

ZHONGGUOJUNSHIFALVSIXIANGSH

中国军事 法律思想史

余子明 著

解放军出版社

中国军事法律思想史

余子明 著

解放军出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国军事法律思想史/余子明著. —北京:解放军出版社, 2005

ISBN 7-5065-4964-6

I. 中… I. 余… III. 军法—思想史—中国

IV. E29

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第078768号

中国军事法律思想史

解放军出版社出版

(北京地安门西大街40号 邮政编码:100035)

西安政治学院印刷厂印刷 解放军出版社发行部发行

2005年6月第1版 2005年6月第1次印刷

开本:850毫米×1168毫米 1/32 印张:12.5

字数:308千字 印数:1—1000册

ISBN 7-5065-4964-6/G·337

定价:22.50元

前 言

中国军事法制史是近年来兴起的一个研究方向,而中国军事法律思想史则是更为专门的一个研究领域。这个研究领域还受到法学界和史学界的广泛关注,但它对于法学、军事法学、史学等学科研究的深入和发展是不可或缺的。最近几年,我结合教学与研究工作,将中国历史上的军事法律思想的资料进行整理与阐释,形成了这本《中国军事法律思想史》。

读者可以看出,本书的一个特点是基本上以军事法律思想史的内容来安排体例的,而不是像其他一些思想史、法律思想史的著作,是以历史人物为纬线。之所以谨慎地说“基本上”,是因为近现代部分重点介绍了三个历史人物(曾国藩、孙中山、蔡锷),他们分别代表了封建官僚、革命家、军事家三种类型的军事法律思想,在这个部分里还有两个综合性的内容,即“中国近代军事法律思想的产生及特征”,“中国人民解放军军事法律思想的创建和发展”。这样体例的优长之处,就在于便于对军事法律思想的问题进行集中、深入的探讨,既见树木,又见森林,便于读者了解军事法律思想的问题、线索,把握军事法律思想史的发展规律。

本人在拟定体例之初,列出了二十个基本问题,每个问题为一章,共二十章,但是这二十个问题相互之间是什么关系?根据儒家的“礼”与法家的“法”冲突与融合的基本线索以及“改革与革命”的发展趋势,整个中国军事法律思想史的发展历程,可以分为起源与

奠基、深化与整合、丰富和发展、现代转型等四个阶段,这四个阶段在本书中为四编,这样一来,《中国军事法律思想史》的体系就显得比较清晰了。

目 录

绪论:关于中国军事法律思想史研究的思考·····	(1)
第一编 夏商西周春秋战国:军事法律思想的起源和	
奠基·····	(19)
第一章 军事神权法观念的出现和改变·····	(21)
第二章 兵家对军事法律思想的贡献·····	(32)
第三章 法家以法治军的思想·····	(54)
第四章 儒家德治观念对军事法律的影响·····	(70)
第二编 秦汉三国至隋:军事法律思想的深化与整合·····	(87)
第五章 秦朝严刑峻罚的治军思想·····	(89)
第六章 西汉德法相继的建军治军理论·····	(107)
第七章 东汉治军思想及军事政策·····	(145)
第八章 三国军事法律上的法治主义·····	(162)
第九章 隋朝军事法律思想的建树与废弛·····	(175)
第三编 唐宋元明清:军事法律思想的丰富和发展·····	(189)
第十章 唐朝军事法律思想的成就·····	(191)
第十一章 宋朝保守的军事法律思想·····	(206)
第十二章 辽金西夏元少数民族特色的军事法律思想·····	(223)
第十三章 明朝初期军事法律思想的创新·····	(238)
第十四章 明朝中后期严格治军的理论与实践·····	(257)
第十五章 清朝前期军事法律思想的建树·····	(271)

第四编 从鸦片战争到新中国成立:传统军事法律思想

的现代转型	(283)
第十六章 中国近代军事法律思想的产生及特征	(285)
第十七章 对传统军事法律思想的继承与反思	(302)
第十八章 以民主、法治为精神的军事法律思想	(323)
第十九章 关于军事法律近代化的系统思考	(346)
第二十章 中国人民解放军军事法律思想的创建和 发展	(363)

绪 论

关于中国军事法律思想史研究的思考

中国军事法律思想史与中国军事法制史密切相关。但是,这两门课程的发展的历史和程度却不能同日而语。关于中国军事法制史研究的历史,可以说是相当悠久的了。封建时代的一些官修正史,就对以前的封建王朝的军事法律做了叙述和考证,如《新唐书·兵志》、《宋史·兵志》、《文献通考·兵考》。一些私家著述也对先前或当时的军事法律做了概述和阐释,如《孙子兵法》、戚继光的《纪效新书》、魏源的《圣武记》。但是,与中国军事法制史相联系的中国军事法律思想史,在古代未见有人研究,在现代也很少有人做专门探讨。

“八五”期间,“中国军事法制史”列入全军军事科研工作的计划课题。1999年,该项课题由海潮出版社出版。我们参加了这项课题,负责清末军事法制的编写。这部著作系统地叙述了中国历史上军事法制的发展过程,是中国军事法制史的基础性著作,但是,由于体例和篇幅的限制,未能对中国军事法律思想史做一些叙述。1987年解放军出版社出版的《中国军事史》第三卷《兵制》,也没有对中国军事法律思想史进行探讨。大象出版社出版的《中国军事制度史》中的《中国军事法制史》对中国军事法律思想史有所涉及,但它是一个制度史的著作,未能对思想史的问题进行系统研究。至于学术论文,军事史、思想史、法律史等方面的数量多、质量高,但是,从中国军事法律思想史的角度进行探讨的学术论文却很少。在加强军事法制建设推进军事法学发展的今天,中国军事法律思想史有必要成为一门独立的学科领域。要使中国军事法律思想史成为一门相对独立的学科

领域,就需要对过去军事法律思想文献资料进行搜集整理,对各个时期的军事法律思想进行阐述,对中国军事法律思想史研究的理论和方法进行探讨。一方面,它很不成熟;另一方面,它有很大潜力。只要有志者锲而不舍,这个学科领域就会不断地发展,最终走向成熟和辉煌。

一、中国军事法律思想史的基础理论和研究方法

马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想是中国军事法律思想史的理论基础。马克思、恩格斯、列宁、斯大林、毛泽东关于法律科学的理论、历史科学的理论、军事科学的理论,邓小平新时期建军思想和江泽民国防与军队建设思想,是我们研究中国军事法律思想史的同志应当认真学习和遵循的。这里,主要有三个方面,一是马克思主义的辩证唯物论和历史唯物论。除了参考今天的哲学家关于马克思主义哲学的论著外,要阅读马克思主义原著,如《黑格尔法哲学批判导言》、《自然辩证法》、《唯物主义和经验批判主义》、《反杜林论》等。经典作家的有关论述为我们研究中国军事法律思想史提供了科学的世界观和方法论。二是经典作家关于法律和法律观念的论述,这方面主要集中在《德意志意识形态》、《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》、《家庭、所有制和国家的起源》等著作上。马克思、恩格斯关于法律的一个重要观点是:“一切共同的规章都是以国家为中介的,都带有政治形式。由此便产生了一种错觉,好象法律是以意志为基础的,而且是以脱离现实基础的自由意志为基础的。”^①中国军事法律思想史就有这种情况。古代中国的军事法律是以奴隶制国家和封建国家为中介的,是君主、军事统帅或军事机关制定出来的,这些个人或组织在军事法律的立法中起著举足轻重的作用,这种情况容易使人们误以为军事法律是军事家们和政治家们主观意志的产物,或者把军事家们和政治家们

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版,第69—70页。

的作用强调到了不恰当的地步。然而,正如马克思恩格斯所说的,“法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个的个人恣意横行。”^①与普通法一样,军事法律也是当时物质生产方式的产物。社会是军事法律的基础,军事法律是随着社会及战争形态的变化发展而变化发展的。这个理论对于我们研究军事法律思想史非常重要。研究军事法律思想史不能就事论事,不能从法律到法律,从条款到条款,从言论到言论,而应该从当时的广泛社会环境出发,从当时的政治、经济、军事和文化的状况入手,说明军事法律产生、发展变化的根源,才能揭示过去军事法律思想的本质,才能揭示军事法制史和军事法律思想史的发展规律。当然,一个时期的军事法律除了根植于当时的社会现实条件外,它还必须从先前的法律资料出发,所以,研究军事法制史和军事法律思想史还应当注意军事法律在法典体例和法律形式上的沿革。但是,为什么一个时期的军事法律沿袭了先前的军事法律的某些部分,而革除了先前的军事法律的其他部分?对这个问题,军事法律本身是无法予以说明的。所以,我们所研究的应当是“大军事法律”,而不是“小军事法律”。中国军事法律思想史的基本理论的第三个方面,是经典作家关于军事法制和军事法律思想的论述。过去,专家学者们注意学习和运用马、恩、列、斯、毛的军事思想和法律思想,但很少有人自觉地整理和阐释革命导师的军事法律思想。这固然由于军事法律思想史这门学科兴起较晚,同时也与我们对马克思主义博大精深的理论体系理解、掌握不够全而有关。其实,经典作家关于军事法制、军事法律思想的理论非常丰富。它不仅能使明确军事法律思想史的研究方向,而且能帮我们打开军事法律思想史具体问题的研究思路。当然,经典作家几乎没有专门的军事法制史和军事法律思想史的著作,但是他们在其军事理论、军事史和其他方面的

^① 《马克思恩格斯全集》第6卷,人民出版社1961年版,第291页。

著作中,对军事法制史作了许多精辟的论述。这方面的著作主要有恩格斯的《皮蒙特军队的失败》、《1852年神圣同盟对法战争的可能性与展望》、《山地战的今昔》、《军队》、《德国战争短评》、《战争短评——法国的军事形势》,马克思的《中国革命和欧洲革命》、《国际工人协会总委员会关于普法战争的第二篇宣言》,列宁的《社会主义与战争》、《无产阶级革命的军事纲领》,毛泽东的《中国革命战争的战略问题》,等等。比如,关于奴隶社会的军事法律,恩格斯谈到了古希腊的军队组织编制,“在雅典,每一自由民出身的男子都必须服兵役。只有那些担任公职的人,而在较早的时期,则还有第四等级即最贫穷的自由民,才能免服兵役。这是以奴隶制为基础的民兵制度。”“由于波斯入侵的巨大危险,雅典不得不增加服役的人数;最贫穷的阶级——贫民——也列册当兵。”^①在中世纪的欧洲,王权衰落,诸侯及其军队经常发生暴动和叛离,因而很难进行大规模的军事行动,但是,由于火药的传人和使用,^②整个作战方法发生了变化,因此,军事法律也有所发展。关于资本主义社会军事法制的产生,恩格斯是这样分析的:“封建制度的总崩溃和城市的兴起促进军队的成分发生了变化。……封建的军队不再存在了,新的军队开始由大批的雇佣兵编成,因为封建制度的瓦解使得雇佣兵获得了谁出钱就为谁服务的自由。这样就产生了一种类似常备军的军队;……”^③关于现代资本主义国家军队编制,恩格斯指出:“这里有两种制度:一种是征兵制,即人员在军队中服满一定的期限后,就永不再服役;另一种是预备兵制度,即现役期限短,但退为预备役后,将来还要在一定期限内再次应征入伍。”^④恩格斯这些论述主要是针对欧洲范围的

① 《马克思恩格斯全集》第14卷,人民出版社1964年版,第9—10页。

② 恩格斯说:“法国和欧洲其他国家是从西班牙的阿拉伯人那里得知火药的制造和使用的,而阿拉伯人则是从他们东面的各国人民那里学来的,后者却又是从最初的发明者——中国人那里学到的。”《马克思恩格斯全集》第14卷,第28页。

③ 《马克思恩格斯全集》第14卷,人民出版社1964年版,第29页。

④ 《马克思恩格斯全集》第14卷,人民出版社1964年版,第43页。

军事法制的,但是具有普遍意义。对说明中国历史上的军事法制和军事法律思想,除个别情形外,也是恰当的。在中国奴隶制时代,军队中的成员主要是居住在“国”中的各级奴隶主贵族和本族的平民,由于担心前线倒戈,一般不要奴隶当兵。这实际上也是以奴隶制为基础的民兵制度。中国进入近代以后,随着封建的经济制度和政治制度的衰落,封建的军事中央集权体制逐渐解体,清朝初期建立的八旗兵制、绿营兵制趋于瓦解,半私人武装和私人武装开始出现,湘军、淮军和北洋军带有浓厚的雇佣性质,其士兵的信条就是“谁出钱就为谁服务”。

研究中国军事法律思想史,应该在坚持马克思主义指导的前提下,参考和借鉴近现代和当代西方思想家、法学家和军事家的理论。法学方面,如孟德斯鸠的《论法的精神》、卢梭的《民约论》;军事学方面,如克劳塞维茨的《战争论》、若米尼的《兵法概论》;社会学方面,如马克斯·韦伯的《宗教伦理与资本主义精神》、《经济与社会》。这里应当特别提到的是马克斯·韦伯的《经济与社会》。^①这是一部社会学著作,但是,韦伯是一个研究领域非常广泛的思想家,他在这部著作里用相当的篇幅论证法律制度问题,并且将法学与社会学结合起来,初步构建了法律社会学的框架。(见该书的第七章:“法律社会学”)其中的很多观点和观察问题的方法,对于我们将中国军事法律思想史放在一个大的社会背景下来考察,从社会学的角度研究中国军事法律思想史,是富有启发意义的。

中国军事法律思想史是一个独立的学科领域,同时与其他学科又存在着交叉和融合的关系。所以它应当借鉴和运用其他相关学科的研究方法。

1、法学的研究方法:中国军事法律思想史不是一般的中国史,也不是一般的军事史,而是在一定历史阶段的特殊的法律思想。它

^① 马克斯·韦伯著,林荣远译,《经济与社会》商务印书馆1998年版。

在学科划分上,首先属于法学学科。所以我们要用法学的理论和方法去阐释有关的历史资料和军事资料。一方面,要了解当时的军事法律是怎样规定的,它的渊源是什么,它与国家普通法有那些联系,体现了什么样的法律关系和军事法律关系;另一方面,要知道当时的军事法律为什么要这样规定而不那样规定,这样规定在律学上有什么意义,还有什么不足和漏洞。^① 围绕这些军事法律的产生,思想家、军事家们对军事法律的性质、作用有何认识,要建立怎样的军事法律。

2、军事学的研究方法:从事军事法律思想史研究的人,应当有较好的军事学修养。要注意用军事哲学的方法来分析历史上的军事法律以及军事法律观点。比如,用“战争是政治的继续”的观点来看待军事法律是政治法律和经济法律的继续的问题;用战争有正义和非正义之分的观点来认识中国历史上各种军事法律的性质,用战争史、军事史的发展规律来帮助总结军事法制史的发展规律。

3、历史学的研究方法:中国军事法律思想史既是法学的分支学科,又是历史学的专门学科。这样,中国军事法律思想史运用历史学的方法便是学术研究的题中应有之义。比如,从事实出发的方法。“原则不是研究的出发点,而是它的最终结果;这些原则不是被应用于自然界和人类历史,而是从它们中抽象出来的;不是自然界和人类去适应原则,而是原则只有在适合于自然界和历史的情况下才是正确的。”^② 我们承认要用法学的理论和方法去阐释有关的历史资料,但是反对削足适履,拿着某些条条框框去取舍历史资料,适合的就放进去,不适合的就抛开。科学的方法应当是从事实出发,钻到原始资料里去,在那里发现问题并寻找答案。再如,用历史的观点观察问题。历史上的军事法律思想和今天的军事法律思想相比,是很简单、落后的,有些又是很保守和反动的,然而,列宁指出:“判断历史

^① 康德,《法的形而上学原理——权利的科学》商务印书馆1997年版,第39页。

^② 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第74页。

的功绩,不是根据历史活动家没有提供现代所要求的东​​西,而是根据他们比他们的前辈提供了新的东​​西。”^① 如果把我们要研究的军事法律思想放到当时的历史环境下予以评价,就可以看出它们是整部军事法律思想史连续发展的环节,是今天的军事法律思想发生和发展的一个前提,具有重要的历史意义和现实意义。与此相联系的是比较的方法。将某种军事法律思想放到当时的历史环境里去,但又不能仅仅局限于当时的环境,而要能够从那里跳出来,在一个更大的范围里与其他时期的军事法律思想、其他国家的军事法律思想、其他类型的军事法律思想相比较,从而使这种军事法律的性质和特征充分地体现出来。

二、中国军事法律思想史的基本线索和发展趋势

研究中国军事法律思想史,要注重有关军事法律思想资料的收集与整理工作,在写作过程中,要详细占有资料。否则,所谓中国军事法律思想史的成果便是无源之水、无本之木。但是,中国军事法律思想史不仅是一门实证性的学科,同时也是一门思辨性很强的学科。所以研究中国军事法律思想史,不只是收集、整理有关资料,不只是叙述军事法律思想史的一般过程,更重要的是总结出中国军事法律思想史的发展规律。一部丰富多彩的中国军事法律思想史有很多规律或规律性的东​​西,但是,“在复杂的事物的发展过程中,有许多矛盾存在,其中必有一种是主要的矛盾;由于它的存在和发展规定或影响着其他矛盾的存在和发展。”^②

在中国军事法律思想史诸多规律中,其中必定有规定或影响其他规律的基本规律,总结出这些基本规律,是我们中国军事法律思想史研究的首要任务。那么,什么是中国军事法律思想史的基本规律?我们认为,所谓中国军事法律思想史的基本规律也就是一条贯穿中国军事法律思想史始终的基本线索,以及影响中国军事法律思

^① 《列宁全集》第2卷,人民出版社1959年版,第150页。

^② 《毛泽东选集》第1卷,人民出版社1991年版,第320页。

想史进程的趋势。这条基本线索就是儒家“礼”与法家“法”的冲突、融合的关系。这个发展趋势就是中国历史上的军事法律制度的改革与革命。

在春秋战国时期,儒家主张德治、礼治,在治军的问题上,强调以礼服人。在军队内部,军事法律教育要先行。在各政权的相互关系上,使用武力要审慎。法家主张用严刑峻法治军,制定统一的严格的军事法律,军中成员,不论地位和出身,都要严格遵守军事法律。很明显,儒家和法家在治军问题上,存在着尖锐的对立。值得注意的是,礼治与法治在这时期也有融合的地方。荀子一方面说,秦朝锐利军队打不过齐桓公、晋文公有节制的军队,齐桓公、晋文公有节制的军队打不过商汤、周武王的仁义之师;另一方面又说,要建立王者之军制,部队要闻鼓声而进,闻金声而退,服从军令和军法的行为,比一般意义上的作战有功更值得表彰,不遵法令的进攻,与不遵法令的退却,都是军事犯罪行为。在秦国和秦朝,儒家的礼胜过法家的法,秦孝公任用商鞅实行变法,秦始皇更是屏弃儒家的礼,用法家的法来治国治军。汉朝初年,儒家的礼受到重视,到汉朝中期,儒家理论在国家政治和军事生活中占了统治地位。三国时期,连续的军事斗争为法家法的复兴提供了契机,曹操、诸葛亮都是实践法家法的政治家和军事家。商晋时期,张斐、杜预用儒家经典为封建国家的法典做注释,儒家的礼在军队里又超过了法家的法。唐朝的军事法制颇多建树,其中儒家的礼和法家的法都起了重要作用。一般认为,在中国法制史和中国法律思想史里,自汉武帝以后,儒家的思想占统治地位,这没有什么争议。但是我们觉得,在中国军事法律思想史领域,情况不一样。“军容不入国,国容不入军”。治国与治军的方式方法在一些方面有所不同。在宋、明、清各朝,统治者极力推崇儒家在政治领域和社会生活中的正统地位,儒家理论的创始人孔子的地位被抬高到无以复加的地步。但是军事家们出于赢得军事斗争的迫切需要,注意采用法家的理论,因而在军事生活领域,法治思想占有一

定的空间。同时也存在儒家礼与法家法结合的现象,一些封建王朝用儒家的礼指导军事立法活动,军事法律渗透了儒家的伦理观念,制定出来的军事法律要得到严格、普遍的遵守,违反军事法律的人和事要受到严厉制裁,而这又体现了法家法的特点。到中国近代,曾国藩将儒家的礼与法家的法结合起来,用以建立和训练湘军,他继承和发扬了传统的军事法律思想,同时也对传统的军事法律思想进行反思。孙中山具有民主、法治精神的军事法律思想,蔡锷对军事法律近代化的设想,是在学习西方近代先进的军事法律思想的前提下提出来的,但是应当看到,他们的军事法律思想对儒家的礼和法家的法做了批判和继承。中国人民解放军军事法律思想与历史上任何军事法律思想都有本质的区别,但是它没有割断历史联系,它是在汲取人类历史上有关文明成果,包括儒家礼和法家法的有益成分的基础上形成和发展的。

恩格斯指出:“要精确地描绘宇宙、宇宙的发展和人类的发展,以及这种发展在人们头脑中的反映,就只有用辩证的方法,只有经常注意产生和消灭之间、前进的变化和后退的变化之间的普遍相互作用才能做到。”^① 在中国历史上,随着社会政治、经济的发展,随着战争形态和军事技术的发展,原有的军事法制由适应逐渐地变得不适应起来,成为阻碍历史进步的东西,在这种情况下,新的军事法制开始生成并逐渐地成熟起来,最终取代原有的军事法制。后来,由于社会政治、经济和战争形态、军事技术的进一步发展,所谓新的军事法制也就成了旧的军事法制,所谓先进的军事法制也成了落后的军事法制,最终不得不让位于更新的、更先进的军事法制。这种更替有时比较缓慢,有时比较剧烈。更替较缓慢时就是军事法制的改革,更替较剧烈时就是军事法制的革命。可以说,中国军事法制史就是一部比较先进的军事法制不断战胜、取代比较落后的军事法制的历

^① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第420页。

史，就是一部军事法律制度不断改革和革命的历史。

与此相联系的是，中国军事法律思想史的过程也呈现出先进的军事法律思想不断代替落后的军事法律思想的趋势。在奴隶制时代的夏、商、西周，出现了军事法律，也形成了军事法律思想，但是，那时的军事法律思想非常简单、零碎。在奴隶社会向封建社会急剧转变的春秋战国，出现了“百家争鸣”的局面，诸子百家对军事法律分别提出了自己的主张，初步形成了传统的军事法律思想体系。

春秋战国是中国军事法律思想形成的重要时期，为以后军事法律思想奠定了基础。但是，秦汉时期的军事法律思想也有许多新的内容。

秦朝信奉法家的军事法律思想，在军事立法的指导上，主张制订严厉的军事法律，维护军队的统一和稳定。法家的军事法律思想帮助秦朝统一了六国，建立了中国历史上的第一个专制主义中央集权的帝国，但是严刑峻罚激起了人民的不满，也引起了军队中的士兵的反抗。从而导致了秦朝的灭亡。这样，亲自目睹秦朝崩溃过程的汉朝统治者吸取秦朝迅速灭亡的教训，推崇儒家的法律思想，在军事法律思想上，倾向于对部队实行较为宽松的军事法律，对犯法的士兵实行轻刑。特别是汉武帝时期，儒家的法律思想在政治、文化、思想领域占据了统治地位，因此这一时期军事法律思想也渗透了儒家“礼”的原则。政论家们用儒家的精神解释军事法律，并且提出关于军事法律的主张。

应当说，儒家的军事法律思想为汉朝军事法律的发展起到了重要作用。但是，到东汉末年，农民起义爆发了，封建割据势力形成了，中央王朝的威信扫地，这种社会政治局面与汉朝军事力量的衰落密切相关，军事力量的衰落又是与军事法律思想的保守联系在一起的。

三国时期的政治家、军事家们为了扩大自己的势力，兼并其他割据政权，屏弃了西汉以来用儒家经典制订、解释法律的做法，转而