第一编

狭义法理学

科学无疑是美好的东西，即使仅仅为了它本身也值得人们为之付出自己的全部劳动；但当它成为一种力量并孕育出德行时，它就更千百倍地美好了。

——基佐

需要全本请访问 www.ertongbook.com

原始社会和原始法辨

原始社会的性质是晚年马克思的兴趣所在。在生命的最后10年里，马克思没有专心致志地投身于完成他的巨著《资本论》二、三卷，而把大量的时间放在原始社会的研究中，足以体现原始社会性质的重要性。原始社会的性质与对法的起源及法的本质的理解有密切的关系。在我国，由于传统理论的影响，我们对原始法的理解始终停留在原始规范上，而把阶级、国家的出现当作法的产生的前提。大量的考古发现证实，这个观点不能说明迄今为止的人类历史，也不符合历史唯物主义的基本原理。因此，对此问题进行探讨，具有重要的理论意义和实践意义。

一、原始“公有”值得商榷

对于史前社会性质的了解，现在确认有效的方法，是对原始墓葬的发掘和分析。马克思对此曾有过很好的说明：“为了判定在蒙昧人中什么东西是个人财产，必须考察哪几种财物在埋葬死者的时候必须加以销毁；在某些蒙昧人中，只销毁武器和衣服；在其他一些蒙昧人中，还要加上男女奴隶、死者的众妻或妻子；在另一些蒙昧人中，要销毁他栽培的果树和喂养的家畜。”①

现在一般将原始社会分为旧石器时代和新石器时代，前者距今约200万年至公元前8000年左右。新石器时代又分为早、中、晚三个阶段。下面就新石器时代的三个阶段分别举出一些例证。

① 马克思：《科瓦列夫斯基〈公社土地占有制及其解体的原因、进程和结果〉一书摘要》单行本，人民出版社1965年版，第3页。

1. 新石器时代早期墓葬：甲，1983 年秋，在甘肃宁县董庄新石器时代遗址，发现前仰韶文化墓葬 26 座。随葬品差别不大，一般为二三件，个别的超过 10 件。此外，随葬品中发现不少生产工具。墓葬中还反映出女性地位高于男性，显示当时还处于母系社会。①乙，1984 年在湖北宣城曹家楼新石器时代遗址，发现墓葬 8 座，多数无随葬品，有随葬品的只是几件生活用品。②

2. 新石器时代中期墓葬：甲，汉阳西水坡仰韶文化遗址。其 45 号墓埋葬 4 人，墓室正中为墓主，其余 3 人埋于东、西、北三个小龛内，显然是为墓主人殉葬。在墓主人的左右两侧，有用蚌壳精心摆成的龙、虎图形，显示了墓主人生前地位之高。③乙，1989 年 12 月，发掘江苏花厅村古墓葬区，发现人殉现象十分普遍，随葬品数量也明显增加，有的多达 60 多件。④

3. 新石器时代晚期墓葬。甲，山东大汉口文化墓葬第三阶段，随葬品不但在量上有严重差别，而且表现出等级的不同。有的墓主不但随葬大量的生活用品与豪华的装饰品，而且采用大型的葬坑、木质葬具及二层台。相反，有的墓葬不但没有葬具等，甚至随葬品都极少，有的只有一个简单的小土坑。⑤乙，山东诸城子发掘的 87 座龙山文化墓葬中，差别更大。整个墓区可以分为四类，一类墓大，有二层台、木椁和质高量多的随葬品。第四类墓除尸骨以外，葬品、葬具一无所有。⑥

从以上三个阶段的墓葬的例证中，我们可以得出以下初步的结论：第一，无论从消费品还是从生产工具看，新石器时代的财产观念已十分明显。第一阶段的随葬品虽然差别不大，但也足以证

① （史前研究》1987 年 4 月甘肃宁县董庄遗址发掘简报
② 《考古学报》1988 年 1 月湖北宣城曹家楼新石器时代遗址发掘报告
③ 《华夏考古》1988 年 1 月西水坡遗址发掘报告
④ （文汇报》1989 年 12 月 20 日
⑤ 《山东史前文化论文集》，《齐鲁考古丛刊》编辑部编
⑥ 《山东史前文化论文集》，《齐鲁考古丛刊》编辑部编

明那时经济上的差别已经存在。其差距小的原因，在于当时生产力不发达，剩余产品有限，故限制了个人财产在量上的发展。其次，在三个阶段中，与财产观念相联系的个人财产的量体现出一个由少到多的过程。因此，我们可以大致否定新石器时代是财产公有向私有转化的说法。并可以确信，新石器时代已经有了私产观念。这样，我们已知的财产私有的确切年代将要上推 6000 年左右，远远超过我们的文明史(4000)年。第三，财产私有的基础是生产资料，历史唯物主义认为，生产资料的所有制决定人们的分配方式和社会地位。同样地，从分配方式和社会地位也可以反映出一定社会的所有制基础。上述三个阶段的墓葬材料表明，人们的分配方式和社会地位已有明显的差别，这至少可以表明，原始社会的所有制基础不是人们想象中的公有制，也不是平等的社会。新石器中期开始发现的大量人殉现象证明，至少在公元 5000 年以前，社会分化已十分剧烈，当时的社会不平等和经济不平等已十分严重。

对于考古中的这些发现，史学界有一个十分奇特的现象，人们一方面坚信以私有制为特征的阶级社会产生于 4000 年前,一方面又不得不面对地下发掘出的早得多的贫富悬殊和阶级分化的现象表现出相当的惊讶。面对这种矛盾，通常的解释是将史前这段历史称为阶级社会的发轫期。但是，当发轫期的历史进程远远超出非发轫期，而且发轫期的贫富悬殊相当惊人的时候，这就难以使人信服了。

不仅如此，甚至在旧石器时代，也有一些事实可以证明那时并没有出现过理想中的公有和平等的社会。其一，是原始艺术。现在已经知道,远在 46000 年前，原始人就开始了艺术活动。例如，按照 H·L 穆维斯用同位素测定的结论，原始莫斯特时期艺术存在于 46000 年一27000 年前；帕里果时期艺术存在于 43000～30000 年前；奥瑞纳勒时期原始艺术存在于 35000 年前左右,等等。艺术的前提是脱离生产劳动，只有在劳动产品有了剩余的条件下，才有

需要全本请访问 www.ertongbook.com

可能从事艺术。因此，哪里出现艺术，哪里就有产品的剩余；哪里有艺术的发展，哪里就有积累的扩大。而一个人从事艺术活动，必然意味着其他的原始人为他从事谋生活动。这就充分证明，至少在 40000 年前，某些地方的生产力就达到了相对过剩的程度，这种剩余是以某些人可以脱离生产活动为标志的。而产品的剩余则是财产私有的一个基本条件，“私有制是从积累的必然性中发展起来的”。[①]同时，原始的简单贸易也广泛开始了。我们在许多山地原始人那里，都发现了海贝等装饰物，表明当时的原始人已能用剩余的产品来进行简单的交换。此外，当代文化人类学家有一种理论，认为原始采集狩猎民的生活很可能是十分富裕的。如有些人类学家通过对当代原始采集狩猎民生活的调查就得出了这样的结论。这样，我们所知道的原始私有制度的日程可能还要大大向前推进。

其二，是史前食人现象。考古发现已充分证明，早在 175 万年前的早期猿人阶段，便产生了食人之俗。本世纪 20 年代开始，在东非、南非、北非发现的大量南方古猿及早期猿人化石，其中大量的带有人工打击的痕迹。如 1924 年在南非托恩发现的小孩个体化石以及 1936 年在托恩以北的斯特克方丹发现的德兰斯瓦尔人等。1943 年，魏敦瑞出版的专著《中国猿人头骨》，以充分的事实证明了北京猿人也存在食人之俗。显然，食人者和被人食者不可能平等。上述考古发现，以有力的事实证明了原始人并不是生活在‘自由’和‘平等’之中。

二、民族学的启示

摩尔根曾指出：“有如在物质的构成上可以划分为连续的岩层一样，人类的诸部落，也可以按照它们的相对进步状况分为连续的发展阶段。当它们被如此划分以后，它们便以某种过程的确实性

① 《马克思恩格斯全集》第 3 卷，第 74 页

显示人类从野蛮到文明的全部进步的历程。’①

在今日世界上，留存有广泛的原始部落。在这些原始部落中，私有观念是一个十分普遍的现象。如散居在孟加拉湾东部高达曼群岛上的高达曼人，他们至今仍停留在狩猎采集阶段，但私有财产的观念已随处可见。如树木的私有，任何一个成员，如果选中一棵无主的树木，宣布它为自己所有，这棵树就被大家看作是私人财产。猎获物归第一箭射中者所有，鱼归捕获者所有等等②。居住在印缅交界处的那加族人，处于刀耕火种的原始农业阶段，在他们那里,房舍、家畜和其他动产均归各家私有,可以继承。③新几内亚的阿拉什佩人，虽然慷慨，但物品的归属仍然是明确的。比如打猎，谁先看到的猎物就归谁。与阿拉什佩人相邻的蒙杜古马原始部落,甚至连妻子、女儿都成了私有财产。

由于地区、历史民族等的不同，各个原始部落在财产上的私有程度并不相同。这与生产力发展一定程度上的原始氏族家庭内部的密切程度有关。一般来说，氏族和家庭结合密切的原始部落，氏族对某些财产的关系也就密切。如中国的鄂温克族人，氏族头领可以调整各个家庭间驯鹿的数量。但不能就此断定他们处于一种“公有制”的状况。几乎所有的原始部落，都是以血缘关系组合起来的群体。一个氏族，可能就是一个曾祖父，而氏族的成员，彼此都是堂兄妹、表兄妹等。出于氏族繁荣和生存的需要，氏族的首领，也是公认的家长。适当地利用家长的权力，调整一下各个家庭间财产的不平衡，是完全可能的。原始氏族内存在这样的习俗，表明在氏族之下的各个独立的家庭，还未形成像中国封建社会中分家相当明确的家庭组织。家虽分了，但由于生产力低下，氏族内的家庭，各有互相照顾和帮助的义务。因此，鄂温克族人的所有制实

① 摩尔根《古代社会》,三联书店,1957 年版第 586 页
② 刘达成等编译《当代原始部落漫游》,天津人民出版社,第 52 页
③ 刘达成等编译《当代原始部落漫游》,天津人民出版社,第 63 页

际上是一种比较松散的家族经济。

几乎所有的原始部落都是以血缘为纽带的家族群落。如阿拉什佩人一个村落的居民往往具有一个共同的父系祖先。这些同一父系传下的大家庭式小型氏族，拥有自己的猎场和土地。埃塞俄比亚“死亡平原”上的莫西部落，秘鲁东部的印第安人坎姆巴部落，以及我国鄂温克人的“乌力楞”等等，都是以相同血缘的人组成的家庭群体。现代原始部落的这些血缘家族群体，无论在生产和消费中，都不能不带有一些“大家庭”的痕迹。而这很容易为现代社会的人们误认为“财产公有”。在中国历史上，这种以血缘关系为纽带的家族组织，延续了很长时间，甚至在中国长期的封建社会中，仍有广泛的影响。周朝末年宗法制度破坏后，家族群体实际上成了中国封建社会的基层社会组织。宋代以后，更是义庄林立，建宗祠,置祭田,设义学,聚族而居;“喜戚贫富,相庆吊周恤也 老壮稚弱,相敬让慈爱也 殁相助也,力相籍也,难相拯而死相葬也。’显然，无论从经济结构还是从家庭形式看，原始氏族组织更接近于中国封建社会中的“九族制”。前者是后者的历史渊源，后者是前者的稳固化和制度化。如果说原始氏族组织处于一种“公有制”的经济状态,那么,中国封建社会的大家族更是‘公有制’了,这显然不符合历史。

此外，对土地的观念，在不同的原始部落那里，差异很大。比如鄂温克人，他们认为每个人都有使用场地的权利，故不存在土地私有的观念。相反，澳大利亚土人却十分看重土地的所有权，外人要进入某氏族的地域，必须获得氏族集团长者的许可，等等。对土地的这种形形式式的观念，说明土地私有权的出现，有一个发生和发展的过程。土地最初是一种单纯的自然物，就像空气一样，没有谁会为它的所有权操心。只有在土地紧缺之时，才会产生地产的私有观念。埃塞俄比亚的莫西部落，是处于原始农业末期形态的氏族部落，对于他们，丛林地带的土地可以任人开垦，但奥莫河边的耕地却有明确的所有权，而且代代相传。这表明，私有观念的范

围和私有财产的种类从来就不是一成不变的，而是从无到有，从非所有到所有的过程。

三、从摩尔根到马克思

马克思晚年对原始社会作了比较集中的研究，他的摩尔根笔记、梅恩笔记和拉伯克笔记等都说明了这一点。这时，马克思已经意识到，为了理解原始社会，需要做不同于《资本论》的工作。1881年5月—1882年2月，马克思对摩尔根的《古代社会》作了“十分详尽的摘录”，为的是用唯物史观来“阐述摩尔根的研究成果”①，但1883年3月，马克思就溘然长逝了。

1884年，恩格斯以马克思的人类学笔记为基础，写出了《家庭、私有制和国家的起源》这本书，后来成为阐述唯物主义史前观的经典著作。而其中关于原始社会进化到国家的叙述，大体上采纳了摩尔根的见解。诚如恩格斯所说：“摩尔根在美国，以他自己的方式，重新发现了40年前马克思所发现的唯物主义历史观，并且以此为指导，在把野蛮时代和文明时代加以对比的时候，在主要点上得出了与马克思相同的结果。’②概括起来，摩尔根关于原始社会性质的结论，主要有以下几个方面：

第一，财产观念产生于非财产观念。摩尔根指出：“野蛮人所有的财产是微不足道的。他们关于财产的价值、可欲性及继承的观点是极其微弱的。粗糙的武器、纺织品、器具、衣服，燧石制的、石制的及骨制的工具以及个人的装饰品等，代表着野蛮生活中的财产的主要项目。财产的占有欲在他们心中尚未形成，因为财产本身几乎不存在。’③在摩尔根看来，非财产观念的前提是没有财产，没有财产才有非财产观念。换言之，财产观念是从财产的“有”

①② 《马克思恩格斯选集》第4卷，第1页

③摩尔根：《古代社会》，三联书店，1957年版，第622页

自然产生的。什么时候有了财产，什么时候也就有了私有观念。因此，财产一开始就是私有的。

第二，私有观念在质和量上有一个渐进的过程。随着人类社会的发展，私有财产的范围也逐渐扩大。摩尔根将此看作是一个与技术发展相一致的过程：“财产的发展，将与发明与发现的进步同时并进。’①比如，“玉蜀黍及植物的培植，给予印第安人一种不发酵的面包，印第安苏科塔悉及玉蜀黍饭。这种事实，倾向于产生财产的新种类，即耕地与园圃。虽然土地为部落所共有，但耕作地的一种所有权，现在则承认是属于个人所有，或一团体所有，而成为一种继承的项目”。②

第三，私有制出现于野蛮时代。摩尔根将史前历史分为两个阶段：野蛮社会和开化社会。这相当于人们所说的旧石器时代和新石器时代（虽然在年代的理解上相去甚远）。摩尔根认为，远在野蛮时代就产生了私有观念：“在野蛮时代，土地是为部落所共有……共同住宅则为居住者所共有……生前视为珍贵的物品，都随着死者而殉葬……死者留下来的东西……都为其最亲近的亲属占为己有。’③需要指出，摩尔根这里所谓的“共有”是一个模糊的概念，因为氏族共有和居住者共有并不是一回事。在另一处，摩尔根指出：“在野蛮状态之下财产的范围仅限于个人所用品，在开化状态的低级阶段始在个人物品之外加上共同住宅及田圃的占有权。’④这就再清楚不过地指出了人类社会中的私有制，产生于原始社会早晚期。如果撇开年代理解上的差异，那么，对于私有制出现的阶段,早在 100 多年前的摩尔根就得出了与现在考古发现大体相同的结论，实在是一个了不起的贡献。

第四，氏族是原始私有制的标志。摩尔根指出，氏族制度“它

① 摩尔根：《古代社会》,三联书店,1957 年版,第 621 页
② 摩尔根：《古代社会》,三联书店 ,1957 年版,第 625 页
③ 摩尔根：《古代社会》,三联书店,1957 年版,第 623 页
④ 摩尔根：《古代社会》,三联书店,1957年版,第 75 页

发端于野蛮时代，经过开化时代的三时期，一直延续到政治社会的建立为止”。[①]并指出：“氏族制度，由其原始的形态到最终的形态的变迁，主要限于两方面：第一，从原始法则的女系本位世系转变为如希腊、罗马所流行的男性本位世系；第二，改变死亡者之财产继承在古代由死者所属的氏族成员所继承，而为男系家族所继承，最后更改为由他的子女所继承。”[②]如上所述，这里所谓的氏族成员所继承，是由其“最近的亲属占为己有”，仍是一种私产继承。显然，在摩尔根看来，氏族、继承和财产私有实质上是共存的。只要有氏族存在，就有继承法存在，而继承法总是对私有财产而言。非财产状态下的继承是毫无意义的。

摩尔根关于原始所有制的上述结论具有重大意义。他第一次在大量民族学材料的基础上，将私有制的上限与氏族的存在相联系，提出了私有财产产生于非财产状态的设想，实际上论证了私有制是生产力发展到一定阶段产物的观点，从而否认了私有制永恒的神话。

摩尔根的上述结论，也是对历史唯物主义关于原始所有制和原始社会性质理论的有力证明。关于原始所有制的形态，马克思在 1857 年的《政治经济学手稿》中曾明确提到过：“实际的占有，最初不是在想象中……只是由于部落进行狩猎，一定的地带才成了狩猎的地区，也只是由于经营农业，土地才被看作是个人的伸展体。”[③]在同一时期的人类学笔记中，马克思也指出：“无论部落在哪里停止其游荡，所被占用、被重新使用的只牧群而非总是被用于临时公众团体的土地。”换言之，土地作为私产，是从一种非财产状态转变过来的。为了准确表达原始所有制状态，马克思曾将其称为“自然占有”状态(appropriation of nation)。“自然占有”

① 摩尔根：《古代社会》，三联书店，1957 年版，第 64 页

② 摩尔根《古代社会》第 67 页

③ 马克思《资本主义生产以前各形态》，人民出版社 1956 年版，第 30 页

④ 转引自莫里斯布洛克：《马克思主义与人类学》中译本，第 37 页

需要全本请访问 www.ertongbook.com

意味着人人都可以占有，而人人都可以占有，实际上是一种非占有。人人都可以占有的东西，也就意味着人人都不占有。此外，关于原始氏族所有制性质，马克思和恩格斯也有过明确的说明：私有制“起初它大部分仍保存着共同体的形式，但是在以后的发展中愈来愈接近私有制的现代形式”。①在同一著作中，马、恩还就这种共同体的性质作了相当清楚的描述：“第一种所有制的形式是部落所有制，它是与生产的不发达的阶段相适应的。当时人们是靠狩猎、捕鱼、牲畜，或者最多是靠务农生活的。在后一种情况下，它是以有大量未开垦的土地为前提的。在这个阶段上，分工还很不发达，仅限于家庭中现有的自然产生的分工的进一步扩大。因此，社会结构只局限于家庭的扩大：父权制的酋长、他们可管辖的部落成员以及奴隶。隐蔽地存在于家庭中的奴隶制，只是随着人口和需求的增长，随着同外界往来（表现为战争和交易）的扩大而逐步发展起来的。’②

马克思这里说到的共同体，实际上就是扩大了的氏族家庭，而氏族家庭的产生，标志着某种财产观念的产生。首先，在不同的氏族家庭之间，财产具有明确的界限，否则，氏族家庭的意义就不存在。不同的氏族家庭具有不同的家族继承权，因而必有不同的财产权。马克思指出“家长的‘身份’……是受继承权控制的……各个血缘家庭公社拥有由继承权决定的不相等的份地。”③其次，在氏族家庭内部，财产也不完全是‘家庭’的“由于某个人的个人劳动创造的物品为个人据为己有……他亲手栽培的树木，他自己驯养的动物，等等，或他用暴力抢夺的物品，首先是奴隶和妻子，就是

① 《马克思恩格斯全集》第 3 卷，第 74 页

② 《马克思恩格斯全集》第 3 卷，第 25 页

③ 马克思：《科瓦列夫斯基〈公社土地占有制及其解体的原因、进程和结果〉一书摘要》单行本，人民出版社 1965 年版，第 7 页

这样的物品。”①显然，氏族共同体是非财产社会向私有制社会的过渡,是财产观念从无到有的一个中介。但它绝不是‘ 公有制 ”,而只是一种私有制的早期形式。以后的一切私有制，都是由此发展、完备起来的。

四、原始不平等及其特点

当代人类学关于史前社会性质的看法，在很大程度上是卢梭自然论的复归。即认为在原始自然状态下，人们狩猎采集，处于一种人人都自由和平等的社会。美国人类学家 W·A 哈维兰指出：狩猎采集社会的一个重要特征是它的平均主义。日本社会学家富永健一也指出：在人类社会中，除未开化的社会外，社会资源的分配一般都是不平等的。美国经济学家卡尔·波拉尼则把人类物资分配制度分成三种模式：互惠制、再分配制和市场交易制，而不平等仅仅在第三阶段才出现，等等。

应当注意到，当代人类学家对原始平等的看法，与卢梭时代不同，是有一定的依据的。依据之一，是原始生产力低下，财产的不平等还没有可能。富永健一指出：“ 未开化社会由于生产力本身极度低下，所以没有物质的剩余，物质资源的不平等几乎没有发生的余地。’②哈维兰也指出,在原始社会“ 由于生产力低下,很少有可能聚积奢侈品和剩余物，没有谁能比别人占有更多的财物 ”。③依据之二，与原始平等相关的经济制度是互惠制。人类学家认为，这是一种“ 保存易腐物品的方法。猎手把他们的猎物送人一部分，就得到了将来获得同样数量食物的借据，这与把钱放到定期存款账

① 马克思 :《科瓦列夫斯基〈公社土地占有制及其解体的原因、进程和结果〉一书摘要》单行本,人民出版社 1965 年版,第 4 页

② 富永健一 :《社会结构与社会变迁》中译本,序

③ 哈维兰《当代人类学》中译本,第 340 页

户中十分相似”。[①]依据之三，原始氏族奉行的是血亲制度，而血亲制度具有浓厚的道德色彩和极大的社会稳定性，并包含着相互间的权利和义务。而不像在资本主义社会，工人和老板的关系总是非人的。所以血亲关系构成的氏族社会是平等而没有剩余的。依据之四，是当代原始部落的某些相对平等的实例，如澳洲的某些原始部落等。

不可否认，在当代原始部落，有相对平等，也有不完全平等的。但两者的基础都是原始的氏族制，这是早期家族制度的特点之一。然而，即使在现代原始部落已发现的一些相对平等的血缘氏族，其“平等”性也是很值得推敲的。例如易洛魁氏族，从局外人的观点来看，这类血亲群体似乎是一种无差别的社会，但是从氏族成员自己的观点来看，情况就并非如此。某一血缘群体的土地据说是属于整个群体所有，局外人无权在该群体领土之内进行耕种等，只有氏族成员有这种权利。但这并不意味着氏族内的个体成员或特殊家庭对氏族的部分领土不拥有特权。综观人类学家有关血缘群体的论述，其中有大量证据证明氏族内部的确存在着限制。人们公认，如果一个家庭放弃它对土地的特有权，那么他将恢复到平民百姓的地位。但这并不意味着在正常情况下不存在这种所有权。换言之,甚至在土地氏族‘公有’条件下,氏族内部的个人的权利也不都是自由、平等的。由此也可以推断，血亲制度并不能成为原始平等的原因。其次，生产力低下，没有物资上的剩余能否作为原始平等的原因呢？恐怕也未必。就因为原始人生活资料的相当紧缺，于是，为了争夺同一块采集地或猎场，不同氏族，不同部落之间必然是不平等的。马克思曾论述过一个原始共同体所可能遇到的困难：“只能是其他共同体引起的。后者或是先占领了土地，或是到这个共同体已占领的土地上来骚扰。因此，战争就是为了占领生

①哈维兰《当代人类学》中译本，第 340 页

存的客观条件。’①

从某种意义上说，部落之间的战争越是频繁，部落内的团结就越是重要。但这并不意味着原始部落的内部是平等的。以现代人的眼光来看，似乎氏族内部越平等，其生存力就越强。但是，原始人所理解的平等可能完全不同于我们。几内亚境内使其他部落望而丧胆的蒙杜古马人，整体上凶悍野蛮，但其内部却处于一种互相猜疑、充满敌意的社会状态。男人和女人从小就养成了暴力型的社会人格。米德指出：在这个氏族中，“一个蒙杜古马男孩的降生则意味着他来到了一个充满敌意的世界。在这个世界上，大多数同性成员都会与他为敌”。②

同时，产品的不足必然造成平等，还假定人性都是善的。即在产品不足的条件下，原始人天生都处于一种平等博爱的状态，这是毫无根据的。黑格尔和恩格斯都批判过这种人性善的历史观。③在任何一个社会中，产品的不足可以造成平等和不平等两种社会状态。一般来说，前者依赖于较高的道德水平和社会教养。我们不能指望原始社会有很高的道德水平和社会教养程度。原始社会毕竟是人类脱离动物的最初阶段。人类的历史发展，无论从那一个方面来看，在总体上都不可能是逆向的。同样地，互惠制也不可能是原始平等的依据，因为互惠制的前提和基础是平等，没有平等就谈不上互惠。故互惠要实现，首先要证明原始平等的存在，而有待证明的东西是不具有证明力的。

不仅如此，如果原始社会是平等的，我们也就无法在原始社会贯彻历史唯物主义，唯物史观无法解释下列事实：在长达 200 万年的原始社会中，一方面是生产力的不断进步，另一方面却是生产关系的不断倒退。生产力和生产关系的这种逆向运动，显然违背起

① 《马克思恩格斯全集》第 46 卷上，第 475 页

② 玛格丽特·米德：《三个原始部落的性格和气质》中译本，第 179 页

③ 黑格尔：《宗教哲学讲演录》中译本，第三部第三篇，第二章

码的历史常识。

当然，原始社会的不平等，也有其特点。笔者认为主要有四个方面 第一,由于生产力发展的限制,产品的不足,经济上量的差别并不大，这已为考古发现所证明。其次，产品分配和社会地位中的差异和不平等，更多地依赖于原始人的自然和生理基础。一个年轻、强壮的原始人，必然比年老体弱的原始人在社会和经济地位的竞争方面，更具竞争力。这在原始社会中广泛发现的食人风俗中可以得到证明。一个人被另一个人所食，只能证明他是弱者。在这方面，有一种观点，认为被食的多为老人和小孩，其目的是为了保证部落的生存和发展。这种用现代人理性观点看待原始人的倾向未免太浪漫了。在一个盛行食人风气的社会中，这种现象不能说没有，但占主流的显然是原始非理性的处理方式。这也可以从原始遗骨的严重散失中得到证明。如果被食者是为部落生存作出的牺牲，他的遗骨显然应当被尊重，而不应该严重残缺，魏敦瑞认为他们均在食后被人随手扔掉了。第三，在原始社会，社会不平等和经济不平等的关系，更多是以社会不平等决定经济不平等。如自然力的强壮、年轻、灵活等等。这使原始人有更多的机会获得生活资料。而在现代社会，社会不平等主要是由经济不平等造成的。最后，与不平等的自然力相一致，这种不平等在时间上的延续必然不长。原始人的体力和智力保持的最佳状态恐怕不会超过 6 年。这样，原始社会内部的不平等，在对象上可能经常发生变动。因为自然的东西是很少能继承的，故一代的优越地位不会延续很久。

与以上特点相反，文明社会的私有制不平等越益发展了它在数量上的、社会性的和稳定方面的差异。就此而言，原始社会的私有制恐怕很难说是一种真正的‘ 私有制 ”,特别是,甚至在文明社会中，个人对生产资料所有权的理解仍然处于变化之中。比如关于土地的所有权，在前资本主义社会根本还不为人所知，它仅仅是社会被纳入资本主义体系的结果。但这并不妨碍我们把整个人类历史，看成是从无到有，从低级向高级发展的过程。因为，只有这样，

“才有可靠的根据把社会形态的发展看作是自然历史过程”。①

五、原始法的基本特征

现代法意识的产生根源于财产观念的产生，而财产观念的产生本身就意味着法的产生。财产需要强制力的保护，没有强制力保护的财产不是真正的财产。但这并不意味着原始社会共同体就没有相应的强制力规范。非财产状态的历史进程要远远大于财产社会，作为人类一种早期的社会形式，同样需要维护社会秩序的东西。任何一个社会都离不开社会控制的体系。因此，美国人类学家霍贝尔指出：“每个社会，未开化的或开化的，都有一套法律制度,都有一套其法律的前提原理。’②在原始社会，它的法律制度就是习惯，是一种强制性的习惯，霍贝尔称其为原始法。这种强制性习惯原始法的普遍有效性我们可以在任何一个原始社会中看到。印第安人海伊·福海德在霍贝尔向他调查印第安人的法习俗时，曾不经意地说道：“大草原上的印第安人，在由白人将不法者投入禁闭室之前，也曾不得不采取某些方式以防止他人胡作非为。’③

为什么原始社会也有法？这涉及到人们对法的基本理解。卡多佐对法有一个经典的表述：“法是这样一套确立了的行为规范或原则，它能够在适当的、确定的情况下，预言何种行为是正当的。如果其权威受到了挑战，它将由法院强制执行。’④霍贝尔根据这一表述提出了法的四个要素：规范性、常规性、强制性和法院。以这四个要素来衡量，原始社会的强制性习惯，作为一种强制的、常规的和规范性的因素是不容置疑的。例如上文提到，孟加拉湾东部高达曼群岛上的高达曼人，任何一个成员，如果选中一棵无主的

① 《列宁选集》第一卷,第 3 页
② 【美]E·A· 霍贝尔:《初民的法律》,中国社会科学出版社 1993 年版,第 16 页
③ 【美】E·A· 霍贝尔:《初民的法律》,中国社会科学出版社 1993 年版,第 4 页
④ 【美】E·A· 霍贝尔:《初民的法律》,中国社会科学出版社 1993 年版,第 23 页

需要全本请访问 www.ertongbook.com