

# 论国际法在中国的传播及发展

——从“公法”译词展开

吴官政 王传丽\*

**摘要：**丁韪良翻译《万国公法》是西方国际法正式传入中国的开端，他找到了中外两个不同世界秩序和知识系统的共同用语——“公法”，从自然法角度把国际法描绘成超然存在的公理及各国普遍遵守的公正法律，并从中国古世公法中找到近代国际法的源头，为国际法在中国的接受和传播扫清障碍。此后虽历经时代变迁，“公法”概念及义理一直影响中国国际法的定名和发展，今天的中国仍然偏重国际法公理性和道义性价值。国际法产生伊始，其本质是国内契约法体系在国际社会的扩展，并非类似国内法意义上的“公法”。随着国际法的发展，特别是国际组织造法的涌现，国际法的公法特征不断增强。中国可以利用自身深厚的公法文化传统，为“公法性”国际法的发展提供方案和智慧。

**关键词：**万国公法 公法 公法中源 国际法 国际组织造法

国际法是西方近代文明的产物。1625年荷兰法学家格劳秀斯（Hugo Grotius）发表的《战争与和平法》开启了近代国际法理论先河。1648年欧洲三十年战争结束后签订的《威斯特伐利亚和约》建立起了主权国家体系，奠定了近代国际法形成的社会基础。此后，国际法在欧洲蓬勃发展并臻完善。中国相对封闭的独特地理环境，加之自秦以来就处于大一统的封建王朝统治，形成了“中央王国”的“天下”观念，在中国漫长的历史上一直是有“国”而无“际”，没有发展国际法的基础。<sup>①</sup>因此，如何勤华教授所言，中国近代国际法整个法域几乎都是从西方移植进来的。<sup>②</sup>

## 一 “公法”译词与概念迁移

近代以来，西方国家凭借船坚炮利打开了中国的国门，中国传统的世界秩序开始坍塌。从天朝上国跌落到求平等国家地位而不可得的半殖民地国家，晚清政府被迫开始了解主权国家及近代

\* 吴官政，中国政法大学国际法学院国际法专业博士研究生；王传丽，中国政法大学教授、博士生导师。

① 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第365页。

② 何勤华：《〈万国公法〉与清末国际法》，载《法学研究》2001年第5期，第137页。

国际关系形态，这促成了规范这种新型国家关系的国际法传入中国。我国学术界普遍认为，近代国际法正式、系统地传入到中国始于19世纪60年代《万国公法》一书的翻译出版。1862年，清政府设立同文馆并聘请美国传教士丁韪良（William Martin）为总教习，丁韪良接受美国驻华公使华德（John H. Ward）的建议，将美国学者惠顿（Henry Wheaton）所著的《国际法原理》（*Elements of International Law*）翻译成中文，<sup>①</sup>然后由美国公使蒲安臣（Anson Burlingame）呈送总理衙门，请求出资刊行。清政府派员对译稿进行编校后，于1864年正式出版题名为《万国公法》的译本。《万国公法》是中国引进的第一部西方国际法著作，因此也成为了中国构建国际法体系的开端，“它从框架体系、结构内容、制度原则乃至思想观念等各方面，将西方国际法移植进了中国，从而对中国法律学界产生了巨大的影响。”<sup>②</sup>

《万国公法》对中国的巨大影响自其书名“公法”译词开始，该书名为“万国公法”，但“万国”二字主要起修饰作用，重点在于后两个字“公法”上，实际上该书仅在书名、序言和凡例中出现“万国”前缀，正文中均只有“公法”译词。自该书出版后，“公法”就成为了中国近代国际法的名称，深远影响着中国国际法学的性质和发展方向。

国际法（*International Law*）一词在西方形成经历了一个漫长的过程，其最初起源于罗马法的拉丁文“*jus gentium*”（汉译“万民法”）。万民法是调整罗马公民与外国人之间以及外国人与外国人之间关系的法律，与之对应的是只适用于罗马公民之间的市民法（*jus civile*）。格劳秀斯在《战争与和平法》中使用“*jus gentium*”来称谓调整国家间关系的法律，其后“*jus gentium*”被译为英文“*Law of Nations*”（汉译“万国法”）。18世纪，英国法学家边沁（J. Bentham）在其《道德及立法原理绪论》一书中正式使用了“*International Law*”代替了“*Law of Nations*”，他认为“*International Law*”更准确地表达了国家间法律这一含义，该词遂成为西方表述国际法这一学科以及法域的通用术语。<sup>③</sup>丁韪良将惠顿原著中“*jus gentium*”“*Law of Nations*”“*International Law*”统一翻译为“公法”。和“万民法”一样，西方“公法”概念同样源于罗马法，也是一个国内法上的概念。自罗马法学家乌尔比安在《学说汇纂》提出公、私法分立以来，其划分标准一直没有形成统一的认识。一般认为，凡涉及公共利益、公共主体、服从关系、管理关系和强制关系的法即为公法；凡属个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法。

西方国际法的名称及内容，其并无国内法上“公法”之意蕴。按照德国国际法学者赫夫特尔（Heffer，丁韪良译为“海氏”）的观点，罗马法学家所使用的“*jus gentium*”包括两个分支。一是各国人民的自然权利，这类权利为世界各国所公认并一体通行；二是指各国交往规则。他认为现在该词专门指对外交往规则，可以称为“外部公法”，以区别于各国的“国内公法”。<sup>④</sup>丁韪良在翻译时也指出“今时所谓公法者，专指交际之道，可称之为外公法，以别各国自治内法也”<sup>⑤</sup>，但是译文没有明确再现内、外公法概念的区别，也没有陈述公法、私法完整的概念。其

① 惠顿的《国际公法原理》英文版至少存在8个版本，关于丁韪良所翻译使用的版本我国学界有不同看法，有学者认为应是1836年第1版或1846年第3版，晚近多数学者认为应是1855年美国波士顿出版的英文第6版。参见张用心：《〈万国公法〉的几个问题》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2005年第3期；傅德元：《丁韪良〈万国公法〉翻译蓝本及意图新探》，载《安徽史学》2008年第1期。

② [美]惠顿：《万国公法》，[美]丁韪良译，何勤华总校，中国政法大学出版社2003年版，第10页。

③ 刘达人、袁国钦：《国际法发达史》，商务印书馆1937年版，第16页。

④ Henry Wheaton, *Elements of International law* (Boston: Little, Brown and Company, 6th edn, 1855), p. 29.

⑤ [美]惠顿：《万国公法》，[美]丁韪良译，何勤华总校，第16页。

实,原书作者惠顿对于内部公法和外部公法的称谓并不认可,他认为分别叫宪法和国际法(International Law)更为正确。<sup>①</sup>但丁韪良将后者翻译为“论此者尝名为外公法,俗称公法,即此也”,<sup>②</sup>这一翻译混同了原书中的几个国际法的概念和内外公法的界分,统一替换为“公法”,这种简化概念一方面避免了国际法性质和效力方面的争议,另一方面也为译者的翻译和操控留下了空间。从整部译作来看,丁韪良有意按照国内“公法”来类比诠释国际法,为国际法在中国的传播及发展烙下深深的“公”字印迹。

“万国公法”这一书名本身就已经具备了译者希望传递的意义。原作中的“国际”仅体现“在国家间发生”,并不能凸显出法的适用范围,而“万国”则将范围扩大到世界上所有国家,体现出国际法适用的普遍性,为此他还特意在该书正文前插入了原作中没有的世界地图,使“万国”二字显得名正言顺。原作书名中的“原理”(elements)一词表明了该书的理论和教育功能,而译为“公法”则转化成了法律的规范和指引功能,蕴含着国际法在国家间的强制适用性。从该书兼有译者自序和译本说明的“凡例”的第一条也证实了译者的这一意图,他在解释书名由来时指出:“是书所录条例,名为《万国公法》,盖系诸国通行者,非一国所得私也。又以其与各国律例相似,故亦名为《万国律例》云。”强调“公法”是被各国普遍遵守并被夸大等同于各国共同的律法。事实上,刚开始时清政府大部分官僚确实将《万国公法》视为一部各国通用的法典,而非一本国际法学著作。在该书正文中,译者通过大量增删的方法进一步强化了国际法的公法色彩。如开篇的“天下无人能定法,令万国必遵;能折狱,使万国必服。然万国尚有公法,以统其事,而断其讼焉”,即是对原著的改写和扩写,原作只是客观陈述没有立法或司法当局能够立法来规范各国间的关系,因而只能从公义原则中寻找解决之法。<sup>③</sup>可是,译作先承认天下无人能定法,但笔锋一转,提出了万国尚有公法,且这个“法”是能“统其事,断其讼”的。根据我国学者的详细研究对比,该译本中多次通过增加、删减或置换信息的翻译策略屏蔽了否定或弱化国际法法律性质的观点,删除了对国际法各种名称及意义的讨论、国际公法和国际私法的区分等,有意模糊了自然法和成文法的界限。<sup>④</sup>丁韪良力图将国际法视同具有普遍适用性甚至有强制效力“公法”的译法与原著中惠顿的观点相悖。惠顿在原著第一章第十节就明确不同意赫夫特尔提出的国际法的一部分具有罗马公法之意或人类共有法的说法,为此他逐一引述格劳秀斯、宾克舒克、莱布尼茨、孟德斯鸠等人的理论学说,就是要说明并不存在世界各国都普遍遵守的国际法。因此,有学者指出:“严格地说,丁韪良的作品并不能被看作是译本,而是惠顿著作的解释性意译。”<sup>⑤</sup>

结合当时的历史背景,丁韪良译作定名“万国公法”还有深层次的原因。19世纪中期虽然国际法(International Law)一词已广为流传,但西方学者对于国际法名称仍然有争议,来自罗马法的旧词万国法(Law of Nations)仍被大量使用。根据日本学者考察,“International Law”和“Law of Nations”在西方法学界存在微妙但关键的区别,“Law of Nations”指国际法理论方面,表

① Henry Wheaton, *Elements of International law*, pp. 14 - 15.

② [美]惠顿:《万国公法》,[美]丁韪良译,何勤华总校,第28页。

③ 惠顿1855年第6版原文为“*There is no legislative or judicial authority, recognized by all nations, which determines the law that regulates the reciprocal relations of States. The origin of this law must be sought in the principles of justice, applicable to those relations*”。See Henry Wheaton, *Elements of International Law*, p. 1.

④ 杨焯:《丁译〈万国公法〉研究》,法律出版社2015年版,第55—102页。

⑤ Immanuel C. Y. Hsü, *China's Entrance into the Family of Nations* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960), p. 129.

示必须遵守的规则，带有一种普遍价值的自然法色彩；“International Law”指国际法实用方面，为实际遵守的规则，更强调国家间互订条约、默许这样的实证意涵。<sup>①</sup> 随着19世纪实在法学派在西方法学界逐渐占据优势，国际法领域自17世纪以来的自然法传统也正在被更具有实证主义特征的国际法理论所取代，原书作者惠顿顺应形势，倾向选择实证色彩更浓的“International Law”这一术语，而丁韪良则显然仍受传统自然法的影响，按照自己的理解和意愿将体现自然法精神的国际法译介给中国，并尽其所能地在译文中减弱实证主义的影响。

从中国当时面临的环境来看，把中国纳入西方的世界秩序是当时西方各国的共同目标。丁韪良翻译该书背后受到西方国家的推动，是与西方特别是英美对华政策直接呼应的。鸦片战争后列强涌入中国，但清政府对现代国际法一无所知。西方国家迫切需要中国了解并遵守国际法，该书翻译就是美国公使蒲安臣建议的。英国公使布鲁斯（Fredrick Bruce）指出：“这本书会有用的……可以让中国人看见西方国家也有道理可讲，他们是按照道理行事的。武力并非是他们唯一的法则。”<sup>②</sup> 所以该书只有将国际法描绘成超然存在的公理、各国普遍同意的“公法”，才能使中国更加重视和遵守。当时，虽然中国“天下共主”观念下的宗藩体制随着列强入侵受到强烈冲击，但“天朝上国”心态和严防“以夷变夏”的思想并未被彻底冲垮。因此，要让中国人接受国际法并受之约束面临着非常大的障碍，翻译作为一种跨文化语言的“沟通”就需要克服这种障碍，需要在目标语言中找到对应的语词作为桥梁，让学习者容易理解原作并接受译者语意迁移。近代中国和西方国家并非结构对等的社会政治环境，很难找到一个和国际法对应的词汇。丁韪良找到了中国传统文化思想中的“公法”一词，进而创造了“万国公法”的译词，移植入国际法理念，实现了东西方“公法”概念的迁移，以此为基础在中国构建起近代国际法系统。

哥伦比亚大学刘禾教授在研究“跨语际实践”的翻译时指出，翻译者是外交家，因为译者要沟通两个不同的文化，要使得不相同的语词可以互通可译，建构一个大致的对应关系。<sup>③</sup> 在确立语词之间对应关系的背后，往往暗含译者将某些特定认识论、世界观和价值观创建甚至是强加到目标语言文本里，从这种意义上说，翻译者也是造法者。不过翻译者的立法权威一般不是来自国家强制力，译作理论只是立法的种子，文法的接受最终源于市场流通和广泛接受。<sup>④</sup> 事实证明，丁韪良的这一翻译策略非常成功，他通过“公法”概念迁移，回避了对国际法复杂的词源考据和实证法学对国际法效力的质疑，并按照自己的理解和意愿将中国人引向了对基督教的、自然法的、正义的和普遍的国际法认识，极大地促进了国际法在中国的传播和接受。

## 二 “公法中源”思潮与国际法的传播

相较于西方“公法”的概念，汉语中的“公法”并非一个确切的法律术语，一般被用来指

① 赖骏楠：《“万国公法”译词研究——兼论19世纪中日两国继受西方国际法理念上的差异》，载《法律科学》2011年第2期，第6—7页。

② W. A. P. Martin, *A Cycle of Cathy; or China South and North with Personal Reminiscences* (New York, Chicago, Toronto: Fleming H. Revell Company, 1896), p. 234.

③ See Lydia H. Liu, *The Clash of Empire: The Invention of China in Modern World Making* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2009), p. 1130.

④ 陈一峰：《国际造法问题的理论再造——评村濑信也〈国际立法——国际法的法源论〉》，载《国际法研究》2014年第1期，第128页。

国家的法律,<sup>①</sup>此外还有着其他深厚复杂的含义。“公法”在汉语的语词结构上为偏正式复合词,在语义上以后一语素“法”为中心,“公”为限制、修饰的语素,决定着“法”的性质和意义。根据日本著名汉学家沟口雄三的研究,中文“公”一词最早源于共同体政治领域,在周代以前就作为氏族首长的尊称出现过,并逐渐发展成共同体及共用物的代称,随着政治机构的完备,产生了“公门”和“私门”的对应关系,到秦、汉时已被用来指代国家、朝廷和官事。<sup>②</sup>在国家朝廷的政治共同体这一“公”的主轴上,“公”还延伸出了更多的意义。从《礼记·礼运篇》里“大道之行也,天下为公”的大同思想,到秦相吕不韦所说的“昔先圣之治天下也,必先公;公则天下平,平得于公”的治国理念,<sup>③</sup>“公”蕴含着政治意义上的公开、公平、公正之意。进入宋代以后,“公”逐渐与天理、人欲的概念相结合,从公共政治领域横向扩大到适用于一般民众,成为天理之公、人欲之私的普遍性理学命题,“公”被赋予同私情、奸邪、偏私等严格对照的伦理性,等同于“天理自然”和“仁义”,带有原理性和普遍性,几乎与天理具有同样的规范性。<sup>④</sup>与“公”的概念相对应,“公法”在中国古代被用来指代国家的法令、公平公正的法律等,也带有浓厚的普遍性、公理性和强制性的色彩。“公法”一词最早见于先秦法家著作中,如《管子·任法》:“臣有所爱而为私赏之,有所恶而为私罚之,倍其公法,损其正心,专听其大臣者,危主也。”《韩非子·有度》:“故当今之时,能去私曲就公法者,民安而国治;能去私行行公法者,则兵强而敌弱。”这里的“公法”与“国法”同义,是历代人们所普遍遵守的行为规范。自《万国公法》开始,国际法也被称为“公法”,即国际法在中国跨越了语义间隔一跃而达到“国法”地位,这可能也是译者所欲达到的目的之一。

丁韪良找到了中外两个不同世界秩序、知识系统的共同用语——“公法”,使《万国公法》一经问世便引起中国学界对“公法”的探讨和比附。在《万国公法》序言中,清外交官张斯桂就将欧美世界秩序比作春秋列国格局。在这种跨时空的时局比附得到认同后,中西国际法文化相似性对比就会自然进入视野,不少中国知识分子认为西方列强之间大小相维、相互竞逐之势,以及战争、霸权、结盟、谈判、联合、分裂等国际交往规则,颇有春秋战国之形迹。丁韪良率先提出了“中国古世公法论”,称“本东周列国往来之例,以示中国早有公法之意”。春秋战国时期,“会盟聘伐之事盛极一时”“则其间玉帛兵戎,必有成规可守,而公法之条例,即于是乎存”。<sup>⑤</sup>他提出以《春秋》为代表的儒家典籍堪称中国古代国际法著作,而中国古代国际法是近代国际法的源头:“盖公法萌芽于古之中国,希腊渐扩渐充至于今日而大备。”<sup>⑥</sup>而且《万国公法》一书所带有的强烈的自然法色彩,给人印象就是国际法乃中国语境下的超然的天理法则,在该书第一章释义明源中就将公法解释为本于公义且出于天性之法,公法可分为天理自然之法和诸国公议之法,前者乃世人天然同居当守之法,即“性法”,也应称之为“天法”;后者是在“性法”基础上“以明各国交际之义”之条规,此后章节中“性法”一词屡屡出现,在不同语境中被诠释为

① 《辞源》对“公法”的解释便是“国家的法令”,并举例“君宠臣,臣爱君;公法废,私欲行;乱国也”。(《尹文子·大道下》)参见《辞源》(修订本),商务印书馆1983年版,第312页。

② [日]沟口雄三:《“公”的概念在中国和日本的区别》,冉毅译,载《船山学刊》1999年第2期。

③ 《吕氏春秋·贵公》。

④ [日]沟口雄三:《中国公私概念的发展》,载《国外社会科学》1998年第1期,第61页。

⑤ [美]丁韪良:《中国古世公法论略》,载梁启超编:《西政丛书》,清光绪二十三年慎记书庄石印本,第1页。

⑥ [美]丁韪良:《中国古世公法论略》,载梁启超编:《西政丛书》,序第1页。

“天理”“天性”“本性”“道理”等诸义。由此，国际法通过“公法”——“自然法”——“性法”的路径进入了汉语思想系统，特别是与传统哲学相呼应，按照中国哲学对天、命、性、道等相关术语的理解，性者理也、理者天也，天理是绝对化、普遍化和神圣化的，于是公法也就具有了相应的意蕴。通过春秋公法的比附和中国传统哲学义理的沟通，“公法中源”说很快被中国学者发扬光大并推向极致，甚至将中国语境之“公法”上升为万国之法，万世之法。<sup>①</sup>

“公法中源”理论根本目的在中国移植西方国际法奠定理论基础，以迎合当时中国的现实需要。一方面，丁韪良试图通过附会“中国古世国际法”让中国人接受西方国际法的合法性，为国际法在中国的传播扫清障碍；另一方面，当时晚清政府和知识分子也都意识到国际法的重要作用，急需解决国际法中国化的问题。“公法中源”避免了顽固派华夷之辩“以夷变夏”的诋毁，可以说学习国际法不过是“礼失求诸野”“以中国本有之学还之于中国”；<sup>②</sup>也防止了激进派“儒学无用”的论调，它以儒学的内在脉络作为建立普遍主义世界观和公法观的依据，维持了中国本位和文化中心主义的传统。“公法中源”成为构建中西互通的理论基石，有效地加速了西方国际法在晚清中国的接受和传播。

清政府最初对《万国公法》采取功利主义的态度，认为其主要作用是“制服领事官”之法，<sup>③</sup>在其意识里中国尚处于公法之外，但随着“公法中源”理论的兴起，清朝多数官员很快转变了看法，如两江总督端方认为：“西人之公法，即中国之义理，……常人得之以成人，国得之以立国。”执掌清廷大权的李鸿章指出：“公法者，环球万国公共之法，守之则治，违之则乱者也。”<sup>④</sup>清政府中不少官员在十九世纪七八十年代就开始从中外交涉的角度极力强调公法外交的重要作用，对公法外交理论进行了阐释并运用于具体实践，力图做到“矩细事宜皆得按公法以与友邦辩论”。<sup>⑤</sup>当时中国学界对公法的推崇也达到了空前程度，他们依据传统理论和信念对国际法大加赞誉，最典型莫如郑观应从“义”“理”角度的解释：“其所谓公者，非一国所得而私，法者，各国胥受其范。然明许默许，性法例法，以理义为准绳，以战利为纲领，皆不越天理人情之外。故公法一出，各国皆不敢肆行，实于世道民生，大有裨益。”<sup>⑥</sup>《万国公法》的出版和传播在中国掀起了一场翻译和引进国际法的运动，在此背景下，大量的西方国际法著作被引介到中国，如《星轺指掌》《公法便览》《公法会通》《各国交涉公法论》《公法总论》等，这些译作基本上均以“公法”命名。当时的中国知识分子从中国立场和本土智识出发，有效地将传统资源转化为积极的公法理论并予以传播。

“公法中源”理论让中国人对公法规范的国际秩序充满好感，为国际法在中国的接受和传播起到了积极作用，但其缺陷也非常明显。比附中西过程中大量附会牵强甚至妄自臆测，将极度缺乏国际交往经验的中国自身确立为参照系，由此构建起的“公法”理念表面上看似符合近代国际法，实质上仍然受传统思想支配，并未脱离传统的窠臼。通过联想中国春秋公法和天道性

① 张卫明：《晚清“公法中源”说初探》，载《法制与社会发展》2007年第6期，第21页。

② 夏东元：《郑观应集》（上册），上海人民出版社1982年版，第276页。

③ 宝璽：《筹办夷务始末》，沈云龙主编：《近代中国史料丛刊》（正篇第62辑），第611号，中国台湾地区台北文海出版社1966年版，第2702—2704页。

④ 转引自杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》，载《法学研究》1999年第3期，第129页。

⑤ 张卫明：《晚清公法外交论述》，载《国际政治研究》2007年第1期，第54页。

⑥ 夏东元：《郑观应集》（上册），上海人民出版社1982年版，第67页。

理哲学，以王道政治中的仁义道德原则来体会国际法真谛，致使中国社会不可能正确认识建立于国际交往之上并且规范国家行为的近代国际法。而且“公法中源”理论过于强调从“义”“理”来阐释国际法的法理精神，忽略了国际法的实在法渊源——国际条约和国际惯例，即“往往详于义理略于规条，务于评鹭邦国之是非，而仍未指明界限”，<sup>①</sup>造成理论与实际、实然与应然的断裂，未能跟上19世纪实证主义法学的潮流，也无法解释中外不平等条约和西方列强攫取各种特权的霸权行径。“公法”规范的理想世界秩序与残酷的列强侵扰现实让清政府和当时的知识分子茫然无措，他们既迷惑于自身的传统，又迷惑于面前的世界，在晚清最后的岁月里一直存在着公法是否为公正适用各国的法律的疑问，以及公法究竟可恃还是不可恃的争论。这种既承认又否定的矛盾心态在很大程度上影响了晚清国人对国际法的热情和信赖。

### 三 国际法的定名与“公法”遗传

在“公法中源”理论甚嚣尘上之际，中国的民族危机却进一步加深了。公法并没有阻止列强不断强加给中国的各种不平等条约，一些知识分子对公法的态度从赞美推崇到怀疑动摇。典型的如郑观应对中外不平等条约发出反问：“合彼此而观之，公于何有？法于何有？”并且认识到：“公法乃凭虚礼，强者执其法以绳人，弱者必不免隐忍受屈也。”<sup>②</sup>甲午海战惨败之后，中国开始重新审视日本并兴起一股留日学习的热潮。中文“公法”或“万国公法”向实在法意义上的“国际法”蜕变在一定程度上受惠于留日学生和日本学界的贡献。

与19世纪后期晚清中国对公法的认识限于自然法的普遍性和公理性的价值不同，处于明治维新时期日本顺应了西方实证法学兴起的潮流，非常重视条约、惯例及其实际效力。《万国公法》初刊后便迅速传播到日本，但丁魁良所创造的汉语词汇并不适合日本的政治和学术语境。1873年，日本学者箕作麟祥在翻译吴尔玺的《国际法研究导论》（Introduction to the Study of International Law）一书中以“国际法”替代了“万国公法”，这是“国际法”这一汉语名词第一次出现。<sup>③</sup>二十多年后，“国际法”一词随着中国留日学生的学习、译介传回中国，经历了输出、蜕变、回归后，该词被中国学界所接受和认同，并逐渐代替了“公法”或“万国公法”。正如留日学生林荣编译的《国际公法精义》中指出，万国公法“以其意义为万国之法律，故或释为万国共同之法律，其实国际法者，国与国之法律之谓，而不有万国共通法律之义也，故万国公法之名称，其为此点，颇觉失当”。<sup>④</sup>除了对“万国”共遵之法的批判之外，当时也有对“公法”的法律性质的质疑，认为公法名不符实，具有误导性，这也反映出中国社会对于国际法的认识更趋务实和理性。据统计，在1901年以后中文文献中“国际法”的使用次数开始超过“万国公法”，并在1905年以后大幅领先，到1906年“万国公法”的使用次数大约只有“国际法”的三分之一。<sup>⑤</sup>

① [德]布伦：《公法会通》，[美]丁魁良译，清光绪六年同文馆聚珍版，第1页。

② 夏东元：《郑观应集》（上册），上海人民出版社1982年版，第389页。

③ 丘宏达：《中国国际法名词的研究》，载丘宏达编：《中国国际法问题论集》，中国台湾地区台北商务印书馆1968年版，第29页。

④ 林荣编译：《国际公法精义》，东京译书汇编社1903年版，第3页。

⑤ 金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国近代重要政治术语的形成》，法律出版社2009年版，第242页。

微妙的是，“国际法”一词传入后迅速地替代了“万国公法”，却又在两者之间融生出了一个新的名称——国际公法。对于是否应在“国际法”中加入“公”字，当时学界不乏反对声音。清末国际法学者傅疆 1907 年出版的《国际私法》在讨论国际法名称时，他就指出：“国家间之法律，可以译为国际法，不得加以公（public）之名称。中国前译万国公法，日本改译国际公法，实皆沿用之讹。按欧洲原文拉丁语为 *jus inter gentes*，英语为 *International Law*，皆无公字，仅称国际法而已。”<sup>①</sup> 此后直至民国大多数学者都认为，“公”字实属画蛇添足之举，主要因为公、私法之区别标准为国内法的内容，简单套用到国际法范畴有所不宜。对此，1940 年南京“中央”陆军军官学校《法学教程》就有相关论述：

“但自德国学者谢佛拉著国际私法（Private International Law）后，恐向语之国际法，易与混淆，遂加一公字，以示区别，而成为国际公法（Public International Law），其意似谓国内法既有公私之差别，国际法亦不可不有公私两大支种之对立，实则此种见解，根本谬误。……盖如何辨认法律公私之标准，在国内法上，已辩论纷纭，莫衷一是，如释法律为规定公权力之行动者为公法，则国际法既以国家为本位，其内容自以规律国际之公权关系为主，自属公法无疑。但如认法律为规定统治者间之不平等关系者为公法，则国际法完全以国家相互间对立之平等关系为要旨，岂非又不足以称公法哉。国际法愈至近代，而公私法之界限愈有混合不分之趋势，况国际法自有其独立之地位，以区别国内法公私之标据者，移用于国际法，亦未免有伤国际法之尊严。”<sup>②</sup>

还有学者指出所谓之国际私法本质上并不是国际的，实为国内法，甚至在国内法上也不属于私法性质，没有作为不同分支与国际法区分的必要。<sup>③</sup> 其实国际私法之所以冠以“国际”，主要是着眼它所调整的民事关系超过一国边界，与国际法的“国际”含义并不完全相同。因此，国际私法前辈陈顾远认为把国际私法称为“涉外私法”是较为适宜的。<sup>④</sup>

尽管自 20 世纪初以来学界对“国际公法”一词异议颇多，但该名称却在中国国际法学界顽强地生存了下来。究其根本原因，中文“国际公法”中的“公”字，最初并非是为了应对“国际私法”而做的划分，也不仅仅是对英美国家国际公法（public international law）概念的简单翻译，而是有其自成体系的历史语义继承意蕴，即对“万国公法”中“公法”名称形式和义理精神的遗传。“万国公法”一词虽因接受日文汉字“国际法”一词而逐步消亡，但“公法”一词保留了下来，特别是公法是各国共同遵守的具有普遍约束力的公共性法律规范这一观念已经在中国深入人心，并成为中国近代国际法学的诞生与发展的重要基础。“公法”作为国际法的代名词在近代中国社会沿袭已久，早已成为一种约定俗成的表达，如欲改变也非常困难。从 20 世纪初至今，“国际公法”在中国就成为了国际法这一法律学科和法律体系的通用名称。

从学科史研究来看，学科名称的确定往往是一门学科形成的直接标志。学科名称界定了一门

① 傅疆：《国际私法》，天津丙午社 1907 年版，第 15 页。

② 李景禧、彭昌国、季灏：《法学教程》，南京“中央”陆军军官学校印行 1940 年版，第 338 页。

③ 这方面的观点论述详见熊元翰、熊元襄：《平时战时国际公法》，安徽法学社 1911 年版，第 1—8 页；朱采真：《国际法》，上海世界书局 1929 年版，第 2—3 页；王惠中：《国际法纲要》，中华书局 1935 年版，第 2 页。

④ 陈顾远：《国际私法总论》（上册），上海法学编译社 1933 年版，第 103—104 页。



学问的基本范畴,成为学科结构层次推演的起点,并且能够准确地揭示这一学科的知识性质、基本特征或主要内容。正如有学者指出:“凡科学,有正确之定义。即有精当之专名,研究之者,顾名思义。得其性质之大略。”<sup>①</sup>就中国近代国际法学而言,丁韪良的“公法”译词直接影响到了学科定名,“公法”成功遗传到国际法名称中去,一定程度建立起了“国际法”和“国际公法”等值或对应关系。对国际“公法”的理解和运用不可避免地影响了我国国际法学科的划分。基于国内法上公法和私法相伴相生的固有观念,国际公法自提出就和国际私法相互对照和纠缠,两者均试图在各自定义中以对方为镜鉴来澄清自己的内涵和外延。在这一思路的影响下,民国时期学者们对国际法定义也开始出现了新的倾向,即将“国际法”和“国际公法”区分开来。国际法被认为由国际公法和国际私法两部分构成,或者认为国际法有广义和狭义之别,狭义的国际法仅指国际公法。<sup>②</sup>

直到今天,国际法学科划分仍然是困扰中国学者的一个问题,但基本上承继了前辈国际法学家对国际法定义的体认或创见。我国现行的国际法学科框架,在国际公法和国际私法之外又产生了国际经济法,呈现出“三国”鼎立的状态,但是“三国法”重叠交叉,相互之间关系和各自涵盖的范围仍是一个见仁见智的问题。一个引人注意的现象是从事国际私法和国际经济法的学者多喜欢使用“国际公法”的概念,这可能和两者有迫切证明各自学科独立性的需求相关,只有独立于“国际公法”才能构建起学科逻辑体系,而主要从事“国际公法”(从学科角度使用“国际公法”)研究的学者则一般都不区分国际法和国际公法。因此,有学者指出,国际法和国际公法的差别仅反映在学科分类这一行政管理层次上,而在国际法研究和教学领域,我国学者通常是将国际法和国际公法作为同一概念交替使用的。<sup>③</sup>

从国际法的法律体系来看,虽然经历时代变迁,国际公法仍然承继了“公法”概念及义理精神,影响着中国对国际法规则的认识及运用。受清末“公法”观念的影响,到民国时期,仍有不少学者就认为国际公法规则是具有普遍性、公理性并统一适用于各国的规则,如周纬在其《新国际公法》中指出,国际社会不能无规则,规则不能不合公道与法理,此国际公法所以为各文明国公共团体中必须之公法也。<sup>④</sup>邱培豪在《平时国际公法问答》中也认为“国际公法规则,本于国家间之公德公义,与大公主义,几无稍差别……”。<sup>⑤</sup>长期积贫积弱和饱受欺凌侵略的环境,使得从晚清到民国时期的中国社会都希望以公理性的“公法”来对抗西方强权和不平等条约,希望用国际法来建立平等、公正、合理国际新秩序。在以国际法进行的反帝反侵略斗争中,中国国家主权逐步恢复,政府修订和废止了大量不平等条约,列强强加的领事裁判权制度也最终被废除,并依国际法规则成功处理了一些外交问题。有学者认为,中华人民共和国政府成立后,对当时国际法体系总体持否定、批判和排斥的态度,拒绝或较少参与国际组织和国际条约,长期保持着“体系外国家”心态。<sup>⑥</sup>一方面,这是因为新中国对西方国家主导的国际法体系存在根深

① 宁协万:《现行国际法》,商务印书馆1927年版,序言第7页。

② 这方面的观点详见周纬:《新国际公法》,商务印书馆1930年版,第1页;孙绍康:《最新国际公法》(自行刊印)1931年版,第1页;邱培豪:《平时国际公法问答》,上海大东书局1930年版,第27页。

③ 莫世健主编:《国际经济法》,中国政法大学出版社2008年版,第16—17页。

④ 周纬:《新国际公法》,商务印书馆1930年版,第5页。

⑤ 邱培豪:《平时国际公法问答》,第27页。

⑥ 徐崇利:《“体系外国家”心态与中国国际法理论的贫困》,载《政法论坛》2006年第5期。

蒂固的不信任，认为当时的国际法体系不公正、不合理；另一方面，中国传统上将国际法视为约束所有国家的普遍性规范，担心加入国际法体系会对国家主权构成不当限制或减损，故对接纳和融入国际法体系持谨慎态度。新中国对国际法的重要贡献之一是提出了“和平共处五项原则”，这是从维护国家生存和基于防御立场提出的，还可以放到中国对国际“公法”的历史语境中去理解。新中国希望国际法能确立一些公理性原则，并能够让所有国家都遵守，为新生的国家政权创造平等、公正的国际生存环境。可以说，和平共处五项基本原则仍是中国传统公法义理精神及公法理想在国际法实践上的体现。改革开放后，中国迅速融入国际社会，“体系外国家”心态慢慢改变，特别是加入WTO后，中国成为现有国际经济法体系的重要受益者之一，逐步由“体系的改革者”向更为温和的“体系改良者和建设者”转变。从外交实践来看，中国仍然偏重于国际法的公理性、道义性论述，而在国际法具体的规则运用上尚待加强。

#### 四 公法性国际法的发展

中国人自古以来就有追崇“公”的文化传统，“公”被寄予良好的社会愿望，也包含了深厚的文化情感。从《礼记》中“大同之世”的描绘，到孙中山“天下为公”的理想，最后自然顺畅地指向社会主义公有制，都反映出中国人对“公”的高度认同和追求。“公”所具有的普遍性原理和公正公平的意义极易与民生关切和法律制度相结合。丁韪良正是抓住了“公”这个概念，创造出“万国公法”并重构了中国“公法”的概念，“公法”所具有的符合“上”的公正性及与中国传统“公”文化的结合，使得国际法顺利地为中国人所接受并从传统文化中汲取了发展的动力。晚清以来的士大夫通过“公法”构建的世界理想秩序和想像的国际大家庭充满人类伦理道德价值，他们相信公法将成为世界上所有国家间和平与正义的纽带，在公法秩序下“道同而理一，而地球之人，遂可为一家”，<sup>①</sup>即进入“中外联属之天下”<sup>②</sup>。

但中国人关于国际法的“公法”认识和思想与西方国际法理论和实践都存在一定差异，如中国多数学者理所当然认为的公法性质的国际公法，被西方很多著名学者认为“显然只是私法”<sup>③</sup>或“更高级的私法”<sup>④</sup>。因为国际社会中的国家就像国内社会中的个人，国家自治性和平等性即是国内私法上的意思自治和主体平等原则在国际法上的体现，国际法规则体系可以视为国内契约法体系在国际社会层面的扩展。这种以国家利益为导向的国际公法只是维护国际正常交往秩序的最低限度的规则体系，并不能完全产生中国语境下的普遍性、公理性和强制性的“公法”效果。对国际公法不同认识也导致了中西方在国际法实践上的差异，中国偏重国际法“公法”性质法理的运用，致力于推动和构建新的平等、公正、合理的国际法新秩序；西方国家则更加注重实际问题的解决，通过缔结条约和遵循先例等来确立和维护自身利益。很显然，本质为私法性质而名称为国际“公法”的国际法是无法承载和实现中国人理想中的世界秩序图景的。

其实国际法本身是一个尚不发达的宏观法律体系，和它对应的应该是整个国内法体系，而不

① 王韬：《地球图说·跋》，载《弢园文录外编》，中州古籍出版社1998年版，第361页。

② 薛福成：《筹洋刍议》，载《薛福成选集》，上海人民出版社1987年版，第555页。

③ Thomas Erskine Holland, *Studies in International Law* (Oxford University Press, 1898), p. 152.

④ H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (London: Longmans Green and Co. LTD, 1927), p. 81.

应将其和刑法、民法、行政法等国内部门法并列。<sup>①</sup> 随着国际交往的不断扩大和深入,国内法所有法律部门将来都可能在国际法中找到对应的部门,国际法将逐渐与国内法律体系具有同构性。从国内法上公、私分立的角度来看,存在国际法公、私分立的逻辑可能,即存在着和“私法性国际法”对立的“公法性国际法”。“私法性国际法”即根据国家主权平等和意思自治原则,调整国家间关系的国际法规则或制度,也就是传统意义上的国际法。<sup>②</sup> “公法性国际法”指以超越国家主权的国际公共权力的取得及行使为基础,对国际法主体具有普遍性、强制性约束力的规范或制度,这类规范或制度一般都涉及国际社会公共利益的调整和保护。<sup>③</sup> 在国际法发展的早期阶段,各国联系尚不紧密,国际社会组织化程度不高,难以形成各国共同利益或共同行为准则,因此国际法主要是各国缔结的自利其国的私法性条约和惯例,国家可以通过彼此间的协定和行为来改变任何国际法规则。但随着国际交往程度的加深,各国利益错综复杂地联结在一起,产生了国际社会公共利益以及各国必须遵守的一些强制性规范。公法性的国际法逐渐出现,如“国际强行法”(jus cogens)和“对一切义务”(obligations erga omnes)所包含的规范即是“公法”。当然,“国际强行法”或“对一切义务”只是说明了公法性国际法的原则或某些范围,不足以说明传统国际法结构已经发生变化,实际意义或者说效果导向的公法性国际法是在国际组织出现后大量产生的。

随着国际组织的诞生,出现了调整国际组织内部、国际组织与国家、国际组织与国际组织、国际组织与其他非国家实体,以及国际组织和个人之间的法律规范和制度。这些规范和制度并非都是建立在主体平等或同意的基础之上,很大一部分是建立在管理与被管理者之间的特定权力关系之上,对被适用主体具有一定的强制性效力。在对内方面,国际组织制定的内部机构之间关系、财政安排、劳动人事、职权管辖、议事和决策程序等方面的规则,对组织内部具有强制约束力,这与国内行政机关组织人事法律法规无异,所以也被称为“国际行政法”。<sup>④</sup> 在对外方面,国际组织以国际社会一般性、普遍性或整体性利益为目标,超越个别国家立场和利益的造法活动所生成的规则可以视为公法性国际法,这些规则对国家及其他国际法主体均具有强约束力。过去认为国际组织依据国家之间缔结的条约而产生,不能独立于国家意志而行事,其只能在国家授权范围内制定规则,因而也很难约束国家行为。但这种看法已经落后于国际组织的实践,那些在全球拥有重要影响力的国际组织实践表明,一旦国家成为诸如联合国或WTO这类对参与国际事务

① 近年来中国国际法学界不断呼吁将国际法学提升为与(国内)法学并列的一级学科,这也得到了教育主管部门的肯定性回应。详见教育部《对十三届全国人大四次会议第8342号建议的答复》,教育部网站:[http://www.moe.gov.cn/jyb\\_xxgk/xxgk\\_jyta/jyta\\_gaojiaosi/202109/t20210907\\_560085.html](http://www.moe.gov.cn/jyb_xxgk/xxgk_jyta/jyta_gaojiaosi/202109/t20210907_560085.html),最后访问时间:2021年10月22日。

② T. Komori, K. Wellens, *Public Interest Rules of International Law: Towards Effective Implementation* (Ashgate Publishing, 2009), p. 2.

③ 我国学者蔡从燕教授是国内较早提出“公法性国际法”理论的学者,他认为“公法性国际法”是指涉及那些超越国家主权的国际公共权力的取得及适用的国际法规则或制度,尤其包括处理国际组织内部、国际组织与国家、国际组织与其他非国家行为体之间的关系。参见蔡从燕:《国际法律体系中的公私法分立》,载《北大法律评论》2011年第12卷第1辑,第35—36页。

④ 1935年内古莱斯科(Négulesco)在海牙国际法研究院做了题为“国际行政法基本原理”的讲座,标志着国际法学者开始系统性地讨论“国际行政法”,1964年弗莱德曼(Friedmann)在《变动着的国际法结构》中把“国际行政法”列入国际法的新领域之一。详见Paul Négulesco, *Principes du droit international administratif*, Recueil des discours, Volume 51 (1935 - I), pp. 579 - 691; Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (New York: Columbia University Press, 1964), pp. 159 - 162.

至关重要的国际组织成员方，国家就被这些国际组织赋予地位、权利及义务，国际组织制定的规则对大多数国家来说，除了接受和遵守并无多少选择的权力。有学者指出，现在国家间横向的、自愿的协定已经让位于那些号称代表集体利益的国际组织发布的纵向的、强制性的规则或命令，要区分一些国际组织及国际公务员的可以采取的制裁与奥斯丁所说的主权者的命令已非易事。<sup>①</sup>国际组织造法改变了传统国际法作为国家间意志协调的私法性质的规则体系，使过去几乎全部由任意性规则组成国际法体系开始具有了强制性效力。可以说，国际组织造法使国际法开始呈现出越来越多的不符合传统国际法“私法性”和“双边主义”的结构特征，国际法开始迈向真正的“公”（public）国际法的旅程。<sup>②</sup>

公法性国际法的出现重构了国际法上的公私关系，由此国际法也具有了一般法理意义上的公法和私法的对应关系，可以使国际公法和国际私法的区分摆脱长期以来的争议。国际组织造法增强了国际法的公法性质。同时，国际法中促进国际合作、保障国际社会整体和个人利益的国际法内容不断增加，其不仅调整横向的国家之间、国际组织之间的关系，也调整纵向的国际社会与国家、个人之间的关系，国际法开始从平面的法走向立体的法，它和国内法之间的界限也将随着时间推移而变得模糊。<sup>③</sup>当越来越多的非国家实体和个人成为国际法主体，国家关系仅成为国际法调整的一部分内容时，国际法也就可能发生质的变化。那个时候“国际法”这一名称是否还合适呢？也许，人类两千多年以来从斯多噶学派到康德等人理想中的“世界法”会悄然来临。“从罗马万民法到格劳秀斯的万国法，再到边沁的国际法，对‘世界法’概念的最终接受，将会导致像‘国际法’取代‘万民法’那一旧概念时发生的深远变化。”<sup>④</sup>如果说“国际法”终将走向“世界法”，那么公法性国际法的出现将是迈向这一里程的重要一步。

法律以社会现实为基础，是社会共同体利益和需要的体现。过去以国家为主导的私法性国际法阻碍了超越国家之上的国际社会利益的形成、确认及维护，不利于国际社会共同体观念、价值的产生。公法性国际法的形成和运用带有强烈的“共同体”特征，能帮助塑造和凝聚国际社会的共通价值和文化的，使国际法从维护秩序之法，向促进国际合作之法及公平正义之法迈进。公法性国际法所蕴含的意义和中国自古以来“天下为公”的文化思想相呼应，其价值和功能暗合了自晚清以来中国社会的公法理想和情结。如果说过去这种被寄予普遍、公正的国际法只能停滞在理想法的阶段，那么在今天全球一体化的背景下，国际组织公共权力的稳步扩大和国际组织造法的不断积累，中国传统的公法理想可以逐渐照入现实。

《万国公法》传入中国以来，中国在国际法领域一直处于追随者和学习者的地位。随着综合国力的提高和国际影响力的增强，中国应以更积极的姿态融入国际社会，参与国际法规则制定和维护。公法性国际法的出现必然会引起国际法结构乃至国际法性质的重大变化，这是作为后进者的中国国际法学界的重要机遇。变化后面的直接推手是大量的国际组织。当今世界主要的国际组

① [美] 何塞·E. 阿尔瓦雷斯著：《作为造法者的国际组织》，蔡从燕等译，法律出版社2011年版，第882—883页。

② Bruno Simma, “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, (2009) 20 *European Journal of International Law* 2, p. 268.

③ 随着全球化发展，治理权威不断向国际层面移动，现在已经有越来越多的国内法管辖事项被逐渐纳入到国际法管辖范围，如今小到家庭关系和食品标签，大到国家如何自我治理及如何对待其国民都逐渐纳入到国际法范围。这方面的论述可参见何塞·E. 阿尔瓦雷斯著：《作为造法者的国际组织》，蔡从燕等译，第882页。

④ [美] 哈罗德·J. 伯尔曼：《世界法》，姜峰、张海燕译，载《山东大学法律评论》第3辑，山东大学出版社2006年版，第1页。

织同样有着浓厚的西方背景，一如对国际法的态度，新中国成立后对国际组织也敬而远之，加入数量和参与程度都比较低，直到改革开放后情况才有所改变。全球化时代面临的各种国内及国际问题往往都超出一国范围，需要从政治、经济、文化、社会到环境、卫生及安全等方面与国际组织密切合作才能得以解决。因此，中国需要积极参加各种类型的国际组织，参与到国际组织的权力分配及运作程序中去，争取将中国和广大发展中国家的权利诉求和原则主张转化为国际组织的行动及规则，以促进和维护平等、公正、合理的国际法治秩序。另一方面，中国也要加强对国际组织及其造法功能的研究。近现代国际法的发展在相当程度上就是一部先进国际法学理念的发展史。中国国际法学界可以利用公法性国际法兴起的契机，尽快形成自己的理论体系，促进和引导国际组织造法工作，特别是要发掘和利用中国传统文化“公法”思想和理念，为公法性国际法发展贡献法律智慧和制度设计方案。国际组织造法也迫切需要注入以中国为代表的东方文化元素和价值理念，避免西方主导的国际组织造法价值体系失衡，使公法性国际法真正体现世界各大文明精华，以此推动国际法体系向更加公正、合理的方向发展。

## **A Study of the Dissemination and Development of International Law in China: From the Translation of “Public Law”**

*Wu Guanzheng and Wang Chuanli*

**Abstract:** The beginning of the formal introduction of western international law into China was the *Elements of International Law* which translated by William Martin, who found the common term between two different world orders and knowledge systems of China and the West——“public law”. On the one hand, from the perspective of natural law, he described “public law” (international law) as a transcendent axioms and a just law universally observed by all countries. On the other hand, he claimed that the international law originated from ancient China Public law, this theory had played an important role in the acceptance and dissemination of international law in China. Although time changed, the concept of “public law” and its doctrines have always influenced the naming and the development of international law in China. Today, China still emphasizes the fairness or moral values of international law in practice and theory. To analyze its nature from the start of the history, international law in essence is the international expansion of domestic contract laws, which are private laws, not public laws in the domestic law system. However, after years of development, the number of “public laws” in international law has increased, especially the laws continuously made by international organizations, which enhanced the “public” feature of international law. China can take advantage of its profound public law tradition in culture, to provide Chinese solutions and wisdoms and contribute to the “public law” development in international law.

**Keywords:** Elements of International Law, Public Law, Chinese Source of Public Law, International Law, International Organization Law-making

(责任编辑: 罗欢欣)