



国际组织软法创制的机理、正当性及变革进路

江河 陈颖*

摘要：国际组织的法律人格具有一定的派生性和独立性，前者体现为国际组织是由主权国家派生的国际法主体，后者体现为国际组织具有一定的政治主体性和国际造法能力。这种特性既构成了国际组织软法创制的主体性基础，也使国际组织的软法创制往往因过度依赖形式民主而失去实质正当性。依其职能的分类标准，国际组织可以划分为政治性组织与专业性组织，二者在制度运行逻辑中分别体现出价值导向与技术导向的规范目标。随着国际治理议题的扩展与国际组织隐含职能的复杂化，国际组织与成员国之间的权能分配在历时维度上不断调整，国际软法创制过程中的议程设置与规则制定逐渐呈现出政治主导化倾向。在这一演变过程中，国际组织需要通过正义化的造法理念和实质民主的造法程序对软法创制进行正当性重构。在此背景下，中国应基于人类命运共同体理念积极推动国际组织造法的价值转向，参与程序规则变革，提出公平的制度倡议，从而实现从规则接受者向制度塑造者的身份转变。

关键词：国际组织 国际软法 软法创制 法律价值 正当性

在当前百年未有之大变局下，全球治理面临深刻的价值理念重构与多边秩序重组，国际法在规范和调整国际秩序方面的功能愈发凸显。作为国际规则的重要形式，国际组织以决议等方式创制的软法不断扩展其适用范围与效力。“软法亦法”的理论主张引发了国际法学术界对于国际软法法律地位和规范效力的持续讨论，尤其在其能否产生可适用的法律义务上，存在多种分歧性观点。由于国际软法缺乏国际硬法的刚性约束，其规范属性及对国家行为的拘束力仍存争议，^① 其概念和法律意涵仍处于动态建构之中。尤其值得关注的是，国际软法的法律效力并非建立在国家的明示共识之上，而是依赖于其创制程序的正当性和实质内容的感召力。正因如此，在缺乏明确国家意志支持的情况下，当国际软法趋向“硬化”时，其难以避免与国家主权原则发生冲突。此外，国际软法的创制过程始终嵌入特定的国际政治权力结构之中，^② 而现有研究多聚焦于国际软法作为规范演进中一种柔性路径所展现的治理优势，却忽视了大国政治的主导性。主权国家的

* 江河，中南财经政法大学法学院教授，博士生导师，国际法治与国家安全研究所所长；陈颖，中国政法大学国际法学院国际公法博士研究生。本文为国家社科基金重点项目“国际法价值体系的和谐同构研究”（项目号：23AFX023）的阶段性成果。本文所用网络资源最后访问时间为2025年5月18日。

① See Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 9th edn, 2021), p. 100; Dinah Shelton, “Editor’s Concluding Note: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System”, in Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* (Oxford University Press, 2000), p. 554.

② Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, (2000) 54 *International Organization* 421, pp. 423, 433, 448–449, 456.

政治意图渗透，削弱了软法应有的中立性与普遍性。这些问题集中体现了当前国际组织软法创制中正当性建构所面临的权力失衡与程序困境，也决定了对其正当性的检视不容回避。鉴于国际组织在软法创制中的重要作用，有必要聚焦国际组织的软法创制，从根本上审视和探讨国际软法的创制渊源和正当性机理。对中国当下而言，深入研究国际组织创制软法的正当性和治理实效，不仅有助于完善国际法理论体系，更直接关乎在全球规范建构中争取制度性话语权与战略主动权。

一 国际软法的主体性基础和正当性困境

国际法的历时演变渊源于其主体的变迁，国际法主体的多元化及其国际行为能力的拓展必然引起国际法本体的新发展。在国际政治与国际法的互动中，国际组织得以确立其法律人格，并成为国际软法的重要创制主体。然而，在法律创制与职能授权间的模糊界限中，国际组织软法的正当性困境日益显现，加剧了国际软法适用中的争议与不确定性。

（一）国际组织的法律人格与国际法渊源的开放性建构

在国际关系中，国际法主体的历史变迁深刻影响了国际法的概念和性质。^① 以无政府状态和多元民族文化为社会背景，国际法的主体开放性决定了其渊源的开放性，国际法主体多元化引起了国际法价值及其基本原则的变革。^② 20 世纪以来，国际社会日益组织化，国际联盟和联合国的政治性和主导性标志着国际组织在全球治理中日益发挥重要的政治和法律作用。与此同时，民族解放运动使国际法的主体由欧洲的基督教国家扩展到亚非拉等区域的非基督教国家。在世界贸易组织法和海洋法等国际法领域，发展中国家基于其群体身份在实践中享有现实的法律权利。^③ 此外，第二次世界大战也催生了国际人权法的发展，个人在国际人权保护领域成为国际法的主体。由此可见，主体外延的实践性拓展在理论上使国际法体系的内涵和特征发生变化，它标志着国际法从“国家间的法律”逐步转向更具多元化和组织化特征的全球法律体系。

在国际关系史中，政治与法律的双向互动主导了国际法的发展，国际组织的法律人格孕育于主权国家间的冲突和合作。这一过程既是政治主体的外交博弈和国际合作的产物，也是对国际社会客观需要的制度性回应。自 1926 年国际联盟与瑞士签订协议确认其法律地位以来，国际组织的独立人格在国际社会中逐步获得认可。^④ 为了履行其基本宗旨，国际组织需要根据时代变化或

① 自 20 世纪以来，早期的国内外学者在界定国际法的概念时只将国家视为国际法的主体，如美国学者认为“国际法是支配国家之间关系的规则的总体”，英国学者郑斌则将“国有、国治、国享”（of States, by State, and for States）视为国际法的基本特征。参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 19 页。国内早期的国际法学者周鲠生认为国际法主要是调整国家间关系的法律。参见周鲠生：《现代国际法》（上册），武汉大学出版社 2007 年版，第 2 页。在中国改革开放之后和冷战结束初期，不少中国学者对国际法概念的界定都体现了国际法主体的开放性，其中王铁崖认为国家是国际法的基本主体，同时还存在其他的国际法主体。参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1981 年版，第 98 页。进入全球化时代后，国际法概念中的主体构成趋于多元，且非国家行为体发挥着越来越重要的作用，例如曾令良将国际法界定为“对整个国际社会成员（国家和其他国际法主体）都具有法律约束力的原则、规则、制度和机制”。参见曾令良主编：《国际公法学》，高等教育出版社 2018 年版，第 24 页。

② 参见江河：《“发展中国家”的主体性及其软法化：以国际组织为视域》，载《社会科学辑刊》2021 年第 6 期，第 103 页。

③ 例如，历史上的联合国贸易和发展会议通过其决议确立了政治意义上的普惠制，这种普惠制在 GATT/WTO 体系中转化为法律上的优惠待遇；在国际海洋法中，国际海底区域开发和国家管辖范围外海洋生物多样性（BBNJ）等领域，都为发展中国家规定了义务承担、能力建设及技术转让等方面的优惠待遇。

④ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 9th edn, 2019), p. 157.

情势变更拓展其行动能力，这也隐含着其国际法律人格的变迁。然而，其法律人格的确立并非仅源于国际组织自身履行宗旨的“内部”需要，更是国际社会为维系基本秩序和合作效率等实际需求所作出的制度性回应。^①正如杨·克莱伯斯（Jan Klabbbers）所言，一旦一个组织实施了一项只能根据国际法律人格加以解释的行为，这个组织将被推定拥有国际法律人格。^②虽然《联合国宪章》的起草人有意对联合国的国际法律人格保持沉默，旨在避免使联合国发展为一个“超级国家”，^③但联合国为履行其基本宗旨，必须拓展其行为能力。这种能力的扩展促使国际法院在1949年“执行联合国职务时所受损害的赔偿问题”咨询意见中开创性地指出，“任何法律制度中的法律主体，其性质或权利范围不一定相同，具体取决于共同体的需要”。^④该案不仅确认了联合国具备国际法律人格，也确立了以“共同体需要”为基础的功能主义路径，进而以归纳逻辑推动了国际组织法律主体性的建构。^⑤然而，国际法并未将国际组织纳入一般性的程序性和实质性国际法律体系，国际组织只能依靠内部决策，在制定和执行规范的过程中增强自主性和行动能力。国际组织自主性的发展往往基于其宪章中的明示和默示授权，其适用普遍采用“功能之必要性”这一目的性解释，以拓展组织主体性和行动范围。例如，《国际民用航空公约》并未明文授权国际民航组织（ICAO）制定具有法律拘束力的技术标准，但依照该公约第37条、第54条（1）项以及第90条的规定，为了确保国际航空安全标准的一致性和全球航空系统的操作性，国际民航组织理事会得以通过多数决策制定并更新国际标准与建议措施（SARPs）。^⑥这种实践说明，国际组织在特定功能领域的规范制定能力，事实上已成为国际法发展的重要组成部分，国际组织也逐渐从国际规范的被动适用者演变为具有有限造法能力的积极行为体。

（二）国际软法的组织依赖及其正当性困境

在国际社会组织化和国际关系制度化的发展趋势下，国际软法的生成依赖于国际组织的决策制度及其实践。这一发展不仅源于国际组织自身的职能扩张，更体现为其造法功能的结构性演进。在“溢出效应”（spill-over effect）的作用下，“功能性溢出”推动一定领域的合作活动延伸

① 何塞·E. 阿尔瓦雷斯（José E. Alvarez）进一步提出，国际组织法律人格的确立源于其履行职能所展现的功能性实践，这种实践在重复性国家行为与法律确认中逐渐积累并转化为制度合法性。也就是说，国际法律人格并非源于先验设定，而是通过实践“推论”出的地位，最终在国际法体系内实现规范化和制度化。See José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford University Press, 2005), pp. 88–91.

② Jan Klabbbers, “Presumptive Personality: The European Union in International Law”, in Martti Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998), p. 240.

③ Rosalyn Higgins et al., *Oppenheim's International Law: United Nations* (Oxford University Press, 2017), pp. 388–389.

④ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1949, p. 8.

⑤ 关于国际组织法律人格主要存在3种理论。持实在法观点的学者多主张“约章授权论”，认为国际组织是否具有法律人格应由组织宪章明确规定，这是成员国授予的一种权力；持自然法观点的学者多主张“隐含权力论”，认为国际组织的法律人格是国际组织客观存在的必然结果；还有学者在“约章授权论”的基础上提出了“职能性原则”，这一学说回答了为何在大部分国际组织的宪章性文件并未直接规定其法律人格的情况下，该国际组织仍拥有国际法上的法律人格。参见梁西：《梁著国际组织法》（第6版），武汉大学出版社2011年版，第8—10页。这些学说各有所长，也各有不足，当代的学者已不再拘泥于任何一种学派的观点。有关国际公约对确认国际组织的法律地位发挥了积极作用。参见饶戈平主编：《国际组织法》，北京大学出版社1996年版，第108页。

⑥ 虽然国际民航组织的实践表明国际标准与建议措施（Standards and Recommended Practices, SARPs）的法律约束力仍有争论，但何塞·E. 阿尔瓦雷斯认为，法律是否具有强制性不应成为判断国际规则体系效力的唯一标准，更具灵活性和现代性的国际标准与建议措施会鼓励更多国家参与国际民航组织。See José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford University Press, 2005), pp. 223–224, 257–258.

到相关领域,“政治性溢出”则促进低政治领域的经济合作逐渐向高政治领域的安全合作延伸。^①然而,随着全球政治权力从传统主权疆域向职能分配转移,^②国际组织在软法创制中所展现的制度逻辑也引发了对其正当性基础的深刻质疑。

广义上的国际软法主要有两种类别:一是国际组织的规范性文件;二是国际条约中不具有法律约束力的条款和不具有拘束力的协定。前者在国际社会中的数量和影响远大于后者。国际组织是创制国际软法的重要主体,就其分类而言,政治性组织和专业性组织在造法方式和规则适用上存在显著差异。^③政治性组织基于全球化进程中的人类共同利益以及国际主义话语塑造了其自身的道义权威,并凭借内部三大机构的决策活动在高政治领域施加影响。^④专业性组织则依靠专业知识获得了广泛的技术性权威,在低政治领域推动了国际合作。但无论类型如何,国际软法都体现了国际组织以成员国协商、代表大会表决和秘书处草拟等机制为基础的规则建构功能,其正当性既来源于国际组织宪章文件所界定的基本宗旨,也取决于成员国的有效参与和程序性共识。

随着国际软法日益依赖于国际组织的制度平台,国际组织软法造法的正当性困境逐渐暴露。国际组织的自主性和集体决策机制,使得一部分国际规范的制定权逐渐从主权国家转移至国际组织。相应地,国际软法的实质内容更多来源于国际组织自身,而非主权国家共识。国际组织的“溢出效应”固然强化了全球治理的连续性,但是其扩张性逻辑为主权让渡提供了便利路径,并导致了国家意志的相对弱化。随着国际组织的决议活动日趋常规化,主权国家“习惯性地遵守”国际组织创设的国际软法,^⑤国际组织所建构的规范性决议机制,往往因其形式上的制度合法性而获得持续的正当性承认,却在一定程度上掩盖了国际利益配置的非均衡现实。^⑥以国际减贫机制为例,国际货币基金组织的重债穷国计划以政府进行结构性调整改革为前提给予资金援助,然而此类结构性贷款反而常常转向消费性商品的大额进口,^⑦这日益加深了世界范围内的国别贫富差距。

国际软法是在国际制度运行中平衡成员国政治利益和专业标准的结果,这一过程伴随着主权国家对交易成本和共同观念的考量。软法不具有法律约束力的特征有助于国家在实质性义务上作出让步。^⑧

① Philippe C. Schmitter, “Three Neo-Functional Hypotheses about International Integration”, (1969) 23 *International Organization* 161, pp. 162 – 164.

② Jan Klabbers, “Theorizing International Organizations”, in Anne Orford & Florian Hoffmann (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (Oxford University Press, 2016), p. 633.

③ 根据不同的标准,国际组织的分类有所不同。相比较而言,由政策议程决定的政治性和专业性的分类标准更有利于研究国际组织的造法现象,它可以有效地从历时逻辑和共时体系的比较分析中阐释国际组织决议的软法创制功能。See Philippe Sands & Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions* (Sweet & Maxwell, 5th edn, 2001), pp. 18 – 19.

④ 国际组织的三大常见机构分别是全体代表机构、秘书处以及执行机构。其中全体代表机构通常为决策机构,秘书处为服务性的行政机构,执行机构则兼具前两者的特性。

⑤ Paul Szasz, “General Law-Making Process”, in Oscar Schachter & Christopher C. Joyner (eds.), *United Nations Legal Order* (Cambridge University Press, 1995), p. 46.

⑥ 正如迈克尔·祖恩(Michael Zürn)所指出的,一旦国际组织确立了制度合法性,其后续行为往往会被习惯性接受,尽管其权力结构与民主代表性仍高度不均。马蒂·科斯肯涅米(Martti Koskeniemi)则更进一步批判了这种合法性的“法律修辞”本质,认为其掩盖了制度运行中的强权政治本质。See Michael Zürn, *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation* (Oxford University Press, 2018), pp. 69, 77 – 78, 84; Martti Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960* (Cambridge University Press, 2001), pp. 492, 500 – 507.

⑦ Ross P. Buckley, “Improve Living Standards in Poor Countries: Reform the International Monetary Fund”, (2010) 24 *Emory International Law Review* 119, pp. 136 – 137.

⑧ See Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, (2000) 54 *International Organization* 421, pp. 436 – 441.

但在实践中，国际组织内的大国结构性优势与议程设置机制，导致国际软法的造法程序极易成为强权国家偏好输出的合法化工具。尤其在人权领域，这种现象尤为显著，既体现在国际组织对特定议题的选择性偏好，也体现在不同国家或区域的规范适用存在明显不对称。^① 例如，乌克兰危机爆发后，联合国人权理事会迅速通过多项决议，设立调查机制并定期提交报告；而与此同时，对于埃塞俄比亚北部局势中同样严重甚至在多方报告中已被认定为严重违反国际人道法的行为，^② 相关议题的制度性推进却长期滞后，这反映出议题设置及其行动决策的不对等。而在气候治理中，甚至出现了软法规范被具体机制硬执行的趋势。以欧盟碳边境调节机制为例，该机制虽为欧盟单边立法，却纳入了《巴黎协定》倡导的“国家自主贡献”“气候透明度”等软法原则，借助碳定价和排放信息披露等安排，实质上对他国产品设定了符合其气候标准的合规压力。^③ 这种以软法价值为基础的机制设置，正在演变为事实上的硬性约束。这体现了国际软法的“硬化”倾向，但也引发了发展中国家对其正当性与公平性的广泛质疑。由于气候变化的历史责任分担尚未达成公平共识，软性规范的硬性执行使国际分歧更为复杂化。^④

虽然国际软法在凝聚全球治理的共识方面发挥了重要作用，但是其过度依赖国际组织的结构性机制与程序正当性，反而弱化了主权国家意志的表达，加剧了制度合法性的工具化趋势。因此，国际软法的正当性困境根植于其缺乏法律约束力和依赖组织创制的特征，使其在未达到国家实质共识的情况下就被国际组织的创制机制推进。与强调法律义务和国家同意的国际硬法不同，国际软法因其灵活性反而更易成为强权国家通过国际组织输出规范、塑造规则的工具，从而弱化了基于平等参与和实质共识的正当性基础。当主导国际组织决策和规则创设的国家不愿意促进公平发展和提供国际公共产品时，国际组织内部的政治化困境便会影响全球治理中的合作意愿和规则供应。当软法规范不再仅是国家共识的缓冲机制，而逐渐转化为组织权力的输出渠道时，其背后的法理基础与正当性逻辑应被系统整合和规范重构。为此，有必要进一步探讨国际软法在国际组织框架下的造法机制与理论依据，从规范理性与制度逻辑的双重维度，审视国际组织软法创制的法理基础。

二 国际组织软法创制的法理基础

全球治理的新挑战和国际法主体的多元化促进了国际组织在软法创制中的广泛实践，软法以其特有的正当性和运行机制成为全球治理的新型法律形态。国际软法内在理性的发展和缺乏法律约束力的特征主导了其概念的生成，并且在与传统国际法渊源的互动中，对国际法律体系产生深远的影响。

① Martti Koskeniemi, “The Politics of International Law – 20 Years Later”, (2011) 20 *European Journal of International Law* 7, pp. 9 – 11.

② Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and the Ethiopian Human Rights Commission, *Report of the EHRC/OHCHR Joint Investigation into Alleged Violations of International Human Rights, Humanitarian and Refugee Law Committed by all Parties to the Conflict in the Tigray Region of the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, 3 November 2021; International Commission of Human Rights Experts on Ethiopia, *Report of the International Commission of Human Rights Experts on Ethiopia*, A/HRC/54/55 (18 September 2023).

③ The European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on establishing a carbon border adjustment mechanism*, COM (2021) 564 final (14 July 2021).

④ Robert Falkner, “The Paris Agreement and the New Logic of International Climate Politics”, (2016) 92 *International Affairs* 1107, pp. 1110, 1116.

（一）国际软法的应然依据及其规范基础

国际法主体的历史变迁推动了国际社会的结构性变化和调整，主权国家在部分国际事务中逐步向国际组织让渡规范的制定和执行职能，这直接影响了国际造法的程序和渊源，从而引发国际法体系的正当性问题。与此同时，国际法主体的多元化和国际社会的平权结构决定了国际造法的分散化和非中央化，直接加剧了国际造法的无序化。

在传统主权概念支配的国际法理论中，明示或默示的国家协调意志成为国际法规范的合法性要件。^① 自实证法学派以法的渊源来指代国际法本体以来，国际法渊源理论便试图对国际法本体的内涵和外延作出界定。然而，《国际法院规约》第38条也只是列举了解决国家间争端的“适用法”，在功能上构成国际法院寻求可适用的法律规范的技术路径。它弥补了程序意义上的国际造法制度的空白，但并不能涵盖国际法的系统本体。同时，国际法渊源的概念也将国家中心主义和实证主义深植于当代国际法体系中。^② 面对由“后民族国家”组成的现代国际社会，^③ 传统国际法渊源学说难以兼顾欧盟法或“人类法”的宏大视野，其理论前提也在不断受到挑战。同时，实证主义在国际法中的发展使得国际法本体的研究重点从造法过程向法之存在形式转移，于是对共同意志的考察成为国际法渊源的核心问题。就实际运行而言，法律实证主义视角下的国际法渊源发展缓慢，依靠难以达成的国际条约和历史积淀形成的习惯国际法无法有效完成全球治理的重任。在司法实践中，为了克服法律不明（*non liquet*）的困境而导入的一般法律原则，恰好暴露了实证主义在国际法上的自相矛盾，这也是国际软法得以适用的积极意义所在。

世界法律多元的现实否定了传统的国家中心主义对法律主体和法律本体的概念界定，因为其封闭性无法适应不断迅速发展的国际社会。国际法渊源的形式意义使国际法的本体呈现出开放性的特征，这种开放性与国际法的主体多元化和价值优先性分歧密切相关。无论是从实证法学还是自然法学来看，法律的根本特征并不在于强制执行力。^④ 在政治与法律以及价值与规范的互动中存在着软法生成和发展的空间，因此有学者将国际软法视为“规范发展的过渡阶段”。^⑤ 权力主体及其制定的规则是传统实证主义者界定法律的关键，在国际法领域则体现为国家曾是国际法的唯一主体。^⑥

① 有关国际法的效力来源，最主要的学说来自自然法学派和实证法学派。19世纪末以来，实证法学派逐渐占据上风，该学派强调国际法的效力源于各国的“共同意志”。虽然中国大多数学者都赞同周鲠生的“意志协调说”，但这一学说与实证法学派的主张并无本质区别。

② See Robert Kolb, “Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)”, (2006) 53 *Netherlands International Law Review* 1, pp. 2–3.

③ 尤尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas）认为，全球化削弱了民族国家的主权边界，传统政治结构难以回应全球治理需求，“后民族国家”结构正是在这一背景下被提出的，强调跨国治理机制在区域、国际与全球层面的兴起。参见〔德〕尤尔根·哈贝马斯：《后民族结构》，曹卫东译，上海人民出版社2002年版，第54—68页。

④ Kenneth W. Abbott et al., “The Concept of Legalization”, (2000) 54 *International Organization* 401, p. 402.

⑤ R. J. Dupuy, “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to ‘Soft Law’”, in R. J. Akkerman, P. J. Krieken & C. O. Pannenberg (eds.), *Declarations on Principles: A Quest for Universal Peace* (Martinus Nijhoff Publishers, 1977), p. 252.

⑥ 例如，有学者认为国际组织创制的国际软法是产生国际义务的新渊源，只有其成为习惯国际法或被纳入国际条约之时，才能成为国际法。See Dinah Shelton, “Editor’s Concluding Note: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System”, in Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* (Oxford University Press, 2000), p. 554. 再如，马尔科姆·肖坚决否认软法的规范属性，认为软法只能反映主权国家的政治意图。See Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 9th edn, 2021), p. 100.

然而法律的本质是一种规范体系，而非特定的或排他性的权力关系。^① 现行的国际规范体系在形式和实质渊源上远远多于单纯的有约束力的法律和无约束力的政治声明。^② 由此可见，国际法的规范体系还涵盖了《国际法院规约》第38条列举之外的许多渊源。

国际法渊源的发展不仅体现在国际条约等传统渊源的数量扩张上，也表现为国际法规范体系的形式扩展。除了国际条约，法律后果也可能来自形式上不具有约束力的文书或单方行为。^③ 许多国际组织所创制的国际软法已在事实上产生了法律效力，不应因对“什么是国际法”的限制性理解而脱离现实地否认国际软法的实际效果。作为一种功能性的法律体系，国际法的产生和发展依赖于国际社会的现实需求。硬法生成的困难和交易成本的增加，使得无约束力的国际文件更容易缔结，^④ 因为选择软法可以避免国际谈判陷入僵局，^⑤ 且有利于国家规避硬法义务。^⑥ 国际软法的广泛应用不仅促使学术界重新思考国际法的规范生成机制，也推动了国际法理论本身对法的定义与认知范式的转变。著名国际法学者路易斯·亨金（Louis Henkin）和罗莎琳·希金斯（Rosalyn Higgins）在其经典著作中都将对国际法本体的认知从国际法文本转至国际法主体的实践及其互动过程。^⑦ 这同时也表明，自20世纪中后期以来，国际法学界对国家主权的研究逐步实现了从学理论争的渐趋沉默向“临时折衷”的实用主义的演变。^⑧ 因此，遵循将国际法定义为过程（process）的动态逻辑，^⑨ 从国际软法法律性质的争论转向其实际效果为何以及如何发挥其效用的研究更有意义，以现实中规范运行的角度对软法进行界定和解释更为合理。

（二）国际软法的实然创制及其法理意涵

国际软法的创制与国际法体系的开放性密切相关，这主要表现为国际法形成过程的动态性与发展性。20世纪70年代后期，国际关系的主体变迁引起了对既有国际法渊源的反思与讨论，其

① Neil Mac Cormick, “Beyond the Sovereign State”, (1993) 56 *Modern Law Review* 1, p. 8.

② 关于软法性质的界定主要有两种学说，分别为渐进规范性学说和二元观点学说，二者对判断软法是否为法的结论不同。渐进规范性学说认为法律可以或多或少具有约束力，或多或少不具有约束力，并且在具有约束力的法律、软法和法律的其他可能性质之间建立了持续的联系。二元观点学说的基本假设是，法律的本质是其规范性或约束性，其特征并不是程度的问题，若具备规范性或约束性则该规范为法律，反之则为政治或道德。See Onuma Yasuaki, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, (2003) 14 *European Journal of International Law* 105, pp. 111 – 113; Ulrika Mörtz, “Soft Regulation and Global Democracy”, in Marie-Laure Djelic & Kerstin Sahlin-Andersson (eds.), *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation* (Cambridge University Press, 2006), pp. 119 – 135.

③ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), p. 25.

④ 特别是在如古巴导弹危机这类高政治领域的冲突中，软法比硬法更易达成。See Charles Lipson, “Why Are Some International Agreements Informal?”, (1991) 45 *International Organization* 495, pp. 523 – 527.

⑤ 例如，即使是在美苏太空争霸时期，为了国际合作的需求，国际社会仍出现了太空领域的3大国际组织决议，即1961年的1721（XVI）号决议《外空和平使用之国际合作》、1963年的1962（XVIII）号决议《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》以及1963年第1884号决议《普遍及彻底裁军问题》，其中1962（XVIII）号决议被认为是《关于各国探测及使用外空包括月球与其他天体之活动所应遵守原则之条约》（该条约被视为“外空宪章”）的前身，它为后者确立了外空活动应遵守的基本原则。

⑥ Jan Klabbers, “The Undesirability of Soft Law”, (1998) 67 *Nordic Journal of International Law* 381, p. 384.

⑦ See Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994); Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy* (Pall Mall Press, 1968).

⑧ Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law* (Hart Publishing, 2011), pp. 47 – 48.

⑨ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), pp. 8 – 9.

研究出现了从“静态法源”转向“动态法源”的趋势,^①许多不具有法律约束力的文件被纳入国际法渊源的研究范围。国际组织决议规范性的争议在“西南非洲案”中便可见一斑,虽然该案判决认为联大决议的运作仅限于政治层面而非法律领域,^②但法官们的反对意见却呈现出不同的观点。帕迪利亚·内尔沃(Padilla Nervo)法官指出有关种族隔离和种族歧视的联大决议具有“压倒性”的重要性和关联性,并且可以被认为是法院应适用的指示。^③田中耕太郎(Kotaro Tanaka)法官的阐释反映了“动态法源”的开放性,他指出,每项决议、宣言等文件都可被视为成员国集体意志的表现,这种集体的、累积的生成过程可以说是国际条约和习惯国际法形成的中间路径。^④而后,1974年联大通过了与“新的国际经济秩序”相关的决议,其中《各国经济权利和义务宪章》的法律性质备受争议。1975年《赫尔辛基最后文件》的适用更是引起了法与非法、国际法渊源及其研究方法论等问题的激烈学术辩论。虽然上述国际文件的地位无法与条约相提并论,但多数学者承认这些国际文件比单纯的“劝告”或“道德”具有更强的约束力。

国际软法之于国际法规范体系的作用最早是作为传统国际法渊源的转化资源而被认识的,但其实效并不局限于自身的规范功能。国际组织的议题设置、合作机制及其组织决策都会历时地促进软法规范的体系化,从而在共时的国际实践中形成国际软法的规范涟漪效应。^⑤国际组织内部不同机构的决议和运作为规范涟漪效应的形成提供了组织基础。全体代表机构的外交协商和执行机构的解释行为,均可构成主权国家通例和法律确信的证据,^⑥从而使国际软法的有关规范最终演变为习惯国际法。部分国际软法甚至被视为对国际法的宣示。^⑦因此,国际软法常被用以澄清和细化既有国际法规则,或赋予部分不成文的国际法更具体的形式。国际造法实践表明,国际软法的规范涟漪效应有助于将国际社会的共识凝聚为行为规范并强化其实效。联大决议多次重申了《里约环境与发展宣言》(下称《里约宣言》)中规定的原则,^⑧以至影响了后续条约规则和习惯国际法的产生。在联合国成立初期,联大通过的一系列人权决议为国际人权规范提供了多层次的

① “静态法源”主要基于《国际法院规约》第38条的列举,是指作为结果存在的法的形态,主要作为裁判基准进行阐述。“动态法源”又称“能动的法源”,国际法学者将其作为“法的内容的规定要因”,指国际法的形成过程。参见〔日〕村濑信也:《国际立法:国际法的法源论》,秦一禾译,中国人民公安大学出版社2011年版,第5—6页。

② See *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, Judgement, I. C. J. Reports 1966, pp. 50—51, para. 98.

③ See *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, Dissenting Opinion of Judge Padilla Nervo, I. C. J. Reports 1966, pp. 455—456.

④ See *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, I. C. J. Reports 1966, p. 292.

⑤ 规范涟漪效应(normative ripples effect)反映了一种“效果导向”的国际法观点,即强调规范在实践中所产生的实际影响优于其形式上的法律地位。该观点认为,凡是被国际行为体视为具有权威性并据以调整行为的规范,即可在实质上构成国际法的一部分。See Jean d'Aspremont, “Towards a New Theory of Sources in International Law”, in Anne Orford & Florian Hoffmann (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (Oxford University Press, 2016), p. 553.

⑥ International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, A/73/10 (2018).

⑦ 《世界人权宣言》和《里约环境与发展宣言》被公认为是联合国大会在确立“宣示法”方面最具标志性的国际软法。See Alan Boyle, “The Choice of a Treaty: Hard Law versus Soft Law”, in Simon Chesterman et al. (eds.), *The Oxford Handbook of United Nations Treaties* (Oxford Academic, online edn, 2019), p. 107. 虽然《联合国宪章》并未授权联大“宣告”或“宣示”国际法,但从联大考虑并“确认”了纽伦堡原则到关于种族灭绝的系列决议,可以发现联大自始便具有宣示法律的意图。在“1965年将查戈斯群岛从毛里求斯分离的法律后果”的咨询意见中,法院援引了“威胁或使用核武器的合法性”的咨询意见,指出1960年的《给予殖民地国家和人民独立宣言》虽然从形式上看是一项国际组织决议,但从内容和通过情况来看,它构成了对习惯国际法的宣示。See *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2019, pp. 132—133, paras. 150—153.

⑧ See General Assembly of the United Nations, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, A/RES/47/190 (22 December 1992); General Assembly of the United Nations, *The Future We Want*, A/RES/66/288 (27 July 2012).

解释性资料。^① 涉及非殖民化和使用武力的联大重要决议则被视为对《联合国宪章》的适用和解释，并在司法实践中得到了国际法院的肯定。^② 虽然国际软法本身并未直接规定于《国际法院规约》第 38 条，但其具体内容和规范功能往往在国际法的实质渊源和形式渊源的互动中得以实践，进而在国际法的发展中不断地强化其规范效果。

国际软法之于国际法规范体系的意义不仅限于其向传统渊源的转化，其独特优势还可以反映“国家实际遵守或执行规则的程度”。^③ 例如，1992 年《里约宣言》在国际环境法中确立了大量的软法规范，包括“可持续发展”“共同但有区别的责任”等，广泛影响了此后国际环境领域的造法与国内立法。相比之下，虽然《气候变化框架公约》及其附属的《京都议定书》和《巴黎协定》都已正式生效，但由于国家间在责任划分及减排义务等方面存在严重分歧，相关硬法规则在内容制定和执行一致性上长期面临挑战。这也从侧面印证了《里约宣言》等软法文本在凝聚共识与价值倡导方面的优势。^④ 该优势正是软法在国际法实际运行中的关键意义，即软法的表现形式有利于在原则性规范上凝聚共识，随后在反复的国家实践中将发展成熟的软法转化为硬法。

同时，软法规范是否能够得到有效遵守主要取决于规范的正当性，而非其立法手段。^⑤ 与《国际法院规约》第 38 条下确认国际法的显性形式不同，以国际法实质渊源^⑥为合法性资源的国际软法是隐性的国际法价值在当代的具体化表达。国家的外交政策和国际法基本价值的融合，在共识性文本中呈现出法律确信的初步基础。国际会议的多边协商机制和国际组织内部的决策程序，则为软法提供了程序理性，从而增强了其规范表达的合法性。在此机制下，例如，从国际法的基本原则到人权的国际保护、^⑦ 太空活动的国际规制、^⑧ 人类共同继承财产原则，^⑨ 联大决议往

① 罗莎琳·希金斯于其书中已就联合国政治机构在促进条约发展方面的作用进行了仔细的考察。See Rosalyn Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (Oxford University Press, 1963), pp. 241 – 346.

② See General Assembly of the United Nations, *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, A/RES/1514 (XV) (14 December 1960); General Assembly of the United Nations, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, A/RES/2625 (XXV) (24 October 1970). See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Judgment, I. C. J. Reports 1986, pp. 44, 107, paras. 72, 203 – 204.

③ Kenneth W. Abbott *et al.*, “The Concept of Legalization”, (2000) 54 *International Organization* 401, p. 402.

④ Alan Boyle & Catherine Redgwell, *Birnie, Boyle, and Redgwell’s International Law and the Environment* (Oxford University Press, 4th edn, 2011), pp. 12 – 13, 35.

⑤ 托马斯·弗兰克在其国际法正当性理论中进一步指出，国家之所以习惯性遵守规则，根源在于其认为规则具有公平性与正当性，因而具备内在遵守动机。See Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* (Oxford University Press, 1990), p. 24; Thomas M. Franck, “The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium”, (2006) 100 *American Journal of International Law* 88, pp. 88 – 106.

⑥ 国际法实质渊源，是指国际法规则产生过程中影响规则内容的一些因素，如法律意识、正义观念、连带关系、国际互赖、社会舆论、阶级关系等。参见李浩培：《国际法的概念与渊源》，贵州人民出版社 1994 年版，第 52 页。

⑦ See General Assembly of the United Nations, *Declaration on the Rights of the Child*, A/RES/1386 (XIV) (20 November 1959); General Assembly of the United Nations, *Declaration on the Elimination of Racial Discrimination*, A/RES/1904 (XVIII) (20 November 1963); General Assembly of the United Nations, *Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women*, A/RES/2263 (XXII) (7 November 1967).

⑧ See General Assembly of the United Nations, *Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space*, A/RES/1962 (XVIII) (13 December 1963).

⑨ See General Assembly of the United Nations, *Declaration of Principles Governing the Seabed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, Beyond the Limits of National Jurisdiction*, A/RES/2749 (XXV) (17 December 1970).

往成为多边公约缔结的先导,^①这体现了软法推动国际规范生成的实际效能。在该过程中,公平性和民主性等体现实质平等和程序正义的规范价值,构成了国际软法正当性的重要内涵,也使国际软法的内容有可能演化为更具约束力的硬法规则。尽管国际软法的正当性在现实中难免面临政治操控的挑战,但经广泛参与、透明化程序与持续实践支持,其承载的国际法价值日益制度化,已成为全球治理中不可忽视的规范体系。

国际组织在软法创制中的法理基础,既源于功能主义定位下溢出效应的扩张逻辑,也依托其在全球治理中的专业化实践。国际组织的运行实践强化了软法相较于传统国际法渊源的适应性与灵活性优势,并在规范层面上趋近于直接造法的功能定位。然而,软法效力的增强并不当然意味着其正当性基础的稳固。相反,随着国际组织软法创制的普遍化,其在合法性来源、成员代表结构及决策程序中的中立性问题愈加引发关注。特别是在不同类型的国际组织之间,国际软法的生成逻辑、权力结构与价值诉求存在显著差异,引发了其正当性机制的广泛争议。

三 国际组织的软法创制及其正当性机理

基于一般性决策机制及其具体内容,国际组织的决议为国际软法规范的生成提供了历史的价值基础和现实的正当性渊源。国际组织的软法创设功能通常以其组织类型和职能授权为基础,并与其基本宗旨、成员结构以及具体内部机构的行动理念密切相关。尽管都具有共同的派生性,但政治性组织和专业性组织在软法正当性的生成上存在差异,且二者都面临代表性失衡和程序权力化等共同困境。

(一) 政治性国际组织的决议及其软法创制的价值正当性

国际组织内部三大典型机构的职能和决策机制为国际软法的创制提供了不同的价值正当性。在共时的体系中,政治性国际组织涵盖了职责各异的内部机构,对其内部机构决议进行比较分析有利于揭示国际组织的软法创制功能。相比较而言,全体代表机构的决议往往体现了会员国之间的实质平等;执行机构决议的造法功能往往受到大国政治的影响,更多地追求执法行为的效率价值;秘书处则通常以国际公务员的身份在国际软法创制的技术性程序服务之中追求“人类”的共同利益和国际正义观。

在国际组织的三大机构中,全体代表机构是国际组织建立和变革的合法性基础。它由所有成员国组成,一般称为“大会”。不同国际组织的主体性差异赋予其大会以不同的政治属性,从而决定了其各自决议的不同法律地位。大会作出决议主要是为了实现组织的基本宗旨,也有可能以决议的形式认证新条约的文本,后者推动了前者的软法硬法化。联合国在国际人权领域的造法大多遵循这一模式,决议的实质价值和国际共识的契合度也与嗣后正式条约的生效时间密切相关。^②大部分国

① 例如《儿童权利公约》《消除一切形式种族歧视国际公约》《消除对妇女一切形式歧视公约》《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》《外层空间公约》和《联合国海洋法公约》第十一部分。

② 从1963年《消除种族歧视宣言》发展至1965年《消除一切形式种族歧视国际公约》,仅历时两年,反映出种族歧视议题在当时具有高度的国际政治紧迫性和广泛价值共识。而从1959年《儿童权利宣言》到1989年《儿童权利公约》,则耗费了30年的谈判时间。这说明大会决议所涉议题的规范转化速度,往往取决于其所反映价值目标的紧迫程度和国际社会对其实质正当性的共识程度。

际组织的大会都以国家平等原则进行决策，体现了大国和小国之间的实质平等。在历时维度下，大会渊源于主权国家完全平等的国际会议，因此在价值转化上体现了国际道德和社会伦理。尽管大会决议一般不具有法律约束力，但其具有较强的正当性。施韦贝尔（Schwebel）法官在“威胁或使用核武器的合法性”咨询意见的反对意见中指出，如果一项联大决议在实质内容上符合国家实践，且在高度代表性的基础上以协商一致的方式通过，则可以构成对国际法的宣示。^①从国际法的实效出发，以协商一致的方式通过的宣言的法律实质内容，远比分散的法律实践具有概括性和国际认同，全体代表机构的主体性平等为其软法奠定了正当性基础。

国际组织的执行机构一般由全体代表机构推选或者国际组织宪章规定的少数成员国代表组成，其主要职能是执行国际组织的决议或依规定行使执行性职能。尽管执行机构旨在提高国际组织的决策和行动效率，但大国政治对执行机构的干预与国际组织的政治敏感度成正比。不同大国阵营的博弈对决议的实质内容和通过产生直接影响，执行机构在高政治领域的决策由此体现出较强的外交特性。例如，“大国一致原则”是安理会大国“双重否决权”的政治基础，实质上是一种少数阻止多数的权力。对此，联大虽尝试通过程序改革形成对安理会否决权的监督机制，但其实际效力充满不确定性。^②其他国际组织的执行机构亦深陷改革困境。例如，国际货币基金组织与世界银行的执行机构长期由西方国家主导，尽管新兴经济体在全球经济中的份额持续上升，但其投票权和代表性仍严重不足。国际货币基金组织早在 2010 年通过调整份额与投票权的改革方案，^③却因美国国会迟迟未批准，直至 2016 年方始生效。世界银行亦曾试图通过“股权审议”机制实现代表结构多元化，^④但其改革始终受制于现有股东权力格局的政治限制。这表明，执行机构的代表机制不仅深受国际组织的制度结构影响，更受制于国际权力结构中的现实博弈。

与全体性代表机构和执行机构等政治性较强的机构不同，权力政治对秘书处的直接影响较小。因国际组织的性质和宗旨不同，秘书长的政治立场、外交能力和行事风格具有较大差异。1919 年《国际联盟盟约》的生效标志着第一个全球政治性国际组织秘书处的诞生，之后独立公务员制度在联合国得到进一步实践。联合国第二任秘书长达格·哈马舍尔德（Dag Hammarskjöld）确立了秘书处政治中立的基本立场。^⑤秘书长和所有工作人员均以“国际公务员”的身份行事，其身份潜移默化地培养了秘书处的国际主义倾向。作为整个国际组织的行政长官，秘书长在内部主要机构的议程设置、决策及其实施上发挥重要作用。秘书处的专业人员具备解决复杂全球问题的专业知识，其收集和分析的信息为成员国的政策讨论提供了“共同基础”。作为全球范围内最重要的国

① See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, I. C. J. Reports 1996, p. 319.

② 联大在 2022 年 4 月以协商一致方式通过的第 76/262 号决议规定，安理会常任理事国每次动用否决权，联大应在投否决票后 10 个工作日内召开正式会议，所有联合国成员国都可以对行使否决权所涉情势和相关行动进行审查和评论。虽然这一审查看似是联大对安理会少数的制约，但其实效仍待进一步考证，难以直接断定这是否会构成对安理会常任理事国否决权的限制。See General Assembly of the United Nations, *Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council*, A/RES/76/262 (26 April 2022).

③ International Monetary Fund, *Quota and Governance Reforms – 2010 Reform Implementation*, IMF Press Release No. 16/25 (27 January 2016).

④ World Bank Group, *Shareholding Review and Governance Reform – Development Committee Communiqué* (21 April 2018).

⑤ 联合国第二任秘书长达格·哈马舍尔德提出并阐述了该原则，其要求“国际公务员即使在执行具有政治影响的行政任务时，也必须完全不受国家、团体利益或意识形态的影响”，而他的这些主张也与《联合国宪章》第 100 条相呼应。See Touko Piiparinen, “Secretariats”, in Jacob Katz Cogan *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations* (Oxford University Press, online edn, 2017), p. 842.

际组织内部机构,联合国秘书处曾多次发起联大决议提案,^①借此推动议题进入正式议程,并引导国际社会在气候变化、裁军、人权等领域形成初步共识与规范表达。

(二) 专业性国际组织的软法创制及其政治化风险

政治与技术相互分离是功能主义和新功能主义的基本假设,^②功能性合作作为专业性国际组织提供了客观的存在基础。专业性国际组织以推进特定专门领域的合作为目的,通过专业知识和技术指导来解决全球问题,并且通过低政治领域的合作积累逐步促进高政治领域的和平治理。^③其基本宗旨通常表现出明显的功能主义色彩,如《国际复兴开发银行协定》第4条规定,为了实现组织宗旨,禁止银行及其公务人员从事政治活动。^④在“国家在武装冲突中使用核武器的合法性”咨询意见中,国际法院认为,世界卫生组织等专业性组织内部的政治化议题的决策必然受制于专业性原则(principle of speciality)。^⑤换言之,专业性组织权力的行使必须受到国际合作的职能性限制,组织内议题的政治化程度必然与组织的宗旨存在目的论上的因果联系。

国际组织软法创制的类型化实践体现于软法的实体内容和创制程序。通过专业议题的标准制定及其细化解释,专业性国际组织在特定技术领域中不断强化规范设定职能,逐步发展出以程序规则与技术标准为核心的软法体系,而其所具有的技术性与中立性,则是赋予专业性软法以正当性的关键。程序性规范通常适用于国际金融组织,以国际金融架构(International Financial Architecture, IFA)和金融稳定理事会(Financial Stability Board, FSB)为例,这些国际组织制定的规范性文件大多是没有法律约束力的原则、标准、建议或指南,但有助于理解国际金融系统的实际运作,并通过规范多元主体的行为使金融工具合法化,从而共同创立了国际金融制度。相比较而言,技术性软法的范围更广,其特征是通过制定统一标准以规范技术问题。世界知识产权组织、万国邮政联盟等联合国专门机构都具有提供一般性或技术性建议的职能,它们与联合国之政治性组织的协调机制和法律联系也增强了其实效。《建立非洲经济共同体条约》还设立了专门性

① 例如联合国第二任秘书长达格·哈马舍尔德于1956年发明了“维持和平”(Peacekeeping)作为国际和平与安全的新类别,1992年时任秘书长布特罗斯·布特罗斯-加利(Boutros Boutros-Ghali)在《和平纲领:预防性外交,建立和平与维持和平》中引入了“执行和平”(Peace-enforcement)一词,并推动其与《联合国宪章》第7章形成制度性连接,赋予维和行动更强执行力。See Touko Piiparinen, “Secretariats”, in Jacob Katz Cogan et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations* (Oxford University Press, online edn, 2017), p. 843. 事实上,联合国大会历史上的多项重要决议亦源于秘书处主导,例如第二十四届大会期间关于解释《日内瓦议定书》、呼吁美苏暂停部署新武器及宣布1970年为“裁军十年”的决议均由秘书长倡议推动。See Henry G. Schermers & Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity* (Martinus Nijhoff Publishers, 4th edn, 2003), p. 328.

② 新功能主义的代表人物厄恩斯特·哈斯曾将功能主义的核心观点总结为四种分离假设,分别为权力与福利、不同的政府任务、政治与技术性和不同政治行为体的效忠。相较于功能主义,新功能主义往往以欧共体的形成和发展为经典个案,在功能主义的基本命题和论证的基础上进行了一定的修正。从理论上,新功能主义区分了“高级政治”和“福利政治”,认为福利政治领域的合作和一体化更容易实现。以此为基础,厄恩斯特·哈斯提出了“溢出效应”,在一定程度上将技术性问题与政治性问题相联系。See Ernst B. Haas, *Beyond the Nation-State: Functionalism and International Organization* (Stanford University Press, 1964), pp. 21–22, 47–50.

③ 新功能主义理论认为,联合国专门机构等组织在低政治领域中的技术性合作不会对战争、殖民等高政治领域议题产生直接影响,只能通过“溢出效应”间接地发挥作用。Ernst B. Haas, “International Integration: The European and the Universal Process”, (1961) 15 *International Organization* 366, pp. 387–388.

④ *Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development*, Article V, Section 10.

⑤ See *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 78, para. 25.

技术委员会以处理专业事宜。^① 并且，国际统一标准的制定同时依赖于相同专业领域内不同国际组织间的协调与合作。例如，国际标准化组织（ISO）和国际电工委员会（IEC）共同制订的《隐私信息管理要求与指南》（ISO/IEC 27701：2019）与欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR）便确立了相互协调的规则框架。同时，因为专业性国际组织也是政府间组织，技术性软法的创制程序较为复杂。在部分情况下，独立专家委员会的技术标准一般需经过组织决议而逐渐被成员国接受为软法，而当技术专家具有政府背景或者专业标准与国际组织的基本宗旨相关，则其技术性标准有可能无需组织决议而直接发展为软法。例如，国际原子能机构的《安全基本原则》与《安全要求》，须提交理事会审议和决议后方能正式发布生效。与之相对，世界气象组织有关观测代码和数据格式的标准更新通常无需提交大会审议，只需由相关技术委员会拟定并经适用程序批准后即可发布。

基于国际组织法律人格的派生性，国际组织的运作难免受到国家间政治的影响，即便是以技术治理为核心的专业性组织也无法例外。国际组织的实践已证明，政治与技术的完全分离是一种理想状态，成员国集体决策的失效和组织内官僚机构的执行失灵都揭示了专业性组织的政治化困境。自 20 世纪以来，世界贸易组织、联合国教科文组织和国际劳工组织等都曾遭受政治化批评，因为某些大国积极推行与国际组织宗旨联系甚微的政治化议题，试图在软法创制中谋取自身的政治利益。此类政治化现象在联合国专门机构的制度实践中，体现为政治议题的频繁渗入、机构内部的激烈对立，以及程序中立性的削弱。^② 更为隐蔽的是，专业性组织的技术决策所依赖的科学知识本身也可能承载政治意志。虽然专家常被视为中立的技术人员，但其实际操作中往往受制于区域偏好与制度立场，其提供的知识和技术的框架隐含了特定的政治价值和地域偏好。^③ 由此可见，专业性组织技术中立的权威性以及机构决策的正当性和实效性面临着重重挑战。

当然，专业性议题政治化也可能具有一定的积极作用，具体表现为成员国可通过专业合作的“溢出效应”增进彼此间的政治互信和认同。随着全球化的深入发展，不同领域之间的渗透程度越来越高。政治性组织的首要宗旨是维护国际和平与安全，它同时也推动了职能性国际合作，但安全合作主要集中于宏观的协调安排，为职能性合作的法律制度提供政治上的合法性。例如，联合国和专门机构之间的合作与互动，不仅推动了发展中国家主体地位在国际体系中的制度化表达，也使其通过软法机制在全球治理中逐步增强了议题设置与规则塑造的能力。^④ 如果将成员国的行为视为理性选择，那么自身利益的最大化便是政治目标驱动的结果。国际组织内不民主的决策机制和议题设置的话语霸权才是专业议题消极政治化的主要因素。国际社会的本质属性及其权力结构决定了国际组织仍是“国家间组织”，国际关系法治化的前提是国家间必须存在规范性共识和行动意愿，过度的政治化倾向会导致专业性组织的软法创制陷入强权政治的陷阱。

① *Treaty Establishing the African Economic Community*, Art. 25.

② Douglas Williams, *The Specialized Agencies and the United Nations: The System in Crisis* (St. Martin's Press, 1987), pp. 56 – 63.

③ Katharina Rietig, “‘Neutral’ Experts? How Input of Scientific Expertise Matters in International Environmental Negotiations”, (2014) 47 *Policy Sciences* 141, pp. 154 – 156.

④ 参见江河：《“发展中国家”的主体性及其软法化：以国际组织为视域》，载《社会科学辑刊》2021 年第 6 期，第 105—106 页。

四 国际组织软法创制的正当性重构与变革进路

与国际硬法相比,国际软法本身具有较强的组织依赖性,这使得其规范正当性的实现不仅依赖于各国对正义价值的共识,还需要通过民主决策机制来确保国家间的利益平衡。作为国际法治实践的中国方案,人类命运共同体理论有助于克服国际软法的正当性困境,推动追求人类共同利益与实质正义的国际软法形成。

(一) 国际组织软法创制的程序改革与代表性重构

国际组织为国际软法治理功能的发挥奠定了政治和制度基础,其造法活动使国际软法成为全球治理的重要公共产品。然而,在当前由发达国家主导的国际组织体制中,软法创制过程往往缺乏普遍参与,从而引发对其正当性的广泛质疑。与传统硬法主要依赖国家同意所构建的正当性基础不同,国际软法更依赖于创制程序的民主化和实质内容的感召力。尽管国际组织软法的创制和重塑正在推动国家主义的单边立场向以国际共同利益为导向的多元观念转变,但国际法律体系仍然存在规范决策行为之一般程序法的缺失^①和国际共同价值观尚未形成等问题。基于国际社会各类造法活动客观存在的事实,欲实现全球治理多元主体与国际法律体系的良性互构,不仅需要提升国际组织决策程序的民主性,而且也应强化国际组织决议的实质价值和造法理念的正当性。

首先,应增强发展中国家在议题设置中的代表性和实质话语权,以纠正规则制定中长期由少数国家主导和其他国家参与受限的结构性不平等。在联合国、世界贸易组织和世界银行等主要国际组织中,国际软法的形成通常依赖专家团体、秘书处主导的文件草拟以及成员间的非正式协商程序。在此过程中,发展中国家在规则草拟的初始阶段参与有限,^②很可能致使国际软法在实施过程中与部分国家的法律结构或优先发展事项之间产生矛盾。^③事实上,在全球治理结构演变和南北关系调整的背景下,发展中国家正由被动接受规则向主动塑造规则转变,逐步成为国际规则制定和议程设置的积极参与者。在气候变化、粮食安全、数字主权等议题的推进中,发展中国家通过集体谈判和议程提案等方式,将其规则诉求纳入国际软法体系。^④然而,尽管国际软法的创制已有进展,但其在各方利益平衡和规则代表性方面仍显不足,尤其反映在发展中国家通常只能根据发达国家起草的文件提出建议,而非软法创制自始就纳入发展中国家的公平诉求。因此,国

① Felice Morgenstern, "Legality in International Organizations", (1977) 48 *British Yearbook of International Law* 241, pp. 251 – 253.

② Amrita Narlikar, "Fairness in International Trade Negotiations: Developing Countries in the GATT and WTO", (2003) 29 *The World Economy* 1005, pp. 1014 – 1015.

③ 例如,非洲国家集团在联合国《2030年可持续发展议程》的指标体系谈判过程中,对部分发展指标提出集体异议,最终促使框架文本措辞作出调整。United Nations Economic Commission for Africa, *The African social Development Index: Measuring Human Exclusion for Structural Transformation*, February 2016; United Nations General Assembly, *Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/71/313 (6 July 2017).

④ 发展中国家经常在如联大决议或全球贸易谈判中采取共同立场,以协调规则内容和对抗发达国家的利益集团。See Keisuke Iida, "Third World Solidarity: The Group of 77 in the UN General Assembly", (1988) 42 *International Organization* 375; Peter Dearden, "The Rising Powers and the United Nations: An Analysis of the Voting Behaviour of the BRICS in the General Assembly", (2014) 35 *Third World Quarterly* 376.

际软法的正当性重构虽然已有实践基础，但发展中国家的代表性与参与度仍有待显著提升。

其次，国际组织的决策机制需实现程序正义，通过落实民主程序和规范要求，提升国际软法的可接受度。国际组织的决策机制不仅承载着组织目标的实现路径，也体现了成员之间权利义务的协调方式，对其进行民主化和公平化的改革将在一定程度上削弱权力分配不平等的负面影响。国际法学会（International Law Association）发布的《国际组织问责制报告》（Accountability of International Organization）便提出了国际组织内部决策的规范性建议，其并不针对特定的决策行为，而是制定了一般性的“程序规范原则”（principle of procedural regularity）以适应不同组织各异的决策程序。^① 根据这项原则，国际组织应防止决策中的自主权滥用，并确保程序正当和各成员国间的公平待遇。此外，程序正义不仅意味着增强决策过程的民主，更关涉在规则制定中各方是否享有平等的议程参与度。对决策参与度的追求也致使其他成员方在美国导致WTO上诉机构停摆后，宁愿选择寻求替代机制，而非修改WTO的协商一致制度。^② 由此可见，在国际组织软法创制过程中，决策制度的民主化是追求人类共同利益和实质正义的程序保障，而规制少数大国的恣意性造法和决策程序对多元主体的开放，是国际组织决策制度民主化和正义化的基础。

最后，国际软法的正当性重构，不应止于程序制度的改革，更应深入回应其规则内容的价值诉求，这必然要求国际组织在决策程序和实质价值上贯彻与其宗旨相一致的造法理念。基于不同的宗旨和目的，政治性国际组织应实现政治平等，专业性国际组织应坚持技术中立。这也就意味着，一般性软法应体现国际社会的民主意志，技术性软法不应形成歧视性的功能壁垒。在相当长的历史时期内，欧洲中心主义主导了国际法规范的制定，^③ 发展中国家作为国际法的客体被动地接受国际法体系。即便是在国际软法勃兴的当代，许多软法规则仍主要遵循发达国家的预设标准，忽视了不同国家发展阶段与治理能力的实际差异。因此，在国际软法的正当性构建中，为回应发展中国家对规范内容公平性的合理关切，并且保障国际软法对不同国家发展阶段的包容性，国际软法的柔性治理模式不应该被强行“硬化”，其组织依赖特征也不应被异化为个别国家输出特定价值标准的合法性工具。相反，国际软法的真正推动力和感召力，应来源于其在尊重各国文明传统和经济社会发展阶段的基础上，提供多样化的规范框架和发展路径，以便各国灵活构建契合本国国情的治理方案。只有在实现尊重差异与包容多元的基础上，国际软法才能真正成为促进全球公共治理的工具，获得持续的正当性与广泛的接受度。

（二）国际组织软法创制的中国方案

长期以来，中国在国际规则创制中扮演着既有规则的被动接受者和跟跑者角色。然而，作为负责任大国，中国在国际组织中的身份和角色正在发生深刻转变。在国际软法正当性重构的过程中，面对当前国际软法治理日益政治化的发展态势，中国更应该成为全球治理的主动参与者和新规则的制定者，深入参与国际软法的议程设置、话语重构和规范创制。这一转型的关键是如何推动中国提出的国际造法理念获得国际社会的广泛认可和实践回应。毕竟，国际社会对行为体某一

① International Law Association, *Accountability of International Organisations: Final Report*, Report of the Seventy-First Conference (2004), p. 14.

② Claerwen O'Hara, "Consensus Decision-Making and Democratic Discourse in the General Agreement on Tariffs and Trade 1947 and World Trade Organization," (2021) 9 *London Review of International Law* 37, p. 65.

③ 杨泽伟：《国际法发展的历史分期》，载《中国社会科学报》2021年2月24日，第4版。

新兴理念的认同，往往依赖于有效的社会化过程和扩散机制。^① 通过在国际组织中推动国际软法创制和倡导全球治理改革等路径，中国正在逐步打破既往国际规范生成中的西方中心主义，扩展国际软法的正当性来源。在人类命运共同体理念的引导下，国际软法不再只是权力逻辑的延伸，也可以成为国际社会共同利益和共识价值的重要规范形式。

在国际合作信任赤字加剧的背景下，中国通过践行人类命运共同体理念和“一带一路”倡议，为国家间共识建构提供了价值支撑，为国际组织的软法创制提供了价值引导和共识基础。中国提出的人类命运共同体理念可以成为国家间共识建构的价值引领。该理念有助于在文化多元的国际环境中，降低国家间对抗性，通过政治多边主义凝聚共识。各国间的认知分歧并不必然构成合作障碍，反而可以为国际软法框架下的规则重塑与制度创新提供契机。在此背景下，国际社会必须正视不同国家间的差异性，并通过引入如“共同但有区别原则”等包容性理念来保持国际软法的制度弹性，推动其治理模式朝着更加公平、开放与多元的方向发展。人类命运共同体理念旨在呼吁各国摒弃偏见，坚持多边主义，走团结合作之路，以共同应对愈加复杂的全球性问题。^② 在联合国及其附属机构推进或创制的各类软法文件中，中国提出的“共商、共建、共享”的行动方案，进一步丰富了国际软法的程序正当性与参与结构。该方案不仅有助于增强民主决策的广泛性，更能通过持续促进彼此间对话，为国际社会构建一个超越地缘对抗的价值框架，并成为国际软法共识达成的重要驱动力。

在参与国际组织软法创制的过程中，中国正逐步构建技术治理能力与组织结构改革并重的制度参与路径。中国不仅关注专业性组织中软法的技术规范化路径，也注重在政治性组织中推动权力结构的公平调整，展现出从规则接受者向规则构建者转变的能力。一方面，在专业性组织中，国际软法多体现为科学建议或政策指引的规范性表达，其正当性依赖于技术专业性与知识代表性。因此，中国不仅应扩大在专业技术领域的专家参与度，提升知识代表性与区域多样性，更应推动科学知识体系的开放共享与治理程序的透明化。例如，在 WTO 关于数字贸易、跨境电商的议题中，积极参与“联合声明倡议”谈判进程，提出多项政策建议并不断扩大发展中国家的声音。^③ 此外，在国际货币基金组织（IMF）和世界卫生组织（WHO）等专业性组织中，中国同样注重在规范内容上体现公平与发展诉求：在 IMF 份额调整和治理结构改革中，中国持续倡导份额与话语权向新兴经济体倾斜；^④ 在 WHO 议题设置中，中国坚决反对任何政治操纵。^⑤ 另一方面，在政治性组织中，结构公平是政治性组织软法生成的权力基础。中国主张增强发展中国家在全球治理中的代表性与话语权，^⑥ 强调在制度层面实现公平分配与权力平衡。例如，借助联合国大

① 参见蔡文成、牟琛：《论人类命运共同体国际认同的形成机理——以国际规范扩散为分析视角》，载《社会主义研究》2021年第6期，第159页。

② 参见《习近平向“一带一路”国际合作高级别视频会议发表书面致辞》，中国政府网，https://www.gov.cn/xinwen/2020-06/18/content_5520353.htm，最后访问时间：2025年5月18日。

③ “China Plays Key Role in WTO Digital Trade Talks”，China Daily，<https://global.chinadaily.com.cn/a/202312/26/WS658ae848a31040ac301a9a59.html>（last visited 18 May 2025）。

④ 《推动 IMF 份额改革，提升新兴市场国家代表性》，中国日报网，<https://global.chinadaily.com.cn/a/202403/28/WS6604c4f2a31082fc043bfl10.html>，最后访问时间：2025年4月16日。

⑤ 《关于全球治理变革和建设的中国方案》，中华人民共和国外交部官网，https://www.mfa.gov.cn/ziliao_674904/zcwj_674915/202309/t20230913_11142009.shtml，最后访问时间：2025年4月16日。

⑥ 《坚定信心 共谋发展——习近平在金砖国家领导人第八次会晤大范围会议上的讲话》，载《人民日报》2016年10月17日，第2版。

会等多边机制，中国积极推广“全球发展倡议”等合作理念，并通过组建“全球发展倡议之友小组”和设立南南合作援助基金等方式，在南南合作框架中推动发展中国家形成共识倡议，^①以此突破少数强国垄断议题主导权的现状。上述实践不仅回应了现有秩序失衡的现实，也体现出对国际软法正当性危机的制度性回应，旨在推动国际组织形成更加多极、公平和包容的规则协商机制。

最后，中国应当通过价值理念制度化与多边机制建设，构建超越国家利益的全球公共理性，从而推动国际治理从国家间协商迈向人类共同利益的国际保护。作为政治意愿和法律规范之间的桥梁，国际软法本身的规范性和向硬法演变的可能性，为当代全球治理提供了柔性且渐进的制度路径。中国已在许多国际组织中提出以发展权、金融安全、技术平权等为导向的软法倡议，并逐步推动这些倡议发展为区域或全球治理范式。^②更为关键的是，中国方案的实质在于议题设置与实践机制的系统推进。“一带一路”倡议作为最具代表性的制度平台，不仅构建了跨区域的基础设施合作网络，更通过签署大量非约束性协议和联合声明，在绿色发展、数字互联、粮食安全、金融合作等多个领域推动国际软法的创制与应用。^③该过程不仅展现了国际规范从共识到规则的社会化路径，也体现出非西方国家通过制度实践与规范建构，逐步突破现有话语结构的现实可能。目前，人类命运共同体理念已被写入多项联大和安理会通过的决议之中，^④表示其正逐步从国家倡议转化为多边共识。中国也以“一带一路”倡议及其制度建设为核心，率先将这一理念转化为实践，推动了由区域层面的“一带一路”命运共同体迈向人类命运共同体的治理飞跃。

五 结语

在20世纪60年代美苏冷战与国际组织兴起之际，国际法学者沃尔夫冈·弗里德曼（Wolfgang Friedman）在其著作《变动中的国际法结构》中认为，通过国际组织开展国际合作是未来国际法重要的发展方向之一。^⑤随着国际组织数量的剧增和职能的拓展，国际软法在全球范围内的影响力日益上升。国际组织的软法创制过程深深植根于国际法主体多元化和全球治理范式转型的主客体演进之中。这使得国际软法成为推动国际法发展的重要力量，并重构了传统国际法的生成逻辑。然而在国际组织创制软法的活动中，由于部分国家政治意图的过分渗透，国际软法的柔性治理优势反而成为规避国家主权原则的途径，致使其正当性难以得到普遍认同。作为全球

① 《第66届联合国大会中方立场文件》，中华人民共和国常驻联合国代表团官网，https://un.china-mission.gov.cn/chn/hyyfy/201109/t20110913_8291849.htm，最后访问时间：2025年5月18日。

② 例如在发展权议题上，中国于2016年支持联合国人权理事会通过第33/14号决议（A/HRC/RES/33/14），设立发展权问题的特别报告员制度，并于2021年支持通过第48/10号决议（A/HRC/RES/48/10），授权政府间工作组继续推进《发展权国际文书（草案）》的拟定工作；在金融治理方面，中国在《二十国集团杭州峰会领导人公报》中主张构建更稳定和有韧性的国际金融架构，强调推动全球金融安全网建设；在技术治理方面，中国于2020年发布《全球数据安全倡议》，提出以国家主权为核心的全球数据治理思路，又于2023年发布《全球人工智能治理倡议》，倡导建立“普惠、包容、公平、公正”的全球人工智能治理规则体系。

③ 杨志敏、芦思姮、林博：《共建“一带一路”十周年：公共产品视角下中拉互联互通合作伙伴关系的构建》，载《拉丁美洲研究》2023年第3期，第55—61页。

④ 联合国大会2017年12月4日通过的关于不首先在外层空间放置武器的决议（A/RES/72/27）；如安全理事会2017年3月17日第7902次会议通过的关于阿富汗问题的第2344号决议等。此外，人类命运共同体理念还写入了上合组织、金砖国家等多边机制决议或宣言。

⑤ Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Columbia University Press, 1964), pp. 70–71.

最大的发展中国家，中国与国际组织成员的“大多数”具有同质性。在这种主体性基础上，中国提出的人类命运共同体理念，强调了全人类的共同利益和价值，为全球治理提供了超越国家间零和博弈的行动理念。而这一理念所隐含的共识凝聚功能，可以通过国际组织的造法过程实现和谐的价值建构，使国际组织的软法创制更加体现实质正义。

The Mechanism and Legitimacy of Soft Law-Making by International Organizations and Its Improvement Approach

Jiang He and Chen Ying

Abstract: The legal personality of international organizations manifests its dimensions of derivativeness and independence. The former reflects their subjectivity origins from sovereign states, while the latter indicates their position as independent political subject endowed with soft law-making capacity. This duality forms the foundation for their role in the development of international soft law, yet an excessive reliance on formalized democratic mechanisms risks eroding substantive legitimacy. In terms of their function, international organizations can be divided into political organizations and technical organizations. These different international organizations pursue normativity through value-driven or technocratic frameworks, respectively. As the scope of global governance agenda has expanded and implied powers of international organizations have grown more complicated, the division of competence between international organizations and member states has undergone continuous recalibration, and the soft law-making by international organization gradually demonstrates a tendency of political orientation and dominance. In this evolving context, the reconstruction of the legitimacy of soft law of international organization calls for a reorientation towards justice-centered normative frameworks and the institutionalization of substantive democratic procedures. In this context and in the light of a community with a shared future for humanity, China should not only advocate for a value-conscious transformation of law-making paradigms within international organizations, but also actively engage in its procedural reforms and articulate equitable institutional initiatives, which will contribute to a transition from a passive rule-taker to an active norm maker of international governance.

Keywords: International Organization, International Soft Law, Soft Law-Making, Legal Values, Legitimacy

(责任编辑: 曲相霏)