

军事法史纲

周 健 著



海 社

军事法史纲

周 健 著

图书在版编目(CIP)数据

军事法史纲/周健著 —北京:海潮出版社,1998.12

ISBN 7-80151-118-2

I. 军… II. 周… III. 军法—法制史—世界 IV. B126

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 38612 号

前 言

军事法史学是研究和阐述军事法发展的具体过程及其规律性的科学。阐释社会过程中的军事法律因素的军事法史学有助于对军事法进行历时性的研究。军事法学中的概念、范畴、理论观点、学说等都是历史的产物,有其产生和演变的过程。要想准确而深刻地把握它们,并在此基础上丰富和发展它们,就必须通过学习、考察它们在演变过程中经历了哪些主要阶段,曾经有过哪些表现形态,从而将军事法学的每个结论都建立在可靠的基础上,并经受实践的检验。

从某种意义上说,本书描述的是军事法律文化的历史,既包括军事法律制度的沿革,又涉及军事法律思想的演变。总之,本书从生产力的发展、战争形态、武器更新、科技程度、地理环境、社会文化氛围、政治制度、民族特征等角度阐述了溶于其中的我所窥见的军事法。

人类学家喜欢把人说成是“孕育文化”的动物。从军事法文化的角度来看,也可以说我们的先辈在中国这块古老的大地上孕育了丰富的“军事法文化”。人类历史上的军事法思想是同军事法律制度一道演进的。军事法制度和军事法思想两者都是军事法文化的一部分,相辅相成,融为一体,在本书中,我们研究的对象主要是一些收集到的著作而不是实际的政治军事制度、惯例和习俗,但这并不意味着考虑任何政治军事著作时可以撇开与之有关的军事法实践。我是怀着崇敬的心情开始回顾中国军事法文化的。大约在公元前500年左右,希腊、印度和中国的文化都形成了各自的昌盛与特点,未来世界主要以这三种文化的形式发展着。希腊出了苏格拉底、柏拉图和亚里士多德,印度出了释迦牟尼,中国出了孔子。他

们给欧洲文明、印度文明及中华文明带来了巨大的成就。特别值得注意的是,与孔子同一时代,在军事法文化领域,也出现了“孙子”这样的人物,他给中国的军事法文化铸下了不可磨灭的烙印。对这位被西方称为“兵圣”的探讨,似乎也就给我的研究涂上了一层神圣的光彩。

几千年来,一代一代的积累,形成了我们民族独特的军事法文化结构、军事法心理特征、法律意识及价值观念,它们组成了我们民族在军事法的思考与探索之路上的历史阶梯。

本书上编中国军事法史的研究对象主要是我国军事法的产生和各朝军事法的具体形态、特点及其发展演变的规律。具体地说,是研究和揭示我国历史上各种军事法律制度的产生、发展、演变及其规律,各种军事法律制度的基本形态和本质、作用,军事法律制度与政治制度、经济条件、科技水平、武器装备,战争状况的内在联系,此外,还重点阐述军事法律思想与理论等。

军事法律制度是国家或政治集团关于组织、管理、发展和储备军事力量的法律制度,它由国家或政治集团及其军队制定,以法律、法令、条令、条例、章程,规则等规范性文件颁行。

军事法律思想是中华民族灿烂法律文化金库中的“瑰宝”之一,研究中国历代军事法律思想,是加强军队建设、完善军事法制的一项极其重要的任务,是历史赋予我们军事法制研究者的一项使命。中国军事法律思想史主要研究中国历史上各种军事法律观点、理论、学说的内容、本质、作用及其发展规律。军事法律思想是一定社会经济基础的上层建筑。它和军事法律制度史一样,是有阶级性的。不同的军事法律思想代表着不同阶级、阶层或集团的经济、政治利益。中国历史上各个阶段、阶层或集团的军事法律思想,主要通过他们的代表人物的著作(或言论)来表达的。这些代表人物,特别是在当时所起作用较大或对后世影响较深的代表人物的军事法律思想,是整个中国军事法律思想史的主要组成部分,也是

本书所要研究的主要对象。

我国军事法自产生以来,经历了四千多年的历史,不断发展演变,内容十分丰富。参考有关“军制学”及“法制史”的内容,参照现代军事法制的范围,我国军事法史的基本内容,大致可归纳为两个阶段:第一阶段:中国古代军事法史(包括奴隶制、封建制);第二阶段:中国近现代军事法史(包括半殖民地半封建制、新民主主义时期和社会主义时期。)

本书的下编从比较的角度阐述了外国军事法的形成与发展,作者力图勾勒出世界范围的军事法产生发展的全景,以期对军事法有一个宏观的把握。本书对当代军事法着墨不多,其主要内容将在下一部书中阐述。

1994年,我开始招收军事法学研究生,应教学之需,完成了西安政治学院研究生教材《军事法制史》(讲授提纲),可以说它就是本书的主干。经过几年的教学实践,不断地增加了新的内容。呈现在读者面前的,就是我这几年对军事法文化史思考的总结。

在军事法的研究与教学中,我一直得到中央军委法制局局长杨福坤少将、军事科学院军制部原部长雷渊深少将、战略部副部长朱阳明少将、西安政治学院政委王仁银少将、副院长王日中少将等的关怀和指导,在此,借拙作出版之际深表谢意。

“人生日日在旅途”,本书对军事法的探索只是一个开端,作者希望能在前辈及读者的指教和鼓励下继续前行。

作 者

1998年8月

目 录

上 编 中国军事法

第一章 中国古代军事法的形成	(1)
第一节 军事法的起源	(1)
第二节 夏朝军事法	(10)
第三节 商朝军事法	(18)
第四节 西周军事法	(28)
第五节 春秋战国时期军事法	(39)
第二章 中国古代军事法的发展	(59)
第一节 秦朝至明朝军事法发展的基本形态	(59)
第二节 发展时期的军事法思想	(66)
第三节 发展时期军事行政法的基本内容	(69)
第四节 发展时期军事刑法的基本内容	(81)
第三章 中国古代军事法的完善	(94)
第一节 清入关前的军事法	(94)
第二节 清朝的军事行政法	(96)
第三节 清朝的军事行政处分制度	(103)
第四节 清朝的军事刑法与军事司法制度	(118)
第五节 中国古代军事法的特点	(129)
第四章 清末军事法的近代化	(132)
第一节 清末军事法思想	(132)
第二节 清末军事行政法	(133)
第三节 清末军事刑法	(139)
第五章 近代军事法形态的演变	(142)
第一节 太平天国军事法	(142)
第二节 资产阶级临时政府时期的军事法	(144)
第三节 北洋政府时期的军事法	(150)
第四节 国民党政府时期的军事法	(156)

第六章 中华人民共和国军事法	(165)
第一节 新民主主义时期的军事法.....	(165)
第二节 社会主义时期的军事法.....	(171)
下 编 外国军事法	
第七章 古代两河流域的军事法	(177)
第一节 两河流域早期的军事法.....	(177)
第二节 古巴比伦王国的军事法.....	(180)
第三节 亚述帝国的军事法.....	(191)
第八章 古印度的军事法	(194)
第一节 古印度军事法概述.....	(194)
第二节 吠陀时代的军事法.....	(198)
第三节 列国时代的军事法.....	(199)
第四节 帝国时代的军事法.....	(203)
第五节 《摩奴法典》中的军事法.....	(207)
第九章 古希腊军事法	(213)
第一节 古希腊军事法的产生.....	(213)
第二节 斯巴达的军事法.....	(215)
第三节 雅典的军事法.....	(219)
第十章 古罗马的军事法	(235)
第一节 古罗马军事法的渊源与发展.....	(235)
第二节 罗马共和时期的军事法.....	(240)
第三节 马略、凯撒时代的军事法.....	(247)
第四节 罗马帝国时代的军事法.....	(255)
第十一章 中世纪外国军事法	(260)
第一节 中世纪军事法产生的历史背景.....	(260)
第二节 中世纪军事法的形成和发展.....	(261)
第三节 法兰克王国军事法的内容.....	(263)
第十二章 近现代外国军事法	(270)
第一节 美国军事法.....	(270)
第二节 德国军事法.....	(275)
第三节 日本军事法.....	(280)

上编 中国军事法

第一章 中国古代军事法的形成

第一节 军事法的起源

中国的古代文化是一种农业社会文化,一种宗法制度文化。地理环境、生产方式、社会组织这三个层次的格局,决定了中国华夏文化的类型。“民族的宗教、民族的政治制度、民族的伦理、民族的法制、民族的风俗以及民族的科学、艺术和技能,都具有民族精神的标记”。^①中国古代军事法与华夏文化存在着内在的联系,体现了华夏民族固有的军事法特征。在开始论述中国古代军事法的时候,我们首先要理解自己分析工具的适用性。关于早期中国军事法起源的社会背景、赖以产生的土壤,仅用摩尔根的“部落联盟”、恩格斯的“军事民主制”等概念,是不能得出一个完整的答案的。人类法律文化所具有的复杂性,意味着在文化表述方面存在多样性的可能。中国古代固有的一些概念,如刑、誓、礼等,也许更易于表述中国古代军事法的特点。我们尝试在史料的基础上,建立中国自己的“话语系统”以构建中国古代军事法的最初形态及基本框架。战争与军事法的起源有不解之缘。著名学者钱钟书在分析了大量文献资料后指出:按兵与刑乃一事之内外异用,其为暴力则同“刑罚”之施于天下者,即“诛伐”也。“诛伐”之施于家、国者,即“刑罚”也。兵之与刑,二而一也。^②中国古代军事法律是在战争中形成的,这

^① 黑格尔《历史哲学》第104页,三联书店

^② 参见钱钟书《管锥篇》第一册,第285页,三联书店

一论点,揭示了中国军事法生成发展的“基因”和特殊途径。

下面我们从不同的角度分别阐述这一论点。

一、神话中的战争与军事法

神话是人类最早的意识形态,我们可以从神话的材料中,获取更多有益于军事法研究的信息,能通过文字、图象、饰纹的综合分析,揭示军事法观念的最初始源。

下面我们从神话思维角度来分析一下中国古代战争与军事法的关系。

相传蚩尤与三代“五刑”的形成有密切的关系。据《尚书·吕刑》载:“蚩尤惟始作乱,延及平民,罔不寇贼,鸱义奸究,夺攘矫虔,苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑曰法,杀戮无辜,越兹丽刑并制,罔差有辞”。

宋罗泌《路史·后纪》注引《世本》:“蚩尤作五兵:戈、矛、戟、酋矛、夷矛。”《史记·五帝纪》注引《龙鱼河图》:“蚩尤兄弟八十一人,并铜头铁额”。《山海经·北大荒经》:“蚩尤作兵伐黄帝”。军事征服具有镇压抗命者,使其驯服、从命的意义,从这一点来分析,以暴力手段,扬王者威权,使令行禁止,这就使兵与刑在功能上彼此认同了。也反映了先民对于刑罚与战争不加区分的特殊观念。

我们可以从上述传说中解析出军事法文化隐义的沉淀,寻出有关军事法行为规则模式的最初本源。关于蚩尤的神话传说,清楚地告诉我们:蚩尤既是战神又是刑神;既制五兵又制五刑;五兵则既是武器又是刑具,说明在中国远古法律与战争是密切相关的。另一方面,神话战争中产生的行为规则模式,则成为拾起军事法历史的坠绪之键。“涿鹿之战”是传说中的中国古代较早的一次战争,“蚩尤作兵伐黄帝,黄帝乃令(作者按:“令”可视为“军令”)应龙攻之冀州之野,应龙蓄水。蚩尤请风伯雨师,纵大风雨。黄帝乃下天本日魃,雨止,遂杀。”传说黄帝为打败蚩尤,“乃令风后法斗机作指

南车以别四方”。^①蚩尤善做兵器，“造立兵杖、刀、戟、大弩，威振天下”。^②显然，“令”的出现表明了军事法观念的萌芽。

二、中国古代战争与军事法的起源

战争作为人类的一种暴力对抗形式，蕴含着预测、策划、动员、指挥、组织、协调、强制、督导等法的要素，因此，从某种意义上说，战争是人类早期最富有技巧的一种特殊的法律控制行为。

人们为了进行战争并在战争中取得胜利，必须掌握和运用战争过程中的策划、指挥、组织、督导等法律行为，从而取得战争的胜利。

战争并不是自有人类以来就有的，而是当人类社会发展到私有财产出现后才产生的。列宁指出：“战争对私有制基础并不矛盾，而是这些基础的直接的和必然的发展”。^③毛泽东指出：“战争——从有私有财产和有阶级以来就开始有了”。^④在原始公社制度下没有私有财产，社会尚未分成阶级，因而也就不存在现代概念的战争。氏族或部落之间的武装冲突没有掠夺财富和阶级对抗的性质，而只是为了争夺更好的牧场、耕地或血亲复仇进行的一种械斗。但是，人类社会私有财产出现后，为了掠夺别人的财富，于是武装暴力抢劫行为发生，战争出现了。从各种文献资料可以看到，我国私有制产生于裴李岗文化母系氏族公社时期，到了大汶口文化的2000多年间，私有财产不断增多、贫富分化日益加剧，氏族显贵拥有的私有财产大大超过一般氏族成员，私有制阶级形成，这就是掠夺战争产生的社会基础。

从各类遗址表明，大汶口文化时期已出现指挥战争的军事首领，到了原始社会末期的军事民主制阶段，军事首领指挥部落联盟

① 《太平御览》卷十五，引《志林》

② 《太平御览》卷十九，引《龙鱼河图》

③ 《列宁文集》第21卷，第320页

④ 《毛泽东选集》第一卷，第155页

发动掠夺邻近部落的战争，已成为他的经常职业正如恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中说：“军事首长、议事会 and 人民大会构成了发展为军事民主制的氏族社会的各机关。其所以称为军事民主制，是因为战争以及进行战争的组织现在已成为民族生活的正常职能。”

既已有了从事战争的军事首领，此时已产生战争就是完全可以理解的。

从军队最初的发展阶段上看，从约 5000 年前至约公元前 21 世纪夏朝建立初期，属原始社会晚期，是原始步兵武装阶段。

这一阶段，以原始步兵武装为主要特征。原始氏族部落内实行民兵制，全体氏族部落的适战成员都有义务参加氏族部落的武装。军事首领通过一种独特的方式召集徒步的战士，广西左江流域岩壁上有大量的“蛙人”群集合的绘画。从人们身带兵器，都作“蛙姿”动作情况看，这应是原始的“召兵”仪式场面。^①或者说，是兵役法律制度的萌芽。武装人员按氏族部落生产生活组织编成单一的步兵。黄帝曾率领许多氏族武装作战的类似情况，在恩格斯对易路魁人的分析中得到了印证。他说：“这种胞族也都有军事单位的意义；这四个血族在作战时各成一队，各穿自己的制服，有自己的旗帜和自己的首领。”^②这时，还有了经常性的军事首领的“卫队”，是常备军的雏形。相传，黄帝后来就长期“以师兵为营卫”。^③中国军事法最初的形态是怎样体现的？如上所述，这只有从重大的军事冲突和战争事件中寻找线索。中国远古时代最重大的一次战争是黄帝、炎帝、蚩尤之间的战争，以黄帝的最后胜利结束。因此，从战争实践行为及法律实践行为上说，中国古代军事法从黄帝时代开端比较适宜。

① 《简明中国历史图册》第 1 册，天津人民美术出版社

② 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》

③ 《史记·五帝本纪》

黄帝战胜蚩尤和炎帝人之中原之后，中国从一个分散、零星的原始氏族部落逐渐过渡为统一的中央国家，它西起今晋豫陕、东至今冀鲁豫中跨黄河南北。在这个广阔的区域里，中国古代军事法开始产生并扩张。

文献记载我国历史上最早的几次战争，一是黄帝与蚩尤的涿鹿之战，一是黄帝与炎帝的阪泉之战。阪泉之战后，炎帝与黄帝两个部族结成了稳固的联盟，形成华夏的核心集团，黄帝以后的征服战争更为频繁，如尧舜对三苗进行的大规模的战争。其中禹伐三苗是决定性的一战，在古史传说中的这一场战争，留传下来了丰富的军事习惯法的史影。

禹伐三苗战争的胜利不仅进一步提高了军事领袖的威望，还加速了王权的形成。传说禹曾“合诸侯于涂山，执玉帛者万国”^①，“致群神于会稽之山，防风氏后至，禹杀而戮之”。^②这些都表明禹时已建立了一个很大的联盟，并初具国家的雏形，参加盟会的各部落酋长要执玉帛，违背命令迟到者则遭杀戮，参加联盟的各部落不再是平等的了，军事首长的权力过去仅限于战场，而现在则逐渐成为一种凌驾于社会之上的王权。战争中，增强了军事领袖的权力，逐步将军权、审判权、祭祀权集于一身，产生了王权的萌芽。可以说，在暴力征服过程中孕育了军事法，军事法诞生于战争的角斗之中。

军事法与王权、兵器有着紧密的联系，大汶口文化时期已经有了在战争中使用的兵器，王权（或曰军事指挥权）又与兵器的产生有着密切的联系。

大汉口遗址的陶器上发现古文字学家释为“斤”、“戍”的两个字，这就是我国最早的兵器。

斤是工具，就是镑子。《说文》：“斤，斫木斧也”。作为生产工具，

① 《左传·哀公七年》

② 《国语·鲁语》

斤在原始社会末期被广泛使用。斤也是兵器，古代的工具和武器是很难区别的。“斤是最早的兵器，所以兵字就用它来代表一切兵器。”^①

戍也是兵器，即安有长柄的穿孔石斧，它是垦荒伐木的工具，战时就成为兵器。《说文》：“戍，斧也”。石器时代使用的工具石斧就是最早的戍，当父系氏族公社初期掠夺战争产生时，长柄大斧自然成为兵器。

原始社会发展到军事民主制阶段，战争频繁，人们把赢得战争胜利的勇敢战士视为英雄。由于对英雄战士的崇拜，进而产生对战士手中武器的崇拜。大汶口文化时期的先民造出斤、戍二字，当是他们崇拜英雄手中的武器这一观念的具体反映。

王字的来历亦是如此。古人造字用斧形来表示王字，是因为王权的形成与斧关系密切。一方面，从王权产生的历史渊源看，阶级社会的王是英雄时代的军事首领转变而来，王权来自军事首领的权力和威望，而军事首领的权力又来自战争，所以古人在造字时就用军事首领手中的武器斧形来表示王字；另一方面，从王权的形成的现实基础看，王者的权力来自武功，古人对王的权威的膜拜进而转化为对王手中武器的崇拜，在造王字时就用王手中的武器来表示，这就是王字用斧形来表示的根源。“古之王者皆以威力征服天下，故引申之，凡征服天下者称王，斧形即王字”。^②

王字之本义为斧，故斧钺是王权的象征，帝王遣将出征，常赐斧钺，以示授权代王行事。《毛公鼎》、《虢季子白盘》铭文有具体记载。王者在赐给征伐大权时，还要在朝廷上举行隆重的授斧钺仪式，《淮南子·兵略训》和《六韬·立得》都有详细记载。“大将接过斧钺以后，就象征着有了征伐大权，以此提高权力与身份。”^③

① 《大汶口文化讨论文集》，第133页，齐鲁书社

② 《金文名象疏证·兵器篇》

③ 《中国古代兵器图册·斧钺》，书目文物出版社

斧钺还是一种刑具。《国语·鲁语》：“大刑用甲兵、其次用斧钺”。斧钺之作为刑具，仍象征着王的权威，以对臣民实行生杀予夺之权。

三、“刑起于兵”辨析

据史载，我国古代的法律最先是在军事领域里出现的，相传我国最早的法律——《皇帝李法》，就是军事法；最早的法官士或理，也是军官的名称，传说皋陶就兼负职掌兵、刑的双重任务；按史籍所载，最早的刑，本是军事行动，最初刑罚的目的——“报虐以威”，就是军事镇压，《国语·鲁语》说“大刑用甲兵”。《通典》说：“黄帝以兵定天下，此刑之大者。”。

《逸周书·克殷解》提到：牧野之战，周武王率领周部落联盟大败殷商军队，并以兵器斩杀敌人，处死战俘，甚至斩断帝辛尸体，悬其尸首，使兵成为刑罚。进而这种“大刑用甲兵”则成为对殷遗民的威慑和对周部落联盟内部反抗的警告，兵又威了刑法。

近年来，围绕中国古代法律起源问题，发表了不同于传统观点的见解，认为法律起源于原始社会末期。其实，从无阶级社会到阶级社会总会有一个过渡时期。与此相应的是，法律也有萌芽、成长的过程。

从我国古籍记载看，关于刑法（或曰军事刑法）的起源，主要有刑起于三苗说、刑起于兵说、刑起于定分止争说等：

（一）刑起于三苗说。《尚书·吕刑》：“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法”。这里的“五虐之刑”，主要指“黥、劓、刵、殛、戮”等。刑法的产生，被描绘为“三苗”部落残忍无道、滥杀人民的象征：“杀戮无辜，爰始淫为劓、刵、殛、戮”。

（二）刑起于兵说。《汉书·刑法志》：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑”。用战争征服其他部族被称为“大刑”，而大辟刑和肉刑则用来惩治“孤立的个人”反抗“统治关系”的行为，其规模、威慑力均在大刑之下。

(三)刑起于定分止争说。《管子》：“法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也”。“兴功惧暴”，即为民兴利除害，借助众人之力禁止强暴；“定分止争”，即确立上下贵贱的名分以断绝争执。

这三种说法皆与原始社会末期的氏族部落战争有密切关系，如上所述，这一时期战争频繁，各氏族部落对峙抗争。用战争手段征服其他部落是一个长期的过程，同时伴随着军事(刑)法的萌芽成长的过程。以蚩尤为首的九黎部落联盟，与以黄帝为首的部落联盟发生冲突。黄帝和炎帝联合在涿鹿打败了蚩尤，迫使苗族之先祖由北而南，迁至长江中下游一带，尧、舜时又形成新的部落联盟，即“三苗”，后被舜打败又向西迁。^①从《尚书》、《山海经》等典籍记载的神话中，可以看出兵、刑常融为一体，目的相同。蚩尤用卢山的金属冶制兵器，与黄帝战于涿鹿之野。炎帝原是姜水流域的部落，以后向东部发展，也管因利益之争与黄帝战于阪泉。《黔南职方纪略》则说：“蚩尤代炎帝为政，尚利好刑，不耻淫奔”。这些传说不一，但却说明原始社会末期各部落之间激烈争夺、风云迭起的事实。中原地域宽广肥美，因此经常成为众矢之的。对于生活资料来源紧张的氏族部落来说，战争加重了氏族成员的负担，使阶级分化的趋势更为加快。一些氏族成员不再恪守氏族习惯，乘机强取豪夺、贼寇作乱的现象时有发生，为了适应形势，调整新的社会关系的规范随之发生。

如前所述，“蚩尤惟始作乱，延及于平民，罔不寇贼，鸱义奸宄，夺攘矫虔”，揭示了过去未出现过的犯罪。所谓鸱义：“鸱者，冒没轻；义者，倾邪反侧”；奸宄：犯法作乱；夺攘矫虔：强取，窃取，诈称。与此同时，五虐之刑出现，并用来残害无辜，即滥用剕、耳、木、豕、臠刑。“三苗”部族“越兹丽刑并制”。据曾运乾解释：兹，于是；丽，通罹；刑，杀；并制，并用。即预设圈套使其陷于罪而后罚之。《吕

^① 郑英杰：《苗族伦理思想初探》，人大复印资料《伦理学》，1988年11月

刑》说：上帝体恤民情，派出军队惩罚了苗人，又委派三位大臣担当重任，即让禹治水、后稷务农、伯夷立法。所谓“伯夷降典，折民惟刑”，即由伯夷修订刑律，审判案件时严格依照刑律办事。《尚书·尧典》说，诸侯之长推荐伯夷主持三礼（天事、地事、人事之礼）。《国语·郑语》说伯夷：“礼于神以佐尧”。因此，“伯夷降典”又可视作把原始社会的礼俗习惯重新整理、调整为新的社会规范让部族遵照执行。“伯夷降典”的基本内容，仍然以被征服的“三苗”部族创立的“五虐之刑”为基础，但却采取措施防止了滥杀滥罚。

在私有制产生之前的原始社会中，既没有真正意义上的战争，也没有军事犯罪现象，因而也就没有军事法，调整各种军事社会关系与秩序的不是法律，而是原始（军事）习惯——原始社会（军事）规范。

考察人类早期的历史进程可以看出，兵与刑、战争与军事法，不是本原与派生关系，而是共生关系。既是说，它们的产生有着共同的社会基础和历史条件，产生的时间亦大体相同。这个共同的基础就是私有制度。

法律与战争均萌芽于原始社会末期——母系氏族社会时期，关于这一时期氏族公社中私有制产生的情况，已由考古工作者提供的大汶口文化、龙山文化等考古资料予以科学的证明。

军事法是随着战争的出现而产生的，它和战争一样也是在私有制度的基础上，在王权的形成过程中产生的。军事法和普通法都是在同一历史发展进程中发生和发展起来的，其产生的时间大体相同，共同构成社会法制的重要内容。但是，军事法主要通用于战争时期和军队之中，普通法则主要适用于平时时期和全体国民；战争时期为非常时期，战争的胜败关系到国家的存亡，因而违犯军事法的犯罪行为，会受到比平时时期犯罪更严厉的刑事处罚，军事法远比普通刑法严酷。