



张琪 著

# 博弈双赢 |

论世界贸易组织争端解决机制中的  
磋商程序



张琪 著

# 博弈双赢

论世界贸易组织争端解决机制中的  
磋商程序

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

博弈双赢:论世界贸易组织争端解决机制中的磋商  
程序/张琪著.—上海:上海人民出版社,2014

ISBN 978-7-208-12161-4

I. ①博… II. ①张… III. ①世界贸易组织-国际贸  
易-国际争端-研究 IV. ①F743

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 055551 号

责任编辑 龙 敏  
封面装帧 吴 桐



博 弈 双 赢

——论世界贸易组织争端解决机制中的磋商程序

张 琪 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷厂印刷

开本 720×1000 1/16 印张 21 插页 4 字数 344,000

2014 年 5 月第 1 版 2014 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12161-4/D·2472

定价 48.00 元

# 序

自第二次世界大战以来,国际关系出现了新气象:以联合国宪章为主体的国际政治新秩序和以国际货币基金组织、国际复兴开发银行以及关税与贸易总协定(今为世界贸易组织)为代表的国际经济贸易新秩序,经过半个多世纪的波折,仍显示其生命力。世界贸易组织,当前虽面临着双边以及多边贸易体制的考验,但在促进世界经济与贸易有序交流方面仍起着主导作用。

世界贸易组织的贸易争端解决机制保证了该世贸体制的有效运作,对此国内外的学术界有较为深入的研究,成果颇丰,但是,研究重点一般都集中在其准司法程序方面,对其另一个组成部分——磋商程序,关心较少,研究成果不多。事实上,世界贸易组织自成立以来,在其受理的争端案件中,一半以上是通过磋商程序解决的,从长远来看,磋商具有更加稳固的双赢基础,可以成为维系双方长期情感的纽带。在一定程度上保证了国际贸易的和谐发展。

本书是对世界贸易组织争端解决机制的磋商程序的专题论著。本书作者在争端解决程序中提出了磋商程序的有效性应当成为世界贸易组织争端解决机制中,外交手段和司法手段的平衡点的观点。一般说来,磋商机制研究的困难较多,这是因为世界贸易组织对争端各方的磋商过程未作信息披露,对此没有精确的统计数据,研究的资料有限。本书作者是通过大量的访谈笔录、文献汇总,加上一些案例分析才突破了研究上的难点,从理论与实践两个方面比较详细地阐明了世界贸易组织争端解决机制中磋商程序的作用与意义,从而把人们的视野从争端双方的对立引向协商谈判,引向和谐,从而双赢。该项研究对我国国际贸易的法律实务和理论研究都有启发。

复旦大学教授

董世忠

二零一四年四月二十二日

## 前言

总算开始执笔写书了,距离上次的成书已经过去五年多了。相同的是都在外国写书,不同的是前一本在瑞士开始写而在德国完成,这本书是在德国开始写而在中国完成。我想我应该首先感谢马普国际公法与比较法研究所提供了很好的研究资源和环境。这次的过程会和第一次一样令我终生难忘。

有了第一次写书的经历,深知过程的不易,与书桌和电脑长期相伴,没有黑夜与白天(德国的夏天黑夜也确实很短,早上五点到晚上九点都是白天)。要想取得效率,就得忍受寂寞,静下心来,全身心地投入到写作中去。看着火车车窗外快速移动的景物,思绪也在快速地流淌,有时自己在中国,有时自己在瑞士,有时在英国,又有时在德国,好像电影蒙太奇的快速切换。但是我知道,过去的已经过去了,现在才是我必须努力要做的。

这一次写书的内容,乍一看与第一本书一样,就像教科书的第一版和第二版,但是这绝对不会是一次简单重复。第一次出版的书留下了两大遗憾:由于第一本书成书在2006年(中国入世的第五个年头),当时中国在世界贸易组织的案例只有两个,虽然书名中有“中国视角”,但是却无法深入分析,成为遗憾之一。另一大遗憾是由于第一本书用英文书写,作者的思维和写作模式无法尽情表达,而母语和外语是有很大区别的,希望在这一本书中能够弥补这一缺憾。除此之外的一个原因是这一领域的研究在中国国内确实还没有,而笔者认为磋商的研究应该引起我们的关注,因为这是相当数量的世界贸易组织成员(包括中国)已经经历过、而且现在正在经历、并且未来仍然必须经历的程序,磋商程序是不可忽略的重要程序。我们应当兢兢业业地走好每一个程序,因为它们的重要性是相同的。

中文专著带给我的意义同英文专著一样——不仅需要国际化的背景,也需要过硬的中国背景,对于国际法学者来说这两者缺一不可。2011年11月到浦东机场去见我的博士生导师 Thomas Cottier 教授,他很自豪地告诉我,我的英文专著在他的系列丛书中销售最好。由此我忖度,其他国家的相关人员对磋商的兴趣不小,为我重新研究磋商提供了依据。我没有告诉他我正在

“重复”过去的这篇博士论文,但是我会使我这次的专著不是简单的英文翻译,其内容会有扩充和完善。我希望成书之后能够给他一个惊喜,虽然他不能读懂中文。

窗外是艳阳高照下的绿树成荫,微风阵阵,树叶摇曳婀娜多姿,间或有悠扬的音乐传来,不由得人浮想联翩。时光蹉跎,必须抓住眼前每一寸光阴,就从今天,就从现在。每天的一小步,换来以后的一大步。

## 缩略字母的中文释义

|       |                                       |
|-------|---------------------------------------|
| AB    | 上诉机构                                  |
| ADR   | 非诉讼纠纷解决程序                             |
| APEC  | 亚洲和太平洋经济与合作组织                         |
| ASEAN | 东南亚国家联盟                               |
| ATC   | 纺织品和服装协议                              |
| CSTQ  | 国家特别关税配额(欧盟)                          |
| DG    | 总干事(世贸组织)                             |
| DISC  | 国际销售公司法案                              |
| DOC   | 商务部(美国)                               |
| DSB   | 争端解决机构                                |
| DSM   | 争端解决机制                                |
| DSU   | 争端解决谅解备忘                              |
| EC    | 欧洲共同体                                 |
| EEC   | 欧洲经济共同体                               |
| FSC   | 外国销售公司法案                              |
| GATS  | 服务贸易总协定                               |
| GATT  | 关税与贸易总协定                              |
| GMO   | 转基因                                   |
| GPA   | 政府采购协定                                |
| GPX   | 关于对非市场经济国家适用《1930 年关税法》中反补贴条款和其他问题的法案 |
| GSP   | 普惠制                                   |
| ICJ   | 国际法院                                  |
| IIPA  | 国际知识产权联盟(美国)                          |
| IMESI | 国内特定税收处理措施(乌拉圭)                       |
| IPR   | 知识产权                                  |



## 2 博 弈 双 赢

|       |               |
|-------|---------------|
| ITA   | 信息技术协议        |
| ITC   | 国际贸易委员会(美国)   |
| ITO   | 国际贸易组织        |
| MFN   | 最惠国待遇         |
| MTO   | 多边贸易组织        |
| NATO  | 北大西洋公约组织      |
| NTFC  | 全国对外贸易理事会(美国) |
| OECD  | 经济合作与发展组织     |
| PCIJ  | 国际常设法院        |
| SCM   | 补贴与反补贴措施协定    |
| SDT   | 特殊与差别待遇       |
| SPS   | 动植物卫生检疫措施协定   |
| TBT   | 贸易技术障碍协定      |
| TMB   | 纺织品监督机构       |
| TRIMS | 与贸易有关的投资协定    |
| TRIPS | 与贸易有关的知识产权协议  |
| USTR  | 美国贸易代表        |
| WTO   | 世界贸易组织        |



# 目 录

|                          |    |
|--------------------------|----|
| 序 .....                  | 1  |
| 前言 .....                 | 1  |
| 缩略字母的中文释义 .....          | 1  |
| 引言 .....                 | 1  |
| 一、本书的范围 .....            | 1  |
| 二、研究方法 .....             | 2  |
| 三、谈判理论 .....             | 4  |
| 四、中国人对法律的认识 .....        | 6  |
| 五、中国的“三十六计” .....        | 8  |
| 第一章 国际法中的磋商 .....        | 9  |
| 第一节 国际法中的争端解决 .....      | 9  |
| 一、争端的定义 .....            | 9  |
| 二、国际争端解决手段的重要性 .....     | 10 |
| 三、争端解决的方法 .....          | 10 |
| 第二节 谈判与磋商法律性质异同的争论 ..... | 11 |
| 第三节 防止争端与非诉讼纠纷解决程序 ..... | 15 |
| 一、防止争端 .....             | 15 |
| 二、非诉讼纠纷解决程序(ADR) .....   | 16 |
| 第四节 国际法中的磋商运用 .....      | 17 |
| 一、历史上的磋商 .....           | 17 |
| 二、条约项下的磋商 .....          | 18 |
| 第五节 磋商义务 .....           | 22 |
| 第六节 磋商中的善意原则 .....       | 24 |
| 第七节 磋商在国际法中的案例分析 .....   | 26 |

## 2 博弈双赢

|                          |    |
|--------------------------|----|
| 一、拉诺湖案 .....             | 26 |
| 二、航空运输仲裁案 .....          | 27 |
| 三、北海大陆架案 .....           | 28 |
| 四、渔业管辖权案 .....           | 28 |
| 五、马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案 ..... | 29 |
| 结语 .....                 | 30 |

## 第二章 GATT 和 WTO 中的磋商 .....

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 第一节 世界贸易组织 .....           | 31 |
| 一、组织的正规性 .....             | 32 |
| 二、内容的延伸性 .....             | 33 |
| 三、争端解决机制 .....             | 34 |
| 第二节 GATT/WTO 的争端解决机制 ..... | 35 |
| 一、国际贸易组织草案 .....           | 35 |
| 二、GATT 时期的争端解决机制 .....     | 36 |
| 三、乌拉圭回合谈判——世界贸易组织的诞生 ..... | 45 |
| 四、WTO 框架内的争端解决机制 .....     | 47 |
| 五、改变还是平衡 .....             | 49 |
| 第三节 GATT 时期磋商作用总的评价 .....  | 50 |
| 结语 .....                   | 51 |

## 第三章 WTO 争端解决机制中的磋商程序 .....

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 第一节 各个代表团适用磋商程序的实际做法 ..... | 53 |
| 一、磋商的有用性 .....             | 55 |
| 二、磋商行为 .....               | 56 |
| 三、磋商与专家组 .....             | 64 |
| 四、磋商阶段的第三方 .....           | 67 |
| 五、改革与建议 .....              | 69 |
| 六、小结 .....                 | 73 |
| 第二节 DSU 中的磋商程序概述 .....     | 74 |
| 一、两个相关概念 .....             | 74 |
| 二、DSU 中的磋商程序 .....         | 76 |
| 三、有关磋商的争议 .....            | 98 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 第三节 GATT/WTO 研究者对磋商的评价 ..... | 100 |
| 一、规则导向文献回顾、总结与评价 .....       | 101 |
| 二、外交导向(平衡说)文献回顾、总结与评价 .....  | 104 |
| 三、小结 .....                   | 114 |
| 第四节 磋商与专家组程序的关系 .....        | 114 |
| 一、磋商请求的充分性 .....             | 114 |
| 二、从磋商阶段到专家组阶段 .....          | 116 |
| 三、磋商和专家组程序的联系 .....          | 116 |
| 四、磋商与司法手段之间的平衡 .....         | 162 |
| 五、小结 .....                   | 164 |
| 第四章 中国在 WTO 争端解决机制中的表现 ..... | 166 |
| 第一节 中国入世进程 .....             | 166 |
| 一、中国与关贸总协定的早期历史 .....        | 166 |
| 二、中国复关的历史经过 .....            | 167 |
| 三、中国申请“入世”的进程 .....          | 168 |
| 四、中国入世的评价 .....              | 171 |
| 第二节 中国在争端解决机制中的现状和表现 .....   | 174 |
| 一、中国作为原告的案例 .....            | 175 |
| 二、中国作为被告的案例 .....            | 206 |
| 第三节 中国对 WTO 争端解决机制的研究 .....  | 271 |
| 一、政府部门 .....                 | 271 |
| 二、学者研究 .....                 | 277 |
| 结语 .....                     | 282 |
| 总结 .....                     | 284 |
| 一、改革与机遇 .....                | 284 |
| 二、磋商的有用性 .....               | 287 |
| 三、磋商作用展望 .....               | 288 |
| 四、小结 .....                   | 291 |
| 附件一 .....                    | 293 |
| 附件二 .....                    | 294 |
| 参考文献 .....                   | 310 |
| 后记 .....                     | 323 |

# 引言

## 一、本书的范围

本书主要以世界贸易组织(以下简称“世贸组织”或者“WTO”)中的磋商程序为研究对象。世贸组织的争端解决程序分为用政治手段和法律手段解决争议,共有四个程序,分别是磋商、专家组、上诉机构和执行程序。磋商程序在《争端解决谅解备忘录》(以下简称“DSU”)的第四条,是诉讼程序前的必经程序。

磋商程序在争端解决中起着举足轻重的作用。早在关税与贸易总协定(以下简称“GATT”)时期(1947—1994),磋商在当时解决争端中就起着主要作用,解决了80%以上的争议。而在WTO时期,磋商成绩同样不可小觑,截至2013年12月31日,共有474个争端提交争端解决机构,其中有234个争端在专家组报告之前解决了争议,约占49%。目前有172个争端由专家组报告及以后程序解决,约占总数的37%,其他的争议正在各个程序过程中。<sup>①</sup>

从数据中不难发现,磋商解决了WTO超过一半的争端,这就意味着磋商程序仍然扮演着重要角色。然而,比之于之后的司法程序,磋商程序没有引起学者的任何关注。本书所关注的恰恰就是这一少人问津的磋商程序,用相关国际法理论和目前的实践案例对磋商程序进行深入探讨。

本书提出的观点是司法和外交方法的平衡使用。不可否认的是争端解决机制中的诉讼程序经过65年的磨砺已经发展得相当成熟,发达国家和发展中国家频频使用。但是,这并不意味着DSU鼓励WTO成员使用司法手段解决争议。恰恰相反,DSU希望WTO成员将争端解决机制作为各方友好解决争议的平台,诉讼解决不是目的而是最终手段。

争端解决机制最早始于GATT,世贸组织的DSU对其做了进一步的完

---

<sup>①</sup> Current status of disputes, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_current\\_status\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm), last visited 24/01/2014.

善和程序化工作。争端解决机制是为了解决争议,而不是为每一个争端寻求最终结果。本书将力求通过磋商在国际法和世界贸易组织法的不同性质来全方位展示其程序特色。

“平衡理论”主要来源于中国古代思想家的经典哲学理论,当然也包括中国人对法律的认识和理解。本书虽然是一本法律专著,但是为了深入挖掘磋商的理论基础,也涉及其他学科的理论,包括谈判理论、经济学中的博弈论和各个国家的贸易政策分析等等。

本书写作的背景是对目前世贸组织争端解决机制中各方大打贸易战而出现的争端升级及过分强调司法手段解决争端的回应。

本书的写作布局如下:

引言部分介绍本书概况、研究方法、西方的谈判理论和东方(中国)对法律的认识。

第一部分的主要内容是国际公法中的磋商(协商)。涉及国际公法中的国际争端解决理论、国际争端解决历史演进中出现的争端解决方法、谈判与磋商的关系、争端防止和非诉讼纠纷解决程序。

第二部分主要论述磋商在 GATT 中的地位与作用。对磋商在 WTO 法律中的程序性条款的影响做历史性的回顾,从而揭示磋商在 DSU 法律中存在的必要性和重要性。

第三部分阐述磋商在 WTO 中的现状。包括最新的理论、争议的焦点、研究动态、采访笔录总结、统计数据、条款的详细分析和案例汇总等等。

第四部分是对中国入世十年以来使用 WTO 争端解决机制的案例回顾与评析。简要叙述中国的入世进程、涉及中国的 WTO 案例和中国对 WTO 争端解决机制的研究。

结论部分提出作者的观点和建议。

## 二、研究方法

研究争端解决的方法一直是国际法领域的重要课题。在 WTO 程序法律研究中,争端解决方法同样重要,同时也是研究的难点。对于磋商机制的研究可能难度更大些,因为世界贸易组织对磋商不做信息披露和精确的数据统计,所以资料极为有限。

为了保持数据的权威性、客观性和公正性,本书数据尽量来源于世贸组织网站的统计。当 WTO 网站上没有相应数据时,则参考其他权威国际组织的相关数据,所有数据都在附件二中列明。

一般而言研究或多或少带有作者主观的判断色彩。应该说这是无法避免的,也是为什么要写书的原因,同时取决于学者研究的目的是为理论服务还是为实践服务。如果学者在研究谈判理论的时候不关注现实生活中谈判者的谈判经验,就必须承担以下两个风险:第一,不能抓住实际使用的程序本质;第二,由于没有理解谈判者的感知过程从而导致无法与谈判者沟通。<sup>①</sup>也就是说,研究者要关注现实生活以及实践者的实践经验,这一点在其他学科,诸如经济学、政治学、社会学和国际关系中同样可以发现,是为理论联系实际的重要性。理论只有通过实践来检验,才可能具有生命力,好的理论是经得起实践考验的。

本书的第二个研究方法是大量的采访笔录。由于缺乏完整的信息资料,有些磋商技巧无法得知,只能通过制作问卷调查的形式,向相关人员了解磋商的一些细节,从中获得有用的信息,将他们的实践经验上升到理论高度。作者共走访了约二十个代表团,涵盖发达国家、发展中国家和最不发达国家,大多数国家都有争端解决的经验,有些拥有丰富的实践经验。比较遗憾的是美国代表团拒绝接受调查访谈,而美国又恰恰是争端解决机制使用最频繁的国家。还有些国家比如尼日利亚至今还没有使用争端解决机制的经验,只从旁观者角度谈了看法,考虑到数据的客观性和公正性,没有把他们的观点列入。作者设计的问卷在附件一中可见。有些代表团由于实践经验所限,不能回答所有问题。列入本书的代表团共有十七个,分别是阿根廷、澳大利亚、孟加拉、巴西、加拿大、智利、中国、欧盟、匈牙利、印度、日本、韩国、墨西哥、新西兰、挪威、瑞士、泰国(排序按英语字母先后顺序)。

第三个研究方法是大量的案例分析。案例分析援引专家组和上诉机构报告对磋商条款进行解释。由于磋商程序的保密性,即在 WTO 网站上不公开磋商内容,作者通过网络尽量还原案件的整个过程,并查找原始的信息来源。

第四个研究方式是对有关于磋商研究的各类观点进行汇总。文献和书籍不仅限于法律领域,还包括政治学、经济学、社会学、国际关系学等领域。由于其他学科的贡献,使得对于磋商程序的研究内容更加丰富。

第五个研究方法是横向与纵向的对比研究。比如,国际公法和 WTO 法律对于磋商定义的比较、磋商和谈判的比较。通过表格和流程图等形式来进

---

<sup>①</sup> Zartman, I.W. & Berman, M.R. *The Practical Negotiator*, New Haven and London: Yale University Press, 1982, p.xii.

行比较使读者能一目了然地进行判断。

### 三、谈判理论

讲到磋商,不得不先谈到一个概念——谈判,在之后的章节也将反复对谈判和磋商进行比较。所以,在论述磋商之前先要介绍一下谈判理论。

谈判需要经历三个阶段:第一阶段,认清形势以决定是否需要谈判;第二阶段,如果需要谈判,为了能够达成谈判所需的目标,一般要制定一个方案;第三阶段,针对目前的分歧,各方需根据制定的方案进行细致的谈判以便达成协议。<sup>①</sup>

从实务角度来说,过程流程图的制定比列明在谈判中所要完成的事情的清单要重要得多,因为谈判过程不是一成不变的。目前没有一个完整的谈判理论可以告诉你应该如何谈判、应该做什么和应该怎么做。当然有些学科也试图探究谈判过程,比如经济学、国际关系学、法学、管理学、政治学、心理学和社会学。

与司法解决争端不同的是谈判结果并非谁赢谁输,双方的目的都是为达成协议。谈判的结果有可能是一方获得的利益多一些,而另一方获得的利益少一些,或者说有一方更接近自己的目标。一项成功的谈判是双方都获益。<sup>②</sup>

并不是每一个事项都可以谈判。争议一方可以拒绝谈判使谈判破裂,争议一方也可能继续谈判,但是该事项仍然不可触及。该不可谈判事项可以是主观的,也可能是客观的,取决于一方对该事项的认识还有现实情况。也就是说,如果所有的争议可以通过谈判来解决,世界上也就不存在“战争”这个词了。当然也可以通过法律来解决。在国际法领域,就是通过国际争端解决机制来解决争议。

谈判可以解决分歧。一般来说可以通过两种方法达成协议。第一种被称为诱导式,即通过双方在具体细节上的妥协和退让以形成最后的协议。第二种被称为推论式,即先将敏感问题拿出来制定原则和方案,然后再制定执行的细节。<sup>③</sup>

---

① Zartman, I.W. & Berman, M.R. *The Practical Negotiator*, New Haven and London: Yale University Press, 1982, p.9.

② Saner, R., *The Expert Negotiator*, The Hague, London and Boston: Kluwer Law International, 2008; 45.

③ Zartman, I.W. & Berman, M.R. *The Practical Negotiator*, New Haven and London: Yale University Press, 1982, p.89.



一般的谈判过程如下所示：<sup>①</sup>

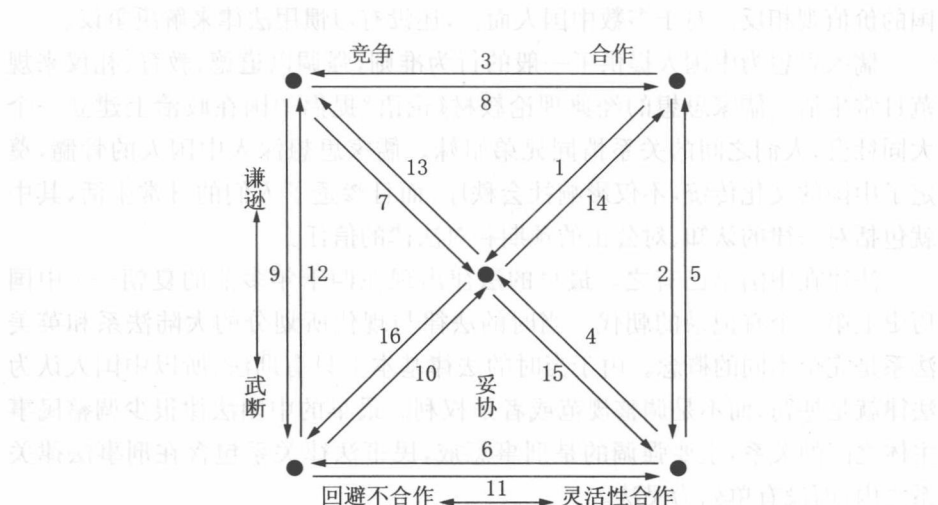
计划(认识分歧所在、分析分歧所在、制定既定目标、制定谈判战略、预测对方可能采取的行动、制定谈判战术)→行动(谈判和推进)→评估(达成协议或者进行新一轮的谈判)→再计划

成功的谈判并不是运气好的结果,而是由于充分的准备和专业技巧使然。成功的谈判一般包括以下元素和程序:

第一,准备阶段。孙子曰:知彼知己,百战不殆;不知彼而知己,一胜一负;不知彼不知己,每战必殆。准备的关键是对双方的全面了解。

第二,妥协阶段。强调的是战略战术。战略指的是此次谈判总的指导方针,为达成目标指明方向。战略包括本方争议中所处的位置、竞争、合作、妥协、禁忌、共同感兴趣的问题、关系和通融性等元素。

根据以上元素可以制定出 16 种战略路线图,如下图所示:<sup>②</sup>



战术是为战略服务的,当制定完成战略以后,需要制定具体的行动方案。战术不一定直接指向谈判目标,但是一定指向战略。

通过以上的路径图可以发现,所有的箭头都是开放式的,在谈判的任何阶段都可以选择适用另一个元素,从而做到妥协。当然这取决于谈判时候的

<sup>①</sup> Saner, R., *The Expert Negotiator*, The Hague, London and Boston; Kluwer Law International, 2008, p.35.

<sup>②</sup> Saner, R., *The Expert Negotiator*, The Hague, London and Boston; Kluwer Law International, 2008, p.129.

具体场景,从而来决定是合作还是退让,或者是进攻,才能取得比较理想的结果。

#### 四、中国人对法律的认识

法治化的发展对 WTO 产生了重要影响,特别是推动了 DSU 的发展。同时,加入世贸组织也会对某些成员内部法律体系、社会生活、文化信仰产生深远的影响。中国就是其中之一。一个拥有五千年独特文明史、长期信奉儒家思想为标记的国家,已经、正在发生变化,并且还将继续发生变化。

对于大多数中国人而言,接受 WTO 法治化的道路就意味着接受西方的价值观,特别是美国的价值观。对于现代中国人而言,美国是一个爱打官司的国家。大多数中国人从电影、电视、广播里知道美国人动不动就要找律师,很多争议是靠打官司解决的,而且美国强调民主、人权和法治。这一切与中国的价值观相反。对于多数中国人而言,还没有习惯用法律来解决争议。

儒家思想为中国人提供了一般的行为准则,强调以道德、教育、礼仪来规范日常生活。儒家思想的经典理论教材《论语》提倡中国在政治上建立一个大同社会,人们之间的关系情同兄弟姐妹。儒家思想深入中国人的骨髓,奠定了中国的文化传统,不仅影响社会秩序,而且渗透了人们的日常生活,其中就包括对法律的认知、对公正的预期和对法律的信任。

法律在中国早已有之。最早的法律出现在四千年多前的夏朝——中国历史上第一个有记录的朝代。当时的法律与现代所划分的大陆法系和英美法系是完全不同的概念。由于当时的法律基本上只有刑法,所以中国人认为法律就是惩罚,而不是调整规范或者是权利。最早的中国法律很少调整民事主体之间的关系,主要强调的是刑事惩戒,民事法律关系包含在刑事法律关系之内,而没有单列为民法。

儒家思想认为法律适用于没有受过教育的人,而不适用于受过儒家思想熏陶的人。儒家提倡和谐地解决矛盾,以理服人。有良好教养的人不屑于用法律解决问题,认为只有普通的老百姓之间发生问题才可能上公堂打官司。对于受过儒家思想教育的人来说法律没有用武之地。如果发生分歧,有理的一方应该对没有理的一方抱宽容的态度,懂得谅解他人是儒家思想的美德。“得饶人处且饶人”、“宽以待人,严于律己”、“法不责众”等等都是在坊间流传的至理名言。

教育被认为是达到大同社会最有效的方法。“万般皆下品,唯有读书高”是《论语》中时常讨论的主题。儒家思想信奉教育是预防功能,而法律是纠错