引　　论

在与人类社会有关的问题中,很少有像‘法的起源’这种问题如此反反复复地被法学家们用各种方式予以研讨。对其探讨至今没有一个令人信服的统一定论，虽然争论激烈，也取得了一定的成果，但我们认为仍有必要将中国法产生、进化的轨迹、模式作进一步探讨。

通过对边疆民族习惯法的系统研究，对中国法起源作一管窥,我们发现：

民族禁忌是中国早期法起源的源头和种子。

民族习惯是原始社会基本的法，现代法律的前身和萌芽。

酋邦战争是推动中国法起源的重要途径。

横观中外，法的起源在西方社会主要有以下观点。

1. 自然法学派——法律产生契约论

自然法学派认为,在社会发展的某个阶段,人类曾经历了一种自然状态，在自然状态之中，人们普遍享有自然权利，并接受自然法的指导。自然法直接来源于人的理性，渊源于人类生命的本质，具有永恒性和普遍性的特点。由于种种原因，自然状态不能适应人类发展的需要，人类在自然法和理性的支配下，竭力要寻找一条避免自然状态中种种不便之处的道路，于是找到了社会契约。人们通过社会契约建立了国家、制定了法律，自然状态就被政治社会所代替，自然法不仅在自然状态下指导着人类的行为,而且是人类进入政治社会之后制定成文法的依据。自然状

态通过社会契约而被社会状态所代替，与此相应，自然法、自然权利通过实在法或人类法和法律权利更加明确、更加具体地肯定下来。社会契约成为国家和法律产生的途径。

2. 社会法学派——法律发展阶段论

社会法学派的主要代表人物庞德认为法律的发展经历了五个阶段；(1) 原始法阶段。这阶段法律的目的是为了保持和平，防止无限制的血亲复仇，使用的手段是和解。其特征是，被害人得以补偿的标准不是对他的损害，而是因损害而引起的复仇的愿望；审讯的方式不是理性的而是机械的；法律的范围极为有限，既无原则也无一般观念；法律的主体主要是血亲集团而不是个人。古希腊法律、古罗马的《十二铜表法》以及《汉穆拉比法典》都属于原始法。(2)严格法阶段。这一阶段的法律已盛行，法律与其他社会秩序分开，国家已凌驾于血亲组织和宗教组织之上作为社会控制的机关。古罗马法和英国中世纪的法律是这一阶段具有代表性的法律。(3)衡平法和自然法阶段。这一阶段的法律的目的是合乎伦理、合乎善良的道德，改变上一阶段法律形式的非道德状态，并把法律上的人格扩大到所有的人，主要的手段是对义务的履行。(4)成熟的法律阶段。主要指英美 19 世纪的法律，其目的不仅在于法律的确定性，而且还在于谋求一切人的平等和安全，使法律不适当的流动性逐步得到纠正，安全和平等在保护财产和个人契约方面也得到调和。 (5) 法律的社会化阶段。即 19世纪后期开始的西方各国的法律，其目的在于使社会化的观念进入法律领域，法律的重点从个人利益转向社会利益，这是对财产和契约的限制和社会立法的多种类型。

3. 杜克海姆的法进化论：从压迫法到恢复法

法国著名的社会学家杜克海姆把社会划分为简单社会和复杂社会，简单社会与复杂社会的区别在于是否存在分工，从而决

定了它们在社会结构和法律形式上的差异，在简单社会，不存在劳动分工，人们从事同样的劳动，如打猎、渔业、采集，社会全体成员具有统一行为方式、价值观念、愿望和信念，社会是通过“机械的团结”组织起来，靠全体成员的共识来维系。在法律领域，对建立在机械团结基础上的社会秩序的破坏必然引起社会全体成员一致反对，在简单社会不需要法庭、律师、法官或其他法律形式，违反法律受到人民全体会议的审判。而法律的主要形式是刑法，它通过压迫惩罚的方式执行自己的功能。原始人把他们周围的法律秩序看成是自然秩序，神圣的秩序，违反法律就犯了渎神罪，违法者必须受到惩罚，否则整个社会组织就要受到报复。

复杂社会是随着人口增长和社会分工而发展起来的。人口增加使生活资料和生产资料短缺，为了增加竞争力和生存机会，社会开始进行劳动分工，劳动分工改变了人们的生产和生活方式，社会成员不再从事同一劳动。从事不同劳动的人有不同的信念、价值、利益，有不同的规范调整他们的行为，人们对规范的认识日益减少，在简单社会中形成的法的神圣性的观念为实际的规范所代替。劳动分工使各个环节相互依赖，没有不同环节之间的协作，各个环节都不可能独立存在，社会的团结就不能保持。法作为保持有机团结的工具，其目的不再是报复，而转变为维护分工的各个部分之间的协作，保持相互依赖的关系。复杂社会的法律形式从刑法发展为家庭法、契约法、商法、程序法、行政法和宪法，对违法行为的惩罚也由单纯的压迫制裁转变为恢复制裁。

4. 昂格尔的法律进化模式论

昂格尔把社会分为三种类型，即氏族社会、贵族社会和自由社会，与他们相适应的是三种法的概念，即习惯法、官僚法和法治。习惯法又称交往法，它是最早出现的法的形式，其特点是它是“私的。”仅限于氏族和每一社会内部，不存在专门的法律行政

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

机构；它来自于整个社会而不是脱离社会某些集团的中央政府颁布的；它是自然形成的、含蓄的、难以言明的行为标准，人人知晓，没有必要用成文的方式公布，无实证性。官僚法也称规则法，由于劳动分工瓦解了习惯法赖以存在的基础，分工不仅产生了有着特殊技巧、相互交换各自所需商品的相互依赖性的个人，而且更重要的是它产生了一种新的社会秩序，由于社会划分为统治者和被统治者，统治者所关心的主要问题是如何保持他们的统治地位，如何使这种统治合法化，官僚法的特征正好反映了统治者的这种要求。因而它的特点是：它是"公的"，即它由国家制定和执行的规则所组成；它是实证的，而不是自然形成的，阶级分化使习惯法赖以存在的统一的价值观念、合法与非法的标准解体，社会上占统治地位的人们把自己和意志强加给社会，法不再是某种含糊的原则，而成为明确的成文规则，法就是政策，就是君主的命令，统治者的工具。法治或称法律秩序。它的存在主要是组织的多元性，即不仅社会分裂为统治阶级和被统治阶级，而且统治阶级内部也分裂为许多相互斗争的集团，争夺统治地位，这样就瓦解了官僚法存在的基础，即贵族社会中君主和贵族的绝对统治，形成了一种新的社会结构，任何一种相互竞争的力量都不可能占绝对的统治地位，因而在它们之间必须达成某种妥协。这样法不再表现为维护某一特殊的统治集团利益的工具，而表现为具有普遍性和独立性，它适用于所有人并凌驾于相互竞争的政治力量之上。

5. 历史法学派的法起源观：从习惯到法律

萨维尼认为，法根植于一个民族的"民族精神"之中，这种民族精神是在法内部隐藏地起着作用的力量。法象语言、风俗一样都是一个民族的普遍精神的自发的、直接的产物，法不是立法者的创造，而是本能和无意识的产物，法随民族的成长而后成长，

随民族个性的丧失而趋于消亡。之后他的继承者普赫塔发展了他的理论,把法分为三个阶段,即习惯法、立法和法典。习惯法是民族精神的直接产物，立法、法典是在其基础上发展起来的，习惯法高于立法，立法高于法典，立法只有在它体现着普遍作用的民族习惯和惯例才是有用的。

另一代表人物梅因认为，在人类初生的时代，不可能想象会有任何种类的立法机关，甚至一个明确的立法者，法律还没有达到习惯的程度,它只是一种“惯行”,在古代社会中,每个人的生命有极大部分生活在族长的专制之下，人们的行为不是由法律而是由父系家族首领或国王的命令性判决控制着。习惯先于法律,法律是沿着“判决”、“习惯法”、“法典”这样的顺序产生发展的。“判决”不是真正的法律,只是法律的萌芽,随着社会的发展演变，国王失去了它神圣的权力，政治上让位于贵族阶级，于是贵族便掌握解决各种纠纷所必须依据的各种原则，他们所依据的各种原则便成了习惯法，从而法律的发展也就进入了“习惯法时代”。“习惯法”是不成文法,它才是真正的法律。随着成文法典的发明，法律的发展便进入了“法典时代”，古典法典一经出现，法律的自发发展便告中止。有了法典，既可以保护社会不受有特权的寡头政治的欺诈，又可以使国家制度不致自发的腐化和败坏。成文法律要比不成文的习惯法好得多，以后所有法律的发展，都是为了弥补变化着的社会和僵化了的法典之间的裂缝。他认为，进入法典时代以后，人类社会就划分为静止的和进步的两种社会,前一种社会是东方社会,如印度、伊斯兰和中国等,后一种社会是以罗马法和英国法为代表的西方社会，静止社会中的法律不再改进，从来没有超过自发发展的阶段。而进步社会却通过拟制、衡平和立法的机制超过古代成文法典而继续得到发展,以便适应社会需要。他得出一个结论“:所有进步社会的进化

过程，从来都是一个从身份到契约的运动”，即从罗马父权制为基础的亲属关系到中世纪的农奴制、等级制，最后发展为资本主义制度下的个人契约自由。

6、人类法学派对原始法的分析

美国当代著名人类学家鲍哈那认为，法与习惯有着密切的联系，只有当习惯的某些方面不能维持社会的一致性时法才开始发展。因此，法的出现要迟些，它是习惯作为主要的调整者而存在了一些时期后才出现的，据此他提出一个重要论断“法是有专门处理法律问题的社会机构再创造的习惯”。

另一著名法人类学家霍贝尔认为，法律与社会文化密不可分“法律是无法从全部人类行为方式中截然分割开来的”,只有先对社会运转有所认识，然后才可能对何为法律以及法律如何运转有完整的认识。因此从文化人类学的角度看，法律是人类文化的组成部分，法律的存在，意味着人类利用一定组织的社会力量，调整个人和团体的各种行为，并预防、补救或惩罚违反社会调整规范的行为。由于文化形态的不同，“在史前文化中发现的这种法律，我们称之为原始法律；在进入文明社会不久的古代文化中发现的法律，我们称之为古代法律；在发达的文明结构中发现的法律，我们称之为现代法律。”关于原始法的功能，他认为，“法执行着维护最简单的社会之外的所有社会的秩序的基本功能,具体说有四种:(1)规定社会成员之间的关系，确认哪些行动是允许的，哪些是禁止的，以便保持该社会个人和团体的各种活动最低限度的统一。(2)规定强力的使用机关和办法,他认为,在原始法律中，这种权威通常被直接赋予受侵害的个人，有时则由共同体代表社会利益行使；(3)处理各种疑难案件、澄清事实,惩处违法行为。恢复正常的合法关系；(4)在生活条件变化时,重新规定个人和集团之间的关系，以适应维持秩序的需要。

他反对研究法律时，盲目地和任意把现代的法律用语强加于原始资料之上，或用我们现代对法律的理解去衡量原始法律，否则就会歪曲了原始法律的真相。对人类社会法律制度的发展规律，他认为，法律是进化的，虽然每一个国家或民族的法律在发展中有其特殊性，并不都是经过相同的阶段和道路，然而仍有共同的规律可循。人类越文明，对法的需求就越大，人类创造的法就越多。在渔猎文化阶段，法律是很少的，可以说几乎不需要它,所以与现代相比,总是显得处于无法状态,社会纠纷很少,不同部落之间的伤害事件主要通过血亲复仇的办法解决或者“诉诸武力和通过自相残杀的战争状态来解决”；到农业文化阶段，人际关系复杂化，产生了动产和不动产，从而真正严密的法律出现,人法、物法出现,公法也开始萌芽,迫使存在于社会之中的司法机构越来越健全，越来越专门化；城市的产生和发展变革分解了亲属纽带，进一步促进了法律制度的迅速发展。

关于法的起源，中国法学教科书或传统观点都认为，法的起源和国家的起源属同一历史现象，法起源于私有制和阶级矛盾，在阶级和国家产生前的社会中，不存在法律。法律的存在是以社会分裂为阶级以及国家的形成为前提条件的。改革开放以来随着法学研究的深入，有学者提出，法并非阶级社会所特有，而是与人类社会共始终，在人类社会的最初阶段，为了组织社会生产和调整人们之间的关系，法律就已产生了。因此有人认为，法律存在的重要根据不是阶级对立和私有制，它和国家没有必然的联系。这两种观点的分歧或对立实质上主要是围绕着法和法律概念的争议，马恩经典对法律字义的理解，以及国家与法的关系展开的。这种争议同时也引发法本质是阶级性还是社会性的大讨论。那么究竟中国法的起源是什么呢？它产生的源头、最初的形态以及演进的方式是什么呢？

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

我们认为，法从根本上讲，实质上是一种规范模式或文化形态，而世间一切规范的源头都来源于禁忌。因此分析法的源头必须从禁忌入手。“禁忌成为原始社会唯一的社会约束力，是人类以后社会中家族、道德、文字、宗教、政治、法律等所有带有规范性质的禁制的总源头。”①

那么禁忌又是如何产生的呢？禁忌（taboo），来自南太平洋波利尼西亚汤加岛人的土语，意思为避免遭到惩罚，禁止用“神圣”的东西，禁止触犯和接触“不洁”的人和事。最早的禁忌是原始人对大自然充满崇拜、畏惧而产生的，尤如冯特所说禁忌是对掩藏于某一事物中的魔鬼力量的信仰，它的起因仅仅只有一个，那就是切勿激怒魔鬼。在人类社会形成的蒙昧、低级阶段，风雨雷电、洪水猛兽经常给人类带来毁灭性的灾难，由于生产力和智慧低下，原始人的思维相当简陋和感性，是一种本能的“纯粹畜群的意识”，它们不能把自身与外在世界、主体与客体、个体与群体、精神与物质区分开来，人类在自然面前显得无能为力，唯有匍匐在自然的脚下，因此自然在人类的观念中，就变成了一种神秘的异己力量，人类对自然除了依赖之外，更多的就是恐惧，“一个能够到处渗透的弥漫的本原，一种遍及宇宙的广布的力量在使人和动物有灵性，在人和物里发生作用并赋予它们以生命”。② 当原始先民对外界超自然力（mana）的恐怖、畏惧无法解脱，对日月星辰变化的疑虑和担心无法理解，特别是各种矛盾缠绕他们又无法解决时，在生存本能的驱使下，原始人为了避免灾难、保护自己、控制自然，便由对超自然力神秘力量的笃信和敬畏而给它加上若干禁制。祈求通过将自我的约束控制鬼神的神

①《中国民间禁忌》作家出版社，第 14 页。

② ［法］列维·布留尔：《原始思维》，商务印书馆 1985 年版，第 432 页

秘力量转化为“护己”“顺己”的武器，从而避免可能遭至的厄运和惩罚，这样就形成了最早的禁忌。因此禁忌一方面表现了原始先民对不可触犯的万物有灵的乞求和恐惧，另一方面则是原始民族消极地为自己规定的这也不准那也不行的规范准则。它被原始先民恪守不移，奉若神明，受到严格的遵守。“我们怕天之间的一切精灵，所以天长日久，我们的祖先才定下这么多规矩；这是从世世代代的经验和才气中得到的，我们不知道，也猜不出原因在哪里，我们遵守这些规矩，是为了平平安安过日子，凡是不知道的东西我们都怕，身边见到的东西我们怕，传说和故事里讲的东西也怕，我们只好按老规矩办，只好遵守我们的禁忌。”①

在各民族的禁忌中，无论是由自然崇拜、祖先崇拜、图腾崇拜产生的禁忌，还是各种生产禁忌、行为禁忌、宗教禁忌等禁忌形式，几乎都有一种共同的功能和特性，即对人的本能行为进行限制，制止和预防潜在的危险，保护原始先民的生存，达到控制危害性自然力的企图。可以说在原始社会，原始禁忌是一种最早、最特殊的规范形式，它扮演着法律的角色，事实上发挥着法律的作用。是阶级社会法律的萌芽。无怪乎德国著名学者冯特说“禁忌是人类最古老的无形法律，它的存在通常被认为是远比神的观念和任何宗教信仰的产生还要早。”② 法国学者倍松也说“说得好听一些，图腾主义便是原始人民的宪法。”③

在人类文化或规范的演进过程中，一个非常值得重视的问题是，禁忌在不同的国家或民族地区都存在过。它不仅不是某一国家，某一民族的个别的、偶然的生活现象，也不是特定发展阶

①转引自《宗教与习俗》，云南人民出版社 1991 年版，第 100—101 页。
②《图腾与禁忌》，中国民间文艺出版社 1986 年版，第 32 页。
③[法]倍松著，胡愈之译：《图腾主义》，开明书店 1932 年版，第 2 页。

段的暂时生活现象，而是几乎伴随了人类产生以来的历史现象，是全世界共有的文化现象。如著名人类学家弗雷泽在他的名著《金枝》中就列举了很多国家民族的禁忌现象，日本的阿伊努人孕妇不得在产前两个月内纺线或搓绳，否则会使胎儿的内脏拧在一起；印尼的西里伯斯中部的托位查人有孕妇居住的地方，登楼梯的人不能迟疑或停步,以免难产 因此,我们有理由说,在没有国家和成文法出现以前，禁忌事实上也必然是人类最早的行为规范,是法律的源头和种子,是原始社会的法,正是有了禁忌，通过它的作用才影响、支配、调控着当时处于混沌状况中原始社会的各个方面。

1. 禁忌具有法律上行为模式的引导、警示、扼制、保护功能

法律作为一种特殊的社会规范,具有指引、导向、教育、预测的功能作用，它就象金色的绳子一样，拉着我们朝前进，指导人们该做什么，不该做什么。而处于初始社会的禁忌规范也具有这样的显浅功能，所有禁忌有一个共同点，就是提醒人们在生产劳动,婚嫁丧葬、祭祀仪式时必须小心行事,千万不能乱来,它就象一个“危险的符号”随时指令人们的行为模式。警戒人们采取禁止、回避的方式尽量不与某些危险的事物相冲突或者发生接触，否则将导致灾难，受到报应和惩罚。如纳西族严禁任何人砍伐神树，认为砍了神树会刮大风下大雪；赫哲族外出打猎，见烧火堆要磕头，否则认为不顺利；我国的苗人在图腾禁忌方面就有八条,(1)祭祖祀社时,应参加者都须参加,应做的事都须做,不该做的事就不能乱来;(2)鼓石窟和鼓头家供奉的祖像、木鼓、芦笙、牛角等,不准乱动;(3)鼓社的鼓醒鼓之前，不得乱动;(4)祖像到村寨看访,各家要认真接待,不得怠慢,亵渎;(5)藏木鼓的山上一草一木，都不得任意攀摘、砍伐;(6)从播种至吃新谷期间，禁止吹芦笙、敲鼓和斗牛;(7)寨中敬奉的古树和风景树，要

以神相待，不准亵渎或砍伐；(8)过鼓社节后至蒙鼓的三年间，男女不得婚嫁。对哈尼族地区的民族禁忌作调查，发现至今他们仍保留很多禁忌习俗，用以规范、约束人们的信仰行为，如祭祀寨神当天，禁止讲本民族言语以外的其他语言；禁止追捕逃入寨神丛林中的动物；忌讳用手指天和彩虹；公公忌讳进媳妇卧室；小孩忌讳翻带帽子；正在学手艺和读书的学生忌食鸡鸭脚和肝肠；父与女、母与子、翁与媳、岳母与女婿之间在一些场合回避的规矩。等等。

如果说现代法律是以‘明确、肯定、具体’的规范形式指引着人们的行为，且这种规范指引依据的是客观、必然的现实，来源于社会物质生活方式的需要和统治阶级的共同愿望，具有理性和科学性。那么禁忌则是通过几代人不断传承与重复，是被模式化了的在潜意识中带有神秘的、传统的精神观念。依据这种精神观念和想象的因果关系，相沿成习，充当了在原始社会调整人类行为的功能。告诉了人们应当做什么，不应当做什么，并且人们也自觉地屈服于这种禁制，维护这种禁忌准则。虽然在我们现代人今天看来这些禁忌显得荒谬和没有根据，“是一种智力贫乏的表现，但对于那些受它统治的人来说却是一件理所当然的事情”。①

2. 禁忌具有法律的威慑、制裁和惩罚功能

著名人类法学家霍贝尔在《原始人的法》一书中说过一句很能代表法律特性的话‘法律有牙齿，必要时会咬人’“没人强制的法律是不燃烧的火，不发亮的光”，法律有强制性、惩罚性从根本上讲是凭借于国家强制力作后盾，但法律从禁忌中吸取的强力能量却是不能忽视的，德国学者卡西尔也说过“禁忌是人迄今为

①《原始文化研究》，三联书店 1988 年版，第 91 页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

止所发现的唯一的社会约束和义务的体系，它是整个社会秩序的基石，社会体系中没有哪个方面不是靠特殊的禁忌来调节和管理的。’[①]

在我国《礼记·曲礼》中记载‘入境而问禁，入国而问俗，入门而问忌”这说明只有先了解了禁忌，才可能避免麻烦或招受惩罚，《周礼》中也说‘犯禁者，举而罚“”戮其犯禁者”，一般来说，对触犯禁忌本身最常用的处置办法是献祭和忏悔，而对氏族部落来说，鞭打、罚款则更常用。如在埃及王朝形成之前，埃及人将鳄鱼、山羊等被敬为图腾动物，凡有杀害者概处死刑；在南非有个野兔部落，倘若有人误食了野兔肉，无论他是一般部民，还是酋长、显贵，都要按照禁规敲掉他的若干颗牙齿。[②] 在我国纳西族，虎被认为是自己的祖先，如猎人打死了虎，轻者要受到鞭笞，重者要罚款，有的还要下水牢。在西藏，禁忌汇入法典，具有法律一样的约束力，违禁的处理方法与违法的处理方法有很多相似之处。如被判为‘枇杷鬼“”撒魂鬼’的女子，将受到最严重的刑罚……逐出村寨；其他如泄露村寨机密，屡次偷盗，乱伦行为等也将受到严厉惩处，或罚款或赎金抵罪。特别是随后巫术和神判方式的出现，更强化了这种威慑、惩罚功能，在少数民族中，彝族的“毕摩”，纳西族的‘东巴”、壮族的‘师公”、苦聪族的‘比莫’就是禁忌习俗的解释者、宣传者和执行者，在社会上具有较高的权威和地位，景颇族的闷水、捞开水、煮米，彝族的打鸡、打牛、抱石块等方式就是惩罚违反禁忌习俗者的措施。

这种被禁制的行为，向人们设置了无数条警戒线，虽然没有任何形式和公告，却没有人可以逃脱它。如有违反，就必须付出

①《人论》，上海译文出版社 1985 年版，第 138 页。

②《神秘的图腾》，江苏人民出版社 1989 年版，第 57 页。

代价，遭到惩罚。弗洛伊德针对这种惩罚特性曾分析说“当神和精灵的观念出现以后，这些观念就和禁忌结合在一起，于是，违反禁忌所带来的惩罚被认为是自动地由这些神性力量所致，随着这些观念的进一步发展，社会本身才承担起惩罚违反禁忌者的职责。因为,如果对它不加以惩罚,就会给他的伙伴带来危险，这样，人类最早的刑罚制度可以追溯到禁忌。’① 当然禁忌绝非严格意义上的法律，法律是人类社会文明进步的标志，它对社会的规范和调控，除依靠人们对法的自觉遵守外，更多地带有国家的强制暴力作后盾。而禁忌主要依靠共同忌讳下的“自我扼制”的集体意识。靠人们精神上自发的力量来控制，它是非理性和缺乏真实验证的。它的约束力会随社会的进步或生活的某些变化而逐渐削弱，会随人们认识水平的提高而自动消失。

3. 禁忌具有法律的社会协调、整合功能

禁忌作为一种较低级的社会控制形式，它是一种约束面最广的社会行为规范。从吃穿住行到心理活动、从行为到语言，人们都自觉地遵从禁忌的命令；禁忌象一支看不见的手，暗中支配着人们的行为，起着一种社会协调、整合的功能作用，有助于社会关系和社会秩序的建立和延续。西方人类学家就曾将禁忌的功能、目的概述为以下几条：(1)保护重要人物如酋长、祭师等，免受伤害；(2)保护弱小者如妇女、儿童和普通人等不受酋长、祭师等有力的玛那(mana)所伤害；(3)预防由于扶摸或接触尸体、或误食某种食物等所引起的危险；(4)保护一些重要的生活行为如生育、成人礼、婚姻和性机能等免受干扰；(5)保护人类不受来自神的精灵的愤怒或力量的伤害；(6)防止个人财产、庄稼、工具等被窃。在我国的少数民族中，禁忌习俗贯穿于婚嫁、生育、丧

① 《原始文化研究》,三联书店 1988 年版,第 93 页。

葬、节令、劳动等方面,对维护社会的协调和稳定起了重要作用。

显然，这些功能和作用为其后的法律所吸收，充实了法律的内容。可以说，对法律的产生和发展，起到了一种承先启后的过渡、推动作用。如调节食物分配、限制饮食本能的禁忌使人在质态上远远高于动物，乱伦禁忌和图腾外婚制保证了人类社会秩序的稳固和种族的繁衍，源于植物崇拜或图腾崇拜，禁止砍伐社树和神树林在客观上起了保护生态平衡的作用，其后法律中的禁止打猪、捕杀动物、禁止通奸、实行一夫一妻制等无不是这种禁忌特性的缩影或扩张。针对这种功能特性，弗雷泽明确指出“禁忌在很多场合是有益的，考虑到社会的状况，法律的缺少和民风的剽悍，它可以相当不错地代替一个政府的职能，并且使社会尽可能地接近有组织。”① 因此,禁忌在繁衍后代、协调劳作，维系社会组织结构方面,都‘和我们所谓‘文明人’的生活中的道德、法律等有着同样重要的意义。’②

据此我们有理由认为：禁忌不仅在法产生以前曾起到调节人的行为的主要作用，而且在法产生后也仍然起着补充作用。可以说，法是从原始的禁忌习俗中摆脱出来的，是在原始禁忌的母体内孕育成长起来的，当建立在错误的因果关系的认识基础上的巫术、禁忌不能再直接调节重大的现实社会关系时，为了解决人与人之间复杂的接触、冲突、矛盾,法律就产生了。因此,法律的出现不仅有阶级根源、经济根源，随国家、阶级的需要而产生的，而且还有着重要的文化根源，它还受到民族矛盾、文化管理矛盾等多种综合矛盾的作用，它是适应原始社会末期所造成的原始禁忌、习惯的松弛和崩溃所带来的新的社会公共事务的需

①《魔鬼的律师》，东方出版社 1988 年版,第 20 页。

② 《中国神化之文化史的价值》,上海文艺出版社 1985 年版,第 359 页。

要，是氏族组织无法满足日益复杂的社会管理需要，是原始禁忌习惯无力驾驭、控制、调节社会矛盾的结果。从生物学的原理讲，禁忌是孕育法律的胚胎或种子，缺少了它，法律不可能突发产生；从唯物辩证的发展眼光分析，禁忌、习惯是法律孕育的准备过程，是法律产生的过渡桥梁和联系中介，在法律形成演化的漫长过程中起着巨大的推动作用，保证了社会从非准则性规范向准则性规范的递进。正如弗洛伊德所说："随着文化形态的改变，禁忌形成为一种有它自己基础的力量；同时，也渐渐地远离了魔鬼迷信而独立，它逐渐发展为一种习惯、传统而最后则变成了法律。"① 日本法学家穗积陈重也曾说过："太仆(即禁忌)者，为人类至有制裁之行为规范之起源，法律实为此原始的规范之进化者也。"② 随着生产力的发展，人们认识水平的提高，原始禁忌在实践的传承中会发生分化和变异，一部分禁忌将被淘汰、废弃；一部分禁忌将为习惯所吸收，（或者其本身就是习惯的一部分）经过一番扬弃和改造，融入其后的法律、法规中。著名学者郑振铎指出：习惯"是从很古远很古远的时代遗留下来的原始的'禁忌'的一种，在古远的时代是一种'禁忌'，到后来便变成了礼貌或道德或法律的问题了。"③

可以肯定的是，习惯这种在人们生产劳动过程中，逐渐养成的共同的行为模式或行为标准，这种许多人在实践中共信共行的规范，对法的产生和影响比禁忌更直接、更重要。在任何民族的法律体系中，习惯是一种"不仅最古老而且是最普遍的法律渊

①《图腾与禁忌》，中国民间文艺出版社 1986 年版，第 39 页。

②《法律进化论》第三册，商务印书馆 1992 年版，第 209 页。

③ 郑振铎：《原始崇拜纲要》，中国民间文艺出版社 1989 年版，第 104 页。

源。'① 为此恩格斯曾指出"：在社会发展的某个很早阶段,产生了这样一种需要，把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件,这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。②

在原始社会，习惯反映和受制于社会与人类自身发展的双重限制，尽管它在很大程度上带有盲目性、神秘性和受动性，与法律相比，在调整层次上低下，在调整范围上狭小，然而它却是人类对自身外部行为自觉调节的开端，是人对动物性超越历史进程中了不起的胜利，比禁忌更前进了一步。种种理由表明，原始社会的习惯事实上已蕴藏着法的最一般规定，逻辑地构成了现代法律前身。这些习惯和制度已为后来的成文法律所吸收采用，构成了法的最一般的基本要素。特别是复仇和对复仇限定的习惯规定，更能说明法律的产生和演变。复仇最早是一种本能的自卫行为，但复仇的无度和滥用，必然带来动乱和战争，为了维持社会的正常秩序，就必须在实践使用中作出限制，如复仇程度只允许以同类同程度的损伤加于加害者；复仇的条件须经氏族部落团体批准；复仇的期间和次数只准对现在之侵害行为复仇；且复仇以一次为限。如此等等的习惯规定，以及赔偿、差押等变通方法，已含有刑事审判、民事诉讼等因素，氏族及有关团体也实质上承担着原始法官、原始法庭等社会职能。

根据习惯来调节社会关系，解决各种纠纷，在我国民族史的有关资料中，也能得到证实。如我国的鄂温克族，在近现代仍保留着原始共产主义的习俗，他们由若干有血缘关系的小家庭组成,叫做'尼莫尔'的游牧集团。他们一起游牧,互助互利,权利平

① 埃尔曼:《比较法律文化》三联书店 1990 年版,第 43 页。

②《马克思恩格斯选集》第 2 卷，人民出版社 1972 年版,第 538 页。

等,共同选举‘毛哄达’和‘嘎申达’各一人,管理族内的一切事务。‘毛哄达’的主要责任是通过劝说,教育本族的成员。对屡教不改的成员则在氏族会议上解决。再如清代苗族地区，没有本氏族通用的文字，不能形成统一的法规，《苗例》是苗族人世代相传、年久而成的习惯警言、诫语，是清代处理苗民间轻微刑事案件和民事案件的法律依据，具有普遍约束力。景颇族的习惯法，它的行使是由辖区范围内的最高领袖山官来负责，司法权操纵在山官手中,每当山官处理纠纷时,吸收寨中的头人、长老和‘董萨’参加,程序是 起诉人可直接到山官家,送上酒一桶并申诉事由，山官决定评定理后，通知双方评理的日期，整个评理过程采用民主协商方式,在裁决方式上，通常以交纳赔偿金的办法代替惩治,如故意杀人罪,按习惯法一般不判偿命,群众认为 杀人本来已不是好事，再把活着的人处死，那就更不好了，按习惯法的规定，除凶手必须交给死者家属若干头牛偿命外，还实行象征性的同态赔偿，头颅要赔葫芦一个，眼睛赔宝石两颗，牙齿赔斧头一把等。在我们最近对云南边疆少数民族习惯的调查中，一些村寨至今仍规定了许多具有习惯法内容的规约，如不得偷挖乱撬别人的田水 不得盗别人的猪牛、柴草、瓜果、蔬菜 不得砍伐护寨林、同景树等，这些规定具有大家必须遵守的法律效力，如有违反者，视其情节轻重进行处理。

习惯和习惯法，作为法律的重要渊源，不仅在每个法律传统里都存在，而且对法的产生有重大影响，是法律的前身或萌芽，这点我们将作如下分析。

原始社会的习惯是在一个特定的社会共同体内，由社会群体共同确定的社会行为规则。它是一代又一代通过模仿，依靠权威和传统的力量而沿袭下来的，从时间上讲它源远流长，经过长期社会实践的检验；从内容上讲，它是在群体中统一而普遍适用

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com