

## 第5章 イタリア

神戸大学准教授 東條明徳

### 一 本稿の目的

本稿は、イタリアにおける子の奪取を処罰対象とする犯罪類型を概観することを目的とする。該当の犯罪類型としては、未成年者の同意ある奪取<sup>1</sup> (573条)、無能力者の奪取 (574条)、未成年者の外国への連れ去り及び留置 (574条の2) の3つが挙げられる。以下では、これらの3つの犯罪類型の処罰範囲をそれぞれ見ていくこととする。

### 二 条文

3つの犯罪類型を規定する条文は、それぞれ以下のとおりである。

#### (未成年者の同意ある奪取)

**第五百七十三条** 十四歳に達した未成年者を、その同意を得て、親責任を行使する親若しくは後見人から連れ去った者又はそれらの親若しくは後見人の意思に反して留置した者は、それらの者の告訴を待って、二年以下の懲役に処する。

2 行為が結婚目的で行われた場合には刑を減輕し、わいせつ目的で行われた場合には加重する。

(3 第五百二十五条、第五百四十四条の規定を準用する。)

#### (無能力者の奪取)

**第五百七十四条** 十四歳未満の未成年者若しくは精神障害者を、親責任を行使する親、後見人、保佐人若しくはその者を監視若しくは監護する者から連れ去った者又はそれらの者の意思に反して留置した者は、親責任を行使する親、後見人若しくは保佐人の告訴を待って、一年以上三年以下の懲役に処する。

2 十四歳に達した未成年者を、その同意を得ずに、わいせつ又は結婚以外の目的で連れ去り又は留置した者も、前項に掲げる者の告訴を待って、同一の刑に処する。

(3 第五百二十五条、第五百四十四条の規定を準用する。)

#### (未成年者の外国への連れ去り及び留置)

**第五百七十四条の二** 未成年者を、親責任を行使する親又は後見人の意思に反して外国に連れ去る又は留置することによって、親責任を行使することを完全に又は部分的に阻害し、その者を親責任を行使する親又は後見人から奪取した者は、当該行為がより重い罪を構成する場合を除き、一年以上四年以下の懲役に処する。

2 前項に規定する行為が十四歳に達した未成年者に対してその同意を得て行われた場合には、六

---

<sup>1</sup> 573条や574条の見出しの「奪取」の原語は、「*sottrazione*」である。そして、573条や574条で処罰対象となっているのは、未成年者の「*sottrazione* (連れ去り)」と「*ritenzione* (留置)」の2つの行為類型である。このように、「*sottrazione*」の語は、留置とは区別された概念としての「連れ去り」のみを指す趣旨で狭義に用いられる場合と、連れ去りと留置のいずれもを包含する概念として広義に用いられる場合がある。本稿では、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(いわゆるハーグ子奪取条約)にあわせ、狭義の「*sottrazione*」を「連れ去り」、広義の「*sottrazione*」を「奪取」と訳し分ける。

月以上三年以下の懲役に処する。

- 3 前二項に規定する行為が親によって未成年の子の損害において行われた場合には、刑の言渡しは親責任の停止を伴う。

いずれも未成年者<sup>2</sup>を親や後見人等の意思に反してその下から連れ去る行為又は行為者の下に留置する行為を処罰対象とする犯罪類型である。未成年者の同意の有無によって刑罰の重さが分けられており、14歳以上の未成年者の同意がある場合（573条）は2年以下の懲役であるのに対し、14歳以上の未成年者の同意がない場合（574条2項）並びに連れ去り及び留置に対する刑法上有効な同意を為し得ない者として位置付けられているところの14歳未満の未成年者や精神障害者が客体とされた場合（574条1項）は1年以上3年以下の懲役である。

574条の2は行為が外国で行われた場合に関する特別類型であり、ここでも未成年者の同意の有無によって刑罰の重さが分けられている。すなわち、同意がある場合（574条の2第2項）は6月以上3年以下の懲役であるのに対し、同意が無い場合（574条の2第1項）は1年以上4年以下の懲役である。行為が親によって行われた場合にその親の親責任の停止が付加刑として定められている点も、この特別類型の重要な効果である（574条の2第3項）。但し、後に見るように<sup>3</sup>、この規定は近時憲法裁判所によって一部違憲とされた。

なお、573条3項及び574条3項は、削除されておらず形式上存続しているが、準用の対象となっている525条及び544条がいずれも既に削除されているため、實際上効力を有していない。

### 三 総説（犯罪の位置付け・保護法益）

#### 1 基本的な犯罪の位置付け

未成年者を奪取することを処罰する犯罪類型は、1889年に成立した旧刑法典では、「第二編 各則」の中の「第二章 自由に対する犯罪」「第三節 個人の自由に対する犯罪」の下に位置付けられていた（旧刑法典148条）。これに対し、1930年に成立した現行刑法典では、「第二編 各則」の中の「第十一章 家族に対する犯罪」「第四節 家族の扶助に対する犯罪」の下に位置付けられている。このことから明らかであるように、573条～574条の2の犯罪類型（以下、まとめて「未成年者奪取罪」という。）は、現行刑法典においては個人の自由に対する犯罪としては位置付けられておらず、2(2)で見るとその具体的内容の理解には変遷があるものの、親が子を扶助する関係を保護するものとして位置付けられている。

未成年者奪取罪が個人の自由を保護の対象とするのでないことは、身体の自由に対する侵害を処罰する犯罪類型との法定刑の差からも明らかであると指摘されている<sup>4</sup>。具体的には、監禁罪<sup>5</sup>は、

<sup>2</sup> 但し、574条の精神障害者は未成年者に限定されない。

<sup>3</sup> 六七参照。

<sup>4</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I* (a cura di Carlo Federico Grosso), 16<sup>a</sup> ed., Milano, 2016, p. 743.

<sup>5</sup> 条文は以下のとおりである。

（監禁）

**第六百五条** 身体の自由を剥奪した者は、六月以上八年以下の懲役に処する。

2 次の各号に掲げる場合には、一年以上十年以下の懲役に処する。

一 尊属、卑属又は配偶者の損害において行為が行われた場合

14歳以上の未成年者に対して行われた場合には3年以上12年以下の懲役（605条3項前段）、14歳未満の未成年者に対して行われた場合や、外国への連れ去り又は留置を伴った場合は3年以上15年以下の懲役（605条3項後段）とされている。身体の自由に対する制限がこのような重い処罰の対象と捉えられているということは、翻って、未成年者奪取罪は個人の自由に対する侵害をも併せて処罰しようとするものではなく、専ら親が子を扶助する関係を保護しようとするものと理解されるということである。したがって、未成年者の奪取が奪取された未成年者の身体の自由に対する制限を伴った場合には<sup>6</sup>、未成年者奪取罪と監禁罪がいずれも成立することになる<sup>7</sup>。監禁罪のみを認めたのでは親が子を扶助する関係に対する侵害が生じたことを捕捉することができない一方、未成年者奪取罪のみを認めたのでは身体の自由に対する制限が生じたことを捕捉することができないからである<sup>8</sup>。

## 2 保護法益に関する議論の変遷

このように、親が子を扶助する関係を保護するものとして捉えられている未成年者奪取罪であるが、より具体的に何が本罪の保護法益であるのかについては、家族法改正に連動する形で理解に変遷がある。そこで、以下では、まず家族法改正に伴って573条～574条の2がどのように改正されてきたのかを確認したうえで、それに伴い保護法益理解にどのような変遷が見られるのかを見ていきたい。

### (1) 家族法改正に伴う規定の改正

現行刑法典が成立した1930年当時、イタリアでは親権は父にしか認められていなかった。このため、573条及び574条で現在「親責任を行使する親」となっている部分は、立法当時は「父権を

---

二 官公吏によってその職務に伴う権限を濫用して行為が行われた場合

3 第一項に規定された行為が未成年者の損害において行われた場合、三年以上十二年以下の懲役に処する。当該行為が第二項に規定された事情の下で行われた場合、十四歳未満の未成年者の損害において行われた場合又は監禁された未成年者が外国に連れ去られ若しくは留置された場合には、三年以上十五年以下の懲役に処する。

4 犯人が監禁された未成年者を死亡させた場合、無期懲役に処する。

5 被告人が次の各号のいずれかの措置を講じた場合には、第三項に規定された刑は二分の一まで減輕する。

一 未成年者が身体の自由を回復するための措置

二 犯罪活動によって更なる結果が生じるのを防ぐために、行為の立証のための証拠収集及び一人以上の犯人特定又は身柄拘束との関係で警察機関又は司法機関に具体的な協力を行う措置

三 未成年者に更なる監禁が行われることを防ぐための措置

<sup>6</sup> 未成年者奪取罪と監禁罪は一方が成立する場合に他方が必ず成立するという関係にはない。未成年者奪取罪は、とくに未成年者の同意ある奪取の場合を中心に、身体の自由に対する制限を伴う形ではなく、逆に自由を親の認める範囲を越えて拡張する形でも行われ得る（例えば、未成年の子が自宅を出て恋人の下で生活を始める場合）。一方、監禁罪も、親が子を扶助する関係に対する侵害を伴わない場合があり得る（例えば、窃盗犯人が侵入した家の中で未成年の子と出くわしたため、クローゼットの中に閉じ込める場合）（FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2019, p. 351）。

<sup>7</sup> 判例として、Cass. pen., 26 ottobre 2001, n. 38438; Cass. pen., 22 dicembre 2008, n. 47544; Cass. pen., 4 novembre 2010, n. 6220; Cass. pen., 12 febbraio 2014, n. 15366; Cass. pen., 25 settembre 2014, n. 5643。学説として、ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 740; MANTOVANI, *loc. cit.* なお、両罪は形式的競合（81条）の関係に立つことになる（MANTOVANI, *loc. cit.*）。

<sup>8</sup> MANTOVANI, *loc. cit.*

行使する親」であった。その後、1975年3月19日法律第151号により家族法改正が行われ<sup>9</sup>、親権が父のみではなく両親に認められるようになったため、これに合わせて、1981年11月24日法律第689号146条により刑法典573条及び574条の「父権 (patría potestà)」も「親権 (potestà dei genitori)」へと改正された。さらに、2013年には、民法典及び刑法典で揃って「親権 (potestà dei genitori)」の語が「親責任 (responsabilità genitoriale)」へと改正された(刑法典573条～574条の2の改正につき、2013年12月28日立法命令第154号93条p号～r号)。この改正は、その理由書によれば、親子関係を親側からの権限行使という視点ではなく、むしろ、未成年の子の利益のために親が責任を負っているという視点で捉える必要があることを強調する趣旨で行われたものである<sup>10</sup>。

## (2) 改正に伴う保護法益理解の変遷

### (i) 現行刑法典成立時の理解

上述のとおり、現行刑法典成立時には未成年者奪取罪は「父権を行使する親若しくは後見人」の意思に反して行われることが要件であった。したがって、父が家長として家庭内で行使する権限であるところの父権や後見人の権限が保護法益であると捉えられていた。

### (ii) 憲法裁判所1988年10月6日判決

その後、1975年の家族法改正によって「父権」が「親権」へと改正されたことを受け、1981年に未成年者奪取罪も「親権を行使する親若しくは後見人」の意思に反することが要件とされるに至ったため、保護法益も父権ではなく親権と捉えられることになった。ただ、この改正を受けた保護法益理解の変化はこれに留まらない。

問題は、1975年の家族法改正で「父権」が「親権」へと改正されたことの意義を、単に権限の主体が父のみから両親へと拡張されたに過ぎないものと捉えるか、それにとどまらない意義を有するものと捉えるかという点に関連する。この点に関する判示を行い、保護法益理解の変化を決定付けたのが、憲法裁判所1988年10月6日判決<sup>11</sup>である。

同判決においては、親が親権を自らの権限として子の利益ではなく自らの利益に従って行使し得るという理解は1975年の家族法改正と共に放棄されているとの立場に立つ者によって、そうであるにもかかわらず、刑法典573条が未成年者の同意ある奪取に関して親に告訴権を与え、奪取を刑事事件化するか否かを専ら親が左右し得て、未成年者の意思は考慮されない制度になっていることは違憲ではないのかが争われた。この問題に関して憲法裁判所は、家族法改正の持つ意義については、提訴した者の立場が家族法改正を巡る民法学説の理解に沿っており、かつ、正当な理解と言えることを認めた。そして、その下で刑法典573条の保護法益について新たな理解を示した。

具体的には、家族法改正によって、家父長制を象徴する古い権限であるところの「父権」を廃したことは、単に権限の主体を両親へと拡張した意義を有することとどまらず、家父長制的な家族観との訣別を意味しているとした。したがって、新たに両親に認められることとなった「親権」は、もはや両親が自らの権限として自由に行行使し得るものではなく、子の利益に資する限度で行

<sup>9</sup> 以下、2013年の改正に関する部分をも含め、家族法改正の趣旨については、椎名規子「イタリアの親権(親責任)に関する法制度 概説」外務省委託調査平成30年度事業1頁以下をも参照。

<sup>10</sup> *Relazione illustrativa del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154*, 2013, p. 5.

<sup>11</sup> *Corte Cost.*, 6 ottobre 1988, n. 957.

使し得るという制限を受けるのであり、その分だけ子の自律性や意思が尊重されるべきことになる。そして、親権がこのように未成年の子の意思を尊重しつつその利益に資するために行使される権限として理解される以上、未成年の子の利益それ自体も 573 条の保護法益に含まれるようになったと捉えるべきであるとした。この結果、確かに親の意思に反して奪取が行われているが、当該奪取に子の利益に対する侵害性が全く認められない場合には、保護法益を侵害しない行為である以上、不能犯（49 条 2 項）として扱えると判示している。すなわち、親の権限に対する侵害があっても、子の利益に対する侵害がなければ犯罪は成立しないということであり、子の利益が親の権限と並んで、それとは独立した保護法益として位置付けられていることになる。

このように、家族法改正に伴う親子関係の変化を認め、573 条を巡る制度については専ら親の権限行使という観点のみから検討するのではなく子の利益の保護という観点も念頭に置く必要があるとした憲法裁判所であるが、違憲の主張との関係では、子の利益の保護の観点を念頭に置いたとしても、親に告訴権を与えることが親の権限と子の利益の調整のあり方として立法裁量の範囲を越えるとはまでは言えないとして、主張を排斥している。

### (iii) 現在の理解

その後、2013 年に「親権」が「親責任」へと変更されるが、既に見たとおり、この改正は親子関係を未成年の子の利益のために親が責任を負っているという視点で捉える必要があるとの理解の下で行われたものである。したがって、1988 年の憲法裁判所判決の理解を変更せず、むしろ、それを補強する方向の改正と言える。このため、現在では、未成年者奪取罪は親や後見人の権限と未成年の子の利益の両者を保護法益とするとの理解が一般的になっている<sup>12</sup>。この理解の下では、例えば、若者が 17 歳の女性を、その両親の意思には反しているが、勉学の継続には全く支障のない形で度々自分のところに留置し、女性が成人した後に 2 人は婚姻したという事案<sup>13</sup>であれば、未成年者の利益に対する侵害性が認められないため、犯罪の成立が否定されると指摘されている<sup>14</sup>。

なお、未成年の子の利益も独立の保護法益であると捉える場合、未成年者奪取罪のうち未成年者の同意ある奪取において、未成年者の同意があるにもかかわらず何故可罰性が認められるのかが問題となり得る。この点に関しては、未成年者はその年齢からくる未成熟性によって自らの将来にとって好ましくない判断をしてしまう可能性があり、それを避けるために、子の利益の観点から、未成年者の決定よりも親の選択を優先すべき場合があるとの理解が示されている<sup>15</sup>。

## 四 573 条（未成年者の同意ある奪取）

### 1 主体

<sup>12</sup> 1988 年の憲法裁判所判決後の判例として、Cass. pen., 19 settembre 1992, n. 9538; Cass. pen., 8 gennaio 2003, n. 20950; Cass. pen., 8 luglio 2008, n. 37321. 2013 年改正後の判例として、Cass. pen., 27 ottobre 2015, n. 49579. 学説として、GIOVANNI FIANDACA - ENZO MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, II-1, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, 2020, pp. 476 e 479.

<sup>13</sup> Pretura Civitanova 21 gennaio 1989, in *Foro it.*, 1989, II, 331 con nota di FIANDACA の事案。実際の事案においては、下級審判決では無罪とされたが、破毀院で破毀されたようである（ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 739, nota 274)。

<sup>14</sup> FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 477.

<sup>15</sup> Cass. pen., 10 febbraio 2015, n. 6058; Cass. pen., 27 agosto 2019, n. 36439.

非身分犯である。家族法改正で夫婦のいずれもが親責任の主体とされた以上、他方の親が親責任を喪失した又は停止された場合であったり、一方の親を監護者に指定する裁判所の決定が出ていたりする場合を除き、他方の親と対立する一方の親によっても本罪は実行され得る<sup>16</sup>。親責任はそれぞれの親が別々に行使できるのであり、一方の親の行為が他方の親による親責任の行使を阻害する場合はあり得るからである。

## 2 行為

本罪の構成要件該当行為は、「十四歳に達した未成年者を、その同意を得て、親責任を行使する親若しくは後見人から連れ去る」こと、「又はそれらの親若しくは後見人の意思に反して留置」することである。すなわち、連れ去り (1) 又は留置 (2) が、未成年者の同意を得て (3)、親又は後見人の意思に反して (4) 行われる必要がある。なお、条文においては、親の意思に反することの必要性は留置との関係でのみ明示されているが、これは「連れ去り (sottrazione)」と「留置 (ritenzione)」の語義に由来するものである。すなわち、親からの「連れ去り」という概念は、親が自らの下から未成年者が遠ざけられることにつき同意していない、又は、遠ざけられることに気付いていないが気付いていれば同意しないであろうことを当然の前提としており、親の同意を取り付けて遠くに連れて行くことはそもそも「連れ去り」ではない。これに対し、「留置」は同意の有無を問わない概念であるため、立法者はこちらとの関係でのみ親の意思に反することを要件として明示する必要があったのである<sup>17</sup>。

以下、4つの要素を順に見ていく。

### (1) 連れ去り

未成年者の連れ去りには、未成年者を場所的に移動させることの他、親責任に内在する権利・義務の行使を阻止することによって、親と未成年者との間で生活関係を継続することを阻害することも含まれる<sup>18</sup>。場所的移動による連れ去りの場合、どのような場所まで移動させれば連れ去りと言えるのが問題となるが、これについては、親が未成年の子に認めている自由な活動領域の外に移動させることが必要と捉えられている。この未成年者に認められる自由な活動領域の範囲は、親が未成年の子にそのような領域を認める目的（修学・就業等）に照らして、未成年者の普段の生活習慣、未成年者の成熟性、両親との関係といった具体的事情を勘案して決定される<sup>19</sup>。

### (2) 留置

未成年者の留置とは、行為者の監視の及ぶ領域に未成年者を留め続けることによって、親責任を行う者の少なくとも1人と未成年者の関係を阻害することを言う。そのような領域に連れてくること自体が違法である場合には連れ去りが成立するため、留置が問題となるのは、未成年者を

---

<sup>16</sup> 判例として、Cass. pen., 2 aprile 1990, n. 4515; Cass. pen., 4 luglio 2002, n. 28863; Cass. pen., 18 febbraio 2008, n. 21441. 学説として、ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 737; FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 479.

<sup>17</sup> ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 739.

<sup>18</sup> 判例として、Cass. pen., 2 maggio 2000, n. 7292. 学説として、ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 739 s.; MARIAVALERIA DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in DOMENICO PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale, Parte speciale*, I, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2019, p. 503; FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 477.

<sup>19</sup> 判例として、Cass. pen., 27 febbraio 1985, n. 3774. 学説として、FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 477.

そのような領域に置くことが当初は適法であったが、その後違法に転じた場合である<sup>20</sup>。

### (3) 未成年者の同意

本罪が認められるには、連れ去り又は留置に対する未成年者の有効な同意が必要である。したがって、理解する能力及び意図する能力を有する未成年者が強制や欺罔によらずに自由に同意したことが必要である。14歳以上の未成年者でも、精神病や酩酊等により理解する能力及び意図する能力が欠如している場合には、574条1項の対象となる<sup>21</sup>。

### (4) 親又は後見人の不同意

本罪が認められるには、連れ去り又は留置が親又は後見人の意思に反して行われたことが必要である。問題となるのは、親の不同意が明示されていない場合に認定をどのように行うかである。この点に関し、かつては、親が同意しているのは、対象を明示して認めたまさにその行為のみなのであって、明示の同意がない限りは親の意思に反するものと捉えた判例も存在した<sup>22</sup>。しかし、その後1988年の憲法裁判所判決を受けて、親責任を限界付ける要素としての未成年者の自己決定権も考慮に入れる必要があり、単に親が明示的には同意していないというだけで、親の意思の内容が具体的に立証されているわけでもないのに、犯罪を成立させることは許されないとの立場が有力になった。現在では、親の不同意は、未成年者を取り巻く環境、未成年者の習慣、未成年者の日常の心理状態、未成年者に対する監護の態様、さらに、同意していたのであればそのような行動は取らなかったであろうと言えるような親の行動の有無といった事情に照らして、具体的に立証されなければならないとされている<sup>23</sup>。

## 3 既遂

本罪が既遂に至るには、親による子の扶助、監護、近親性の保持、教育といった親責任の行使の諸態様のうちのいずれかを実質的に阻害したと言える程度の相当期間に亘って連れ去り又は留置が継続されたことが必要である<sup>24</sup>。どの程度の期間の継続があれば既遂が認められるのかは具体的な事案ごとの判断とならざるを得ないが、判断の実例としては、いずれも574条の事例ではあるが、次のものが見られる。別居中の母の家に来ていた娘を父の家に帰すことを、娘の祖母が数時間に亘って拒絶した日が2日間あったに過ぎない場合につき、574条の成立を否定した例<sup>25</sup>。娘を母の下から3日間引き離したに過ぎない場合につき、違法性が認められないのではないかを十分に検討していないとして原判決を破棄差戻した例<sup>26</sup>。単独監護者であった父の下から、母が父の知らない場所に娘を約15日間連れ去り、父と娘の一切の交流を阻害した場合につき、574条の成立を認めた例<sup>27</sup>。

<sup>20</sup> ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 740; DEL TUFO, *op. cit.* (nota 18), p. 503; FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 477.

<sup>21</sup> ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 737.

<sup>22</sup> Cass. pen., 27 febbraio 1985, n. 3774.

<sup>23</sup> Cass. pen., 29 ottobre 1996, n. 1032.

<sup>24</sup> 判例として、Cass. pen., 2 maggio 2000, n. 7292; Cass. pen., 8 luglio 2008, n. 37321; Cass. pen., 1 marzo 2012, n. 8076; Cass. pen., 19 febbraio 2013, n. 22911; Cass. pen., 27 ottobre 2015, n. 49579; Cass. pen., 19 ottobre 2016, n. 4186; Cass. pen., 28 marzo 2018, n. 28561. 学説として、ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 740; DEL TUFO, *op. cit.* (nota 18), p. 504; FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 477.

<sup>25</sup> Cass. pen., 1 marzo 2012, n. 8076.

<sup>26</sup> Cass. pen., 19 ottobre 2016, n. 4186.

<sup>27</sup> Cass. pen., 28 marzo 2018, n. 28561.

なお、既遂に至らない場合、未遂も可罰的である。連れ去り又は留置の期間が短い場合の他、保護法益に対する現実的危険を惹起するのに適した行為が行われていれば、連れ去り又は留置に至らなくとも未遂が認められる<sup>28</sup>。実際に連れ去りに至らなかったにもかかわらず未遂が認められた事例として、574条の事例ではあるが、行為者が小学校に行き、迎えに来られなくなった両親から頼まれて迎えに来たとの虚偽の主張を行って未成年者の引渡しを執拗に求めたが、教員に拒否されたために成功しなかった事例がある<sup>29</sup>。

#### 4 主観的要素

客観的構成要件要素に対応する故意が必要である。すなわち、未成年者に対する連れ去り又は留置の認識及び意図が必要であるほか、未成年者の同意や親又は後見人の不同意も故意の対象である。したがって、客体が成人だと誤信していた場合や、親又は後見人が同意していると誤信していた場合は、不可罰である。未成年者の同意がないのに同意があると誤信した者には、574条ではなく本条が適用される<sup>30</sup>。

#### 5 加重減輕事由

わいせつ目的が加重事由であり、結婚目的が減輕事由である（2項）。

#### 6 親告罪

本罪は親告罪である。告訴権者は親責任を行使する親及び後見人である。親責任は、それぞれの親が別々に行使できるため、夫婦間で相互に意見の不一致があっても、一方の親のみによって告訴がなされ得る<sup>31</sup>。

### 五 574条（無能力者の奪取）

#### 1 主体

573条と同じく、非身分犯であり、夫婦の一方によっても実行され得る。

#### 2 行為

本罪に該当するのは、14歳未満の未成年者又は精神障害者を親や後見人等からその意思に反して連れ去り又は留置する行為（1項）、及び14歳以上の未成年者を、その同意を得ずに、親や後見人からその意思に反して連れ去り又は留置する行為（2項）である。1項の客体は、その年齢又は状態により、有効な同意を表明できないと刑法上捉えられている客体である<sup>32</sup>。すなわち、574条の各項は、いずれも連れ去り又は留置の客体となる者の同意が存在しない場合を処罰対象とするものである。

<sup>28</sup> Cass. pen., 30 ottobre 2013, n. 44260.

<sup>29</sup> Cass. pen., 30 ottobre 2013, n. 44260.

<sup>30</sup> ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 740; DEL TUFO, *op. cit.* (nota 18), p. 504; FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 477 s.

<sup>31</sup> FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 478.

<sup>32</sup> DEL TUFO, *op. cit.* (nota 18), p. 505.



連れ去り又は留置に対する客体の不同意の点を除けば、連れ去り、留置、親又は後見人等の不同意の解釈は 573 条と同様である。なお、連れ去りにおいて問題となる客体の自由な活動領域の範囲に関して、1 項の客体については、その低年齢性や精神的な不安定性に鑑みてとくに限定的に解釈する必要があるとの指摘がある<sup>33</sup>。

### 3 既遂

既に 573 条について叙述したとおり、本罪が既遂に至るには、連れ去り又は留置が相当期間継続する必要があると捉えられている。未遂が可罰的であることも 573 条と同様である。

### 4 主観的要素

客観的構成要件要素に対応する故意が必要である<sup>34</sup>。その内容は、連れ去り又は留置の客体の不同意の点を除き、573 条と同様である。

なお、本罪においては、わいせつ目的及び結婚目的の不存在が明文の要件とされている。これは、これらの目的が存在する場合については、それぞれ 523 条及び 522 条で処罰することが予定されていたためである<sup>35</sup>。しかし、これらの条文は 1996 年 2 月 15 日法律第 66 号 1 条により既に削除されている<sup>36</sup>。このため、現在では、わいせつ目的又は結婚目的が存在する場合は、監禁罪な

<sup>33</sup> FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 479.

<sup>34</sup> 判例として、Cass. pen., 18 febbraio 2008, n. 21441. 学説として、ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 741; DEL TUFO, *op. cit.* (nota 18), p. 505; FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 479.

<sup>35</sup> 522 条及び 523 条の予定していた処罰範囲を明らかにするため、隣接する 524 条と合わせて下記に条文を掲載しておく。

#### (結婚目的拐取)

**第五百二十二条** 結婚の目的で、暴行、脅迫又は欺罔を用いて未婚の女子を連れ去り又は留置した者は、一年以上三年以下の懲役に処する。

2 当該行為が十四歳以上十八歳未満の未婚の男女の損害において行われた場合には、二年以上五年以下の懲役に処する。

#### (わいせつ目的拐取)

**第五百二十三条** わいせつの目的で、暴行、脅迫又は欺罔を用いて未成年者又は成年の女子を連れ去り又は留置した者は、三年以上五年以下の懲役に処する。

2 当該行為が十八歳未満の者又は既婚の女子の損害において行われた場合には、その刑を加重する。

#### (わいせつ目的又は結婚目的による十四歳未満の者又は病者の拐取)

**第五百二十四条** 十四歳未満の者、精神病者、又は、犯人の行為とは関係がないとしても、その者が肉体的又は精神的に劣る状態にあるために行為に抵抗できない者の損害において、暴行、脅迫又は欺罔を用いずに前二条に規定する行為が行われた場合にも、各条第二項に規定する刑を適用する。

<sup>36</sup> 性犯罪に対する処罰を再編するため、刑法典第 2 編第 9 章の「第一節 性的自由に対する犯罪」を全て削除し(この中に 522 条～524 条も入っている)、新たに作り直した改正である。この際、ほとんどの規定は対応する規定が 609 条の 2 以下に新設されたが、522 条～524 条に対応する規定は作成されなかった。その理由に関しては、次のような指摘が見られる。これらの規定は、監禁罪に比べて著しく法定刑が低いことからして、身体的自由を保護法益とするものとは理解できない。加えて、性的自由に対する侵害性は被害女性が未婚か既婚かによって変化するとは考えられないにもかかわらず、未婚か既婚かによって法定刑が変えられていることからすれば、性的自由を保護するものとも理解できない。522 条～524 条の規定を整合的に説明しようとするれば、これらの規定は、親は子(とりわけ、娘)の結婚や性的な事柄についての決定権限を有しているという、刑法典が立法された 1930 年当時の古い家族観を前提に、そのような親の子に対する結婚・性的事項の決定権限を保護法益とするものであると理解する他ない。しかし、このような家族観は既に過去のものであったため、対応する条文が新設されなかったものと見られる(MANTOVANI, *op. cit.* (nota 6), p. 345)。

ど他の犯罪類型の構成要件を充足しない限り不可罰となっており、法改正の必要性が指摘されている<sup>37</sup>。

## 5 親告罪

本罪は親告罪である。告訴権者は、親責任を行使する親、後見人及び保佐人である。一方の親のみによっても告訴がなされ得ることは 573 条と同様である。

## 六 574 条の 2 (未成年者の外国への連れ去り及び留置)

2009 年 7 月 15 日法律第 94 号 3 条 29 項 b 号によって新設された特別類型である。573 条や 574 条で処罰されてきた行為が国境を越えて行われた場合を処罰するものである。このような犯罪は、国境を越えた人の往来の活発化や国際結婚の増加と共に増えてきており、重い処罰の対象とすることで強く禁圧する必要性が認められるようになったものである<sup>38</sup>。

### 1 主体

573 条と同じく、非身分犯であり、夫婦の一方によっても実行され得る。

### 2 行為

本罪の構成要件該当行為は、「未成年者を親責任を行使する親又は後見人の意思に反して外国に連れ去る又は留置すること(1項)」及びそれを 14 歳以上の未成年者の同意を得て行うこと(2項)である。1項が 574 条の行為が外国で行われた場合に、2項が 573 条の行為が外国で行われた場合にそれぞれ対応する。親責任の行使に対する阻害は、573 条や 574 条においても解釈によって必要と捉えられていたが、本条では明文化されている。

### 3 既遂

既遂時点については、573 条及び 574 条においては連れ去り又は留置が相当期間継続することが必要と解されていた。これに対し、本罪の連れ去りに関しては、親責任の行使に対する阻害があれば国境を越える時点で既遂に達し、相当期間の継続は不要と解されている<sup>39</sup>。

### 4 主観的要素

客観的構成要件要素に対応する故意が必要である。

### 5 非親告罪

573 条及び 574 条とは異なり、本罪は親告罪ではない。

---

<sup>37</sup> DEL TUFO, *op. cit.* (nota 18), p. 505 s.

<sup>38</sup> ANTOLISEI, *op. cit.* (nota 4), p. 743; DEL TUFO, *op. cit.* (nota 18), p. 507; FIANDACA - MUSCO, *op. cit.* (nota 12), p. 480.

<sup>39</sup> Cass. pen., 14 ottobre 2014, n. 45266; Cass. pen., 18 luglio 2019, n. 31927.

## 6 管轄

574 条の 2 は行為が完全に外国で実行される場合も処罰対象としているが、このような行為に対してイタリアが管轄を有することは、574 条の 2 に規定されている行為によって生じる親責任の行使の阻害という犯罪結果がイタリア国内で生じることによって基礎付けられる<sup>40</sup>。より具体的には、犯罪結果は、先行して親によって決定された未成年者の居住地において発生すると捉えられている。この場所が、親が子の生活を維持し、親子関係を育てていくことに対する阻害が生じる場所だからである<sup>41</sup>。

以上のような理解であるから、母が父と共に外国への移住を決めて親子で 1 年間外国に住んだ後に、子を連れてイタリアに帰ることを決意したが、子を連れて行くことについては父の同意を得られなかったという事案については、イタリアは管轄を有しないと解されている<sup>42</sup>。他にも、あくまでも未成年者の居住地で被害が発生すると捉えられるため、未成年者が外国へと連れ去られる起点となった場所に土地管轄が生じるわけではないと解されている<sup>43</sup>。

## 7 付加刑（親責任の停止）

574 条の 2 第 3 項は未成年者の外国への奪取が親によって行われた場合につき、親責任の停止の付加刑が必要的に科されることを規定している。しかし、この規定は、憲法裁判所 2020 年 5 月 29 日判決<sup>44</sup>において、付加刑を任意的でなく必要的としている点で憲法 2 条、3 条、30 条、31 条に反するとされた。

その理由は以下のとおりである。憲法裁判所によれば、このような付加刑の必要的適用は、上述の憲法の条文とも相容れないうえ、未成年者の保護についての国際的な義務や EU 法に照らしても適切ではない。というのも、本条は、親責任の停止が未成年者の重要な利益に反する場合にすら付加刑を科すことを命じており、未成年者に関わる全ての判断は未成年者の利益にとって最も望ましい解決を模索する方向で行われなければならないとする原則に反するからである。さらに言えば、親子関係に切り込むことになるこの付加刑が、刑を言い渡される親のみならず、その関係を共に構築している者であるところの未成年者にも直接に影響を持つことを念頭に置くと、本条は、両親のいずれとも人間関係を構築することができる未成年者の権利を侵害することになるのではないかという考慮を否定し、未成年者に直接関わる措置の実施において事案に応じた利益衡量を不可能にする形で付加刑の必要的適用を規定してしまっている。574 条の 2 に該当する事案はそれぞれに多様であり、そのことは未成年者の利益侵害の態様に限ってもなお妥当するのであって、やはり、574 条の 2 で処罰される親の親責任を停止することが常に、かつ、必然的に未成年者にとって最も望ましい解決であると考えことは合理的とは言えない。最後に、この付加刑は判決の確定後に初めて実行されるわけであるが、判決の確定までにはしばしば行為後数年も

<sup>40</sup> Cass. pen., 14 dicembre 2017, n. 7777; Cass. pen., 27 febbraio 2019, n. 8660; Cass. pen., 2 settembre 2019, n. 36828.

<sup>41</sup> Cass. pen., 27 febbraio 2019, n. 8660（居住地に管轄を認めるべき根拠の 1 つとして、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（いわゆるハーグ子奪取条約）3 条を挙げている）; Cass. pen., 2 settembre 2019, n. 36828.

<sup>42</sup> Cass. pen., 27 febbraio 2019, n. 8660.

<sup>43</sup> Cass. pen., 2 settembre 2019, n. 36828.

<sup>44</sup> Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102.

かかるのであって、行為後に生じた未成年の子と処罰対象となる親との間の関係の展開を全く考慮に入れずに親責任の停止が実行されることになってしまうことから、必要的適用が不適切であることは明らかである。以上のような理由から、憲法裁判所は本条が付加刑を必要的としている点において違憲であると判断した。