋领域和自身的发展和繁荣。相对而言，全球契约等文件的现实结果显示国际软法在全球层面多边主义的推进稍容易些许。软法在小多边促进上有所表现，在全面多边主义的坚守上也在有所行动。《难民问题全球契约》“将是半个多世纪以来同类首创——是多边主义在当今支离破碎世界中的有力表达”。<sup>①</sup>在 Elizabeth Ferris 看来，《契约》的失败与否意味着“联合国和多边主义相关性”及多边主义自身发展的退显脆弱或进而坚韧。<sup>②</sup>难民署助理高级专员 Volker Türk 强调从初始零草案调整至终草案，融汇多方思想呈现相对平衡观点的文件收获“广泛的压倒性支持”，尽管不足以令全体完全满意。<sup>③</sup>未出现在文书中的诸如高要求高标准等内容可以经由行为体自由意志在切入执行层面实际操作之时贯彻或在文本规定基础上拔高，当然也可能有国家基于认为软法之手伸得过长、标准设定过高等原因而颇有微词。通常地，向前迈步总是好过原地踏步。2019年12月，难民署和瑞士联合主办，哥斯达黎加、埃塞俄比亚、德国、巴基斯坦和土耳其共同召集的首届全球难民论坛圆满落幕，论坛旨在贯彻《契约》落实执行，多国积极承诺发展更具包容性的政策并行动，与提升法律和政策相关的保证有数百余。<sup>④</sup>而且，软法绕过国内批准程序的简化和向非缔约国参加的开放性利于成员的吸纳扩容多边边数效应。谈及国际立法程序，有学者将软法同“民主化”挂钩，“多边性”和“包容性”被用以描绘软法制定同其他立法程序作对比的典型性，除国家外，国际组织、个人等多利益攸关方总是牵涉并参与其中。<sup>⑤</sup>在坚持多边主义过程中，不难发现两个变通：一是当全球公约不现实时谋求小多边发展，无论硬法或软法；二是与其在全球公约制定上僵持不下，不如软法致力于打破僵局的对话、多方信息及意见的交换和友好的共商共量以共筑凝聚基本共识的全球性文件。多边主义的追求是曲折又灵活的，前者的路径描述为硬法和软法在全球性文件达成碰壁后发展小多边主义，在此基础上待时机合适扩张至全面性多边主义；后者则概括为以软法试探触及全球性文件的形成。难题的局部地域性处理和部分基础性处置总胜过问题的搁置和拖延，至少正在解决问题和向前推动法治的进度。“软硬兼施”在很长一段时期内仍将是法律参与全球治理的主基调。当代现实问题的解决需求催促着法律和政策的改变和适应，国际软法力量负重前行也为多边主义乃至全球法律秩序注入活力。

## 结语

在全球治理中，软法虽“柔”却未必“软”。软法或是硬法陷入磋商困境之时的被迫之举，也是国际关系行为体基于自身利益考量下考虑到理论上软法不具有约束力特性所作的主动选择。“零”约束力可因国家赋予而突破，国家行为实践证明着软法的实然效果，而且它有着影响力和感召力。软法最直接的实践意义是其对国家行为的实践指引和指导，从法律层面上看，软法初探为硬法的创制作长期性奠基和初始阶段，也可能质变作硬法或作硬法之雏形。在参与全球治理的进程中，在动态时代环境中软法的灵活性彰显

① Filippo Grandi, Third Committee of the General Assembly, 73rd Session, Agenda Item 65: Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, questions relating to refugees, returnees and displaced persons and humanitarian questions, 2018-10-31, <https://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/5bdb0a184/third-committee-general-assembly-73rd-session.html>, 2020-10-20.

② Insights Report of Kaldor Centre Conference 2017: The Global Compacts on Refugees and Migration, p.3.

③ Volker Türk, Remarks to the informal exchange with Member States on the global compact on refugees, 2018-07-17, <https://www.unhcr.org/admin/dipstatements/5b4f485b7/remarks-informal-exchange-member-states-global-compact-refugees.html>, 2020-10-20.

④ Summary of the first Global Refugee Forum by the co-convenors, 2019 Global Refugee Forum, 2019-12-18, <https://www.unhcr.org/5dfa70e24>, 2020-10-20.

⑤ Hilary Charlesworth, “Law-making and sources,” in James Crawford and Martti Koskeniemi, eds., *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 199; Samantha Besson, “Theorizing the Sources of International Law,” in Samantha Besson and John Tasioulas, eds., *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 171.

适应性，同硬法软硬兼施是领域治理的路径轨迹。软法多潜移默化地发挥着柔性力量，在适应环境中贡献于新“环境”的形成，变通地从小多边着手助推对全面多边主义的坚持和追求。软法提示着对国家意志的尊重、国家能力的评估和目标设定合理“度”的平衡，软法不应被轻视，客观看待硬法和软法的治理可行性和可能性，然而法律是全球治理的重要组成部分非全部，因此两个协同至关重要，广义“法”内部协同即软法和硬法协同，广义“法”同外部关系的协同即法律同政策等多领域规制和治理方法的协同，软法经常同外部关系诸如政策有着较强的关联性和交叉性，以“良法”谋“善治”达成“法治”状态始终是软法和硬法参与全球治理努力的方向。

（本文为国家社会科学基金重大项目“涉外工作的法治化研究”（20ZDA098）的阶段性成果）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

## Study on the Power of International Soft Law in Global Governance

HE Zhipeng, SHEN Tianjiao

**Abstract:** Soft law is law, but it has no legally binding force which is the ought-to-be characteristic but not a valid reason to completely deny significance of existence of soft law. With emergence of the counter-globalization or the reshaping global rules in the process of globalization, multilateral treaty-making gets into difficulties, and a series of empirical cases of the participation of international soft law in global governance demonstrate its actual effect and power. In the reform of the international refugee field, development from reaching the New York Declaration for Refugees and Migrants to the subsequent adoption of two Contracts is an example. Power of soft law highlights uncertainty and plasticity due, inter alia, to factor of free will of States. The fact that non-binding force does not mean that soft law has no power in reality, and “empowerment” makes it more powerful. Moreover, the binding force as main label of soft law is often the root reason that actors in international relations prefer soft law instruments. The environment of the times influences and even provides opportunities for evolution of international soft law. Meanwhile, soft law is also participating in shaping the rule of law and other abstract environment. Soft law itself and its laying a foundation for and contributions to the formation and maturity of hard law contain the expression and staying committed to multilateralism. This is precisely the presentation of the influence and charisma of international soft law.

**Key words:** international soft law, binding force, environment, multilateralism, refugees