

(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、防禦等ノ戰鬥行動ヲ生ジ得ベク、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、之ヲ本來戰鬥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、兵タルト問フコトナシ。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) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三五五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

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（陸懲令二一以下。陸會一二、一三、一五、一六、三三、三四Ⅰ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統率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めララ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

三年以上ノ禁錮。

三餘説

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リ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、第一目ニ於テ述ベ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在ス。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）、戰鬪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。

甲 虚偽報告ノ罪

一本説

(一) 基本類型(五一)

(1) 要件

(a) 主體

斥候、巡察又ハ偵察ノ勤務ニ服スル軍人ナリ。即チ犯罪ノ實行ノ際現ニ此等ノ勤務ニ從事中ナルコトヲ要ス。斥候トハ比較的近距离ニ於ケル敵情地形等ノ搜索及監視等ノ爲特別ニ派遣セラレル少數ノ軍人ヲ以テ構成シタル機關ヲ謂フ(作要一部一一以下、二三九)モノナレドモ、本條ニ於テハ斯カル機關ヲ指サズシテ、機關ノ掌ル職務自體ヲ謂フ。巡察モ元來衛兵其ノ他警戒ニ關スル勤務ニ従務ニ從事スル者ノ勤情ノ監視、一般軍人軍屬ノ非違ノ戒告、所地定域ノ巡視等ノ職務ヲ專ラ掌ル軍人ヲ指スモノナレドモ(作要一部二四二。衛勅令四九)、茲ニテハ斥候ト同シク紋上ノ職務其ノモノヲ意味ス。或ハ此ノ場合逆ニ、苟モ巡察ノ職務ニ従事スル限リ本來ノ巡察官ノ外ニ週番又ハ衛兵等ノ勤務ニ在ル者ガ巡察ヲ爲シタル場合ヲモ包含スルガ如キ

キ解釋ヲ容レル餘地ヲ生ズルヤニ疑ハルモ、予ハ第五十一條ニ所謂巡察勤務者ハ、衛兵ノ哨令違反ニモ適用モラルル第五十條トノ關係ヨリ見テ、固有ノ巡察官ニ限ルモノト解スルナリ。最後ニ偵察ハ作戰遂行ノ爲敵情地形等ヲ視察スル行爲ヲ謂ヒ、斥候及巡察ト異ナリ特ニ偵察ナル機關名アルニアラス。而シテ偵察ハ嚴格ニ云ヘバ、事物ノ現状ヲ單ニ見分スル行爲ニ過ギズ、事物ノ有無ヲ探索シ其ノ現状及變化ノ趨勢ヲ詳ニ視察スル場合ハ搜索ト稱セララルモノナレドモ(作要一部七七以下、一四四)本條ノ場合ハ斯ノ如キ區別ナク、搜索ヲモ含ム漠然タル意味ニ於テ偵察ノ語ヲ使用シタルモノト爲サザルベカラズ。而シテ偵察ヲ搜索ト同様ナリト解スル以上、斥候勤務モ當然ニ包含セララルコトトナルモ、條文上ハ別ニ「斥候」ノ語ヲ掲ゲタルヲ以テ、偵察勤務者ヲ除外シタルモノト謂フベシ。從テ偵察勤務者ニ該當スルハ、例ヘバ偵察飛行隊、氣球隊又ハ搜索隊ノ如キ比較的遠距離ニ於ケル搜索ノ爲メ派遣セラレタル稍々多數ノ軍人ヲ以テ構成セル部隊ナリ。其ノ斥候トノ間ノ差異ハ必ズシモ明瞭ナラズ。斥候ガ概ネ人員僅少ニシテ搜索ノ範圍狭キニ反シ、茲ニ所謂偵察勤務者ハ相當大規模ノ部隊ヲ以テ比較的廣範圍ノ事物ヲ搜索スル點ニ於テ量的ニ區別セララルガ如シ。

斥候、巡察又ハ偵察ノ勤務ニ服セザル軍人又ハ非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルコトアル

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三六一
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ベシ。

(b) 行爲

(i) 様態

戰時、軍中又ハ戒嚴地境ニ於テ行爲ヲ爲スコトヲ要ス。此等様態中、軍中及戒嚴地境ニ付テハ犯人ガ軍中、部隊又ハ戒嚴地境内ノ部隊ニ所屬スル關係ヲモ示スモノト解ス。換言スレバ、場所的及關係的ノ二様態タル性格ヲ有スルナリ。

(ii) 内容

虚偽ノ報告ヲ爲スニ因テ成立ス。虚偽ノ報告トハ一般ニハ自己名義ニテ内容ノ眞實ニ合致セザル報告又ハ他人名義ヲ擅ニ使用シタル報告ヲ謂フモノナレドモ、本條ノ場合ニハ報告ノ任務ヲ有スル者ニ限り主體タリ得ルモノナレバ、其ノ者ノ名義ニテ内容ノ不眞實ナル報告ヲ作成シテ提出スル場合ニ限ルモノト解ス。

内容ノ眞實ヲ僞ル行爲ニ二種アリ。即チ全ク架空ノ事實ヲ新ニ作爲スル場合及眞實ナル事實ノ全部又ハ一部ニ變更ヲ加フル場合之ナリ。前者ハ固ヨリ虚偽ニシテ、後者ノ中全部ノ事實ヲ變更スルモノモ亦結局新ナル事實トシテ現出スルヲ以テ同様虚偽ト謂フコトヲ得

ベシ唯眞實ナル事實ノ一部分ニ變更ヲ施シタル場合果シテ本條ニ所謂虚偽ニ該當スベキカハ問題ナルベシ。予ハ當該部分ガ報告ノ要素ヲ成ス限リ積極ニ解スベキモノト信ズ。

報告ハ口頭ナルト文書ニ依ルトヲ問フコトナシ。然レドモ何レノ場合ニ於テモ報告ノ内容タル意識ノ表示ハ報告ノ相手方ニ對シテ單ニ發セラレタルノミニシテハ足ラザルモノニシテ、相手方ニ該表示ガ到達シタルコト、換言スレバ其ノ認知シ得ル状態ヲ現出シタルコトヲ必要トス。然レドモ相手方ガ現ニ認知シタルト否トヲ區別スルコトナシ。報告ハ事實ヲ虚構シ積極的ニ呈示シテ爲サルコトヲ要シ、單ニ眞實ナル事實ヲ默秘セシニ止マル場合ハ本條項ニ包含セラレザルモノト解ス。

(2) 處罰

七年以下ノ懲役。

(二) 修正類型(五九)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

二餘説

(一) 本條ノ行爲ガ文書ニ依ツテ行ハレタル場合ニハ刑法第五百十六條及第五百十八等所定ノ要件

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三六三
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ニモ該當スルヲ以テ、此等二法條ノ罪ト陸軍刑法第五十一條第一項ノ罪トノ關係如何ガ問題ト爲ルベシ。予ハ刑法ノ右虚偽文書作成行使ノ罪ハ文書ノ信用ヲ保護スルヲ以テ目的ト爲スモノナルニ對シ、陸軍刑法ノ虚偽報告ノ罪ノ趣旨ハ報告ノ正確ヲ維持スルコトニ因テ軍隊指揮ノ的確性ヲ保護セントスルニ在ルヲ以テ、兩者夫々法益ヲ異ニスルガ故ニ結局文書ニ依ル虚偽報告ノ場合ハ陸軍刑法ト刑法トノ右各規定ノ罪ノ想像的競合ノ成立ヲ見ルモノト解セント稱ス。

(二) 利敵ノ意圖ヲ以テ虚偽ノ報告ヲ爲シタル場合ハ單ニ刑法第二十八條第六號又ハ第三十條ノ罪ノ成立アルニ過ギズ。

乙 命令等不法傳達ノ罪

一本説

(一) 基本類型(五一)

(1) 要件

(a) 主體

軍事ニ關スル命令、通報又ハ報告ノ傳達ヲ掌ル軍人ナリ。命令、通報、報告ノ意義ニ付テ

ハ第二十八條第六號ノ説明ヲ參照スベシ。軍事ニ關スルトハ、廣義ニ於テハ軍ノ編制、裝備、練成、運用等軍政及軍令各般ニ亘リ、苟モ軍ニ關係アリト認メラルル一切ノ事項ヲ指スモノナルモ (陸憲令一。陸會一九六)、狹義ニ於テハ此等ノ事項中作戰ニ直接關係ヲ有スル事項ノミニ限ラル。本條ニ所謂「軍事ニ關スル」ノ意義亦後者ニ解スベシ。之蓋シ行爲ノ様態トシテ戰時、軍中又ハ戒嚴地境ナルコトヲ要スル旨ヲ規定セシコトヨリモ推知セラルル所ナリ。

命令、通報、報告ノ傳達ヲ掌ル者トハ、命令、通報、報告ヲ一方ノ當事者ヨリ受領シテ他方ノ當事者ニ對シテ到達セシムルニ付之ガ仲介ヲ自己ノ責任ニ於テ遂行スルノ職務ヲ負擔スル者ヲ謂フ。必ズシモ現實ニ傳達ヲ固有ノ任務トスル、例ヘバ、戰鬪ニ於ケル傳令(作要一部四五、五三一五八)及衛戍傳令(軍内一〇〇〇)。衛勳令七三)ノミニ限ラズ、軍、師團等ノ副官(幕僚服務令三一、五、軍内二九〇)又ハ參謀ノ如キ其ノ職務ノ一部トシテ傳達ニ任ズルコトアル者ヲモ包含ス。換言スレバ、正當ナル根據ニ基キテ傳達ノ事務ヲ擔任スル者ナルコトヲ要ス。從テ例ヘバ平時師團司令部ニ於ケル會報受領ノ爲副官ニアラズシテ聯隊ヨリ差遣セラレタル者又ハ傳令ニ服スル當番(軍内一五八)ト雖モ、現ニ傳達スル命令、通報、報告ノ性質如何及單ニ機械的ニ服務スルカ否ニ從ヒ本條ノ傳達ヲ掌ル者ニ該當スル場合アルベシ。

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三六五
 スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

(b) 行爲

① 様態

戰時、軍中又ハ戒嚴地境ナルコトヲ要ス。本條第一項ノ場合ト同ジク軍中及戒嚴地境ニ付テハ犯人ノ所屬ヲ示ス關係の様態タル性質ヲモ有ス。

② 内容

分ケテ二種トス。

(a) 命令、通報、報告ヲ詐リ傳フル行爲。

詐リ傳フルトハ通説ニ依レバ、他ヨリ受領シタル眞實ナル命令、通報又ハ報告ノ内容タル事實關係ニ變更ヲ加ヘテ傳達スルヲ謂フ。事實ノ全部ヲ改容スルト其ノ一部ニ變更ヲ施ストヲ問フコトナシ。尤モ後者ノ場合ニ於テハ當該事實ノ要素ヲ改容シタリヤ否ニ依ツテ罪ノ成否ヲ決スベシ。尙予ハ通説ニ反シ、傳達ヲ掌ル者ガ他ヨリ何等ノ命令、通報、報告ヲ受領セザルニ拘ラズ他人名義ノ命令、通報、報告ヲ擅ニ作爲シテ恰モ正當ニ受領シタルモノノ如ク装ヒテ相手方ニ傳達シタル場合モ亦詐リ傳フル行爲ニ包含セラレルモノナリト解スルモ、實例ハ斯カル行爲ヲ以テ第九十八條ニ該當スルモノト爲セリ。

(β) 命令、通報又ハ報告ヲ故ナク傳達セザル行爲

積極的ニ命令、通報、報告ノ内容ヲ變更シテ傳達スルニアラズシテ眞實ノ命令、通報又ハ報告ヲ他ヨリ受領シナガラ正當ノ事由ナクシテ之ヲ當該相手方ニ傳達スルコトヲ故意ニ懈怠スルヲ謂フ。即チ純正不作爲犯ナリ。但シ傳達ニ一定ノ期限ノ付セラレアル場合ニハ其ノ期限内ニ傳達セザル以上期限經過後傳達スルモ仍本條項ニ該當スルモノト解ス。

(2) 處罰

七年以下ノ懲役。

(二) 條正類型(五六)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。尙傳達セザル罪ノ場合ハ前述ノ如ク不作爲犯ナレバ未遂罪ノ成立スル餘地ナカルベシ。

二 餘説

(一) 本條項ノ行爲中「詐リ傳フ」ガ文書ニ依ツテ行ハレタル場合ハ、刑法ノ公文書偽造、變造、同行使ノ罪トノ想像的競合ノ關係ヲ生ズベシ。

(二) 又利敵ノ意圖ニ出テタル場合ニハ、陸軍刑法第二十八條第六號又ハ第三十條ノ罪ノ成立アル

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三六七
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

第三段 特別ノ職務ナキ者ノ妨害罪(虚偽ノ命令等ノ罪)

一 序 説

陸軍刑法第九十八條ノ罪ノ規定ノ趣旨ハ根本ニ於テ第五十一條ト同一ナルモ、同條ガ命令、通報又ハ報告ニ關スル格別ナル職務ヲ負擔スル者ノ義務違背ヲ防壓スルニ反シ、以下述ブル處ハ斯カル職務ヲ有セザル一般軍人ノ行爲ヲ對象トスル點ニ於テ差別アリト謂フベシ。固ヨリ後者ニ於テモ軍ノ構成員トシテ何等カノ職務ニ從事シ從テ之ヨリ自ラ命令、通報又ハ報告ノ義務胚胎スルコトアルベシト雖モ、他面自己ノ職務ニ何等關聯ナクシテ擅ニ命令、通報又ハ報告ヲ爲ス場合モアリ得ベク、假令職務ニ關シテ爲シタル場合ニ於テモ特別ナル職務ニ依ル第五十一條ノ行爲ニ比シ危險性一般ニ少カルベシ。サレバ第九十八條ハ違令ノ罪ノ章下ニ置キ且ツ刑モ第五十一條ヨリ低減シテ規定セラレタルナリ。

二 本 説(九八)

(一) 要件

(1) 主 體

陸軍軍人ナルコトヲ要ス。第五十一條トノ關係ヨリ同條所定ノ特別職務ヲ有セザル一般軍人ヲ包含スルナリ。非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルコトヲ得ベシ。

(2) 行 爲

(a) 様 態

戰時、軍中又ハ戒嚴地境ニ在リテ爲スコトヲ要ス。此ノ中軍中及戒嚴地境ハ行爲ノ場所の様態タルト共ニ犯人ノ所屬關係ヲ示ス様態タルノ性質ヲ有ス。從テ軍中部隊ニ屬セザル者ガ偶々軍中部隊ニ對シテ虚偽通報ヲ爲スモ本條ニ該當セズ。之蓋シ本條ハ既ニ述ベタル如ク犯人ノ義務違背ノ禁壓ヲ主要對象トシ、斯カル義務ハ犯人ガ軍中又ハ戒嚴地境ノ部隊ニ所屬スルコトニ因リテ特ニ重キヲ加フベケレバナリ。

(b) 内 容

軍事ニ關スル虚偽ノ命令、通報又ハ報告ヲ爲スニ因テ成立ス。軍事ニ關スル意義ハ第五十一條第二項ノ場合ト異ナラズ。命令、通報、報告ノ意義亦第二十八條第六號ニ於ケルト同一ナルヲ以テ茲ニ再言セズ。

虚偽ハ命令、通報又ハ報告ノ内容ノ全部又ハ一部(要素ト見ルベキ部分)ニ於テ眞實ニ合致セ

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三六九
 第二編 内論(對象論) 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ザルコトヲ謂フモノニシテ、自己ノ名義ヲ以テ作成提出スルコトヲ要スルモノト解スレドモ、實例ハ他人名義ノ場合モ仍包含スルモノト爲セルコトハ前述ノ如シ。從テ逆ニ擅ニ他人名義ヲ以テ作成スル場合ハ必ズシテ内容ノ不眞實ナルコトヲ要セザルモノト謂フベシ。命令、通報、報告ハ文書ナルト口頭ナルトヲ問フコトナキモ、相手方ニ提出シ其ノ認識シ得ル状態ヲ現出シタルトキニ既遂トナル。

(二) 處罰

五年以下ノ懲役。

三 餘說

(一) 文書ヲ以テ本條ノ罪ヲ犯シタル場合ハ、或ハ刑法第五百五十五條及第五百五十八條或ハ第五百五十六條及第五百五十八條トノ想像的競合ノ關係ヲ生ズ。

(二) 利敵ノ意圖ニ出デタル場合ハ勿論陸軍刑法第二十八條第六號又ハ第三十條ノ罪ノミノ成立ヲ見ルナリ。

第三項 警戒勤務ニ關スル罪

第一目 序論

一 警戒勤務ニ關スル罪ノ規定ハ、敵ノ襲撃ニ備ヘ兵力ヲ以テ監視ヲ爲ス行爲ニ對スル妨害ヲ排除スルヲ目的トス。警戒勤務ヲ斯ノ如ク敵ノ襲撃ニ對スル監視ノ意ニ解スルトキハ畢竟哨令執行ニ歸スベシ。從テ本項ニ所謂警戒勤務ニ關スル罪ハ哨令違反ノ罪ニ外ナラズ。而シテ一方哨令違反ノ罪ハ哨令執行者自ラノ犯ス場合ト哨令執行者ニ對シテ他人ノ犯ス場合トニ區別スルコトヲ得ベキモ、以下述ブル所ハ專ラ前者ニ限ルモノトス。之蓋シ後者ハ軍ノ外部的安全ヲ保護スル規定トシテ別箇ニ取扱フヲ適當ト解スレバナリ。

二 警戒勤務ハ敵即チ外敵又ハ内敵ニ對スル監視ヲ實體トスルモノニシテ、其自體最モ重要ナル作戰ニ屬ス。而モ警戒勤務ノ内容ハ著シク定型化技術化セラル。從テ警戒勤務ノ懈怠ヲ要素トスル哨令違反ノ罪モ亦自ラ取締犯の性格ヲ帶ブルニ至ルナリ。予ハ陸軍刑法ノ規定中、哨令違反ノ罪ノソレコンハ最モ同法ノ特質タル戦力侵害ノ色彩ノ強烈ナルモノト信ズ。サレバ、本罪ノ處斷ニ當リテハ所爲ノ客觀的存在性ヲ重視シ犯人ノ主觀的方面ニ對スル顧慮ハ可及的ニ排除セザルベカラズ。

第二目 本論

第一段 總論

一 哨令ノ觀念

警戒勤務ニ關スル罪ガ哨令違反ノ罪ニ屬スルコトハ前述ノ如クナル以上、哨令ノ何タルカヲ明カニスルハ警戒勤務ニ關スル罪ノ内容ヲ述ブルニ付テ缺クベカラザル前提要件ト謂ハザル可ラズ。然ルニ哨令ノ觀念ハ從來必ズシモ明瞭ナリト謂フコトヲ得ズ。或ハ哨所ニ關スル守則即チ哨所ニ關スル諸規則中軍ノ警戒ニ關係ヲ及ボスベキモノナリト爲シ、或ハ單ニ哨所ニ關スル守則又ハ哨所ニ關スル諸規則若ハ哨所ニ關スル規則ト爲セリ。抑々哨令ガ警戒ヲ内容トスルコトハ爭ナキトコロナルモ、所謂警戒ノ意義ニ付テハ未ダ確然タル解釋ナキガ如シ。予ハ警戒トハ本來作戰要務令第一部第三百三十一ニ所謂「敵及敵意ヲ有スル住民等ニ對シ其ノ奇襲ヲ豫防スルト共ニ我ガ戰況ヲ掩蔽シ以テ軍隊ノ安全ト行動ノ自由トヲ圖ル」行爲ナリト解ス。尙敵トハ外敵及内敵ノ雙方ヲ含ムモノナリ。

警戒ノ觀念ヲ前述ノ如ク解スル限り、平時敵ニ對スル顧慮ノ殆ンド無カルベキ風紀衛兵勤務ノ如キハ果シテ警戒ナリヤハ疑問ト爲サザルベカラズ。惟フニ斯種勤務ハ寧ロ一種ノ教育(戰闘準備トシテ)ノ意味ヲ有スルニ過ギザルベシ。然レドモ敵ニ對スル顧慮全クナシト謂ヒ得ザルヲ以テ、哨令ヲ執行

スルモノノ中ニ包含セシムルモ敢テ不當ニアラザルベシト信ズ。現實ノ敵ニ對スル顧慮ノ全然伴ハザル、換言スレバ教育ソノモノニ外ナラザル演習ニ於ケル演練トシテノ歩哨勤務ノ如キハ從テ本法ニ所謂警戒ニ該當セザルナリ。

現行軍制上警戒勤務ト見ルベキハ作戰要務令ノ行軍間ニ於ケル前衛、側衛及後衛、駐軍間ニ於ケル前哨、舍(露)營衛兵、部隊衛兵、衛戍勤務令ノ衛戍衛兵等之ナリ(作要一部參照)。

斯クテ哨令ハ右警戒ノ任ニ當ル諸機關ノ服務上遵守スベキ規則ナルコト明カトナリタルモ、該規則ノ全部ガ直ニ哨令ト謂ヒ得ベキカハ疑問ニシテ、予ハ此ノ點ニ於テ前示警戒勤務ニ任ズル諸機關中直接敵ト相對峙シテ警戒ニ從事スル機關ノ守ルベキ規則ノミヲ特ニ哨令ト解セント欲ス。從テ前衛勤務ニ在リテハ尖兵(作要一部一六二)、側衛勤務ニ在リテハ側兵、側衛前兵及側衛後兵(同一六九)、後衛勤務ニ在リテハ後衛尖兵(同二七三)、前哨勤務ニ在リテハ小哨及步哨(同二一三以下、二二四以下)、宿營ニ在リテハ舍(露)營衛兵(同三五〇)、部隊衛兵(同二五二)ノ遵守スベキ服務上ノ規則ガ即チ哨令ニ該當スルモ、演習場ニ於ケル材料置場ノ監視勤務ノ規則ノ如キハ入ラザルナリ。斯ノ如ク哨令ノ觀念ヲ警戒ノソレノ中ニ於テ規制スルコトニ依テ初メテ哨令違反ガ純作戰技術上ノ準則ノ不履行ニ基ク形式犯ニシテ而モ極メテ嚴重ナル制裁ヲ科セラルル所以ヲ理解シ得ベシ。

哨令ト所謂守則トハ之ヲ區別セザルベカラズ。守則ハ歩哨ノ守ルベキ警戒ノ準則ナリ(衛勅令三八乃至四〇、四三)。從テ守則ハ哨令ノ一部ニシテ而モ其ノ最モ重要ナルモノト謂フコトヲ得ベシ。守則ハ之ヲ一般守則ト特別守則トニ分ツコトヲ得ベシ。前者ハ歩哨勤務一般ニ對シテ與ヘラレタル普遍的準則ニシテ(作要一部二三一、二三七)、後者ハ特定ノ場合ニ於ケル歩哨ノ勤務ニ對シテ當該上官ヨリ臨機ニ指示セラレタル準則ナリ(作要一部二三〇、二三二、二三八)。

二 哨令ノ法源

哨令ノ法源即チ哨令ヲ組成スル法的形式トシテハ、成文のモノト不文のモノトニ分タル。

(一) 成文の哨令

成文の哨令トハ、一定ノ法規ニ規範ノ具體的内容ヲ指定シタルモノニシテ、更ニ之ヲ一般哨令ト特別哨令トニ細分スルコトヲ得ベシ。

(1) 一般哨令

一般哨令トハ、其ノ適用ノ人的範圍ガ原則トシテ全陸軍ニ及ブモノヲ謂ヒ、從テ勅令又ハ軍令ヲ以テ規定セラルルモノナリ。例ヘバ衛戍令(明二三年勅第二六號)、衛戍勤務令(明四三年軍陸第三號)、作戰要務令(昭一三年軍陸第一九號)、軍隊内務書(昭九年軍陸第九號)等之ニ屬ス。

(2) 特別哨令

特別哨令トハ、一般哨令ノ限界内ニ於テ各當該部隊ノ長ガ其ノ權限ニ屬スル哨令執行ノ爲ニ發布スル規則ヲ謂フ。例ヘバ師團長、聯隊長等ノ定ムル衛戍服務ノ規則ノ如シ。

(二) 不文の哨令

不文の哨令トハ、警戒勤務上ノ上官ヨリ口頭ヲ以テ與ヘラレタル服務ノ規則ヲ謂フ。所謂特別守則ノ多クハ文字ヲ以テ書キ示サルモ、防諜其ノ他ノ理由ニ因リ直接口授セラルルコトアルベシ。然レドモ警戒ニ關シテ行ハルル慣例ニ至リテハ、判例ハ之ヲ哨令ニ該當セズト爲セリ(大一一二年六月二六日高判)。

第二段 各論

警戒勤務ニ關スル罪ハ、之ヲ大別シテ個別的警戒勤務ニ關スル罪ト補充的警戒勤務ニ關スル罪ト爲スコトヲ得ベシ。

甲 個別的警戒勤務ニ關スル罪

個別的警戒勤務ニ關スル罪ハ、之ヲ哨兵離守地ノ罪、哨兵怠職務ノ罪及衛兵等勤務離脫ノ罪ノ三種

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三七五
 スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ニ區分スルヲ得ベシ。

一本説

A 哨兵離守地ノ罪

(一) 基本類型(四七)

(1) 要件

(a) 主體

哨兵ナリ。哨兵ノ意義ハ總則ニ於ケル説明ヲ參照スベシ。哨兵ニ關聯シテ一言スベキハ歩哨ノ語ナリ。或ハ歩哨ヲ其ノ職務ノ方面ヨリ見テ現ニ守地ニ在ル者即チ哨兵ヲ指ス場合(衛勦令四〇乃至四七。軍内一四八)ト其ノ身分ノ方面ヨリ見テ哨兵トシテ服務スベキ衛兵勤務者ヲ指ス場合(軍内一四二)トアリ。問題トナルハ作戰要務令第一部第二百二十四以下ニ所謂歩哨ハ哨兵ト同義ナリヤノ點ナリ。同令ニ於テハ歩哨ヲ分チテ分哨及複哨ト爲シ、而モ分哨ハ通常一部ヲ以テ監視ニ任ゼシメ、爾餘ハ直接其ノ近傍ニ在リテ待機ス(作要一部二二六Ⅱ)。又「歩哨線ニ在ル歩哨」ノ語モ使用ス(作要一部二三一)。從テ分哨中現ニ監視ニ任ゼザル者ハ哨兵ニ非ザルカノ疑ヲ生ゼシムルモ、予ハ分哨ノ性質ニ鑑ミルトキハ現ニ監視ニ任ズルト否トニ依リ根本的

ノ差異ナキモノナレバ、分哨中待機セル者モ亦哨兵ナリト解ス。又歩哨線ニ在ル歩哨トハ即チ守地ニ在リテ現ニ監視ニ任ズル者ヲ指稱スルヲ以テ、當然哨兵ナリ。然レドモ現ニ監視ニ任ゼズ從テ歩哨線ニ在ラザル歩哨ト雖モ哨兵タルコト前述ノ如クナルヲ以テ、結局作戰要務令第一部ノ歩哨ハ身分的方面ヲ指スコトナキニアラザルモ(作要一部二二八)、多クハ其ノ職務的方面ヲ謂フモノナリ。

尙歩哨以外ニ銃前哨(作要一部二三五)、對空監視哨(作要一部二三六)等モ亦守地ニ在リテ服務中ナル限リ哨兵ニ包含セラレ。

哨兵ニアラザル軍人及非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルヲ得ベシ。

(b) 行爲

(1) 樣態

敵前ト軍中、戒嚴地境ト其ノ他ノ場合トノ三種ニ分タル。敵前、軍中又ハ戒嚴地境ハ同時ニ犯人ノ當該部隊ヘノ所屬關係ヲ示スモノト解ス。

(2) 內容

(a) 故ナク守地ヲ離ルルコトニ因テ成立ス

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 三七七

守地ハ既ニ總則ニ於テ述ベタルガ如ク哨兵ノ行動區域ナリ。通常ハ哨所ノ位置ヨリ三十歩ナルモ(舊勅令四四。步兵操典二〇)、所謂動哨ノ場合ハ別ニ示サルベキ區域内全部ガ守地ト爲ル。尤モ區域内ニ立入ルコトヲ禁ジ、唯其ノ周圍ノ通路ノミヲ行動區域トシタル場合ハ該通路ガ即チ守地タルモノナリ。此ノ場合ハ通路ノ幅員ヲ以テ守地ノ側方の限界ト爲スベク、而モ其ノ限界ハ事實問題トシテ決スルノ外ナカルベシ。

(3) 本罪ハ故ナク右行動區域ノ境界ヨリ出デタル瞬間ヲ以テ既遂トナル。固ヨリ該區域外遠ク隔去スルコトヲ要セズ。凡ソ哨兵ガ守地ヲ離ルルヲ得ルハ守則、當該上官ノ命令等正當ナル根據アル場合ニ限ラル。之法文上特ニ「故ナク」ト注意的ニ規定シタル所以ナリ。嘗テ述ベシ如ク、哨兵ハ守地ヲ離レタル後ハ哨兵ニ非ズト解スベキモノニシテ、其ノ離ルルニ至リシ原由如何ヲ問フコトナシ。從テ例ヘバ犯人逮捕ノ爲緊急已ムヲ得ズシテ守地ヲ離ルル場合ト雖モ、其ノ間ハ哨兵ニ非ズ。然レドモ此ノ場合ハ故ナク離ルルモノニ非ザル故本罪ノ成立ヲ阻却ス。

(2) 處罰

様態ノ種別ニ依リ左ノ如ク差異ヲ設ク。

(1) 敵前ノ場合

死刑

(2) 軍中又ハ戒嚴地境ノ場合

三年以下ノ禁錮

(3) 其ノ他ノ場合

一年以下ノ禁錮

(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。

二 餘説

哨兵守地ヲ離レテ他ノ罪ヲ犯シタルトキハ通説ハ一般ニ兩罪ノ關係ヲ實體的併合ト爲セリ。

B 哨兵怠職務ノ罪

一 本説(四八)

(一) 要件

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機密ヲ保護 三七九
 第二編 内論(對象論) 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

(1) 主體

哨兵ナリ。其ノ意義ハ第四十七條ニ於テ述ベタルト全ク同シ。

(2) 行爲

(a) 様態

敵前ト其ノ他ノ場合トニ區分セラル。敵前ノ場合ハ犯人ノ所屬關係ヲモ表示スルナリ。

(b) 責任

凡ソ犯罪ハ一般ニハ故意アルコトヲ要シ、例外トシテ過失ニ出ヅル場合乃至過失ヲモ伴ハザル場合ヲ罰スルモノナルガ(刑三八一但)、本罪ハ正ニ此ノ例外ニ屬スルナリ。即チ睡眠又ハ酩酊ニ際シテ故意アル場合ハ勿論、其ノ過失乃至無意識ニ由ルモノニテモ仍本罪ノ成立ヲ妨ゲズト爲スナリ。尤モ此ノ點ニ付本罪ハ故意犯ヲ除外ストノ異說ナキニアラズ。

(c) 内容

睡眠又ハ酩酊シテ職務ヲ怠ルニ因テ成立ス。

① 從來ノ解釋ニ依レバ、本罪ハ睡眠又ハ酩酊スルコトト別ニ職務ヲ怠ル結果トノ二要素ヨリ成ルモノノ如シ。從テ睡眠又ハ酩酊アルモ現實ニ職務ヲ怠ラザル限リ本罪ノ成立ナキニ

歸スベシ。然レドモ予ハ本罪ハ警戒勤務ノ安全性ヲ最高度ニ確保セントスル純技術的性質ヲ有スルモノナリト信ズルヲ以テ、現實ニ警戒ニ支障ヲ與ヘタルコト即チ職務ヲ怠リタルノ結果ノ發生ヲ要ストノ通說ニハ全ク同意シ難キモノニシテ、換言スレバ警戒ノ安全性ニ對スル抽象的危險性ノ存在ヲ以テ必要且十分ナル條件ト解ス。從テ職務ヲ怠ルノ字句ハ睡眠又ハ酩酊ナル行爲ノ内容ニ當然ニ包含セラレ別個ノ行爲トシテノ意味ヲ有スルモノニアラザルナリ。然ラバ何故斯カル字句ヲ附加スルノ必要アリヤ。惟フニ睡眠又ハ酩酊ハ其自體トシテ一種ノ生理的作用ニシテ謂ハバ不隨意的精神狀態ナリ。隨テ睡眠又ハ酩酊ヲ直ニ刑罰法上ノ行爲トシテ掲グルコトハ、縱令本罪ヲ無意識ノ場合ニモ擴充スルトシテモ仍釋然タラザルノ嫌アラン。蓋シ故意ナリヤ無意識ナリヤハ睡眠又ハ酩酊自體ノ性質ヲ謂フニアラズシテ睡眠又ハ酩酊ノ狀態ヲ現出スルノ當初ニ犯人ガ斯カル狀態ヲ意欲乃至豫見セシカ否ニ依テ決セラルベキ問題ナレバナリ。茲ニ於テ睡眠又ハ酩酊ナル特有ノ心理狀態ヲ醸ス結果タル警戒勤務ノ安全性ノ危殆ガ有意識ナル行爲ニ因ル場合ト規範的ニ同價値ナルコトニ基キ斯ル心的狀態ヲ假リニ一ノ行爲類型トシテ表示スル爲「其ノ職務ヲ怠リタルトキ」ナル字句ヲ添加スルニ至リシモノナリト解セザルヲ得ズ。從テ規定ノ表面上ハ飽ク迄

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三八一
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

職務ヲ怠リタル行爲アルモノトシテ取扱ハルベキモノナルモ、其ノ内實ハ睡眠又ハ酩酊其自體ガ處罰ノ對象タルナリ。此ノ點舊陸軍刑法第百條ノ「睡眠又ハ酩酊シテ事ヲ省セサル者」トアリタルト全ク同一ナリ。

④ 睡眠又ハ酩酊ハ前述ノ如ク心理的狀態ナルヲ以テ、時間ノ連續ニ於テ存在スルヲ本質トスレドモ、敢テ其ノ長短ヲ問フモノニアラズ。又睡眠ノ深淺、酩酊ノ輕重ヲ區別スルコトナシ。然レドモ前述ノ如ク睡眠又ハ酩酊ガ警戒ノ安全性ニ對シ抽象的危險性ヲ發生セシムルヲ要スル以上、斯カル危險性ノ發生ナシト認メ得ラルル睡眠又ハ酩酊ハ本條ニ所謂睡眠又ハ酩酊ニ非ズト謂ハザルベカラズ。而シテ該危險性ノ有無ハ結局個々ノ事案ニ付テ決セラルベキ事實問題ニ外ナラズ。從來ノ說ニ於テ直ニ覺醒アルガ如キ睡眠ハ本條ニ該當セズト爲ス所以ノ理亦右ノ解釋ニ依リタルモノナリ。

(二) 處罰

(1) 敵前ノ場合

五年以下ノ禁錮

(2) 其ノ他ノ場合

一年以下ノ禁錮

二 餘說

睡眠又ハ酩酊シタル罪ト第五十條ノ哨令違反トノ關係、例ヘバ哨令ノ入口ニ腰掛ケ睡眠シタル場合ヲ如何ニ解スルカニ付テハ、睡眠ノ目的ヲ以テ腰掛ケ睡眠シタルトキハ兩罪ノ牽連犯ト爲シ、最初此ノ目的ナクシテ腰掛ケタル後俄ニ故意ヲ生ジ又ハ不知不識睡眠シタルトキハ併合罪ナリトスル說ト、右三個ノ場合ヲ悉ク併合罪ナリトスル說トアリ。睡眠ガ腰掛ケタル行爲ノ當然ノ結果トシテ一般的ニ承認セラレ得ルカハ疑アリ。暫ク後說ニ從ハント欲ス。

C 衛兵等勤務離脱ノ罪

一本說

(一) 基本類型(四九)

(1) 要件

(a) 主體

① 陸軍軍人ニシテ且警戒又ハ傳令ノ勤務ニ服スル者ナルコトヲ要ス。而シテ法文ニハ此等ノ勤務ニ服スル者ノ例トシテ衛兵、控兵、巡察及斥候ヲ掲記セリ。茲ニ所謂警戒トハ、固

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 三八三

ヨリ前述セシ所ト異ナルコトナシ。又傳令ノ勤務トハ、前述第五十一條ニ所謂命令、通報又ハ報告ノ傳達ヲ掌ル事務ト異ナラザルモノト解ス。從テ特ニ傳令ノ名稱ヲ附シタルモノ(作要一部四五、五三、五四等)ノ外ニ、軍、師團ノ副官等モ包含スルナリ。小使、給仕ノ如キ者ガ命令、通報又ハ報告ノ書類ヲ傳達スル場合ガ傳令ノ勤務ナリヤハ疑アリト雖モ、全ク責任ヲ有セズ機械的ニ授受ヲ爲スニ非ザル限リハ積極ニ解ス。

⑩ 次ニ、法文ノ例示タル衛兵、控兵、巡察及斥候ハ總テ警戒勤務ノ例示ト見ルベク、傳令勤務ノ例示ハ現行法上ハ存セザルモノト解ス。而シテ「衛兵」ヨリ「斥候」マデハ警戒勤務其ノモノノ例示ナリヤ或ハ警戒勤務ニ服スル者ノ例示ナリヤハ判然セズ。第五十一條ノ用語例ト對照セバ前者ノ見解ヲ適當トスベキガ如シト雖モ、「衛兵、控兵、巡察、斥候」ハ文法上直接「ニ服スル者」ニ接續セシメザルベカラザルコトナルヲ以テ、字句上稍々生硬ノ感ヲ生ズベシ。予ハ寧ロ第四十九條ノ場合ノ衛兵、控兵、巡察、斥候ハ當該警戒ノ勤務ヲ現ニ擔任セル機關(即チ人格者)ヲ指スモノト解スルコトニ因リ反テ文脈ノ流暢ヲ利スルモノト思料ス。

⑪ 衛兵ニハ風紀衛兵(軍内一三九以下)、儀仗衛兵(陸軍禮式令一一九)、衛戍衛兵(衛勤令一五以下)、舍

(露)營衛兵(作要一部三五〇)、部隊衛兵(同三五二)等アリ。警戒ノ本義ヨリ見レバ、以上ノ内風紀衛兵及儀仗衛兵ハ警戒勤務者トシテノ色彩他ノ衛兵ニ比シテ稀薄ノ感ナキニアラズト雖モ、強ヒテ之ヲ除外スルノ理由ナキヲ以テ前述ノ如ク警戒勤務者中ニ包含セシムベキモノト解ス。

⑫ 控兵トハ、衛兵服務ノタメ待機セル兵員ニシテ非常ノ事態發生セシトキニ既ニ上番セル者ニ増加配屬セラルルモノヲ謂ヒ、明治二十四年陸達第百六十七號衛戍服務規則第二條ニアリタルモ、現行衛戍勤務令ニハナク、唯禁闕守衛ニ關スル勤務令中ニ控兵ノ制アルニ過ギズ。風紀衛兵等ニ於テ衛兵中歩哨ニ服務スベキ人員ガ其ノ上番時迄衛兵所ニ待機セル場合此等ノ者ヲ俗ニ控兵又ハ控衛兵ト稱スルコトアリト雖モ、此等ハ本條ニ所謂控兵ニアラズシテ衛兵ナリ。

⑬ 巡察及斥候ノ意義ニ付テハ曩ニ第五十一條ニ於テ述ベタルト同一ナルヲ以テ省略ス。

⑭ 其ノ他警戒ノ勤務ニ服スル者ノ中ニ銃前哨(作要一部二三五)及對空監視哨(同二三六)モ包含セラルルモノト爲ス説アリト雖モ、予ハ此等ヲ以テ前述ノ如ク哨兵ノ一種ト解ス。問題ト爲ルハ週番(日直)勤務ナリ。軍隊内務書ニ依レバ、週番諸官ハ軍紀風紀ノ維持諸法則ノ實

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 三八五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

施如何ヲ警視シ以テ營内ノ取締ニ任ジ且營内ニ於ケル火災、盜難ノ豫防及消防ノ責ニ任ジ
 (同九三)、非常呼集ノ際ハ特ニ營内ノ警戒、取締及火災豫防ニ注意スベキモノニシテ(同一三
 六)、一面週番司令ハ風紀衛兵ヲ指揮スルヲ以テ(同二〇〇、一三九)警戒勤務ニ關係アルコト
 ハ明カナリ。而シテ通説ハ週番勤務ヲ以テ通常ノ場合ニハ警戒勤務ニ非ザルモノト爲セリ。
 從テ反面例ヘバ、作戰地ニ於ケル舍營日直將校ノ如キモノハ警戒勤務ニ該當スル趣旨ナル
 ベシ。然レドモ予ハ本條ニ所謂警戒勤務ハ敵ノ襲來ヲ豫防スル爲ノ警視勤務中直接的ナル
 モノ即チ哨令勤務ノミヲ指スモノト解スルヲ以テ、週番勤務ハ現行法上ハ如何ナル場合ニ
 於テモ本條ニ該當セザルモノト解スルナリ。

斯クテ差當リ警戒勤務トシテハ、既ニ述べタル如ク作戰要務令ノ尖兵(作要一部一六二)、側
 兵、側衛前兵、側衛後兵(同二六九)、小哨(同二一三)等ヲ舉グルヲ妥當トスベシ。

(b) 行爲

① 様態

敵前ト軍中又ハ戒嚴地境ト其ノ他ノ場合トノ三種ニ分タル。敵前、軍中又ハ戒嚴地境ガ同
 時ニ犯人ノ所屬關係ヲ表示スルモノナルコトハ第四十七條ノ場合ト異ナラズ。

II 内容

故ナク勤務ノ場所若ハ隊伍ヲ離ルル場合ト、故ナク到ルベキ場所ニ到ラザル場合トニ分
 タル。

(a) 故ナク勤務ノ場所又ハ隊伍ヲ離ルル行爲

勤務ノ場所トハ警戒又ハ傳令ノ事務遂行ノ活動ノ基地トシテ適法ニ定メラレタル區域
 ヲ謂フ。必ズシモ有形的ナル設備例ヘバ衛兵所ノ如キモノノ存スルヲ要セズ、巡察區域
 タル道路ノ如キモノヲモ包含ス。該區域ニ在リテ右勤務ニ服シ又ハ右勤務ノ爲該區域ヲ
 中心トシテ活動スル關係アルヲ以テ足ル。

次ニ、隊伍トハ一般ニ人ノ組織的聚合ヲ謂フモノニシテ(陸軍禮式令二〇。歩兵操典八六七)、
 茲ニテハ正當ナル指揮者ノ引率セル軍人ノ聚合體ヲ指スモノト解ス。從テ軍隊乃至部隊
 ノ如ク人的及物的綜合形態ニアラズシテ專ラ人ノ一定地域ニ集マリタル形態ノミヲ指ス
 ナリ。

勤務ノ場所又ハ隊伍ヲ離ルル行爲ハ一般ニ空間的ニ此等ノモノヨリ離隔スルニ因テ成
 立スルモノナリ。必ズシモ犯人ノ目的トスル地ニ達スルヲ要セズ、又積極的ニ脱出スル

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三八七
 スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

コトヲ問フコトナシ。勤務ノ場所又ハ隊伍ノ移動スルニ拘ラズ最初ヨリ追隨セザル意思ヲ以テ故意ニ居殘ル不作爲ノ場合モアリ得ベシ。而シテ離ルル行爲ハ勿論、上官ノ許可其ノ他正當ナル事由アル場合ニ該當セザルコトヲ要スルモノニシテ、本條ニ於テ一故ナク「ノ語ヲ附加シテ其ノ旨ヲ注意的ニ示セリ。

(β) 故ナク到ルベキ場所ニ到ラザル行爲

到ルベキ場所トハ警戒又ハ傳令ノ勤務遂行ノ爲赴クコトヲ要スル區域ヲ謂フ。斯ル區域モ亦有形的ナル設備ノ存スルコトヲ要セザルナリ。

到ルベキ場所ニ到ラザル行爲ハ不作爲地ニシテ、或ハ勤務ノ場所又ハ隊伍ニ在リテ上官ノ命令等ニ基キ一定ノ地域ニ赴クベキニ拘ラズ之ヲ故意ニ懈怠シテ赴カザリシ場合、或ハ一旦適法ニ勤務ノ場所又ハ隊伍ヲ離レテ他ノ地域ニ赴キ乍ラ所定若ハ相當ノ期限ニ本來ノ勤務ノ場所又ハ隊伍ニ復歸セザリシ場合ニ成立ス。何レノ場合モ目的ノ場所ニ到達セザル限り常ニ既遂トナル。但シ後者ノ場合ニ付テハ犯人ガ復歸ヲ斷念シタル瞬間ヨリ故ナク勤務ノ場所又ハ隊伍ヲ離レタルモノト爲スベシトノ異説アリ。

本條ノ行爲ハ右ノ如ク二分セラルルト雖モ、此ノ二者ハ必ズシモ相排斥スルモノニア

ラズシテ同一行爲ガ觀察點ヲ異ニスルニ從ヒテ勤務ノ場所ヲ離レタルモノトナリ又ハ到ルベキ場所ニ到ラザルモノト認メラルル場合アリ得ベシ。例ヘバ衛兵司令ガ衛兵所ヲ離レテ飲食店ニ遊興シテ其ノ任務タル巡察行爲ヲ果サザリシトキハ、前段ノ行爲ヲ中心トスレバ勤務ノ場所ヲ離レタルモノト爲スベク、後段ノ行爲ヲ採レバ到ルベキ場所ニ到ラザルモノト謂フヲ得ベキガ如シ。固ヨリ此ノ場合ハ單純一罪ノ成立アルニ過ギズ。

(2) 處罰

(a) 敵前ノ場合

死刑又ハ無期若クハ十年以上ノ禁錮。

(b) 軍中又ハ戒嚴地境ノ場合

三年以下ノ禁錮。

(c) 其ノ他ノ場合

一年以下ノ禁錮。

(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。

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 三八九
スル規定 第二章 軍ヲ行動ヲ保護スル規定

二 餘 說

本條ノ行爲ガ不作爲トシテ實行セラルル場合ハ理論上未遂ノ成立ナキモノト解ス。

本條ノ罪ト他ノ罪トノ關係ニ付實例ヲ見ルニ左ノ如シ。

(一) 強姦、掠奪、傷害又ハ住居侵入ノ罪ヲ犯ス手段トシテ本條ノ罪ヲ犯シタル場合ハ實體的併合關係ヲ生ズルモノト爲セリ。

(二) 擅ニ勤務ノ場所ヲ離レタル後歸隊ノ途中意ヲ翻シテ逃亡ノ罪ヲ犯シタル場合ハ本條ノ罪ト逃亡ノ罪トノ實體的併合關係ヲ生ズルナリ。問題トナルハ最初ヨリ逃亡ノ意思ヲ以テ勤務ノ場所ヲ擅ニ離レ其ノ儘逃亡ヲ實行シタル場合ナリ。勤務離脱ノ罪ハ即時犯ナルモ、逃亡ノ罪ガ敵前ノ場合ヲ除キ一定期間ノ經過ヲ必要トスル所謂繼續犯ナルニ鑑ミルトキハ同一意思活動ノ一部分ノミガ交錯スル場合多キヲ以テ想像的競合ト解スルヲ得ズトノ異論アランモ、予ハ想像的競合ハ意思活動ノ一部分ノ重疊ヲ以テ足ルト解スルガ故ニ、本問ノ場合ヲ當然想像的競合ナリト思料ス。

(三) 本條ノ罪ト第五十條ノ罪トハ共ニ警戒勤務ノ安全性ニ對スル危殆ヲ實質トスルモノニシテ罪質ヲ同シクスルヲ以テ犯意ヲ繼續シテ兩罪ヲ犯シタルトキハ連續犯ノ成立アルナリ。

乙 補充的警戒勤務ニ關スル罪

一 序 說

前述個別的警戒勤務ニ關スル罪ハ警戒勤務懈怠ノ殊ニ重要ナルモノヲ規定シタルニ對シ、以下述ブル第五十條ノ罪ノ本質ハ等シク警戒勤務ノ安全性ノ危殆ニ在ルモ其ノ各種ノ行爲ヲ豫想シテ夫々獨立ノ法條ニ掲グルコトハ困難ナルノミナラズ又實際ノ必要ニ副ハザル嫌アルガ爲、補遺的ニ概括規定ヲ置クコトト爲リタルモノト解スベシ。從來本條ノ罪ヲ哨令違反ノ罪ナル名稱ヲ以テ表示セラレタルハ、右ノ概括性ヲ強調シタル結果ナルモ、既述第四十七條以下ノ規定ノ罪モ亦哨令違反ヲ内容トスルモノナル以上該名稱ハ誤解ヲ招グ虞アルガ故ニ之ヲ採ラザルナリ。

二 本 說

(一) 要件(五〇)

(1) 主 體

陸軍軍人ヲ原則トス。而モ哨令執行者即チ警戒勤務ニ從事スル者ニ限ルナリ。警戒勤務ニ從事スル者トシテハ第四十九條ニ於テ述ベタルヲ以テ今ハ之ヲ再言セズ。警戒勤務ニ從事セザル軍人及非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルヲ得ベシ。

(2) 行 爲

(a) 様態

敵前ト軍中戒嚴地境ト其ノ他ノ場合トニ三分セラル。敵前軍中及戒嚴地境ハ同時ニ犯人ノ所屬關係ヲモ表示スルモノナルコトハ第四十九條ノ場合ト同ジ。

(b) 責任

- ① 本條ノ罪ハ故意犯ナリヤ否ニ付テハ舊陸軍刑法(舊陸刑九八)ニ於テハ過失ニ出ヅル場合ヲモ包含スル旨ノ解釋アリタルモ、現行法ノ規定トシテハ故意犯ニ限ルモノト爲スヲ通説トス。
- ② 哨令ノ不知ハ法律ノ錯誤ナリヤ事實ノソレナリヤニ付争アリ。蓋シ哨令ハ刑罰法令ノ内容ヲ爲スモノナリト雖モ、一面刑罰ノ效果ヲ生ズルノ前提タル法律關係ヲ定ムル法規トモ解セラルルヲ以テナリ。通説ハ哨令ノ不知ヲ以テ事實ノ錯誤ナリトス。惟フニ非刑罰法令ノ不知ガ法律ノ錯誤ナリヤ事實ノソレト謂フベキカハ犯罪構成要件其ノモノ、換言スレバ規範ヲ他ノ法令ノ規定ニ委スル否カニ依テ之ヲ決スベキナリト思料ス。然ラバ哨令違反ノ罪ハ此ノ何レニ該當スルカニ付按ズルニ、第五十條ノ法文ニハ「其ノ他哨令ニ違反シタル者」トアリテ違反行爲ノ客體トシテ哨令ヲ掲記シ、恰モ構成要件ノ一部分ヲ哨令ナル非刑罰法令ニ委シタル感ナキニアラズト雖モ、一步進ンデ考察セバ、哨令自體ガ既ニ規範ヲ包

含シ哨令ニ違反シタルトハ結局或ル警戒勤務懈怠行爲ヲ實行シタルト同様ナルコトヲ知ルニ足ラン。此ノ點他人ノ財物ナリヤ否ヲ民法ノ規定ニ依リテ決スベキ場合ト異ナルモノト謂ハザルベカラズ。此ノ意味ニ於テ予ハ通説ニ反シ哨令ノ不知ハ法律ノ錯誤ニ外ナラズトノ見解ヲ持スルモノナリ。

(c) 内容

故ナク規則ニ依ラズシテ哨兵ヲ交代セシメ其ノ他哨令ニ違反スルコトニ因テ成立ス。

- ① 故ナク規則ニ依ラズシテ哨兵ヲ交代セシムル行爲ハ哨令違反ノ例示トシテ規定セラレタルモノニシテ、苟モ哨令違反ニ該當スル行爲ニシテ第四十七條乃至第四十九條ニ記載セラレザルモノハ總テ第五十條ノ適用ヲ受クルモノナリ。

- ② 規則ニ依ラズシテ哨兵ヲ交代セシムルトハ、衛戍勤務令、軍隊内務書、作戰要務令等ノ關係規定及此等ノ規定ニ基ク當該上官ノ定ムル特別規定ニ掲ゲラレタル哨兵交代ノ要領ヲ遵守セズシテ交代ヲ爲スヲ謂ヒ、或ハ立哨時限到來前ニ上下番者ヲ交代シ、或ハ歩哨掛ノ引率ヲ以テ交代ヲ爲スベキヲ哨兵單獨ニテ交代シ、或ハ定位置外ニ於テ交代ヲ爲シ又ハ交代ニ當リ爲スベキ守則ノ中繼ヲ爲サシメズ乃至ハ下番哨兵定位置ニ在ラザルニ拘ラズ上番ス

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三九三
スル規程 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ベキ哨兵ヲ該位置ニ導キ立哨セシムルガ如キ行爲之ニ該當スベシ。此等ノ場合犯罪ノ主體ハ交代ヲ掌ル歩哨掛(軍内一四八。衛勤令三八。作要一部二三〇、二三四)タルコト多カルベキモ、一方衛兵司令モ亦歩哨掛ト共犯關係ニ於テ又ハ之ト關係ナク單獨ニテ主體タルコトアリ。例ヘバ歩哨掛ノ假眠中之ヲ介セズシテ哨兵ノ交代ヲ命ジタル場合ノ如シ。一方歩哨掛又ハ衛兵司令ノ命令ニ依リテ交代シタル哨兵ニ付テハ其ノ命令ニ基ク限リ本罪ノ成立ナキハ言ヲ俟タザルモ、若シ歩哨掛又ハ司令トノ共謀ニ出デタルトキハ哨兵モ亦當然哨令違反ノ責ヲ負フベキモノトス。尙歩哨ノ交代トハ上下番哨兵間ノ服務ノ轉換ヲ謂フモノニシテ、上番スベキ哨兵ノ上番ノ順序ヲ事前ニ變更シタル場合ヲ包含セズ。而モ此ノ後者ノ行爲ハ哨令違反ニアラザルカ如キ意見アルモノ予ハ積極ニ解ス。

次ニ歩哨交代ノ行爲ガ完了セザル場合ハソレ自體トシテハ勿論哨令違反ニアラザルベキモ、交代ノ爲ノ準備的行爲ニ於テ哨令違反ノ點アラバ包括シテ一個ノ哨令違反ト爲ル(大一年一月二七日高判)。

Ⅲ 哨兵ヲ不法ニ交代シタル行爲ハ其ノ實害ノ有無ヲ問ハズシテ本條ノ罪ヲ構成スルコト論ナキ所ナルガ、其ノ他ノ哨令違反行爲ガ如何ナル範圍ニ及ブベキカハ必ズシモ明瞭ト謂フ

ヲ得ズ。哨令ノ意義ニ付テハ曩ニ述ベタルガ如ク警戒勤務ニ服スル機關中直接敵ト相對峙シ警戒ニ從事スル機關ノ守ルベキ規則ニシテ成文のノモノト不文のノモノトニ分タルトコロ其ノ何レニ屬スルヲ問ハズ哨令中ニ警戒勤務行爲ノ内容タル作爲又ハ不作爲ガ特定セラルルヲ要スルカ或ハ單ニ警戒勤務ヲ命ズル一般の規定アルヲ以テ足ルカノ點ハ爭アリ。之ニ付テハ哨令ニ具體的ニ明示シタル行爲ハ警戒ニ障害ヲ及ボスベキ虞アルモノニシテ、斯カル明示行爲ニ非ザレバ本罪ノ成立ナシトノ説ト、苟モ警戒ヲ怠リタル行爲アル場合ハ右明示ノ有無ヲ問ハズ本罪ノ成立アリト爲ス説トアリ。惟フニ哨令違反ノ罪ノ規定ハ警戒勤務ノ安全性ニ對スル抽象的危險ヲ彈壓スルコトヲ主眼トスルモノト解スベキガ故ニ、現實ニ警戒ニ支障ヲ生ゼシメタリヤ否ヤヲ問フノ要ナキハ勿論ニシテ、右後者ノ説ニ所謂警戒ヲ怠リタル行爲ガ若シ具體的危險ノ發生ヲ意味スルモノトセバ誤レリト爲サザルベカラズ。此ノ見地ヨリ右前者ノ説中哨令ニ明示シタル行爲ガ警戒ニ障害ヲ及ボス虞アルモノナリト爲スハ正當ト謂フベシ。然レドモ具體的ニ明示シタルモノニ限ルトノ論旨ニ至ツテハ未ダ哨令ノ本質ニ徹セザルノ憾アルヲ嘆ゼズンバアラズ。斯クテ予ハ苟モ警戒ノ安全性ニ一般のニ脅威ヲ與フル性質ヲ帶ブル行爲ハ哨兵ニ對シテ特定ノ警戒勤務ヲ命ズル哨令ノ規

定存スル限り當然ニ哨令違反ヲ構成スルモノナリト解ス。而シテ斯カル行爲ノ限界ノ劃定ハ偏ニ健全ナル軍事常識ニ照シテ決セラルベキ法律解釋ノ問題ニ外ナラザルナリ。

(IV) 歩哨交代ニ關スル以外ノ哨令違反行爲ヲ實例ノ教フル所ニ付テ見ルニ概ネ左ノ如シ。

(a) 衛兵司令、同代理者ノ場合

(イ) 代理者ヲ置カズ衛兵所ヲ離ル

(ロ) 外出シ得ザル者ニ外出許可ヲ與フ

(ハ) 控衛兵ヲ空位トナス

(ニ) 哨所ヲ空位トナス

(ホ) 擅ニ睡眠ス

(ヘ) 報告ヲ爲サズ又ハ虚偽報告ス

(ト) 上衣彈藥盒等ヲ脱ス

(チ) 假眠室ニ入り飲酒雜談ス

(リ) 司令室ニ婦女ヲ引入レ雜談ス

(β) 營舎掛ノ場合

(イ) 重營倉ノ執行ヲ受クル者ニ對シ不法ニ毛布ヲ給ス

(ロ) 巡察途中所屬中隊ニテ睡眠ス

(γ) 歩哨掛

假眠時間外ニ擅ニ假眠所ニ入りテ假眠ス

(δ) 歩哨

(イ) 衛兵所ニ於テ服務中ノ者

1 假眠時間外ニ擅ニ假眠所ニ入りテ假眠ス

2 衛兵所ニ於テ勤務ニ服セズ又ハ所定時間ヲ擅ニ變更シテ服務ス

(ロ) 守地ニ於テ服務中ノ者

1 勤務行爲自體ニ關スルモノ

(い) 歩哨單獨ニテ交代ス

(ろ) 哨所通過シ得ザル者ノ通過ヲ許可ス

(は) 哨所ノ位置ヲ交換シテ服務ス

(に) 入倉者ニ許可ナキニ面會ヲ許ス

(ほ) 守則ノ申繼ヲ爲サズ
(へ) 報告ヲ爲サズ又ハ虚偽報告ス

2 服装ニ關スルモノ

(い) 著劍ヲ脱ス
(ろ) 劍帶ヲ脱ス
(は) 彈藥盒ヲ脱ス
(に) 上衣ヲ脱ス
(ほ) 帽ヲ脱ス
(へ) 袴下ヲ脱ス
(と) 背囊ヲ下ロス
(ち) 頭巾ヲ冠ル
(り) 規定外ノモノヲ身ニ纏フ

3

姿勢動作ニ關スルモノ
(い) 用務外ノ談話ヲ爲ス

(ろ) 雨雪天ニアラズシテ哨舎ニ入ル
(は) 守地内建物ニ入り休憩ス
(に) 飲食喫煙ヲ爲ス
(ほ) 放歌ス
(へ) 犬ト戯ル
(と) 馬ノ尻毛ヲ以テ紐ヲ組ム
(ち) 守地内建物ニテ又ハ屋外ニテ掠奪竊盜等ヲ爲ス
(り) 銃劍ヲ以テ樹皮ヲ剝離ス
(ぬ) 銃劍ニテ柱紙ヲ突刺シ落書ヲナス
(る) 銃ヲ手ヨリ放ス
(を) 腰ヲ下ロス
(わ) 凭レ懸ル
(か) 手ヲ外套物入ニ入ル
(よ) 蹲ル

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 三九九
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

- (た) 俯伏トナル
- (れ) 横臥ス
- (そ) 両手ヲ以テ腹部ヲ抑フ
- (つ) 中腰トナル

(V) 前述哨令違反ノ各種ノ場合ハ總テ警戒勤務ノ安全性ヲ危殆ナラシムル性質ヲ有スルモノニシテ、其ノ何レカ一ニ該當スル行爲アルトキ茲ニ一個ノ哨令違反罪ノ成立ヲ見ルハ論ナキトコロナルガ、若シ同時ニ此等ノ各種ノ場合中ノ若干ノモノニ該當スル行爲アリタル場合之ヲ如何ニ解スベキカハ問題ナリ。此ノ點ニ關シ陸軍高等軍法會議ハ步哨掛タリシ被告人ガ就眠者ヲ起シテ控衛兵タラシムル處置ヲ執ラズ更ニ步哨等ニ對シ自己ノ引率ナクシテ哨所ニ赴キ哨兵ノ交代ヲ實施スベキ旨ヲ命ジ該步哨ガ交代ノ爲單獨ニテ出發シタリトノ旨ノ事案ニ於テ「步哨交代ニ關スル守則ハ即哨令ノ一ニシテ此ノ守則ニ違フコトニ因リテ哨令違反罪ヲ構成シ守則中ノ個々ノ規定ハ一ノ階段ニ過ギザルヲ以テ階段ノ一規定ニ違フト將各階段全部ノ規定ニ反スルトハ犯罪ヲ構成スル上ニ於テ何等區別アルコトナク均シク一個ノ法益ヲ侵害スルモノニシテ即一個ノ哨令違反罪ヲ構成スルモノトスト」判示セリ大(二

年二月二十七日高判。

斯ノ如キ階段的行爲ノ場合ニアラズシテ別種ノ行爲ニ係ル場合、例ヘバ同一哨所ニ於テ喫煙ヲ爲シ他人ト用務外ノ談話ヲ爲シ銃劍ヲ以テ哨舍ヲ突刺シタルトキノ如キモ、各行爲ガ時間的ニ極メテ接着シテ行ハルル限リ連續犯ニアラズシテ單一ナル哨令違反罪ト解スベキナリ。

(二) 處 罰

- (1) 敵前ノ場合
 - 一年以上五年以下ノ禁錮
 - 軍中又ハ戒嚴地境ノ場合
 - 三年以下ノ禁錮
 - 其ノ他ノ場合
 - 一年以下ノ禁錮

三 餘 說

(一) 本條ノ罪ト第四十八條哨兵怠職務ノ罪トノ關係ガ通說上實體的併合ナルコトハ既述セリ。然レ

第二編 內論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ノ保護 四〇一
 スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ドモ惟フニ兩法條ノ罪ハ同シク哨令違反ノ性質ヲ有スルヲ以テ連續犯ノ成立スル餘地ナキニアラズトノ疑問ヲ有ス。

(二) 哨兵虛偽ノ報告ヲ爲シタルトキハ、嘗テ本法第九十八條ノ一罪ナリトノ説アリタルモ、現今ハ第五十條ト第九十八條ノ想像的競合ト解スルヲ通説トス。

(三) 哨兵又ハ衛兵ガ故ナク銃砲ヲ發シタル場合ハ、本法第一百一條ノ罪ノ成立スルハ勿論ナルガ、同時ニ第五十條ノ罪ノ成立アリヤハ問題ナリ。從來ノ實例ハ、單ニ第一百一條ノミヲ適用セリ。惟フニ同條ノ行爲ハ一種ノ哨令違反タルコトハ明瞭ニシテ、從テ第五十條ノ特別規定ナルガ如キ觀ヲ呈ス。之實例ガ別ニ第五十條ノ適用ヲ爲サザリシ所以ナルベシ。然レドモ、第一百一條ハ一面危害豫防ノ趣旨ヲモ包含シ、而モ第五十條ノ刑ト權衡ヲ得ザル點ニ鑑ミルトキハ寧ロ兩條ノ想像的競合ヲ認ムベキカ。立法論トシテハ第一百一條ノ削除ヲ主張スルモノナリ。

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)

一 序 說

軍機即チ軍事ニ關スル秘密ノ保護ニ關シテハ本法ハ第二十七條利敵ノ罪、第三十等反亂者ヲ利スル罪ノ各規定ニ於テ夫々講ズル所アルノミナラズ、特別法タル軍機保護法、要塞地帶法、陸軍輸送港域

軍事取締法等モ亦之ガ目的ノ達成ニ奉仕シアリテ、平戰兩時ニ亘リテ秘密ノ保持ニ遺憾ナキヲ期ス。殊ニ戰爭ガ綜合國力戰ノ形態ヲ採ルニ至リシ現代ニ於テハ、秘密ハ單ニ軍事上ノモノニ止マラス政治、外交、思想、經濟上等苟モ國防能力ヲ窺知セシムルニ足ル事項ハ悉ク之ヲ外國諜報ノ魔手ヨリ秘匿スルノ方策ヲ樹ツルノ要アルハ勿論ニシテ、現行法上保護ノ對象タル秘密ノ範圍ガ專ラ軍事上ノモノニ限定セララルハ最早時世ニ合致セザルモノト謂ハザルベカラズ。

本項ニ於テ述ベントスル第五十二條ノ規定モ亦軍事上ノ秘密ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ舊法ニ規定ナカリシヲ現行法ニ於テ初メテ創設セシナリ。而シテ特別ナル職務ヲ有スル者ノ義務懈怠ヲ處罰ノ對象ト爲スガ爲、辱職ノ罪ノ章下ニ規定セラル。從テ規定ノ形式上ハ懈怠其ノモノヲ眼目トシ、其ノ結果秘密ノ暴露セラレタリヤ否ハ敢テ問フ所ニアラズ。加之本條ノ趣旨ハ專ラ過失ニ出ヅル場合ノ行爲ヲ取締ルニ在リ。此ノ點軍機保護法第七條過失ニ因ル漏泄又ハ公示ノ罪ト相似タリ。唯後者ガ秘密ノ暴露自體ヲ犯罪ノ要件ト爲スニ對シ、前者ハ之ガ前提タル職務違背其ノモノヲ犯罪ト爲ス點ニ於テ著シキ差異ヲ有ス。蓋シ陸軍刑法第五十二條ノ罪ハ敵ヲ豫想スルガ爲危險性發展ノ初期ニ於テ防壓ヲ加フルモ已ムヲ得ズト爲スニ由ルモノト思ハル。固ヨリ本罪ノ職務懈怠ノ判定ハ辱職ノ規定一般ニ於ケルガ如ク、專ラ客觀的見地ヨリ爲サルベキモノナルモ、就中本條ノ如キ軍機保持ナル重要目的達

成ヲ背後ニ掲グル規定ニ在リテハ常ニ純作戰的要求ニ稽ヘテ決スベキモノト信ズルナリ。
二本 說(五二)

(一) 要件

(1) 主體

(a) 陸軍軍人ニシテ而モ陸軍機密ノ圖書、物件ヲ保管スル者ナルコトヲ要ス。軍事機密ノ圖書、物件トハ、軍機保護法第一條ニ所謂軍事上秘密ヲ要スル圖書物件ハ勿論、作戰遂行上敵ニ對シ秘匿ヲ要スル事項ヲ表示セル文書圖書又ハ其ノ以外ノ有體物ハ總テ包含スルモノト解スベク、從テ第二十七條第三號ノ軍事上ノ機密ト同一範圍ニ歸スベキナリ。

(b) 保管スル者トハ當該圖書又ハ物件ヲ法規上其ノ他適法ナル根據ニ基キテ現實ニ占有スル者ヲ總稱シ、占有ヲ本來ノ職務トスル者ハ勿論、此ノ者ヨリ送達ノ委託ヲ受ケ又ハ貸與セラレ其ノ責任ニ於テ現ニ占有中ノ者ノ如キモ包含ス。從テ將校、下士官ハ固ヨリ傳令兵、小使等モ主體タルコトヲ得ベシ。然レドモ偶然秘密ノ圖書、物件ヲ拾得シタル者ハ本條ノ主體ト爲ラザルモノト解ス。之本條ガ專ラ職務アル者ノ行爲ニ特別ノ責任ヲ負ハシムルモノナレバナリ。

(2) 行爲

(a) 樣態

危急ノ時ニ當リテ爲スコトヲ要ス。

危急ノ時トハ、當該圖書、物件ノ保管者ニ對シテ發生シ鎮壓又ハ脱出ノ爲一刻ノ猶豫モ許サザル如キ異常事態ヲ謂ヒ、敵襲其ノ他ノ人爲的ノモノノミナラズ、洪水、地震等ノ自然的ノモノヲモ包含スルナリ。保管者ニ生ジタル右ノ如キ事態ハ結局其ノ保管スル圖書、物件ニ對シ何等カノ處置ヲ講ズルノ已ムヲ得ザルニ至ラシムル點ニ本條ノ行爲ノ責任ヲ基礎付クル機縁ヲ有ス。

危急ノ時ニ當リトハ、現ニ危急ニ入りタル場合ハ勿論、將ニ危急ノ始マラントスル場合ヲモ包含ス。

(b) 責任

本條ノ行爲ハ專ラ過失犯ニ限ルモノト解ス。即チ敵ニ機密ノ圖書、物件ノ移ラザル如ク萬全ノ措置ヲ講ズベカリシニ拘ラズ注意ヲ缺キタルガ爲之ヲ果サザリシ場合ナルコトヲ要ス。其ノ移ラザル爲ノ方法自體ヲ不注意ニ因リ思ヒ及バザリシト、方法ハ意識シ乍ラ實行ヲ不注意ニ因リ爲サザリシトヲ問フコトナシ。或ハ本條ノ「委セサル方法ヲ盡ササルトキ」ナル字

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 四〇五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

句ヲ以テ、不注意ニ因リ盡サザリシ過失ノ外ニ主觀的ニ盡スベキ所ヲ認識シナガラ故意ニ盡サザル行爲ヲ包含スルモノト爲ス說アリト雖モ、敵ニ委セザルガ爲盡スベキ所ヲ故意ニ盡ザル行爲ハ、多クハ敵ニ當該圖書、物件ノ移ルコトヲ希望又ハ少クトモ豫見スル場合ニ歸著スルヲ以テ、最早本條ノ問題ニアラズシテ純然タル叛亂ノ罪トナルベシ。若シ該豫見スラモ無カリシトスレバ結局敵ニ委セザル方法自體ノ性質ノ認識ニ付テ不注意アリタルニ外ナラザルヲ以テ、右ノ說ハ未ダ以テ本條ノ罪ノ過失犯タルコトヲ覆スニ足ラズト謂フベシ。

(c) 客體

軍事機密ノ圖書、物件ナリ。其ノ意義ハ前述セリ。

(d) 實質

敵ニ委セザル方法ヲ盡サザルコトニ因テ成立ス。

① 敵トハ内敵及外敵ヲ謂フ。必ズシモ戰爭其ノ他武力抗爭ヲ開始シタル後ナルコトヲ要セズ、將ニ開始セントスル直前ヲモ包含スベシ。

② 委セザル方法トハ、敵ノ實力支配内ニ移ラザル爲ニ必要ナル手段ヲ謂ヒ、燒却、埋藏、運搬其ノ他如何ナル種類ノモノナルヲ問フコトナシ。

③ 委セザル方法ヲ盡サズトハ、敵ノ實力支配ニ移ラザランガ爲苟モ講ズルヲ得ベカリシ手段ヲ採ラザル不作爲ヲ指スナリ。其ノ動機原因ハ、敵ヲ利スルノ意圖ナキ限り犯人ノ狼狽ニ在ルト怯懦ニ存スルト其ノ他如何ナルモノナルヲ區別セズ。又其ノ方法ヲ悉ク實施シタリヤ否ハ當時ノ狀況ニ照シテ客觀的ニ判定セラルベキ事項ニ屬ス。故ニ犯人ノ主觀ニ於テハ敵手ニ渡ラザル方法ト信ジ現場ニ機密圖書、物件ヲ埋藏シタリトスルモ、事後ノ審査ニ於テ埋藏ハ委セザル方法トシテハ適當ナラズ、燒却スベカリシモノニシテ其ノ點ニ注意ノ足ラザリシコトノ判定ガ與ヘラレタル場合ハ仍本罪ノ成立ヲ免レズ。

④ 本條ノ罪ハ敵ニ委セザル方法ヲ盡サザル不作爲アルヲ以テ足り、其ノ結果當該圖書、物件ガ現實ニ敵ノ支配ニ歸シタリヤ否ハ問フ所ニアラズ。即チ敵ノ支配ニ移リ得ル抽象的危険ヲ發生セシムルヲ以テ足ルナリ。

(二) 處罰

五年以下ノ禁錮

三 餘說

(一) 機密ノ圖書、物件ヲ敵ノ支配ニ移スコトヲ希望シ又ハ豫見シテ、換言スレバ其ノ確定的又ハ未必

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 四〇七
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

的犯意ノ下ニ本條所定ノ行爲ヲ爲シタルトキハ本法第二十七條第三號若ハ第三十條ノ罪又ハ此等ノ罪ノ未遂若ハ豫備ノ成立ヲ見ルモノニシテ、此ノ場合第五十二條ノ罪ハ法條競合トシテ當然ニ叛亂ノ罪ニ吸收セラレテ獨立ノ存在ヲ有スルモノニ非ズ。

(二) 本條ノ行爲ハ當該圖書、物件ガ敵ノ支配ニ現實ニ移リタルコトヲ要セザルハ前述ノ如シ。若シ其ノ支配ニ歸シタル場合ハ別ニ軍機保護法第七條ノ適用アリヤハ問題ナリ。蓋シ行爲ノ段階ヨリ見レバ陸軍刑法第五十二條ハ豫備的ノモノニシテ、軍機保護法第七條ハ既遂ニ屬スルモノナレバ、當然ニ後者ガ前者ヲ包攝スルニ似タリト雖モ、法定刑ノ點ニ於テハ反テ後者ハ三年以下ノ禁錮又ハ三千圓以下ノ罰金刑ニシテ前者ヨリモ輕キ爲權衡ヲ失スル嫌アルヲ以テナリ。予ハ軍機保護法ノ右條項ナカリシ時代ナル陸軍刑法第五十二條制定當時ノ起草者ノ意向ト認メラルル本條ヲ以テ過失ニ因ル軍機漏泄ヲ取締ラントスルノ趣旨ヲ其ノ儘維持スルコトガ事案ノ妥當ナル解決ニ到達スル所以ナルヲ思ヒ、敵ニ委セザル方法ヲ盡サザル結果當該圖書、物件ガ敵ノ支配ニ歸シタル場合モ仍第五十二條ノ一罪アルニ過ギズト解スルモノナリ。但シ立法論トシテハ敵手ニ歸スルノ結果ノ發生ノ有無ニ依リ本條ノ刑ニ差等ヲ附スルヲ可ナリト思料ス。

第三款 陵虐ノ罪

一 序 說

(一) 陸軍刑法第七十一條陵虐ノ罪ノ規定ハ職務上ノ一般的義務ニ違背シ部下又ハ之ニ準ズベキ者ニ對シ不法不當ナル取扱ヲ爲スコトヲ防壓スルヲ目的ト爲スモノナリ。其ノ職務違背ナル點ニ於テ辱職ノ罪ト相似タル所アリト雖モ、同罪ガ個別的ナル職務ニ基ク特別ナル義務ヲ懈怠スル行爲自體ヲ處罰ノ對象トスルニ對シ、陵虐ノ罪ハ一般的ナル義務ニ違背シテ他人ノ生命身體ニ對シ侵害ヲ加フル實質的犯罪ナル點ニ於テ差異アリ。

抑々公務員トシテ職務ヲ擔任スル者ガ之ニ基ク權能ヲ行使スルニ當リテハ、法規ヲ恪守シ苟モ不法不當ノ處置ヲ執ルベカラザルハ行政法上當然ノ事理ニ屬スル所ナルガ(官吏服務紀律三)、一般ニ多數ノ部下ヲ有シ之ヲ統率シテ戰鬪ニ當ルベキ各級軍隊指揮官ニ對シテハ一層其ノ必要ヲ痛感セズンバアラズ。サレバコソ軍隊內務書綱領ノ二ニハ「軍隊統率ノ本旨ハ將兵ノ心ヲ一誠ニ歸シ一致團結以テ軍ノ本義ニ邁進セントスルニ在リ」ト謂ヒ、同八ニハ「職務ノ存スル所責任自ラ之ニ伴フ各官宜シク其ノ職責ノ存スル所ニ鑑ミ全力ヲ傾注シテ之カ遂行ニ努ムヘシ(中略)又上官タル者ハ常ニ意ヲ部下ノ指導ニ致シ剴切ナル監督ヲ行フト共ニ嚴ニ其ノ職責ヲ尊重シ其ノ手腕ヲ發揮セシムルヲ要ス」ト謂ヒ、更ニ第九第十二ニ於テモ夫々同趣旨ノ訓戒ヲ定メラレタリ。實ニ軍

内ニ於ケル職權行使ノ適正ハ上下服從關係ノ鐵則ト相表裏スベキモノニシテ、此ノ二大支柱アリ
テコソ初メテ軍團結ノ固キヲ致シ、以テ戰鬪ニ於テ終局ノ成果ヲ收ムルヲ得ルモノト謂フベシ。
此ノ意味ニ於テ本條ノ規定ハ第五章暴行脅迫ノ罪ノ末尾ニ僅々一ケ條ヲ以テ規定セラルルモ、之
ガ重要性ニ至ツテハ上官ニ對スル罪ト何等選ブ所ナキモノト信ズ。

(一) 本條ノ罪ハ刑法第九十四條及第九十五條ト同ジク瀆職行為ヲ本質トスルモノナルモ、軍紀
保持ノ必要上普通刑法ノ規定ノミヲ以テハ足ラザルガ爲、茲ニ其ノ構成要件ニ若干ノ修正ヲ加ヘ
適用ノ範圍ヲ擴大シタル別箇ノ規定トシテ陸軍刑法ニ設ケラレタルモノト解スベキヲ以テ、純正
軍事犯ノ一種ナリ。從來ノ學說或ハ陵虐ノ罪ヲ以テ準軍事犯ト爲スアリト雖モ、前述ノ如ク普通
刑法ノ當該規定トハ全ク其ノ趣旨ヲ異ニスルヲ以テ、此ノ說ハ予ノ採ラザル所ナリ。

二 本說(七一)

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ニシテ而モ職權ヲ有スル者ナルコトヲ要ス、其ノ一人タルト多數ナルトヲ問フコト
ナシ。職權ノ何タルカハ後述スベシ。職權ヲ有セザル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。

(2) 客體

職權行使ノ客體ハ陸軍軍人殊ニ隸屬又ハ一般的指揮關係下ニ在ル者ナルヲ原則トスベキモ場

合ニ因リ軍人以外ノ者モ客體ト爲ルコトアルベシ。

(3) 行爲

職權ヲ濫用シテ陵虐ノ行爲ヲ爲スニ因テ成立ス。分説スルコト左ノ如シ。

(a) 職權ノ濫用

職權トハ法令ニ基キ國家機關タル地位ニ於テ有スル權能ヲ謂フ。其ノ職能ハ必ズシモ統帥
事項ニ限ルモノニアラズシテ、軍政其ノ他軍事一般苟モ法令上ノ根據アルモノハ悉ク之ヲ包
含スルモノナリ。例ヘバ給與掛下士官ノ被服検査ノ權能ノ如シ(大一年九月二五日高判)。

又職權ヲ濫用スルトハ、職務本來ノ範圍ヲ逸脱シテ權能ヲ行使スルヲ謂フ(大一年八月二九
日高判)。換言スレバ、職權行使ノ形式ヲ以テ職權ノ範圍外ニ屬スル行爲ヲ爲ス場合ナリ。

(b) 陵虐ノ行爲

陵虐トハ、殘虐又ハ苛酷ノコトヲ爲スヲ謂フ（大一年七月三日、大一年八月二九日各高判。大四年六月一日大判、錄二一輯七一七頁）。相手方ニ對シ暴行脅迫ヲ現實ニ加ヘテ爲ス場合ニ限ラザルモノトス。刑法ニ於テハ暴行又ハ陵虐ト規定シアルモ、陸軍刑法第七十一條ハ單ニ陵虐トアリ。從テ職權ヲ濫用シテ暴行ヲ爲シタル場合ハ、通説ニ依レバ必ズシモ本條ノ罪ヲ構成セザルモノニシテ暴行ノ手段結果等ニ於テ著シク程度ノ進ミ殘忍酷薄ノ感ヲ抱カシムル如キモノナルコトヲ要ス（大一年七月三日高判）。從テ單ニ一回毆打シタル行爲ノ如キハ陵虐ト稱スルコト難カベシ（大一年八月二九日高判）。

(c) 職權濫用ト陵虐トノ牽連性

陵虐ガ罪ト爲ルニハ職權濫用トノ間ニ牽連ノ存スルコトヲ要ス。從テ職權ノ行使ト何等關係ナキ一時ノ憤激ヨリ毆打シタル如キ場合ハ本罪ヲ構成セズ（大一年七月三日、同八月二九日各高判）。所謂私的制裁ト稱セララルル傷害行爲ノ大多數ハ此ノ職權行使ト何等關係ナキ一時ノ憤激ヨリ爲サルモノナリ。

(二) 處分

(1) 三年以下ノ懲役又ハ禁錮。

(2) 本罪ヲ犯シ因テ傷害ノ結果ヲ生ジタルトキハ別ニ傷害罪ノ成立アルハ勿論ニシテ、兩者ハ想像的競合ノ關係ニ立ツモノナリ。此ノ場合ハ結局重キ傷害罪ノ刑ヲ適用スベキモノナルガ、陵虐罪ノ刑ニ罰金ナキニ拘ラズ傷害罪ニハ罰金刑アルガ爲之ヲ選擇シテ處斷シ得ル餘地ヲ存スルハ立法上考慮ノ要アリト思料ス（大正一年九月二五日高判）。

三 餘 說

(一) 本條ハ前述ノ如ク軍紀保持ノ必要上特ニ設ケラレタルモノニシテ普通刑法ニ於ケル一般職權濫用ノ罪ト適用上何等關涉スルモノニ非ズ。從テ軍ノ裁判、檢察、警察ノ職務ニ關與スル者又ハ被拘禁者ヲ看守若ハ護送スル者ノ職權濫用ニ因ル陵虐行爲ハ總テ刑法第九十四條又ハ第九十五條ニ依リ罰セラルベキモノトス。

(二) 陵虐罪ニ關聯シテ所謂私的制裁ヲ取締ル規定ガ現行法上刑法暴行及傷害ノ罪等アルニ過ギザルハ甚ダ不備ナリト考フ。抑々軍團結ノ基礎ハ下官ノ服從ト共ニ上官ノ慈撫ニ在リ。サレバ立法論トシテハ職權濫用ニアラザル上官ノ下官ニ對スル身體、自由、名譽等ニ對スル不法侵害行爲ヲ罰スルコトト爲スベキナリ。

第四款 異物裝填發射ノ罪

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 四一三
 第二編 內論(對象論) 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

一 序 説

陸軍刑法第百條ニ規定セラルル本罪モ亦一般的ナル義務違背ヲ内容トスルモノナルガ、他面危害豫防ノ趣旨ヲ包含ス。即チ居常兵器操作ヲ任トスル軍人ハ動モスレバ其ノ操作ノ過誤ニ因リ人馬等ニ危害ヲ加フルノ虞アルヲ以テ、兵器ノ取扱ニ付テハ軍人ハ一般人ニ比シテ異常ナル注意義務ヲ負擔スルモノニシテ、本條ハ斯ル義務ヲ故意ニ懈怠シ以テ人馬ノ生命、身體等ニ對スル抽象的危険ヲ發生セシムルコト無カラシムル目的ヲ有スルモノナリ。此ノ見地ハ既ニ警察犯處罰令第三條第四號ニモ採用セラルル所ニシテ、陸軍刑法第百條ハ敍上目的達成ノ爲構成要件ニ於テ若干ノ修正ヲ加ヘ且刑ヲ加重シテ規定シタルモノト謂フベク、從テ本罪ハ準軍事犯ノ一種ナリト解ス。

二 本 説 (一〇〇)

(一) 要件

(1) 主 體

陸軍軍人ニ限ル。尙從來ノ學說ニ依レバ空包ヲ發スベキ任務ヲ有スルモノナルコトヲ要スルガ如シ。然レドモ其ノ意義ガ本來斯ル任務ヲ有スルコトヲ謂ヘルモノトセバ誤ニシテ、其ノ固有ナルト否トヲ問フベキモノニアラズト解ス。軍人ト複合關係ニ立テル非軍人ニハ前記警察犯

處罰令ノ規定ヲ適用スベキナリ。

(2) 行 爲

(a) 様 態

禮砲、號砲其ノ他空包ヲ發スベキ場合ナルコトヲ要ス。禮砲トハ例ヘバ陸軍禮式令ニ定メラレタル敬禮又ハ表祝ノ爲行フ空包發射ニ依ル儀式ナリ(陸軍禮式令一一二乃至一一八)。又號砲トハ信號ノ一種ニシテ或ル事態就中火災其ノ他非常ニ際シ其ノ發生ヲ隔地ノ關係者ニ通達スル目的ヲ以テ爲サル空包ノ發射ヲ謂フ(禁闕守衛ニ關スル勤務令中ニ規定アリ)。尙大正十一年マデ主要衛戍地ニ於テ實施セラレタル午砲モ亦號砲ニ屬ス。

禮砲又ハ號砲ハ空包ヲ發スベキ場合ノ例示ニシテ、其ノ他如何ナル場合ニ空包ヲ發スベキカハ陸軍禮式令、陸軍葬喪令(明四五勅六號一六、二二乃至二五)ノ如キ法規ニ定メアル場合ノミナラズ、上官ノ命令ニ依リ演習ニ於テ發スル場合モ亦包含ス。茲ニ空包トハ火砲用ノモノナルト小銃、機關銃用ノモノナルトヲ問フコトナシ。

(b) 内 容

彈丸、瓦石其ノ他ノモノヲ裝填シテ發スルコトニ因テ成立ス。

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 四一五
 第二編 內論(對象論) 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

空包以外ノ如何ナル物體タルヲ問フコトナシ。即チ固形物體ニ限ラズ紙綿ノ如キ柔軟ナルモノニテモ差支ナシ。換言スレバ、發射ニ因テ外物ヲ穿透其ノ他損傷スルモノナルヲ要セズ、單ニ發射ノ際ノ音響ヲ大ナラシムルニ過ギザル場合乃至ハ斯ル音響ノ増大ヲモ伴ハズ射出ト共ニ當該物體ガ飛散消失スルガ如キ場合モ仍本條ニ該當ス。蓋シ其ノ抽象的危險ヲ虞ルニ出ヅレバナリ。

尙本罪ニハ故意ノ外、過失ニ因ルモノモアルモノト解ス。

(二) 處罰

二年以上ノ禁錮

三 餘說

- (一) 本條ノ罪ヲ犯シタル者ガ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ、其ノ故意又ハ過失ニ從ヒ同時ニ或ハ殺人傷害又ハ過失致死傷ノ罪ノ成立ヲ見ルモノニシテ兩者ノ關係ハ想像的競合ナリ。
- (二) 又本罪ヲ犯シ銃砲ヲ毀損シタル場合ハ其ノ故意ニ出ヅル限り同時ニ軍用物損壞ノ罪モ成立シ、兩者ハ前ト同ジク想像的競合ノ關係ニ立ツモノナリ。
- (三) 銃砲以外ノ物ヲ毀棄シタル場合ノ法律關係モ亦(二)ニ準ジテ考フベシ。

第五款 銃砲不法發射ノ罪

一 序說

第一百一條ノ罪モ前款ノ罪ト同ジク義務違背ヲ本質トスルモノニシテ而モ哨兵又ハ衛兵トシテ主體ヲ限定シタル結果警戒勤務ニ關スル罪タルノ性質ヲモ帶ブルニ至リ、他面此等ノ者ノ銃器等ノ濫用ニ因ル特殊ノ危害ヲ豫防スル目的ヲ有スルガ爲本條ノ罪ノ内容ハ稍々複雑ナル相貌ヲ呈シ、他ノ罪トノ關係ニ付テモ後述ノ如ク問題トナル點ヲ包藏スルナリ。從テ本罪ヲ純正軍事犯ト見ルベキカ又ハ準軍事犯ト解スベキカモ斷定シ難キモノアリ。即チ或ハ其ノ特有ナル義務違背ノ方面ヲ強調スレバ純正軍事犯ト爲スベキカ如シト雖モ、危害ノ防壓ヲ中心トスレバ既ニ第百條ニ付テ述ベタルト同ジク警察犯處罰令第三條第四號ノ加重犯の意義ニ基キ準軍事犯ト認ムベキナルベシ。惟フニ第百一條ノ規定ガ辱職ノ罪ノ章ニ設ケラレズシテ違令ノ罪ノ章下ニ設ケラレタルニ鑑ミルトキハ後說ヲ妥當トスベキカ。但シ哨令違反罪トノ刑ノ權衡等ヲ考フレバ立法論トシテハ本條ノ削除ヲ主張スルナリ。

二 本說(一〇一)

(一) 要件

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 四一七
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

(1) 主體

哨兵又ハ衛兵タル陸軍軍人ニ限ル。哨兵及衛兵ノ意義ニ付テハ既ニ述ベタルヲ以テ之ヲ省ク。問題トナルハ、衛兵ハ現ニ特定ノ事務ヲ執行中ナルコトヲ要スルカ又ハ單ニ衛兵トシテ上番中ナルヲ以テ足ルカノ點ナリ（例ヘバ假眠ヲ許サレタル時間内ノ如シ）。固ヨリ本條ノ主眼トスル所ハ前者ニ在ルコトハ疑ナキモ、衛兵トシテ兵器操作ノ機會ガ他ノ者ヨリ多キ爲之ニ基ク危害ノ發生ヲ顧慮セシ本條ノ趣旨ヨリ見レバ敢テ後者ノ場合ヲ除外スベキ理由ナシト解ス。又法文ニ「哨兵又ハ衛兵」トセシハ、衛兵中ニハ當然哨兵ヲ包含スルモ衛兵ニアラザル哨兵（作要一部二二四ノ如シ）アルガ爲ナリ。哨兵又ハ衛兵ニ服務セザル軍人又ハ非軍人ハ複合關係ニ於テ主體タルコトアリ。

(2) 行爲

故ナク銃砲ヲ發スルコトニ因テ成立ス。

抑々哨兵又ハ衛兵ガ銃砲ヲ使用シ得ルハ哨令ニ明文アル場合（衛勤令一、二、三。作要一部二二一）等）ハ勿論、上司ノ命令其ノ他正當ト認ムベキ理由アル場合ニ限ラルベキモノナリ。然ルニ斯カル正當事由ナクシテ銃砲ニ實包、空包其ノ他ノ物體ヲ裝填シテ發射スル場合ハ直ニ本條ノ罪ノ成

立ヲ見ルモノトス。固ヨリ其ノ動機ノ如何ヲ問フコトナク又實害ノ有無ヲ論ゼザルナリ。尙銃砲ニハ小銃、機關銃等ノ銃器及火砲一般ヲ包含ス。

(二) 處罰

二年以下ノ禁錮

三 餘說

(一) 本罪ガ一種ノ哨令違反的性質ヲ帶ブルコトハ前述シタルガ、從來ノ實例ニ於テハ哨兵又ハ衛兵ノ銃砲發射ノ行爲ニ對シ單ニ第一百一條ノミヲ適用セリ。其ノ趣旨ガ同條ヲ以テ第五十條ノ特別規定ト解シタルニ在ルカ又ハ銃砲發射ガ當然ニハ哨令違反ヲ構成セズト爲スニ存スルカハ明瞭ナラズ。惟フニ哨兵又ハ衛兵ノ銃砲發射行爲自體ハ固ヨリ現實ニ警戒ニ支障ヲ與フル行爲ナリトハ謂フコトヲ得ザルベク、從テ哨令ニ不法發射ヲ禁止スル明文ナキ限りハ或ハ哨令違反ヲ構成セズト爲スコト必ズシモ一理ナキニアラズト雖モ、予ハ哨令違反ノ本質ガ警戒勤務ノ安全性ニ對スル抽象的危險性ヲ惹起スルニ在リト解スルヲ以テ、銃砲不法發射ノ行爲ハ直ニ哨令違反タルニ妨ゲナシト解ス。從テ第一百一條ハ第五十條ノ特別規定ト謂フベク、兩者ハ一應法條競合ノ關係ニ立ツモノト爲サザルベカラザルガ如シ。然レドモ第一百一條ガ別ニ危害豫防ノ目的ヲモ有スルコト既述ノ

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 四一九
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

如クナル以上、此ノ法益ニ對シテモ考慮ヲ拂フノ要アルベク、加之第五十條ト第百一條トノ刑ヲ比較セバ權衡ヲ失スル點ナキニ非ズ。彼此參酌セバ結局第百一條ノ哨令違反の性格ニ對シテ暫ク眼ヲ閉チ專ラ其ノ危害豫防ナル特殊法益ニ重點ヲ置キ哨兵又ハ衛兵ノ銃砲不法發射ノ行爲ニ於テハ常ニ第百一條ト第五十條トノ想像的競合ノ關係アルモノトシテ事ヲ處理スルヲ妥當トスベキニアラザルカ。

(二) 哨兵ガ從軍又ハ兵役ヲ免ルル目的ヲ以テ所携ノ銃ヲ用ヒ自己ノ身體ヲ毀傷セバ第百一條ノ罪ト第五十五條又ハ第九十七條第一項ノ罪トノ想像的競合成立ス。

(三) 本罪ヲ犯シ同時ニ人ヲ殺傷シ又ハ銃砲其ノ他ノ物ヲ毀損シタル場合ノ法律關係ニ付テハ前款ノ餘說ニ於テ述ベタルト同ジ。

第二節 行動ノ外部的安全ヲ保護スル規定

一 行動ノ外部的安全トハ、陸軍ノ活動ガ外部ニ對シテ何等ノ妨害ヲ蒙ルコトナク發現セラレルヲ謂フ。行動ノ内部的公正ガ專ラ行動ヲ發起シ若ハ實現シ又ハ之ヲ補助スル各種機關ノ職務執行ノ適正妥當ナルコトニ存シ、從テ斯ル公正ノ侵害ハ當該職務ニ從事スル者ノ義務違背ノ形態ニ於テ行ハルルニ

對シ、以下述ブル外部的安全ハ斯ノ如キ機關ノ適正ナル行動ガ其ノ儘外部ニ對シテ所期ノ效果ヲ索メテ發出シ以テ軍ノ活動ガ圓融無礙ナルヲ致シ戰力ノ完全ナル發揚ヲ見ルコトニ存シ、從テ右安全ノ侵害ハ當該機關ノ行動ニ對シ或ハ暴力ヲ用ヒ或ハ脅迫ヲ加ヘテ積極的ニ之ヲ妨ゲ、或ハ單ニ其ノ行動ヲ受忍スルノ義務ヲ回避シ消極的ニ其ノ行動ノ效果ヲ減殺乃至喪失セシムルコトニ因テ行ハルルナリ。然レドモ此等各種ノ妨害行爲ノ結果トシテ軍ノ行動ニ現實ニ如何ナル支障ヲ與ヘタリヤハ第一節ノ罪ノ場合ト同様形式的ニハ問題ト爲ルコトナク、唯規定ノ背後ニ在リテ其ノ適用ノ妥當ナル限界ヲ規整スルノ原理タルノ任務ヲ果スノミ。

二 行動ノ外部的安全ヲ保護スル規定ハ前述ノ如ク行動ノ發現ニ對スル侵害行爲ナルヲ以テ結局職務執行ノ妨害トシテ理解スルヲ得ベク而シテ其ノ職務執行自體ヲ侵害ノ直接ノ目標ト爲スト否トニ依リ本節ノ規定ハ職務執行ニ對スル直接的妨害ノ罪ノ規定ト職務執行ニ對スル間接的妨害ノ罪ノソレトニ大別スルコトヲ得ベシ。後者ハ結果ニ於テハ妨害ト爲ルモ行爲自體ハ妨害ヲ目標トセザル點ニ於テ前者ト區別スルヲ得ベキナリ。

第一種 職務執行ニ對スル直接的妨害ノ罪

職務執行ニ對スル直接的妨害ノ罪ハ更ニ被害客體ノ如何ニ依リ個別的職務執行妨害ノ罪ト補充的職務執行妨害ノ罪トニ大別セラル。前者ニ於テハ上官及哨兵ガ夫々獨立ノ客體トシテ掲ゲラルルニ對シ、後者ニ於テハ此等ノ者以外ノ一般軍人ガ補遺的ニ客體トシテ規定セラルルナリ。

第一款 個別的職務執行妨害ノ罪

第一項 上官ノ職務執行ニ對スル罪(抗命ノ罪)

上官ノ職務執行ニ對スル罪即チ廣義ノ抗命ノ罪ハ、更ニ之ヲ命令抗拒罪(狹義ノ抗命ノ罪)及上官ノ制止不服從ノ罪ニ分ツコトヲ得ベシ。

第一目 命令抗拒罪(狹義ノ抗命ノ罪)

第一段 序論

一 命令抗拒罪ハ、上官ノ命令ノ絕對性ヲ保護シ以テ軍ノ活動ノ確實安固ナルヲ維持セントスルモノ

ナリ。抑々上官ノ命令ニ對スル下官ノ服從ニ付キテハ行政法上モ或程度ニ於テ要求セラルル所ナルモ(官吏服務紀律ニ)、軍ニ於ケル命令服從ノ關係ハ更ニ之ヲ強化シ殆ンド宗教的神聖性ヲモ附與セラル(軍内綱領五)。行政法上ノ命令不遵守ガ懲戒ノ原因ト爲ルニ過ギザルニ對シト軍ニ於ケル命令ノ不遵守ハ直ニ刑罰ノ制裁ニ服セザルヲ得ザル所以ノモノハ、軍ガ戰鬪ヲ最大任務ト爲シ戰勝ヲ最高ノ目標トスル當然ノ歸結ナリ。命令抗拒ノ罪ハ斯ノ如ク軍構成員タル者ニ限り其ノ特有ナル義務關係ニ基キテ成立シ得ルモノナルヲ以テ純正軍事犯ノ一種ニ屬スルモノト謂フベシ。

二 命令抗拒罪ハ右ノ如ク上官ノ命令ニ對スル遵奉ヲ否認スルモノナルガ、其ノ上官ノ活動ヲ否認スルモノナル點ニ於テ後述制止不服從ノ罪ト共通性ヲ有シ、他方該否認ガ延テ上官其ノ者ノ人格ニ對スル蔑視ニモ連關ヲ有スル意味ニ於テ前述統率者ノ人格ヲ保護スル規定ノ罪ト相呼應スルモノニシテ、後者ガ專ラ上官ノ靜的ナル地位ヲ中心トシテ考察セラルルニ對シ、前者ハ其ノ動的ナル活動ニ重點ヲ置キテ構成セラルルモノト謂フコトヲ得ベシ。

第二段 本論

甲 總論

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 四二三
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

一 主體

陸軍軍人ヲ原則トス。軍人以外ノ者ハ複合關係ニ於テ主體タルコトヲ得ベシ。

二 客體

客體トシテ法文ニ規定セラルル上官ハ陸軍刑法第十六條第一項ノ所謂純正上官ニ限ラルベキハ言ヲ俟タズ。而シテ純正上官タルベキ資格即チ命令權ヲ有スルノ根據ハ、關係法規ニ直接其ノ旨ノ規定アルカ又ハ直屬上官ヨリ適法ニ命令權ヲ附與セラレタルカ否ニ依リ定マルモノナリ。問題ト爲ルハ軍隊内務書ニ所謂内務班長ガ其ノ所屬班ノ兵員ニ對シ命令權ヲ有スルカ否ノ點ナリ(軍内五一)。判例ハ之ヲ肯定ス(昭一〇年一〇月三日高判)。教練ニ於ケル砲兵、工兵、輜重兵等ノ班長、分隊長ノ如キモ亦命令權アルモノト解ス(砲兵操典八六、工兵操典第二部八五、八六。輜重兵操典一一三)。

三 行爲

(一) 樣態

敵前ト軍中、戒嚴地境ト其ノ他ノ場合トノ三種ニ分タル。敵前、軍中及戒嚴地境ハ固ヨリ行爲ノ發生スル場所ニ付テノ樣態ナレドモ、一面上官及犯人ガ共ニ敵前、軍中又ハ戒嚴地境ノ部隊ニ所屬スル關係ヲモ表示スルモノト解ス。

(二) 內容

上官ノ命令ニ反抗シ又ハ服從セザルニ因テ成立ス。分説スルコト左ノ如シ。

(1) 命令

(a) 命令ノ意義

命令トハ相手方(受令者)ニ對シ特定ノ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル意思表示ナリ。即チ相手方ノ意思如何ニ拘ラズ強制的ニ作爲又ハ不作爲ヲ實現スルコトヲ目的トスルモノナリ。從テ相手方ノ自由意思ニ委セラルル單純ナル訓戒ハ命令ニ非ズ。

(b) 命令ノ內容

命令ハ正當ナル系統ニ在ル上官ノ權限内ニ屬スル事項ヲ內容トセザルベカラズ。而シテ該內容ハ原則トシテ統帥事項ナルモ軍政事項ニモ及ブコトヲ得ルモノト爲スヲ通説トス。蓋シ兩者ヲ甄別スルハ實際上極メテ困難ナルガ爲ナリ。又抽象的ナル作爲又ハ不作爲ノ要請ヲ規定セル法規ノ內容ハ直ニ命令ト爲ルモノニアラズ又上官ガ其ノ內容ヲ單ニ宣示シタルニ止マル場合亦同ジ。更ニ命令ハ特定人ニ對スル具體的の内容ヲ包含スルコトヲ要シ、抽象的の内容ノモノニテハ未ダ充分ナラズ。次ニ命令ノ內容ガ法律上ノ不能ニ該ル事項、例ヘバ犯罪行爲ヲ

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 四二五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

命ズルガ如キモノナルトキハ當然無効ナリ。但シ之ニ對スル服從ノ法律的效果ノ有無ハ別箇ニ考察セラレザルベカラズ。

(c) 命令ノ形式

命令ハ文書ニ依ルト口頭ニ依ルトヲ問フコトナク、苟モ直屬上官其ノ他正當ニ指揮監督ノ權ヲ有スル上官ヨリ發セラレタルモノナル限リ形式ヲ具備スルニ至ルモノナリ。但シ命令タルコトノ判然セザル場合及相手方ガ命令ナリヤ否ヲ理解シ難キトキハ命令ト爲スコトヲ得ズ
(昭二年八月一二日高判)。

(d) 命令ノ拘束性

命令ハ前述ノ如ク職權アル上官ヨリ其ノ權限内ノ事項ニ關シテ發セラルル場合ニ於テ拘束アルモノナルコトハ疑ヲ容レズ。然レドモ斯ノ如ク實質及形式上完備セズト雖モ仍命令ノ拘束性ヲ主張シ得ルノ餘地ナリカノ點ハ爭多キ所ナリ。抑々行政法學上命令ノ拘束性ニ關シテハ客觀說、主觀說、形式說、條件區別說及折衷說アリ。通說ハ折衷說ニ依ル。即チ一般ノ見解上上官ノ命令ト認メ得ラルルトキハ該命令ヲ以テ拘束アリトスルナリ。換言スレバ、斯ル命令ニ對シテハ下官ハ法規ノ解釋又ハ事實ノ認定ヲ異ニストノ理由ニ基キ服從ヲ拒否スルコ

トヲ得ズ。而シテ軍ニ於ケル命令服從ノ關係ハ更ニ一步ヲ進メ、假令無効ノ命令ト雖モ原則トシテハ之ガ服從ヲ拒否スルヲ得ズ。但シ其ノ命令ノ内容タル作爲又ハ不作爲ノ犯罪行爲ニ該ルベキコトヲ直觀的ニ感知シ得ル如キ稀有ノ場合ニ限リ之ニ對スル服行ヲ避クルコトヲ得ルニ過ギズ。此ノ限度ヲ超エテ命令ノ當不當ヲ論難スルハ絕對ニ許サザル所ナリ(軍内綱領五、第二章第六乃至第八)。

(2) 反抗及不服從

反抗トハ命令ニ對シ積極的ニ之ガ服行ヲ拒絕スル意思表示ヲ爲スヲ謂ヒ、或ハ口頭ヲ以テ爲ス場合アリ或ハ動作ヲ以テ表白スル場合アリ。而シテ通說ハ此ノ場合命令ノ内容タル作爲又ハ不作爲ヲ實現セザルトキハ勿論ハ終局ニ於テハ該命令ヲ服行スルニ至リシトスルモ仍犯罪ノ成立ヲ免レズト爲スナリ。

次ニ不服從トハ、何等拒絶的言動ヲ表示スルコトナク唯命令ノ内容タル作爲又ハ不作爲ヲ實行セザルコトヲ謂フ。

不服從ノ場合ニ於テ、作爲ニ在リテハ全然之ニ著手セヌ限リ又不作爲ニ在リテハ終始之ヲ持續セザル場合ニ限リ犯罪ノ成立ヲ認ムベキモノナリヤ、或ハ前者ニ在リテハ作爲ノ一部ニ著手

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 四二七
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

シ後者ニ在リテハ一旦作爲ニ出デタル後再ビ不作爲ニ移リタル場合ト雖モ仍犯罪ト爲スベキカ
ハ疑アリ。苟モ命令ノ内容タル作爲又ハ不作爲ノ一部ニ付不實行アラバ積極ニ解スベシ。

乙 各論

A 單純命令抗拒罪(五七)

一 要件

一人又ハ單純ナル共犯ノ形態ニ依リ上官ノ命令ニ反抗シ又ハ服從セザルニ因テ成立ス。

二 處罰

(一) 敵前ノ場合

死刑又ハ無期若ハ十年以上ノ禁錮。

(二) 軍中又ハ戒嚴地境ノ場合

一年以上十年以下ノ禁錮。

(三) 其ノ他ノ場合

五年以下ノ禁錮。

B 黨與命令抗拒罪(五八)

一 要件

黨與ノ形態ヲ以テ上官ノ命令ニ反抗シ又ハ服從セザルニ因テ成立ス。純正上官下官ノ關係ニ在ラザ
ル軍人又ハ非軍人トノ共同ニ因リ黨與ヲ爲スコトアリ得ベシ。黨與構成ノ分子ハ首魁ト其ノ他ノ者ト
ニ分タル。此等ノ者ノ意義及主體トシテ完備ノ要否ニ付テハ、黨與上官暴行脅迫ノ罪ノ規定ニ於テ述
ベタル所ニ異ナラザルヲ以テ茲ニ反覆セズ。

二 處罰

(一) 敵前ノ場合

(1) 首魁

死刑。

(2) 其ノ他ノ者

死刑又ハ無期禁錮。

(二) 軍中又ハ戒嚴地境ノ場合

(1) 首魁

無期又ハ七年以上ノ禁錮。

- (2) 其ノ他ノ者
一年以上ノ有期禁錮。
- (三) 其ノ他ノ場合
 - (1) 首魁
三年以上ノ有期禁錮。
 - (2) 其ノ他ノ者
七年以下ノ禁錮。

第三段 餘論

一 哨兵ヲ欺キ哨所通過ノ罪トノ關係
中隊長等ヨリ外出禁止ヲ命ゼラレタル者ガ擅ニ外出セント欲シ所屬隊表門歩哨ニ對シ恰モ上司ヨリ正當ニ外出ヲ許可セラレタルモノノ如ク申詐リ歩哨ヲ欺キテ同門ヲ通過外出シタル場合ハ、命令抗拒罪ト第九十五條條一項哨兵ヲ欺キ哨所通過ノ罪トノ想像的競合關係ヲ生ズルモノト解ス。

二 衛兵故ナク到ルベキ場所ニ到ラザル罪トノ關係
衛戍衛兵司令ヨリ某地域ノ巡察ヲ命ゼラレ出發シタル衛兵ガ途中故ナク引返シタルトキハ、第四十

九條ノ罪ノ外ニ命令抗拒罪ノ成立アリヤニ付テハ消極說ト特別命令ニ依ル巡察ノ場合ハ成立ストノ說トニ分タル。惟フニ衛戍衛兵司令ガ部下ニ對シテ巡察ヲ命ズルコトヲ得ル旨ノ規定ハ衛戍勤務令中ニ存セザルモ(軍内一四六三參照)、同第三十六ニ依レバ衛舍掛ガ、同第三十八ニ依レバ歩哨掛ガ夫々衛兵司令ノ命ヲ受ケ或ハ火元取締ニ任ジ或ハ哨舍ノ清潔保存、歩哨ノ嚴密ナル守則ノ實施等ニ任ズルモノナレバ、衛舍掛歩哨掛ガ司令ノ命ヲ受ケテ巡察ヲ爲ス場合アルハ當然ノコトト謂ハザルベカラズ。而モ巡察ヲ命ズルカ否ハ個々ノ場合ニ當リ司令ノ裁量ニ基キ決セラルベキコト多シト解スベク、從テ予ハ後說ニ贊セント欲ス。而シテ此ノ場合ハ兩罪ノ想像的競合ノ成立ヲ見ルベキモノナリ。

三 純正上官ニ對シ暴行中同上官ヨリ之ヲ止ムベキ旨ノ命令ヲ受ケタルニ拘ラズ依然暴行ヲ繼續セシ場合ハ、予ハ單ニ上官暴行ノ罪ノミ成立シ命令抗拒ノ行爲ハ前者ニ吸收セラルルモノト解ス。之前者ハ法益上上官ノ活動ニ對スル侵害ヲモ包含スレバナリ。

第二目 上官ノ制止不服從ノ罪

一 序說

本罪ノ規定ハ上官ノ命令ニ非ズシテ其ノ訓戒ヲ遵守セザル場合ヲ目標トスルモノナリ。凡ソ上官ハ軍内秩序ノ支柱トシテ其ノ身位及活動ハ絕對ニ之ヲ侵害スルコトヲ許サズ。而シテ其ノ活動中命令ノ

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 四三一
 スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

形態ヲ採ルモノニ付テハ第一目ニ於テ述ベタル所ニ屬シ、以下説明セントスルモノハ命令ニアラズシテ道義的訓言ニ對スル違反行爲ニ關スルモノナリ。既ニ述ベタル如ク、命令ニ對スル違反スラモ元來軍人ノ特有ナル義務關係ニ基クモノナル以上、命令ヨリモ事態ノ輕易ナリト見ラルル勸誡ニ對スル服從ノ基礎モ亦軍人ノ右特有ナル義務ニ之ヲ置クベキハ言フ俟タズ。蓋シ軍ニ於テハ法ト道德トハ表裏一體ノ關係殊ニ緊密ニシテ、換言スレズ軍人ニ對シテ道德ハ殆ンド法規ニ匹敵スル程度ノ強大ナル拘束力ヲ有シ(軍内綱領)、否場合ニ依リテハ道德的信條ヲ其ノ儘法規ノ内容トシテ規定スルコトスラアリ(陸軍禮式令ノ如シ)。從テ一方上官ハ下官ノ道義ニ違反セル所爲ニ對シ訓戒制止ヲ爲スベキ義務ヲ有スルナリ(陸軍懲罰令五五。陸軍禮式令一一)。而モ既述ノ如ク本法第二十二條ニ於テハ部下ノ暴行鎮壓ノ爲ノ處置ヲ緊急行爲ト爲シ、第四十六條ハ下官ノ犯罪ヲ鎮定セザル行爲ヲ犯罪ト爲シ以テ軍秩ノ保持ニ遺憾ナカラシメント努ム。第五十九條ノ趣旨トスル所ハ此等上官ノ義務ニ對應シ下官ノ服從ヲ要請シタルモノニ外ナラズ。畢竟道義的性質ヲ帶ブル義務ヲ斯ノ如ク法トシテ強制スル所以ハ、實ニ無形戰力保持ニ至大ナル關係ヲ有スレバナリ。而モ反道義的性質ヲ有スル一切ノ行爲ヲ悉ク犯罪ト爲スハ却テ實情ニ副ハザルガ爲、本條ハ其ノ最モ危險性ノ顯著ナルモノノミニ止メラレタリ。從テ本條ノ罪モ亦純正軍事犯タルコトハ疑ヲ容レザル所トス。

二本 說(五九)

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ニ限ル。但シ非軍人ガ複合關係ニ於テ主體タリ得ルコトハ命令抗拒罪ノ場合ト同ジ。尙員數ノ如何ヲ問フコトナシ。

(2) 客體

茲ニ上官トハ、通說ニ依レバ純正上官及準上官ノ雙方ヲ包含スルモ、予ハ純正上官ノ制止スル場合ハ結局命令ト見ルヲ相當トスベク、從テ其ノ制止ニ從ハザル所爲ハ命令抗拒罪ニ該當スルヲ以テ、第五十九條ノ場合ハ準上官ノミニ限ルモノト解セント欲ス。蓋シ之本條ガ純正上官ノ場合ナラバ當然命令タルノ性質ヲ帶フベキモノニ對スル違反行爲ヲ特ニ區別シ刑ヲ減輕シテ規定シタルコトニ徴スルモ明カナルベシ。

(3) 行爲

(a) 樣態

暴行ヲ爲スニ當リテ爲サルルコトヲ要ス。暴行トハ最廣義ニシテ有形力ノ行使一切ヲ包含

第二編 內論(對象論) 第二章 軍ノ行爲ヲ保護スル規定 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 四三三

ス。暴行ヲ爲スニ當リトハ、暴行中ハ勿論暴行ニ着手セントスル場合ヲモ包含スルモノト解ス。尙暴行ハ制止ヲ爲ス上官ニ對シテ加ヘラルルト否トヲ問ハズト雖モ、同一客體ノ場合ハ後述ノ如ク上官暴行中ニ吸收セラルルナリ。

(b) 内容

上官ノ制止ニ從ハザルニ因テ成立ス。

制止トハ、專ラ訓戒ノ意圖ヨリ暴行ヲ中止センコトヲ勸説スルヲ謂ヒ、相手方ニ對シ中止ヲ強制スルコトナク其ノ自由意思ニ委スル點ニ於テ命令ト區別セラルルモノト爲スヲ通説トス。然レドモ予ハ制止ハ此ノ場合實質上命令ト異ナラザルモノト解ス。尙制止ハ口頭ナルト動作ヲ以テスルトヲ問フコトナシ。

制止ニ從ハザルトハ、制止アリタルコトヲ覺知シナガラ暴行ニ着手シ又ハ之ヲ繼續スルコトヲ謂フ。單ニ制止ニ對シ反言スルノミニテハ充分ナラズ。

(二) 處斷

三年以下ノ禁錮。

本條ノ行爲ハ實質上ハ一種ノ命令不遵守ナルモ、制止ガ形式上命令ト爲スベカラザル爲命令抗

拒罪ニ比シテ刑ヲ大ニ減輕セリ。

三 餘 說

乙上官ニ暴行ヲ爲サントスルニ當リ甲上官ノ制止ニ從ハズ乙上官ニ暴行ヲ爲シタルトキハ本罪ト上官暴行トノ想像的競合ナリ。若シ同一上官ニ對シ暴行ヲ爲スニ當リ其ノ制止アリタルニ拘ラズ之ニ從ハザルトキハ如何。此ノ場合ハ上官ノ人格ニ對スル侵害ト其ノ活動ニ對スルソレトノ競合スルモノニシテ、理論的ニハ或ハ前段ノ場合ト同様ニ解セラレザルニ非ズト雖モ、上官自身ノ側ニ於テ部下ノ暴行ニ對シテ制止ヲ爲スハ一種ノ防禦行爲ニシテ當然豫想セラルル所ニ屬シ、此ノ防禦行爲ニ對スル再反撃ヲ特殊ナル法益ト解スルコトハ妥當ナラズト忌料スルヲ以テ、予ハ上官自身ニ對スル暴行ノ際其ノ上官ヨリノ制止ヲ守ラザル行爲ハ上官暴行中ニ包含セラレ別罪ヲ構成セズト爲スモノナリ。

第二項 哨兵ニ對スル罪

第一目 汎論

一 哨兵ニ對スル罪ハ即チ哨兵トシテ現ニ守地ニ在ル陸軍軍人ニ對スル侵害行爲ヲ内容トスルモノナルヲ以テ結局其ノ職務執行殊ニ警戒勤務ノ執行ヲ妨害スル行爲ニ歸着スベク、從テ前項上官ノ職務執

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 四三五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

行ニ對スル罪ト實質的ニハ共通性アリト謂フベシ。然レドモ後者ハ其ノ背後ニ上官ノ統率者トシテノ人格ヲ豫想シ其自體既ニ獨立ノ法益トシテ保護セラルルニ反シ、哨兵ノ場合ハ專ラ其ノ活動トシテ外部ニ顯現スルモノノミヲ保護セントスルモノナルヲ以テ大ニ差異アリ。換言スレバ上官ノ職務執行ニ對スル妨害ハ其ノ人格ヨリノ流露トシテノ活動ノ蔑視ナルモ、哨兵ノ場合ハ單ニ哨兵トシテノ活動ノモノヲ目標トシ其ノ深奥ナル人格ニ對スル侵害ハ問題トセラレザルナリ。

二 哨兵ニ對スル罪ハ右ノ如ク其ノ職務殊ニ警戒勤務ニ對スル妨害行為ナルヲ以テ、既ニ述ベタル警戒勤務ニ關スル罪ト相照應スル關係ヲ有ス。即チ後者ガ警戒勤務ニ關與スル者ノ義務懈怠ヲ内容トスルニ對シ、前者ハ警戒勤務關與者中ノ最重要ナル哨兵ニ對スル外部ヨリノ侵害行為ヲ内容トスルヲ以テ、兩者合シテ茲ニ警戒勤務ハ初メテ其ノ完璧ヲ致スコトヲ得ルモノナリ。或ハ此ノ二種ノ罪ヲ統合シテ哨令ニ關スル罪トモ稱スルコトヲ得ベシ。

三 哨兵ニ對スル職務執行妨害行為ノ態様トシテハ、或ハ哨兵ノ身體又ハ精神其ノモノニ對スル侵害トシテ行ハルルコトアルベク、或ハ身體又ハ精神ニ何等侵害ヲ加フルコトナク唯哨兵ノ職務執行行為ノ效果ヲ減殺乃至喪失セシムル場合モアリ得ベシ。從テ罪ノ種類モ哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪、同ジク侮辱ノ罪及哨令侵犯ノ罪ノ三種ニ分ツコトヲ得ベシ。以下此ノ區分ニ從ヒテ説明スベシ。

第二目 哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪

第一段 序論

一 哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪ハ、哨兵ノ職務遂行ニ缺クベカラザル身體的又ハ精神的不可侵性ニ對スル侵害行為ヲ内容トスルモノニシテ、上官ニ對スル暴行脅迫ト行為ノ外形ニ於テハ全ク同一ナリ。但シ規定ノ趣旨ニ於テ異ナルモノアルハ前述ノ如シ。其ノ身體的精神的安全ノ保護ヲ目的トスル點ニ於テ寧ロ後述一般軍人ノ職務執行妨害ノ罪ト相通ズルナリ。唯哨兵ノ職務ノ特殊ノ重要性ニ鑑ミ別箇ノ法條ニ規定シ刑ヲ加重シタルモノト解スルヲ得ベシ。

二 哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪ハ斯ノ如ク哨兵ノ職務執行ノ安全保障ノ侵害ヲ終局ノ目的トスル以上暴行脅迫ハ最早哨兵個人ノ私益ニアラズシテ純然タル軍乃至國家ノ公益ニ屬スルコト多言ヲ俟タズ。是ヲ以テ刑法ニ於テ暴行ノ罪ガ親告罪トセラルルニモ不拘、哨兵ニ對スル暴行ノ罪ハ上官ニ對スルソレト同様非親告罪トセラレタルナリ。

三 哨兵ノ職務ハ客觀的ナル警戒ノ充足ニ存シ、從テ此ノ充足ノ状態ニ對スル侵害ハ軍構成員ニ依リテ企圖セラレ得ルノミナラズ軍構成員ニアラザル者ニ於テモ爲シ得ザルニ非ズ。此ノ點上官ニ對スル

暴行脅迫ノ罪ガ上官下官ノ相對的關係アル者、從テ軍構成員ノ間ニ於テノミ犯シ得ルト異ナレリ。從テ本法第二條第一號ニ於テハ哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪ノ規定ヲ陸軍軍人以外ノ者ニモ適用スル旨ヲ明カニセリ。

四 本罪ノ趣旨ハ、以上述べタル如ク哨兵ノ職務ノ安全ヲ維持スルニ在リト雖モ、行爲ノ内容タル暴行脅迫ハ既ニ刑法ニ於テ罪トセラレ、唯戰力保護ノ見地ヨリ構成要件ヲ修正シ刑ヲ加重シタルモノニ過ギザルガ故ニ、本罪ハ準軍事犯ノ一種ニ屬スルモノト解ス。

第二段 本論

甲 總論

一 主體

陸軍軍人ハ勿論、陸軍軍人以外ノ者ト雖モ獨立シテ本罪ノ主體タルコトヲ得ルモノナリ(二一)。

二 客體

哨兵ナリ。儀仗又ハ警戒ノ爲守地ニ在ル陸軍軍人ニシテ(一七)其ノ意義ハ前述セシヲ以テ之ヲ省略ス。哨兵ガ下番後又ハ上番前衛兵所ニ在リテ服務スル場合ハ仍衛兵タル身分ヲ有スルコト通常ナルモ、

此ノ場合ハ一般ノ職務執行妨害ノ罪ノ客體タルヲ得ルニ過ギズ。尙哨兵タルコトノ認識ハ勿論犯意ノ内容ヲ爲スモノニシテ、其ノ欠缺セル場合ハ或ハ一般ノ職務執行妨害ノ罪或ハ刑法ノ公務執行妨害又ハ單純ナル暴行者ハ脅迫ノ罪ノ規定ヲ適用セララル。

三 行爲

(一) 樣態

敵前ト其ノ他ノ場合トニ二分セララル。敵前ハ同時ニ哨兵ノ所屬關係ヲモ表示スルモノト解ス。

(二) 內容

暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。

茲ニ所謂暴行又ハ脅迫トハ、曩ニ上官ニ對スル暴行脅迫及殺傷ノ罪ニ付テ述べタルト全ク同一ナルヲ以テ省略ス。尙巡察官ガ歩哨ノ睡眠セルヲ現認シ戒飭ノ爲之ヲ毆打スル場合ハ本罪ヲ構成セズトセララル。蓋シ違法性ナキガ爲ナルベシ。

乙 各論

哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪ハ之ヲ單純哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪ト黨與哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪トニ分チ、更ニ各々ヲ兵器ヲ使用スル場合ト然ラザル場合トニ細分スルナリ。

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 四三九
スル規定 第三章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

A 單純哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪

一 基本類型(六四)

(一) 要件

哨兵ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。第六十五條トノ關係上、本罪ノ主體ハ單獨ナル場合又ハ黨與ニ該ラザル共犯ノ場合ニ限ラルルナリ。

(二) 處罰

(1) 敵前ノ場合

七年以下ノ懲役又ハ禁錮。

(2) 其ノ他ノ場合

四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。

B 黨與哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪

一 基本類型(六五)

(一) 要件

黨與シテ哨兵ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。

黨與ノ意義ニ付テハ既述セリ。哨兵ニ對スル罪ノ規定ハ陸軍軍人以外ノ者ニモ適用セラレル爲メ黨與ハ軍人ノミノ場合タルト軍人ト非軍人トノ共同スルト乃至ハ非軍人ノミナルトヲ問フコトナシ。黨與ノ構成分子ハ首魁ト其ノ他ノ者トニ分タル。其ノ意義及主體トシテノ此等ノ完備ノ要否ニ付テハ黨與上官ニ對スル暴行脅迫ノ罪ノ場合ト異ルモノナシ。

(二) 處罰

(1) 敵前ノ場合

(a) 首魁 三年以上ノ有期懲役又ハ禁錮。

(b) 其ノ他ノ者 十年以下ノ懲役又ハ禁錮。

(2) 其ノ他ノ場合

(a) 首魁 一年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮。

(b) 其ノ他ノ者 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。

C 用兵器哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪

一 基本類型(六六)

(一) 要件

兵器又ハ兇器ヲ用キテ哨兵ニ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。兵器又ハ兇器ノ意義ハ第六十二條ノ場合ニ説明シタルト全ク同一ナルヲ以テ反覆セズ。其ノ他ノ要件ニ至リテモ既述セル所ヲ參照スベシ。

(二) 處罰

(1) 敵前ノ場合

無期又ハ五年以上ノ懲役又ハ禁錮。

(2) 其ノ他ノ場合

一年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮。

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。

D 黨與用兵器哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪

一 基本類型(六七)

(一) 要件

黨與シ且兵器又ハ兇器ヲ用キテ哨兵ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。

既ニ述ベタル黨與ノ場合ト兵衛又ハ兇器ヲ用キタル場合トノ競合ニ因テ構成セラル罪ナリ。從テ内容トシテハ新ニ加フル所ナシ。

問題ト爲ルハ黨與ヲ構成スル者ガ悉ク兵器又ハ兇器ヲ用フルノ要アリヤ否ノ點ナルガ、苟モ他人ガ兵器又ハ兇器ヲ使用スルコトヲ認識スル以上自己ニ於テハ之ヲ使用スルコトナシト雖モ仍此ノ者ニ付テ本罪ノ成立ヲ免レザルモノト解ス。從テ反面ヨリ、黨與ノ中他人ノ兵器又ハ兇器ヲ使用スルノ事實ヲ全ク認識セザル者ニ對シテハ第六十五條ノ成立ヲ認ムベキナリ。

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 四四三
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

(二) 處罰

(1) 敵前ノ場合

- (a) 首魁 死刑又ハ無期ノ懲役又ハ禁錮。
 - (b) 其ノ他ノ者 無期若ノ七年以上ノ懲役又ハ禁錮。
- (2) 其ノ場合

- (a) 首魁 死刑、無期若ハ七年以上ノ懲役又ハ禁錮。
- (b) 其ノ他ノ者 無期若ハ二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シク罰ス。

第三段 餘論

一 俘虜ガ單純ニテ其ノ收容所ノ歩哨ニ對シ暴行ヲ爲シタル場合ハ、陸軍刑法第六十四條ノ罪ト俘虜處罰ニ關スル件(明三八年法第三八號)第一條ノ罪トノ想像的競合ナリトセラル。

二 死傷ノ罪トノ關係

哨兵ニ對シ暴行ヲ加ヘタル結果之ニ死傷ノ結果ヲ生ゼシメタルトキハ、勿論別ニ刑法ノ傷害又ハ殺人ノ罪ノ成立ヲ見ルベキモノニシテ、之ト哨兵ニ對スル暴行ノ罪トノ關係モ亦想像的競合ナリ。

三 哨令侵犯ノ罪トノ關係

哨所ヲ通過スルニ當リ一旦哨兵ノ制止スル所ト爲リタルモ之ヲ毆打シ制止ニ背キ強ヒテ哨所ヲ通過シタル場合ハ、哨兵ニ對スル暴行ノ罪ト哨令侵犯ノ罪トノ成立ヲ認ムルヲ得ベシト雖モ、予ハ此ノ場合ハ法條競合トシテ、後者ハ當然前者ニ吸收セラルルモノトノ疑ヲ有ス。

第三目 哨兵侮辱ノ罪

第一段 汎論

一 哨兵侮辱ノ罪ハ哨兵ノ職務遂行上必要ナル精神の不可侵性就中其ノ職務上ノ威信ニ對スル侵害行爲ヲ内容トスルモノニシテ上官侮辱ノ罪ト外形ヲ同シクス。但シ規定ノ趣旨ニ於テ異ナルハ、上官ニ

第二編 內論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 四四五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

對スル暴行脅迫ト哨兵ニ對スルソレトノ關係ニ於ケルガ如シ。一方哨兵ニ對スル暴行脅迫トハ何レモ心身其ノモノニ對スル侵害ナル點ニ於テ相通ズルモノアリ。是ヲ以テ上官ニ對スル暴行脅迫ノ罪ノ規定ト上官侮辱ノ罪ノソレトハ之ヲ統一シテ人格ヲ保護スル規定トシテ述ベタルガ、哨兵ニ對スル暴行脅迫及侮辱ノ罪ノ各規定ハ哨兵ノ人格自體ヲ直接ノ前提トセズ專ラ職務執行ノ保護ヲ中心トシテ設ケラレタルモノナルヲ以テ、上官ニ對スル罪ノ場合トハ體系ヲ自ラ異ニシ、後述哨令侵犯ノ罪ト相合シテ哨兵ニ對スル罪ト爲スヲ至當ナリト解スルナリ。

二 哨兵侮辱ノ罪ノ規定ハ哨兵ノ職務上ノ威信ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノニシテ、假令行爲ノ内容ハ刑法名譽ニ對スル罪ノ規定ト類似スル所アリト雖モ、後者ガ個人的法益ヲ保護スルニ對シ、前者ハ飽ク迄警戒勤務ニ關與スル重要機關トシテノ哨兵ノ公的威嚴ヲ保持スルヲ任務トスルヲ以テ其ノ間立法趣旨ニ於テ截然タル區別アリ。サレバ哨兵侮辱ノ罪ハ刑法ニ於ケルト異ナリ上官侮辱ノ場合ト共ニ非親告罪トセラレタル所以ナリ。

三 哨兵ノ威信ハ獨リ軍構成員ニ於テノミナラズ一般人ニ於テモ之ヲ尊重セザルベカラザル理由ハ哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ場合ニ同ジ。蓋シ威信ハ無形的ナル利益ナリト雖モ、其ノ職務ノ圓滑ナル執行ノ爲ニハ身體的安全ト共ニ缺クベカラザル要件ナレバナリ。從テ本法第二條第二號ニ於テハ哨兵侮辱

ノ罪ノ規定ヲ陸軍軍人以外ノ者ニ對シテモ適用スルコトト爲セリ。

四 本罪ノ趣旨以上説明シタル如ク哨兵ノ職務遂行上ノ威信ノ確保ニ在リト雖モ、行爲ノ内容タル侮辱ハ既ニ刑法名譽ニ對スル罪ノ規定(刑第三十四章)ニ於テ定メラルル所ニ屬シ、戦力保護ノ目的ニ鑑ミ構成要件ヲ修正シ且刑ヲ加重シタルモノト謂ヒ得ベキヲ以テ、通説ハ哨兵侮辱ノ罪ヲ以テ準軍事犯ノ一種ト解スルナリ。問題トスベキハ、本罪ノ要件タル「其ノ面前ニ於テ」ガ刑法名譽ニ對スル罪ノ規定ニハ存セズ、反面同法ノ罪ハ總テ公然ナルコトヲ要件トスルガ爲、哨兵ノ面前ニ於テモ公然ニ非ザル状態ニテ爲サレタル侮辱ハ刑法上ハ罪ヲ構成セズ陸軍刑法ニ於テ初メテ罪トセラルルヲ以テ、此ノ場合ハ恰モ純正軍事犯ナルガ如キ觀ヲ呈スルノ點ナリ。之ニ關シテハ上官侮辱ノ罪ノ規定ニ於テ既ニ觸レタル所ニシテ、畢竟刑法ト陸軍刑法トノ間ノ立法上ノ不統一ノ餘弊ト見ルノ外ナカルベシ。然レドモ更ニ一步進メテ考フルトキハ、刑法ノ名譽ニ對スル罪ト陸軍刑法侮辱ノ罪トハ其ノ法益ヲ異ニスルコトヨリ、同ジク侮辱ト稱スル行爲ナリト雖モ實質ヲ異ニシ兩者相關聯スル所ナク、從テ陸軍刑法上ノ侮辱ハ全部純正軍事犯ニアラザルカノ疑問ナシトセザルナリ。

第二段 本論(七四)

一 要件

(一) 主體

陸軍軍人ノミナラズ陸軍軍人以外ノ者モ獨立シテ主體タルコトヲ得ルナリ(二二)。

(二) 客體

哨兵ナリ。其ノ意義ハ前述セシヲ以テ反覆セズ。尙哨兵タルコトノ認識ヲ要スルヲ以テ之ヲ缺如スルトキハ行爲ノ公然ニアラザル限り刑法上モ罪トナラズ。

(三) 行爲

面前ニ於テ侮辱スルコトニ因テ成立ス。

面前ノ意義ニ付テハ上官侮辱ノ罪ノ規定ニ於テ述ベタルト同一ニシテ、哨兵ノ直接ニ覺知シ得ル状態ヲ謂ヒ、必ズシモ哨兵ノ眼前ナルコトヲ要セズ。

侮辱ハ哨兵ニ對シ輕蔑ノ意思ヲ表示シ其ノ職務上ノ威信ヲ毀損スル一切ノ行爲ヲ謂ヒ、事實ヲ摘示スルト否トヲ問フコトナク、又言語ニ依ルト動作ニ依ルトヲ區別セザルナリ(昭六年七月一五日高判參照)。

上官侮辱ノ罪ニ於テハ面前ノ場合ノ外公然ノ方法ヲ以テスル場合ヲモ規定セラルルモ、哨兵ノ

場合ハ面前ナル以上別ニ公然ナルト否トヲ要セザルナリ。斯ノ如ク、犯罪ヲ面前ノ場合ニ限リシハ、前述ノ如ク本罪ガ上官ノ場合ト異ナリ哨兵トシテ服務中ノ状態ノミヲ保護ノ對象トスルガ爲ナリ。

二 處罰

二年以下ノ懲役又ハ禁錮。

第三段 餘論

一 哨兵ノ面前ニアラズシテ公然之ヲ侮辱シタル行爲ニ對シテハ刑法名譽ニ對スル罪ノ規定ヲ適用スベキモノナリ。

二 哨兵ニ對スル暴行ノ罪トノ關係

哨兵ニ對シ暴行ヲ爲スニ際シ之ヲ侮辱シタルトキハ、一般的ニハ兩行爲ハ併合罪ヲ爲スモノナレドモ、曩ニ上官侮辱ノ罪ニ付テ述ベタルト同ジク、哨兵ニ對シ暴行中之ニ氣勢ヲ添フル爲極テ簡單ナル輕蔑的言辭ヲ發シタル場合ハ暴行ノ外ニ別ニ侮辱ノ罪ノ成立ナシト解スベシ(昭一三年二月五日高判參照)。

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 四四九
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

第四目 哨令侵犯ノ罪

第一段 序論

一 哨令侵犯ノ罪ノ規定モ亦哨兵ノ職務執行ノ安全ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノナレドモ、前述哨兵ニ對スル暴行脅迫乃至侮辱ノ罪ノ規定ハ哨兵ノ心身其ノモノノ不可侵性ヲ直接ノ侵害目標トスルニ對シ、哨令侵犯ノ罪ノ規定ハ哨兵ノ活動ノ成果ヲ破壞スルコトヲ直接ノ侵害目標トスル點ニ於テ差異ヲ有ス。換言スレバ暴行脅迫及侮辱ノ罪ノ規定ガ哨兵ノ靜的地位(勿論職務執行上)ヲ確保スルニ反シ、哨令侵犯ノ罪ノソレハ哨兵ノ動的的地位ヲ擁護スルヲ任トスルナリ。

二 哨令侵犯ノ罪ハ哨兵ノ哨令執行行為ヲ妨害スルモノニシテ、既ニ述ベタル本法第四十七條乃至第五十條所定ノ警戒勤務ニ關スル罪ヲ假ニ能動的哨令違反ノ罪ト名付クレバ、以下述ブル哨令侵犯ノ罪ハ受働的哨令違反ノ罪トモ稱スルコトヲ得ベシ。蓋シ侵害ノ原由ガ前者ハ警戒勤務ニ關與スル機關ノ内部ニ存スルニ對シ、後者ハ其ノ外部ニ在ルト雖モ究局共ニ警戒勤務ノ完全性ノ維持強化ヲ目的トスレバナリ。

三 哨令執行ノ外部的妨害ハ、必ズシモ軍構成員ノミナラズ一般人ト雖モ之ヲ企圖スルコトアリ得ベシ。是ヲ以テ本法第二條第六號ニ於テハ、哨令侵犯ノ罪ノ規定ヲ陸軍軍人以外ノ者ニモ適用スルコトト爲シタリ。但シ哨令侵犯ノ罪ノ規定ハ固ト作戰遂行ノ技術的考慮ニ基キ設ケラレタル純然タル取締的ノモノニシテ、之ヲ無條件ニ一般人ニ適用スルハ酷ニ失ストノ見地ヨリ同規定ノ一部ノミニ止メラレタリ。惟フニ哨令執行ハ作戰ノ爲ノ最大要件ノ一ナルヲ以テ、右謙抑主義ハ立法論トシテ仍檢討ノ餘地アリト思料ス。

四 哨令侵犯ノ罪ハ以上述ベタル所ニ於テ明瞭ナルガ如ク、専ラ戦力ノ保持強化ノ必要ヨリ本法ニ於テ初メテ罪トシテ設ケラレタルモノナルヲ以テ固ヨリ純正軍事犯ノ一種ニ屬ス。

第二段 本論

甲 總論

一 客體

哨兵ナリ。其ノ意義ハ既述セリ。哨兵ハ守地ニ在ルコトヲ絕對要件トスルヲ以テ、其ノ擅ニ守地ヲ

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 四五一
 スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

離レタル者ニ對シテハ本罪ノ成立ナキハ言フ俟タズ。

又假令哨兵トシテ守地ニ在ル者ト雖モ、睡眠又ハ酩酊シテ警戒勤務ヲ懈怠セル場合モ亦此ノ者ニ對シ哨令侵犯ノ罪ヲ構成スルノ餘地ナキモノト解セラル。

二 行爲

(一) 様態

敵前ト軍中又ハ戒嚴地境ト其ノ他ノ場合トノ三種ニ區分セラル。敵前、軍中又ハ戒嚴地境ハ固ヨリ行爲ノ場所ニ付テノ様態ナレドモ、一面ニ於テ被害客體タル哨兵ノ所屬關係ヲモ表示スル作用ヲ營ムモノト解ス。

(二) 内容

本罪ノ行爲ハ哨令ノ侵犯ニシテ、其ノ内容ハ各論ニ於テ後述スル所ニ讓ル。而シテ哨令ノ意義ハ既ニ述ベタルヲ以テ省略ス。

哨令侵犯ノ成立スル爲ニハ犯人ニ於テ現ニ哨兵ノ執行スル事項ガ哨令タルコトヲ認識セザルベカラズ。但シ此ノ點第九十五條第一項ノ罪ニ付テハ規定ノ字句ニ既ニ哨令侵犯行爲ノ内容ヲ揭示シ間接ニ哨令ヲ推知セシムルヲ以テ、違反行爲ノ認識アル以上特ニ哨令自體ノ認識ノ有無ヲ穿鑿

スルノ要ナク、結局同條第二項ニ付テノミ右ノ問題ヲ生ズルナリ。

哨令侵犯ハ如何ナル手段ニ依ルヲ問ハザルモ、哨令執行ノ現實ニ妨害セラレタルコトヲ必要トス、換言スレバ哨令ノ内容タル事項ノ實體ガ犯人ノ行爲ニ依リテ不能又ハ困難ナラシメラレタル場合ナラザルベカラズ(大正一四年五月九日高判)。即チ一種ノ實害犯ナリ。但シ哨令執行ノ不能又ハ困難ハ直ニ警戒ニ現實ナル支障ヲ生ゼシムルモノト謂フコトヲ得ズ。從テ警戒ノ安全性ノ點ヨリ見レバ、哨令侵犯ハ警戒勤務ニ關スル罪ト同様危殆犯ト爲サザルベカラズ。

乙 各論

哨令侵犯ノ罪ハ分チテ個別的哨令侵犯ノ罪及補充的哨令侵犯ノ罪ノ二種ト爲スコトヲ得ベシ。

A 個別的哨令侵犯ノ罪(九五)

一 要件

(一) 主體

陸軍軍人ノ外ニ陸軍軍人以外ノ者モ獨立シテ主體タルコトヲ得ベシ(二六)

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 四五三

(二) 行爲

行爲内容ヲ分チテ二トス。

(1) 哨兵ヲ欺キテ哨所ヲ通過スル行爲

欺罔手段ヲ用キテ哨兵ノ許可ヲ得テ哨所ヲ通過スルニ因テ成立ス。分説スルコト左ノ如シ。

(a) 欺罔手段ヲ用キテ哨兵ノ許可ヲ得ルコト

欺罔手段ヲ施用シテ哨兵ヲ錯誤ニ陥レ其ノ明示又ハ默示ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス。

欺罔手段ノ種類ニ付テハ別ニ制限ナキヲ以テ、偽造ノ文書ヲ呈示スルト口頭ニテ自己ノ哨所通過ノ資格アルコトヲ詐言スルト將又制服ヲ偽裝スルト乃至ハ正當ナルガ如キ引率外出ヲ裝フトヲ問フコトナシ(大一年九月二十七日高判)。他兵ニ混入シタル場合ニテモ可ナリ。哨兵ノ外ニ衛兵司令ノ許可ヲ要スル場合(軍内一四六、二〇九但)後者ヲ欺罔シタルトキ雖モ別ニ哨兵ヲ欺罔スルニ非ザレバ本罪ノ要件ヲ充足セズ。然レドモ何等積極的手段ノ施用ナキ場合ハ不可ナリトセラル。蓋シ出入者ニハ一般的ニハ眞實告知ノ義務ナキガ爲ナルベシ。

哨兵欺罔ノ行爲ト關係シテ一言タルヲ要スルハ、哨兵自身ニ於テ此ノ場合何等法律上ノ責任ヲ負フコトナキカノ點ナリ。蓋シ哨兵ハ其ノ哨令執行トシテ哨所出入者ノ監視ヲ爲スベキ

務ヲ有ス(作要一部二三一。衛勳令、軍内ハ作要ノ規定ヲ準用ス)。從テ哨所出入者ニ就テ其ノ出入ノ資格アリヤ否ヲ審査セザルベカラズ。若シ哨所出入者ノ欺罔行爲アルニ當リ哨兵ガ故意ニ其ノ審査ノ權能ヲ行使セザルトキハ自ラモ哨令違反ノ罪ヲ犯スコトナルヲ以テナリ。哨兵ノ哨所出入者ニ對スル資格審査ノ權能ハ之ヲ分チテ形式的權能ト實質的權能ト爲スヲ得ベシ。前者ハ哨所ヲ通過スル場合ニ要スル外形の表見的資格ヲ審査スルヲ謂ヒ、後者ハ斯カル外形の表見的資格ヲ基礎付クル内面的實質的資格ヲ審査スルコトヲ指スナリ。而シテ哨所ヲ出入スルコトヲ得ル者ハ必ず以上二個ノ資格ヲ併セ有スベキハ勿論ニシテ、其ノ一ヲ缺クモ最早哨所出入ヲ爲シ得ザルモノトス。此ノ點ニ關シ實質的資格アリテ唯形式的資格ヲ僞ルニ過ギザル場合又ハ實質的資格ナキニ拘ラズ詐僞手段ニ依リ形式的資格ヲ得テ之ヲ表示シタル場合ヲ共ニ無罪ト爲ス意見アリト雖モ、輒ク同意シ難シ。

然レドモ哨兵ガ哨所ヲ出入セントスル者ニ付其ノ資格ヲ審査スル場合必ず右形式及實質ノ雙方ニ亘ルヲ要スルカノ點ハ又別個ニ考察セラレザルベカラズ。何者、哨所出入者ニ對シ外出證公用證等ノ證明書ノ哨兵ヘノ呈示又ハ所定ノ服裝其ノ他外形の標識等ノ行爲ヲ命ズルハ、之ニ因リ哨兵ヲシテ同時ニ哨所出入者ガ實質的資格ヲモ享有スルコトヲ推斷セシメ以テ哨所

出入許否手續ノ簡便ヲ圖ルガ爲ナレバ、哨兵ガ上敘形式的資格ノ有無ノ審査ヲ爲スノ外更ニ必ズ其ノ實質的資格ノ審査ヲモ行フノ義務アリト爲スハ、徒ニ哨令執行ノ煩雜ヲ招クニ過ギズシテ、形式的資格ニ付テノ要件ヲ豫メ規定シタル趣旨ト相反スルヲ以テナリ。此ノ意味ニ於テ予ハ哨兵ハ哨所出入者ニ對シテハ其ノ形式的資格ヲ審査スルノ義務ヲ負フニ止マリ、一般ニ進ンデ其ノ實質的資格ヲ審査スルノ要ナキモノト解スルナリ。尤モ這ハ實質的資格ヲ審査スルノ義務ナシト謂フノミニシテ、敢テ該資格ノ有無ニ付テハ全ク無關心ヲ持スルモ差支ナシト爲スモノニアラズ。從テ形式的資格ノ審査ニ際シ該資格ヲ備フルニ拘ラズ偶々實質的資格ヲ有セズト認メタルトキハ當然出入ヲ拒否スベキモノナリ。

以上述べタル如ク、哨兵ハ哨所出入ノ者ニ對シテハ其ノ形式的資格ニ付テノミ審査ノ義務アルヲ以テ、之ヲ故意ニ懈怠シタル場合又ハ形式的資格無キコトヲ偶々認メタルニ拘ラズ出入ヲ許可シタル場合ハ何レモ哨令違反ノ責任ヲ負フベク、此ノ場合哨所出入者ノ哨令侵犯ノ責任トハ何等ノ聯關ナキモノトス。唯哨兵ガ過失ニ因リ右ノ如キ行爲ニ出デタル場合ハ哨令違反罪ヲ構成セザルコト勿論ナリ。

(b) 哨所ヲ通過スルコト

① 哨所ノ觀念ニ三說アリ。第一ハ哨兵ノ警戒目標ノ存在場所ナリトスルモノニシテ、第二ハ哨兵ノ行動區域ヲ指スモノニシテ、第三ハ哨兵ノ位置スベキ地點ヲ謂フト爲スナリ。惟フニ第一ノ見解ハ軍隊內務書第四百十一ニ於ケル如ク特定物件ノ明示セラルル場合ニ於テハ必ズシモ不當ナラズト雖モ、其ノ明示ナキ銃前哨、對空監視哨ノ如キモノニ付テハ適用シ得ザル所ナリ。次ニ第二ノ見解ハ哨所ト守地トヲ同一ナリトスルモノナルガ、本法第十八條第四十七條衛戍勤務令第四十四ニ依レバ其ノ不當ナルハ明カナルベシ。茲ニ於テ第三ノ見解ヲ正當ナリト爲スベキナリ。即チ予ハ哨所ヲ以テ哨兵ノ占守シ其ノ活動ノ根基ト爲ス地點ヲ謂フモノト解セント欲ス(衛勤令二七、二九、三九。作要一部二二七。軍內一四七)。從テ哨所ハ哨兵ノ存在ヲ觀念上ノ前提ト爲サザルベカラズ。或ハ哨所ハ哨兵ニ先行スル觀念ニシテ理論的ニハ哨兵ナキト雖モ哨所ハアリ得ベシ(軍內一四一。衛勤令二七、四四。作要一部二一七)。例ヘバ夜間表門歩哨ノ撤去シ小門ノ開キアル場合ハ依然哨所ト謂ヒ得ベシトノ說アルモ、哨兵ヲ配置スベク豫定セラレタル地域又ハ哨兵撤收後ノ地域ハ共ニ客觀的ナル地理的存在トシテハ何等哨兵配置中ノモノト異ナラズト雖モ、該地域ヲ警戒上ノ目的ニ使用スルカ否ノ點ニ於テハ全ク性質ヲ變更スルニ至ルモノニシテ、即チ現ニ哨兵ノ配置セラレザル哨所

ハ實ハ哨所トシテノ機能的意義ヲ缺如スルモノナリ。從テ右ノ説ガ哨所ヲ以テ抽象的ナル地域其ノモノヲ云爲スルナラバ格別、苟モ該地域ヲ警戒勤務ニ關聯セシメテ即チ之ニ何等カノ警戒上ノ價值ヲ附與シテ觀察スル限リ到底維持スベカラザルモノト信ズ。尙衛戍勤務令第四十四及第四十七ニハ「哨所ノ位置」ナル字句ヲ用フルモ、之單ニ哨所ヲ具體的有形的ナルモノトシテ示ス意義ヲ有スルニ過ギズ。哨所ト實體ヲ異ニスルモノニ非ズ。哨所ハ土地ノ一點ヲ指スモノナルモ、之固ヨリ觀念的ナル内容ヲ表明シタルモノニシテ、現實ニハ土地ノ一定區劃ヲ以テ示サザルベカラズ。而シテ該區劃上ニハ何等特別ノ設備ノ在ルコトヲ要セズト雖モ、雨雪天等ノ際ノ警戒勤務ニ使用スル目的ヲ以テ特ニ建物ヲ設置セラルル場合アリ、之即チ哨舎ナリ（衛戍令三八、四二。軍令一四六、一四八）。哨舎ニアラスト雖モ遮蔽ノ目的ヲ以テ既存ノ又ハ新ニ工事ヲ施シテ設備スルコトアリ（作要一部二二九）。

Ⅱ 哨所ガ守地ト區別セラルベキコトハ前述シタル所ニシテ後者ハ哨所ノ位置ヨリ通常三十歩以内ノ地域トス。勿論哨所ハ守地ノ一部ニ屬スルナリ（衛戍勤務令四四ニ所謂三十歩ハ哨所ノ在ル地域ノ限界線上ヨリ外方ヘ向ツテ測定セラルベキモノト解ス）。作戰要務令ニ所謂哨線ハ（作要一部二三二）一ノ哨兵ノ守地ガ他ノ哨兵ノソレト連接シテ一ノ假想線（實ハ假想帶）ヲ形成スル特殊場合

ヲ見タルモノナリ。

Ⅲ 哨所ハ又哨兵ノ警戒ノ對象トモ異ナル。茲ニ警戒ノ對象トハ、即チ敵ノ襲撃ヨリ防護セントスル客體ニシテ或ハ特定ノ物件トシテ指定セラルルコトアリ。此ノ場合ハ哨所ハ當該物件ニ近接シテ設ケラルベキハ言フ俟タズ。例ヘバ軍旗、營門、彈藥庫、營倉ノ如シ（軍令一四二）。或ハ哨兵ヲ出シタル部隊全般ナルコトアリ。例ヘバ作戰要務令上ノ分哨、複哨、銃前哨等ノ如シ（作要一部二二六、二二七、二二九、三三六）。

Ⅳ 哨所ノ觀念右ニ述ベタル如シトセバ、法文ニ所謂哨所ヲ通過ストハ如何ナル意義ヲ有スルカ。抑々或ル地域ヲ通過スルトハ、觀念的ニハ該地域外方ヨリ内方ニ向ヒ更ニ外方ヘト自己ノ前進運動ヲ經過スベキ路線ヲ選定シ、此ノ路線ニ從テ現實ニ該運動ヲ始終スルコトヲ謂フモノニシテ、哨所通過ノ場合モ亦通過ヲ意欲スル者ハ先ヅ哨所ノ外方ヨリ一旦哨所ノ在ル地域内ニ入り更ニ其ノ外方ニ出ヅルコトヲ要スルナリ。此ノ際嚴密ニ考察スレバ必ずシモ本人ハ幾何學的ニ哨所ノ在ル地域ノ境界内ニ入りタリトハ言ヒ得ザル場合アルベシト雖モ、苟モ哨兵ガ其ノ行動區域内ニ本人ノ存スルコトヲ認知シタル限リ法規範的ニ見レバ一旦哨所ニ入りタルモノト解スベク敢テ同人ガ哨所ノ位置ニ在ル哨兵ノ直前ニ來リタル

コトヲ要セザルナリ。然ラバ哨所ヲ通過スル行爲トハ法律上ハ外部ヨリ哨所ノ在ル地域ニ入リタル状態ヲ現出シ次デ該地域ヲ離脱スルコトニ因テ成立スルモノト謂ハザルベカラズ從來ノ實例ニ依レバ、警戒ノ對象トシテ特定物件例ヘバ聯隊表門ガ指定セラレタルトキハ同門ノ出入行爲ノ完了ヲ以テ哨所通過ノ既遂ナリト爲スガ如シト雖モ、同門ノ出入ハ哨所ヲ通過シタル後ニ起ルベキ當然ノ結果ニ外ナラズ。判決文記載ノ技術ノ問題トシテハ格別法理ノ問題トシテハ哨所通過ト表門ノ出入トハ之ヲ峻別セザルベカラズ。此ノ事ハ其ノ他ノ特定物件ヲ警戒ノ對象ト爲シタル場合ニモ妥當スルナリ。若シ特定物件ノ通過ヲ以テ哨所ノ通過ト同視センカ彈藥庫ノ如キハ完全ナル通抜ノ行爲アルニ非ザレバ通過ト謂ヒ得ザルベク、此ノ結論ノ失當ナルハ贅言ヲ俟タズト思料ス。尙斯ノ如ク哨所通過ト之ニ基ク他ノ行爲トヲ區別シ得ルハ、特定ノ物件ナキ作戰要務令ノ一般歩哨等ノ場合モ同様ニシテ、是ニ於テハ哨所ヲ通過スルニ次デ歩哨線(即チ哨兵ノ行動區域)出入ノ行爲ガ起ルナリ。

右ニ述ベタル所ニ從ヘバ哨所ノ觀念ニハ別ニ廣狹二義アリト爲シ、狹義ニ於テハ哨兵ノ守ルベキ地ノ中心ニシテ、廣義ニ於テハ哨兵ノ行動區域ナリト主張スル說ノ正鵠ヲ得ザルコトモ自ラ明カナルベシ。

(V) 哨所ヲ通過スル行爲ハ前述欺罔手段ノ施用ニ因リ哨兵ノ許可アリタルコトニ基カザルベカラザルナリ。從テ哨兵ノ明示又ハ默示ノ許可ト全ク無關係ニ哨所ヲ通過スル場合ハ本罪ヲ構成セズ。例ヘバ哨兵ノ守地ニ於テ睡眠中ニ哨所ヲ通過スルガ如シ。哨兵ノ守地ヲ離レタル間ニ哨所ヲ通過スル場合亦同様ナリ。更ニ哨兵ガ守地ニ在リテ犯人ノ來レル以外ノ方向ヲ警戒中ナルヲ幸哨兵ノ氣付カザル裡ニ哨所ヲ通過スル場合モ然リ。但シ此ノ行爲ハ哨兵ニ對シ哨令ヲ犯スモノトシテ後述第九十五條第二項ノ適用ヲ受クルコトヲ免レザルベシ。

(2) 哨兵ノ制止ニ背ク行爲

或ル行爲ヲ爲スニ對シ哨兵ガ之ヲ制止シタルニ拘ラズ之ニ從ハザルニ因テ成立ス。分說スルコト左ノ如シ。

(a) 或ル行爲ヲ爲スニ對シ哨兵ノ制止アルコト如何ナル行爲(作爲又ハ不作爲)ガ制止ノ對象ト爲ルカハ法文ニ明示ナシト雖モ事態ヲ哨兵ノ方面ヨリ見レバ凡ソ警戒ノ安全性ニ支障ヲ及ボス虞アル行爲ハ悉ク哨兵ニ於テ之ヲ排除シ得ザルベカラズ。若シ斯カル行爲ヲ防壓スル爲要スレバ實力ヲ行使スルヲ妨グズ(作要一部二三一

3)。然レドモ妨害行為アリトスルモ直ニ實力ヲ行使スルハ緊急已ムヲ得ザル場合ニ限ルベク(奮勵令一二)、第一次的ニハ妨害行為ノ主體ニ對シ之ガ中止ヲ命ズベキナリ。哨兵ノ制止ハ即チ警戒ニ支障ヲ生ゼシムル行為ヲ排除スルガ爲當該行為者ニ對シ其ノ中止ヲ要求スル意思表示ニシテ、言語ニ依ルト動作ヲ以テスルトヲ問フコトナシ。尤モ此ノ意思表示ハ相手方ヲシテ其ノ趣旨ヲ了解セシメ得ベキモノナルコトヲ要シ、且相手方ガ該趣旨ヲ現ニ了解セザルベカラザルコトハ勿論ナリ。

制止ハ前述ノ如ク警戒ニ支障ヲ及ボス行為ノ中止ヲ命ズル處置ニシテ、其自體一種ノ哨令執行ト解スルコトヲ得ベシ。從テ第三者ガ哨兵ノ制止ニ對シ更ニ妨害ヲ加ヘタルトキハ其ノ者ガ軍人タル限リ第九十五條第二項ノ罪ノ成立ヲ見ナリ。

(b) 制止ニ背クコト

哨兵ヨリ制止ヲ受ケ其ノ趣旨ヲ諒解シナガラ依然或ル行為ヲ繼續シ又ハ之ニ着手スルヲ謂フ。本法第五十九條ニ於テハ「制止ニ從ハザル」ノ守句ヲ用ヒ、同第九十五條第一項ノ用語ト異ナルヲ以テ、或ハ前者ハ制止ノ對象タル行為ヲ繼續シ又ハ新ニ之ニ着手スル場合ニシテ後者ハ斯ル行為ノ外結局制止ニ從ヒタルモ一應制止ニ反言シタル如キ場合ヲモ包含スルモノ

ト解釋ヲ容ルル餘地アリヤニ疑ハルルモ予ハ本條ガ哨兵ノ行動ノ安全ヲ保護スル規定ナル趣旨ニ鑑ミ、哨兵侮辱ニ該ラザル輕易ナル威信ノ毀損ニ過ギザル單ナル反言的意思表示ハナラ包含セザルモノト解スルヲ以テ、前示二個ノ條文ノ字句ハ畢竟同意義ナリト思料ス。

制止ニ背ク行為ハ制止アリタル後其ノ對象タル行為ヲ繼續シ又ハ新ニ之ニ着手スルニ因テ直ニ既遂トナリ、其ノ後意外ノ障礙ニ因リ又ハ本人ノ意思ニ基キ該行為ヲ中止シタルコトハ何等本罪ノ成立ニ消長ナシト謂フベシ。之蓋シ本罪ガ警戒勤務ノ抽象的危險性ヲ實質トスルガ爲ナリ。

二 處 罰

- (一) 敵前ノ場合
 - 一年以上五年以下ノ禁錮。
- (二) 軍中又ハ戒嚴地境ノ場合
 - 三年以下ノ禁錮。
- (三) 其ノ他ノ場合
 - 一年以下ノ禁錮。

B 補充的哨令侵犯ノ罪(九五)

一 要件

(一) 主體

個別的侵犯ノ罪ノ場合ト異ナリ陸軍軍人ヲ原則トシ、軍人ニ非ザル者ハ軍人トノ複合關係ニ於テノミ主體タルコトヲ得ルナリ。

斯ノ如ク主體ノ範圍ヲ同罪ニ於ケルト區別シタル所以ハ、前述ノ如ク一般人ガ哨令ノ執行ニ慣熟セザルヲ以テ之ガ獨立的主體性ヲ哨令違反ノ形態ノ最モ明瞭ナル場合ノミニ限定シテ附與セントシタルニ出ヅルナリ。

(二) 行爲

哨兵ニ對シ哨令ヲ犯スコトニ因テ成立ス。分説スルコト左ノ如シ。

(1) 哨兵ニ對スルコト

哨兵ニ對スルトハ、哨兵ノ哨令執行行爲ニ對シテ妨害ヲ加フルヲ謂フ。即チ哨令執行行爲ガ現ニ存シ又ハ將ニ開始セラレントスル際ナルコトヲ要ス。凡ソ哨兵ハ苟モ守地ニ在ル限リ特定

ノ行爲ヲ爲サザル場合ト雖モ一般ニハ哨令ヲ執行中ト解スベキモノナリ。然レドモ既ニ述べタル如ク睡眠又ハ酩酊シテ職務ヲ怠ル場合ノ如キハ哨令執行中ト爲スヲ得ズ。哨兵ガ守地ヲ離レタル間亦同ジ。從テ此等ノ場合ニハ哨兵ニ對スルモノト謂フコトヲ得ズ。

(2) 哨令ヲ犯スコト

本條第一項ニ掲ゲラレタル以外ノ方法ヲ以テ哨令ノ執行ヲ不能又ハ困難ナラシムルコトヲ要ス(大一四年五月九日高判)。例ヘバ哨兵警戒ノ隙ヲ窺ヒテ哨所ヲ通抜ケ又ハ物品持出證ニ記載ナキ物品ヲ隱匿シテ持出スガ如キ(軍内一四六七、二一〇)之ナリ。尙前述ノ如ク本罪ニ於テハ犯人ガ自己ニ於テ執行ヲ妨害セントスル哨令ノ何タルカヲ認識シ且自己ノ行爲ニ因リ該執行ガ不能又ハ困難ナラシメラルル結果ノ生ズベキコトヲ豫見セザルベカラズ。

二 處罰

個別的哨令侵犯ノ場合ト同一ナリ。

第三段 餘論

一 文書偽造罪トノ關係

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 四六五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

哨兵ヲ欺罔スル手段トシテ公用證等ヲ偽造行使シタル場合ハ公文書偽造行使及哨令侵犯ノ間ニ順次手段結果ノ關係アルモノトシテ牽連犯成立スルモノトセラル。

二 暴行脅迫トノ關係

哨兵ノ制止ニ背キ強ヒテ哨所ヲ通過シ其ノ他哨令侵犯ノ行爲ヲ爲スル當リ哨兵ニ暴行脅迫ヲ加ヘタルトキハ、實例ハ哨令侵犯ト哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ二罪ノ成立ヲ認メ予ハ之ニ對シ反對ノ意見ヲ有スルコトハ既ニ述ベタルガ如シ。勿論此ノ結論ハ哨令侵犯ノ行爲ト暴行脅迫ノソレトガ互ニ交錯スル場合ニ限ルモノニシテ、行爲ガ全然別箇ノモノナル場合例ヘバ哨所ヲ通過セントシテ哨兵ノ制止アリタル爲之ニ服從シタルモ憤激ノ餘哨兵ヲ毆打シテ一旦現場ヲ立去リタル後再度同哨所ニ到リ同哨兵ノ隙ヲ見テ之ヲ通過シタルトキハ哨兵ニ對スル暴行ト哨令侵犯トハ純然タル併合罪ナリ。

第二款 補充的職務執行妨害ノ罪

第一項 序論

一 補充的職務執行妨害ノ罪ノ規定ハ一般陸軍軍人ノ職務執行ノ安全ヲ保護スルヲ目的トス。既ニ述

ベタル個別的職務執行妨害ノ罪ノ規定ニ於テハ上官又ハ哨兵ナル特殊ノ地位ヲ有スル軍人ノ職務執行ノ安全ヲ保護客體ト爲シ、以下述ブル所ノ罪ハ此等ノ者ヲ除キタル一切ノ陸軍軍人ノ職務執行ノ安全ヲ侵害スルコトヲ實質トスルモノナリ。從テ雜多ノ職務ヲ包含スル爲所定刑モ前者ニ比シ低減セラル。
二 凡ソ公務員ノ職務執行ノ安全ノ保護ハ既ニ刑法公務執行妨害ノ罪ノ規定(刑九五、九六)ニ於テモ之ヲ考慮スル所ニシテ、陸軍刑法第六十八條及第六十九條ノ規定ハ其ノ所定ノ基本的要求ニ於テ全ク刑法ノ右規定ト同一ニシテ唯刑ヲ加重セシニ過ギズ。之蓋シ軍ノ活動ハ一般國務上ノソレニ比シテ遙ニ重大ナル保護價值ヲ置カザルベカラザルコトアリトノ見地ニ出ヅルモノト謂フベシ。從テ補充的職務執行妨害ノ罪モ亦準軍事犯ノ一種ニ屬ス。

第二項 本論

第一目 總論

一 主體

陸軍軍人ニ限ル。軍人以外ノ者ハ觀念的複合關係ニ於テ主體タルヲ得ベク、即チ處罰ノ點ニ於テノ

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 四六七
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ミ刑法公務執行妨害ノ罪ノ刑ヲ科セラルルナリ。

二 客體

上官又ハ哨兵以外ノ陸軍軍人が職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シテ妨害行爲ノ加ヘラルルコトヲ要ス分説スルコト左ノ如シ。

- (一) 上官又ハ哨兵ハ既ニ前述個別的職務執行妨害ノ罪ノ保護客體ナルヲ以テ、當然之ヲ除外シタル一般軍人(勿論準軍人ヲ含ム)ニ限ラルルモノトス。
- (二) 職務トハ國家(從テ軍ノ)機關トシテ擔任スル事務ヲ謂フ。其ノ精神的ノモノト肉體的ノモノナルトヲ問フコトナシ。然レドモ所謂雜役ニ類スルモノハ之ヲ包含セズ。從テ當番兵ノ如キ者ニ付テハ場合ニ依リ職務タルベキモノナキコトアリ得ベシ。
- (三) 職務ニ對スル妨害ハ適法ナル職務行爲ニ對スルモノナリ。茲ニ適法ナリヤ否ハ命令ノ適法性ニ關シ既述シタル標準ト同ジク一般人ノ見解上公務ノ執行ト見ラルベキモノニ對シテハ妨害罪成立スルモノト解ス。
- (四) 職務ノ執行トハ必ズシモ所謂執行行爲即チ「公務員ガ物又ハ人ニ對シ法律規則ヲ執行シ又ハ公務所ノ命令ヲ執行スル場合」ノミニ限ラズ公務所ニ於テ公務員ガ職務上爲スベキ事務ノ取扱ヲモ總

テ之ヲ包含セシメタルモノ」(明四二年一月一九日大判、錄一五輯一六四一頁)ト解スベク又「職務ヲ行フコトガ人ヲ強制スルニ至ルベキ場合」ノミニ限ラズ汎ク職務ノ範圍内ニ屬スル事項ヲ行フ場合ヲモ包含スルモノ」(明四四年四月一七日大判、錄一七輯六〇二頁)ト爲スベキモノナリ。從テ衛兵所内ニ於テ職務セル衛兵司令モ亦職務執行中ノモノニ該當ス(大一年二月二日高判)。

(五) 職務ヲ執行スルニ當リトハ職務ヲ現ニ執行中ハ勿論將ニ職務ノ執行ニ着手セントスル場合ヲモ包含ス(明四二年四月二六日大判錄一五輯五一〇二頁)。然レドモ特定ノ職務ヲ擔任スルコトアルベキ一般的人ノ地位ニ在ルモノハ不可ナリ。例ヘバ週番上等兵タル身分ノ如シ。

三 行爲

暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。其ノ意義ハ上官ニ對スル暴行又ハ脅迫ノ罪ニ於ケルト何等異ナル所ナシ。

第二目 各論

補充的職務執行妨害ノ罪ハ之ヲ單純職務執行妨害ノ罪ト黨與職務執行妨害ノ罪トニ分チ、各々更ニ兵器ヲ使用シタル場合ト然ラザル場合トニ細分スルコトヲ得ベシ。

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 四六九
 スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

第一段 單純職務執行妨害ノ罪

一 基本類型(六八一)

(一) 要件

上官又ハ哨兵以外ノ陸軍軍人職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス
黨與ノ場合ノ規定トノ關係上本項ニ於テハ單獨又ハ一般共犯ノ軍人ノ主體タル場合ニ限ラル。

(二) 處罰

四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。

第二段 黨與職務執行妨害ノ罪

一 基本類型(六八二)

(一) 要件

上官又ハ哨兵以外ノ軍人職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。
黨與ハ軍人ノミノ場合ト軍人ト非軍人トヨリ成ル場合トアリ得ベシ。黨與ノ構成分子ハ首魁ト
其ノ他ノ者トニ分タル。其ノ意義及主體トシテノ完備ノ要否ニ付テハ黨與上官ニ對スル暴行脅迫
ノ罪ノ場合ト異ナルモノナシ。

(二) 處罰

(1) 首魁 六年以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮

(2) 其ノ他ノ者 五年以下ノ懲役又ハ禁錮

何レモ單純妨害ノ罪ノ場合ニ比シ加重セラル。

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。

第三段 用兵器職務執行妨害ノ罪

一 基本類型(六九一)

(一) 要件

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 四七一

上官又ハ哨兵以外ノ陸軍軍人職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シ兵器又ハ兇器ヲ用キテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。兵器又ハ兇器ノ意義ハ用兵器上官暴行脅迫ノ罪ニ付テ説明シタルト同一ナリ。其ノ他ノ要件モ新ニ述ブベキ所ナシ。

(二) 處罰

一年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮。

兵器又ハ兇器ノ危険性ノ爲刑ヲ加重セラル。

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。

第四段 黨與用兵器職務執行妨害ノ罪

一 基本類型(六九)

(一) 要件

上官又ハ哨兵以外ノ陸軍軍人職務ヲ執行スルニ當リ之ニ對シ黨與シテ且兵器又ハ兇器ヲ用キテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。

既ニ述ベタル黨與ノ場合ト兵器又ハ兇器ヲ用キタル場合トノ競合ニ因テ構成セラルル罪ナリ。從テ内容上新ニ述ブベキモノナク又黨與ノ中ニ於テ兵器又ハ兇器ヲ使用スル者ト之ヲ使用セザル者トノ責任ノ關係ニ付テハ哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪ノ場合ニ説明シタルト同一ナルヲ以テ參照スベシ。

(二) 處罰

(1) 首魁 無期若ハ三年以上ノ懲役又ハ禁錮。

(2) 其ノ他ノ者 一年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮。

行爲ノ危険性ノ最大ナルニ應ジ刑最モ加重セラル。

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。

第三項 餘論

補充的職務執行妨害ノ罪ヲ犯シ相手方ヲ死傷ニ致シタル場合ノ法律關係ニ付テハ哨兵ニ對スル暴行脅迫ノ罪ノ場合ト異ナル所ナシ。

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 四七三
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

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)

第一款 序論

一 職務執行ニ對スル間接的妨害ノ罪トシテハ現行法上第二百二條ニ規定セラレタルモノアルニ過ギズ。本條ノ罪ハ戰時其ノ他事態ノ重大ナル時機ニ於テ作戰ノ圓滑ナル遂行ニ支障ヲ生ゼシムル危險アル行爲ナルガ、既ニ述ベタル直接的妨害ノ罪ノ場合ト異ナリ、職務執行爲自體ニ對シテ侵害ヲ加フルニ非ザレドモ職務行爲ニ因テ犯人ノ側ニ生ジタル義務ヲ盡サザル結果該職務ノ執行ノ效果ヲ喪失セシメ結果ニ於テ執行ヲ妨害スルコトニ歸着スルナリ。

二 本條ノ行爲ハ緊急事態ノ發生ニ際シ一定ノ場所ニ集合スベキ義務ヲ懈怠スルコトヲ本質トスルモノニシテ軍人ニ特有ナル服務關係ノ違背ト見ルヲ得ベシ。尤モ一般公務員ト雖モ其ノ服務上ノ義務トシテ非常事態ノ發生ニ際シ參集ヲ令セラルルコトナシトセザルベシト雖モ、之ガ違反ハ單ニ懲戒上ノ責任ヲ伴フニ過ギザルニ反シ軍人ノ場合ニ在リテハ同種ノ違反行爲ガ作戰ノ遂行ニ障礙ヲ及ボスコトガアルガ爲最早懲罰ノ制裁ヲ以テ満足スルコト能ハザルハ事理ノ當然ニ屬ス。之軍人ニ特有ナル服務

關係ト稱スル所以ニシテ、本條ノ行爲ハ正ニ其ノ戦力侵害ノ實質ニ基キテ特ニ罪トセラレタルモノナルヲ以テ純正軍事犯ノ一種ニ屬ス。

第二款 本論(一〇二)

一 要件

(一) 主體

陸軍軍人ヲ原則トス。其ノ特別ナル職務、例ヘバ警備ノ如キモノニ從事スルノ要ナシ。軍人以外ノ者ハ複合關係ニ於テ主體タルコトヲ得ベシ。但シ本罪ガ純正不作爲犯ナル爲作爲義務ナキ一般軍人ト共同正犯ノ關係ニ於テ主體タルヲ得ルカハ疑問ナリ。

(二) 行爲

(1) 様態

戰時軍中又ハ戒嚴地境ニ在リテ爲サルルコトヲ要ス。

此等ノ様態ハ勿論行爲ニ關スルモノナリ。但シ軍中及戒嚴地境ハ別ニ人又ハ物ノ所屬關係ヲモ表示スルコト多キモ(四七、五七、八〇、九五等)、本罪ノ場合ハ必ズシモ所屬關係アルコトヲ要セ

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 四七五
第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

ザルモノト解ス。蓋シ軍中部隊ノ所在地ニ滞在セル軍人ニ付テモ本罪ノ成立ヲ認め得ルコトアレバナリ（作要三部二五六一）。

(2) 内容

分チテ二トス

(a) 急呼ノ號報アリタル場合ナルコト

急呼ノ號報トハ、例ヘバ軍隊内務書第三百三十五以下ニ所謂非常呼集及作戰要務令第一部第三百五十三以下ニ所謂非常警報ノ如キ緊急ノ事態發生シタル場合該關係部隊又ハ軍人等ヲ一定ノ場所ニ出頭セシムル報知ヲ謂ヒ、之ガ方法ハ銃砲ノ發射其ノ他ノ號音ノ如キ音響裝置又ハ手旗、烽火、光線ノ如キ色彩ノ裝置或ハ電信ニ依ルト乃至ハ口頭又ハ文書ニ依ルト其ノ他何等ノモノナルトヲ問フコトナシ。

出頭ノ時期及場所ハ當該通知ニ於テ示サルルコトアルモ、又事前ニ指示セララルルコトナシトセザルベシ。

(b) 故ナク來會セザルコト

(i) 急呼ノ號報アリタルコトヲ認識シナガラ正當ノ事由ナクシテ所定ノ場所ニ出頭セザルコト

トニ因テ成立スルヲ原則トス。即チ純正不作爲犯ナリ。然レドモ故意犯ノ外ニ過失犯即チ急呼ノ號報ヲ當然聞知スベカリシニ拘ラズ不注意ニ因リ聞知セザリシ爲、又ハ聞知シタリトスルモ所定ノ時期及場所ニ出頭スルコトヲ忘却シタル爲出頭セザリシ場合ニモ亦本罪ノ成立ナキカハ疑アリ。予ハ第二百二條ノ規定ガ専ラ作戰ノ必要ニ基ク純取締犯の性質ヲ有スルモノナルニ鑑ミ通説ニ反シ積極ニ解セント欲ス。

(ii) 本罪ハ不作爲犯ナルガ爲作爲義務ヲ前提トセザルベカラズ。而シテ該義務ハ前述ノ如ク法令ニ直接規定セララルル場合ノ外ニ上官ヨリ豫メ所要ノ命令ヲ受ケタル場合ナルコトモアリ得ベシ。更ニ對等者間ノ協定ニ基キテ斯ル義務ヲ發生セシムルコトモ敢テ妨グルコトナシ（作要三部二五六一）。

(iii) 急呼ノ號報ハ概ネ其ノ聞知後即時出頭ヲ要スルモノナルモ、場合ニ依リ出頭ノ時期ヲ指定スルコトアルベシ。其ノ前者ニ在リテハ出頭ニ要スル途中相當時間ヲ經過シ、又後者ニ在リテハ指定時刻ヲ經過シタルニ拘ラズ仍出頭セザルトキハ直ニ既遂ニ達シ、爾後出頭スルモ本條ノ成立ヲ阻却セズ。

尙出頭セザル爲作戰ニ現實ニ支障ヲ與ヘタルコトヲ要セズ。蓋シ抽象的危險ヲ以テ足ル

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 四七七

ナリ。

二、處罰

二年以下ノ禁錮。

第三款 餘論

一 上官ノ命令トシテ急呼ノ號報アリタル場合本罪ト命令抗拒罪トノ關係如何ハ問題ト爲ルベシ、蓋シ急呼號報不應ノ罪ノ行爲ハ、或ハ法令ノ規定ニ違反スル形態ニ於テ或ハ協定ヲ破棄スル形態ニ於テ行ハルルコト前述ノ如クニシテ、此等ノ場合ハ固ヨリ命令抗拒ヲ以テ目スルヲ得ズト雖モ、一面急呼ノ號報ガ命令權アル上官ノ命令ノ内容ヲ爲スコトハ極メテ起リ得ベキ事項ニシテ、此ノ場合苟クモ其ノ命令タルコトヲ認識シナガラ所定ノ場所ニ出頭セザリシナラバ當然命令抗拒ノ罪ノ要件ヲモ充足スルコトトナルベケレバナリ。或ハ第一百二條ハ命令抗拒罪ニ該ル場合ヲモ其ノ特別罪ノ意味ニ於テ包含スルモノト爲ス説モ立チ得ベシト雖モ、命令抗拒罪ヨリモ刑ヲ減輕セザルベカラザル所以ヲ解スルヲ得ズ。從テ予ハ命令抗拒罪ヲ構成スル場合ハ當然第一百二條ノ適用ヲ排除スルモノト爲スベク、即チ同條ノ急呼ノ號報ハ命令ニ該當セザルモノニ限ルヲ正當ナリト思料スルナリ。

二 本條ノ罪ヲ犯シタル後或ハ逃亡シ又ハ危險ナル勤務ヲ避クル目的ヲ以テ急呼ノ號報アルニ拘ラズ潛匿シテ出頭セザリシ場合ノ如キハ、急呼號報不應ノ罪ト逃亡ノ罪又ハ特殊義務免脱ノ罪トノ同時ニ成立スルヲ妨ゲザルモノト解ス。

第三節 行動ノ内外兩面ヲ保護スル規定（俘虜ニ關スル罪）

第一款 序論

一 本法第十章俘虜ニ關スル罪ノ規定モ亦軍ノ行動ヲ保護スルヲ目的トスルモノナレドモ、規定ノ内容ヲ見レバ其ノ一半ハ俘虜監守ノ職務ヲ有スル者ノ行爲ニ關スルモノニシテ、他ハ俘虜ノ監守ヲ外部ヨリ妨害スル行爲ニ關スルモノナリ。從テ前者ハ既述行動ノ内部的公正ヲ保護スル規定ノ性質ヲ有シ、後者ハ同ジク行動ノ外部的安全ヲ保護スル規定ノソレヲ帶ブルモノト謂フベク、同一章下ニ此ノ兩面ヲ保護スル規定ヲ一括收容セラレタルナリ。其ノ然ル所以ハ蓋シ本章ノ各規定ハ俘虜ヲ犯罪ノ客體ト爲スコトニ因リ軍ノ行動ヲ妨害スル行爲ナル意味ニ於テ彼此共通スル性質ヲ有シ、法文操作上一括スルヲ便宜ト爲シタルガ爲ナルベシ。此ノ點刑法第六章逃走ノ罪ノ規定ノ體裁ト同一ナリ。

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 四七九
 第二編 內論（對象論） 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

二 俘虜ニ關スル罪ハ俘虜ガ特ニ其ノ身分ニ於テ犯罪ノ客體ト爲ル場合ノ一ニシテ前述本法第二十七條第六號ニハ一層重要ナル同種行爲ヲ規定セラル。此等ノ規定ニ對シ俘虜ガ其ノ特別ナル身分ニ於テ犯罪ノ主體ト爲ル場合ノ規定トシテハ俘虜處罰法(昭一八年法第四一號)アリ。

右ノ外俘虜ガ一般人トシテ本法又ハ刑法其ノ他ノ刑罰法令ノ主體ト爲リ(二乃至五)又ハ其ノ客體ト爲ルコトアルハ言フ俟タズ。俘虜ガ主體タル場合ハ暫ク措キ、客體タル場合ニ關シ本法上特ニ規定ヲ設ケラレタル所以ハ俘虜ノ本性ニ存ス。何者俘虜ハ元來戰鬪遂行上相手國軍ノ抵抗力ヲ減殺スル目的ヲ以テ我ニ於テ抑留シタル相手國所屬者ニシテ、此ノ目的達成上必要ナル限り俘虜ノ身柄ニ對シ拘束ヲ加ヘ其ノ再度敵ノ戰鬪力ニ復歸スルコトヲ防壓セザルベカラズ。從テ此ノ拘束ノ效力ニ侵害ヲ與フル一切ノ行爲ハ作戰ニ支障ヲ生ゼシムル危險アルモノト謂フベケレバナリ。

三 俘虜ニ關スル本法ノ罪ハ從來ノ學說ニ依レバ純正軍事犯ナルガ如シ。然レドモ予ハ刑法逃走ノ罪ノ規定(刑九九乃至一〇二)ニ所謂「法令ニ依リ拘禁セラレタル者」及犯人藏匿及證憑湮滅ノ罪ノ規定(刑一〇三)ニ所謂「拘禁中逃走シタル者」ノ中ニハ俘虜モ當然包含セラレベキモノニシテ、唯戰力保持ノ見地ヨリ刑法ニ於ケル殺上法條ノ刑ヲ加重シテ本法ニ規定シタルニ過ギズト解スルガ故ニ、俘虜ニ關スル罪ハ準軍事犯ノ一種ニ屬スルモノト解ス。蓋シ「法令ニ依リ拘禁セラレタル者」ノ「法令」トハ國

内法ノ外ニ國際法ヲモ包含シ俘虜ハ實ニ國際法ノ根據ニ基キ拘禁セラレタルモノニ外ナラザレバナリ。

四 本罪ノ規定ハ軍人ノ外ニ非軍人ニモ亦適用セララルモノトス。但シ軍人ニ非ザル者ノ主體タリ得ル罪ハ業務關係ヲ前提トスル第九十條ヲ除キタルモノナルコトハ當然ナリ(二五)。前述ノ如ク俘虜ニ關スル罪ノ實質ハ俘虜ニ對スル軍ノ拘束作用ヲ侵害スルニ在リ。斯ル行爲ハ軍構成員ノミナラズ一般人就中戰地住民等ニ於テモ企圖スルノ機會極メテ大ナルヲ以テ、之ガ防壓ノ爲後者ニ對シテモ其ノ規定ヲ指向スルニ至リシモノニシテ、茲ニモ客觀的ナル戰力ノ保持ヲ中心トシテ本法ノ構成セララル所以ヲ窺知シ得ラルベシ。

第二款 本論

第一項 總論

一 本罪ノ客體タル俘虜ハ元來國際法ノ觀念ナリ。往昔戰爭ニ於テ捕ヘラレタル敵人ハ總テ之ヲ殺戮シ又ハ奴隸ト爲シタルガ如キモ、其ノ非人道的ニシテ且戰爭ノ目的タル相手方ノ抵抗力減耗ノ範圍ヲ

逸脱スルモノアリトノ思想ヨリ、近世ニ於テハ我權内ニ入りタル敵所屬者ハ戰爭終了迄單ニ抑留スルノ權利アルニ過ギズトノ原則一般ニ確立スルコトナリタリ(陸戰條規第二章。尙俘虜ノ待遇ニ關スル條約參照)。

二 俘虜ト爲シ得ル者ノ範圍ハ國際法ニ依リテ定メラル。主ナルモノ左ノ如シ。

- (一) 相手國交戰者(戰闘員及非戰闘員)(陸戰條規三)
- (二) 新聞ノ通信員及探訪者並酒保用達人ノ如キ直接ニ軍ノ一部ヲ爲サザル從軍者(同一三)
- (三) 敵國ノ君主其ノ他ノ首長及國務大臣其ノ他ノ重要機關
- (四) 海戰ノ場合ニ於ケル商船乗組員(捕獲權ノ制限ニ關スル條約六)

三 陸軍刑法ニ所謂俘虜ハ國際法上認メラレタル俘虜ノ觀念ヲ援用シタルコト明カナルヲ以テ、原則トシテハ戰爭ニ於テ抑留シタル相手國所屬者ニ限ルベク、國際法上ノ戰爭ト見ルヲ得ザル紛争、就中所謂事變ト稱セラルルモノニ於テ當事國ノ一方ガ戰闘ノ必要上抑留シタル相手國所屬者ハ俘虜ニ該當スルカ否ハ大ニ争アル所ナリ。惟フニ近時發生スル所謂事變ハ其ノ實質上從前ノ戰爭ト異ナラズ。唯其ノ發生ノ經路ニ於テ國際法ニ認メラレタル「理由ヲ附シタル開戰宣言又ハ條件的開戰宣言ヲ含ム最後通牒」ノ方式(開戰ニ關スル海牙條約一)ニ依ラズ一種ノ自衛行動ノ延長ノ形態ヲ採ルニ過ギザルモノト謂フベシ。

サレバ戰闘行動就中害敵手段ニ關スル國際法ノ規定(陸戰條規二乃至二八)ノ如キハ當然事變ニモ適用アルモノニシテ、俘虜ニ關スル規定(陸戰條規四乃至二〇)モ敵所屬者ノ抑留ガ戰闘行動ニ必然的ニ隨伴スルモノナル以上之亦事變ニ準用セラルベキモノト解セザルヲ得ズ。故ニ予ハ本法中「俘虜」ノ語ハ戰爭ノ場合タルト事變ノ場合タルトヲ問ハズ苟モ國家トシテ武力爭鬪ヲ實行スルニ付抑留シタル相手方所屬者ヲ悉ク包含スルモノト爲スナリ。

第二項 各論

第一目 俘虜ヲ逃走セシムル罪
俘虜ニ關スル罪ハ之ヲ分チテ俘虜ヲ逃走セシムル罪、俘虜ヲ奪取スル罪及俘虜ノ藏匿隱避ノ罪ノ三種ト爲スコトヲ得ベシ。

第一目 俘虜ヲ逃走セシムル罪

俘虜ヲ逃亡セシムル罪ハ更ニ俘虜ヲ監守スル職務ヲ有スル者ノ犯シタル場合ト斯ル職務ナキ者ノ犯シタル場合トニ分チテ考察スルヲ得ベシ。

第一段 職務アル者ノ逃走セシムル罪

一 基本類型(九〇)

(一) 要件

(1) 主體

陸軍軍人ニシテ而モ俘虏ヲ看守又ハ護送スル事務ニ従事スル者ナルコトヲ要ス。

看守スル者トハ、一定ノ場所ニ收容セラレタル俘虏ノ身柄ヲ直接ニ監視スル者ノ外、之ヲ間接ニ監視スル者即チ監督スル者ヲモ包含ス。例ヘバ俘虏收容所ノ長ノ如シ(俘虏收容所條例明三八勅二八號)。又護送スル者トハ、俘虏ノ所在ヲ移動スルニ付之ト同行シテ送中ノ監視及監督ニ任ズル者ヲ謂フ。看守又ハ護送スル者ハ固有ノ事務トシテ擔任スルコトヲ要セズ現ニ看守又ハ護送ノ事務ニ適法ニ従事スルヲ以テ足ル。從テ他ノ部隊ヨリ臨時ニ派遣セラレテ俘虏收容所ノ歩哨トシテ服スル者モ亦看守者ニ該當ス。

右ノ如キ職務ニ従事セザル軍人及非軍人ハ其ノ職務アル者ト觀念的複合關係ニ立チ、前者ハ次ニ述ブル第九十一條第一項ノ適用ヲ受クルナリ。

(2) 行爲

自己ノ看守又ハ護送スル俘虏ヲ逃走セシメタルコトニ因テ成立ス。

逃走セシムルトハ俘虏自身ヲシテ看守又ハ護送スル者ノ實力支配内ヨリ離脱セシムル行爲ヲ謂ヒ、離脱ノ瞬間ヲ以テ既遂トナリ、爾後ハ所謂狀態犯タルニ過ギズ。其ノ行爲ノ内容トシテハ逃走ニ對スル教唆又ハ幫助ニ該ル場合ナリト雖モ危險性ノ大ナルニ鑑ミ獨立ノ罪トセラ
ルルナリ。

行爲ヲ分チテ二トス。

(a) 作爲ニ因リ逃走セシムル場合

看守又ハ護送スル者ガ俘虏ニ對シ逃走ヲ勸告シ、器具ヲ給與シ若ハ逃走ニ便ナル經路ヲ指示スルガ如キ又ハ同僚ノ職員ニ對シ暴行脅迫ヲ加ヘテ其ノ共同監視ノ下ヨリ俘虏ヲ奪取シテ逃走セシムル如キ行爲ハ即チ作爲ニ因リ逃走セシムルモノニ該當ス。尙此ノ最後ノ場合ハ別ニ第九十二條ノ罪ノ成立スルコトナシ。蓋シ同條ハ職務ナキ者ニ限り主體タルヲ得ベケレバナリ。

(b) 不作爲ニ因リテ逃走セシムル場合

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 四八五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

看守又ハ護送スル者ハ不斷其ノ俘虜ニ對シテ實力支配ヲ持續スルノ職責ヲ有ス然ルニ此ノ職責ヲ故意ニ懈怠シ俘虜ガ其ノ收容ノ場所ヨリ脱出スルヲ知リ乍ラ默認シ敢テ逮捕其ノ他之ヲ阻止スベキ手段ヲ執ラザル場合ハ即チ不作爲ニ因リ逃走セシムルモノニ該當ス。

(二) 處罰

三年以下ノ有期懲役

看守又ハ護送ノ事務終了後俘虜逃走スルモ在任中ニ行爲ヲ爲セバ仍本罪ノ既遂ナリ(大二年五月二二日大判、錄一九輯六二六頁)。

二 修正類型(九四)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰セラル。

本罪ハ俘虜ガ逃走即チ國ノ實力支配ヨリ離脱シタル時ヲ以テ既遂ト爲ルベク、其ノ以前ノ行爲ハ總テ未遂ヲ以テ論ズベキモノトス。從テ俘虜ニ器具ヲ給與セントシテ送付途中發覺シ又ハ器具ヲ給與シタルモ俘虜ガ逃走ヲ斷念シタルカ乃至ハ收容所ヲ脱出セントシテ捕ヘラレタル等ノ場合ニ成立ス。斯カル行爲ハ一面第九十一條第二項又ハ第三項ニモ該當スル疑アレドモ、此等ノ條項ハ專ラ職務ナキ者ノ行爲ヲ對象トスルモノニシテ看守又ハ護送スル者ガ右條項ニ規定スル行爲又ハ其ノ未遂ニ該ル行爲

ヲ爲シタルトキハ總テ第九十條ノ未遂罪ヲ構成スルモノト解ス。

第二段 職務ナキ者ノ逃走セシムル罪

本罪ハ更ニ之ヲ逃走セシムル罪及逃走ノ準備ニ關スル罪ト爲シ、後者ハ一般ノ方法ニ依ル罪ト特殊ノ方法ニ依ル罪トニ細分スルコトヲ得ベシ。

甲 逃走セシムル罪

一 基本類型(九一)

(一) 要件

(1) 主體

俘虜ヲ看守又ハ護送スル職務ヲ有セザル軍人又ハ非軍人ナリ(二五)。

(2) 行爲

俘虜ヲ現ニ逃走セシメタルコトニ因テ成立ス。

逃走セシメタルノ意義ニ付テハ前述セシ所ト異ナラズ。但シ第三項ノ刑トハ權衡上暴行又ハ

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 四八七

脅迫ヲ用キテ逃走セシムル場合ヲ包含セザルモノト解スベキカ。固ヨリ看守又ハ護送ノ職責ナキ者ハ單獨ニテ本罪ヲ犯ス場合ハ作爲犯ニ限ルベキモノナルモ、該職務アル者ト複合關係ニ立ツ場合ハ不作爲ニ依リテモ犯スコトヲ得ベシ。

(二) 處罰

十年以下ノ懲役。

二 修正類型(九四)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

未遂類型ハ俘虜ニ對シ例ヘバ器具ヲ供與シ同人ガ逃走ニ著手シタルモ收容所ヲ出ヅル前ニ逮捕セラレタル場合ニ成立ス。若シ俘虜ガ逃走ニ著手セザリシ場合ハ第九十一條第二項ノ罪ノ既遂ナリ。

乙 逃走ノ準備ニ關スル罪

A 汎論

一 本罪ハ逃走ノ爲ノ豫備的行爲ヲ以テ俘虜ヲ援助スルコトヲ内容トスルモノナリ。抑々豫備ノ幫助

ハ豫備ヲ罰セザル限リ之ヲ不問ニ付セザルヲ得ザルモノニシテ、俘虜ノ場合ハ多衆共謀シテ逃走シタル行爲ノミヲ處罰シ(俘虜處罰法七)其ノ豫備ヲ罰セザルヲ以テ正ニ此ノ例ニ該當スルナリ。然レドモ俘虜ノ拘禁ガ作戦遂行上重要ナル意味ヲ有スルコトニ想到セバ俘虜ノ逃走ノ企圖ヲ不問ニ付スルト否トヲ論ゼズ外部ヨリノ逃走誘發行爲ヲ嚴重ニ抑壓スルノ必要アルハ極メテ明カナル所ト謂フベシ。之特ニ第九十一條第二項及第三項ニ於テ豫備幫助ヲ獨立ノ罪トシテ規定セラレタル所以ニシテ刑法第百條ト趣旨ニ於テ相通ズルモノアリ。

二 本罪ノ主體ハ俘虜ヲ看守又ハ護送スル職務ナキ陸軍軍人及非軍人ニ限ルコトハ前述逃亡セシムル罪ノ場合ニ異ナラズ。

三 本罪ノ行爲ハ「俘虜ヲ逃走セシムル目的ヲ以テ」爲サレザルベカラズ。即チ俘虜ガ犯人ノ行爲ニ因テ官憲ノ實力支配ヨリ離脱スルコトヲ希望又ハ豫見スルコトヲ要スルナリ。

四 第九十一條第二項又ハ第三項ニ掲ゲラレタル行爲ヲ爲シタル結果俘虜ガ逃走スルニ至リタルトキハ、當然同條第一項ノ罪ニ吸收セラルベキモノト謂フベシ。之後者ハ前者ノ段階的發展ノ結果ニ過ギザレバナリ。然ルニ第一項ノ刑ニ比シ第三項ノ刑反テ重キ爲俘虜ヲ逃走セシムルニ付テ暴行又ハ脅迫ヲ用キタル結果該俘虜ガ逃走スルニ至リタル場合ハ暴行脅迫ヲ加ヘタルニ過ギザル場合ヨリモ輕ク罰

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 四八九
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

セラルルノ不合理ヲ生ズベシ。之ヲ救済スル爲ニハ暴行脅迫ヲ用キテ俘虜ヲ逃走セシメタル行爲ハ前述ノ如ク第一項ヨリ除外セラレ、從テ此ノ行爲ニ對シテハ第三項ヲ適用スベキモノト解スルノ外ナカ
ルベキカ。

B 一般ノ方法ニ依ル罪

一 基本類型(九一)

(一) 要件

俘虜ヲ逃走セシムル目的ヲ以テ逃走ヲ容易ナラシムル危険アル何等ノ有形又ハ無形ノ行爲ヲ爲
スニ因テ成立ス。法文ニ所謂「器具ヲ給與シ」ハ其ノ行爲ノ例示ニシテ、器具トハ例ヘバ收容所
入口ノ合鍵又ハ同所破壊用ノ斧ノ如キモノヲ謂フ。其ノ他逃走ヲ容易ナラシムル行爲トシテハ或
ハ逃走ニ便宜ナル經路ヲ指示シ或ハ逃走ニ都合良キ時機ヲ告知スルガ如シ。

(二) 處罰

七年以下ノ懲役。

二 修正類型(九四)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

未遂類型ハ例ヘバ合鍵ヲ給與セントシテ送付シタル途中差押ヘラレタル場合ニ成立ス。

C 特殊ノ方法ニ依ル罪

一 基本類型(九二)

(一) 要件

俘虜ヲ逃走セシムル目的ヲ以テ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ因テ成立ス。暴行脅迫モ亦逃走ヲ容易ナ
ラシムル行爲ニシテ前述Bノ行爲ニ包含セラルベキモ危険ノ大ナルモノアルガ爲テ別罪ト爲シ
刑ヲ加重セリ。

茲ニ脅迫トハ廣義ニシテ、威怖心ヲ生ゼシムル爲害惡ヲ告知スルヲ謂ヒ、其ノ相手方ハ俘虜ヲ
看守又ハ護送スル者タルベキハ自ラ明カナリ。之ニ反シ暴行ノ場合ハ客體ハ人、從テ看守又ハ護
送ノ任ニ在ル者ニ限ルベキカ又ハ物ヲモ包含スルカニ關シ疑アリ。通説ハ人タルト物タルトヲ問
ハズト爲セリ。從テ收容所ヲ破壊スルガ如キ行爲ハ當然ニ暴行ニ該當スベシ。

(二) 處罰

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 四九一
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

一年以上十年以下ノ懲役。

二 修正類型(九四)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

第二目 俘虜ヲ奪取スル罪

一 基本類型(九三)

(一) 要件

(1) 主體

俘虜ヲ看守又ハ護送スル職務ナキ一般軍人又ハ非軍人ニ限ル(三五)。蓋シ其ノ職務ヲ有スル者ニ付テハ他人ト共同シテ看守又ハ護送スル場合ノ外奪取ヲ爲スコト不可能ナルノミナラズ共同ノ看守者又ハ護送者ノ實力支配ヨリ當該俘虜ヲ奪取スル場合ハ結局第九十條ノ罪又ハ其ノ未遂罪ノ成立ヲ見ルベケレバナリ。

(2) 行爲

俘虜ヲ奪取スルニ因テ成立ス。

奪取トハ自ラ逃走ヲ爲サザル俘虜ヲ當該官憲ノ實力支配ヲ侵害シテ自己又ハ第三者ノ支配ニ一時又ハ永久ニ移スコトヲ謂フ。俘虜自ラ逃走行爲ニ出デザル點ニ於テ逃走セシムル罪ト區別セラル。然レドモ俘虜ニ於テ官憲ノ實力支配ヨリ離脱スルコトヲ意欲スルト否トハ問フ所ニ非ズ。

奪取ノ手段ハ暴行脅迫ヲ用フルト欺罔誘惑ニ依ルト其ノ他如何ナルモノナルヲ問フコトナシ。

奪取ハ當該官憲ノ實力支配ヨリノ離脱即チ解放ヲ以テ既遂ニ達シ、自己又ハ第三者ノ實力支配ニ移ルコトヲ要セズト爲ス說アリト雖モ、苟モ俘虜自身ガ實力支配ヨリノ離脱ヲ企ツルニ非ザル限り、一旦ハ自己又ハ第三者ノ支配ニ歸スルモノナレバ右ノ說ニハ輒ク同意シ難シ。

(二) 處罰

一年以上ノ有期懲役

二 修正類型(九四)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。未遂ハ例ヘバ收容所ノ房屋ヲ破壊シテ俘虜ヲ拉致セントシ阻止セラレタル場合ノ如シ。

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 四九三
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

第三目 俘虜ノ藏匿隱避ノ罪(九三)

一 要件

(一) 主體

陸軍軍人ノミナラズ軍人ニ非ザル者モ主體タルコトヲ得ベシ(二五)。

(二) 行爲

逃走シタル俘虜ヲ藏匿シ又ハ隱避セシムルニ因テ成立ス。自己ノ行爲ニ因リ當該官憲ノ支配ヨリ離脱シタル俘虜ナルコトヲ要ス。從テ奪取セラレタル俘虜ニ付テハ奪取者ガ爾後藏匿隱避ヲ爲スモ奪取行爲中ニ當然藏匿又ハ隱避ノ行爲ヲ包含シ得ル意味ニ於テ後者ニ付別罪ノ成立ナシ。

藏匿トハ逃走シタル俘虜ニ對シ官憲ノ追及ヲ免レシムルニ足ル場所ヲ供スルコトヲ謂ヒ、隱避トハ藏匿以外ノ方法ニ依リ官憲ノ追及ヲ妨グルコトヲ謂フ。例ヘバ衣服ヲ給與スルガ如シ。隱避ハ必ズシモ作爲ニ限ルコトナク不作爲ニ依リテモ實行スルコトヲ得ベシ。例ヘバ俘虜ヲ搜索スルノ職務ヲ有スル者ガ之ヲ發見シナガラ故意ニ逮捕ヲ爲サザルガ如シ。

藏匿及隱避ハ同一俘虜ニ對シ相次イデ行ハルル場合ハ包括一罪成立スルニ過ギズ(明四三年四月二

五日大判、錄一六輯七三九頁)。

二 處罰

五年以下ノ懲役。

第三款 餘論

一 俘虜ヲ逃走セシメタル者ガ該俘虜ヲ藏匿シ又ハ隱避セシメタル場合ハ第九十條又ハ第九十一條第一項ノ罪ノ外ニ、別ニ第九十三條ノ罪モ成立スベキカ否ハ疑アリ、俘虜ニ對スル國ノ拘束作用ヲ侵害スル點ニ於テ兩者ハ法益ヲ同ジクスルノミナラズ、前者ハ國ノ拘束作用ノ根本ヲ侵害スル行爲ニシテ、後者ハ其ノ侵害ノ状態ヲ引續キ保持スル行爲ニ過ギザルヲ以テ、行爲ノ規範的價値ニ於テ前者ハ後者ヲ包攝スルモノト認ムルヲ相當トスベク、結局同一人ガ俘虜ヲ逃走セシメタル後之ヲ藏匿シ又ハ隱避セシムルモ單ニ俘虜ヲ逃走セシムル罪ノミ成立スルモノト解ス。

二 俘虜ヲ看守又ハ護送スル義務ナキ者ノ第九十一條第二項又ハ第三項ニ該當スル行爲又ハ其ノ未遂行爲ハ、此等ノ職務ヲ有スル者ガ實行シタル場合ハ總テ第九十條ノ未遂罪トシテ罰セラルルコトナリ彼此權衡ヲ失スル嫌アリ。立法論ニ於テ考慮ヲ要ス。

三 前述第九十一條第一項ト第三項トノ不權衡ニ付テモ將來ノ改正ニ俟タザルベカラズ。

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 四九五
スル規定 第二章 軍ノ行動ヲ保護スル規定

第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

第一節 汎論

一 軍ノ威信トハ軍ガ部外ニ對シテ有セザルベカラザル權威信望ヲ謂フ。抑々軍ハ國防目的達成ノ爲設ケラレタル國家制度ニシテ、平時ニ於テハ無言ノ威力ヲ以テ平和ノ確保ニ對スル最大ノ保障トナリ戰時ニ於テハ精銳ナル裝備ノ全力ヲ擧ゲテ敵ヲ殲滅シ國家ヲ終局ノ勝利ニ導クノ鎖鑰ヲ握ルモノニシテ國家ノ安危國民ノ與望ハ一ニ繫ツテ軍ノ嚴然タル存立、其ノ缺漏ナキ組織、其ノ圓融無礙ノ機能、要スルニ安全無比ノ戦力ニ在リ。之即チ威信ノ本體ニ外ナラズ。從テ陸軍刑法ノ規定全部ガ廣義ニ於ケル軍ノ威信保護ニ貢獻スルモノト稱スルコトヲ得ベシ。然レドモ其ノ大部分ノモノハ同時ニ且主トシテ他ノ特殊ノ法益ヲ保護スルノ任務ヲ帶ブルモノナルヲ以テ、既ニ夫々ノ場所ニ於テ之ヲ詳述シタルモノニシテ、從テ以下述ブル所ハ右ノ如キ特殊ノ法益ニ直接關係ナク、專ラ威信其ノモノヲ保護ノ客體トスル規定ニシテ現行法上作戰地ニ於ケル財産ニ對スル罪、作戰地ニ於ケル強姦ニ關スル罪及造言飛語ノ罪ノ三種ノモノアリ。

二 軍ノ威信ハ軍ノ活動、就中其ノ作戰行動ト表裏一體ノ緊密ナル關係ヲ有シ、之ガ圓滑ナル運営ノ爲缺クベカラザル條件ヲ爲スモノナリ。固ヨリ軍ノ行動ハ終始武力ヲ中心トシテ展開セラルベキモノニシテ、而モ獨立不羈、政治動向、社會思想ノ變遷ニ超然トシテ一路其ノ本務ノ貫徹ニ邁進スベキハ言ヲ俟タズト雖モ、一面軍ハ國ノ制度ニシテ、殊ニ近代戰ガ所謂綜合國力ヲ基調トセザルベカラザル情勢ノ下ニ在リテハ、軍ノ活動ニ對シ部外殊ニ國民ガ不斷理解ト協力トヲ與フルノ必要愈々切實ナルモノアリ。サレバ其ノ間ニ於テ軍ノ威信保持ノ重要性亦増大セザル能ハザルモノト謂フベシ。更ニ戰地、占領地等軍ガ戰闘ヲ遂行スル國內外ノ地域ノ場合ヲ考フルニ、此等ノ土地ニ於テハ戰闘行動ト並行シテ治安維持其ノ他ノ行政的作用ノ行ハルルコト多ク、從テ茲ニモ部外ニ對スル軍ノ威信ノ發揚ガ到底輕視スベカラザル問題タルヲ知ルニ足ルベシ。

三 軍ノ威信ノ侵害ハ軍ノ内部ニ其ノ根源ヲ有スル場合ト軍ノ外部ニ發生スル場合トヲ區別スルコトヲ得ベシ。前者ハ軍ノ構成員自ラ敢行スル場合ニシテ、後者ハ一般國民乃至外國人ニ依リテ企圖セラシルモノナリ。從テ威信ヲ保護スル規定モ亦例外ナク此ノ兩種ノ對象ニ指向セラルルナリ(二六)。蓋シ威信ハ戦力ノ實質ヲ爲ス純客觀的ナル價值ニシテ、主觀的ナル義務懈怠ト異ルモノアレバナリ。從來例ヘバ掠奪ノ罪ヲ軍人ノ名譽ノ毀損ヲ内容トスルモノトシテ説明セシガ如キハ此ノ意味ニ於テ稍々狹キニ失スト信ズ。

第二節 作戰地ニ於ケル財産ニ對スル罪

第一款 汎論

一 作戰地ニ於テハ軍人準軍人ハ固ヨリ帝國臣民、從軍外國人及俘虜ニ對シテハ一般刑罰法令ノ適用アルヲ以テ(四、五)、竊盜、強盜其ノ他ノ財産的犯罪ハ當然此等ノ者ニ付テ成立スルモノナリト雖モ、反面斯カル特殊ノ身分關係ナキ一般人、就中相手國ノ住民ニ對シテハ我刑罰法規ノ場所的效力ノ及バザル限り(刑三)其ノ財産的犯罪ハ法律上之ヲ不問ニ付セザルヲ得ザルコトナル。勿論財産的犯罪ハ其ノ被害ガ一私人間ニ止マル場合ハ敢テ一般刑罰法規ノ場所的效力ノ原則ヲ破ルノ要ナキニ似タリト雖モ、軍ガ作戰行動ヲ遂行スル地域ニ於ケル斯種行為ハ其ノ輕重ヲ問ハズ治安ヲ妨害シ作戰ノ效果ヲ減殺スルノ虞ナシト謂フベカラズ。加之國際法ニ於テハ作戰地ノ財産的犯罪ヲ以テ人道ニ反スルモノトシテ嚴禁スル所ナリ(陸戰條規四七。戰地軍隊ニ於ケル傷者及病者ノ待遇改善ニ關スルジュネーヴ條約第一章)。惟フニ作戰地ニ於テハ戰鬪ノ混亂ニ因リテ釀サル異常ナル零團氣ノ爲斯種犯罪發生ノ危險ハ秩序ノ整備セル平時ニ比スベクモアラザルベク、而モ之ガ防壓ハ最モ緊要ノ事ニ屬ス。是ヲ以テ本法ニ於テハ一

般刑罰法ニ定ムル財産的犯罪ノ規定ヲ修正スルモノトシテ掠奪及褫奪ノ二種ノ類型ヲ創設セリ。其ノ内容ハ後述スベキモ、要スルニ刑法ノ認ムル強盜、竊盜其ノ他各種財産犯ノ類型ヲ基礎トシナガラ作戰地ノ實情ニ即應シ獨特ノ類型ヲ案出シタルモノト謂フベク、從テ掠奪及褫奪ノ各罪ハ恰モ純正軍事犯ノ一種ナルガ如ク解セラルベシ。然レドモ後述ノ如ク此等二罪ハ刑法ニ定メラルル前記各類型ト全ク異ナルモノト謂ヒ得ザル場合、謂ハバ財産犯ニ付テノ特別法タル性質ヲ持ツニ過ギズト謂フベキ場合ナルヲ以テ、予ハ暫ク通説ト共ニ此等二罪ヲ準軍事犯ナリト解セント欲ス。

二 財産犯罪ハ往々ニシテ身體、生命及貞操ニ對スル侵害行為ノ附隨スルコトアリ。此ノ點ニ對シ刑法ニ於テ既ニ立法的措置ヲ講ゼラルル所ナリ(刑二四〇、二四一)。作戰地ニ於テモ同様ノ危險ノ發生スルコトニ備ヘ、掠奪及褫奪ノ各罪ノ規定ニハ何レモ此等ノ行為ノミニ止マル場合ノ外、此等ニ關聯シテ強姦又ハ死傷ノ起ル場合ヲモ豫想シ後者ノ場合ニ付テハ刑ヲ加重セリ。

第二款 掠奪ノ罪

第一項 序論

掠奪ノ罪ハ軍ノ威力ヲ背景トシテ住民ノ財産權ヲ侵害スルコトヲ實質トスルモスナリ。抑々軍ガ作戦地ニ臨ムヤ軍紀嚴肅秋毫モ侵ス所ナク、住民亦軍ヲ信賴シテ輕率ヲ戒メ混亂ニ乘ジテ同胞相喰ムコトナキハ戰爭遂行ノ要訣ナリ。從テ軍構成員自身軍ノ強大ナル實力ヲ藉リ住民ニ對シ優越感ヲ恣ニシテ壓制的措置ニ出デ其ノ財産ヲ私ニスルコトアルベカラズ。尤モ軍ハ國防上自己ノ正當ナル需要ヲ充足スル爲住民ニ對シ或程度ノ財産上ノ要求ヲ爲スコトハ當然認メラルル所ナリ（陸戰條規四八乃至五二）ト雖モ、之飽ク迄軍ノ作戦上ノ必要ニ基クモノニシテ、軍構成員ノ擅ニ住民ヲ侵ス行爲ヲ許容セルモノニアラザルヤ言フ俟タズ。是ヲ以テ夙ニ海陸軍刑律第八篇兇暴劫掠律ニ於テハ軍人ノ掠奪ニ對シ嚴罰ヲ以テ臨ミタル（同律一四九乃至一六五）所以ナリ。然ルニ現行法掠奪ノ罪ノ規定ハ海陸軍刑律ト異ナリ軍人以外ノ者ニ對シテモ等シク適用セララルコトト爲シタルガ、其ノ理由ニ關シテハ前述ノ如ク本罪ガ軍ノ作戰行動ト一體ヲ爲ス客觀的ナル軍ノ威信ニ對スル侵害ヲ實質トスルガ爲ナリ。

第二項 本論

第一目 總論

一 主體

陸軍軍人ノ外ニ軍人以外ノ者モ獨立シテ主體タルコトヲ得ルナリ（二四）。

二 客體

住民ノ財物ナリ。

住民トハ戰地又ハ占領地ニ住居ヲ有シ又ハ滯留スル自然人及法人（又ハ之ニ準ズベキ團體）ヲ總稱シ、其ノ國籍ノ如何ヲ問フコトナシ。公共團體モ亦住民ニ包含スルモノト解セラル。然レドモ敵國又ハ交戰團體ハ住民ニ該當セズ。

財物ハ刑法第二百三十五條及第二百三十六條ニ於ケルト同意義ニシテ、財産權ノ目的タル可動の物件又ハ之ニ準ズベキ利益（刑二四五）ヲ謂フ。

財物ハ住民ノ所有ニ屬スルコトヲ要セズ、其ノ占有ニ在ルヲ以テ足ル。

三 行爲

(一) 樣態

場所的樣態トシテ戰地及帝國軍ノ占領地ノ二種アリ、共ニ前述セシ所ニ係ル。尙戰地ハ帝國領土ノ内外ヲ問フコトナシ。

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 五〇一
 スル規定 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

(二) 内容

住民ノ財物ヲ掠奪スルニ因テ成立ス。

我通説ハ獨逸軍刑法第二百二十九條「何人ト雖モ從軍中戰爭ノ恐怖ヲ利用シ又ハ自己ノ軍事上ノ優越ヲ濫用シテ左ノ行爲ヲ爲シタル場合ハ掠奪ノ罪トシテ罰ス、一、不法領得ノ目的ヲ以テ公然住民ノ財物ヲ取去シ又ハ強取シタルトキ(以下略)」ナル規定ノ字句及之ニ對スル註釋ヲ基礎トシ、兵威ヲ恃ミ又ハ住民ノ恐怖ニ乘ジテ公然財物ヲ奪取スルコトヲ以テ掠奪ト解スルガ如シ。予ハ其ノ必ズシモ悉ク誤リナリト主張スルモノニ非ズト雖モ、作戰地ニ於ケル異常ナル雰圍氣ヲ背景トシテ發生スル本罪ノ特質ニ鑑ミルトキハ、次ノ如ク定義スルヲ適當ナリト思料ス。即チ掠奪トハ軍ノ威力ヲ利用シ住民ノ財物ヲ領得スル行爲ナリ。分説スルコト左ノ如シ。

(1) 軍ノ威力ヲ利用スルコトヲ要ス

抑々掠奪ノ罪ガ特ニ一般財産犯罪ト區別シテ設ケラレタル所以ハ、其ノ作戰地ニ於ケル戰闘行動ノ慘烈性ガ住民ニ與フル有形無形ノ危険ノ感念ニ乘ジテ行ハルル點ニ在リ。即チ平時社會秩序ノ整然タル土地ニ於テハ軍ノ存立又ハ活動ガ何等ノ脅威ト爲ラズト雖モ、一旦該秩序ガ破壞セラレ戰亂ノ巷ト化シタル場合ハ戰闘部隊ノ現存自體ガ既ニ住民ニ對シテ大ナル威壓トナリ

更ニ其ノ戰闘行動ニ至ツテハ住民ノ生存ニ對シ危虞ヲ感ズルノ原由タルハ言ヲ俟タズ。サレバ此ノ間ニ在リテ住民ノ財産權ヲ侵害スル爲ニハ敢テ別段ノ方法、例へバ暴行脅迫ノ如キモノヲ用フルコトヲ要セズ、將又何等自己ノ行爲ヲ相手方ニ隱秘スルヲ須ヒザルハ極メテ當然ノ事ト謂ハザルベカラズ、予ハ軍ノ威力ヲ以テ斯ノ如キ一般の恐怖ノ雰圍氣ト解シ、之ヲ自己ノ目的ニ利用スル所ニ掠奪ノ本質ヲ見ント欲スルナリ。

然レドモ、軍ノ威力ヲ利用スルト共ニ更ニ右ノ如キ特殊ノ手段ヲ講ジタル場合ト雖モ、之ガ爲別ニ強盜、恐喝等ノ罪ノ成立ヲ認メ或ハ單ニ強盜ノ罪ノミト爲スベキニアラズ。蓋シ掠奪ノ罪ハ此等各種ノ類型ヲ包攝シツツ創設セラレタル類型ナレバナリ。

軍ノ威力ヲ利用スルトハ、他方ニ於テ住民ノ反抗ヲ多少ニ不拘抑壓スルコトヲ前提トス。從テ斯ル抑壓ノ全然起リ得ザル場合、例へバ住民ノ睡眠中ニ其ノ財物ヲ取去ルガ如キハ軍ノ威力ヲ利用スルコトヲ要件ト爲サザルヲ以テ掠奪ニ該當セズ。從來此ノ點ノ説明トシテ公然性ナキヲ理由ト爲シタルモ、予ハ敢テ公然性ノ觀念ヲ導入スルノ必要ナシト思料ス。蓋シ特定ノ相手方ニ對シ軍ノ威力ヲ利用スル限リ到底公然ニアラザルヲ得ザルト共ニ、戰禍ニ畏怖シテ住民ノ悉ク避難シテ不在ナル家屋ニ於テ財物ヲ奪取スル行爲ハ特ニ公然ナルコトヲ要スベキ理由ナケ

レバナリ。

掠奪ノ罪ニ於ケル要件タル軍ノ威力ハ上述ノ如ク何等具體的ノ行爲ニアラズシテ當該作戰地ニ生ジタル住民ノ社會心理的狀態ニ外ナラズ。而モ斯ル狀態ハ苟モ戦闘行動ニ隨伴シテ必然的ニ生起スル經驗的事實ト謂フベシ。從來或ハ住民避難後ノ家屋ニ於ケル奪取行爲ハ其ノ特ニ住民ノ恐怖ニ乘ジタルモノト爲シ得ズトノ理由ニ據リ掠奪ニ非ズト爲ス說アリタルモ、之所謂恐怖ニ乘ジタルノ意義ヲ曲解シタルガ爲ニシテ本罪ノ特性ニ對スル洞察ニ徹セザル憾アリ。

(2) 住民ノ財物ヲ領得スルコトヲ要ス

掠奪ハ財産ニ對スル侵害ニシテ而モ住民ノ特有ナル心的狀態ノ下ニ於テ行ハルル點ニ差異アルニ過ギザルコト前述ノ如クナル以上、侵害其ノモノノ類型ハ當然一般刑罰法規ニ認メラルモノヲ基礎トセザルベカラズ。然ルニ如何ナル範圍ノ類型ガ掠奪ノ内容トシテ移植セラレタリヤハ必ズシモ明瞭アリト謂フヲ得ズ。之即チ掠奪罪ガ純正軍事犯ナリトノ說ヲ生ゼシ理由ナリ。此ノ點ニ付予ハ當該財物ニ對スル住民ノ占有關係ヲ不法ニ侵シ其ノ物ヲ自己ニ領得スル一切ノ行爲類型ヲ包含スルモノト解ス。從テ強取ノ如キ全ク所持者ノ意思ニ依ラズシテ物ノ占有ヲ移ノス場合ハ勿論、喝取騙取ノ如キ相手方ノ意思ニ何等カノ瑕疵アリトスルモ仍其ノ意思ニ基キテ

占有ノ移ル場合ヲモ包含ス。但シ竊取ノ場合ハ前述ノ如ク軍ノ威力ヲ利用セザル意味ニ於テ掠奪ノ内容ト爲ラズ。住民ノ完全ナル意思ニ基キ最初ヨリ占有ノ移リタル財物又ハ全ク占有ヲ失ヒタル財物ニ付テハ共ニ掠奪ノ成立スル餘地ナシ。蓋シ行爲ノ性質上軍ノ威力ノ利用ヲ要素トセザレバナリ。

第二目 各論

掠奪ノ罪ハ之ヲ分チテ單純掠奪ノ罪、掠奪致死傷ノ罪、掠奪強姦ノ罪及掠奪強姦致死傷ノ罪ノ四種トス。

第一段 單純掠奪ノ罪

一 基本類型 (八六一)

(一) 要件

戰地又ハ帝國軍ノ占領地ニ於テ住民ノ財物ヲ掠奪スルコトニ因テ成立ス。犯人ノ單複ヲ問フコトナシ。

(一) 處罰

一年以上ノ有期懲役。

二 修正類型(八九)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

第二段 掠奪致死傷ノ罪

一 基本類型(八八)

(一) 要件

單純掠奪ノ罪ヲ犯ス者人ヲ傷シ又ハ死ニ致スコトニ因テ成立ス。之亦犯人ノ員數如何ヲ問フコトナシ。多數ノ者ガ本罪ノ行爲ニ關與セシトキハ其中一部ノ者ノミガ死傷ノ原由タル暴行ヲ爲シタリトスルモ、他ノ者ガ之ヲ認識スル限リ本罪ノ責任ヲ免レザルモノト解ス。傷害ハ刑法第二百四條ニ於ケルト同ジ。又茲ニ機會トハ掠奪行爲ノ現場ニ於テ其ノ手段トシテ又ハ之ガ發覺ヲ防グ爲其ノ他掠奪ト何等カ直接ノ心理的聯關ニ於テ行ハレタルコトヲ謂フ。從テ掠奪ノ時間的前後ヲ問フコトナシ(昭和六年一〇月二九日大判、第一〇卷五一頁)。然レドモ甲ニ對スル掠奪ニ際シ偶々通り掛

リシ乙ニ對シ宿怨ヲ霽ス爲死傷ヲ加ヘタル場合ノ如キハ固ヨリ本罪ノ關知スル所ニアラズ。即チ掠奪罪ト傷害罪又ハ殺人罪トノ併合罪ナリ。

傷害又ハ死ニ對シテハ故意アルト過失ニ出ヅルト乃至ハ過失スラモ無カリシトヲ區別セズト解ス。尤モ暴行ノ故意ハ必要ナリト思料ス。

尙傷害ノ客體ハ掠奪ノソレト必ズシモ一致スルコトヲ要セズ。

(二) 處罰

(1) 傷シタル場合

無期又ハ七年以上ノ懲役。

(2) 死ニ致シタル場合

死刑又ハ無期懲役。

二 修正類型(八九)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。未遂ハ掠奪ノ機會ニ人ヲ殺サントシテ果サザリシ場合ノミニ限ラル。

第三段 掠奪強姦ノ罪

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 五〇七
スル規定 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

一 基本類型（八六）

(一) 要件

掠奪ノ罪ヲ犯スニ當リ婦女ヲ強姦スルニ因テ成立ス。茲ニ強姦トハ刑法第七十七條及第七十八條ニ規定セラルル行爲ヲ謂フ。本罪ハ掠奪ノ機會ニ婦女ニ對シ強姦ヲ爲スコトヲ要ス。同一機會ナル限リ掠奪ノ前ナルト後ナルトヲ問フコトナシ。又掠奪ノ客體ト強姦ノ客體トハ同一ナルコトヲ要セザル點ハ致死傷ノ場合ニ異ナラズ。尙同一機會トハ意思又ハ行爲ノ競合ヲ謂フ。

(二) 處罰

無期又ハ七年以上ノ懲役。

強姦ノ點ニ付告訴ノ有無ヲ問ハザルハ勿論ナリ。

二 修正類型（八九）

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同一ニ罰ス。

本罪ハ強姦ノ未遂ナル場合ニ限ルモノニシテ、強姦既遂ナル以上掠奪未遂ナリトスルモ第八十六條第二項ノ適用ヲ免レズ。

第四段 掠奪強姦致死傷ノ罪

一 基本類型（八八）

(一) 要件

掠奪強姦ノ罪ト掠奪致死傷ノ罪トノ競合シタル場合即チ掠奪ヲ爲スニ當リ婦女ヲ強姦シ尙人ヲ死傷ニ致シタル場合ナリ。死傷ノ結果ハ固ヨリ掠奪及強姦ト同一機會ナルコトヲ要スルモ、必ずシモ後ノ二者ト同一客體ニ對シテ加ヘラルルコトヲ要セズ。此ノ點刑法第二百四十一條ニ於テハ強姦ノ被害者タル婦女ヲ死ニ致シタルコトヲ要件トスルヲ以テ掠奪強姦致死傷ノ罪ノ場合モ之ト同一ノ解釋ヲ容ルル餘地ナキニ非ザルガ如シト雖モ、例ヘバ強姦ノ現場ニ於テ之ヲ妨グントシテ來リタル者ニ對シ死傷ヲ生ゼシムル場合モアリ得ベキヲ以テ、強姦ノ客體ト同一ナリトスル見解ニハ贊セズ。

以上ノ外掠奪致死傷ノ罪掠奪強姦ノ罪ニ付テ前述シタル所ヲ參照スベシ。

(二) 處罰

(1) 傷シタル場合

無期又ハ七年以上ノ懲役。

(2) 死ニ致シタル場合

死刑又ハ無期ノ懲役。

二 修正類型(八九)

未遂類型アリ原則トシテ既遂ト同様ニ罰ス。

未遂ハ掠奪及強姦ノ機會ニ人ヲ殺サントシテ果サザリシ場合ニ限ラル。掠奪又ハ強姦ガ未遂ナリヤ否ヲ問フコトナシ。

第三項 餘論

一 哨兵服務中掠奪ヲ爲シタル場合ハ、通説ハ前述警戒勤務ニ關スル罪ト掠奪ノ罪トノ併合罪ト爲セリ。

衛兵トシテ服務中故ナク勤務ノ場所ヲ離レテ掠奪ヲ爲シタル場合亦右ニ同ジ。

二 掠奪ノ罪ト刑法ノ財産犯罪トノ間ニハ連續犯ノ關係ヲ生ズルカ否ハ問題ナリ。法益上ハ固ヨリ類型上モ掠奪ガ必ズシモ刑罰財産犯罪ト合致セザル意味ニ於テ消極ニ解ス。

第三款 褫奪ノ罪

第一項 序論

一 褫奪ノ罪ノ規定ハ戰場ニ於ケル死傷病者ヲ保護スルコトヲ目的トス。抑々戰爭ノ本旨ハ相手方ノ抵抗力ヲ挫折スルニ存シ、從テ其ノ人的及物的ノ要素ヲ破壞殲滅スベキハ當然ノ事理ニ屬スト雖モ、ソハ飽ク迄右本旨ノ貫徹上已ムヲ得ザル限度ニ止ムベキモノニシテ濫リニ之ヲ踰越スルガ如キハ作戰ニ何等效果ナキノミナラズ實ニ人道上許スベカラザルノ所爲ト爲サザルベカラズ。是ヲ以テ國際法ハ夙ニ戰鬪方法ノ基準ヲ定メ(陸戰條規二二乃至四二)以テ文明諸國間ノ戰爭ヲ規律セシガ、褫奪ノ罪ノ趣旨トスル所モ亦上述ノ原則ヲ出ヅルコトナシ。サレバ千八百六十四年ニ締結セラレ二次ノ修正ヲ經テ重要ナル現行國際法トナリタル戰地軍隊ニ於ケル傷者及病者ノ狀態改善ニ關スル條約即チ所謂赤十字條約第一章ニ於テハ、戰死傷病者ノ取扱ニニ關シテハ專ラ博愛ノ精神ヲ基調トシタル規定ヲ設ケ以テ戰爭ニ因ル慘害ヲ極力輕減センコトノ冀望ヲ宣言セリ。然レドモ斯ノ如キ國際法ノ規範ノ有無ニ拘ラズ作戰ノ圓滑ナル遂行上軍ノ威信ヲ保持センガ爲ニハ褫奪ノ罪ノ規定ノ重要性ハ掠奪ノソレト何等逕庭スル所ナシト謂フベシ。從テ現行陸軍刑法ニ於テハ褫奪ノ罪ノ所定刑ハ掠奪ノ刑ト全ク同一トナシタリ。

二 褫奪ノ罪ハ掠奪ノ罪ト異ナリ、其ノ對象ガ主トシテ軍所屬者(彼我兩軍ノ)ナルガ爲住民ニ對スル場合ノ如ク軍ノ威力ヲ利用スルコトヲ要件ト爲サズ。然レドモ戰鬪行動ニ因ル混亂ニ乘ジ特殊ノ客體

第二編 內論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 五一

ニ對シテ起リ得ベキ財産犯罪ナルガ爲特別罪トシテ本法ニ規定セラレタルナリ。

三 褫奪ノ罪ニ付テモ純正軍事犯ナリヤ否ノ争アリト雖モ、予ハ行爲ノ實質トシテハ刑法ニ規定セラレタル財産犯罪ノ類型ヲ綜合シタルニ過ギザルモノト解スルヲ以テ準軍事犯ナリト爲スモノナリ。

四 本罪ノ規定ハ前述ノ如ク軍ノ威信ヲ保持スルヲ樞軸ト爲スト共ニ人道的見地ニ立脚シテ設ケラレタルモノナルヲ以テ、其ノ適用ハ獨リ軍構成員ノミニ止ムベキニアラズシテ一般人ニ對シテモ及バザルベカラズ。仍テ此ノ點ニ關シ掠奪ノ罪ノ規定ト同一ノ方針ニ依リタル所以ナリ(二四)。

第二項 本論

第一目 總論

一 主體

陸軍軍人ノ外ニ軍人ニ非ザル者モ獨立シテ主體タルコトヲ得ルモノナリ(二四)。

二 客體

(一) 戦死者又ハ戦傷病者ノ觀念ニ關シ廣狹ニ説アリ。一ハ戦死者又ハ戦傷病者ヲ以テ戰闘行爲其ノ

モノニ基因シテ死傷病ノ結果ヲ生ジタル者ナルコトヲ要スルモノト爲スモノニシテ、他ハ戰闘行爲ニ基因スルモノノミニ限ラズ戰場ニ於テ疾病ニ因リ死亡シタル者ヲモ包含スルモノト爲スナリ。惟フニ本罪ノ主旨ガ前述ノ如ク戰闘行動ノ混亂ニ乘ジテ行ハルルヲ慮ルニ在リトセバ敢テ戰闘動作自體ニ參加シ銃砲又ハ白兵ニ因リテ死傷シタル者ニ限ラズ戰場ニ於テ偶々流行セシ惡疫ニ感染シ乃至ハ一般ノ疾病ノ爲死亡シタル如キモノヲモ包含スルヲ妥當ナリト解ス。然レドモ戰場ニ於ケル死傷病者一切ガ直チニ本罪ノ客體タルベキモノニアラズシテ、死傷病者ノ中現ニ何人ノ監護下ニモ在ラザルモノニ限ラザルベカラズ。之蓋シ斯ル對象ニ對スル財産的犯罪ハ戰場ノ混亂ヲ利用スルコトニ依リ其ノ他ノ場合ニ比シ遂行ノ機會多キモノト認メ得ベキ點ニ本罪ノ特別罪トシテ規定モラレタル意義アレバナリ。斯クテ予ハ本條ニ所謂戦死者及戦傷病者トハ戰闘トノ場所的聯關ニ於テ(即チ戰場ニ於テ)死亡シ、負傷シ又ハ疾病ニ罹リ而モ現ニ何人ノ監護ヲモ受クルコトナク放任セラレル者ヲ謂フモノト解ス。サレバ假令戰闘ニ因リ死亡シタル者ト雖モ病院ニ收容セラレタル場合ノ如キハ最早本條ノ慮ル所ニ非ズ。

(二) 戦死者又ハ戦傷病者ハ我軍ノ所屬者ナルト相手軍ノソレナルト乃至ハ兩軍何レニモ屬セザル者就中戰場ノ住民ナルトヲ問フコトナシ。

(三) 衣服其ノ他ノ財物ハ戰死者又ハ戰傷病者ノ所有ニ屬スルモノナルコトヲ要セズ。其ノ所持ニ在リ又ハ嘗テ在リタルコトヲ以テ足ル。從テ軍ノ所管ニ屬スルモノナルコトモアリ得ベシ。又現ニ戰死者又ハ戰傷病者ノ身體ニ著帶スル場合ニ限ラズ其ノ身體ノ附近ニ散亂スル場合ニテモ可ナリ。尙財物ハ掠奪ノ罪ニ於ケルト同ジク財産權ノ目的ト爲リ得ベキ一切ノ可動の物件又ハ之ニ準ズベキ利益ヲ指稱ス。

三 行爲

(一) 樣態

戰場ニ於テ爲サルルコトヲ要ス。戰場ノ意義ニ付テハ前述セリ。茲ニ所謂戰場ハ行爲ノ場所の様態ナルモ、同時ニ戰死者又ハ戰傷病者ノ所在ヲモ表示シ、從テ本罪ノ要件タル此等ノ者ガ現ニ何人ノ監護ノ下ニモナク放置セラルルコトニ對スル文言上ノ根據タル機能ヲモ果スナリ。

(二) 內容

褫奪スルコトニ因テ成立ス。

褫奪トハ他人ノ財物ヲ不法ニ自己ニ領得スル一切ノ行爲ヲ謂フ。掠奪ニ在リテハ現ニ相手方ノ占有ニ屬スル財物ニ對シテ領得行爲ヲ爲スコトヲ要スルモノナルモ、褫奪ハ斯ル占有關係ノ侵犯

ヲ必ズシモ要セズ。例へバ戰死者ノ遺留セシ物件ヲ領得スル行爲ノ如キ然リ。或ハ褫奪ガ「奪」ヲ内容トスルコトヲ理由トシテ他人ノ占有ヲ侵スコトヲ要ストノ見解アランモ、戰死者ノ財物ニ關スル限り反對説ハ維持スルヲ得ザルヤ明カナルヲ以テ之ヲ採ラズ。而シテ占有ヲ侵害スル場合ニ於テモ其ノ手段ノ如何ヲ問フコトナキヲ以テ、或ハ暴行脅迫ヲ用ヒ或ハ欺罔ヲ施シ乃至ハ隱密ノ間ニ行フコトアリ得ベシ。從テ褫奪行爲ハ刑法ノ竊取、強取、騙取、喝取及占有離脱物橫領ノ各類型ヲモ包含ス。更ニ一旦適法ニ移リタル占有ニ基キ財物ヲ不法ニ領得スル一般ノ橫領モ亦褫奪ト爲リ得ルモノト解ス。

第二目 各論

褫奪ノ罪ハ之ヲ分チテ單純褫奪ノ罪ト褫奪致死傷ノ罪トノ二種トス。

第一段 單純褫奪ノ罪

一 基本類型(八七)

(一) 要件

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 五一五
 第三編 內論(對象論) 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

戰場ニ於テ戰死者又ハ戰傷病者ノ衣服其ノ他ノ財物ヲ褫奪スルコトニ因テ成立ス。

(二) 處罰

一年以上ノ有期懲役。

二 修正類型(八九)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

第二段 褫奪致死傷ノ罪

一 基本類型(八八)

(一) 要件

單純褫奪ノ罪ヲ犯ス者人ニ死傷ノ結果ヲ生ゼシムルコトニ因テ成立ス。

褫奪ヲ爲ス機會ニ人ヲ傷害シ又ハ死ニ致スヲ要スル特別罪ナリ。褫奪ヲ爲ス機會トハ褫奪行為ノ現場ニ於テ其ノ手段トシテ又ハ之ガ發覺ヲ防グ爲其ノ他褫奪ト何等カ直接ノ心理的聯關ニ於テ行ハルルコトヲ謂フ。從テ褫奪ノ時間的前後ヲ問フコトナシ。然レドモ甲ニ對スル褫奪ニ際シ偶々通リ掛リシ乙ニ對シ宿怨ヲ霽サンガ爲死傷ヲ加ヘタルガ如キハ本罪ニ該當セザルモノト解ス。

傷又死ノ結果ハ犯人ノ故意ニ出ヅルト過失ニ因ルト乃至ハ過失スラモナカリシトヲ區別スルコトナシ。尤モ暴行ノ故意ハ必要ナリト謂フベシ。

褫奪ノ客體ト死傷ノ被害者ト同一ナルコトヲ要セザル點モ掠奪ニ同ジ。

(二) 處罰

(1) 傷シタル場合

無期又ハ七年以上ノ懲役。

(2) 死ニ致シタル場合

死刑又ハ無期懲役。

二 修正類型(八九)

未遂類型アリ。原則トシテ既遂ト同ジク罰ス。

未遂ハ褫奪ノ機會ニ人ヲ殺サントシテ果サザリシ場合ノミニ成立ス。此ノ場合褫奪ノ既遂ナリヤ否ヲ問フコトナシ。

第三項 餘論

褫奪ヲ爲スニ當リ婦女ヲ強姦シタル場合若シ該褫奪行為ガ刑法ノ強盜罪ニ該ルトキハ褫奪ノ罪ト強

第二編 內論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 五一七
スル規定 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

強姦ノ罪(刑二四一前)トノ併發ト爲スベキカ或ハ褫奪ノ罪ト刑法強姦ノ罪トノソレト解スベキカハ問題ナリ。褫奪ノ實質ニ鑑ミルトキハ前者ノ見解ヲ是認スベキカ如シト雖モ、褫奪ヲ特別ナル類型トシテ本法ニ規定シ更ニ第八十八條褫奪致死傷ノ罪ヲ設ケタル趣旨ニ徴スレバ褫奪ニ相當スル刑法ノ當該行為ノ規定ノ適用ヲ排除スルヲ立法方針ト解スルヲ相當トスベキヲ以テ、暫ク後者ノ説ニ據ラントス。但シ將來ノ改正ニ於テハ褫奪強姦ノ規定ヲ置クコトニ付考慮ノ要アラシ。蓋シ掠奪ノ場合ニ強姦ノ發生アルヲ豫想シ乍ラ褫奪ノ場合ニ之ナシトハ斷ズルヲ得ザレバナリ。

第二節ノ二 作戰地ニ於ケル強姦ニ關スル罪

本罪ノ規定タル第八十八條ノ二ハ昭和十七年ノ改正ニ於テ新設セラレタルモノニ係リ、掠奪ト同ジク多發性ヲ有スル罪ナリ。分チテ二種トス。

第一項 強姦ノ罪

一 基本類型(八八ノ二)

(一) 要件

戰地又ハ帝國軍ノ占領地ニ於テ婦女ヲ強姦スルニ因テ成立ス。婦女ノ國籍如何ヲ問フコトナシ。強姦ノ觀念ハ刑法ニ同ジ。

(二) 處罰

無期又ハ一年以上ノ懲役。

二 修正類型(八九)

未遂類型アリ。

第二項 強姦致死傷ノ罪

一 基本類型(八八ノ二)

(一) 要件

戰地又ハ帝國軍ノ占領地ニ於テ婦女ヲ強姦スル機會ニ人ヲ死傷ニ致シタルトキニ成立ス。強姦ノ被害者ト同一ナルコトヲ要セズ。傷又ハ死ノ結果ニ對シ故意アルト過失又ハ無意ナルトヲ區別セズト解ス。

(二) 處罰

(1) 傷シタル場合

第二編 內論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 五一七ノ三
スル規定 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

無期又ハ三年以上ノ懲役。

(2) 死ニ致シタル場合

死刑又ハ無期若ハ七年以上ノ懲役。

二 修正類型(八九)

未遂類型アリ。未遂ハ強姦ノ際殺意ヲ以テ人ノ生命ヲ害セントシテ果サザリシ場合ニ成立ス。

第三節 造言飛語ノ罪

第一款 序論

一 本法第九十九條造言飛語ノ罪ノ規定ハ軍事ニ關スル有害ナル報道ヲ爲スコトヲ防壓スルヲ以テ本質ト爲スモノナリ。抑々軍ハ國家防衛作用中最モ重要ナル武力活動就中戰鬥ヲ擔任スルモノニシテ、此ノ任務達成ノ爲ニハ軍ノ成存及活動ノ或ル部分ヲ軍事上ノ秘密トシテ局外者ニ對シテ特ニ嚴重秘密スルノ必要アルト共ニ、軍ノ動靜ニ關シ部内ハ勿論部外ニ於テ揣摩臆測ヲ逞シウシテ其ノ成存又ハ活

動ニ不利益ト爲ルベキ事實ヲ捏造流布シ又ハ之ヲ傳達スルガ如キ行爲ヲ斷乎禁絶セザルベカラズ。秘密ノ保護ニ關シテハ暫ク之ヲ措キ、有害事實ノ傳播ヲ防止セザルベカラザル所以ハ蓋シ其ノ軍構成員乃至國民一般ヲシテ軍ノ舉措ニ對シテ疑惑ヲ起サシメ之ガ威信ヲ失墜スルニ止マラズ延テ作戰ノ圓滑ナル運營ニモ支障ヲ及ボスノ危險尠カラザル點ニ存ス。固ヨリ軍事ニ關セザル國務一般ニ關スル有害事實ノ傳播行爲ハ其ノ大小ニ拘ラズ國ノ威信ヲ傷クルモノト謂フベキモ、其ノ影響ノ廣表及深度ニ於テ軍事ニ關スルモノノ場合ト比スベクモアラズ。是ヲ以テ本法第二十八條第七號ニ於テハ利敵ノ目的アル場合ノ造言飛語ノ所爲ニ對シ極刑ヲ以テ臨ムナリ。以下述ブル造言飛語ノ罪ハ勿論利敵ノ目的ナキ場合ニ限ラルト雖モ、行爲ノ内容タル造言飛語ノ社會心理的效果ニ至ツテハ斯カル特殊ノ目的ノ有無ニ因リテ著シキ差異ヲ生ズルモノト見ル能ハズ。殊ニ戰時事變ノ如キ異常ナル社會情勢下ニ在リテハ人心動モスレバ動搖シ此ノ間ニ流言浮説ノ蔓延スル傾向熾烈ヲ加フルモノアリ。而モ其ノ思想的背景殊ニ反戰的性質ヲ有スルモノナルトキハ、戰線ニ在ル軍人ハ固ヨリ銃後ニ於ケル國民ノ戰意ノ喪失ヲ招來シ國家ヲ思想的ニ壞滅ニ導クノ虞ナシトセズ。之所謂思想戰ニ於ケル戰術トシテ造言飛語ノ行爲ノ利用セラレル場合ナルガ、國家總動員體制ノ強化ニ伴ヒ本罪ノ重要性モ亦愈々増大セザルヲ得ザルナリ(國家總動員法三七八)。

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 五一九
スル規定 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

二 造言飛語ノ罪ノ規定ハ前述ノ如ク軍ニ對シ部内外ヲ通シ國民一般ノ抱懷スル信望ノ念ヲ維持強化スルニ在ル以上、其ノ機能ノ指向セラルベキ人的對象ハ之ヲ軍構成員ニ限定スベキニ非ズシテ、否軍構成員ヨリモ寧ロ該信望ノ心理的地盤タルベキ部外大衆其ノモノニ迄擴充セラルルノ必要アルハ言ヲ須ヒズ。本法ガ第九十九條ヲ陸軍軍人以外ノ者ニモ犯行ノ場所如何ヲ問ハズ適用スルコトト爲シタル所以茲ニ存ス(二六、三)。尙海軍刑法亦同一ノ主義ニ依ル(海刑一〇〇、二六、三)。

三 造言飛語ノ罪ノ内容タル有害事實ノ報道ノ行爲ハ、既ニ警察犯處罰令第二條第十六號ニ於テ「人ヲ誑惑セシムベキ流言浮説又ハ虛報」トシテモ罰セラルベキモノナルガ、其ノ處罰ハ極メテ輕微ニシテ未ダ以テ上述軍ノ負擔セル國防任務ノ達成上必要ナル其ノ威信ヲ保護スルニ足ラザルモノト認ムベキガ故ニ、行爲ノ實體ハ其ノ儘トシ唯其ノ様態トシテ戰時又ハ事變ヲ附加シ且報道セラルベキ事實ヲ軍事ニ關スルモノニ限定スルト共ニ法定刑ヲ加重シテ茲ニ造言飛語トシテ一種ノ加重的犯罪ヲ設定セラレタモノト解スベキヲ以テ本罪ハ準軍事犯ニ屬スルモノナリ。

第二款 本論(九九)

一 要件

(一) 主體

陸軍軍人ノミナラズ軍人以外ノ者モ亦獨立シテ主體タルヲ得ルナリ(二六)。海軍軍人ハ陸軍ノ勤務ニ服セザル限り(八一)本條ノ適用上ハ陸軍軍人以外ノ者トシテ取扱ハル。

(二) 行爲

(1) 様態

戰時又ハ事變ニ際シテ爲スコトヲ要ス。戰時、事變ノ意義ニ付テハ既ニ述ベタルヲ以テ再言セズ。茲ニ戰時又ハ事變ニ際シテトハ原則トシテ戰時ノ期間又ハ事變ノ發生後終了迄ノ時間内ヲ謂フモノナレドモ、將ニ戰時ニ入ラントシ又ハ事變ノ始マラントスル直前ノ時期乃至ハ終了直後ノ時期(此ノ點第九十六條ト異ナル)ヲモ包含ス。固ヨリ此ノ時期ノ範圍ハ事實ニ付テ決スベク、戰爭又ハ事變ノ規模、民心ノ情況其ノ他ノ事情ニ因リ長短アルヲ免レザルモノト解ス。

(2) 内容

軍事ニ關シ造言飛語ヲ爲スニ因テ成立ス。分説スルコト左ノ如シ。

(a) 軍事ニ關シテ爲サレザルベカラズ

① 軍事ノ意義ニ付テハ第五十一條第二項ノ規定ニ於テ述ベタルト同ジク、廣義ニ於テハ軍

第二編 内論(對象論) 第二部 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 五二一
 第二編 内論(對象論) 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

ノ編制、裝備、練成、運用等軍令事項タルト軍政事項タルトヲ論ゼズ（昭一四年五月四日大判、集一八卷二五六頁）苟モ軍ニ關係アルモノヲ悉ク包含シ（陸軍懲罰令一。陸軍一九六）、狹義ニ於テハ此等ノ事項中直接作戰ニ關係アルモノノミニ限ラルルモノニシテ、造言飛語ノ罪ニ於ケル「軍事」ハ此ノ何レノ意義ニ解スベキカハ問題ナリ。蓋シ第五十一條第二項ノ場合ノ如ク戰時、軍中又ハ戒嚴地境ニ於ケル軍ノ行動自體ヲ保護スルモノニ在リテハ、此等ノ様態ノ示ス意味ト相俟ツテ軍事ノ意義モ亦自ラ作戰ヲ直接ノ對象トシテ考察セラルベク、從テ之ヲ狹義ニ解スルコト當然ナリト雖モ、第九十九條ノ場合ハ軍ノ威信ヲ保護客體トシ而モ軍部外ノ一般人民モ亦行爲ノ主體タルヲ得ルコト、加之社會心理的基礎ニ立ツ造言飛語ナル行爲ノ危険性ガ戰時ノ異常ナル時勢ノ下ニ實行セラルルノミニテ著シク増大スルノ傾向アルコト等ヲ彼此參酌セバ、必ズシモ軍事ノ觀念ヲ作戰トノ直接聯關性ニ限定スルコト能ハザル場合アルベシ。此ノ理由ニ基キ予ハ本罪ノ軍事ハ廣義ニ解スベキモノト思料ス。

① 次ニ本罪ニ於ケル軍事ハ陸軍ノ軍事ヲ指スモノナリヤ又ハ海軍ノソレモ包含スル一般的軍事ニモ及ビ得ルモノナリヤノ點ニ付テハ爭アリ。即チ一説ニ依レバ、第九十九條ニ所謂軍事ハ陸軍ノ軍事ニシテ海軍刑法第百條ノソレハ海軍ノ軍事ヲ謂フモノト爲スナリ。此ノ

見解ニ依レバ陸海兩軍ノ何レトモ特定セズ漠然ト軍事一般ニ關シテ造言飛語ヲ爲シタル場合ハ陸軍刑法第九十九條ノ罪ト海軍刑法第百條ノソレトノ想像的競合成立スルモノト爲サザルベカラザルト共ニ、陸軍軍人ガ海軍ノ軍事ニ關シテ造言飛語ヲ爲サバ海軍刑法第百條ノ又海軍軍人ガ陸軍ノ軍事ニ關シテ造言飛語ヲ爲サバ陸軍刑法第九十九條ノ適用ヲ受クルコトトナルナリ。第二ノ説ニ依レバ陸海軍各刑法ノ各軍用物損壞ノ罪ニ於テハ被害法益トシテ陸軍ノ軍用ニ供スル物（七九、八〇、八三）又ハ海軍ノ軍用ニ供スル物（海刑七八、七九、八三）ナル區別ヲ設ケタル趣旨ヲ類推シ、兩軍刑法ノ各造言飛語ノ罪ニ於テハ陸軍ノ利益又ハ海軍ノ利益ヲ保護客體ト爲スニ過ギズシテ軍事ノ内容ハ必ズシモ陸軍又ハ海軍ノ何レカ一方ニ限ラルベキニアラズト謂フナリ。此ノ説ニ於テモ侵害法益ガ陸海何レカニ特定シ得ザルトキハ前同様想像的競合ト解スルノ外ナカルベシ。更ニ第三ノ折衷説トシテ陸海軍各刑法ノ造言飛語ノ罪ノ構成要件ハ全ク同一ニシテ、軍人ガ之ヲ犯セバ其ノ身分ニ依テ適用法規ヲ定ムベク軍人以外ノ者ニ付テハ兩法規ノ罪ノ法條競合ノ關係ヲ生ジ、便宜造言飛語ノ内容ニ從ヒ或ハ被害法益ノ所屬ニ基キ何レカノ法規ヲ適用スベシト爲スアリ。惟フニ造言飛語ノ罪ニ於ケル軍事ノ意義ニ付テ特ニ穿鑿ヲ施サザルヲ得ザル所以ノモノハ陸軍刑法第九十

九條ト海軍刑法第百條トガ全ク同一字句ヲ以テ構成セラルルノミナラズ兩法條共ニ軍人以
外ノ者ニモ適用セラルルガ爲(陸刑二六。海刑二六)陸海軍人ガ造言飛語ノ罪ヲ犯シタル場合ニ
ハ假令其ノ身分ニ從ヒテ適用法規ヲ定ムベシトスルモ(陸刑二四。海刑一九)軍人ニ非ザル者ガ
同罪ヲ犯シタル場合ハ遂ニ何レノ法規ニ依ルベキカノ方途ヲ失フノ點ニ存ス。斯ル困難ヲ
除去スルガ爲前述被害法益ノ陸海軍何レニ屬スルカニ依テ適用法條ヲ決スルコトハ一應首
肯シ得ル所ナリ。然レドモ凡ソ陸軍刑法ノ規定ガ陸軍ノ利益ヲ保護スルヲ目的トシ、海軍
刑法ガ海軍ノ利益ヲ保護スルニ在ルコトハ餘リニモ當然ノ前提ニシテ、問題ハ如何ナル種
類内容ノ行爲ニ因リテ陸軍又ハ海軍ノ利益ガ侵害セラルルカニ在リト謂ハザルベカラズ。
果シテ然ラバ侵害行爲ノ當體タル造言飛語ノ性格如何ガ基準ト爲ルノ外ナカルベク、結局
造言飛語其ノモノヲ規制スル軍事ノ意義如何ガ再ビ探リ上ゲラレザルベカラザル事態ニ立
到ルナリ。斯ク觀ズレバ被害法益ノ種別ニ依テ適用法規ヲ決スベシトノ前述見解ハ之ヲ放
棄セザルヲ得ズ。サレバ前述折衷說ハ法條ニ存スル右ノ如キ暗礁ヲ回避スル意味ニ於テ全
ク價值ナキニアラズ。然レドモ其ノ徒ラニ便宜ニ墮シ一貫セル方針ヲ缺クノ嫌アルヲ以テ
遽ニ加擔シ難キ所ナリ。予ハ斯クテ造言飛語ノ内容ガ陸海何レノ軍事ナリヤ否ニ從テ相當

軍刑法ノ規定ヲ選擇適用スルノ說ニ據ラント欲ス。故ニ若シ同一造言飛語ノ内容ニシテ明
瞭ニ陸海軍ニ關スルモノナルトキハ勿論、漠然ト軍一般ニ關スルモノナル場合ニ於テモ想
像的競合ノ成立ヲ認ムベク、又陸軍軍人ガ純然タル海軍ノ軍事ニ關シテ造言飛語ヲ爲シタ
ル場合ハ海軍刑法第百條ヲ適用スベク、又雙方ノ軍事ニ關スル造言飛語ヲ爲シタル場合ハ
同條及陸軍刑法第九十九條ノ想像的競合ナルモ、同法第二十四條ノ適用ニ依リ同法第九
十九條ニ依テ處斷セラルルコトトナルナリ。

(b) 造言飛語ヲ爲スコトヲ要ス

① 造言飛語トハ軍ノ成存又ハ活動ニ對シ有害ナル事實ヲ不法ニ報道スルコトヲ謂フモノニ
シテ、自ラ虛構ノ事實ヲ捏造シテ流布シ又ハ他ヨリ全部又ハ一部ヲ傳聞セシ根據ナキ風説
若ハ實在ノ事實ヲ誇張シタルモノヲ更ニ第三者ニ告知スル場合ハ勿論(昭一三年四月九日大判、
集一七卷二八二頁)眞實ナル事實ヲ其ノ儘他人ニ告知スル場合ヲモ包含スルモノト解ス。尤モ
字義トシテハ造言ハ自ラ虛偽ノ事實ヲ捏造告知スルコトニシテ警察犯處罰令第二條第十六
號ニ所謂虛報ニ當リ、飛語トハ全ク根據ナキ若ハ根據ノ不確實ナル事實ヲ傳説スルコトニ
シテ同條ニ所謂流言浮説ニ該當ストノ說アリト雖モ、予ハ眞實ナル事實ノ報道モ亦本罪ヲ

構成スルコトアリトノ見解ヲ持スルヲ以テ、右ノ如ク造言ト飛語トヲ分割シテ夫々別異ノ内容ト爲スノ實益ナキモノト解ス。

(II) 報道事實ノ性質

(a) 造言飛語ニ於テ報道セラルベキモノハ事實ナリ。事實トハ特定ノ時間ニ於テ外界又ハ内界ノ特定ノ所位ニ生起シ吾人ノ認識ノ對象タルベキモノヲ謂フ。固ヨリ純然タル事實ノミヲ報道スルヲ要セズ、事實及之ニ對シ表明セシ感情、價值判斷等即チ意見ヲ合シテ告知スル場合又ハ意見ヲ中心トシテ之ニ事實ヲ配シタル場合乃至ハ意見ヲ表示シ乍ラ裏面ニ於テ特定ノ事實ヲ推知シ得シムル場合ト雖モ仍本罪ノ成立アリト謂フベシ。然レドモ單ナル意見ノ表示ハ造言飛語ト爲ラズ。之蓋シ事實ノ報道ハ人ノ實踐ヲ誘發スルノ原由ト爲リ得ルノ危險ヲ包藏スルニ拘ラズ、意見ノミノ告知ハ事實ニ附隨セザル限り何等新ナル行動ヲ惹起セシムルノ機縁タル作用ヲ營ミ得ズ、從テ之ヲ事實ノ報道ト同一ナル取締ニ服セシムルヲ得ザレバナリ。

(b) 造言飛語ノ對象タルベキ事實ハ全然眞實ト異ナリタル虛構ノモノナルカ或ハ眞實ナル事實ヲ基礎トシ乍ラ之ニ虛偽ノ事實ヲ附加シ結局全體トシテ眞實ニ合致セザルモノナルニ至リタルコトヲ要スルカ又ハ何等不實ノ點ナキ事實ナリトモ苟モ有害ナルモノハ仍包含セラルルカニ付テ爭アリ。惟フニ本罪ノ主要ナル目的ハ不實ナル事實ガ恰モ眞實ナルガ如ク流布セラレ人心ノ動搖ヲ招來スルヲ防止スルニ存スルモノト解セラルベク、陸軍刑法第九十九條ニ所謂造言飛語ヲ爲シトハ軍事ニ關シ虛構ノ事實ヲ捏造シ或ハ根據ナキ風説若ハ實在ノ事實ヲ誇張スル等因テ以テ戰時又ハ事變ニ當リ人心ヲ惑亂シ又ハ士氣ノ阻喪ヲ誘起シ若ハ作戰ノ計畫ヲ誤ラシムルガ如キ軍事上有害ナル行爲一切ヲ禁遏取締ル趣旨ノ規定ナリト爲ス大審院ノ見解モ亦此處ニ出ヅルガ如シ(昭一三年三月一七日大判、集一七卷二二六頁)ト雖モ、眞實ニ合致セザル事實必ズシモ有害ナラズト斷ジ難ク、眞相ヲ公表スルコトガ反テ人心ニ不安ノ念慮ヲ與フルノ虞アルモノナシト謂フベカラザルナリ。從テ斯ル事實ノ傳播ハ虛構ナルモノノソレト同様ニ之ヲ取締ルノ必要アルハ明カナリ。故ニ予ハ本罪ノ對象タル事實ハ敢テ不眞實ナルコトヲ問ハザルモノト解ス。

報道セラルベキ事實ノ不實又ハ眞實ガ社會ニ公知ノモノナル場合ハ之ヲ其ノ儘報道スルモ何等本罪ニ該當セザルハ明カナシテ、唯當該事實ノ不實ナルニ拘ラズ之ヲ眞實ナリトシ又ハ眞實ナルニ拘ラズ之ヲ不實ナリトシテ報道スル場合ニ本罪ノ成立ヲ見ルモノト

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 五二七
スル規定 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

ス。問題ト爲ルハ公知ノ状態ハ如何ナル場合ニ認め得ベキカノ點ナリ。政府其ノ他ノ公ノ機關ノ發表シ又ハ其ノ許可ヲ得テ私人ノ發表セシ場合又ハ當該事實ノ不實又ハ眞實ガ如何ナル情況下ニ在リテモ一見明瞭ナルガ如キ場合ハ公知タルコト疑ナシ。其ノ社會一般ガ實際上當該事實ノ不實又ハ眞實ヲ確信スル場合亦然リ。

(γ) 報道セラルル事實ハ軍ノ成存又ハ活動ニ害ヲ及ボス虞アルモノナラザルベカラズ。判例ニ所謂「人心ヲ惑亂シ又ハ士氣ノ阻喪ヲ誘起シ若ハ作戰ノ計劃ヲ誤ラシムルガ如キ軍事上有害ナル」事實ガ即チ之ヲ指スナリ（昭一三年三月一七日大判、一七卷三二六頁）。尤モ本罪ノ行爲ハ右成存及活動ニ對シテ直接ニ侵害ヲ加フルモノニ非ズシテ、軍部内外ノ者ガ軍ニ對シテ抱懷スル信倚ノ感念ヲ動搖破壞シ軍ノ威信ヲ失墜セシメ以テ間接ニ其ノ成存及活動ノ完全性ヲ危殆ナラシムルモノナリ。而シテ斯カル危險性アリヤ否ハ當該事實ノ内容及社會情勢其ノ他各般ノ事情ヲ參酌シテ客觀的ニ決セラルベキ問題ニシテ犯人ノ認識如何ニ係ルコトナシ。

III 報道ノ方法

(a) 造言飛語ハ社會一般ニ當該事實ガ傳播セラルルニ因テ危險性ヲ生ズルモノナレドモ、

判例ニ依レバ其ノ報道ノ相手方ハ必ズシモ不定多數ナルト將又特定ノ一人若ハ數人ナルトヲ問フコトナク、此ノ點本來多數人ニ傳播セラルルコトヲ意味スル刑法第二百三十三條ニ所謂虛偽ノ風説ノ流布トハ異ナルモノトセラル（昭一三年三月一七日大判、集一七卷二二六頁）。從テ又不定多數人ニ傳播流布スル虞ナキ場所ニ於テ爲スモ仍成立スルコトトナル（昭一三年一月一九日大判、集一七卷八五二頁）。惟フニ此ノ趣旨トスル所ハ造言飛語ハ其ノ傳播性ガ刑法ノ虛偽風説流布ノ如ク直接的顯勢的ナルコトヲ必要トセズトスル點ニ在ルモノト解スベシモノニシテ、若シ行爲ノ本質トシテ傳播性ヲ全然必要ナラズトスル趣旨ナリトセバ誤リト謂ハザルベカラズ。

(β) 造言飛語ハ口頭ヲ以テスル場合多カルベキモ、文書、圖畫、偶像其ノ他如何ナル方法ヲ以テスルヲ問フコトナシ。隔地者ニ對シテ告知スル場合ハ報道事實ガ相手方ニ到達スルコトヲ要ス。

(3) 犯意

本罪ハ故意犯ニシテ犯人ガ戰時又ハ事變ニ際シ軍事ニ關シ有害ナル事實ヲ報道スルコトヲ認識セザルベカラザルコト勿論ナリ。而シテ判例ニ依レバ、事實ガ單ナル風説ニ依據シ確實ナル

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 五二九
スル規定 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

根據ヲ有セザルモノナルコトノ認識アレバ足り敢テ事實ノ無根ナルコトノ認識ハ之ヲ必要トセザル(昭一三年一月一九日大判、集一七卷八五〇頁)如シ。從テ反面ニ於テ犯人ガ當該事實ノ眞實ナルコトヲ確信スル限リ犯意ヲ缺クモノト謂ハザルベカラズ。然レドモ予ハ前述ノ如ク本罪ニ於テハ事實ノ眞偽ハ要件ニアラズト解スルヲ以テ、此ノ點ニ關スル犯人ノ認識如何ハ探究スルノ要ナシト爲スモノナリ。

次ニ事實ガ有害ナリヤ否ノ點モ亦之ヲ客觀的ニ判定セラルベキコト前述ノ如クニシテ、犯人ガ當該事實ノ内容ヲ認識スル以上更ニ其ノ事實ガ軍ノ成存又ハ活動ニ何等ノ不利益ヲ生ズルノ危険アルニトニ付テ豫見ナカリシトスルモ仍本罪ノ成立ヲ免レザルナリ(大一一一年四月四日大判、集一卷二〇五頁)。

二 處 罰

七年以下ノ懲役又ハ禁錮。

第三款 餘 論

一 罪數ノ問題

同一ノ有害ナル事實ヲ數人ニ同時ニ告知スル場合ハ單純ナル一罪ナルモ、異ナリタル時ニ於テ各別ニ數人ニ對シ同一事實ヲ告知シタル場合ハ本罪ノ連續犯ナリ。

二 利敵ノ罪トノ關係

利敵ノ意圖ヨリ造言飛語ヲ爲シタル場合ハ單ニ本法第二十八條第七號又ハ第三十條ノ罪ノ成立アルニ過ギズ。

三 海軍刑法造言飛語ノ罪トノ關係

海軍刑法第百條ノ罪ト陸軍刑法第九十九條ノソレトハ前述ノ如ク「軍事」ノ意義ヲ異ニスルヲ以テ假令連續シテ兩罪ヲ犯スモ連續犯ト爲ルコトナシ。

四 警察犯處罰令トノ關係

警察犯處罰令第二條第十六號ノ罪ト陸海各軍刑法造言飛語ノ罪トハ特別關係ニ立ツモノト解スベキヲ以テ、後者ノ成立スル限リ前者ハ當然其ノ適用ヲ排除ス。

五 軍機保護法トノ關係

造言飛語ノ事實ガ軍機保護法所定ノ軍事上ノ祕密ニ該當スル場合陸軍刑法ノ造言飛語ノ罪ト軍機保護法違反ノ罪トノ併發ヲ見ルカ否ノ點ハ問題ナリ。軍機保護法ノ趣旨ガ軍ノ祕密ヲ保持スルニ存スル

第二編 內論(對象論) 第二章 本論 第二門 各論 第四類 陸軍ノ機能ヲ保護 五三一
第三編 內論(對象論) 第三章 軍ノ威信ヲ保護スル規定

ヲ以テ、兩法條ノ罪ノ法益必ズシモ同一ナラズト解セラルルヲ以テ想像的競合ノ成立ヲ認メント欲ス。

六 刑法人心惑亂ノ罪トノ關係
刑法第五條ノ二第一項ノ人心ヲ惑亂スル目的ヲ以テスル虛偽事實流布ノ罪及第五條ノ三人心ノ惑亂ヲ誘發スベキ虛偽事實流布ノ罪ト陸軍刑法第九十九條造言飛語ノ罪トハ通説ニ依レバ夫々法益ヲ異ニシ又規定内容ノ範圍同ジカラザルガ故ニ各獨立シテ成立スルモノニシテ場合ニ因リ兩者ハ想像的競合ノ關係ニ立ツコトアリトセラル。

七 其ノ他ノ罪トノ關係

文書ニ依テ造言飛語ヲ爲シタル場合ニハ別ニ出版法(同法二六、二七等)、新聞紙法(同法四一、四二等)、不穩文書臨時取締法(同法一、二等)ノ罪ノ成立ヲ見ルモノニシテ、其ノ相互間ニハ想像的競合ノ關係成立ス。蓋シ後者ハ文書其ノモノノ醸ス危險ヲ罰スルモノナレバナリ。

偽造若クハ虛偽ノ文書ヲ以テ爲シ又ハ電話電信ニ依テ爲シタル造言飛語ノ罪ニ付別ニ刑法文書偽造ノ罪(刑一五四以下)又ハ電信法違反ノ罪(同法三三)ノ成立アル場合亦右ト同ジク、像的競合タリ。

陸軍刑法原論終

昭和十五年十一月十四日
昭和十六年六月十八日
昭和十八年九月十八日
印刷發行
改訂再版發行
增訂四版發行

陸軍刑法原論(奥附)
定價 三圓八拾錢
特別行爲
稅相當額 二十錢
賣價金四圓

著者 菅野保之

發行者 東京市神田區錦町一丁目十四番地
横尾留治

印刷者 東京市神田區錦町一丁目十四番地
横尾留治

東京市神田區錦町一丁目十四番地

電話神田二三一〇番
東京二一九四番

松華堂書店

(會員番號 一一二二四二)

(配給元) 東京市神田區 淡路町二ノ九 日本出版配給株式會社



(出文協承認)
あ 470096

發行所

(刷印部刷印堂藤松)

[部一の書圖行刊堂華松]

樞密顧問官	清水	澄著	憲帝國憲法講義	A 5判五〇〇頁
警察講習所	鈴木	登著	帝國憲法講義	A 5判二〇〇頁
京大教授	渡邊宗太郎	著	行政法要綱	A 5判六〇〇頁
警察講習所	赤池	健著	日本行政法概説	A 5判三三〇頁
樞密顧問官	泉二新熊	著	刑法プリント	A 5判三三〇頁
大審院檢察	大竹武七郎	著	刑法綱要	A 5判四九〇頁
法學博士	平沼騏一郎	著	新刑事訴訟法要論	A 5判一〇〇〇頁
京大教授	宮本英脩	著	刑事訴訟法大綱	A 5判六〇〇頁
法學博士	平井彦三郎	著	刑事訴訟法論綱	A 5判四三〇頁
大審院檢察	矢追秀作	著	増訂刑事訴訟法要義	A 5判八九〇頁
大審院檢察	金澤次郎	著	刑事訴訟法講義	A 5判七五〇頁

[部一の書圖行刊堂華松]

大審院檢察	大竹武七郎	著	刑事訴訟法解説	A 5判六〇〇頁
大審院檢察	大竹武七郎	著	増訂戰時刑事特別法解説	B 6判三四〇頁
法學博士	近藤英吉	著	民法要義(全)	A 5判一三〇〇頁
法學博士	森山武市郎	著	債權法要論(第一册)	A 5判一九〇頁
法學博士	森山武市郎	著	債權法要論(第二册)	A 5判一九〇頁
大審院部長	矢部克己	著	債權各論(上)	A 5判二三〇頁
商大教授	田中誠二	著	改正商法要義(上)	A 5判六五〇頁
商大教授	田中誠二	著	改正商法要義(下)	A 5判七二〇頁
大審院部長	矢部克己	著	手形法小切手法講義	A 5判三六〇頁
大審院判事	中島弘道	著	日本民事訴訟法(上)	A 5判一〇〇〇頁
大審院判事	中島弘道	著	日本民事訴訟法(下)	A 5判八〇〇頁

伊松堂書店

500

法政圖第一課
33.6.6
調査立法考査局

