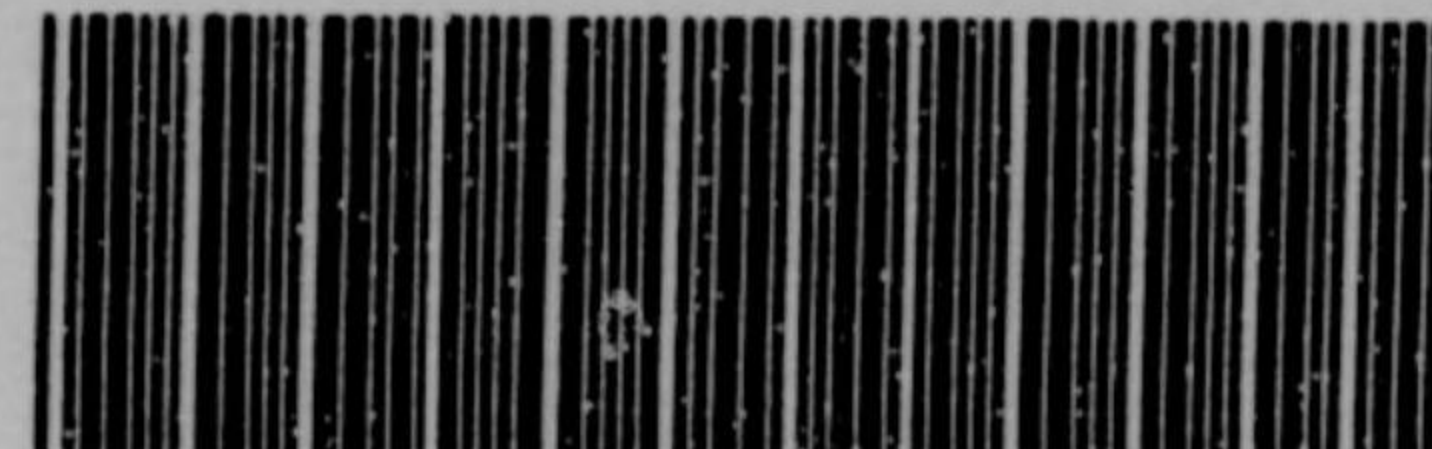


328.391  
Sub94r



\*0056218000\*

0056218-000

328.391-Su694r

陸軍刑法原論

菅野保之・著

松華堂書店

1940

AJB



法律資料



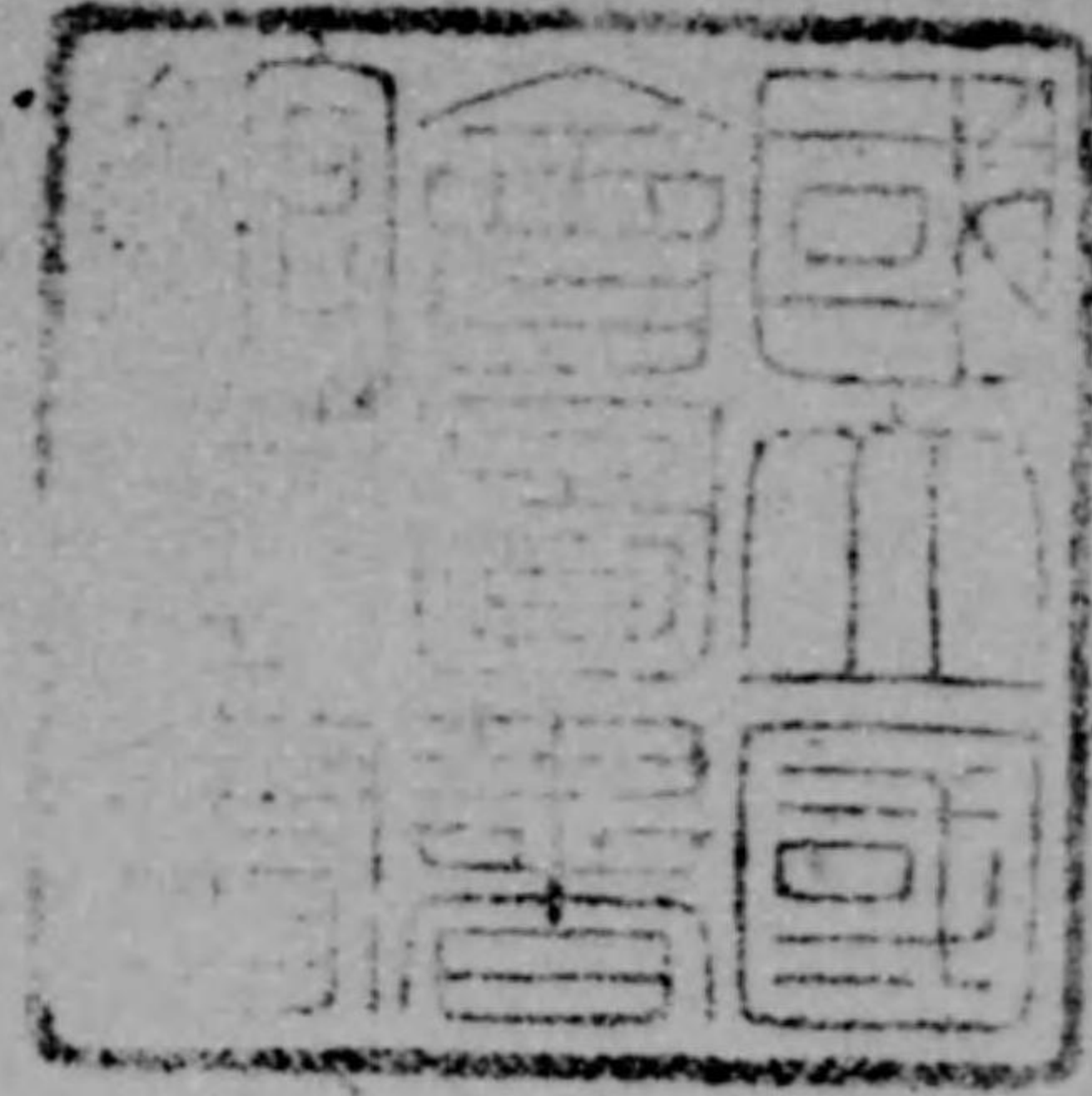
陸軍法務官  
兼陸軍教授 菅野保之著

# 陸軍刑法原論

東京 松華堂發行



328.391 Su 6942



282539

凡例

- 一 題シテ「陸軍刑法原論」ト言フモ、實ハ陸軍憲兵學校ニ於ケル陸軍刑法ノ講述ニ際シ謄寫ニ付シテ豫メ學生ニ配布シタル講義ノ要領ニ多少ノ補修ヲ加ヘタルモノニ過ギズ。其ノ未熟ナル私見隨處ニ尠カラザルニ拘ラズ、敢テ之ヲ著書トシテ公刊スル所以ノモノ、唯學生ノ爲閱讀ノ便ヲ圖リ、併セテ此ノ機ニ於テ識者ノ叱正ヲ乞ヒ、斯學研究ノ一段階ト爲サンコトヲ期スルニ在ルノミ。
- 二 引用シタル判例ハ主トシテ陸軍高等軍法會議及大審院ノ示シタルモノニ係リ、前者ハ昭和十五年十月分マデ、後者ハ同年七月分マデヲ夫々參照スルヲ得タリ。
- 三 本書成ルニ付テハ内外諸家ノ著書論文ニ負フ所極メテ大ニシテ、就中比較的重要ナル問題ニ關シテハ我國ニ行ハルル有力ナル學說ノ要旨ヲ成ルベク紹介スルニ努メタリ。然レドモ一々其ノ出所ヲ示スコトハ、本來講義ニ讓ルベキモノナルヲ以テ煩ヲ虞レテ之ヲ爲サズ。因ミニ我國ノ主要ナル文献ニ付テハ書中ニ之ヲ説明セリ。外國ノ文献中

凡例

一



特ニ参考トスヘキモノトシテハ

- (1) Banning, Military law, 7ed. 1929.
- (2) Pratt, Military law, 18ed. 1910.
- (3) Ball, Digest of Davis' Military law, 1917.
- (4) Hugueney, Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaire, 1933.
- (5) Dietz, Militärstrafrecht, 1916.
- (6) v. Koppmann und Weigel, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch, 3. Aufl. 1903.
- (7) Max Ernst Mayer, Deutsches Militärstrafrecht. 2 Bde. 1907.
- (8) Ritterau, Militärstrafgesetzbuch, 2. Aufl. 1935.
- (9) Romen-Rissom, Militärstrafgesetzbuch, 3. Aufl. 1918.
- (10) Rotermund, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch, 1909.
- (11) Eberhard Schmidt, Militärstrafrecht, 1936.
- (12) Frich Schwinge, Militärstrafgesetzbuch, 2. Aufl. 1939.

等アリ。彼ノ地ニ於テ行ハルル文献ノ詳細ハ此等ノ圖書ニ就テ之ヲ窺知スルコトヲ得ベシ。

#### 四 主要ナル略語解ヲ掲グルコト左ノ如シ。

- 法……………法律
- 勅……………勅令
- 太布……………太政官布告
- 軍陸……………軍令陸
- 陸令……………陸軍省令
- 制……………制令
- 律……………律令
- 憲……………憲法
- 刑……………刑法
- 陸刑……………陸軍刑法
- 刑訴……………刑事訴訟法
- 陸會……………陸軍軍法會議法
- 陸監令……………陸軍監獄令
- 陸監細……………陸軍監獄令施行細則
- 兵法……………兵役法



- 兵施規……………兵役法施行規則
- 召規……………陸軍召集規則
- 作要……………作戰要務令
- 衛勤……………衛戍勤務令
- 軍内……………軍隊内務書
- 大判……………大審院判決
- 高判……………陸軍高等軍法會議判決
- 海高判……………海軍高等軍法會議判決
- 錄……………大審院判決錄
- 集……………大審院判例集

本文ニ條數ノミヲ示シテ法規名ヲキモノハ總テ陸軍刑法典ノ條項ナリ。條項ヲ示スニハ例ヘバ陸軍軍法會議法第二百三十六條第一項第三號ハ「陸會二三六一三」ノ如クセリ。

昭和十五年十一月

著者

# 陸軍刑法原論 目次

**第一編 外論 (方法論)**……………

**第一章 陸軍刑法學ノ觀念**……………

- 一 陸軍刑法學ノ意義(一)
- ニ於ケル地位(二)
- 二 陸軍刑法學ノ種類(三)
- 三 陸軍刑法學ノ法學體系中……………

**第二章 陸軍刑法學ノ方法**……………

- 一 汎說(一)
- 二 陸軍刑法學ノ概念構成(七)
- 四 陸軍刑法ノ解釋(二)
- 三 陸軍刑法學ノ認識素材(法源)(九)

**第三章 陸軍刑法學ノ歴史**……………

**第二編 内論 (對象論)**……………

**第一部 序論**……………

**第一章 陸軍刑法ノ觀念**……………

- 一 陸軍刑法ノ意義(一七)
- 二 陸軍刑法ノ種類(一八)
- 三 陸軍刑法ノ法體系中ニ於ケ……………

目次



凡地位(一九)

第二章 陸軍刑法ノ目的

- 一 陸軍刑法ノ保護客體(二)
- 二 陸軍刑法ノ機能の本質(三)

第三章 陸軍刑法編纂ノ方針

第四章 陸軍刑法ノ歴史

第五章 陸軍刑法ノ效力

第一節 對人の效力

第二節 時間の效力

第三節 場所の效力

第二部 本論

第一門 總論

第一章 汎論

第一節 犯罪ノ觀念

- 一 犯罪ノ意義(四)
- 二 犯罪ノ本質(六)
- 三 犯罪ノ種類(五)

第二節 犯罪ノ要件

- 一 構成要件(五)
- 二 處罰要件(七)
- 三 訴追要件(七)

第二章 犯罪ノ構成

第一節 犯罪ノ主體

第一款 主體ノ性質

第一項 總論

第二項 各論

第一目 戦力ノ現實的構成員

第一段 陸軍軍人

- 一 汎說(五)
- 二 陸軍軍人一般ノ資格(六)
- 三 陸軍軍人ノ特殊資格(六)

第二段 準陸軍軍人

- 一 汎說(六)
- 二 陸軍所屬ノ學生生徒(六)
- 三 陸軍軍屬(七)
- 四 陸軍ノ勤務ニ服スル海軍軍人(七)

第二目 戦力ノ現實的構成員ニ非サル者

- 一 汎說(七)
- 二 在郷軍人ノ性質(七)



第二款 主體ノ複合

第一項 複合ノ實體

一 汎説(六七) 二 實體ノ刑事責任(七)

第二項 複合ノ形式

第一目 汎論

第二目 陸軍刑法ニ於ケル複合ノ特別形式

一 汎説(八〇) 二 結黨(八一) 三 黨與(八三) 四 多衆聚合(八五)

第二節 犯罪ノ客體

第一款 總論

第二款 各論

第一項 人的客體

第一目 戦力ノ現實的構成員

第一段 本來ノ構成員

一 上官(八八) 二 司令官(九四) 三 哨兵(九四) 四 職務執行中ノ陸軍軍人(九四)

第二段 構成員ニ準ズル者

第二款 主體ノ複合

第一項 複合ノ實體

一 汎説(六七) 二 實體ノ刑事責任(七)

第二項 複合ノ形式

第一目 汎論

第二目 陸軍刑法ニ於ケル複合ノ特別形式

一 汎説(八〇) 二 結黨(八一) 三 黨與(八三) 四 多衆聚合(八五)

第二節 犯罪ノ客體

第一款 總論

第二款 各論

第一項 人的客體

第一目 戦力ノ現實的構成員

第一段 本來ノ構成員

一 上官(八八) 二 司令官(九四) 三 哨兵(九四) 四 職務執行中ノ陸軍軍人(九四)

第二段 構成員ニ準ズル者

第三節 犯罪行爲

第一款 行爲ノ要素

第一項 主觀的要素

一 汎説(100) 二 責任能力(101) 三 責任條件(103)

第二項 客觀的要素

一 汎説(104) 二 危險性(105) 三 違法性(106)

第二款 行爲ノ様態

第一項 總論

第二項 各論

第一目 時間的様態

一 汎説(119) 二 陸軍刑法ニ於ケル時間的様態(119)

第二項 物的客體

一 汎説(九七) 二 軍用ニ供スル物(九七)

第二目 戦力構成員ニ非ザル者

一 汎説(九七) 二 陸軍ト共同作戰ニ從フ帝國ノ海軍軍人(九七) 三 陸軍ト共同作戰ニ從フ外國ノ陸海軍所屬者(九七)

第三節 犯罪行爲

第一款 行爲ノ要素

第一項 主觀的要素

一 汎説(100) 二 責任能力(101) 三 責任條件(103)

第二項 客觀的要素

一 汎説(104) 二 危險性(105) 三 違法性(106)

第二款 行爲ノ様態

第一項 總論

第二項 各論

第一目 時間的様態

一 汎説(119) 二 陸軍刑法ニ於ケル時間的様態(119)



第二目 場所の様態

一 汎説(三三)

二 陸軍刑法ニ於ケル場所の様態(三三)

一三四

第三目 關係の様態

一 汎説(三九)

二 陸軍刑法ニ於ケル關係の様態(三九)

一三五

第三章 犯罪ノ效果

第一節 汎論

一三九

第二節 刑罰

一四〇

第一款 汎論

一四〇

- 一 刑罰ノ意義(四〇)
- 二 刑罰ノ本質(四一)
- 三 刑罰ノ機能(四三)
- 四 刑罰ノ種類(四四)

第二款 刑罰ノ適用

一四八

- 一 汎説(四四)
- 二 刑罰ノ輕重ノ順位(四五)
- 三 刑罰量ノ算出(四五)
- 四 刑罰ノ特定(四六)
- 五 刑罰ノ免除(四七)

第三款 刑罰ノ執行

一六三

- 一 總説(六三)
- 二 各説(六四)
- 三 餘説(七〇)

第四款 刑罰ノ消滅

一六六

第二門 各論

- 一 總説(七〇)
- 二 各説(七九)

一八七

第一類 汎論

一八七

第二類 陸軍ノ存立ヲ保護スル規定

一九〇

- 一 各論ノ認識目的(七八)
- 二 各論ノ對象(八〇)
- 三 各論ノ方法(八〇)

第一章 汎論

一九〇

第二章 內的存立ヲ保護スル規定(反亂ノ罪)

一九一

第一節 序論

一九一

第二節 本論

一九三

第一款 反亂ヲ爲ス罪

一九三

- 一 基本類型(一九三)
- 二 修正類型(一九〇)

第二款 反亂ノ爲ノ劫掠罪

一九六

- 一 基本類型(一九〇)
- 二 修正類型(二〇〇)

第三款 反亂者ヲ利スル罪

二〇〇

- 一 本論(二〇〇)
- 二 餘論(二〇二)



第三節 餘論

第三章 外的存立ヲ保護スル規定(利敵ノ罪)

第一節 序論

第二節 本論

第一款 個別的利敵罪

第一項 絶對的利敵罪

一 基本類型(110) 二 修正類型(110)

第二項 相對的利敵罪

一 基本類型(111) 二 修正類型(111)

第二款 補充的利敵罪

一 基本類型(112) 二 修正類型(112)

第三類 陸軍ノ實體ヲ保護スル規定

第一章 汎論

第二章 陸軍ノ構成ヲ保護スル規定

第一節 人的構成ヲ保護スル規定

第一款 逃亡ノ罪

第一項 汎論

第二項 職役離脱ノ罪

第一目 本論

第一段 總論

一 職役ノ觀念(113) 二 職役ノ離脱(113) 三 期間ノ經過(113)

第二段 各論

甲 單純職役離脱ノ罪

一 基本類型(114) 二 修正類型(114)

乙 黨與職役離脱ノ罪

一 基本類型(115) 二 修正類型(115)

第二目 餘論

一 職役離脱ノ罪ト囚人逃走罪トノ關係(116) 二 職役離脱ノ罪ト結黨罪トノ關係(116)

第三項 奔敵ノ罪

第一目 序論



第二目 本論.....三四

    一 基本類型(三四)    二 修正類型(三五)

第三目 餘論.....三六

    一 奔敵罪ト叛亂ノ罪トノ關係(三六)    二 奔敵罪ト辱職罪トノ關係(三六)

第二款 兵役義務不履行ノ罪.....三六

  第一項 汎論.....三六

  第二項 兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪.....三六

    第一目 陸軍軍人ノ兵役義務一般ノ免脱ニ關スル罪.....三六

      第一段 本論.....三六

        一 要件(三六)    二 處罰(三七)

      第二段 餘論.....三七

        一 兵役法違反罪トノ關係(三七)    二 特殊義務免脱ニ關スル罪トノ關係(三九)    三 銃砲不法發射ノ罪トノ關係(三九)

    第二目 在郷軍人ノ召集免脱ニ關スル罪.....三九

      一 要件(三九)    二 處罰(四〇)

第三項 特殊義務免脱ニ關スル罪.....四〇

  第一目 序論.....四〇

  第二目 本論.....四〇

    一 基本類型(四〇)    二 修正類型(四一)

第四項 召集違期ノ罪.....四一

  第一目 序論.....四一

  第二目 本論.....四一

    一 要件(四一)    二 處罰(四二)

第二節 物の構成ヲ保護スル規定.....四二

  第一種 軍用物損壞ノ罪.....四二

    第一款 序論.....四二

    第二款 本論.....四二

      第一項 總論.....四二

        一 主體(四二)    二 客體(四三)

      第二項 各論.....四三



- 第一目 燒燬罪.....二五五
  - 第一段 總論.....二五五
  - 第二段 各論.....二五五
    - 甲 不動産又ハ重要ナル動産タル軍用物ノ燒燬罪.....二五五
      - 一 基本類型(三五〇) 二 修正類型(三五〇)
    - 乙 其ノ他ノ動産タル軍用物ノ燒燬罪.....二五八
      - 一 基本類型(三五〇) 二 修正類型(三六一)
  - 第二段 激發物破裂罪.....二六三
    - 第一段 本論.....二六三
      - 一 基本類型(三六一) 二 修正類型(三六一)
    - 第二段 餘論.....二六三
  - 第三目 毀損罪.....二六四
    - 一 基本類型(二六四) 二 修正類型(二六六)
  - 第四目 毀傷罪.....二六六
    - 一 要件(二六六) 二 處罰(二六九)
  - 第三款 餘論.....二六九

- 第二種 軍用物缺乏ノ罪.....二七〇
  - 第一款 序論.....二七〇
  - 第二款 本論.....二七一
    - 一 基本類型(二七一) 二 修正類型(二七三)
  - 第三款 餘論.....二七三
- 第三種 有害飲食食物配給ノ罪.....二九四
  - 第一款 序論.....二九四
  - 第二款 本論.....二九四
    - 一 基本類型(二九五) 二 修正類型(二七六)
  - 第三款 餘論.....二七七
- 第三章 陸軍ノ秩序ヲ保護スル規定.....二七七
  - 第一節 汎論.....二七七
  - 第二節 統率者ノ人格ヲ保護スル規定.....二七九
  - 第一款 汎論.....二七九



第二款 上官暴行脅迫ノ罪……………三六〇

第一項 本論……………三六〇

第一目 總論……………三六〇

一 主體(三六〇) 二 客體(三六一) 三 行爲(三六二)

第二目 各論……………三六三

甲 單純上官暴行脅迫ノ罪……………三六三

一 基本類型(三六三) 二 修正類型(三六三)

乙 黨與上官暴行脅迫ノ罪……………三六四

一 基本類型(三六四) 二 修正類型(三六五)

丙 用兵器上官暴行脅迫ノ罪……………三六五

一 基本類型(三六五) 二 修正類型(三六六)

丁 黨與用兵器上官暴行脅迫ノ罪……………三六六

一 基本類型(三六七) 二 修正類型(三六七)

第二項 餘論……………三六八

一 陸軍軍人ト然ラザル者トガ共同正犯トナリタル場合ノ上官暴行脅迫ノ罪ノ構成關係(三六八) 二 上官暴行ノ罪ト傷害殺人ノ罪トノ關係(三六九)

第三款 上官侮辱ノ罪……………三九〇

第一項 本論……………三九〇

第一目 總論……………三九〇

一 主體(三九〇) 二 客體(三九〇) 三 行爲(三九二)

第二目 各論……………三九一

第一段 面前侮辱ノ罪……………三九一

一 要件(三九一) 二 處罰(三九二)

第二段 公然侮辱ノ罪……………三九三

一 要件(三九三) 二 處罰(三九四)

第二項 餘論……………三九三

第三節 陸軍ノ治安ヲ保護スル規定……………三九五

第一款 汎論……………三九五

第二款 多衆聚合暴行脅迫ノ罪……………三九七

第一項 序論……………三九七



第二項 本論

一 基本類型(三九〇) 二 修正類型(三九二)

第三項 餘論

第三款 政治關與ノ罪

第一項 序論

第二項 本論

一 要件(三五五) 二 處罰(三九九)

第三項 餘論

第四款 結黨ノ罪

第一項 序論

第二項 本論

一 要件(三二二) 二 處罰(三二五)

第三項 餘論

第四類 陸軍ノ機能ヲ保護スル規定

第一章 汎論

第二項 本論

一 基本類型(三九〇) 二 修正類型(三九二)

第三項 餘論

第三款 政治關與ノ罪

第一項 序論

第二項 本論

一 要件(三五五) 二 處罰(三九九)

第三項 餘論

第四款 結黨ノ罪

第一項 序論

第二項 本論

一 要件(三二二) 二 處罰(三二五)

第三項 餘論

第一章 汎論

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

第一款 擅權ノ罪

第一項 序論

第二項 本論

第一目 不法戦闘開始ノ罪

一 本説(三二一) 二 餘説(三二三)

第二目 不法戦闘繼續ノ罪

一 基本類型(三三〇) 二 修正類型(三三六)

第三目 不法軍隊進退ノ罪

第一段 本論

一 基本類型(三三〇) 二 修正類型(三三六)

第二段 餘論

第四目 不法戦闘ノ罪

第一段 本論



- 一 基本類型(三三〇) 二 修正類型(三三三)
- 第二段 餘論.....三三三
- 第二款 辱職ノ罪.....三三三
- 第一項 序論.....三三三
- 第二項 軍隊指揮ニ關スル罪.....三三三
- 第一目 軍隊指揮ヲ完フセザル罪.....三三三
- 第一段 降服ノ罪.....三三三
  - 甲 盡スベキ所ヲ盡サザル降服ノ罪.....三三三
    - 一 序説(三三六) 二 本説(三三六)
  - 乙 盡スベキ所ヲ盡シタル降服ノ罪.....三三六
    - 一 序説(三三八) 二 本説(三三九)
- 第二段 逃避ノ罪.....三四一
  - 一 序説(三四一) 二 本説(三四一) 三 餘説(三四一)
- 第三段 職務離脱ノ罪.....三四三
  - 一 序説(三四三) 二 本説(三四三) 三 餘説(三四三)
- 第四段 出兵不法拒否ノ罪.....三四六

- 第五段 船舶不法退去ノ罪.....三四九
  - 一 序説(三四九) 二 本説(三四九)
- 第六段 部下犯罪不鎮定ノ罪.....三五五
  - 一 序説(三五五) 二 本説(三五五) 三 餘説(三五五)
- 第二目 軍隊指揮ヲ妨害スル罪.....三五八
- 第一段 汎論.....三五八
- 第二段 職務アル者ノ妨害罪.....三五九
  - 甲 虚偽報告ノ罪.....三六〇
    - 一 本説(三六〇) 二 餘説(三六〇)
  - 乙 命令等不法傳達ノ罪.....三六四
    - 一 本説(三六四) 二 餘説(三六七)
- 第三段 特別ノ職務ナキ者ノ妨害罪(虚偽ノ命令等ノ罪).....三六八
  - 一 序説(三六八) 二 本説(三六八) 三 餘説(三六八)
- 第三項 警戒勤務ニ關スル罪.....三七〇
- 第一目 序論.....三七一



第二目 本論..... 三七一

第一段 總論..... 三七三

一 命令ノ觀念(三七三) 二 命令ノ法源(三七四)

第二段 各論..... 三七五

甲 個別的警戒勤務ニ關スル罪..... 三七五

A 哨兵離守地ノ罪..... 三七六

一 本說(三七六) 二 餘說(三七九)

B 哨兵怠職務ノ罪..... 三七九

一 本說(三七九) 二 餘說(三八三)

C 衛兵等勤務離脫ノ罪..... 三八三

一 本說(三八三) 二 餘說(三八九)

乙 補充的警戒勤務ニ關スル罪..... 三九〇

一 序說(三九一) 二 本說(三九一) 三 餘說(四〇一)

第四項 軍機保護ニ關スル罪(軍事機密ノ圖書等處置懈怠ノ罪)..... 四〇三

一 序說(四〇三) 二 本說(四〇四) 三 餘說(四〇九)

第三款 陵虐ノ罪..... 四〇八

一 序說(四〇九) 二 本說(四一〇) 三 餘說(四一三)

第四款 異物裝填發射ノ罪..... 四一三

一 序說(四一四) 二 本說(四一四) 三 餘說(四一六)

第五款 銃砲不法發射ノ罪..... 四一七

一 序說(四一七) 二 本說(四一七) 三 餘說(四一九)

第二節 行動ノ外部的安全ヲ保護スル規定..... 四二〇

第一種 職務執行ニ對スル直接的妨害ノ罪..... 四二一

第一款 個別的職務執行妨害ノ罪..... 四二三

第一項 上官ノ職務執行ニ對スル罪(抗命ノ罪)..... 四二三

第一目 命令抗拒罪(狹義ノ抗命ノ罪)..... 四二三

第一段 序論..... 四二三

第二段 本論..... 四二三

甲 總論..... 四二三

一 主體(四二三) 二 客體(四二三) 三 行為(四二三)

乙 各論..... 四二八



- A 單純命令抗拒罪.....四三八
  - 一 要件(四三〇) 二 處罰(四三〇)
- B 黨與命令抗拒罪.....四三八
  - 一 要件(四三九) 二 處罰(四三九)
- 第三段 餘論.....四三〇
- 第二目 上官ノ制止不服從ノ罪.....四三一
  - 一 序說(四三一) 二 本說(四三三) 三 餘說(四三五)
- 第二項 哨兵ニ對スル罪.....四三五
  - 第一目 汎論.....四三五
  - 第二目 哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪.....四三五
    - 第一段 序論.....四三七
    - 第二段 本論.....四三七
      - 甲 總論.....四三八
        - 一 主體(四三八) 二 客體(四三八) 三 行爲(四三九)
      - 乙 各論.....四三九
- A 單純哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪.....四四〇

- B 黨與哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪.....四四〇
  - 一 基本類型(四四〇) 二 修正類型(四四〇)
- C 用兵器哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪.....四四二
  - 一 基本類型(四四二) 二 修正類型(四四三)
- D 黨與用兵器哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪.....四四三
  - 一 基本類型(四四三) 二 修正類型(四四四)
- 第三段 餘論.....四四四
- 第三目 哨兵侮辱ノ罪.....四四五
  - 第一段 汎論.....四四五
  - 第二段 本論.....四四七
    - 一 要件(四四八) 二 處罰(四四九)
  - 第三段 餘論.....四四九
- 第四目 哨令侵犯ノ罪.....四五〇
  - 第一段 序論.....四五〇
  - 第二段 本論.....四五二



- 甲 總論.....四五一
  - 一 客體(四五一) 二 行爲(四五一)
- 乙 各論.....四五三
  - A 個別的哨令侵犯ノ罪.....四五三
    - 一 要件(四五三) 二 處罰(四五三)
  - B 補充的哨令侵犯ノ罪.....四六四
    - 一 要件(四六四) 二 處罰(四六四)
- 第三段 餘論.....四六五
  - 一 文書偽造罪トノ關係(四六五) 二 暴行脅迫トノ關係(四六六)
- 第二款 補充的職務執行妨害ノ罪.....四六六
  - 第一項 序論.....四六六
  - 第二項 本論.....四六七
    - 第一目 總論.....四六七
      - 一 主體(四六七) 二 客體(四六八) 三 行爲(四六九)
    - 第二目 各論.....四六九
  - 第一段 單純職務執行妨害ノ罪.....四七〇

- 一 基本類型(四七〇) 二 修正類型(四七〇).....四七〇
- 第二段 黨與職務執行妨害ノ罪.....四七〇
  - 一 基本類型(四七〇) 二 修正類型(四七一).....四七一
- 第三段 用兵器職務執行妨害ノ罪.....四七一
  - 一 基本類型(四七一) 二 修正類型(四七二).....四七二
- 第四段 黨與用兵器職務執行妨害ノ罪.....四七三
  - 一 基本類型(四七三) 二 修正類型(四七三).....四七三
- 第三項 餘論.....四七三
- 第二種 職務執行ニ對スル間接的妨害ノ罪(急呼號報不應ノ罪).....四七四
  - 第一款 序論.....四七四
  - 第二款 本論.....四七五
    - 一 要件(四七五) 二 處罰(四七六).....四七五
  - 第三款 餘論.....四七六
- 第三節 行動ノ内外兩面ヲ保護スル規定(俘虜ニ關スル罪).....四七六
  - 第一款 序論.....四七六



第二六

- 第二款 本論..... 四八一
- 第一項 總論..... 四八一
- 第二項 各論..... 四八二
- 第一目 俘虜ヲ逃走セシムル罪..... 四八三
- 第一段 職務アル者ノ逃走セシムル罪..... 四八三
- 一 基本類型(四八四) 二 修正類型(四八六)..... 四八四
- 第二段 職務ナキ者ノ逃走セシムル罪..... 四八七
- 甲 逃走セシムル罪..... 四八七
- 一 基本類型(四八七) 二 修正類型(四八八)..... 四八七
- 乙 逃走ノ準備ニ關スル罪..... 四八八
- A 汎論..... 四八八
- B 一般ノ方法ニ依ル罪..... 四八九
- 一 基本類型(四九〇) 二 修正類型(四九〇)..... 四九〇
- C 特殊ノ方法ニ依ル罪..... 四九一
- 一 基本類型(四九二) 二 修正類型(四九三)..... 四九二
- 第二目 俘虜ヲ奪取スル罪..... 四九三

- 一 基本類型(四九二) 二 修正類型(四九三)..... 四九三
- 第二目 俘虜ノ藏匿隠避ノ罪..... 四九四
- 一 要件(四九四) 二 處罰(四九五)..... 四九四
- 第三款 餘論..... 四九五
- 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定..... 四九六
- 第一節 汎論..... 四九六
- 第二節 作戰地ニ於ケル財産ニ對スル罪..... 四九八
- 第一款 汎論..... 四九八
- 第二款 掠奪ノ罪..... 四九九
- 第一項 序論..... 四九九
- 第二項 本論..... 五〇〇
- 第一目 總論..... 五〇〇
- 一 主體(五〇〇) 二 客體(五〇一) 三 行爲(五〇二)..... 五〇〇
- 第二目 各論..... 五〇五
- 第一段 單純掠奪ノ罪..... 五〇五

目次



- 一 基本類型(五五)
- 二 修正類型(五六)
- 第二段 掠奪致死傷ノ罪.....五〇六
  - 一 基本類型(五六)
  - 二 修正類型(五七)
- 第三段 掠奪強姦ノ罪.....五〇七
  - 一 基本類型(五〇)
  - 二 修正類型(五〇)
- 第四段 掠奪強姦致死傷ノ罪.....五〇八
  - 一 基本類型(五九)
  - 二 修正類型(五〇)
- 第三款 餘論.....五〇
- 第三款 褫奪ノ罪.....五〇
  - 第一項 序論.....五〇
  - 第二項 本論.....五二
    - 第一目 總論.....五二
      - 一 主體(五二)
      - 二 客體(五三)
      - 三 行爲(五四)
    - 第二目 各論.....五二
  - 第一段 單純褫奪ノ罪.....五二五
    - 一 基本類型(五二五)
    - 二 修正類型(五六)

- 第二段 褫奪致死傷ノ罪.....五六
  - 一 基本類型(五六)
  - 二 修正類型(五六)
- 第三項 餘論.....五二七
- 第三節 造言飛語ノ罪.....五二八
  - 第一款 序論.....五二八
  - 第二款 本論.....五三〇
    - 一 要件(五三〇)
    - 二 處罰(五三〇)
  - 第三款 餘論.....五三〇
    - 一 罪數ノ問題(五三〇)
    - 二 利敵ノ罪トノ關係(五三一)
    - 三 海軍刑法造言飛語ノ罪トノ關係(五三)
    - 四 警察犯處罰令トノ關係(五三)
    - 五 軍機保護法トノ關係(五三)
    - 六 其ノ他ノ罪トノ關係(五三)

——目次終——



# 陸軍刑法原論

## 第一編 外論 (方法論)

### 第一章 陸軍刑法學ノ觀念

#### 一 陸軍刑法學ノ意義

陸軍刑法學ハ陸軍刑法ヲ認識ノ對象トスル學ナリ。即チ陸軍刑法ヲ正確ニ認識シ且之ヲ體系的ニ整正スルコトヲ目的トスルモノナリ。分説スルコト左ノ如シ。

#### (一) 陸軍刑法學ハ陸軍刑法ヲ認識ノ對象トス

陸軍刑法ノ何タルカノ詳細ハ第二編ニ於テ述フベキコトニ屬スルモ、今其ノ意義ヲ一言セバ、陸軍ノ戦力侵害ニ關シ罰セラルベキ行爲ノ範圍ト之ニ對スル處罰ノ限界トヲ定メタル法體系ナ



リ。之實質的意義ニ於ケル陸軍刑法ニシテ、廣義ニ於ケル陸軍刑法學ノ對象亦茲ニ存ス（狹義ニ於ケル陸軍刑法學ハ陸軍刑法典ノミヲ認識對象トス）。

(二) 陸軍刑法學ハ學ナリ

陸軍刑法學ハ陸軍刑法ノ内容ヲ分析シ其ノ規範トシテノ意味ヲ把握シ且之ヲ一ノ理論ニ統整セントスルモノナルヲ以テ、學ノ一種ニ屬スルコト言フ俟タズ。

(三) 陸軍刑法學ハ法學ナリ

陸軍刑法學ハ更ニ法學ノ一種ナリ。蓋シ法學ハ法ヲ認識ノ對象ト爲シ而モ陸軍刑法ノ法ナル以上當然ノ事理ナリ。而モ經驗的文化學ニ屬スルモノトス。

二 陸軍刑法學ノ種類

陸軍刑法學ハ法學ノ一種ナルヲ以テ、法學ノ分類ニ應ジテ陸軍刑法學モ亦種々ニ區分スルコトヲ得ベシ。

(一) 陸軍刑法哲學

陸軍刑法全體ニ通ズル普遍的・根本的理論就中陸軍刑法ノ目的及本質ニ關スル事項ヲ研究スル場合茲ニ陸軍刑法哲學ヲ生ズ。

(二) 陸軍刑法史學

一定社會ニ於ケル陸軍刑法ノ發達ノ經過ヲ具體的ニ認識スルコトヲ目的トスルモノナリ。即チ陸軍刑法ヲ一ノ經驗的社會的事實トシテ其ノ實相ヲ如實ニ把握ス。從テ文化史タラザルヲ得ズ。

(三) 比較陸軍刑法學

比較陸軍刑法學ハ各國ニ於ケル現行陸軍刑法ノ規定ヲ比較對照シテ其ノ異同ヲ調査研究スルコトヲ目的トスルモノニシテ、陸軍刑法史學ガ專ラ時間的ニ特定社會ノ陸軍刑法ノ發展狀況ヲ究明スルニ對シ、一定時點ニ於ケル數多社會ノ陸軍刑法ヲ場所的ニ攻究スルモノナリ。

(四) 陸軍刑法社會學

陸軍刑法ハ陸軍ナル特別制度ニ必然的ニ隨伴スル社會的現象ニシテ歴史的及地理的ニ普遍ナル事象ト謂フベシ。從テ此ノ現象ヲ經驗的事實トシ其ノ中ニ在ル普遍的法則即チ一定社會内部ニ於テ反覆的ニ生起スル現象ニ付或ハ數多社會ニ通ジテ發生スル現象ニ付夫々一般的法則ヲ發見スルコトヲ得ベシ。之即チ陸軍刑法社會學ノ成立スル契機トス。而モ前述史學及比較法學ノ個別化的ナルニ對シ普遍化的方法ニ依ル。

(五) 陸軍刑法立法政策學



之ハ現行陸軍刑法ノ規範トシテノ價值ヲ反省シ陸軍ノ戰力保持強化ノ目的ニ照シ其ノ如何ナル部分ニ如何ナル缺陷アリヤヲ論定シ、之ガ是正ノ爲必要ナル犯罪及刑罰ニ付テ既存ノ法規ノ改廢乃至ハ新ナル法規ノ設定ヲ研究スルコトヲ目的スルモノナリ。

(六) 固有ノ意義ニ於ケル陸軍刑法學

前掲(一)乃至(五)ノ各分科學ハ或ハ陸軍刑法ノ根本原則ヲ論ジ或ハ陸軍刑法ヲ經驗的事實トシテ其ノ進化又ハ現狀ヲ觀察シ乃至ハ陸軍刑法ノ將來ノ改正方向ヲ展望スルモノニシテ所詮規範トシテ現行陸軍刑法ノ妥當性其ノモノヲ究局ノ認識對象トセザル點ニ於テ茲ニ所謂固有ノ意義ニ於ケル陸軍刑法學ト明カニ區別セラルベキモノナリ。換言スレバ、固有ノ意義ニ於ケル陸軍刑法學ハ現行陸軍刑法ヲ社會的・經驗的事實トシニ研究スルモノニアラズシテ、之ヲ規範的妥當性ヲ有スル意味ノ聚合トシテ理解シ各個ノ規定ヲ一定ノ體系ノ下ニ統合セントスルモノナリ。此ノ意味ニ於テ規範的法學ト謂フベシ。第二編ニ於テ述ブル所亦之ニ屬ス。

三 陸軍刑法學ノ法學體系中ニ於ケル地位

(一) 前述ノ如ク陸軍刑法學ハ其ノ研究方法ノ差別ニ因リ或ハ哲學トシテ或ハ歷史學トシテ或ハ社會學トシテ乃至純然タル規範學トシテ成立シ得ベク、從テ學ノ各分野ニ關聯ヲ有スルモノナルヲ以

テ、方法ヲ基準トセバ特ニ陸軍刑法學ノ學的地位ヲ論ズルノ要ナキモ、一方其ノ研究對象タル陸軍刑法ノ法的地位ヨリ見レバ自ラ斯學ノ地位ヲ考察スルノ要アリ。

(二) 抑々法學ヲ其ノ對象ニヨリ大別スレバ、先ヅ國內法學ト國際法學ト爲リ又公法學ト私法學、更ニ實體法學ト手續法學ト爲ルベシ。此等ノ區分ニ從ヘバ、陸軍刑法學ハ國內法學ニシテ公法學且實體法學ニ屬スルコト明カナリ。

(三) 次ニ陸軍刑法學ハ刑法學、刑事訴訟法學、海軍刑法學等ト共ニ刑事法學ヲ形成ス。而シテ刑事法學ハ之ヲ一般刑事法學ト特別刑事法學トニ分チ、各々ハ更ニ之ヲ刑事實體法學ト刑事手續法學トニ區分セラルルヲ以テ、陸軍刑法學ハ特別刑事法學ニシテ而モ特別刑事實體法學ト爲ルベシ。

(四) 特別刑事實體法學タル陸軍刑法學ハ同ジク特別刑事實體法學タル海軍刑法學ト合シテ軍刑事實體法學ヲ組成シ、特別刑事手續法學タル陸海軍各軍法會議法學ト共ニ軍刑事法ニ統合セラレ、以テ法適用ノ人的範圍ヲ區分ノ基準トスル場合ニ於ケル一般刑事法學ニ對スル特別刑事法學ノ分野ヲ占ムルモノナリ。

(五) 陸軍刑法ノ地位ヲ明カニスル爲ニハ尙其ノ刑事學トノ關係ヲ知ラザルベカラス。凡ソ刑事學トハ犯罪及刑罰ニ關スル事象ヲ研究對象トスル學ノ總稱ニシテ、之ヲ大別シテ狹義ノ刑事學ト刑事



規範學ト爲ス。其ノ中前者ハ犯罪及刑罰ヲ經驗的・社會的事實トシテ其ノ法則性ヲ探究セントスルモノニシテ刑事規範學ノ基礎タルノ性質ヲ有シ、更ニ分チテ犯罪學ト刑罰學ト爲シ、又刑事人類學、刑事心理學、刑事生物學、刑事生理學、刑事社會學、刑事統計學等ト爲スナリ。狹義ノ刑事學ハ刑事規範ヲ研究上ノ機縁ト爲スコトアルモ、之ヲ本來ノ研究目的トセザル點ニ於テ刑事規範學トハ區別セラレザルベカラズ。刑事規範學ハ之ヲ分チテ刑事司法規範學、刑事行政規範學（刑事行政政策學）及刑事立法規範學（刑事立法政策學）ト爲シ、其ノ研究方法ニ於テ或ハ對象ノ社會的事實性ニ著目シ或ハ其ノ規範トシテノ妥當性ヲ檢討スルコトアリトスルモ、究局刑事規範ガ直接ノ對象ト爲ラザルベカラザルナリ。

陸軍刑法學ハ刑事法學ノ一種ナルヲ以テ刑事規範學ニ包含セラレ、更ニ狹義ノ刑事學ト共ニ廣義ノ刑事學ニ屬スルコトハ明カナリ。

## 第二章 陸軍刑法學ノ方法

### 一 汎說

固有ノ意義ニ於ケル陸軍刑法學ハ前述ノ如ク規範的妥當性ヲ有スル意味聚合トシテ陸軍刑法ヲ把握

シ各個ノ規定ヲ一定ノ論理的體系ノ下ニ統括スル目的ヲ有スルモノナルヲ以テ、先ヅ何ガ陸軍刑法ナリヤヲ確定スルコトヲ要ス。換言スレバ、陸軍刑法學ノ概念構成ハ如何ナル過程ヲ經テ行ハルベキカノ問題ヲ決セザルヘカラズ。其ノ爲ニハ實定法ヲ認識素材トシテ之ヨリ陸軍刑法ニ本質的ナルモノヲ抽出シ其ノ成果ヲ總括スベキモノトス。此ノ際如何ナルモノガ陸軍刑法ニ本質的ナリヤ、即チ陸軍刑法ヲシテ他ノ事象就中實定法一般ヨリ區別スベキ表識ハ何ナリヤ、換言セバ陸軍刑法學ノ中心的概念如何ノ問題ガ決セラレザルヘカラズ。此ノ中心的概念ハ陸軍刑法ノ全觀念ノ嚮導者ト爲リ其ノ對象確定ノ基本ト爲ルト共ニ（對象論的範疇）、陸軍刑法學ノ體系組成ノ方向ヲ決スル指標トモ爲ルモノナリ（方法論的範疇）。斯ル中心的概念ニ依リテ陸軍刑法全體ノ概念ノ形式の編成ヲ爲シタル後ニ起ルハ、各個ノ概念ノ規範的意味ヲ理解スルコト、換言スレバ、法ノ解釋ノ問題ナリ。法ハ自體トシテ單ナル事實ニ過ギズ、之ガ一ノ規範即チ或ル價值ニ照シテ普遍的ニ一定ノ態度ヲ要請スルノ具體的基準トシテノ意味ヲ把握スルコトニ因リ初メテ實定法タルノ效力ヲ發揮スルモノナルヲ以テ、解釋ハ法アル所必ズ隨伴スベキ任務タリ。

### 二 陸軍刑法學ノ概念構成

#### (一) 陸軍刑法學ノ中心概念



陸軍刑法ノ内容ヲ爲ス諸概念ノ中心タルベキ表識即チ陸軍刑法學ノ認識目的ヨリ胚胎シ之ガ實現ノ任務ヲ負ヒ陸軍刑法上凡ユル概念ニ論理的ニ先行シ而モ之ニ内在シツツ其ノ嚮導ヲ爲ス先驗概念ガ何タルカハ極メテ困難ナル問題ナルガ、私見ニ依レバ斯カル概念ハ陸軍ノ戦力侵害ニ之ヲ求ムベキモノナリ。

抑々軍ノ主トスル所ハ戦闘ニ在リ、百事皆戦闘ヲ以テ基準トスベキモノニシテ、戦闘ニ於テ終局ノ成果ヲ發揮センガ爲ニハ軍ハ有形無形ノ各種戦闘要素ヲ涵養強化セザルベカラズ。斯ル戦闘要素ノ綜合コソハ正ニ軍ノ眞髓ヲ組成スルモノニシテ、戦力トハ此等各種戦闘要素ノ綜合ヲ指稱スルナリ。而シテ陸軍刑法ハ刑罰法ノ一種ニ屬シ、陸軍ニ對スル犯罪ト其ノ處罰トヲ規定シタルモノナルヲ以テ、同法ノ犯罪ト刑罰トヲ貫ク理念ハ結局戦力ノ侵害ニ在リト爲サザルベカラズ。即チ陸軍刑法ハ陸軍ノ戦力侵害ヲ内容トスル犯罪ト之ニ對スル刑罰トヲ以テ組成セラルベキモノナリ。從テ陸軍刑法上ノ各概念ハ、常ニ戦力侵害ナル中心概念ニ嚮導セラレテ展開ヲ見ルコトト爲ル。戦力ハ之ヲ有形的戦力(編制・裝備等)ト無形的戦力(秩序等)トニ分ツコトヲ得ベシ。各則ノ規定ハ之ヲ法益トシテ掲グ。

## (二) 陸軍刑法學ノ體系

陸軍刑法學ノ對象論ハ之ヲ序論ト本論トニ區分スルコトヲ得。序論ニ於テハ陸軍刑法ノ法規範トシテノ本質、其ノ發展過程及效力等ヲ取扱ヒ、本論ニ於テハ陸軍刑法ノ内容ニ沈潜シテ其ノ各要素ヲ究明ス。而シテ本論ハ之ヲ更ニ總論ト各論トニ分チ、總論ニ於テハ陸軍刑法上ノ犯罪及刑罰ノ全般ニ通ズル理論ヲ認識シ、各論ニ於テハ總論ニ於ケル理論ノ基礎ノ下ニ個別的具體的ニ展開セラレタル犯罪及刑罰ノ特殊要件ヲ説明スルモノトス。

## 三 陸軍刑法學ノ認識素材(法源)

(一) 陸軍刑法學ノ任務タル規範トシテ妥當スル陸軍刑法ノ認識ノ爲ニハ、歴史的ニ成立セル經驗的法律文化ヲ素材ト爲サザルヘカラズ。蓋シ陸軍刑法ノ中心概念ヲ構成スル戦力侵害ハ陸軍刑法ヲ認識スル爲メノ指導力ト爲ルコトハ勿論ナルモ、戦力侵害ハ其レ自體一ノ抽象概念ニ過ギズ、現實ノ客觀的・歴史的事實ヲ離レテハ發動シ得ザルヲ以テナリ。

(二) 法ノ認識素材即チ法源ノ意義ニ付テハ、從來或ハ法形成ノ材料ヲ指シ或ハ法形成ノ原動力ヲ謂ヒ或ハ法形成ノ機關ヲ述べ乃至ハ法形成ノ形式ヲ説クト雖モ、規範學トシテノ陸軍刑法學ノ認識素材タルベキモノハ、客觀的・實證的形式ヲ具備スルコトヲ要スルヲ以テ、此ノ場合ノ法源トハ法形成ノ形式ノ意義ニ解セザルベカラズ。



- (三) 法源ハ歴史の事情ニ因リ、或ハ條理法慣習法タルコトアリ或ハ判例法タルコトアリ或ハ成文法タルコトアリ。然レドモ我國ニ於テハ所謂罪刑法定主義ノ原則ノ適用上、成文法以外ノ法源ヲ認ムルコト能ハズト爲スヲ通説トス。之憲法第二十三條ニ明定セラルル所ナリ。而シ同條ニ依レバ、帝國議會ノ協贊ヲ經タル法律ノ形式ヲ以テセザルベカラズ。然レドモ例外トシテ命令ヲ刑罰法令ノ法源ト爲スコトヲ得ベシ(憲八、九。明二三年法第八。四號。同年勅第二〇八號)。
- (四) 我國ニ於ケル陸軍刑法學ノ法源トシテ重要ナルモノ左ノ如シ。
- (1) 陸軍刑法 (明四一年法第四六號)
  - (2) 陸軍刑法施行法 (明四一年法第四七號)
  - (3) 刑法 (明四〇年法第四五號)
  - (4) 軍機保護法 (昭二二年法第七二號)
  - (5) 要塞地帶法 (明二三年法第一〇五號)
  - (6) 陸軍輸送港域軍事取締法 (昭八年法第二九號)
  - (7) 軍用資源秘密保護法 (昭一四年法第二五號)
  - (8) 兵役法 (昭二年法第四七號)

#### 四 陸軍刑法ノ解釋

##### (一) 解釋ノ意義

法ハ規範ナルヲ以テ、究局ニ於テ具體的事實又ハ行爲ニ適用セラルベキ任務ヲ有スルモノナリ。即チ具體的事實又ハ行爲ノ内容ガ規範ノ要請スル所ニ一致セシメラレザルベカラズ。此ノ爲ニハ法ガ現實ノ規範トシテ有スル意味ヲ解明シ、其ノ適用ノ限界ヲ確定スルノ要アリ。斯カル心的作用ヲ法ノ解釋ト稱ス。陸軍刑法モ亦法タルヲ以テ解釋一般ノ理論ニ從ハザルベカラズ。

##### (二) 解釋ノ本質

法ノ解釋ハ嚴格ニ謂ヘバ法其ノモノノ意味ヲ直接ニ把握スルニアラズシテ、法認識ノ素材即チ法源ノ有スル意味ヲ解明シテ現實ノ法規範ノ内容ヲ確定スルモノナリ。從テ法ノ認識ト法ノ解釋トハ別個獨立ノ行爲ニアラズシテ表裏一體ヲ爲スモノナリ。即チ法ノ認識ハ法源ナクシテハ存シ得ザルト共ニ、法源ノ意味ノ解釋ナクシテ法ノ認識ハ有リ得ベカラザレバナリ。

##### (三) 解釋ノ方法



解釋ノ方法ハ第一次的ニハ成文ノ有スル文理的意義ノ究明ニ出發セザルベカラズ。之法律秩序ノ安定性ノ原則ヨリ當然ノコトニシテ、成文ノ字句ヲ全ク無視シ好ンデ別個ノ説明ヲ加フルガ如キハ最早解釋ノ範圍ヲ逸脱スルモノニシテ、所謂立法ト爲ルハ格別、法ノ解釋學ヲ以テ目スベキニアラズ。然レドモ單ニ成文ノ文理的意義ノ探究ニ終始スルコトモ亦眞ノ解釋ト謂フコトヲ得ズ。更ニ進ンデ成文ノ有スル特殊目的、其ノ法全體トノ關聯的意義乃至文化一般ヨリ見タル規範的職能ヲ確定スルヲ要ス。之所謂論理的解釋乃至目的論的解釋ト稱セラルルモノニシテ、其ノ爲ニハ立法理由、歴史、判例、學說、慣習等一切ノ參考資料ヲ綜合考覈セザルベカラズ。而モ此ノ際常ニ前述戰力侵害ナル嚮導概念ヲ中心ト爲シ正義ノ理念ニ照シテ成文ノ意義ヲ價值判斷スベキモノトス。斯クノ如ク解釋ヲ施シテ得タル成文ノ規範的意義ハ、勿論實定法其ノモノヲ表明スルモノナレドモ、從來法源中ニ潜在セシ規範ノ實體ヲ顯在的ナラシムル點ニ於テ法解釋ハ所謂創造的任務ヲ果スコトト爲ル。

要スルニ陸軍刑法ノ解釋ハ、成文法タル陸軍刑法ノ字句其ノ他表面的ナル意義ヲ理解スルコトニアラズシテ、陸軍刑法ハ實ニ我陸軍ノ樞軸タル戰力ノ防護ノ爲メノ法規範ノ標示ニシテ、該規範ヲ認識シ個々ノ事案ノ正當ナル價值判定ニ到達センガ爲ノ手段ニ過ギザルコトヲ銘記スベキナリ。

リ。

### 第三章 陸軍刑法學ノ歴史

一 我國ニ於テ陸軍刑法ヲ統一的研究スルニ至リタルハ舊陸軍刑法制定公布(明治一四年太布第六九號)後ノコトニ屬シ、明治十五年二月井上義行ノ陸軍刑法釋義ヲ嚆矢トス。同書ハ註釋書ノ形式ニ依リタルモノニシテ、冒頭ニ例言トシテ軍事犯ト當事犯トノ區別、軍事犯ノ性質、陸軍刑法制定ノ目的等ヲ論述シ、以下條文ノ順序ヲ逐ヒテ註釋ヲ加ヘタリ。次デ明治二十八年九月ニハ同氏ノ著述ニ係ル陸軍刑法治罪法通釋公刊セラレタルガ、其ノ體裁ハ前述釋義ト全ク同一ナリ。明治四十一年現行陸軍刑法ノ公布ヲ見ルヤ、同年十月大山法務官ノ改正陸軍刑法講義出デタリ。本書モ亦大體ニ於テ註釋書ノ形式ヲ採リ、緒言ニ於テ陸軍刑法ノ特質ヲ略述シ、次デ本論ヲ法典ノ用語ニ從テ總則ト罪トニ分チ、而シテ總則ニ於テハ條文ノ順序ヲ逐ヒツツモ之ヲ陸軍刑法ノ人ニ對スル效力、用語例、死刑執行方法其ノ他合計八章ニ分チテ説述シ稍々體系的ナランコトニ努メ、又罪ノ部ニ於テモ各條項所定ノ要件ヲ分析シテ説明ヲ與ヘ、現行法實施直後ノ實務ニ便スルト共ニ理論的體系ニモ老慮ヲ拂ヒタルモノトシテ注目ニ値スルナリ。



其ノ後公刊ハセラレザリシガ、故中山法務官ノ陸軍刑法講義案ナル印刷物出テタリ。本講義案ハ現行陸軍刑法ヲ體系的ニ論述シタル最初ノモノト稱スルコトヲ得ベク、而シテ本論ヲ總則ト罪トニ分チ、總則ノ構成ニ於テハ前記大山法務官ノ陸軍刑法講義ノソレニ類似セルモノ多シ。更ニ大正九年十一月ニハ故志水法務官ノ講話ニ係ル軍事司法ナル同様非公刊ノ印刷物モ現ハル。其ノ中ノ第一乃至第三ニ於テハ陸軍刑法ヲ體系的ニ説明シ、就中劈頭ニ軍事司法ノ意義ヲ提示シ立論ノ基礎ト爲セリ。

次デ大正十五年ニハ故湯原法務官ノ「陸軍刑法講義」、昭和四年十一月ニハ岡村法務官ノ「陸軍刑法講義」ノ二者ノ公刊ヲ見、最近日高法務官ノ「軍刑法」(日本評論社新法學全集所載)出デ、孰レモ體系的説明ノ形式ニ依ルモノナルガ、其ノ體裁ト内容ノ骨子ハ前記中山法務官ノ講義案ニ之ヲ採リタルモノト認メラルルヲ以テ、同講義案ガ現行陸軍刑法ノ理論的解釋ノ模範ト稱スルモ過言ニアラザルベシ。

二 一方大正十一年現行陸軍軍法會議法ノ公布ト共ニ新ニ上告審トシテ陸軍高等軍法會議設置セラレ之ガ陸軍ニ於ケル司法法規ノ解釋統一ノ使命ヲ負擔スルコトナリ、其ノ宣告ニ係ル判例中ニハ陸軍刑法ノ解釋ニ關シテモ貴重ナル價值ヲ有スルモノト認ムベキモノアリ。從テ此等判例ノ批判乃至研究ガ陸軍刑法學ノ重要ナル任務ノ一タルベキハ言ヲ俟タズ。然ルニ今日ニ至ル迄不幸ニシテ斯ル勞作ニ着手セラレザルハ甚ダ遺憾ニ堪エザル所ナリ。判例研究ガ法理ノ進歩ニ貢獻スルコト大ナルモノアル

ハ夙ニ理論ト實踐トニ於テ明證セラレタル事實ナルヲ以テ、將來高等軍法會議ノ判決ガ活潑ナル論議ノ對象タランコトヲ希望シテ止マズ。

三 陸軍刑法ガ一般刑法ニ對スル特別法ナル以上、陸軍刑法學モ亦一般刑法學ニ對スル特別學トシテ其ノ固有ノ研究分野ヲ有スベキハ當然ナルモ、一面特別學ナルガ故ニ、一般刑法學ト絶縁スルコトハ到底許サルベキニアラズ。一般刑法學ヨリノ孤立ハ結局陸軍刑法學ノ死滅以外ノ何物ヲモ齎ラスコトナキヲ思ヒ、今後ニ於テハ一般刑法學トノ理論的聯關ヲ深カラシメ、之ト不可分離ノ一體ヲ爲ス如ク陸軍刑法學ノ理論構成ニ格別ノ注意ヲ拂フベキモノナリ。此ノ意味ニ於テエム・エー・マイヤーガ其ノ名著「軍刑法」(一九〇七年)ニ於テ、軍刑法ヲ一般刑法的體系及問題提示ノ形式ニ基カシメ同時ニ法哲學的ニ軍刑法ノ理論ヲ究明セント試ミタルハ極メテ示唆ニ富ムモノト考フ。

陸軍刑法ノ中心概念ノ把握、一般刑法學トノ有機的聯關ノ再檢討ニヨル陸軍刑法學ノ新ナル構成コソハ、其ノ歴史ヲ通ジテ吾人ニ與ヘラレタル將來ノ任務ナリト謂フベシ。



## 第二編 內論 (對象論)

### 第一部 序論

#### 第一章 陸軍刑法ノ觀念

##### 一 陸軍刑法ノ意義

陸軍刑法トハ、陸軍ノ戰力侵害ニ對スル國家刑罰權ノ實體ヲ定ムル法規即チ戰力侵害ヲ實質トスル犯罪ナル一定行爲ニ對シ刑罰ナル一定ノ法律的效果(制裁)ヲ附與スルコトヲ規定スル法規ナリ。

##### (一) 陸軍刑法ハ國家刑罰權ノ實體ヲ規定ス

陸軍刑法ハ犯罪及之ニ科スベキ刑罰ノ態樣及範圍其ノモノ、換言スレバ如何ナル行爲ヲ以テ犯罪ト爲シ、如何ナル犯罪ニ對シ如何ナル刑罰ヲ法的效果トシテ付スベキカノ基準ヲ抽象的ニ規定シタルモノナリ。具體的ノ場合ニ如何ニシテ犯罪ヲ認定シ且之ヲ罰スベキカハ陸軍刑法ノ問フ所ニアラズ。



(二) 陸軍刑法ハ陸軍ノ戦力侵害ニ對スル刑罰權ヲ規定ス

戦力トハ軍ノ各種戦闘要素ノ綜合ヲ謂フ。其ノ侵害コソハ軍刑法存在ノ根本理由ヲ爲スモノナリ。陸軍刑法ト普通刑法トヲ區別スベキ表識モ亦茲ニ存ス。一般社會ノ公安ノ攪亂・個人ノ生命身體財産等ヲ對象トスル侵害ハ、其レ自體トシテハ直ニハ陸軍刑法ノ對象ト爲ラズ。此等ノ行爲ガ戦力侵害ニ直接影響ヲ及ボスニ至ルトキ始メテ陸軍刑法トノ關聯ヲ生ズルナリ。

## 二 陸軍刑法ノ種類

陸軍刑法ハ前述ノ如ク陸軍ノ戦力ノ侵害ヲ實質トスル犯罪ト之ニ對スル刑罰トヲ規定シタル法ナルガ、其ノ内容タル要件ノ意義如何ニ因リ種々ニ區分スルコトヲ得ベシ。

(一) 廣義ニ於ケル陸軍刑法及狹義ニ於ケル陸軍刑法

陸軍ノ戦力侵害ヲ實質トスル犯罪及之ニ對スル刑罰ヲ規定シタル一切ノ法規ハ廣義ニ於ケル陸軍刑法ト解スベク、此ノ意味ニ於テハ軍機保護法、兵役法等モ亦包含セラル。之ニ對シ狹義ニ於ケル陸軍刑法ハ陸軍刑法ナル名稱ヲ付セラレタル法典(明治四一年法第四六號)ノミヲ指スモノトス。

(二) 實質的陸軍刑法及形式的陸軍刑法

陸軍ノ戦力侵害ヲ實質トスル不法行爲及之ニ對スル制裁ヲ規定シタル一切ノ法規ハ實質的意義

ニ於ケル陸軍刑法ニシテ、陸軍ノ戦力侵害ヲ實質トスル不法行爲中特ニ犯罪トセラレ且之ニ對シ普通刑法ニ定ムル刑(刑九)ヲ制裁トシテ規定シタルモノヲ形式的意義ニ於ケル陸軍刑法ト謂フベシ。前者ノ意義ニ於テハ陸軍懲罰令中ノ規定ノ一部モ亦陸軍刑法中ニ包含セラルコト爲ルベシ。

(三) 一般的陸軍刑法及特別陸軍刑法

陸軍刑法就中陸軍刑法典其ノモノハ既ニ一種ノ特別法ナルガ、更ニ其ノ中ニ於テ適用ノ範圍ノ廣狹ニ基キ本區分ヲ爲スコトヲ得。而シテ適用ノ廣狹ハ通常、人・時及場所又ハ事物ニ付テ考ヘラルモ、陸軍刑法ニ於テ問題ト爲ルハ事物ノ點ノミナリ。即チ諸種ノ犯罪ヲ包含スルモノガ一般的陸軍刑法ニシテ、特定ノ犯罪ニ付テノミ規定セシモノガ特別陸軍刑法ナリ。例ヘバ前者ハ陸軍刑法典ニシテ、後者ハ軍機保護法ノ如シ。

## 三 陸軍刑法ノ法體系中ニ於ケル地位

法ハ其ノ對象ノ效力範圍・性質等ニ因リ之ヲ國內法及國際法、公法及私法、實體法及手續法、普通法及特別法ニ區分スルコトヲ得ベシ。此等ノ區分ニ依リ陸軍刑法ノ法的地位ヲ觀察スレバ左ノ如シ。

(一) 陸軍刑法ハ國內法ナリ



陸軍刑法ハ國家相互間ノ法律關係ヲ規律スルニアラズシテ、國內ニ於ケル國家ト私人トノ間ノ法律關係ヲ規律スルモノナルヲ以テ國內法ニ屬ス。

(二) 陸軍刑法ハ公法ナリ

陸軍刑法ハ私人相互間ノ法律關係ヲ規律スルモノニアラズシテ、國家而モ權力ノ主體トシテノ國家ト私人トノ法律關係ヲ規律スルモノナレバ公法ナリ。

(三) 陸軍刑法ハ實體法ナリ

陸軍刑法ハ戦力侵害ヲ實質トズル犯罪ニ因リテ生ジタル國家刑罰權其ノモノヲ規定シタルモノナルヲ以テ實體法ニ屬ス。之ニ對シ手續法トシテ陸軍軍法會議法アリ。

(四) 陸軍刑法ハ特別法ナリ

陸軍刑法ハ主トシテ軍ノ構成員ノ戦力侵害行為ニ對シ適用セラルルモノナルヲ以テ、一般人民ノ犯罪ニ適用セラルル刑法ニ對シ特別法タルノ地位ヲ有ス。然レドモ此ノ區分ハ相對的ノモノニシテ、前述ノ如ク軍機保護法ニ比スレバ陸軍刑法典ハ却テ一般法ト爲ルモノナリ。

## 第二章 陸軍刑法ノ目的

### 一 陸軍刑法ノ保護客體

刑罰法規タル陸軍刑法(廣義ニ於ケル)ハ法一般ノ目的タル人類ノ社會生活ニ於ケル文化ノ維持發展ニ奉仕スルモノナルコトハ言フ俟タザル所ナルガ、法ハ此ノ一般的目的ヲ達成センガ爲、社會生活ニ於ケル特殊ノ利益ヲ強制力ヲ以テ保護ス。斯カル利益ヲ法益ト稱ス。

然ラバ陸軍刑法ニ於テ保護セントスル利益(保護客體)ハ何ナリヤ。予ハ之ヲ陸軍ノ戦力ナリト稱セント欲ス。抑々軍ハ有形無形ノ各種要素ヲ以テ綜合セラレタル戰鬪的機構ニシテ、直接ニ國家防衛ノ任務ヲ負擔スルモノナリ。軍ハ平時ニ在リテハ其ノ裝備ノ絶大ナル潜勢力ニ因リ平和ノ危殆ニ對シ無言ノ威壓ト爲リ、戦時ニ在リテハ其ノ訓練ノ卓越セル顯勢力ヲ以テ平和ノ侵犯者ヲ殲滅シ、以テ民族文化ノ安全ヲ圖リ、國家ノ隆昌ニ寄與セザルベカラズ。斯ノ如キ最重要ナル使命ヲ帶ブル軍ノ安危ハ國ノ他ノ諸制度ノソレトハ到底同日ニ論ズルノ限リニ在ラザルハ多言ヲ須ヒザルベシ。是ヲ以テ、獨リ我國ノミナラズ苟モ文明國ニシテ其ノ軍隊ノ爲特別ノ刑法ヲ設ケ軍ノ敍上機能ノ圓滑ナル遂行ヲ保障セザルモノ一モ無キナリ。



軍ノ有スル前述<sup>11</sup>任務達成ハ、結局軍ヲ構成スル各種要素ノ確固タル成存及其ノ機能ノ圓滿ナル運行ニ存シ、換言スレバ戦力ノ十全ニ歸スベキナリ。茲ニ所謂戦力ハ廣義ニシテ、軍ノ有スル有形無形靜的動的戰闘力ヲ總稱ス。而シテ陸軍刑法ノ慮ル所ハ専ラ陸軍戦力ノ完全ニ在ルモノトス。

從來陸軍刑法ヲ説クモノ、多クハ其ノ目的ヲ以テ軍紀侵害ノ防遏ナリト爲シタリト雖モ、所謂軍紀ヲ以テ専ラ軍隊組成ノ無形要素ニ限ルノ意ナリトセバ失當ヲ免レザルナリ。何者、固ヨリ軍紀ハ軍ノ命脈ナルコトハ疑ナキ所ナレドモ、一面軍ノ有形要素、就中裝備モ亦戰闘ニ於ケル必須ノ要件ヲ爲シ、其ノ侵害ハ軍ノ目的貫徹ヲ阻礙スル點ニ於テ軍紀破壞ニ劣ラザレバナリ。

此ノ意味ニ於テ陸軍刑法ノ犯罪ノ本質ヲ、特別ナル義務違背ナリトスル見解ニ對シテモ亦輒ク贊同シ難キモノナリ。

## 二 陸軍刑法ノ機能の本質

(一) 一刑法理論ニ於ケル最近ノ傾向ハ、刑罰法規ノ機能ヲ以テ一般豫防ヨリ漸次特別豫防ニ進化セリト爲スモノノ如シ。換言スレバ、刑法ノ重點ハ犯罪ヨリ犯人ニ移行セリト主張スルモノニシテ所謂主觀主義者ノ採ル所ナリ。然レドモ予ハ、刑罰法規ニハ所詮一般及特別ノ各豫防機能ノ併存スルコトヲ没却シ得ザルモノニシテ、唯時代思潮・社會狀勢ノ如何ニ因リ此ノ兩機能ノ何レヲ重

視スルカノ差異アリタルノミナリト信ズルモノナリ。蓋シ一般及特別各豫防ノ問題ハ、延テ社會ニ於ケル全體ヲ基調トスルカ個人ヲ中心トスルカノ思想ト密接ナル關係ヲ有スルニ至ルモノニシテ、到底一極端ヘノ歸趨ヲ許サザレハナリ。從テ一般又ハ特別ノ何レニ豫防ノ重點ヲ置クベキカハ、單ニ抽象的ナル刑事思潮ノ動向ニ支配セラルベキモノニアラズシテ、當該法規ノ目的トスル所ヲ嚴密ニ検討シテ決スベキ事項ナリト謂ハザルベカラズ。

(二) 陸軍ノ戦力侵害ノ豫防鎮壓ノ目的ヲ有スル陸軍刑法ハ、全體ヲ以テ一切ト爲シ個人ヲ以テ無ト觀ズル軍隊ノ本性上、犯罪ノ措置ニ當リテハ必然的ニ一般豫防の機能ヲ第一義トセザルベカラズ。軍隊ノ緊密ナル共同生活ニ於テハ、一般市民生活以上ニ刑罰法規及其ノ運用ガ軍隊ノ永續的ナル自己淨化機構ト爲ルベキモノニシテ、刑ハ軍ニ於ケル當爲ノ假借ナキ妥當トシテ且又全員ニ對スル痛烈ナル警告トシテ理解セラル。故ニ軍ニ於テハ刑ノ倫理的性質及ビ一般豫防機能が好マシキ素地ヲ提供スルナリ。

然レドモ、右ノ立言ノ陸軍刑法ヨリ特別豫防の機能ヲ全ク奪ヒ去ルモノニアラズ。一般豫防ニ基ケル法定刑ノ範圍内ニ於テ、量刑ハ犯人ノ責任ニ依リ、即チ犯人ノ人格及軍事の共同社會ノ要求ニ對スル其ノ心的態度ヲ適當ニ顧慮シテ定メラル。斬クシテ特別豫防の見地ハ刑ノ個別的適用



ニ於テ認容セラレ、而モ特別豫防ニ依ル犯人ノ惡性支除ノ觀念ト教育刑ノ理想トガ活動スルナリ。

### 第三章 陸軍刑法編纂ノ方針

- 一 陸軍刑法ハ前述ノ如ク特別刑法ニシテ其ノ規定ハ陸軍戦力ノ侵害行爲ヲ内容トシ且陸軍軍人ニ適用セラルルモノナルガ、陸軍刑法中狹義ノモノ即チ陸軍刑法典ノ如キ規定ノ對象タル事項ノ範圍比較的ニ廣汎ナルモノニ在リテハ、之ガ編纂ニ付如何ナル方針ヲ執ルベキカノ問題ヲ生ズ。即チ特別刑法タルノ本質ヲ如何ニシテ表現スルカノ點之ナリ。
- 二 抑、陸軍刑法ヲ特別法ト爲ス實質的基準ハ、其ノ對人的及對物的適用ノ範圍ニ存ス。其ノ對人的基準ニ依ルトキハ陸軍刑法ノ適用ヲ陸軍軍人ニ限ラントスルモノニシテ、對物的基準ニ依ルトキハ其ノ規定中ニ陸軍戦力ノ侵害ヲ内容トスル犯罪ハ軍人ガ主體タルト否トヲ問ハズ悉ク（或ハ主要ナルモノニ限り）收録セントスルモノナリ。從來前者ハ軍人犯主義（軍人法主義）ト稱セラレ、後者ハ軍事犯主義（軍事法主義）ト呼バレタルガ、此ノ兩主義ハ尙夫、純正ナルモノト不純正ナルモノトニ分テ、兩者ハ更ニ獨立ノ總則ヲ有スルモノト然ラザルモノトニ各細別スルコトヲ得ベシ。
- 三 純正軍人犯主義トハ、軍人ノ犯シ得ベキ犯罪ヲ總テ陸軍刑法中ニ收容スルモノニシテ、其ノ普通刑法上ノモノナルト固有ノ意義ニ於ケル戦力侵害ヲ實質トスルモノナルトヲ問ハザルナリ。之ニ對シ不純正軍人犯主義トハ、軍人ノ犯シ得ベキ犯罪中戦力侵害ヲ實質トスルモノニ限り陸軍刑法ニ規定シ、其ノ他ノ犯罪ハ普通刑法等ニ讓ルヲ謂フ。
- 四 純正軍事犯主義トハ、戦力侵害ヲ實質トスル犯罪ハ總テ之ヲ陸軍刑法中ニ收容スルヲ謂ヒ、之ニ對シ不純正軍事犯主義トハ、戦力侵害ヲ實質トスル犯罪中特ニ重要ナルモノ又ハ一般的ナルモノノミヲ陸軍刑法ニ規定シ、其ノ他ノ犯罪ハ別個ノ法規ニ讓ラントスル主義ナリ。
- 五 軍人犯主義及軍事犯主義ニ於ケル右ノ區分ハ固ヨリ觀念上ノモノニシテ、現實ニ於テハ立法技術ノ關係ヨリ、純正ナル軍人犯主義又ハ軍事犯主義ヲ採レル立法ナク、或ハ不純正軍人犯主義ニ依リ或ハ不純正軍事犯主義ニ傾ク。我舊海陸軍刑律（明四年八月）ハ前者ノ實例ニシテ、舊陸軍刑法（明一四年太布第六九號）ハ後者ノ實例ナリ。
- 六 次ニ、陸軍刑法ガ軍人犯主義又ハ軍事犯主義ヲ採ル場合ニ、獨立ノ總則即チ普通刑法ニ規定セララルル總則中陸軍刑法ニモ必要ナルモノハ同法中ニ重複シテ規定シテ陸軍刑法ノミニ必要ナル通則的規定ト相合シ一ノ體系アル總則ヲ設クベキカ、或ハ陸軍刑法ノ總則トシテハ特ニ同法ニ對シテノミ適用セラルルモノヲ規定シ其ノ他ノモノハ普通刑法總則ニ委スベキカ否ハ、單ニ形式的便宜的ノ問題ニ



屬ス。我海陸軍刑律及舊陸軍刑法ハ獨立ノ總則ヲ置キシガ、現行陸軍刑法ハ之ヲ設ケズ、同法總則ニ規定ナキモノハ總テ普通刑法ノ總則ヲ適用スルコトト爲セリ(刑八)。從テ以下現行陸軍刑法典ノ總則の事項ニ關スル説明ハ、同法ニ特別ノ規定ナキ限り普通刑法典總則ノ規定ヲ基礎トセザルベカラズ。

#### 第四章 陸軍刑法ノ歴史

一 陸軍刑法ノ歴史ハ仍殆ント科學的ニ研究セラレザルコトハ陸軍刑法學ノ發達ノ比較的晚カリシコトニ起因ス。從テ以下敘述スルコトモ、未ダ陸軍刑法ヲ我軍制全般ノ發達ト歴史のニ關聯セシムル如キ組織的ナルモノニアラズシテ、二三重要ナル斷片の事項ノ範圍ニ止ムルノ外ナキモノトス。

二 聖德太子十七條憲法以前ノ我國ハ所謂不文法時代ナルガ、兵制ハ既ニ元始ノ世ニ於テモ認め得ラルル如シ。即チ古事記ニ依レバ、天孫降臨ニ當リ天忍日命(大伴連ノ祖)及天津久米命(久米ノ直等ノ祖)ハ兵器ヲ携ヘ先達トシテ途上ノ護衛ヲ掌レリ。降テ神武天皇御東征ニ於テ道臣命(大伴連ノ祖)及大久米命(久米ノ直等ノ祖)ガ賊兄宇加斯ヲ討滅シタル事蹟アリ。此等二氏ガ兵權ニ關與セシコトヲ知ルベシ。然レドモ刑法全般ト同ジク、陸軍刑法ニ付テハ何等徵スベキモノナシ。恐ラクハ慣習又ハ臨機君主ノ

意思ニ依リ定メラレタルモノニシテ、一般刑法トノ分化全カラザリシカト推測セラル。

三 推古天皇十二年夏四月、聖德太子憲法十七條ヲ定メ成文法ノ初ヲ開カセラレタルガ、其ノ内容ハ國家統治ノ根本的規範ニ過ギズ、未ダ刑典法ト稱スベキモノヲ包含セズ。其ノ後天智天皇十年近江令ノ制定アリ、次デ文武天皇大寶二年大寶令出デ、初メテ成文刑罰法規備ハルニ至レリ。而シテ律中衛禁律賊盜律及擅興律ニ於テハ陸軍刑法ト見ルベキ規定アリ。

四 武家時代ニ入リテ、鎌倉幕府ハ貞永式目ヲ作レリ。其ノ中ニハ一二、一般刑法的ノ規定ナキニアラザルモ、特ニ陸軍刑法ニ屬スト認ムベキモノナク、前代ノ律及檢非違使廳ノ判例ヲ記載セシ法曹至要抄等ニ依リタルガ如シ。

室町幕府ト爲リテハ更ニ建武式目ヲ制定セシモ、其ノ内容刑政ニ關セズ、刑罰法規ハ依然前記法曹至要抄等ヲ踏襲シタリト認メラル。次デ戰國ノ世ニ入ルヤ群雄割據ノ状態ヲ呈シ各自獨立ノ法制ヲ定メ歸一スル所ヲ知ラズ。而シテ其ノ中ニハ行政法規アリ又民事法規アリ、更ニ刑罰法規アリ、或ハ單ナル道德的訓言ヲ規定セシモノモアリ、然レドモ特ニ陸軍刑法的規定ト謂フベキモノナシ。蓋シ軍ニ於ケル不法行爲ノ制裁ハ慣例又ハ臨機ノ處置ニ委セラレタルモノト推定ス。徳川氏全國ヲ統一シテ江戸幕府ヲ開クヤ、武家諸法度及諸士法度ヲ定メ、諸大名以下ノ準則タラシム。其ノ中ニハ或ハ教養品



行ニ關スルコトアリ、又ハ治安ニ關スルコトアリ、武家諸法度ハ其ノ違反ニ對シ直接ニ制裁ヲ定メズト雖モ、諸士法度ハ之ガ違反ニ對シテハ輕重ニ應ジ罪科ニ處スル旨ヲ規定ス。次デ寛保二年ニ至リ公事方定書ヲ制定セリ。其ノ下卷即チ所謂百ヶ條ハ一種ノ刑法典ニ屬スルモノニシテ、其ノ對象ト爲ルハ武士及一般庶民ナルヲ以テ、陸軍刑法ノ性質ヲ兼備スルモノト謂フベシ。但シ犯罪ノ種類ニ於テハ軍事ニ關スルモノ少ク、一般社會ノ安寧又ハ風俗乃至個人ノ生命身體財產等ニ關スルモノ大部分ヲ占ム。

五 明治維新後兵制再ビ往昔ノ姿ニ復シ天皇親率ノ軍隊ヲ有スルニ至リ、一方歐米ニ於ケル法制續々ト輸入セラレ之ヲ模範トシテ我陸軍刑法規モ遂次其ノ整備ヲ見タリ。

(一) 先ヅ明治二年四月、軍務官ノ名ヲ以テ軍律(凡例及本文五ヶ條ヨリ成ル)ヲ公布シ軍人ニ適用ス。

(二) 次デ、明治三年十二月新律綱領制定セラレ、其ノ名例律「軍人犯罪」ノ規定ニ依リ、軍律ハ出征行軍ノ際ニ限り適用セラルルコト爲レリ。

(三) 更ニ明治四年八月ニハ海陸軍刑律ヲ頒布セラレタルガ、其ノ第十四條乃至第十九條ニ於テハ、本律ニ規定ナキ所爲ハ普通刑法ニ照シテ處斷スル旨ヲ定メタリ。本律ハ規定ノ内容極メテ詳細ニシテ軍人犯主義ニ近シ。其ノ後明治六年七月本律中一部改正及增加條例十箇條ノ附加アリ。

(四) 一方同年五月ニハ改定律例ノ制定アリテ、新律綱領ト共ニ行ハル。而シテ同例ノ改正軍人犯罪律第二十七條ニ於テハ、出征行軍以外ノ場合モ亦軍人軍屬ニ對シテハ軍律ヲ適用スルコトニ改メ、第二十八條ニ於テハ現ニ軍役ニ服セザル軍人ハ常人ト同様ニ罰スルコトニ定メラル。

(五) 然ルニ明治十三年七月ニハ新ニ刑法典ノ制定ヲ見タル爲、茲ニ陸海軍刑律モ改正ノ機運ニ際會シ、偶々陸海軍ハ明治五年各獨立スルコトト爲リタルヲ以テ、法典モ亦之ヲ陸海軍別箇ニ編纂スルノ方針ニ則リ、明治十四年十二月太政官布告第六十九號ヲ以テ陸軍刑法制定セラレ、同十五年一月一日ヨリ施行セラレタリ。所謂舊陸軍刑法即チ之ナリ。同法ハ最初合計百二十四ヶ條ナリシガ、明治二十三年法律第十五號ヲ以テ第二編罪ノ部ニ第十章ヲ置キ二ヶ條ヲ増加セリ。法文ノ形式ハ軍事犯主義ニ移行セシモノノ如ク、而モ總則ハ普通刑法ノソレト重複獨立シテ設ケラル。

(六) 舊陸軍刑法施行後二十餘年間ニ於ケル陸軍ノ異常ナル發達ト日清日露兩戰役ノ經驗トハ同法ノ運用上缺陷アルヲ感ゼシメ、一方普通刑法ノ改正ヲ見ントシタルヲ以テ、之ニ應ジ陸軍刑法モ亦改正ノ俎上ニ上リ、明治四十一年四月法律第四十六號ヲ以テ陸軍刑法ノ全部改正ヲ斷行セラレ、同年十月一日ヨリ其ノ施行ノ運ビト爲レリ。之即チ現行法ナリ。尙同時ニ陸軍刑法施行法(明四一年法第四七號)ノ公布施行アリテ舊法ト新法トノ法的經過ヲ規律セリ。



## 第五章 陸軍刑法ノ效力

凡ソ法ハ一定ノ事實又ハ行爲ニ對シ規範トシテノ意味ヲ主張實現スルコトニ依リ、換言スレバ事實又ハ行爲ニ對シ法ヲ適用セラルルコトニ依リ初メテ其ノ機能ヲ完フスルナリ。而シテ法ノ對象タル事リニ於テハ時空及事象ノ限界ヲ超越シテ其ノ適用範圍ヲ規定スルコトハ不可能ナリト謂ハザルベカラズ。之即チ法ノ適用範圍ニ或ル限定ヲ付セザルベカラザル所以ニシテ、法ニ付セラレタル此ノ適用上ノ範圍ヲ法ノ效力ト謂フ。陸軍刑法モ法ナル以上之ガ效力ニ付考察スルノ要アリ。

陸軍刑法ノ效力ハ、其ノ規定スル犯罪ガ如何ナル人ニ依リ、如何ナル時場所ニ於テ行ハレタルトキ同法ノ規定ヲ適用スルカノ問題ニ關シテ生ズ。即チ人、時間及場所ノ三方面ニ亘リテ效力ノ範圍ヲ確定セザルベカラズ。

## 第一節 對人的效力

一 陸軍刑法ノ對人的效力トハ、如何ナル人が陸軍刑法上ノ犯罪ノ主體タリ得ルカノ問題ナリ。此ノ點ニ關シ陸軍刑法ノ規定セル原則左ノ如シ。

(一) 陸軍刑法ハ同法ノ罪ヲ犯シタル總テノ陸軍軍人(之ニ準ズベキ者ヲ含ム)ニ適用セラル(一、三)。

(二) 陸軍刑法ハ同法ノ罪中戦力侵害ノ見地ヨリ特ニ重大ナルモノニ付テハ陸軍軍人以外ノ者ガ之ヲ犯シタル場合ト雖モ同法ヲ適用セラル(二、三)。即チ陸軍刑法ノ對人的效力ハ陸軍軍人ヲ本則トスルモ、場合ニ因リ陸軍軍人以外ノ者(日本人タルト否トヲ問ハズ)ニモ及ボスモノニシテ、之レ蓋シ陸軍ノ戦力侵害ガ軍人トシテ特別義務ニ違背スル行爲ニ因ル場合ニ限ラザルカ爲ナリ。

二 前述ノ原則ニ對シテ特別ノ理由ヨリ例外ヲ認メラルル場合、即チ陸軍刑法ノ適用ヲ排除スル人的範圍アリ。次ノ如シ。

(一) 天皇(憲三)  
天皇ハ一切ノ刑罰法規ノ適用ヲ受ケサセラレザルモノニシテ、即チ刑事責任能力ヲ有セラレザルナリ。

(二) 帝國議會ノ議員(憲五二)

帝國議會ノ議員ノ議院内ニ於ケ爲シタル職務上ノ發言ニシテ刑罰法令ニ該當スル如キモノアル



場合ト雖モ、同議員ハ之ニ付刑事上ノ制裁ヲ受クルコトナキモノトス。此ノ場合ハ議員ノ行爲ハ天皇ノ場合ト異ナリ一種ノ違法性ヲ缺ク爲犯罪ノ成立ナシト解ス。

從來ノ學說ニ依レバ、前記(一)(二)以外ニ國內法上ノ理由ニ基クモノトシ攝政(攝政令四)ヲ、國際法上ノ理由ニ基クモノトシテ(一)外國ノ元首其ノ家族及日本人ニ非ザル從者 (二)外國ノ外交官、其ノ家族及日本人ニ非ザル從者 (三)外國ノ軍隊又ハ軍艦ノ所屬員ヲ夫々刑罰法規ノ適用ヨリ除外セラレベキ人的範圍ナリトスルガ如シ。然レドモ予ハ此等ノ者ハ其ノ地位ヲ保有スル間ニ限り一切ノ不法行爲ニ對シ刑事上ノ訴追ヲ受クルコト無キニ止マリ、敢テ其ノ不法行爲ガ刑罰法上犯罪ヲ構成スルコトナシトスルモノニアラス。從テ一旦其ノ地位ヲ離レタルトキハ、苟モ我裁判權ヲ行使シ得ル場所ニ在リトセバ其ノ犯罪ニ對シ訴追ヲ爲スコトヲ妨ゲザルモノト解スルナリ。

## 第二節 時間的效力

一 陸軍刑法ノ時間的效力トハ、同法ノ規定ガ如何ナル時ニ於テ生ジタル犯罪ニ對シ適用セラルベキカノ問題ナリ。之ニ付テハ法律ノ效力ハ其ノ實施前ノ事實ニ及バズト爲ス所謂不遑及ノ原則一般ニ認メラル。舊刑法第三條第一項ニハ「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」トアリ、現行刑

法ニハ之ガ規定ヲ缺クモ、罪刑法定主義ノ適用上言フ俟タザル所トセラル。從テ陸軍刑法モ亦原則トシテ其ノ施行ノ日タル明治四十一年十月一日以後ニ生ジタル同法ノ犯罪ニ對シテノミ之ヲ適用スルコトヲ得ルナリ。

二 然ルニ刑法ハ右不遑及ノ原則ニ對シ其ノ第六條ニ於テ、犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其ノ輕キモノヲ適用スル旨ヲ定メテ例外ヲ設ケタリ。之レ專ラ公平ノ原理ニ出ヅ。分説スルコト左ノ如シ。

- (一) 茲ニ犯罪トハ、中間現象及結果ヲ除外シタル行爲ノ意ニ解スベシ。
- (二) 刑ノ變更トハ、主刑ニ變更ヲ生ジ其ノ間ニ刑法第十條ノ規定ニ依ル刑ノ輕重アル場合ナリ。附加刑ノ變更ニ關係ナシ。又刑ノ時効ハ新法ニ依ル(陸施一三一)。
- (三) 行爲時法ト判決時法トノ間ニ中間時法アルトキハ同法モ亦刑ノ輕重ニ付比較ノ對象ト爲ルモノト解ス。

(四) 行爲ガ舊法時ヨリ新法時ニ跨リテ成立スル場合ハ之ヲ分チテ考フベシ。

- (1) 單純一罪又ハ包括一罪ニ於テハ常ニ新法ヲ適用ス。結合罪亦同シ。
- (2) 連續犯、牽連犯及想像的競合犯ハ何レモ獨立シテ罪ト爲ルベキ行爲ヲ處分上一罪ト爲シタル



モノナルヲ以テ、舊法時ノ行爲ト新法時ノ行爲トヲ區別シ、舊法時ノ行爲ニ對シ刑法第六條ヲ適用シ、新法時ノ行爲ニハ新法ヲ適用シ重キニ從テ處分スベキナリ。尤モ判例ハ斯カル場合單ニ新法ヲ適用スルモノト爲セリ(大正二年一月二十六日大判集第二卷第三五頁)。

- (五) 行爲時法ト判決時法トノ間ニ刑ノ輕重ナキトキハ常ニ行爲時法ヲ適用スベキモノト解ス。
- 三 行爲時ニ於テ當該行爲ヲ處罰スル法令存セズ後ニ至リテ其ノ處罰法令施行セラレタル場合ニ於テハ、不遑及ノ原則適用上當然新法ノ效力ヲ行爲時ニ及ボシ當該行爲ヲ罰スルコトヲ得ズ。
- 四 行爲時ニ於テ當該行爲ヲ處罰スル法令存シ判決時ニ至リテ同法令廢止セラレタル場合ニ於テハ、理論上ハ仍行爲時法ヲ適用シ處罰シ得ルモノト解スルモ、刑罰法令ノ廢止ハ社會一般ノ法律感情ニ於テ當該行爲ヲ犯罪視セザルニ至リタルニ因ル場合多キヲ以テ、右刑罰法令廢止前ノ行爲ヲ不問ニ付スルモ一般豫防上何等影響スル所ナキノミナラズ犯人自身ニ對シテモ恩惠ヲ與フル所以ナルヲ以テ、從來ハ刑罰法令廢止後ハ其ノ廢止前ノ行爲ハ之ヲ罰セザルコトト爲セリ(陸會四〇四二)。然レドモ斯ノ如キ處置ハ敢テ例外ヲ許サザルモノニアラズ。例ヘバ刑罰法令ガ社會ノ法律感情ノ變化如何ニ拘ラズ專ラ特殊ノ目的、例ヘバ財政經濟等ノ運行確保達成ニ奉仕セザルベカラザルガ如キ場合ニハ、其ノ法令施行中ノ行爲ニ付其ノ廢止後ト雖モ仍處罰ヲ爲シ得ザルベカラズ。但シ此ノ場合ニ於テハ明文ヲ以テ其

ノ旨ヲ定ムルヲ適當トスベシ。

### 第三節 場所の效力

一 陸軍刑法ノ場所の效力トハ、同法ノ規定ガ如何ナル場所ニ於テ生ジタル犯罪ニ對シ適用セラレルカノ問題ナリ。之ト裁判權ノ場所の效力ノ問題トハ區別セザルベカラズ。後者ハ現實ニ我司法權ヲ發動シ得ル範圍ヲ謂ヒ、我統治權ノ行ハルル地域ヲ限度トスベキモノナルニ反シ、前者ハ司法權發動ノ前提ト爲ルベキ犯罪成立ノ有無ヲ決定スベキ場所の範圍ナルヲ以テ、敢テ統治權ノ範圍ト一致スルヲ要セズ、之ヲ逸脱スル場所アリ得ベキナリ。

二 刑罰法令一般ノ場所の效力ヲ定ムル基準ニ關シ從來學說上認メラルモノニ左ノ諸主義アリ。

#### (一) 世界主義

國ノ内外ヲ問ハズ如何ナル場所ニ於テ行ハレタル犯罪ニ對シテモ我刑罰法令ヲ適用スベシト爲スモノニシテ、犯罪ヲ一ノ世界普遍的現象ト解シ、之ガ防壓ニ付テハ國際的協力ヲ要ストノ見地ニ立ツモノト謂フベシ。然レドモ犯罪中ニハ必ズシモ世界の共通性ヲ有セズ、寧ロ特定國家ノ文化規範ニ違反スルニ過キズト認メラルモノアルヲ以テ、本主義ノミニ依ルコトハ實情ニ副ハザ



ル場合アルベシ。

(二) 自國主義

世界主義ガ犯罪ノ普遍的性質ニ重點ヲ置キ自國領域ノ内外ヲ區別セズ犯罪ノ成立ヲ認ムルニ反シ、自國主義ハ專ラ自國ノ立場ヲ本位トシテ刑罰法令ノ場所的效力ヲ定メントスルモノニシテ、大別シテ左ノ二種トス。

(1) 形式主義

效力ノ範圍ヲ單ニ外形的基準ニ置カントスルモノニシテ、更ニ細別スレバ左ノ如シ。

(a) 屬地主義

自國領域内(之ニ準ズヘキモノヲ含ム)ニ於テノミ刑罰法令ノ效力ヲ認ムル主義ナリ。之レ國ノ統治權ハ其ノ領土ニ對シテノミ行ハルベキモノナリトスル原則ニ照應スルモノニシテ、苟モ自國內ニ於テ發生シタル犯罪ニ對シテハ其ノ犯人ノ國籍如何ヲ問ハズ之レニ我刑罰法令ヲ適用スベシト爲スナリ。然レドモ此ノ主義ノミニ依ルトキハ、他國ノ領域ニ於テ發生シタル犯罪ニ付テハ其ノ自國民ノ犯シタル場合ト雖モ仍之レニ對シ我刑罰法令ヲ適用シ得ザルコトトナリ法益侵害ノ防壓ヲ任トスル刑罰法令ノ意義ヲ沒却スル虞アリ、到底妥當ヲ期シ難シ。

(b) 屬人主義

犯罪ハ國家ヲ構成スル民族ノ文化規範ニ違反スル行爲ナルヲ以テ、當該民族文化ノ法律的感情ニ依存シテ評價セラルベク、從テ犯罪ノ主體タリ得ルモノハ國ノ内外ヲ問ハズ其ノ國ノ人民ニ限ルベキモノト解スルトキ本主義ヲ生ズ。然レドモ犯罪ガ民族文化ノ侵害ナル事實ヨリ其ノ犯罪ノ主體タルベキモノガ當該民族ニ屬スル者ニ限ルト爲スコトハ狹キニ失ス。何者侵害其ノモノハ現實ニ於テハ何人ニ依リテモ企圖シ得ルヲ以テナリ。此ノ意味ニ於テ屬人主義ニ徹底スルコトモ亦到底不可能ナリト謂フベシ。斯クノ如ク形式主義ニハ内面的缺陷アルヲ以テ、之ヲ救済スルモノトシテ次ニ述ブル實質主義ノ必要ヲ生ズルナリ。

(2) 實質主義(保護主義)

凡ソ犯罪人ハ法益ニ對スル侵害ナルヲ以テ、法益ノ保護ハ之ヲ享有スル國又ハ國民ニ對シテ講ゼラルベキヲ原則トス。從テ苟モ我國又ハ我國民ノ法益ニシテ侵害セラレシカ、其ノ場所ガ國ノ内部ナルト外部ナルトヲ問ハズ(同時ニ犯人ノ國籍如何ニ論ナク)齊シク茲ニ犯罪ノ成立アリト爲サザルベカラズ。換言スレバ、國內ニ於テハ完全ニ刑罰法令ノ場所的效力ヲ認ムルト共ニ、



國外ニ對シテハ我國又ハ我國民ノ法益侵害ヲ生ズル限度ニ於テ同法ノ效力ヲ擴張セントスルモノナリ。之即チ保護主義ノ要旨トス。本主義ハ飽ク迄自國本位ノ立場ヲ執ルモノニシテ、其ノ點前述ノ屬地・屬人ノ兩主義ト類似スルモ、後者ガ専ラ形式的基準ナルニ反シ、前者ハ實質的基準ニ屬スルヲ以テ後者ノ補正トシテ大ニ意義アルモノト解ス。然レドモ犯罪ニハ一面國際的性質ヲ帶ビ、單ニ自國又ハ自國民ノ法益ニ直接關係ナシトシテ放任シ得ザルモノアルノミナラズ、他面自國又ハ自國民ノ法益ヲ重視スルノ餘不必要ニ他國又ハ他國民ノ利益ヲ脅カスガ如キ結果ヲ生ゼザルヲ得ザルヲ以テ、保護主義ノミニ依存スルコトモ亦妥當ヲ缺クモノト謂フベシ。

### 三 我刑罰法令一般ノ場所の效力ノ態様

我刑法典總則ニ於テ採用セラレタル場所の效力ニ關スル規定ハ、前述諸主義ヲ適當ニ取捨シタル結果ニシテ、而モ本規定ハ一般刑罰法令ニモ適用セラレ(刑八)、特殊ノ事態ニ際シテハ更ニ陸軍刑法ニ因リ同法ノ目的ニ照シテ重要ナル修正ヲ蒙ルモノナリ。從テ陸軍刑法ノ場所の適用範圍ヲ考察スルニ先チ普通刑法ノソレヲ一瞥スルヲ要ス。

#### (一) 原則

屬地主義ヲ基本トス。即チ刑法ハ何人ヲ問ハズ帝國內ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス(刑一)。

(a) 茲ニ所謂罪トハ、犯罪構成事實ノ全部又ハ一部、其ノ中間現象乃至ハ結果ヲ包含スル廣義ノモノナリ。即チ行爲ガ帝國外ニ於テ行ハルモ結果ガ帝國內ナルトキ、又ハ行爲ガ帝國內ニ於テ行ハレ結果ガ帝國外ニ於テ發生シタルトキモ仍帝國內ノ罪ト解ス。

(b) 帝國內トハ、廣義ニ於テハ帝國ノ統治權ノ客體タル地域、水域及空域ヲ謂フ。然ルニ刑法ニ所謂帝國內ハ帝國ノ領土、領水及領空ノ全部ヲ包含スルモノニアラズシテ、所謂法域ヲ異ニスル地域竝ニ租借地及委任統治地ヲ除外ス(狹義ノ帝國內)。即チ朝鮮及臺灣ニ付テハ刑法ハ當然ニ施行セラレズシテ、朝鮮ニ付テハ朝鮮刑事令(明四五年制第一一號)ヲ以テ、臺灣ニ付テハ臺灣刑事令(明四一年律第九號)ヲ以テ夫々刑法典ト同一内容ノ法規ニ依ルコトヲ定メラレ、又租借地タル關東州ニ付テハ關東州裁判事務取扱令(明四一勅第二一三)ニ依リ、又南洋群島ニ付テハ南洋群島裁判事務取扱令(大一二勅第二六號)ヲ以テ夫々刑法典ト同一内容ノ法規ニ依ルコトヲ定メラレタルヲ以テ、實質上ハ刑法典ヲ施行シタルト同一結果ト爲ルベケレド、形式上ハ刑法典ノ直接施行ナキモノト謂フベシ。但シ刑法第二條乃至第四條ニ所謂帝國外ガ實質上刑法典ノ施行セラレザル



區域即チ廣義ノ帝國領域ノ外部ヲ意味スルハ明カナリ。尙右ノ如ク、刑法ノ規定ノ直接施行セラルル地域ト然ラザル地域トノ間ノ法ノ效力ノ調整ニ付テハ共通法(大正七年法第三九號)ヲ以テ規律セラレタリ

(二) 廣義ノ帝國內ニ屬セズシテ而モ之ヨリモ範圍ノ小ナル狹義ノ帝國內ト同視セラレ刑法ノ適用セラルル區域アリ。

(a) 帝國外ニ在ル帝國ノ船舶内ニ在ル犯罪(刑一Ⅱ)及軍艦内ニ於ケル罪  
帝國外トハ、廣義ノ帝國領域外ノ區域ヲ謂ヒ、公海又ハ外國ノ領水内ニ在ル場合ナリ。又船舶トハ帝國ノ公有又ハ私有スル(帝國ノ國籍アル)モノ一切ヲ包含ス(船舶法一)。軍艦ハ國際法上領土ノ延長ト看做サルル爲、其ノ帝國外ニ在ルトキトモ雖モ當然我刑法ノ適用アリト解ス。而シテ其ノ何レタルヲ問ハズ絕對的ニ帝國內ト見做スモノニシテ、刑法第二條乃至第四條並ニ刑法

施行法第二十六條及第二十七條ノ制限ヲ要セザルナリ。  
(b) 領事裁判權ヲ行フ地域ニ於ケル犯罪  
我領事裁判權ヲ行フ外國領土ノ一部ハ、帝國臣民ニ對スル關係ニ於テ帝國內ト見做サル(大一年三月五日大判、集二卷一七三頁)。尤モ此ノ點ニ付テハ例外アリ。即チ本來ノ意義ニ於ケル帝國內ニ

ノミ妥當スベキ行政法規ノ罰則ノ如キハ領事裁判ヲ行フ地域ニ適用ヲ及ボスベキニアラズ。

(c) 帝國軍ノ占領シタル外國ノ領域内ニ於ケル犯罪(海刑四)

戰爭ニ於テ實力行動ニ基キ外國領域ノ一部ヲ我軍ノ實力支配ノ下ニ置キタル場合ハ、國際法上ニ所謂軍事占領ナルガ、戰爭ニ非ザル原因、就中所謂事變ニ於テ我軍ノ權内ニ歸シタル相手國ノ領域ト雖モ之ヲ占領地ト稱スルニ妨ゲナキモノトス。要スルニ、我軍ノ實力ヲ以テ一切ノ他ノ權力ヲ排除シ當該地域ヲ獨占支配スル限リニ於テハ、其ノ地域ハ法ノ適用上帝國内ト同視スルニ妨ゲナキ場合アリ。是ヲ以テ陸軍刑法第四條(海軍刑法モ同様)ハ、斯カル地域ハ帝國陸軍軍人、帝國臣民、從軍外國人及俘虜ニ對スル關係ニ於テ帝國內ト見做シ、刑罰法令ヲ全面的ニ適用ス。之レ蓋シ軍ノ作戰遂行ノ圓滑ヲ期スル爲ニハ占領地ノ治安ノ確保ヲ第一義トスル理由ニ出ヅルモノニシテ、以上列舉セラレタル人的範圍ニ屬セザル者、就中相手國臣民ノ不法行爲ニ至ツテハ我刑罰法令ノ規定ヲ俟タズシテ所謂軍律ヲ以テ適宜處置セララルベキモノナリ。

(d) 帝國外ニ在ル陸軍ノ部隊又ハ海軍ノ官衛團隊ノ所在地ニ於ケル犯罪(海刑五)

帝國外ニ在ル我軍隊ハ國際法上相手國ノ裁判權ヨリ免除セララルモノナレドモ、之ガ爲直ニ我刑罰法令ノ適用アリト爲スヲ得ズ。惟フニ占領地ニ非ズシテ軍隊ガ帝國外ニ存在スル場合ト



雖モ、軍其ノモノノ紀律保持上其ノ所屬者ニ對スル關係ニ於テ刑罰法令ノ全面的適用ヲ爲スハ極メテ肝要ノ事ナリ。是ヲ以テ本條ハ部隊ガ帝國外ニ在ルトキハ其ノ從屬者其ノ他ノ軍關係者ニ對スル關係ニ於テ當該部隊ノ所在地ヲ帝國内ト同視スルコト爲セリ。茲ニ所謂部隊ノ所在地トハ、通説ニ依レバ軍ノ事實上ノ勢力範圍ヲ謂ヒ、單ニ外國領土ヲ通過スル場合ヲ包含セザルモノノ如シ。此ノ事實上ノ勢力範圍ノ意明瞭ナラズト雖モ、若シ軍ガ其ノ統制下ニ在ル軍人其ノ他ノ者ニ對シ實力ヲ使用スル場所の範圍ナリトセバ敢テ軍ノ所在地ニ局限スベキ理由ナク、又所在地ノ住民ニ對スル實力行使ノ場所の範圍ナリトセバ斯ノ如キハ占領ニ外ナラザルヲ以テ特ニ所在地ヲ問題ト爲スノ要ナシ。予ハ部隊ノ所在地トハ結局帝國外ニ於テ軍ガ其ノ統制下ニ在ル者ニ對シ實力ヲ行使シ得ル最大範圍即チ當該所在國其ノモノノ領域ヲ指スモノナリト解セント欲ス。尙本條ニ所謂軍人及俘虜ニ付テハ第四條ノ場所の效力ト重複スルコトアルベシ。

(三) 例外

屬地主義ハ前述ノ如ク特殊ノ事態ニ於ケル必要ニ應ジ擬制ヲ以テ其ノ缺陷ヲ是正セラルルモ、斯カル特殊ノ事態ヲ前提トセズ一般的ニ本主義ノ不備ヲ他ノ主義ヲ以テ補フコトハ刑罰法令ノ目的達成上缺クベカラザル要事タリ。是ヲ以テ左ノ如キ例外アリ。

(1) 保護主義ニ依ル修正

(a) 世界主義的色彩ヲ有スル場合

刑法典ノ規定中我國家ノ基本組織ノ保護ヲ目的トスルモノ又ハ重大ナル公共の法益ニ關係アルモノニ付テハ、其ノ犯罪ノ主體ノ國籍如何ヲ問ハズ總テ帝國外ニ於テモ同法ヲ適用ス(刑二)。刑法典以外ノ刑罰法令ノ重要ナルモノニ付テハ、刑法施行法第二十六條ニ於テ同様ノ主義ヲ採ル旨ヲ定ム。此等ノ場合ハ勿論帝國ノ法益ノ保護ヲ主要ナル目的トスルモ、他面犯罪其ノモノノ齎ラス危險ノ文化社會ニ普遍的ナルモノアルヲ顧慮セシヲ以テ、純粹ナル保護主義ニアラズシテ世界主義ヲ加味セシ保護主義トモ謂フベキナリ。

(b) 純然タル保護主義ニ依ル場合

- (I) 刑法典ノ規定中(a)ニ掲ゲザル公共の法益及重要ナル個人的法益ノ侵害ヲ内容トスルモノニ付テハ、其ノ帝國外ニ於テ帝國臣民ニ對シテ爲サレタル犯罪ニ限り同法ヲ適用ス(刑三Ⅱ)。
- (II) 公共の法益ヲ保護スル規定中特ニ公務ノ適正ヲ維持スルコトヲ目的トスルモノニ付テハ其ノ違反ガ帝國外ニ於テ發生シタル場合ト雖モ仍刑法ヲ適用ス。但シ此ノ場合ハ犯罪ノ主體タリ得ルハ行爲ノ性質上帝國ノ公務員ニ限定セラル(刑四)。



## (2) 屬人主義ニ依ル修正

前述(b)ノ(1)ニ述ベタル公共的法益及重要ナル個人的法益ノ保護ヲ内容トスル規定ハ、帝國外ニ於テ當該犯罪行為ヲ爲シタル帝國臣民ニ對シテ適用セラレ(刑三一)。

## 四 陸軍刑法ノ場所的效力ノ態様

陸軍刑法ハ陸軍ノ戦力ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ、戦力ノ侵害ハ延テ國防ノ安固ニ影響ヲ及ボスヲ以テ、國ノ内外ヲ問ハズ最モ嚴重ニ之ヲ防壓スルノ要アルハ言フ俟タズ。從テ陸軍刑法ハ普通刑法ニ於ケルガ如ク屬地主義ヲ原則トシテ他ノ主義ヲ以テ之ヲ修正スルガ如キ方法ニ依ルコトヲ得ザルナリ。茲ニ於テ陸軍刑法ハ左ノ如ク別箇ノ主義ヲ採用セリ。

## (一) 原則

屬人主義ヲ基本トス。即チ陸軍刑法ハ陸軍軍人ガ帝國ノ領域内ニ於テ同法ノ罪ヲ犯シタル場合ハ勿論(一)帝國領域外ニ於テ其ノ罪ヲ犯シタル場合(三)モ亦之ヲ適用スルナリ。陸軍刑法モ亦普通刑法ト同様第一次的ニハ所謂異法域竝ニ租借地及委任統治地ヲ除外シタル我國領域ニ施行セラレルモノナレドモ、朝鮮ニ付テハ大正二年勅令第二百八十三號ヲ以テ、臺灣ニ付テハ明治四十一年勅令第二百二十號ヲ以テ夫々陸軍刑法ヲ施行スル旨ヲ定メタルヲ以テ、朝鮮、臺灣モ亦狹義ノ帝

國內ト謂フベク、一方關東州ニ付テハ明治四十一年勅令第二百五十七號ヲ以テ陸軍刑法ニ依ル旨ヲ定メタルヲ以テ之亦實質上ハ同法ヲ施行スルニ異ナラザルヲ以テ廣義ノ帝國內ト解スベシ。唯南洋群島ニ至リテハ未ダ斯カル勅令ノ公布ナキヲ以テ、同島ハ結局陸軍刑法上帝國外ニ相當スルナリ。然レドモ普通刑法ト異ナリ屬人主義ヲ原則トスル陸軍刑法ニ於テハ、帝國內外ヲ區別スル何等ノ實益ヲモ有セズ。尙陸軍刑法上共通法ノ發動スルハ内地、朝鮮又ハ臺灣ト關東州トノ間ニ限リ内地、朝鮮及臺灣相互間ニ於テハ陸軍刑法ニ關シテハ同一法域ナルヲ以テ其ノ必要ナキモノトス。

## (二) 例外

陸軍戦力ノ侵害ハ陸軍軍人ノミニ依リテ企圖セラレルルニ止マラズ、陸軍軍人以外ノ者(必ズシモ帝國臣民ニ限ラズ外國人ヲモ含ム)ニ依リテ惹起セシメラルヲ以テ、陸軍刑法ハ斯カル危險ノ存スル若干ノ罪ノ規定ニ付テハ其ノ罪ガ帝國內ニ於テ犯サレタル場合ハ勿論(二)、帝國外ニ於テ犯サレタル場合モ(三)亦其ノ犯人ノ内外人タルヲ區別セズ同法ノ規定ヲ適用スルモノトス。之レ即チ保護主義ニ依リ原則ヲ修正シタルモノニ外ナラズ。此ノ場合モ亦(一)ト同様同法施行區域トシテノ帝國內外ヲ區別スルノ意義存セザルナリ。



## 第二部 本論

### 第一門 總論

總論ニ於テハ陸軍刑法ノ犯罪及刑罰ノ一般理論ヲ研究ス。從來總論ハ之ヲ犯罪論ト刑罰論トニ分ツヲ例トスルモ、刑罰ハ犯罪ノ效果トシテ理解セラルルヲ以テ、總論ヲ專ラ犯罪ノ觀念ノ下ニ統一シテ説明セント欲ス。

### 第一章 汎論

#### 第一節 犯罪ノ觀念

##### 一 犯罪ノ意義

凡ソ犯罪ハ之ヲ形式的ニ解スレバ、刑罰法規ニ列舉セラレタル有責違法ノ行爲ナリ。從テ陸軍刑法上ノ犯罪ハ陸軍刑法ニ列舉セラルル有責違法ノ行爲ト謂フコトヲ得ベシ。分説スルコト左ノ如シ。

(一) 犯罪ハ人ノ行爲ナリ

單純ナル心理的狀態又ハ自然ノ事實ハ犯罪ニアラズ。

(二) 犯罪ハ責任能力者ノ行爲ナリ

幼者、心身喪失者ノ行爲ハ罪ト爲ルコトナシ。

(三) 犯罪ハ責任條件ヲ具備スルコトヲ原則トス

犯罪ハ原則トシテ故意又ハ過失ヲ伴フコトヲ要ス(刑三八I)。

然レドモ陸軍刑法第四十八條ハ責任條件ヲ要セズトセラル。

(四) 犯罪ハ陸軍刑法ニ列舉セラルル行爲ナリ

犯罪ノ内容ハ陸軍刑法(廣義ノ)ニ列舉セラレタル一定ノ類型ヲ有セザルベカラズ。且又其ノ行爲ニ對スル刑罰モ亦同法ニ規定セラルルコトヲ要ス。之レ罪刑法主義ノ原則ニ基クモノニシテ、同法ニ定メラレタル類型ニ該當セザルモノハ犯罪ト爲ラズ。如何ナルモノヲ以テ類型ト爲スカハ各則ノ規定スル所ナリ。

(五) 犯罪ハ違法ナル行爲ナリ

陸軍刑法ニ規定セラルル類型ニ該當スル行爲ト雖、之ガ法令ニ依リ許容セラレ又正當防衛、緊



急避難等ニ基ク場合ニハ犯罪ヲ構成セザルモノトス。

## 二 犯罪ノ本質

### (一) 汎説

犯罪ノ本質ハ通常之ヲ實質及形式ノ二方面ヨリ觀察スルコトヲ得ベシ。實質的方面ニ從ヘバ、犯罪トハ社會的ニ危險ナル行爲ニ因ル法益ノ侵害(實質又ハ危險)ニシテ、形式的方面ニ依レバ、犯罪トハ規範ニ違反スル行爲ナリ。抑々犯罪ハ社會的ニ危險ナル行爲ナルヲ以テ、之ニ對シ防衛トシテ刑ナル制裁ヲ科セザルベラザルト同時ニ、現實ニハ規範違反トシテ之ニ對シ刑ノ制裁ヲ附加セラルルヲ以テ、右兩方面ニ於ケル犯罪ノ範圍ハ理念的ニハ一致スベキモノナリ。此ノ點ニ關シ自然犯及法定犯ノ區別ノ問題アリ。

次ニ犯罪ノ本質ヲ實質的ニ見レバ、他ノ不法行爲例ヘバ、民事上及行政上ノモノトノ間ニ何等區別ナシ。然レドモ實質的ニ犯罪タルベキモノニ對シ悉ク刑ヲ科スルハ反テ實情ニ副ハザル嫌アリ得ベキヲ以テ、不法行爲中輕易ナルモノニ對シテハ、或ハ之ヲ放置シ或ハ損害ノ賠償ノミニ止メ乃至ハ民事上又ハ行政上ノ制裁ニ委シ、特ニ重大ニシテ社會秩序ニ對スル影響ノ甚ダシキモノニ對シテノミ之ヲ形式上ノ犯罪トシテ刑ヲ科スルナリ。

犯罪ノ本質ヲ實質形式ノ何レノ方面ヨリ考察スルヲ問ハズ、犯罪ハ刑罰トノ相關關係ニ於テ論定セラレベキモノナリ。犯罪ト刑罰トノ關係ヲ如何ニ解スルカニ因リ茲ニ所謂客觀主義(事實主義)ト主觀主義(人格主義)トノ爭ヲ生ズ。

### (二) 陸軍刑法ニ於ケル犯罪ノ本質

陸軍刑法ニ於ケル犯罪モ亦前述ノ如ク實質及形式ノ兩方面ニ亘リテ之ヲ考察スルコトヲ得ベシ。實質的ニ見タル場合ニ於ケル陸軍刑法ノ犯罪ノ本質ハ、陸軍ナル國家制度ニ對スル侵害即チ陸軍ノ戦力侵害ニ在ルモノト解スルコトヲ得ベシ。之ニ對シ形式的ニ見タル場合ハ陸軍刑法ナル規範ニ違反スル不法行爲ナリト謂ハザルベカラズ。實質的ニ陸軍刑法上ノ犯罪タルベキ行爲ト雖モ、其ノ侵害ノ程度一般ニ輕易ナリト認メラルルモノハ之ニ對シ刑ヲ科スルコトナク別箇ノ制裁ニ委セラル。例ヘバ陸軍懲罰令ニ該當スル行爲ノ如シ。

一般刑法ニ於ケル近時ノ解釋及立法ハ、共ニ主觀主義的傾向ニ移リ行クガ如シ。然レドモ陸軍刑法ハ固ト客觀的ナル戦力侵害ノ防壓ヲ最高ノ目的トシ、從テ一般刑法ノ理論ニ拘ラズ客觀主義ヲ基調トセザルヘカラズ。但シ主觀主義ヲ全ク没却スルニアラズシテ、戦力侵害防壓ノ任務ヲ妨ゲザル範圍内ニ於テ犯人ノ人格就中其ノ惡性ニ對シ顧慮ヲ拂フベキコトハ極メテ望マシキ所ナリ



### 三 犯罪ノ種類

#### (一) 汎説

犯罪ハ之ヲ種々ノ基準ニ依リ區分スルコトヲ得ベシ。主要ナルモノヲ擧グレバ次ノ如シ。

#### (1) 重罪、輕罪及違警罪

法定刑ノ輕重ニ依ル區別ニシテ舊刑法第七條乃至第九條及舊陸軍刑法第十六條及第十七條ノ認ムル所ナリ。現行法ハ此ノ區別ヲ採ラズト雖モ、陸軍刑法施行法第十九條ニ於テ刑法施行法第二十九條及第三十條ヲ準用スルヲ以テ、重罪及輕罪ノ區別ハ仍意味ヲ有ス。

#### (2) 即時犯及繼續犯

犯罪成立ニ要スル時間的區劃ニ基ク區分ナリ。即時犯ハ行爲ガ完成ノ狀態ニ達スルト共ニ犯罪ハ既遂ト爲ルモノニシテ、繼續犯ハ行爲ガ完成スルモ其ノ後一定時間不法狀態ノ存續スルヲ要スルモノナリ。狀態犯トハ區別スルヲ要ス。

#### (3) 箇成犯ト複成犯

犯罪組成ノ要素タル行爲ノ箇數ニ依ル區別ナリ。箇成犯トハ單一ノ行爲ヲ以テ一犯罪ヲ構成

スル場合ニシテ(勿論行爲ハ自然的ナル意味ニアラズシテ規範的意味ニ於ケルモノナリ)、複數ノ行爲ヲ以テ一犯罪ヲ構成スルモノガ複成犯ナリ。複成犯ハ之ヲ分チ結合犯、集合犯(所謂包括一罪ノ場合ヲ含ム)、想像的競合犯、連續犯、牽連犯ト爲ス。

#### (4) 實質犯及形式犯

責任ヲ犯罪ノ要件ト爲スカ否ニ因ル區別ナリ。凡ソ犯罪ハ原則トシテ責任ヲ要件トスルモ、財政犯ニ於テハ單ニ外形的ナル行爲(及結果)アレバ犯罪成立スルモノニシテ、之ヲ形式犯ト謂フ。

#### (5) 結果犯及舉動犯

犯罪ニ結果ノ發生ヲ要件ト爲スカ否ノ區別ナリ。結果犯ハ結果(危險又ハ實害)ノ發生ヲ俟テ既遂ト爲リ、舉動犯ハ單ニ行爲ノ實行ノ終了ヲ以テ既遂ト爲ル。

#### (6) 特別犯及普通犯

法律上刑ノ加重減輕ヲ受クルカ否ニ因ル區別ナリ。即チ加重減輕ヲ受クルモノヲ特別犯トシ、然ラザルモノヲ普通犯トス。尙特別犯ハ之ヲ加重犯ト減輕犯トニ細別ス。陸軍刑法ノ罪ノ一部ハ特別犯ナリ。



(7) 身分犯及普通犯

犯罪構成ノ要件トシテ一定ノ身分ヲ要スルモノヲ身分犯トシ、然ラザルモノヲ普通犯トス。陸軍刑法ノ罪ノ一部ハ身分犯ナリ。

(8) 行政犯及刑事犯

行政上ノ取締ノ便宜ノ爲設ケラレタルモノヲ行政犯トシ、然ラザル犯罪ヲ刑事犯ト爲ス。此ノ區別ハ法定犯ト自然犯トノ區別ニ照應スルモノニシテ、規範ノ定立ヲ俟ツテ初メテ犯罪トセラルルモノヲ法定犯ト爲シ、社會感情上當然ニ犯罪トセラルルモノヲ自然犯ト爲スナリ。從ツテ行政犯及刑事犯ノ區別ヲ實質的ニ見タル場合ハ法定犯及自然犯ト爲ルベシ。但シ形式上ハ行政犯及刑事犯ノ區別ナク共ニ原則トシテ刑法典總則ノ適用アリ。尤モ行政犯中或ルモノハ其ノ適用ヲ除外セリ(各種税法、出版法、新聞紙法等)。

(9) 國事犯及常事犯

國ノ政治的秩序ヲ破壊スル罪ヲ國事犯ト爲シ、之ニ對シ一般ノ犯罪ヲ常事犯トス。國事犯ハ別ニ政治犯トモ稱セラレ、審理上通常裁判所ニ於テハ特別ナル取扱ヲ受ク(裁務法五〇以下。刑訴四七五以下)。

(10) 親告罪及非親告罪

公訴提起ノ要件トシテ被害者其ノ他ノ者ノ告訴ヲ要スルモノヲ親告罪ト爲シ、然ラザルモノヲ非親告罪トス。後者ニ於テモ告訴ヲ禁ズル趣旨ニアラズ、唯訴追ノ要件トセザルノミ。現行犯及非現行犯

本區分ハ犯罪其ノモノノ性質ニ依ルモノニアラズシテ其ノ發覺ノ狀態如何ニ依ルモノナリ。即チ現行犯ハ現ニ罪ヲ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタルモノニシテ(刑訴一三〇。陸會一八四)、然ラザルモノハ非現行犯ナリ。現行犯ニ付テハ訴訟手續遂行上特別ナル取扱ヲ規定セラル(刑訴一二三以下。陸會一七七以下)。

(二) 陸軍刑法ニ於ケル犯罪ノ種類

(1) 陸軍刑法ニ於ケル犯罪モ亦前述各種ノ區分ニ夫々該當スベキコト勿論ナルガ、更ニ陸軍刑法ノミニ於ケル特別ナル犯罪區分トシテ軍事犯及常事犯ヲ舉グルコトヲ得ベシ。軍事犯及常事犯ヲ區別スル基準トシテハ實質的ノモノト形式ノモノトノ二種アリ。實質的基準ニ依レバ(實質的意義ニ於ケル軍事犯)トハ、陸軍ノ戰力侵害ヲ本質トスル犯罪ニシテ、然ラザルモノヲ常事犯ト爲ス。從テ陸軍刑法典以外ノ法令、例ヘバ軍機保護法ニ規定セララル犯罪ノ如キモ亦軍事犯ニ屬スルナリ。之ニ對シ形式的基準ニ依レバ(形式的意義ニ於ケル軍事犯)、軍事犯



トハ陸軍刑法典ニ構成要件ノ規定セラレタル犯罪ニシテ、然ラザルモノヲ常事犯ト爲スナリ。陸軍刑法典ニ於テ實質的基準ニ依ル軍事犯ト形式的基準ニ依ル軍事犯トハ所謂軍事犯主義ヲ採レバ其ノ範圍一致スルモ、所謂軍人犯主義ヲ採レバ後者ノ基準ニ依ルモノノ方前者ノソレヨリモ廣シ。

(2) 形式的意義ニ於ケル軍事犯ハ之ヲ更ニ純正軍事犯ト不純正軍事犯(準軍事犯)トニ分ツコトヲ得ヘシ。

純正軍事犯トハ一般刑罰法令ニ於テハ其自體トシテハ罪トセザル行爲ナルモ、其ノ戦力侵害ヲ本質トスル爲テニ陸軍刑法ニ犯罪トシテ規定シ刑ヲ科スルモノヲ謂ヒ、不純正軍事犯トハ一般刑罰法令ニ於テ既ニ犯罪トセラルルモ戦力保持ノ見地上同法ニ定ムル構成要件及刑ヲ以テハ充分ナラザル爲テニ構成要件ヲ修正シ且刑ヲ加重シタルモノヲ謂フ。

陸軍刑法上純正軍事犯ト見ルベキハ擅權ノ罪(三五乃至三九)、辱職ノ罪(四〇乃至五六)、抗命ノ罪(五七乃至五九)、陵虐ノ罪(七一)、侮辱ノ罪(七三―七四)、逃亡ノ罪(七五乃至七八)、違令ノ罪ノ大部(九五乃至九八、一〇二乃至一〇四)ニシテ、不純正軍事犯ト見ルベキハ叛亂ノ罪ノ一部(二七乃至二九、三〇乃至三二)、暴行脅迫ノ罪(六〇乃至七〇)、侮辱ノ罪ノ一部(七三―七四)、軍用物損壞ノ罪(七九乃至八四)、掠奪ノ罪(八六乃至八九)、俘虜ニ關スル罪(九〇乃至九四)、違令ノ罪ノ一部(九九乃至一〇一)ナリ。

右ノ外叛亂ノ罪ノ一部(二五、二六、三〇乃至三二)、但シ三〇乃至三二ハ反亂者ニ關スルモノニ限ル)即チ所謂反亂ノ罪ハ、其ノ本質上刑法内亂罪ノ構成要件ヲ更ニ擴大シタルモノヲ構成要件トスル爲、一面ニ於テ不純正軍事犯タルト共ニ刑法内亂罪ニモ該當セズ、其ノ他一般刑罰法令ニ於テハ其自體トシテ別ニ犯罪トセザルモノ(分解シテ各別ニ取扱フ場合ハ暫ク措キ)ヲ特ニ犯罪トセシ意味ニ於テ純正軍事犯ノ性質ヲモ有スルモノナリ(昭一〇年一〇月二四日大判集一四卷一二六七頁)。

(3) 純正軍事犯ト不純正軍事犯トノ區別ハ、其ノ主體タリ得ル者ガ陸軍軍人ニ限ルヤ否ヤノ區別トハ必ズシモ照應スルモノニアラズ。例ヘハ陸軍刑法第九十五條第一項、第九十六條、第九十七條第二項ノ如キ純正軍事犯ハ同法第二條第六號ニ依リ軍人以外ノ者ニモ適用セラレ、之ニ反シ同法第六十八條及第六十九條ノ如キ不純正軍事犯ハ軍人ニノミ適用セララルヲ以テナリ。從來純正及不純正軍事犯ヲ以テ軍人タル身分ニ基キ有スル特別義務ノ違背ヲ以テ其ノ構成要件又ハ加重要件ノ本質ト爲スガ如ク主張セラレ居リタルモ、斯クテハ同法第二條ニ於テ純正及不純正軍事犯ガ軍人ニ非ザル者、從テ特別ナル義務ヲ負ハザル者ニモ成立スル旨ヲ規定スル所以ヲ説明シ得ザルヘシ。予ハ軍事犯ヲ以テ客觀的ナル戦力侵害ト解スルヲ以テ、其ノ軍人以外ノ者



ノ主體タリ得ベキ場合ヲモ當然ニ認容スルナリ。

尙軍事犯ニ於ケル軍人ト軍人ニ非ザル者トノ共犯ノ場合ノ法律關係ニ付テハ後述スヘシ。

## 第二節 犯罪ノ要件

犯罪ニ關シテハ種々ノ要件ヲ區別シテ考フルコトヲ得ベシ。分説スルコト左ノ如シ。

一 構成要件

犯罪ハ刑罰法規ニ列舉セラルル有責違法ノ行爲ヲ以テ成立ス。之即チ犯罪ノ構成要件ナリ。構成要件ハ之ヲ分チテ要素ト様態トノ二種トス。要素ハ之ヲ主體、客體及行爲ニ分チ、各々ヲ一般の要素ト特別要素ト爲ス。前者ハ犯罪成立上必要ナル共通の條件ナリ。又行爲ノ一般の要素ハ更ニ主觀的要素ト客觀的要素トニ分ツ。主觀的要素ノ實質ハ責任ニシテ、客觀的要素ノ實質ハ違法ナリ。特別要素トハ各種ノ犯罪ニ付特殊のニ必要ナル條件ニシテ、刑法又ハ陸軍刑法ノ各則ニ規定セラルル類型即チ之ナリ。

要素ハ又積極的要素ト消極的要素トニ分ツコトヲ得。前者ハ犯罪成立上存在スルコトノ必要ナル條件ニシテ、後者ハ犯罪成立ヲ阻却スル爲必要ナル條件ナリ。例ヘバ未成熟ノ如キ責任阻却原由又ハ正

當防衛、緊急避難ノ如キ違法阻原由即チ之ナリ。

様態ハ犯罪行爲其ノモノニハ本來屬スルコトナク、之ニ對シテ形式ヲ付與スル條件ニシテ、分チテ時間的様態、場所的様態及關係的様態ノ三種トス。

### 二 處罰要件

犯罪ノ構成ニハ關係ナクシテ單ニ其ノ處罰上必要ナル條件ナリ。例ヘバ、破産犯罪ニ於ケル破産宣告ノ確定ノ如シ。此ノ要件ヲ缺クトキハ構成要件不存在ノ場合ト同様無罪トナル。

### 三 訴追要件

犯罪訴追上必要ナル條件ニシテ訴訟法上ノモノナリ。例ヘバ親告罪ニ於ケル告訴ノ如シ。本要件ヲ缺クトキハ公訴棄却ノ判決ヲ受ク(刑訴三六四五六。陸會四〇五二四)。



## 第二章 犯罪ノ構成

### 第一節 犯罪ノ主體

#### 第一款 主體ノ性質

#### 第一項 總論

凡ソ犯罪ノ主體タルベキモノハ意思能力及行爲能力ヲ有セザルベカラザルヲ以テ、原則トシテ自然人ニ限ルベキモノトス、往昔ハ固ヨリ、十三乃至十八世紀ニ於テスラ動物ニ對シテ處罰スルコトヲ認メタルコトアリシガ、現代刑罰法ニ於テハ動物ガ犯罪ノ主體タルコトヲ一般ニ否定ス。一方、法人ガ犯罪ノ主體タリ得ベキカ否ニ付テモ爭アリ、通説ハ消極ナリ。

陸軍刑法ニ於ケル犯罪ノ主體タルベキモノモ亦刑罰法令一般ト同ジク自然人ニ限ラル。而シテ一般刑法ガ其ノ適用ヲ受クル自然人ニ付テハ其ノ身分ノ如何ヲ原則トシテハ顧慮セザルニ對シ、陸軍刑法ハ其ノ戦力侵害ノ防壓ヲ目的トスル本性上、軍ノ戦力ニ最モ關係深キ地位ヲ有スル自然人ヲ其ノ他ノ

自然人ヨリ特ニ區別シテ考察セリ。斯クテ同法ノ犯罪ノ主體タリ得ベキ自然人ハ之ヲ大別シテ陸軍構成員ト一般人ト爲スコトヲ得ルモノニシテ、此ノ中、同法ノ主トシテ慮ル主體ガ前者ナルコトハ事ノ性質上言フ俟タザル所ナリ。陸軍刑法ガ一種ノ階級刑法ト稱セラルル所以ノモノ亦茲ニ存ス。

#### 第二項 各論

#### 第一目 戦力ノ現實的構成員

戦力ノ現實的構成員トハ、陸軍戦力ノ形成ニ有形的又ハ無形的ニ關與スル一切ノ自然人ヲ總稱シ、分チテ陸軍軍人及準陸軍軍人ト爲スヲ得ベシ。

#### 第一段 陸軍軍人

#### 一 汎説

陸軍ノ現實的構成員ノ最モ重要ナル部分ヲ占ムルハ其ノ戦力ノ中樞タルベキ陸軍軍人ナリ。而シテ此ノ場合陸軍軍人タルノ要件トシテハ、陸軍ノ部隊ノ一員トシテ服役スルガ如キ形式的ナル從屬關係



アルコトヲ原則トスベキモ、陸軍刑法ハ其ノ外ニ形式的ナル從屬關係ト同視シ得ベキ地位ニ在ル者ノ一部ヲモ陸軍軍人中ニ包含セシメ、更ニ陸軍軍人中陸軍ノ將校其ノ他特殊資格ニ基キ主體タリ得ル場合ニ付テモ規定ヲ設ケタリ。

二 陸軍軍人一般ノ資格

(一) 陸軍ノ現役ニ在ル者(但シ未ダ入營セザル者及歸休兵ヲ除ク)(八一)

(1) 陸軍ノ現役ニ在ル者トハ、徵集ニ依リテ現役ニ入りタル者(兵法五)ノ外ニ志願ニ基キ兵籍ニ編入セラレ現役ニ入りタル者(同法三。昭二年勅第三三二號陸軍武官服役令一、六、七、一五、一六乃至一八。昭和一三年勅第九五號陸軍特別志願兵令一、二。昭一四年勅第七三一號幹部候補生等ヨリ將校ト爲リタル者ノ役種變更ニ關スル件一)ヲモ包含ス。現役ノ始期ハ一般兵ハ徵集年ノ十二月一日トス。但シ戰時、事變其ノ他必要アル場合ハ始期ヲ變更スルコトヲ得(兵法一七)。現役ハ原則トシテ二年間トス(同法五)。但シ必要ニ因リ延長セラルルコトアリ(同法一九)。

(2) 現役中ハ在營セシメラルル原則トスルモ(同法五)、場合ニ因リ在營期間ヲ短縮スル爲(同法一二乃至一四)其ノ他必要アルトキハ(同法一九ノ二)現役期間内ニ未入營期間又ハ歸休期間ヲ置クコトアリ(兵施令三二、三四、三五)。茲ニ歸休期間トハ、現役期間滿了前ニ退營ノミヲ許シタル期間ヲ

謂フ。歸休期間内ハ仍現役トス。斯ノ如ク現役ニ在ル者ハ必ズシモ現實ニ入營中ノ者ノミニ限ラザルモ、未ダ入營セザル者及歸休兵ノ如キハ在營中ノ者ト異ナリ直接ニ軍ノ紀律ニ服セザル者ナルヲ以テ此等ノ者ヲ陸軍軍人トシテ陸軍刑法ヲ適用スルハ適當ナラザル爲但書ヲ以テ其ノ除外例ヲ設ケタリ。

(3) 入營ハ當該部隊ニ出頭シ其ノ行フ身體検査ニ合格シタル時ヲ以テ始マルヲ原則トスルモ(兵施規二三四、二五三一)、部隊遠隔地ニ在ルトキハ便宜上指定ノ場所ニ入營スベキ者ヲ集合セシメ、係官ノ引率ヲ以テ目的部隊ニ到ルコトアリ(兵施規二三五三二五三一)。斯ル場合ニハ右指定場所ニ集合シ同所ニ於テ行ハルル當該部隊ノ身體検査ニ合格シタル時ガ即チ入營ノ始期ナリ。而シテ身體検査ノ合格不合格ハ入營當日決定セラルルモ、場合ニ依リ期日後三日内ニ行ハルルコトアリ。從テ此場合合格セバ入營ノ效力ハ検査當日ニ遡ルベキナリ(兵施規二五四)。

(二) 召集中ノ在郷軍人(八二)

(1) 召集トハ陸軍召集規則第二條ニ定ムル一切ノ召集ヲ指稱ス。召集中トハ同條ノ規定ニ依リ召集ヲ命ゼラレ令狀所定ノ到着地又ハ集合場ノ召集事務所乃至ハ召集部隊ニ出頭シ係官ニ届出デタル時ヲ以テ始マリ(召規四八、七八、九五、一三、六一四四)、召集解除ニ因リ退營シ又ハ服務ノ義務



ヲ免除セラレタル時ヲ以テ終ル(召規六三、七八、九五、一三七、一四四)期間内ヲ謂フ。必ズシモ所定ノ召集期間ト一致スルモノニアラズ(召規一三七エ但)。尙令狀ノ送達ヲ受ケタルノミニテ出頭セザリシ場合ハ不可ナリ(明四三年三月一七日大判録一六輯四五七頁)。

- (2) 在郷軍人ノ意義ニ付テハ本條第十三條ニ之ヲ規定セリ。其ノ詳細ハ後述スベキモ、同條ニ列舉セラルル者ノ中ニ未ダ入營セザル者及退役者ニ付テハ召集ノ事實ヲ生ジ得ザルヲ以テ、第八條第二號ニ該當スル場合ナキハ言フ俟タズ。

- (三) 召集ニ依ラズ部隊ニ在リテ陸軍軍人ノ勤務ニ服スル在郷軍人(八三)

(1) 凡ソ部隊ニ在リテ陸軍軍人ノ勤務ニ服スベキ者ハ現役ニ在ル者又ハ召集中ノ者ナルコトヲ原則トスレドモ、補充ノ必要上此等以外ノ者ヲ以テ部隊ノ要員ト爲ス場合アリ。本號ハ即チ之ヲ規定シタルモノニシテ、現行法ノ實例トシテハ明治三十八年陸達第五十二號、同年陸達第五十三號、明治四十年勅令第二百六十號、明治四十一年勅令第六號其ノ他數多ノ法令アリ。此等ノ法令ニ依リ採用セラレタル者ノ身分取扱ハ夫々ノ規定ニ於テ召集中ノ者ト同視スル旨ヲ定メ、尙一般的ニハ陸軍諸部團隊官衛學校ニ豫備役後備役者ヲ以テ補充セシ場合ニ於ケル身分取扱ノ件(明三四年勅第一四五號)ヲ以テ同趣旨ノ規定ヲ設ケタリ。

- (2) 本號ハ志願ニ依リテ陸軍ノ部隊ニ服務スル者ニ關スルモ、其ノ勤務ハ編制上現役軍人又ハ召集ニ依ル軍人ヲシテ執ラシムベキモノニ限ラルルヲ以テ、文官又ハ雇傭人ヲ以テ充ツベキ地位ニ便宜上豫備役又ハ後備役ノ陸軍軍人ヲ置キタル場合ノ如キハ、此ノ者ハ召集ニ依ラズト雖モ其ノ勤務ノ性質上本號ニ該當スルコトナキモノトス。然レドモ他面陸軍軍屬トシテ軍人ニ準ズル取扱ヲ受クル場合アリ得ベシ。

要スルニ、本號ニ該當スル軍人ハ實質上召集ニ依リ部隊ニ服役スル者ト同視シ得ルヲ以テ、之ヲ陸軍軍人中ニ包含セシメタルナリ。

- (四) 陸軍ノ制服着用中ノ在郷軍人(八四前)

- (1) 陸軍服制(昭一三年勅第三九二號)及陸軍服裝令(昭一三年軍第八號)等ニ定メタル陸軍ノ制服ヲ着用スル在郷軍人ニシテ前記(二)及(三)ニ該當セザル場合ナリ。凡ソ制服ハ之ヲ着用スルコトニ依リテ本人ノ階級ヲ表示シ、上下ノ道義的服從關係ヲ生ジ、軍ノ秩序ニ住スルコトナルヲ以テ、若シ制服着用中ニ陸軍刑法ノ罪ヲ犯ス場合ニハ直ニ軍紀ヲ破壞スルノ結果ヲ見ルベキナリ。茲ニ於テ縱令在郷軍人トシテ既ニ直接軍ノ統制下ニ在ラザル者ト雖モ、制服着用ナル外形的事實ヲ以テ該統制ヲ受クル場合ト同視シ陸軍軍人ノ一種ト爲セリ。



- (2) 陸軍ノ制服トハ、現ニ陸軍ニ於テ法規上陸軍軍人ニ對シ着用ヲ規定スルモノニ限り、既ニ廢止セラレタルモノヲ包含セズ。
- (3) 又制服着用ハ、前記法令ニ定メラレタル着裝ヲ完備スル場合ハ勿論、其ノ着裝ノ一部ニ不備アリトスルモ社會通念ニ照ラシ陸軍軍人タルコトヲ表彰スルニ足ル場合ナラバ仍該當スルモノト解ス。但シ此ノ點事實ニ依リ決スベキ問題ナリ。
- (4) 在郷軍人ガ制服ヲ着用シ得ル場合ハ陸軍服裝令ニ規定セラルル所ナルモ(同令四二、四三)、本號ノ制服着用中トハ、斯ノ如ク着用ヲ法規上許容セシ場合ニ限ラズ、在郷軍人ガ其ノ他ノ場合ニ擅ニ着用セシトキモ包含ス。
- (五) 現ニ服役上ノ義務履行中ノ在郷軍人(八四後)
  - (1) 服役上ノ義務トハ、廣義ニ於テハ兵役義務ノ内容トシテ負担スル法令上ノ義務ヲ總稱シ、現役トシテ入營スル義務、召集ニ應スル義務等ハ總テ之ニ該當スルモ、本號ニ於ケル場合ハ本條第一號第二號トノ關係上現役トシテ入營ノ義務、召集ニ應ズル義務ヲ除外シタル狹義ノモノト解ス。從テ例ヘバ簡閱點呼ノ如キモノヲ指稱スルコトトナルベシ。
  - (2) 義務履行中トハ、義務履行ノ爲當該陸軍係官ノ統制ニ入りタル時ヨリ之ヲ脱スル迄ノ間ヲ謂フ。例ヘバ簡閱點呼參會ノ爲指定ノ日時ニ點呼場ニ到着シ係官ニ届出ヲ爲シ(召規一六九)タル時ヨリ執行官ノ解散命令アル迄ノ間ノ如シ(簡閱點呼執行規則二五一)。從テ參會ノ爲ノ旅行途中ノ如キハ義務履行中ト謂フコトヲ得ズ。本義務履行中ノ者ハ軍ノ統制下ニ在ル點ニ於テ現役又ハ召集中ノ者ト本質上異ナル所ナキヲ以テ之ヲ陸軍軍人ト爲シタルナリ。
  - (六) 志願ニ依リ國民軍隊ニ編入セラレ服務中ノ者(八五)
    - 陸軍ノ兵役關係ニ在ラザル者ニシテ志願ニ基キ國民軍ニ編入セラレ服務中ノ者ヲ謂フ。凡ソ國民軍ハ國民兵役ニ在ル者ヲ以テ充ツルヲ原則トスレドモ、退役陸軍將校准士官、元陸軍下士官及上等兵ニシテ國民兵役ニ在ラザル者ハ本人ノ志願ニ依リ之ヲ國民軍ニ編入スルコトヲ得(明三七年勅第二三三號國民兵役ニ在リテ召集セラレタル者及國民軍編入志願者ニ關スル件)。斯ノ如ク國民軍ニ編入セラレ服務中ノ者ハ、實質上現役又ハ召集中ノ者ト異ナル所ナキヲ以テ陸軍軍人中ニ包含セシムルコトト爲セリ。

尙法文ニハ「編入セラレ服務中」トアルヲ以テ、編入許可アリタルノミニテハ未ダ本號ノ要件ヲ充足セズ、更ニ國民軍ニ於テ服務中ナルコトヲ要スルモノト謂フベシ。此ノ點本條第一號ノ現役ニ在ル者ガ現ニ在營中ナルコトヲ要件トスルト趣旨ニ於テ同ジ。



### 三 陸軍軍人ノ特殊資格

陸軍軍人ハ其ノ一般ノ資格ニ於テ陸軍刑法上一般人ト異ナリタル取扱ヲ受クルモノナルガ、更ニ同ジク陸軍軍人中ニ於テモ特殊ナル資格(身分)ヲ有スルコトニ因リ特別ナル犯罪ノ主體タリ得ル場合アリ。分説スルコト左ノ如シ。

#### (一) 陸軍ノ將校

陸軍ノ將校ガ主體タル場合ハ、例ヘバ陸軍刑法第四十五條ノ場合ナリ。

##### (1) 本來ノ陸軍將校

本來ノ意義ニ於ケル陸軍將校ハ、昭和十二年勅令第十二號ヲ以テ陸軍武官官等表ノ件ヲ改正セラルル迄ハ專ラ兵科ノ將官、佐官及尉官ノミヲ指稱セシガ、右勅令ニ依リテ所謂將校相當官ノ名稱ヲ廢セラレ各部ニ屬スル將官、相當官及士官ハ夫々各部將官、佐官及尉官ト稱セラレ、官等ノ名稱モ亦兵科將校ト全ク同一ト爲リシヲ以テ、陸軍刑法上ノ陸軍將校中ニハ形式上ハ當然從前ノ陸軍將校相當官ヲ包含スルコトナルガ如シト雖モ各部將校ノ資格權限ニ於テハ何等變更ヲ生ジタルモノニ非ザルヲ以テ、本法上ハ依然兵科將校ノミヲ指スモノト解ス。

##### (2) 準陸軍將校(一〇)

陸軍刑法ハ本來ノ陸軍將校ノ外ニ之ニ準ズベキ者トシテ陸軍將校相當官、陸軍准士官、海軍將校、同相當官、海軍候補生、海軍准士官及陸軍士官ノ候補者ニシテ士官ノ勤務ニ服スル者ヲ規定セリ。此ノ中陸軍將校相當官ハ現今ハ法規上各部將校ヲ意味ス。陸軍准士官ノ種類ニ付テハ前記勅令ニ規定セラレ、又陸軍士官ノ候補者ニシテ士官ノ勤務ニ服スル者トハ、原則トシテ陸軍補充令ニ所謂兵科部ノ見習士官ニシテ將校銓衡會議ニ於テ可決セラレ (陸軍補充令九、一二、二二、二二、二五ノ六、二五ノ七、三七、三八、四六、四七、六〇、六一、六二ノ二、一一六)、士官ノ勤務ニ服スル者ヲ謂フ。海軍ノ將校、同相當官及准士官ノ種類及階級ニ付テハ海軍武官官階ノ件(大九年勅第一〇號)、又海軍候補生ニ付テハ海軍武官任用令(大七年勅第三六五號)ニ夫々規定アリ。海軍ノ將校以下ヲ陸軍將校ニ準ジタルハ、陸軍用船ノ監督將校ノ如キ陸軍ノ勤務ニ服シ、從テ陸軍軍人ニ準ゼラルベキ海軍將校アルヲ以テナリ。

#### (二) 司令官(一七)

司令官トハ軍隊ノ司令ニ任ズル陸軍軍人ナリ。

(1) 茲ニ軍隊トハ、正當ナル指揮者ヲ有スル陸軍軍人ノ集團ヲ謂ヒ、該集團ガ編制上規定セラレタル形式ヲ取ルモノナルト或ハ作戰上ノ必要ニ基ク所謂軍隊區分ニ依ルモノナルトヲ問フコト



- ナク、更ニ集團ヲ構成スル軍人ノ員數ノ多少ヲ論ゼザルナリ。
- (2) 司令ニ任ズル陸軍軍人トハ、當該軍隊ヲ指揮スル權能ヲ有スル陸軍軍人ヲ謂ヒ、必ズシモ本來ノ隸屬系統ニ於テ指揮スル場合ニ限ラズ、作戰ノ必要ニ因リ一時的ニ指揮權ヲ行使スル場合ニテモ可ナリ。又茲ニ所謂陸軍軍人ニハ將校、下士官及兵ヲ包含ス。
- (三) 哨兵(一八)

- (1) 哨兵トハ、儀仗又ハ警戒ノ爲守地ニ在ル場合ノ陸軍軍人ヲ謂フ。哨兵ノ職務ハ陸軍禮式令(昭一五年軍陸第三號)、作戰要務令(昭一三年軍陸第一九號)、衛戍勤務令(明四三年軍陸第二號)、軍隊內務書(昭九年軍陸第九號)等ニ規定セラル。
- (2) 儀仗トハ、本來儀式ニ用フル武器ヲ謂ヘルモノニシテ、轉ジテ特定ノ人格者ニ附屬シテ其ノ護衛ヲ爲スコトヲ指稱ス。儀仗ハ分チテ儀仗衛兵ト儀仗隊ト爲シ、儀仗衛兵ニ於ケル步哨ガ即チ本條ニ所謂哨兵ノ一ニ該當ス(陸軍禮式令一一九以下)。
- (3) 警戒トハ、敵ノ襲撃ニ對スル豫防ノ爲ノ監視ヲ謂フ。前述儀仗モ所詮一種ノ警戒ニ包含セラレベキモノナルモ、前者ガ特定人ニ對スル侵害ノ豫防ヲ目的トスルニ對シ、茲ニ所謂警戒ハ部隊全般ニ對スル侵害ノ豫防ヲ任トスル點ニ於テ區別セラル。

- (4) 守地トハ、哨兵タルベキ者ガ占守シ其ノ行動ヲ爲シ得ベキ一定ノ區域ヲ謂フ。守地ハ之ヲ哨所(九五)ト區別セザルベカラズ。哨所モ亦哨兵ノ占守スベキ場所ナルモ、守地ノ中心ニ在リテ其ノ行動ノ基點ト爲ルベキモノナリ。守地ハ通例哨所ノ位置ヨリ三十歩トス(衛勤四四)。
- (5) 哨兵ハ守地ニ在ルコトヲ絕對要件ト爲シ、守地ヲ離レタル瞬間ヨリ既ニ哨兵タルノ性質ヲ喪失ス。

## 第二段 準陸軍軍人

### 一 汎論

陸軍軍人ノ外ニ陸軍ノ現實的構成員トシテハ陸軍文官其ノ他ノ者アリ。此等ノ多クハ直接ニハ戰鬥ニ關係ヲ有セザルモ、陸軍ノ統制下ニ糾合セラレ齊シク其ノ紀律ヲ遵奉スルノ身分ヲ保有スルガ爲我陸軍刑法第九條ハ全ク陸軍軍人ト同ジク同法ノ適用アル旨ヲ規定シタリ。

### 二 陸軍所屬ノ學生生徒(九一)

- (1) 本號ハ陸軍軍人又ハ軍屬ニ非ズシテ陸軍ノ部隊ニ屬シ又ハ陸軍ノ監督ヲ受クル學生生徒ヲ謂フ從テ陸軍幼年學校、陸軍豫科士官學校等ノ各生徒ノ如キ陸軍ノ學校ニ在ル者ハ勿論、衛生部、獸



醫部、航空、技術ノ各委託學生生徒及陸軍法務官試補委託學生ヲモ包含ス（昭三年陸令四號陸軍依託學生生徒規則。昭一五年陸令第二一號陸軍法務官試補ト爲ルベキ依託學生採用規則）。

(2) 斯ノ如ク陸軍所屬ノ學生生徒ニハ種々ノモノヲ包含シ、或ハ陸軍幼年學校生徒ノ如キ身心ノ發達充分ナラズ軍隊教育ニ慣熟セザルアリ、或ハ委託學生生徒ノ如キ陸軍ノ監督下ニアリトハ謂ヘ日常陸軍部外ノ學校ニ於テ一般學生生徒ト共ニ修學スルモノアリ。此等ノ者ヲ一律ニ陸軍軍人ニ準ズルコトハ實情ニ合致セザル場合アリ得ベキヲ以テ、本條第二項ニ於テハ命令ヲ以テ除外例ヲ設クルヲ得ル旨ヲ規定セリ。本項ニ依リ現在陸軍刑法ノ適用ヲ除外セラルルモノハ陸軍各部委託學生生徒ナリ（明四一年勅第二五五號陸軍刑法ヲ適用セザル陸軍所屬ノ學生生徒ニ關スル件）。

### 三 陸軍軍屬（九一）

陸軍軍屬トハ、陸軍文官、同待遇者及宣誓シテ陸軍ノ勤務ニ服スル者ニシテ豫備又ハ退職ノ文官ヲ除外ス（一四）。

(一) 豫備又ハ退職以外ノ陸軍文官

(1) 陸軍文官ハ陸軍軍人ト共ニ陸軍ノ構成員トシテ最重要ナル地位ヲ有スルモノニシテ、一般文官ト同シク政務官、事務官、技術官及教官ニ大別セラル。

(2) 陸軍文官中陸軍法務官ニ限り原則トシテ終身其ノ官ヲ保有スルモノニシテ、唯退職ニ因リテ

職務ノ擔任ヲ免除セラルルコトアリ。從テ退職シタル陸軍法務官ニ付テハ特ニ陸軍刑法ヲ適用スルノ要ナシトシテ之ヲ除外セリ。法文ニハ「豫備又ハ退職」トアルモ、陸軍文官ニ豫備ノ認めラレシハ大正十一年陸軍軍法會議施行前ノ理事ナリシガ（明二八年勅第一二五號理事分限令）、同法施行ト共ニ理事ヲ陸軍法務官ト改稱スルト共ニ、豫備ノ制度ハ全ク廢止セラレタリ。

陸軍法務官以外ノ文官ニ在リテハ、退官ガ即チ義務擔任ノ免除ヲ意味スルヲ以テ、在官者タル限り總テ陸軍刑法ヲ適用スルモノナリ。

(二) 陸軍文官ノ待遇者

前記陸軍文官ハ所謂高等官又ハ判任官ノ官等級ヲ有スル官吏ナルガ、陸軍ニハ此等狹義ノ官吏ノ外ニ所謂待遇官吏ト稱スベキモノアリ。例ヘバ奏任官ノ待遇ヲ受クル陸軍法務官試補（大一年勅第九八號陸軍法務官及海軍法務官任用令六）判任官ノ待遇ヲ受クル陸軍監獄看守（明四一年勅第二三七號陸軍監獄官制四）、陸軍警査（大一年勅第八九號海軍所屬ノ編修書記及書記並陸海軍ノ警査ニ關スル件）、奏任官又ハ判任官ノ待遇ヲ受ケ陸軍ノ事務ニ從事スル者ノ如シ（明三七年勅第二三號戰時又ハ事變ニ際シ官吏ニ非ズシテ陸軍ノ事務ニ從事スル者ノ待遇ノ件）。此等ノ者ハ孰レモ陸軍ノ現實的構成員タル點ニ於テ狹義ノ官吏ト異ル



點ナキヲ以テ齊シク陸軍刑法ヲ適用セリ。尙陸軍部内限リ奏任官又ハ判任官ノ扱ヲ爲スガ如キハ  
(昭一二年陸令第一四號陸軍工務規程一五Ⅲ) 茲ニ所謂待遇者ニ該當セズ。  
 (三) 宣誓シテ陸軍ノ勤務ニ服スル者

(1) (一)及(二)ニ記載シタル者ハ任官ニ因リ又ハ任命雇傭ト共ニ官吏ノ待遇ヲ受クルニ因リ當然陸軍  
 軍屬ノ身分ヲ取得スルニ反シ茲ニ述フベキ者ハ宣誓ナル特別ノ手續ヲ俟ツテ初メテ陸軍軍屬ト  
 爲ルモノトス。從テ縱令雇傭セラルルモ未ダ宣誓ナキ限リ陸軍刑法ヲ適用シ得ザルナリ。

(2) 凡ソ軍屬ノ宣誓ニハ陸軍文官・同待遇者ニ對シテ行フベキ誓文 (明四三年陸普第一一〇三號陸軍文  
 官誓文ノ件)ト此等以外ノ軍屬タルベキ者ニ對シ行フベキ讀法トアリ(昭九年陸普第五七八五號軍屬讀法)。  
 軍屬タル身分取得ノ要件タルベキ宣誓ハ此ノ讀法ニ限ルモノトス。

(3) 如何ナル職員ニ對シ讀法ヲ行フベキカハ夫々ノ法規又ハ通牒ヲ以テ定メラルル場合、例へハ  
 陸軍演習場主管、同雇員(大五年陸普第二一二六號演習場主管及同雇員身分ノ件)、陸軍調教手(大一〇年陸令第一  
 五號陸軍調教手採用規則一一)、陸軍軍犬手(昭一一年陸令第一五號陸軍軍犬手採用規則一〇)、陸軍工員(陸軍工務規  
 程一八)ノ如キモノアリト雖モ、其ノ他ノ場合ニハ當該部隊長ノ裁量ニ委セラレ業務ノ性質其ノ  
 他ヲ顧慮シテ決スベキモノナリ。

#### 四 陸軍ノ勤務ニ服スル海軍軍人(三號)

(1) 茲ニ海軍軍人トハ、海軍刑法ニ於テ海軍軍人ト爲スモノニシテ即チ同法第八條ニ所謂海軍軍人  
 及同第九條ニ所謂準海軍軍人ヲ併稱シタルモノナリ(一五)

(2) 陸軍ノ勤務ニ服スルトハ、此等海軍軍人が或ハ陸軍ノ部隊ニ兼職者トシテ服務シ或ハ一時的ニ  
 陸軍ノ部隊ニ附屬シテ其ノ長ノ指揮監督ヲ受クル場合ヲ謂フ。

(3) 陸軍ノ勤務ニ服スル海軍軍人ハ陸軍ノ統制ニ服スルモノナルガ故ニ之ヲ陸軍軍人ト同視シ陸軍  
 刑法ノ適用ヲ受ケシムルハ極メテ肝要ノ事ニ屬スルヲ以テ夙ニ明治二十八年法律第二十七號陸海  
 軍刑法ノ適用ニ關スル件第一條ニ於テハ「陸軍軍人海軍ノ勤務ニ服シ海軍軍人陸軍ノ勤務ニ服シ  
 又ハ陸海軍軍人共ニ陸海軍ノ勤務ニ服スルトキ陸軍刑法ニ於テハ海軍軍人ヲ陸軍軍人ト同視シ海  
 軍刑法ニ於テハ海軍軍人ト同視ス」ト規定シアリタリ。本號ハ之ニ基キ陸軍ノ勤務ニ服スル海軍  
 軍人が犯罪ノ主體タル場合ノミヲ規定シ、其ノ客體タル場合ハ別ニ陸軍刑法第六條ニ規定ヲ設ケ  
 タリ。

#### 第二目 戦力ノ現實的構成員ニ非ザル者



## 一 汎 說

近代戰ノ特質ハ所謂綜合國力戰ニ在ルヲ以テ戰力ヲ現實ニ構成セザル一般自然人ト之ヲ構成スル者トノ間ノ本質的差異ハ愈々稀薄ナラントスルノ傾向ニアリト雖モ差當リノ問題トシテハ前者ハ戰力構成ニ直接關與セザルモノトシテ陸軍軍人及準陸軍軍人トハ區別シテ取扱ハレ、特定ノ犯罪ニ付テノミ主體タリ得ルコトヲ認メラル。

戰力ノ現實的構成員ニ非ザル一般人ニシテ陸軍刑法ニ於ケル特定ノ犯罪ノ主體タリ得ベキ者ハ、國籍其ノ他身分ノ如何ヲ問フコトナキヲ原則トスレドモ、同法ノ犯罪中更ニ特殊ノモノニ付テハ特別ノ資格ヲ要件トス。陸軍刑法ニ所謂在郷軍人即チ之ニシテ、同法第九十六條及第九十七條第二項ノ罪ニ限リ主體タリ得ベキモノトス。

陸軍刑法ノ犯罪ノ主體トシテノ一般自然人ノ性質ニ付テハ、普通刑法ノ場合ト何等異ナル所ナキヲ以テ茲ニ之ヲ贅言セズ。唯其ノ特殊資格ヲ有スル在郷軍人ノ性質ニ付テノミ以下述ベント欲ス。

## 二 在郷軍人ノ性質

(1) 在郷軍人ノ名稱ハ各種法令ニ規定セラレ其ノ意義必ズシモ一致セザルモ(召規二。大一二二年勅第二六七號聯隊區司令部二。昭一四年勅第五一八號陸軍兵事部令二。昭四年陸達第一三號憲兵服務規程二四。明四四年陸軍

第四號陸軍懲罰令三)、陸軍刑法第十三條ニ規定セララルモノハ左ノ四種ナリ。

(a) 陸軍ノ現役以外ノ役ニ在ル者

豫備役、後備兵役、補充兵役又ハ國民兵役ニ在ル者ヲ指稱シ、其ノ徵集ニ依ルト志願ニ依ルトヲ區別セズ。

(b) 軍ノ現役ニ在リテ未タ入營セザル者

既述。

(c) 歸休兵

既述。

(d) 退役陸軍將校及准士官

法文ニハ陸軍將校相當官ヲモ掲記スレドモ前述ノ如ク之ハ現今各部將校ト改稱セラル。凡ソ將校及准士官ハ終身其ノ官ヲ保有スルヲ原則トスルモ、其ノ服役ハ現役、豫備役及後備役ニ分タレ(陸軍武官服役令六)、現役ヨリ豫備役ニ編入セラレ其ノ滿期ト爲リタルトキ又ハ現役定限年齢ニ達シタルトキハ後備役ニ入り、後備役滿期ト爲リタルトキハ當然退役トセラレ、又現役、豫備役、後備役ノ期間内ニ於テ傷痍疾病ノ爲永久服役ニ堪ヘザルトキハ退役ト爲ルコトアリ(大三



年勅第六七號陸軍將校分限令。大三年勅第六八號陸軍準士官ノ身分取扱ニ關スル件。退役ハ即チ官ノミヲ有シ服役義務ヲ永久ニ免除セラレタル状態ヲ謂フ。

下士官モ亦其ノ服役ハ現役、豫備役又ハ後備役ニ分タルルモ（陸軍武官服役令一五）、服役ヲ免ゼラレタルトキハ當然ニ其ノ官ヲ免ゼラルルヲ以テ（同令三五）、最早有形無形雙方ニ亘リ陸軍トノ關係ヲ離脱シ、從テ之ヲ在郷軍人トシテ取扱フノ根據ヲ失フモノナリ。兵モ亦原則トシテ年齢四十年ヲ經過セバ最早陸軍トノ關係ヲ全ク雖ルルヲ以テ下士官ト同様ニ解スベシ（兵法一八、一九）。在郷軍人ハ本來ノ意義ニ於ケル陸軍軍人ト一般人トノ中間ニ位スル人的範疇ニシテ、其ノ主要ナル部分ハ戦力ノ豫定的構成員トモ謂フベキモノナレドモ、我陸軍刑法上ノ取扱トシテハ結局陸軍軍人ニ非ザル者ノ中ニ包含セラルルモノト解セザルベカラズ。

## 第二款 主體ノ複合

### 第一項 複合ノ實體

#### 一 汎説

陸軍刑法ハ身分ニ因ル特別法タル關係上、各種主體ノ複合關係ハ刑事責任確定上特別ナル意義ヲ有ス。先ヅ同法上ノ犯罪ニ於ケル主體ノ複合關係ヲ其ノ人的構成分子ノ如何ニ因リテ分類スレバ左ノ如シ。

(一) 戦力ノ現實的構成員ノミヲ以テスル複合關係（同種類ノ複合）

(二) 戦力ノ現實的構成員ト然ラザル者トヲ以テスル複合關係（異種類ノ複合）

此ノ場合戦力構成員中更ニ特殊ノ資格ヲ要件トスル者ノミガ主體タリ得ル犯罪ニ付テハ、其ノ資格ヲ有セザル一般戦力構成員ハ相對的ニハ戦力構成員ニアラズト解スベシ。

(1) 戦力構成員ニ非ザル者ガ其自體トシテモ主體タリ得ル場合（對等的複合）

(2) 戦力構成員ニ非ザル者ガ戦力構成員トノ共同ニ於テノミ主體タルノ資格ヲ得ル場合（從屬的複合）

(a) 戦力構成員ニ非ザル者ガ實質的ニ複合關係ヲ形成スル場合（實質的複合）

(b) 戦力構成員ニ非ザル者ガ觀念的ニ複合關係ヲ形成スル場合（觀念的複合）

## 二 實體ノ刑事責任

複合ノ實體ヲ爲ス各人的分子間ニ於ケル刑事責任ノ發生ノ有無及該責任ノ内容ヲ前述ノ分類ニ從テ考察スルニ、



- (一) 同種類ノ複合ノ場合ニ於テハ、刑事責任ハ質的ニ其ノ構成分子ノ全部ニ付テ成立シ、唯量的ニ差異ヲ生ズルニ過ギズ。
- (二) 異種類ノ複合中對等的ナル場合モ亦(一)ト同一ノ結論ニ到達スルモノトス。
- (三) 異種類ノ複合中從屬的ナル場合ニ付テハ、所謂身分犯ノ法理ノ適用上問題アルベシ。即チ一定ノ身分ガ犯罪構成ノ自然的要件ヲ爲ス場合例ヘバ姦通罪ノ如キモノニ在リテハ、身分ヲ缺クコトニ因リ絕對ニ犯罪ノ成立ヲ否定スベシ。斯ノ如キ制約ヲ受ケザル犯罪ニ在リテハ、身分ノ有無ハ必ズシモ犯罪ノ主體ニ付テ絕對的の要件ト爲ルベキモノニアラズ。我刑法第六十五條ハ明文ヲ以テ其ノ解決ヲ圖レリ。即チ同條第一項ハ所謂身分構成犯ニ於テハ身分ナキ者ノ加功ヲ以テ仍共犯トナシ、同條第二項ハ身分加重犯ニ在リテハ身分ナキ者ニ對シテハ通常ノ刑ヲ科スルナリ。此ノ場合ノ加功トハ共同正犯ノミナラズ教唆及幫助ヲモ包含スル廣義ノモノナリ。從テ前述ノ實質的複合及觀念的複合ノ場合ハ共ニ全部ニ付陸軍刑法上ノ犯罪成立シ、唯其ノ責任ノ點ニ於テ實質的複合ニ於テハ質的ニ同一ニシテ量的ニ差異ヲ生ジ得ルモノナレ共、觀念的複合ノ場合ニ於テハ質量共ニ異ナルモノトス。

刑法第六十五條ハ共犯ニ關スル規定ニシテ、其ノ共犯トハ同法第六十條乃至第六十四條ニ定ム

ル所謂任意的共犯ノ場合ニ妥當スルモノナレドモ、所謂必要的共犯ニ屬スルモノニ付テ身分ナキ者ノ加功アリタル場合ニモ同法第六十五條ノ適用アリト解ス。但シ從來ハ一旦同法第六十條乃至第六十三條ヲ介シテ責任ヲ論ズルヲ例トスルガ如シ。

## 第二項 複合ノ形式

### 第一目 汎論

一 主體ノ複合スベキ形式ハ之ヲ簡別犯的ナルモノト集團犯的ナルモノトニ大別スルコトヲ得ベシ。抑々主體ノ複合スル場合ハ社會心理的ニ考察シテ廣義ニ於ケル一種ノ集團犯ヲ形成スルコトハ疑ナキ所ナレドモ、主體複合ノ心理的凝集ノ程度ニ因リテ組成分子ノ人格ノ全體ヘノ没頭ニ付前述ニ大段階ヲ設クルヲ得ベキナリ。

二 簡別犯的形式ニ於テハ、複合ヲ組成スル人的要素ハ未ダ其ノ人格ノ全部ヲ舉ゲテ複合ニ没頭スルニ至ラズ、仍個性ノ活動ニ對シ餘地ヲ存スルモノナリ。從テ複合ニ依リテ醸サル社會的危險モ亦簡別犯ノ場合ニ比シテ甚ダシク増大セザルヲ通例トスルヲ以テ、刑罰モ原則トシテ單獨犯ニ適用セラル



ルモノヲ基本トス。之ニ對シ集團犯の形式ニ於テハ複合ガ共同意思ニ依リテ統一化、組織化セラレ、複合ヲ組織スル人的要素ガ其ノ人格ノ殆ント全部ヲ擧ゲテ複合ニ没頭シ個性ノ發揮セララル餘地ニ乏シ。從テ複合ニ因リテ生ズル社會的危險性ハ簡別犯ニ比シテ異常ニ高度ナルモノトス。是ヲ以テ集團犯ノ刑ハ特別ニ規定セララルヲ例トスルナリ。

三 現行刑罰法令上規定セララル簡別犯の複合形式中、刑法典ニ於ケルモノハ共犯(刑六〇乃至六四)、特別法ニ於ケルモノニハ數人共同(暴力行為等處罰ニ關スル法律一)等ニシテ、集團犯の形式中刑法典ニ於ケルモノハ暴動(刑七七)、多衆聚合(刑一〇六)、特別法ニ於ケルモノハ結黨(二五、二六、一〇四)、黨與(五八、六一、六三、六五、六七、七六)、多衆聚合(七〇)、結社(治安維持法一。治安警察法一四、二八)、集會、多衆運動及群集(治安警察法八乃至一一、二三乃至二七)等ナリ。

四 刑法典ニ定ムル簡別犯の複合形式タル共犯ノ規定ハ、同法第八條ノ規定ニ依リ陸軍刑法上ノ犯罪ガ共犯ノ形態ヲ執レル場合ニモ亦當然適用アルモノナリ。

### 第二目 陸軍刑法ニ於ケル複合ノ特別形式

一 陸軍刑法ニ規定セララル複合ノ特別形式ハ結黨、黨與及多衆聚合ノ三種ニシテ、何レモ集團犯的

形式ニ屬スルモノナリ。他ニ多衆共同(二二、四六)ナル形式ヲ認ムルガ如シト雖モ、之ハ前述三種ノ形式ノ外ニ刑法典ニ定ムル共犯ヲモ包含シタル綜合觀念ニ過ギズ、特ニ別種ノモノト解スベキニアラザルナリ。

### 二 結黨

(一) 結黨即チ黨ヲ結ブコトガ犯罪ノ要件トセララルハ反亂ノ罪(二五、二六)及結黨ノ罪(一〇四)ナリ。結黨ニ付テハ既ニ明治二年四月發布ノ軍律第一條ニ於テ「徒黨」トシテ規定セラレ、更ニ同四年八月海陸軍刑律第二十八條ニモ三人以上ヲ徒黨ト爲ス旨及第八十四條ニハ黨ガ五人ニ上ラザル場合、第五百十九條ニハ六人以上ノ衆ニ及ブ場合ヲ夫々規定セリ。更ニ舊陸軍刑法第五十條ニハ「軍人黨ヲ結ヒ」トアリ、同法第二十五條モ亦同ジ。

(二) 黨ヲ結ブトハ、多數人ガ同一事項ノ實行ニ關シ意思ヲ合一セシムルコトヲ指稱ス。

(1) 多數人ノ存在スルコトヲ要ス

結黨ノ要件トシテノ多數人ハ、抽象的ニハ二人以上ヲ以テ足ルガ如シト雖モ、集團犯の形式タルノ本質ニ鑑ミルトキハ二、三人ノ者ヲ以テ足レリトスベキカハ疑ナキ能ハズ。結局具體的事案ニ於テ規定ノ趣旨ニ稽ヘ、果シテ社會的危險ヲ生ジ得ベキカ否ヲ調査シテ決定セザルベカ



ラズ。

(2) 同一事項ノ實行ニ關スルコトヲ要ス

同一事項ノ實行ニ關シ共同スルノ意欲アルコトヲ要スルナリ。從來結黨ノ要件ノ一トシテ同一目的ヲ有スベキコトヲ揭グト雖モ、所謂目的ノ意義判然セズ、或ハ之ヲ意思活動ノ向ケラルル其ノ結果トシテ意欲セラルル外界ノ變動ニ關スル表象即チ意圖ヲ意味スルガ如ク、或ハ意思活動ノ惹起セラルルニ至リシ起因即チ動機ヲ指スガ如クモ解セラル。惟フニ、黨ハ多數人ノ結合セシ状態ナルヲ以テ團體ヲ形成シ其ノ中ニハ結社ノ如キ繼續性ヲ有スルモノアルヲ以テ、單純ニ行動ヲ共ニスル以外ニ成員ヲ結合スル何等カノ意圖又ハ動機ノ存スルコト通例ナルベシト雖モ、斯ル特別ノ目的ヲ有セズ、行爲自體ヲ共同ニスル意欲ノミ存スル場合ト雖モ仍黨ヲ構成スルニ足ルナリ。結黨ノ要件トシテ同一目的ヲ舉グルハ此ノ意味ニ於テ適當ナラス。

(3) 意思ヲ合一セシムコトヲ要ス

多數人ノ間ニ同一事項ノ實行ニ關シテ意思ヲ連絡シ其ノ同一方向ニ確定シタルコトヲ要スルナリ。意思ノ合一ハ或ハ事前ニ豫メ成立スルコトアリ(通謀)、或ハ既ニ或ル範圍ノ者ノ間ニ意思ノ合致シ乃至ハ共同ノ行爲ニ移リタル後ニ於テ之ニ加入スルノ意思ヲ相手方ノ全部又ハ一部

トノ間ニ交換シ(明示的合致)、又ハ加入ノ意思ヲ以テ行爲ヲ共同ニシ相手方ノ全部又ハ一部トノ間ニ共同ノ事實ニ付相互認識ヲ生ジタルトキ(默示的合致)ニ生ズルコトアリ。

(三) 結黨ハ其ノ實質ニテ陰謀(通謀)(刑七八、八八。陸刑三二)ニ該ル場合モアリ、又不特定ノ行爲ヲ目的トスル所謂犯罪團體ト見ルベキ場合モアリ。

(四) 結黨ガ更ニ其ノ目的タル行爲ニ現實ニ發展セバ、或ハ黨與トナリ或ハ多衆聚合ト爲ル。然レドモ結黨關與者ガ悉ク黨與又ハ多衆聚合ヲ形成スルモノニアラズ。

### 三 黨 與

(一) 黨與ハ抗命ノ罪(五八)、暴行脅迫ノ罪(六一、六三、六五、六七、六九)及逃亡ノ罪(七六)ニ於テ加重的構成要件トセラルルモノナリ。而シテ其ノ觀念ハ或ハ數人意思ヲ共通シテ衆力ヲ恃ミ事ヲ爲サントスルヲ謂ヒ人員ノ多少ハ之ヲ問ハズト爲シ、或ハ數人意思ヲ共通シテ一定ノ目的ヲ以テ合同シ其ノ共同力ヲ恃ミ一定ノ事ヲ爲サントスルヲ謂フトアリ。前述結黨トノ差別甚ダシク曖昧ヲ免レズ。

(二) 抑々舊陸軍刑法ニ於テハ、現行法上黨與ニ該ル場合ニ或ハ「二人以上共ニ犯ス者」トシ(舊陸刑六四、七七)或ハ「四人以上共ニ犯ス者」(舊陸刑一九)ト規定セシガ、此等ノ場合ヲ重ク罰セントスル所以ハ、共力ヲ恃ミ敢テ軍秩ヲ紊亂セントスルニ在リ。必ズシモ構成分子ノ員數ノ如何ニ拘ハ



ルコトナキヲ以テ、員數ニ依ル區別ヲ廢シ一律ニ黨與トシテ加重スルコトトセシナリ。從テ沿革的ニ見レバ、既ニ黨與ハ普通ノ共犯ト區別シテ取扱ハルルモノニシテ、專ラ實行行爲自體ヲ共同カヲ以テ遂行スル場合ニ限り黨與ト爲シタルナリ。從テ現ニ實行行爲ニ對シ場所的ニ共同セザル者ニ付テハ、縱令通謀アリトスルモ黨與ヲ認ムルヲ得ズ。一般共犯トシテ處置スベキモノトス。尤モ大審院ハ、船員法ニ於ケル舊第七十二條ニ所謂黨與ヲ以テ通謀シテ合同結束スルモノト爲セシガ(大一年一〇月二〇日大判、集一卷五七六頁)、陸軍刑法ノ黨與ハ必ズシモ之ト意義ヲ同ジクセザルナリ(大二年四月二日海高判)。

(三) 黨與ハ結黨ト同ジク、多數人が同一行爲目標ニ向ヒテ意思ヲ合一セシムルコトヲ本質トスレトモ、前者が意思ノ合致ヲ以テ足ル靜的ナル状態ヲ指スニ反シ、後者ハ合致セル意思ヲ以テ現實ニ行動ヲ共ニスルノ動的過程ヲ稱スル點ニ於テ差異アリ。從テ結黨ノ關與者ト黨與ノソレトハ通例一致スペシト雖モ、場合ニ因リ後者ノ範圍ハ前者ヨリモ狹シ。

(四) 黨與ハ右ノ如ク多數人ノ合同力ニ依ル犯罪ノ實行ノ場合ニ存シ得ルヲ以テ、暴力行爲等處罰ニ關スル法律第一條第一項ニ所謂「數人共同」ト實質ヲ同ジクス。唯黨與ハ數人共同ニ比シテ適用ノ範圍廣汎ナルノミ。

#### 四 多衆聚合

多衆聚合ハ陸軍刑法第七十條ノ罪ノ要件トセララルモノニシテ、同條ハ刑法第六條騷擾ノ罪ト構成要件ヲ同ジクス。尤モ判例上ハ必ズシモ兩者同一ノ意義ニアラズトセララル。

(一) 多衆ノ存在スルコトヲ要ス

多衆トハ、多數人ノ集團ヲ謂フ。此ノ場合モ亦多數が幾人以上ニ達スルコトヲ要スルカハ判然セズ。所謂多數人ニ因ル行爲ノ特異ナル危險性が發生スル程度ノモノナルヲ以テ足ルベシ。

(二) 多衆ハ聚合セザルベカラズ

聚合トハ、多衆が行爲ニ共同加功スル意思ヲ以テ同一團體内ニ於テ行動スルノ状態ヲ謂ヒ、最初ヨリ加功ノ意思ヲ以テ加入スルヲ要セズ。中途ヨリ加功スルモ其ノ時ヨリ聚合ト爲ル。從テ黨與ト同様行爲ヲ共同シテ實行スルノ事實ナカルベカラズ。單ニ謀議ニ參與スルノミニテハ不可ナリ。唯黨與ト異ナルハ、黨與が一般ニ多數人ノ共同ニ依ル行爲ノ實行ヲ指スニ對シ、多衆聚合ハ多數人ノ行爲が公共ノ安寧秩序、軍隊ノ平穩等ヲ害スル程度ニ達スルモノニ付テノミ認メララル點ニ存ス。



## 第二節 犯罪ノ客體

## 第一款 總論

- 一 犯罪ノ客體ノ意義ニニアリ。其ノ一ハ犯罪行爲ノ目的物即チ犯罪ニ因リテ侵害セララルル法益ニシテ生命、身體、自由、名譽、財産、風俗、安寧等之ニ屬ス。其ノ二ハ犯罪行爲ニ因リテ侵害セララルル法益ヲ把持スル人(自然人ニ限ラズ法人國家等ヲモ含ム)及物ヲ指スナリ。此ノ中、人ニ付テハ特ニ被害者ト稱セララルコトアリ。
- 二 第一ノ意義ニ於ケル犯罪ノ客體ハ各則ニ規定セララルル所ナルヲ以テ其ノ詳細ハ後述スベキモ、陸軍刑法ニ於テハ一般刑法ト異ナリ專ラ陸軍ナル國家制度ノ有スル法益即チ戦力ガ根本法益ヲ爲シ、各則ニ於テハ其ノ具體化個別化セラレタルモノヲ定ムルモノナレバ、所謂個人的乃至公共的法益ニ該ルモノハ全ク存セズ、總テ國家的法益ニ屬スルモノナリ。
- 三 第二ノ意義ニ於ケル犯罪ノ客體トシテノ被害者ハ、直接ニハ陸軍ノ構成員タル陸軍軍人タルコトアリト雖モ、其ノ者ガ陸軍内ノ公人トシテ存在スル限りニ於テ陸軍乃至國家ガ終局ノ被害者タリ。而

モ陸軍構成員ト陸軍乃至國家トノ關係ハ、一般人民ト國家トノ關係ト本質的ニ差別ヲ有シ、被害者タル陸軍構成員ト陸軍乃至國家トノ間ニ全ク寸分ノ隙ヲモ有セズ、構成員ノ被害即チ陸軍乃至國家ノ被害ニ外ナラズ。謂ハバ陸軍乃至國家ガ構成員ニ依リテ一般ニ代表セララルルモノナリ。從テ以上述べル人的被害客體トハ表見的ナル被害者ヲ指スニ過ギザルナリ。

被害物ニ付テハ、陸軍刑法ハ其ノ陸軍ノ管理ニ屬スル場合ヲ規定スル外、一般人ノ所持ニ在ル場合ヲモ顧慮セリ。前者ニ於テハ陸軍乃至國家ガ直接ノ被害者タルハ言フ俟タズ。後者ニ於テハ陸軍乃至國家ニハ直接ニハ何等ノ被害ナキモ、私人ノ被害ガ陸軍乃至國家ノ活動ニ影響ヲ及ボス限度ニ於テハ同様ニ被害者タルモノト謂ハザルベカラズ。而モ此ノ場合ノ私人ノ物ノ被害ト陸軍乃至國家トノ關係ハ、一般刑法上ノ私人ノ物ノ被害ト國家トノ關係ニ比シ遙ニ緊密ニシテ、一般刑法ノ處置ニ任スハ實情ニ副ハザル爲特ニ陸軍刑法ニ規定ヲ設クルナリ。

## 第二款 各論

各論ニ於テ述ブベキ客體ハ、第二ノ意義ニ於ケルモノニ限り、第一ノ意義ニ於ケルモノハ第二門ニ讓ルコトトスベシ。而シテ前者ハ之ヲ人的客體ト物的客體トニ大別スルコトヲ得ベシ。



## 第一項 人的客體

陸軍刑法上陸軍構成員ハ、主體タルト共ニ場合ニ因リ客體タリ得ルモノナリ。然レドモ前述ノ如ク構成員ガ客體タルハ陸軍ノ公人トシテノ地位ニ基クモノナルヲ以テ、單ニ構成員一般ノ身分ノミヲ以テハ充分ナラズシテ特殊ナル資格ヲ附加セラレザルベカラズ。更ニ客體タリ得ル者ハ、陸軍ノ構成員ノ外ニ臨時ノ必要ニ基キ構成員ニ準ズヘキ者ニモ及ブナリ。陸軍ト共同作戰ニ從フ帝國ノ海軍又ハ外國ノ陸海軍ノ各所屬者之ナリ(六、七)。

## 第一目 戦力ノ現實的構成員

## 第一段 本來ノ構成員

本來ノ構成員即チ陸軍軍人及準陸軍軍人ガ客體タル場合ハ左ノ如シ。

## 一 上官

凡ソ軍ハ統帥權ニ依リテ結成セラレタル強固ナル團體ニシテ、其ノ内部ニ於テハ最モ嚴格ナル階級

制度行ハレ上下服從ノ關係ヲ中軸トス。之即チ軍紀ノ本體ナリ。之ヲ以テ軍ニ於テハ上官及下官ノ地位ヲ明確ニ定メ、上官ニ對スル下官ノ服從ヲ強行シ、上官ノ身位及活動ニ對スル侵害ヲ特ニ防壓スルノ措置ニ出ヅルナリ。而シテ上官ヲ其ノ統率者タル動的資格ニ付テ保護スル場合ト、單ニ其ノ上級者タル靜的資格ニ付テ保護スル場合トニ因リ純正上官ト準上官トノ區別ヲ生ズルナリ。尙上官及下官ノ區別ハ、陸軍軍人間ノミナラズ之ト準陸軍軍人トノ間ニモ認メラルルモノトス。

## (一) 純正上官 (一六一)

命令關係アル陸軍軍人間ニ於テ命令權ヲ有スル者ヲ指稱ス。命令關係トハ、職務ニ關スル一般的又ハ個別的指揮關係ヲ謂ヒ、統帥權ニ基ク場合ヲ本體トスルモ軍政權ニ基ク場合ヲモ包含ス。尙身分的隸屬關係ノ伴フ場合ナルト單ニ事務上ノ指揮關係ニ過キザル場合ナルコトヲ問フコトナシ。

又命令權ヲ有スル者ガ命令ヲ受クル者ト同階級乃至ハ之ヨリ下ノ階級ニ在ル場合ト雖モ、上官タルニ何等妨アルコトナシ。又命令權者ハ將校タルト下士官兵タルトヲ區別セズ。

## (二) 不純正上官 (準上官) (一六二)

(1) 命令關係ナキ陸軍軍人間ニ於テモ、階級ノ上ナル者ニ對シ下級者ガ禮意ヲ盡スハ軍紀保持上



缺クベカラザル所ナルヲ以テ、階級上ナル者ニ對スル下級者ノ侵奪行爲ハ、軍ノ秩序破壊ヲ意味シ、單ニ一私人間ノ問題ニアラズ。是ヲ以テ陸軍刑法ハ、命令關係ナキ陸軍軍人間ニ於テ官等、等級又ハ階級ノ上ナル者ハ上官ニ準ズル旨ヲ定メタリ（一六〇本文）。

(1) 官等トハ、高等官官等俸給令（明四三年勅第一三四號）ニ定ムル高等官即チ親任官及一等ヨリ九等マデノ官等ヲ指稱シ、等級トハ文武判任官等級令（明四三年勅第二六七號）ニ定ムル判任官ノ一等ヨリ四等マデノ等級及陸軍兵ノ兵科部、兵種及等級表ニ關スル件（昭一五年勅第五八一號）ニ定ムル一級ヨリ四級マデノ等級ヲ謂フ。陸軍武官官等表ニ關スル件（昭一五年勅第五八〇號）別表ニ依レバ、官等ヲ將官、佐官、尉官、准士官及下士官ノ全部ニ亘リテ認ムルガ如クシト雖モ、之陸軍武官ニ付テノ用例ト解スベク、陸軍刑法第十六條第二項ハ、陸軍ノ武官及文官ヲ通ジテ適用アル規定ナルヲ以テ、茲ニ所謂官等ノ語ハ前述高等官官等俸給令ニ定ムル高等官ノ序列ニ限ルモノニシテ、判任ノ武官タル准士官、下士官ハ官等ナク等級ヲ有スルモノト解スルナリ。

次ニ階級トハ、廣義ニ於テハ官等等級ヲ含ム身分上ノ序列ヲ謂フモノニシテ、茲ニテハ官等等級ノ如キ一定ノ區分ヲ設ケラレズシテ、而モ身分ノ上下ヲ定メ得ル基準ト爲ル標識ナリ。例ヘバ官吏待遇者ノ如シ。

- (3) 官等、等級又ハ階級ニ依ル上下ハ、第一ニ官等又ハ等級ノミニ就テ之ヲ定ムルヲ得ベク、第二ニ官等ヲ有スル者ト等級ヲ有スル者トノ間ニ認ムルヲ得ベシ。第三ニ官等又ハ等級ヲ有スル者ト階級ヲ有スル者トノ間ニ就テ定ムルコトヲ得ルナリ。此ノ中、第一及第二ノ場合ハ別ニ説明ヲ要セザルベシ。第三ノ場合ハ、例ヘバ高等官九等ノ者ト奏任待遇ヲ受クル者トノ間ニ於テハ前者ヲ以テ準上官ト爲スナリ。又判任官ト判任官待遇ヲ受クル者トノ間ニ於テハ判任三等以上ハ當然ニ準上官ト爲ルモ、判任四等ノ者ハ判任三等ノ待遇ヲ受クル者ニ對シ却テ下官タリ。
- (4) 兵ニハ前述ノ如ク一級ヨリ四級マデノ等級アリ。而シ此ノ四等級ノ認メラレタルハ昭和十五年九月十五日以後ニシテ、其ノ以前ハ上等兵ヲ第一級トシテ三等級アリタルモ、命令關係ナキ兵ノ間ニ此ノ等級ニ基ク上下ノ關係ヲ認ムルハ實情ニ適合セザル嫌アリトシテ、本法第十六條第二項但書ニ於テハ下士官勤務ノ上等兵ヲ除クノ外、兵ハ總テ同等トシテ取扱フコトト爲シタリ。茲ニ所謂下士官勤務ノ上等兵トハ、兵科部ノ上等兵ニシテ伍長勤務ヲ命ゼラレタル者ヲ指稱セリ。下士官勤務ノ上等兵ヲ除外シタルハ、其ノ職務一般ノ性質ニ因リ身分上モ下士官ニ準ズルヲ適當トシタレバナリ（大一三年九月一五日高判）。從テ、單ニ一時的ニ下士官ノ勤務ニ服スル上等兵ニ在リテハ、命令權ヲ有スル場合ハ格別、之ヲ下士官勤務ノ上等兵ト認ムルコトヲ得ズ



トセラレタリ。然ルニ昭和十五年勅令第五百八十一號ヲ以テ兵ノ等級ヲ四級ト爲シ、第一級ニ兵科部ノ兵長ヲ設ケラレタル爲、右第十六條第二項但書ノ規定ハ其ノ儘ニテハ適用シ得ザルコトトナレリ。

- (5) 陸軍士官ノ候補者ハ將來現役又ハ豫備役ノ士官ト爲ル爲本務ニ必要ナル勤務及軍事學ヲ習得中ノ者ニシテ、未ダ官等又ハ等級ヲ有セズ、或ハ入營後直ニ上等兵ノ階級ヲ與ヘラレ、爾後軍曹及曹長ノ階級ニ進メラレテ見習士官ヲ命ゼラレ（陸軍補充令六、九、二五ノ三、二五ノ六）、或ハ見習士官ニ採用セララルト共ニ直ニ曹長ノ階級ヲ與ヘラレ（同令二〇、二一、三一、三七、四六）、或ハ甲種幹部候補生トシテ採用後一等兵ノ階級ヲ與ヘラレ爾後軍曹及曹長ノ階級ニ進ミ見習士官ヲ命ゼラル（同令五九ⅠⅡ、六〇Ⅲ）。此ノ場合、士官ノ候補者ニ附與セラレタル階級及職務ニ基キ、陸軍刑法ハ兵科部ノ見習士官ニシテ士官ノ勤務ニ服スル者ハ下士官ノ階級ナルモ將校ニ（二〇後）、又士官ノ勤務ニ服セザル候補者ニシテ下士官ノ階級ニ在ル者ハ一般下士官ニ（二一）、同ジク兵ノ階級ニ在ル者ハ一般兵ニ（二二後）夫々準ズル旨ヲ定メタリ。

見習士官ニシテ士官ノ勤務ニ服スル者ト准尉トハ共ニ將校ニ準ゼラルルモ、其ノ階級ヨリ見レバ、前者ハ曹長ナレバ後者ヲ以テ準上官ト爲サザルヘカラザルカ如シト雖モ、陸軍順位令（昭一二年軍陸令第六號）第九條第一項ハ、將校ノ勤務ニ服スル見習士官ヲ以テ準士官ノ上位ト定メタリ。從テ陸軍刑法上何レヲ準上官ト爲スベキカ疑アリ。

- (6) 乙種幹部候補生モ亦其ノ豫備役下士官ニ任ゼラルルマデハ兵又ハ下士官ノ階級ニ在ルヲ以テ(5)ト同ジク一般ノ兵又ハ下士官ニ準ズヘキモノト解ス（陸軍補充令五九ⅠⅢ、六二ノ三）。

- (7) 陸軍ノ兵役ニ在リテ官等等級ヲ有セザル者即チ現役補充兵役ニ在リテ未ダ入營セザル者ノ如キハ何等階級ヲ有セザル者ナルモ、其ノ在郷軍人トシテ制服着用中ニ本法ノ罪ヲ犯シ得ル場合アルヲ以テ、斯ル者ヲ兵ニ準ズルコトト爲シタリ（二二前）。

陸軍武官ト爲ルベキ諸生徒モ亦官等等級ヲ有セザルモノニシテ、其ノ兵役上ノ身分取扱ハ現役ニ準ゼラルルヲ以テ（兵施令二）、本來兵役ニ在ル前述者ト同様兵ニ準ズヘキモノト解ス。

- (8) 陸軍ニ於ケル囑託、雇員、傭人及工員ノ身分ニ付テハ、其ノ相互間ノ序列關係ヲ規定シタル法規ナシ。尤モ雇員ト傭人トハ其ノ給料ノ額ニ於テ前者ヲ以テ上位ト爲スニ似タリト雖モ（明三二年陸達第三二號雇人傭人給料規則一）、果シテ兩者間ニ階級的ノ上下關係ヲ認ムベキカハ疑問ナリ。此等ノ身分ハ陸軍刑法ニ所謂階級ニ該當セザルモノト解スベシ。

- (9) 第十六條第二項ハ官等等級又ハ階級ヲ有スル者ノ間ニ於ケル上下ノ關係ヲ定メタルモノニシ



テ、之ヲ有スル者ト有セザル者トノ間ノ上下ノ關係ハ別ニ考察スベキナリ。此ノ點ニ關シテハ積極消極ノ二說アリ。階級秩序ニ編入セラレザル者ニ付テハ比較ノ基準ナキヲ以テ兩者ノ間ニ上下ノ關係ナシト解ス。

## 二 司令官

司令官ハ前述ノ如ク陸軍刑法上ノ犯罪ノ主體タルモノナレドモ、他面其ノ客體タルコトアリ(二七五)、此ノ場合其ノ屬性ニハ何等變更ヲ受ケザルヲ以テ、主體トシテノ司令官ニ關シ前述シタル所ヲ參照スベシ。

## 三 哨兵

哨兵モ亦陸軍刑法上犯罪ノ主體タルモノナレドモ、他面其ノ客體ト爲ル場合アリ(六四乃至六七、九五)、而シテ哨兵ノ屬性ハ主體タルト客體タルトニ因リ何等變更ヲ見ズ。

## 四 職務執行中ノ陸軍軍人

陸軍刑法第六十八條及第六十九條ニ規定セラルル客體ニシテ、國家ノ機關トシテノ事務ヲ現ニ執行中ナル者ヲ指稱ス。其ノ觀念ノ詳細ハ各則ノ説明ニ讓ル。

### 第二段 構成員ニ準ズル者

## 一 汎説

陸軍刑法上ノ犯罪ノ客體トシテ本來ノ構成員ニ準ゼラルル者ハ、陸軍ト共同作戰ニ從フ帝國ノ海軍軍人及外國ノ陸海軍所屬者ナリ。

共同作戰トハ、同一ノ包括的又ハ個別的ナル作戰行動ヲ協力シテ實行スル一切ノ場合ヲ指稱シ、帝國海軍トノ間ノ場合ハ、中央統帥部ノ命令ニ依ルト又現地陸海軍ノ指揮官相互間ノ協定ニ基クトヲ區別セズ。次ニ外國陸海軍トノ間ノ場合ハ、攻守同盟其ノ他外交上ノ條約ニ因ルト現地ニ於ケル彼我兩國軍隊指揮官ノ協定ニ基クトヲ問フコトナシ。而シテ何レノ場合モ必ズシモ共同ノ指揮官ヲ設置シ其ノ指揮下ニ全軍隊ガ活動スル場合ナルコトヲ要セズ。各別箇ノ指揮官ノ指揮下ニ在リ唯作戰行動自體ノミヲ協力スル場合ニテモ可ナリ。

抑々共同作戰ノ關係ニ入りタル軍隊ハ、全面的ニ又ハ部分的ニ利害ヲ共通ニスルハ言フ俟タズ。從テ該關係ニ在ル軍隊ノ一ノ戦力ニ對スル侵害ハ直ニ他ノモノノ戦力ニ影響ヲ及ボシ、延テ共同作戰其ノモノノ效果ヲ減殺乃至喪失セシムルコトアルヲ以テ、苟モ共同關係ニ入りタル我海軍又ハ他國ノ陸海軍ノ軍隊ニ對スル侵害ヲ我陸軍ニ對スル侵害ト同視シテ罰スルコトト爲セリ。

## 二 陸軍ト共同作戰ニ從フ帝國ノ海軍軍人(六)



陸軍ト共同作戰ニ從フ陸軍軍人ニ對スル行爲ヲ職務、官等、等級又ハ階級相當ノ陸軍軍人ニ對スル行爲ト同視スルナリ。

(1) 陸軍刑法上陸軍軍人が犯罪ノ客體タル場合ハ、前述ノ如ク上官、司令官、哨兵及職務執行中ノ陸軍軍人ノ四種ナルヲ以テ、同ジク客體トシテ陸軍軍人ト同視セラレル海軍軍人モ亦右四種ノ資格ニ相當スルモノヲ有スルコトヲ要ス。即チ本法ガ對比ノ基準ヲ職務、官等、等級又ハ階級ニ置キ、海軍ニ於ケル各其ノ相當スルモノヲ以テ陸軍刑法ニ定ムル資格トシテ取扱フコトト爲シタルナリ。

(2) 茲ニ所謂海軍軍人トハ、海軍刑法第八條ノ海軍軍人及同第九條ノ準海軍軍人ヲ包含ス。陸軍刑法第九條第一項第三號ノ陸軍ノ勤務ニ服スル海軍軍人ハ、既ニ陸軍軍人ニ準ゼラルルヲ以テ本法第六條ノ關知スルトコロニアラズ。

(3) 本條ノ職務トハ、陸軍刑法上ノ純正上官、司令官、哨兵、職務執行中ニ相當スル海軍刑法ノ純正上官(海刑一三一)、指揮官(同二三)、守兵(同一四)及職務執行中ノ海軍軍人(同六六及六七)ヲ指シ、官等等級又ハ階級ハ陸軍刑法上ノ準上官ニ相當スル海軍刑法上ノ準上官(海刑一三一)ヲ稱スルナリ。

### 三 陸軍ト共同作戰ニ從フ外國ノ陸海軍所屬者(七)

帝國ノ陸軍ト共同作戰ニ從フ外國ノ陸海軍ニ屬スル者ニ對スル行爲ハ、相互保障ノ條件ノ下ニ其ノ職務、官等、等級又ハ階級相當ノ我陸軍軍人ニ對スル行爲ト同視スルナリ。

(1) 外國ノ陸海軍ニ屬スル者トハ、其ノ所屬者タル身分ヲ以テスレバ我陸軍ニ於テモ同様機成員タリ得ベキ者ヲ悉ク指稱シ、戰鬥員其ノ他ノ軍人ニ限ルコトナク、之ニ準ズベキ人員ヲモ包含ス。

(2) 外國ノ陸海軍ノ所屬者ヲ我陸軍刑法上ノ客體ト同視スル爲ニハ、前述帝國海軍軍人ニ關シテ述ベタルト同様、客體トシテノ資格ノ對比基準ヲ職務、官等、等級又ハ階級ニ置クモノトス。而シテ陸軍刑法上認メ得ラルベキ資格モ亦帝國海軍軍人ノ場合ト異ナラズ。

(3) 帝國陸海軍ノ共同作戰ノ場合ニハ、海軍軍人ニ對スル行爲ヲ無條件ニ陸軍軍人ニ對スル行爲ト看做シタルガ、外國ノ陸海軍トノ共同作戰ノ場合ニハ其ノ外國ガ我陸軍所屬者ニ對スル犯罪行爲ヲ同國ノ陸海軍所屬者ノ行爲ト同視スル所謂相互保障ノ存スル場合ニ限リ我ニ於テモ同種ノ取扱ヲ爲スナリ。此ノ相互保障ハ所謂處罰條件ニ屬ス。斯カル條件ヲ付シタルハ蓋シ當該外國ガ我陸軍所屬者ニ對シ何ノ顧慮モ拂ハザルニ不拘我國ノミガ彼國ノ陸海軍ノ所屬者ヲ厚ク遇スルハ不公平ニ失シ我國ノ權威ヲ失墜シ軍紀ヲ破壊スルモノアリト認メタル爲ナルベシ。

然レドモ、本條モ亦第六條ノ同ジク我陸軍ノ戦力保護ノ必要上外國陸海軍所屬者ヲ我が構成員



ニ準ズル地位ニ置キタルモノニシテ、之ニ因リ當該外國ガ恩惠ヲ受クルハ法ノ反射作用ニ過ギズ。從テ相互保障ノ條件ヲ付スルコトハ立法論トシテハ考慮ノ餘地アリト謂ハザルベカラズ。

## 第二目 戦力構成員ニ非ザル者

戦力構成員ニ非ザル者即チ一般私人ハ、原則トシテ陸軍刑法上ノ犯罪ノ客體ト爲ラズ。之前述ノ如ク同法ガ陸軍ナル公ノ制度ノ利益ヲ保護スル趣旨ヲ有スル爲私人ハ原則トシテ陸軍ノ制度内ニ編入セラレザル限リ侵害ノ對象タリ得ザレバチリ。

然レドモ、私人ノ被害ガ陸軍自體ノ威信ヲ著シク侵害シ、延テ其ノ戦力ニ影響ヲ及ボス特殊ノ場合ニハ、一般刑罰法令ニ委セズ陸軍刑法ニ別箇ノ規定ヲ設クルノ要アリ。是ヲ以テ本法第九章掠奪ノ罪ニ於テハ、住民ガ犯罪ノ客體タル場合ヲ規定セリ。其ノ詳細ハ各則ノ説明ニ俟ツコトトスベシ。

尙戦力構成員ニ非ザル者ト雖モ將來戦ニ鑑ミルトキハ、立法論トシテ陸軍刑法上ノ客體ト爲シ得ル場合ハ、獨リ前記掠奪ノ罪ニ止マラザルヘシ。例ヘバ壯丁ノ殺傷、民間軍需工場ヨリノ軍用物ノ盜奪ノ場合ノ如シ。

## 第二項 物の客體

### 一 汎説

陸軍刑法ノ犯罪ニ於ケル物の客體ノ主要ナルモノハ軍用ニ供スル物ニシテ、他ニ軍事機密ノ圖書物件ガ客體タルコトモアリ、更ニ私人ノ財物が客體タルコトモアリ。此ノ中最モ重要ナルハ軍用ニ供スル物ノ觀念ナルヲ以テ、以下之ニ關シ説明ヲ加ヘ、他ノ物的客體ニ付テハ各論ノ説明ニ讓ラントス。

二 軍用ニ供スル物

陸軍刑法ニ所謂軍用ニ供スル物ノ意義ニ廣狹二種アリ。廣義ニ於テハ有體物タル動産及不動産ノミナラズ此等ノ集合タル物的設備ヲモ包含ス(二七、二八一)。之ニ對シ狹義ニ於テハ動産ノミヲ指稱ス(二八、五三、八〇、八三)。而シテ其ノ何レノ場合タルヲ問ハズ軍用ニ供スル物トハ原則トシテ陸軍ニ於テ專ラ其ノ上ニ占有ヲ保持シ且其ノ使用收益ノ權利ヲモ有スル物ヲ謂ヒ、必ズシモ陸軍即チ國家ノ所有ニ屬スルモノナルヲ要セズ。民有ノ物ヲ契約ニ依リ軍ガ賃借シ又ハ徵發令ニ依リ徵用スル場合ニテモ差支ナシ。然レドモ民有ノ物ヲ單ニ軍ガ管理シ又ハ私人ト共用スル場合ノ如キハ茲ニ所謂軍用ニ供スル物ニ該當セザルベシ。



又軍用ニ供スルトハ、現ニ陸軍ニ於テ使用中ナルコトヲ要セズ、陸軍ニ於テ使用スルコトニ確定シタル場合ヲモ包含ス。例ヘバ、民間會社ヨリ購入シ引渡ヲ受ケタルモ未タ運轉ヲ開始セザル機械ノ如シ。

### 第三節 犯罪行爲

#### 第一款 犯罪行爲ノ要素

犯罪行爲ノ要素ハ之ヲ大別シテ行爲者ノ人格ニ關スル要素ト行爲其ノモノノ評價ニ關スル要素ト爲ス。前者ハ即チ主觀的要素ニシテ、後者ハ客觀的要素ナリ。

#### 第一項 主觀的要素

#### 一 汎 說

(一) 犯罪ノ主觀的要素ノ實質ヲ爲スモノハ責任ナリ。責任ノ語ニ三種ノ意義アリ。先ツ客觀的意義ニ於テハ、一定ノ法律上ノ效果又ハ負擔ヲ謂ヒ、刑法上ハ即チ刑罰其ノモノヲ指スナリ。第二ニ

主觀的意義ニ於テハ一定ノ法律上ノ效果即チ刑罰ヲ負擔セザルベカラザル法律的地位ヲ稱ス。最後ニ刑法上ノ意義ニ於テハ、一定ノ負擔又ハ地位ヲ生ズル心理状態ヲ謂フ。

(二) 責任ノ本質ニ關シ二說アリ。一ヲ道義的責任ト爲シ、他ヲ社會的責任トス。道義的責任ハ責任ヲ個人倫理的ニ觀察シ意思ノ自由ヲ根本トシ、自由ナル意思ヲ有スル者ガ其ノ決意ニ因リ一定ノ行爲ヲ爲ストキハ該行爲及結果ハ本人ニ歸シテ考ヘ茲ニ責任ヲ生ズルモノト爲シ、社會的責任論ハ責任ヲ社會的ノ立場ヨリ觀察シ、社會ニ對スル侵害ヲ防衛スル爲侵害者ニ刑罰ヲ科スルコトヲ妥當トスル場合ニ同人ノ社會ニ對スル地位即チ刑罰ニ依リ表示セラルル社會的價值判斷ヲ受クル心理的狀態ヲ責任ト解スルナリ。從テ本人ノ倫理的立場如何ヲ問ハズ苟モ社會ニ對スル侵害ノ存スル場合ハ常ニ責任ヲ伴フモノト爲サザルベカラズ。幼者、心神喪失者ノ行爲ト雖モ責任ヲ生ズルナリ。右兩說ハ一見全ク相容レザルモノノ如ク思ハルモ、凡ソ社會ニ對スル侵害ハ其レ自體トシテハ客觀的ナル違法ニ過キズ、未ダ個人トノ規範的連絡ヲ生セズ、其ノ行爲ガ個人ノ倫理性ニ結付ケララルル場合ニ初メテ茲ニ當該人格ニ對スル價值判斷ノ基礎ヲ得、刑罰ニ因ル反社會性改善可能ヲ論定シ得ルヲ以テ、社會的責任モ結局犯人ノ道義的責任ヲ前提トスルコトト爲リ兩說ハ調和セラルベキモノト解セザルベカラザルナリ。換言スレバ、行爲ハ同時ニ社會的ニ且道義的ニ



評價セラルベキモノニシテ、責任トハ社會的違法ヲ個人的倫理的ニ評價スルニ外ナラズ。此ノ意味ニ於テ違法ハ客觀的責任ニシテ、責任ハ主觀的違法ト謂フコトヲ得ベシ。

(三) 責任ハ法律上ノ概念トシテ使用セラルル場合ニハ、更ニ具體的ナル概念構成ヲ採ル。現行法上認めラルル形態ニ二種アリ。其ノ一ハ行爲ノ違法性ヲ犯人ノ倫理性ニ於テ評價セララルニ付テノ前提ト爲ルベキ一般的ナル心理的要件ニシテ、即チ責任能力之ナリ。其ノ二ハ此ノ前提ノ下ニ現實ノ行爲ニ於テ之ヲ個人ノ主觀ニ結び付ケテ判斷スベキ具體的ナル形式ニシテ責任條件之ニ屬ス。

## 二 責任能力

(一) 責任能力ハ、行爲ノ違法ヲ洞察シ此ノ洞察ニ依テ行爲ヲ爲スノ能力而モ日本民族社會ニ於テ正當ナル何等ノ非難ナキ態度ヲ執ルノ一般的能力ヲ意味ス。陸軍刑法ニ於ケル場合モ亦責任能力ノ此ノ觀念ハ何等修正ヲ受クルモノニ非ズ。責任能力ハ犯罪實行ノ瞬間、正確ニハ意思活動ノ瞬間ニ於テ存在セザルベカラサル事實ハ一般刑法ノ場合ニ同ジ。

(二) 一般刑法ニ規定セララル責任能力ハ不成熟及精神障礙ノ二種ニシテ、前者ハ更ニ之ヲ刑事上ノ未成年(刑四一)ト瘖啞者(刑四〇)トニ區分シ、後者ハ心神喪失者(刑三九一)ト心神耗弱者(刑三九二)トニ區分セラル。

(三) 刑事未成年トシテ我刑法ハ十四歳未滿ヲ限界トシタルガ(刑四一)、少年法ニ於テハ別ニ十八歳未滿ノ者ニ對シテハ特別ナル刑事處分ヲ定ム(少年法七以下)。面シテ此ノ處分ハ若干ノ例外ヲ除キ、陸軍軍人及準陸軍軍人ニモ適用セラル(同法三)。

## 三 責任條件

(一) 責任條件ハ、具體的ナル違法行爲ニ關シ行爲者ニ非難ヲ歸セララル場合ノ心理的状態ナリ。責任能力ガ行爲者ニ責任ヲ生ズルニ付テ一般的ニ存在セザルベカラザル抽象的要件ナルニ對シ、責任條件ハ責任ノ具體的的要件ヲ爲スモノナリ。

(二) 責任條件ノ内容タル心理状態ハ、之ヲ行爲者ガ自己ノ事實上及法律上ノ效果ヲ認識シタル場合ト、行爲者ガ若シ現實ト一致セシ方法ニ於テ認識セザリシナラバ此ノ事實上及法律上ノ效果ヲ認識スルヲ要シ且認識シ得ベカリシ場合トニ區分セラル。我刑法上前者ヲ犯意ト爲シ、後者ヲ過失ト稱ス。面シテ犯意ヲ原則トシ(刑三八一)、犯意ナキ行爲ハ特別ノ規定アル場合ニ限り之ヲ罰ス(同條但)。茲ニ犯意ナキ行爲トハ、過失ニ該ル行爲ヲ原則トスレドモ、行政法規就中警察及租稅法規違反ノ行爲ニ付テハ(酒造稅法三一)明文ヲ以テ責任條件ヲ必要トセズト爲セリ。明文ナキモ法ノ精神上犯意過失ナクシテ成立シ得ル場合アリ(新聞紙法三〇以下)。



- (三) 陸軍刑法上ノ責任條件ニ付テモ右ニ述ベタル一般刑法上ノ法理ヲ原則トシテ適用セラルベキモノニシテ、殊ニ犯意ナキ行爲ノ可罰性ノ判定ニ當リテハ單ニ明文ノ存スル場合ノミニ拘泥スルコトナク、法規相互ノ關聯、各個ノ法規ノ基礎又ハ目的ニ稽ヘ、過失ニ基ク行爲乃至ハ過失ナキ行爲ト雖モ罰セラルベキカ否ヲ考察セザルベカラズ(四八、五二、九六)。
- (四) 又行爲者ノ豫見セザル重キ結果ニ基キ刑ヲ加重スル所謂結果の加重犯ニ關シテモ陸軍刑法上若干ノ規定ヲ設ケタリ(五四、八八)。此ノ場合豫見セザル結果ニ付本人ニ過失アルヲ要スルカ否ハ爭アル所ナルガ、通説ハ積極ニ解ス。然レドモ陸軍刑法ノ特異性ニ鑑ミルトキハ寧ロ過失ヲモ要セズト爲スベキニアラザルカ。

## 第二項 客觀的要素

### 一 汎說

- (一) 犯罪ノ客觀的要素ノ實質ヲ爲スモノハ違法(違法性)ナリ。違法ハ之ヲ二方面ヨリ考察スルコトヲ得。其ノ一ハ違法ノ内容タルベキ事實關係ニシテ危險性又ハ構成要件該當性ト稱セラル。其ノ二ハ斯ノ如キ事實關係ニ對スル評價自體ヲ指スモノニシテ狹義ノ違法性之ナリ。

- (二) 客觀的要素ハ法律的價值判斷ノ直接ノ對象ト爲ルベキモノニシテ、行爲者ノ反社會性ノ具體的ニ表現セラレタル(即チ客觀化セラレタル)結果ニ外ナラズ。從テ主觀的要素モ結局ハ客觀的要素ヲ前提トシテ初メテ刑罰法令ノ問題ト爲ルベキ筋合ニシテ、所謂主觀主義ハ單ニ反社會性ヲ有スル主觀ヲ抽象的ニ想定スル限り論理的ニ矛盾ヲ包藏セザルヲ得ザルモノト解ス。

### 二 危險性

凡ソ犯罪ハ何等カノ意味ニ於テ社會ニ對スル侵害ヲ實體トスルモノナルヲ以テ當然ニ危險ナル性格ヲ有スルモノナルガ、所謂罪刑法定主義ノ原則ハ此ノ危險ナル行爲ノ類型ヲ法文ニ明定シ其ノ埒外ニ在ル行爲ハ假令如何程當該社會ノ秩序ヲ攪亂スルコトアリトスルモ之ヲ犯罪トハセザルナリ。刑罰法規ニ明文ヲ以テ定メタル犯罪ノ危險性ハ、從テ犯罪構成要件充足性ト同一義ニ解セザルヲ得ズ。陸軍刑法ニ於テモ亦其ノ各則ニ夫々陸軍ノ戰力ニ對シ危險性ヲ帶ブル行爲ヲ列舉シテ其ノ特別構成要件ノ範圍ヲ限定セリ。之ニ對シ總論ニ於テ研究スベキハ、各則ニ羅列セラレタル危險性ニ通ズル一般法則トシテ即チ犯罪行爲發展ノ抽象的形態ニシテ、分チテ豫備、未遂及既遂ト爲スヲ得ベシ。面シテ此等段階的發展ノ形態及其ノ中軸ヲ爲ス因果關係ニ關スル法理ハ、陸軍刑法ニ於テモ一般刑法ノ場合ト同シク妥當スルモノニシテ、其ノ詳細ハ刑法總論ノ說明ニ讓ラントス。



## 三 違法性

## (一) 汎說

(1) 危險性行爲ノ事實的關係ヲ觀察シタルモノナルニ對シ、違法性ハ行爲ニ對スル價值判斷其ノモノヲ指稱スルナリ。違法性ハ之ヲ形式的意義ト實質的意義トニ分チ考察セラル。前者ハ行爲ガ刑罰法規ノ定ムル要件ヲ充足スルコト、換言スレバ刑罰法規ニ依リテ禁止セラルル規範ニ外形的ニ違反スルコトヲ謂ヒ、後者ハ行爲ガ刑罰法規ノ有スル反社會的侵害行爲防壓ノ目的ニ背反スルコトヲ謂フ。兩者ハ完全ニ一致スルコトヲ以テ理想トセザルベカラザルモ、法ノ現實ニ於テハ形式的違法アル行爲必ズシモ實質的ニ違法ナラズ、又實質的違法ノ行爲ト雖モ總テ之ヲ刑罰法令違反ト爲サザルナリ。蓋シ刑罰法規ニ規定セラルル抽象的ナル行爲類型ハ、其自體トシテ當然ニ形式及實質ノ雙方ニ亘リテ違法ヲ具備スルコトヲ常態トスレドモ、社會生活ノ複雜多岐ナル本性ハ、刑罰法規ニ掲グル行爲類型ノ具體的ナル實現ノ全部ニ對シ直ニ實質的違法性ヲ付與シ得ザルノ必然的結果ヲ招來ス。之實質的違法性ガ具體的行爲ニ對スル法規一般ノ目的ニ基ク價值判斷トシテ特ニ研究ノ要アル所以ナリ。以下違法性ニ關シ述ブル所モ亦此ノ實質的意義ニ於ケルモノニ外ナラズ。

(2) 違法性ノ觀念ヲ定ムルニ二說アリ。其ノ一ヲ客觀說ト爲シ、他ヲ主觀說ト爲ス。前者ハ行爲ガ苟モ法ノ目的ニ背反スル場合ニハ行爲者ノ意思如何ニ拘ラズ之ヲ違法ナリト解スルモノニシテ、後者ハ違法ハ行爲者ノ主觀ニ依存シ責任ヲ缺ク者ノ行爲ハ違法ニ非ズト主張スルナリ。惟フニ違法ガ行爲ニ對スル法ノ目的ヨリスル社會的價值判斷ナリトスレバ客觀說ヲ以テ妥當トセザルベカラズ。換言セバ、主觀說ハ行爲者責任ト之ニ對スル社會的評價トヲ混同シタル點ニ誤アリト謂フベシ。

(3) 違法性ハ前述ノ如ク刑罰法規ニ定メラレタル行爲類型ニ原則トシテ附著スルヲ以テ、普通刑法ハ違法性ヲ反面ヨリ即チ違法性ガ特ニ解除セラルル若干ノ原由ヲ規定セリ。之ヲ違法阻却原由ト稱ス。分チテ權利行爲ト放任行爲トス。前者ハ行爲ヲシテ權利タラシメ相手方ガ其ノ行爲ノ結果ヲ甘受スルヲ要スル場合ニシテ、後者ハ行爲ノ結果ニ付テハ法ノ干涉ノ範圍外ニ置キ相手方ヲシテ自己ノ權利ニ基キ一方ノ行爲ニ對抗スルコトヲ許ス場合ナリ。權利行爲ニ屬スルモノトシテハ、正當防衛行爲、法令行爲及正當行爲等アリ。又放任行爲ニ屬スルモノトシテハ緊急避難、自救行爲及承諾行爲等アリ。此等ノ原由ハ後述ノ例外ヲ除キ、陸軍刑法ニモ妥當ス(刑八)。各個ノ原由ノ詳細ナル説明ハ刑法總論ニ讓ル。



尙陸軍刑法各本條ノ罪ニ付キ「故ナク」(三五、三六、三八、四三、四四、四七、四九、五〇、五三、七五、九六、一〇一、一〇二)又ハ「已ムコトヲ得サル理由ナクシテ擅ニ」(三七)ノ要件ヲ附加スルモ、此等ノ字句ハ單ニ規定ノ修辭上違法性ヲ明示シタルニ過ギズシテ、其ノ有無ニ因リ違法性ガ行爲ノ要件タルコトニ何等ノ消長ヲ及ボスモノニアラズ。

(二) 違法性阻却原由ノ特例

陸軍刑法ノ目的タル戦力侵害ノ防壓ヲ達成スル爲ニハ、普通刑法ニ定ムル違法阻却原由ハ必然的ニ修正ヲ受ケザルベカラズ。其ノ場合ヲ合テ左ノ二種トス。

(1) 普通刑法ニ於ケル規定自體ニ例外ヲ認メ得ル場合

普通刑法ニ定メタル阻却原由自身ガ既ニ例外ヲ許容セリト認メ得ル場合ニシテ、更ニ細別スルコトヲ得ベシ。

(a) 明示的ニ例外ヲ定メタル場合

刑法第三十七條第二項ニ於テハ、業務上特別ノ義務アル者ニ對シテハ同條第一項ノ緊急避難ニ關スル規定ヲ適用セザル旨ヲ定メタリ。本例外規定ニ該當スル者ハ、其ノ業務上寧ろ緊急状態ニ赴クノ義務アルガ爲其ノ義務ノ範圍ニ於テハ緊急避難行爲ヲ許サザルナリ。而シテ

(b) 戦力保護ノ爲例外ヲ認ムベキ場合

普通刑法上別ニ明文ヲ設ケズト雖モ、自己ノ一身上ノ權利ヲ防衛スル爲上官ニ對スル犯罪ヲ實行シ、其ノ他戦力侵害ヲ惹起スル行爲ニ出デタル場合ニ仍正當防衛ヲ認ムベキカハ大ニ疑問トスベキ所ニシテ、斯カル場合刑法第三十六條第一項ヲ適用シ、單ニ過剰防衛トシテ處理スベキモノニ非ズシテ防衛行爲其ノモノヲ容ルル餘地ナカルベキカ。

陸軍軍人ハ(準陸軍軍人ヲモ含ム)本來戦争其ノ他危険ナル任務ニ服スベキ地位ニ在ルモノナルヲ以テ當然本項ニ包含セラルルモノト謂ハザルベカラズ。尤モ軍人ト雖モ、一市民トシテ生活スル場合ニ此ノ例外ノ適用ヲ受クルコトナシ。

陸軍刑法上ノ法益ニ付テハ其ノ享有者又ハ管理者ノ任意ノ處分ヲ許サレザルヲ以テ、此等ノ者ノ承諾ヲ得テ該法益ノ侵害ヲ爲スガ如キ場合ハ想像シ得ズ。又假令承諾アリテ爲シタリトスルモ、其ノ行爲ノ違法タルヤ勿論ナリ。此ノ點私人ノ法益ニ付、場合ニ因リ承諾ニ基ク侵害ヲ違法トセザルト同一ニ論ズルコトヲ得ザルナリ。

陸軍刑法ニ特別ノ規定ヲ設ケタル場合

(2) 普通刑法ニ於テ明示的又ハ默示的ニ認メ得ラルル阻却原由ノ修正ノミニテハ戦力保護ノ目的



ヲ達成スルニ充分ナラザルモノアリトシ、陸軍刑法ニ特別ナル阻却原由規定セラル。即チ同法第二十二條ニ曰ク「多衆共同ノ暴行ヲ鎮壓スル爲メハ敵前ニ在ル部隊ノ急迫ニ臨ミ軍紀ヲ保持スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス、必要ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」ト。軍事上ノ緊急行爲ト稱セララルモノ即チ之ナリ。

(a) 本質

(I) 本條ハ類型的ニハ戦力侵害防壓ノ理念ニ背反スルモノト認ムベキモノト雖モ、具體的行爲トシテハ反テ該理念ニ合致スト評價セラルベキ場合ニ關スル基準ヲ定メタルナリ。換言スレバ、本條ノ行爲ハ戦力侵害ノ防壓ノ爲メ特殊ナル状態ニ於テ違法性ヲ阻却スル原由トシテ認メラレタルモノナルヲ以テ、所謂緊急行爲ノ一種ニ屬スルコト明カナリ。然レドモ其ノ本質ニ於テハ、普通刑法ニ定メラレタル緊急行爲トハ全ク異ナルモノト謂ハザルベカラズ。何者、普通刑法ニ於ケル緊急行爲ハ勿論一般社會文化ノ維持促進ノ理念ヨリ設定セラレタルモノナレドモ、其ノ具體的ナル場合ニ於テハ必ズシモ直接ニハ公ノ利益ノ保護ヲ目的トセズ、個人的法益ノ擁護ヲ任トスル場合アリ得ベシ。之ニ對シ陸軍刑法ノ緊急行爲ハ陸軍戦力ナル國家の利益中ノ重要ナルモノノ保護ニ始終奉仕スルモノニシテ、其ノ間秋毫

モ個人的利害ヲ容ルルノ餘地ナキヲ以テナリ。從テ本條ノ緊急行爲ヲ刑法ノソレト同列ニ置クコトハ事態ノ正當ナル認識ニ徹スル所以ニアラズシテ、前者ハ後者ノ遙カ高次ノ地位ヲ占ムベキモノト解スルナリ。換言スレバ、ソハ個人主義的緊急行爲ニ對シ全體主義的緊急行爲トモ稱スベク、日本民族ノ國土防衛ニ對スル最モ切實ナル感想ノ具現化ニ外ナラザルナリ。

(II) 右ニ述ベタルガ如ク、本條ノ緊急行爲ハ單ニ刑法ノ緊急行爲ノ要件ノ減輕ニ因リテ形成セラレタルモノニアラズシテ、全ク獨自ノ性格ヲ有ス。今試ミニ刑法ニ定メタル各種ノ違法阻却原由ト比較考察センニ、次ノ如シ。

(A) 法令又ハ正當ノ業務ニ因ル行爲(刑三五)トノ關係

軍事上ノ緊急行爲ハ部下統率ノ爲上官ニ依リ其ノ職權ノ範圍内ニ於テ行ハルル場合ニハ法令ニ依ル行爲トシテ見ルベク、又斯ノ如キ權限ニ基カズト雖モ陸軍ニ於ケル通念ニ照シ戦力侵害ト認ムベカラザル場合ハ正當ナル業務ニ因ル行爲ニ該當スベク、共ニ違法性ヲ阻却スルナリ。而シテ此ノ場合ニハ刑法ノ規定トノ間ニ法條競合ノ關係ヲ生ズルナリ。然レドモ、軍事上ノ緊急行爲ハ斯ノ如キ法令又ハ正當ナル業務ニ因ル行爲ト爲シ得



ザル異常ノ事態ニ於テモ必要ナルコトアルヲ以テ、兩者ハ全然一致スル要件ヲ有スルモノニアラズ。

(B) 正當防衛行爲(刑三六)トノ關係

正當防衛行爲ハ急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又他人ノ權利ヲ防衛スル爲己ムコトヲ得ズシテ爲ス反撃ナルヲ以テ、特定ノ人格者ニ對シ侵害ノ存スルコトト、之ニ對シ個人的權利ヲ防衛スルコトトヲ内容トス。然ルニ軍事上ノ緊急行爲ニ於テハ、其ノ前提條件トシテ敢テ特定ノ人格者ニ對スル急迫不正ノ侵害、例ヘバ上官ニ對スル反抗又ハ暴行脅迫ノ如キモノアルコトヲ必要トセザルノミナラズ、又其ノ目的ハ個人的權利ノ防衛ニ在ラズシテ専ラ戦力侵害ノ鎮壓ナル國家的利益ノ擁護ニ存ス。從テ正當防衛行爲ト軍事上ノ緊急行爲トハ之亦機能的意義ヲ等シクセザルナリ。

(C) 緊急避難行爲(刑三七)トノ關係

緊急避難行爲ハ自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若ハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲己ムコトヲ得ズシテ他人ヲ害スル行爲ナルヲ以テ、正當防衛行爲ノ場合ト同ジク特定ノ人格者ニ對スル危難(人爲的又ハ自然的)ノ存在ヲ前提トス。然ルニ軍事上ノ緊急行爲

ニ於テハ、場合ニ依リ自己ノ上官ニ對スル右ノ如キ危難ヲ避クル目的ニ出ヅル場合アルベシト雖モ、之必ズシモ必要ニ非ザルノミナラズ、單ニ上官ノ危難ヲ避クルガ如キ個人的理由ノ外ニ、之ニ因リ戦力侵害ノ鎮壓ナル高次ノ目的ヲ達成セントスル場合ニ初メテ要件ヲ具備スルニ至ルベク、更ニ自己ノ危難ヲ避クル場合ニハ前述ノ如ク緊急避難自體ヲ許サレザルヲ以テ、緊急避難行爲ト軍事上ノ緊急行爲トハ其ノ適用ノ範圍同ジカラザルモノアリト謂ハザルベカラズ。若シ夫レ前者ノ放任行爲ナルニ對シ後者ガ權利行爲ナル點ニ兩者ノ差別ヲ認メントスルノ見解ニ至ツテハ、軍事上ノ緊急行爲ノ本質ヲ洞察セザルモノニシテ、其ノ何ノ意タルカラ解スル態ハズ。

要スルニ、軍事上ノ緊急行爲ハ刑法上ノソレト全ク性質及目的ヲ異ニシ、所謂權利行爲又ハ放任行爲ノ何レカ一方ノミニ屬スルモノトシテ取扱フコトヲ得ズ。蓋シ一般ニハ權利行爲ナルベケレドモ、例ヘバ軍事上ノ緊急行爲ガ陸軍所屬者以外ノ者ニ對シテ加ヘラレタル場合相手方ガ之ニ對抗スルコトヲ全然拒否スルヲ得ザルコトアルベク、此ノ場合ニハ放任行爲ニ該ルベキヲ以テナリ。否權利行爲又ハ放任行爲ノ觀念ヲ以テ軍事上ノ緊急行爲ヲ説明スルコトガ既ニ個人主義的刑法觀念ニ因ハレ、陸軍刑法ノ眞實ナル要求ニ即應セザルモノナキカラ



虞ルルナリ。

(b) 要件 (二二一、二三)

Ⅰ 行爲ノ主體

本條ニ掲グル緊急行爲ノ主體タリ得ベキ者ハ、部下ヲ有スル陸軍軍人ナル場合多カルベキモ、必ズシモ斯ノ如キ部下統率ノ職權アル者ノミニ限ラズ、一般軍人ト雖モ場合ニ依リ主體タリ得ルモノナリ。更ニ陸軍軍人以外ノ者ニ在リテモ、苟モ陸軍刑法ノ犯罪ニ主體タリ得ル限リ同ジク本條ノ主體タル稀有ノ場合 (例ヘバ多衆共同ノ暴行鎮壓ノ爲ニ陸軍軍人ニ協力シ又ハ其ノ不在ニ當リ獨力ニテ陸軍刑法上ノ行爲ヲ爲スガ如シ) アルベシ。尙第二十三條ノ規定ニ依リ一般刑罰法規ノ罪ト爲ルベキ行爲ニ對シテモ第二十二條ノ適用アルヲ以テ、此ノ點ニ於テモ陸軍軍人以外ノ者ガ此等刑罰法規ノ罪ト爲ルベキ行爲ノ主體タリ得ル限リ、前同様軍事上ノ緊急行爲ノ主體タルコトヲ得ベキモノトス。

Ⅱ 行爲ノ目的

多衆共同ノ暴行ヲ鎮壓スル爲ナルカ又ハ敵前ニ在ル部隊ノ急迫ニ臨ミ軍紀ヲ保持スル爲ナルコトヲ要ス。

(A) 多衆共同ノ暴行ヲ鎮壓スル爲ナルコト

(i) 多衆共同トハ、二人以上ノ者 (必ズシモ軍人ノミニ限ラズ、軍人ト軍人以外ノ者トノ混合セル場合乃至稀ニ軍人以外ノ者ノミニテモ可ナリ) ガ意思ヲ連絡シタル状態ヲ謂フ。從テ共犯結黨、黨與及多衆聚合等ヲ悉ク包含ス。

(ii) 暴行ハ最廣義ニシテ、有形力ヲ行使スル一切ノ場合ヲ指稱ス

(iii) 軍内ニ於ケル多衆共同ノ犯罪、就中暴行ハ其ノ危険性ノ甚大ナルモノアルヲ以テ、之ヲ鎮壓スル目的ニ出デタル行爲ヲ違法性ナキコトトセリ。因ミニ陸軍刑法第四十六條ハ鎮壓ノ職責アル者ノ懈怠ヲ處罰ス。

(B) 敵前ニ在ル部隊ノ急迫ニ臨ミ軍紀ヲ保持スル爲ナルコト

(i) 敵前トハ、敵ト直接相對峙シ攻撃防禦ノ状態ニ在ルコトヲ謂フ。

(ii) 部隊ノ急迫ニ臨ミトハ、部隊ガ緊急ナル要求ヲ持スル状態ニ在ルヲ謂ヒ、必ズシモ其ノ原因ガ我軍ニ屬スル者ノ行爲ニ在ルト又敵軍ノ攻撃等ニ基クト問フコトナシ。更ニ必ズシモ我軍ガ潰走、全滅等ノ危険ニ陥リタルガ如キ受傷ノ場合ナルヲ要セズ。將サニ敵軍ノ突破成ラントシテ全軍最高潮ニ達セシ瞬間俄ニ我兵ノ退却ヲ企圖スル者



現ハレタルガ如キ場合ニテモ可ナリト思考ス。

(iii) 軍紀ヲ保持スルトハ、上官ノ命令、法規等ニ對スル服従心ヲ確保スルコトヲ指稱ス。  
行爲ノ内容

緊急行爲ノ内容タルベキ犯罪ニ該ル行爲ハ、陸軍刑法各本條ニ規定シタル類型ナルコトヲ原則トスレドモ、第二十三條ノ規定ニ依リ同法以外ノ一般刑罰法規ニ定ムル罪ト爲ルベキ行爲ヲモ包含スルモルナリ。

(IV) 行爲ノ限度

已ムヲ得ザルニ出ヅルコトヲ要ス。即チ行爲ノ目的ヲ達成スルニ必要ナル程度ヲ超ユルコトヲ得ザルナリ。換言スレバ、苟モ具體的ノ場合ニ必要ナルニ於テハ常ニ該行爲ハ許容セラルルモノト解スベシ。此ノ場合已ムコトヲ得ザルニ出デタルモノナリヤ否ハ、事後ノ審査ニ於テ客觀的ニ判定セラルベキハ勿論ナリ。而シテ他ノ方法ニ依ルコトノ絶對不可能ナルコトハ敢テ必要ナラザレトモ、所謂被害法益ノ權衡ヲ得シムルコトハ戰力保持ノ見地ヨリ缺クベカラザルモノト解ス。

(C) 效果

(I) 原則

前述要件ヲ具備シタル行爲ハ違法性ヲ全ク阻却シ、從テ犯罪ヲ構成セザルコト言フ俟タズ。

(II) 例外(過剰行爲)(二二二)

行爲ガ必要ノ程度ヲ超エタル場合即チ行爲自體ガ目的達成ノ爲ニ缺クベカラザル限度ヲ逸脱シタル場合、例ヘバ敵壘攻撃ノ最緊張時ニ當リ逃走ヲ誘起シタル一人ヲ殺傷スレバ足ルニ拘ラズ其ノ以外ノ雷同者全部ヲ殺傷シタルガ如キ行爲及行爲ノ結果生ジタル害惡ガ法益權衡ノ原則ヲ破リタル場合、例ヘバ多衆共同ノ暴行鎮壓ノ爲ニ司令官ガ敵前ニ於テ守地ヲ離ルルガ如キ行爲ハ所謂過剰行爲ニシテ違法性ヲ阻却スルコトナキモ、具體的事案ニ於ケル主觀客觀ノ各種狀況ヲ考量シ當該行爲ニ對シ科セラルベキ刑ヲ裁判上減輕又ハ免除スルコトヲ得ルコトト爲セリ。尙必要ノ程度ヲ超エタル部分ノ行爲其ノモノノ認識ナカリシ場合ハ所謂誤想行爲ニシテ固ヨリ罪トナラザルナリ。勿論此ノ場合過失ノ有無ガ問題ト爲ルコトアリ得ベシ。



## 第二款 行爲ノ様態

## 第一項 總論

犯罪行爲ハ既ニ述ベタルカ如ク一定ノ主體ガ一定ノ客體ニ對シ一定ノ行爲ヲ企圖乃至實行スルコトニ因リテ成立スルモノナルガ、各本條ニ於ケル行爲ノ要件ハ以上三要素ヲ以テ充足セラルルモノニアラズシテ、行爲ノ具現化セラルル場合ニ必然的ニ經過シ其自體ヲ定型化スベキ幾多ノ附隨的要件ヲ必要トス。換言スレバ行爲ノ眞髓ニハ屬セザルモ、其ノ實現ノ過程ニ於テ之ニ一定ノ形式ヲ與フル爲缺クベカラザル條件ナカルベカラズ。之即チ行爲ノ様態ト稱スベキモノニシテ、共ニ構成要件ニ屬スルモ、行爲ノ要素トハ明白ニ區別シテ考察セラルベキモノナリ。

各個ノ行爲ノ様態ハ其ノ要件ト同ジク各則ニ規定セラルル所ニシテ、茲ニ述ベントスルハ其ノ全般ニ通ズル理論ナリ。凡ソ様態ハ之ヲ時間的、場所的及關係的ノ三種ニ分ツコトヲ得ルヲ以テ、以下此ノ區分ニ從テ説明セント欲ス。

## 第二項 各論

## 第一目 時間的様態

## 一 汎説

犯罪行爲ガ何時發生シタルヤハ一般的ニハ構成要件充足上問題ト爲ラズ。例ヘハ殺人罪バ如何ナル時點(勿論殺人罪ニ關スル刑法ノ規定ノ施行中ナルコトヲ前提トス)ニ於テ行ハルルモ差支ナク、即チ始終ナク連續セル時間コソハ同罪ノ時間的様態ヲ爲スモノト謂ハザルベカラズ。然ルニ刑罰法規ニ定ムル犯罪行爲ニ因リテハ、其ノ時間的様態ニ或ル制約ヲ設ケ其ノ限界内ニ於テ發生シタル行爲ニ對シテノミ犯罪ノ成立ヲ認ムルモノアリ。例ヘバ刑法第九十四條ノ如シ。

行爲ノ時間的様態ハ法規ノ時間的效力ト區別スルヲ要ス。勿論兩者共ニ行爲處罰ノ要件ヲ爲スモノナレドモ、後者ハ行爲ノ構成要件ニアラズシテ、該要件ノ成立ノ基礎ヲ形成スルモノナリ。從テ時間的様態ノ認識ハ責任ノ内容ヲ爲スモノナレドモ、時間的效力ハ犯人ノ主觀ニ何等ノ依存性ヲ有セズ。

## 二 陸軍刑法上ノ時間的様態



## (一) 汎説

一三〇

陸軍刑法ニ於テハ其ノ戦力侵害防歴ノ理念ヲ中心トスル本性上、戦力侵害ノ程度ニ對スル評價ガ必ズシモ一定不變ニアラズシテ、軍ノ活動ノ時期、場所等ニ因リ異ナラザルヲ得ズ。蓋シ軍ガ作戦ノ爲ニ全力ヲ擧ゲテ活動スル最モ緊張セル時間ニ於ケル犯罪ハ、其ノ他ノ場合ニ比シ同一種類ノモノナリトモ重視セラルベキハ理ノ當然ナレバナリ。是ヲ以テ同法ニハ時間的様態トシテ特別ナル要件ヲ定メタリ。

## (二) 戦時

(1) 戦時ヲ行爲ノ様態トセル規定ハ、同法第四十三條、第五十三條、第七十五條、第七十六條、第八十條、第九十六條、第九十八條、第九十九條及第一百二條ナルガ、同法ニ於テハ別ニ戦時ニ關スル定義的規定ヲ設ケズ。尤モ同法制定ノ際ノ所謂第三案(政府ノ議會提出案)中ニハ「戦時ト稱スルハ宣戦ノ公布アリタル時又ハ現ニ開戦シタル時ヨリ平和克復ノ時迄ヲ謂フ」トアリシモ、元來戦時ハ國際法ニ依リテ定ムベキモノナリノ理由ニ因リ、貴族院ニ於テ該條文ヲ削除セラレタル次第ナリキ。

(2) 抑モ戦時ノ語ハ、陸軍刑法ノ外ニ憲法第三十一條、國家總動員法第一條、戒嚴令第一條、防

空法第一條等ニ於テ用ヒラルル所ニシテ、戦争ノ開始ヨリ其ノ終了ニ至ル迄ノ期間ヲ謂ヒ、戦争其ノモノガ國際法上ノ觀念即チ一方ノ國ガ相手國ノ抵抗ヲ排除シ自己ノ主張ヲ貫徹スル爲實カヲ行フコトヲ認メラルル兩當事國間ノ包括的ナル緊急状態ナリトセラルルヲ以テ、此ノ觀念ヲ前提トスル戦時ノ時間的區劃モ亦國際法ノ原則ニ從テ決スベキハ言フ俟タズ。特ニ明治四十五年開戦ニ關スル條約公布後ニ於テ然リ。或ハ國際法ハ國家間ノ關係ノミヲ律スルモノニシテ國家ト國民トノ關係ハ別ニ國內法ヲ以テ定ムルヲ要スト爲スノ説ナキニアラズ。又明治十五年太政官布告第三十七號ニハ「凡ソ法律規則中戦時ト稱スルハ外患又ハ内亂アルニ際シ布告ヲ以テ定ムル者トス」トアリ。加之我國過去ノ實例ニ於テハ、陸軍ハ明治二十七八年戦役及同三十七八年戦役共宣戦布告ノ日又ハ宣戦詔勅ヲ下サレタル日ヲ以テ戦時ノ開始ト見タルモノノ如シト雖モ、之國家ノ意思ヲ對外的及對内的ノ雙方ニ強キテ分割スルモノニシテ其ノ不當ナルヤ論ヲ俟タズ。從テ前記布告ハ既ニ實質上消滅シタルモノト解ス。

(3) 戦時ノ範圍ハ前述ノ如ク國際法ニ從テ決定スベキモノナルガ、先ヅ其ノ始期ニ就テハ、前述條約第一條ニ依レバ「條約國ハ理由ヲ附シタル開戦宣言ノ形式又ハ條件附開戦宣言ヲ含ム最後通牒ノ形式ヲ有スル明瞭且事前ノ通告ナクシテ其ノ相互間ニ戦争ヲ開始スヘカラサルコトヲ承



認ス」トアルヲ以テ、相手國ニ對スル開戦ノ宣言ガ同國ニ到達シ又ハ最後通牒ニ定ムル條件ヲ相手國ガ承認セザルコトニ因リ所定期間ノ經過スルト共ニ戰時狀態開始スルモノナリ。然レドモ國際法ノ慣習ハ戰時ノ始期ヲ斯ノ如キ形式的ナル事由ニ限定セズ、一方ノ國ヨリ相手國ニ敵對行爲ヲ現實ニ執リタル瞬間ヨリ戰爭開始スベキコトモ認メラル。例ヘバ歐州大戰ノ際膠州灣ニ在リタル塊太利ノ一軍艦隊ガ獨逸艦隊ト行動ヲ共ニセシ爲、日塊兩國間ニ戰爭開始セラレタガ如シ。日露戰爭ノ場合ノ開始ノ時期モ、明治三十七年二月十日ノ宣戰ノ詔勅ヲ下サレタル日ニ非ズシテ、同月六日午前九時釜山沖ニテ我艦隊ガ露商船「エカテリノスラフ」號ヲ拿捕シタル時ナリト解スベキナリ。

次ニ戰時ノ終期ハ、(a)戰爭當事國ガ媾和條約ヲ締結シ其ノ效力ノ發生シタル時(實施時期ヲ明示セザルトキハ批准交換ノ時期トス)、(b)一方ノ交戰國ガ相手國ヲ征服併合シタル時、又ハ稀ニ(c)雙方交戰國ガ媾和條約ヲ締結スルコトナク自然ニ敵對行爲ヲ一般的ニ中止シタル時ナリ。

### (三) 事變

(1) 事變ヲ行爲ノ要件トスル規定ハ陸軍刑法第九十六條第一號及第九十九條ナルガ、戰時同様事變ノ意義ニ付テモ別段ノ規定ヲ設クル所ナシ。抑モ事變ノ語ハ獨リ陸軍刑法ノミナラズ戒嚴令

第一條、兵役法第十七條、第十九條、第五十四條、徵發令第一條、防空法第一條及民法第二百五條等ニ用ヒラレ、又戰爭ニ準ズベキ事變(國家總動員法一)、國家事變(憲三一)或ハ避クベカラサル事變(民一六一)等ノ用例モアリ、必ズシモ其ノ意義ヲ同ジウセズ。此等ノ諸法規ニ於ケル用例ヲ通ジテ事變ノ定義ヲ與ブレバ、事變トハ吾人ノ生活經驗上異常ニシテ其ノ豫防ノ不能又ハ甚ダシク困難ナル外界ノ事象ヲ謂フモノト爲スヲ得ベシ。而シテ此ノ定義ニ基キ事變ノ觀念ハ之ヲ廣狹二種ニ分ツベキナリ。即チ廣義ニ於テハ、自然的及人爲的ノ異常事象ヲ悉ク包含シ(民一六一)、狹義ニ於テハ稀ニ自然的異常事象ノミヲ指スコトアリト雖モ(民二一五)、其ノ以外ノ一般的用例トシテハ人爲的異常事象ニシテ戰爭ニ準ズベキ内外ノ擾亂ヲ總稱スルナリ。民法ヲ除キタル前記各種法規ノ用例亦此ノ意義ニ解スベシ。陸軍刑法第二十條條三號ニ於テハ「事變又ハ一地方ノ騷擾」ト分ケ、又國家總動員法第一條ニハ「戰爭ニ準ズベキ事變」ト記載シテ右ノ趣旨ヲ明カニセリ。

(2) 次ニ事變ノ始期及終期ハ如何ニ定ムヘキカ。從來ノ實例ニ依レバ、或ル異常ナル事象ヲ事變ト爲スカ否ハ閣議ニ於テ決定ノ上關係機關其ノ通達ニ任ズルモノノ如シ。又恩給法上ノ事變加算ノ爲ニハ告示ヲ以テ事變ノ始期及終期ヲ公布ス(恩給法三三三)。然レドモ、此等ノ手續ハ給與



恩賞等行政法規ニ基ク處置ヲ爲ス爲一應形式的ニ事變ノ時間的範圍ヲ限定スルノ必要ニ出デタルモノニシテ、現實ノ客觀的事態トシテノ事變ハ敢テ右ノ如キ閣議決定告示等ヲ俟テ初メテ成立スルモノニアラザルナリ。サレバ事變ノ終期モ亦異常事象ガ社會通念上消滅シタリト認メラルル時ニ在ルモノト解セザルヲ得ズ。之ガ認定ハ一テ執法官ノ判斷ニ委セラルルナリ。

## 第二目 場所の様態

### 一 汎説

犯罪行爲ガ如何ナル場所ニ於テ行ハレタリヤノ問題モ其ノ時間的様態ト同ジク一般的ニハ構成要件ノ問題ト爲ラズ。苟モ實體法タル當該刑罰法規ノ場所的效力アル地域ニ於テ犯シタル罪ナル以上茲ニ場所の様態ハ直ニ充足セラルルナリ。然ルニ刑罰法規ニ定ムル犯罪行爲ノ或ルモノハ、一定ノ場所ニ於テ行ハレタル場合ニ限り成立ス(例ヘバ狩獵法一一)。

行爲ノ場所の様態モ亦法規ノ場所的效力ト區別セラレザルベカラズ。兩者共ニ行爲ノ處罰ニ當リテノ條件ヲ爲スモノナレドモ、後者ハ其ノ構成要件ニ包含セラルルコトナク、從テ行爲者ノ責任ノ内容ヲ爲サザルナリ。之ニ對シ行爲ノ場所の様態ハ行爲者ニ於テ行爲ノ當時必ズ認識シタルコトヲ要ス。

### 二 陸軍刑法ニ於ケル場所の様態

### (一) 汎説

陸軍刑法ノ定ムル犯罪ハ軍隊自身ガ場所的ニ移動スル傾向多ク、而モ該移動ガ作戰ノ必要ニ基ク場合ヲ原則トスル爲、場所の様態ニ於テ特殊ナル意義ヲ有ス。此ノ點一般刑罰法規ト到底同視セラレザルモノニシテ、茲ニモ戰力保持ヲ理念トスル陸軍刑法ノ獨自性ヲ發揮スルナリ。同法ニ規定セラレタル場所の様態ハ戰地、戰場、占領地及戒嚴地境ナリ。

### (二) 戰地

(1) 戰地トハ、我作戰行動ノ行ハルル國ノ内外ノ區域(土地、水面及空域)ヲ總稱シ、戰鬪區域、兵站區域及軍事占領地ヲ包含シ、更ニ航空機ノ來襲等ニ因リ其ノ他ノ區域ト雖モ戰地タル場合アリ得ベキナリ。從テ所謂交戰國領域タルト、公海、無主ノ土地及其ノ上空タルト乃至中立國領域タルトヲ問フコトナシ。尤モ中立國ノ領域ガ戰地タル爲ニハ當該交戰國ニ於テ該領域ニ對シ租借、平時占領ヲ行フ場合、又ハ該領域ガ交戰國ノ特別ナル政治上ノ目的ニ關係アル場合乃至自衛上攻撃防禦ノ爲必要アル場合ノ如ク國際法上認メラル場合ニ限ル。又一方交戰國ノ領域ト雖モ中立國ガ國權ヲ行フ場合ハ戰地ヨリ除外セラルルナリ。

(2) 戰地ハ作戰行動ノ行ハルル區域ナルヲ以テ國際法上ヲ戰爭ノ前提トスルコト多キモ、必ズシ



モ之ニ限ラズ、所謂事變ノ場合更ニ一地方ノ騷擾ニ際シ鎮定ノ爲軍隊ノ出動スル場合モアリ得ベキナリ。

(3) 戦地ノ範圍ハ作戰行動ノ狀況ニ因リテ絶エズ廣狹ノ變化ヲ免レザルモノニシテ、其ノ確定ハ一ニ具體的事實ニ就テ決スルノ外ナシ。給與、恩賞等行政事務ノ便宜ノ爲ニ告示ヲ以テ地域ヲ劃定セラルルコトアルモ(恩給法三二〇)、之ヲ以テ直ニ陸軍刑法上ノ戦地ノ範圍ト爲スベキモノニアラズ。

(4) 戦地ヲ要件トスルハ同法第八十六條以下ノ規定ナルガ、同條ニハ戦地又ハ帝國軍ノ占領地ト並記セラルル爲、前述戦地ノ觀念中ヨリ軍事占領地ヲ除キタル趣旨ト解スベキガ如シ。

(三) 戰場

(1) 戰場ハ戦争、事變其ノ他ノ騷亂ニ基キ當事者間ニ現實ニ戦闘行動ノ行ハルル區域又ハ既ニ其ノ終了シタル區域ヲ指稱ス。其ノ範圍ハ勿論個々ノ場合ニ戦闘ノ種類、規模ニ因テ決セラルベキモノナリ。茲ニ戦闘行動トハ、作戰行動ヨリ狹義ニシテ、武力ヲ以テスル格闘行爲自體ヲ意味ス。之戰場ヲ場所的様態トスル本法第八十七條ノ罪ガ戦闘行爲ニ因ル死傷病者ヲ對象トシタル點ヨリ見ルモ明カナリ。

(2) 戦地ノ場合ハ現ニ作戰行動ノ行ハルル區域ナルコトヲ要スレドモ、戰場ハ前述ノ如ク現ニ戦闘行動ノ進行中ノ場合ノ外、既ニ戦闘行動ノ結末ヲ告ゲタル場合ヲモ包含スルヲ以テ、戰場ハ必ズシモ戦地ノ一部ヲ構成スルモノト謂フベカラズ。最早作戰行動ノ客體タラザル區域(例ヘバ軍隊ノ撤退シタル地域ノ如キ)ト雖モ、過去ニ於テ戦闘行動ノ生起シタル事實ノ存スル限り仍戰場ナリト解ス。

(四) 占領地

(1) 凡ソ占領(軍事占領)トハ、一國ガ他國ノ領域ノ一部ヲ其ノ權力ヲ排除シテ武力ヲ以テ自國ノ支配下ニ置クコトヲ指稱シ、所謂戦時占領ノ外ニ保障占領、復仇ノ爲ノ占領、條約履行確保ノ爲ノ占領、干涉ノ爲ノ占領等ヲモ包含ス。從テ占領ハ國際法上ノ戦争ニ基ク場合ナルト所謂事變其ノ他ノ紛争ニ因ル場合ナルトヲ區別スルコトナシ。尙別ニ行政占領ト稱セラルルモノアレドモ、實質ハ併合又ハ割讓ニ異ナラザルヲ以テ特ニ占領トシテ掲グルノ要ナシ。

(2) 占領地ハ前述各種占領行爲ノ一ヲ現實ニ實施スル相手國領域ノ一部ヲ指稱ス。然ルニ從來陸軍刑法上ノ占領地ノ意義ヲ專ラ戦時占領ノ場合ノミニ限ラントスル說アルガ如シト雖モ、苟モ軍ノ實力ヲ以テ相手國ノ領域ニ對シ支配權ヲ行使スル以上、其ノ戦時占領ナルト否トハ問フ所



ニアラズト解スルナリ。

(五) 戒嚴地境

戒嚴地境トハ、緊急事態ニ際シ戒嚴ノ宣告又ハ戒嚴令ノ一部適用ノ形式ニ依リ武力ヲ以テ警戒ヲ爲ス國ノ全部又ハ一部ノ區域ヲ謂フ。

抑、戒嚴ハ原則トシテ戰時又ハ事變ノ際ニ宣告セラルルモノニシテ、戒嚴ノ場所的範圍タル地境ハ之ヲ臨戰及合圍ノ二種ニ分タレ、戒嚴宣告ノ際狀況ニ應ジ其ノ何レカヲ選擇シテ指定セラルベキモノナリ。

然ルニ從來ノ例ニ依レバ、戰時又ハ事變ニアラズシテ戒嚴令中一部ノ規定ヲ適用セラルルコトアリ。此ノ場合ニ於テハ適用セラルル區域ハ定メラルルモ、該區域ハ臨戰又ハ合圍ノ何レノ地境ニモアラズシテ全ク別個ノモノナリ。但シ等シク戒嚴令ノ適用ヲ受クル地域ナル以上、陸軍刑法ニ所謂戒嚴地境ノ中ニ包含セラルルモノト解ス。

尙戒嚴地境ヲ、單ニ場所的樣態ト爲サズ一種ノ關係的樣態ヲモ加味セシモノトシテ規定セシ場合アリ(七五、七六)。之ニ付テハ後述ス。

第三目 關係的樣態

一 汎說

(一) 犯罪行爲ハ一般ニ、前述時間的及場所的樣態ニ因リテ一定ノ形式ヲ與ヘラレ具體化スルモノナルガ、或ル種ノ犯罪行爲ニ於テハ、行爲ガ主體又ハ客體ノ特殊ナル外部的狀態ノ下ニ行ハルコト、換言スレバ、行爲ガ主體又ハ客體ノ斯ル狀態トノ關聯ニ於テ確定セラルルコトヲ要件トスル場合アリ。斯ノ要件ヲ關係的樣態ト稱ス。

(二) 關係的樣態ハ時間的又ハ場所的樣態ト異ナリ、行爲自體ノ感性的規定形式ニアラズシテ行爲ノ性質ニ對スル一種ノ綜合的判斷形式ナリ。換言スレバ、行爲ト主體又ハ客體トノ關聯ニ於テ行爲ノ形式ヲ確定スルモノナリ。然レドモ犯罪行爲ノ構成要件ニ屬スル點ニ於テハ時間的又ハ場所的樣態トノ間ニ何等ノ差別ヲ有セザルヲ以テ、犯人ニ於テ行爲ノ關係的樣態ヲ認識スルコト肝要ナリ。

二 陸軍刑法ニ於ケル關係的樣態

(一) 汎說

(1) 軍ノ目的トスル戰鬪ノ必要ハ、陸軍刑法ニ於ケル犯罪行爲ニシテ外界ニ生起スル特殊事情、



就中作戰ノ状態如何ニ因リ異ナル評價ノ下ニ置カザルベカラザルコトアリ。既ニ時間的及場所的状態ニ關シテモ斯カル要求ノ存スル所以ヲ説述セシガ、關係的状態設定ノ本旨モ亦茲ニ歸著スルナリ。

陸軍刑法ノ關係的状態ハ敵前及軍中ノ二種ナルガ、別ニ戒嚴地境ガ例外的ニ關係的状態ト爲ル場合アリ。

(2) 敵前及軍中ハ行爲發生當時ニ於テ主體又ハ客體ニ聯關シテ考察セラレベキ状態ナルガ、夫ハ飽ク迄特定ノ主體又ハ客體ノ個別的ニ有スル性格ニアラズシテ、或ル程度ニ於テ普遍性ヲ有スル事象ナリ。陸軍刑法上此ノ普遍性ヲ限界付ケルモノハ即チ部隊ナリ。換言スレバ、敵前又ハ軍中ハ當該部隊一般ニ通ジテ認メラレザルベカザルナリ。茲ニ於テ部隊ノ意義ヲ明カニスル必要アリ(尙四五参照)。同法第十九條ハ、之ニ關シ明文ヲ以テ定義ヲ與ヘタリ、即チ同條ニ依レバ陸軍ノ部隊タルベキモノ左ノ如シ。

(a) 陸軍ノ軍隊

正當ナル指揮者ニ依リテ統制セラレタル陸軍軍人(準軍人ヲ含ム)ノ集團ニシテ本來戰鬪行動ヲ任務トスルモノナリ。必ズシモ編制上定マレルモノノミニ限ラズ、又構成員ノ多少ヲ問

ハズ、更ニ所謂獨立ノ團隊タルコトヲ必要トセズ。

(b) 陸軍ノ官衙

官衙ハ原則トシテ陸軍平時編制ニ於テ形式上官衙トセラルルモノヲ指稱シ、設置ガ勅令ニ依ルト軍令ニ依ルトヲ問フコトナシ。抑モ官衙ハ廣義ニ於テハ官廳及其ノ事務ヲ行フニ必要ナル設備全體ヲ包括スルモノナレドモ、陸軍ニ於テハ教育事務ヲ行フ機關ハ別ニ學校トシテ官衙ヨリ形式上除外シタリ。軍隊モ亦一面其ノ長ヲ官廳トシテ一種ノ官衙ヲ形成スルモノナレドモ、之亦編制上ハ官衙ニ包含セラレザルナリ。從テ所謂官衙ハ狹義ニシテ專ラ軍政(教育行政ヲ含ム)ヲ掌リ又ハ統帥參畫ヲ主タル事務トスル獨立機關ノミニ限ラル。

官衙ハ前述ノ如ク平時編制上ノモノヲ指稱スルヲ原則トスレドモ、戰時編制(又ハ之ニ準ズベキモノヲ含ム)ニ於テ實質上平時編制上ノ官衙ト同シ機關ヲ直接又ハ間接ニ設ケタル場合果シテ之ヲ官衙ト見ルベキカ否ハ疑アリ。條文ノ解釋トシテハ、官衙ハ平時ノモノノミニ限り、戰時ニ際シ設置セラレタルモノハ總テ後述ノ特務機關ト爲スベキガ如シ。

(c) 陸軍ノ學校

陸軍ノ學校モ亦平時編制ニ於テ形式上學校トセラレタルモノヲ指稱スルヲ原則トシ、專ラ



教育ヲ掌ル獨立ノ機關タルコトヲ要シ、軍隊又ハ官衙ノ内部ニ設ケラレタル教育ノ機關ヲ含マザルモノトス。學校ニ付テモ戰時編制等ノモノヲ如何ニ解スベキカノ疑義アリ。

(d) 陸軍ノ特務機關

(i) 特務機關モ亦平時編制ニ規定セラルル所ニシテ、元帥府、軍事參議院、侍從武官府、皇族附武官、王公族附武官、陸軍將校生徒試驗常置委員、外國駐在員ヲ指稱ス。其ノ陸軍ノ事務ヲ擔任スル點ニ於テハ官衙ト異ナル所ナキモ、後者ガ自己ノ意思ニ基キ一定ノ事務ヲ決定シ其ノ事務ニ關シ自ラ國家ノ意思ヲ決定シ且之ヲ行フノ權限アルニ反シ、前者ハ單ニ國家ノ意思ノ作成又ハ執行ニ關係シ準備又ハ幫助ノ行爲ヲ爲スニ過ギザルカ乃至ハ國家ノ意思ノ作成又ハ執行ニ直接ノ關係ナキ事務ヲ掌ル點ニ於テ差別アリ。

(ii) 通俗ニ特務機關ト稱セラルルモノハ、多クハ戰時又ハ事變ノ際ニ諜報、謀略等特殊ノ業務ヲ行フ爲ニ設置セラルルモノニシテ、次ニ述ブル特設機關ニ該當スルモノト解ス。

(e) 戰時ニ於ケル陸軍ノ特設機關

戰時ニ際シ作戰ニ關スル殊特ノ業務ヲ掌ラシムル爲設置セラレタル機關ニシテ形式上官衙、學校及特務機關ニ該當セザルモノヲ總テ包含ス。其ノ編制上直接ニ規定セラルルト間接

ニ規定セラルルトヲ區別セズ。從テ實質上ハ官衙、學校等ニ該ル場合アリ得ベキナリ。然レトモ軍隊内部限リニ設置セラレ特殊ノ業務ヲ擔任スル機關ノ如キハ茲ニ所謂特設機關ニアラズ。尙戰時ハ廣義ニシテ戰爭ニ準ズベキ事變ノ場合ヲ包含スルモノト解ス。

(二) 敵前

(1) 敵前トハ、敵ニ對シ攻撃又ハ防禦ノ戰闘行動ヲ開始シタル状態又ハ敵ト現ニ直接スル姿勢ニ於テ其ノ來襲ヲ警戒スル状態ヲ謂フ。

(a) 敵ニ對シ攻撃又ハ防禦ノ戰闘行動ヲ開始シタル場合

敵ニ對シ攻撃又ハ防禦ノ如キ武力行使ヲ現實ニ開始スル場合ハ、多クハ直接敵ト衝突スルモノナレドモ、長射程砲ニ依ル砲擊又ハ航空機ニ依ル空襲ノ場合ノ如キハ必ズシモ然ラズシテ、極メテ間接ニ敵ト對峙シ乍ラ戰闘動作ヲ實行ス。其ノ何レタルヲ問ハズ、苟モ現實ニ戰闘ヲ開始シタル状態ヲ現出セバ茲ニ敵前ト爲ル。斯カル状態ニ入りタル部隊ハ所謂豫備隊ト雖モ仍包含スルナリ（作要二部五、尙昭七年二月二十六日高刑）。

(b) 敵ト現ニ直接スル姿勢ニ於テ其ノ來襲ヲ警戒スル場合

未ダ敵ト戰闘ヲ開始スルニ至ラズト雖モ、現ニ敵軍ト直接シテ對陣シ戰備ヲ嚴ニシ其ノ襲



來ヲ警戒スル状態又ハ敵ト離隔センコトヲ企圖シ其ノ追撃ヲ警戒スル状態ニ在ル場合ヲ謂フ。從テ假令敵襲ノ警戒ニ任ズル部隊ト雖モ、敵トノ間ニ他ノ我部隊ガ介在シテ警戒ニ當ルガ如キ場合ニ於テハ前者ヲ敵前ト爲スコトヲ得ズ、又航空機ノ襲來ヲ豫想シテ警戒配備ニ就キタル場合ノ如キモ當該上空ニ飛來セザル限り敵前ニアラズ。

(2) 敵前ノ始期ハ前述戰鬪行動ヲ開始シ又ハ警戒ニ著手シタル時ニシテ、其ノ終期ハ戰鬪行動ノ終了又ハ警戒ノ解除シタル時ナリ。

(3) 敵前状態ハ之ニ關與セル部隊其ノモノニ付テ生ズベキモノニシテ、其ノ構成員中ノ特定ノ者ノミニ限定セラルルコトナシ。從テ苟モ該部隊ニ屬シ又ハ從フ者ニシテ部隊ト行動ヲ共ニスル限リハ悉ク敵前ニ在ルモノト解セザルベカラズ。

(4) 敵前ハ行爲ノ時ニ於ケル要件ナルガ、此ノ場合行爲ハ意思活動ノ外ニ中間現象及結果ヲモ含ミ、其ノ何レカガ敵前ニ於テ發生スルヲ以テ足ル。而シテ陸軍刑法各則ノ解釋ニ於テハ、敵前ニ於ケル行爲ガ其ノ主體ニ關シテ規定セラルルカ(四二、四三、四七乃至四九等)又ハ被害者タル客體ニ關シテ規定セラレタルカ(六〇乃至六七等)ヲ判別スルヲ要スルナリ。

(三) 軍中

(1) 軍中トハ戰爭、事變其ノ他ノ騷亂ニ際シ其ノ鎮壓ニ關與スル部隊ト聯關ヲ有スル状態ヲ指稱ス。而シテ陸軍刑法ハ斯ル聯關ヲ生ズル部隊トシテ左ノ三種ノモノヲ規定セリ(六)。

(a) 戰時ノ體勢ヲ執リタル部隊(一號)

(I) 原則

軍中ノ實體ヲ爲ス第一ノモノハ戰時ノ體勢ヲ執リタル部隊ナリ。戰時ノ體勢トハ、戰爭又ハ之ニ準ズベキ事變ニ際シ出動ノ爲ノ人的物的設備ヲ整頓シタル状態ヲ謂ヒ、動員シタル部隊ノ如キハ顯著ナル例ナリ。其ノ他部隊ガ戰時ノ編制ニ依リテ組成セラレタル場合モ亦同ジ。戰時ノ編制ニ準ズベキモノニ依リテ組成セラレタル部隊ニ付テモ場合ニ依リ軍中タルコトアリ得ベシ。

(II) 例外

戰時ノ體勢ヲ執リタル部隊ヲ悉ク軍中ト爲ストキハ、同時ニ刑ノ加重ヲ伴フ結果、場合ニ因リ作戰ノ必要ヲ逸脱シ酷ニ失スルコトナキニ非ズ。是ヲ以テ本法ハ、戰時ノ體勢ヲ執リタル部隊中其ノ任務ノ種類及狀況ニ鑑ミ、左ニ掲グル部隊ハ其ノ對敵状態ニ在ラザル限リ之ヲ軍中ヨリ除外セリ。而シテ對敵状態トハ、廣義ニ於テハ敵ニ對シ現ニ戰鬪行動ヲ實



行セル状態又ハ其ノ實行ヲ豫期シテ警戒部署ニ在ル状態ヲ指稱シ、前述敵前ヲモ包含スルモノナルガ、茲ニ所謂對敵状態ハ敵前ヲ除外シタル狹義ノモノニシテ、敵ト直接セザル姿勢ニ於テ其ノ來襲ヲ警戒スル状態ノミヲ謂フ。例ヘバ、防空下令後直接警戒ノ任ヲ帶ブル防空部隊又ハ空襲警報發令後ニ於ケル一般防空部隊ノ如シ。

(a) 留守部隊

出勤部隊ノ補充ニ關スル業務ヲ掌リ且一般平時業務ニモ服スル部隊ナリ。

(β) 衛戍勤務ニ服スル國民諸隊

衛戍勤務トハ衛戍令及衛戍勤務令ニ基ク警戒ノ事務ヲ指稱ス。後備諸隊トハ、後備兵役ニ在ル者ヲ基幹トシテ編成セラレタル軍隊ヲ謂ヒ、國民諸隊トハ國民兵役ニ在ル者ヲ主ナル要員トシテ編成シタル軍隊ナリ。

(γ) 戦地以外ノ地ニ在ル輸送又ハ補給諸機關

戦地トハ前述ノ如ク我作戦地域ヲ意味ス。輸送諸機關トハ軍用ノ鐵道、船舶等ノ運營ヲ掌ル機關ヲ謂ヒ、補給諸機關トハ兵器其ノ他軍需品ノ補充ノ爲ノ調達、製造、修理、供給等ヲ掌ル機關ヲ謂フ。

(b) 戦時ノ體勢ヲ執ラザルモ對敵状態ニ在ル部隊(二號)

前述對敵状態ニ在ル部隊ハ原則トシテ戦時ノ體勢ヲ執ルモノナレドモ、平時俄ニ要塞ガ他國ノ攻撃ヲ受ケ又ハ事變勃發シ之ガ防壓ノ爲取敢ヘズ現在ノ裝備ヲ以テ警戒ニ當ルガ如キ場合ハ其ノ緊迫ノ程度ニ於テ動員ニ因リ出動セル部隊ト異ナル所ナキヲ以テ、本號ハ斯ル對敵状態ニ在ル平時部隊ノ場合モ之ヲ軍中ト爲シタルナリ。

(c) 事變又ハ一地方ノ騷擾ニ際シ其ノ鎮定ニ從事スル部隊

(I) 事變トハ、戰爭ニ準ズベキ國ノ内外ノ騷亂ヲ謂ヒ、一地方ノ騷擾トハ、兵力ヲ以テ鎮壓ヲ要スル點ニ於テハ事變ト異ナラズト雖モ、其ノ規模小ニシテ國內ノ一局部ニ止マリ之ガ鎮壓ノ爲ニモ國軍ノ極小部分ヲ動カスヲ以テ足ルガ如キモノナル點ニ於テ差別ヲ有ス。要スルニ事變ナリヤ一地方ノ騷擾ナリヤハ事實問題ニ歸著スル場合多シ。

(II) 鎮定ニ從事スルトハ、現ニ騷亂鎮壓ノ任務ヲ遂行中ノ場合ノミナラズ、鎮壓ノ任務ヲ受ケタル場合ヲモ包含スルモノト解ス。

(2) 軍中ハ部隊ニ屬スル關係ヲ示ス様態ナルガ、其ノ關係ノ把持セラルベキモノハ現行法上犯罪ノ主體タル場合ト客體タル場合トアリ。



## (四) 戒嚴地境

戒嚴地境ハ前述ノ如ク場所の様態トシテ規定セラレタルモノナレドモ、場合ニ因リ關係の様態ヲモ加味スルコトアリ。即チ逃亡ノ罪ニ於テハ、職役ヲ離レ又ハ職役ニ就カズシテ一定ノ期間ヲ經過シタル事實ガ戒嚴地境ニ始終シタル場合ノ外ニ、犯人ガ故ナク職役ヲ離レ最初ハ戒嚴地境内ニ在リタルモ中途地境外ニ脱出シ所定期間ヲ經過シタル後逮捕セラレタル場合、又ハ一旦適法ニ戒嚴地境ヲ離レタル後職役ニ就カズシテ所定期間ヲ經過シ同地境外ニ於テ警察官署ニ首出シタル場合ヲモ包含スルモノト解ス。換言スレバ、逃亡罪ニ於テハ犯人ガ戒嚴地境内ノ部隊ニ屬スル關係ヲモ要件ニ加味セリト謂ハザルベカラズ。蓋シ戒嚴地境ニ於ケル逃亡行爲ヲ加重シテ罰スル所以ハ、犯人ガ同地境内ノ部隊ニ屬シテ服務スル關係ガ戒嚴ナキ場合ノ服務關係ヨリ重視セラルベク、而シテ斯カル緊要ナル關係ハ犯人ガ逃亡シ同地境ノ内外何レニ現在スルカニ因リ逕庭アルベカラザル點ニ之ヲ求ムベケレバナリ。此ノ意味ニ於テ逃亡ノ罪ニ付テハ行爲ノ様態トシテノ軍中及戒嚴地境ハ交錯スル場合アルヲ免レズ。

## 第三章 犯罪ノ效果

## 第一節 汎論

一 犯罪ハ既ニ述ベタルガ如ク反社會性ヲ有スル不法行爲ニシテ、之ニ對スル法律的效果ハ公法的ナルモノト私法的ナルモノトニ分チテ考フルコトヲ得ベシ。

抑々犯罪トシテ規定セラルル不法行爲ノ直接ノ侵害客體タルベキモノハ、或ハ國家ノ利益ナルコトアリ、又ハ社會公共ノ利益ナルコトアリ乃至ハ個人ノ利益ニ過ギザルコトアリト雖モ、一面行爲ニ因ル社會的危險性ガ單ニ個人間ノ問題ヲ離レ社會乃至國家全般ノ問題ニ關聯ヲ有スル點ニ於テ公的性質ヲ帶ブルモノト謂フベク、而モ斯ル行爲ガ犯罪トシテ刑罰法規ニ規定セラルル以上、犯罪ニ因リテ生ズル國家ト私人トノ間ノ法律關係ハ公法的ノモノナリ。換言スレバ、犯罪ニ對スル制裁タル刑罰ハ其ノ公法的ナル效果ニ外ナラズ。然ルニ犯罪ハ他方ニ於テ其ノ直接ノ被害者ニ對スル關係ニ於テ私法上ノ效果ヲ生ズ、即チ被害物件返還及損害賠償ノ各請求權之ナリ。此等ノ權利ノ基礎タルベキ事實又ハ法律關係ハ勿論刑罰法上モノノナリト雖モ、斯カル事實又ハ法律關係ハ其ノ儘ノ形態ニ於テ右ノ請求權



ノ基礎ト爲ルニアラズシテ、一旦私法上ノ事實又ハ法律關係ニ轉換セラレテ初メテ請求權ノ基礎ト爲リ得ルモノトス。而シテ該請求權ノ在否及範圍ハ一ニ私法ノ定ムル所ニ依リテ之ヲ決セザルベカラズ。

二 陸軍刑法上ノ犯罪モ亦前述ニ方面ノ效果、即チ陸軍乃至國家ト犯人トノ關係ニ於テ刑罰ナル公法的效果ヲ陸軍乃至國家ト犯人又ハ私人ト犯人トノ關係ニ於テ被害物件返還及損害賠償請求權ナル私法的效果ヲ夫々生ズルモノナルガ、此等ノ效果ノ内容及其ノ實現ノ方法ニ至ツテハ、陸軍刑法ノ特殊性否一般ニ陸軍其ノモノノ特殊性ニ基キ一般刑罰法規ニ定ムルモノニ若干ノ修正ヲ施サザルヲ得ズ。以下述ブル所ハ右效果ノ内容、而モ專ラ公法的效果タル刑罰ニ關スルモノニ限り、私法的效果ノ内容如何ハ民法其ノ他ノ民事實體法規ノ説明ニ、又各效果ノ實現ノ方法ニ關シテハ陸軍軍法會議法其ノ他手續法規ノ説明ニ夫々讓ラントス。

## 第二節 刑罰

### 第一款 汎論

#### 一 刑罰ノ意義

刑罰ハ廣義ニ於テハ不法行爲ニ對スル法律上ノ效果一般ヲ指稱シ制裁ト同一ナルモ、狹義即チ刑法

上ノ意義(刑九)ニ於テハ犯罪ナル不法行爲ニ對スル公法上ノ效果トシテ國家ガ私人ニ對シテ科スル法益ノ剝奪ナリ。陸軍刑法ニ於ケル刑罰ノ觀念モ亦茲ニ歸着ス。分説スルコト左ノ如シ。

(一) 刑罰ハ國家ト私人トノ間ニ成立スル法律關係ナリ

茲ニ私人トハ、犯罪人ト必ズシモ同一ニアラズ。他人ノ犯罪ニ基キテ刑罰ヲ受クル場合アリ得ベキヲ以テナリ(軍用資源祕密保護法二、三)。刑罰ハ私人相互間又ハ國家相互間ニ於テハ存在セズ。前者ニ付テハ民事上ノ關係、後者ニ付テハ國際法上ノ關係發生ス。

(二) 刑罰ハ不法行爲ニ對スル效果ナリ

國家ガ私人ニ對シ租稅ヲ賦課シ土地ヲ收用スルガ如キハ何レモ不法行爲ヲ原由トセザルヲ以テ刑罰ト爲スコトヲ得ズ。

(三) 刑罰ハ犯罪ナル不法行爲ニ對スル效果ナリ

罪トシテ刑罰法規ニ列舉セラレタルニアラザル不法行爲、例ヘバ行政上ノ秩序違背ニ對スル過料(保險業法八九、銀行法三五、地租法八二)、私法上ノ秩序違背ニ對スル過料(民八四、戶籍法一七七)、訴訟手續上ノ秩序ニ對スル過料(刑訴一九〇、陸會二四一、民訴二六九)、行政上ノ義務履行ヲ強制スル爲ノ過料(行政執行法五、河川法五三)、行政上ノ懲戒ノ爲ノ制裁(文官懲戒令二三、市制一〇七、町村制一〇五)ノ如キハ



何レモ犯罪ヲ原由トセザルヲ以テ刑罰ニ非ザルナリ。

(四) 刑罰ハ犯罪ニ對スル公法上ノ效果ナリ

犯罪ニ基ク私法上ノ效果ハ刑罰ニ非ズ。

(五) 刑罰ハ法益ノ剝奪ナリ

法益トハ法律ニ依リテ保護セラルル利益ヲ謂ヒ、刑罰ハ斯カル利益ヲ私人ヨリ其ノ意思ニ反シテ奪取スルコトヲ内容トス。

抑々犯罪行為ニ基ク法益剝奪ハ獨リ刑罰ニ限ラズ損害賠償ノ如キモ之ニ屬スルモノト見ルベシ。然レドモ刑罰ハ犯罪ニ基ク法益剝奪ノ真隨ヲ爲スモノニシテ、剝奪セラルベキ利益ノ種類、範圍ノ廣汎且深刻ナル點ニ於テ爾餘ノ法益剝奪ト大ニ異ナルモノアリト謂フベシ。

### 二 刑罰ノ本質

刑罰ハ前述ノ如ク犯罪ナル不法行為ヲ豫件トシ其ノ效果トシテ科セラルルモノナルヲ以テ、刑罰ノ本質ハ犯罪ニ對スル應報、犯人ニ對スル贖責ノ要請ニ之ヲ求メザルベカラズ。固ヨリ此ノ場合應報ヲ以テ自己目的トスルモノニラズシテ、之ニ因リ社會生活又ハ文化一般ヲ維持促進スルノ任務ヲ有スルコトハ言フ俟タズト雖モ、刑罰ノ中軸ヲ形成スル法益剝奪ナル害惡ノ目的ハ犯人自身ニシテ、而モ

之ガ犯罪ヲ原由トスル限リハ刑罰ハ所詮應報タルヲ免レザルナリ。而シテ應報ヲ實體論理的ニ見レバ法規規範ヲ表見的ニ否定スル犯罪ヲ刑罰ニ依リテ更ニ否定シ、以テ刑法的正義ヲ實現セントスル辯證法的發展過程ニ外ナラズ。

### 三 刑罰ノ機能

(一) 刑罰ハ終局ニ於テ社會生活ノ秩序ヲ維持シ文化一般ヲ促進スルヲ任務トスルモノナルガ、此ノ理念ニ奉任スル爲ニ直接ニ營ム機能ハ之ヲ左ノ三方面ヨリ觀察スルコトヲ得ベシ。

(1) 犯人ニ對スル方面

刑罰ノ犯人ニ對スル機能ハ之ヲ特別豫防ト稱シ、犯人ノ種類ニ從ヒ更ニ分チテ二ト爲スヲ得ベシ。

#### (a) 社會的適合

社會的適合トハ、犯人ノ社會的危險性ヲ矯正シ善良ナル國民トシテ再ビ社會ニ復歸シ得ルノ性格ヲ陶冶スルコトヲ謂フ。之ガ爲ニハ或ハ威嚇ヲ以テ犯罪決行ノ動機ニ反對スル觀念ヲ與ヘ或ハ教育ヲ以テ社會生活ニ適應スルノ能力ヲ養成セシム。威嚇モ教育モ結局同一目的ニ對スル手段ニ過キズシテ、共ニ犯人人格ノ内奥ニ脈打ツ日本民族ノ精神ヲ鼓吹シ皇國ノ一員



タルノ自覺ヲ喚起スルコトニ因リテ初メテ其ノ完全ナル效果ヲ期待シ得ルナリ。就中陸軍構成員タル犯人ニ付テ一層此ノ必要ヲ痛感スルナリ。

### (b) 社會的離隔

社會的危險性ヲ改善スルコトノ不能又ハ困難ナル犯人ハ之ヲ其ノ所屬スル社會ヨリ永久的又ハ一時的ニ隔絶シ、以テ當該社會ニ對スル犯人ノ侵害ヲ防止ス。隔絶ハ其自體ヲ目的トスル場合ナキニ非ズト雖モ、多クハ隔絶ト共ニ教育ヲ實施シテ社會的適合ノ效果ヲ擧ゲンコトヲ努ム。殊ニ軍行刑ニ於テハ犯人ノ軍事能力保全ノ見地ヨリ其ノ離隔ニ關シ特別ナル考慮ヲ拂ハル。

### (2) 社會ニ對スル方面

刑罰ノ社會ニ對スル機能ハ之ヲ一般豫防ト稱セラル。刑罰ニ因ル痛苦ヲ以テ社會一般ノ犯罪的傾向ヲ抑壓シ兼ネテ其ノ應報思想ニ満足ヲ與ヘ犯罪ノ再發ヲ警戒スルナリ。而シテ陸軍刑法ガ其ノ戰力侵害防壓ノ特殊目的ニ鑑ミ、刑罰ノ此ノ一般豫防ノ機能ヲ第一義トセザルベカラザルコトハ既ニ述ベタル所ナリ。

### (3) 被害者ニ對スル方面

刑罰ガ適度ニ（即チ其ノ質量、時期等ニ關シ）執行セラルルコトニ因リ被害者ハ自己ノ法益侵害ガ看過セラレザリシコトニ對シ道義的満足ヲ感ズ。普通刑法ハ被害者ノ斯ノ如キ感情ヲ顧慮シ（勿論之ノミノ理由ニアラザルモ）或種ノ犯罪（暴行、強姦、名譽毀損等）ニ於テハ其ノ訴追ニ付被害者ノ告訴ヲ要件トシタリ。之個人的法益ノ保護ヲ任務ノ一トセル同法ノ本性上當然ノコトナルモ戰力侵害防壓ヲ唯一ノ目的トスル陸軍刑法ニ於テハ、被害者ハ結局陸軍又ハ國家ニ歸着スベク、縱令然ラズシテ私人ガ表見的又ハ實質的ニ被害者タル場合ト雖モ、刑罰ノ運用ヲ專ラ被害者ノ満足感情如何ニ依存スルコトハ到底許サレザル所ナリ。

(二) 刑罰ニ於ケル前述三作用ノ何レニ重點ヲ置クベキカハ歷史上時代ニ因リ一樣ナラズ。古代ニ於テハ被害者ニ對スル關係ヲ主トシ、中世ニ於テハ社會ニ對スル關係ヲ重シト爲シタリ。而シテ近代ハ被告人ニ對スル關係ヲ中心ト爲スベシトノ思潮ノ強キコトハ曩ニ述ベタルガ如シ。然レドモ陸軍刑法ノ特異ナル目的ニ思フ致ストキハ、必ズシモ斯カル動向ニ全幅ノ支持ヲ與フルコト難ク、社會即チ陸軍ニ對スル關係ニ重點ヲ置クノ必然的運命ヲ擔ヘルモノト觀ゼザルヲ得ザルナリ、然レドモ、苟モ社會的機能ノ發揮ヲ妨ゲザル範圍ニ於テハ固ヨリ被告人ニ對スル機能乃至被害者ニ對スル機能ニ留意スベキハ勿論ナリ。



#### 四 刑罰ノ種類

##### (一) 汎論

刑罰ハ之ヲ種々ノ基準ニ依リテ區分スルヲ得ベシ。主要ナルモノヲ擧クレバ左ノ如シ。

##### (1) 刑罰ノ内容ニ依ル區分

刑罰ハ其ノ内容タル法益剝奪ノ種類ニ依リテ之ヲ生命刑、身體刑、自由刑、名譽刑及財産刑ニ分ツコトヲ得ベシ。生命刑ハ生命ヲ絶ツモノニシテ死刑之ナリ。身體刑ハ生命ニハ別狀ナク、唯身體ノ組織機能等ニ傷害ヲ與フルモノヲ謂ヒ、笞制、黥刑、劓刑等之ニ屬シ、自由刑ハ生活ノ場所又ハ様式ニ關スル自由ヲ剝奪スルモノニシテ、懲役、禁錮、拘留之ニ當ル。名譽刑ハ權利享有ニ關スル資格ヲ永久的又ハ一時的ニ剝奪スルモノニシテ、剝奪公權及停止公權之ナリ。財産刑ハ財産上ノ利益ヲ剝奪スルモノニシテ、罰金、科料及沒收之ニ屬ス。

##### (2) 刑罰相互ノ關係ニ基ク區分

刑罰相互ノ關係ニ基キ主刑及附加刑ヲ分ツコトヲ得ベシ。前者ハ單獨ニ科スルコトヲ得ル刑罰ニシテ、後者ハ主刑ニ附隨シテノミ科シ得ルモノナリ。例ヘバ懲役ハ主刑ニシテ、沒收、剝奪公權ハ附加刑ナリ。

##### (3) 刑ノ輕重ニ依ル區分

舊刑法ノ認ムル重罪、輕罪及違警罪ノ區分ニ對應シ、宣告セラレタル刑ノ輕重ニ依リ重罪ノ刑、輕罪ノ刑及違警罪ノ刑ヲ分ツコトヲ得ベシ。重罪ノ刑トハ死刑、無期又ハ六年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル場合ニシテ(刑施三三)、輕罪ノ刑トハ六年未滿ノ懲役若クハ禁錮又ハ罰金ニ處セラレシ場合(刑施三五)ヲ謂ヒ、違警罪ノ刑トハ拘留又ハ科料ニ處セラレタル場合ヲ指スナリ(刑施三一)。

##### (4) 刑罰ノ適用上ノ區分

刑罰ヲ適用スルニ際シ施サルベキ法律技術ノ有無及種類ニ依リ擅斷刑、法定刑、處斷刑及宣告刑ニ分ツヲ得ベシ。

擅斷刑トハ一定ノ犯罪ニ對スル刑罰ノ種類及範圍ヲ示サズ全ク裁判官ノ裁量ニ委スルモノヲ謂フ。法定刑トハ法律ガ一定ノ犯罪ニ對シ抽象的ニ定メタル刑罰ヲ謂ヒ、更ニ之ヲ絶對的法定刑及相對的法定刑ノ二種ト爲スコトヲ得ベシ。前者ハ一定ノ犯罪ニ對シ科セラルベキ刑ノ種類及範圍ノ特定セル場合ニシテ、後者ハ其ノ種類及範圍内ニ於テ裁判官ノ裁量ヲ許ス場合ナリ。次ニ處斷刑トハ法定刑ニ對シ法律ニ定ムル加重減輕等ノ算出方法ヲ施シタルモノヲ指シ、又宣



告刑トハ個々ノ事案ニ於テ現實ニ犯人ニ對シ科セラルル刑ヲ謂フナリ。更ニ分チテ裁判官ニ於テ一定ノ期間ヲ定ムル定期刑ト、然ラズシテ刑執行ノ實際ニ於テ決定スル不定期刑ト爲シ、不定期刑ハ更ニ絶對不定期刑ト相對不定期刑トニ區分ス（少年法八）。

## (二) 陸軍刑法ニ於ケル刑罰ノ種類

普通刑法第九條ニ於テハ主刑トシテ死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及科料ヲ、附加刑トシテ沒收ヲ規定シタルガ、此等ノ刑罰ハ同法第八條ノ適用ニ依リ當然陸軍刑法ニ於テモ妥當スベキナリ。然レドモ同法ノ特別ナル目的即チ戦力侵害ノ防壓ノ爲ニハ罰金、科料ノ如キ財産刑又ハ拘留ノ如キ輕微ナル自由刑ハ適當ナラズトノ見地ヨリ、現行陸軍刑法ハ主刑トシテ死刑、懲役及禁錮ノミヲ認メタリ。但シ立法論トシテハ考慮ノ餘地ナキニアラズト思料ス。

## 第二款 刑罰ノ適用

### 一 汎 說

(一) 刑罰ノ適用トハ刑罰法規ガ抽象的ニ定ムル刑罰ヲ具體的ナル犯罪ニ對シ適應セシムルコトニシテ刑ノ量定即チ之ナリ。

抑々刑ノ量定ニ關シテハ、前述ノ如ク裁判官ニ絶對ノ裁量ヲ認ムル擅斷刑ヲ採用スル主義ト、裁判官ニ裁量ノ餘地ヲ存セザル絶對的定刑ヲ採用スル主義ト、一定ノ餘地ヲ殘ス相對的法定刑ヲ採用スル主義ト區別スルコトヲ得ベシ。現今各國ノ法制ニ於テハ第一ノ主義ハ最早捨テラレ、後ノ二主義ヲ折衷シ、就中後者ニ重點ヲ移サントス。我普通刑法モ亦僅少ノ例外（刑七三、七五、八一八二）ヲ除キ相對的法定刑主義ニ據ル。惟フニ此ノ主義ハ最近ニ於テ主觀主義的刑事思潮ト表裏一體ヲ爲スモノト謂フベシ。然レドモ陸軍刑法ハ普通刑法ト異ナリ必ズシモ主觀主義ヲ悉クハ是認スルヲ得ザルコト既述セシ所ノ如シ。サレバ現行法ニ於テモ普通刑法ニ比シ刑罰規定ニ絶對的法定刑主義ノ色彩濃厚ナルヲ免レザルナリ。

(二) 相對的法定刑主義ヲ採用セル我刑罰法規ノ下ニ於テハ、法定刑ヲ現實ノ犯罪ニ對シ適用スルニ當リテ更ニ特別ノ法律技術的加工ヲ施スノ要アリ。尙法文上絶對的法定刑ニ依リタル場合ト雖モ例外的ニ當該刑罰ノ種類及範圍ノ變更ヲ認ムルヲ以テ（刑三九Ⅱ、四〇、四三但）同様加工ノ問題ヲ生ズ。加工ノ原則トシテ考察セラルベキモノ左ノ如シ。

- (1) 刑罰ノ輕重ノ順位
- (2) 刑罰量ノ算出



- (3) 刑罰ノ特定
- (4) 刑罰ノ免除

右ノ中(1)及(2)ハ處斷刑ニ關スルモノニシテ、(3)ハ宣告刑ニ關スルモノナリ。而シテ(4)ハ兩者ヲ兼ス。以上ノ諸法則ニ付テ、普通刑法ニ規定アルモノハ陸軍刑法上ノ刑罰ニ付テモ原則トシテ適用アルハ勿論ナリ。

二 刑罰ノ輕重ノ順位

(一) 汎說

刑罰ヲ適用スルニ當リテハ先ヅ其ノ輕重ヲ比較シテ之ガ順位ヲ決定セザルベカラザル場合アリ(刑五四、五五)。刑法第十條ハ之ニ關シ明文ヲ以テ法則ヲ示セリ。之ヲ陸軍刑法ノ刑ニ適用セバ左ノ如シ。

- (1) 異種類ノ刑罰相互ノ間ノ場合

(a) 原則

死刑ヲ最重トシ、以下懲役、禁錮ノ順序ニ從フ。

(b) 例外

(I) 無期ノ禁錮ハ有期ノ懲役ヨリ重シ

(II) 有期禁錮ノ長期有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ超ユルトキハ禁錮重シ

- (2) 同種類ノ刑罰相互ノ間ノ場合

(a) 同種ノ刑ハ長期ノ長キモノヲ以テ重シトシ、長期同ジキトキハ短期ノ長キモノヲ重シトス。

(b) 法定刑ノ全ク等シキモノハ犯情ニ依リテ輕重ヲ定ム。

(二) 陸軍刑法ニ於ケル特例(二四)

一個ノ行爲ニシテ數個ノ罰名ニ觸ルル所謂想像的競合犯ニ於テハ、其ノ最モ重キ刑ヲ以テ處斷セラルベキモノナルヲ以テ(刑五四)、此ノ場合ノ輕重モ亦前述基準ニ依リテ之ヲ決定スベキモノナルガ、陸軍刑法第二十四條ハ此ノ點ニ關シ例外ヲ規定セリ。曰ク「本法及海軍刑法ニ於テ共ニ罰スヘキ正條アリ且其ノ刑ニ輕重ナキトキハ陸軍軍人ニ準スル者ト雖海軍軍人ニ對シテハ海軍刑法ヲ適用ス」。本條ハ明治二十八年法律第二十七號第二條ヲ修正シタルモノニシテ、同條ニ依レバ陸海軍刑法俱ニ罰スベキ正條アルトキハ其ノ輕重ニ拘ラズ陸軍ノ勤務ニ服シ又ハ陸軍ト共同作戰ニ從フ海軍軍人ニハ海軍刑法ヲ適用シタル主義ヲ改メ、刑ニ輕重アルトキハ普通刑法ノ規定ニ讓リ、輕重ナキ場合ノミヲ規定スルニ止メタルナリ。尙海軍刑法第十九條ニ於テモ、陸軍刑法第



二十四條ニ對應スル規定ヲ設ケタリ。  
以下同條ヲ分説スベシ。

(1) 要件

(a) 行爲ノ主體

陸軍軍人ニ準ズル海軍軍人トハ即チ陸軍ノ勤務ニ服スル海軍軍人ヲ指稱ス(九)。  
行爲ノ性質

一個ノ行爲ガ陸軍刑法及海軍刑法ノ各本條ニ夫々該當シ而モ兩法條所定ノ刑全ク等シキコトヲ要ス。例ヘバ海軍ノ勤務ニ福スル陸軍軍人逃亡ノ罪ヲ犯シタル場合ノ如シ(七五。海刑七三)。

(2) 效果

刑法第十條第三項ニ依レバ、右ノ如キ場合ニハ犯情ニ依リ處斷刑ヲ定ムベキモノナルモ、陸軍刑法第二十四條ハ本來有スル海軍軍人タル身分ヲ尊重シ、此ノ場合ニハ海軍刑法ヲ適用スルコトト爲シタリ。

三 刑罰量ノ算出

(一) 基本量ノ算出

刑罰量ノ算出トハ刑罰ノ期間又ハ金額ヲ計算スルノ方法ヲ謂ヒ、分チテ加重、吸收、併科及減輕ノ四種トス。尙以下述ブル所ハ陸軍刑法上ノ刑ヲ中心トスルモノニシテ、其ノ他ハ刑ニ關シテハ刑法總則ノ説明ニ讓ラントス。

(1) 刑罰ノ加重

刑罰ノ加重ニ二種アリ。其ノ一ヲ累犯加重トシ、他ヲ併合罪加重トス。共ニ法律上所定ノ條件ヲ具備セバ當然ニ加重セラレザルベカラザル場合ナリ。

(a) 累犯加重

(i) 要件

累犯ニハ再犯ト三犯以上トノ區別アリ。刑法第五十六條、第五十九條ニ要件ヲ掲ゲタリ。  
(i) 效果

(a) 再犯タルト三犯以上タルトヲ問ハズ所定懲役刑ノ長期ノ二倍以下ニテ處斷ス(刑五七、五九)。但其ノ最上限ハ二十年トス(刑一四)。

(β) 裁判確定後ニ發見セラレタル累犯モ亦(a)ノ例ニ依ルヲ原則トスベキモ(刑五八一、五九)。



刑ノ執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル後ニハ最早加重ヲ爲スコトヲ得ズ(刑五八Ⅱ)。  
(b) 併合罪加重

(I) 要件

(a) 併合罪トハ確定裁判ヲ經ザル數罪ヲ謂フ。但シ一罪ニ付確定裁判アリタルトキハ其ノ後ノ罪トノ間ニハ併合罪ノ關係ヲ生ゼズ(刑四五)。

(β) 併合罪ヲ加重スルハ二個以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スベキ罪アル場合ナリ。  
(I) 效果

最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其ノ半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期トスル範圍ニ於テ處斷ス。但シ各罪ノ長期ヲ合算シタルモノヲ超ユルコトヲ得ザルナリ(刑四七)。之ヲ制限的加重主義ト稱ス。次ニ併合罪中裁判ヲ經ザルモノアルトキハ別箇ニ刑罰ヲ量定ス(刑五〇)。而シテ其ノ執行ニ關シ特例アリ(刑五一)。尙懲役又ハ禁錮ハ二十年ヲ超ユルコトヲ許サス(刑一四)。

(2) 刑罰ノ吸收

刑罰ノ吸收トハ併合罪ニ付テノミ認メラルモノニシテ、之ヲ構成スル或ル罪ニ付定メタル

刑ノミヲ科シ他ノ罪ノ刑ヲ科セザルコトヲ謂フ。場合ヲ分チテ次ノ二種トス。  
(a) 死刑ノ場合(刑四六一)

(I) 要件

併合罪中ノ一罪ニ付死刑ニ處スベキ場合ナリ。

(II) 效果

沒收ヲ除ク以外ノ刑ヲ科セズ。

(b) 無期刑ノ場合(刑四六一)

(I) 要件

併合罪中ノ一罪ニ付無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スベキ場合ナリ。

(II) 效果

罰金、科料及沒收以外ノ刑ヲ科セズ。

(3) 刑罰ノ併科

刑罰ノ併科トハ二個以上ノ刑罰ヲ合一セズシテ別々ニ科スルコトヲ謂フ。之亦併合罪ニ付テ認メラルモノニシテ(他ニ新聞紙法、出版法等行政法規違反ニモ例アリ)、場合ヲ分チテ二種トス。



尙併科ガ陸軍刑法上問題トナルハ同法ノ罪ト一般刑罰法規ノ罪ト併發セシ場合ナリ。

(a) 罰金ノ場合  
(I) 罰金ト他ノ種類ノ刑トアル場合(刑四八一、四六一)  
(a) 要件

併合罪中ニ罰金ニ處スベキ罪ト然ラザル罪ト併存セル場合ナリ。

(β) 效果  
死刑ヲ除ク他ノ刑ヲ併科ス。

(II) 罰金ノミノ場合(刑四八〇)

陸軍刑法上ハ起リ得ザルヲ以テ説明ヲ省ク。

(b) 拘留及科料ノ場合(刑五三〇)

(I) 拘留又ハ科料ト他ノ刑トアル場合  
(a) 要件

併合罪中ニ拘留又ハ科料ニ處スベキ罪ト他ノ刑ニ處スベキ罪ト併存セル場合ナリ。  
固ヨリ拘留ト科料トガ併存スル場合ヲモ包含ス。

(3) 效果

死刑及無期刑ヲ除ク他ノ刑ト併科ス。

(II) 拘留又ハ科料ガ二個以上アル場合(刑五三一)

本法上ハ起リ得ザルヲ以テ説明ヲ省ク。

(4) 刑罰ノ減輕

刑罰ノ減輕ニハ法律上ノモノト裁判上ノモノトアリ。

(a) 法律上ノ減輕

(I) 減輕ノ種類

法律上規定セララル減輕ノ場合ハ更ニ分チテ裁判官ヲ拘束スル義務的ノモノト、裁判官ノ裁量ヲ許ス任意的ノモノトノ二種トナル。前者ハ之ヲ絕對義務的ノモノト相對義務的ノモノトニ區分セラレ、後者ハ特定のモノト選擇的ノモノトニ區分セラレ。

減輕事由ハ刑法總則ニ於テ認めラルモノノ外其ノ各則ニ於テモ規定アリ(刑一七〇、一七三)。又前述ノ如ク陸軍刑法總則ニモアリ(二二〇)。此ノ中刑法、總則ニ規定セララル事由ハ陸軍刑法ニ定ムル刑罰ニ付テモ適用アルモノニシテ左ノ如シ。其ノ詳細ハ刑法總論ニ讓ル。



(a) 義務的減輕事由

(i) 絶對義務的ノモノ

(A) 心神耗弱(刑三九〇)

(B) 從犯(刑六三)

(ii) 相對義務的ノモノ

(A) 瘖啞者(刑四〇末)

(B) 中止未遂(刑四三但)

(β) 任意的減輕事由

(i) 特定のノモノ

(A) 法律ノ錯誤(刑三八〇但)

(B) 自首及首服(刑四二)

(C) 障礙未遂(刑四三本)

(ii) 選擇的ノモノ

(A) 過剩防衛(刑三六一)

(B) 過剩避難(刑三七〇但)

II 減輕ノ方法

(a) 各本條ノ刑ガ一種類ノ場合(刑六八)

此ノ場合減輕事由ガ一個ナルト數個ナルトヲ問ハズ減輕ハ一回ノミヲ行フコトヲ得ベシ。其ノ方法左ノ如シ。尙罰金以下ノ説明ハ省略ス。

(i) 減輕ノ一般基準

(A) 死刑ハ無期又ハ十年以上ノ懲役若ハ禁錮トス

(B) 無期ノ懲役又ハ禁錮ハ七年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮トス

(C) 有期ノ懲役又ハ禁錮ハ刑期ヲ二分ノ一トス

(ii) 減輕ノ最下限

(A) 減輕ヲ爲スニ當リテ一日ニ滿タザル時間ヲ剩ストキハ何レモ之ヲ除棄ス(刑七〇)。

(B) 減輕ニ因リテ懲役又ハ禁錮ハ一月以下ト爲スコトヲ妨ゲズ(刑一四)。

(β) 各本條ノ刑二種類以上ノ場合(刑六九)

先ヅ適用スベキ刑ヲ定メタル後(a)ノ方法ニ依ル。