

(b) 裁判上ノ減輕

(I) 意義

裁判上ノ減輕トハ酌量減輕ニシテ、犯罪ノ情狀憫諒スベキ場合ニ裁判官ノ裁量ヲ以テ爲スモノナリ(刑六六)。

(II) 減輕ノ方法

裁判上ノ減輕ノ方法ハ前述法律上ノ減輕ノ方法ニ同ジ(刑七一)。

(III) 法律上ノ加重減輕トノ關係

裁判上ノ減輕ハ法律上ノ加重減輕ヲ爲シタルト否トニ拘ラズ之ヲ行フコトヲ得ルモノトス(刑六七)。

(二) 算出ノ順序

前述加重又ハ減輕ガ同時ニ二以上生ズル場合ニハ、其ノ相互間ノ順位ヲ定メザルベカラズ。是ヲ以テ刑法第七十二條ハ左ノ順序ヲ以テ刑罰ノ加重減輕ノ行ハルベキコトヲ明示セリ。

(1) 累犯加重

(2) 法律上ノ減輕

(3) 併合罪ノ加重

(4) 酌量減輕

四 刑罰ノ特定

前述各種ノ算出方法ヲ施シテ得タル處斷刑ノ範圍内ニ於テ、具體的事案ニ對シ如何ナル刑ヲ宣告スベキカハ刑法ニ規定スル所ナシ。從テ犯人及犯罪ノ雙方ニ亘リ一切ノ事情ヲ考覈シ裁判官ノ確信ニ基キ決定セララルナリ。此ノ場合陸軍刑法ニ於テハ、其ノ戰力保持ノ理念ガ刑ノ決定ニ當リテモ最高指針ヲ爲スハ言ヲ俟タズ。

五 刑罰ノ免除

(一) 刑罰免除ノ意義

刑罰ノ免除ハ法律上ノ事由ニ基キ刑罰ヲ科スルコトノミヲ免除スルヲ謂ヒ、反面ニ於テ犯罪ノ成立ヲ前提トスルモノナリ。從テ刑ノ免除ハ犯罪ノ不成立ト區別スルヲ要ス。犯罪不成立ノ場合ハ無罪ノ言渡ヲ爲スニ對シ、刑ノ免除ノ場合ハ免訴ノ言渡ヲ爲サザルベカラズ(陸會四〇四)。又刑ノ免除ハ刑ノ執行ノ免除トモ混同スベカラズ。後者ハ刑ノ言渡アリテ唯其ノ執行ノミヲ免除セララルニ過ギザルモ、前者ハ刑其ノモノノ言渡ナキナリ。從テ執行ノ免除ノ場合ト異ナリ再ビ罪ヲ

犯スモ累犯ト爲ラズ。

(二) 刑罰ノ免除ノ種類

刑罰ノ免除ハ刑法總則ニ規定セララル場合ノ外其ノ各則ニモ規定アリ。又陸軍刑法總則ニ於テ前述ノ如ク規定アル外(二二)、其ノ各則ニ於テモ反亂罪ニ付自首免除ノ規定ヲ設ク。此ノ點ハ各論ニ於テ説明スル所ニ讓リ、今刑法總則ニ於ケル免除ノ事由ヲ掲グレバ左ノ如シ。

(1) 義務的免除事由

免除ノミヲ義務的ニ認ムル絶對的ノ場合ナク、相對的義務的ノモノトシテ中止未遂(刑四三但)アルノミナリ。

(2) 任意的免除事由

免除ノミヲ認ムル特定のモノナク、總テ減輕トノ選擇ニ委セリ。

(a) 過剩防衛(刑三六一)

(b) 過剩避難(刑三七一但)

第三款 刑罰ノ執行

一 總說

(一) 刑罰執行ノ意義

刑罰ノ執行トハ刑罰ノ適用ニ依リテ特定セラレタル内容ノ刑罰ヲ其ノ目的タル人格者ニ對シ實行スルコトヲ謂フ。刑罰ノ執行ハ手續法上ハ裁判ノ執行ニ外ナラズ。從テ刑法及陸軍刑法ニ規定ナキ事項ニ關シテハ陸軍軍法會議法、陸軍監獄令等ノ規定ニ俟タザルベカラズ。尙陸軍刑法上ノ主刑ハ前述ノ如ク死刑及自由刑中懲役及禁錮ニ過ギズ。

(二) 刑罰執行ノ通則

(1) 執行ノ機關

(a) 執行指揮官

刑罰執行ハ檢察官之ヲ指揮ス(陸會四九九)。但シ違警罪即決處分ニ付テハ此ノ限ニアラズ。

(b) 執行官

實際上刑罰ノ執行ニ當ルハ監獄官吏ナリ。但シ違警罪即決處分ノ場合ニハ當該警察署長ニ於テ檢察官ノ指揮ヲ受クルコトナク自ラ執行ヲ爲ス。之レ刑ノ假執行ニ關スル規定アルニ徴シ明瞭ナリ(違警罪即決例八以下)。

(2) 執行ノ時間

(a) 執行ノ始期

刑罰ハ裁判確定シタル後之ガ執行ヲ開始ス(陸會四九八)。

(b) 執行期間ノ計算

(I) 刑期ハ年又ハ月ヲ以テシタルトキハ曆ニ從ヒ計算ス(刑二二)。

(II) 刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ起算スルモ、拘禁セラレザル日數ハ之ヲ算入セズ(刑二三)。

(III) 受刑ノ初日ハ時間ヲ論ゼズ全一日トシテ計算ス(刑二四前)。

(c) 執行ノ終期

期間終了ノ瞬間當然執行ハ終止スベキモ、放免ハ其ノ翌日ニ於テ之ヲ行フ(刑二四)。

(3) 執行ノ準備

死刑、懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタル者拘禁中ナルトキハ身柄ノ確保ニ別段ノ手續ヲ要セザレトモ、拘禁中ニ非ザルトキハ召喚ヲ爲シ(陸會五一前)、之ニ應ゼザルカ又ハ逃走シ若ハ逃走ノ虞アルトキハ逮捕狀ヲ發ス(陸會五一後乃至五一七)。

二 各説

(一) 死刑

(1) 汎説

普通刑法上ノ死刑ハ監獄内ニ於テ絞首シテ執行スベキモノナルガ(刑一一)、陸軍刑法第二十一條ニ於テハ陸軍部隊ノ移動的ナル傾向ト軍人ガ銃器ヲ帶ブル本性乃至其ノ道義心ヲ尊重シ、普通刑法ノ定ムル執行方法ニ特例ヲ設ケタリ。而シテ此ノ規定ハ陸軍刑法ノ罪ニヨリ死刑ノ言渡ヲ受ケタルト其ノ他ノ刑罰法規ニ定ムル罪ニ依リ死刑ノ言渡ヲ受ケタルトハズ苟モ軍法會議ノ言渡シタル死刑ノ執行ニ付總テ適用アルモノトス。

(2) 執行機關

(a) 執行命令官

死刑ノ執行ニ限リ陸軍大臣ノ命令ヲ要ス(陸會五〇二、五〇七)。但シ例外アリ(陸會五〇八)。其ノ爲檢察官ヨリ一件記録ヲ陸軍大臣ニ提出ス(陸會五〇三)。

(b) 執行官

監獄長ニ於テ執行シ、檢察官及録事ノ立會ヲ要ス(陸會五〇五)。

(3) 執行ノ時期

執行ハ陸軍大臣ノ命令アリタル後五日以内ニ行ハレザルベカラズ（陸會五〇四）。執行迄ハ監獄内ニ拘禁ス（陸監令一三）。

(4) 執行ノ停止

(a) 心神喪失者又ハ妊婦ニ對シテハ陸軍大臣（例外トシテ長官）ノ命令ヲ以テ痊愈又ハ分娩迄執行ヲ停止シ、爾後同大臣ノ命令ニ依リ執行ス（陸會五〇七）。

(b) 監獄法第七十一條第二項ノ規定ニ依レバ、大祭祝日等ニハ死刑ヲ執行セザルモ、陸軍ニ於ケル死刑執行ニハ斯カル制限ナシ。但シ成ルベク其ノ趣旨ニ依ルヲ可トスベシ。

(5) 執行ノ場所

軍法會議ノ長官ノ定ムル場所ニ於テ執行ス（陸刑二一）。現場ニハ許可ヲ受ケタル者ノ外入ルコトヲ得ズ（陸會五〇五）。

(6) 執行ノ要領

銃殺ニ依ル。此ノ爲監獄ノ長ノ申請ニ依リ長官ハ兵員ノ出場ヲ命ズ（陸會五〇五）。執行ノ記録

立會録事執行始末書ヲ作ル（陸會五〇六）。

(二) 自由刑

(1) 汎 說

陸軍刑法ノ規定スル自由刑ハ懲役及禁錮ノ二種ニシテ、定役ノ有無ニ依リ區別シ何レモ無期有期ニ區分セラル（刑二一、一三）。其ノ執行方法ハ受刑中仍陸軍構成員タル身分ヲ失ハザル者ニ付テハ陸軍監獄ニ收容シ、陸軍監獄令同施行細則ノ定ムル所ニ依ル。之蓋シ構成員ノ軍事能力ノ維持涵養ノ爲ニハ普通監獄ニ於ケル刑ノ執行ハ必ズシモ適當セザルカ爲ナリ。執行方法ノ詳細ハ軍行刑法ノ説明ニ讓ル。

(2) 執行期間計算ノ特例

未決勾留ハ刑ノ執行ニアラズシテ證據保全等ノ爲ノ處分ニ屬スルヲ以テ、勾留期間ハ刑執行ノ期間ト謂フコトヲ得ズ。然レトモ刑法ハ裁判官ノ裁量ヲ以テ未決勾留期間ノ全部又ハ一部ヲ本刑期間ニ算入スルコトヲ規定セリ（刑二一）。而シテ如何ナル場合ニ之ヲ許容スルカハ規定スル所ナシト雖モ、本人ノ責ニ歸スベカラザル客觀的ノ事由ニ因リ延長セラレタル未決勾留ノ日數ハ之ヲ本刑ニ算入スルヲ適當トスベシ。尙刑事訴訟法ニ於テハ別ニ上訴申立後ノ未決勾留ノ通算ニ關シ規定ヲ設ケタルガ（刑訴五五六）、軍法會議法ニ於テハ之ヲ認メズ。

(3) 執行ノ停止

心神ノ故障其ノ他ノ事由ニ因リ既ニ開始シ又ハ未ダ開始セザル自由刑ノ執行ヲ停止スル場合アリ。

(a) 義務的停止

心神喪失者ニ付言渡軍法會議又ハ本人所在地ノ軍法會議ノ檢察官ノ指揮ニ依リ痊愈ニ至ル迄停止ス(陸會五〇九)。此ノ場合ニハ陸軍軍法會議法第一條該當者ナルトキハ特別ノ措置ヲ講ズ(陸會五一〇)。

(b) 任意的停止

(a) 以外ノ心身ノ故障及其ノ他一身上ノ理由アルトキハ言渡軍法會議又ハ本人所在地ノ軍法會議ノ檢察官ノ指揮ニ依リ事故ノ止ム迄執行ヲ停止スルコトヲ得(陸會五一一)。

(4) 假出獄

(a) 意義

假出獄トハ、自由刑ノ執行終了前ニ一定ノ條件ノ下ニ受刑者ヲ釋放シ殘余期間ヲ該條件ニ違反スルコトナク經過スルコトニ因リ殘餘ノ刑ノ執行ヲ終了シタルモノト爲ス行刑上ノ處分

ヲ謂フ。從テ殘餘ノ期間ノ滿了ト共ニ最早監獄ニ於テ現實ニ刑ノ執行ヲ受クルコトハ免除セラルルモノナレドモ、假出獄期間中ト軍モ仍刑ノ執行ハ繼續スルモノト謂フベク(法曹會明四二年決議)、此ノ意味ニ於テ時効又ハ特赦ニ基ク刑ノ執行免除トハ趣ヲ異ニス。例ヘハ累犯ノ要件タル前刑終了後五年ノ期間ハ、假出獄ヲ許可セラレタル者ニ付テハ其ノ殘餘期間ノ滿了ノ日ヲ以テ刑ノ執行ヲ終リタル日トシテ起算スベキナリ。

(b) 假出獄ノ處分

(I) 要件

左ノ二個ノ要件ヲ併セ具備セザルベカラズ(刑二八)。

(a) 懲役又ハ禁錮ニ處セラレ無期刑ニ在リテハ十年、有期刑ニ在リテハ刑期ノ三分ノ一ヲ經過シタルコト

(β) 改悛ノ情アルコト

(II) 手續

(a) 監獄長ノ上申

必要ナル文書ヲ添ヘテ陸軍大臣ニ上申ス(陸監細一四一)。

(β) 陸軍大臣ノ許可

Ⅲ 效果

(a) 釋放

許可書監獄ニ到達後二十四時間内ニ釋放ス(陸監令五一)。此ノ際種々ノ手續アリ(陸監令五三。陸監細一四二)。

(β) 公權ノ停止

假出獄期間中ハ公權ヲ停止セラル。

(γ) 執行免除

假出獄期間中取消ヲ受クルコトナクシテ期間ヲ滿了シタル場合ハ、監獄ニ於テ現實ニ殘刑ヲ執行スルコトヲ免除セラル。

Ⅳ 假出獄期間中ノ措置

假出獄期間中ハ本人ニ於テ軍紀ヲ嚴守シ其ノ他種々ノ事項ヲ遵守スルヲ要ス。又官憲ニ於テモ特別ナル取締ヲ爲サザルベカラズ。

(c) 假出獄取消ノ處分

Ⅰ 要件

左ノ要件ノ一アルコトヲ要ス(刑二九)。

(a) 假出獄中ニ更ニ罪ヲ犯シ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

(β) 假出獄前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

(γ) 假出獄前他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタル者ニシテ其ノ刑ノ執行ヲ爲スベキトキ

(δ) 陸軍假出獄取締規則(明四一年陸達第六四號)又ハ陸軍監獄ニ在リテ假出獄ヲ許サレタル軍人、軍屬等ニシテ其ノ身分ヲ失セタル者ノ取締ニ關スル件(明四一年陸令第一八號)等ニ違背シタルトキ

Ⅱ 手續

(a) 監獄長ノ上申

意見ヲ具シ陸軍大臣ニ上申スルヲ要ス(陸監細一四一)。

(β) 陸軍大臣ノ取消

Ⅲ 效果

(a) 身柄ノ再收容

在監者ニアラザルトキハ逮捕ヲ求ムルモノトス（陸軍假出獄取締細則一三、一四。陸軍監獄ニ在リテ假出獄ニ許可シタル軍屬等ニシテ其ノ身分ヲ失ヒタル者ノ取締ニ關スル件一四、一五）。

(β) 出獄中ノ日數ノ不算入（刑二九Ⅱ）

取消サルルコトナクシテ殘餘期間ヲ經過シタル場合ト全ク反對ナリ。

(五) 刑ノ執行猶豫

(1) 汎說

我刑法ニ於ケル刑ノ執行猶豫トハ、一定ノ犯人ニ對シ有罪ノ判決ヲ爲シタル後一定ノ期間其ノ刑ノ執行ヲ留保シ、該期間内法定ノ事故ナキ限リ其ノ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシムル處分ヲ謂フ。所謂條件付有罪判決主義之ナリ。別ニ條件付特赦主義ト稱スルモノアリ。之ハ期間ノ經過ト共ニ單ニ刑ノ執行ヲ免除スルモノニシテ、明治三十八年法律第七十號ハ此ノ主義ニ依レリ。

抑々刑ノ執行猶豫ハ現實ニ刑ヲ執行スルコトニ因リテ犯人ヲ惡化セシムルコトヲ防止セシムルガ爲ニ生ジタル制度ニシテ、刑ノ執行ヲ猶豫スルコトニ依テ犯人ノ悔悟發奮ヲ促シ、若シ猶

豫期間ヲ無事ニ經過シ以テ改悛ノ明證ヲ示シタルトキハ刑ヲ科セザルモノナレバ、專ラ人格主義的特別豫防の見地ニ立ツモノナリ。從テ元來一般豫防ヲ中心トセザルベカラザル陸軍刑法ニ於テ、否軍裁判一般ニ於テ執行猶豫ヲ認ムベキカ否ハ法理上ハ別トシテ、政策上大ニ問題タルベキナリ。予ハ少クモ陸軍刑法ノ犯罪ノ關スル限リ、執行猶豫ヲ與フベキ情狀ハ一般豫防ノ見地ヨリ極力嚴選セラルベキモノト思料ス。

(2) 猶豫ノ言渡

(a) 要件

二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付左ノ條件ノ一ヲ具備シ、而モ諸般ノ情狀ニ鑑ミ猶豫ヲ相當ナリト認メラルルコトヲ要ス（刑二三）。

Ⅰ 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキトキ。

Ⅱ 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキトキ。

(b) 手續

刑ノ言渡ト同時ニ判決ヲ以テ言渡ヲ爲スベキモノナリ（陸會四〇二）。此ノ際一年以上五年以

下ノ範圍ニテ期間ヲ定ムルヲ要ス(刑二五)。

(c) 效果

① 執行ノ留保

猶豫期間内ハ刑ノ執行ヲ受クルコトナシ。

② 他ノ刑トノ關係

懲役又ハ禁錮ト同時ニ言渡サレタル罰金、勾留、科料及沒收ニ對シテハ前者ノ猶豫ニ因リ何ノ影響ヲ及ボサズ。

③ 言渡ノ消滅

猶豫ヲ取消サルルコトナクシテ期間ヲ經過セバ刑ノ言渡ハ將來ニ向テ其ノ效力ヲ失フ(刑二七。尙、少年法一四一)。從テ一旦言渡ニ因リテ生ジタル資格上ノ變動ヲ復舊スル事ヲ得ズ。

(3) 猶豫ノ取消

執行猶豫ノ言渡ハ之ヲ受ケタル者ニ一定ノ事由アルトキハ取消スモノトス。

(a) 要件

左ノ事由ノ一ノ發生ヲ必要トス(刑二六)。

① 猶豫期間内ニ更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

② 猶豫言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

③ 猶豫ノ言渡前他ノ罪ニ付禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコト發覺シタルトキ

(b) 手續(陸會四一五)

① 言渡軍法會議又ハ本人ノ所在地若ハ所屬部隊ノ軍法會議ノ檢察官ニ於テ請求ヲ爲ス。但

シ高等軍法會議ノ言渡シタル事件ニ付テハ同軍法會議檢察官、又同軍法會議ノ管轄ニ屬スル事件ヲ他ノ軍法會議ガ言渡シタルトキハ同軍法會議又ハ高等軍法會議ノ檢察官ニ於テ夫々當該軍法會議ニ請求ヲ爲ス。

② 右請求ニ基キ軍法會議ハ被告人又ハ其ノ代理人ノ意見ヲ聽キ決定ヲ爲ス。

(c) 效果

取消決定ト共ニ新ニ刑ノ執行ヲ開始セラレルナリ。

(三) 財産刑

(1) 汎說

財産罪中陸軍刑法ニ規定セラレルハ沒收刑ノミナリ。而シテ沒收ハ刑法總則ニ一般的规定ア

ル外、單行法中ニ特別ノ規定ヲ設ケラル（郵便法四六。著作権法四三）。今刑法總則ニ掲ゲラレタルモノノミニ付略述スベシ。

(2) 沒收ノ客體（刑一九一）

(a) 種類

沒收ノ客體トシテ左ノ三種アリ。

(I) 犯罪組成物

犯罪構成要件ノ一部ヲ爲ス物件ニシテ、偽造通貨行使罪ニ於ケル偽造通貨ノ如シ。

(II) 犯罪供用物

犯罪實行ノ爲現ニ使用シ又ハ使用センガ爲準備シタル物件ニシテ、殺人罪ニ於ケル銃器ノ如シ。

(III) 犯罪ヨリ生ジ又ハ得タル物

犯罪實行ニ因リテ新ニ生ジタル物又ハ犯罪實行ニ因リ利得シタル物件ヲ謂ヒ、前者ハ文書偽造罪ニ於ケル偽造文書ノ如キ、後者ハ竊盜罪ニ於ケル贓品ノ如キヲ指スナリ。

(b) 屬性

(I) 前述三種ノ區別ハ互ニ排斥スルモノニアラズシテ、同一物件ガ二種以上ノ種類ニ屬スルコトヲ妨ゲズ。

(II) 沒收シ得ベキ物ハ犯人以外ノ者ニ屬セザルコトヲ要ス（刑一九一）。故ニ無主物又ハ所有者不明ノ物件ニテモ差支ナシ（大七年六月二七日大判、錄二四輯八八三頁）。又犯人中ニハ共犯者ヲ包含ス（大一一一年五月一九日大判、集一卷三二八頁）。更ニ所謂禁制品ハ其ノ何人ノ所有ヲモ許サザル爲假令犯人以外ノ者ニ屬スベキ場合ト雖モ仍之ヲ沒收スルコトヲ得（大四年五月一四日大判、錄二一輯六三三頁）。

(3) 手續

(a) 沒收ハ附加刑ナルヲ以テ、主刑ノ言渡ト共ニ裁判ヲ以テ言渡スベキモノトス。

(b) 沒收ヲ言渡スト否トハ裁判官ノ裁量ニ委セラル（刑一九一）。但シ拘留又ハ科料ノミニ該ル罪ニ付テハ犯罪組成物ヲ除キ特別ノ規定ナキ限り沒收ヲ科スルコトヲ得ズ（刑二〇）。

(c) 沒收ノ執行ハ檢察官ノ命令ヲ以テス（陸會五一八）。必要アルトキハ強制執行ノ方法ニ依ル（同五一九）。

(d) 沒收物ノ處分ハ檢察官之ヲ行フ（陸會五二二乃至五二四）。

三 餘 說

舊刑法ニ於テハ刑罰トシテ剝奪公權及停止公權ヲ規定シ、又舊陸軍刑法ニ於テハ剝官ヲ認メタルガ、現行刑法及陸軍刑法ハ、斯カル名譽刑ヲ廢止セリ。然レドモ各種ノ法令ニ於テハ刑ノ效果トシテ公權ノ剝奪又ハ停止ヲ定メ、又服役、分限等ニ關スル法令ニ於テ刑ノ言渡ニ因リ失官降等ヲ生ズルコトヲ認ム（將校分限令三。陸軍武官服役令三八。兵施令二四等）。

第四款 刑罰ノ消滅

一 總 說

(一) 刑罰ノ消滅トハ、廣義ニ於テハ一旦發生シタル刑罰請求權ヲ消滅セシムル理由ヲ謂フ。此ノ意義ニ於テハ公訴權ヲ消滅セシムル理由、裁判宣告前ニ於ケル自白、自首等ニ依ル刑ノ免除及裁判確定後ニ於ケル刑罰執行權ヲ消滅セシムル理由ヲ總稱スルモノナレドモ、狹義ニ於テハ裁判確定後ニ於ケル刑罰執行權ノ消滅理由ノミヲ謂ヒ、以下述ブル所亦之ニ依ル。

(二) 刑罰執行權ノ消滅ハ之ヲ刑罰阻却理由ト區別スルコトヲ要ス。後者ハ特別ノ事情ニ基キ行爲ノ當初ヨリ其ノ可罰性ヲ除外スルモノナルモ（刑一〇五、二四四、二五七等）、前者ハ確定裁判ニ因リ刑罰

執行權トシテ存續スル刑罰請求權ヲ具現シ又ハ具現セントスルニ當リ法定ノ理由ニ因リ其ノ效力ヲ失ハシメラルモノナリ。

二 各 說

刑罰ノ消滅理由ノ主要ナルモノハ刑ノ執行ノ終了、假出獄期間又ハ執行猶豫期間ノ滿了、犯人ノ死亡、恩赦及刑ノ時効、非常上告及再審等ナリ。此ノ中、刑ノ執行ノ終了ニ付テハ別ニ説クヲ要セズ。又假出獄期間若ハ執行猶豫期間ノ滿了ニ因ル刑罰ノ消滅ニ付テハ既ニ前款ニ於テ刑罰ノ適用ノ效果トシテ夫々説明シタルヲ以テ茲ニ再言セズ。爾餘ノ五種ノ理由ニ付以下略述セントス。

(一) 犯人ノ死亡

犯人ノ刑事責任ハ其ノ死亡ト共ニ消滅ニ歸スルヲ以テ、此ノ者ニ對スル刑罰執行權モ亦行使不能ト爲ルモノナリ。但シ例外トシテ沒收ニ限リ相續財産ニ就キ執行スルコトヲ得（陸會五一八後）。

(二) 恩 赦

(1) 總 說

恩赦トハ天皇ノ大權ニ因リテ刑ノ言渡又ハ之ニ基ク資格上ノ變動ノ效力ヲ失ハシムル行爲ナリ。分チテ大赦、特赦、減刑及復權トス。其ノ要件及效力ハ恩赦令（大元年勅第二三號）ニ於テ定

メラル。右四種ノ内、刑罰執行權ノ消滅原由タルベキモノハ最初ノ三者ニシテ、復權ハ刑ノ言
渡ニ因ル資格ノ變動ヲ將來ニ向テ回復セシムルニ過ギザルヲ以テ刑罰ノ消滅ニ該當セズ。

(2) 各説

(a) 大赦

大赦ハ勅令ヲ以テ定メラレタル種類ノ罪ニ付其ノ刑罰法上ノ效力ヲ消滅セシムルモノナリ
(恩赦令二)。即チ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外、刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シ將來ニ向テ其
ノ言渡ノ效力ヲ喪失セシム。尙之ニ對應シ未決ノ者ニ對シテハ公訴權ノ消滅ノ效果ヲ付與セ
ラル(同令三、一一)。

(b) 特赦

特赦ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル特定ノ者ニ對シ行ハルルモノニシテ(恩赦令四)刑ノ執行ヲ免除ス
ルヲ原則トスルモ、特別ノ事情アル者又ハ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテハ將來
ニ向テ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシムルコトヲ得ベシ(同令五、八)。

(c) 減刑

減刑ハ刑罰執行權ノ範圍ヲ縮少スルモノニシテ、刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シ勅令ヲ以テ

罪又ハ刑ノ種類ヲ定メテ行フ一般減刑ト、刑ノ言渡ヲ受ケタル特定ノ者ニ對シテ行フ特別減
刑トニ分タル(恩赦令六)。前者ニ在リテハ別段ノ規定アル場合ノ外、將來ニ向テ刑ヲ變更スル
ノ效力ヲ生ジ、後者ニ在リテハ刑ノ執行ヲ減輕スルヲ原則トシ、特別ノ事情アルトキハ刑ヲ
變更スルコトヲ得(同令七)。又一般減刑タルト特別減刑タルトヲ問ハズ、刑ノ執行猶豫ノ言
ヲ受ケタル者ニ對シテハ刑ノ變更ト共ニ猶豫期間ヲ短縮スルコトヲ得(同令八)。

(三) 時効

(1) 時効ノ意義

刑罰法上ノ時効ヲ分チテ公訴ノ時効ト刑ノ時効トス。前者ハ公訴權ヲ消滅セシムルモノニシ
テ、後者ハ刑ノ執行ヲ免除スルノ效果ヲ生ズルモノナリ。茲ニ述ブルモノハ即チ此ノ後者ニ限
ル。抑々刑ノ時効ヲ認ムル理由ハ一定ノ状態ガ永續スルコトヲ破ルハ反テ法律秩序ノ安定ヲ害
スル虞アルヲ以テ該状態ヲ尊重セントスルニ出ヅ。

(2) 時効ノ要件

(a) 期間ノ種類

時効ノ期間トハ其ノ效果發生ノ爲刑ノ言渡確定後之ガ執行ヲ受ケザルヲ要スル法定ノ時間

ヲ謂ヒ、時効ノ本體ヲ爲スモノニシテ刑罰ノ種類ニ依リ差等アリ(刑三二)。

- Ⅰ 死刑ハ三十年
- Ⅱ 無期刑ハ二十年
- Ⅲ 有期ノ懲役禁錮 十年以上ハ十五年、三年以上ハ十年、三年未滿ハ五年
- Ⅳ 沒收ハ一年

(b) 時効ノ計算

時効ノ起算點ハ刑ノ言渡確定ノ時ニシテ、其ノ確定ノ日ハ時間ヲ論ゼズ全一日トシ此ノ日ヨリ曆ニ從テ計算ス(刑二四―後、二二)。

(3) 時効ノ效果

時効ハ其ノ期間内ニ於ケル刑罰不執行ノ事實ニ基キ該期間ノ滿了ト共ニ刑ノ執行ノ免除ノ效果ヲ生ズ(刑三一)。

(4) 時効完成ノ障礙

時効ハ其ノ期間ノ進行ヲ始メタル後一定ノ事實狀態存スルガ爲之ヲ完成ヲ妨ゲラルルコトアリ。中斷及停止之ナリ。

(a) 中斷

Ⅰ 意義

時効ノ中斷トハ、時効ノ要素タル事實狀態ニ反スル事由ノ生ジタルガ爲既ニ經過シタル期間ヲ無効ナラシムルヲ謂フ。

Ⅱ 要件

要件タルベキ事由トシテ左ノ二種アリ。

(A) 刑執行ニ付テノ逮捕(刑三四―)

刑ヲ執行スルガ爲ニ現ニ逮捕シタルコトヲ要シ、他ノ事件ノ被告人、證人トシ勾引、勾留セラレタル場合又ハ逮捕ニ著手シテ遂ゲザリシ場合ノ如キハ該當セズ。尙逮捕ハ廣義ニシテ逮捕狀ニ依ルモノノ外召喚ニ依リ出頭シ又ハ任意ニ出頭シタル場合ノ如キモ包含スルモノト解ス。

(B) 沒收ノ執行行爲(三四―)

沒收ノ爲ニ陸軍軍法會議法第五百十八條、第五百十九條ニ定ムル行爲ニ著手シタル事實アルコトヲ要ス。但シ必ズシモ該行爲ヲ終了シ又ハ其ノ目的ヲ達シタルコトヲ問ハザ

ルナリ。

(III) 效果

事由發生迄ニ經過シタル期間ハ全ク無効ト爲ル。而シテ該事由ノ止ミタル時ヨリ新ニ期間ノ進行ヲ開始スルヲ以テ、其ノ時ヲ新ナル時効ノ起算點ト爲スベキナリ。

(b) 停止

① 意義

時効ノ停止トハ、一定ノ事由ノ存在スルニ因リ時効ガ一時其ノ進行ヲ休止スルコトヲ謂フ。

② 要件

要件タル事由トシテ左ノ二種アリ。

(A) 法令ニ依ル執行猶豫ノ期間(刑三三前)

刑法第二十五條ニ依リ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケタル期間内ヲ謂フ。從テ猶豫ノ取消ノ日ヲ以テ停止ハ終了シ即日時効ハ進行ヲ再開ス。

(B) 法令ニ依ル執行停止ノ期間(刑三三後)

各種ノ原由ニ因ル刑ノ執行停止ノ場合ヲ謂フ。例ヘバ死刑、自由刑ノ執行停止、再審請求ニ因ル執行停止ノ如シ。

(III) 效果

法定事由ノ發生時ヨリ其ノ消滅時マデノ間ニ限り時効ノ進行ヲ妨ゲラルモノニシテ、該事由ノ消滅ト共ニ其ノ發生時迄ニ既ニ經過セシ期間ヲ加算シタル儘ニ時効ハ引續キ進行スルナリ。

(四) 非常上告及再審

非常上告及再審ハ共ニ確定裁判ニ於ケル誤謬ヲ理由トシテ之ガ更正ヲ求ムル爲ニ爲ス例外的ノ手續ナリ(陸會四六八、四七三以下)。而シテ此等ノ申立ニ基キ原判決ガ破毀セラレタル場合ニハ、執行原因自體ガ消滅スルモノナルヲ以テ、結局刑罰ノ消滅ヲ惹起スルナリ。

第二門 各論

第一類 汎論

一 各論ノ認識目的

陸軍刑法各論ハ陸軍刑法ニ於ケル各個ノ刑罰法規ノ理論的認識ヲ目的トス。即チ陸軍刑法ニ規定セラレタル各個ノ犯罪ノ構成要件及之ニ對スル刑罰ノ内容ヲ明カニスルヲ任務トス。

既ニ總論ニ於テハ陸軍刑法上ノ犯罪及刑罰全般ニ通ズル抽象的理論ヲ研究シタルガ、各論ニ於テハ、之ヲ各種ノ犯罪及刑罰ニ付具體的ニ論定シ且夫々ノ犯罪及刑罰ニ特有ナル要件、更ニ各個ノ犯罪ノ間ニ於ケル關係ヲ把握セザルベカラズ。

各論ニ於テハ右ノ如ク個別的ナル犯罪及刑罰ノ類型ヲ取扱ハザルベカラズト雖モ、現行刑罰法規ハ一般ニ刑罰ヲ數量的ニ限界シ、具體的ナル事案ニ際シテノ其ノ量定ニ付テハ總則ニ若干ノ規定ヲ設ケテ、一定ノ範圍ニ於ケル算術的加工ヲ許容スト雖モ、科學的操作ヲ施スノ餘地甚ダ乏シ。從テ現實ニ於テ各論ノ任務ノ主要ナル部分ヲ占ムルハ各個ノ犯罪ノ特別構成要件ノ究明ナリ。

二 各論ノ對象

一八八

各論ノ研究對象タルベキモノハ陸軍刑法ノ罪ノ規定ナルヲ以テ、獨リ一般的陸軍刑法タル陸軍刑法典ノミニ限ラズ、特別陸軍刑法ニ屬スル各種ノ單行法、例ヘバ軍機保護法、要塞地帶法、兵役法等ノ規定ニモ及バザルベカラズト雖モ、此等ノ法令ノ規定ヲ悉ク説明スルコトハ本原論ノ體系ヲ徒ニ錯雜ナラシムルニ過キザルヲ以テ之ヲ他日ニ譲リ、差當リ陸軍刑法典各則ノ規定ノ解明ニ止メント欲ス。

三 各論ノ方法

陸軍刑法總論ノ體系ガ論理展開ノ形式ヲ採ルニ對シ、各論ノソレハ犯罪ノ特別構成要件ヲ認識ノ對象トセザルベカラザル本質上、各個刑罰規定ノ分類ノ形式ニ依ルモノトス。而シテ普通刑法各論ニ於ケル體系構成ノ爲ニ一般ニ用ヒラルルハ、法益ノ保持者ノ種類ヲ中心トセル分類ナリ。惟フニ普通刑法ニ定ムル犯罪ハ、或ハ國家又ハ公共ノ法益ノ侵害或ハ私人ノ法益ノ侵害ヲ實質トスルヲ以テ、法益ノ保持者ノ如何ニ依リ分類スルコト一理ナキニ非ズト雖モ、陸軍刑法ニ於テハ法益ヲ保持スル者ハ總テ陸軍乃至國家ニシテ、公共團體又ハ私人ハ表見的ニハ格別、眞實的ニハ法益ノ保持者ト爲ラズ。從テ現行陸軍刑法典ノ罪ノ規定ニハ刑法典ノソレト異ナリ法益ノ保持者ノ種類ニ依リタリト認ムベキモノナク、齊シク陸軍戦力侵害ヲ内容トスル行爲ヲ概ネ其ノ輕重ノ順序ニ配列シタルモノノ如ク、最後

ノ章名ニハ單ニ法令違反ヲ表示スル漠然タル「違令」ナル名稱ヲ使用セリ。而シテ從來ノ各論ヲ説ク者皆此ノ法典ニ定ムル順序ニ從ヒ別ニ體系ヲ設ケズ。今予ハ各則ニ於ケル夫々ノ規定ノ目的ヲ論理的見地ヨリ分類シ、之ヲ陸軍ノ存立ヲ保護スル規定、陸軍ノ實體ヲ保護スル規定及陸軍ノ機能ヲ保護スル規定ニ大別シ、以下之ニ基キ各論ノ體系ヲ樹立セントス。

第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定

第一章 汎論

- 一 陸軍戦力ノ根元ヲ爲ス陸軍其自體ニ對スル侵害ヲ陸軍刑法上最モ峻嚴ナル刑罰ヲ以テ臨ムコトハ東西其ノ軌ヲ一ニスル現象タリ。我陸軍刑法ニ於テモ第二編第一章叛亂ノ罪トシテ同種ノ規定ヲ設ケタリ。尤モ同章ノ規定ハ、單ニ陸軍ノ存立ノミニ止マラス國家ノソレニ直接ノ關係ヲ有スルモノト認ムベキモノナリ。即チ刑法ノ内亂及外患ノ兩罪ノ規定ヲ統合規定シタル趣旨ヲ包含ス。
- 二 陸軍ノ存立ハ之ヲ其ノ對内的方面ト對外的方面トノ二種ニ分チテ考フルコトヲ得ベク、從テ該存立ニ對スル侵害モ亦二大別セラルルナリ。即チ陸軍刑法ニ於ケル反亂ノ罪ハ内的存立ヲ保護スル規定ニシテ、利敵ノ罪ハ外的存立ヲ保護スル規定ナリ。同法ハ兩者ヲ合シテ叛亂ノ罪ナル一章ヲ置ケリ。
- 三 叛亂ノ罪ノ規定ハ之ヲ我國ニ對スル行爲ノミナラズ、戰時同盟國ニ對スル行爲ニ對シテモ適用ス(三四)。戰時同盟國トハ、攻守同盟ノ如キ共同シテ戰闘ニ當ルコトヲ目的トスル條約ヲ締結シ現ニ戰闘ヲ共同ニスル國ヲ謂フ。從テ共同作戰(七)ヨリモ狹シ、然レドモ規定ヲ設ケタル趣旨ニ至ツテハ共同

作戰ノ場合ト異ナラズ。

第二章 内的存立ヲ保護スル規定(反亂ノ罪)

第一節 序論

- 一 陸軍ノ内的存立ノ保護トハ、陸軍ナル國家ノ制度ノ内部ニ於ケル安全性ヲ侵害スル行爲ヲ防遏スルヲ謂フ。抑々陸軍ハ國家防衛ノ爲ニ人的及物的要素ヲ編合シ、統帥權ヲ中心トシテ結成セラレタル最モ強國ナル公的鬭争團體ノ一種ナルヲ以テ、其ノ團體内部ニ於ケル存立ノ安全性ニ對スル要求ハ、海軍ハ別トシテ、他ノ一切ノ國家ノ制度ニ於ケル比ニ非ズ。是ヲ以テ陸軍刑法ハ其ノ各則ノ劈頭反亂ノ罪ヲ設ケ陸軍ノ内部的存立ノ保護ノ目的ヲ達成セントス。
- 二 反亂ノ罪ハ一面ニ於テ刑法内亂ノ罪ト同ジク國家其ノモノノ内部的存立ヲ保護スル趣旨ヲモ包含スルモノニシテ、換言スレバ此ノ場合反亂ノ罪ハ内亂ノ罪ノ加重犯トシテ準軍事犯ノ一種ヲ形成ス。
- 三 然レドモ反亂罪ハ右ノ如ク準軍事犯タル場合ノ外純正軍事犯タル場合アリテ二重ノ性質ヲ兼有スルモノト謂フベク、其ノ本質ハ一種ノ政治犯タルモノトス。蓋シ刑法ノ騷擾、多衆聚合等ノ行爲ガ昂

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(反亂ノ罪) 一九一

進シテ政治的色彩ノ下ニ、例ヘバ政治ノ轉覆ノ如キ中樞組織ノ破壊ハ固ヨリ、大官ノ暗殺、上官ニ對スル暴行脅迫等ノ如キ内容ヲ以テ表現セラレルトキニ反亂罪トシテ獨特ノ性格ヲ具フルニ至ルヲ以テナリ。沿革ニ徴スルニ明治四年ノ海陸軍刑律第八十五條ニハ反亂罪ノ萌芽ト見ルベキ黨亂ノ罪アリ初メテ反亂ノ觀念ヲ導入シ、以テ現行法第二十五條以下ノ基礎ヲ爲セルモノニシテ、其ノ發展ノ經過ニ於テ既ニ特殊ノモノヲ有スルナリ。斯ク觀ズレバ、反亂ノ罪ヲ以テ或ハ内亂ノ加重罪ト爲シ又ハ内亂ト全ク異ナル種類ノ罪ナリト一義的ニ説明スルコトノ不可ナル所以ヲ悟了スベシ。

第二節 本論

我陸軍刑法上反亂ノ罪ハ之ヲ分チテ反亂ヲ爲ス罪、反亂ノ爲ノ劫掠罪及反亂者ヲ利スル罪ノ三種ト爲スヲ得ベシ。

第一款 反亂ヲ爲ス罪

一 基本類型(二五)

反亂ノ罪ノ基本類型ハ、黨ヲ結ビ兵器ヲ執リ反亂ヲ爲スコトニ因リテ成立ス。

主體

(a) 主體ノ性質

本罪ニ主體タリ得ルモノハ陸軍軍人(準陸軍軍人ヲ含ム、以下各則ニ通ジテ同ジ)ニ限ラル。然レドモ、陸軍軍人ニ非ザル者ハ陸軍軍人ト共同セシ場合ニハ刑法第六十五條第一項ノ適用ニ依リ、或ハ實質的複合關係ニ立チ或ハ觀念的複合關係ニ立ツヲ得ベシ。

(b) 主體ノ種類

反亂行爲ニ關與シタル者ノ地位ニ基キ、陸軍刑法ハ左ノ如キ種類ヲ區別セリ。此等ノ種類ハ反亂ニ悉ク具備スルノ要ナキモノトセラレ。

(I) 首魁

首魁トハ、反亂行爲ヲ發動シ又ハ之ヲ支配スル首腦者ヲ謂ヒ、或ハ自ら發起者トシテ行爲ヲ立案スルコトアリ、或ハ中途ヨリ參加シテ指揮統率ニ當ルコトアリ、必ズシモ行爲ノ現場ニ臨ミテ之ヲ共同ニスルコトヲ要セズ、背後ニ在リテ團體ヲ指揮スル場合ニテモ差支ナシ。又首魁ハ一人ニ限ルコトナク、數人共同シテ團體ノ指揮ニ任ズル場合モアリ得ベシ。

第二編 內論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護 一九三
スル規定 第二章 內的存立ヲ保護スル規定(反亂ノ罪)

Ⅱ 謀議參與者

謀議參與者トハ、首魁ノ幕僚トシテ反亂行爲ノ全般的計劃ノ策定ニ關與スル者ヲ謂フ。之亦當初ヨリ參加セルト否トヲ問フコトナシ。

Ⅲ 群衆指揮者

反亂團體ノ一部統率ニ任ズル者ヲ指稱ス。謀議參加ガ専ラ内ニ在テ計畫ノ設定ヲ事トスルニ對シ、群衆指揮ハ外ニ出デテ團體ヲ現實ニ動カシ反亂ヲ實行セシムル行爲ナリ。

Ⅳ 諸般ノ職務従事者

反亂團體ニ在リテ前各號ノ何レニモ該當セザル事務ヲ擔任スル一切ノ者ヲ指稱シ、或ハ經理庶務ニ従事シ、或ハ宣傳、連絡ヲ掌ルガ如キ即チ之ナリ。而シテ此等ノ事務ヲ責任者トシテ掌理スルコトヲ要シ、單ニ當該責任者ノ指揮ヲ承ケ斯カル事務ニ服スルガ如キ者ハ次ニ述ブル附和隨行者ニ該當スルモノナリ。

Ⅴ 附和隨行者

ⅠヨリⅣマデノ者ハ其ノ事務ノ輕重ハ別トシテ、孰レモ責任アル地位ヲ有スルモノナルニ對シ、附和隨行者ハ此等責任者ノ指揮命令ノ下ニ反亂行動ヲ共ニスル點ニ於テ差異アリ。

此ノ際團體ニ參加シ同一行動ニ出ヅルコトノ認識ノ存在セザルベカラザルハ言フ俟タズ。刑法内亂ノ罪ニ於テハ附和隨行者ノ外ニ、單ニ暴動ニ干與シタル者ヲ掲グルガ爲陸軍刑法反亂ノ罪ノ場合ヨリモ主體ノ範圍廣キモノノ如ク解セラレ、單ニ反亂ニ關與シタル陸軍軍人ハ反亂行爲ノ内容如何ニ因リテ刑法内亂罪ヲ構成シ又ハ内亂及反亂ノ何レニモ該當セザルコトアリト爲ス説アリ。予ハ「單ニ暴動ニ關與云云」ノ語ハ畢竟附和隨行ト同義ナリト解スルヲ以テ、苟モ反亂行爲ニ參加シタル者ニシテ特別ノ地位ニ在リテ一定ノ事務ヲ執ラザリシ以上、總テ附和隨行者ニ該當スルモノト爲スベシ。
(c) 主體ノ數量

本罪ハ黨ヲ結ブ行爲ヲ内容トスル以上、單獨ノ主體ニテ成立シ得ザルハ前述主體ノ種類ノ規定アルニ徴シテモ明カナルベシ。然レドモ、幾人以上ヲ要スルカニ付テハ抽象的ニ論定スルヲ得ズ、具體的事案ニ臨ミ行爲ノ危險性ヲ考覈シテ決定スルヲ要ス。尙主體ノ全員ガ處罰ノ對象ト爲ルヲ要セズ。

(2) 行爲

(a) 黨ヲ結ブコトヲ要ス

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護 一九五
スル規定 第二章 内的存立ヲ保護スル規定(反亂ノ罪)

既ニ説明セリ。

(b) 兵器ヲ執ルコトヲ要ス

① 陸軍刑法上兵器ノ語ニ三種ノ用例アリ。第一ノ意義ニ於テハ、社會通念ニ照シ人ヲ殺傷スルニ供セラレ得ベキ一切ノ器具ヲ指稱シ、廣義ノ兇器ト同義ニシテ反亂ノ罪ニ於ケル場合即チ之ナリ。第二ノ意義ニ於テハ、用法ノ性質上人ヲ殺傷スル器具即チ戎器ヲ謂フモノニシテ、暴行脅迫ノ罪ノ場合ノ兵器ハ即チ之ナリ。第三ノ意義ニ於テハ、戎器タル兵器中陸軍ノ制式ト爲レルモノ又ハ之ニ準ゼラルルモノヲ指稱ス。

② 兵器ヲ執ルトハ、前述第一ノ意義ニ於ケル兵器ヲ反亂行爲ノ用ニ供スルヲ謂ヒ、必ズシモ身ニ帶ブルヲ要セス。又兵器ガ現實ニ其ノ目的ニ從テ使用セラレタル事實アルヲ要件トセス。

(c) 反亂ヲ爲スコトヲ要ス

① 反亂トハ國ノ權力ノ組織又ハ發動ニ對シ侵害ヲ加フル手段トシテ暴行脅迫ヲ爲スヲ謂フ。而シテ國ノ組織又ハ統治ノ中樞ニ對シテ變更ヲ加フル手段トシテ行ハルル場合ニハ即チ刑法内亂罪ニ相當スベシ。然ラザル場合ハ反亂行爲ハ或ハ官署ニ對スル襲撃トシテ、或ハ官

憲ノ殺傷其ノ他官憲ニ對スル反抗トシテ發現シ、結局騷擾、公務執行妨害、上官暴行脅迫、抗命等ノ程度進ミテ政治的意味ヲ持ツニ至レル場合ナリ。換言スレバ、反亂行爲ハ此等刑法又ハ陸軍刑法等ニ規定セラルル犯罪行爲ニ政治的(特ニ軍ノ無形戦力保持ヨリ考察セラレタル)要因ノ附加セラレタル獨自ノ行爲タル場合(即チ純正軍事犯)アリ得ベキナリ。

② 反亂ノ實質タル暴行ハ最廣義ニシテ、人又ハ物ニ對スル有形力ノ行使ト解スベク、脅迫モ廣義ニシテ威怖心ヲ生ゼシムル爲害惡ヲ告知スル一切ノ行爲ヲ包含ス。

(二) 處罰

主體ノ種類ニ應ジテ刑ニ差等ヲ設ク。即チ

(1) 首魁 死刑

(2) 謀議參與者 群衆指揮者 死刑、無期若ハ五年以上ノ懲役又ハ禁錮。

(3) 諸般ノ職務従事者 三年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮。

(4) 附和隨行者 五年以下ノ懲役又ハ禁錮。

刑法内亂ノ罪ト異ナリ、自由刑ニハ懲役、禁錮ノ選擇ヲ認メタリ。蓋シ罪質ノ必ズシモ内亂ト同ジカラザルモノアルヲ豫想シタルニ因ルベシ。

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(反亂ノ罪) 一九七

二 修正類型

修正類型ハ前述基本類型ヲ擴張シテ組織セラレタルモノニシテ、未遂及陰謀ノ二種アリ。

(一) 未遂類型

反亂行爲ノ實行ニ著手シテ之ヲ遂ゲザリシ場合ニシテ、既遂ト同様ニ罰ス(三一。尙刑七七)。中止犯ノ範圍ニ關シテハ後述豫備陰謀ノ規定トノ關係上爭アリ。

(二) 豫備陰謀類型

- (1) 豫備ハ反亂行爲實行著手前ノ準備的行爲ニシテ、陰謀ハ二人以上ノ者ノ間ニ反亂ノ實行ニ關シ合意ノ成立セル場合ナリ。刑ハ共一年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ナリ(三二。論七八)。
- (2) 反亂ノ豫備又ハ陰謀ヲ爲シタルモ反亂實行ニ著手前自首シタル場合ハ刑ヲ免除ス(三三。尙刑八〇)。

第二款 反亂ノ爲ノ劫掠罪

一 基本類型(二六)

反亂ノ劫掠罪ハ反亂ヲ爲ス目的ヲ以テ黨ヲ結ビ兵器彈藥其ノ他ノ軍用物ヲ劫掠スルコトニ在リ。行爲ノ本質ハ豫備ニ該當スベキモ、實害ノ大ナルヲ慮リ獨立罪トセラレタリ。

(一) 要件

(1) 主體

反亂ヲ爲ス罪ノ場合ト同ジ。

(2) 客體

兵器彈藥其ノ他軍用ニ供スル物ナリ。現ニ軍用ニ供スルト又ハ供スルコトノ確定シタル場合ナルトヲ問フコトナシ。又陸軍ノ所管ナルト否トヲ區別セズ。然レドモ反亂者ノ軍用ニ供シ得ベキ物ナルコトノミニテハ足ラザルモノト解ス。

(3) 行爲

(a) 目的

反亂ヲ爲スコトヲ目的ニセザルベカラズ。反亂トハ陸軍刑法第二十五條ニ規定セララル行爲ヲ指稱ス。茲ニ目的トハ意思活動ノ惹起セララル起因即チ動機ヲ謂フ。

(b) 態樣

① 黨ヲ結ブコトヲ要ス。

前述セリ。

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護 一九九
スル規定 第二章 內的存立ヲ保護スル規定(反亂ノ罪)

(II) 軍用ニ供スル物ヲ劫掠スルヲ要ス。

劫掠トハ暴行脅迫ヲ用ヒ又ハ公然ニ奪取スルコトヲ謂フ。

(二) 處罰

(1) 反亂ヲ爲ス罪ト同一ノ刑ヲ科ス。

(2) 劫掠行使ガ更ニ進ミテ反亂行爲ト爲リタルトキハ、單ニ反亂ヲ爲ス罪トシテ罰セラル。

二 修正類型(三一乃至三三)

反亂ヲ爲ス罪ト同ジク、未遂類型及豫備陰謀類型ノ二種ニ分タル。其ノ要件及處罰ハ反亂ヲ爲ス罪ノソレト全ク同一ナルヲ以テ省略ス。

第三款 反亂者ヲ利スル罪

一 本論

(一) 基本類型(三〇)

反亂者ヲ利スル爲陸軍刑法第二十七條乃至第二十九條ニ記載シタル行爲ヲ爲スコトニ因リテ成立スル罪ナリ。從テ本質上一種ノ從犯ト解スベキモノナレドモ、實害ノ大ナルニ鑑ミ獨立ノ罪ト

セラレタルナリ。此ノ點刑法第七十九條ト趣旨ヲ同ジクシ、内亂罪ニ該當スル行爲ニ關スル限り陸軍刑法第三十條ハ刑法第七十九條ノ加重罪ナリ。

(1) 要件

(a) 主體

陸軍軍人ヲ主體トシ、其ノ單獨ナルト否トヲ問フコトナシ。陸軍軍人以外ノ者ハ軍人トノ共犯關係ニ於テ主體タル場合アリ。

(b) 行爲

行爲ハ陸軍刑法第二十七條、第二十八條記載ノモノ(個別的)及第二十九條記載ノモノ(補充的)ノ三種ニ分タル。而シテ第三十條ニ於テハ反亂者ヲ利スルコトヲ要スル旨ヲ規定スルヲ以テ、恰モ一種ノ目的罪ナルガ如キ觀ヲ呈スト雖モ、第二十八條ノ場合ハ別トシ、第二十七條ノ場合ハ一般ニハ敢テ目的ノ有無ヲ俟タズシテ當然ニ犯罪成立スベク、第二十九條ノ場合ハ行爲ノ性質如何ニ因リテハ第二十七條ト同様、利スル目的ヲ要セザルベキヲ以テ、必ズシモ目的罪ト稱スルヲ得ザルモノト解ス。第三十條ノ行爲ノ内容ヲ爲ス第二十七條乃至第二十九條ノ意義ニ關シテハ後述利敵ノ罪ノ說明ニ委スベシ。

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(反亂ノ罪) 二〇一

(2) 處罰

(a) 行爲ノ種類如何ヲ問ハズ死刑、無期若ハ三年以上ノ懲役又ハ禁錮ノ範圍ニ於テ處斷セラルベキナリ。

(b) 本罪ハ獨立罪ナルガ爲、刑法從犯ノ規定ト異ナリ、正犯ニ該當スベキ反亂ヲ爲ス罪ノ成否如何ニ關聯ヲ有セズ。又反亂者ノ特定ハ必ズシモ之ヲ要セザルナリ。

(二) 修正類型(三一、三二)

修正類型トシテハ未遂類型ト豫備陰謀類型ノ二種アリ。豫備陰謀類型ニ付テ自首免除ノ適用ナキ外ハ反亂ヲ爲ス罪ニ付テ述ベタルト同一ナルヲ以テ説明省略ス。

二 餘論

陸軍刑法第三十條ハ反亂者ヲ利スル罪ヲ定ムルト共ニ内亂者ヲ利スル罪ヲモ包含ス。抑々陸軍刑法ノ適用セラルル者ガ刑法内亂ノ罪ヲ犯シタルトキハ、陸軍刑法反亂ノ罪トシテ罰セラルルヲ以テ、之ガ幫助行爲ニ對シテモ亦同法第三十條ヲ適用スベキハ前述シタル所ナルガ、陸軍軍人ガ軍人ニ非ザル者ノ内亂行爲ヲ幫助シタル場合其ノ適條如何ニ付テハ問題ナランモ、刑法第六十五條第二項ノ解釋上此ノ場合陸軍軍人ハ反亂ヲ爲ス罪ノ從犯ト爲スヲ相當ト思料セラル。然レドモ、既ニ反亂者ヲ利スル

罪ヲ獨立罪ト爲セル以上、反亂ノ一態様タル内亂行爲ノ幫助ヲモ陸軍刑法ニ於テ獨立罪トスルハ刑法第七十九條トノ權衡上必要ナリト謂フベシ。是ヲ以テ陸軍刑法第三十條ニ於テハ、内亂者ヲ利スル罪ヲ反亂者ヲ利スル罪ト相並ベデ規定スルコトト爲レリ。其ノ要件及效果ハ反亂者ヲ利スル罪ニ關シ述ベタル所ニ準ジテ考フベキナリ。

第三節 餘論

一 反亂ヲ爲ス罪ノ主體ノ種類ハ、前述ノ如ク首魁以下ニ區分セラルルモノニシテ、同罪ハ所謂必要の共犯ノ一種ニ屬ス。從テ此ノ限度ニ於テ刑法共犯規定ノ適用ヲ排除スルハ言フ俟タズ。換言スレバ反亂團體ニ關與セシ者ハ法定ノ何レカノ區分ニ該當スルコトトナル。然レドモ、他面團體外ニ在リテ反亂者ニ對シ教唆又ハ幫助ヲ與フル者アルハ豫想ニ離カラザル所ニシテ、斯カル行爲ニ對シテ刑法共犯ノ規定ヲ適用スルコトハ敢テ妨ゲナキモノト解ス。但シ一般共犯ノ規定ハ本來個別犯ニ關スルモノナルヲ以テ、團體外ニ在リテ爲サレタル行爲ノ教唆又ハ幫助トシテノ責任ハ常ニ團體内ノ特定ノ主體ノ責任ヲ基礎トシテ考察セラレザルベカラズ。此ノ點集團犯タル反亂ノ罪ノ本質ニ照シ甚ダシク不合理ニシテ、立法論トシテハ研究ノ餘地アルハ勿論ナリ(明四四年九月二五日大判刑錄一七輯一五五二頁)。

二 反亂行爲ノ實質ハ暴行脅迫ニシテ、而モ單一ナル行爲ニアラズシテ數多ノ意思活動ノ集合ヨリ成ルヲ常態トスベキハ言フ俟タズ。而シテ其ノ内容タル意思活動中ニハ殺人、放火、器物毀棄、公務執行妨害等別箇ノ罪名ニ觸ルルベキモノアルベク、斯カル場合反亂ト共ニ夫々別罪ヲ構成スト見ルベキカニ關シ、判例ハ殺人、爆發物使用行爲ノ如キハ當然反亂中ニ吸收セララルモノト爲セリ(昭一〇年一月二四日大判、錄一四卷一二六九頁)。其ノ他ノ行爲ト雖モ同様ニ解スベキナルベシ。此ノ點刑法騷擾罪ニ關シ反對ノ判例アリ(大三年二月二四日大判、錄二〇輯一九七頁。大八年二月二六日大判、錄二五輯九二頁。大十一年二月一日大判、集一卷七四四頁)。

第三章 外的存立ヲ保護スル規定(利敵ノ罪)

第一節 序論

一 陸軍ノ外的存在ノ保護トハ、陸軍ノ部外、就中敵國ニ對スル安全性ノ侵害ヲ防遏スルヲ謂フ。抑々國土防衛ノ爲ノ公的鬭爭團體ノ一種タル陸軍ハ、戰爭其ノ他緊急狀態ニ臨ミ敵、殊ニ敵國ヨリノ侵害ヲ排撃スルノ任務ヲ負フモノナレバ、其ノ鬭爭ノ相手方ニ對スル關係ニ於テ絶對優越ノ地歩ヲ占ム

ベキハ言フ俟タズ。此ノ確乎不動ナルベキ地位ニ動搖ヲ與フル一切ノ行爲ハ其ノ何人ノ企圖スル所ナルヲ問ハズ(勿論國際法ノ制約ヲ免レズ)之ヲ彈壓スルヲ要ス。是ヲ以テ刑法各則第三章ニ於テハ、外患ニ關スル罪ノ規定ヲ設ケテ國ノ對外的地位、就中其ノ軍事的方面ノ保護ヲ完カラシメンコトヲ期セリ。陸軍刑法ニ於ケル利敵ノ罪ノ本旨トスル所亦刑法外患ノ罪ト異ナラズ。唯陸軍構成員ノ特殊ナル身分ニ基キ刑ヲ加重シテ規定シタルナリ。從テ利敵ノ罪ハ準軍事犯ノ一種ニ屬ス。

二 利敵ノ罪ハ特定ノ敵、殊ニ敵國ノ存在ヲ前提トスルモノニシテ、斯カル對象ノ現存セザル場合ニ於テ、單ニ陸軍ノ對外的利益ヲ侵害スル行爲ハ、或ハ陸軍刑法ノ他ノ條項ニ該當シ、或ハ軍機保護法其ノ他ノ法令ニ觸ルルコトアリトスルモ利敵ノ罪ヲ構成セザルナリ。而シテ敵國トハ、交戦ノ相手タルベキ國又ハ之ニ準ズル團體ヲ指稱シ、國際法上ノ戰爭ノ場合ニ限ラザルナリ。

第二節 本論

利敵ノ罪ハ之ヲ分チテ個別的利敵罪ト補充的利敵罪ト二種トシ、前者ハ更ニ之ヲ絶對的利敵罪ト相對的利敵罪トニ細別スルコトヲ得ベシ。

第一款 個別的利敵罪

第一項 絕對的利敵罪

絕對的利敵罪トハ、犯人ノ動機如何ヲ問ハズ一定ノ外形的行爲ノ存在ニ因リテ成立スル利敵罪ナリ、

一 基本類型(二七。尙刑八一、八二、八四)

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ヲ原則トシ、其ノ單獨ナルト否トヲ問フコトナシ。陸軍軍人以外ノ者ハ陸軍軍人トノ共犯關係ニ立ツコトアリト雖モ、前述觀念の複合ニ止マリ刑法外患ノ罪ノ法條ヲ適用セラレルナリ。

(2) 客體

敵國ナリ。武力鬭爭ノ相手方タル國又ハ交戰團體ヲ謂フ。戰爭ニ準ズベキ事變ノ場合ノ相手國モ亦敵國ニ該當スルコトアルベシ。

(3) 行爲

行爲ヲ分チテ五種トス。孰レモ行爲自體ガ當然ニ敵國ヲ利スル結果ト爲ルベキナリ。

(a) 軍事施設交付行爲(一)

(I) 行爲ノ對象

(A) 人的施設

人的施設トシテハ軍隊アルノミナリ。其ノ意義ハ前述セリ。

(B) 物的施設

動産タルト不動産タルト間フコトナシ。又單一物タルト合成物タルトヲ區別セズ。

(i) 要塞

國防ノ爲建設シタル諸般ノ永久の防禦營造物ヲ謂ヒ、堡壘、砲臺其ノ他各種ノ防禦攻撃用ノ資材ヨリ成ル。

(ii) 陣營

陣營(陣地)モ亦國防ノ爲建設セラレタル諸般ノ防禦營造物ナレドモ、要塞ト異ナリ必ズシモ永久の施設タルコトヲ要セズ。野戰ノ場合攻撃防禦ノ據點トシテ臨時ニ構築

第二編 內論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(利敵ノ罪) 第三章 外的存立ヲ保護スル規定(利敵ノ罪) 二〇七

セラレタル施設ヲモ包含ス。要塞ガ靜的觀念ナルニ對シ、陣營ハ作戰行動ノ進展ヲ豫想セル動的ノ觀念ナリ。

(iii) 艦船

陸軍ノ専用ニ供セラレル軍艦其ノ他一切ノ船舶ヲ包含ス。

(iv) 兵器

武器タル兵器中、現ニ陸軍ノ制式ト爲リ又ハ之ニ準ズベキモノヲ謂フ。

(v) 彈藥

彈藥モ亦制式及準制式ノモノニ限ル。

(vi) (i)乃至(v)以外ノ一切ノ軍用ニ供セラレル場所、建造物其ノ他ノ動産及不動産ナリ。

茲ニ建造物トハ、家屋其ノ他之ニ類似スル建築物ニシテ屋蓋ヲ有シ墻壁又ハ柱材ヲ以テ支持セラレ土地ニ定著シテ内部ニ出入シ得ルモノナリ。

II 行爲ノ態様

敵國ニ交付スルコトヲ要ス。敵ノ實力支配内ニ歸セシムル作爲又ハ不作爲ニ因リテ成立ス。其ノ方法ノ如何ヲ問フコトナシ。

(b) 間諜ニ關スル行爲(2)

分チテ間諜行爲ト間諜幫助行爲トス。

I 間諜行爲

自ラ間諜ヲ爲スヲ要ス。即チ敵國ニ通報スル意思ヲ以テ隱密ニ又ハ虛偽ノ口實ノ下ニ行動シテ帝國ノ諸般ノ軍事上ノ情報ヲ蒐集シ又ハ蒐集セントスルコトニ因リテ成立ス(陸戰條規二九一)。軍事上ノ情報ノ種類ニハ制限ナキヲ以テ、必ズシモ軍機保護法ニ所謂軍事上ノ祕密ニ限ラズ、苟モ敵國ニ知ラシムルヲ不利トスル一切ノ事項ニ及ブナリ。尙法文ニハ「敵國ノ爲ニ」トアルモ、間諜行爲ハ當然敵國ノ爲ニ爲スモノナレバ不要ナル字句ト解ス。

II 間諜幫助行爲

敵國ノ間諜ヲ幫助スルコトヲ要ス。即チ自ラ間諜行爲ヲ爲サザルモ、敵國ノ派遣ニ係ル間諜ニ對シ其ノ行動ヲ容易ナラシムル爲有形無形各種ノ便宜ヲ供與スルニ因テ成立ス。當該間諜ハ敵國人タルト否トヲ問フコトナシ。

(c) 機密漏泄行爲(3)

軍事上ノ機密ヲ敵國ニ漏泄スルヲ要ス。茲ニ軍事上ノ機密トハ、通説ニ依レバ軍機保護法

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(利敵ノ罪) 第三卷 第三章 外的存立ヲ保護スル規定(利敵ノ罪) 二〇九

ニ所謂軍事上ノ秘密ノ外ニ作戰遂行ノ爲ニ秘匿ヲ要スルモノヲ悉ク包含スルカ如シ。而シテ軍事上ノ機密ハ或ハ事項トシテ或ハ之ヲ表示セル圖書物件トシテ存在ス。從テ漏泄ハ事項ニ付テハ相手方ニ對スル開示ニ因リ、圖書物件ニ付テハ交付ニ因リ成立ス。間諜行爲ニ因リテ蒐集セシ機密ノ漏泄ハ間諜行爲トハ別ニ本號ノ罪ト爲ルベシ。

(d) 敵國誘導行爲(4)

敵國ノ爲ニ嚮導ヲ爲シ又ハ地理ヲ指示スルコトヲ要ス。前者ハ敵部隊ノ進撃ニ際シ其ノ先導者ト爲リテ行動スルヲ謂ヒ、後者ハ單ニ其ノ通過スベキ水陸空域ノ地形、水深、氣壓等ヲ通報スルヲ謂フ。

(e) 司令官強要行爲(5)

敵國ニ降ラシムル爲司令官ヲ強要スルコトヲ要ス。即チ司令官ヲシテ其ノ意思ニ反シテ抵抗ヲ斷念シ敵國ニ降服セシムル爲之ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ用フルコトニ因テ成立ス。

(二) 處罰

一律ニ死刑トス。

二 修正類型

修正類型トシテハ未遂(三二)及豫備陰謀(三二)ノ二種アリ。豫備陰謀ノ場合ハ反亂ノ罪ノソレト全ク同一ノ刑ナリ。

第二項 相對的利敵罪

相對的利敵罪トハ、行爲ノ外ニ敵國ヲ利スルノ意思即チ行爲ガ敵國ニ對シ利益ト爲ルコトヲ希望スルカ少クトモ利益タルコトノ認識アルコトヲ要スルモノナリ。此ノ希望又ハ認識ナキトキハ本法ノ他ノ條項ニ該當スルカ又ハ全ク本法ノ罪ヲ構成セザルモノトス。

一 基本類型(二八)

(一) 要件

(1) 主體

絕對的利敵罪ニ同ジ。

(2) 行爲

(a) 行爲ノ目的

敵國ニ對シ有形無形ノ利益ヲ生ズルコトノ希望又ハ認識ヲ要ス。而モ利益ハ第二十九條ト

第二編 內論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(二一一)

ノ對照上軍事上ノモノナラザルベカラズ。

(b) 行爲ノ態様

① 軍用物損壞行爲(二八1)

要塞、陣營、艦船、兵器、彈藥其ノ他軍用ニ供スル場所、建造物其ノ他ノ動産又ハ不動産ヲ損壞シ又ハ使用スルコト能ハザルニ至ラシムルコトヲ要ス。此等ノ物件ノ意義ニ付テハ既ニ説明セシヲ以テ省略ス。損壞トハ、物ヲ破壞燒燬其ノ他ノ方法ニ依リ有形的ニ其ノ效用ヲ侵害スルヲ謂ヒ、一時的ナルト永久ナルトヲ問フコトナシ。又使用不能トハ、外形ニハ何等ノ變化ナク專ラ其ノ機能ニ支障ヲ生ゼシムルコトヲ謂ヒ、之亦一時的タルト永久タルトヲ區別セズ。本號ノ行爲利敵ノ意思ナキトキハ第八章軍用物損壞ノ罪ト爲ル。

② 交通妨害行爲(二八2)

水陸ノ通路、橋梁ヲ損壞又ハ壅塞シ又ハ其ノ他ノ方法ヲ以テ軍隊艦船ノ往來ヲ妨害スルコトヲ要ス。水陸ノ通路橋梁ハ軍所管ノモノナルト否トヲ問フコトナシ。此等ノモノノ損壞又ハ壅塞ハ自體トシテ當然ニ往來ノ妨害ヲ惹起スルモノニシテ、其ノ他ノ方法ニ依ル場合ハ之ニ因リテ往來ニ現實ニ支障ヲ生ゼシメラレタルコトヲ要スルモノト解ス。茲ニ損壞

トハ、前號ノ場合ト同シク當該設備ノ内容ニ對スル機械的侵害ヲ謂ヒ、壅塞トハ專ラ機能其ノモノヲ侵害スル場合ニシテ、土砂ヲ堆積シテ道路ヲ遮斷シ溢水セシメテ橋梁ヲ水中ニ没セシムルガ如キナリ。利敵ノ意思ナキトキハ軍用物損壞罪トナル。

③ 司令官ノ職務離脱(二八3)

司令官軍隊ヲ率キテ守地若ハ配置ノ地ニ就カズ又ハ其ノ地ヲ離ルルコトヲ要ス。茲ニ守地トハ、軍ノ實力ヲ以テ占守スベキ地域ヲ謂ヒ、配置トハ守地以外ニ作戰ノ必要上一定ノ任務ヲ遂行スル爲位置スベキ地域ヲ指稱ス。而シテ本號ノ行爲ハ司令官ガ守地又ハ配置ノ地ニ到ルベキニ拘ラズ故意ニ到ラズ又ハ一旦守地若ハ配置ノ地ニ赴キ服務シ乍ラ中途擅ニ此處ヲ立去ルニ因テ成立スルナリ。利敵ノ意思ナキトキハ辱職罪ト成ル(四三)。又司令官單獨ノ場合ハ逃亡ノ罪ヲ構成スベシ。

(IV) 隊兵ノ行動ニ對スル妨害行爲(二八4)

分チテ左ノ三種トス。

(A) 隊兵ヲ解散スルコト

一定ノ地點ニ適法ニ集結セル部隊又ハ之ヲ成サザル兵員ヲシテ其ノ集合状態ヲ完全ニ

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(二二三)

喪失セシムル一切ノ行爲ヲ謂フ。

(B) 隊兵ノ潰走混亂ヲ誘起スルコト

潰走混亂ハ共ニ解散ノ程度ニ達セズト雖モ隊兵ノ集結状態ニ侵害ヲ加フル行爲ニシテ潰走ハ混亂ヨリ一層侵害ノ大ナル場合ナリ。

(C) 連絡集合ヲ妨害スルコト

作戰ニ關シ信號、口頭等ニ依ル往復又ハ一定ノ地點ヘノ參集ヲ不能又ハ困難ナラシムルヲ謂フ。

(V) 軍用物缺乏行爲(二八五)

兵器、彈藥、糧食、被服其ノ他軍用ニ供スル動産ヲ缺乏セシムルコトヲ要ス。缺乏トハ當該部隊ノ所要數ニ不足ヲ生ゼシムルコトヲ謂フ。其ノ製造ノ場合ナルト修理ノ場合ナルト將又購買ノ場合ナルトヲ問バザルナリ。而シテ不足ハ必ズシモ數量的ニ一定セラルベキニアラズシテ、當該作戰ニ支障ヲ生ゼシメタリヤ否ヤノ見地ヨリ判定セラルルヲ要ス。

(VI) 命令、通報、報告ニ關スル行爲(二八六)

分チテ二ト爲ス。

(A) 命令、通報、報告ヲ詐リ傳フルコト

真正ナル命令、通報、報告ノ内容ニ變更ヲ加ヘテ傳達スルヲ謂フ。命令トハ上官ヨリ下官ニ對スル作爲不作爲ノ要求ニシテ、通報ハ同等者間ニ於ケル事務上ノ情報ヲ告知スルヲ謂ヒ、報告ハ下官ヨリ上官ニ對シ事務上ノ申報ヲ爲スヲ謂フ。利敵ノ意思ナキトキハ辱職罪トナル。

(B) 虚偽ノ命令、通報、報告ヲ爲スコト

他人名義又ハ自己名義ニテ虚偽ノ命令、通報、報告ヲ作成シテ外部ニ發送スル行爲ナリ。相手方ニ到達スルニ因テ成立ス。利敵ノ意思ナキトキハ辱職罪又ハ違令罪トナル。人心惑亂行爲(二八七)

(VII) 分チテ二ト爲ス。

(1) 造言飛語ヲ爲スコト

造言飛語トハ軍ノ成存又ハ活動ニ有害ナル事實ヲ報道スルコトヲ謂フ。即チ内容ノ全ク根據ナキモノ、又ハ眞實ナル事實ト雖モ之ヲ歪曲シテ告知シタル場合ハ勿論、眞實ナル事實ニテモ可ナリ。本法第九十九條ニハ別ニ利敵ノ意思ナキ場合ニ於ケル造言飛語罪

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(利敵ノ罪) 二一五

ヲ規定セリ。而シテ同條ニテハ造言飛語ハ軍事ニ關スルコトヲ要スル旨ヲ掲グルモ、本號ニハ軍事ニ關スルノ字句ヲ缺ケリ。然レドモ之利敵ノ罪ノ本質上當然ニ包含セラレル爲ニシテ、敢テ彼此造言飛語ノ性質ニ異同アルニアラズ。尙造言飛語ノ詳細ノ解義ハ第九十九條ニ讓ルコトトスベシ。

(2) 敵前ニ於テ叫呼喧噪スルコト

叫呼モ喧噪モ共ニ不定又ハ多數人ノ聽知シ得ル状態ニ於テ音聲ヲ發スルコトニシテ、唯叫呼ハ喧噪ヨリモ程度ノ進ミタル點ニ於テ區別セラレ。而シテ叫呼喧噪ノ實質ヲ爲ス言辭ハ其ノ敵前ニ於テ爲サレタコトヲ要スル點ニ鑑ミルトキハ、我部隊ノ戰意ヲ沮喪セシムル虞アルモノナラザルベカラズ。尤モ造言飛語ト異ナリ、事實ノ告知ヲ主トスルモノニアラズシテ、感情意思ヲ主トシタル表白タルベキナリ。從テ叫呼喧噪ハ事實ヲ中心トセル造言飛語ノ如クニハ永續的危險性ナシトシテ敵前ノ行爲ノミヲ本號ニ定メ、敵前以外ノ場合ハ第二十九條ヲ適用スルナリ。

(VIII)

俘虜ニ關スル行爲(二七〇)

敵國ノ爲ニ俘虜ヲ奪取シ又ハ之ヲ逃走セシムルコトヲ要ス。茲ニ俘虜トハ、戰鬪ノ目的

遂行上敵對行動防止ノ爲拘束セラレル敵國所屬者ナリ。奪取トハ自ら逃走ヲ爲サザル俘虜ヲ我軍ノ實力支配内ヨリ犯人又ハ第三者ノ支配内ニ移スヲ謂ヒ手段ノ如何ヲ問ハズ。又逃走セシムルトハ、俘虜ヲシテ其ノ抑留ノ場所ヨリ離脱スル爲便宜ヲ與フルコトヲ謂フ。本號ノ行爲ハ敵國支援ノ意思ヲ以テ爲サルコトヲ要シ、然ラザルトキハ後述第十章ノ罪ノ成立ヲ見ルニ止マル。從來ノ學說ハ、本號ノ行爲ヲ以テ絶對的利敵罪ト爲スモ、予ハ行爲自體ガ當然ニ敵國ヲ利スル結果ト爲ルモノニアラズト解スルヲ以テ、右ノ說ニ同意スル能ハザルナリ。

(二) 處罰

死刑

二 修正類型

未遂類型(三二)ト豫備陰謀類型(三三)ノ二種アリ。其ノ要件及效果ハ絶對的利敵罪ニ關スルモノニ準ジテ考フベキヲ以テ略ス。

第二款 補充的利敵罪

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定(二一七)

補充的利敵罪トハ、前述個別的利敵罪ノ規定ニ掲ケザルモ行爲ノ性質利敵ニ該ルモノヲ補遺的ノ犯罪ト爲シタルモノナリ(二九。刑八六)。

一 基本類型

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ヲ原則トシ、其ノ單獨ナルト否トヲ問フコトナシ。陸軍軍人以外ノ者ガ共犯關係ニ於テ觀念上主體ト爲リ得ル點ハ個別的利敵罪ノ場合ニ同ジ。

(2) 行爲

(a) 第二十七條及第二十八條ニ記載セラレザル行爲ニシテ、利敵ノ結果ヲ生ズベキモノヲ悉ク包含ス。分チテ左ノ二種トス。

(I) 敵國ニ軍事上ノ利益ヲ與フル行爲

軍事上トハ、廣義ニ於テハ軍ノ編制、裝備、練成、運用等軍ノ組織及活動ニ關係アル事項ニ付テ指稱スルモ、狹義ニ於テハ此等ノ事項中作戰行動ニ直接關係アル事項ノミヲ謂フモノナリ。而シテ本條ニ所謂軍事トハ狹義ニ解スベシ。次ニ利益トハ、客觀的意義ニ於テハ

個人又ハ團體ガ或ル事物ノ附加ニ因リ其ノ存立又ハ活動上價值ヲ増加セラレタル状態ヲ謂ヒ、主觀的意義ニ於テハ斯カル價值ノ増加セラレタルコトノ意識ヲ指スナリ。本條ノ利益ハ客觀的意義ニ解スルヲ相當トス。軍事上ノ利益ヲ與フル行爲ハ、敵國ニ對シ積極的ニ有形無形ノ便宜ヲ供與スルガ如キ型態ニ於テ行ハルルト又ハ消極的ニ敵國ニ對スル各種ノ妨害ヲ排除スルガ如キ型態ニ於テ行ハルルトヲ問フコトナシ。

(II) 帝國ノ軍事上ノ利益ヲ害スル行爲

帝國ノ有スル軍事ニ關スル利益ニ對シ現實ニ侵害ヲ生ゼシムル一切ノ行爲ニシテ、方法ノ如何ヲ問フコトナシ。然レドモ、既遂タル爲ニハ利益ガ危殆ニ陥リタルコトヲ以テ足ラズ、現實ニ害セラレタルコトヲ要スルモノト解ス。

(b) 敵國ニ軍事上ノ利益ヲ與フル行爲ハ一般ニハ同時ニ帝國ノ軍事上ノ利益ヲ害スル行爲ト爲ルモノナレドモ、此ノ兩行爲ハ必ズシモ表裏スルモノニアラズ。例ヘバ帝國ノ軍用ニ供セザル食糧ヲ敵軍ニ送付シタルモ其ノ消費前滅失シタル場合ノ如キハ、敵國ニ利益ヲ與ヘタル行爲ナレドモ帝國ノ利益ハ害セザルモノト謂フベク、又敵前以外ノ場合ニ叫呼喧噪シテ我軍ノ士氣ヲ沮喪セシメタルモ敵ガ之ニ乘ジテ來襲セザリシ場合ノ如キハ、我軍事上ノ利益ハ害セ

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第二類 陸軍ノ存立ノ保護 二一九
スル規定 第三章 外的存立ヲ保護スル規定(利敵ノ罪)

ラレタルモ敵ノ利益トハナラザリシモノト解スベキナリ。斯カル特殊ノ事例ヲ除キ、同一行為ガ敵國ニ利益ヲ與ヘ同時ニ帝國ノ利益ヲ害スル場合ニ於テモ、法條適用ノ問題トシテ考フレバ何レカ一方ノ性質ヲ有スル行為トシテ認定スルヲ以テ足ルナリ。

(c) 敵國ニ軍事上ノ利益ヲ與フル行為又ハ帝國ノ軍事上ノ利益ヲ害スル行為ハ犯意ノ内容ヲ爲スモノナルヲ以テ、犯人ニ於テ當該行為ヲ認識セザルベカラザルコト勿論ナルモ、利益ノ觀念ハ前述ノ如ク客觀的ニ定メラルベキモノニシテ、犯人ノ主觀ニ依據セシムベキモノニアラズ。從テ犯人ニ於テ當該行為自體ヲ認識スル以上、更ニ之ガ敵國ニ利益ヲ與ヘ又ハ帝國ノ利益ヲ害スル性質ヲ有スルコトニ付キ認識ナクモ犯意ニ缺クル所ナシト解ス。

(二) 處罰

死刑又ハ無期若ハ五年以上ノ懲役。

二 修正類型

未遂類型(三二)ト豫備陰謀類型(三三)ノ二種アリ。此等ノモノノ要件及效果ハ個別的利敵罪ノ場合ト異ナラザルヲ以テ其ノ説明ヲ省略ス。

第三類 陸軍ノ實體ヲ保護スル規定

第一章 汎論

一 陸軍ノ實體ヲ爲スモノハ即チ其ノ戰力(戰鬪力)ナリ。抑々陸軍刑法ハ陸軍ノ戰力ヲ保護スルコトヲ究局ノ目的トスルモノナルヲ以テ、戰力コソハ本法ノ中心ヲ形成スルコトハ既ニ述ベタル如クニシテ、之ガ保護ノ場合ヲ或ハ戰力ノ本體タル陸軍其ノモノノ存立ニ求メ、或ハ戰力ノ發現形態ニ置クモノナリ。

第三類ニ於テ陸軍ノ實體トシテ保護セラルル戰力ハ、主トシテ其ノ組織的場面ニ於テ觀察セラルルモノヲ指稱ス。場面ノ斯ノ如キ限定ハ説明ノ便宜ニ出ヅルモノニシテ、全一トシテノ戰力トノ相關關係ニ於テノミ部分トシテノ戰力ノ意義ヲ把握シ得ルコトヲ銘記セザルベカラズ。

二 陸軍ノ組織的場面トシテノ實體ハ、之ヲ組織内ニ於ケル要素ノ性質ト要素相互間ノ關係トノ二ツニ分チテ觀察スルコトヲ得ベシ。前者ハ即チ陸軍ノ構成ニ關スル問題(有形戰力)ニシテ、後者ハ即チ其ノ秩序ニ關スルモノ(無形戰力)ナリ。從テ保護客體モ亦此ノ兩個ノ方面ニ分チテ規定セラルルナリ。

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二二二
スル規定 第一章 汎論

往昔機械力ノ發達著シカラザリシ時代ニ於テハ、軍ノ無形の戦力ヲ最モ重視シタルモ、近代ニ於ケル自然科学ノ進歩ハ裝備ニ一大躍進ヲ遂ゲシメ、戦争ノ形態ハ武力戦ヨリ所謂綜合國力戦ニ移行シ、無形戦力ト相並ンデ有形戦力殊ニ物的戦力ノ卓越ガ戦勝ノ不可缺條件ト見ラルルニ至レリ。此ノ意味ニ於テ現行陸軍刑法ノ有形戦力保護ニ關スル規定ニハ幾多ノ不備缺陷アルモノト謂フベク、之ガ是正ハ正ニ將來ノ立法トシテ大ニ攻究ヲ要スル所ナリ。

第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

陸軍ヲ構成スル要素ハ人及物(人以外ノ生物ヲ含ム)ナルコト言フ俟タズ。從テ保護ノ客體モ人的構成及物的構成ノ二方面ニ分チテ考察スルヲ得ベシ。

第一節 人的構成ヲ保護スル規定

一 陸軍ノ中核ヲ爲スモノハ人ノ集團ニシテ、而カモアラユル社會的結合中最強靱ナル集團ナリ。換言スレバ、統帥權ニ依テ統一セラレタル自主的社會ナリト稱スルヲ得ベシ。從テ陸軍ノ此ノ人的要素ノ緊密ナル結合ヲ不斷確保スルコトハ軍其ノモノノ存立ニモ係ル重大ナル關心事ナルヲ以テ、國家ハ

軍構成員又ハ構成員タルベキモノノ掌握ニ關シ法制上特別ナル考慮ヲ拂ヒ、苟モ叙上ノ目的ニ背反スル行爲ノ或ルモノニ對シテハ刑罰ヲ以テ臨ミ、以テ之カ鎮壓ニ腐心スルナリ。

二 人的構成ノ保護ヲ完フスル爲ニハ國民ノ國家ニ對シ有スル兵役上ノ義務ノ履行ヲ確實ナラシムルヲ要スベキヲ以テ、保護ノ對象ハ斯カル義務ノ違背ニ向ケラルベキモノニシテ、陸軍刑法ニ規定セラルル行爲トシテハ逃亡ノ罪ト、兵役義務不履行ノ罪(狹義ノ義務背反)トノ二種ナリ。他ニ特別法ヲ以テ規定セラルモノアリ。例ヘバ兵役法第七十四條以下ノ規定ノ罪ノ如シ。

第一款 逃亡ノ罪

第一項 汎論

一 逃亡ノ罪ハ構成分子タル陸軍軍人ガ其ノ權力内ヨリ不法ニ離脱ヲ圖ルヲ防遏セントスルモノニシテ各國共ニ軍刑法中ニ本罪ニ關スル規定ヲ設ケ敘上ノ目的達成ニ努ム。抑々一般公務員ガ擅ニ職役ヲ離ルルコトハ官吏服務紀律ニ依リテ禁セラルル所ナルガ(同律六)、之ガ違背ハ單ニ懲戒上ノ責任ヲ生ズルニ過キズシテ、未ダ刑罰ノ制裁ニ服スルモノニアラズ。然ルニ軍構成員ノ同種行爲ハ之ヲ悉ク懲罰

第二編 内論(對象論) 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二二三

ニ委スルハ、軍ノ組織ノ完全性ヲ保持シ戦力ノ充實ヲ期スル所以ニアラズ。是ヲ以テ夙ニ明治二年四月ノ軍律第二ケ條及第三ケ條ニ於テハ逃亡ノ罪ヲ規定シ、次デ同四年ノ海陸刑律第六篇ニハ戰時逃亡律ヲ、同第七篇ニハ平時逃亡律ヲ夫々規定シ、明治十四年舊陸軍刑法第八章モ亦同趣旨ノ規定ヲ設ケ以テ現行法ニ及ベルナリ。

二 逃亡ノ行爲ハ右ノ如ク一般行政法上ハ何等犯罪トセラレザルモノヲ軍事ノ必要ニ基キ特ニ犯罪ト爲シタルモノナルヲ以テ、所謂純正軍事犯ノ一種ニ屬ス。

三 逃亡ノ罪ハ之ヲ大別シテ、職役離脱ノ罪ト奔敵ノ罪トノ二種ト爲スコトヲ得ベシ。前者ハ軍ノ權力ヲ離脱スル一般ノ場合ニシテ、後者ハ其ノ特別ナル場合ヲ規定シ加重罪ト爲シタルモノナリ。

第二項 職役離脱ノ罪

第一目 本論

第一段 總論

職役離脱ノ罪ハ、故ナク職役ヲ離レ又ハ職役ニ就カズシテ一定期間ヲ經過スルニ因リテ成立ス。分

スルコト左ノ如シ。

一 職役ノ觀念

職役トハ、軍人ガ陸軍ノ統制下ニ在ル状態ヲ謂フ。即チ一般的ナル服務又ハ從屬ノ關係ニ在ルコトニシテ、職務ト異ナルモノナリ。如何ナル状態ニ在ルコトヲ以テ統制下ト爲スカハ軍人ノ種類ニ依リテ異ナル。例ヘバ、現役兵ノ如キハ在營ノ義務アルヲ一般トスルヲ以テ(兵役法五)、現ニ在營スル間ハ即チ職役ニ在ルモノト謂フコトヲ得ベシ。召集ニ依リテ在營セシメラレタル者亦同ジ。之レニ反シ營外居住ノ軍人ニ付テハ、營内其ノ他部隊内ニ現ニ勤務スル間ハ固ヨリ、出勤前退廳後ト雖モ仍職役ニ在ルモノトセララルナリ。又在營者ガ上官ノ引率ナクシテ適法ニ營外ニ出テタル場合、例ヘバ公用ノ爲外出シタル場合ノ如キハ仍職役ニ在ルモノナリ。日曜外出時限内亦然リ。休暇歸省セシ場合該休暇期間内ハ正當ニ職役ニ在ラザルモノトセララル。此ノ點ニ付予ハ休暇ノ期間内許可ニ定メラレタル地域ニ滞留スル限リ職役ニ在ルモノト解ス。從テ休暇中ニ逃走シ所定期間ヲ經過シタル場合仍逃亡罪成立セズト爲ス說ニハ輒ク贊同シ難シ。更ニ又轉任途中ノ赴任期間内又ハ病院若ハ分遣先ヨリ原隊復歸ノ途中歸著期間内モ同様職役ニ在リトノ說アリ。

職役ハ軍ノ統制ヲ受クル状態ナルガ、斯ル状態ハ所屬上官ノ指揮監督下ニ在ル事實ニ依リ初メテ實

第二編 內論(對象論) 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二二五

現セラルルヲ原則トスレドモ、從來逃走シテ憲兵隊ニ首出シ又ハ憲兵ニ逮捕セラレ、或ハ警察官署ニ首出シ又ハ警察官史ニ逮捕セラレタル場合、何レモ職役ニ就キタルモノト爲セリ。之職役ノ意義ヲ不當ニ擴張シタルモノニアラザルカ。予ハ所謂上官ノ指揮監督ヲ現實ニ受クルニ至リタル場合ニ限り職役ニ就キタルモノト解ス。從テ警察官史ニ逮捕セラレタル場合ノ如キハ仍職役ニナキモノナリ。但シ其ノ状態ハ戦力侵害防歴上望マシキモノナル意味ニ於テ違法性ヲ阻却スルモノト歸ス。他面本人ガ現實ニ職役ニ謂フコトヲ期待シ得ザル點ヨリ見テ責任ヲ缺クモノトモ爲スコトヲ得ベシ。

二 職役ノ離脱

職役ノ離脱ニ二個ノ型態アリ。即チ故ナク職役ヲ離ルル行爲及故ナク職役ニ就カザル行爲ナリ。

(一) 職役ヲ離ルル行爲

職役ヲ離ルル行爲ハ、正當ナル原由ナクシテ陸軍ノ統制ヨリ脱スルコトナリ。必ズシモ場所ノ移動ヲ要セズ。例ヘバ聯隊内ノ倉庫ニ潛匿スルガ如シ。又日曜外出先ヨリ逃走シタル者ハ職役ヲ離ルルモノナリ。公用外出先ヨリ逃走セシ者亦同ジ。

(二) 職役ニ就カザル行爲

一旦適法ニ職役ヲ離レタル者ガ正當ノ事由ナキニ拘ラズ所定ノ期間内ニ軍ノ統制ニ入ラザルコ

トヲ謂フ。例ヘバ休暇ノ期間經過後所屬隊ニ復歸セザル場合ノ如シ。然レドモ休暇期間内ハ職役ニ就カザル行爲有リ得ベカラズト爲スヲ通説トス。予ハ轉任途中又ハ病院ヨリ退院シ原隊ニ復歸スル途中ノ如キハ適法ニ職役ヲ離レタルモノト解ス。從テ所定ノ期間内ニ目的部隊ニ到着セザル場合ハ勿論、假令期間ノ定メナキ場合ト雖モ職役ニ就クノ意思ヲ一時又ハ永久ニ拋棄シタル場合モ亦職役ニ就カザル行爲アリト解ス。職役ニ就クトハ、現實ニ軍ノ統制下ニ入ルコトヲ謂ヒ、單ニ自己ノ所在ヲ官憲ニ告知スルノミニテハ不十分ナリ。

三 期間ノ經過

(一) 職役離脱ノ罪ノ成立ニハ、敵前ノ場合ハ別トシ、三日又ハ六日ノ期間ノ經過ヲ必要トス。換言スレバ、敵前ノ場合ハ即時犯ニシテ其ノ他ノ行爲ハ繼續犯ナリ。此ノ期間ハ本罪ノ構成要件ナリヤ處罰條件ナリヤ爭アリ。通説ハ前者ノ見解ナリ。

(二) 期間ノ起算ハ職役離脱ノ決意ガ行爲ニ現ハレタル時ヲ以テ行フベシ。例ヘバ、日曜外出ニ在リテハ歸營、時限、公用外出ニ在リテハ逃走決意ノ實行アリタル時ナリ。又休暇ヲ得テ歸省シタル場合ハ休暇期間ノ滿了(往復ノ旅行期間ヲ含ム)ノ時ヨリ起算ス。往復日數ノ定メナキトキハ明治二十三年陸達第百十三號軍人軍屬旅行行程規則第二條節一項但書ニ依ル。

(三) 期間ノ算出ハ曆ニ依ルニアラズシテ嚴密ニ時間秒ヲ以テスベシ。即チ一日ヲ二十四時間トシテ積算セザルベカラズ。

(四) 軍中又ハ戒嚴地境ト其ノ他ノ場合(即チ平時)トノ轉移アリタル場合ノ期間ノ計算ハ左ノ例ニ依ル。尙右轉移ハ犯人所屬部隊ニハ變動ナクシテ本人ノミ所屬ヲ移動シタル場合トヲ區別セズ。

(1) 平時二日、軍中三日ナラバ軍中逃亡

(2) 平時四日、軍中二日ナラバ平時逃亡

(3) 軍中三日、平時二日ナラバ軍中逃亡

(4) 軍中二日、平時四日ナラバ平時逃亡

次ニ、軍中ト敵前トノ轉移ノ場合ニハ、軍中ヨリ敵前ヘノ場合タルト其ノ反對ノ場合タルトヲ問ハズ共ニ敵前逃亡ノミ成立ス。立法論トシテハ軍中ト平時トノ時間ノ換算ノ規定ヲ設クルヲ可トス。

(五) 期間ノ中斷即チ職役ヘノ再就ハ、所屬部隊ヘノ歸投又ハ身柄ノ取押ノ外、從來ノ例ニ依レバ警察官署ヘノ首出又ハ其ノ逮捕アリタル場合モ生ズベシ。逮捕セラレザリシトスルモ、期間内ニ職役ニ就クコト不可能ノ場合ハ仍職役ニナキモノナリ。但シ前述ノ如ク、此ノ場合ニハ違法性ヲ阻却スルコトアルナリ。

第二段 各論

職役離脱ノ罪ハ之ヲ單純職役離脱ノ罪ト黨與職役離脱ノ罪トニ分タル。

甲 單純職役離脱ノ罪

一 基本類型(七五)

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ヲ原則トシ、而カモ黨與ノ場合ニ關スル本法第七十六條トノ關係上、單獨又ハ一般共犯ノ場合ニ限ラルベシ。但シ陸軍軍人以外ノ者ハ陸軍軍人トノ共犯關係ニ於テ主體タルコトヲ得ルナリ。此ノ場合ハ幫助又ハ教唆ノミナラズ共同正犯トモ爲ルモノト解ス。

(2) 行爲

(a) 樣態

樣態ハ左ノ三種ニ分タル。

- (I) 敵前ノ場合ハ即時
- (II) 戦時、軍中又ハ戒嚴地境ノ場合ハ三日ノ
- (III) 其ノ他ノ場合ハ六日ノ經過

此等ノ様態ハ條文ノ體裁上ハ行爲其ノモノノ形式トシテ考フベキモノナルモ、既ニ述ベタル如ク敵前、軍中及戒嚴地境ニ付テハ行爲ノ主體ノ當該部隊ヘノ所屬關係ヲモ示スモノナルコトヲ注意セザルベカラズ。

(b) 内容

故ナク職役ヲ離レ又ハ就カザルコトヲ要ス。其ノ意義ハ前述セリ。尙茲ニ「故ナク」トアルハ、特別ノ要件ヲ附加セシニアラザルコト勿論ナリ。

(二) 處罰

様態ノ種類ニ依リ處罰ヲ異ニス。所謂三分主義之ナリ。即チ

- 1) 敵前
 - 死刑、無期若ハ五年以上ノ懲役又ハ禁錮。
- (2) 戦時軍中又ハ戒嚴地境三日ヲ過ギルタルトキ

五年以下ノ懲役又ハ禁錮。

- (3) 其ノ他ノ場合二日ヲ過ギタルトキ
 - 二年以下ノ懲役又ハ禁錮。

二 修正類型(七八、七五)

修正類型トシテハ、敵前職役離脱ノ罪ノ未遂類型アルノミナリ。此ノ未遂類型ハ離脱行爲自體ノ不完成ノ場合ノミニ生ジ得ベシ。原則トシテ既遂ト同様ニ處罰セラル。

乙 黨與職役離脱ノ罪

一 基本類型(七六)

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人二人以上聚合スルコトヲ要ス。陸軍軍人以外ノ者ハ軍人トノ共犯關係ニ於テ主體タル場合アリ得ベシ。

(2) 行爲

第二編 内論(對象論) 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二三一

(a) 様態

單純職役離脱ノ罪ノ場合ニ同ジ。

(b) 内容

黨與シテ職役ヲ離レ又ハ職役ニ就カズ一定期間ヲ經過スルコトニ因リテ成立ス。黨與ノ一部ノ者ノミ所定期間ヲ經過セシトキハ此ノ者ニ對シテノミ本罪成立ス。

(二) 處罰

(1) 敵前

(a) 首魁 死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮。

(b) 其ノ他ノ者 死刑、無期若ハ七年以上ノ懲役又ハ禁錮。

(2) 戰時、軍中又ハ戒嚴地境 三日ヲ過ギタルトキ

(a) 首魁 五年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮。

(b) 其ノ他ノ者 六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮。

(3) 其ノ他ノ場合 六日ヲ過ギタルトキ

(a) 首魁 一年以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮。

(b) 其ノ他ノ者 三年以下ノ懲役又ハ禁錮。

二 修正類型(七八、七六一)

修正類型トシテハ敵前ノ場合ノ黨與職役離脱ノ罪ノ未遂類型アルノミ。而シテ原則上既遂ト同様ニ罰セラル。

第二目 餘論

一 職役離脱ノ罪ト囚人逃走罪トノ關係

未決ノ囚人逃亡シテ法定期間ヲ經過セバ刑法第九十七條又ハ第九十八條ノ罪ト陸軍刑法職役離脱ノ罪トノ想像的競合トナル。既決囚人ノ逃走シタル場合ハ職役離脱ノ罪ヲ構成セズ。蓋シ償勤ヲ伴フガ爲ナルベシ(兵施規七一)。

二 職役離脱ノ罪ト結黨罪トノ關係

陸軍高等軍法會議ノ判例ニ依レバ、離隊ノ目的ヲ以テ通謀セバ結黨罪ト爲ルヲ以テ黨與シテ職役ヲ離脱センコトヲ企圖シタル者ノ中所定期間經過前ニ逮捕其ノ他ノ事由ニ因リ軍ノ統制ニ入りタル者ニ對シテハ結黨罪成立スベシ(昭四年八月六日高判)。

第三項 奔敵ノ罪

第一目 序論

奔敵ノ罪ノ本質ハ、陸軍ノ統制ヲ離脱スル點ニ存スルモ、前述職役離脱ノ罪ガ單ニ離脱其レ自體ヲ罰スルニ對シ、奔敵ノ罪ハ離脱ノ結果敵ノ統制ニ入ルコトヲ要件トスルモノナリ。從テ本罪ハ稍々利敵ノ罪ニ類似スル所アリ。然レドモ後者ガ專ラ現實ニ敵ノ利益ノ爲ニ或ル種ノ作爲不作爲ヲ實行スルモノナルニ對シ、前者ハ斯カル行爲ノ有無ヲ問フコトナシ。換言スレバ、敵ノ權内ニ故意ニ存在スル狀態ヲ罰セントスルモノナリ。

第二目 本論

一 基本類型（七七）

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ヲ原則トシ、其ノ單獨ナルト否トヲ問フコトナシ。但シ部下ヲ有スル軍人部下ト共ニ敵ノ權内ニ入ル場合ハ辱職ノ罪ヲ構成シ本罪ト爲ラズ。陸軍軍人以外ノ者ハ軍人トノ共犯關係ニ於テ主體タル場合アルベシ。

(2) 行爲

敵ニ奔ルコトヲ要ス。外敵又ハ内敵ノ權内ニ入ルコトニシテ、敵ニ援助ヲ與フル意思ニ出ヅルト又ハ一身ノ安全ヲ保タントスル意思ニ出ヅルトヲ問フコトナシ。然レドモ、不可抗力ニ因リ敵軍ノ權内ニ陥ルハ固ヨリ本罪ヲ構成セズ。從テ積極的ニ敵ノ權内ニ赴ク場合ナルカ、敵ノ來リテ拉致スルヲ待ツカ乃至ハ一旦自己ノ意思ニ依ラズシテ敵軍權内ニ陥リタル後、脱出ノ機會アルニ拘ラズ脱出セザル不作爲アル場合ナリ。

(二) 處罰

死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮

二 修正類型（七八）

修正類型トシテハ未遂類型アリ。敵軍ニ赴カントシテ中途障礙ノ爲又ハ本人ノ意思ニ依リ果サザリシ場合ニ成立ス。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

第二編 內論(對象論) 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二三五

第三目 餘論

一 奔敵罪ト叛亂ノ罪トノ關係

敵ノ權力内ニ入りタル後、敵ヲ利スルノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ、前者ノ行爲ハ後者ノ準備的性質ヲ有スルコトアリト雖モ兩者法益ヲ異ニスルガ爲、假令奔敵ニ發展シタルトスルモ反亂行爲ニ奔敵ヲ吸收セシムルコトヲ得ズ。一般ニ兩行爲ハ併合罪ノ關係ニ立ツモノニシテ、場合ニ依リ牽連關係ヲ構成スルモノト謂フベシ。

二 奔敵罪ト辱職罪トノ關係

陸軍刑法第四十條及第四十一條ハ司令官ノ降伏ヲ規定シ奔敵ト類似スルモ、右兩條ノ行爲ハ司令官ガ部下ヲ提ゲ敵ノ權力内ニ入ル場合ニシテ、司令官單獨ニ降ル場合ハ奔敵罪ト爲ルモノトス。

第二款 兵役義務不履行ノ罪

第一項 汎論

一 兵役義務不履行ノ罪モ亦逃亡ノ罪ト同ジク陸軍ノ構成ヲ侵害スルコトヲ内容トスルモノナレドモ、後者ガ陸軍ノ構成ヨリノ現實ナル離脱行爲ナルニ對シ、前者ハ該離脱ヲ生ゼシムル爲ノ基本タル觀念的義務關係ニ對スル侵害、而カモ實害ニアラズシテ危險ヲ實質トスル點ニ於テ差異アリ。

本罪ハ右ノ如ク無形的ナル義務關係ノ侵害ヲ基調トスルガ爲、其ノ主體タリ得ルモノハ陸軍ノ現實的構成員ニアラザル者、就中豫定的構成員トモ謂フベキ在郷軍人ニモ及ビ得ルモノナリ。是ヲ以テ陸軍刑法ニ於テハ主トシテ陸軍構成員ガ斯種犯罪ノ主體タル場合ヲ規定スルト共ニ、兵役法ニ於テハ陸軍ノ現實的構成員ニアラザル者ノ主體タル場合ヲ規定セリ（兵法七四、七五）。

二 兵役義務不履行ノ罪ハ兵役義務關係ヲ侵害スルニ適當ナル行爲（其ノ主要ナルハ所謂詐僞行爲）ヲ實行スルニ存シ、其ノ結果該義務關係斷絶ノ目的ヲ達セシカ否ハ敢テ問フ所ニテラズ。前述逃亡ノ罪モ亦一面兵役義務ノ關係離脱ノ結果ヲ伴フコトアリトスルモ、之亦其ノ結果ハ犯罪ノ要件ニアラザルナリ。此ノ點ニ於テ兩者ハ共通ノ性質ヲ有スルモノナリ。而シテ逃亡ノ行爲モ所詮一種ノ詐僞行爲ト解スルヲ得ベク、兵役法第七十四條ハ此ノ見解ニ立テルモノト謂フベシ。然レドモ、陸軍刑法ハ逃亡行爲ガ陸軍ノ現實的構成員ニ依リテ實行セラルル場合ノ特別ナル危険性ニ鑑ミ別個ノ罪トシテ規定セシコトハ既ニ述ベタルガ如シ。予ハ此ノ意味ニ於テ本款ニ述ブベキ兵役義務不履行ノ罪ハ、廣義ノ義務

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二三七
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

不履行中ヨリ逃亡ノ罪ヲ除キタル固有狹義ノモノト解スルナリ。

三 陸軍刑法上兵役義務不履行ノ罪ニ於ケル法益ノ實質タル兵役ノ觀念ハ、勿論兵役法令ニ定メラレタルモノヲ指稱シ、陸軍刑法ノ保護的機能ハ此ノ兵役ノ範圍ニ止マルベキヲ原則トスレドモ、同法ハ例外トシテ兵役義務ノ最モ尖銳的部分タル從軍又ハ危險勤務ニ付テハ之ヲ兵役義務ニ由來セザル場合即チ準陸軍軍人ニ對シテ生ジタル場合(準兵役義務不履行)ニモ認ムルコトト爲セリ。從テ準軍人ニ於ケル同種義務ノ不履行ヲ兵役義務不履行トシテ説述スルコトハ必ズシモ適當ニアラザルベシ。然レドモ此ノ場合ト雖モ、本來ノ兵役義務不履行ト本質ニ於テ差異ヲ有セザルヲ以テ、暫ク本款中ニ併セテ説クコトトセリ。

四 現行法ハ右ノ如ク固有ノ兵役義務ヲ中心トシ之ニ附隨シテ準軍人ノ類似義務ノ不履行ヲ規定セシガ、戰爭ノ形態ガ近時所謂綜合國力戰へ進化スルニ從ヒ、有事ノ際ハ全國民ヲ擧ゲテ防備ノ體勢ヲ整フルノ必要愈々切ナルモノアリ。從テ國防的機能充足ノ見地ヨリ、兵役義務者ト然ラザル者トノ間ノ差異益々稀薄ト爲レリ。茲ニ於テ將來ノ立法トシテハ、兵役義務ヨリ更ニ高次ナル國防義務ノ如キ觀念ヲ中心トシテ其ノ不履行ヲ軍刑法中ニ規定スルコトモ考フベキナルベシ。

五 兵役義務不履行ノ罪ハ之ヲ分チテ兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪、特殊義務免脱ニ關スル罪及召

集違期ノ罪ノ三種ト爲スコトヲ得ベシ。前二者ハ兵役義務ヲ免脱センコトノ意圖ヲ以テスル所謂目的罪ナルガ、召集違期ノ罪ハ斯カル意圖ナクシテ行ハレタル場合ニシテ必ズシモ故意犯タルヲ要セズ、過失ノ場合モアリ得ルナリ。

六 兵役義務不履行ノ罪ハ純正軍事犯ナリヤ準脱事犯ナリヤハ理論上必ズシモ明瞭ナラズ。即チ召集違期ノ罪ハ一般刑罰法令ニ於テ罪トセザル行爲ヲ在郷軍人ナル身分ヲ有スル者ガ爲シタル場合ニ特ニ罪トシテ罰スルモノナルヲ以テ純正軍事犯ト解セラルベク、特殊義務免脱ニ關スル罪モ亦然リ。之ニ反シ兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪、就中第九十七條第一項ノ場合ニ關シテハ兵役法第七十四條ニ於テ陸軍軍人以外ノ者ノ同種行爲ヲ同一刑ヲ以テ罰スル旨ヲ定ムルヲ以テ、寧ロ本罪ハ準軍事犯ナルカノ疑ヲ起サシムベシ。

然レドモ予ハ、準軍事犯ハ廣義ニ於ケル陸軍刑法ヲ除外シタル一般犯罰法令ニ於テ既ニ罪トセラルルモノヲ陸軍刑法典ニ於テ修正シタル要件及刑罰ヲ以テ規定セシモノナリト解スルヲ以テ、兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪モ亦純正軍事犯ナリト解ス。換言スレバ、陸軍刑法第九十七條第一項ハ兵役法第七十四條トハ形式上別箇ノ法規ニ分置セラルルニ止マリ、實質上ハ陸軍刑法ニ一箇ノ條文ヲ以テ定メタルト異ナルコトナシト思料スルモノナリ。サレバ立法論トシテハ兵役法ノ規定ヲ廢シテ陸軍刑法

ノ規定ト合體セシムルヲ相當ナリト謂フベシ。

第二項 兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪

本罪ハ之ヲ陸軍軍人ノ兵役義務免脱ニ關スル罪ト在郷軍人ノ召集免脱ニ關スル罪トニ分ツヲ得ベシ。後者ハ陸軍軍人以外ノ者ノ兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪ガ兵役法ニ委セラルル以上同ジク同法ニ規定スベカリシモノナランモ、陸軍刑法ニ規定セラルルヲ以テ便宜本項ニ於テ併セテ説明スベシ。

第一目 陸軍軍人ノ兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪

本罪ニハ既遂ノ類型アルニ過ギズ(九七一)。以下之ヲ分説セン。

第一段 本論

一 要件

(一) 主體

陸軍軍人ヲ原則トス。軍人以外ノ者ハ軍人トノ共犯關係ニ於テ主體タリ得ベシ。

(二) 行爲

(1) 目的

兵役ヲ免ルル目的ヲ要ス。兵役トハ兵役法第二條及第三條ニ定ムルモノヲ謂フ。而シテ免レントスル兵役ハ犯人ノ負擔スル兵役ノ全部ナルコトヲ要セズ、其ノ一部ニテモ可ナリ。例ヘバ勤務演習ノ免脱ヲ企圖スルガ如シ。然レドモ平常ノ勤務ヲ免レントコトヲ圖ル場合ハ該當セズ。又目的トハ必ズシモ免脱ヲ希望スルヲ要セズ、免ルル結果ノ發生スルコトヲ認識スル場合ヲモ包含ス。自殺ノ意圖アル場合ハ最早兵役免脱ノ目的ヲ逸脱シ本罪成立セズトセラル。

(2) 内容

行爲ノ種類ハ詐僞行爲一般ニシテ、法文上疾病作爲及身體毀傷ヲ例示トシテ規定セラレタリ。
(a) 疾病作爲
健全ナル身體ノ諸機能ニ現實ニ支障ヲ生ゼシムルコトヲ謂ヒ、其ノ方法ノ如何ヲ問フコトナシ。

(b) 身體毀傷

身體ノ外部的器官ニ損傷ヲ與フル行爲ヲ指稱シ、之亦方法ノ如何ヲ區別セズ。

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護スル規定 二四一
第二編 內論(對象論) 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

(c) 其ノ他ノ詐僞行爲

詐僞行爲トハ、兵役ヲ免脱セントスル目的ヲ達成スルニ適當ナル不誠實ノ行爲ヲ汎稱ス。必ズシモ行爲自體トシテ眞實ヲ僞ル性質ヲ有スルコトヲ要スルモノニテラズ。行爲ノ原由ニ虚僞アル場合モ亦包含スルコトハ前掲疾病作爲、身體毀傷ガ現ニ生ジタル事實其ノモノニ何等僞リナク之ガ出現セシ由來ニ不自然ナルモノアリシ點ナルニ徴スルモ明カナルベシ。詐僞行爲ノ例トシテハ、疾病ヲ裝ハンカ爲虚僞ノ診斷書ヲ提出スルガ如キ、又ハ虚僞電報ニ依リ休暇ヲ得歸省シテアバートニ潜伏スルガ如シ。

二 處 罰

- (1) 三年以下ノ懲役
- (2) 二人ノ軍人兵役免脱ノ目的ヲ以テ互ニ劇藥ヲ使用シテ身體ヲ毀傷セシ場合ハ各自ニ付本罪ハ二重ニ成立ス。

第二段 餘 論

一 兵役法違反罪トノ關係

陸軍刑法第九十七條第一項ト兵役法第七十四條ノ罪トガ連續シテ實行セラレタルトキハ併合罪ナリトセラル。其ノ理由ハ、兵役法第七十四條ハ憲法上ノ義務違反ナルモ、陸軍刑法第九十七條第一項ハ該義務ノ外ニ軍人タル身分ニ基ク服役義務ノ違反ナルヲ以テ罪質ヲ異ニスルモノト爲スニ在ルガ如シ。

二 特殊義務免脱ニ關スル罪トノ關係

兵役義務一般ノ免脱ヲ圖ル目的ト從軍ノ免脱ヲ圖ル目的トヲ併有スル場合ハ、第九十七條第一項ノ罪ト第五十五條ノ罪トノ想像的競合ナリトセラル。然レドモ予ハ兩規定ハ法條競合ノ關係ニ立ツニ過ギズト解ス。

三 銃砲不法發射ノ罪トノ關係

哨兵又ハ衛兵トシテ服務中ニ所携ノ銃砲ヲ以テ兵役義務免脱ニ關スル罪ヲ犯セバ、第一百一條ト第九十七條第一項トノ想像的競合成立ス。

第二目 在郷軍人ノ召集免脱ニ關スル罪

本罪亦既遂類型ノミナリ(九七II)。以下分説スベシ。

一 要件

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二四三
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

(一) 主體

在郷軍人ナリ。其ノ意義ニ付テハ本法總則ノ說明ヲ參照スベシ。在郷軍人ハ陸軍刑法上ハ陸軍軍人以外ノ者ノ中ニ包含セララルルヲ以テ、同法第二條第六號ヲ以テ本罪ノ主體ガ陸軍軍人ニ非ザル者ニモ及ビ得ル旨ヲ明カニス。在郷軍人タル身分ハ犯罪當時ニ付テ論定スベキモノニシテ、裁判時ニ於テハ純然タル陸軍軍人タルコトアリ得ベキナリ。

(二) 行爲

(1) 目的

召集ヲ免ルル目的ヲ要ス。召集トハ、陸軍召集規則ニ定ムルモノヲ謂フ(召集二)。其ノ全部ヲ免ルル爲ナルト否トヲ問フコトナシ。目的ノ意義モ亦前述セシ所ト異ナラズ。

(2) 内容

陸軍軍人ノ兵役免脱ノ罪ノ場合ト同一ナリ。

二 處罰

陸軍軍人ノ兵役免脱ノ罪ノ刑ニ異ナルコトナシ。

第三項 特殊義務免脱ニ關スル罪

第一目 序論

一 特殊義務免脱ニ關スル罪ハ、兵役義務又ハ之ニ準ズベキ義務一般ナル抽象的從屬關係ノ侵害ニアラズシテ、斯ノ如キ抽象的關係ヲ基調トシテ之ヨリ流出セル個別的服務關係ヲ侵害スルコトヲ内容トセルモノナリ。從テ本來兵役義務侵害ノ性質ヲ有スルモ、其ノ特別ニ重大ナル場合トシテ獨立ノ構成要件ト爲シ刑ヲ加重スルニ至レルナリ。從來ノ實例ニ依レバ、本罪ハ兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪ト性質ヲ異ニスルヲ以テ兩罪ハ併立シ得ルモノト爲セリト雖モ、予ハ其ノ正當ナル見解ニ非ザルコトヲ確信スルモノナリ。

二 本罪ハ右ノ如ク兵役義務ノ個別的ナル場合ト解スベキモノナルヲ以テ、兵役義務負擔者タル固有ノ意義ニ於ケル陸軍軍人ノミ之ガ主體タリ得ル筋合ナルモ、斯カル個別の場合ノ現象形態トシテ法文ニ規定セララルル從軍及危險勤務ハ、其自體トシテハ必ズシモ兵役義務ヲ前提トセズトモ想定シ得ルガ故ニ、本罪ノ規定ハ準陸軍軍人ニモ之ヲ適用シ得ルモノトセララルナリ。

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二四五
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

第二目 本論

一 基本類型(五五)

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ヲ原則トシ、陸軍軍人以外ノ者ハ之トノ共犯關係ニ於テ主體タリ得ベシ。

(2) 行爲

(a) 目的

分チテ二種トス。

① 從軍ヲ免ルル目的アル場合

從軍トハ、戰爭又ハ事變若ハ一地方ノ騷擾ノ鎮定ニ從軍スル軍隊ノ構成員タル状態ヲ謂フ。此ノ状態ハ戰地ニ於テノミナラズ内地部隊ニ於テモ生ジ得ベシト雖モ、現ニ發生シ又ハ發生スルコトノ確定シタル場合ナルコトヲ要シ、將來或ハ生ジ得ベキ未確定ノ場合ハ包含セザルモノト解ス。從軍ト軍中トハ必ズシモ一致スルモノニアラズ。從軍ハ其ノ全部ヲ

免ルル目的アルヲ要セズ。例ヘバ、戰地ヨリ内地部隊ニ歸還センコトヲ希望スル場合アリ得ベシ。本罪ニ於ケル目的ノ意義モ前述兵役義務一般免脱ノ罪ノ場合ト同ジ。

② 危険ナル勤務ヲ避クル目的アル場合

危険ナル勤務トハ、生命ヲ喪ヒ又ハ身體ニ異常ナル損傷ヲ生ゼシムル結果ヲ伴フ虞アル勤務ヲ謂ヒ、軍ノ勤務ニ照シ客觀的ニ判斷セラルベキモノナリ。危険ナル勤務ハ必ズシモ戰時事變ノ際ナルコトヲ要セズ、平時モアリ得ベシ。又場所ノ如何ヲ問フコトナシ。然レドモ從軍ト異ナリ、状態ニアラズシテ事務其ノモノヲ指稱ス。

(b) 状態

敵前ト其ノ他ノ場合トノ二種アリ。

(c) 内容

詐僞行爲ニシテ、兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪ノ場合ト同ジ。

(二) 處罰

状態ノ區分ニ從ヒ左ノ如ク定メラル。

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二四七
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

(1) 敵前

五年以上ノ有期懲役。

(2) 其ノ他ノ場合

五年以下ノ懲役。

尙既遂タル爲ニハ、從軍又ハ危險勤務免脱ノ目的ヲ達成セシコトヲ要セザルハ勿論ナリ。

二 修正類型(五六)

修正類型トシテ未遂類型アルノミナリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

第三目 餘論

犯人ガ從軍又ハ危險ナル危務ヲ免レントスル目的ト同時ニ兵役ヲ免レントスル目的ヲ以テ詐僞行爲ヲ爲シタル場合ハ、實例ハ之ヲ第五十五條ト第九十七條第一項トノ想像的競合成立スルモノト解スルコト、之ニ對シ予ガ疑ヲ有スルコトハ前述セシ所ナリ。

第四項 召集違期ノ罪

第一目 序論

一 召集違期ノ罪ハ一種ノ取締犯の性質ヲ有スルモノナリ。勿論陸軍刑法ハ全體トシテ取締犯タルベキモノナリト雖モ、其ノ中ニハ自然犯の色彩ヲ帶ブルモノナキニテラス(利敵、掠奪ノ如シ)。然ルニ召集違期ノ罪ハ斯ル色彩ナク專ラ軍政上ノ取締ノ目的ヲ達成センガ爲ノモノナリ。

二 召集違期ノ罪ハ召集ノ期限ニ後レタル場合ニ關スルモノニシテ、同ジク兵役義務不履行ノ一樣態タル入營ノ期日ニ後レタル場合ハ兵役法ニ規定セラル(兵法七五)。而モ兩者共ニ陸軍刑法上ノ在郷軍人ニ限リテ主體タリ得ルモノナルヲ以テ、立法ノ體裁上トシテハ寧ロ陸軍刑法中ニ兵役法ノ右規定ヲ移シテ合體トセシムルヲ可トスルコト既說ノ如シ。

第二目 本論

召集違期ノ罪ノ類型ハ既遂アルノミナリ(九七)。以下分說スベシ。

一 要件

(一) 主體

在郷軍人ノ召集免脱ニ關スル罪ノ場合ト同ジ。

(二) 行爲

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二四九

(1) 様態

様態ハ戰時ニ際シ又ハ事變ノ爲召集ヲ受ケタル場合ト其ノ他ノ場合トノ二種アリ。戰時ノ意義ハ總論ニ於テ述べタルガ、戰時ニ際シトハ戰時中ハ勿論戰時ニ入ラントスル直前ヲモ包含ス(大七年七月一五十大判、録二四輯一〇〇二頁)。事變ノ意義亦既述セリ。

同ジク召集ナルモ、戰時ノ場合ハ「際シ」ト規定シ、事變ノ場合ハ「爲ニ」ト規定セシヲ以テ、前者ニ在リテハ自己ノ召集ガ戰爭ノ爲ナルコトヲ要セザルニ、後者ニ在リテハ事變業務ニ従事スル爲ナルコトヲ要スルガ如ク解セラル。然レドモ戰時ニ際シテハ現ニ戰爭ニ従事セザル部隊ニ召集セラルル場合ト雖モ他日之ニ従事スル可能性多カルベク、又事變ガ今日ノ如ク戰爭ニ準ズベキモノヲ包含スル場合ニハ直接事變鎮定ノ爲ニ召集セラレタルニアラザルモノト雖モ其ノ任務ノ重大性ニ鑑ミルトキハ事變ノ爲ノ召集者ト選ブ所ナキヲ以テ、「際シ」及「爲シ」ノ字句上ノ差別ニ深く拘泥シ得ザルモノト解ス(兵法五四。召規二ⅢⅣ)。

(2) 内容

(a) 故ナク召集ノ期限ニ後ルルコトヲ要ス。即チ召集令狀ニ指定セラレタル到着日時(召規七條式、九様式、十二様式)ニ正當ノ理由ナクシテ指定ノ場所ニ出頭セザルコトヲ實質トスルナリ。其

ノ故意ニ出ヅルト過失ニ基クトヲ區別スルコトナシ。更ニ本罪ハ兵役ヲ免ルル目的ナキ場合ニ限ラル。若シ該目的アラバ第九十七條ノ罪ノミ成立ス。茲ニ召集モ亦陸軍召集規則第二條ニ規定セララルル六種ノ召集ヲ包含ス。

(b) 召集令狀ニ指定セラレタル到着日時ヲ經過シテ出頭セザル場合ニ直ニ之ヲ罰スルハ酷ニ失スルヲ以テ、戰時又ハ事變ノ場合ハ期限ヨリ五日ヲ經過シタルコトヲ、其ノ他ノ場合ハ十日ヲ經過シタルコトヲ構成要件ト爲セリ。其ノ本旨トスル所ハ、職役離脱ノ罪ノ場合ノ期間ト同ジ。又五日若ハ十日ノ計算モ亦時分秒ヲ以テ爲スベキモノトス。

二處罰

(1) 戰時ニ際シ又ハ事變ノ爲召集ヲ受ケタル場合

五日ヲ經過セバ二年以下ノ禁錮。

(2) 其ノ他ノ場合

十日ヲ經過セバ一年以下ノ禁錮。

第二節 物的構成ヲ保護スル規定

第一種 軍用物損壞ノ罪

第一款 序論

一 既ニ述ベタルガ如ク、陸軍ノ構成分子トシテノ人的要素ノ重要ナルコトハ言フ俟タザル所ナルガ、之ト共ニ資材整備ノ作戰遂行上肝要ナルコトモ敢テ呶々ヲ須ヒザル事項ナリ。殊ニ近代戰ノ特質ハ所謂軍ノ機械化乃至科學戰鬪ニ在リ、陸海空各戰域ヲ通ジ卓越セル精神力ト共ニ優秀嶄新ナル兵器ノ赫々タル戰勝ニ貢獻スルモノ益々大ナラントス。此ノ意味ニ於テ軍用物損壞ノ罪ノ規定ノ重要性モ亦著シキヲ加フルニ至レリ。而シ現行法ハ其ノ制定後ノ兵器ノ劃期的進歩ニ即應シ難キ點多ク、立法論トシテハ考慮ノ餘地尠カラザルモノアルヲ痛感スルナリ。

二 軍用物損壞ノ罪ノ實質ハ、專ラ物的資材ノ整備ニ對スル侵害ニ存スルモノナルガ、其ノ行爲ノ内容ハ資材ノ效用ノ物理的又ハ化學的方法ニ依ル故意ノ滅却又ハ毀損ニ在ルヲ以テ、既ニ刑法ニ於ケル放火罪、溢水及水利ニ關スル罪、往來ヲ妨害スル罪及毀棄ノ罪ニ夫々規定セラル、部分アリト雖モ、

此等ノ規定ノ目的ハ一般公共ノ平穩ノ維持又ハ個人ノ財産ノ保護ニ存シ、以テ直ニ陸軍ノ有スル戦力ノ確保強化ノ要求ヲ充足スルヲ得ズ。仍テ叙上刑法各種規定ノ構成要件ニ修正ヲ施シ刑ヲ加重シテ茲ニ陸軍刑法上軍用物損壞ノ罪トシテ特別ナル規定ヲ設定スルニ至リシモノナリ。從テ本罪ハ所謂準軍事犯ノ一種ニ屬スルモノト解ス。尙敵ヲ利スル意圖アル場合ハ叛亂ノ罪ノ成立アルノミナルコト勿論ナリ。

第二款 本論

第一項 總論

一 主體

陸軍軍人及第二條第三號ニ依リ陸軍軍人以外ノ者モ本罪ノ主體タルコトヲ得ベシ。之蓋シ陸軍ノ物的要素ノ侵害ハ獨リ軍人ニ依リテノミナラズ、廣ク一般ノ人ニ依リテ企圖セラルルヲ得ルガ爲ナリ。

二 客體

(一) 本罪ノ客體タル軍用物トハ、陸軍ノ軍用ニ供スル動産及不動産ヲ汎稱スルヲ原則トス。之海軍

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二五三
 第二編 內論(對象論) 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

ノ軍用ニ供スル物ニ付テ別ニ海軍刑法第八章ノ規定アルニ徴シ當然ノ事ナリ。從テ外國陸海軍ノ軍用物ハ敢テ陸軍刑法ノ關知スル所ニアラズ。然レドモ我陸軍ト特殊ノ關係ヲ有スル外國陸海軍ノ軍用物ノ整備如何ガ延テ我陸軍ノ作戰ニ影響ヲ及ボス場合ニ於テハ、當該陸海軍ノ軍用物ニ對スル侵害行爲ヲ放置スルハ適當ニアラザルヲ以テ、本法第八十五條ニ於テハ、軍用物損壞ノ罪ノ規定ヲ我陸軍ト共同作戰ニ從テ外國陸海軍ノ軍用物ニ對スル行爲ニ對シテモ適用スル旨ヲ規定シタリ。

(二) 軍用物中特ニ軍用ニ供スル物ト稱セラルル場合ハ專ラ動産ニ限ラル。茲ニ軍用ニ供ストハ、既ニ總論ニ於テ述べタルガ如ク、現ニ陸軍ニ於テ使用中ナルコトヲ要セズ、使用ノ確定シタル場合ヲモ包含ス。其ノ他詳細ノ意義ニ付テハ總論ノ說明ヲ參照スベシ。

(三) 更ニ「軍用ニ供スル」ナル屬性中ノ最モ重要ナル部分ヲ表示スル爲「戰鬪ノ用ニ供スル」ノ語ヲ用フル場合ニ於テハ(七九、八二)、現ニ戰鬪行動ニ使用セラルルモノ又ハ將來戰鬪行動ニ使用セララルコトニ確定シタルモノヲ指稱シ、當然「軍用ニ供スル」ヨリモ狹義ナリ。

第二項 各論

軍用物損壞ノ罪ハ之ヲ大別シテ燒燬罪、激發物破裂罪、毀損罪及毀傷罪ノ四種トス。

第一目 燒燬罪

第一段 總論

燒燬罪ノ行爲ノ本體ヲ爲ス燒燬トハ、刑法第百八條以下放火ノ罪ニ謂フ所ノモノト其ノ意義ヲ同フス。抑々燒燬ノ觀念ニ二説アリ。一ハ獨立燃燒説ニシテ、火力ガ媒介物ヲ離レテ自ラ其ノ燃燒力ヲ繼續シ得ベキ状態ニ達シタルコトヲ要スト謂フモノニシテ、他ハ家屋其ノ他建造物等ガ火力ノ爲其ノ原形ノ重要ナル部分ヲ失ヒ其ノ用ヲ充スコト能ハザルニ至レルヲ要スト爲スナリ。判例ハ前者ノ見解ニ據ル(昭七年六月六日大判、集一卷七六八頁)。然レドモ軍用物損壞ノ本性ニ照セバ後者ヲ相當トスベシトノ説アリ。

第二段 各論

燒燬罪ヲ細分シテ不動産又ハ重要ナル動産タル軍用物ノ燒燬罪ト、其ノ他ノ動産タル軍用物ノ燒燬罪トノ二種トス。

一 基本類型(七九)

(一) 要件

甲 不動産又ハ重要ナル動産タル軍用物ノ燒燬罪

(1) 不動産
左ニ分説スベキ不動産又ハ重要動産タル軍用物ヲ燒燬スルコトニ因リテ成立ス。

(a) 陸軍ノ工場

陸軍ノ所管ニ係リ軍用物ノ生産(製造、調製及修理)ヲ爲ス有形的設備ヲ謂フ。現ニ生産中ナルコトヲ要セズ、生産ニ供セラルルコトニ定マレルヲ以テ足ル。

(b) 陸軍ノ戰闘ノ用ニ供スル建造物

戰闘ノ用ニ供スルノ意義ハ前述セリ。建造物トハ判例ニ依レバ「家屋其ノ他之ニ類似ノ建築物ヲ指稱スルモノニシテ屋蓋ヲ有シ牆又ハ柱材ヲ以テ支持セラレテ土地ニ定著シ少クトモ其ノ内部ニ出入スルコトヲ得ルモノタルコトヲ要ス(大三年六月二〇日大判、録二〇輯一三〇〇頁)。從テ保壘砲臺等ヲモ包含ス。兵舍ハ一般ニハ戰闘ノ用ニ供スル建造物ニアラズト解ス。

(c) 陸軍ノ軍用ニ供スル物ヲ貯藏スル倉庫

陸軍ノ軍用ニ供スル物ヲ現ニ貯藏スルト否トヲ問ハズ、苟モ陸軍ニ於テ軍用ニ供スル物ヲ貯藏スル爲使用スル建造物ハ總テ該當ス。其ノ軍所管ノモノナルト民有ノモノヲ徵發又ハ借上ニ依リテ専用スル場合ナルトヲ區別セザルナリ。

(2) 重要ナル動産

何レモ戰闘ノ用ニ供スルモノニシテ、陸軍ノ所管ニ屬スルコトヲ要セズ。民有ノモノヲ軍ニ於テ徵用セシ場合ヲモ包含ス。

(a) 船舶

蒸汽力(瓦斯力ヲ含ム)、風力又ハ櫓權其ノ他如何ナル方法ヲ以テスルヲ問ハズ水上往來ノ用ニ供セラルル機關ヲ總稱ス。現ニ航行中ナルト碇泊中ナルト區別セズ。又人ノ現在如何ヲ要セズ。

(b) 汽車

蒸汽力(瓦斯力ヲ含ム)ノ作用ニ依リ線路上ヲ往來スル交通機關ヲ汎稱シ、必ズシモ列車ナルコトヲ要セズ。個々ノ客車又ハ貨車ヲモ包含スルモノト解ス。固ヨリ人ノ現在スルト否トヲ

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二五七
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

區別スルコトナシ。ガソリン・カーモ亦汽車ナリ(昭一五年八月二日大判、法律新聞四六〇三號五頁)。

(c) 電車

電流ノ作用ニ依リ線路上又ハ道路上ヲ往來スル交通機關ヲ汎稱ス、其ノ他汽車ニ付テ述ベタル所ニ同ジ。

(d) 橋梁

河川溝渠ニ架設セラレテ直接間接ニ人畜貨物ノ往來ニ供セラルル工作物ヲ謂フ。即チ直接ニ此等ノモノノ往來スル場合ト汽車電車ノ通行ノ爲ニ設ケラレタル場合トアリ得ベシ。

(二) 處罰

死刑又ハ無期若ハ十年以上ノ懲役。

二 修正類型(八四)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

乙 其ノ他ノ動産タル軍用物ノ燒燬罪

一 基本類型(八〇)

(一) 要件

(1) 總說

(a) 客體ノ關係

本罪ノ客體タルハ陸軍ノ軍用ニ供スル動産ニ限ルモノニシテ、而モ露積セラレタルモノナルコトヲ要ス。露積トハ建造物外ニ集積セラレタル場合ヲ謂ヒ、必ズシモ堆積セラレタルコトヲ要セズ、併列シアル場合ヲモ包含ス。換言スレバ、軍用ニ供スル物ガ多量ニ集置セラレルコトヲ以テ露積ノ本質ト爲スナリ。倉庫内ニ格納セラレタル軍用物ヲ燒燬スル行爲ハ或ハ本法第七十九條ニ該當シ或ハ刑法第一百條第一項ノ罪ヲ構成スベシ。

(b) 行爲ノ様態

行爲ノ様態トシテハ戰時、軍中又ハ戒嚴地境ト其ノ他ノ場合トノ二種ニ分タル。此ノ場合問題ト爲ルハ軍中ナル關係の様態ガ如何ナル意味ヲ有スルカノ點ナリ。抑々關係の様態ハ既ニ述ベタルガ如ク、行爲ガ主體又ハ客體ニ對シ有スル關聯ヲ實質トスルモノナルガ、第八十條ニ於テ戰時、軍中、戒嚴地境ノ場合ノ燒燬行爲ヲ重ク罰スル所以ハ、軍用物ニ對スル價値ガ其ノ他ノ場合ニ比シテ高ク評定セラルルガ爲ナリト解スベシ。從テ茲ニ所謂軍中ハ犯人ノ

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二五九
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

所屬ヲ示ス様態ニ非ズシテ軍用物ノ管理關係ヲ表示スルモノナリト謂ハザルベカラズ。換言スレバ、露積シタル軍用物ガ軍中部隊ノ所管ニ係ル限リ其ノ燒燬行爲ハ總テ第八十條第一號ニ該當スルモノナルヲ以テ、必ズシモ行爲ガ軍中部隊所在地ニ於テ行ハルルコトヲ要セズ、稀ニ其ノ以外ノ地ニ於テモ行ハレ得ベキモノナリ。

(2) 各説

客體タル軍用ニ供スル動産トシテ法文ニ掲記セラレタルモノ左ノ如シ。其ノ陸軍ニ於テ製作シタルモノナルト民間ヨリ購入シタルトヲ區別セズ。又價額ノ如何ヲ問ハザルナリ。本罪ハ此等ノ客體ノ露積セラレル場合之ヲ燒燬スルコトニ因テ成立ス。

(a) 兵器

陸軍ノ制式又ハ準制式兵器タル武器ヲ指稱ス。

(b) 彈藥

陸軍ノ制式又ハ準制式ノ兵器タル彈丸、火藥、火具等ヲ指稱ス。

(c) 糧食

糧食ト稱スルトキハ一般ニ陸軍所屬者ニ對シ官給セラレベキ飲食品ヲ謂ヒ（陸軍給與令二一以

下）、馬匹ニ對スルモノハ馬糧トシテ（同令三九以下）區別シ、兩者ヲ合稱シテ糧秣ト爲スモノナルヲ以テ（軍隊經理規程二六以下）、第八十條ニ所謂糧食モ亦專ラ人ニ對シ官給セラレベキ飲食品ニ限ルモノト解ス。固ヨリ原料タルト調理セラレタルモノトヲ問フコトナシ。

(d) 被服

被服モ亦陸軍所屬者ニ對シ支給又ハ貸與セラレベキモノニ限ル（陸軍給與令三一以下。陸軍戰時給與令九）。

(e) (a)ヨリ(d)マデ列舉シタル以外ノ軍用ニ供スル物。

(二) 處罰

(1) 戰時、軍中又ハ戒嚴地境ノ場合

死刑又ハ無期懲役。

(2) 其ノ他ノ場合

無期又ハ二年以上ノ懲役。

二 修正類型（八四）

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同シク罰ス。

第二目 激發物破裂罪

第一段 本論

一 基本類型（八一）

(一) 要件

(1) 客體

第七十九條及第八十條ニ掲ゲタルモノニ同ジ。

(2) 行爲

(a) 様態

第八十條ニ掲グル軍用物ヲ損壞スル場合ニ限り同條ニ規定セラルル様態ガ第八十一條ノ場合ニモ要件ヲ爲スモノナリ。

(b) 内容

激發物ヲ破裂セシムルコトニ因リ損壞スルヲ要ス。激發物トハ、其ノ物自體トシテ急激ニ

容積ヲ膨脹スル性質アルモノヲ謂フ。即チ物自體ノ形體ヲ變ジ急激ナル膨脹力ヲ惹起シ其ノ容器ヲ粉碎スル各種ノ物質ヲ總稱シ、法文ニ所謂火藥・汽罐ハ其ノ例示ニ過ギズ。又損壞トハ物ノ效用ヲ滅失スル一切ノ行爲ヲ謂フ。

(二) 處罰

燒燬罪ノ場合ノ刑ニ同ジ。蓋シ激發物破裂ニ因ル損壞ハ危險性ニ於テ燒燬ト何等選ズ所ナケレバナリ。既ニ刑法亦同一主義ヲ採ル（一一七）。

二 修正類型（八四）

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

第二段 餘論

激發物破裂罪ニ關シテハ別ニ爆發物取締罰則ノ適用アル場合ヲ注意スベシ。即チ爆發物ヲ使用シテ軍用物ヲ損壞シタルトキハ、陸軍刑法第八十一條ト右罰則第一條トノ想像的競合トナルモノト解ス（大一年三月三一日大判、集一卷一八九頁）。

第三目 毀損罪

一 基本類型（八二）

(一) 要件

(1) 客體

分チテ二トス。

(a) 第七十九條ニ記載シタル物

同條ノ説明ヲ参照スベシ。

(b) 陸軍戰鬥ノ用ニ供スル設備

更ニ分チテ次ノ三種ト爲スコトヲ得ベシ。

(I) 鐵道

鐵道トハ、汽車電車等ノ走行ニ供スル爲軌條ヲ以テ敷設シタル通路（線路）ヲ謂フ（附隨的設備ヲ含ム）。尤モ鐵道ノ語ハ線路ノ外、用地、工作物、機械其ノ他設備全體ヲ指スコトアリト雖モ（鐵道抵當法二）、本罪ニ於ケル鐵道ハ專ラ線路其ノモノヲ指ス義ト解スベシ。固ヨリ

現ニ汽車等ノ走行中ナルヲ要スルモノニアラズ。

(II) 電線

電線トハ電流又ハ電波ニ依ル通信ノ爲架設又ハ埋設セラレタル線條及其ノ支持物ヲ謂フ（電信法三九一）。之亦現ニ使用中ナルコトヲ要セズ。

(III) 水陸ノ通路

水路及陸路ナリ。水路トハ廣義ニ於テハ海洋ノ航路ヲモ包含スルモ、茲ニテハ航行ノ爲特ニ何等カノ設備ヲ施シタルモノ、又ハ然ラズトスルモ、水路ノ現狀ニ變更ヲ加ヘ航行ヲ阻害シ得ル如キモノニ限ラル。渡舟ハ水路ニアラズト爲スヲ通説トス。

陸路又ハ水路ニハ空路ガ包含セラルルカ否カハ疑アリ。法文ノ精神ヨリ見レバ積極ニ解スベキナルベシ。但シ空路モ亦水路ト同ジク航空ノ爲何等カ設備ヲ施シタル場合ニ限ラル。

(2) 行爲

分チテ二トス。

(a) 損壞

損壞トハ、燒燬又ハ激發物破裂以外ノ方法ヲ以テ物ノ組織ヲ有形的ニ破壞シテ其ノ效用

第二編 内論（對象論） 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二六五
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

ヲ害スルコトヲ謂フ。其ノ侵害ノ結果ガ一時的ナルト永久的ナルトヲ區別セズ。本來ノ用途ヲ完フシ得ザル状態ヲ現出スルヲ以テ足ル。

(b) 使用不能

物ノ形體ニ何等ノ變化ナク專ラ其ノ機能ノミニ支障ヲ與ヘ以テ物ノ效用ヲ害スルコトヲ謂フ。例ヘバ鐵道、通路ニ溢水セシムルガ如シ。

(二) 處罰

無期又ハ二年以上ノ懲役。

二 修正類型(八四)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

第四目 毀傷罪

本罪ハ軍用ニ供スル動産ヲ毀棄又ハ傷害スルコトニ因テ成立ス(八三)。而シテ類型トシテハ既遂アルノミナリ。

一 要件

(1) 客體

(a) 種類

本罪ノ客體タルベキ動産トシテハ兵器、彈藥、糧食、被服、馬匹其ノ他陸軍ノ軍用ニ供スル物ナリ。其ノ價額如何ヲ問フコトナシ。此ノ中、馬匹ヲ除キテハ第八十條ノ客體ニ關シテ説明シタル所ニ同ジキヲ以テ再言セズ。

馬匹ハ軍馬管理規則ニ所謂軍馬ヲ指稱ス(同規則一)。從ツテ必ズシモ現ニ陸軍ニ於テ役務ニ使用スルモノニ限ラズ。苟モ其ノ管理下ニ在ル以上、民間ニ貸付ケタルモノニテモ差支ナシ(陸軍豫備馬貸付規則)。馬匹以外ノ軍用ニ供スル動物ハ總テ法文ニ所謂「其ノ他軍用ニ供スル物」ノ中ニ包含セラル。

(b) 性質

本罪ノ客體タルベキ軍用物ハ總テ現ニ陸軍ノ所管ニ屬スルモノニ限ラルルヲ以テ、當初ニ於テ陸軍ノ管理ニ係リシモノト雖モ爾後各人ニ支給シテ其ノ使用、收益、處分ニ委セラレタル場合ハ最早本罪ノ客體タル資格ヲ喪失スルモノト解ス。例ヘバ、營内居住ノ下士官兵ニ交村セラレタル手袋、靴下ノ如シ(陸軍給與令細則五九)。軍隊手牒モ本人ニ支給セラレタル場合

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二六七
第二編 內論(對象論) 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

ニハ同様解スベシ。

(2) 行爲

(a) 犯意

本罪ハ故意犯ニ限り、過失犯又ハ結果犯ヲ包含セズ（大一三年五月三日高判）。蓋シ法文ニ所謂傷害ハ刑法第二百四條トハ異ナル意義ニ解セラルベキナリ。

(b) 種類

分チテ二トス。

① 毀棄

毀棄トハ、無生物ヲ形態的ニ滅失破損シ又ハ外形ヲ變ヘズ其ノ機能ニ支障ヲ生ゼシメ其ノ他使用ヲ不能ナラシメ又ハ其ノ滅失、破損、機能障害ヲ惹起スル危険アル場所ニ放置スル等ノ方法ニ依リ物ノ效用ヲ害スルコトヲ謂フ。從テ燒燬、破裂、浸水其ノ他ノ方法ヲ以テ直接物ノ組成ヲ害スル場合ナルト、物ヲ海中ニ投ジ又ハ山野ニ放棄シテ人ノ發見ヲ妨ゲ物ノ自然的消失又ハ損耗ニ委スルトヲ問フコトナシ。滅失ニ付テハ物ノ數量ノ如何ヲ論ゼズ、實包一發ノ不法發射モ仍毀棄ト爲ル。放置ニ付テハ苟モ滅失又ハ破損等ノ危険アル場

所ナル以上、後日該軍用物ヲ再ビ拾取リテ使用スルノ意思アリタリトスルモ本罪ノ成立ヲ免レズ。又斯カル性質ヲ帶ブル場所ハ犯人ノ所屬部隊ヨリ必ズシモ隔タリタルコトヲ要セズ。容易ニ發見シ難キ場所ナル以上隊内ニテモ差支ナシト解ス。

② 傷害

傷害トハ生物ノ生命ヲ絶チ又ハ其ノ身體ノ組織ヲ破壞シ若ハ其ノ機能ニ支障ヲ生ゼシメ或ハ生物ヲ放逸セシメ以テ之ガ效用ヲ害スルコトヲ謂フ。從テ軍馬ヲ山林中ニ乗捨ツルガ如キハ即チ傷害ナリ（昭五年五月五日高判ハ毀棄ト爲セシガ予ハ其ノ正當性ヲ疑フ）。

二 處罰

十年以下ノ懲役又ハ禁錮。

第三款 餘論

一 軍用物損壞ノ罪ト刑法ノ放火ノ罪、溢水及水利ニ關スル罪、往來ヲ妨害スル罪及毀棄ノ罪トハ夫々行爲内容ニ於テ共通スルモノ多キヲ以テ、同一行爲ガ軍用物損壞ノ罪ト爲ルト同時ニ此等刑法各本條ノ罪ノ規定ニ該當スル場合競合ナリヤ想像的競合ナリヤハ問題タルベシ。予ハ總論ニ於テ述ベ

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二六九
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

タル如ク、兩法ノ機能的目的ノ差別ヲ重視スルヲ以テ、軍用物損壞ノ罪ト刑法ノ前記各罪トハ夫々法益ヲ異ニシ、從テ想像的競合ノ關係ニ立ツベキモノト解スルナリ。

二 軍用物損壞ノ罪中從來最多發セシハ毀傷罪ニシテ、而モ多クハ職役離脫ノ罪ト俱發ノ關係ニ立テリ。而モ同罪ノ成立セザル場合モ仍其ノ發覺防止ノ手段トシテ爲シタル毀傷罪ノ成立ヲ見ルコト尠カラズ。又平時ノ職役離脫ト軍用物毀傷ノ俱發ノ場合ニ於テハ、後者ノ行爲輕微ナリトスルモ法定刑ノ點ヨリ軍用物毀傷ノ罪ヲ重シトシテ處斷セザルベカラザル不合理アリ。固ヨリ刑ノ量定上之ヲ是正スルノ途無キニ非ズト雖モ、立法論トシテハ職役離脫ニ伴フ軍用物毀傷罪ハ一般ノ軍用物損壞罪ト區別シ、特ニ輕キ刑ヲ規定スル如ク考慮ヲ拂フノ要アルヲ確信スルモノナリ。

第二種 軍用物缺乏ノ罪

第一款 序論

軍用物缺乏ノ罪モ亦軍ノ物的資材ノ整備ニ對スル侵害ヲ實質トスルモノナルガ、軍用物損壞ガ資材ノ物質的方面ヨリ之ガ滅却又ハ毀損ヲ爲スモノナルニ反シ、軍用物缺乏ノ罪ハ完全ナル資材其ノモノノ整備ニ至ル過程ニ對スル侵害タル點ニ於テ區別セラル。換言スレバ物ノ性質的整頓ニアラズシテ其ノ數量の充足ヲ攪亂スルコトヲ内容トスル犯罪ナリト謂フコトヲ得ベシ。

軍用資材ノ性能ノ整備ガ戰勝ノ重大要件ナルコトハ明カナルモ、他面其ノ數量ノ充實スルコトモ亦缺クベカラザル事項ナリ。即チ近代戰ニ於テハ精密ナル科學兵器ノ使用頻繁ニシテ、從テ其ノ損耗亦著大ヲ加ヘ之ガ補充ノ迅速的確ヲ要スルハ昔日ノ比ニ非ズ。此ノ意味ニ於テ本罪ノ重要性モ漸ク大ナルモノアリ。然ルニ現行法ハ犯罪主體ノ業務ニ於テ、運搬支給ニ限り生産部門一般ニ及バザルノミナラズ、陸軍軍人ノミニ適用セラレ、民間軍需工場等ノ當事者ヲ除外セリ。其ノ主要ナル理由ハ辱職罪ノ一種トシテ規定セラルルコトニ存スベシト雖モ、立法論上ハ考慮ノ要アルベシ。
本罪ハ右ノ如ク辱職罪中ニ包含セラルル結果、純正軍事犯ニ屬スルコト疑ヲ容レズ。

第二款 本論

一 基本類型(五三)

(一) 要件

(1) 主體

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二七一
スル規定 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

- (a) 陸軍軍人ニシテ而モ軍用ニ供スルモノノ運搬又ハ支給ヲ掌ル者ナルコトヲ要ス。從テ其ノ以外ノ軍人及非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルコトアリ得ベシ。
 - (b) 主體ノ屬性トシテ法文ニ規定セラレタルハ「兵器、彈藥、糧食、被服其ノ他軍用ニ供スル物ノ運搬又ハ支給ヲ掌ル」コトナリ。茲ニ列舉セラレタル軍用ニ供スル物ノ種類及「軍用ニ供スル物」ナル字句ノ意義ニ付テハ共ニ既述セシヲ以テ反覆セズ。
- 運搬又ハ支給ヲ掌ルトハ、此等ノ行爲ヲ業務トシテ自己ノ責任ニ於テ担当スルコトヲ謂フ、運搬ハ物ノ所在ヲ移動スルコトニシテ、支給トハ直接ニ使用者ニ交付スル場合ナルト否トヲ問ハズ軍用物ヲ使用ノ過程ニ置ク行爲ヲ總稱ス。

(2) 客體

主體ノ屬性ノ一部トシテ規定セラレル軍用ニ供スル物ナリ。

(3) 行爲

(a) 樣態

軍中又ハ戒嚴地境ナルコトヲ要ス。法文上運搬又ハ支給ヲ限定スルガ如キ誤解ヲ生ゼシムルモ、缺乏セシムル行爲ノ樣態タルベキモノト解ス。尙軍中ハ缺乏ノ客體ノ關係ヲモ表示ス。

(b) 內容

故ナク缺乏セシムルコトヲ要ス。缺乏トハ、廣義ニ於テハ定數ノ充足ニ支障ヲ生ゼシムルコトヲ謂フモノナルヲ以テ、銃一挺又ハ彈丸一發ノ不足モ亦包含スルガ如シト雖モ、茲ニ所謂缺乏ハ斯ル形式的意義ニ解スベキモノニアラズシテ、個々ノ事案ニ於テ果シテ戰鬪力ニ著シキ影響ヲ與フルモノナリヤ否ヲ判斷シテ決スベキモノナリ。

又缺乏ハ特定ノ部隊ノミニ生ジタル場合ナルト、陸軍一般ニ生ジタル場合ナルトヲ問フコトナシ。

(二) 處罰

一年以上十年以下ノ懲役。

二 修正類型(五六)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

第三款 餘論

本條ノ行爲ヲ若シ敵ヲ利スル意思ヲ以テ爲シタル場合ハ、第二十八條第五號又ハ第三十條ノ規定ニ

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二七三
 第二編 內論(對象論) 第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

該當スルヲ以テ、法條競合トシテ後者ノ罪ノミ成立ス。

第三種 有害飲食物配給ノ罪

第一款 序論

陸軍刑法第五十四條ノ罪ハ軍用物ノ一種タル糧食ノ效用ニ對スル侵害行為ヲ實質トスルモノナルヲ以テ軍用物損壞ノ罪ト類似スル所アルモ、後者ガ専ラ物自體ノ效用ノミニ著眼スルニ對シ、前者ハ物ノ效用ノ侵害ニ因テ生ズル結果ニ重點ヲ置キテ規定セラレタル點ニ於テ差異アリ。即チ有害ナル飲食物ガ戰力構成員ノ健康ニ及ボス影響ヲ中心トシテ構成セラレタル犯罪ニシテ、刑法第十五章飲料水ニ關スル罪ト形態ヲ同ウス。然レドモ、飲料水ニ關スル罪ノ保護對象ハ公衆ノ健康ニシテ、有害飲食物配給ノ罪ノ對象ハ戰力構成員ノ健康ヲ通シテノ戰力其ノモノノ保持強化ニ存ス。從テ本罪ハ刑法飲料水ニ關スル罪ト法益ヲ異ニシ、加之辱職ノ罪ノ一種トシテ規定セラレタルモノナルヲ以テ純正軍事犯ニ屬ス。

第二款 本論

一 基本類型(五四)

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ヲ原則トシ、非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルコトヲ得ベシ。舊陸軍刑法第二百一一條ニ於テハ「軍人糧食ノ支給ヲ掌リ健康ヲ害スヘキ食用飲用ヲ配布スル者ハ輕懲役ニ處ス因テ死ニ致ス者ハ有期徒刑ニ處ス」ト規定セラレ糧食ノ支給ヲ掌ル者ナルコトヲ要件トセシガ、現行法ハ字句ノ上ニ於テハ此ノ要件ヲ撤廢セリ。本條ガ義務違背ヲ罰スル趣旨ニ鑑ミルトキハ或ハ配給ノ業務ヲ擔任スル者ニ限ルトノ說モアルベシト雖モ、配給ニ因ル危險ヲ顧慮セバ敢テ業務ノ有無ヲ論ズルノ要ナカルベシ。予ハ現ニ配給ノ事務ヲ事實上執ル軍人ハ總テ包含スルモノト解セント欲ス。

(2) 客體

客體トシテ規定セララル健康ヲ害スベキ飲食物トハ、人ノ心身ノ機能ニ障害ヲ及ボス危險ア

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二七五
第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

ル飲用又ハ食用ノ物質ヲ謂フ。

此ノ場合健康ヲ害スベキカ否カハ特定ノ人ノ心身ヲ基準トスベキニアラズシテ一般人ヲ基準トスベキモノナリ。

(3) 行爲

配給トハ、不特定又ハ多數人ノ人ニ對シ支給スルコトヲ謂フ。而シテ苟モ不特定又ハ多數ノ人ニ對シ支給スル目的ヲ有スル以上、單ニ一人ニ對シ一回ノ支給ヲ爲シタル場合ト雖モ仍配給ノ既遂ト解ス。

配給ノ結果人ノ死亡ノ結果ヲ生ジタルトキハ刑ヲ加重ス。死ノ結果ニ付故意又ハ過失アルコトヲ要セズト解ス。

(二) 處罰

(1) 一年以上十年以下ノ懲役。

(2) 死ノ結果ヲ生ジタルトキハ無期又ハ五年以上ノ懲役。

二 修正類型(五六)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

第三款 餘論

本條ノ行爲ガ同時ニ刑法飲料水ニ關スル罪ニ該當スル場合ニハ想像的競合成立ス。

第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

第一節 汎論

一 陸軍ノ秩序トハ、其ノ無形の戦力ヲ指稱スルモノナリ。既ニ前章ニ於テ陸軍ノ實體ヲ爲スモノノ中ノ有形的ナル諸構成要素ニ關シ説述シタルガ、本章ニ規定セラルル罪ハ此ノ有形的要素相互ノ間ニ存スル靜的統制關係ヲ侵害スル行爲ヲ實質トスルモノナリ。凡ソ社會アル所ニハ必ズ其ノ成員間ヲ支配スル一定ノ秩序アリ。陸軍亦國家ノ機關タルト共ニ其ノ内部ニ於テハ統帥權ヲ中心トシタル一大社會ヲ構成シ、而モ其ノ任務タル國家防衛ノ特殊性ニ鑑ミ國家内部ノ他ノ如何ナル社會ニモ比スベカラザル強固嚴然タル秩序ノ支配ヲ要請スルナリ。軍内ニ確立セラルベキ此ノ秩序ヲ軍秩ト謂フ。

二 軍ノ秩序ハ統率權者ノ命令ニ對シ部下ガ服從スルコトニ因テ保持セラルルモノナルヲ以テ、統率

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二七七
スル規定 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

權者コソハ軍秩保持ノ中軸ヲ爲スナリ。從テ其ノ人格ニハ一種ノ不可侵性ヲ伴ハシメザルベカラズ。是ヲ以テ本法ハ秩序ヲ保護スル規定ノ最重要ナルモノトシテ統率者ノ人格ノ保護ヲ目的トスル規定ヲ設ケタリ。此ノ場合保護ノ實體トシテノ人格ハ統率者個人ノ私的地位ヲ意味スルニアラズシテ軍ノ秩序ノ責任者トシテノ公的地位ヲ指スコトハ言ヲ俟タズ。而シテ本法ニ於テハ此ノ理念ヲ更ニ擴張シ現實ノ統率者ノミナラズ、之ニ準ジテ考ヘラルベキ場合即チ準上官一般ヲモ併セテ保護ノ客體タラシメタリ。

三 軍ノ秩序ノ保護ニ關スル第二ノ對象トシテハ一應統率者ノ存在ヲ捨象シタル秩序其ノモノヲ考察スルコトヲ得ベシ。即チ陸軍内部ノ上下服從ノ關係肅然トシテ平穩ナル狀態ヲ保持スルコトガ聽テ明日ノ戰鬪ニ備フル最大ノ精神的威壓タルベキナリ。斯ノ如キ狀態ノ確立ヲ目的トスルモノトシテハ、予ハ陸軍ノ治安ヲ保護スル規定ヲ擧ゲント欲ス。因ヨリ軍内ノ治安ハ社會一般ノ治安ト不可分離ノ關係ニ在リ、規定ノ内容モ亦後者ノ治定ノ保護ヲ目的トスルモノト類似スル所アルハ當然ノ事理ナリト雖モ、兩者ノ間ニハ夫々ノ機能ニ於テ互ニ代替シ得ザルコトヲ注意スベシ。即チ陸軍ノ治安ノ保護ハ飽ク迄其ノ戦力ノ維持ヲ究局ノ任務トスルニ對シ社會一般ノ治安ノ保護ハ社會公共ノ平穩ニ因ル私生活ニ於ケル活動ノ安全ヲ保障セントスルモノナレバナリ。

第二節 統率者ノ人格ヲ保護スル規定

第一款 汎論

一 統率者ハ前述ノ如ク軍ノ秩序ノ權化タルベキモノニシテ、其ノ身位及活動ハ絕對ニ之ヲ侵スコトヲ許サズ。勅諭ニモ既ニ禮儀ノ條ニ於テ「下級のもの上官の命を承ること實は直に 朕ガ命を承る義なりと心得よ己ガ隸屬する所にあらずとも上級の者は勿論停年の己より舊きものに對しては總て敬禮を盡し云々」ト記シテ統率者ノ人格ヲ保護スル爲ノ道義的規範ヲ宣示シ給ヘリ。陸軍刑法ニ於ケル以下述ブル罪ノ規定ノ趣旨モ亦此ノ大綱ヲ出ヅルコトナシ。

二 統率者(之ニ準ズヘキトシテ準者上官ヲ含ム)ノ人格ノ不可侵性ノ重點ハ、之ヲ其ノ身體的方面ト精神的方面トニ分ツテ考察セラル。前者ヲ保護スルモノトシテハ上官暴行ノ罪アリ、後者ノソレトシテハ上官脅迫及上官侮辱ヲ擧グルコトヲ得ベシ。此ノ中、暴行ト脅迫トハ行爲ノ危險性ノ評價ニ於テ極メテ近似セルモノアルガ爲、本法ハ同一條項中ニ併合シテ規定セリ。

三 右ニ述べタル暴行脅迫又ハ侮辱ノ各所爲ハ其自體トシテ既ニ刑法ニ於テモ犯罪トシテ規定セラル

ルモノニシテ、唯其ノ侵害ノ目標ガ上官ナル特殊人格者ナルガ爲陸軍刑法中ニ特別罪トシテ取入レラレタルモノト解セラルルヲ以テ一種ノ準軍事犯タルコト疑ナキ所ナリ(但シ面前侮辱ニ付テハ疑アリ)。然レドモ規定ノ保護スル法益ニ至ツテハ刑法ト陸軍刑法トハ全ク異別ノモノナリ。即チ前者ガ専ラ個人ノ身體名譽ノ保護ニ始終スルニ對シ、後者ハ侵害ノ客體タル個人ニ依テ代表セラルル上官一般ノ威信ノ保護ニ奉仕スルモノナリ。刑法ニ於テ暴行ノ罪及名譽ニ對スル罪ガ何レモ親告罪トセラルルニ反シ(刑二〇八Ⅰ、二三二)、陸軍刑法ニ於テハ上官ニ對スル暴行脅迫及侮辱ハ總テ非親告罪トセラルル所以ノモノ亦茲ニ存ス。

第二款 上官暴行脅迫ノ罪

第一項 本論

第一目 總論

一 主體

陸軍軍人ヲ原則トス。陸軍軍人以外ノ者ハ觀念的複合關係ニ於テ主體タル場合アリ得ベシ。即チ刑

法第六十五條第二項ノ適用ヲ受ケ、或ハ公務執行妨害罪、暴行罪又ハ脅迫罪其ノ他一般刑罰法令ニ定ムル罪ヲ科セラルルナリ。

二 客體

上官ニシテ純正上官及準上官ノ雙方ヲ包含ス。此等ノ意義ニ付テハ既ニ述ベタリ。上官ハ其ノ職務執行中ナルト否トヲ問フコトナク(大一三年六月七日高判)、又其ノ制服着用中ナルト否トヲ區別セズ。尤モ犯人ニ於テ相手方ノ上官タルコトヲ認識セザルベカラザルハ勿論ナリ。然レドモ上官ノ意義ノ解釋ニ關スル錯誤ハ法律ノ誤解ナルヲ以テ犯意ヲ阻却セズ(大一三年九月一五日高判)。斯ノ如ク上官ヲ純正上官ニ限ラズ而モ公私一切ノ生活ニ於ケル上官ヲ對象トスルハ、本罪ガ單ニ職務執行ノ安全ヲ保護セントスルニアラズシテ、軍内ノ秩序其ノモノヲ保持スルガ爲ナルコトハ既ニ述ベタルガ如シ。

三 行爲

(一) 樣態

敵前ト其ノ他ノ場合トノ二種ニ分タル。此ノ場合敵前ハ主體及客體ニ付テノ關係的樣態タル意味ヲモ有ス。

(二) 內容

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二八一
 第三編 內論(對象論) 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

暴行脅迫ナリ。暴行トハ最廣義ニ於テハ有形力ノ行使一般ヲ謂ヒ、稍々狹義ニ於テハ人ヲ對象トスルモノニシテ其ノ身體ニ對スルト所持品ニ對スルトヲ問フコトナシ。更ニ狹義ニ於テハ人ノ身體ニ對シテ加ヘラルル場合ナリ。最狹義ニ於テハ被害者ノ反抗ヲ抑制スル程度ノモノナルヲ要ス。本罪ニ於ケル暴行ハ第二ノ意義ニ解スベキナリ(大六年一月二〇日大判、錄二三輯一五六頁。尙大一三年六月七日高判ノ見解ハ狹キニ失スベシ)。即チ毆打、組討、鐵砲ノ發射、物件ノ投付等方法ノ如何ヲ問フコトナシ。必ズシモ身體ニ直接加ヘラルルノ要ナク、馬ヲ毆打シテ人ヲ落馬セシムルコトモ暴行ナリ。脅迫トハ、畏怖心ヲ生ゼシムル爲生命、身體、自由、名譽等ニ對スル害惡ヲ告知スル一切ノ行爲ヲ謂ヒ、廣義ニ於テハ告知ノ内容タルベキ害惡ノ程度ヲ問ハザルモ、狹義ニ於テハ被害者ノ反抗ヲ抑制スル強度ノモノナルヲ要ス。何レノ場合ニ於テモ被害者ガ該告知ニ因リテ現ニ畏怖シタルコトヲ要セズ。而シテ本罪ニ於ケル脅迫ハ之ヲ廣義ニ解スベキモノナリ。

第二目 各論

上官暴行脅迫ノ罪ハ單純ト黨與トニ分タレ、更ニ各々ハ兇器ヲ用フルト否トニ依テ二分セラル。

甲 單純上官暴行脅迫ノ罪

一 基本類型(六〇)

(一) 要件

上官ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スコトニ因リテ成立ス。黨與ノ場合ノ規定トノ對照上、本罪ノ主體ハ單獨ナルカ又ハ黨與ニアラザル共犯ノ場合ニ限ラル。

(二) 處罰

- (1) 敵前ノ場合
一年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮。
- (2) 其ノ他ノ場合
五年以下ノ懲役又ハ禁錮。

二 修正類型(七二)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。本罪ノ未遂ハ暴行又ハ脅迫ノ行爲自體ノ完了セザル場合ナリ。從テ上官ニ對シ刀ヲ以テ斬リ掛ケタルニ相手ガ避ケタル場合ハ既遂トナル。

乙 黨與上官暴行脅迫ノ罪

一 基本類型(六一)

(一) 要件

黨與シテ上官ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スコトニ因テ成立ス。黨與ノ意義ニ付テハ既ニ述ベタリ
陸軍軍人以外ノ者トノ共同ニ依リ黨與ヲ爲ス場合アリ得ベシ。黨與構成ノ分子ハ首魁ト其ノ他ノ
者トニ區分セラル。首魁ハ暴行脅迫ノ主動者トシテ活動シタル者ヲ謂ヒ必ズシモ一人ナルヲ要セ
ズ。又首魁ヲ缺ク黨與モアリ得ベシ。

(二) 處罰

(1) 敵前ノ場合

(a) 首魁 無期若ハ十年以上ノ懲役又ハ禁錮。

(b) 其ノ他ノ者 三年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮。

(2) 其ノ他ノ場合

(a) 首魁 五年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮。

(b) 其ノ他ノ者 十年以下ノ懲役又ハ禁錮。

二 修正類型(七二)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

丙 用兵器上官暴行脅迫ノ罪

一 基本類型(六二)

(一) 要件

兵器又ハ兇器ヲ用ヒテ上官ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。即チ單純暴行脅迫ノ行爲
ガ兵器又ハ兇器ヲ使用シテ行ハレタル場合ナリ。茲ニ兵器トハ、用法ノ性質上人ヲ殺傷スル器具
(或器)ヲ指稱ス。又兇器ハ廣義ニ於テハ人ノ身體ニ危険ナル器具ヲ悉ク包含ス(明三六年三月六日大判、
錄九輯二八八頁)。而シテ器物ニ屬スルト否トハ「器物其ノモノカ人ノ身體ヲ傷害スヘキ構造ヲ有ス
ルヤ否ニ依リテ定マリ其ノ器具カ特ニ殺傷ノ用ニ供セラルモノナルト否トハ問ハス」(明三九年四月
一二日大判、例一二輯四三頁)。故ニ廣義ノ兇器ハ用法ノ性質上人ヲ殺傷スル器具(或器)ハ勿論、用法ニ
依リ人ヲ殺傷シ得ベキ器具(狹義ノ或器)例ヘバ棍棒、庖丁、斧鉞、ハンマー、金鎚、鋸ノ如キモ
ノモ包含ス。又人ヲ殺傷スル構造性質ヲ有スルコトハ「社會ノ通念ニ照シ人ヲシテ直ニ危険ノ感

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二八五
スル規定 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

ヲ抱カシムルニ足ルモノナリヤ否ヲ標準トスヘク人ヲ殺傷スル可能性アル物件ヲ悉ク包含スルモノニアラス」(大一四年五月二六日大判、集四卷三二四頁)。從テ、小ナイフ、鑿、火箸、ステツキノ如キモノハ兇器ニアラズ。狹義ノ兇器ハ、廣義ノ兇器ヨリ戎器ヲ除外シタルモノニシテ用法ニ依リ人ヲ殺傷シ得ベキモノニ限ル。陸軍刑法第六十二條及第六十三條ニ所謂兇器モ亦此ノ意義ニ解スベシ。兵器又ハ兇器ヲ用フルトハ、現ニ其ノ本來ノ用途ニ從テ使用シ又ハ之ヲ以テ使用ニ伴フ威力ノミヲ示スコトヲ謂フ。

(二) 處 罰

(1) 敵前ノ場合

死刑無期若ハ十年以上ノ懲役又ハ禁錮。

(2) 其ノ他ノ場合

無期若ハ二年以上ノ懲役又ハ禁錮。

二 修正類型(六三)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

丁 黨與用兵器上官暴行脅迫ノ罪

一 基本類型(六三)

(一) 要件

黨與上官暴行脅迫ノ罪ノ行爲ガ兵器又ハ兇器ヲ用キテ行ハルル場合ナリ。兵器又ハ兇器ノ使用ハ黨與ヲ構成スル全員ニ付存スルコトヲ要セズ、苟モ他人ノ使用ヲ認識スル限り自己ニ於テハ使用セザル場合ヲ包含ス。若シ或ル者ニ於テ該認識ナキトキハ此ノ者ニ對シテハ黨與上官暴行脅迫罪成立スルモノト解ス。

(二) 處 罰

(1) 敵前ノ場合

(a) 首魁 死刑。

(b) 其ノ他ノ者 死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮。

(2) 其ノ他ノ場合

(a) 首魁 死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮。

(b) 其ノ他ノ者 死刑、無期若ハ五年以上ノ懲役又ハ禁錮。

二 修正類型(七二)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

第二項 餘論

一 陸軍軍人ト然ラザル者トガ共犯トナリタル場合ノ上官暴行脅迫ノ罪ノ構成關係。

(一) 軍人ト非軍人トガ共同正犯ト爲リタル場合

軍人ト非軍人トガ共同正犯ノ關係ニ於テ該軍人ノ上官ニ暴行脅迫ヲ爲セバ、刑法第六十五條第二項ノ適用ニ依リ非軍人ハ刑法其ノ他一般刑罰法令所定ノ輕キ罪ノ刑ヲ科セラル。但シ觀念的ニハ一應此ノ者ニモ上官暴行脅迫ノ罪ノ成立アルナリ。

(二) 非軍人ガ軍人ニ對シ其ノ上官ヘ暴行脅迫ヲ教唆シ又ハ軍人ノ上官暴行脅迫ヲ幫助シタル場合

右ノ場合ハ實行行爲ニ移リタル軍人ハ上官暴行脅迫ノ正犯ニシテ、之ヲ教唆シ又ハ幫助シタル非軍人ハ刑法第六十五條ニ依リ觀念的ニハ上官暴行脅迫ノ教唆又ハ幫助成立スルモ、結局刑法其ノ他一般刑罰法令ニ定ムル輕キ罪ノ正犯ヲ教唆又ハ幫助シタルモノトシテ刑ヲ科セラルナリ。
(三) 軍人ガ非軍人ヲ教唆シテ自己ノ上官ニ暴行脅迫ヲ實行セシメ又ハ非軍人ノ自己ノ上官ニ對スル暴行脅迫ノ實行ヲ幫助シタル場合。

右ノ場合ハ、非軍人ニ付テハ刑法其ノ他一般刑罰法令ニ定ムル罪ノ成立アルハ勿論ナルガ、一方之ヲ教唆シ又ハ幫助シタル軍人ニ對シテモ、共犯從屬ノ理論ニ依レバ、此等一般刑罰法令ヲ適用スベキガ如シト雖モ、予ハ刑法第六十五條第二項ノ反對解釋ニ依リ、上官暴行脅迫ノ罪ノ教唆又ハ幫助トシテ罰スベキモノト解ス。斯ク解スルコトニ因テ軍人ガ自己ノ上官ニ對シ暴行脅迫ヲ爲シタル場合トノ不權衡ヲ免ルルコトヲ得ベキモノナリ(大三年五月一八日大判、錄二〇輯九六〇頁)。

二 上官暴行ノ罪ト傷害殺人ノ罪トノ關係

(一) 傷害トノ關係

上官暴行ハ暴行自體ニ對シ獨自ノ不法價值(消極價值)ヲ認ムルモノナルヲ以テ、傷害ノ結果ノ有無ハ問題ト爲ラザルモノトス。換言スレバ、傷害ハ暴行ヲ包攝スト爲ス刑法的概念構成ハ、陸軍刑法ノ上官暴行ニハ適用シ得ザルナリ。從テ上官ニ對シ暴行ヲ爲シタル結果身體ヲ傷害シタルトキハ、兩罪ノ想像的競合ノ關係成立ス(大一年七月二三日高判)。

(二) 殺人トノ關係

右ニ述ベタル法理ハ、上官暴行ト殺人トノ關係ニ付テモ妥當ス(昭一一年六月三〇日高判)。

三 上官暴行脅迫ノ罪ト多衆聚合暴行脅迫ノ罪トノ關係

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實證ヲ保護 二八九
スル規定 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

黨與上官暴行脅迫ノ罪ガ同時ニ陸軍部隊内ノ安寧又ハ地方ノ靜謐等ヲ害スル危險性アラバ、多衆聚
合暴行脅迫ノ罪（七〇）トノ想像的競合ト爲ルベシ。

第三款 上官侮辱ノ罪

第一項 本論

第一目 總論

一 主體

陸軍軍人ヲ原則トス。又陸軍軍人以外ノ者ガ觀念的複合關係ニ於テ主體タリ得ルコトハ上官暴行脅
迫ノ場合ニ同ジ。

二 客體

上官一般ニシテ、純正上官タルト準上官タルトヲ問フコトナシ。又職務執行中ナリヤ否、更ニ制服
著用中ナリヤ否ノ如キモ區別セラレザルナリ。犯人ニ於テ被害者ノ上官タルコトヲ認識セザルベカラ
ザルコトハ勿論ナリ。

三 行爲

侮辱ナリ。侮辱トハ、輕蔑ノ意思ヲ表示シ上官ノ階級的地位ヲ侵害スル一切ノ行爲ヲ謂フ。刑法名
譽ニ對スル罪ニ於テハ事實ヲ摘示シテ名譽ヲ侵害シタル行爲即チ誹毀ト事實ヲ摘示セズシテ名譽ヲ侵
害スル行爲即チ侮辱トヲ區別シタルガ、陸軍刑法ニ於テハ兩者ヲ共ニ侮辱ノ觀念中ニ包含セシメタリ。
而シテ輕蔑ノ意思表示ハ言語ニ依ルト動作ニ依ルトヲ問フコトナシ（昭六年七月一日高判）。

第二目 各論

上官侮辱ノ罪ハ之ヲ面前侮辱ノ罪ト公然侮辱ノ罪トニ分タル。

第一段 面前侮辱ノ罪

一 要件（七三一）

上官ヲ面前ニ於テ侮辱スルコトニ因テ成立ス。面前トハ上官ノ直接ニ認知シ得ル状態ヲ指稱ス。必
ズシモ上官ノ眼前ナルヲ要セズ。其ノ背後ニテモ可ナリ。電話ニ依ル侮辱モ面前ニ該當ス。然レドモ
書狀ヲ郵便ニ付シテ上官ニ到達セシメタル場合ハ面前ニアラズ。面前ハ次ニ述ベントスル公然ノ方法

第二編 內論（對象論） 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二九一
スル規定 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

ニ依ルモノトハ必ズシモ排斥スル觀念ニアラズ。從テ面前ニシテ且ツ公然ナル場合アリ得ルト共ニ、面前ニモアラズ公然ノ方法ニモ該當セザル場合アルベキヲ以テ、立法論トシテ考慮ヲ要ス。

二 處 罰

三年以下ノ懲役又ハ禁錮

第二段 公然侮辱ノ罪

一 要件 (七三)

公然ノ方法ヲ以テ上官ヲ侮辱スルコトニ因テ成立ス。公然ノ方法トハ刑法名譽ニ對スル罪ニ於ケル公然ト同義ニ解スベキモノニシテ、不特定又ハ多數ノ見聞シ得ベキ状態ニ於テ爲スヲ謂ヒ、法文ニ於テハ文書圖書若ハ偶像ノ公示及演説ヲ以テ之ガ例示ト爲セリ。分説スルコト左ノ如シ。

(一) 文書圖書又ハ偶像ヲ公示スルコト

文書トハ文字又ハ之ニ代ルベキ發音的記號ヲ以テ記載セラレタル意識ノ表示シテ、圖書トハ象形的記號ヲ以テシタル意識ノ表白ナリ。偶像トハ被害者タル上官ノ姿體ヲ像リテ木石、金屬等ヲ以テ作りシ物體ナリ。

公示スルコトハ不特定又ハ多數ノ者ニ對シ認識シ得ベキ状態ニ置クコトヲ以テ足り、現ニ其ノ認識シタルコトヲ要セズ。

(二) 演説ヲ爲スコト

不特定又ハ多數ノ者ノ聽取シ得ル場所又ハ裝置ニ於テ自己ノ思想ヲ表示スルヲ謂フ。

(三) (一)(二)以外ノ方法ヲ以テスルコト

例ヘバ、往來、列車内等ニ於テ他人ニ對シ上官ヲ輕蔑スル言辭ヲ高聲ニ談話スルガ如シ。

二 處 罰

五年以下ノ懲役又ハ禁錮。

上官ノ面前ニ於テ公然ノ方法ヲ以テ之ヲ侮辱シタル場合ニハ單ニ第七十三條第二項ノ一罪成立スルモノト解ス。之蓋シ同條第一項ト第二項トハ法益ヲ同ジクシ、唯其ノ侵害ノ程度ニ於テ後者ガ前者ヨリモ大ナルモノアルヲ以テナリ。

第二項 餘 論

一 刑法ニ於テハ名譽ニ對スル罪ハ總テ公然行ハルルコトヲ構成要件トスルモ、陸軍刑法ニ於テハ公

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二九三
第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

然ハ單ニ刑ヲ加重スル爲ノ原由ニ過ギズ。從テ兩法令ノ間ニハ現行法ノ解釋上不統一ヲ生ズルモノト謂フベシ。予ハ名譽侵害ノ行爲ハ其ノ公然ナルト否トヲ問ハズ成立スルモノト解スベク、少クモ直接被害客體ニ對シテ行ハレタル場合ニハ、陸軍刑法ト同様刑法ニ於テモ犯罪ト爲ス如ク、立法論ニ於テ考慮スルヲ適當ト思料ス。

右ノ如キ不統一アルガ爲、例ヘバ非軍人ガ軍人ト共同シテ其ノ上官ニ對シテ面前侮辱ヲ實行シタル場合ニハ、其ノ同時ニ公然ナル場合ハ刑法第六十五條第二項ノ適用ニ依リ非軍人ハ同法ノ名譽ニ對スル罪ノ刑ヲ科スベキモノナルニ、公然ニアラザル場合ハ同法第六十五條第一項ノミノ適用ニ依リ陸軍刑法面前侮辱ノ罪ノ刑ヲ科セラルルコトト爲ルナリ。換言スレバ面前侮辱ハ純正軍事犯ナル如キ性格ヲ帶ブルガ如シ。

次ニ軍人ノ面前侮辱ヲ教唆又ハ幫助シタル非軍人モ亦、共同正犯ノ場合ト同ジク、刑法第六十五條ノ適用ニ依リ面前侮辱ノ罪ノ教唆犯又ハ從犯トシテ刑ヲ定ムベキナリ。

又軍人ガ自己ノ上官ニ對スル非軍人ノ公然ナル誹毀又ハ侮辱ヲ教唆シ又ハ幫助シタル場合ハ、非軍人ハ刑法ヲ適用セラルルト共ニ、軍人ハ陸軍刑法ノ適用ヲ受クルコトハ刑法第六十五條第二項ノ趣旨ニ鑑ミ明カナルベシ。之ニ反シ軍人ガ非軍人ニ向ツテ己ノ上官ニ對スル面前侮辱ヲ教唆シ又ハ幫助シ

タル場合ニハ、通説ハ非軍人ニ付テ面前上官侮辱ノ罪成立セザルヲ以テ、軍人ニ付テモ之ガ教唆又ハ幫助ノ罪ヲ構成スルコトナシトスルナリ。

尙右非軍人ニ關シテ述ベタル法律關係ハ、被害者ニ對シテ上官ノ關係ヲ有セザル軍人ニ對シテモ妥當スルコトニ注意スベシ。

二 暴行ト侮辱トハ、既ニ述ベタルガ如ク人格ニ對スル侵害ナル點ニ於テ相通ズルモノアリ。即チ暴行ハ有形的侮辱、侮辱ハ無形的暴行ト見ルベキ關係ヲ有シ、唯暴行ハ一般ニ其ノ危險性ニ於テ侮辱ヨリ大ナルヲ以テ刑ヲ重カラシムルモノト解スルヲ得ベシ。從テ暴行ト侮辱トノ兩行爲ガ同時ニ又ハ極メテ近接シテ行ハレタルガ如キ事案ニ於テハ、解釋上暴行ノ行爲中ニ侮辱ヲ包攝セシメテ單純ナル暴行ト解スルヲ相當ト爲ス場合アルベシ。例ヘバ暴行中ニ之ニ氣勢ヲ添フル爲極メテ簡單ナル侮辱的言辭ヲ發スルガ如シ(昭一三年一月五日高判)。

第三節 陸軍ノ治安ヲ保護スル規定

第一款 汎論

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二九五
スル規定 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

一 陸軍ノ治安トハ。前述ノ如ク其ノ秩序自體ヲ靜的ニ觀察シタル場合ノ状態ヲ指稱ス。軍内ノ斯カル状態ノ維持ハ或ハ其ノ内部ヨリ或ハ外部ヨリ各種ノ手段ヲ以テ妨害セラルルノ危険アリ。從テ之ガ監視ノ爲ニハ最モ周密的確ナル軍事警察ノ活動ヲ要スルモノニシテ、内部ニ存スル妨害者ニ對シテハ主トシテ部隊ノ統率者ニ於テ、外部ニ存スル妨害者ニ對シテハ主トシテ憲兵ニ於テ夫々不斷查察ヲ怠ラザルナリ。本法ノ虞ルモノハ陸軍ノ秩序ニ對シ軍内部ニ發生シタル侵害ヲ鎮壓セントスルニ在リ。而シテ陸軍部外ヨリスル侵害ニ對シテハ刑法其ノ他一般刑罰法令ノ適用ヲ見ルモノトス。以下述ブル所ハ固ヨリ軍内部ニ於ケル侵害行爲ニ關スルモノニ限ル。

二 陸軍内部ニ於ケル治安侵害者ニ適用セラルル刑罰法規トシテハ陸軍刑法ノ外ニ治安維持法、治安警察法、不穩文書臨時取締法、出版法、新聞紙法等ノ各單行法アリト雖モ、此等ノ法規ト陸軍刑法ノ治安維持ニ關スル規定トノ間ニハ其ノ適用上一般法對特別法ノ關係アルニ非ズ。寧ロ相互ニ交錯スル部分存ス。總テ同一行爲ガ同時ニ陸軍刑法ト右各種法令トニ該當シテ想像的競合ノ關係ヲ生ズルコトアルモノト謂ハザルベカラズ。

三 陸軍刑法ニ規定セラルル治安保護ニ關スル規定ハ、分チテ多衆聚合暴行脅迫ノ罪、政治關與ノ罪及結黨ノ罪ノ三種ト爲スコトヲ得ベシ。政治關與ノ罪ハ別トシ、他ノ二罪ハ必ズシモ政治的活動ヲ内

容トスル場合ニ限ルコトナシ。又結黨ノ罪ハ通説ニ依レバ一種ノ補充的規定ノ如ク解セラルルモ、予ハ同罪ガ其自體トシテ特有ノ意味ヲ有スルモノト信ズルヲ以テ、右見解ニ贊スルヲ得ザルナリ。此ノ點ノ詳細ハ後述ス。

第二款 多衆聚合暴行脅迫ノ罪

第一項 序論

多衆聚合暴行脅迫ノ罪ハ刑法騷擾ノ罪ト其ノ行爲ノ類型ヲ共通ニスレドモ、其ノ規定ノ趣旨ニ於テハ必ズシモ一致スルモノニアラザルナリ。即チ多衆聚合暴行脅迫ノ罪ハ陸軍内ノ秩序ノ維持ガ究局ノ目的ナルニ對シ、騷擾ノ罪ハ主トシテ軍以外ノ社會一般ノ安寧ヲ確立シ以テ個人ノ生活ノ平穩ヲ保障セントスルニ在リ。從テ兩罪ハ一見相互ニ其ノ保護法益ヲ異ニスルコトナリ、多衆聚合暴行脅迫ノ罪ハ一種ノ純正軍事犯ナルガ如キ觀ヲ呈スベシ。然レドモ現實ノ問題トシテ兩規定ノ目的ヲ斯ノ如ク嚴密ニ區劃スルコトハ、社會一般ノ治安ト軍内ノ治安トガ不可分ノ關聯ヲ有スルガ爲不可能ナルノミナラズ、兩規定ガ其ノ構成要件ヲ表示スル爲全ク同一ノ字句ヲ使用スルヲ以テ、結局多衆聚合暴行脅

迫ノ罪ハ騷擾ノ罪ノ刑ヲ加重シタルニ過ギズ。即チ準軍事犯ノ一種ト解セザルヲ得ザルナリ。立法論トシテハ多衆聚合暴行脅迫ノ罪ノ構成要件ヲ騷擾罪ノソレト全ク別異ニシ、彼此直接ノ關聯ナキコトヲ明カニスルヲ可ナリト考フ。

第二項 本論

一 基本類型 (七〇)

(一) 要件

(1) 主體

(a) 主體ノ性質

本罪ノ主體タリ得ル者ハ陸軍軍人ニ限ル。陸軍軍人ニ非ザル者ガ陸軍軍人ト共同セシ場合ニ於テハ觀念的複合關係ヲ生ジ、刑法第六十五條第二項ノ規定ノ適用ヲ受ケ、同法第六百條ノ刑ヲ科セラル。

(b) 主體ノ性質

本罪ノ行爲ニ關與セシ者ノ地位ニ基キ陸軍刑法ハ左ノ如キ種類ヲ區別セリ。此等ノ種類ハ

悉ク之ヲ具備スルヲ要セザルモノトセラル。即チ首魁ナキ場合 (大三年一〇九日大判、錄二〇輯一八八四頁) 又其ノ他ノモノト雖モ、之ヲ缺ク場合アリ得ベキナリ (昭四年一月二四日高判)。

(1) 首魁

本罪ノ行爲ノ全般ニ亘リ多衆ニ對シ直接ナルト間接ナルト又ハ肉體的ナルト精神的ナルトヲ問ハズ首動者タル役務ヲ執ル者ヲ謂ヒ、必ズシモ現場ニ在リテ自ラ暴行脅迫ヲ爲シ又ハ多衆中ニ在リテ之ヲ統率スルヲ要セズ。暴動ヲ計劃シ、行動ノ方針ヲ指示シ、氣焰ヲ煽動シタルガ如キ者モ首魁ナリ (大四年一月六日大判、錄二一輯一九〇八頁。大八年一月九日大判、錄二五輯一三五五頁)。從テ反亂ノ罪ニ於ケル謀議參與モ包含スベシ (明四四年九月二五日大判、錄一七輯一五五二頁)。

(2) 他人ヲ指揮シタル者

他人ヲ指揮スルトハ、多衆ノ一部ヲ統率スル者ヲ謂フ。反亂ノ罪ニ於ケル群衆指揮ト異ナル所ナシト解ス。

(3) 他人ニ率先シテ勢ヲ助ケタル者

率先シテ勢ヲ助ケトハ、廣ク犯罪ヲ容易ナラシムル行爲ニシテ、聲援ハ勿論多衆ト共同シテ自ラ暴行ヲ爲シタル場合 (明四四年三月二日大判、錄一七輯二四四頁)。又ハ多衆ニ擡シテ其ノ

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 二九九
スル規定 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

犯罪ノ勢ヲ助長スル行爲ヲ爲シタル場合ニシテ、場所的ニ多衆ニ先チ又ハ時間的ニ多衆ニ先ツニアラズトモ、團體ノ一員トシテ言語舉動ヲ以テ特ニ犯罪ノ程度ヲ増進スベキ有力ナル聲援ヲ與フルガ如キヲ謂フ(大正三年二月七日大判、集三卷六七頁)。更ニ多衆ガ暴行脅迫ヲ開始スルニ臨ミ決行ヲ促ス趣旨ノ演説ヲ爲シ、煽動鼓舞シテ目的地ニ殺到シテ暴行脅迫ヲ爲サシメタル場合モ率先助勢ナリ(大正八年六月二三〇大判、集二五輯八一頁)。率先助勢ハ犯罪ノ中途ニ行ハルルモ可ナリ(昭二年二月二〇日大判、集六卷五三三頁)。其ノ他見張行爲ヲ爲シ氣勢ヲ添フルモ亦率先助勢ナリ(昭二年二月八日大判、集六卷百七六頁)。反亂ノ罪ニ於ケル諸般ノ職務ニ該ル場合モ包含スベシ。

(IV) 附和隨行者

多衆ノ團體ニ參加シタル者ノ中(Ⅰ)乃至(Ⅲ)ニ該當セザル一切ノモノヲ包含ス。從テ率先助勢者等ノ指揮命令ノ下ニ一定ノ事務ニ從事スル者ハ勿論、其ノ他團體ニ參加シ同一行動ニ出ヅルコトノ認識ノ下ニ暴行脅迫ヲ爲シタル者乃至ハ自ラ暴行脅迫ヲ爲サズ單ニ團體ニ加ハリタル者ノ如キモ該當ス。

(2) 行爲

多衆聚合シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スコトニ因テ成立ス。其ノ結果地方ノ靜謐又ハ部隊内ノ安寧ガ現ニ攪亂セラレタルコトヲ要セズ。即チ一種ノ危殆犯ナリ。

(a) 多衆ノ聚合

既ニ述ベタルヲ以テ再言セズ。

(b) 暴行脅迫

茲ニ暴行ハ最廣義即チ有形力ノ行使一切ヲ指稱ス(大正五年六月八日大判、集五卷二四七頁)。脅迫モ亦廣義ニシテ畏怖心ヲ生ゼシムル目的ヲ以テ害惡ヲ告知スル行爲ハ總テ之ヲ包含ス。

(二) 處罰

主體ニ付テノ前述區分ニ依リテ差等ヲ付セリ。即チ左ノ如シ。

- (1) 首魁 三年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮。
- (2) 他人ヲ指揮シ又ハ他人ニ率先シテ勢ヲ助ケタル者 一年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮。
- (3) 附和隨行者 二年以下ノ懲役又ハ禁錮。

團體中ニ首魁、指揮者、率先助勢者ヲ定ムルニ由ナキトキハ、總テノ關與者ヲ附和隨行者トシテ處斷スルモ違法ニアラズ(昭四年二月二四日高判)。

二 修正類型（七二）

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。未遂ヲ罰スル點ニ於テ刑法騷擾ノ罪ト異ナル。未遂ハ聚合シタル多衆ガ暴行脅迫ニ著手シテ遂ゲザル場合ニ成立ス。即チ暴行脅迫ノ行爲自體ガ完了セザルコトヲ以テ足ル。換言スレバ、行爲ガ完了シタル以上、其ノ結果發生ノ如何ヲ問ハズ既遂ト爲ルナリ。

第三項 餘論

一 軍人多衆聚合シテ本罪ヲ實行スルニ當リ、之ニ加ハリタル非軍人ハ刑法第六十五條第二項ノ規定ニ依リ刑法第六六條ノ騷擾罪ノ刑ヲ科セラルベシ。之ニ反シ、非軍人ノ騷擾罪ニ加ハリタル軍人ニハ多衆聚合暴行脅迫ノ罪ノ成立アルカ否ハ問題ナリ。蓋シ本罪ハ軍人多衆聚合スルコトヲ原則トスルモノナレバ、軍人單獨又ハ數人ノミニテハ多衆聚合トハ謂ヒ得サルガ如ケレバナリ。此ノ點舊陸軍刑法第八十四條ガ「軍人多衆相集マリ」ト規定シタルコトガ論據ト爲リ得ベシ。然レドモ予ハ、多衆聚合セルモノガ軍人タルハ通常ノ事態ヲ見タルモノニシテ、敢テ軍人ト非軍人トノ混合ニ因ル多衆聚合ヲ排斥スルモノニアラズシテ、其ノ混合形態中ニ於テ軍人ノミニテ多衆ヲ形成スル場合ハ勿論、非軍人

ト合體シテ初メテ多衆タリ得ル場合ヲモ包含スルモノト思料ス。蓋シ軍ノ秩序ハ軍人ノミナラズ非軍人ト雖モ之ヲ侵害シ得レバナリ。要スルニ非軍人ノ騷擾罪ニ加ハリタル軍人ニハ多衆聚合暴行脅迫ノ罪ノ刑ヲ科シ、非軍人ニハ騷擾罪ノ成立ヲ見ルナリ。

二 多衆聚合暴行脅迫ノ罪ハ他ノ刑名ニ觸レザル程度ノ暴行脅迫ナルコトヲ要ス。從テ、建造物損壞公務執行妨害ノ如キ普通刑法ノ罪（大三年二月二四日大判、錄二〇輯一九七頁。大八年二月六日大判、錄二五輯九二頁）及上官暴行脅迫、軍用物損壞ノ如キ陸軍刑法ノ罪モ亦當然ニ多衆聚合暴行脅迫ノ罪ニ吸收セララルニアラズシテ夫々本罪トノ想像的競合ノ關係ニ立ツモノナリ。

三 刑法第七七條ニ於テハ騷擾罪ノ陰謀ノ特殊ナル場合トシテ暴行脅迫ヲ爲ス爲聚合シタル多衆ノ不解散罪ヲ規定スルモ、陸軍刑法ニ於テハ同種規定ヲ缺ケリ。然レドモ同法ニハ別ニ結黨ノ罪ノ規定アルヲ以テ、苟モ暴行脅迫ヲ爲ス爲多衆聚合シタル場合ニハ解散命令ノ有無ヲ問ハズ直ニ結黨ノ罪ノ成立ヲ見ルヲ以テ、刑法第七七條ニ相當スル規定乃至一般ニ多衆聚合暴行脅迫ノ陰謀ノ規定アルト同一ノ結果ト爲ルナリ。

第三款 政治關與ノ罪

第一項 序論

抑々軍ハ統帥權ヲ中心トシテ結束シタル最モ強固ナル團體ニシテ、其ノ成存ヲ國ノ政治的動向ニ因リテ左右セラルル如キコトアランカ、軍内ニ派閥ヲ作り其ノ鐵ヨリ堅キ團結ヲ破リ戦力ヲ弱メ遂ニ軍本來ノ目的タル國防ノ安固ハ得テ望ムベクモアラズ。既ニ明治十一年八月ノ軍人訓誡ニハ「朝政ヲ是非シ憲法ヲ私議シ官省等ノ布告法規ヲ譏刺スル等ノ舉動ハ軍人ノ本分ト背致ス云々」ト謂ヒ、更ニ畏クモ明治十五年軍人ニ賜リタル勅諭ハ「世論ニ惑ハス政治ニ拘ラス」ト宣ハセ給ヒシ所ナリ。固ヨリ軍ハ國家ノ設置シタル一制度ニシテ且軍構成員タル軍人モ亦國民ノ一員タルヲ以テ、軍人ガ國政ノ趨向ニ全ク無關心ナルコトハ到底不可能事ニシテ、否最近ノ所謂綜合國力戰ノ必要痛切ナル時代ニ於テハ寧ロ軍人ガ國民トシテ或ル程度政治ノ運營ニ理解ヲ持ツコトガ望マシキ筋合ナレバ、陸軍刑法ハ斯ル一般的ナル政治上ノ關心マデモ之ヲ徒ニ抑壓セントスル趣旨ニアラザルハ言ヲ俟タズ。本法第三百三條ノ慮ルハ專ラ軍人ノ政治的運動ノ防遏ニ在リ。邦家ノ前途ニ深刻ナル先憂ヲ懷クノ餘、國家革新ノ

名ニ於テ進ンデ政治ノ實踐ニ身命ヲ投ジテ憚ラザルヲ禁止スルニ存ス。

本條ハ右ノ如ク軍人ニ對シ課セラレタル特殊ナル義務ノ違背ヲ實質トスルモノナルヲ以テ、純正軍事犯ノ一種ニ屬スルハ疑ヲ容レザル所ナリ。

第二項 本論

政治關與ノ罪ハ既遂類型アルノミナリ(一〇三)。分説スルコト左ノ如シ。

一 要件

(一) 主體

陸軍軍人ヲ原則トシ、軍人以外ノ者ハ複合關係ニ於テ主體タルコトアリ得ベシ。固ヨリ主體ノ單複ヲ問フコトナシ。

(二) 行爲

政治ニ關シ請願運動ヲ爲シ又ハ意見ヲ公表スルコトニ因テ成立ス。

(1) 行爲ノ屬性

行爲ノ本體タル請願運動又ハ意見公表ハ何レモ政治ニ關シテ行ハルルヲ要ス。即チ政治ニ關

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 三〇五
 第三編 內論(對象論) 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

聯ヲ有スルコトガ行爲ノ屬性ヲ規定スルナリ。從テ政治ノ何タルカガ玆ニ問題トナル。其ノ意義ニ付テハ學說上爭多キ所ナリ。先ヅ第一ニ、政治ハ國家ニ關スル事項ニ限ルベキカ又ハ國家以外ノ團體殊ニ地方自治團體ニ關スル事項ヲモ包含スルカノ點ナルガ、予ハ政治ハ必ズシモ國家ノ事務ニ限ラザルモノニシテ、自治團體ノ事務ハ勿論、場合ニ依リ私ノ團體ニ關スル所謂社會問題ノ如キモ政治タリ得ルモノナリ。然レドモ地方自治團體又ハ私ノ團體ノ問題ガ政治タルガ爲ニハ、常ニ國家ノ成存及活動ノ根本ト密接ニ結付クコトヲ要シ、單ニ自治團體ノ事務ニ止マリ又ハ私立團體ノ問題ニ終始スル限リニ於テハ政治タルノ性格ヲ帶ビザルモノト解ス。

次ギニ政治ハ國家其ノ他ノ團體ノ如何ナル事項ニ及ブベキカ。予ハ政治ハ國家其ノ他ノ團體ノ組織ニ關スルト其ノ活動ニ關スルトヲ問ハズ悉ク之ヲ包含スルモノト解ス。要スルニ政治ノ對象タルハ國家ノ成存及活動ノ根本ニ直接關係ヲ及ボス一切ノ事象ニシテ政治ハ之ニ對スル國家ノ方針ヲ樹立シ且其ノ方針ニ基キテ處理スルノ手續ヲ定ムル精神的作用ナリ。政治ニ關シテ一言スベキハ政事ノ語ナリ。用例トシテハ治安警察法第一條以下ニ「政事ニ關シ」「政事ニ關スル」又ハ「政事上」ノ語アリ。其ノ所謂政事ハ國家ノ政務ニ關スル事項例ヘバ、國ノ立法、行政、外交、經濟ニ關スルモノナリトノ說アルモ、予ハ政治ハ專ラ行爲ヲ中心トシテ觀察シ、政

事ハ專ラ事務其ノモノニ重點ヲ置キテ考察シタルモノニシテ、究局同一義ニ歸スルモノト解スルナリ。政治ノ觀念ハ前述ノ如ク形式的ニハ一應確定セラルルモ、現實ノ問題トシテハ他ノ社會現象トノ分界明瞭ナラザルノミナラズ、社會情勢ノ進化ニ伴ヒ政治ノ内容モ亦不斷變改ヲ蒙ルガ爲、法ノ運用上困難ヲ生ズルヲ免レズ。然レドモ執法ノ任ニ當ル者ハ凡ユル社會思潮ニ因ル政治觀念ノ變改ニモ不拘戰力保持ノ理念ヨリ該變改ヲ妥當ニ規正シツツ敢然法ノ目的達成ニ努ムルヲ要ス。

(2) 行爲ノ種類

分チテ二トス。

(a) 上書、建白其ノ他ノ請願ヲ爲スコト

上書トハ一般ニハ官公署ニ對シテ意見及希望ヲ具陳スルコトヲ謂フモノナレドモ、玆ニハ特ニ 天皇ニ對シテ意見及希望ヲ開陳シタル書ヲ奉呈スルコトノミヲ指稱ス。又建白トハ官公署又ハ法令ニ依リ設置セラレタル議會ニ對シ意見及希望ヲ具陳スルコトヲ謂ヒ、請願トハ一般ニハ或ル希望ノ貫徹ヲ官公署又ハ議會ニ嘆願スルモノナリ。然レドモ法文ニハ「其ノ他請願ヲ爲シ」トアルヲ以テ、上書建白ヲ請願ノ一種ト解スルモノノ如クナルヲ以テ、必ズシ

モ希望ノ陳情ノミニ限ラズ單ナル意見ノ開陳ヲモ包含スル趣旨ナルベシ。現今ニ於テハ上書ヲ爲ス場合ハ必ズ請願令(大六年勅三七號)ノ規定ニ依ルコトヲ要シ、又官公署ニ對シテ嘆願ヲ爲ス場合モ同様ナリ。官公署ニ對シ單ニ意見ヲ開陳スル場合ハ必ズシモ同令ニ依ルコトヲ要セザルベシ。又帝國議會ニ對シ意見ヲ具陳シ又ハ希望ノ貫徹ヲ嘆願スル場合ハ議院法ノ規定ニ依リ請願ヲ爲スベキモノナリ。尤モ第三百三條前段ノ上書、建白、請願ハ、必ズシモ右述ブルガ如ク成規ノ手續ヲ經テ爲ス場合ニ限ルモノニアラズシテ、形式ノ如何ヲ問ハズ 天皇、官公署又ハ法令ニ依リ設立セラレタル議會ニ對シ意見及希望ヲ陳述嘆願スル一切ノ行爲ヲ包含スルモノト謂ハザルベカラズ。

(b) 演說又ハ文書ヲ以テ意見ヲ公ニスルコト

演說トハ、不特定又ハ多數ノ者ヲシテ聽知セシムル場所又ハ裝置ニ於テ口頭ヲ以テ自己ノ思想ヲ表白スルノ方法ヲ謂ヒ、文書トハ文字又ハ之ニ代ルベキ發音的記號ヲ以テ自己ノ思想ヲ表白シタル物體ヲ謂フ。意見トハ一般ニハ或ル問題ニ關シ自己ノ思考スルモノヲ指スナリ。從テ事實ノ單ナル傳達トハ異ナル。公ニスルトハ不特定又ハ多數ノ者ノ認識シ得ル状態ニ置クコトヲ謂フ。演說ナル觀念中ニハ前述ノ如ク既ニ公表ヲ豫定スルヲ以テ、語トシテ「公ニスル」

ト重複スル嫌アルガ如シ。

二 處罰

三年以下ノ禁錮。

第三項 餘論

陸軍刑法第三百三條所定ノ行爲ガ同時ニ請願令、出版法、新聞紙法、不穩文書臨時取締法又ハ治安警察法等ノ法令ニ定ムル犯罪ヲ構成スルコトアリ。斯ル場合ハ總テ想像的競合ノ關係ヲ生ズルモノト謂ハザルベカラズ。蓋シ此等法令ノ多クハ陸軍刑法第三百三條ト同ジク政治的活動ノ取締ヲ主タル目的ト爲スト雖モ、取締ニ依テ保護セントスル客體ハ後者ニ在リテハ軍内ノ治安ナルニ對シ、前者ニ於テハ社會一般ノソレニシテ而モ其ノ特殊ノ形態ニ存スルヲ以テナリ。

第四款 結黨ノ罪

第一項 序論

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第三類 陸軍ノ實體ヲ保護 三〇九
 第三編 內論(對象論) 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定

一 陸軍刑法第一百四條結黨ノ罪ノ本質ヲ稽フルニ、抑々軍ハ既ニ屢々述べタルガ如ク多數軍人ノ集團ヲ以テ形成セラレ其自體トシテ一種ノ結合體ナルガ、其ノ結合ハ統帥權ニ基キ設定セラルル所ニシテ擅ニ結合ヲ改變又ハ新設スルコトヲ許サズ。若シ軍内ニ別箇ノ團體ヲ作ルガ如キコトアラバ軍ノ統制ハ爲ニ破壊セラレ其ノ戰鬥力ニ甚大ナル害毒ヲ流スコトト爲ルベシ。然ルニ元來多數人ノ集合セル軍内ニ於テハ私ニ別箇ノ團體ヲ組織スルコトハ一般社會ニ於ケル場合ニ比シ遙ニ容易ナリト謂フベク、從テ之ニ因ル危險性モ亦著シク大ナルモノアルベキナリ。是ヲ以テ陸軍刑法ハ其ノ總則及各則ヲ通ジテ軍人ノ集團犯罪ニ對シ特別ナル考慮ヲ拂ヒ、或ハ之ガ防壓ノ爲ノ手段ヲ適法視シ(二二)、或ハ防止ヲ爲サザル行爲ヲ犯罪ト爲シ(四七)、更ニ集團ヲ犯罪ノ構成要件ト爲シ(二五、二六、二八、四〇乃至四三、七〇)、或ハ其ノ加重要件ト爲シ(五八、六一、六三、六五、六七、六九、七六)、而モ場合ニ依リテハ集團犯罪ノ豫備ヲモ罰スルコトト爲セリ(三二)。然ルニ陸軍刑法ガ此等ノ規定ヲ以テ仍充分ナラズトシ別ニ結黨ノ罪ヲ設ケタルハ、軍内ニ於テハ集團ガ自體トシテ特ニ危險性ノ大ナル場合アルヲ慮リタルガ爲ナリ。即チ集團ガ服從義務ナル軍人トシテノ義務ニ違背スルコトヲ目的ト爲ス場合ハ、該違背ガ別ニ犯罪ヲ構成スルト否トニ拘ラズ直ニ集團其ノモノヲ犯罪ト爲シ以テ之ニ因リテ生ズル實害ヲ未然ニ防止スルモノナリ。

右ノ如ク本罪ハ之ニ隨伴スルコトアルベキ行爲ヲ別ニ犯罪ト爲スヤ否ヲ顧慮スルコトナク、專ラ軍事上ノ必要ニ基キ獨自ノ見地ヨリ設定セラレタルモノナルヲ以テ純正軍事犯ノ一種ナリト解ス。

二 結黨ノ罪ハ前述ノ如ク、軍其ノモノノ本質上必然的ニ附隨スル私黨ノ危險性ヲ對象トスルモノナルヲ以テ、夙ニ明治二年四月軍律第一條ニハ「徒黨ハ古來ノ制禁タリ依之黨首ハ死刑則於刑法場其黨與ノ者ヲ以テ之ヲ刑セシメ、其黨與ハ三日ノ謹慎タルベシ」トアリ。次デ明治四正陸軍刑律第二十八條ニハ「凡ソ二人以上共ニ同罪ヲ犯スハ其罪相同シトス三人以上ハ徒黨ト稱ス、黨ハ事ノ大小ヲ問ハス首從ヲ分ケ論シ首謀ハ死ニ處ス、從ハ一等ヲ減ス、脅從ハ懲罰ニ屬シテ論ス且本條別ニ罪名アルハ此限ニ在ラス」、同二十九條「凡ソ首從ヲ論シ造意隨從分明ナラサル者ハ其ノ軍人タルト軍屬タルトヲ察シ各等級ノ上ナル者ヲ首トス、若シ等級相同シキ者ハ席次ノ上ナル者ヲ首トス、若シ軍人軍屬同等同席相混スル時ハ軍人ヲ首トス」ト規定セラレタリ。降テ舊陸軍刑法第二百五條ニハ「軍人黨ヲ結ヒ軍事ニ關スル規則命令ノ施行ヲ妨ケ若クハ之ヲ妨ケント謀リ其他服從法ニ違フ者首魁ハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處シ其他ノ犯人ハ二月以上一年以下ノ輕禁錮ニ處シ將校ハ剝官ヲ附加ス」、同第一百二十六條ニハ「軍人前條ニ記載スル所爲ヲ首唱教唆シ未タ黨ヲ爲スニ至ラサルトキ其首唱教唆者ノ刑ハ前條首魁ノ刑ニ一等若クハ二等ヲ減シ將校ハ剝官ヲ附加ス」トアリタリ。現行法ハ右舊陸軍刑法ノ二

箇條ヲ修正シタルモノニシテ、舊法ハ結黨ヲ行爲ノ手段トシタルヲ、現行法ハ其ノ本體ト爲ス點ニ於テ著シキ差異アリ。規定ノ目的ニ鑑ミルトキハ現行法ヲ適當トスベキハ言ヲ俟タザルナリ。

第二項 本論

結黨ノ罪ハ既遂類型アルノミナリ(一〇四)。分説スルコト左ノ知シ。
一 要件

(一) 主體

(1) 主體ノ性質

陸軍軍人二人以上ナルコトヲ要ス。陸軍軍人以外ノ者ハ複合關係ニ於テ主體タルコトヲ得ベシ。此ノ場合ハ敢テ軍人二人以上ナルコトヲ要セズ。非軍人ト合シテ二人以上ナルヲ以テ足ルモノト解ス。

(2) 主體ノ種類

首魁ト其ノ他ノ者トノ區別アリ。首魁トハ結黨行爲ニ於テ發起人ハ又ハ統裁者トシテ行動シタル者ヲ謂フ。必ズシモ一人ナルコトヲ要セズ、數人ノ場合アルベク又首魁ヲ缺クコトアリ得

ベキナリ。

(二) 行爲

(a) 目的

服從ノ義務ニ違フベキ事ヲ目的トセザルベカラズ。茲ニ目的トハ、意圖即チ行爲ニ因テ到達セントスル目標ノ觀念ヲ指スモノト解ス。服從ノ義務トハ何ヲ指スモノナリヤハ甚ダシク不明ナリ。前掲舊陸軍刑法ノ條項ニ於テハ此ノ點ニ付「軍事ニ關スル規則命令ノ施行ヲ妨ケ若クハ之ヲ妨ケント謀リ」ト爲シ服從法ノ内容ヲ例示セシガ、現行法ハ此ノ例示ヲ廢止シ且「服從法」ヲ「服從ノ義務」ト改メタルモ、「法」ト謂ヒ「義務」ト稱スルハ結局同一ナル行爲規範ヲ指スニ外ナラザル以上、右例示ニ所謂規則命令ノ施行妨害ハ依然服從義務違背ノ一態様ナリト謂フベキナルベシ。抑々軍人ハ軍ノ規律ニ服從スベキハ今更説ク迄モナキ所ニシテ、斯カル規律ヲ特ニ軍紀ト稱ス。軍紀ハ實ニ軍ノ命脈ニシテ、軍紀ナクシテハ軍ハ一日モ成存ヲ完ウスル能ハズ(軍内綱領五)。軍紀ハ之ヲ客觀的ニ解スレバ

(A) 上官ノ命令

(B) 軍人ノ遵守スベキ法令

(C) 軍人ノ遵守スベキ道德律

ノ三種ニ區分スルヲ得ベシ。

服從義務ハ斯塔テ軍紀ニ服從スベキ義務ニ過キザルコトトナル。從テ「服從義務ニ違フヘキ事ヲ目的トスル」トハ、軍紀ニ違反スル不法不當ナル事項ノ實行ヲ意圖スルト同意義ニ歸著シ、苟モ法令ニ違反スル事項ハ勿論、道義的ニ非難スベキ事項ヲ目的トシテ黨ヲ結ビタルトキト雖モ悉ク本罪ノ成立ヲ見ルニ至ルベシ。然レドモ惟フニ、結黨罪ハ多衆ノ結合ニ因リ團體心理的勢力ニ基ク特殊ナル危険性ヲ罰スルモノナルヲ以テ、所謂服從義務違背ノ目的モ亦之ガ多衆結合ノ目標トシテ茲ニ異常ナル危険性ヲ伴フニ至ルモノニ限ラレザルベカラズ。然ラバ軍紀侵害ノ事項中多衆ノ結合ニ依ル實行ガ特ニ危険視セラルベキハ如何ナル種類ノモノナリヤガ問題ト爲ルベシ。予ハ陸軍刑法ガ黨與ノ形態ニ於テ實行セラルル場合ニ特ニ刑ヲ加重スル罪、例ヘバ抗命、暴行、脅迫、逃亡ノ如キハ即チ之ニ該當スルモノト解ス。更ニ多衆聚合暴行脅迫ノ罪、軍用物損壞ノ罪、掠奪ノ罪、俘虜ニ關スル罪モ亦然リ。其自體トシテハ何等犯罪ヲ構成セザル脱柵モ亦服從義務違背ノ目的タリ得ルモノト解ス。

結黨罪ノ要件タル服從義務ノ違背ハ、右ニ述ベタル如ク本來罪ト爲ル場合モアルベク又罪ト

爲ラズシテ單ニ懲罰令ノ適用ヲ受クルニ止マルコトモアリ得ベシ。然ルニ斯ル目的ノ下ニ多衆ノ結合スルコトニ因リ行爲ガ異常ナル軍紀破壊トナリ、延テ軍内ノ治安ヲ攪亂シ軍ノ成存ニモ影響ヲ及ボス虞アルモノトシテ茲ニ該結合行爲ヲ特別ノ犯罪ト見ルコトトナルナリ。予ハ嘗テ服從義務ヲ以テ軍統率者タル上官ニ對スル服從歸依ノ義務ナリトシ、上官ノ身位及活動ニ對スル直接ノ侵害行爲ヲ目的トシテ黨ヲ結ブ場合ニ限リ本罪ノ成立アリト主張シタリシガ、特ニ上官ニ對スル服從義務ニ限ラザルベカラザル所以ノ理ヲ探スルトキハ必ズシモ明瞭ナリト謂フ能ハザルモノアルヲ痛感シ、舊說ヲ放棄シ前記ノ如キ解釋ニ到達シタルナリ。

(b) 内容

黨ヲ結ブコトヲ要ス。黨ヲ結ブトハ、既ニ述ベタル如ク二人以上ノ者ガ同一ノ行爲目的（即チ共同シテ實行セントスル或行爲ノ觀念ノ意識）ノ下ニ意思ヲ共通ニシテ結合スルコトヲ謂フナリ。本罪ハ斯ル結合ヲ以テ既遂トナスモノニシテ、即チ二人以上ノ間ニ協議ノ成立セシ事實アルヲ以テ足り、目的タル事項ノ實行ニ着手シタリヤ否ノ如キハ問フ所ニアラズ。

二處罰

(一) 首魁 六月以上五年以下ノ禁錮。

(二) 其ノ他ノ者 二年以下ノ禁錮。

三二六

第三項 餘論

結黨ノ罪ハ從來一種ノ補充的規定ナリト稱セラレタリ。其ノ意義ニシテ、私見ノ如ク各本條ニ規定セラレタル罪ノ内多衆ノ力ニ依テ實行セラルル場合特ニ危險性ノ著シク増大スルモノニ限リテ補遺的ニ潛勢状態ノ裡ニ之ヲ防壓スルニ在リト爲スモノナラバ敢テ不可ナシト謂フベキモ、各本條所定ノ行爲ノ實質上服從義務違背ナルヲ理由トシテ之ガ實行ノ爲ノ二人以上ノ者ノ協議成立ヲ總テ結黨罪ニ該當スルモノト爲スニ在リトセバ誤ナリト謂ハザルヲ得ズ。

又之ニ反シ、結黨罪ヲ以テ全ク特殊ノ法益ヲ保護スルモノトノ見解ニ立チ各本條ノ罪ノ中、主體ノ複合ヲ要件(構成上又ハ加重上)トセザルモノヲ實行シタル場合ハ、同時ニ結黨罪ニモ觸ルルモノトシ想像的競合ノ成立ヲ認メントスル說ニ對シテモ輒ク贊同シ難キヲ遺憾トス。何者、結黨ハ所詮實行前ノ行爲ニ過キズ、犯罪ノ實行(必ズシモ犯罪ヲ目的トスル要ナキモ)ト共ニ其ノ實行前ノ當該犯罪實行協議ノ責任ハ當然ニ實行ノ責任中ニ吸收セラルルモノト解スベケレバナリ。

第四類 陸軍ノ機能ヲ保護スル規定

第一章 汎論

一 陸軍ノ機能ハ其ノ戦力ノ發動自體ヲ稱指スルモノニシテ、既ニ述ベタル陸軍ノ存立及實體ガ専ラ戦力ノ靜的ナル状態ヲ觀察シタル場合ノ觀念ナルニ對シ、陸軍ノ機能ハ其ノ動的ナル活動ニ着目シタル場合ノ觀念ナル點ニ差異ヲ有ス。

抑々軍ハ平時ニ於テ平和ノ保障ニ對スル絶大ノ潛勢力トシテ存在スベキモノナレドモ、一旦戦争其ノ他緊急ノ事態發生シタル場合ハ、其ノ戦力ノ全要素ヲ提ゲテ之ガ能率ヲ最高度ニ發揮セザルベカラズ。否平時ニ於ケル軍ノ無言ノ威壓スラモ其ノ非常ノ時局ニ際會シ戦闘力ヲ完全ニ發揚シ得ルノ準備アリテ初メテ效果アルモノト謂フベシ。從テ軍ノ機能コソハ其ノ最モ尖銳的部分トシテ多角度ナル保護ヲ要請セラルルモノナリ。

二 陸軍ノ機能ノ保護ハ、之ヲ分チテ其ノ機能自體ニ關スルモノ(即チ軍ノ行動ニ關スルモノ)ト機能ヲ完全ニ發揮スルガ爲軍ガ外部ニ對シテ有セザルベカラザル威信ニ關スルモノトノ二種ニ分ツコトヲ得

ベシ。而シテ機能自體ノ保護ハ、機能發揮ノ責任ヲ負擔スベキ人的要素ガ犯罪構成上ノ主體的地位ヲ占ムルカ又ハ客體的地位ニ立ツカニ依テ、行動ノ内部的公正ニ關スルモノト其ノ外部的安全ニ關スルモノトニ細別セラル。前者ノ主ナル場合ハ、職務ヲ有スル者ノ職務懈怠行爲トシテ發現シ、後者ノ主ナル場合ハ斯カル者ノ職務執行ニ對スル妨害行爲トシテ表出ス。從テ此等ノ場合ニ於テハ行爲ノ外形ハ刑法ノ公務員ノ犯罪又ハ公務員ニ對スル犯罪ノ如キ國ノ作用ニ對スル侵害ト類似スル所アリト雖モ其ノ保護法益ニ至ツテハ、前者ガ戰鬥力ノ完全ナル發動ヲ保障スルニ對シ、後者ハ國ノ一般行政司法等ノ圓滑ナル運用ヲ確保スルニ存シ彼此混同ヲ許サザルナリ。

第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

第一節 行動ノ内部的公正ヲ保護スル規定

行動ノ内部的公正トハ、軍ノ機能發現ノ主體トシテノ軍構成員ノ職務遂行其ノ他ノ活動ガ法規及上司ノ命令等ノ要求ニ適合スル状態ヲ謂フ。斯カル状態ノ侵害ハ從テ當該軍構成員ノ法令上ノ義務違反ニ因テ惹起セシメラルルヲ以テ、本節ノ各犯罪ハ形式上ハ義務不履行ヲ中心トシテ展開スルコトナ

ル。然レドモ之レ固ヨリ不履行ノ結果戦力ニ對スル侵害ノ生ジタルコトヲ無視スルモノニ非ズシテ、條文上直接ニ表現セラレザルモノ(例ヘバ哨令違反ノ罪)ニ在リテモ、其ノ背後ニハ軍ノ機能ノ發揮ノ不能又ハ著シキ困難ヲ豫想スルモノト解スルナリ。

第一款 擅權ノ罪

第一項 序論

一 擅權ノ罪ノ規定ノ趣旨ハ、軍ノ構成員トシテ特別ノ職務ヲ擔任シ又ハ構成員タル地位ニ基キ一般的ナル權能ヲ有スル者ガ其ノ職務又ハ權能ノ限界ヲ不法ニ踰越スルコトヲ防遏スルニ在リ。而モ外形上ハ職務又ハ權能ノ實行トシテ現ハル點ニ於テ後ニ述ベントスル辱職ノ罪ト異ナル。蓋シ辱職ノ罪ハ外形的ニモ職務又ハ權能ノ實行トハ見得ベカラザル場合ナレバナリ。然レドモ職務權能ヲ適正ニ行使セザルコトハ兩者相通ズルモノアリト謂フベシ。

二 擅權ノ罪ハ、右ノ如ク外形的ニハ職務ノ行使ナルノミナラズ、元來軍ニ於ケル職役ハ必ズシモ一般行政司法ノ行爲ノ如ク定型的ニ遂行セラルルヲ得ズ、作戰ノ必要、情況ノ變化ニ應ジ臨機獨斷ノ處

置ヲ許サザルヘカラサルコト尠シトセズ。從テ一切ノ擅權行爲ヲ悉ク犯罪視スルハ軍ノ實情ニ副ハザル嫌アリ。是ヲ以テ陸軍刑法ハ、擅權行爲中其ノ影響ノ重大ニシテ或ハ國ノ外交關係ニ累ヲ及ボシ或ハ軍ノ作戰ヲ誤ラシムル虞アルガ如キモノニ限リテ之ヲ犯罪ト爲シ、其ノ他ノモノニ至リテハ敢テ刑罰ノ制裁ヨリ除外セリ。此ノ點ニ於テモ辱職ノ罪ガ外形的ニモ職權行使ニアラザルカ爲之ガ類型ヲ詳細ニ規定シタルト對照セラルベキモノト思料ス。擅權ノ罪ハ要スルニ所謂獨斷專行ノ外形アルモ實體ハ全ク之ト異ナルモノナリ。

三 擅權ノ罪ハ軍構成員ノ特殊ノ地位ニ由來スル義務ノ違背ヲ本體トスルモノナルヲ以テ、純正軍事犯ノ一種ニ屬スルモノト解スベシ(尤モ刑法第九十三條トノ關係上疑義ナシトセズ)。而モ其ノ危險性ノ廣汎且深刻ナル點ニ於テ軍ノ存在ヲ害スル叛亂ノ罪ニモ比スルヲ得ルガ爲、本法ニ於テハ此ノ罪ノ次ニ第二章トシテモ擅權ノ罪ノ規定ヲ置キタルナリ。

第二項 本論

擅權ノ罪ハ之ヲ分チテ不法戰鬪開始ノ罪、不法戰鬪繼續ノ罪、不法軍隊進退ノ罪及不法戰鬪ノ罪ノ四種ト爲スヲ得ベシ。

一 本説

第一目 不法戰鬪開始ノ罪

(一) 基本類型(三五)

(1) 要件

(a) 主體

司令官ナルコトヲ要ス。從テ司令官ニ非ザル軍人及非軍人ハ司令官トノ共犯關係ニ於テ主體タルヲ得ベシ。

(b) 客體

外國ニ對シテ爲サルヲ要ス。外國トハ我國ニ於テ國際法上ノ主體トシテ承認シタル國家ハ勿論、然ラズトモ苟モ國家トシテ事實上存在スルモノヲ總稱ス。被保護國タルト聯邦中ノ一國タルトヲ問フコトナシ。所謂交戰團體モ亦茲ニ所謂外國ニ包含セラルルモノト解ス。要スルニ外國ノ政府又ハ交戰團體ノ統率者ヲ行爲ノ相手方ト爲サザルベカラズ。換言スレバ、外國ノ一人ノ如キモノハ不可ナリ。

(c) 行爲

司令官ガ部下軍隊ヲ以テ外國ニ對シ故ナク戦闘ヲ開始スルコトニ因テ成立ス。茲ニ戦闘トハ、事實上武力ニ依リ敵對行動ヲ爲スヲ謂フモノナレドモ、本條ノ客體タル外國ハ我國ト平和的關係ニ在リタルモノナルコトヲ要スルモノト解セラルルヲ以テ、假令外國ニ屬スル部隊又ハ領土ノ一部ニ對シ武力的行動ヲ開始スル場合ト雖モ、全面的敵對即チ戰爭ヲ開始スル意思ヲ以テ爲サルルヲ要スベシ。從テ司令官ガ既ニ戰爭狀態ニ在ル外國ニ對シテ戦闘ヲ爲シタル場合ハ本條ノ關知スル所ニ非ズ。司令官單獨ニ敵對行動ヲ開始シタル場合亦同ジ（尤モ第三十六條ノ規定ニ該當スルコトアルベシ）。凡ソ司令官ガ外國ニ對シテ戦闘ヲ開始スルニハ宣戰ノ勅命（憲一三）ニ依ラザルベカラズ。此ノ勅命ヲ待タズシテ戰爭狀態ニ入ルコトガ本條ニ所謂「故ナク」ト記載セラルルモノニ該當スルナリ。刑法第九十三條ニ所謂「私ニ戦闘ヲ爲ス」ト同義ト解ス。

(2) 處罰

死刑。

(二) 修正類型（三九）

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

二 餘說

刑法第九十三條ニ依レバ、外國ニ對シ私ニ戦闘ヲ爲ス目的ヲ以テ其ノ豫備又ハ陰謀ヲ爲シタル者ヲ罰ス。然ルニ刑法ニハ同條ノ既遂ニ相當スル陸軍刑法第三十五條ト同一ノ規定ヲ缺ケリ。之ニ反シ陸軍刑法ニ於テハ刑法第九十三條ノ如キ規定ヲ有セズ。從テ若シ司令官ガ不法戦闘開始罪ノ豫備陰謀ヲ爲シタルトキハ右刑法第九十三條ノ規定ニ依リ罰セラルルモノト解ス。一方刑法中ニ陸軍刑法第三十五條ノ如キ規定ナキ點ニ付テハ、非軍人ノミノ私戰豫備陰謀ガ發展シテ私戰行爲ニ至ラバ殺人、放火、騷擾等ノ罪ヲ以テ處斷スルノ外ナカルベシ。

第二目 不法戦闘繼續ノ罪

一 基本類型（三六）

(一) 要件

(1) 主體

司令官ナルコトヲ要ス。司令官ニ非ザル軍人又ハ非軍人ハ司令官トノ複合關係ニ於テ主體タル場合アリ。

(2) 客體

客體トシテハ法文上別ニ表示セラレザルモ、外國又ハ交戰團體ナルコトハ「休戰又ハ媾和云々」トアルヲ以テ明カナリ。

(3) 行爲

(a) 行爲ノ時期

休戰又ハ媾和ノ告知ヲ受ケタル後ナルコトヲ要ス。休戰トハ交戰當事國（又ハ國ト交戰團體間）ニ於テ協議ヲ以テ作戰行動ヲ一時的ニ中止スルヲ謂フ。陸戰ノ法規慣例ニ關スル規則ニ依レバ、休戰ニハ全般的ノモノト部分的ノモノトアリ。前者ハ普ク交戰國ノ作戰動作ヲ停止シ、後者ハ單ニ特定ノ地域ニ於テ交戰軍ノ或部分間ニ之ヲ停止スルモノナリ（陸戰條規三七）。而シテ休戰ハ正式ニ且適當ノ時期ニ於テ之ヲ當該官憲及軍隊ニ通知スベク、通告ノ後直ニ又ハ所定ノ時期ニ至リ戰闘ヲ停止ス（同三八）。而シテ國際法上ハ此ノ外ニ戰闘中止ト稱シ極メテ短時間ノ部分的休戰モ認メラル。其ノ性質ハ政治的意義ヲ有セズ、關係地域及部隊小ニシテ一時的ノ目的、例ヘバ死傷者ノ收容、降服ノ交渉等ノ爲ニ行ハルル點ニ於テ前述ノ二種類ノモノト區別シテ取扱ハルルヲ例トス。然レドモ陸軍刑法第三十六條ニ所謂休戰ニハ此等休戰及戰闘中止ヲ全部包含スルモノト解ス。媾和トハ戰爭狀態ヲ終了セシムル爲交戰國（又ハ國ト

交戰團體トノ間）ノ間ニ爲サルル合意ヲ謂フ。

休戰又ハ媾和ノ告知ハ司令官ノ許ニ到達シタルコトヲ以テ足ルカ又ハ現ニ司令官ニ於テ告知ノ内容ヲ了知スルコトヲ要スルカニ付テ疑アリト雖モ、法文ニハ「受ケタル後」ト規定セラレ、而モ「受ケタル後」ナルコトヲ認識シナガラ戰闘ヲ繼續スルコトニ因テ本罪ヲ構成スル以上、少クモ到達シタル告知ノ内容ガ休戰又ハ媾和ニ關スルモノナルコトヲ了知スルノ要アリト解ス（内容ヲ披見セズトモ）。自ラ休戰ヲ合意シタル後之ヲ破リタル場合ハ「告知ヲ受ケタル後」ニ包含セラレルルカモ問題ナルベシ。字句上ハ消極ニ解スベキカ。

(b) 行爲ノ内容

故ナク戰闘ヲ爲スコトニ因テ成立ス。此ノ場合ハ休戰又ハ媾和ノ合意ニ基キ一旦戰闘行動ハ中止又ハ終結シタルモノニシテ、更ニ戰闘ヲ續行又ハ再開始スルガ爲ニハ休戰ノ場合ニハ其ノ合意ニ定メタル條件ノ成就、休戰終了ノ期限ノ到來等ニ依ルベク、媾和ノ場合ハ新ナル理由ニ基キ勅命ニ依ルコトヲ要ス。從テ斯ル事由ナキニ拘ラズ戰闘ヲ續行又ハ再開始スレバ總テ故ナク戰闘ヲ爲シタルモノニ該當スルナリ。

次ニ本條ニ於テハ、司令官トシテ曩ニ戰闘動作ヲ爲シ休戰又ハ媾和ノ告知ヲ受ケナガラ引

續キ之ヲ持續スルト、告知ニ因リ一旦該動作ヲ中止又ハ終結シタルニ拘ラズ其ノ後再ビ之ヲ開始スルト、又ハ從前何等戰鬪動作ニ加ハラザリシ司令官ガ休戰又ハ媾和ノ告知ヲ受ケタル後新ニ戰鬪動作ヲ始メタルトヲ問フコトナシ。要スルニ本條ハ一旦中絶シタル戰鬪ガ正當ノ事由ナクシテ繼續ノ狀態ニ置カルル一切ノ行爲ヲ内容トスルモノト謂フベシ。

(二) 處罰
死刑。

二 修正類型(三九)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

第三目 不法軍隊進退ノ罪

第一段 本論

一 基本類型(三七)

(一) 要件

(1) 主體

司令官ナルコトヲ要ス。司令官以外ノ軍人及非軍人ハ司令官トノ複合關係ニ於テ主體タルヲ

得ベシ。

(2) 行爲

(a) 行爲ノ違法性

① 本條ノ行爲ニ付テハ「權外ノ事ニ於テ已ムコトヲ得ザル理由ナクシテ擅ニ」ナル要件ヲ具備セザルベカラズ。之即チ行爲ノ特異ナル違法性ヲ表示シタルモノナリ。蓋シ本條ノ行爲ノ内容タル軍隊ヲ進退スルコトハ、元來司令官ノ職權内ニ屬スベキ事項ナルヲ以テ、其自體トシテハ何等違法ニアラザルノミナラズ、否義務トシテ遂行セザルベカラザルモノナリ。從テ斯カル行爲ヲ特ニ違法ナラシムル原由ハ極メテ例外的ナルモノトシテ嚴格ニ規定セラルルノ要アルハ言フ俟タズ。之即チ本條ニ於ケル要件ガ已ムコトヲ得ザル理由ナク而モ「擅」ニナル稍々重複シタル用語ヲ以テ規定セラレタル所以ニシテ實ニ軍隊指揮ノ特殊性ニ胚胎スルモノナリ。

② 本條ニ定ムル違法性ノ要件ヲ分説スレバ左ノ如シ。

(a) 權外ノ事ニ於テ爲サルヲ要ス

司令官ノ職權ノ形式的範圍ヲ客觀的ニ逸脱スル場合ナリ。抑々該職權ノ範圍ハ或ハ直

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 策四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三二七
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

接法規ニ依リ或ハ上司ノ命令ヲ以テ乃至慣例ニ基キ定ムベキモノニシテ、軍隊ヲ進退スルニ付テノ事由要領等ハ一ニ此ノ限界内ニ止マルコトヲ原則トセザルベカラズ。從テ權限内ノモノトシテ形式的ニ定マルル事由要領等ニ依ラズシテ爲ス場合ガ即チ茲ニ所謂「權外ノ事ニ於テ」ニ該當スルナリ。而シテ之ガ判定ハ行爲者ノ主觀ノミニ依存セズ客觀ニ就テ行ハザルベカラズ。

(β) 已ムコトヲ得ザル理由ナキコトヲ要ス

他ノ行爲ニ出ヅルコトノ不可能又ハ著シク困難ナルガ如キ事由ノ存在セザル場合ナラザルベカラズ。即チ右權限外ノ行爲ニ出デザルヲ得ザル理由ガ客觀的ニ存在セザルノ要アルナリ。而シテ斯カル理由ノ有無ハ、勿論事後ニ於テ當時ノ事情ヲ考覈シテ裁判官ノ判定スベキモノナリ。所謂獨斷專行ハ作戰ノ必要上主觀的ニハ上官ノ意圖ヲ明察シ形式的權限ヲ踰エテ行動スルモノナルガ、客觀的ニハ「已ムヲ得ザル理由」アリテ爲シタルコトニ歸スベキモノナリ。

(γ) 擅ニ爲スコト要ス

擅ニトハ不法ナルコトヲ表示スル語ニシテ而モ行爲者ノ主觀ヲ加味セシ點ニ於テ故ナ

クト稍々趣ヲ異ニス。本條ニ於テ「權外ノ事ニ於テ已ムコトヲ得ザル理由ナクシテ」ト結局同義ニシテ、唯此ノ要件アルコトヲ行爲等自ヲモ意識スベキコトヲ特ニ附加スル爲重複ヲ厭ハズ「擅ニ」ヲ掲ゲラレタルモノナルベシ

(b) 行爲ノ内容

軍隊ヲ進退スルヲ要ス。進退スルトハ、廣義ニ於テハ自己ノ指揮權ヲ行使シテ軍隊ヲ活動セシムル一切ノ行爲ヲ謂フモノナレドモ、本條ニ於テハ擅權ノ罪ノ他ノ條項トノ關係上攻撃防禦ノ如キ戰鬪行動トシテ行ハルル場合ハ除外セラル、又本條ノ行爲ハ必ズシモ戰時ニ限ラズ内亂及騷擾ノ鎮定等ノ場合ニ於ケルモノニ對シテモ適用セラル。

(二) 處罰

死刑又ハ無期若ハ七年以上ノ禁錮。

二 修正類型(三九)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

第二段 餘論

一 司令官ガ不法ニ軍隊ヲ指揮シテ戰鬪ヲ爲シタル場合ニ於テハ、第三十七條ノ罪ト共ニ第三十五條、

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三二九
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

第三十六條又ハ第三十八條ノ罪ノ成立ヲ見ルガ如キモ、兩罪ノ關係ハ法條競合ト解スベキモノナルヲ以テ個別法タル後者ノ規定優先適用セラルベシ。

二 本罪ハ抗命ノ罪ト想像的結合ノ關係ニ立ツ場合アリ得ベシ

第四目 不法戦闘ノ罪

第一段 本論

一 基本類型(三八)

(一) 要件

(1) 主體

前述三種ノ罪ト異ナリ、司令官ノミナラズ其ノ以外ノ一般ノ陸軍軍人ナリ。軍人ニ非ザル者ハ複合關係ニ於テ主體タルコトヲ得ベシ。

(2) 客體

客體トシテハ別ニ法文ニ表示ナキモ、第三十五條又ハ第三十六條ノ場合ト異ナリ、必ズシモ外國(又ハ交戰團體)ニ限ラズ、苟モ武力鬭爭ノ相手方タル個人又ハ團體タルモノハ悉ク包含スル

モノト解ス。

(3) 行爲

命令ヲ待タズ故ナク戦闘ヲ爲スニ因テ成立ス。

(a) 命令ヲ待タズ故ナク爲スヲ要ス

上官ノ命令ナキヲ知リナガラ別ニ正當ノ理由ナクシテ戦闘行爲ヲ爲スヲ謂フ。即チ個々ノ敵對行爲又ハ概括的ノ戦闘行動ヲ爲スニ付上官ヨリ未ダ何等ノ命令ヲ受ケズ、而モ當時ノ事情ニ照シ獨斷ニテ戦闘ヲ爲スベキ何等客觀的ニ正當ナル事由ノ存在セザルコトヲ要スルナリ。從テ未ダ戦闘ヲ爲スノ命令ヲ受ケザル間ニ狀況變化シタル爲己ムヲ得ズ獨斷ニテ戦闘ヲ開始シタル場合ノ如キハ本條ニ該當スルモノニ非ズ。

(b) 戦闘ヲ爲スヲ要ス

司令官トシテ部下ヲ指揮シテ爲ス場合ナルト司令官以外ノ者ガ單獨又ニ共同シテ爲ス場合ナルトヲ問フコトナシ。戦闘ヲ爲ストハ、既ニ交戰狀態發生シ又ハ該狀態ガ中絶シタル後ニ於テ個々のノ武力的格闘行爲ヲ爲ス場合ハ勿論、未ダ平和ノ關係ニ在ル外國ニ對シ新ニ戦闘ヲ開始スル場合ヲモ包含スルモノト解ス。

(二) 處罰

死刑又ハ無期若ハ七年以上ノ禁錮。

二 修正類型(三九)

未遂類型アリ原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

第二段 餘論

第三十八條ニ規定セララルル戦闘ヲ爲ス行爲ニハ、前述ノ如ク外國トノ交戦状態ヲ發生前ニ於テ不法ニ之ヲ惹起セシムル行爲該状態發生後不法ニ行フ個々ノ敵對行爲及該状態ノ中絶シタル後不法ニ戰鬥ヲ繼續スル行爲ヲ包含スルヲ以テ、司令官ガ此等行爲ノ主體ト爲リタル場合ハ第三十八條ト第三十五條又ハ第三十六條トノ間ニ法條競合ノ關係ヲ生ズベシ。從テ個別法トシテ第三十五條又ハ第三十六條ノミノ適用ヲ見ルベキモノト解ス。

第二款 辱職ノ罪

第一項 序論

一 辱職ノ罪ノ規定ノ趣旨ハ、軍ノ構成員トシテ特別ノ職務ヲ擔任シ又ハ構成員タル地位ニ基キ特別ノ義務ヲ擔任スル者ガ其ノ職務上又ハ地位上ノ義務ヲ正當ノ理由ナクシテ履行セザルコトヲ取締ルニ存ス。即チ構成員ニ對シ義務トシテ一定ノ作爲又ハ不作爲ガ要請セララルルニ拘ラズ之ガ充足ヲ懈怠スルヲ罰セントスルモノナリ。從テ前述擅權ノ罪ガ積極的ニ權限ノ範圍ヲ逸脱スルニ對シ、辱職ノ罪ハ消極的權限(又ハ義務)ノ範圍内ニ踰踏スル點ニ於テ對蹠的關係ニ立ツモノト謂フベシ。然レドモ職權又ハ義務ヲ適正ニ遂行セザルコトガ兩者共通スルハ前述セシ如シ。

二 辱職ノ罪ノ本質ハ右ノ如ク義務違背ニ在リ。而モ其ノ義務タルヤ專ラ軍構成員トシテノ特別ナル身分ニ由來スルモノト謂フベク、此ノ點一般公務員ノ職務上ノ義務違背ト外形の類似性ヲ有スト雖モ、後者ニ於テハ原則トシテ刑法上ノ效果ヲ伴ハザルニ反シ、構成員ノ職務上ノ義務違背ノ輕易ナルモノハ別トシ、重大ナルモノハ戦力保持ノ見地ヨリ犯罪トシテ規定セララルルノ必要アルナリ。是即チ辱職ノ罪ノ存スル所以ニシテ、其ノ純正軍事犯ニ屬スベキハ明カナリ。

三 辱職ノ罪ハ義務懈怠其自體ヲ罰スルモノナルヲ以テ一種ノ形式犯ナリ。然レドモ處罰ノ趣旨ハ義務懈怠ガ直ニ戦力ニ對シ重大ナル危険ヲ生ゼシメタル點ニ在ルモノナルコトヲ忘ルベカラズ。從テ外形上義務違反ヲ構成スルガ如キ行爲ト雖モ、其ノ戦力ニ對シ直接重大ナル危険ヲ及ボスモノニ非ザル

第二編 内論(對象論) 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三三三

限リハ辱職ノ罪ニ該當セザルナリ。換言スレバ、戦力侵害ヲ實質トセザル義務懈怠ハ本罪ノ構成要件タルノ適格ナキモノト解スベキナリ。尤モ本罪ニ屬スル行爲ノ多クハ、構成要件上既ニ戦力侵害ノ意味ヲ明示スルヲ以テ解釋上ノ疑義少キモ、法文上其ノ明示ナキ哨令違反行爲ノ如キニ在リテハ、其ノ構成要件ノ限界ヲ劃定スルコト甚ダシク困難ナルコト後述スル所ニ依リ窺知スルヲ得ベシ。

四 辱職ノ罪ハ右ノ如ク戦力侵害ノ觀念ヲ常ニ基調トスルモノナルガ、然モ戦力侵害ハ所詮義務違背ヨリ當然生ズル危険状態トシテ考ヘラルベキモノニシテ、犯人ノ故意ノ内容トシテハ義務以外ノモノヲ要セズ。若シ別ニ利敵ノ意圖アル場合ニ於テハ辱職ノ罪ノ或モノハ(四〇、四三、五一、五二、五三)叛亂ノ罪ヲ構成スルコトアルベシ。此ノ場合ハ勿論單純ニ後者ノ一罪ノ成立アルニ過ギズ。

五 辱職ノ罪トシテ本法各則第三章ニ規定セラルルモノハ極メテ雜多ニシテ、之ヲ一貫セル基準ニ依テ分類スルコトハ困難ナリ。而シテ同章中第五十三條及第五十四條ハ何レモ軍ノ物的構成ヲ保護スル規定、又第五十五條ハ其ノ人的構成ヲ保護スル規定タルノ性質ヲ有スルヲ以テ、夫々當該規定ノ分類中ニ包含セラルルコトト爲シ、殘餘ノ十三ヶ條ニ付テ其ノ性質ヨリ見テ之ヲ

- (一) 軍隊指揮ニ關スル罪(四〇—四六、五一)
- (二) 警戒勤務ニ關スル罪(四七—五〇)

(三) 軍機保護ニ關スル罪(五二)
ノ三種ニ分ツコトヲ得ベシ。以下此ノ區分ニ從テ説明セント欲ス。

第二項 軍隊指揮ニ關スル罪

軍隊指揮ニ關スル罪ハ大別シテ軍隊指揮ヲ完フセザル罪ト軍隊指揮ヲ妨害スル罪トノ二種ト爲スヲ得ベシ。

第一目 軍隊指揮ヲ完フセザル罪

軍隊ノ指揮ヲ掌ル者又ハ之ニ準ズベキ地位ニ在ル將校ガ指揮ニ關スル任務ヲ履行セザルコトヲ内容トスル罪ニシテ、分チテ七種トス。

第一段 降服ノ罪

降服ノ罪ハ更ニ之ヲ分チテ、盡スベキ所ヲ盡ザザル降服ノ罪ト、盡スベキ所ヲ盡シタル降服ノ罪ト爲スヲ得ベシ。

甲 盡スベキ所ヲ盡サザル降服ノ罪

一 序説

本罪ハ敵ニ降り又ハ要塞ヲ敵ニ委スル行爲ヲ内容トスルモノナルヲ以テ、外形的ニハ叛亂ノ罪(二七以下)ト共通スルモノアリ。後者ガ敵ニ利益ヲ與ヘントスル動機ニ出ヅルコトヲ要スルモノト解スルニ依テ前者ト區別セラルベキモノナルベシ。

二 本説

(一) 基本類型(四〇)

(1) 要件

(a) 主體

司令官ナリ。要塞ノ司令官タルト野戰ノ司令官タルトヲ問フコトナシ。但シト要塞ヲ委スル行爲ノ場合ハ前者ニ限ルハ當然ナリ。司令官以外ノ軍人又ハ非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルヲ得ベシ。

(b) 行爲

(I) 責任ノ前提

盡スベキ所ヲ盡サザルコトヲ要ス。即チ司令官トシテ當該具體的ノ場合ニ臨ミ其ノ職權内ニ於テ爲シ得ベキ一切ノ處置ヲ講ゼザリシ場合ナリ。

盡サザリシカ否ハ專ラ裁判官ニ於テ軍事上ノ見地ヲ中心トシテ客觀的ニ判斷スベキ事項ナリ。犯人ニ於テ故意ニ盡サザリシト過失ニ因リテ盡サザリシトヲ區別セズ。尤モ不可抗力ニ基キ盡シ得ザリシ場合ハ包含セズ。

(II) 種類

分チテ二種トス。共ニ故意アル場合ヲ原則トスベキモ、予ハ過失ニ因リテモ犯シ得ル場合、例ヘバ敵ノ偽計ニ陥リタルガ如キコトモアリ得ルモノト解ス。

(a) 敵ニ降ルコト

敵トハ、武力格闘ノ相手方ヲ謂ヒ、國又ハ交戰團體ノ如キ國際法上ノ主體ハ勿論、事變又ハ騷擾等ノ場合ニ於ケル格闘ノ相手方タル個人又ハ團體ヲモ包含ス。

敵ニ降ルトハ、武力格闘ヲ中止シテ部下ト共ニ敵ノ權力下ニ入ルコトヲ謂フ。積極的ニ相手方ノ支配ニ赴クト、消極的ニ止マツテ相手方ノ爲スニ任ストヲ問フコトナシ。降

第二編 内論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ權能ヲ保護 三三七
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ル行爲ハ必ズシモ部下ヲ率ユル場合ニ限ラザルカ如シト雖モ、本法第七十七條奔敵ノ罪トノ關係上司令官軍獨ニテ敵ノ權力下ニ入ル場合ハ降ル行爲ニ該當セザルモノト解ス。
(β) 要塞ヲ敵ニ委スルコト

要塞ノ意義ハ利敵ノ罪ノ場合ニ述ベタリ。敵ニ委スルトハ、敵ノ支配ニ歸セシムル目的ヲ以テ當該要塞ノ占有ヲ拋棄スル一切ノ行爲ヲ謂ヒ、之亦積極的ナルト消極的ナルトヲ問フコトナシ。但シ敵ニ於テ現實ニ要塞ヲ支配ニスルニ至リタルコトヲ要ス。從テ第二十七條第一號ニ所謂交付ト内容ニ於テ異ナル所ナシ。

(2) 處罰

死刑。

(二) 修正類型(五六)

未遂型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰セラル。

乙 盡スベキ所ヲ盡シタル降服ノ罪

一 序説

本罪ハ戰鬪指揮官ノ責任ヲ極度迄モ追究シ、人力ノ全部ヲ發揮シ從テ一般社會通念ニ照セバ何等責任ヲ認メラレザル行爲ニ對シ軍事上ノ見地ヨリ仍責任ヲ認メントスルモノニシテ、客觀的ナル戰力侵害ヲ鎮壓セントスル本法ノ趣旨ヲ大膽ニ表明セルモノト謂フベシ。
二本説(四一)。

(一) 要件

(1) 主體

司令官タルヲ原則トシ、而モ條文ノ字句ヨリ野戰軍ノ司令官ニ限ルコトヲ知ルベシ。尙司令官ニ非ザル軍人又ハ非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルヲ得ベシ。

(2) 行爲

(c) 樣態

野戰ノ時ニ在ルコトヲ要ス。野戰トハ要塞戰ニ對スル語ニシテ、永久的又ハ半永久的ナル固定防禦營造物ノミヲ據點トセズシテ爲ス戰鬪行動ヲ謂フモノナリ。

野戰ノ時ハ行爲ノ行ハルル時間ヲ示スモノナルモ、他面司令官ガ野戰ニ從事スル部隊ニ所屬スルヲ要スルハ明カナルベシ。

(b) 責任ノ前提

本罪ハ盡スベキ所ヲ盡シタル場合ニ仍成立スルナリ。即チ司令官トシテ當該具體的ノ場合ニ臨ミ其ノ職權内ニ於テ爲シ得ベキ一切ノ處置ヲ講ジタルコトヲ條件トス。盡シタリヤ否ヤハ固ヨリ裁判官ガ客觀的ニ判斷スベキ事項ナリ。此ノ要件アルガ爲、假令人事ヲ盡シタリトスル場合モ刑責ヲ免カルルヲ得ズ。蓋シ野戰ノ際ハ絶對ニ降ルコトヲ許サズ、死ノミヲ選ブコトヲ得ルナリ。要スルニ責任ノ條件ヲ作戰ノ必要上極度迄過重セシモノト謂フベシ。

(c) 内容

隊兵ヲ率キテ敵ニ降ルコトヲ要ス。隊兵トハ司令官ノ指揮ニ屬スル兵員ニシテ、軍隊ノ形態ヲ爲スモノナルト兵員ノ損耗等ニ因リ最早軍隊トシテノ完全ナル組織ヲ執リ得ザル場合ナルトヲ問フコトナシ。敵ニ降ルノ意義ニ付テハ前條ニ於テ述べタルト同ジ。而シテ本條ノ場合ノ降ルハ、恐ラク不可抗力ニ基キ敵ノ權内ニ入ル行爲ヲ想像シ得ルガ如シ。

(2) 處罰

六月以下ノ禁錮。

第二段 逃避ノ罪

一 序説

逃避ノ罪ハ、敵ノ權力下ニ入ルニ非ズシテ敵トノ交戦ヲ避ケンガ爲故意ニ所在ヲ隱秘スル行爲ナリ。從テ一種ノ逃亡罪トモ謂フベキモノナルガ、司令官トシテ部下統率上ノ職務違背ノ點ヨリ辱職ノ罪中ニ規定セラレタルモノト解スベシ。

二本説

(一) 基本類型(四二)

(1) 要件

(a) 主體

司令官ヲ原則トシ、其ノ種類如何ヲ區別スルコトナシ。司令官以外ノ軍人又ハ非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルコトヲ得ベシ。

(b) 行爲

① 様態

敵前ナルコトヲ要ス。

Ⅱ 責任ノ前提

盡スベキ所ヲ盡サザルハ合ナラザルベカラズ。其ノ意義ハ前述セシ所ニ同ジ。

Ⅲ 内容

隊兵ヲ率キテ逃避スルコトニ因テ成立ス。隊兵ノ意義ハ前條ノ説明ヲ參照スベシ。

逃避トハ一般ニ或ル状態ヨリ故意ニ離脱スル行爲ヲ謂フモノニシテ、場所ノ移動ヲ伴フト(逃走)現場ニ於テ身ヲ隱匿スル(隱避)トヲ問フコトナシ。從テ同時ニ逃亡ノ行爲ヲモ包含スルコトアルベシ。而シテ本條ノ場合ハ敵前ナルヲ要スルヲ以テ、敵ニ對シテ攻撃防禦乃至之ト直接對峙シテ警戒スル状態ヲ故意ニ離脱スルコトヲ要スルナリ。其ノ動機ガ一身ノ安全ヲ圖ルニ在ルト部下ヲ庇護スルノ目的ニ出デタルトヲ問フコトナシ。尤モ敵ヲ利スル意圖アル場合ハ第二十九條又ハ第三十條ノ罪ノ成立アルハ勿論ナリ。

尙逃避ハ不法ニ行ハルルヲ要シ、若シ上司ノ命令基ク他違法ナル根據ニ基ク場合ハ退却(作要二部二二一以下)ナリ。

第四十二條ハ司令官ガ隊兵ヲ率キテ爲スコトヲ要ス。即チ隊兵ト共ニ潛匿セザルベカラズ。從テ若シ司令官單獨ニテ逃避シタルトキハ本罪ニ非ズシテ敵前逃亡ノ罪トナル。

(2) 處罰

死刑。

(二) 修正類型(五六)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

三 餘説

本罪ニ於ケル逃避ハ必ズシモ逃亡ノ客體タル職役離脱ノ要素ヲ包含セザル故、若シ逃避ト共ニ職役離脱ノ行爲アラバ逃避ノ罪ト敵前逃亡トノ想像的競合ナリト解ス。

第三段 職務離脱ノ罪

一 序説

本罪ハ司令官ガ軍隊ヲ率キテ其ノ職務ノ地ニ就カズ又ハ之ヲ離ルル行爲ニシテ、之ガ意圖敵ヲ利スルニ存スル場合ニハ叛亂ノ罪ヲ構成スベキモノニシテ(二八三三〇)、第四十三條ハ斯カル意圖ナキモノニ限ラル。即チ或ハ怯懦ニ因リ一身ノ安全ヲ保タンガ爲ナルコトアルベク、或ハ上官ニ對スル私怨ヲ霽サンガ爲ナルコトアリ得ベシ。

二 本説

(一) 基本類型(四三)

(1) 要件

(a) 主體

本罪ノ主體ハ司令官ニシテ、司令官以外ノ軍人又ハ軍人以外ノ者ハ複合關係ニ於テ主體ト爲ルコトヲ得ベシ。

(b) 行爲

(I) 様態

分チテ敵前ト戰時軍中又ハ戒嚴地境ト其ノ他ノ場合トノ三種トス。此ノ中、戒嚴地境ハ行爲ノ場所ヲ示スト同時ニ司令官ノ統率スル部隊ガ戒嚴地境内ニ在ルベキコトヲ示ス關係の様態ナリ。

(II) 内容

軍隊ヲ率キ故ナク守地又ハ配置ノ地ニ就カズ又ハ其ノ地ヲ離ルルニ因リテ成立スルモノニシテ、其ノ意義ニ付テハ曩ニ相對的利敵ノ罪ノ規定ノ場合ニ爲シタル説明ヲ参照セラレタシ。尙守地又ハ配置ノ地ヲ離ルル行爲ハ、前述逃避ノ行爲ト極メテ類似スルモノニシテ

強キテ區別セバ、後者ハ故意ニ戰鬪ヲ回避セシカ爲ニ行ハルルコトヲ要スルニ對シ、前者ハ單ニ場所ノ移動自體ヲ以テ足ル點ニ於テ差異アリト爲スベキカ。但シ實質上ハ同一ニ歸着シ危險性モ逕庭ナキ爲敵前ノ職務離脱ハ逃避ト刑ヲ同ウス。

予ハ更ニ第四十三條ハ場所ヘノ不就又ハ之ヨリノ離脱ヲ罰スル點ニ其ノ本旨ヲ求ムルヲ以テ、故意犯ノミナラズ過失ノ場合モ包含セラルルニアラザルカノ疑ヲ有ス。

(2) 様態

(a) 敵前ノ場合

死刑

(b) 戰時軍中又ハ戒嚴地境ノ場合

五年以上ノ有期禁錮

(c) 其ノ他ノ場合

三年以下ノ禁錮

(二) 修正類型(五六)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

三 餘 說

司令官軍隊ヲ率キズシテ單獨ニ職役ヲ離脱スレバ逃亡ノ罪ト爲ル。尙敵前ノ場合ノ行爲ハ逃避ノ罪ト區別スルコト困難ナルヲ以テ、立法上兩者ヲ合一シテ規定スルヲ可ナリト思料ス。

第四段 出兵不法拒否ノ罪

一 序 說

出兵不法拒否ノ罪ノ規定ハ、異常事態ニ際シ出兵請求ニ應ズベキ義務アル司令官ガ請求ノ受託ヲ拒絶シ以テ其ノ義務ノ履行ヲ故意ニ懈怠スルコトヲ禁壓スルニ在リ。固ヨリ行爲ハ義務違背其ノモノヲ中軸トシテ構成セラルルモ、其ノ背後ニハ之ニ因テ醸サルル公共ノ治安ニ及ボス危険ヲ防止スルコトヲ目的トシテ掲グルモノト謂フベシ。即チ本罪ノ行爲ハ、廣義ニ於テ一般ノ安寧ヲ害スルモノニ包含セラル。是ヲ以テ陸軍刑法第四十四條ノ前身ヲ爲スモノト認メラルル舊刑法第七十七條（陸海軍ノ將校タル者出兵ヲ要求スル權アル官署ヨリ其ノ要求ヲ受ケ故ナクシテ之ヲ肯セザル時ハ二月以上二年以下ノ輕禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス）ハ同法第三章靜謐ヲ害スル罪ノ規定中ニ編合セラレタルナリ。然ルニ現行刑法ハ右條項ヲ缺キタルト本規定ノ性質上司令官ノ義務違背トシ軍刑法ニ之ヲ置クベキモノナリトノ見地ヨリ、陸軍刑法ニ新ニ設ケラルルニ至リタルモノナリ。

二 本 說（四四）

（一）要 件

（1）主 體

司令官ナルコトヲ要ス。而モ出兵ノ要求ニ應ズベキ義務アル司令官ニ限ル。如何ナルモノガ之ニ該當スルカハ軍司令部令（昭一五年軍陸第一二號）及師團司令部令（昭一五年軍陸第一三號）等ニ依ツテ定メラル。司令官以外ノ軍人又ハ非軍人ハ、複合關係ニ於テ主體タリ得ベシト雖モ、本罪ガ純正不作爲犯ナルニ鑑ミルトキハ作爲義務ナキ敍上ノ者ガ司令官ト共同正犯ノ關係ヲ生ジ得ベキカハ疑ナキ能ハズ。換言スレバ、司令官以外ノ者ニ對シテハ本罪ノ教唆又ハ幫助ノ成立アルニ過ギズト解スベキカ。

（2）行 爲

出兵ヲ要求スル權アル官憲ヨリノ出兵要求ニ故ナク應セザルニ因テ成立ス。分説スルコト左ノ如シ。

(a) 出兵ヲ要求スル官憲ヨリノ出兵請求アリタルコトヲ要ス。

出兵請求ノ權アル官憲トハ、警視總監、北海道廳長官、府縣知事（東京府ヲ除ク）、樺太廳長

第二編 內論（對象論） 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三四七
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

官、朝鮮、臺灣ノ各總督、滿洲國駐劄特命全權大使等ノ地方行政官廳ヲ指スナリ(警視廳官制五。北海道廳官制五。地方官官制七。樺太廳官制五。朝鮮總督府官制三ノ二。臺灣總督府官制三ノ二。關東局官制六)。是等ノ官廳ハ夫々ノ官制ノ規定ニ基キ管内ノ安寧秩序ヲ保持スル爲本來有スル警察力ノミニ依リ得ザル場合當該軍司令官又ハ師團長ニ對シ出兵ヲ請求スルノ權能ヲ有ス。

(b) 故ナク出兵ノ請求ニ應セザルコトヲ要ス

前記出兵請求ノ權アル地方行政官廳ヨリ出兵ノ請求ヲ受ケタル師團長又ハ軍司令官ガ正當ノ事由ナキ場合ナルニ非ザルニ拘ラズ該要求ヲ拒否シテ出兵ヲ爲サザル行爲アルヲ要スルナリ。而シテ正當ノ事由アリヤ否ハ之ヲ事後ノ審査ニ於テ裁判官ガ客觀的ニ判定スベキ事項ニ屬ス。固ヨリ斯カル事由ガ自然界ノモノナルト否トヲ問フコトナシ。

次ギニ、師團長又ハ軍司令官ハ如何ナル程度ニ於テ出兵ノ請求ニ拘束セラルルカ。凡ソ出兵請求ガ其ノ權能アル行政官廳ヨリ發セラレタルモノナラザルベカラザルコトハ勿論ナルヲ以テ、若シ右請求ガ形式上當該官廳ヨリ出デタルモノニ非ザルトキハ之ニ應ズベキ義務ナシト謂フベク、即チ出兵請求ノ形式的效力ニ關シテハ師團長又ハ軍司令官ニ於テ審査ヲ爲スノ職責ヲ有ス。然ラバ更ニ該請求ガ其ノ際ノ狀況ニ照シテ果シテ必要ナルモノナリヤノ實質ニ

立入ツテ審査ヲ施スヲ得ベキカ。現行法ノ解釋トシテハ消極ニ解スベシトノ意見アランモ、予ハ出兵ノ必要アリヤ否ハ究局用兵上ノ見地ヨリ判斷セラルベキ事項ナルヲ以テ、若シ軍司令官、師團長等ニ於テ軍事上ノ立場ヨリ見テ出兵ノ必要ナシト思料シタルトキハ、出兵請求ヲ拒否スルコトヲ妨ケゲザルモノト解ス。若シ然ラズシテ形式上適法ナル出兵請求アリタル以上、師團長等ハ其ノ實質上ノ理由アリヤ否ニ拘ラズ絶對該要求ヲ受託セザルベカラズト爲サンガ、軍事上ノ必要ヲ不當ニ歪曲スルノ危險ヲ生ジ、文武互ニ侵スベカラザルノ原則ヲ破ルモノニシテ其ノ許スベカラザルヤ言フ俟タザル所ナレバナリ。

(二) 處罰

二年以下ノ禁錮。

第五段 船舶不法退去ノ罪

一 序説

船舶不法退去ノ罪ノ規定ハ、輸送船舶ニ乗組ミタル將校ガ當該船舶輸送ノ目的達成上負擔スル特別ナル又ハ一般的ナル義務ニ違反スルコトヲ防止スルヲ本旨トス。行爲ハ前條ノ場合ト同様、義務不履行ヲ實質トスルモノナレドモ、究局ニ於テ右行爲ガ船舶輸送ノ確實ナル運営ヲ害シ、延テ作戰遂行ニ

第二編 内論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三四九
 第二編 内論(對象論) 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

支障ヲ生ゼシムルコトヲ慮リタルコトハ言フ俟タズ。

二本説

(一) 基本類型(四五)

(a) 主體

將校ナルコトヲ要ス。即チ兵科將校及本法第十條ニ規定シタルモノヲ悉ク包含ス。此ノ中、海軍ニ屬スルモノニ在リテハ第九條第三號ニ該當スルモノナルコトヲ要スルハ勿論ナリ。尙將校ノ意義ニ付テハ總則ノ説明ヲ參照スベシ。將校以外ノ者ハ複合關係ニ於テ主體タリ得ベシ。

(b) 行爲

(I) 様態

將校ガ部隊又ハ一部ノ兵員ヲ率キテ又ハ之ニ屬シテ輸送船舶中ニ在リテ敵ノ船舶ニ遭遇シタル際ナルコトヲ要ス。

(a) 部隊又ハ一部ノ兵員ヲ率キ又ハ之ニ屬スルコト

部隊ノ意義ニ關シテハ既述セリ。一部ノ兵員トハ、通説ニ依レバ部隊ヲ成サザル軍人及準軍人ノ集團ヲ謂フ。然レドモ、部隊就中軍隊ノ觀念ヲ廣ク解スルトキハ、軍隊ノ一部ニ

シテ正當ナル統率者ヲ有スル限り、同ジク軍隊ト稱スルコトヲ得ベク、又異ナル數多ノ軍隊ヨリ若干ノ軍人ヲ抽出シテ臨機ニ一集團ヲ形成シタル場合ノ如キモ指揮者ヲ設ケラレタル以上仍軍隊ト爲スニ妨ゲナカルベシ。從テ「一部ノ兵員」ヲ、特ニ「部隊」ノ外ニ掲グルノ要アリヤ疑ハシ。

本罪ノ主體タル將校ハ、部隊又ハ一部ノ兵員ニ對シ指揮官タル地位ニ在ルカ又ハ指揮官ニ非ズシテ單ニ部隊若ハ一部ノ兵員中ニ所屬スル關係ヲ有スベキモノトス。而シテ指揮官タル地位ハ、必ズシモ部隊又ハ一部ノ兵員ノ本來ノ長官タル場合ニ限ラズ、事務上命令ヲ爲ス權能ヲ有スル場合、例ヘバ所謂輸送指揮官又ハ監督將校(作要三部一〇、五四)ノ如キモノヲモ包含ス。

(β) 輸送船舶内ニ在ルコト

將校ガ部隊又ハ一部ノ兵員ヲ指揮シ又ハ之ニ屬シテ輸送船舶内ニ現ニ塔乗スル場合ナルコトヲ要ス。輸送船舶トハ、陸軍ノ軍隊又ハ軍需品ノ運送ニ供セラルル船舶ナリ。固ヨリ輸送船舶ガ航行中ナルト碇泊中ナルトヲ問フコトナシ。

(γ) 敵ノ艦船ニ遭遇シタル際ナルコト

第二編 内論(對象論) 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三五二

敵トハ、戰爭、事變其ノ他國ノ内外ノ異變ニ於ケル武力格闘ノ相手方タル個人又ハ團體ヲ總稱ス。艦船トハ、軍艦ハ勿論其ノ他一切ノ船舶ヲ包含シ、敵ノ支配ニ在ルモノナルヲ要ス。艦船ニ遭遇スルトハ、必ズシモ我方ノ不意ニ出ヅルコトヲ要セズ、豫期ニ基ク場合モアリ得ベシ。又單ニ敵ノ艦船ヲ認識シル得ル状態ニ於テ場所的ニ近接スルヲ以テ足り、艦船ト戰闘ヲ交ヘ又ハ交ヘントシタルコトヲ要セズ。然レドモ本條ハ其ノ危険ノ存スルコトヲ當然ノ前提トスルモノト爲サザルベカラズ。

Ⅲ 内容

盡スベキ所ヲ盡サズシテ船舶ヲ退去スルニ因テ成立ス。

- (a) 「盡スベキ所ヲ盡サズ」ノ意義ニ關シテハ、第四十三條ノ場合ト同様、專ラ當時ノ事情ニ基キ客觀的ニ判定セラルベキモノニシテ、或ハ進ンデ敵ト戰闘ヲ交ヘ或ハ專ラ防備ニ努メ乃至ハ部隊ヲ安全ニ退避セシメ又ハ輸送船舶ヲ自沈スル等機宜ノ處置ヲ取ラザルベカラザルニ拘ラズ(作要三部七四、七五)、斯ル處置ヲ講ズルコトナキヲ謂フモノナリ。而シテ該處置ヲ爲スベキ義務ハ、元來船舶輸送ノ業務ヲ掌ル將校ガ第一次的ニ負擔スベキモノナレドモ、本條ハ其ノ業務ニ直接關與セザル將校ト雖モ苟モ部隊又ハ一部兵員ヲ指揮シ又ハ之ニ

所屬スル以上、敵ノ艦船ト遭遇シタル場合ニハ將校タル身分ニ基キ其ノ危機ヲ脱出スル善後措置ヲ取ルベキモノト爲スナリ。

- (β) 船舶ヲ退去スルトハ、將校ガ其ノ乗組メル輸送船ヨリ一時的ニ又ハ永久的ニ退出スルヲ謂フ。爾後逃走スルト潜伏スルトヲ區別セズ。之ガ動機ノ如何ヲ問フコトナシト雖モ、敵ヲ利スル意圖アル場合ニハ結局叛亂ノ罪ノ成立アルニ過ギザルベシ。

退去ハ將校ガ兵員ヲ殘置シタル儘單身實行スル場合多カルベシト雖モ、同船ノ他ノ將校ト共同シ又ハ兵員ノ一部ヲ伴ヒテ爲ス場合アリ得ベシ。

- (γ) 輸送船ノ危機ヲ脱出センガ爲友軍トノ連絡等ノ目的ヲ以テ一時船舶ヲ退去スル行爲ハ、夫レ自體トシテハ盡スベキ所ヲ盡サズシテ退去シタルガ如キ外觀ヲ呈スト雖モ、正當事由ナクシテ盡スベキ所ヲ盡サザリシモノニ非ザル意味ニ於テ未ダ本罪ヲ構成スルニ足ラザルハ言フ俟タズ、換言スレバ、本條ニハ別ニ「故ナク」ノ字句ヲ掲ゲザルモ行爲ノ要件トシテハ當然想定セラルベキモノナリ。

(2) 處罰

死刑、無期若ハ十年以上ノ懲役又ハ禁錮。

(二) 修正類型(五六)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

三 餘 說

本罪ノ行爲ハ敵ノ艦船ニ遭遇シタル場合ニ行ハルルモノナルヲ以テ、敵前ニ於ケルモノト謂フコトヲ得ベシ。而シテ退去ガ所屬部隊ノ長ノ統制關係ヲモ同時ニ離脱スル犯意ノ下ニ行ハルルトキハ逃亡行爲タル性質ヲモ帶ブベシ。從テ此ノ場合ニハ船舶不法退去ノ行爲ガ一面ニ於テ敵前逃亡乃至奔敵ノ罪ヲ構成シ、想像的競合ノ關係ヲ生ズルモノト解ス。

次ニ、不法退去ノ罪ト逃避ノ罪トノ關係ニ於テ、例ヘバ司令官ガ部隊ノ大部ヲ殘置シ一部ヲ引率シテ不法ニ船舶ヲ退去シタル場合ハ、單ニ後者ノ罪トシ成立スベシトノ說アルモ、予ハ不法退去ノ罪ハ水上輸送業務ノ特殊性ニ鑑ミ設ケラレタルモノニシテ、偶々之ニ附隨シテ攻撃、防禦等ノ戰鬪行動ヲ生ジ得ベク、從テ其ノ離脱企圖トシテ一般ノ逃避行爲アリ得ベシト雖モ、之ヲ本來戰鬪行動上從事スル場合ト同視スルハ酷ニ失スル爲特ニ刑モ減輕シタルモノト解スルヲ以テ、假令第四十二條ニ該當スル行爲アリトモ第四十五條ノミヲ適用スベキモノト爲スナリ。

第六段 部下犯罪不鎮定ノ罪

一 序 說

凡ソ部隊統率ノ權ヲ有スル軍人ハ其ノ軍紀保持ニ付全責任ヲ負擔シ、苟モ部下ニ犯罪ヲ企圖スル如キ者ナキ様居常嚴重ナル監督ヲ實施セザルベカラザルト共ニ、若シ不幸ニシテ犯罪ノ發生ヲ見タル場合ニハ、自己ノ權限ノ許ス限リ其ノ鎮壓及再發豫防ノ爲萬遺憾ナキ處置ヲ講ズルノ義務ヲ有ス。本法四十六條ノ規定ハ此ノ義務ヲ基礎トシテ設ケラレタルモノニ外ナラズ。然レドモ義務懈怠ノ一切ノ場合ヲ刑罰ノ制裁ニ委スルハ酷ニ失スル嫌アルヲ以テ、部下ノ犯罪中軍内ニ於テ比較的的生起シ易クシテ且鎮壓ノ困難ナル集團的形態ヲ執ルモノノミニ限定セラレタルナリ。

二 本 說 (四六)

(一) 要件

(1) 主 體

陸軍軍人ナルコトヲ要ス。將校タルト下士官、兵タルト間フコトナシ。然レドモ部下ヲ有スル軍人ナラザルベカラズ。即チ身分上指揮ヲ受クル者ヲ屬セシメラレタル軍人ニ限ル。然レド

第二編 內論(對象論) 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三五五

モ必ズシモ司令官其ノ他長官タルヲ要セズ、長官ノ下ニ在リテ一部ノ兵員ノミヲ隸屬セシメラレタル者モ亦本條ノ主體タリ得ベシ。部下ヲ有セザル軍人及軍人以外ノ者ハ複合關係ニ於テ教唆又ハ幫助トシテ主體タル場合アリ。

(2) 行爲

(a) 様態

部下多衆共同シテ罪ヲ犯スニ當リテ爲サルヲ要ス。

① 部下ノ語ハ、一般ニハ身分上本來ノ隸屬關係アルモノノミヲ示ス意義ニ使用セラルルモノナレドモ（陸憲令二一以下。陸會二一―一六、三三、三四―軍内第六）、本條ノ所謂部下ニハ其ノ外例ヘバ軍隊區分ニ依テ臨時ニ隸屬關係ヲ生ジタル場合ヲモ包含スルモノト解ス（作要一部一六、二四）。之蓋シ犯罪鎮定ノ責任ハ軍隊統率ノ權能ニ隨伴スベキモノナルガ爲ナリ。從テ統率ト稱シ得ザル特定ノ事務ニ於ケル指揮關係ニ在ル者ノ如キハ本條ノ部下ニ包含セラレザルモノト爲サザルベカラズ。尤モ立法論トシテハ、斯カル者ノ犯罪ノ不鎮定ニ付テモ同様刑罰法上ノ制裁ヲ科スルノ要アルモノト思料ス。

② 多衆共同ノ意義ニ就テハ既ニ第二十二條ノ場合ニ説明シタルヲ以テ再言セズ。但シ多衆

共同シテ犯ス罪ノ種類ハ同條ト異リ、如何ナルモノニテモ差支ナク又陸軍刑法上ノモノニ限ラザルナリ。「犯スニ當リ」トハ犯罪ノ實行中ノ場合ノ外將ニ實行ニ著手セントスル場合ヲモ包含スルモノト解ス。又犯ス罪ハ著手以後ノ行爲ノミナラズ豫備陰謀ガ犯罪トセラルルニ限り仍本罪ノ所謂「罪」ノ中ニ包含セララルモノト謂フベシ。固ヨリ多衆ガ悉ク犯罪ノ實行自體ヲ共同ニスルノ要ナシ。

(b) 内容

部下多衆共同シテ罪ヲ犯スニ當リ之ガ鎮定ノ方法ヲ盡サザルニ依テ成立ス。

部下多衆共同シテ罪ヲ犯スコトヲ知り乍ラ其ノ鎮壓ノ爲ニ自己ノ權限内ニ於テ爲シ得ル處置ヲ故意ニ又ハ過失ニ因テ執ラザル不作爲ヲ要スルナリ。如何ナル處置ヲ執ルベキカハ具體的事情ニ從ヒテ決セラルベキ事項ナリ。而シテ鎮定ノ方法ヲ盡シタリヤ否ハ事後ノ審査ニ於テ裁判官ノ判定ニ俟タザルベカラズ。本罪ハ苟モ鎮定ノ爲客觀的ニ必要ト認メラルル一切ノ手段ヲ施シタル以上、現實ニ該手段ガ效ヲ奏シタリヤ否ハ敢テ問フ所ニ非ズ。

(二) 處罰

三年以下ノ禁錮。

三、餘 說

本罪ノ行爲ハ前述ノ如ク部下ノ犯罪ノ鎮壓ヲ故意又ハ過失ニ因テ懈怠スルニ在ル以上、之ガ爲犯罪遂行ニ對スル障礙ガ少クトモ一時的ニ除去セラレ、從テ犯罪ヲ容易ナラシムルコトト爲ル場合アリ得ベシ。サレバ故意ニ本罪ヲ犯シタル者ニ付テハ一面多衆共同ノ罪ノ從犯ノ成立ヲ見ルヤノ問題ヲ生ズルナリ。予ハ從犯ハ作爲ノミナラズ不作爲ニ依リテモ成立スト雖モ必ず正犯ノ犯罪實行ヲ容易ナラシムルノ意思アルコトヲ必要トシ、他方不鎮定ノ罪ガ專ラ職務違背其ノモノヲ罰スルヲ趣旨トシ相互ニ法益ヲ異ニストノ理由ニ依リ、若シ故意ニ鎮定ノ方法ヲ盡サザル者ガ同時ニ多衆共同ノ罪ノ實行ヲ幫助スルノ意思ヲ抱懷スル場合ニ限り第四十六條ノ罪ト多衆共同ノ罪ノ從犯トノ想像的競合ノ關係ヲ生ズルモノト解セント欲ス。

第二目 軍隊指揮ヲ妨害スル罪

第一段 汎 論

軍隊指揮ヲ妨害スル罪ノ規定ノ趣旨ハ、第一目ニ於テ述べタル罪ガ指揮官自身ノ統率權行使ノ不適

正ヲ防壓スルニ對シ、外部ヨリ指揮官ノ統率權ノ的確ナル行使ヲ誤ラシムル行爲ヲ爲スヲ取締ルニ存ス。從テ或ル意味ニ於テハ軍ノ行動ノ外部的發現ノ安全ヲ保護スルノ色彩ヲ帶ブト雖モ、統率權行使ノ前提タル各種輔佐行爲ノ公正ヲ法益ト爲シ、該公正保持ノ職責ノ懈怠ヲ處罰對象ト爲ス點ニ於テ行動ノ内部的公正ヲ保護スル規定ノ一種ト爲スベキナリ。

本法ニ於テハ右ノ如キ統率權妨害行爲中最モ危険性ノ大ナル虛偽命令又ハ報告ニ關スルモノノミヲ規定セリ。蓋シ此等行爲ハ軍隊指揮ノ基本ヲ爲スモノニシテ（作要第一部第二篇參照）、戰鬥遂行上ノ最大前提要件ノ一ト謂フベシ。而シテ虛偽ノ命令通報又ハ報告ニ關スル罪ハ特ニ此等ノ職務ニ從事スル者ノ犯ス場合ト然ラズシテ單ニ軍ノ構成員タル一般の地位ニ基ク義務ニ違背シテ犯ス場合トニ分タル。現行法上前者ハ辱職ノ罪トシテ、後者ハ違令ノ罪トシテ規定セラルルモ實質ヲ同フスルモノアルヲ以テ以下併セテ説明ヲ爲サントス。

第二段 職務アル者ノ妨害罪

本罪ハ更ニ之ヲ虛偽報告ノ罪ト命令等不法傳達ノ罪トノ二種ニ分ツヲ得ベシ。