

# 法理学导论

实践的思维演绎

(修订本)

刘星 著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刘星·著

# 法理学导论

实践的思维演绎

(修订本)

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学导论：实践的思维演绎 / 刘星著. —修订本. —北京：中国法制出版社，2016.9

ISBN 978-7-5093-7829-8

I. ①法… II. ①刘… III. ①法理学 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 219418 号

责任编辑：靳晓婷 (tinajxt@126.com)

封面设计：蒋 怡

---

法理学导论：实践的思维演绎

FALIXUE DAOLUN: SHIJIAN DE SIWEI YANYI

著者 / 刘星

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2016 年 11 月第 1 版

印张 / 14.75 字数 / 426 千

2016 年 11 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7829-8

定价：56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：010-66033393

值班电话：010-66026508

传真：010-66031119

编辑部电话：010-66054911

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

## 新版序言

本书原是法律出版社《法学新阶梯》教材系列之一。当时撰写，目的就是有所不同，不同于已有的同类教材。所谓不同，一是内容上的，二是叙述方式上的。当然，内容上的不同不能过于明显，因为教材是让学生了解通说的知识，以利于以后的进一步学习，所以本书在内容上略微侧重了思考张力，将法理学的知识可能涉及的一些思路、甚至可能富有争议的思路，有所展示，这是期待学生阅读时多些思想活跃。叙述方式上的不同，非常重要。初学法律，学生易感到枯燥乏味，于是调动学生的阅读兴趣成为一个问题。一般而言，从已知道或易接触的实际生活、真实故事还有文学作品入手，逐步走向知识的讲解，是学生乐意接受的教材叙述。本书在这方面颇为用力。所以本书叙述方式是以微见著，从具体进入抽象。让学生在愉悦中学习，说起来容易做起来难，本书仅仅是一种尝试。

另外要提到，本书新版增加了副题“实践的思维演绎”。这是靳晓婷编辑的建议。她认为，本书正是因为从具体实践入手进行理论推导，讲解知识，所以也很有思维的启发性，不仅学生而且一般读者均可从中增长知识、锻炼思维，同时感受阅读的愉悦。中国正在进行前所未有的法治建设，法治又是实践的事业，需要更多的参与者，而娓娓陈述的法学书籍恰是激发参与者积极踊跃的重要元素。我相信这是远见。

本书做了一些必要修订，希望能够更加完善。但其中涉及的具体实践例子和法律法规等，经考虑未做大的改动（必要时稍作说明），主要是因为大多数实践例子现在看来依然比较有趣，依然具有阐述价值，也具有资料意义的稳定性（以现在眼光看），而法律法规等是与其相

互关联的，保持基本原样可能有益。

再次出版，要感谢中国法制出版社，感谢该社原编辑刘峰先生的不懈支持，当然要特别感谢靳晓婷编辑，她十分敬业，为本书修改再版付出了巨大努力。

作者

2016年8月

# 目 录

## 绪论

第一节 法理学研究的对象 / 001

第二节 法理学研究的方法 / 012

## 第一部分 法的性质和要素

### 第一章 法的概念 / 032

第一节 法的定义 / 032

第二节 法的特征 / 040

第三节 法的本质 / 049

第四节 法的分类 / 063

### 第二章 法的基本成分 / 077

第一节 法律规则 / 077

第二节 法律原则 / 088

第三节 法律概念 / 097

### 第三章 法的形式和效力 / 109

第一节 法的外在形式 / 109

第二节 法的效力 / 117

第四章 权利与义务 / 138

第一节 权利 / 139

第二节 义务 / 150

第三节 权利与义务的关系 / 155

第四节 权利义务的层次 / 163

第五章 法律行为 / 175

第一节 法律行为的含义 / 176

第二节 法律行为的构成 / 182

第三节 法律行为的分类 / 189

第六章 法律责任 / 198

第一节 责任 / 199

第二节 法律责任的含义 / 204

第三节 法律责任的构成 / 210

第四节 法律责任的分类 / 220

第二部分 法的起源与发展

第七章 法的起源 / 230

第一节 法的产生 / 231

第二节 法产生的一般模式 / 243

第八章 法的发展：法的历史类型更替 / 249

第一节 法的历史类型更替的规律 / 251

第二节 法的历史类型的各自特征 / 256

## 第九章 法的发展：法的继承和移植 / 277

### 第一节 法的继承 / 278

### 第二节 法的移植 / 283

### 第三节 法的继承移植与法的性质 / 293

## 第十章 法的发展：法系的形成 / 297

### 第一节 法系的概念和类别 / 297

### 第二节 大陆法系 / 305

### 第三节 英美法系 / 312

# 第三部分 法的确立和实现

## 第十一章 法的确立 / 324

### 第一节 立法的含义 / 325

### 第二节 立法体制 / 331

## 第十二章 遵守法律 / 348

### 第一节 遵守法律的含义 / 349

### 第二节 遵守法律的缘由 / 360

## 第十三章 运用法律 / 372

### 第一节 运用法律的含义 / 372

### 第二节 运用法律的缘由 / 381

## 第十四章 执行法律 / 396

### 第一节 执行法律的含义 / 397

### 第二节 “执行法律”的特征 / 404

### 第三节 执行法律的原则 / 422



## 第十五章 适用法律 / 429

### 第一节 适用法律的含义 / 430

### 第二节 适用法律的特点 / 438

### 第三节 适用法律的原则 / 444

# 绪 论

## 内容提要

绪论讨论法理学的对象，法理学研究的方法。在绪论中，我们需要理解“法律现象”、作为法理学研究对象的“法律现象和法律中普遍性根本性的问题”和“法理”，我们需要理解法理学研究的方法，以及相关的理论。

本书讲述法理学的内容。在讲述之前，我们当然应该知道“法理学”是研究哪类对象的。知道了法理学研究的对象，我们自然应该了解法理学研究的方法。毕竟，法理学作为一门学科知识，是由来已久的，在法理学中，殚精竭虑、终其一生的学人已是浩如烟海，人们在法理学研究中注意并使用了许多方法。

在绪论中，我们谈论两个基本内容：其一，法理学研究的对象；其二，法理学研究的方法。

绪论讨论法理学研究的对象和法理学研究的方法。

## 第一节 法理学研究的对象

### 一、法律现象

法理学属于法学科目。法学，是研究法律现象的学问。由此来说，法理学和法律现象有着密切关联。我们从“法律现象”的理解开始起步。

历史学者冯尔康先生写过一本历史著述，叫作《清人生活漫步》，专门叙述中国清朝时期的微观社会生活。在这本书中，我们看到的不是清朝帝王更替政权交换的“大历史”，而是方方面面的生活细节的“小历史”。

作者提到，清朝初年，相当一批文职官员十分喜好文字写作，由于笔耕不辍、年年勤奋，遂有大批上乘的文字作品不断问世。书中举出了大量的实例予以说明。通过作者的描述解释，我们可以发现，文职官员喜好文字写作是种生活习性。

作者另外提到，清朝康熙、雍正、乾隆年间，长江中游地区和长江三角洲出现过频繁的米布交易。长江中游地区盛产大米，但是缺乏布匹，而长江三角洲地区织布技术异常发达，只是粮米略显拮据，于是，民间便开始了大范围的米布交换。这是重要的市场经济往来。值得注意的是，随着米布市场交易的发达，民间的各种娱乐消费方式随之而来，出现了打牌、礼佛、叫堂会、迎神赛会，等等。政府有时不悦地将其称为“淫糜”。

此外，作者描述了清朝时期的婚事现象。在作者的描述中，清人结婚的年纪通常是较小的。男性16岁以后即可迎娶，女性14岁以后就能出嫁。这对于我们现代人来说是不易想象的。以顺治皇帝为例，他在14岁结婚。以康熙皇帝为例，他在12岁娶妻。后来，清朝政府明确颁布正式规定，男子16岁、女子14岁为法定婚龄（皇帝自是除外），全体臣民遵此办理。

在这本书中，作者还为读者讲述了“寡妇改嫁”的实际状况。在清朝，信奉“贞节烈女”从一而终者有之，但是，基于种种原因，改嫁者亦有之。在某些地方，比如上海，根据同治《上海县志》记载，妇女改嫁者已是“十之八九”。妇女能否改嫁在当时是个十分复杂的事情，不能一概而论之。不奇怪，对于妇女改嫁的问题，

当时已经出现了许多论争的分歧意见……

## 社会现象的分类

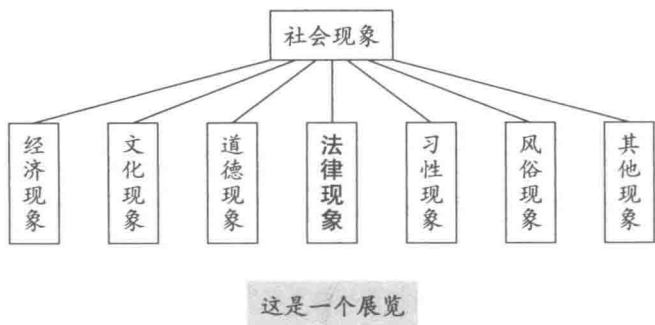
根据这本书的描述，我们可以开列这样一个“社会现象”的类别清单：

- 第一类，清朝初年相当一批文职官员喜好文字写作；
- 第二类，在康熙、雍正、乾隆时期，长江地区米布交易十分盛行；
- 第三类，伴随米布交易的兴盛，民间出现了流行的娱乐消费方式；
- 第四类，清人结婚年龄较早；
- 第五类，清朝政府正式颁布了有关结婚年龄的规范规定，并且予以实施；
- 第六类，清朝有的寡妇从一而终，有的寡妇改嫁了；
- 第七类，关于妇女改嫁的问题，当时出现了分歧意见；

……

《清人生活漫步》中还有许多关于“社会现象”的描述，我们这里没有一一提到。但是，为了说明“法律现象”的意思，上述清单已是足够。从人们现在已经大致接受的社会科学知识以及法学知识来讲，我们可以这样指出：第一类现象基本属于“习性现象”，第二类现象属于“经济现象”，第三类现象基本属于“文化现象”，第四类现象属于“风俗现象”，第五类现象属于“法律现象”，第六类、第七类现象大致属于“道德现象”。

社会现象分为许多种，法律现象是其中一种。



### 法律现象

法律现象是反映法  
的存在和运作的  
现象。

之所以认为第五类现象属于“法律现象”，这是因为，清朝政府是以立法方式规定了适婚年龄，并且予以实施，而这种适婚年龄的规定及其实施，意味着我们可以据此判断当时人们结婚的行为是否合法。这样一种规定及其实施，包含了“在何种条件下可以”“在何种条件下不得”的意思，而且，具有“清朝国家权力机构保护或强制”的意思。对适龄结婚人来说，这种法律规定及其实施意味着“可以”结婚。对未达婚龄的人来说，这样的规定及其实施，意味着“不得”结婚。对于另外的人来说，这种规定及其实施又意味着“不得”非法干涉适龄婚姻。这样一种现象，依照现在的法学知识观念来说，正是一种立法活动以及法律实施活动，它使一项法律规定和法律实施出现了。概括来说，它与法相关。

与此不同，就《清人生活漫步》的描述来看，第一、第二、第三、第四、第六和第七类现象，就没有“在何种条件下可以”或“在何种条件下不得”的问题，没有“清朝国家权力机构保护或强制”的问题。文职官员喜欢文字写作，完全是自己的事情，互不干涉，亦没有其他“外在”的国家权力机构强制干涉。他们的活动，也没有产生“法律规定及其实施”。同样，买卖

交易是自由的，娱乐消费也是自由的，其中，也不存在交易者或娱乐者制定实施国家法律的问题。在清朝政府作出正式规定之前，早婚是个风俗问题，在一定的社会条件和风气下，早婚现象可能自然而然地出现，也可能自然而然地消失，这里，依然没有产生国家法律规定和法律实施的问题。寡妇能否改嫁，与人们“能否接受”的伦理判断有着关联，有时存在着“应当”的问题，但是，毕竟只能出现“社会舆论压力”的状况，不能直接产生出国家的法律规定，以及国家的强制实施。国家既是政权的表现，也是权力的表现。伦理现象里面没有“政权”或“权力”的问题。概括来说，这几类现象，与法无关。

法律现象，就是反映法的存在和运作的现象。

### 法律现象与法

在前面的叙述中，我们提到“法律现象是反映法的存在和运作的现象”。这种提法，等于是在概念上将“法律现象”和“法”作出区分。这是必要的。在概念上，“法律现象”指示客观存在的可供观察的对象。“法”既可能指示类似的对象，也可能指示与此不同的对象。我们的语言，可以在许多意义上使用“法”一词。当我手指一部法律文本，比如清朝的婚龄规定文本，宣称“这是法”的时候，“法”字指示着一个客观存在，而且可供观察。但是，当我宣称“法律文本之中的意思是法”的时候，“法”字虽然指示着一个客观存在，然而是不可观察的。因此，“法律现象”是个经验概念，“法”既可用作经验概念，也可用作抽象概念，并不单纯属于一个经验概念。此外，将两个用词加以区分，目的在于指出“法”包含在“法律现象”之中。至于“法”的概念，我们在后面第一章中将会详细阐述。

在概念上，“法律现象”和“法”存在着区别。此外，我们可以在许多意义上使用“法”一词。

## 法与法律

本书并不严格区分“法”和“法律”两个语词。

在法学中，人们有时将“法”与“法律”作出区分，有时并不作出区分。因为对“法”一词和“法律”一词的关系存在着许多观点，这些观点也是不易阐明的，同时表现了提出者的各种立场和理念，而且，在语言生活过程中，人们时常将两者互通使用，所以，本书不对两者作出严格区分。

## 二、法律现象与法之中的普遍根本问题

在前面，我们讨论了“法律现象”，指明了“法”在“法律现象”之中。现在，我们讨论法律现象中以及法中的普遍性、根本性的问题。

### 法律现象的种类和法的种类

法律现象，反映了法的存在和运作。

在任何一个社会中，法律现象都是十分普遍的，也是十分复杂的。更为重要的是，法律现象可以分门别类。按照今天的法学知识观念来说，前面提到的清朝政府有关婚姻年龄的法律规定以及法律实施活动，属于“婚姻法律”现象。这种现象，反映了婚姻法的存在和运作。读者可能知道，甚至可以想象，在清朝年间当然存在着许多种类的法律规定以及法律实施活动。如果有人根据法律规定适龄结婚，那么，婚姻就是有效的。将来儿女长大之后，在父母去世之时，便会存在财产继承的问题。有关财产继承的法律规定以及法律实施活动，属于“继承法律”现象。如果子女为了图谋父母的财产，将父母杀害然后将财产据为己有，那么，就会受到法律的制裁。这种制裁，首先可能是剥夺财产继承权，其次可能是被判各类刑罚，比如，送入狱牢或者“斩监候”（清朝法律用语，意思为特定日期行刑）。与前一种制裁有关的法律规定以及法律实施活动，也叫作“继承法律”现象。与后一种制裁有关的

法律规定以及法律实施活动，则叫作“刑事法律”现象。与此对应，便存在着继承法、刑法，等等。

除此之外，在清朝还有反映“财产法”存在和运作的现象，反映“契约法”存在和运作的现象，反映“诉讼法”存在和运作的现象，反映“典当法”存在和运作的现象，反映“户籍法”存在和运作的现象等，以及与此相应的财产法、契约法、诉讼法、典当法等，不一而足。只是我们这里没有一一说明而已。

法律现象有许多种。与此相应，法也有许多种。

### 法理学研究的对象和法律现象的关系·法理学研究的对象与法的关系

那么，法理学研究的对象和这些法律现象以及法存在着何种关系？

为了说明法理学研究的对象和这些法律现象以及法的关系，我们先看一段台湾作家龙应台的论说：

鲁迅的短篇《药》，讲的是一户人家的孩子生了痲病。民间的迷信是，馒头蘸了鲜血给孩子吃，他的病就会好。或者说《祝福》里的祥林嫂；祥林嫂是一个唠唠叨叨的近乎疯狂的女人，她的孩子给狼叼走了。

让我们假想，如果你我是生活在鲁迅所描写的那个村子里头的人，那么我们看见的，理解的，会是什么呢？祥林嫂，不过就是一个让我们视而不见或者绕道而行的疯子。而在《药》里，我们本身可能就是那一大早去买馒头，等着看人砍头的父亲或母亲，就等着要把那个馒头泡在血里，来养自己的孩子。再不然，我们就是那小村子里头最大的知识分子，一个口齿不清的秀才，大不了对农民的迷信表达一点不满。

但是透过作家的眼光，我们和村子里的人生就有了艺术的距离。在《药》里头，你不仅看见愚昧，你同时也看见愚



昧后面人的生存状态，看见人的生存状态中不可动摇的无可奈何与悲伤。在《祝福》里头，你不仅看见贫穷粗鄙，你同时看见贫穷下面“人”作为一种原型最值得尊敬的痛苦。文学，使你“看见”。

这是龙应台1999年在台湾大学法学院进行演讲时的一段话。既然是对法学院学生所作的演讲，那么，放在这里用来辅助说明法理学研究对象的问题，应该是可行的。龙应台的这段演讲，原本是想对法学院的学生说明文学的作用。在她看来，文学的作用，就是让读者看到“诸多人生表面现象”背后的“一般问题或者根本问题”，从而，使人们产生关心天下的忧患意识。这种看法是否正确，暂且不论。我们可以注意的是，这段话从一个方面来说，可以较为清晰地象征法理学的研究对象和一般法律现象以及法的关系。我的意思是说，如果可以将“诸多人生表面现象”比作一般法律现象以及法，那么，就可以从一个方面出发，将人生表象背后的“一般问题或者根本问题”，比作法理学的研究对象。

回到我们前面提到的清朝法律现象。

在各种法律现象和法中存在着普遍性的、根本性的问题。

尽管清朝法律现象以及法是普遍的、复杂的，也是可以分门别类的，但是，这些现象，以及它们反映的各类法，总是有些“共通之处”的。一方面，清朝的婚姻法律是制定出来的，在那时存在的继承法律、财产法律、契约法律、诉讼法律、典当法律、户籍法律等，也是制定出来的。它们都是清朝政府“制定”出来的，这就是一种“共通之处”。另一方面，这些法律还有强制实施的性质。这里的意思是说，这些法律制定出来之后，清朝的臣民是必须要遵守的，如果不遵守就会受到清朝政府权力机构的强制或者制裁。这也是一种“共通之处”。此外，这些法律都与“人的行为”有着关联，都与那时人的权利义务有着关联。这同样是一