略论国际经济软法与建立国际经济新秩序的斗争

李 泽 锐

“软法”是当前客观存在的国际法律现象。什么是“软法”？法国的马南概括地说，“英、美法学家所说的软法”，就是指“那些倾向于形成但尚未形成规则的未确定的规则和原则”，亦即“敦促性或纲领性的规定”。① 分析一下，软法有以下几个特点：第一，软法大多是由不拥有立法权力的国际机构（国际组织）制定的决议、建议、宣言、纲领等。第二，软法的条文在外文中一般是用条件式语句写成的，或者是用插入“应该”、“尽可能”之类的词或词组表述的。第三，软法有些规范的内容不确定，含义暧昧，多为原则性的、非详细具体的规定，是尚未成熟到成为法律的程度的规则。第四，许多软法规则的实施需要由各国根据本国情况制定国内立法来完成，西方学者称之为需要用国内立法进行“接力”，有些规则的实施则需要一些国家进行多边合作。第五，软法大多是一种自愿遵守法，国家不遵守软法的规定并不构成违法或非法行为。第六，软法不拥有制裁手段，只拥有施加压力、主要是舆论压力的手段。最后，软法是一种过渡性、试行性、没有严格法律意义的规则，它可能通过某种程序变成硬法。

软法是在第二次世界大战后国际社会不断发生重大变化的历史环境下产生的，它是一个范围广泛的法律现象。科学技术的进步引起在一些新领域中制定调整各国交往关系的法律规则的问题，既然这是新的领域，各国对于制定什么样的规则都没有经验，但又非制定不可，因此，制定灵活性很大的软规则才可以获得各国的赞同，例如环境保护法（1972年斯德哥尔摩宣言）就是软法。② 社会主义国家和许多新兴独立国家的出现，产生了意识形态领域的各种斗争，也引起制定软规则来协调各国的关系。但是，最重要的方面是国际经济法中的软法现象，这正是本文所要着重讨论的。

一、旧国际经济秩序的建立与国际经济软法的制定

国际经济法是指调整国家间的经济关系的规则。③ 法国有人提出“国际经济公法”一词，④ 即是指此种意义的国际经济法。国际经济秩序是指根据国际经济法建立的相应的国际经济交往关系，有怎样的国际经济法，就会建立怎样的国际经济秩序。

第二次世界大战后的国际经济秩序，是在许多第三世界国家尚处于殖民统治下的无权地位的时候，主要由西方国家抢先制定国际经济法而建立的。在美国总统罗斯福的倡议下，一

① 马南：《国际公法》，1979年法文版，第405页。

② 雷纳一让·杜比伊：《宣告法与纲领法：从自生的习惯到软法》，载《图卢兹讨论会：国际公法的制定》，1975年法文版，第60—61页。

③ 马南：《国际公法》，第403页。

④ 法国《（拉鲁斯）大百科全书》，1974年第11卷，第6778页。

九四四年七月举行了布雷顿森林会议，经过对美国财政部长摩根准备的协定草案进行讨论之后，签订了国际货币基金协定和国际复兴开发银行协定，统称布雷顿森林协定（一九四五年十二月二十七日生效）。此后，联合国经社理事会于一九四六年决议召开一次关于贸易和就业问题会议，以便建立国际贸易组织，并指派一筹备委员会草拟该组织的公约，一九四七年八月完成草拟工作，同年十一月至次年三月在哈瓦那举行了联合国贸易和就业会议，通过了国际贸易组织宪章，即哈瓦那宪章，尚待召开该组织的第一届成立会议。但是，组成筹委会的各国政府（主要是工业发达国家的政府），在草拟该宪章的同时，却决定在该组织成立之前先就彼此间降低关税率及减少其他贸易限制进行谈判，结果又另草拟一项多边条约，一九四七年十月三十日在日内瓦签字，次年一月一日生效，这就是关税及贸易总协定，而哈瓦那宪章则因一些西方大国拒绝批准而未执行。布雷顿森林协定和关税及贸易总协定是战后实施的国际经济法的两个基本文件，也是战后建立的国际经济秩序的基本法律依据，布雷顿森林协定保证着财政金融最强大的国家的优势，而关税及贸易总协定则保证着商品生产出口工业大国的贸易利益。所以这种国际经济法是为发达的工业国家谋利益的，是极不利于第三世界国家的。

随着历史的发展，战后的国际社会中又逐渐发生巨大的变化，其中之一是摆脱殖民统治的新兴独立国家日益增多，其二是西方资本主义国家中跨国公司垄断资本的发展，这就引起制定新的国际经济法规则的问题，由此开始了国际经济法发展的新阶段——制定软法的过渡阶段。第一，由于跨国公司垄断资本的发展，发达工业国家之间的经济交往关系发生了“你中有我，我中有你”的纵横交错的情况，经济危机又一再冲击着资本主义世界，资本主义国家间的经济利益冲突加剧，这就需要用新的规则来调整它们之间的新的经济关系。资本主义国家都希望制定能为自己谋取最大利益的法律规则，这样，它们便勾心斗角。互相妥协的结果，便制定出软规则作为暂行性、过渡性、可以相互对等地自愿遵守的规范。例如，由布雷顿森林协定建立的三十五美元兑换一盎斯黄金的金本位货币体系崩溃了，国际货币基金协定的一些相当硬性的严格规定行不通了，于是修改该协定的第二个修正案，便把恢复稳定汇率的条款作为一个无拘束力的长远目标。而更具体的条文，则是批准暂时实行浮动汇率。又例如欧洲经济合作与发展组织一九七六年六月通过的跨国公司行为“守则”，正是协调它们之间在跨国公司问题上的相互关系并应付第三世界国家的软法规。

第二，摆脱殖民地地位而独立的发展中国家，逐渐意识到现行国际经济法对它们的极大不利，它们要求制定新的国际经济法和建立新的国际经济秩序，以调整它们同资本主义发达国家之间的经济交往关系。它们要求享有发展它们的经济、社会、文化的权利，以消除长期殖民主义残酷剥削统治遗留下来的贫穷落后。基于这一要求，它们争取进行了两方面的立法。一方面，它们争取改变、至少是改进布雷顿森林协定建立的国际金融体系，例如一九六〇年争取成立了国际开发协会，作为国际复兴开发银行的附属机构，对贫穷的发展中国家提供长期的资金。又例如它们争取修改关税及贸易总协定，主要是在联合国贸易与发展会议主持下给总协定增补了第四部分，规定发达国家对发展中国家不实行相互给予最惠国待遇规则，而是给予发展中国家以非对等的关税优惠。另一方面，发展中国家又在联合国中争取制定新的国际经济法规则，据以建立新的国际经济秩序。在这方面，联合国大会主要通过了下列主要文件：一九六〇年关于自然资源永久主权的1515（XV）号决议，一九六一年关于联合国第一个十年发展的1710（XVI）号决议，一九七〇年关于第二个十年发展的

国际发展战略的2626（XXV）号决议，一九七四年关于《建立新的国际经济秩序宣言》和《建立新的国际经济秩序的行动纲领》的3201（S—V）号决议和3202（S—V）号决议，一九七四年十二月关于《国家经济权利与义务宪章》的3281（XXIX）号决议，等等。但是，一些西方法学者指出，发展中国家争取制定的关税及贸易总协定第四部分是软法，联大制定的这些新国际经济法很大部分都是软法，都没有真正的法律拘束力。就西方学者而言，他们指出这是软法，目的在于贬低发展中国家努力多年制定的这些国际经济法的法律价值，以达到维护现行国际经济法以及据以建立的旧国际经济秩序的目的。但是，事实上，第三世界国家的确迄今仍处在旧国际经济秩序的统治之下，在国际经济交往中处于十分不利的地位，所以它们目前才越来越穷困。当然，我们一方面指出西方学者提出软法学说有他不可告人的目的，另一方面，我们也应清醒地看到，这许多新的国际经济法文件的确是没有多大拘束力的。这些文件是国际力量对比的妥协产物，它们只是暂时性、过渡性的软规则，是制定有拘束力的新国际经济法和建立新的国际经济秩序的前奏，联合国大会能制定出这许多文件已经是争取建立国际经济新秩序的斗争中的一个重大胜利了，更何况软法规则也有一定的法律作用呢。

二、国际经济软法的法律作用与用途

各种软法也有不同程度的一定的法律作用，也有其一定的用途。软法如果是一个国际机构通过的，它起码可以拘束该国际机构本身。例如联大通过的一些宣言虽然只是向会员国提出的无拘束力的建议，但在联合国内部却是有拘束力的。例如一个接受软法的国家违反软法规则，别的接受国便不再有义务对该国遵守软法规则。一个国家公开表示接受软法，便可以使该国依软法规定采取的步骤合法化。例如，假如一个发达国家接受发展中国家应加强它们之间的经济合作的原则，那么，当它们之间的合作导致歧视从该发达国家进口的商品时，则该发达国家不得指责这是违反国际法的。当然，问题在于发达国家会死命不接受此类原则，这正是软法的“软”之所在。再者，接受软法规中的规则，便起一种制止变更态度的作用，因为一个国家不能接受一条原则而在行动中又违反此原则，除非情势发生根本性改变（这时自应适用情势变更条款）。软法规也是在大部分政治、科学辩论中双方可以使用的论据。因此，制定或接受软法规的一些国家同未制定或未接受软法规的国家进行辩论中，便有“法”可据，从软法获得法律依据，从而取得策略上的巨大好处。

有些软条款在仲裁中也是有法律作用的。例如，一九五三年二月间缔结的关于德国外债的伦敦协定第一附件第二段，是一条谈判约定，规定在此次交换意见之后，“将进一步举行讨论，讨论结果倘被赞成，则应列入政府间的协议”，这是一个软条款，但德国外债仲裁协定仲裁庭解释说：“一个谈判约定也不是没有后果的。它意味着双方会一秉善意作出努力，通过妥协以求得彼此满意的解决，即使这意味着要放弃强烈坚持的过去的立场也罢。……协定的语言不能解释成意味着双方打算坚持先前的立场和坚持对方完全投降……谈判约定包含着同对方打交道以求达成协议的谅解”。① 国际商会也制定有软法规，它的软法规虽非政府代表制定，但却有相当的法律效力，特别是在该商会主持下进行仲裁中，其软法规便得到适用，因为当事人既接受它的仲裁，便意味着接受它制定的软规则。该商会的软规则亦为别的仲裁法庭所援引，作为国际商业习惯存在之证明。

① 赛德尔—霍亨维德恩：《国际经济“软法”》，第194—195页。

最后，特别应该一提，制定软法也是发达国家对第三世界国家进行经济斗争的重要法律手段。举跨国公司问题为例，西方法学家承认跨国公司对某些发展中国家的危害是巨大的，亨金就曾指出，“第三世界国家越来越为它们过份依赖一个或多个跨国公司所产生的政治、社会、经济后果所苦。某些公司的规模之大和经济实力之雄厚，使得与之打交道的许多政府相形见绌，从而使它们的讨价还价关系变成畸形，产生了贪污腐败，给它们的社会带来不愉快的后果。这些公司实际上可以决定当地经济的形态与内容、当地资源的使用、可动用资金的调拨、劳动力的分配、以及消费者的利益；它们指挥和限制着工艺技术的发展”。① 发展中国家早已意识到跨国公司对它们的危害，因此，它们在联合国中要求制定规则限制跨国公司的活动。经社理事会一九七四年决定成立政府间的跨国公司委员会进行这项工作。但在讨论中，发展中国家坚决主张制定对跨国公司有拘束力的硬法规，而西方发达国家则坚持只能制定由跨国公司自愿遵守和各国自愿采用的软法规，双方相持不下。于是欧洲经合组织竟于一九七六年抢先制定出一个跨国公司行为守则的软法典，作为发生争议时可以在辩论中加以援引的法律依据。② 这是一部给予接受它的国家以有利于跨国公司的义务的法规，而西方法学者却大造舆论，鼓吹第三世界国家应接受它。实际上，发达国家在联合国中已相当成功地运用制定软法的办法，来缓和它们同发展中国家之间的经济矛盾，同时维护了它们制定的现行国际经济法。有的西方学者承认，“软法的主要用途在于可以克服追求互相冲突的意识形态目标或经济目标的国家之间的关系中的僵局。一方面，发展中国家肯定会对把有拘束力的条约规则软化到毫无意义的程度感到不满，但它们也不能强迫其他国家接受使它们的最大限度的要求成为习惯国际法或条约法。另一方面，工业化国家则已表示它们原则上愿意接受第三世界国家的许多要求，但只能以成为软法规则为条件。”③ 由此可见，制定软法是工业发达国家安抚第三世界国家的方法之一，而不是真正满足它们的要求，这正是第三世界国家在争取制定新的国际经济法方面为什么迄今不能根本改变现存旧国际经济秩序的原因之一。

三、国际经济软法的执行

软规则是规定软义务的。那么，在接受软规则的国家不遵守或违反软规则的情况下，别的也接受这些软规则的国家怎么办呢？是否有执行软法的机构呢？怎样执行呢？联合国秘书处曾研究过执行软规则的各种可能的方式。④

一般地说，软规则规定的义务是国家自愿承担的软义务，因此，在一个国家不履行此义务的情况下，别国在同该国的关系中显然也不再有义务适用这些规则。别的国家也可以作为适当的、不过火的反应，作为一种报复。

由于大部份国际经济软规则都是由某个国际组织的文件规定的，因此，执行软法的问题一般都由这些组织的机构去关心，例如联合国秘书处，国际劳工组织理事会，等等。但是，这种执行不是强制执行，而是用“调查程序”来执行。这种程序大体上包括三个步骤：一是报告，包括搜集接受软法的国家执行软法的情况和有关文件与决定；二是磋商或讨论，有关

① 路易·亨金：《国家如何行事》，1979年英文版，第203—204页。
② 彼得·桑德斯：《跨国公司国际行为守则的执行》，载《荷兰国际法评论》第28卷，1981年英文版，第318—320页。
③ 赛德尔一霍亨维德恩：《国际经济“软法”》，第193页。
④ 参见1978年12月22日的E/C．10/AC．2/9号文件第3段（跨国公司问题）。

机构可以主动采取磋商程序，政府也可主动采取①；三是澄清文件的规定。当然，各个国际组织的调查程序不尽相同。就经合组织而言，其理事会作出的政府间关于跨国公司守则磋商程序的C（76）117号决议规定，跨国公司国际投资委员会定期或应一成员国要求就有关守则问题或执行守则中取得的经验交换意见，委员会定期向理事会报告这些问题；该委员会应定期请经合组织的工商业咨询委员会和工会咨询委员会就有关守则问题发表意见，在提交理事会的报告中应考虑这些意见；委员会得根据一个成员国的建议，决定让个别公司就守则的实施问题表示它们的意见，但不对公司的行为作出结论。经合组织的C（79）102号决议代替了C（76）117号决议，规定"委员会将负责对守则作出澄清"，经过澄清，委员会便可确定有关跨国公司的行为是否符合已经澄清的守则的内容，委员会这样作出的结论近乎对有关公司的行为作出的判决，所以委员会的这种程序是一种"准司法"性质的。据布朗潘的统计，经合组织工会咨询委员会曾向跨国公司国际投资委员会提出十五个案件，其中十二个被放弃或撤回，其余三件经过澄清而获得解决。②

国际劳工组织理事会一九七七年通过的《关于跨国公司和社会政策的三方原则宣言》，也是一部有一部分规定跨国公司行为守则的软法。该组织理事会一九八〇年十一月二十一日批准了调查程序，此程序是对该宣言的实施情况提出报告和解释宣言，包括收集情报和作澄清。理事会也设立一常设理事会委员会进行此项工作。

联合国自一九七七年开始的制定《跨国公司行为守则》的工作，迄今尚未完成，故难于详说。但联合国大会制定的其他软法规，大抵也是以类似的程序执行的。例如，被西方法学者称之为国际经济软法的《各国经济权利和义务宪章》，就只规定了软程序。第三十四条规定，联大每五届会议的议程中"应列入各国经济权利和义务宪章一项目"，以讨论各国执行该宪章的情况，包括讨论取得的进展和可能成为必要的改进和增补，并审议和建议必要的措施。这种后续程序也不脱离上述程序范围。而且宪章第三十二条规定，任何国家不得使用或鼓励使用经济、政治或任何其他措施，来强迫另一国家在主权权利的行使方面屈从。这实际上是一条使承担义务的国家（主要是发达国家）完全不履行义务而不受任何报复（更不必说制裁）的保证条款。

此外，关税及贸易总协定第二十三条规定了停止会籍的制裁措施，但这是一种在对等基础上的制裁，主要是起敦促作用，实际上也是一种软程序。③

软程序除起澄清问题、解决争端的作用外，还起舆论压力的作用，因为主管机构在必要时可以公布所收集的情报，从而造成舆论压力以促进磋商。因此，原则上可以说软法只拥有舆论制裁。

但软法配软程序也可能解决硬法无法解决的问题。例如巴吉尔公司案就是一例。美国巴吉尔公司在比利时设一子公司，美国公司决定关闭子公司，根据比利时法律，应由美国资金中拨款作为发给工人的遣散费，但经合组织的跨国公司行为守则未对跨国公司下明确的定义，是软规则，因此，美国公司宁愿让该子公司破产而不承认有因跨国公司关系而拨款的义务。但经合组织的国际投资跨国公司委员会解释该守则说，子公司应遵守比利时的实质法，守则也提到公司是一个整体，而母公司在某些情况下对它的子公司的债务负有道义上的义

① 比利时、丹麦、荷兰政府曾分别在巴吉尔案、赫兹案、巴特科案中主动采取磋商程序。参看桑德斯《跨国公司国际行为守则的执行》，第324页。

② 参看赛德尔一霍亨维德恩：《国际经济"软法"》，第209页。

③ 参见：杜比伊：《宣告法与纲领法：从自生的习惯到软法》，第147页。

务。结果在此基础上根据软程序进行磋商，美国巴吉尔公司、比利时工会与比利时政府三方之间达成妥协，将原工会要求的二亿二千万比利时法郎减为一亿二千万法郎，美国公司则只付二千五百万法郎而告解决。①

四、软法变硬法与建立国际经济新秩序问题

软法是过渡性、暂时性的规则，有些规则并非一软到底，而是可以转变成硬法的。转变的方法主要有二：一是一国把软法引进国内法，则可使软法具有硬法的地位。自然，引进什么软法需要作趋利避害的选择，不可不慎。二是使软法成为国际习惯法，一方面，软法配合软程序对问题的解决，可以视为根据妥协精神或公平原则作出的裁决，假如此裁决在一些案件中作为判例而被援引，则此软法规则便有成为习惯国际法的趋势，另一方面，软法也可以按照通常形成习惯法的程序成为习惯法。

目前国际社会中最大量、也是最重要的“软法”，是联合国大会制定的关于第三世界国家发展权的国际经济法。我们主观上坚决反对说这些新的国际经济法是软法，但客观上它们的确又缺乏拘束力，所以，根据新的国际经济法建立的新的国际经济秩序，目前只能说隐约出现了一个轮廓，实际尚未建立起来，因此，包括我国在内的第三世界国家目前才竭力敦促举行全球谈判或南北对话，达成协议，以便建立新的国际经济秩序。但是，要达成协议是困难的，因为西方学者已经“建议，宜用制定软法的方法来克服南北对话中的僵局，而且对第三世界国家来说，这应该是可以接受的最可行的解决办法”，② 这等于说西方决心只能制定软法。是否有别的办法呢？我国执行开放政策，我国的方针是立足于自力更生。自立更生也是争取软法变硬法的最好保证：第三世界国家加强它们之间的经济合作，实行集体的自力更生，就能从有力的地位出发同发达国家谈判，争取建立以平等互利为基础的新的国际经济秩序。

从研究国际经济软法中可以看出，发达国家和它们的学者对第三世界国家进行着争取国际立法权的极其激烈的斗争，制定国际经济软法正是它们进行这一斗争的重要手段。第三世界国家看来很有必要研究软法，以便在今后的国际立法中有意识地避免制定这类软规则，有意识地利用软规则的某种效力为发展自己的经济服务，有意识地运用制定软规则的方法“以其人之道还治其人之身”。

① 参看赛德尔—霍亨维德恩：《国际经济“软法”》，第209—210页。
② 赛德尔—霍亨维德恩：《国际经济“软法”》第193页。