

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-SARJA N:o 26

INKERI ANTILA

LOUKATUN SUOSTUMUS

OIKEUDENVASTAISUUDEN POISTAVANA
PERUSTEENA

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
A-SARJA
N:o 26

SUOMALAISEN LAKIMIES-
YHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-SARJA

N:o 26

INKERI ANTILA

LOUKATUN SUOSTUMUS
OIKEUDENVASTAISUUDEN POISTAVANA
PERUSTEENA

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

DIE EINWILLIGUNG DES VERLETZTEN ALS
RECHTFERTIGUNGSGRUND

ZUSAMMENFASSUNG

JAKAJA AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA

LOUKATUN SUOSTUMUS

OIKEUDENVASTAISUUDEN POISTAVANA PERUSTEENA

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

KIRJOITTANUT

INKERI ANTILA

LAKITIEEENKANDIDAATTI, VARATUOMARI

*Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin Yliopiston
Lainopillisen Tiedekunnan suostumuksella esite-
tään julkisesti tarkastettavaksi luentosalissa n:o 12
lauantaina toukokuun 18 päivänä 1946 kello 12.*

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

V A M M A L A 1 9 4 6
TYRVÄÄN KIRJAPAINO
OY

ISBN 978-951-855-792-3 (PDF)

ALKULAUSE:

Tässä teoksessa käsitellään kysymystä, joka kuuluu rikosoikeustieteen oikeudenvastaisuutta koskevaan osaan. Koska mielestäni on ollut tärkeätä keskittyä tutkimuksen pääaiheeseen, olen käsitellyt oikeudenvastaisuusopin yleisiä periaatteita vain parinkymmenen sivun mittaisessa johdannossa. Selvää on, että tällöin moni mielenkiintoinen kysymys on täytynyt jättää lyhyeen mainintaan.

Pyydän tässä saada lausua kunnioittavat kiitokseni opettajalleni, professori Brynolf Honkasalolle, joka on auttanut aiheen valinnassa ja tutkimustyön kuluessa jatkuvasti rohkaissut minua ohjeillaan. Edelleen pyydän saada kiittää oikeusneuvos Helge Johansonia ja professori Tauno Tirkkosta heiltä saamistani arvokkaista neuvoista, samaten maisteri Sirkka Rapolaa käsikirjoitukseni kieliasun tarkastamisesta. Taloudellista tukea on minulle apurahojen muodossa myöntänyt sekä Nuorten Tieteenharjoittajien Tutkimusapurahojen Jakolautakunta että Helsingin Yliopisto, minkä lisäksi Suomalainen Lakimiesyhdistys on avustanut teokseni julkaisemista.

Joutsenossa, huhtikuussa 1946.

Inkeri Anttila.

SISÄLLYSLUETTELO.

Alkulause	Sivu V
Sisällysluettelo	VI
Kirjallisuusluettelo	XII
Lyhennyksiä	XXIII

JOHDANTO.

TEHTÄVÄN SELVITYSTÄ	1
I. TERMINOLOGIAA	2
II. OIKEUDENVASTAISUUSKÄSITTEEN SELVITTELYÄ	3
A. Oikeudenvastaisuus muodollisessa merkityksessä	3
Normin käsite, s. 3. Imperatiiviteoria ja arvostusteoria, s. 4. Oikea käsitys normin kahdesta tehtävästä, arvostamis- ja määräämisominaisuuksista, s. 5. Oikeudenvastaisuuden objektiivisuus, s. 5. Subjektiiviset oikeudenvastaisuustekijät, s. 6.	
B. Oikeudenvastaisuus aineellisessa merkityksessä	6
Tieto rikoksen objektista aineellisen oikeudenvastaisuuden tutkimisen edellytyksenä, s. 7. Oikeushyvät eli intressit rikoksen loukkausobjekteina ja rangaistussäännöksen suojeluobjekteina, s. 8. Yritykset aineellisen oikeudenvastaisuuden sisällön tarkemmaksi määrittelemiseksi: v. Lisztin, Dohnan ja Mezgerin teorialat, s. 10. Pohjoismainen oikeudenvastaisuusoppi, s. 12. Aineellisen oikeudenvastaisuuden todellinen sisältö: oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastaisuus	14
C. Tunnuksmerkistö ja oikeuttamisperusteet	14
Tunnuksmerkistön käsite, s. 14. Tunnuksmerkistön suhde oikeudenvastaisuuteen, s. 15. Oikeuttamisperusteet	18
D. Aineellisen oikeudenvastaisuuden merkitys, erityisesti oikeuttamisperusteille	20
Tapaukset, joihin soveltuu kirjoitetun tai tavanomaisen oikeuden normi, s. 20. Aineellinen oikeudenvastaisuus laintulkinnan apuna, s. 20. Tapaukset, joihin ei ole olemassa positiivisen oikeuden normia, s. 21. Analogia ja aineellisen oikeudenvastaisuuden merkitys sille, s. 21. Tapaukset, joissa analogian avulla ei päästä ratkaisuun, s. 22. Aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen merkitys oikeuttamisperusteiden käyttöalan määrittelemisessä, s. 24. Periaatteen soveltamisen merkitys suostumusopissa	25

SUOSTUMUSOPPI.

I. HISTORIIKKI	26
A. Kaksoisvirran maat, Egypti ja Kreikka	26
B. Roomalainen oikeus	27
C. Kanoninen oikeus	30
D. Germaaninen oikeus ja Saksan lainsäädäntö	30
E. Pohjoismaat	32
II. SUOSTUMUSOPIN TEORIAT	32
A. 1700-luku ja 1800-luvun alkupuoli	34
B. 1800-luvun loppupuolen teorialt	35
1. Oikeuksien jaon teorialt	35
2. Rikosten jaon teorialt	38
3. »Järkevän tahdon teoria»	39
C. 1900-luvun teorialt	40
1. Suostumuksen käsitteestä lähtevät teorialt. a. Oikeustoimiteoria, s. 40, ja rajoitettu oikeustoimiteoria, s. 42. b. Loukatun suostumuksin tehdyn teon vertaaminen itseloukkaukseen	45
2. Induktiiviset teorialt. a. Suostumuksen mainitsematta jättäminen rikoslaissa lueltujen yleisten oikeuttamisperusteiden joukossa, s. 47. b. Kiehlin oppi, s. 48. c. Lain erityisen osan suostumusta koskevat tunnusmerkistöt	49
3. Intressi- eli oikeushyväteoria, s. 49. Sen perustajan Kesslerin kanta, s. 50. Intressiteorian asema suostumusopissa, s. 51. Intressiteorian »teknillisistä» selvittämistä, s. 53. Teorian soveltaminen käytäntöön, s. 53. Sen selventämisen tarpeellisuus, s. 54. Intressiteorian selvittämistä: a. Asianomistajarikosten merkitys suostumusopissa, s. 54. Asianomistajan vertaaminen loukattuun, s. 55. Asianomistajan ilmiannon prosessuaalinen luonne, s. 57. Syyteoikeuden käyttämättä jättäminen tai syyteoikeudesta luopuminen verrattuna suostumuksen antamiseen, s. 57. Asianomistajarikosten loukkaamien intressien laatu, s. 59. Suostumuksen merkityksen selvittäminen yksilön intressejä loukkaavien asianomistajarikosten osalta, s. 60. b. Tarkoitusteorian suhde intressiteoriaan, s. 61. c. Hyvien tapojen periaate verrattuna intressiteoriaan. Saksan rikoslain 226 a §:n sisältö ja tulkintaa, s. 62. Englantilaisen oikeuden kanta, s. 64. Hyvien tapojen vastaisen teon käsite Suomen rikosoikeudessa, s. 64. Hyvien tapojen periaatteen käyttäminen suostumusopissa, s. 65. d. Oikeushyvien korvaamismahdollisuuden (Forsmanin) teoria, s. 65. Sen arvostelua, s. 67. e. Yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttämisen (Honkasalon) teoria, s. 68. Sen merkitys suostumusopissa, s. 69. Tulos suostumusopin teorioiden tarkastelusta	70
D. Suostumusoppi verrattuna yksilön ja yhteiskunnan suhteeseen eri aikoina	71

III. SUOSTUMUKSEN KÄSITE	73
A. Yleistä	74
Suostumus merkitsee sellaisen toisen henkilön tekemän teon sallimista, mikä ilman suostumuksen antamista olisi rikos, s. 74. Suostumuksen ja pyynnön ero, s. 75. Suostumuksen eroaminen passiivisesta suhtautumisesta tekoon	75
B. Suostumuksen kohde	76
1. Seuraus- ja tekoteoriat, s. 76. Teko- ja seuraussanojen eri merkitykset, s. 78. Suostumuksen objektin erilaisuus teko- ja seurausrikoksissa, s. 79. Suostumuksen todellisen sisällön ratkaiseva merkitys selvitetäessä suostumuksen vaikutuksen ulottumista sellaiseen seuraukseen, mikä ei ole välttämätön teon tunnusmerkistön toteutumiselle	80
2. Suostumus tuottamukselliseen tekoon, s. 81. Mahdollisuus tällaiseen, s. 82. Suostumuksen todellisen sisällön ratkaiseva merkitys arvioitaessa suostumuksen oikeuttavan vaikutuksen ulottumista teon tuottamuksellisiin seurauksiin	83
C. Tekijän erehdys	83
Putatiivi- ja imaginääririkokset, s. 84. Tekoerehdyksen merkitys, s. 84. Oikeuserehdyksen merkitys	86
D. Suostumuksen antajan erehdyttäminen	88
E. Provokatoorisessa tarkoituksessa annettu suostumus	90
F. Pakolla saatu suostumus	91
G. Suostumus tai sen puute tunnusmerkistöntekijänä	93
Tapaukset, joissa toimiminen vastoin loukatun tahtoa on teon tunnusmerkistön edellytyksenä, s. 93. Tapaukset, joissa rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen vaatii loukatun erehdyttämistä, s. 94. Tapaukset, joissa tunnusmerkistö toteutuu vain teon tapahtuessa loukatun suostumuksin	95
H. Suostumuksen muoto ja tuleminen tekijän tietoon	96
Muodosta esitetyt teoriat, s. 96. Konkludenttisen tahdonilmaisun merkitys, s. 97. Tahdonsuunta- ja tahdonilmaisuteorioiden ero käytännössä, s. 97. Tahdonilmaisuteorian puolesta esitetty perustelut, s. 98. Tahdon-suuntateorian oikeellisuuden todistelua, s. 99. Kysymys tekijän suostumuksesta saaman tiedon merkityksestä, s. 100. Suostumuksen muotoa koskeva kysymys suomalaisessa rikosoikeustieteessä, s. 101. Yritys ratkaista kosketeltu kysymys positiivisen oikeuden avulla, s. 102. Yritykset johtaa ratkaisu suostumus-sanana merkityksestä tehtyjen johtopäätösten tietä, s. 102. Suostumuksen muotoa koskevan kysymyksen selvittäminen tutkimalla, miten suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, s. 102. Suostumuksen muoto käytännöllisessä oikeuselämässä	103
I. Suostumuksen antamisen aika ja peruuttaminen	104
Tapaukset, joissa suostumus voidaan antaa vielä teon tapahtumisen aikana, s. 104. Suostumuksen antaminen pitkitettyyn rikokseen, s. 105. Suostumuksen peruuttaminen	105
J. Suostumuksen tarkkamääräisyys	107

K. Suostumuksen antajan henkilökohtaiset ominaisuudet	108
1. Ikä. Tieteisopissa esiintyneet mielipiteet suostumiskelpoisuudesta, s. 108. Positiivisen oikeuden kysymystä koskevat säännökset, s. 110. Ratkaisun etsiminen syyntakeisuutta ja asianomistajakelpoisuutta koskevien säännösten analogisen soveltamisen tietä, s. 111. Varallisuusrikosten erikoisasema, s. 112. Harkintateorian käyttäminen, s. 113. Suomen ja Ruotsin uusien rikoslainehdotusten kanta	114
2. Muut suostumuksen pätevytyteen vaikuttavat subjektiiviset syyt. Syyntakeettomuus, s. 114. »Mielipuoli»-sanana sisältö, s. 115. Syyntakeettoman oikeus antaa suostumus, s. 115. Täyttä ymmärrystä vailla olevan suostumiskelpoisuus, s. 116. Holhouksenalaisuuden merkitys varallisuusrikoksiin annetun suostumuksen suhteen, s. 116. Holhouksenalaisuuden merkitys muissa tapauksissa	116
3. Holhoojan oikeus suostumuksen antamiseen	117
4. Valtuutetun oikeus suostumuksen antamiseen	119
IV. OSALLISUUS SUOSTUMUSOPISSA	120
Tieteisopissa esitetyt mielipiteet, s. 121. Suostumus ja RL 5: 4, s. 121. Tapaukset, joissa suostumus poistaa päätekijän teon oikeudenvastaisuuden, s. 122. Tapaukset, joissa teko loukatun antamasta suostumuksesta huolimatta jää oikeudenvastaiseksi	123
V. VAHINGONKORVAUS	123
Suostumuksen vaikutuksesta tekijän vahingonkorvausvelvollisuuteen tieteisopissa esitetyt mielipiteet, s. 123. Tapaukset, joissa suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, s. 124. Tapaukset, joissa teko jää oikeudenvastaiseksi, s. 124. Poikkeukset yleisestä säännöstä, s. 125. RL 9 luv. 3 §:n tarkoittaman elatusavun suorittaminen tekijän ollessa syyllistynyt RL 21 luv. 3 §:n tarkoittamaan rikokseen	125
VI. ERITYINEN OSA	126
A. Yleistä	126
Suostumusopissa käsiteltävät rikokset, s. 126. Valtiota vastaan tehtyihin rikoksiin annetun suostumuksen mahdollisuus	126
B. Rikoslain tunnusmerkistöt	128
1. Henkeen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvat rikokset.	
a. Toisen surmaaminen tämän omasta pyynnöstä, s. 128. RL 21 luv. 3 §:n merkitys henkirikosten alalla, s. 128. Loukatun pyynnöstä tapahtuvan surmaamisen lievän rankaisemisen syyt, s. 128. Milloin pyyntö on »vakaa», s. 130. Pyyntö muoto, s. 131. Pyyntö esittäjän ikä ja muut subjektiiviset ominaisuudet, s. 132. Loukatun pyynnöstä tapahtuvan surmaamisen yrityksen rangaistavuus, s. 132. b. Kuolinapu. Sen käsite, s. 133. Tieteisopissa esitetyt mielipiteet sen antamisen oikeudellisesta luonteesta, s. 134. Suomen oikeuden kanta, s. 134. Ns. laajempi kuolinapu, s. 135. c. Lapsenmurha, s. 135. d. Sikiönlähdettäminen, s. 136. Naisen tahdon mukaan tapahtuvan lähettämisen vertaamista naisen tahdon vastaisesti tehtyyn lähettämiseen, s. 136.	

Edellisen lievän rangaistavuuden syyt, s. 137. Sikiönlähdettämisen suhde pahoinpitelyyn, s. 137. e. Kuolemantuottamus, s. 139. f. Pahoinpitely. Tieteisopissa esiintyneet eri mielipiteet suostumuksen vaikutuksesta pahoinpitelyn rangaistavuuteen, s. 140. Asiaa koskevat positiiviset säännökset eri maissa, s. 141. Suomalaisen oikeustieteen kanta, s. 141. Analogian käyttäminen suostumuksen merkityksen selvittämiseksi, s. 142. Eri lainsäädännösten tarkastelemista tässä mielessä: RL 23:1, s. 142; SRL 90 §:n 2 mom., s. 143; RL 22:5, s. 144. Viimeksimainitusta löydetty ratkaisu, s. 145. Johtopäätökset siitä, että törkeätä lievempi ja lievä pahoinpitely kuuluvat asianomistajarikoksiin, s. 145. Loukatun suostumuksin tehdystä törkeästä pahoinpitelystä tuomittava rangaistus, s. 145. Loukatun suostumuksin tapahtunut ruumiinvamman tuottamus, s. 146. Urheiluloukkaukset, s. 146. Niiden oikeudenmukaisuuden syy, s. 148. Suostumuksen merkitys tässä suhteessa, s. 149. Tapaukset, joissa urheiluloukkaus on oikeudenmukainen, vaikka siihen ei ole annettu suostumusta, s. 149. g. Sukupuolitaudin tartuttaminen, s. 150. h. Heitteillepano, s. 151. i. Ilmeisessä hengenvaarassa olevan auttamatta jättäminen, s. 153. j. Seurausvastuuperiaate suostumusopissa	154
2. Vapauteen kohdistuvat rikokset. 1800-luvun tietoisopin kanta, s. 155. 1900-luvun oikeustieteen vallitseva mielipide, s. 156. Suostumus ja laittoman vangitsemisen tunnusmerkistö, s. 157. Suostumus laittoman vangitsemisen oikeuttamisperusteena, s. 157. Eräät vapaudenriistämiseksi katsotut, yhteiskuntaelämän normaaliin kulkuaan kuuluvat toimenpiteet, s. 158. Loukatun oikeus peruuttaa vapautta vastaan tehtyyn rikokseen annettu suostumus, s. 158. Näennäisiä poikkeuksia peruuttamista koskevasta yleisestä säännöstä	158
3. Siveellisyyteen kohdistuvat rikokset, s. 159. Loukatun suostumuksen merkitys RL 20 luv. 14 §:n tarkoittamaan tekoon nähden	160
4. Sukuoikeuksiin ja avioon kohdistuvat rikokset, s. 160. Loukatun aviopuolison suostumuksin tapahtunut huoruus, s. 161. Tieteisopissa tästä esitetyt mielipiteet, s. 161. Oikea mielipide	162
5. Kunniaan kohdistuvat rikokset, s. 162. 1800-luvun tietoisoppi, s. 162. 1900-luvun oikeustiede, s. 162. Julkisen arvostelun oikeudenmukaisuus	163
6. Rauharikokset	164
7. Luottamusrikokset	164
8. Varallisuusrikokset. Suostumus varallisuusrikosten tunnusmerkistöntekijänä, s. 165. Julkisia intressejä loukkaava varallisuusrikos ..	166
9. Yleisvaaralliset rikokset	167
10. Konkurssirikokset	167
11. Väärennysrikokset, s. 168. Loukatun suostumuksin tapahtuva väärennysyksityisen asiakirjan valmistaminen loukatun nimi väärentämällä ..	168
12. Omarkädenoikeus	169
13. Väärä ilmianto	170
14. Väärä vala	171
C. Eräiden erikoislakien sisältämät rikokset	171

D. Potilaan suostumus lääkärin toimintaan	172
Lääkärin toimenpiteen käsite, s. 172. Lääkärin parannustoimenpiteen oikeudellisesta merkityksestä tieteisopissa esitetyt mielipiteet, s. 173. Toimenpiteen suhde pahoinpitelyrikoksen tunnusmerkistöön, s. 174. Potilaan suostumuksen merkitys, s. 175. Suostumuksen muoto, s. 176. Lääkärin selostusvelvollisuus, s. 176. Suostumuksen antajan ikä, s. 176. Syyn-takeettoman suostumiskelpoisuus, s. 177. Holhoojan mahdollisuus antaa suostumus, s. 177. Poikkeuksia ns. vapaan hoidon periaatteesta, s. 178. Tapaukset, joissa ei voida hankkia potilaan suostumusta, s. 178. Potilaan suostumuksetta tapahtuva lääkärin toiminta, s. 179. Lääkärin toimenpiteet, jotka eivät kohdistu potilaan parantamiseen, vaan kolman-nen henkilön etuun tai yhteiskunnalliseen sosiaalihygieniaan, s. 179. Pa-rannustoimenpiteen ja potilaan suostumuksen suhteen säännösteleminen laissa, s. 180. Saksan rikoslainehdotusten tätä koskeva kohta, s. 180. Säännöksen laatimisen tarpeellisuus Suomen oloja silmälläpitäen	
VII. ERAÄN SUOSTUMUSTA LÄHELLÄ OLEVAN OIKEUTTAMISPERUSTEEN MERKITYS	181
Tapauksia, jotka oikeustajunnan mukaan on jätettävä rankaisematta, mutta joihin ei sovellu mikään positiivisen oikeuden tuntema oikeutta-misperuste, s. 181. Edellytetyn suostumuksen käsite Mezgerin esittämän teorian mukaan, s. 183. Mezgerin käsityskannan arvostelua, s. 183. Edellytetyn suostumuksen käyttöalan laajuus Mezgerin mielipiteen mu-kaan, s. 184. Tieteisopissa tehdyt yritykset käyttöalan rajoittamiseksi, s. 185. Loukatun intressissä toimimisen, lähimmäisenavun ja todellisen hyvän periaatteet, s. 185. Asiainhuollon periaate, s. 186. Asiainhuoltoa koskevat lainsäännökset, s. 186. Periaatteen soveltaminen rikosoikeuteen saksalaisessa tieteisopissa, s. 186. Edellytetyn suostumuksen ja asiain-huollon periaatteiden yhdistäminen, s. 187. Tekijän omaksi hyödykseen tai kolmannen henkilön eduksi tekemä, loukatun suostumuksetta, mutta hänen edellytetyn tahtonsa mukaisesti tapahtunut teko	
VIII. SUOSTUMUS TULEVASSA LAINSÄÄDÄNNÖSSÄ ..	188
Suostumuksen käsitteen ja vaikutusalan määrittelemisen tarpeellisuus, s. 188. Käsitteen määritelmä, s. 190. Vaikutusalan selvittämisen mah-dollisuus rikoslain yleisessä osassa, s. 191. Suostumuksen merkityksen selvittäminen rikoslain erityiseen osaan lisättävillä säännöksillä, s. 191. Yksityiskohtaiset ehdotukset	
ZUSAMMENFASSUNG: Die Einwilligung des Verletzten als Recht-fertigungsgrund	194

KIRJALLISUUSLUETTELO.

- Alanen, Aatos:* Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinona. Helsinki, 1925.
- » — Herjausrikoksesta. DL 1937.
- » — Oikeustieteen tehtävistä. Kaarlo Juho Ståhlbergin juhlaulkaisu. Helsinki, 1945.
- Ahrens, Martin:* Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschliessungsgrund. SA, Heft 101, 1909.
- Albers, Karl:* Das Problem der Einwilligung des Verletzten. Diss. Köln, 1935 (Jahresverzeichnis 1936).
- Allfeld, Philipp:* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8 Auflage von Dr. Hugo Meyer. Leipzig-Erlangen, 1922.
- Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin, 1925.
- Anttila, Inkeri:* Tarvitseeko lääkäri tehtävänsä suorittamiseen potilaan suostumuksen? LM 1944.
- » — Onko »kuolinavun» antaminen oikeudenmukaista? LM 1945.
- Arndt, Herbert:* Die mutmassliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. SA, Heft 268, 1929.
- » — Die mutmassliche Einwilligung. DJ 1937.
- v. Aufsess, Hans Werner:* Die strafrechtliche Bedeutung der Einwilligung für die Fahrlässigkeit des Arztes. Diss. Erlangen, 1933.
- Baehr, Richard:* Das Einwilligungsrecht zur Operation. Diss. Heidelberg, 1931.
- v. Bar, L.:* Gesetz und Schuld im Strafrecht. Band III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz. Berlin, 1909.
- Behr, Albert:* Medizin und Strafrecht. GS 62, 1903.
- Beissel, Gerard:* Die Einwilligung des Verletzten im kommenden deutschen Strafrecht. Diss. Erlangen, 1936.
- Beling, Ernst:* Grundzüge des Strafrechts. Tübingen, 1912.
- » — Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes. ZStW 44, 1924.
- » — Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen, 1906.
- Berner, Albert Friedrich:* Ueber den Begriff des Verbrechens. Archiv des Criminalrechts, I Stück, 1849.
- » — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig, 1881.
- Bierling, Ernst Rudolf:* Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. II Theil. Gotha, 1883.
- Binding, Karl:* Die Normen und ihre Übertretung. I Band, I Abtheilung. Leipzig, 1872.
- » — Handbuch des Strafrechts. I Band. Leipzig, 1885.

- Binding, Karl:* Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Bes. Teil. Band I. Leipzig, 1902.
- Birnbaum:* Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. Archiv des Criminalrechts. II Stück, 1834.
- Bjerre, S. A.:* Om rättsstridighetsrekvisitet vid förtalsbrytelserna. Stockholm, 1910.
- Boehlau:* Volenti non fit injuria. Archiv für Preussisches Strafrecht. Band V, 1857.
- Braun, Werner:* Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 97, 1936.
- Breithaupt:* Volenti non fit injuria. Berlin, 1891.
- Brendel, Wolfgang:* Die Einwilligung in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Hinsicht. Diss. Halle-Wittenberg, 1936.
- Bruns, Hans-Jürgen:* Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. Berlin, 1938.
- Brückmann, Arthur:* Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. ZStW 24, 1904.
- Brusiin, Otto:* Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala, 1938.
- Bühring, Erich Herbert:* Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung des Verletzten bei der Körperverletzung nach geltendem deutschem Strafrecht. Diss. Göttingen, 1920.
- Bunge, K.:* Das italienische Strafgesetzbuch. Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher 50. Berlin und Leipzig, 1933.
- von Calker, Fritz:* Strafrecht. München, Berlin und Leipzig, 1933.
- Chydenius, Jakob Wilhelm:* Lärobok i finsk kontraktsträtt II. Helsingfors, 1925.
- Cohn, Gotthelf:* Zur Frage der Widerrechtlichkeit einer ärztlichen Operation. GS 73, 1909.
- Creifelds, Carl:* Wird bei einem Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung im Strafrecht irrelevant? SA, Heft 266, 1929.
- Cron, Heinzrichard:* Die Einwilligung im kommenden Strafrecht. Diss. Bonn, 1939.
- Dahn, Georg:* Verbrechen und Tatbestand. Berlin, 1935.
- » — Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft. ZStW 57, 1938.
- Dietrich, H.:* Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Diss. Marburg, 1896.
- Dohna, Alexander, Graf zu:* Der Begriff der Rechtswidrigkeit. ZStW 24, 1904.
- » — Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle, 1905.
- » — Recht und Irrtum. Mannheimer, Berlin, Leipzig, 1925.
- » — Der Aufbau der Verbrechenslehre. Bonn, 1936.
- Dorn:* Tödtung auf Verlangen des Getödteten. Archiv des Preussischen Strafrechts. Band I, 1853.
- Ebermayer, Ludwig:* Der Arzt im Recht. Leipzig, 1930.
- Ebermayer—Lobe—Eichelbaum—Rosenberg:* Das Reichsstrafgesetzbuch. Berlin und Leipzig, 1920.
- Eichler, Herman:* Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund. SA, Heft 284, 1931.
- Ekström, F. W.:* Privaträttens allmänna läror. Helsingfors, 1921—1925.

- Engisch, Karl*: Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung. ZStW 58, 1939.
- Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin, 1927.
- Erich, Rafael*: Studier I. Internationell rättsskipning. Skrifter, utgivna av Fahlbeckska stiftelsen XXXI. Lund, 1943.
- » — Milloin yksilö saa luopua oikeudestaan? Valvoja, 1905.
- v. Fieandt, K.*: Henkeen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvien rikosten jaoitteluperusteista. LM 1935.
- Fischer, Hans Albrecht*: Die Rechtswidrigkeit, mit bes. Berücksichtigung des Privatrechts. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des Deutschen Reiches, Band 21. München, 1911.
- Finger, August*: Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse? GS 40, 1888.
- » — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I. Berlin, 1904.
- » — Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit. GS 97, 1928.
- Flehinghaus, Günther*: Die Einwilligung des Verletzten (unter bes. Berücksichtigung der Körperverletzung). Diss. Göttingen, 1938.
- Forsman, Jaakko*: Pakkotilasta kriminaalioikeudessa. Helsinki, 1874.
- » — Anteckningar enligt föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror, utgifna af Lars Wasastjerna. Helsingfors, 1893.
- » — Anteckningar enligt föreläsningar öfver de särskilda brotten. Första avdelningen, fjärde upplagan. Helsingfors, 1924.
- Andra avdelningen, fjärde upplagan, utgiven av Brynolf Honkasalo. Helsingfors, 1938.
- Tredje avdelningen, fjärde upplagan, utgiven av Brynolf Honkasalo. Helsingfors 1938.
- Frank, Reinhard*: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18 Auflage. Tübingen, 1931.
- Nachtrag von Ernst Schäfer und Hans v. Dohnanyi. Tübingen, 1936.
- Förslag till strafflag. Allmänna delen samt förslag till lag angående villkorlig frigivning. Jämte motiv. Avgivna av strafflagskommissionen. Stockholm, 1923.
- Förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland m.m. Utarbetade af en tillförordnad komité. Helsingfors, 1875.
- Förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland m.m. Utarbetade af en förgranskning af de år 1875 tryckta underdåniga förslag till enahanda författningar tillförordnad komité. Helsingfors, 1884.
- Gadolin, A. W.*: Suomen holhousoikeuden pääpiirteet. Suom. Onni Heinonkoski. Helsinki, 1936.
- Gallas, Wilhelm*: Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung. Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf Gleispach. Berlin und Leipzig, 1936.
- Garraud, Pierre—Laborde—Laçoste, Marcel*: Exposé Methodique de Droit Pénal. Paris, 1942.
- Gerland, Heinrich*: Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Rechts. Allg. Teil II. Berlin, 1908.

- Gerland, Heinrich*: Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Auflage. Berlin und Leipzig, 1932.
- Getz, B.*: Foreløbigt Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov. I Del. Kristiania, 1887.
- Geyer*: Verbrechen gegen die leibliche Unversehrtheit. Handbuch des Deutschen Strafrechts, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff. Band III. Berlin, 1872.
- Graf Gleispach*: Tötung. Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht. Bes. Teil. Berlin, 1935.
- Goll, August*: Forarbeides til den nye danske Straffelov. Professor Carl Torps Straffelovudkast. Almindelig Del. NTfS, 1928.
- Goos, C.*: Den danske Strafferet. Anden del. Kjøbenhavn, 1878.
- Grafelt, O. Hj.*: Lärobok i straffprocessrätt. Första häftet. Helsingfors, 1925.
- Graumann, Johannes*: Die Rechtswidrigkeit als Verbrechensmerkmal im ausländischen Recht. SA, Heft 276, 1930.
- Grottenfelt, Julius*: Kommentar till strafflagen. Allmänna delen. Helsingfors, 1913.
- Grünhut, Max*: Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard v. Frank. Band I. Tübingen, 1930.
- Guderian, Curt*: Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden. I Teil. Diss. Berlin, 1899.
- Gürtner, Franz*: Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. Teil, 2 Auflage. Berlin, 1935. Bes. Teil, 2 Auflage. Berlin, 1936.
- Hahn, Gustaf*: Untersuchungen über die rechtliche Natur ärztlicher Eingriffe. SA, Heft 247, 1928.
- Hagerup, Francis*: Formuesingreb og Dokumentsförbrytelser. Kristiania, 1898.
- » — Strafferettens allmindelige del. Oslo, 1928.
- » — Aarsaagssammenhæng og Retsstridighed. Tfr 1909.
- Hagströmer, Johan*: Svensk straffrätt. Första häftet. Upsala, 1901.
- » — Efterlämnade föreläsningsanteckningar i svensk straffrätt. Upsala, 1912. II. Objektiva förutsättningar för tjufnad.
- Harris, Seymour F.*—*Wilshire, A. M.*: Principles and practice of the Criminal Law. London, 1934.
- Hartwig, Alfredo*: Die Körperverletzung eines Einwilligenden nach dem Reichsstrafgesetzbuch. Diss. Leipzig, 1912.
- » — Die Körperverletzung des Einwilligenden nach dem Strafgesetzbuch. GS 82, 1914. GS 83, 1915.
- Hasselbach, Wilhelm*: Die Beschädigung eines Einwilligenden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter Beziehung auf den § 323 BGB. Diss. Leipzig, 1909.
- Hauptmann, Wilhelm*: Über die Bestrafung der Versuchshandlung im Falle des § 216 StGB. Diss. Breslau, 1906.
- Hegler, A.*: Die Merkmale des Verbrechens. ZStW 36, 1915.
- » — Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs. Festgabe für Reinhard v. Frank, Band I. Tübingen, 1930.
- Heilborn, Paul*: Der Agent Provocateur. Berlin, 1901.
- Heimberger, Joseph*: Rechtsmässiges und rechtswidriges Handeln. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Rechts. Allg. Teil IV. Berlin, 1908.
- » — Arzt und Strafrecht. Festgabe für Reinhard v. Frank, Band I. Tübingen, 1930.

- Heinitz, Ernst:* Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. SA, Heft 211, 1926.
- Henkel, Heinrich:* Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München, 1932.
- » — Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. ZStW 55, 1936.
- Hepp, Carl Theodor:* Über den Rechtssatz: Volenti non fit injuria auf Veranlassung eines im Frankreich entschiedenen merkwürdigen Strafanfalles. Neues Archiv des Kriminalrechts, Band IX. Halle, 1830.
- Hess, Anton:* Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts. Band III. Hamburg, 1892.
- v. Hippel, Robert:* Deutsches Strafrecht. I Band. Berlin, 1925. II Band. Berlin, 1930.
- Hirschberg, Max:* Die Schutzobjekte der Verbrechen. SA, Heft 113, 1910.
- Hofmann, Gerhard:* Inwieweit sind beim Sport verursachte Verletzungen straffrei? GS 101, 1932.
- Hold v. Ferneck, A.:* Die Rechtswidrigkeit. I Band. Jena, 1903. II Band. Jena, 1905.
- Holdheim, Gerhard:* Die Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB. Diss. Greifswald, 1918.
- Holer, Oskar:* Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Zürich, 1906.
- Fr. v. Holtzendorff:* Tödtung. Handbuch des Deutschen Strafrechts, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff. Band III. Berlin, 1872.
- Honig, Richard:* Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. Mannheimer, Berlin, Leipzig, 1919.
- Honkasalo, Brynolf:* Vahvistuskanneoikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan. I. Aineelliset edellytykset. Helsinki, 1928.
- » — Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa. Helsinki, 1933.
- » — Är steriliseringen tillåten enligt gällande rätt? Festskrift för professorerna Otto Hjalmar Granfelt, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. Helsingfors, 1934.
- » — Sikiölähdettäminen. I nide. Helsinki, 1936.
- » — Nulla poena sine lege. Kirjoitelmia. Helsinki, 1937.
- » — Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa. DL 1942.
- » — Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa. DL 1943.
- » — Erinäiset rikokset. Hämeenlinna, 1944.
- Hubrich, Eduard:* Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung. GS 46, 1892.
- Humbert, George:* Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit in ihrer Bedeutung für die allgemeinen Rechtfertigungsgründe. Diss. Freiburg im Breisgau, 1932.
- Hülschner, Hugo:* System des Preussischen Strafrechts. I Band. Bonn, 1858.
- » — Das gemeine deutsche Strafrecht. I Band. Bonn, 1881. II Band. Bonn, 1884.
- » — Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen. GS 21, 1869.
- » — Der Zweikampf im Verhältnis zu Tödtung und Körperverletzung. GS 35, 1883.
- Hürdy, O.:* Das schweizerische Strafgesetzbuch. Zürich, 1941.
- Ignatius, Kaarlo:* Mitenkä on sanontatapa »joka ei ole täyteen ikään tullut» Rikoslain 8 luvun 5 ja 6 §:ssä tulkittava? LM 1921.

Ignatius, Kaarlo: Laki teon rangaistavuuden edellytyksenä (Nullum crimen sine lege). LM 1931.

Joski, Siegfried: Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Erlangen, 1899.

Jotuni, Olavi: Henkeen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvat rikokset. Helsinki, 1944.

Kaila, Elieser: Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslauseoppi. Helsinki, 1924.

— » — Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Arvo Sipilä: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne. LM 1938.

Kaila, Martti: Lääkärin toimenpiteiden oikeutuksesta ja lääkärin vastuusta. SLääkä, 1945.

Kustavi Kaila: Yllytys ja avunanto itsemurhaan. LM 1913.

Karding, Ernst: Strafloße vorsätzliche Körperverletzungen bei Bewegungsspielen. Diss. Leipzig, 1902.

Kelsen, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen, 1911.

Kessler, R.: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin und Leipzig, 1884.

— » — Kritische Bemerkungen zu Binding's Lehre von der Einwilligung des Verletzten. GS 38, 1886.

— » — Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht? GS 39, 1887.

Kiehl: Die »Einwilligung« eines Minderjährigen nach geltendem Strafrecht. Archiv für Preussisches Strafrecht. Band 54, 1907.

Kitzinger, Friedrich: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. GS 55, 1898.

Kivimäki, T. M.: Siviilioikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. Porvoo, 1944.

Kjerschow, P.: Forslag till strafflag. Allm. delen. Jämte Motiv. Utarbeidet av »Strafflagskommissionen». Stockholm 1923. TFR 1925.

— » — Almindelig borgerlig Straffelov. Oslo, 1930.

Klee, Karl: Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. Archiv für Preussisches Strafrecht. Band 48, 1901. Band 49, 1903. Band 50, 1903.

— » — Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Franz Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. Teil, 2 Auflage. Berlin, 1935.

Knoph, Ragnar: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett. Kristiania, 1921.

— » — Rettighet eller interesse som gjenstand for rettsbeskyttelse. TFR 1922.

Kohlrausch, Eduard: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. I Teil. Berlin, 1903.

Kronecker: Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren. GS 25, 1883.

Krabbe, Olof H.: Borgerlig Straffelov. København, 1931.

Küttemann, Werner: Die mutmassliche Einwilligung. Diss. Erlangen, 1932 (Jahresverzeichnis 1933).

Köhler, August: Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. Leipzig, 1917.

— » — Zur Lehre vom Strafantrag im künftigen Recht. Festgabe für Reinhard v. Frank. Band II. Tübingen, 1930.

Lammasch, H.: Strafrecht. Grundriss des österreichischen Rechts II. 4. Leipzig, 1911.

Leask: Das australische Strafrecht. Übersetzung von Dr. Maria v. Gottstein. Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher LIII. Berlin, 1939.

- Lehmann, Heinrich:* Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches. 4 Auflage. Berlin und Leipzig, 1933.
- Liepmann, Moritz:* Einleitung in das Strafrecht. Berlin, 1900.
- v. Lilienthal, K.:* Der Zweck als Straf- und Schuldmoment. ZStW 20, 1900.
- Lion, Theodor:* Ist Beihilfe zum Selbstmord strafbar? Archiv für Preussisches Strafrecht, Band VI, 1858.
- v. Liszt, Franz:* Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft. ZStW 8, 1888.
- » — Tötung und Lebensgefährdung. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Rechts. Bes. Teil, Band V. Berlin, 1905.
- v. Liszt, Franz—Schmidt, Eberhard:* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25 Auflage. Berlin und Leipzig, 1927 (käsittä sekä yleisen että erityisen osan). Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I Band, 26 Auflage. Berlin und Leipzig, 1932.
- Lobe, Adolf:* Der Einfluss des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht. Festgabe für Reinhard v. Frank. I Band. Tübingen, 1930.
- » — Hoffnungen und Entwürfe. GS 106, 1932.
- » — Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches. Berlin und Leipzig, 1933.
- Lowack, Gerhard:* Die Rechtswidrigkeit und Handeln im Interesse der Allgemeinheit als Rechtfertigungsgrund. Diss. Breslau, 1931 (Jahresverzeichnis 1932).
- Luden, Heinrich:* Handbuch des Deutschen gemeinen und particularen Strafrechts. I Band. Jena, 1847.
- Löffler, Alexander:* Die Körperverletzung. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Rechts. Bes. Teil V. Berlin, 1905.
- » — Unrecht und Notwehr. ZStW 21, 1901.
- Mannheimer, Fritz:* Die Einwilligung in eine Körperverletzung. Diss. Heidelberg, 1911.
- Mayer, Max Ernst:* Rechtsnormen und Kulturnormen. SA, Heft 50, 1903.
- » — Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Bibliothek der Kriminalistik. II Band. Heidelberg, 1915.
- Mayer, Hellmuth:* Das bindende Befehl im Strafrecht. Festgabe für Reinhard v. Frank. Band I. Tübingen, 1930.
- » — Das Strafrecht des Deutschen Volkes. Stuttgart, 1936.
- Melander, Ilmari:* Lapsen huollosta. Vammala, 1939.
- Merkel, Adolf:* Diebstahl und Unterschlagung. Handbuch des Deutschen Strafrechts, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff. Band III. Berlin, 1872.
- » — Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Herausgegeben von Dr M. Liepmann. Stuttgart, 1912.
- Metz, Wolfgang:* Zur Frage der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht. Rostock, 1913.
- Mezger, Edmund:* Die subjektiven Unrechtselemente. GS 89, 1924.
- » — Strafrecht. Ein Lehrbuch. München und Leipzig, 1933.
- » — Deutsches Strafrecht, ein Leitfad. Berlin, 1936.
- » — Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss. Berlin, 1938.
- » — Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. ZStW 55, 1936.

Mezger, Edmund: Angriffe auf Rechtspflege und Verwaltung. Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht. Bes. Teil, 2 Auflage. Berlin, 1936.

— » — Die Straftat als Ganzes. ZStW 57, 1938.

Mittermaier, W.: Über den Begriff »Verbrechen«. ZStW 44, 1924.

v. Morenhoffen, Walther: Die mutmassliche Einwilligung. Diss. Marburg, 1930.

Mühlmann, Erich: Das Recht des Verletzten zur Einwilligung. Diss. Köln, 1938.

Nagler, Johannes: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Festschrift für Karl Binding. Band II. Leipzig, 1911.

— » — Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Festgabe für Reinhard v. Frank. Band I. Tübingen, 1930.

Nathan, Ernst: Ueber den Ausschluss der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. SA, Heft 206, 1923.

Neukamp, Franz: Ärztliche Operationsrecht und Behandlungszwang. GS 111, 1938.

Noras, Karl: Die Haftpflicht des Arztes. Diss. Breslau, 1928.

Nybergh, Gunnar: Bör i ett mål angående förfalskning en person anses såsom målsägande endåst på den grund, att hans nämnteckning förfalskats på handlingen? JFT 1943.

Oelze, Hugo: Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Leipzig, 1914.

Olivecrona, Knut: Om de kännetecken, hvilka karakterisera Tjufnadsbrottet. Upsala, 1842.

Oppenheim, L.: Die Objekte des Verbrechens. Basel, 1894.

Ortmann, Rudolf: Über Verletzung, insbesondere Tötung eines Einwilligenden. Archiv für Preussisches Strafrecht, Band 25, 1877.

Otte, Maximilian: Der ärztliche Eingriff und die Rechtserheblichkeit der Einwilligung. Diss. München, 1938.

Palme, W. A.: Om det fortsatta brottet. Åbo, 1943.

Palmgren, Bo: Målsägandens åtalsrätt. Helsingfors, 1939.

The Penal Code of the Russian Socialist Federal Soviet Republic. London, 1934.

Pfersdorff, Fritz: Die »Einwilligung des Verletzten« als Strafausschliessungsgrund. Diss. Strassburg, 1897.

Poll, Hans Walter: Die Einwilligung des Verletzten in der italienischen Strafrechtslehre und Gesetzgebung. Diss. Köln, 1937.

Pollack, Otto: Die Tötung auf Verlangen. Diss. Greifswald, 1903.

Radbruch, Gustav: Zur Systematik der Verbrechenslehre. Festgabe für Reinhard v. Frank. Band I. Tübingen, 1930.

Rauch, Herbert: Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 103, 1936.

Rautapää, J.: Sotaväen rikoslain pakkotilasäännöstöstä. DL 1943.

Rietzsch: Angriffe auf die persönliche Freiheit. Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht. Bes. Teil, 2 Auflage. Berlin, 1936.

Rittler, Theodor: Gesetztes und ungesetztes Strafrecht. ZStW 49, 1929.

Roedenbeck, Siegfried: »Volenti non fit injuria« nach der Schrift Kesslers: »Die Einwilligung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung«. GS 37, 1885.

Rosenberg, Werner: Strafbare Heilungen. GS 62, 1903.

v. Rozycki, Harry: Die Einwilligung im Reichsstrafgesetzbuch (unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe). Diss. Königsberg, 1928.

Rupp, Elisabeth: Das Recht auf den Tod. Diss. Stuttgart, 1913.

- Röschinger, Leonhard*: Der Ausschluss der Strafbarkeit im Englischen Recht. Neue Deutsche Forschungen. Abteilung Strafrecht, herausgegeben von Edmund Mezger. Band II. Berlin, 1939.
- Röttgen, Karl*: Der Eingriff des Arztes ohne oder wider Willen des Patienten. Diss. Köln, 1937.
- Salovaara, Niilo*: Tunnusmerkistöistä rikosoikeustieteessä. DL 1937.
- » — Oikeushyvän käsitteestä rikosoikeustieteessä. Antti Tulenheimo 1879. 4/12. 1939. Juhlajulkaisu, 1940.
- Sauer, Wilhelm*: Grundlagen des Strafrechts. Berlin und Leipzig, 1921.
- » — Tatbestand und Rechtswidrigkeit, Heilbehandlung und Einwilligung. GS 113, 1939.
- Schaefer, Kurt*: Die Einwilligung des Verletzten, insbesondere bei Körperverletzung. Diss. Erlangen, 1913.
- Schaffstein, Friedrich*: Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Berlin, 1930.
- » — Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. ZStW 55, 1936.
- » — Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems. ZStW 57, 1938.
- Schaper*: Begriff und allgemeiner Tatbestand des Verbrechens. Handbuch des deutschen Strafrechts, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff. Band II. Berlin, 1871.
- Schmidt, Eberhard*: Das Reichsgericht und der »übergesetzliche Notstand«. ZStW 49, 1929.
- » — Der Arzt im Strafrecht. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116, 1939.
- Schmidt, Richard*: Grundriss des deutschen Strafrechts. Leipzig, 1925.
- Schnitzler, Otto*: Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht. Diss. Leipzig, 1908.
- Schwind, Werner*: Die Mutmassliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Diss. Leipzig, 1933.
- Schwinge, Erich*: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonn, 1930.
- Schwinge, E.—Zimmerl, L.*: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. Bonn, 1937.
- Schrey, Robert*: Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten. SA, Heft 248, 1928.
- Schütze, Theodor Reinhard*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig, 1871.
- Schäfer, Leopold*: Deutsche Strafgesetze. 9 Auflage. Berlin, 1942.
- Seitz, Simon*: Die Einwilligung im Aufbau der Verbrechenslehre. Diss. Erlangen, 1941.
- Serlachius-Särkilähti, Allan*: Straff och skadestånd. Helsingfors, 1901.
- » — Lainopin alkeet. Porvoo, 1910.
- » — Henkeen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvat rikokset laadittavassa rikoslaissa. LM 1921.
- » — Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. I. Yleinen osa. Helsinki, 1920.
- » — Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. Helsinki, 1922.
- » — Suomen rikosoikeuden oppikirja. Yleiset opit, 3 painos. Korjauksin ja täydennyksin julkaisseet B. A. Salmiala ja Brynolf Hönkasalo. Helsinki, 1940.

- Serlachius-Särkilähti, Allan*: Suomen rikosoikeuden oppikirja. Toinen osa. 1 puolisko, 2 painos. Helsinki, 1924. 2 puolisko, 2 painos. Helsinki, 1926.
- Serlachius, Julian*: Suomen yleisen obligatsioonioikeuden oppikirja. Suom. Rafael Erich. Helsinki, 1927.
- Seydel, Fritz*: Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Rostock, 1907.
- Siegert, Karl*: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen, 1934.
- Sipilä, Arvo*: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne. Helsinki, 1936.
- Sjögren, Wilhelm*: Om rättsstridighetens former. Upsala, 1894.
- Skeie, Jon*: Om ærekrenkelser efter norsk ret. Kristiania, 1910.
- » — Den norske strafferet. I Bind. Oslo, 1937.
- Soltermann, Schlioma (Solomon)*: Selbstmord u. Tötung eines Einwilligenden. Diss. Heidelberg, 1914.
- Staudt, Walter*: Die Einwilligung in die Körperverletzung nach geltendem Recht und nach den Entwürfen. Diss. Erlangen, 1930.
- Stjernberg, Nils*: Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del. 3 upplaga. Stockholm, 1926.
- Stephen, James Fitzjames*: A Digest of the Criminal Law. London, 1926.
- Stooss, K.*: Die Strafrechtswidrigkeit. ZStW 24, 1904.
- Sundström-Salmiala, Bruno A.*: Varsinaisesta osallisuudesta. Porvoo, 1926.
- » — Osallisuudesta itsemurhaan rikosoikeudelliselta kannalta. DL 1930.
- Thon, August*: Rechtsnorm und subjectives Recht. Weimar, 1878.
- Thyrén, Johan W.*: Principerna för en strafflagsreform. II. Brottsbegreppets objektiva sida. Lund, 1912.
- » — Svensk straffrätt. TFR 1915.
- » — Om det finska strafflagsförslaget (1920). Lund, 1922.
- Tirkkonen, Tauno*: Lisiä oppiin asianomistajasta rikosprosessissa. LM 1934.
- » — Straffdomens bindande verkan i avseende å tvistemål. SvJT 1941.
- Torp, Carl*: Om det saakaldte Nødret. TFR 1897.
- » — Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft. ZStW 23, 1903.
- » — Den danske Strafferets almindelige Del. København, 1905.
- » — Strafbare Angreb paa Liv og Legeme. Andet Opslag. København, 1916.
- » — Betænkning angaaende de af den under 11. August 1905 nedsatte Straffelovskommission utarbejdede Forslag indeholdende Udkast till Lov vedgørende den borgerlige Straffelovgivning med Motiver. København, 1917.
- » — Nogle Bemærkninger om Retsstridighedsspørgsmaalet. TFR, 1928.
- Traeger, Ludvig*: Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschliessungsgründe im zukünftigen Strafrecht. GS 94, 1927.
- Trygger, Ernst*: Kommentar till utsökningslagen. Upsala, 1904.
- Tulenheimo, Antti*: Luotto rikosoikeudellisena suojelusobjektina. Helsinki, 1911.
- » — Tuleeko uuden rikoslakimme pyrkiä ratkaisemaan n.k. teoreettisia kysymyksiä? LM 1930.
- Ullmann, E.*: Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht. GS 37, 1885.

- Urbye, Andreas*: Norsk Strafferet. Strafbare Handlinger mod Liv, Legeme og Helbred, Aerekrænkelser, Frihedskrænkelser, Strafbare Handlinger mod Sedeligheden. Kristiania, 1909.
- Wachenfeld, Friedrich*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München, 1914.
- v. Weber, Hellmuth*: Das Notstandsproblem. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien. Heft 12, 1925.
- Wegener, Albrecht*: Die Einwilligung in die Körperverletzung. Diss. Rostock, 1927.
- Welzel, Hans*: Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen. 2 Auflage. Berlin, 1943.
- Wetter, F.*: Allmän straffrätt. Upsala, 1932.
- Wiebeck, Ernst*: Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuches begangene Körperverletzung. Diss. Rostock, 1900.
- Wiemann, Bernard*: Tötung auf Verlangen. Diss. Göttingen, 1896.
- Vilsmaier, Richard*: Das Operationsrecht des Arztes. Diss. Erlangen, 1934.
- Winroth*: Anteckningar efter rätthistoriska föreläsningar i straffrätt. Lund, 1889.
- Vogel, Karl*: Freiwillige Entmannung. Diss. Hamburg, 1939.
- Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Berlin, 1909.
- Wrede, R. A.*: Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista. Helsinki, 1932.
- » — Velvoiteoikeuden yleinen osa. Toimittanut Lars Wasastjerna. Neljännen painoksen suom. Onni Heinonkoski. Helsinki, 1942.
- Wächter*: Volenti non fit injuria. GS 20, 1868.
- Zimmerl, Leopold*: Zur Lehre vom Tatbestand. SA, Heft 237, 1928.
- Zitelmann, Ernst*: Ausschluss der Widerrechtlichkeit. Archiv für die Civilistische Praxis. Band 99. Tübingen, 1906.

KIRJALLISUUSLUETTELOSSA JA TEKSTISSÄ KÄYTETTYJÄ LYHENNYKSIÄ AIKAKAUSI- LEHDISTÄ.

DL	= Defensor Legis.
DJ	= Deutsche Justiz.
GS	= Gerichtssaal.
JFT	= Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.
LM	= Lakimies.
NTfS	= Nordisk Tidskrift for Strafferet.
SA	= Strafrechtliche Abhandlungen.
SLääkä	= Suomen Lääkäriliiton Aikakausilehti.
SvJT	= Svensk Juristtidning.
TfR	= Tidskrift for Retsvidenskab.

TEKSTISSÄ KÄYTETTYJEN LAKIEN JA ASE- TUSTEN LYHENNYKSIÄ.

ÄL	= Avioliittolaki, annettu 13 p. Kesäk. 1929.
AlkohL	= Alkoholilaki, annettu 17 p. Tammik. 1936.
AsevelvL	= Asevelvollisuuslaki, annettu 30 p. Kesäk. 1932.
AsevelvA	= Asetus asevelvollisuuslain soveltamisesta, annettu 13 p. Jouluk. 1932.
HolhL	= Holhouslaki, annettu 19 p. Elok. 1898.
KK	= Kauppakaari.
LastSL	= Lastensuojelulaki, annettu 17 p. Tammik. 1936.
Mieli- sairasL	= Mielisairaslaki, annettu 18 p. Kesäk. 1937.
OK	= Oikeudenkäymiskaari.
OikTL	= L. varallisuus oikeudellisista oikeustoimista, annettu 13 p. Kesäk. 1929.
OlapsiL	= L. Ottolapsista, annettu 5 p. Kesäk. 1925.
PainoL	= Painovapauslaki, annettu 4 p. Tammik. 1919.
Patenttia	= Asetus patenttioikeudesta sekä patenttia koskevien juttujen oikeuden- käynnistä, annettu 21 p. Tammik. 1898.
RokotusL	= Rokotuslaki, annettu 10 p. Heinäk. 1936.
RangA	= A. rangaistusten täytäntöönpanosta, annettu 19 p:nä Joulukuuta 1889.
RL	= Rikoslaki.
RVA	= A. rikoslain voimaannapemisesta, annettu 19 p:nä Joulukuuta 1889.
SnimiL	= L. Sukunimestä, annettu 23 p. Jouluk. 1920.
STapL	= Sotatapaturmalaki, annettu 10 p. Tammik. 1941.
SRL	= Sotaväen rikoslaki, annettu 30 p. Toukok. 1919.
SterL	= Sterilisoimislaki, annettu 13 p. Kesäk. 1935.
Sukupuoli- tautiL	= Sukupuolitautilaki, annettu 9 p. Kesäk. 1939.
TekijäL	= L. Tekijänoikeudesta henkisen työn tuotteisiin, annettu 3 p. Kesäk. 1927.
TSL	= Työsopimuslaki, annettu 1 p. Kesäk. 1922.
TTapL	= Työväen tapaturmavakuutuslaki, annettu 12 p. Huhtik. 1935.
ValokL	= L. oikeudesta valokuviiin, annettu 3 p. Kesäk. 1927.
VakL	= Vakuutusopimuslaki, annettu 12 p. Toukok. 1933.
VilpKilpL	= L. Vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä, annettu 31 p. Tammik. 1930.

JOHDANTO.

Kysymys loukatun suostumuksen vaikutuksesta teon rangaistavuuteen on kauan ollut tieteellisen tutkimuksen kohteena. Sen osaksi tullut huomio saa selityksensä siitä, että nykyiset rikoslait eivät, harvoja poikkeuksia lukuunottamatta,¹ sisällä suostumusta koskevia yleisiä säännöksiä, eivätkä lakien erinäisiin osiinkaan sisältyvät harvakuiset suostumusta koskevat lainkohdat selvitä tätä kysymystä täydelleen, joten suostumuksen vaikutus on jäänyt etupäässä oikeustieteen punnittavaksi. Tieteisopin tätä seikkaa koskevat ratkaisut ovat monin tavoin lähellä elävää elämää. Käytännössä ovat näet yleisiä varsinkin loukatun suostumuksin tapahtuvat pahoinpitelyteot, kuten toisen silpominen tarkoituksin vapauttaa hänet asevelvollisuudesta tai sairaan hyväksi tehty verensiirto. Erikoisen suurta huomiota on suostumusopissa aina kiinnitetty potilaan antaman suostumuksen merkitykseen lääkärin suorittaman parannustoimenpiteen oikeuttajana.

¹ Yleinen säännös positiiviseen suuntaan esiintyy Italian heinäk. 1 p:nä 1931 annetussa »Codice Penalessa», jonka Art. 50 säättää: »Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne». (Rankaisematta jää se, joka loukkaa tai vaarantaa jotakin oikeutta siitä pätevästi määräämään oikeutetun henkilön suostumuksella). — Ranskan »Code pénal», Art. 65, sisältää sensijaan negatiivisen säännöksen: »Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse». Lainsäännöksen mukaan poistaa suostumus teon rangaistavuuden vain niissä tapauksissa, joissa laki tämän on nimenomaan lausunut. — Tässä yhteydessä voidaan mainita, että myös Brasilian v. 1890 annettu ja Meksikon v. 1871 annettu rikoslaki sisälsivät nimenomaiset säännökset siitä, ettei suostumus poistanut teon rangaistavuutta. Kuitenkin oli näissä laeissa tästä säännöstä poikkeuksia. Niinpä poisti Meksikon lain mukaan suostumus teon oikeudenvastaisuuden silloin, kun teko oli asianomistajarikos taikka suuntautui vain loukatun omia intressejä vastaan aiheuttamatta vahinkoa, vaaraa tai rauhattomuutta yhteiskunnalle tai vahinkoa kolmannelle henkilölle. Ks. näistä lainsäännöksistä Beissel, s. 41; Brendel, s. 6, huom. 6; Gerland, Vergl. Darst., s. 516 ja 519.

Suostumuksen vaikutusala koskevaan kysymykseen liittyy myös teoreettista mielenkiintoa, sillä sitä koskeva tutkimus yhdistyy rikos-oikeuden peruskäsitteiden selvittämiseen muodostaen osan oikeudenvastaisuusoppia. Kun suostumusopissa joudutaan ratkaisemaan, missä määrin oikeusjärjestys suojaa yksilön, missä määrin yhteiskunnan intressejä, sivuaa se mielenkiintoista kysymystä yksilön ja yhteiskunnan suhteesta toisiinsa.

I. TERMINOLOGIAA.

Tutkimuksen nimi »Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena» on oikeastaan epäjohdonmukainen. Jos näet tullaan siihen tulokseen, että suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, ei voida puhua »loukkauksesta». Ellei ole loukkausta, ei ole loukattuakaan. »Loukatun suostumuksesta» puhuttaessa tarkoitetaan näinollen oikeastaan »sen suostumusta, joka suostumuksen puuttuessa olisi loukattu». Tästä on tieteisopissa huomautettukin toistuvasti aina *Bindingin* ja *Pfersdorffin* ajoista alkaen² ja ehdotettu toisinaan termin korvaamista esimerkiksi »näennäisesti loukatun suostumuksella»,³ »oikeutetun suostumuksella»⁴ tai »ei-vielä-loukatun suostumuksella».⁵ Koska sanonta »loukatun suostumus» epäjohdonmukaisuudestaan huolimatta kuitenkin näyttää juurtuneen tieteisoppiin, käytetään sitä tässäkin esityksessä, varsinkin kun se on lyhyt ja antaa selvemmän kuvan käsiteltävästä kysymyksestä kuin muut edellämainitut sanonnat.⁶

² Ks. *Binding*, Hb. I, s. 707; *Pfersdorff*, s. 13.

³ *H. Mayer*, s. 236: »Rechtfertigungsgründe, welche auf den Willen des scheinbar Verletzten abgestellt sind...»

⁴ *Kessler*, *Einwilligung*, s. 1. Myös Italian rikoslain Art. 50 käyttää samaa sanontaa.

⁵ *Seitz*, s. 6: »Einwilligen kann nur der Nichtverletzte oder genauer der 'Noch-nicht-Verletzte'. Man müsste also von der Einwilligung des erst verletzt werdenden oder dergl. sprechen.»

⁶ Otsikkona käytetty »Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena» sisältää toisenkin epäjohdonmukaisuuden. Jos teko on suostumuksen johdosta oikeudenmukainen, on se sitä ollut alusta alkaen, eikä sen oikeudenvastaisuutta siis ole tarvinnut »poistaa».

II. OIKEUDENVASTAISUUSKÄSITTEEN SELVITTELYÄ.

A. Oikeudenvastaisuus muodollisessa merkityksessä.

Koska suostumuksen merkitystä koskevassa tieteisopissa lähinnä pohditaan suostumuksen vaikutusta teon oikeudenvastaisuuteen, edellyttää se oikeudenvastaisuuskäsitteen tuntemista. Oikeudenvastaisuus johtuu, samoin kuin oikeudenmukaisuuskin, käsitteestä oikeus.⁷ Oikeudenvastaisuus voidaan määritellä kahdella tavoin: muodollisesti ja aineellisesti.

Muodollisesti on oikeudenvastaisuus normienvastaisuutta. Normeiksi sanotaan oikeustieteessä inhimillistä käyttäytymistä koskevia säännöksiä, jotka ovat objektiivisen oikeuden yläkäsitteitä.⁸ Oikeusnormit eivät siis ole samoja kuin rikoslain sisältämät rangaistussäännökset. Kuten »normiteorian» perustaja *Binding* on todennut,⁹ ei rikoksentekijä tee tekoaan rangaistussäännöstä vastaan, vaan sen ulkopuolella ja yläpuolella olevaa normia vastaan. Niinpä RL 21 luv. 1 §:n sanamuoto: »Joka, surmaamisen aikomuksessa, vakain tuumin ottaa toiselta hengen...» edellyttää normia »Älä surmaa» eli »Surmaaminen on kielletty».¹⁰ Normit tulevat kuitenkin yleensä vasta kirjoitetun oikeuden kautta »aktuaaleiksi».¹¹ Oikeusjärjestys on nimittäin juuri se inhimillisen elämän järjestysmuoto, jossa normit on ilmaistu.¹²

⁷ Ks. *Alanen*, Hätävarjelus, s. 29; v. *Hippel* II, s. 88; *Nagler*, Festschrift für Binding II, s. 284.

⁸ *Alanen*, Hätävarjelus, s. 31. — Paitsi oikeusalalla on normeja olemassa myös esim. uskonnon ja siveysopin alalla.

⁹ *Binding*, Normen, s. 31.

¹⁰ *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 50. — Ks. myös *Hagströmer*, Straffrätt, s. 97: »Det rättsbud, förbrytaren öfverträder, går i begreppet före det straffbud, hvarefter han dömes».

¹¹ *Alanen*, Hätävarjelus, s. 29. — Kuten *Tulenheimo*, Luotto, s. 25, on maininnut, katsovat toiset rikoslain olevan normeihin nähden ensisijaisessa eli niitä muodostavassa suhteessa, kun taas toiset pitävät tekoa norminvastaisena jo ennenkuin rikoslaissa siitä on määrätty rangaistus. Ensiksimainittu käsitys vie siihen, että normit sisältyvät rikostunnusmerkistön rangaistusuhkaan. Ks. tästä *Honkasalo*, Kauasaalisuuskysymys, s. 209; ja sen huom. 53 mainittua kirjallisuutta.

¹² Inhimillisen yhteiselämän järjestysmuodoksi on oikeusjärjestyksen määritellyt *Honkasalo*, Vahvistuskanneoikeus, s. 1. — *E. Kaila*, Oikeuslogiikka, s. 49, määrittelee sen »positiivisten oikeussääntöjen synteettiseksi kokonaisuudeksi». — *Bru-siin*, s. 1, käyttää seuraavaa määritelmää: »Objektiivinen oikeus on yhteisössä velvoittaviksi tunnustettujen yhteiselämää organisoivien säännösten kokonaisuus». —

Oikeustieteessä esiintynyt ns. imperatiiviteoria on selittänyt normien olevan oikeusalamaiseen kohdistuvia, määrätynlaiseen käyttäytymiseen velvoittavia imperatiiveja. Tämän teorian mukaisesti olisi oikeusjärjestys toisiinsa liittyvien imperatiivien järjestelmä ja oikeudenvastaisuus kuuliaisuuden puutetta.¹³ Koska kuuliaisuutta ei kuitenkaan voida odottaa kaikilta yhteiskunnan jäseniltä, vaan ainoastaan syyntakeisilta, on imperatiiviteoria yleensä johtanut siihen käsitykseen, että normit kohdistuvat vain näihin.¹⁴ Usein on menty vieläkin pitemmälle ja pidetty oikeudenvastaisena tekoa vasta siinä tapauksessa, että samalla on voitu moittia tekijän käyttäytymistä ja pitää häntä syyllisenä tekoon. Oikeudenvastaisuuteen on täten sisällytetty syyllisyys ja se on menettänyt objektiivisen luonteensa.¹⁵ Imperatiiviteorian vastakohta on se tieteisopin suunta, joka näkee normissa pelkän hypoteettisen tuomion ja pitää oikeudenvastaisena kaikkea sitä, mihin oikeus vaatii muutosta.¹⁶ Tämän teorian mukaan ei normi ole imperatiivi, vaan arvostava sääntö.¹⁷ Kumpakaan edellämainittua teoriaa ei voida pitää oikeana, koska ne ovat molemmat yksipuolisia. Todellisuudessa on normilla näet kaksi ominaisuutta:

Tieteisopissa ei käsitys oikeusjärjestyksestä yhteiskuntaelämän järjestysmuotona kylläkään ole yksimielisesti tunnustettu. Jotkut pitävät näet oikeutta jonkinlaisena »henkisenä valtana», jonka edustajana esiintyvä »oikeustahto» suuntaa käskyjä oikeusalamaiselle. Tätä suuntaa on edustanut esim. *Merkel* (ks. *Sipilä*, s. 195). — Kansallissosialistinen tieteisoppi on pitänyt oikeutta »pakkojärjestyksenä». Ks. tästä esim. *H. Mayer*, s. 224—225; *Röschinger*, s. 4.

Koska oikeusjärjestys on inhimillisen elämän järjestysmuoto, voivat normit säännöstellä vain ihmisten tekoja. Ne eivät siis koske eläinten tekoja eivätkä luonnonilmiöitä. Ks. esim. *Knoph*, *Hensikt*, s. 22; *Liszt—Schmidt*, s. 175; *v. Hippel* II, s. 187, huom. 3; *Dohna*, *Aufbau*, s. 19; *Allfeld*, s. 120, huom. 5; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 166, huom. 7; *Nagler*, *Festschrift für binding* II, s. 328; *Schaffstein*, *ZStW* 57, s. 312.

¹³ Tällä kannalla ovat olleet esim. *Thon*, s. 8; *Bierling*, s. 29; *Hold v. Ferneck* I, s. 94. *Sundström—Salmiala*, *Osallisuus*, s. 11, lausuu tästä: »Oikeusjärjestyksen muodostavat... oikeussäännökset, t.s. valtiovallan velvoittavat tahdonilmaisut, lähinnä käskyt ja kiellot. Rangaistuksen tarkoituksena on niinollen näiden tahdonilmausten noudattamisen tehostaminen. Rangaistus on seuraus näiden tahdonilmausten noudattamatta jättämisestä, t.s. kuuliaisuusvelvollisuuden rikkomisesta.»

¹⁴ Ks. tästä *Alanen*, *Hätävarjelus*, s. 43.

¹⁵ Ks. *Sipilän* laajaa esitystä ja siinä mainittua kirjallisuutta, s. 194—203.

¹⁶ Näin esim. *Kelsen*, *Hauptprobleme*, s. 274; *Löffler*, *ZStW* 21, s. 274.

¹⁷ Tällä kannalla esim. *Mezger*, *GS* 89, s. 245: »Die 'Norm' ist in begrifflicher Klarheit denkbar nur als unpersönliches Soll, dem der Adressat kein wesentliches Erfordernis ist. Die Normen des Rechts sind Bewertungsnormen, gerichtet auf einen bestimmten objektiven sozialen Zustand...» Samoin *Heinitz*, s. 18; *Fischer*, s. 99; *Beling*, *Verbrechen*, s. 170.

arvostamis- ja määräämistehtävä: Edellisen avulla saadaan selville, millainen suhtautuminen on oikeudenvastaista, jälkimmäisen kautta taas velvoitetaan oikeusalamainen pidättäytymään tällaisesta norminvastaiseksi havaitusta toiminnasta. Käsitteellisesti on arvostamispuoli määräämispuolta edellä, koska määrätyllä tavalla käyttäytymään voidaan velvoittaa vasta tiedettäessä, millainen käyttäytyminen on norminvastaista.

Vaikka normi määräämisominaisuutensa kautta velvoittaa oikeusalamaista käyttäytymään määrätyin tavoin, ei se silti ole käsky sanan psykologisessa merkityksessä,¹⁸ vaan »velvoittava julkilausuma», joka kohdistuu kollektiivisesti kaikkiin oikeusalamaisiin.¹⁹ Tämän vuoksi voidaan syyntakeettomankin tekoa pitää oikeudenvastaisena. Tekoa itsessään saatetaan paheksua, vaikka tekijän suhtautumista siihen ei puuttuvan syyntakeisuuden vuoksi tai jostakin muusta subjektiivisesta syystä voitaisi moittia.²⁰ Oikeudenvastaisuuden käsite saa tällä tavoin objektiivisen luonteen. Tämän objektiivisen oikeudenvastaisuuden kannalla on kieltämättä positiivinen oikeutemme.²¹ Myöskin rikosoikeustieteessä on erotettava oikeudenvastaisuus ja syyllisyys toisistaan.²² Ne merkitsevät rikoksen tarkastelemista eri puolilta.

¹⁸ Ks. *Alanen*, Hätävarjelus, s. 43.

¹⁹ Kollektiivisella kohdistumisella tarkoitetaan sitä, että jokaisen oikeusalamaisen tulee ottaa huomioon häntä koskevat normit. Ks. *E. Kaila*, Oikeuslogiikka, s. 54, ja *Sipilä*, s. 218, huom. 111.

²⁰ Normi velvoittaa siis syyntakeettontakin henkilöä. Ks. *Alanen*, Hätävarjelus, s. 44. — *Sipilä*, s. 221, huom. 117, selittää, että oikeusjärjestys ei syyntakeettomaan nähden voi muuta kuin alistua siihen, että sen tahto tässä suhteessa on tehoton. *Sipilä* lähenee täten edelläeslostettua *Mezgerin* ja *Heinitzin* kantaa, jonka mukaan normi on pelkkä »arvotodelma».

²¹ Tämä ilmenee esim. siitä, että hätävarjelukseksi katsotaan myös syyntakeettoman henkilön tekemää hyökkäystä vastaan puolustautuminen.

²² Kuten *Alanen*, Hätävarjelus, s. 45, sattuvasti huomauttaa, on teon suhde oikeusjärjestykseen ratkaistava ennakkokysymyksenä. Tieteisopin vallitseva mielipide on objektiivisen oikeudenvastaisuuden kannalla. Näin esim. *Liszt-Schmidt*, s. 174, huom. 3; *Mezger*, GS 89, s. 247, ja *Lehrbuch* 1933, s. 167, erikoisesti huom. 11; v. *Hippel* II, s. 186; *Beling*, Verbrechen, s. 140; *Nagler*, Festschrift für Binding II, s. 340; *Fischer*, s. 134.

Subjektiivistakin suuntaa on esiintynyt oikeustieteessä *Bindingin* ajoista meidän päiviimme saakka. *Binding* selitti »Normen»-teoksensa ensimmäisessä painöksessa: »Alles Unrecht ist schuldhaftes Normwidrigkeit; unverschuldetes Unrecht gibt es nicht.» Subjektiivisella kannalla ovat olleet myös *Merkel*, Verbrechen, s. 86; *Stooss*, s. 332; *Hold v. Ferneck* I, s. 277; *Dohna*, Rechtswidrigkeit, s. 139; *Schaffstein*, ZStW 57, s. 314.

Määriteltäessä teon ja oikeudenvastaisuuden suhdetta tekoa arvoistellaan objektiivisena tapahtumisena.

Oikeudenvastaisuuden objektiivisuus ei merkitse, että se aina olisi riippumaton subjektiivisista seikoista. Päinvastoin on todettu ja yleisesti tunnustettu, että eräissä tapauksissa juuri subjektiivinen momentti tekee teosta oikeudenvastaisen.²³ Niinpä rangaistaan väärän rahan teko vasta siinä tapauksessa, että tekijän tarkoituksena on ollut laskea valmistamansa raha liikkeeseen. Subjektiiviset momentit ovat tavallisia varsinkin vaarantamisrikosten alalla. Vaikka ne ovat samalla sekä oikeudenvastaisuuteen että syyllisyyteen kuuluvia tekijöitä,²⁴ eivät ne kuitenkaan oikeuta kieltämään objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemassaoloa.²⁵

B. Oikeudenvastaisuus aineellisessa merkityksessä.

Normiteoria ei selvitä täydellisesti oikeudenvastaisuuden olemusta. Jos sanotaan teon olevan oikeudenvastaisen silloin kun se on norminvastainen, saadaan selville vain milloin jokin määrätty käyttäytyminen on oikeudenvastaista, mutta selvittämättä jää, mistä syystä se on tällaista.²⁶ Viimeksimainittuun kysymykseen vastaa aineellinen oikeudenvastaisuusoppi.^{27 28} Aineellinen oikeudenvastai-

²³ Mieliapteen lienee rikosoikeuden alalla ensimmäisenä esittänyt *Hegler*, ZStW 36, s. 31, tai samana vuonna *M. E. Mayer*, Lehrbuch, s. 185. Subjektiivisista oikeudenvastaisuuselementeistä ks. erikoisesti myös *Mezger*, GS 89, s. 207 jne; *Hegler*, Festgabe für Frank I, s. 251; *Humbert*, s. 8.

²⁴ Näin *Mezger*, Lehrbuch 1933 s. 172. — *M. E. Mayer*, Lehrbuch, s. 188, huomauttaa tästä: »Die Aneignung des fremden Saché ist, soweit wir sie als das vom Täter zu bewirkende ansehen, Bestandteil der Rechtswidrigkeit, soweit wir sie als das im Täter Wirkende (Motiv, Absicht) würdigen, Schulelement.»

²⁵ Ks. *Liszt-Schmidt*, s. 174, huom. 3: »Das Werturteil 'rechtswidrig' bleibt... immer noch ein 'objektives', d.h. von der Schuld des Täters unabhängiges, selbst wenn zu den Voraussetzungen dieses Werturteils gewisse subjektive, d.h. täterpsychologische Momente gehören. Nicht alles Subjektive gehört zur Schuld.» — Subjektiivisten oikeudenvastaisuuselementtien toteaminen on antanut *H. Mayerille*, Festgabe für Frank I, s. 619, aiheen väittää, että objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta ei olisi oikeutta puhua. Tätä mielipidettä ei voida pitää oikeana.

²⁶ Ks. *Dohna*, ZStW 24, s. 67. Vrt. myös *Torp*, Strafferet, s. 202.

²⁷ Kuten *Frank*, s. 6, sanoo, tarvitaan »nominaalidefiniition» lisäksi »reaalidefiniition». Ks. myös *M. E. Mayer*, Lehrbuch, s. 57.

²⁸ Määritelmät, joissa rikos selitetään lainvastaiseksi ja oikeudenvastaiseksi teoksi, edustavat puhtaasti muodollisen ja aineellisen määritelmän välimuotoa. Puhtaasti muodollinen on *Serlachius-Särkilahden*, Oppikirja I, s. 82, käyttämä määritel-

suus ei merkitse muodollisen rinnalle asetettavaa toista lajia, vaan sisällön antamista muodolliselle käsitteelle.^{29 30}

Rikoksen aineellisen sisällön määrittelemineen edellyttää tietoa sen objektista. Aikaisemmin, »käsitemuridiikan» aikana kaikkien rikosten katsottiin loukkaavan subjektiivisia oikeuksia.³¹ Nyttemmin

mä: »Rikos on teko, josta voimassaolevan lain mukaan seuraa rangaistus». Sensijaan *Forsman*, Allm. lärar, s. 48, lisää määritelmäänsä aineellisen tuntomerkin selittäessään, että rikos »loukkaa yleistä oikeutta».

Oikeustieteessä on rikos toisinaan määritelty yksinomaan aineellisia tuntomerkkejä käyttäen. Näin esim. *Mittermaier*, s. 5; *Sauer*, Grundlagen, s. 229. Neuvostoliiton rikoslaki on omaksunut aineellisen rikoskäsitteen. Ks. tästä *Honkasalo*, DL 1943, s. 170.

²⁹ Aineellisen oikeudenvastaisuuden vastustajista mainittakoon *Nagler*, joka jyrkästi lausuu (Festschrift für Binding II, s. 345): »...es gibt nur eine Art der Widerrechtlichkeit». Samoin *Beling*, Verbrechen, s. 136; *Fischer*, s. 110; *Kitzinger*, s. 15, huom. 1. — *Knoph*, Hensikt, s. 20, on tästä lausunut: »Jeg tror ikke at man, iallfall på vår videnskaps nuværende stadium, er i stand til å gi en fyldestgjørende, reell definisjon av rettsstriden, og man må da visstnok inntil videre nøie sig med den foran nevnte, formelle».

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä ovat varsinkin *Alanen* ja *Sundström-Salmiala* muodollisen oikeudenvastaisuuden kannattajia. *Alanen*, Hätävarjelus, s. 51, huomauttaa: »Mitään erikoista aineellista oikeudenvastaisuuskäsitettä, joka olisi erotettava muodollisesta oikeudenvastaisuudesta, ei kuitenkaan ole olemassa. Oikeudenvastaisuus on yhtenäinen käsite, t.s. se on lainsäätäjän tahdon kanssa ristiriidassa olevan teon predikaatti». — Myös *E. Kaila* on muodollisen oikeudenvastaisuuden kannalla, ks. Lausunto, s. 80.

³⁰ Aineellisen ja muodollisen oikeudenvastaisuuden suhteesta ks. *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 197: »Im tatbestandsmäßigen Unrecht... ist dem Strafrecht der feste und unentbehrliche Rückhalt einer formellen Unrechtsbestimmung gegeben. Aber die formelle Sicherheit dieser Unrechtsbestimmung würde zum schlimmen Formalismus, wenn sie nicht auf den materiellen Gehalt des tatbestandlichen Unrechts besinnen und aus ihm Richtlinien für die Anwendung des Gesetzes gewinnen sollte».

³¹ *Feuerbach* (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14 Ausg. 1847) piti rikosten objekteina subjektiivisia oikeuksia. Ks. tästä *Oppenheim*, s. 2; *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 197; *Tulenheimo*, Luotto, s. 63. — »Subjektiivisen oikeuden» käsitteen tarkasteluun ei tässä ole mahdollisuutta lähemmin ryhtyä. Ks. siitä esim. *Tulenheimo*, Luotto, s. 39—46, ja *Honkasalo*, Vahvistuskanneikeus, s. 2—4. Jälkimmäisessä on subjektiivinen oikeus määritelty »oikeusjärjestyksen tunnustamaksi oikeushyvään kohdistuvaksi tahdonvallaksi».

Kun *Feuerbachin* käsityksen mukaan kaikki rikokset kohdistuivat subjektiivisia oikeuksia vastaan, oli hänen »keksittävä» sellainen subjektiivinen oikeus, jota poliittiarikos loukkaisi. Tällaisena piti hän »valtion oikeutta vaatia kuuliaisuutta alamaistiltaan». — *Feuerbachin* opin kannattajana esiintyy yllättäen *Seitz*, s. 17. Hänen mielestään subjektiiviset oikeudet voivat hyvinkin olla rikosten objekteina, kunhan

pidetään kuitenkin oikeustieteessä vakiintuneen käsityksen mukaan rikoksen kohteena oikeushyvä.³² Oikeushyväksi sanotaan sel-laista »elinhyödykettä» (saks. Lebensgut), jonka oikeusjärjestys tun-nustaa antamalla sille suojan loukkausta vastaan.³³ Vaikka subjek-tiiviseen oikeuteen sisältyy oikeushyvä,³⁴ ei oikeushyvän silti tar-vitse olla subjektiivinen oikeus.³⁵ »Emme kutsu vapautta, kunniaa taikka elämää subjektiiviseksi oikeudeksi»,³⁶ vaan ne ovat oikeus-hyviä. Oikeudellisesti suojatuksi hyödykkeeksi muodostuu vain sel-lainen, jolla on yksilölle tai yhteiskunnalle jotakin arvoa. Tämä on selvää, koska suojaamisella muuten ei olisi merkitystä.³⁷ Oikeus-hyvän tulee siis jollakin tavoin tyydyttää oikeussubjektin, joko yk-silön tai yhteiskunnan tarpeita.³⁸ Tämän ominaisuuden vuoksi oi-keussubjektilla on intressi oikeushyvään.³⁹ Intressillä tarkoite-

tällä käsitteellä ei tarkoiteta samaa kuin siviilioikeudellisella subjektiivisen oikeu-den käsitteellä. Seitz on kuitenkin jättänyt selittämättä, mitä tällaisella »rikosoikeu-dellisella subjektiivisen oikeuden käsitteellä» olisi ymmärrettävä.

³² Oikeushyväteorian perustaja oli *Birnbaum*, jonka mukaan rikos oli (s. 179) »nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäss im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt allen gleichmässig zu garantierenden Guts».

³³ Oikeushyvän käsite sai nopeasti kannatusta. Niinpä *Binding* tunnusti sen rikoksen objektiksi valtion kuuliaisuus-oikeuden ohella. Ks. Hb. I, s. 169. Oikeus-hyviksi sanoo hän siinä »... alles, was ausser dem Gehorsamsrechte des Staates Ob-jekt eines deliktischen Angriffs bildet». Jo aikaisemmin oli *Hälschner*, Strafrecht I, s. 18, käyttänyt oikeushyvän käsitettä.

³⁴ Ks. esim. *Binding*, Hb. I, s. 169; *Allfeld*, s. 17; *Honkasalo*, Vahvistuskanne-oikeus, s. 3.

³⁵ Ks. tästä *Knoph*, Tfr 1922, s. 221: »Efter norsk rettsopfattning taler man ikke om subjektiv rett, medmindre rettsbeskyttelsen gis i den form, at interessens bærer blir tilstått et konkret, nogenlunde bestemt avgrenset maktområde, hvor hans vilje skal være den høieste lov, og som han får rett til å hevde på aktiv vis... Man kræver at rådigheten skal tilkomme individet som en særrett, altså gi en monopolartet adgang til utnyttelse».

³⁶ *Tulenheimo*, Luotto, s. 41.

³⁷ Koska oikeushyvät ovat oikeudellisesti suojattuja hyödykkeitä, kohdistuu rikos aina objektiivista oikeutta vastaan. Ks. tästä *Honkasalo*, Vahvistuskanne-oikeus, s. 2; *Alanen*, Hätävarjelus, s. 29; *Tulenheimo*, Luotto, s. 29; *Sjögren*, s. 92; *Bjerre*, s. 37; *Heinitz*, s. 4; *v. Hippel* I, s. 27; *Fischer*, s. 47; *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 163.

³⁸ *Tulenheimo*, Luotto, s. 51.

³⁹ Intressin käsitettä lieene ensimmäisenä käyttänyt *Ihering* v. 1877 ilmesty-neessä teoksessaan. — Intressistä ks. *Honigin* laajaa esitystä, s. 62—67. Ks. myös *Tulenheimo*, Luotto, s. 49, erikoisesti huom. 1, sekä *Honkasalo*, Vahvistuskanne-oikeus, s. 3, huom. 16.

taan siis sitä sielullista suhdetta, mikä vallitsee oikeussubjektin ja oikeushyvän välillä,⁴⁰ se on oikeushyvän »subjektiivinen puoli».⁴¹ Tätä terminologista eroa oikeushyvän ja intressin välillä ei oikeustieteessä kuitenkaan useimmiten ole otettu huomioon, vaan on samastettu oikeushyvän ja intressin käsitteet.⁴² Oikeushyvät eli intressit ovat rikoksen »loukkausobjekteja», eli, jos pääpaino pannaan rangaistussäännöksen suojaavalle puolelle, »suojeluobjekteja».⁴³ Suojeluobjekti on erotettava rikoksen »varsinaisen objektin» eli tekoobjektin käsitteestä.⁴⁴ Viimeksimainitulla tarkoitetaan sitä aineel-

⁴⁰ Intressin ovat oikeushyvästä erottaneet ensimmäisinä *Hertz* ja *Kessler*. Ks. *Honig*, s. 67 jne., sekä *Kessler*, *Einwilligung*, s. 50, ja *GS* 39, s. 97. Myös *Oppenheim*, s. 59; *Merkel*, *Verbrechen*, s. 16; *Frank*, s. 6; *Holer*, s. 33—37, sekä kotimaisessa tieteisopissa *Tulenheimo*, *Luotto*, s. 62, tekevät selvän eron niiden välillä. Toiset sensijaan ovat samastaneet nämä kaksi käsitettä tai pitäneet niiden eroa käytännöllisesti katsoen vähäarvoisena. Näin kotimaisessa tieteisopissa *E. Kaila*, *Oikeuslogiikka*, s. 62, ja *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 82. Edellinen huomauttaa, että »oikeudellisesti tunnustettua objektiivista intressiä sanotaan rikosoikeudessa tavallisesti oikeushyväksi». Ks. tästä myös *Salovaara*, *Juhlajulkaisu*, s. 217, sekä saksalaisesta tieteisopista esim. *Wachenfeld*, s. 70; *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, s. 21; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 15; *Allfeld*, s. 17, huom. 7; *Liszt-Schmidt*, s. 4.

⁴¹ *Honkasalo*, *Vahvistuskanne-oikeus*, s. 3.

⁴² Niistä, jotka ovat erottaneet oikeushyvän ja intressin käsitteet, ovat toiset pitäneet rikosta oikeushyvän, toiset intressin loukkauksena. Edellisellä kannalla ovat olleet mm. *Oppenheim*, s. 59; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 200; *Tulenheimo*, *Luotto*, s. 53; jälkimmäisellä taas mm. *Frank*, s. 6; *Merkel*, *Verbrechen*, s. 16.

Oikeushyvän ja intressin käsitteet samastaen ovat rikoksen intressin eli oikeushyvän loukkaukseksi määritelleet miltei kaikki muutkin tämän vuosisadan rikosoikeuden tutkijat, kuten *Hegler*, *ZStW* 36, s. 30; *Pfersdorff*, s. 9; *Joski*, s. 15; *v. Hippel* I, s. 10; *Creifelds*, s. 13; *Allfeld*, s. 17; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 15; *v. Weber*, s. 4; *Säuer*, *Grundlagen*, s. 291; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 148; *Finger*, *Lehrbuch*, s. 102; *Nathan*, s. 14; *Hold v. Ferneck* I, s. 383; *Heinitz*, s. 56; *Arndt*, s. 7. Pohjoismaisesta tieteisopista mainittakoon mm. *Knoph*, *Hensikt*, s. 14; *Torp*, *Strafferet*, s. 226; *Wetter*, s. 25; *Thyrén*, *Principerna*, s. 7; *E. Kaila*, *Oikeuslogiikka*, s. 62; *Serlachius-Särkilähti*, *Oppikirja* I, s. 96; *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 82, jotka kaikki katsovat rikoksen intressin eli oikeushyvän loukkaukseksi.

Oikeushyvän käsitteestä Saksan uusimmassa tieteisopissa ks. *Salovaaran* esitystä, *Juhlajulkaisu*, s. 221—222.

⁴³ Ks. *Oppenheim*, s. 87; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 188; *Skeie*, *Strafferet*, s. 260—262; *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 82. — Suojeluobjektin nimitystä eivät kuitenkaan kaikki ole hyväksyneet. Niinpä on *v. Hippel* (I, s. 13), väittänyt, että se on oikeushyvän toinen, huonompi nimitys.

⁴⁴ Teko-objektista ks. *Oppenheim*, s. 159 jne. Hän puhuu teko- ja suojeluobjektin lisäksi vielä definitio-objektista, joka saadaan selville kieliopillisen tulkin-

lista esinettä, jota vastaan rikos tehdään. Se on useimmiten välttämätön edellytys suojeluobjektin loukkauksen syntymiselle, jonkinlainen »läpikäyntiobjekti». Niinpä esimerkiksi varkaudessa tekoobjektina on esine, suojeluobjektina omistusoikeus.⁴⁵

Määriteltäessä täten rikos intressin loukkaukseksi on lähestytty aineellista rikoskäsitettä,⁴⁶ sillä rikosta ei enää ole sanottu yksinomaan norminvastaiseksi teoksi. Rikoksen toteaminen intressin loukkaukseksi on sopusoinnussa normin arvostamisominaisuuden kanssa. Ennenkuin oikeusalamainen normin määräämispuolen avulla velvoitetaan karttamaan määrätynlaista toimintaa, tämä on normin arvostamispuolen avulla todettu intressin loukkaukseksi. Normin vastaisia tekoja ovat sellaiset, jotka loukkaavat tai vaarantavat oikeusjärjestyksen suojaamia elinhyödykkeitä. Yhteiskuntaelämässä esiintyvien tuhansien hyödykkeiden joukosta lainsäätäjä on »valinnut» määrätty hyödykkeet oikeushyviksi. Selvää on, että lainsäätäjää on tässä valinnassa ohjannut jokin tietoinen tarkoitus, sillä ei voida ajatella, että oikeushyvien suojaaminen olisi johtunut sattumasta tai mielivallasta. Lainsäätäjän ohjeena olleesta yhtenäisestä periaatteesta johtuu oikeusjärjestyksen eri normien liittyminen toisiinsa sopusointuiseksi kokonaisuudeksi.

Aineellisen oikeudenvastaisuuden sisältö on usein pyritty määrittelemään tarkoin ja yksityiskohtaisesti. Ensimmäisen yrityksen tähän suuntaan teki v. *Liszt*, joka jo oppikirjansa varhaisissa painoksissa⁴⁷ jakoi oikeudenvastaisuuden kahteen lajiin, muodolliseen ja

nan avulla. Tämä definitio-objekti merkitsee usein samaa kuin teko-objekti (esim. pahoinpitelyssä), mutta toisinaan se on sama kuin suojeluobjekti (esim. jumalanpilkassa). — Teko-objektista ks. myös *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 108.

⁴⁵ Ks. esim. *Hirschberg*, s. 26 ja 27, sekä *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 188. — Muista poikkeavat nimitykset on teon objekteille antanut *Beling*, joka pitää »loukkausobjektina» teko-objektia ja näiden vastakohtaa suojeluobjektina. Ks. *Verbrechen*, s. 10 ja 13.

Tässä yhteydessä on syytä huomauttaa, että useilla rikoksilla ei ole ollenkaan teko-objektia. Ks. tästä esim. *Dohna*, Aufbau, s. 6.

⁴⁶ Oikeushyvä- eli intressiteorian kannattaminen ei silti läheskään aina ole merkinnyt aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen hyväksymistä. Niinpä *Allfeld*, s. 120, huom. 10; *Köhler*, Strafrecht, s. 98; *Kitzinger*, s. 15; *Nagler*, Festschrift für Binding II, s. 345; *Beling*, Verbrechen, s. 137 ja 141; *Fischer*, s. 110; *Hold v. Ferneck* I, s. 377, ja II, s. 2, ovat hylänneet aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen perustellen kantaansa sillä, että vasta normin vastaisuus tekee teosta rikoksen.

⁴⁷ *Liszt-Schmidt*, s. 176. — Sama jako on ilmeisesti esiintynyt oppikirjan aikaisemmissakin painoksissa, ainakin jo v. 1898, päätellen eräästä *Kitzingerin* tätä asiaa koskevasta huomautuksesta (*Kitzinger*, s. 15, huom. 1).

aineelliseen. Muodollisesti oikeudenvastaisena v. Liszt piti valtion säättämän normin vastaista tekoa, aineellisesti oikeudenvastaisena taas yhteiskunnalle vahingollista (antisosiaalista) menettelyä. v. Liszt samasti täten aineellisesti oikeudenvastaisen teon ja yhteiskunnalle vahingollisen teon käsitteet.

v. Lisztin jälkeen on aineellisen oikeudenvastaisuusopin alalla esiintynyt kaksi pääsuuntaa. Toista, johon v. Lisztkin tavallisesti luetaan, on nimitetty tarkoitusteoriaksi, ja sen ensimmäisenä varsinaisena esittäjänä pidetty *Alexander Graf zu Dohna*. Dohna selitti normin kieltävän teon vain sillä edellytyksellä, että tämä samalla oli aineellisesti oikeudenvastainen.⁴⁸ Oikeudenmukaisuus- ja oikeudenvastaisuuskäsitteiden selvittämiseen Dohna käytti ohjetta: oikeudenmukaista on se, mikä on oikea keino oikean tarkoituksen saavuttamiseksi.⁴⁹ Tätä ns. muodollista maksimia hän suositteli säännölliseksi laintulkintakeinoksi, jota tuomarin piti käyttää jokaista konkreettista tapausta ratkaistessaan.⁵⁰ Aineellisen oikeudenvastaisuusopin toista pääteoriaa on sanottu intressien vertailuteoriaksi. Tämä teoria esiintyy selvimpänä *Mezgerin* teoksissa. Mezger selittää, että koska oikeuden tarkoituksena on mahdollisimman täydellinen intressien tyydyttäminen, oikeudenvastaiseksi on katsottava tämän päämäärän vastainen toiminta.⁵¹ Etusijalle Mezger asettaa yhteiskunnan edun. Oikeudenvastaisia ovat sellaiset teot, joista yhteiskunnalle on enemmän vahinkoa kuin hyötyä.⁵² Tätä intressien vertailua käyttävää teoriaa on usein pidetty tarkoitusteorian vastakohtana. Todellisuudessa mainitut teoriat ovat lähellä toisiaan.⁵³ Tutkiessaan, millaiset teot edistävät yhteiskunnan

⁴⁸ Dohna, *Rechtswidrigkeit*, s. 27.

⁴⁹ » » s. 54; *Aufbau*, s. 22.

⁵⁰ » » s. 53.

⁵¹ Mezger, GS 89, s. 249: »Der materielle Gehalt allen Rechts wird hier zutreffend in dem Schutz menschlicher Interessen, der materielle Gehalt alles Unrechts in der Verletzung solcher Interessen erblickt. Das Endziel allen Rechts, mit anderen Worten die Idee der Gerechtigkeit bestimmt sich als das Streben nach dem komposiblen Maximum der Interessensbefriedigung. Was diesem Endziel zuwider ist, das ist materiell gesprochen »Unrecht«.

⁵² Ks. *Sauer*, *Grundlagen*, s. 391: »Rechtswidrig ist ein Verhalten, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staat und seinen Gliedern gemäss dem Urteil der Rechtswissenschaft mehr schadet als nützt«.

⁵³ Tarkoitusteorian kannattajista mainittakoon *Dohnan* ja v. *Lisztin* lisäksi v. *Lilienthal*, s. 440; *Stooss*, s. 319. Sitä ovat yleisesti kannattaneet myös kansallis-

tarkoituseriä, sisältää tarkoitusteoria sekin intressien vertailun. Mutta toisin kuin intressienvertailuteoria ottaa tarkoitusteoria huomioon myös käytetyn keinon sopivaisuuden.⁵⁴

Niille aineellista oikeudenvastaisuutta koskeville teorioille, joitecdellä on selostettu, on ominaista yhteiskunnallisen vahingollisuuden pitäminen teon aineellisen oikeudenvastaisuuden kriteeriona. Kuitenkin täytyi jo v. *Lisztin* myöntää, että eräissä tapauksissa teko on muodollisesti oikeudenvastainen olematta silti yhteiskunnalle vahingollinen.⁵⁵ Tämä myönnytys merkitsee teorian heikkoutta. Kuten *Sundström—Salmiala* on todennut,⁵⁶ yhteiskunnan vastaisuus ei ole rikoksen käsitteellinen tunnusmerkki, joskin normin vastainen teko empiirisesti yleensä voidaan todeta asosiaaliseksi. Riippumatta siitä, onko teko yhteiskunnalle vahingollinen vai ei, norminvastaista tekoa on pidettävä rikoksena. Tässä johtaa aineellinen oikeudenvastaisuusoppi ilmeiseen ristiriitaan objektiivisen oikeuden kanssa.

Pohjoismainen oikeustiede on kehittänyt oman oikeudenvastaisuusteoriaansa.⁵⁷ Kausaalisuuden ja syyksiluettavuuden laajuuden selvittämiseksi⁵⁸ on pyritty etsimään rajoitusta oikeudenvastaisuuskriteerion. Perussääntönä on pidetty sitä, että normit eivät kiellä jokaista toimintaa, joka saattaa johtaa oikeushyvän loukkamiseen, vaan teko on oikeudenvastainen vain sillä edellytyksellä, että se aiheuttaa jollekin oikeushyvälle elämän yleisen lain mukaan huomioitavan vaaran.⁵⁹ Eräissä tapauksissa oikeusjärjestys antaa

sosialistisen rikosoikeustieteen edustajat, kuten *Siegert*, s. 34; *Lobe*, Einführung, s. 32.

Intressienvertailuteoriaa ovat *Mezgerin* ja *Sauerin* lisäksi kannattaneet esim. *Nathan*, s. 11 ja 14; *Heinitz*, s. 118; *E. Schmidt*, ZStW 49, s. 350.

⁵⁴ Ks. *Arndt*, s. 92. — *E. Schmidt*, ZStW 49, s. 377, ja *Mezger*, ZStW 55, s. 7, ovat pitäneet intressienvertailuteoriaa tarkoitusteorian eräänä muotona. Toisinaan on näitä teorioja käytetty rinnakkain. Niinpä *Dohna*, Recht und Irrtum, s. 9—16, selittää, että teon oikeudenmukaisuus eräissä tapauksissa voidaan selittää intressienvertailuteorian, toisissa taas tarkoitusteorian avulla.

⁵⁵ *Liszt-Schmidt*, s. 177.

⁵⁶ Ks. *Sundström-Salmiala*, Osallisuus, s. 6.

⁵⁷ Pohjoismaisesta oikeudenvastaisuusteoriasta ks. erityisesti *Honkasalon* laajaa esitystä, Kausaalisuuskysymys, s. 85—96.

⁵⁸ Sitä seikkaa, että pohjoismaisessa oikeudenvastaisuusopissa kysymys teon oikeudenvastaisuudesta yhdistetään kausaalisuuden ja syyksiluettavuuden laajuutta koskeviin kysymyksiin, on pidetty teorian heikkoutena. Ks. *Graumann*, s. 29, sekä s. 80—81.

⁵⁹ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 100.

toimintavapaudelle niin suuren suojan, ettei tällaisen vaaran ole-massaolo sekään riitä tekemään tekoa oikeudenvastaiseksi. Näin on asianlaita silloin, kun oikeushyvää vaarantava teko samalla edistää toista, oikeusjärjestyksen kannalta katsoen tärkeämpää intressiä.⁶⁰ Pohjoismaisen oikeudenvastaisuusopin mukaan soveltuu täten periaate pienemmän edun väistymisestä suuremman tieltä kaikkiin tapauksiin.⁶¹ Tämän ohjeen mukaan toimitetaan intressien vertailu pitämällä lain lisäksi mittapuuna yleistä oikeustajuntaa.⁶²

Pohjoismaisen oikeudenvastaisuusopin periaatetta ei voida pitää oikeana. Intressien tärkeyttä vertailemalla saatua ohjetta, jolla tosin pystytään selvittämään esimerkiksi pakkotilassa tehtyjen tekojen oikeudenmukaisuus,⁶³ ei ole lupa yleisesti soveltaa. Ei voi olla

⁶⁰ Ks. *Torp*, Tfr 1897, s. 61: »...det eneste brugbare Grundlag for Fastsettelsen af disse...netop är en fornuftig Afvejelse af paa den ene Side den Fare for andres Retsgoder, som Handlingen medfører, og paa den anden Side dens Nyttighed og Nødvendighed i andre Retninger».

⁶¹ Näin *Torp*, Tfr 1897, s. 61: »...hele den saakaldte Nødrethære bliver derfor i Virkeligheden kun et Fragment af den almindelige Lære om Grændsen mellem retsmæssig og retstridig Handeln...» Samoin *Hagerup*, Tfr 1909, s. 297: »Ved Bedømmelsen af, hvorvidt en Person kan gjøres ansvarlig — være sig til Straf eller Erstatning — for Følgerne af en Handling, kan der ikke alene sees hen til Personens subjektive Skyld og den objektive Aarsagssammenhæng mellem Handlingen og Følgen. Selv om begge disse Momenter foreligger, vil der ikke kunne blive Tale om Ansvar, hvis Handlingen i og for sig er objektivt retsmæssig, hvilket navnlig er Tilfældet, ikke blot hvor der foreligger en af de særlige Omstændigheder, der udelukker Retsstridigheden (Nødværge, Nødtilstand), men overalt, hvor den Følge, hvorom der er Tale, staar i et saa fjernt Forhold til Handlingen, at en forstandig Mand ikke kan forudsættes at regne med den, eller hvor den, om end nærliggende, dog med Føie er sat ud af Betragtning, fordi den til det Formaal, der forfulgtes med Handlingen, knytter sig berettigede Interesser, som i Forhold til den indtraadte skadelige Følge er af overveiende Betydning». — Ks. myös *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 88.

⁶² Ks. *Torp*, Strafferet, s. 256: »Det er altsaa den paa Livets Erfaringer byggede almindelige fornuftige Dom om Handlingens Forsvarlighed under givne Forudsætninger, som er afgørende for dens Retsmæssighed». — Samoin *Hagströmer*, Straffrätt, s. 102: »...om handlingen skall blifva rättsstridig, utsikten till skada skall vara sådan, att en på ett förståndigt sätt försiktig person — romarnes bonus paterfamilias — icke anser sig hafva rätt att lemna den alldeles utan afseende». Ks. myös *Wetter*, s. 10.

⁶³ Pakkotilassa tehdyn teon oikeudenmukaisuutta arvosteltaessa verrataan yleensä toisiinsa loukatun ja pelastetun intressin suuruutta. Eriävän mieltipiteen on tosin esittänyt *Henkel*, Notstand, s. 85, pitää ratkaisevana sitä, millaisen vahingon teko aiheuttaa ja millaisesta se pelastaa. Samalla kannalla kuin *Henkel* on kotimaisessa rikosoikeustieteessä *Rautapää*, s. 83.

mahdollista, että jokaisella olisi oikeus mielensä mukaan loukata tai vaarantaa toisen intressejä, kunhan teolla vain samalla edistetään toista, vielä tärkeämpää intressiä.⁶⁴ Arveluttaviin tuloksiin vie teoria erityisesti silloin, jos siihen yhdistetään mahdollisuus kohtuussyistä poiketa kirjoitetusta laista.⁶⁵

On hyvin ymmärrettävissä, etteivät edellä selostetut teoriat ole voineet selvittää aineellisen oikeudenvastaisuuden olemusta. Rikollisilla teoilla ei todellisuudessa ole sellaisia ominaisuuksia, joita nämä teoriat ovat huulleet niissä löytävänsä. Ainoa rikosten yhteinen aineellinen ominaisuus on oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastaisuus.⁶⁶ Tältä käsitteeltä puuttuu se voimakas sosiologinen väritys, mikä tavallisesti ilmenee aineellisesti oikeudenvastaisen teon määrittelmistä. Oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastaisuus rikosten yhteisenä ominaisuutena saa selityksensä siitä, että kaikkien normien tulee kuvastaa samoja johtavia periaatteita ja olla saman yleisen tarkoituksen ilmaisuna. On ehdottomasti välttämätöntä tarkastella oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastaisuutta määrätyn konkreettisen oikeusjärjestyksen kannalta. Periaatteen korottaminen yleispäteväksi merkitsisi sen jäämistä käytännölliselle oikeuselämälle vieraaksi »ihanneoikeudeksi».

C. Tunnusmerkistö ja oikeuttamisperusteet.

Oikeudenvastaisuuden, erityisesti aineellisen oikeudenvastaisuuden merkityksen ymmärtämiseksi on tarkasteltava ensiksi tunnusmerkistön käsitettä. Tunnusmerkistöt ovat normien ulkonaisia ilmene-mismuotoja. Teko voidaan rikoksena rangaista vain siinä tapauksessa, että se toteuttaa jonkin tunnusmerkistön.⁶⁷ Ns. »yleinen tun-

⁶⁴ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 89.

⁶⁵ Pohjoismaista oikeudenvastaisuusteoriaa arvosteltaessa on usein huomautettu, että se johtaa helposti positiivisen oikeuden syrjäyttämiseen. Taipumusta tähän suuntaan on havaittu erikoisesti *Torpilla* ja *Goosilla*. Ks. *Torp*, *Strafferet*, s. 250; *Goos*, *Strafferet II*, s. 156. Tosin *Torp* on myöhemmin, *TfR* 1928, s. 279, vastannut tähän moitteeseen huomauttamalla: »Det kunde aldrig falde mig ind at tilsidesætte positive Grænsebestemmelser for en teoretisk formentlig riktigere Regel».

Knoph, s. 246; *Bjerre*, s. 39; *Wetter*, s. 10, ovat selvästi ilmoittaneet pohjoismaisen oikeudenvastaisuusopin periaatteiden olevan sovellettavissa vain sellaisiin tapauksiin, joihin laista ei löydy normia.

⁶⁶ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 91, sekä mainitun sivun huom. 106 lueteltuja teoksia.

⁶⁷ Ks. esim. *Serlachius-Särkilähti*, *Oppikirja I*, s. 50; *Liszt-Schmidt*, s. 143.

nusmerkistö» eli tunnusmerkistö laajassa mielessä merkitsee suunnilleen samaa kuin rikoksen käsite, eikä sillä siten liene oikeustieteessä suurtakaan arvoa.⁶⁸ Tavallisesti tarkoitetaan tunnusmerkistöstä puhuttaessa ahtaampaa eli »técnillistä» tunnusmerkistöä. Tämä on ilmaisu-tyylinä sille tyyppille, jota kukin rangaistava teko edellyttää.⁶⁹ Eräissä maissa on »tyyppipakkoa» tosin tuntuvasti lievennetty,⁷⁰ mutta meidän oikeuskäsityksemme mukaan periaate teon tunnusmerkistön mukaisuudesta sen rangaistavuuden edellytyksenä on välttämätön oikeusturvallisuuden ta.⁷¹ Tekoa ei siis meidän oikeusjärjestyksemme mukaan rangaista, ellei se sovellu johonkin lain tunnusmerkistöön.

Tunnusmerkistö on abstraktinen käsite,⁷² määrätty tyyppi. Tieteisopissa on esiintynyt eri mielipiteitä sen ja oikeudenvastaisuuden välisestä suhteesta. Toisinaan tunnusmerkistöä on pidetty täysin

⁶⁸ Ks. *Dohna*, Aufbau, s. 4; *Welzel*, s. 39. — »Yleinen tunnusmerkistö» tarkoittaa kaikkia niitä edellytyksiä, joiden olemassaolo luo rikoksen. Siihen luetaan siis mm. syyntakeisuus ja oikeudenvastaisuus. Ks. *Sundström-Salmiala*, Osallisuus, s. 28; *Frank*, s. 4; *Liszt-Schmidt*, s. 180. — *Beling*, Verbrechen, s. 2, hylkää käsitteen tarpeettomana.

⁶⁹ Kuten *Liszt-Schmidt*, s. 180, huom. 5, huomauttaa, ei rikoslain jokainen rangaistussäännös sisällä vastaavasti yhtä tunnusmerkistöä, vaan saattaa samaan pykälään sisältyä useampiakin. — Ks. tästä myös *Sundström-Salmiala*, Osallisuus, s. 26; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 209.

⁷⁰ »Nulla poena sine lege»-periaatteesta ks. *Honkasalon* samannimistä kirjoitusta, varsinkin s. 60—62. Mainittu periaate lausuttiin nykyisessä muodossaan ensimmäisen kerran Ranskan vallankumouksen ihmisoikeuksien julistuksessa v. 1789. — Neuvostoliitossa ja Saksassa on tyyppipakkoa suuresti lievennetty. Niinpä Neuvostoliiton rikoslain mukaan rikoksen ei tarvitse olla norminvastainen, kunhan se loukkaa neuvostojärjestelmän vltalisia intressejä. Kansallissosialistisessa Saksassa teko rangaistiin rikoksena aina silloin, kun se loukkasi kansakunnan intressejä, vaikka sitä ei olisikaan nimenomaan selitetty laissa rangaistavaksi. Rangaistus määrättiin tällöin sen lainkohdan mukaan, mikä parhaiten soveltui tekoon. *Welzel*, s. 39, puhuu kahdenlaisesta tunnusmerkistöstä: positiivisoikeudellisesta (»gesetzlich») ja lain ulkopuolella olevasta (»aussergesetzlich»).

⁷¹ Ks. esim. *Sundström-Salmiala*, Osallisuus, s. 26: »Jotta yksilö olisi turvattu mielivallalta, on lainsäätäjät rikoslaissa tarkalleen määritellyt, mitkä seikat tulee teon ilmenemiseen nähden olla olemassa, jotta tekoa voitaisiin pitää rikoksena.»

⁷² Tunnusmerkistö eroaa siis oikeudellisen arvioinnin kohteeksi joutuvasta »seikastosta» (Sachverhalt). *Sundström-Salmiala*, Osallisuus, s. 28, kutsuu tunnusmerkistöä »legaaliseksi tosiasialliseksi olemukseksi», seikastoa taas »konkreettiseksi tosiasialliseksi olemukseksi». Ks. tästä myös *Beling*, Grundzüge, s. 21; *Dohna*, Aufbau, s. 4; *Salovaara*, DL 1937, s. 127.

»värittömänä», pelkästään kuvailevana,⁷³ toisinaan sensijaan katsottu sen sisältävän myöskin säännöstäviä aineksia.⁷⁴ Jos tunnusmerkistö käsitetään ensiksimainitulla tavalla, se ei ilmaise mitään teon oikeudenvastaisesta luonteesta. Enintään voidaan induktiivisesti päätellä, että tunnusmerkistön mukainen teko samalla on oikeudenvastainen.⁷⁵ Jos taas tunnusmerkistöön katsotaan kuvailevien aineiden ohella sisältyvän säännöstäviäkin, tulee siitä oikeudenvastaisuuden indisio.⁷⁶ Sitä voidaan pitää lainsäätäjän lainkäyttäjälle antamana ohjeena (»Fingerzeig») siitä, millaiseen tekoon tulee kiinnittää huomiota,⁷⁷ koska tunnusmerkistön mukaisten tekojen voidaan todeta »säännön mukaisesti»,⁷⁸ »yleisesti»⁷⁹ olevan oikeudenvastaisia. Toisinaan on väitetty, että voitaisiin mennä vieläkin pitemmälle siten, että tunnusmerkistöä pidettäisiin »väärysteypinä» ja tunnusmerkistön mukaisista tekoista siksi poikkeuksetta oikeudenvastaisena.⁸⁰ Viimeksimai-

⁷³ Tämän opin johdonmukaisin kannattaja on ollut *Beling*. Ks. *Verbrechen*, s. 145. Samaan suuntaan on lausunut *Sundström-Salmiala*, *Osallisuus*, s. 27: »Rikoksen tosiasiallinen olemus on oikeudellisesti väritön käsite. Se ei semmoisenaan ilmaise, onko sitä vastaava teko oikeudenmukainen vai oikeudenvastainen». — Ks. myös *Honkasalon* esitystä, *Kausaalisuuskysymys*, s. 209, huom. 53. — Pidettäessä tunnusmerkistöä »värittömänä» ei sillä luonnollisesti saa olla mitään tekemistä myöskään syyllisyyden kanssa. Ks. tästä *Eichler*, s. 68; *Nagler*, *Festschrift für Binding II*, s. 286.

⁷⁴ Ks. *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, s. 182; *Lobe*, *Einführung*, s. 23; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 190. — *M. E. Mayer* käyttää tunnusmerkistön normatiivisista aineksista nimeä »unechte Tatbestandsmerkmale». Sensijaan ovat esim. *Liszt-Schmidt*, s. 182, ja *Hegler*, *Festgabe für Frank I*, s. 275, selittäneet, että kaikki tunnusmerkistöntekijät ovat luonteeltaan normatiivisia.

⁷⁵ *Alanen*, *Hätävarjelus*, s. 49; *Sundström-Salmiala*, *Osallisuus*, s. 9.

⁷⁶ Näin esim. *Liszt-Schmidt*, s. 185; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 98; *Staudt*, s. 4; *Stegert*, s. 34; *Honkasalo*, *DL* 1942, s. 263.

⁷⁷ Ks. *Mezger*, *Leitfaden*, s. 47.

⁷⁸ Tätä sanaa käyttää v. *Hippel II*, s. 185, huom. 7: »regelmässig».

⁷⁹ Näin *Arndt*, s. 13: »generell».

⁸⁰ Näin esim. *Welzel*, s. 53. — Samaan suuntaan johtaa ns. »negatiivisten tunnusmerkistöntekijöiden» käsitteen käyttäminen. Tätä on suosinut esim. *Frank*, s. 182 (täysin varauksettomasti kuitenkin vain teoksensa aikaisemmissa painoksissa); *Binding*, *Hb. I*, s. 664; *Zimmerl*, s. 64. Teoria selittää, että vaikka oikeudenvastaisuus ei olekaan tunnusmerkistön positiivinen osa, merkitsee sen puuttuminen kuitenkin sitä, ettei tunnusmerkistö pääse toteutumaan. Tunnusmerkistön käsite laajentuu täten huomattavasti oikeudenvastaisuuden kustannuksella. Tästä huomauttaa *Zimmerl*, s. 66: »Durch Einarbeitung aller Unrecht ausschliessenden Umstände mit negativem Vorzeichen in die besonderen Tatbestände wird ein grosser Teil des Gebiets, das sonst von der Rechtswidrigkeit eingenommen würde, dem Tat-

nittu käsitys, joka johtaa tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden yhdistämiseen ja jota erityisesti kansallissosialistinen rikosoikeustiede on suosinut, on saanut alkunsa pyrkimyksestä käsittää rikos »kokonaisuutena» jakamatta sitä eri »osiin», kuten tunnusmerkistöön, oikeudenvastaisuuteen ja syyllisyyteen.⁸¹ Täysin oikea onkin oivallus, että mainitut rikoksen ainesosat ovat tieteellisen ajattelun luomia apukäsitteitä, jotka eivät saa häiritä kokonaiskuvan muodostumista,⁸² mutta tämä toteamus ei estä oikeudenvastaisuuden käsitteen pitämistä tunnusmerkistöstä erillään.⁸³

Mistä syystä kaikki tunnusmerkistön mukainen toiminta ei ole oikeudenvastaista? Tämä johtuu siitä, että tunnusmerkistö on tyyppi,

bestand okkupiert: Die Rechtswidrigkeit wird dadurch sozusagen in Tatbestandselemente aufgelöst. Dieser so gewonnene »allgemeine« Tatbestand (er hat natürlich mit dem allgemeinen Tatbestand der allgem. Rechtslehre nichts zu tun) ist dann nicht nur in der Regel, sondern notwendigerweise stets rechtswidrig». — Vallitseva mielipide ei ole hyväksynyt »negatiivisten tunnusmerkistönainesten» käsitettä käytettävää teoriaa. Ks. esim. *Dohna*, Rechtswidrigkeit, s. 33; *Kohlrausch*, Irrtum, s. 66 jne.; *Heinitz*, s. 26; *Arndt*, s. 13; *Beling*, Verbrechen, s. 166; *Gerland*, Strafrecht, s. 63, huom. 5. — Sensijaan v. *Hippel* II, s. 189, huom. 6, selittää: »Es ist sachlich genau dasselbe, ob man die Rechtswidrigkeit als positives oder ihr Fehlen als negatives Tatbestandsmerkmal bezeichnet». Samaan suuntaan *Sauer*, Grundlagen, s. 214; *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 183, huom. 8; *Ahrens*, s. 4, huom. 1.

⁸¹ Ks. esim. *Dahm*, Verbrechen und Tatbestand, s. 32: »Ein lebendiges und ganzheitliches Denken lässt die inneren Sinnzusammenhänge bestehen und verwirft jede Trennungen und Zerreißungen, die der abstrakten Begriffsbildung eigen sind. Insbesondere hält die Trennung von Handlung, Tatbestand und Rechtswidrigkeit einer solchen Betrachtung nicht stand.» Ks. myös *Mezger*, ZStW 57, s. 675 jne.

⁸² Tämän myönsi jo *Beling*, ZStW 44, s. 221. — Ks. myös *Salovaara*, DL 1937, s. 133. Hän selittää, että uuden saksalaisen tieteisopin mukaan rikos on »tunnusmerkistön mukaisesti oikeudenvastainen». On pyritty yhdistämään positiivinen ja aineellinen oikeudenvastaisuuskäsitys. — Suurta huomiota on samalla kiinnitetty siihen, että oikeudenvastaisuutta ja syyllisyyttä ei tulisi erottaa toisistaan, mikä johtaa objektiivisen oikeudenvastaisuuden hylkäämiseen.

⁸³ Ilmeisesti on lähinnä metodikysymys, missä järjestyksessä teko määritellään rikosluontoiseksi. Voidaan sanoa, että sen tulee olla ensiksikin tunnusmerkistön mukainen ja toiseksi oikeudenvastainen, taikka päinvastoin puhua teosta, jonka ominaisuuksiin kuuluu tunnusmerkistön mukaisuuden lisäksi oikeudenvastaisuus. Ensiksimainittua menetelmää käyttää esim. *Beling*, Verbrechen, s. 146, viimeksimainittua taas *Dohna*, Rechtswidrigkeit, s. 37, ja *Aufbau*, s. 19. *Belingin* kannalle on annettava etusija sen selvyysden vuoksi. — *Schwinge-Zimmerl*, s. 79, arvelee, että eri tapauksiin voitaisiin soveltaa eri metodeja.

joka täytyy soveltaa konkreettiseen tapaukseen.⁸⁴ Säännönmukaisesti vastaa tunnusmerkistö sen yläpuolella olevaa normia siksi tarkoin, että tunnusmerkistön mukainen teko samalla merkitsee normin vastaista toimintaa. Jää kuitenkin eräitä tapauksia, joissa normin sisältöä ei täydellisesti ole pystytty kiteyttämään tyypeihin. Tunnusmerkistön mukainen toiminta ei tällaisessa tapauksessa ole oikeudenvastaista, vaan teko kohdistuu vain näennäisesti normia vastaan ja on asiaa tarkemmin tarkasteltaessa todellisuudessa normin mukainen. Tähän tulokseen johtavaa perustetta on tieteisopissa sanottu »normin pätemisalaa supistavaksi». Nimitys ei ole oikea, sillä kysymyksessä ei suinkaan ole normin, vaan tunnusmerkistön pätemisalan supistaminen. Teko on näet alun pitäen ollut oikeuden mukainen. Siksi ei myöskään ole täysin asiallista puhua »oikeudenvastaisuuden poistavista perusteista», »oikeuttamisperusteista» tai »oikeutusperusteista», koska jokainen näistä nimityksistä viittaa itsessään oikeudenvastaisen teon oikeudenmukaiseksi muuttamiseen.^{85 86} Selvyyden vuoksi tullaan tässä kuitenkin edelleen käyttämään näitä nimityksiä, joista parhaana on pidettävä »oikeuttamisperustetta».

Oikeuttamisperusteita⁸⁷ on mainittu sekä rikoslain yleisessä että

⁸⁴ Ks. esim. *Sauer*, Grundlagen, s. 308; *Arndt*, s. 13; *Küttemann*, s. 14; *Welzel*, s. 3; *Eichler*, s. 67.

⁸⁵ Ks. *Alanen*, Hätävarjelus, s. 50; *Sipilä*, s. 229; *Dohna*, Rechtswidrigkeit, s. 37; *Finger*, GS 97, s. 395. — Kysymyksessä ei ole myöskään »poikkeus» normista, vaan normin todellisen sisällön tarkemmin selvittävä seikka. Tosin on tieteisopissa usein puhuttu »poikkeuksista», mutta tämä lienee johtunut esitysteknillisistä syistä. Ks. esim. *Dohna*, Rechtswidrigkeit, s. 37; *Kohlrausch*, Irrtum, s. 63, huom. 1; *Zitelmann*, s. 11. Vrt. myös *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 107: »Niistä yleisistä säännöistä, joiden mukaan kysymys teon oikeudenmukaisuudesta ja oikeudenvastaisuudesta yleensä on ratkaistava, on suuri joukko poikkeuksia.» — *Nathan*, s. 3, käyttää oikeuttamisperusteista nimitystä »Rechtsanwendungsregeln».

Se suunta, joka pitää tunnusmerkistöä arvostettuna oikeudenvastaisuustyyppinä, käyttää nimitystä »poikkeustunnusmerkistöt» (Ausnahmetatbestände). Näin esim. *Küttemann*, s. 15; *Welzel*, s. 54. — *Dahm*, Verbrechen und Tatbestand, s. 24, sensijaan on aivan oikein kutsunut oikeuttamisperusteita »tunnusmerkistöä rajoittaviksi tekijöiksi».

Erityisesti korostaa oikeuttamisperusteiden poikkeusasemaa se suunta, joka leimaa ne »negatiivisiksi tunnusmerkistöntekijöiksi». Ks. tästä *Eichler*, s. 68, huom. 29.

⁸⁶ *Alanen*, Hätävarjelus, s. 51, käyttää »oikeuttamisperusteen», *Sipilä*, s. 229, »oikeutusperusteen» nimitystä.

⁸⁷ Saksalainen rikosoikeustiede on varsinaisista oikeuttamisperusteista erottanut ns. sosiaalisadekvaattiset teot. Tällaisella teolla tarkoitetaan yhteiskuntaelämän piiriin normaalisti kuuluvaa toimintaa, joka olisi erotettava jo ennen oikeuden-

erityisessä osassa. Yleisessä osassa on säädetty vain hätävarjeluksesta ja pakkotilasta, joita koskevat lainkohdat on sisällytetty rikoslain kolmanteen lukuun. Mainittu luku koskee otsikkonsa mukaan »perusteita, jotka poistavat rangaistavuuden tai sitä vähentävät». Kuten *Serlachius—Särkilähti* on huomauttanut, pitäisi otsikossa oikeastaan puhua »perusteista, jotka perustavat rankaisemattomuuden taikka vähentävät rangaistuksen määrää».⁸⁸ Rikoslain kolmanteen lukuun on käytännöllisistä syistä jouduttu oikeuttamisperusteiden lisäksi sisällyttämään sangen monenlaisia muitakin rikoksen rangaistavuuteen vaikuttavia syitä. Samanlaisista käytännöllisistä syistä on miltei kaikissa rikoslain kommentaareissa ja rikosoikeuden oppikirjoissa esitelty oikeuttamisperusteet tavalla, joka teoreettisessa suhteessa ei kestä arvostelua. Niinpä on saman otsikon alle yhdistetty esimerkiksi pakkotila ja rikoksen vanhentuminen,⁸⁹ tai on oikeuttamisperusteet luettu »syyllisyyden poistaviin perusteisiin».⁹⁰ Selvää on, ettei tällaista menettelyä voida hyväksyä, vaan oikeuttamisperusteet on erotettava omaksi ryhmäkseen. Oikeuttamisperusteen muodostaa vain sellainen seikka, jonka johdosta tunnusmerkistön mukainen teko todellisuudessa on oikeuden mukainen eikä oikeudenvastainen. Teoreettisesti moitteettomana on pidettävä sitä jakotapaa, jota on käytetty *Liszt—Schmidtin* oppikirjassa.⁹¹ Siinä on puhuttu erikseen tunnusmerkistön mukaisuuden, oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden poistavista perusteista.

vastaisuuden toteamista tunnusmerkistön yhteydestä. Oikeuttamisperusteiksi jäisivät siten vain varsinaiset poikkeustilanteet, kuten hätävarjelus, kun taas esim. liikenneolojen vaatima vapaudenriistäminen kuljetettaessa matkustajia suljetuissa vaunuissa olisi sosiaalisadekvaattinen teko, joka ei täyttäisi vapaudenriistämisen tunnusmerkistöäkään. Ks. näistä tarkemmin *Welzel*, s. 40.

⁸⁸ *Serlachius—Särkilähti*, Oppikirja I, s. 104, huom. 1.

⁸⁹ Esimerkkinä tällaisesta esitystavasta mainittakoon *Kohlrauschin* kommentaarissa, s. 14, käytetty jako.

⁹⁰ Näin esim. *Mannheimerin*, s. 15, käyttämässä jaossa.

⁹¹ Ks. *Liszt—Schmidt*, s. 147. — Jako, jossa oikeuttamisperusteet erotetaan omaksi ryhmäkseen, edellyttää tietenkin, että tunnustetaan objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemassaolo. Ne rikosoikeustieteen tutkijat, jotka ovat hylänneet objektiivisen oikeudenvastaisuuden, ovat siksi yhdistäneet oikeuttamisperusteet ja syyllisyyden poistavat tekijät samaksi ryhmäksi. Näin esim. *Holer*, s. 15; *Oelze*, s. 56.

Ns. Kielin koulukunta Saksassa on voimakkaasti korostanut rikoskäsitteen »yhtenäisyyden» vaatimusta ja tästä johtuen puhunut yleisesti »rangaistavuuden poistavista perusteista», jakamatta näitä eri ryhmiin. Ks. *Schaffstein*, ZStW 57,

D. Aineellisen oikeudenvastaisuuden merkitys, erityisesti oikeuttamisperusteille.

o Aikaisemmin on todettu, että aineellisesta oikeudenvastaisuudesta voidaan puhua vain oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastaisuutena. Tässä merkityksessä saatetaan sanoa, että jokainen rikos on sekä muodollisesti että aineellisesti oikeudenvastainen. Mutta tällä teon aineellisella oikeudenvastaisuudella on oikeudenkäytössä sangen erilainen merkitys. riippuen siitä, soveltuuko tekoon jokin positiivisen oikeuden normi vai ei. Täysin sopivan ja selvän lainsäädännön olemassaolo aiheuttaa sen, ettei lainkäyttäjän ole syytä ollenkaan pohtia kysymystä teon aineellisesta oikeudenvastaisuudesta soveluttaessaan lainsäädännöstä konkreettiseen tapaukseen.⁹² Tämä merkitsee, että tuomarin ei tarvitse lakia käyttäessään ryhtyä joka kerta tutkimaan, miten teko suhtautuu oikeusjärjestyksen yleiseen tarkoitukseen.⁹³ Lainsäätäjä on aikoinaan ottanut tällaiset seikat huomioon, ja lainkäyttäjän tehtäväksi jää valmiin normin soveltaminen käytäntöön.⁹⁴

Eräässä suhteessa on aineellisella oikeudenvastaisuudella käytännöllistä arvoa silloinkin, kun kysymyksessä olevaan konkreettiseen tapaukseen voidaan soveltaa jotakin kirjoitetun tai tavanomaisen oikeuden säännöstä. Lain tulkinta on sellainen lainkäyttäjän osaksi jäävä tehtävä, jota ei pystytä suorittamaan ilman aineellisen oikeudenvastaisuuden apua. Tieteisopissa on yleisesti myönnetty, että tulkinnan tulee olla ns. teleologista: siinä on otettava huomioon lain tarkoitus. »Yksityistä lainkohtaa ei saa tulkita niin, että se tulee ristiriitaan lain yleisen hengen kanssa», sanoo *Serlachius—Särkilähti*.⁹⁵ Tulkinnan on tapahduttava säännöksen sanamuodon rajoissa, mutta oikeusjärjestyksen yleisen tarkoituksen mukaisesti.⁹⁶

s. 310 ja 311, sekä *Welzel*, s. 55. Viimeksimainittu selittää nimenomaan, ettei rangaistusta poistavien perusteiden tarkempi luokittelu ole asianmukaista.

⁹² Vrt. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 89.

⁹³ Ks. esim. v. *Morenhoffen*, s. 23.

⁹⁴ Ks. *Knoph*, *Hensikt*, s. 242.

⁹⁵ Ks. *Serlachius—Särkilähti*, *Oppikirja I*, s. 53.

⁹⁶ Lain tulkintaperiaatteet jakaantuvat kahteen ryhmään. Ns. subjektiivinen suunta pitää määräävänä lainsäätäjän tahtoa, ns. objektiivinen taas lain sanamuotoa. Viimeksimainittu vie siihen, että lakia saatetaan tulkita lainsäätäjän alkuperäisen tarkoituksen vastaisestikin, koska se »voidaan täyttää sen soveltamisajan vaatimalla sisällyksellä» (ks. *Sipilä*, s. 253, huom. 74). Objektiivinen kanta, joka

Tämä vaatimus johtaa epäilemättä aineellisen oikeudenvastaisuuden käyttämiseen.⁹⁷

Huomattavasti suurempi käytännöllinen merkitys aineellisella oikeudenvastaisuudella kuitenkin on niissä tapauksissa, joihin laissa ei ole normia. Oikeusjärjestys ei näet koskaan pääse sellaiseen täydellisyyteen, että se sisältäisi kaikki mahdolliset normit. Tästä seikasta johtuu, että lakiin on jäänyt »aukkoja».⁹⁸ Näiden olemassaolo merkitsee, että enempää kirjoitetun kuin tavanomaisen oikeuden normitkaan eivät anna johtoa kysymyksessä olevan tapauksen ratkaisulle. Aukkotapauksiin voidaan sangen usein saada vastaus analogian avulla.⁹⁹ Tämä on joko »lainanalogiaa» tai »oikeusanalogiaa». Edellinen merkitsee rikoslainsäännöksen soveltamista tapaukseen, johon se sanamuotonsa puolesta ei sovellu, mutta johon sen perustana oleva ratio vaatii sitä käytettäväksi. Jälkimmäinen taas ottaa tarkasteltavakseen useampia säännöksiä tai koko rikoslainsäädännön, pyrkien saamaan selville ne periaatteet, joiden ilmauksia positiiviset säännökset ovat, voidakseen soveltaa niitä yksityiseen tapaukseen.¹⁰⁰ Pintapuolisesti tarkastellen saattaa näyttää siltä, että

on lähempänä teleologisen tulkinnan ajatusta, näyttää oikeammalta. Sille on asetunut mm. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 53.

Saksan uusin tieteisoppi edustaa subjektiivista kantaa. Ks. *Dahm*, ZStW 57, s. 262; huom. 87; *H. Mayer*, s. 118; *Schwinge-Zimmerl*, s. 75.

⁹⁷ Mielenkiintoinen on Saksan tieteisopissa esitetty käsitys ns. »muodollisesta oikeushyvästä», joka tarkoittaa lainsäädännöksen »ratiota». Ks. tästä *Honig*, s. 31 sekä 94—109, ja *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 200, joiden mukaan oikeushyvä on »vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannte Zweck in seiner kürzesten Formel». Ks. myös *Schwinge*, s. 32; *Gallas*, s. 57. — »Muodollisen oikeushyvän» käsitteen hylkää *Dahm*, ZStW 57, s. 233, pitäen sitä »lain tarkoituksen» toisena, huonompana nimityksenä.

⁹⁸ »Oikeusaukon» käsitteestä ks. *Brusiin*, s. 24—56; *E. Kaila*, Oikeuslogiikka, s. 22.

⁹⁹ Laintulkinnan ja analogian erosta on *Honkasalo*, Nulla poena sine lege, s. 70, lausunut: »Varsinaisen tulkinnan alaan kuuluu . . . säännöksen sanamuodon rajoissa tapahtuva soveltaminen. Analogia on lain sanamuodosta vapautunutta soveltamista, laissa ilmenevien oikeusajatusten käyttämistä esiintyvien oikeustapausten ratkaisemisissa. . . Huolimatta siitä, että varsinaisen tulkinnan välillä on mainittu periaatteellinen ero, käytännössä useinkin on vaikea sanoa, kumpaa tietä tulokseen on tultu.» — Saksalaisessa tieteisopissa on laintulkinnan ja analogian eroa pidetty usein vain »aste-erona». Ks. *Schaffstein*, ZStW 55, s. 20; *Dahm*, ZStW 57, s. 263.

¹⁰⁰ Lainanalogiasta ja oikeusanalogiasta ks. *Honkasalo*, Nulla poena sine lege, s. 70—71; *Brusiin*, s. 142; *Sipilä*, s. 253, huom. 53.

lainanalogia nojautuisi pelkästään positiiviseen oikeuteen ja ettei sitä käytettäessä niinollen kaivattaisi aineellista oikeudenvastaisuutta. Näin ei kuitenkaan ole asianlaita. Jokaisen lainsäädännön »ratio», yksityisen oikeusnormin perustana oleva periaate, on löydettävissä yksinomaan oikeusjärjestyksen tarkoituksesta.¹⁰¹ Lainanalogia veisi mielivaltaisuuteen, ellei lainkäyttäjällä olisi selvillä, minkävuoksi lainsäädännöstä tulee soveltaa puheenaolevaan tapaukseen. Vielä suu-remmassa määrin nojautuu oikeusanalogia aineelliseen oikeudenvastaisuuskäsitykseen. Sen käyttämät »yleiset periaatteet», jotka ovat »oikeusjärjestyksen pohjana», eivät voi olla mitään muuta kuin oikeusjärjestyksen yleisestä tarkoituksesta johdettuja periaatteita. Sitovan voimansa ne saavat juuri tästä ominaisuudestaan.¹⁰²

Tieteisopissa on osoitettu, ettei analogiakaan aina riitä aukkotapausten ratkaisemiseen.¹⁰³ On tapauksia, joissa lainkäyttäjä joutuu turvautumaan suoraan »yleisiin oikeusperiaatteisiin», so. aineelliseen oikeudenvastaisuuskäsitykseen. On huomattava, että tämä ei suinkaan merkitse mielivallan sallimista tai epämääräisten »koh-tuustuomioiden» antamista. Silloinkin, kun tapaus joudutaan valmiin normin puuttuessa ratkaisemaan siten, että sitä varten johdetaan aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen avulla uusi normi, nojautuu ratkaisu määrättyihin tosiseikkoihin, joiden avulla saadaan selvitettyä oikeusjärjestyksen tarkoitus oikeustieteen käyttämiä tutkimustapoja noudattamalla.¹⁰⁴

Aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen hylkääjät ovat toisinaan väittäneet, että lain aukkotapaukset saataisiin ratkaistua tavanomaisen oikeuden normien avulla. Tämä mielipide ei kuitenkaan ole oikea. Tavanomaiseksi oikeudeksi voidaan nimittää vain sellaisia normeja, jotka vallitseva oikeusvakaumus tunnustaa ja jotka oikeuslainsäätäjien tietoisuudessa esiintyvät velvoittavana oikeutena.¹⁰⁵

¹⁰¹ Samaan suuntaan *Brusiin*, s. 152.

¹⁰² Ks. *Brusiin*, s. 159. Vrt. myös *Ekström*, s. 70: jos laissa on aukko, tulee asia ratkaista »enligt sakens natur», niin että ratkaisu vastaa parhaiten käytännöllistä tarvetta.

¹⁰³ Ks. *Sipilä*, s. 253, huom. 74; *Brusiin*, s. 165; *Alanen*, Juhlajulkaisu, s. 262.

¹⁰⁴ *Alanen*, Juhlajulkaisu, s. 264, käsittelee kysymystä, voidaanko oikeustiedettä pitää oikeuslähteenä. Hän tulee myönteiseen tulokseen perustellen käsitystään sillä, että lainkäyttäjä saa oikeustieteestä ohjausta ratkaisuilleen, joten oikeustieteellä tosiasiallisesti on oikeutta luova merkitys.

¹⁰⁵ Ks. *Brusiin*, s. 6. Tavanomaisen oikeuden toistuvaisuus on siis vain todistusseikka, mutta ei käsitteellisesti sen olemassaolon edellytys.

Tosin on selvää, että oikeusjärjestyksen yleiset periaatteet sangen usein ovat saaneet sellaisen yhteisössä vallitsevan oikeusvakaumuksen luonteen, että niiden voidaan sanoa muodostuneen tavanomaisen oikeuden normeiksi. Niinpä voidaan tavanomaiseen oikeuteen vedota esimerkiksi selvitettäessä lääkärin suorittaman parannustoimenpiteen oikeudenmukaisuutta. Mutta varmaa on, että toisaalta esiintyy tapauksia, joihin nähden tavanomaisessa oikeudessa ei ole normeja, vaan joihin ratkaisu on etsittävä aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen pohjalta.¹⁰⁶

Aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen merkityksestä ovat hyvänä esimerkkinä oikeuttamisperusteet. Tosin on eräät niistä kirjoitetussa laissa mainittu, kuten hätävarjelus, joka on lain nimenomaisen sanamuodon mukaan »oikeutettu».¹⁰⁷ Tällaisen laissa mainitun oikeuttamisperusteen käyttöä saadaan selville sangen yksinkertaisesti tutkimalla sitä koskevaa positiivista säännöstä. Paljon vaikeampi on sensijaan tämä tehtävä niiden oikeuttamisperusteiden osalta, joiden käyttöalaa ei ole kirjoitetussa laissa määriteltä, ja joiden toteamiseksi ei voida viitata tavanomaiseenkaan oikeuteen. Rikosoikeustiedettä tutkiessa saattaa huomata, että jyrkimmätkin »positivistit», aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen vastustajat, ovat juuri näiden oikeuttamisperusteiden alalla joutuneet turvautumaan jonkinlaiseen lain ulkopuolella olevaan oikeuteen (»übergesetzliches Recht» tai »ungesetzliches Recht»)¹⁰⁸ Tällä tavoin he ovat lähestyneet aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen kannattajia.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Vrt. *Küttemann*, s. 16; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 19; *Liszt-Schmidt*, s. 186. — Huomattava on, että tavanomaiseksi oikeudeksi sanottu, maantapana käytettävä ja oikeusalamaisen tietoisuudessa vallitsevana vakaumuksena esiintyvä oikeuskäsitys eroaa oikeusjärjestyksen yleistä tarkoitusta ilmentävistä periaatteista. Tavanomainen oikeus kuuluu, kuten kirjoitettu lakikin, muodolliseen oikeuteen, kun taas oikeusjärjestyksen tarkoituksesta johdetut periaatteet ovat aineellista oikeutta. Käytännössä ei tosin eroa näiden välillä aina ole helppo havaita. Ks. tästä *Erich*, *Studier*, s. 35: »Utan att alls vara identiska med de . . . normer, som gälla i kraft av hävd, stå de allmänna rättsgrundsatserna dock i nära samband med denna rättskälla».

¹⁰⁷ Ks. RL 3: 7 ja *Alanen*, *Hätävarjelus*, s. 51.

¹⁰⁸ Ks. tästä *Liszt-Schmidt*, s. 177, huom. 12. Kuten *Schwind*, s. 12, huomauttaa, merkitsee positivismi »lainsäätäjän vallan yliarvioimista». Ks. tästä myös *Graumann*, s. 36.

¹⁰⁹ Ks. *Sauer*, *Grundlagen*, s. 286, huom. 1; *Arndt*, s. 94. Samoin *Heinitz*, s. 95: »Es ist noch wenig beachtet, dass ein grosser Teil derjenigen Schriftsteller, die theoretisch entschiedene Gegner der materiellen Rechtswidrigkeit sind, praktisch zu genau den gleichen Folgerungen kommen, wie deren Anhänger, ohne sich

Selvänä voidaan pitää, että laissa mainitsemattomien oikeuttamisperusteiden vaikutuksen määrittelemisen edellyttää aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen hyväksymistä. Oikeuttamisperusteen käyttöalan laajuus saadaan tällöin selville siten, että ensiksi huomioidaan ja tulkitaan kaikki sitä mahdollisesti koskeva kirjoitettu ja tavanomainen oikeus, toiseksi tutkitaan, missä määrin analogia saat-
taa antaa siihen selvitystä, ja kolmanneksi johdetaan ratkaisu tarvittaessa suoraan oikeusjärjestyksen yleisistä periaatteista. On kuitenkin syytä erikoisesti korostaa sitä, että viimeksimainittua tutkimustapaa on oikeus käyttää vain toissijaisesti, mikäli kirjoitettu ja tavanomainen oikeus eivät kysymystä selvitä.

Aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen perusteella johdettava ratkaisu ei ole helppo tehtävä. On myönnettävä, että sitä koskevat teoriat suurelta osaltaan ovat jääneet »muodollisiksi», sillä samoin kuin »suuremman edun» tai »oikean tarkoituksen» periaate vaatii tietoa siitä, mikä etu on suurempi ja millainen tarkoitus oikea,¹¹⁰ edellyttää myös »oikeusjärjestyksen yleisen tarkoituksen» mukaisten periaatteiden käyttämisen selvyyttä siitä, mikä on oikeusjärjestyksen tarkoitus kussakin yksityistapauksessa. Selvää siksi on, että nimenomaisen lainsäädännön olemassaoloa on aina pidettävä huomattavana etuna. Se on ennen kaikkea oikeusvarmuuden kannalta katsoen ensiarvoisen tärkeä. Olisi pyrittävä siihen, että samoin kuin rangaistavat teot on luetteloitu tunnusmerkistöjen järjestelmässä, myös oikeuttamisperusteet olisi nimenomaisin säännösin selvitetty kirjoitetussa laissa. Oikeuttamisperustetta koskeva lainsäädännös on saattanut toisinaan jäädä säätämättä siitä syystä, että sillä ei ole katsottu olevan käytännöllistä merkitystä. Mutta epäilemättä johtuu positiivisen säännöksen puuttuminen joskus myös niistä vaikeuksista, jotka lainsäädäntötyö kohtaa koettaessaan kiteyttää säännöksen muotoon vaikeasti selvitettäviä »yleisiä oikeusperiaat-

indessen bewusst zu sein, dass sie dem reinen Positivismus damit den Rücken gekehrt haben».

Aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen tunnustajien ja »positivistien» mieli-pide-eroavaisuuden selittää Sipilä, s. 240, siten, että positivistinen suunta »ohjautuu useammanlaatuisten eri perusteiden etsintään sen mukaan, mitä viitettä laista voi milloinkin tässä kohdin saada», kun taas aineellinen oikeudenvastaisuuskäsitys »hakee yhtä perustetta, josta kaikki sanotut perusteet ovat vain erilaisten olosuh-teiden mukaisia ilmauksia».

¹¹⁰ Ks. Mezerger, Lehrbuch 1933, s. 240; Honkasalo, Sikiönlähdeettäminen, s. 89, huom. 22; Eichler, s. 24.

teita». Tällaisessa tapauksessa on tietoisopin annettava lainsäädännölle ohjausta.

Loukatun suostumus on eräs niitä oikeuttamisperusteita, joista rikoslaki ei sisällä yleistä säännöstä sen käytännöllisestä merkityksestä huolimatta. Tämän oikeuttamisperusteen käyttöalan tutkimisessa saa aineellinen oikeudenvastaisuuskäsitys erittäin suuren merkityksen, voidaanpa sitä pitää suostumusopin selvittämisen perusedellytyksenä. Suostumusopissa on etsittävä vastaus kysymykseen: milloin loukatun suostumus oikeusjärjestyksen tarkoituksen mukaisesti poistaa teon oikeudenvastaisuuden? Tämän seikan selville saaminen tulee olemaan seuraavan tutkimustyön päätehtävänä.

SUOSTUMUSOPPI.

I. HISTORIIKKI.

Ennenkuin ryhdytään tutkimaan kysymystä suostumuksen vaikutuksesta teon oikeudenvastaisuuteen, on lyhyesti tarkasteltava suostumusopin historiallista kehitystä, koska tämän tunteminen on välttämätöntä nykyisen oikeusjärjestyksen ymmärtämiseksi. Huomiota on tällöin kiinnitettävä ennen kaikkea suostumuksen vaikutusta koskeviin nimenomaisiin lainsäännöksiin. Tutkimuksen ei kuitenkaan tarvitse rajoittua tähän, sillä jonkin valtion oikeusjärjestyksen yleisestä luonteesta määrättynä aikana voidaan jossakin määrin päätellä sen kanta suostumuksen merkitystä koskevassa kysymyksessä. Suostumuksen vaikutuspiirin laajuus on näet yhteydessä sen käsityksen kanssa, mikä kulloinkin vallitsee yksilön asemasta yhteiskunnassa.¹

A. Kaksoisvirran maat, Egypti ja Kreikka.

Oikeushistoria osoittaa, että rangaistuksella on alkuaan ollut koston luonne. Se on ollut toimenpide, jolla loukattu on hankkinut itselleen hyvitystä aikaansaamalla rikoksen tekijälle sellaista pahaa, mikä vastaa tämän tekemää tekoa.² Niin kauan kuin valtio vielä ei ole ottanut rankaisuvaltaa käsiinsä, kosto on ollut yksityisen asia.³ Näin on ollut laita esimerkiksi vanhan ajan suurissa kulttuuriyhdyskunnissa, Assyriassa, Babyloniassa ja Egyptissä. Mainittujen valtioiden laeissa ei ollenkaan otettu huomioon sitä mahdollisuutta, että rikos voisi tapahtua loukatun yksilön suostumuksin.⁴ Tämä johtui siitä, että jos loukattu tekoon suostui, valtio ei tuntenut tarvetta tekijän rankaisemiseen. Jos joku pyysi toista surmaamaan itsensä, pidet-

¹ Ks. Gerland, Vergl. Darst., s. 523, huom. 1; Rupp, s. 3.

² Vrt. esim. Serlachius-Särkilähti, Oppikirja I, s. 9; Forsman, Allm. läror, s. 36.

³ Ks. Liszt-Schmidt, s. 36; Forsman, Allm. läror, s. 36.

⁴ Rupp, s. 5.

tiin tekoa loukatun yksityisasiana, johon valtiolta ei puuttunut. — Todennäköisesti myös Mooseksen laki jätti rankaisematta toisen surmaamisen tämän omasta pyynnöstä, vaikka tästä seikasta on tieteisopissa esitetty vastakkainenkin mielipide.⁵

Vanhassa Kreikassa, jossa uskonnollis-filosofiset katsomukset olivat määräävinä oikeustieteenkin alalla, oli yksilöllä yleensä oikeus päättää omista asioistaan, mutta itsemurhaa ja toisen surmaamista tämän pyynnöstä pidettiin luultavasti sentään hylättävinä tekoina. Tämä oli ainakin niiden filosofisten suuntien kantana, jotka *Platoniin* yhtyen selittivät, että »ihmisen sielu oli tuomittu elämään vankilassaan, josta se ei omavaltaisesti saanut murtautua vapaaksi». Sama vakaumus sai ilmauksen lakien itsemurhaajalle säättämästä kunniattomasta hautauksesta.⁶ Suostumusoppia käsitteli Kreikassa ensimmäisenä *Aristoteles*. Hän selitti, että kenellekään ei tehty vääryyttä silloin, kun toimittiin hänen tahtonsa mukaisesti, mutta kysymyksessäoleva teko saattoi silti olla väärin jotakuta muuta henkilöä taikka valtiota kohtaan.⁷ Suostumuksella tapahtunut teko jätettiin siis *Aristoteleen* mielestä rankaisematta vain siinä tapauksessa, että se ei loukannut valtion intressejä eikä siveellisyyttä.⁸

B. Roomalainen oikeus.

Päinvastoin kuin edellämainittujen valtioiden oikeusjärjestykset roomalainen oikeus sisälsi runsaasti suostumusta koskevia säännöksiä. Tärkeimpänä niistä on pidetty *Ulpianuksen* erään pandektin lausetta: »*Volenti non fit injuria*» (oikeastaan »quia nulla injuria est, quae in volentem fiat».)⁹ Tämä lause on vähitellen muodostunut todelliseksi iskulauseeksi, jota on jatkuvasti toistettu suostumusoppia koskevilla teoksissa. Tästä huolimatta sen tarkoitus ja laajuus on jäänyt epäselväksi. Yleisesti on otaksuttu, että sana »*injuria*» olisi roomalaisessa oikeudessa ollut kaikkia oikeudenvastai-

⁵ *Pollack*, s. 15, arvelee, että tämä teko jätettiin rankaisematta. Toisin *Schaefer*, s. 13, joka väittää, että se rangaistiin kuolemalla. *Wiemann*, s. 5—6 taas arvelee, että teko eri tapauksissa arvosteltiin eri tavoin.

⁶ *Rupp*, s. 6. — Toisella kannalla oli kuitenkin stoalainen filosofia, jonka mukaan itsemurha oli sallittu, joskus jopa kiitettävä teko. Ks. *Soltermann*, s. 45.

⁷ Ks. *Hippel* II, s. 243, huom. 3.

⁸ *Flehinghaus*, s. 5.

⁹ Ks. *Schaefer*, s. 14; *Hippel* II, s. 243, huom. 3; *Joski*, s. 2; *Honig*, s. 2; *Flehinghaus*, s. 6. Kysymyksessäoleva pandekti koski orjaksi myyntiä.

sia tekoja tarkoittava yleisnimitys,¹⁰ tai että »injuriaksi» olisi sanottu ainakin jokaista »inhimillistä persoonallisuutta vastaan tehtyä tekoa».¹¹ Tämän käsityskannan mukaan suostumus olisi poistanut kaikkien rikosten rangaistavuuden. Mutta toisaalta on väitetty, että »injuria»-sana olisi tarkoittanut vain asianomistajarikoksia, joihin annettu suostumus olisi merkinnyt samaa kuin syyteoikeudesta luopuminen.¹² Onpa esitetty sellainenkin mielipide, että »injurioiksi» olisi sanottu vain kunnianloukkausrikoksia.¹³ Näin erilaisten tulkintatulosten jälkeen ei lauseelle jää paljonkaan todistusarvoa. Epäilemättä päästään lähemmäksi totuutta tarkastelemalla roomalaisen oikeuden yleistä luonnetta ja yksityisiä lainsäännöksiä sen valossa.¹⁴

Roomalaisen oikeuden henkeä suojaavien säännösten joukossa kiintyy huomio orjien oikeuteen rangaistuksetta surmata herransa tämän sitä pyytäessä. Mainittu seikka ei kuitenkaan kelpaa todistukseksi siitä, että toisen surmaaminen tämän pyynnöstä yleisestikin olisi ollut rankaisematta jäävä teko. Orjia ei nimittäin pidetty oikeudellisessa mielessä henkilöinä, vaan esineinä, mistä johtui, että orjan suorittama surmaaminen oli roomalaisen oikeuden mukaan herran tekemä itsemurha, jossa orjaa oli käytetty välineenä.¹⁵ Eräät muut seikat puhuvat kuitenkin sen käsityksen puolesta, että yksilöllä oli roomalaisen oikeuden mukaan oikeus määrätä hengestään. Niinpä oli itsemurha kieltämättä ainakin varhaisempina aikoina sallittu teko, minkä osoitti se, ettei itsemurhan tehneen henkilön omaisuuttakaan takavarikoitu.¹⁶ Tosin myöhemmällä keisariajalla ruvettiin itsemurhaa pitämään oikeudenvastaisena, jos se tehtiin oikeuden määräämän rangaistuksen välttämiseksi tai sotapalveluksesta vapautumiseksi, mutta viimeksimainitut tapaukset jäivät ilmeisesti tällöinkin poikkeuksen luontoisiksi.¹⁷ Yksilön oikeutta määrätä hengestään osoitti

¹⁰ Näin esim. Pollack, s. 16.

¹¹ Näin Joski, s. 2; Schaefer, s. 14. Laajan tulkinnan kannalla lisäksi Kessler, Einwilligung, s. 2; Wächter, s. 4; Hepp, s. 73; Breithaupt, s. 6; Skeie, Strafferet, s. 311.

¹² Näin Binding, Hb. I, s. 710, huom. 11.

¹³ Döhna, Rechtswidrigkeit, s. 145. Suppean tulkinnan kannalla lisäksi mm. Wachenfeld, s. 131; Wegener, s. 14; Berner, s. 138; Hippel II, s. 73.

¹⁴ Ks. Liszt-Schmidt, s. 217; Pfersdorff, s. 26; Joski, s. 2; Hartwig, Einwilligung, s. 4.

¹⁵ Schaefer, s. 16; Joski, s. 4; Wiemann, s. 7; Wegener, s. 13.

¹⁶ Rupp, s. 6.

¹⁷ Joski, s. 3.

myös se seikka, että »*Lex Cornelia de sicariis*» ei rikosluettelossaan maininnut toisen surmaamista tämän suostumuksin.^{18 19}

Roomalaisen oikeuden mukaan yksilöllä oli oikeus suostua myös ruumiillista koskemattomuutta vastaan tehtyihin tekoihin. Tosin rangaistiin kastratio ja sotilaan tekeminen kelvottomaksi sotapalvelukseen siinäkin tapauksessa, että teon tekijänä oli asianomainen itse, mutta nämä olivat ilmeisesti valtion edun vaatimia poikkeustapauksia.²⁰ Todennäköisesti ei myöskään loukatun suostumuksin tapahtunutta vapaudenriistämistä pidetty rikoksena, sillä »*Lex Fabian*» mukaan rangaistiin vain sellainen orjaksi ottaminen, joka tapahtui vastoin toisen tahtoa. Tosin menetti orjaksi joutunut Rooman kansalaisoikeudet, mutta tämän seikan tarkoituksena ei ollut leimata orjaksi ottamista tai rupeamista rikokseksi, vaan se oli luonnollinen seuraus siitä periaatteesta, että ainoastaan vapaa mies saattoi olla Rooman kansalainen.²¹ Roomalaisen oikeuden säännöksistä käy edelleen ilmi, että omaisuutta vastaan tehdyt rikokset jäivät rankaisematta, jos tekijä oli saanut niihin omistajan suostumuksen.²² Eräissä rikoksissa ei suostumuksella kuitenkaan ollut merkitystä. Tällainen oli aviorikos.²³

Toisinaan on väitetty, että säännökset, joissa suostumus poisti teon rangaistavuuden, roomalaisessa oikeudessa olisivat kasuistisia, eikä niistä niinollen voitaisi johtaa yleistä periaatetta. Oikeammalta tuntuu kuitenkin se tieteisopissa eniten kannatusta saanut mielipide, että suostumuksen rangaistavuuden poistava vaikutus on ollut yleinen ja päinvastaiset tapaukset poikkeuksia,²⁴ vaikka edelläselostetut säännökset toisaalta osoittavatkin, ettei »*volenti non fit injuria*»-periaatetta rajoituksetta sovellettu.

¹⁸ Schaefer, s. 16; Allfeld, s. 334; Pollack, s. 16; Breithaupt, s. 8.

¹⁹ Tosin puhuu Solitermannin, s. 101, ja Wiemannin, s. 7, mielestä se seikka, että lääkärit joutuivat vannomaan ns. Hippokrateen valan, päinvastaisen tulkinnan puolesta. Mainitussa valassa lääkäri lupasi olla antamatta kenellekään kuolemantuottavaa lääkettä, vaikkapa potilas sitä pyytäisikin. — Valan tarkoituksena on kuitenkin saattanut olla lähinnä se, etteivät lääkärit käyttäisi hyväkseen potilaan heikentyntä mielentilaa.

²⁰ Ks. Joski, s. 3; Schaefer, s. 17.

²¹ Breithaupt, s. 7 ja 10.

²² Schaefer, s. 14 ja 15; Breithaupt, s. 7.

²³ Schaefer, s. 14.

²⁴ Tällä kannalla ovat olleet Mannheimer, s. 13; v. Rozycki, s. 38; Hartwig, Einwilligung, s. 4; Joski, s. 4; Breithaupt, s. 6; Wächter, s. 4—5; Pollack, s. 16; Cron, s. 7.

C. Kanoninen oikeus.

Kanoninen oikeus poikkesi roomalaisesta useissa oleellisissa suhteissa. Siinä vallitsi uusi, kaikkeen lainsäädäntöön ulottuva kristinuskon ja kirkon vaikutus. Rikosta ei enää katsottu yksinomaan yksilön tai valtion kannalta, vaan selitettiin, että ihminen oli saanut oikeutensa Jumalalta, joten ne eivät olleet hänen vapaasti määrättävissään.²⁵ Itsemurhaa ruvettiin pitämään oikeudenvastaisena tekona, jonka seurauksena oli kunniaton hautaus.²⁶ Luonnollisesti rangaistiin myöskin loukatun suostumuksin tapahtuva surmaaminen. Tämä selvisi silloisten oikeusoppineiden mielestä jo raamatun viidennen käskyn sanonnasta »älä tapa».²⁷ Laissa lueteltiin nimennomaan ne poikkeustapaukset, joissa surmaaminen oli sallittu. Sellaisiksi jäivät esimerkiksi sodassa tapahtuva vihollisen surmaaminen ja mestaus oikeuden tuomitseman rangaistuksen täytäntöönpanokeinona.²⁸

Kun sikiönlähdettäminen ja kastratio rinnastettiin surmaamiseen, ei suostumuksella saattanut näissäkään rikoksissa olla merkitystä.²⁹ Suostumuksen vaikutuksesta muihin rikoksiin ei ollut säännöksiä, mutta kanonisen oikeuden eettillis-uskonnollinen perussävy tukee sitä käsitystä, että suostumuksen merkitys kaiken kaikkiaan jäi sangen vähäiseksi.³⁰ Kanonisen oikeuden teokraattiset periaatteet pysyivät voimassa uudelle ajalle saakka.

D. Germaaninen oikeus ja Saksan lainsäädäntö.

Vanha germaaninen oikeus ei sisältänyt suostumuksen merkitystä koskevia positiivisia lainsäännöksiä. Kuten muillakin vanhan ajan kansoilla, merkitsi myös germaaneilla rangaistus loukatun kosta. On ilmeistä, että loukatulla, joka tekoon suostui, ei ollut oikeutta vaatia sen johdosta korvausta. Itsemurhaa ei rangaistu,³¹ ja

— Päinvastaisella kannalla mm. *Liszt-Schmidt*, s. 217; *Hülschner*, System, s. 233; *Wegener*, s. 14; *Flehinghaus*, s. 7.

²⁵ Ks. *Joski*, s. 4; *Wiemann*, s. 8.

²⁶ *Guderian*, s. 8; *Schaefer*, s. 19; *Pollack*, s. 17; *Soltermann*, s. 48.

²⁷ Ks. *Joski*, s. 4; *Wiemann* s. 9.

²⁸ *Wiemann*, s. 9.

²⁹ *Schaefer*, s. 20.

³⁰ *Schaefer*, s. 20.

³¹ *Rupp*, s. 7.

ilmeisesti jätettiin myös loukatun suostumuksin tapahtuva surmaaminen rankaisematta. Vapaudesta sai luopua, ken halusi.³² Ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvista, loukatun suostumuksin tehdyistä rikoksista rangaistiin vain kastratio.³³ Myöhempinä aikoina sai germaaninen oikeus vaikutteita kanonisesta. Ainakin Keski-Euroopassa joutui vanha germaaninen oikeuskäsitys suurimmaksi osaksi väistymään kanonisen tieltä.

Suostumuksen merkityksestä vaikenä vielä kokonaan vuonna 1532 annettu, Kaarle V:n Saksan valtakunnanlaiksi hyväksymä »*Peinliche Gerichtsordnung*», ns. »*Carolina*», joka aina 1700-luvulle saakka pysyi välittömästi tai välillisesti koko Saksan rikoslakikirjana. Tämän lakikirjan muista säännöksistä ovat suostumusoppia tutkineet tehneet johtopäätöksiä milloin positiiviseen, milloin negatiiviseen suuntaan.³⁴ Vasta 1700-luvulla ilmaantui saksalaisiin lakeihin suostumusta koskevia säännöksiä. Niinpä vuonna 1791 annettu Preussin yleinen maa-laki sääti loukatun pyynnöstä tapahtuvasta surmaamisesta paljon lievemmän rangaistuksen kuin tavallisesta surmaamisesta.³⁵ Sensijaan lausuiivat eräiden toisten valtioiden lait nimenomaisena sääntönä, että »rikos sai alkunsa tekijän pahuudesta, minkä vuoksi se oli rangaistava siinäkin tapauksessa, että loukattu itse halusi itseään loukattavan».³⁶ Poikkeuksina pidettiin näidenkin lakien mukaan sentään omaisuutta vastaan tehtyjä tekoja.³⁷ Useiden osavaltioiden laeissa mainittiin erityisesti toisen surmaaminen tämän suostumuksin.³⁸

³² *Wiemann*, s. 7; *Schaefer*, s. 21.

³³ *Schaefer*, s. 20 ja 21.

³⁴ *Rupp*, s. 23; *Hartwig*, *Einwilligung*, s. 11; *Hauptmann*, s. 1, selittävät, että *Carolina* ei rangaissut toisen surmaamista tämän omasta pyynnöstä. *Joski*, s. 4, ja *Cron*, s. 7, väittävät, että tämä kysymys jäi *Carolinassa* avoimeksi.

³⁵ Ks. *Hartwig*, *Einwilligung*, s. 11; *Cron*, s. 7.

³⁶ Tällainen säännös sisältyi jo Itävallassa v. 1768 annettuun lakiin (art. 3, 16 §). Tästä se otettiin v. 1787 lakiin ja uudelleen v. 1803 annettuun lakiin. V. 1852 julkais-tussa Itävallan lakikirjassa oli selvyiden vuoksi nimenomainen säännös siitä, että teko rangaistaan suostumuksesta huolimatta. — Myös Oldenburgin v. 1814 ja Baije-rin v. 1813 annetut rikoslait sisälsivät samantapaisen säännöksen. Ks. näistä lähem-min *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 510; *Honig*, s. 4; *Cron*, s. 7.

³⁷ Itävallan laissa ei ollut tätä poikkeusta.

³⁸ Lievemmän rangaistuksen kuin murhasta ja taposta säätivät loukatun surmaamisesta tämän suostumuksella mm. Würtembergin, Braunschweigin, Saksin, Hes-senin, Badenin, Nassaun ja Tübingenin rikoslait. Saksin lain mukaan oli minimi-rangaistus vain neljä viikkoa vankeutta. Ks. *Joski*, s. 6; *Schaefer*, s. 27.

Lainsäädäntö oli sängen kirjavaa aina nykyisen lain voimaantuloon saakka. Tämäkään vuonna 1871 annettu laki ei sisällä suostumuksesta yleistä säännöstä.

E. Pohjoismaat.

Kun Pohjoismaiden vanhin lainsäädäntö oli samantapaista kuin Keski-Euroopan oikeus, näyttää todennäköiseltä, että yksilöllä sen mukaan oli laaja itsemääräämisoikeus. Epäilemättä jätettiin itsemurha ja toisen surmaaminen tämän omasta pyynnöstä rankaisematta.³⁹ Rikollinen teko jäi todennäköisesti rankaisematta kaikissa muissakin tapauksissa, joissa siihen oli saatu loukatun suostumus. Kun omaisuus useimmiten oli suvun yhteistä, tarvittiin suvun päämiehen suostumus poistamaan sitä kohtaan tehtyjen loukkausten rangaistavuus.

Samoin kuin Keski-Euroopassa alkoi myös Pohjoismaissa kuitenkin valtion lainkäyttövalta vähitellen kasvaa. Tätä osoitti esimerkiksi sovitussakkojen jakaminen kolmeen osaan, joista asianomistaja sai vain yhden, samoin kuin asianomistajan sopimusoikeutta rajoittavien säännösten antaminen. Kanonisesta oikeudesta saadut vaikutteet ulottuivat Pohjoismaihin saakka ja johtivat siihen, että törkeiden rikosten rankaisemista ruvettiin pitämään velvollisuutena Jumalaa kohtaan, velvollisuutena, jonka laiminlyönnistä pelättiin koituvan vakavia onnettomuuksia koko kansalle. Itsemurha sai rikollisen teon luonteen. Niinpä vuoden 1734 lain rikoskaaren 13:1 määräsi itsemurhan tehneelle kunniattoman hautauksen, ja saman luvun 4 §:n mukaan rangaistiin itsemurhan yritys »vesi- ja leipä-vankeudella, raipoilla tahi vitsoilla, asianhaaran mukaan». Mainittu kaari ei sisältänyt säännöstä toisen surmaamisesta tämän omasta pyynnöstä, eikä siitä selvinnyt myöskään suostumuksen vaikutus muihin rikoksiin.

II. SUOSTUMUSOPIN TEORIAM.

Täydellisenä vastakohtana sille niukkuudelle, millä suostumuksen merkitystä on käsitelty Euroopan kulttuurivaltioiden positiivisessa oikeudessa, on suostumuksen vaikutusalaa koskevan kysymyksen tieteisopissa saama huomio, joka 17 vuosisadasta alkaen on

³⁹ Winroth, s. 70.

varsinkin Saksassa johtanut runsaan erikoiskirjallisuuden syntyyn. Suostumusopin tutkimisessa käytetyt metodit voidaan jakaa kahteen pääryhmään. Toiset niistä ovat ottaneet lähtökohdakseen positiivisen oikeuden säännökset ja yrittäneet analogian avulla näistä johtaa ratkaisun niihin tapauksiin, joita laissa ei ole mainittu. Toiset sensijaan ovat katsoneet, että positiivinen oikeus ei yksinään riitä kysymyksen selvittämiseen, koettaen siksi määritellä suostumuksen vaikutuspiirin rajat oikeudenvastaisuusopin yleisten periaatteiden mukaan tai suostumuksen käsitteen ominaisuuksista johdettujen teorioiden avulla. Edellistä metodia on nimitetty induktiiviseksi eli materiaaliseksi. Sitä ovat käyttäneet ennen kaikkea positivistit, aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen vastustajat, määritellesään suostumuksen vaikutuksen yksinomaan positiivisen oikeuden nimenomaisten säännösten perusteella. Jälkimmäistä metodia on sanottu dogmaattiseksi eli deduktiiviseksi. Se on eräässä mielessä ollut induktiivista metodia »kansainvälisempi», koska sen käyttämiä yleiskäsitteitä koskeva tieteisoppi on suuressa määrin samanlaista useissa Euroopan kulttuurivaltioissa.

Suostumusopin teorioiden selostaminen mainittua induktiivisen ja deduktiivisen metodin vastakkaisuutta jakoperusteena käyttäen ei kuitenkaan ole asianmukaista, koska eri teorioita ei oikeustieteen jatkuvan kehityksen johdosta voida ainakaan täysin »irroittaa» omasta ajastaan. Ne on siksi selostettava osittain aikajärjestyksessä, riippumatta siitä, mitä metodia niissä on käytetty. Sitäpaitsi eivät kaikki suostumusopin tutkijat ole suinkaan selvästi noudattaneet yhtä ainoata metodia, vaan ovat käyttäneet rinnakkain induktiivista ja deduktiivista tutkimustapaa. Niinpä Klee on tutkimuksensa alussa selittänyt, että loukatun suostumuksin tapahtunut teko on arvosteltava samojen periaatteiden mukaan kuin itseloukkaus, koska näissä kummassakin tapauksessa samalla tavoin puuttuu loukatun vastustava tahto; mutta tästä päätelmästä huolimatta hän on tutkimukseensa yrittänyt selvittää suostumuksen vaikutusalaa myöskin siten, että on tutkinut rikoslain suostumusta koskevia säännöksiä soveltaen niitä analogisesti toisiin tapauksiin.¹ Tällainen kahden metodin käyttäminen rinnakkain on ominaista muillekin suostumusopin tutkijoille. Useimmat induktiivisen metodin käyttäjät ovat todenneet, että oikeudenvastaisuusopin tunteminen ja suostumuksen käsitteen selvittämi-

¹ Ks. Klee, GA 48, s. 179 ja 181.

nen on välttämätöntä ryhdyttyä määrittelemään suostumuksen vaikutuspiiriä. Vastaavasti deduktiivisen metodin soveltajat ovat korostaneet positiivisen oikeuden huomioimisen tarpeellisuutta.

A. 1700-luku ja 1800-luvun alkupuoli.

Suostumusopin tieteellinen tutkiminen alkoi jo keskiajalla. Suostumuksen merkitystä koskeva kysymys ratkaistiin tosin silloin poikkeuksetta negatiiviseen suuntaan, mikä johtui kanonisen oikeuden periaatteista.² Vasta 17 vuosisadalla ryhdyttiin tarkemmin tutustumaan suostumusopin ongelmiin. Mielenkiintoa herätti varsinkin loukatun pyynnöstä tapahtuvan surmaamisen oikeudellinen arviointi. Tämän aikaisista tutkijoista mainittakoon alankomaalainen *Antonius Matthaeus*. Vuonna 1715 ilmestyneessä teoksessaan³ hän käsitteli suostumuksen merkitystä tullen siihen tulokseen, että loukattu, joka antoi suostumuksensa rikokseen, oli sairaalloisessa mielentilassa ja siten verrattavissa lapseen, mielisairaaseen tai tajuttomaan henkilöön, jonka tahdolle ei voitu antaa oikeudellista arvoa. Matthaueuksen mielipiteen mukaan suostumus ei siis koskaan poistanut teon rangaistavuutta.⁴ Samalla kannalla olivat jonkin aikaa myöhemmin *Leyser*, *Gremani* ja *Gmelin*.⁵ Eräät toiset suostumusopin tutkijat⁶ sensijaan katsoivat, että loukatun pyynnöstä tapahtuva surmaaminen oli rangaistava murhaa ja tappoa lievemmin, joten suostumuksella ainakin tässä tapauksessa oli vaikutusta teon rangaistavuuteen.

1800-luvun alkupuolella olivat mielipiteet suostumuksen merkityksestä jatkuvasti vastakkaisia. Toisten kieltäessä sen kokonaan toiset vaativat suostumukselle rajoittamatonta vaikutusta. Useimmat kysymystä käsitelleet lausuivat tosin mielipiteensä vain josta-

² Ks. tästä *Joski*, s. 5.

³ Teoksessaan »Commentarius de criminibus». — Ks. tästä *Honig*, s. 5, huom. 11.

⁴ Erään mielipiteen mukaan ei Matthaueus olisi ollut täysin negatiivisella kannalla. Ks. *Schaffstein*, s. 92, jonka mielestä Matthaueuksen kannanotto koski vain »luovuttamattomia oikeuksia».

⁵ *Leyserin* teos »Meditationes ad Pandectas» ilmestyi v. 1740; *Cremanin* »De iure criminali» (I osa) v. 1779; *Gmelinin* »Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen» v. 1785. — Ks. näistä *Honig*, s. 5, huom. 15; *Schaffstein*, s. 91; *Wiemann*, s. 9.

⁶ Näistä mainitaan *Link*, *Soden*, *Kress*, *Böhmer*, *Engelhardt*. Ks. *Wiemann*, s. 9; *Schaffstein*, s. 92.

kin määrätystä rikoksesta, jolloin jäi epäselväksi, pitivätkö he tätä esimerkkinä laajemmasta ryhmästä vai oliko heidän tarkoituksensa selvittää asia vain mainitsemansa rikoksen osalta. Negatiivista mielipidettä edusti tähän aikaan mm. *Renazzi*,⁷ jyrkän positiivista taas kannattivat *Tittman*, *Martin*, *Schröter*, *Henke* ja *Feuerbach*.⁸ Jälkimmäisen mielipiteen kannattajat selittivät, että loukatun suostumuksin tehty rikos oli käsitteellisesti mahdoton, koska toimiminen vastoin loukatun tahtoa kuului aina rikoksen olemukseen.⁹ Tällaisen mielipiteen esittäjien oli kuitenkin käytännöllisistä syistä tehtävä se myönnytys, että loukatun suostumuksin tapahtunut teko saattoi tulla rangaistavaksi yleistä järjestystä häiritsevänä tekona, poliittarikoksena, jos se sisälsi kansalaisvelvollisuuksien rikkomisen.¹⁰ Täten kehittyi jyrkästi positiivisesta mielipiteestä vähitellen teoria, jonka mukaan suostumuksen merkitystä huomattavasti rajoitettiin.

B. 1800-luvun loppupuolen teorialat.

1. Oikeuksien jaon teorialat.

Vaikka jotkut suostumusopin tutkijat vielä 1800-luvun loppupuolellakin pitivät loukatun suostumuksin tehtyä rikosta käsitteellisesti mahdottomana, oli jo voitolla käsitys suostumuksen rajoitetusta vaikutusalasta. Näinä vuosikymmeninä julkaistuja tutkimuksia tarkastellessa saa tosin usein sen vaikutelman, että lopputulos on ollut valmiina ennakolta ja siihen soveltuva teoria keksitty jälkeinpäin, sillä esitetyt mielipiteet on yleensä sangen huonosti perusteltu. Useimmat tämän aikaiset teorialat käyttivät dogmaattista metodia.

Viime vuosisadan lopulla vallitsevan käsityksen mukaan kaikki rikokset loukkasivat subjektiivisia oikeuksia.¹¹ Suostumuksen vai-

⁷ Teoksessaan »Elementa iuris criminalis», joka ilmestyi v. 1826. Ks. tästä *Honig*, s. 5.

⁸ Ks. *Schaefer*, s. 22. — *Tittmanin* teos »Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde», I osa, ilmestyi v. 1806; *Martinin* »Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal-Rechts», 2 painos, v. 1829; *Henken* »Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik» v. 1823; *Feuerbachin* »Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts», 2 painos, v. 1805. Viimeksimainittu muutti myöhemmin kantaansa ja jakoi oikeudet kahteen luokkaan, luovutettaviin ja luovuttamattomiin. Ks. tästä *Binding*, Hb. I, s. 710, huom. 11, ja *Oelze*, s. 15.

⁹ Ks. *Schaefer*, s. 22.

¹⁰ Ks. *Honig*, s. 10.

¹¹ Ks. tästä ed. s. 7.

kutuspäiriin määrittelemiseksi nämä rikosten kohteena olevat oikeudet jaettiin kahteen luokkaan: luovutettaviin ja luovuttamattomiin. Luovutettavaa oikeutta vastaan tehtyyn tekoon annettu suostumus poisti teon oikeudenvastaisuuden, mutta luovuttamatonta oikeutta vastaan suuntautuvaa tekoa ei suostumus voinut tehdä rankaisemattomaksi. Tällaista oikeuksien jakoa käytti jo *Feuerbach* teoksensa myöhemmissä painoksissa.¹² Hänen jälkeensä sitä täydensivät ja lähemmin selvittivät *Köstlin* ja *Hälschner*.¹³ Luovuttamattomina he kumpikin pitivät niitä subjektiivisia oikeuksia, jotka olivat välttämättömiä yksilön olemassaololle. Näistä oikeuksista he muodostivat yläkäsittteen, josta käyttivät nimeä »*Persönlichkeit mit seinen wesentlichen Momenten*» tai »*die Wesensbestimmtheit der Person*». Luovuttamattomia oikeuksia oli monta: henki, vapaus, kunnia, henkinen ja ruumiillinen koskemattomuus sekä »kyky omistaa». »*Persoonallisuuden*» käsite oli siis sangen laaja.¹⁴

Useimmat *Köstlinin* ja *Hälschnerin* aikalaiset ovat samaten jakaneet oikeudet luovuttamattomiin ja luovutettaviin.¹⁵ Edelliset ovat olleet jälkimmäisiä siveellisesti arvokkaampia, koska ne ovat kuuluneet ihmisen »perusoikeuksiin» (saks. *Urrechte*), kun taas jälkimmäiset ovat olleet vain hankittuja, tilapäisiä oikeuksia.¹⁶ Vielä vuosisadan vaihteessa, jopa 1900-luvun alussakin jotkut suostumusopin tutkijat käyttivät persoonallisuuden käsitettä,¹⁷ mutta kun siihen sisältyi vain henki, se oli huomattavasti supistunut. Tässä yhteydessä mainittakoon, että myös 1800-luvun lainsäädännössä puhuttiin luovuttamattomista »perusoikeuksista». Niinpä Itävallan vuon-

¹² Muutettu kanta esiintyi jo ainakin 9 painoksessa. Ks. *Oelze*, s. 15; *Hartwig*, *Einwilligung*, s. 11.

¹³ *Köstlinin* teos »*System des deutschen Strafrechts, Allg. Teil*» ilmestyi v. 1855; *Hälschnerin* »*System des Preussischen Strafrechts*» (I osa), v. 1858, ja »*Das gemeine deutsche Strafrecht*» (I osa), v. 1881. — Ks. näistä *Breithaupt*, s. 12, huom. 1; *Klee*, GA 48, s. 195; *Hälschner*, *Strafrecht I*, s. 470.

¹⁴ *Hälschner* jätti varallisuus oikeudet persoonallisuuskäsittteen ulkopuolelle. Ks. *Strafrecht I*, s. 470.

¹⁵ Näistä voidaan mainita *Luden*, s. 315; *Heffter*; v. *Grolman*; *Rossirt*; *Abegg*; *Salchow*; *Schütze*, s. 14. Ks. näistä *Honig*, s. 11, huom. 50.

¹⁶ Kaikki eivät kuitenkaan käyttäneet »persoonallisuuskäsitettä». Niinpä esim. *Schütze*, s. 14, puhui »yleisen oikeuden» käsitteestä, jota vastaan eräät teot sotivat. »Yleisen oikeuden» vastaisiksi hän katsoi teot, jotka kohdistuivat »luovuttamattomiin oikeuksiin».

¹⁷ Näistä mainittakoon *Wächter*, s. 1; *Ullmann*, s. 540; *Roedenbeck*. Viimeksi mainitusta ks. *Oelze*, s. 7.

na 1830 ilmestyneessä lakikirjassa todettiin, että jokaisella yksilöllä oli synnynnäisiä, suorastaan järjen edellyttämiä oikeuksia.¹⁸ Myös Saksan Korkein Oikeus otti tämän seikan kuin itsestään selvänä asiana eräiden ratkaisujensa pohjaksi, selittäen hengen ja ruumiillisen koskemattomuuden luovuttamattomiksi oikeuksiksi.¹⁹

Teoriaa oikeuksien jaosta kahteen luokkaan suostumuksen vaikutuspiirin määrittelemiseksi kannattivat monet suostumusopin tutkijat Saksan ulkopuolellakin. Näistä mainittakoon italialainen *Pessina*,²⁰ englantilainen *Stephen*²¹ ja ranskalainen *Vidal-Magnol*.²² Pohjoismaissa vuosisadan vaihteessa ilmestyneet rikosoikeudelliset teokset käyttivät niinkään tätä jakoa.²³ Niinpä *Forsman* on vuonna 1874 julkaistussa teoksessaan »Pakkotilasta kriminaalioikeudessa» selittänyt oikeuden haltijan suostumuksin tapahtuvan teon jäävän rankaisematta, mikäli kysymyksessä on sellainen oikeus, josta on lupa luopua. Luovuttamattomia ovat persoonallisuuden olemukseen kuuluvat ja yksilön siveelliselle olemassaololle välttämättömät oikeudet, kuten henki, vapaus, ruumiillinen koskemattomuus ja »kyky omistaa». ²⁴ — Forsmanin opilla on, kuten edellisestä selviää, ilmeisiä yhtymäkohtia Köstlinin ja Hälschnerin teorioihin. Eroa on kuitenkin mm. siinä, että Forsman on jättänyt synnynnäisten oikeuksien ulkopuolelle kunnian, joka saksalaisessa tietoisopissa useimmiten on luettu niihin kuuluvaksi.²⁵ Lisäksi Forsman on täydentänyt oppia oikeuksien jaosta omilla teorioillaan, joista myöhemmin tulee puhetta.

¹⁸ Ks. *Hepp*, s. 80. Lainsäädännös kuului näin: »Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte» (siviililain 16 §).

¹⁹ Ks. *E.* in *Strafsachen*, Bd. 2, 15/11 1880.

²⁰ Ks. *Poll*, s. 8.

²¹ Ks. *Röschinger*, s. 32.

²² Ks. *Brendel*, s. 5.

²³ Ks. esim. *Hagströmer*, *Straffrätt*, s. 109.

²⁴ Ks. *Forsman*, *Pakkotila*, s. 67 ja 68: »Jos katsastamme rikoksen objektivista puolta, huomaamme että rikoksellinen toiminta, paitsi silloin kun se solvaisee uskontoa tai siveyttä, on jonkun oikeuden lokkausta, olkoonpa yksityinen henkilö, perhe, yhdyskunta tai valtio tämän oikeuden omistajana. Jos ei toiminta ole loukannut Oikeata tässä sen konkreetisessa olemuksessa, ei se ole myöskään olennollisen Oikean loukkausta... Eri mielipiteiden loppupäätöksenä voitaneen pitää, että semmoisen oikeuden luovuttaminen, joka kuuluu persoonallisuuden olentoon ja on sen siveellisen olemisen ehtona, ei ole luvallinen, ja että sentähden semmoisten oikeuksien loukkaus ei missään tapauksessa ole rangaistuksesta vapaa, koska se kuitenkin on olennollisen Oikean sortamista.»

²⁵ Ks. *Forsman*, *Pakkotila*, s. 69.

Oikeuksien jakoon perustuvien teorioiden ei voida katsoa vievän oikeaan tulokseen. Niiden heikkoutena on ensinnäkin se, etteivät ne selvästi pysty osoittamaan, mitkä oikeudet kumpaan ryhmään olisi luettava. Eroavaisuus tässä suhteessa saattaa olla niin suuri, että toisten pitäessä ainoana synnynnäisenä oikeutena henkeä, toiset ovat sellaisiksi katsoneet lisäksi ruumiillisen koskemattomuuden, vapauden, kunnian ja varallisuuden, vieläpä oikeuden samanarvoisuuteen lain edessä. Varsinkin kunnia, vapaus ja varallisuus ovat olleet alituisia kiistakysymyksiä. Arveluttavinta näissä teorioissa on kuitenkin se, että niiden avulla saavutettu ratkaisu jää ilmeisesti oikeustajunnan vastaiseksi. Niiden mukaan ei suostumus näet koskaan saata poistaa perusoikeuksia vastaan suuntautuvien rikosten oikeudenvastaisuutta. Tätä seikkaa ovat pitäneet puutteena monet näiden teorioiden kannattajatkin.²⁶ Toiset heistä ovat yrittäneet auttaa asiaa selittämällä, että loukatun suostumuksin tehty perusoikeuksia vastaan suuntautunut teko voitaisiin rangaista tavallista lievemmin tekijän pienemmän syyllisyyden vuoksi.²⁷ Suostumuksen vaikutus siirtyisi tällöin teon subjektiiviselle puolelle. Tätä ratkaisua ei voida pitää oikeana. Jos suostumus poistaa teon rangaistavuuden, johtuu tämä siitä, että teko ei ole oikeudenvastainen eikä suinkaan siitä, että tekijän syyllisyys jäisi pienemmäksi.

2. Rikosten jaon teorit.

Jotkut 1800-luvun loppupuolen suostumusopin tutkijat, kuten Hepp, Wächter ja Luden²⁸ jakoivat oikeuksien asemesta rikokset kahteen lajiin, oikeus- ja lakirikoksiin, selittäen tarkoittavansa edellisillä yksilön subjektiivisia oikeuksia vastaan tehtyjä tekoja, jälkimmäisillä taas siveellisyyttä tai järjestystä loukkaavia rikoksia. Mainitut tutkijat katsoivat, että oikeusrikoksen tunnusmerkistö ei toteutunut oikeuden haltijan antaessa luvan oikeutensa loukkaamiseen, mistä seurasi, että loukatun suostumus aina poisti

²⁶ Ks. Hälschner, *Strafrecht I*, s. 472, ja *System*, s. 23; Schütze, s. 96; Poll, s. 9.

²⁷ Tämän tapaisen huomautuksen on tehnyt mm. Breithaupt, s. 35, joka epä-määräisesti puhuu »oikeudenvastaisuuden määrän pienenemisestä syyllisyyden vähentymisen johdosta». Jo aikaisemmin esittivät samantapaisia ajatuksia mm. Jarcke, Boehlau, Zimmermann. Ks. Oelze, s. 56, erik. huom. 2.

²⁸ Ks. Hepp, s. 278; Wächter, s. 2 ja 3; Luden, s. 315.

oikeusrikoksen rangaistavuuden. Lakirikokset sensijaan rangaistiin suostumuksesta huolimatta.²⁹ Lähellä edellämainittua teoriaa oli se suunta, joka jakoi rikokset kahteen luokkaan sen mukaan, kuuluiko niiden tunnusmerkistöön ns. »laesus invitus» vai ei. Teorian kannattajat katsoivat eräiden rikosten olevan rangaistavia juuri siitä syystä, että ne suuntautuivat loukatun tahtoa vastaan, mistä johtui, että näitä tekoja ei voitu pitää rikoksina niiden tapahtuessa loukatun suostumuksin. Äskenmainitun mielipiteen kannattaja oli vielä 1900-luvun alkupuolella *Klee*,³⁰ joka selitti loukatun tahdon olevan aina rikoksen loukkausobjektina ja loukatun suostumuksin tehdyn teon tämän johdosta itseloukkauksen tavoin jäävän rankaisematta.³¹

Rikosten jakoon perustuvien teorioiden tietä ei suostumusopissa päästy tyydyttäviin tuloksiin. Niiden heikkoutena oli ennen kaikkea se, etteivät ne voineet osoittaa, mitkä rikokset kuuluivat oikeus-, mitkä lakirikoksiin, mistä seurasi, että suostumuksen merkitys useiden rikosten osalta jäi epämääräiseksi.

3. »Järkevän tahdon teoria».

1800-luvun loppupuolella esiintyi eräs edellisistä tuntuvasti poikkeava teoria, joka sekin käytti dogmaattista metodia. Sen esitti *Hess*, ja sen lähtökohtana oli toteamus, että järjettömällä tahdolla ei saattanut olla mitään oikeudellista merkitystä.³² Tämän periaatteen mukaisesti *Hess* arveli suostumuksen poistavan teon rangaistavuuden vain siinä tapauksessa, että suostumuksen antaminen oli loukatun kannalta katsoen järkevä teko. Näin taas oli asianlaita ainoastaan silloin, kun suostumuksin tehty teko tapahtui loukatun hyödyksi. Sitä lainsäätäjän omaksumaa kantaa, jonka mukaan loukatun pyynnöstäkin tapahtuva surmaaminen rangaistiin, puolusti *Hess* selittämällä, että tällaiseen tekoon annettua suostumusta ei koskaan voitu pitää »järkevänä».³³ — *Hess*'in teoria jäi epätydyttäväksi varsinkin siitä syystä, että oikeudenmukaisen ja oikeudenvastaisen teon

²⁹ Samaan ryhmään ovat kuuluneet myös *Bauer*, *Temme* ja *Wessely*. Ks. näistä v. *Rozycki*, s. 51.

³⁰ *Klee*, GA 48, s. 179 ja 338.

³¹ *Klee*, GA 48, s. 177.

³² *Hess*, s. 43 ja 44.

³³ *Hess*, s. 50.

rajoja määriteltäessä ei otettu ollenkaan huomioon yhteiskunnan etua tai vahinkoa, vaan asiaa arvosteltiin yksinomaan loukatun yksilön omalta kannalta.³⁴

C. 1900-luvun teorian.

1. Suostumuksen käsitteestä lähtevät teorian.

a. Oikeustoimiteoria.

Sensijaan, että edellä selostetut dogmaattista metodologia käyttäneet teorian lähtivät oikeuksien tai rikosten jaosta kahteen luokkaan, eräät samaa metodologia soveltaneet teorian pyrkivät ratkaisuun suostumuksen käsitteen ominaisuuksia tutkimalla. Näistä teorioista oli huomattavin ns. oikeustoimiteoria.

Jo suostumusopin vanhimmat tutkijat nimittivät suostumusta sangen usein oikeudesta luopumiseksi (saks. Begehung, Verzicht) tai oikeuden perustamiseksi tekijän hyväksi.³⁵ Eräät heistä menivät vielä pitemmälle pitäessään suostumusta suostujan ja tekijän keskenään tekemänä sopimuksena.³⁶ Varsinaisen oikeustoimiteorian on perustanut kuitenkin vasta *Zitelmann*, jonka asiaa koskeva laaja kirjoitus »Ausschluss der Widerrechtlichkeit» ilmestyi 1900-luvun alussa. Mainituksa kirjoituksessaan *Zitelmann* aluksi korosti erityisesti kaikkien oikeusalojen yhtenäisyyttä saman oikeusjärjestyksen osina.³⁷ Hän selitti, että koska oikeudenvastaisuuden tuli olla samanlaista eri oikeusaloilla, esimerkiksi rikosoikeudellisten normien vastaisen teon tuli olla myös siviilioikeudellisesti oikeudenvastainen ja päinvastoin.³⁸ Eri oikeusalojen yhtenäisyyden vuoksi oli *Zitelmannin* mielestä mahdollista rikosoikeudellisia oikeuttamisperusteita tutkittaessa käyttää hyväksi yksityisoikeudellisiakin periaat-

³⁴ Hessin teoriaa arvostelee *Honig*, s. 25, seuraavasti: »...dass nicht die Vernünftigkeit individuellen Willens die Frage der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung entscheiden kann, dass durchaus nicht dasjenige als Recht anzusehen ist, was dem vernünftigen Individualwillen als Recht erscheint». Samaan tapaan v. *Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 63.

³⁵ Oikeudesta luopumiseksi tai oikeuden perustamiseksi ovat suostumusta kutsuneet mm. *Schröter*, *Tittman*, *Henke*. Ks. näistä *Oelze*, s. 13–18. Samaan suuntaan *Wächter*, s. 2; *Luden*, s. 316 ja 321; *Berner*, s. 196; *Schütze*, s. 95.

³⁶ Näin *Hälschner*, *Strafrecht I*, s. 470; *Finger*, *Lehrbuch*, s. 415.

³⁷ *Zitelmann*, s. 12 ja 13.

³⁸ » s. 15.

teita.³⁹ Niiden oikeuttamisperusteiden käyttöala, joista positiivinen oikeus oli vaiti, oli saatava selville tutkimalla sen oikeuttamisperusteen luonnetta, mistä milloinkin oli kysymys.⁴⁰ Suostumuksen luonne saatiin Zitelmannin mielestä selvitettyksi soveltamalla siihen oikeustoimista annettuja säännöksiä ja näistä johdettuja periaatteita.⁴¹ Zitelmann myönsi, että positiivisessa oikeudessa ei nimenomaan ollut oikeustoimien joukossa mainittu suostumusta, mutta katsoi, että oikeusjärjestyksessä ei ollut pyrittykään oikeustoimien täydelliseen luotteloimiseen,⁴² joten tämäkään ei estänyt pitämästä suostumusta oikeustoimena.

Zitelmann selitti, että suostumus oli yksipuolinen oikeustoimi, joka ei tarvinnut saajan hyväksymistä ollakseen pätevä.⁴³ Suostumuksen muotoon ja sen antajan ikään nähden oli noudatettava yleisiä oikeustoimista annettuja säännöksiä.⁴⁴ Suostumus saatettiin antaa erilaisista syistä, esimerkiksi esine- tai velvoiteoikeudellisen oikeustoimen yhteydessä. Kaikissa tapauksissa suostumus kuitenkin oli arvosteltava itsenäisesti, riippumatta siitä, oliko sen yhteydessä esiintynyt oikeustoimi pätevä vai ei.⁴⁵ Suostumuksen antaminen merkitsi asianosaisten tahdon suuntautumista kieltävän oikeuslauseen syrjäyttämiseen ja sallivan voimaansaattamiseen.⁴⁶ Teon tekijä sai suostumuksen antajalta oikeuden tehdä teon. Tästä oikeudesta Zitelmann käytti nimeä »Ermächtigungsrecht».⁴⁷

Zitelmann selitti, että jos loukattu antoi suostumuksen omia subjektiivisia oikeuksiaan vastaan suuntautuvaan tekoon, suostumus säännöllisesti poisti teon oikeudenvastaisuuden, mikäli se täytti pätevän oikeustoimen edellytykset.⁴⁸ Näin yksinkertainen ei asia ollut silloin, kun loukatun suostumuksin tehty teko kohdistui sellaista oikeushyvää vastaan, jota ei voitu pitää subjektiivisena oikeutena.⁴⁹ Suostumuksen vaikutus riippui tällöin siitä, oliko loukattu oikeushyvän yksinomainen haltija, mikä seikka oli tutkittava erikseen kun-

³⁹ Zitelmann, s. 23.

⁴⁰ » s. 48.

⁴¹ » s. 53.

⁴² » s. 58.

⁴³ » s. 59.

⁴⁴ » s. 62.

⁴⁵ » s. 48—50 ja 61.

⁴⁶ » s. 55.

⁴⁷ » s. 56.

⁴⁸ » s. 48 ja 59.

⁴⁹ » s. 68 ja 69.

kin oikeushyvän kohdalta ottamalla huomioon myös teon tarkoitus ja laatu.⁵⁰

Tässä pääpiirteittäin selostettu Zitelmannin oikeustoimateoria sai aluksi suostumusopissa suurta kannatusta. Suostumusta pidettiin varauksetta oikeustoimena, jolla tekijälle annettiin oikeus teon tekemiseen.⁵¹ Näin jyrkässä muodossa ei tämä teoria enää esiinny uudessa tieteisopissa. Sensijaan useat suostumusopin tutkijat kannattavat vielä nykyisinkin ns. rajoitettua oikeustoimateoriaa pitäen suostumusta oikeustoimena silloin, kun rikoksen loukkaama tai vaarantama intressi on luonteeltaan yksityisoikeudellinen («Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs»). Tällaisessa tapauksessa voidaan heidän käsityksensä mukaan suostumus katsoa oikeustoimeksi, jolla tekijälle luovutetaan subjektiivinen oikeus.⁵²

Ilmeistä on, että oikeustoimateoria ei ole kokonaan väärässä puheessaan oikeustoimen luontoisesta suostumuksesta. Useaan oikeustoimeen, esimerkiksi lahjaan, sisältyy todellakin eräänlainen »suostumus».⁵³ Koska lahjan saajalla on oikeus antajaa kuulematta vaikkapa rikkoa lahjaksi annettu esine, voidaan tietysti sanoa lahjoittajan »suostuneen» esineen vahingoittamiseen. Mutta ensi silmäyksellä huomaa, että tällaisessa tapauksessa tuntuu keinotekoi-

⁵⁰ Zitelmann, s. 77 ja 80.

⁵¹ Zitelmanniin liittyivät esim. *Frank* (s. 141 hän selittää olleensa aikaisemmin oikeustoimateorian kannalla); *Fischer*, s. 272; *Hasselbach*, s. 18; *Seydel*, s. 4, 17 ja 20; *Metz*, s. 22; *Ahrens*, s. 6; *Rosenberg*, s. 62 jne., sekä useat siviilioikeuden tutkijat, kuten *Planck*, *Enneccerus*, *Lehman*. Oikeustoimateorian kannalla on ollut yleensä italialainen suostumusoppi, joskin sen uudemmat edustajat ovat pitäneet suostumusta siviilioikeudellisesta oikeustoimesta joissakin suhteissa poikkeavana »rikosoikeudellisena oikeustoimena». Ks. tästä *Poll*, s. 20. — Englantilainen oikeus kannattaa oikeustoimateoriaa omaisuusrikosten suhteen. Ks. *Röschinger*, s. 32.

⁵² Rajoitetun oikeustoimateorian kannattajia ovat olleet *Frank*, s. 141; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 412; *Honig*, s. 164; *Mühlmann*, s. 22; *Welzel*, s. 67; *Kiehl*, s. 384; *Finger*, *Lehrbuch*, s. 414; *Lobe*, *Einführung*, s. 45. Myös *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, s. 292, ja *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 61, ovat kannattaneet tätä teoriaa sellaisiin tapauksiin nähden, joissa teon tekijälle luovutetaan subjektiivinen oikeus tai sen käyttö. — Pohjoismaissa on *Thyrén*, *Principerna*, s. 118, lausunut: »Samtycke är icke i och för sig ett aftal, men kan naturligen hafva framträtt i aftalets form». Samoin *Stjernberg*, s. 44; *Krabbe*, s. 18; *Forsman*, *Pakkotila*, s. 73; *Serlachius-Särki-lahti* (Oppikirja I, s. 98: »...suostumus, jollei se käsitä varsinaista oikeuden toiselle siirtoa...»). Viimeksimainittujen kanta ei ole sama kuin rajoitetun oikeustoimateorian, vaan tarkoittanee rikosoikeuteen kuulumattomien suostumustapausten erot-tamista rikosoikeudellisesta suostumuksesta, josta ks. seur. sivua.

⁵³ Ks. *Creifelds*, s. 42.

selta puhua teosta, joka ilman »loukatun suostumusta» jouduttaisiin rikoksena rankaisemaan. Teon tekijä ei tarvitse suostumusta teon oikeuttamisperusteeksi, koska hän itse omistaa lahjaksi saamansa esineen. Suostumuksesta tekoon, joka suostumuksen puuttuessa olisi rikos, ei siten tällaisessa tapauksessa ollenkaan voida puhua.⁵⁴ Ehkä olisi ajateltavissa, että jonkin esineen omistaja juuri ennen tekijän suunnitteleman anastusrikoksen toteutumista estäisi rikoksen syntymisen jollakin siviilioikeudellisella oikeusteolla, kuten esimerkiksi lahjoittamalla esineen tekoa aikovalle tai hylkäämällä sen, joista kummastakin toimenpiteestä olisi seurauksena, että rikosta ei syntyisi.⁵⁵ Mutta nämäkin tapaukset eroavat oikeuttamisperusteen luontoisesta loukatun suostumuksesta. Lahjoittamisella esine tulee saajan omaksi heti tämän otettua sen haltuunsa. Hylkäämisessä taas omistaja luopuu esineestä välittämättä siitä, kuka sen myöhemmin saa ja mitä tämä sillä tekee.⁵⁶ Kummassakaan tapauksessa ei siis voida puhua loukkauksesta esineen lahjoittajaa tai hylkääjää kohtaan. Eron oikeuttamisperusteena esiintyvän suostumuksen ja oikeustekoon sisältyvän sallimisen välillä voi selvästi havaita myös tarkasteltaessa vaikkapa sellaista työsopimusta, jolla työntekijä on sitoutunut työnantajan metsästä hakkaamaan määrätyn määrän puita,⁵⁷ sillä joskin tällaiseen sopimukseen tietenkin sisältyy lupa puiden kaatamiseen, sallimisella tässä tapauksessa ei ole mitään tekemistä oikeuttamisperusteena esiintyvän suostumuksen kanssa.⁵⁸

⁵⁴ Ks. *Oelze*, s. 27: »Denn nicht durch die Einwilligung wird die Widerrechtlichkeit beseitigt, sondern weil ein Recht auf die Verletzungshandlung, auf die an sich strafbare Handlung, begründet wurde; denn wo ein Recht besteht, ist die Widerrechtlichkeit undenkbar.» — *Samoin Kessler*, Einwilligung, s. 20, ja GS 38, s. 562.

⁵⁵ Esimerkin maininnut *Honig*, s. 150.

⁵⁶ Ks. *Honig*, s. 151: »...dann geht man bereits über eine bloße Einwilligung in die verletzende Handlung hinaus...»

⁵⁷ Esimerkin maininnut *Binding*, Hb. I, s. 714, huom. 17.

⁵⁸ *Hagströmer*, Strafrecht, s. 109, lausuu tästä: »Denna sats (hän tarkoittaa lausetta »volenti non fit injuria») användes ej eller bör i alltfall ej användes för att beteckna förhållandet i sådana fall, där en verklig förtyttring af en rätt egt rum...» Samaa tapausta *Kessler*, GS 38, s. 562: »Ich bezweifle überdies sehr, ob die Lehrbücher des Strafrechts irgend etwas an ihrem Werthe verlieren würden, wenn ihre Verfasser sich entschlossen wollten, Wahrheiten wie die, dass eine vom Y. dem X. verkaufte und tradierte Sache nun dem Y. vom X. nicht mehr gestohlen werden könnte, unerörtet zu lassen». Ks. tästä myös *Joski*, s. 18; *Honig*, s. 152; *Holer*, s. 82.

Olisi kuitenkin erheellistä luulla, että voitaisiin asettaa vastakain toisaalta »siviilioikeudellinen», oikeustoimen kaltainen, toisaalta »rikosoikeudellinen», oikeuttamisperusteena esiintyvä suostumus. Päinvastoin on huomattava, että suostumus ei siviilioikeudessaakaan suinkaan aina ole oikeustoimen luontoinen, vaan yhtä yleisiä ovat sellaiset tapaukset, joissa suostumus on ns. tahdontoimi. Esimerkkinä tällaisista mainittakoon holhoojan antama suostumus alaikäisen tekemään kiinteistökauppaan. Siviilioikeustieteen tutkijat ovat todenneet tahdontoimeksi katsottavan suostumuksen poikkeavan oikeustoimesta useassa suhteessa.⁵⁹ Niinpä sen antajalta, päinvastoin kuin oikeustoimessa, puuttuu tahto tulla sidotuksi. Toinen ero oikeustoimen ja tahdontoimen välillä on se, että jälkimmäinen on pätevä silloinkin, kun siltä puuttuu oikeustoimen muoto. Tällaiseen tahdontoimen luontoiseen suostumukseen voidaan ominaisuuksiltaan ja edellytyksiltään rinnastaa rikosoikeudellinen, oikeuttamisperusteena esiintyvä suostumus. Tahdontoimesta on kysymys niissäkin suostumusopin tapauksissa, joissa rikoksen loukkausobjektina on varallisuus oikeudellinen intressi. Oikeustoimia koskevia säännöksiä ei siis ollenkaan ole lupa soveltaa suostumusoppiin. Koska suostumuksen käsitettä ei niitä käyttäen voida määritellä, tultaisiin epäilemättä oikeustoimiteorian ja rajoitetun oikeustoimiteorian avulla vääriin tuloksiin myös suostumuksen vaikutusala koskevan kysymyksen selvittämisessä.⁶⁰

Jotkut oikeustoimiteorian kannattajat ovat katsoneet oikeustoimeen luonnostaan sisältyvän suostumuksen olevan siitä kuitenkin teoreettisesti erotettavissa. Heidän käsityksensä mukaan kuuluisi lahjaan osana »rikosoikeudellinen suostumus», joka saisi aikaan sen, ettei lahjan saajaa rangaistaisi esineen anastamisesta. Näin esim. *Pfersdorff*, s. 18; *Creifelds*, s. 58. Tällaisen suostumuksen konstruointi tuntuu täysin tarpeettomalta. — Selvää sensijaan on, että oikeustoimi ja suostumus saattavat koskea samaa esinettä kohdistumalla siihen peräkkäin. Niinpä voidaan esine antaa ensin lainaksi ja sitten sallia lainansaajan polttavan sen, jolloin viimeksimainittu suostumus on edeltäneestä oikeustoimesta kokonaan riippumaton, itsenäisesti arvoitettava toimenpide.

⁵⁹ Ks. tästä *Kivimäki*, s. 65. — Ks. myös *Goll*, s. 81.

⁶⁰ Tällä tietoisopissa vallitsevalla kannalla ovat mm. *Nathan*, s. 34; *Mannheimer*, s. 22; *v. Rozycki*, s. 18; *Liszt-Schmidt*, s. 218, huom. 15; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 208; *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 503; *Oelze*, s. 26; *Schaefer*, s. 44; *Staudt*, s. 18; *Wachsfeld*, s. 131; *v. Weber*, s. 49; *Albers*, s. 5; *v. Hippel II*, s. 248, huom. 2; *Bruns*, s. 262.

b. Loukatun suostumuksin tehdyn teon vertaaminen itseloukkaukseen.

Klee, Ullman, Liszt—Schmidt, Siegert ja kotimaisessa tieteisopissamme *Serlachius—Särkilähti*⁶¹ ovat edustaneet käsityskantaa, jonka mukaan loukatun suostumuksin tehdyn teon oikeudellinen arviointi saadaan suoritetuksi rinnastamalla tällainen teko loukatun itse itselleen tekemään tekoon. Perusteluja tälle mielipiteelle he eivät yleensä ole esittäneet, vaan ovat tyytyneet toteamaan, että oikeusjärjestys ei näytä tekevän eroa mainittujen tekojen välillä.

»Itseloukkauksen» käsitettä ei tieteisopissa yleensä ole selvitetty. Se voidaan ymmärtää kahdella tavoin. Joko sillä tarkoitetaan tekoa, joka suuntautuu yksinomaan tekijän omia intressejä vastaan, tai sisällytetään siihen kaikki tekijän intressejä vastaan kohdistuvat teot, loukkasivatpa ne samalla muiden intressejä tai eivät. Määriteltäessä itseloukkaus edellisellä tavalla sitä ei koskaan voida pitää oikeudenvastaisena. On selvää, ettei oikeusjärjestyksemme suojaa kenenkään intressejä hänen omilta teoiltaan.⁶² Aivan toiseen valoon itseloukkauksen käsite tulee tarkoitettaessa sillä kaikkia yksilön omia intressejä vastaan suuntautuvia tekoja, riippumatta siitä, loukkaavatko ne samalla muitakin intressejä. Tällaisesta itseloukkauksesta mainittakoon esimerkkeinä ruumiillisen koskemattomuuden loukkaaminen sotapalveluksesta vapautumisen tarkoituksessa, raskaana olevan naisen itse itselleen tekemä sikiönlähdettäminen sekä eläinrääkkäys, jossa omistaja pahoinpitelee eläimen käyttökelvottomaksi. Kaikki äskenmainitut teot on laissa määrätty rangaistaviksi, koska jokainen niistä tekijän omien intressien ohella huomattavassa määrin loukkaa yhteiskunnankin intressejä.

Oikeustieteessä on toisinaan katsottu teon kriminalisoimatta jättämisen olevan todisteena siitä, ettei se loukkaa yhteiskunnan etuja. Mielipide ei kuitenkaan ole oikea. On väärin väittää, että kaikki laissa rankaisematta jätetyt itseloukkaukset olisivat oikeudenmukaisia tekoja. Tästä on hyvänä esimerkkinä itsemurha. Oikeustieteemme yksimielisen kannan mukaan tätä tekoa on pidettävä oikeudenvastaisena, vaikka laissa ei sen yrityksestä säädetäkään rangaistusta. Tätä mielipidettä edustavat rikosoikeustieteessämme esimerkiksi *Serlachius—Särkilähti, Honkasalo, Kustavi Kaila ja Sundström—*

⁶¹ *Klee*, GA 48, s. 179; *Ullmann*, s. 536; *Liszt—Schmidt*, s. 219; *Siegert*, s. 40; *Serlachius—Särkilähti*, Oppikirja I, s. 96.

⁶² Ks. *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen. s. 96

Salmiala.⁶³ Kuten *Serlachius-Särkilahti* toteaa, jokainen on oikeutettu, saattaapa olla velvollinenkin, estämään itsemurhaa yrittävän henkilön toteuttamasta aikeitaan. Tämä johtuu siitä, että itsemurha loukkaa yksilön intressien ohella myös julkisia intressejä. Se seikka, että mainittu teko sen oikeudenvastaisuudesta huolimatta on jätetty kriminalisoimatta, saa selityksensä rikospoliittisista syistä. Rangaistus, joka käytännössä voitaisiin tuomita vain teon jäätyä yritykseen, ei olisi omiaan enempää pelottamaan kuin parantamaankaan tekijää, joten siitä ei olisi mitään hyötyä.

Itsemurha on siten hyvänä esimerkkinä oikeudenvastaisesta, joskin kriminalisoimatta jääneestä itseloukkauksesta. Vastaavia oikeudenvastaisia itseloukkauksia on myös ruumiillista koskemattomuutta loukkaavissa teoissa. Näistä mainitsee *Serlachius-Särkilahti* esimerkkinä omien silmien puhkaisemisen. On kuitenkin toisaalta ilmeistä, että ruumiillista koskemattomuutta, kunniaa ja vapautta vastaan suuntautuvien tekojen joukossa on runsaasti myös sellaisia, jotka toiselle tehtyinä olisivat oikeudenvastaisia ja rangaistavia, mutta joiden luonne muuttuu tekijän tehdessä ne itselleen. Kukaan ei voine katsoa oikeudenvastaiseksi tekoa, jolla tekijä halventaa omaa kunniaansa, enempää kuin vapaudenriistämistäkään, jonka tekijä tekee itselleen. Enintään saattaa tekijälle eräissä sellaisissa tapauksissa, joissa itseloukkaus on kohdistunut ruumiillista koskemattomuutta vastaan, koitua jokin taloudellisesti haitallinen seuraus. Esimerkkeinä tällaisista mainittakoon, että VakL 18 §:n mukaan vakuutuksenantajalla ei ole velvollisuutta maksaa vakuutussummaa vakuutetulle, joka itse on tahallansa tai törkeällä tuottamuksellaan aiheuttanut vakuutussumman hakemisen perustana olevan tapaturman, ja että TSL 20 §:n mukaan työnantajan ei tarvitse maksaa palkkaa työntekijälle, milloin tämä tahallaan on aiheuttanut itselleen sairauden, joka tekee hänet työhön kykenemättömäksi.

Kriminalisoimatta jätetyistä itseloukkauksista ovat siis toiset oikeudenvastaisia, toiset eivät. *Serlachius-Särkilahti* väittää, että loukatun suostumuksin tehdyn teon oikeudellinen arviointi saadaan suoritetuksi vertaamalla tekoa vastaavan itseloukkaukseen. Mainitut teot ovatkin todella oikeudelliselta merkitykseltään samanarvoisia. Jos itseloukkaus on oikeudenvastainen, on sitä vastaava loukatun suostumuksin tapahtunut tekokin. Tästä ovat todisteena

⁶³ *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja I, s. 96; *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 140; *Kustavi Kaila*, s. 296; *Sundström-Salmiala*, DL 1930, s. 73.

useat positiivisen lain säännökset. Niinpä RL 22 luv. 5 §:n (kuten tämä säännös kuuluu 6/6 1914 annetussa laissa) 1 momentissa määrätään rangaistavaksi naisen itse itselleen tekemä si-
 kiönlähdettäminen, saman pykälän 2 momentissa taas vastaava, toisen henkilön naiselle tämän suostumuksin tekemä teko. Tällä itses-
 sään täysin oikealla, itseloukkauksen ja loukatun suostumuksin teh-
 dyn teon samanvertaisuuden toteamisella ei kuitenkaan ole sel-
 laista käytännöllistä arvoa, että sen avulla saataisiin määriteltyä
 suostumuksen vaikutuspiirin rajat. Oikeudenvastaisten ja oikeuden-
 mukaisten itseloukkausten toisistaan erottaminen ei näet ole sen
 helpompaa kuin vastaavien, loukatun suostumuksin tapahtuvien te-
 kojenkaan oikeudellinen arviointi. Kuten edellä todettiin, esimer-
 kiksi toiset ruumiillista koskemattomuutta vastaan tehdyt teot ovat
 oikeudenvastaisia, toiset eivät. Samaten on asianlaita vapautta ja
 kunniaa vastaan kohdistuvissa rikoksissa. Tuloksena loukatun suos-
 tumuksin tapahtuvien tekojen ja itseloukkausten vertaamisesta toi-
 siinsa on siten vain se negatiivinen toteamus, ettei suostumuksen
 merkitystä tämän menetelmän avulla saada selvitettyksi.

2. Induktiiviset teoriat.

a. Suostumuksen mainitsematta jättäminen rikoslaissa lueteltujen yleisten oikeuttamisperusteiden joukossa.

Niiden suostumuksen merkitystä selvittävien teorioiden lisäksi, joista edellä on ollut puhe, esiintyi 1900-luvun ensimmäisinä vuosikymmeninä induktiivista metodia käyttäneitä teorioita. Erään täl-
 laisen mukaan kiellettiin suostumukselta merkitys siitä syystä, ettei
 sitä ollut oikeuttamisperusteena mainittu rikoslain yleisessä osassa,
 ja katsottiin suostumuksen poistavan teon oikeudenvastaisuuden vain
 niissä tapauksissa, joissa voitiin vedota rikoslain nimenomaiseen
 säännökseen. Tällainen positivistinen teoria ei ole oikea. Selvää
 tosin on, että nolla poena sine lege-periaate estää yleisen oikeus-
 vakaumuksen käytön sillä tavoin, että rangaistavaksi voitaisiin kat-
 soa sellainenkin rikoksen arvoiselta tuntuva teko, joka ei vas-
 taa lain tunnusmerkistöä. Tästä ei kuitenkaan saa tehdä sitä johto-
 päätöstä, että mainittu periaate olisi voimassa myös »kääntäen», eli
 siinä muodossa, ettei olisi oikeutta hyväksyä oikeuttamisperusteita,

joita laissa ei ole mainittu.⁶⁴ Päinvastoin on varmaa, ettei rikoslakimme ole pyrkinytkään täydellisesti luettelomaan oikeuttamisperusteita rikoslain yleisessä osassa.⁶⁵

b. Kiehl'in oppi.

Teoria, jota ensimmäisen edustajansa mukaan nimitetään *Kiehl'in* teoriaksi, voidaan lukea induktiivisiin suuntiin, sillä sen mukaan määritellään suostumuksen vaikutusala lain sanamuodon nojalla. Kiehl selittää, että jos rikoslain tunnusmerkistössä nimenomaan mainitaan, että teon tulee tapahtua »oikeudenvastaisesti» ollakseen rangaistava, tämä merkitsee, että lainsäätäjällä on antanut lainkäyttäjälle ohjeen ottaa ratkaisussaan huomioon lain ulkopuolella olevia periaatteita, joiden mukaan teko saattaa olla milloin oikeudenmukainen, milloin oikeudenvastainen. Kiehl päätelee, että teot, joita koskevissa tunnusmerkistöissä esiintyy mainittu sana, ovat oikeudenmukaisia, jos loukattu antaa niihin suostumuksensa.⁶⁶ Toisin on asianlaita muiden tekojen suhteen. Ne ovat oikeudenvastaisia suostumuksesta huolimatta.⁶⁷

Kiehlin teoria on tieteisopissa saanut hylkäävän tuomion. Suostumuksen merkitystä ei saada sen avulla ratkaistua. Tosin ei ole oikein väittää, kuten ennen Kiehlä Kessler ja Klee tekivät,⁶⁸ että sana »oikeudenvastaisesti» eli »luvattomasti» olisi sisällytetty tunnusmerkistöön pelkästään muodollisista syistä, vaan myönnettävä on, että mainitulla sanalla on asiallista merkitystä.⁶⁹ On näet havaittu, että sellaisten tunnusmerkistöjen tarkoittamat teot, joissa puheenaoleva sana mainitaan, sängen usein esiintyvät erilaisista syistä oikeudenmukaisina. Niinpä on meidän rikoslaissamme käytetty »luvattomasti»-sanaa varsinkin sellaisissa tapauksissa, joissa kysymyksessä olevan teon tekemiseen saattaa olla laillinen oikeus tai jopa velvolli-

⁶⁴ Ks. *Arndt*, s. 16; *v. Morenhoffen*, s. 15. Vrt. myös *Sipilä*, s. 237: »Analogiatulkinta, joka ei ole mahdollinen rikostyyppin konstruoimiseksi, on oikeudenmukaisuustyyppien osalta osoittautunut päin vastoin välttämättömäksi».

⁶⁵ Vaikka rangaistavat teot on luetteloitu laissa, analogiaa voidaan kuitenkin vapaasti käyttää, mikäli se johtaa syytetylle edulliseen tulokseen. Ks. tästä *Honkasalo*, *Nulla poena sine lege*, s. 64.

⁶⁶ Ks. *Kiehl*, s. 379.

⁶⁷ *Kiehl*, s. 377.

⁶⁸ *Kessler*, *Einwilligung*, s. 29; *Klee*, GA 48, s. 341.

⁶⁹ Ks. *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 13; *Beling*, *Verbrechen*, s. 162.

suus. Sensijaan ei tämän sanan ole katsottava merkitsevän samaa kuin »ilman omistajan tai haltijan lupaa».⁷⁰ Tästä syystä Kiehlin teoriaa ei voida pitää oikeana.

c. Lain erityisen osan suostumusta koskevat tunnusmerkitöt.

Kaikki suostumusopin tutkijat ovat tietenkin kiinnittäneet huomiota niihin rikoslain erityisen osan tunnusmerkistöihin, joissa suostumuksesta nimenomaan on mainittu. Näistä, erikoisesti loukatun pyynnöstä tapahtuvaa surmaamista koskevasta RL 21 luv. 3 §:stä on tehty johtopäätöksiä milloin positiiviseen, milloin negatiiviseen suuntaan. Niinpä on sanottu, että koska pyynnön muodossa esiintyvällä suostumuksella on vaikutusta sellaisenkin rikoksen kuin surmaamisen rangaistavuuteen, täytyy sen poistaa muiden rikosten oikeudenvastaisuus tai ainakin lieventää niidenkin rangaistavuutta.⁷¹ Mutta toisaalta on väitetty, että suostumuksen mainitseminen eräiden rikosten tunnusmerkistöjen yhteydessä rajoittaisi sen vaikutusalan näihin harvoin rikoksiin.⁷² Viimeksimainitun kannan mukaan suostumus ei koskaan poistaisi teon rangaistavuutta ja lieventäisi-kin sitä vain surmaamisessa ja sikiönlähdettämisessä. Tämä kanta ei ole oikea.⁷³ Rikoslain erityisen osan tunnusmerkistöistä ei voida johtaa suostumuksen vaikutus-alaa koskevaa yleistä periaatetta. Eräitä sitä koskevia johtopäätöksiä rikoslain säännöksistä sensijaan epäilemättä voidaan tehdä. Näitä seikkoja käsitellään lähemmin tämän tutkimuksen erityisessä osassa.

3. Intressi- eli oikeushyväteoria.

Kuten on osoitettu, eivät edellä selostetut 1900-luvun alkupuolella esiintyneet teoriat voineet määritellä suostumuksen vaikutus-

⁷⁰ Ks. *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 164. Puhuessaan toisen salaisuuden rikkomisesta, jota koskevassa tunnusmerkistössä (RL 38: 3) mainitaan sana »luvattomasti», hän selittää: »'Luvattomasti' ei suinkaan ole samaa kuin 'ilman sen henkilön lupaa, jota asia koskee', vaan se merkitsee, että teon tulee tapahtua oikeudenvastaisesti». — Samoin *Nagler*, *Festschrift für Binding* II, s. 288; *Allfeld*, s. 123.

⁷¹ Näin esim. *Joski*, s. 34.

⁷² Näin *Schaefer*, s. 61; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 142; *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 500; *Frank*, s. 141; *Mannheimer*, s. 65; Saksan *Korkein oikeus*, E. in *Strafsachen*, Bd. 2, s. 443, ja Bd. 6, s. 63.

⁷³ Ks. *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 96. Hän selittää, että suostumuksen merkitystä ei voida loogillisilla päätelmillä johtaa RL 21 luv. 3 §:n säännöksestä.

alaa. Oikeustoimiteoria lähti vääristä perusteista pitäessään suostumusta oikeustoimen kaltaisena. Itseloukkauksen ja loukatun suostumuksin tehdyn teon analogiaan nojautuva teoria taas ei, teoreettisesta oikeellisuudesta huolimatta, merkinnyt mitään käytännöllistä ratkaisua. Induktiiviset teoriat eivät päässeet sen pitemmälle, sillä rikoslain yksityisten tunnusmerkistöjen tarkasteleminen ei joutanut suostumuksen merkityksen määräämiseen. Tästä syystä selvisi jo vuosisadan vaihteessa usealle suostumusopin tutkijalle, että suostumukseen vaikutuspiirin määrittäminen edellyttää suostumuksen käsitteen tutkimisen ja rikoslain säännösten tuntemisen lisäksi myös aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen hyväksymisen. Kuten aikaisemmin mainittiin, joudutaan etsimään vastausta kysymykseen, milloin loukatun suostumus oikeusjärjestyksen tarkoituksen mukaan poistaa teon oikeudenvastaisuuden. Tämä seikka saadaan selvitettyksi intressi- eli oikeushyväteorian avulla.

Intressiteorian perustana on aikaisemmin mainittu *Birnbaumin* vuonna 1834 esittämä teoria intresseistä eli oikeushyvistä rikoksen loukkausobjekteina.⁷⁴ Suostumusopin intressiteoria asettaa intressin käsitteen aivan keskeiseen asemaan. Ensimmäisenä on tätä teoriaa käyttänyt *Kessler*, jolta jo vuonna 1884 ilmestyi loukatun suostumuksen merkitystä koskeva erikoisteos.⁷⁵ *Kessler* jakoi intressit kahteen luokkaan, julkisiin ja yksityisiin. Hän selitti, että jos rikoksen kohteena oli valtion tai yhteiskunnan intressi, suostumus ei poistanut sen oikeudenvastaisuutta, mutta jos kysymyksessä oleva teko sensijaan loukkasi vain yksilön intressejä, tämän antama suostumus teki sen oikeudenmukaiseksi,⁷⁶ sillä laissa ei suojattu kenenkään intressejä vastoin tämän omaa tahtoa. *Kessler* väitti, että teon loukkaamien intressien laatu saatiin käytännössä selville tutkimalla, ketä vastaan lain kielto suuntautui: jos teko oli kielletty vain muilta kuin loukatulta itseltään, niin että loukattu oli oikeutettu sen itselleen tekemään, merkitsi tämä *Kesslerin* käsityksen mukaan, ettei teko loukannut julkisia intressejä, ja että suostumus poisti sen oikeudenvastaisuuden.⁷⁷ *Kesslerin* esittämä teoria päättyi tässä tosin väärään tulokseen. Häneltä on näet jäänyt huomaamatta, että teko saattaa olla oikeudenvastainen, vaikka sitä ei olisi laissa julistettu rangais-

⁷⁴ Ks. s. 8.

⁷⁵ Teos oli nimeltään »Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung».

⁷⁶ *Kessler*, Einwilligung, s. 49, 50 ja 65.

⁷⁷ *Kessler*, Einwilligung, s. 68.

tavaksi. Niinpä Kessler on, katsoessaan loukatun suostumuksen poikkeuksetta poistavan pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden, perustanut tämän mielipiteen siihen väärään käsitykseen, että loukatun itse itselleen tekemää pahoinpitelyä ei koskaan voitaisi pitää oikeudenvastaisena.⁷⁸

Ne väärät johtopäätökset, joita Kessler on tehnyt, eivät kuitenkaan vähennä hänen teoriansa perusajatuksen arvoa. Intressiteoria voittikin nopeasti jalansijaa suostumusopissa.⁷⁹ Suostumuksen vaikutusalan määrittelemiseksi käytetty intressien jakoperuste ei tosin heti vakiintunut yhdenmukaiseksi, sillä toisin kuin Kessler jakoi vielä parikymmentä vuotta myöhemmin *Holer* oikeushyvät »ehdotomasti» ja »ehdollisesti» suojattuihin ja *Wiebeck* »objektiivisiin» ja »subjektiivisiin».⁸⁰ Mainitut teoriat eivät kuitenkaan saaneet suurempaa kannatusta, eivätkä ne pystyneetkään kehittämään käytännöllisiä tuloksia. Intressiteorian kannattajien keskuudessa vallitsevana pysyneen mielipiteen mukaan intressit on jatkuvasti jaettu Kesslerin jakotapaa käyttäen yksilön ja yhteiskunnan intresseihin, mitä on pidettävä ainoana oikeana jakona. Toiset intressiteorian kannattajat⁸¹ ovat esittäneet suostumuksen vaikutusalaa koskevan määritelmän aivan lyhyesti,⁸² toiset taas lausuneet saman seikan laajemmin, mutta nämä sanonnat ovat vain muunnoksia toisistaan ja toteuttavat saman perusajatuksen.⁸³ Tämä ajatus loukatun suostu-

⁷⁸ Kessler, *Einwilligung*, s. 73.

⁷⁹ Sängen lähellä Kesslerin kantaa oli jo vuosisadan vaihteessa *Pfersdorff* teoksessaan »Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschliessungsgrund», Diss. Strassburg 1897.

⁸⁰ *Holer*, s. 89, 91 ja 108; *Wiebeck*, s. 32.

⁸¹ Intressiteoriaa lähelle tuli mm. englantilainen oikeuskäytäntö. Ks. tästä *Harris-Wilshire*, s. 219; *Röschinger*, s. 33—35; *Brendel*, s. 9.

⁸² Näin *Wachenfeld*, s. 131; *Joski*, s. 16; *Sauer*, *Grundlagen*, s. 336; v. *Weber*, s. 48.

⁸³ Vertailun vuoksi mainittakoon tässä muutamien intressiteorian kannattajien suostumuksen vaikutusalaa koskevat määritelmät suomennettuina:

Liszt-Schmidt, s. 217: »Loukatun suostumus poistaa oikeudenvastaisuuden siinä tapauksessa, että oikeusjärjestys on antanut oikeushyvän haltijalle vallan määrätä oikeushyvästä, mikä tapahtuu silloin, kun kysymyksessä on vain tämän henkilön eikä samalla jonkun muun tai yhteiskunnan intressi.»

Frank, s. 142: »Määräävänä voi olla vain se, onko teko kielletty pääasiassa yleisen (valtion tai yhteiskunnan) edun tähden vai onko se kielletty välittömästi loukatun intressin johdosta.»

Köhler, *Strafrecht*, s. 404: »Niiden rikosten piiri, joissa suostumus on pätevä.

muksen merkityksen selvittämisestä loukkausobjekteina olevien intressien laatua tutkimalla sopii niin hyvin oikeusjärjestyksen tarkoitukseen, että ratkaisu näyttää miltei itsestään selvältä. On näet luonnollista, että oikeusjärjestyksen tarkoituksena ei saata olla oikeushyviksi tunnustettujen julkisten etujen syrjäyttäminen, mutta että toisaalta yksilöllä tulee olla oikeus luopua omista intresseistään, jos hän sitä haluaa. Intressiteoria tuo lopullisen selvyuden myös itseloukkausten oikeudenvastaisuutta koskevaan kysymykseen. Aivan samoin kuin loukatun suostumuksin tehty teko on itseloukkausten oikeudenvastainen, jos se loukkaa julkisia intressejä.

1900-luvun pohjoismainen rikosoikeustiede on poikkeuksetta ollut intressiteorian kannalla.⁸⁴ Niinpä *Grotenfelt*⁸⁵ on selittänyt suostumuksen poistavan rangaistavuuden »yksilön oikeusalaan vastaan» suuntautuvilta teoilta. *Serlachius—Särkilähti* ja *Sipilä*⁸⁶ ovat yhtäpitävästi todenneet, että suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, jos teko kohdistuu sellaista intressiä vastaan, »josta voi luopua». *Honkasalo*⁸⁷ on sitä mieltä, että oikeudenvastaisuuden poistava vaikutus on sellaisen henkilön antamalla suostumuksella, jonka

käsittää sellaisia oikeushyviä suojaavat tunnusmerkistöt, joiden määräämisvaltaa oikeusjärjestys ei ole tahtonut ottaa niiden haltijalta ainakaan täydellisesti.»

v. *Hippel*, II, s. 243: »Suostumus poistaa oikeudenvastaisuuden, jos yksityisintressi on etualalla; jos teko sensijaan loukkaa huomattavassa määrin kolmannen henkilön tai yhteiskunnan intressiä, jää se suostumuksesta huolimatta oikeudenvastaiseksi, koska kukin voi vallita vain omia intressejään eikä vieraita.»

Schaefer, s. 39: »Jos oikeushyvä on suojattu vain suostujan intressin tähden, poistaa suostumus oikeudenvastaisuuden, koska mitään muuta intressiä ei ole loukattu.»

Gerland, *Vergl. Darst.*, s. 524, ja *Allfeld*, s. 141: »Suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, jos loukkaus kohdistuu vain loukatun intresseihin, mutta muuten ei.»

Traeger, s. 114: »Rikoksissa, jotka välittömästi loukkaavat yksinomaan tai ensisijaisesti suostujan intressejä, ja joissa valtion tehtävänä siksi on vain hankkia loukatulle hyvitystä, ei lainsäätäjällä ole aihetta pitää rangaistuksella uhattua tekoa oikeudenvastaisena ja rangaistavana, jos teon välittömästi kohtaama henkilö on sallinut sen.»

Edellisten lisäksi ovat intressiteoriaa suostumusopin alalla kannattaneet mm. *Nathan*, s. 21 ja 23; *Creifelds*, s. 19; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 208, ja GS 89, s. 272; *Schrey*, s. 21; *Leipz. Komm.*, s. 16; *Lobe*, *Einführung*, s. 44; *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, s. 289; *Hegler*, *ZStW* 36, s. 41; *Honig*, s. 129.

⁸⁴ *Esim. Hägerup*, *Strafferet*, s. 212; *Krabbe*, s. 18.

⁸⁵ *Grotenfelt*, s. 69.

⁸⁶ *Serlachius—Särkilähti*, *Oppikirja I*, s. 97; *Sipilä*, s. 256.

⁸⁷ *Honkasalo*, *Steriliseringen*, s. 290, ja *Sikiönlähdeittäminen*, s. 97—98.

tahdon oikeusjärjestys tunnustaa määrääväksi kysymyksessäolevaan intressiin nähden ja loukkauksen määrään saakka, todeten myös, että jos rangaistussäännöksen suojaama intressi on laadultaan julkisoikeudellinen, suostumuksella ei ole merkitystä sitä loukkaavien tekojen suhteen.⁸⁸

Kysymyksestä, milloin suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, on toisinaan erotettu kysymys siitä, miksi se näissä tapauksissa saa tämän vaikutuksen. Pelkkä toteamus, että eräät intressit ovat yksilön vapaasti vallittavissa, toiset taas eivät, ei kaikkien suostumusopin tutkijoiden mielestä ole riittänyt selvittämään kysymyksen »teknillistä» puolta. Näihin on kuulunut muunmuassa *Mezger*. Hän on käsitellessään suostumusta muiden oikeuttamisperusteiden yhteydessä tullut siihen tulokseen, että suostumuksessa ilmenee ns. puuttuvan intressin periaate. Teko on oikeudenmukainen siksi, että tunnusmerkistössä loukatuksi edellytettyä tahtoa ei yksityistapauksessa olekaan olemassa. Suostumus merkitsee siis oikeushyvän vallintaan oikeutetun yksilön tietoista intressistä luopumista.⁸⁹ *Mezgerin* käsityksen mukaan suostumuksen antaa rikoksen loukkaaman teko-objektin haltija, mutta suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden vain siinä tapauksessa, että tämä teko-objektin haltija on samalla myös rangaistussäännöksen suojaaman suojelu-kohteen haltija.⁹⁰ *Mezgerin* näin kehittämä määritelmä näyttää ensi silmäyksellä tuntuvasti poikkeavan intressiteorian tavallisesta määritelmästä. Kun *Mezger* kuitenkin selittää saman henkilön olevan teko- ja suojeluobjektien haltijana vain siinä tapauksessa, että teko ei loukkaa yhteiskunnan, vaan ainoastaan yksilön intressejä,⁹¹ tästä selviää, että *Mezgerin* määritelmä itse asiassa on intressiteorian ilmaisemista toisin sanoin.⁹²

Intressiteorian avulla on suostumuksen vaikutusala koskeva kysymys ratkaistu ainoalla tyydyttävällä tavalla. Mainitun suostumusopin tärkeimmän kysymyksen selvittäminen ei kuitenkaan pääty tähän toteamukseen, sillä intressiteoria ei »suoraan» johda käytännöllisi-

⁸⁸ *Honkasalo*, DL 1942, s. 60.

⁸⁹ *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 206 ja 208.

⁹⁰ *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 214.

⁹¹ *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 217.

⁹² *Mezger* on tämän kannan esittänyt ensimmäisen kerran GS 89, s. 270. Intressistä luopumisesta puhutaan v. 1889 ilmestyneessä *Nathaninkin* teoksessa, s. 33. Samoin myöhemmin mm. *Heinitz*, s. 42 ja 114; *Schrey*, s. 21 ja 22; *Frank*, s. 142; *Küttemann*, s. 19; *Liszt-Schmidt*, s. 217; *Schaefer*, s. 39.

siin tuloksiin, vaan tarvitsee lisävalaistusta.⁹³ Teoria on näet »relatiivinen»,⁹⁴ se kun ei anna vastausta siihen, mitkä intressit on luettava yksilön, mitkä yhteiskunnan intresseiksi. Kuitenkin on selvää, että tämän seikan tulee olla tiedossa ryhdyttäessä yksityiskohtaisesti määrittelemään suostumuksen vaikutuspiirin rajoja. Intressiteorian kannattajien tekemiä tutkimuksia vertaillen saattaa helposti havaita heidän päätyneen sangen erilaisiin tuloksiin esimerkiksi siinä, millainen vaikutus suostumuksella on pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuteen. Erikoisesti tällaisia kiistanalaisia tapauksia varten on siksi yritettävä löytää »mittapuu», jonka avulla määrittelyä, millaiset teot ovat julkisten intressien vastaisia. Seuraavat luvut on omistettu tämän seikan selvittämiseen.

a. Asianomistajarikosten merkitys suostumusopissa.

Asianomistajarikoksille on suostumusopissa usein annettu erikoisasema. Tämä on johtunut erilaisista syistä. Eräät suostumusopin tutkijat ovat pitäneet suostumusta käsitteellisesti syyteoikeuden käyttämättä jättämisen tai siitä luopumisen kaltaisena.⁹⁵ Toiset taas ovat väittäneet asianomistajarikosten poikkeuksesta suuntautuvan vain asianomistajan omia intressejä vastaan.⁹⁶ Näiden kummankin käsityksen mukaan suostumus poistaisi kaikkien asianomistajarikosten oikeudenvastaisuuden. Seuraavassa tarkastellaan, osoittautuvatko nämä mielipiteet oikeiksi.

Rikoslakimme ei ole määritellyt asianomistajan käsitettä. Sen sijaan vuosien 1875 ja 1884 rikoslainehdotukset sisälsivät kumpikin sitä koskevat määritelmät. Edellisen ehdotuksen mukaan asianomistajana pidettiin sitä, jota kohtaan rikos oli tehty tai joka sen kautta oli kärsinyt vahinkoa.⁹⁷ Jälkimmäisessä ehdotuksessa taas asianomistaja oli rajoitettu siksi, jota kohtaan rikollinen teko oli tehty.⁹⁸ Tieteisoppimme edustajista *Forsman* ja *Serlachius—Särkilahti* ovat liittyneet lähinnä jälkimmäiseen ehdotukseen selittäessään asianomistajan teon välittömästi loukkaamaan oikeushyvän haltijaksi.

⁹³ Ks. *Liszt-Schmidt*, s. 217.

⁹⁴ Ks. *Hippel II*, s. 244; *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 524.

⁹⁵ Ks. esim. *Schaper*, s. 128; *Breithaupt*, s. 63.

⁹⁶ Näin esim. *Pfersdorff*, s. 35; *Holer*, s. 103; *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 58; *Merkel*, *Lehrbuch*, s. 190; *Frank*, s. 142; *Honig*, s. 126.

⁹⁷ Ks. v. 1875 ehdotuksen s. 196.

⁹⁸ Ks. v. 1884 ehdotuksen s. 17, 68 §:n 2 momenttia.

Sensijaan *Grotenfelt* on pitänyt tällaista asianomistajan käsitettä liian suppeana.⁹⁹ Määritelmän, jossa asianomistajan käsite esitetään edellistä laajemmaksi, on luonut *Granfelt*, ja sille on antanut kannatuksensa *Tirkkonen*.¹⁰⁰ Viimeksimainitun määritelmän mukaan asianomistaja on 1) teon välittömästi loukkaaman oikeushyvän haltija, 2) se, jolle välittömästi rikoksen johdosta on syntynyt yksityistai julkisoikeudellinen vaade, sekä, kysymyksen ollessa poliittarikokista, 3) se, jonka oikeuspiiriä rikkomus välittömästi vaarantaa.

Määritelmä, jonka mukaan asianomistajana pidetään rikoksen välittömästi loukkaaman oikeushyvän haltijaa, on laadultaan aineellisoikeudellinen. Prosessioikeustieteessä on viime aikoina kehitetty ns. prosessioikeudellinen asianomistajan käsite. Niinpä *Palmgren* on tarkoituksenmukaisuussyistä pitänyt suotavana määritellä asianomistajan yksinkertaisesti siksi henkilöksi, jolla on valta rikoksen johdosta nostaa syyte.¹⁰¹ *Palmgren* on näet katsonut, että niiden intressien selvittäminen, joita kohtaan rikos abstraktisesti katsoen suuntautuu ja joita vastaan teko konkreettisesti yksityistapauksessa tapahtuu, on usein sangen vaikeata, kun taas prosessioikeudellisen asianomistajan käsite on helposti selville saatavissa. Hän on myös huomauttanut, että oikeusjärjestys eräissä tapauksissa saattaa uskoa asianomistajan vallan sellaisillekin henkilöille, joita kysymyksessä oleva rikos ei välittömästi kohtaa, minkä vuoksi aineellisoikeudellinen asianomistajan määritelmä jää liian suppeaksi. Epäiltävää on kuitenkin, tyydyttäväkö asianomistajan käsitteen muodollinen määritelmä edes prosessuaalisiakaan tarpeita. Missään tapauksessa se ei rikosoikeudessa ole käyttökelpoinen, koska se välittömästi herättää kysymyksen, k u k a sitten on oikeutettu syytteen nostamaan.¹⁰²

Aikaisemmin on mainittu loukatulla tarkoitettavan teon välittömästi loukkaaman oikeushyvän haltijaa. *Forsman* ja *Serlachius-Särkilähti* ovat määritelleet asianomistajan yhtäpitävästi tämän loukatusta esitetyn määritelmän kanssa. Tätä määritelmää vastaa *Granfeltin* pitemmässä, kolmiosaisessa määritelmässä vain ensimmäinen kohta. Ero mainittujen määritelmien välillä johtuu ilmeisesti siitä erilaisesta laajuudesta, joka niissä on annettu loukatun käsit-

⁹⁹ Ks. *Forsman*, Allm. läror, s. 528; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 163; *Grotenfelt*, s. 224.

¹⁰⁰ *Granfelt*, Lärobok, s. 101; *Tirkkonen*, LM 1934, s. 188.

¹⁰¹ *Palmgren*, s. 97.

¹⁰² Vrt. *Tirkkonen*, LM 1934, s. 187, jossa selitetään, että asianomistajan käsitteen määrittelemine ei voi tapahtua turvautumatta rikosoikeudellisiin säännöksiin.

teelle. Kuten *Grotenfelt* on maininnut,¹⁰³ *Granfeltin* määritelmän ensimmäinen kohta, jossa asianomistajalla selitetään tarkoitettavan teon välittömästi loukkaaman oikeushyvän haltijaa, koskee välittömästi yksilön oikeusalaan vastaan suuntautuvia rikoksia, joista esimerkkeinä voidaan mainita pahoinpitely ja kunnianloukkaus. Sensijaan olisi *Grotenfeltin* mielestä *Granfeltin* määritelmän toista ja kolmatta kohtaa käytettävä niissä tapauksissa, joissa puheenaoleva rikos käsitteellisesti kohdistuu pääasiassa valtion tai yhteiskunnan oikeusalaan vastaan, samalla kuitenkin loukaten tai vaarantaen yksilönkin intressejä. *Grotenfeltin* lausumista mielipiteistä selviää siis, että asianomistaja on määritelty muuksi kuin teon välittömästi loukkaaman oikeushyvän haltijaksi silloin, kun on katsottu, ettei tällainen määritelmä riitä sulkemaan piiriinsä kaikkia niitä, joiden intressejä rikos loukkaa tai vaarantaa. Loukatun käsitettä ei kuitenkaan ole syytä määritellä niin suppeasti kuin *Granfelt* on tehnyt. Selvintä on puhua loukatusta siinä mielessä, että rikoksen kohdistuessa useampia oikeushyviä vastaan loukatuiksi sanotaan kaikkia rikoksen välittömästi loukkaamien tai vaarantamien oikeushyvien haltijoita, riippumatta siitä, mitä oikeushyvää rikos pääasiallisesti loukkaa. Vaikka siis katsottaisiin, että esimerkiksi aviorikos kohdistuu etupäässä siveellisyyttä vastaan, voidaan loukatuksi tietenkin katsoa myös toinen aviopuoliso, joka on rikoksen asianomistajana. Tämä käsitys ei kuitenkaan saa johtaa siihen, että loukatun käsitettä liiaksi laajennetaan, vaan loukatuina on pidettävä vain niiden oikeushyvien haltijoita, joiden intressit todella ovat rangaistussäännöksen suojeluobjekteja.

Asianomistaja voidaan siis, kuten loukattukin, yleensä määritellä teon välittömästi loukkaaman oikeushyvän haltijaksi. Eräässä tapauksessa eroavat kuitenkin asianomistajan ja loukatun käsitteet toisistaan. Surmaamisrikoksissa on loukattuna tietenkin surmattu, mutta asianomistajina sensijaan pidetään tietoisopissa vallitsevan käsityksen mukaan surmatun puolisoa, lapsia, vanhempia ja sisaruksia. Tämä käsitys on perustettu milloin RL 8 luv. 4 §:n 2 momentin sisältämän säännöksen analogiseen soveltamiseen, milloin taas oikeuskäytännön luomaan oikeusnormiin.¹⁰⁴ Epäilemättä sitä

¹⁰³ *Grotenfelt*, s. 225.

¹⁰⁴ *Grotenfelt*, s. 226, katsoo mielipiteen oikeuden todisteena olevan RL 8 luv. 4 §:n 2 momentin säännöksen; *Tirkkonen*, LM 1934, s. 199, taas selittää oikeuskäytännön luoneen tällaisen normin. *Palmgren*, s. 135, joka kannattaa muodollista

tukee myös RL 9 luv. 3 §:n säännös, jonka mukaan surmatun tarpeellista elatusta vaille jääneet leski ja lapset ovat oikeutettuja saamaan rikoksentekijän varoista vahingonkorvausta.¹⁰⁵ Mainittu erikoistapaus on muuten sangen hyvin ymmärrettävissä, sillä surmaamisrikoiksilla ei käytännössä olisi asianomistajaa ollenkaan, jos sellaiseksi katsottaisiin todellinen loukattu, surmattu itse. Tällä tapauksella ei tosin ole suostumusopissa suurempaa merkitystä, koska kysymys on asianomistajarikosten asemasta suostumuksen vaikutuspiiriä määriteltäessä, eikä yksikään surmaamisrikos ole asianomistajarikos.

Vallitsevan mielipiteen mukaan asianomistajan ilmianto on prosessuaalinen edellytys. Jos tekoa ei ilmoiteta syytteeseen pantavaksi, se tosin jää rankaisematta, mutta sitä pidetään tästä huolimatta oikeudenvastaisena. Tätä seikkaa ovat korostaneet mm. *Grotenfelt*, *Serlachius—Särkilahti* ja *Palmgren*.¹⁰⁶ Asiaa ei muuta toiseksi se, että rikoslain asianomistajarikoksille varaama erilainen oikeudenkäyntimenettely on johtunut aineellisoikeudellisista syistä, kuten esimerkiksi *Serlachius—Särkilahti* on todennut. Poikkeavan mielipiteen asianomistajan ilmiannon vaikutuksesta teon oikeudenvastaisuuteen on kuitenkin esittänyt *Forsman*¹⁰⁷ selittäessään, että asianomistajarikokset voitaisiin jakaa kahteen ryhmään, joista toisia olisi pidettävä oikeudenvastaisina vain siinä tapauksessa, että asianomistaja itse on käsittänyt ne oikeudenloukkauksiksi, toiset taas katsottava rikoksiksi riippumatta siitä, miten asianomistaja niihin suhtautuu. Ensiksimainittuun lajiin kuuluisivat *Forsmanin* mielestä esimerkiksi kunnianloukkaukset, toiseen siveellisyyssrikokset.

Jos *Forsmanin* mielipide olisi oikea, suostumus ja syyteoikeuden käyttämättä jättäminen olisivat edelliseen ryhmään kuuluvien rikosten osalta sangen samanlaisia. Ne eroaisivat vain siinä, että suostumus annettaisiin ennen teon tekemistä, kun sensijaan syyteoikeuden käyttämättä jättäminen olisi mahdollista vasta teon tapahduttua.

asianomistajan käsitettä, selittää, ettei mikään estä pitämästä surmatun omaisia rikoksen asianomistajina.

¹⁰⁵ Niinpä *Granfelt*, joka on ollut toisella kannalla katsoen, että asianomistajana olisi pidettävä surmattua itseään, on kuitenkin myöntänyt, että surmatun leski ja lapset saavat asianomistajani aseman siinä tapauksessa, että he RL 9 luv. 3 §:n nojalla vaativat rikoksentekijältä elatusapua. Ks. tästä *Tirkkonen*, LM 1934, s. 198.

¹⁰⁶ *Grotenfelt*, s. 223, huom. 1; *Serlachius—Särkilahti*, Oppikirja I, s. 162; *Palmgren*, s. 183.

¹⁰⁷ *Forsman*, Allm. lärar, s. 523.

Forsmanin mielipidettä ei kuitenkaan voida pitää oikeana. Teon tekemisen jälkeen esiintyvän seikan perusteella ei teon luonne saata muuttua toiseksi.¹⁰⁸ Jälkeenpäin annettu anteeksianto tai syyte-oikeudesta luopuminen ei siis siinäkään tapauksessa, että se annetaan asianomistajaa oikeudellisesti sitovan sopimuksen muodossa,¹⁰⁹ voi poistaa teon oikeudenvastaisuutta. Tällainen oikeudellisesti sitova sopimus johtaa sensijaan kyllä siihen, että tekijä jää rankaisematta, koska syytettyä ei oteta oikeudessa tutkittavaksi, vaikka asianomistaja olisikin sen pannut vireille.

Voi kuitenkin olla mahdollista, että asianomistajan syyte-oikeuden käyttämättä jättäminen todella merkitsee hänen antamaansa suostumusta. Asianomistaja on näet saattanut jo ennen teon tapahtumista sallia sen ja tästä syystä teon tapahtuttua jättää ilmoittamatta sen syytteeseen pantavaksi.¹¹⁰ Toisaalta saattaa käydä niinkin, että asianomistajan nostettua syytteen hänen havaitaan siitä huolimatta ennen tekoa suostuneen siihen. Rikosoikeustieteessä on väitetty siitä, voiko henkilö, joka on antanut suostumuksensa rikokseen, tästä huolimatta sen tapahtuttua nostaa siitä syytteen. Tähän kysymykseen on usein vastattu kieltävästi, ja mainitun seikan on katsottu olevan osoituksena suostumuksen ja syyte-oikeuden käyttämättä jättämisen oikeuspoliittisesta samankaltaisuudesta.¹¹¹ Onkin selvää, että mikäli tekoon on suostuttu, ja suostumus on poistanut sen oikeudenvastaisuuden, siitä ei saateta tuomita rangaistusta edes asianomistajan vaatimuksesta. Tämä johtuu siitä, ettei tällaisessa tapauksessa rikosta ole ollenkaan syntynyt. Mutta jos tekoon ennakolta annettu suostumus veisi asianomistajalta oikeuden ilmiantaa rikoksen syytteeseen pantavaksi, merkitsisi tämä, että suostumus poistaisi kaikkien asianomistajarikosten rangaistavuuden, niitä harvoja poikkeustapauksia lukuunottamatta, joissa asianomistajarikos saattaa tulla oikeuden käsiteltäväksi ilman asianomistajan tekemää

¹⁰⁸ Ks. tästä esim. Kessler, *Einwilligung*, s. 103; Traeger, s. 134; Kiehl, s. 386; Cron, s. 45; v. Rozycki, s. 19; Saksan Korkein Oikeus, E. in Strafsachen, Bd. 24, s. 386.

¹⁰⁹ Ks. tällaisesta sitoumuksesta Palmgren, s. 177; Tirkkonen, LM 1934, s. 216.

¹¹⁰ Tästä maininnut myös Palmgren, s. 184.

¹¹¹ Tätä mieltä ovat olleet esim. Honig, s. 126; Binding, Hb. I, s. 663; Joski, s. 18; Gerland, *Vergl. Darst.*, s. 526; Dohna, *Rechtswidrigkeit*, s. 149; Klee, GA 48, s. 372; Breithaupt, s. 64; Wachenfeld, s. 455; huom. 3; M. E. Mayer, *Lehrbuch*, s. 291. Samaa suuntaan näyttää käyvän Palmgrenin, s. 98, mielipide: »Ätalsrätt kan icke heller rimligen tillerkännas borgenär, som själv på förhand givit sitt samtycke till gäldenärs förfoganden».

ilmiantoa,¹¹² ja joissa suostumuksen merkitys näinollen voitaisiin oikeudessa tutkia. Tämä ei saata olla mahdollista. Oikeusjärjestyksemme ei ole asettanut asianomistajan syyteoikeuden käytölle tällaista rajoitusta. Suostumuksen vaikutus teon oikeudenvastaisuuteen voidaan usein ratkaista vasta oikeudessa tapahtuneen harkinnan jälkeen. Jos syytetty suostumuksen perusteella vapautetaan, tämä tapahtuu selvästi aineellisoikeudellisista syistä. Asiaa ei siis jätetä koskaan tutkimatta, vaikka suostumus tekoon tiedettäisiin annetuksi.

Edellä on todettu, etteivät suostumus ja syyteoikeudesta luopuminen ole käsitteellisesti samanlaisia. Jäljelle on jäänyt sen seikan selvittäminen, loukkaavatko kaikki asianomistajarikokset yksinomaan yksilön intressejä, jolloin niihin annetulla suostumuksella intressiteorian mukaan säännöllisesti olisi oikeuttava vaikutus. Vastaus tähän kysymykseen on kielteinen. Asianomistajarikokset ovat mainitussa suhteessa laadultaan erilaisia. Toiset niistä suuntautuvat todella vain yksilön intressejä vastaan, minkä vuoksi ne rangaistetaan ainoastaan asianomistajan vaatimuksesta. Tämän laatuista asianomistajarikoksista ovat esimerkkeinä sellaisten asianosaisten tekemät teot, joiden kesken vallitsee läheinen suhde, kuten naapurien, yhtiömiesten ja aviopuolisoiden. Oikeusjärjestys sallii heidän selvittää asiansa valtion rankaisuvallan niihin puuttumatta. Samaan asianomistajarikosten ryhmään kuuluvat sellaiset teot, joista tuomitettava rangaistus merkitsee etupäässä hyvityksen antamista loukatulle. Valtion ei näet ole syytä käyttää rankaisuoikeuttaan silloin, kun loukattu käytöksellään teon jälkeen osoittaa, ettei hän hyvitystä vaadi. Tähän ryhmään kuuluvista asianomistajarikoksista mainittakoon esimerkkinä kunnianloukkaus.¹¹³ Edellä kosketeltujen, yksinomaan yksilön intressejä vastaan suuntautuvien rikosten vastakohdina ovat sellaiset asianomistajarikokset, jotka yksilön intressien ohella huomattavassa määrin loukkaavat julkisiakin intressejä. Viimeksimainitut teot on lainsäätäjä liittänyt asianomistajarikosten joukkoon siksi, että rikoksen julkisuuteen tulemisesta sangen mo-

¹¹² Tällaisia tapauksia ovat RVA 16 §:n 1 momentin mukaan ne, joissa sama teko käsittää useampia rikoksia ja näistä joku on virallisen syytteen alainen, toinen taas asianomistajarikos.

RL 19 luv. 3 §:ssä säädetään, että huoruudesta, joka säännönmukaisesti on asianomistajarikos, saa virallinen syyttäjä syyttää, jos rikoksen tähden on oikeudessa haettu avioeroa tai huoruudessa siitetylle lapselle on haettu eläkettä.

¹¹³ Ks. Palmgren, s. 184.

nissa tapauksissa saattaisi olla asianomistajalle enemmän haittaa kuin hyötyä. Haitta voisi olla niin suuri, ettei sitä vastaisi enempää asianomistajalle rikoksentekijän rankaisemisesta koituva etu kuin valtiovallankaan intressi rikollisen saattamisesta rangaistukseen. Esi-merkkeinä tällaisista asianomistajarikoksista voidaan mainita huoruus ja useat siveellisyysrikokset.¹¹⁴

Asianomistajarikosten jakamisella kahteen ryhmään on suostumusopissa epäilemättä tärkeä merkitys, sillä intressiteoriaa soveltamalla saadaan selvitettyksi suostumuksen vaikutusalan laajuus monien rikosten osalta. Selvää näet on, että suostumus poistaa sellaisten asianomistajarikosten oikeudenvastaisuuden, jotka kohdistuvat yksinomaan yksilön intressejä vastaan. Kuten *Palmgren* toteaa,¹¹⁵ näihin kuuluu esimerkiksi pahoinpitely, mistä ei seuraa kuolemaa eikä vaikeata ruumiinvammaa, lukuunottamatta tietenkin niitä tapauksia, joissa mainitun laatuinen teko poikkeuksellisesti on virallisen syytteen alainen. Samaan ryhmään luetaan myös pesäntekävalitus ja vahingonteko.

Ilmeistä edelleen on, että suostumus ei poista kaikkien asianomistajarikosten oikeudenvastaisuutta. Sellaiset rikokset, jotka on liitetty asianomistajarikosten joukkoon vain siitä syystä, että asianomistajalle on jätetty valta arvioida, onko niiden julkisuuteen tulemisesta hänelle enemmän haittaa kuin hyötyä, loukkaavat huomattavassa määrin julkisia intressejä, mistä seuraa, että suostumus ei poista niiden oikeudenvastaisuutta.

Asianomistajarikosten merkitys on siis suostumusopissa sangen suuri, kuten tämän tutkimuksen erityisessä osassa lähemmin todetaan, sillä teon loukkausobjektin laatu saadaan useissa tapauksissa selvitettyksi tutkimalla, mihin asianomistajarikosten luokkaan teko kuuluu. Ratkaisun arvoa kohottaa se, että siinä voidaan nojautua positiivisen oikeuden säännöksiin. Suostumuksen vaikutusala koskevaa kysymystä ei tällä tavoin kuitenkaan saada kokonaisuudessaan selvitettyksi. On siksi tarpeen jatkaa intressiteorian soveltamista käytäntöön. Tutkittaessa oikeusjärjestyksen suojaamien intressien laatua olisi tärkeää tietää, ovatko julkiset intressit tarkemmin määriteltävissä ja luokiteltavissa. Seuraavassa kiinnitetään huomiota rikosoikeustieteessä esiintyneisiin tämän suuntaisiin yrityksiin.

¹¹⁴ *Palmgren*, s. 186. — *Palmgrenin* mainitsemat kaksi asianomistajarikosten ryhmää vastaavat *Forsmanin* jakoa aineellisoikeudellisista syistä ja prosessuaalisista syistä asianomistajarikoksiksi luettaviin rikoksiin.

¹¹⁵ Ks. RL 21:14.

b. Tarkoitusteorian suhde intressiteoriaan.

Tarkoitusteoriaa, jonka mukaan teko on oikeudenmukainen ollessaan oikea keino valtion hyväksymän tarkoituksen toteuttamiseksi, on usein käytetty suostumuksen vaikutusalan selvittämiseen. Se on joskus johtanut intressiteorian täydelliseen syrjäyttämiseenkin. Niinpä *Mannheimer* on pitänyt suostumuksen vaikutusalan kriteerina yksinomaan teon soveltumista rikoslain »yleiseen tarkoitukseen».¹¹⁶ Tähän teoriaan on yleisesti nojautunut myös Saksan kansallissosialistinen tieteosoppi.¹¹⁷ Mielenkiintoisin on kuitenkin se tarkoitusteorian muoto, jossa pyritään yhdistämään tarkoitus- ja intressiteoriat, ja jonka edustajista mainittakoon *Dohna*, *Liszt-Schmidt* ja v. *Rozycki*.¹¹⁸ Mainitut suostumusopin tutkijat myöntävät, että suostumuksen vaikutusalan laajuuden määrää se, loukkaako teko vain yksilön oikeushyviä vai myös yhteiskunnan intressejä, mutta heidän

¹¹⁶ *Mannheimer*, s. 79 ja 82. — *Mannheimer* katsoo rikoslain yleisen tarkoituksen vaativan yksilön intressien syrjäyttämistä yhteiskunnan etujen tieltä. Kun tämä käsitys kuitenkin johtaisi suostumuksen merkityksen täydelliseen kieltämiseen, *Mannheimer* on myöntänyt, että säännöstä saattaa olla poikkeuksia, joissa yksilön tahdolle annetaan merkitystä.

¹¹⁷ Kansallissosialistisen rikosoikeustieteen pääperiaatteita oli »kansakokonaisuuden» pitäminen rikoslain säännösten ainoana suojeluobjektina. Suostumusopissa tämä käsitys veisi johdonmukaisesti ajateltuna siihen, että yksilön ja yhteiskunnan intressejä ei voitaisi toisistaan erottaa eikä suostumuksella saattaisi olla mitään merkitystä. Tällaista johtopäätöstä eivät kansallissosialistisen oikeustieteen edustajat kuitenkaan yleensä ole tehneet, vaan ovat selittäneet, että valtio on joissakin tapauksissa jättänyt yksilön vapaaseen vallintaan oikeushyvän, jolla valtiolle ei ole ollut suurempaa arvoa. Tämän mielipiteen on esittänyt mm. *Mezger* viimeisessä, v. 1938 ilmestyneessä teoksessaan. Hän on selittänyt suostumuksen olevan ilmauksena ns. puuttuvan suojatarpeen periaatteesta (ei siis puuttuvan intressin). *Mezger* on katsonut teon olevan suostumuksen johdosta oikeudenmukaisen, koska oikeushyvän suojaamisen tarve kysymyksessäolevassa tapauksessa poikkeuksellisesti puuttuu. Ks. tästä *Mezger*, *Strafrecht* 1938, s. 66. — Tämä *Mezgerin* esittämä mielipide ei tosin ole saanut täydellistä hyväksymistä kansallissosialistisessa rikosoikeustieteessä. Niinpä *H. Mayerin* oppikirjassa suositellaan (s. 237) suostumuksen vaikutusalaa määrättäessä otettavaksi huomioon »järkevästi ajattelevan henkilön tahto». Mielipide lähenee ilmeisesti Hessin aikoinaan esittämää teoriaa »järkevistä tahdosta» (ks. siitä sivua 39), jota eräät tarkoitusteorian kannattajat, kuten *Dohna*, jo aikaisemminkin olivat selostaneet ilmeisellä ymmärtämyksellä.

Ruotsalainen *Wetter* näyttää olevan lähellä tarkoitusteorian kantaa, ks. s. 31. Suostumuksen vaikutusalan määrääminen tapahtuu hänen käsityksensä mukaan siten, että arvioidaan, mikä merkitys teolla on yhteiskunnan kannalta katsoen.

¹¹⁸ *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 142; *Liszt-Schmidt*, s. 187; v. *Rozycki*, s. 66 ja 67.

käsityksensä mukaan julkiset intressit ovat teon loukkausobjekteina juuri silloin, kun teko loukatun siihen antamasta suostumuksesta huolimatta jää ristiriitaan yhteiskunnan tarkoitusten kanssa. Tätä periaatetta tarkemmin selvittäessään Dohna huomauttaa, että loukatun suostumuksin tehty teko on oikeudenvastainen, jos se on vastoin vallitsevaa kulttuurikäsitystä. Teon laatu on Dohnan käsityksen mukaan arvosteltava jokaisessa yksityistapauksessa erikseen ottamalla huomioon suostumus, tapauksen objektiiviset asianhaarat sekä suostumuksen antajan ja teon tekijän subjektiivinen asennoituminen.

Kysymykseen, olisiko tarkoitusteoria edellä selostetuin tavoin asetettava intressiteorian rinnalle, on vastattava kieltävästi. Ilmeistä tosin on, että sellainen teko, joka on ristiriidassa yhteiskunnan etujen kanssa, oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastaisena on oikeudenvastainen, olipa loukattu siihen antanut suostumuksen tai ei. Tällä toteamuksella ei kuitenkaan ole mitään voitettu. Suostumusopin intressiteoria ilmentää näet jo itsessään samaa periaatetta kuin tarkoitusteoria, minkä vuoksi jälkimmäisen käyttäminen edellisen apuna ei hyödytä mitään. Tarkoitusteoria intressiteorian rinnalla merkitsisi vain intressiteorian lausumista toisin sanoin.

c. Hyvien tapojen periaate verrattuna intressiteoriaan.

Saksan kansallissosialistisen rikosoikeustieteen suostumusoppi, joka intressiteorian syrjäyttäen on päätynyt sekä vanhemmasta saksalaisesta että pohjoismaisesta suostumusopista poikkeaviin tuloksiin, herättää mielenkiintoa varsinkin siksi, että sen tehtäväksi on tullut erään suostumuksen merkitystä koskevan lainsäädännön tulkinta. Vuonna 1933 annettiin Saksassa säännös suostumuksen vaikutuksesta pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuteen. Tämä suostumusopin erityisen osan tärkein kysymys ratkaistiin mainitussa lainsäädännöksessä siten, että loukatun suostumuksin tapahtuva pahoinpitely katsottiin oikeudenvastaiseksi vain silloin, kun teko suostumuksesta huolimatta oli hyvien tapojen vastainen.¹¹⁹ Lainsäädännöstä

¹¹⁹ Tämä Saksan rikoslain 226 a kuuluu: »Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstösst». — Rikoslain ehdotusten mukaan oli uuteenkin rikoslakiin tarkoitettu liitettäväksi samanlainen säännös. Ks. Gürtner, Das. kommende, Bes. Teil, s. 392.

tulkitsevilla kommentaareissa on esiintynyt erilaisia mielipiteitä tämän säännöksen tarkoituksesta. Toiset ovat arvelleet sen merkitsevän suostumuksen tunnustamista yleiseksi oikeuttamisperusteeksi pahoinpitelytekojen suhteen,¹²⁰ toiset taas katsoneet sen tarkoittavan suostumuksen täydellistä syrjäyttämistä.¹²¹ Hyvien tapojen vastaisen teon käsitteen selvittämiseksi kansallissosialistiset oppikirjat ovat, mikäli eivät ole pitäneet hyviä tapoja yksinkertaisesti samana kuin kansallissosialistista maailmankäsitystä, arvelleet hyvien tapojen mukaisen teon olevan »terveen kansankäsityksen ja kansassa vallitsevan oikeustajunnan mukaisen teon».¹²² Saksan Korkein Oikeus on tässä mielessä ottanut huomioon »kaikkien oikein ja kohtuullisesti ajattelevien tunteen oikeasta ja väärästä».¹²³ Lainsäädännös on siten merkinnyt oikeudellisesti ja eettisesti paheksuttavien tekojen lähentämistä ollen ilmauksena samasta periaatteesta kuin Saksan rikoslain 2 §, jonka mukaan sellaisestakin teosta, jota ei nimenomaan ole rikoslain tunnusmerkistöissä mainittu, voidaan tuomita rangaistus sen ollessa oikeustajunnan vastainen.¹²⁴

On mielenkiintoista todeta, että samaten kuin Saksassa, myös

Cron, s. 23, huomauttaa, että 226 a §:n tarkoituksena oli lähinnä tehdä mahdolliseksi rotuhygieenisistä syistä tapahtuva sterilisoiminen.

¹²⁰ Näin Frank (Schäfer-Dohnanyi), s. 44—45.

¹²¹ Lehninghaus, s. 47, menee tosin niin pitkälle, että katsoo suostumuksen oikeuttamisperusteena 226 a §:n säätämisen kautta kokonaan menettäneen merkityksensä. Hän huomauttaa, että teon oikeudenvastaisuuden määrää sen suhde hyviin tapoihin eikä suostumuksen olemassaolo. Mielipidettä ei kuitenkaan voida pitää oikeana, sillä ilmeistä on, että suostumus sangen usein saattaa muuttaa teon hyvien tapojen mukaiseksi.

¹²² Ks. Mühlmann, s. 20; Mezger, Strafrecht 1938, s. 66; Frank (Schäfer-Dohnanyi), s. 45; Vogel, s. 35.

¹²³ Ks. E. in Strafsachen, Bd. 48, s. 124.

226 a §:ää on Saksan tietoisopissa pyritty soveltamaan analogisesti koko suostumusoppiin. Ks. Mezger, Strafrecht 1938, s. 66; Mühlmann, s. 21; Welzel, s. 67; Röschinger, s. 7.

¹²⁴ Jo ennen 226 a §:n säätämistä oli Saksan tietoisopissa usein kiinnitetty huomiota hyvien tapojen periaatteeseen. Suostumusopissa sen lienee ensimmäisenä maininnut oikeustoimitteorian perustaja Zitelmann, s. 72, joka muiden oikeustoimitteorian kannattajien tavoin piti hyvien tapojen vastaista suostumusta pätemättömänä. Samalla kannalla olivat myöhemmin, ehkä osittain 226 a §:ä edeltävien rikoslainehdotusten vaikutuksesta, mm. Dohna, Recht und Irrtum, s. 14; Honig, s. 137; v. Bar, Gesetz und Schuld, s. 67; v. Rozycki, s. 21; Hippel II, s. 247. Sensijaan Creifelds, joka on kirjoittanut tästä kysymyksestä erikoisteoksen (»Wird bei einem Verstoss gegen die guten Sitten die Einwilligung im Strafrecht irrelevant?», painettu v. 1929), tulee kielteiseen tulokseen katsoen, ettei periaatetta ainakaan

Englannissa on suostumusopin alalla yhä enemmän pyritty ottamaan huomioon yhteiskunnan intressit. Suostumuksesta riippumatta on teko katsottu rangaistavaksi sen ollessa »rangaistuksen arvoinen» yhteiskunnallisen vahingollisuutensa vuoksi. Enemmän kuin Saksassa, on Englannissa tällöin kiinnitetty huomiota tekijän tarkoitukseen, mutta teon yhteiskunnallinen merkitys on muuten kummassakin maassa arvioitu suunnilleen samojen periaatteiden mukaan.¹²⁵ Saksan lainsäädännössä mainittuja »hyvien tapojen vastaisia tekoja» ovat englantilaisessa oikeuskäytännössä vastanneet teot, jotka ovat »olemuksestaan oikeudenvastaisia», ja joita suostumus ei siksi saata oikeuttaa.

Suomalaisessa tieteisopissa on hyvien tapojen käsitettä selvitetty etupäässä siviilioikeustieteen alalla. Sellainen teko tai toimi, jota jokainen oikein ja kohtuullisesti ajatteleva henkilö pitää hyvään, moraaliseen tilaan soveltumattomana, on katsottu hyvien tapojen vastaiseksi.¹²⁶ Hyvien tapojen noudattamisella on siis tarkoitettu toimimista sovinnaisesti hyväksyttävällä tavalla. Jokaista objektiivisesti katsoen hyvien tapojen vastaista oikeustointa on pidetty pätemättömänä, vaikka oikeusjärjestyksemme ei tästä seikasta sisällykään yleistä säännöstä.¹²⁷

Rikoslaissamme on hyvät tavat mainittu 43 luvun otsikossa. Mainitun luvun sisältämät rikokset eivät suinkaan ole ainoat hyvien tapojen vastaiset rikolliset teot, vaan päinvastoin kaikki rikokset ovat ilmeisesti sovinnaisesti hylättäviä.¹²⁸ Mutta yhtä vähän kuin on oikeutta väittää, että laissa olisi kriminalisoitu kaikki hyviä tapoja vastaan suuntautuvat teot, yhtä vähän on syytä luulla, että hyvät tavat on korotettu suojeleobjektin arvoon kaikissa rikoslain rangaistussäännöksissä. Tämä on tapahtunut vain sellaisten loukkausten suhteen, jotka ovat yhteiskunnalle siksi vaarallisia, ettei niitä voida pitää sallittuina. Jos lain rangaistussäännös suojaa hyviä tapoja, sanotaan rikoksen loukkaavan siveellisyyttä. Siveellisyys on tällöin

de lege lata voida soveltaa suostumusoppiin. Ks. main. teoksen s. 2, 63, 70—72 ja 96.

¹²⁵ Ks. *Röscher*, s. 34. — Kuten aikaisemmin on mainittu, vanhemman englantilaisen oikeuskäytännön mukaan suostumus poisti pahoinpitelyn rangaistavuuden, mikäli teko ei ollut julkista järjestystä häiritsevää tai aiheuttanut loukatulle sellaista seurausta, että sitä oli pakko pitää »silpomisena». Näin *Stephen*, s. 207—209; *Harris-Wilshire*, s. 219.

¹²⁶ Ks. *Kivimäki*, s. 125.

¹²⁷ Näin *Wrede*, *Velvoiteoikeus*, s. 32; *Kivimäki*, s. 125; *Ekström*, s. 656.

¹²⁸ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, *Oppikirja II*, s. 79, huom. 1.

säännöksen suojeluobjektina joko yksinään tai jonkin muun oikeushyvän ohella.

Siveellisyys kuuluu niihin oikeushyviin, jotka on suojattu yhteiskunnan edun vuoksi. Ilmeistä siksi on, että hyvien tapojen vastainen teko jää oikeudenvastaiseksi, vaikka loukattu olisikin siihen antanut suostumuksensa. Siveellisyys ei kuitenkaan ole ainoa rikoslain rangaistussäännösten suojaama julkinen intressi. Vaikka teko ei loukkaaisikaan siveellisyyttä, se saattaa silti olla jostakin muusta syystä julkisten intressien vastainen. Hyvien tapojen periaatteella ei siksi suostumuksen vaikutus alaa saada kokonaan selvitetyksi, vaikka sillä epäilemättä on suostumusopissa tärkeä merkityksensä.

d. Oikeushyvien korvaamismahdollisuuden teoria.

Maamme rikosoikeustieteessä on lausuttu se käsitys, että suostumus poistaisi sellaisten tekojen oikeudenvastaisuuden, joiden loukkaama oikeushyvä jälleen voitaisiin palauttaa entiselleen. Tämän mielipiteen on esittänyt Forsman.^{128a} Hän on perustanut käsityksensä luonnonoikeudellisen koulukunnan periaatteisiin selittäen, ettei »korvaamattomien» oikeuksien luovuttaminen saata käydä päinsä, koska niiden menettäminen tekisi oikeussubjektin olemassaolon siveellisessä suhteessa mahdottomaksi. »Korvattavista» oikeuksista luopuminen on sensijaan Forsmanin käsityksen mukaan mahdollista.¹²⁹

Forsman on selittänyt, että loukatun pyynnöstä tapahtuva surmaaminen rangaistaan, koska hengen menettämistä ei millään saateta korvata. Pahoinpitelyteot jaetaan Forsmanin käsityksen mukaan kahteen luokkaan. Toiset niistä rangaistaan suostumuksesta huolimatta, koska ne tuottavat loukatulle siksi haitallisia seurauksia, ettei hänen terveytensä ennalleen palautuminen enää ole mahdollista. Toiset taas jätetään rankaisematta, koska loukatun terveys palaa entiselleen teon aiheuttamien vammojen täydellisen parantumisen vuoksi. Varmaan tulokseen päästään Forsmanin teorian avulla arvosteltaessa loukatun suostumuksin tapahtunutta lievää pahoinpitelyä. Koska

^{128a} Forsman, Pakkotila, s. 71: »Ainoastaan siinä määrässä siis, jossa oikeus, eli, paremmin sanottu, oikeuden käyttöpuoli on sitä laatua, että se voidaan korvata tai entisilleen laittaa, voidaan se luovuttaa, ja siis rangaistuksetta joutua jonkun vieraan henkilön käytännön alaiseksi.»

¹²⁹ Forsman, Pakkotila, s. 70.

mainittu teko tuottaa loukatulle enintään vähäisen vamman, se jää rankaisematta. Teorian soveltaminen törkeään ja törkeätä lievempään pahoinpitelyyn johtaa tulokseen, joka ei ole yhdenmukainen vallitsevan suomalaisen tieteisopin omaksuman kannan kanssa. Yleisesti on maamme rikosoikeustieteessä katsottu, että suostumus poistaa törkeätä lievemmän pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden, mutta ettei se sensijaan saa tätä vaikutusta kysymyksen ollessa törkeästä pahoinpitelystä. Forsmanin teorian mukaan ei tätä käsitystä voitaisi pitää oikeana ainakaan siinä tapauksessa, että asiaa arvosteltaisiin sen seurauksen kannalta, minkä teko kussakin yksityistapauksessa tulee saamaan. Törkeäksi pahoinpitelyksi luettava hengenvaarallisen taudin aiheuttaminen tulisi ilmeisesti monessa tapauksessa kuulumaan sellaisiin tekoihin, joiden oikeudenvastaisuuden suostumus poistaisi. Näin käyisi silloin, kun loukattu täydellisesti parantuisi sairastamastaan hengenvaarallisesta taudista, sillä tässä tapauksessa olisi loukattu oikeushyvä palautunut ennalleen. Toisaalta ei suostumus poistaisi ruumiinvamman tuottamuksenkaan oikeudenvastaisuutta, elleivät tästä seuraavat vammat kokonaan paranisi. Jos taas tilannetta arvioitaessa ei otettaisi huomioon teon konkreettisesti yksityistapauksessa saamaa seurausta, vaan se, mitä yleisen kokemuksen mukaan voidaan tietää kunkin loukkauksen suuremmasta tai pienemmästä vaarallisuudesta, jäisivät loukatun psykofyysillisestä rakenteesta johtuvat eroavaisuudet kokonaan syrjään, vaikka ilmeistä on, että niistä riippuen vamma saattaa muodostua aivan erilaiseksi eri yksilöillä.¹³⁰ Teorian käyttämistä vaikeuttaisi edelleen »ennalleen palautumisen» käsitteen epämääräisyys. Täysin terveen ja sairaan välillä on näet erilaisia invaliditeettiasteita. Tärkeätä olisi ainakin tietää, mitä seikkoja olisi pidettävä silmällä arvosteltaessa loukatun paranemista. Riittäisikö työkyvyn säilyminen? Olisiko otettava huomioon loukatun erikoisammatti vai työkyky vain yleisesti arvioituna? Pitäisikö kiinnittää huomiota ulkomuotoon? Näihin kysymyksiin ei teoria anna vastausta.

Forsmanin teorian mukaan suostumus yleensä poistaisi vapautta vastaan suuntautuvan rikoksen oikeudenvastaisuuden. Poikkeuksena ovat tapaukset, joissa vapaus menetetään peruuttamattomasti.¹³¹ Teorialle näyttää antavan tukea RL 25:1a, joka tosin on säädetty kym-

¹³⁰ Forsman, Pakkotila, s. 72 ja 73, myöntää itsekkin teorian tässä kohtaavan vaikeuksia.

¹³¹ Forsman, Pakkotila, s. 73, ja Allm. läror, s. 88.

meniä vuosia Forsmanin teorian esittämisen jälkeen. Lainkohdan tarkoittamasta teosta tuomitaan rangaistus siinäkin tapauksessa, että loukattu on antanut siihen suostumuksensa, minkä voidaan selittää johtuvan siitä, että säännöksessä mainittu teko riistää täydellisesti loukatun itsemääräämisoikeuden. Forsmanin teoriaan ei kuitenkaan sovellu se seikka, että tämän rikoksen tekijä saa rangaistuksen silloinkin, kun rikoksen tarkoituksena ollut haureuden välikappaleeksi joutuminen ei vielä ole toteutunut ja loukattu oikeushyvä, vapaus, on voitu loukatulle jälleen palauttaa.

Kunniaa Forsman on pitänyt sellaisena subjektiivisena oikeutena, jonka luovuttaminen on mahdollista. Hän on katsonut suostumuksen poistavan kunnianloukkauksen oikeudenvastaisuuden, koska kunnia yksilön omasta tahdosta riippuvana oikeutena saatetaan loukkaamisen jälkeen yksilölle jälleen palauttaa.¹³² Myöhemmässä teoksessaan¹³³ Forsman on jonkin verran muuttanut käsitystään selittäen kunnian luovutettavaksi toisesta syystä. Hän on katsonut kunnian siinä määrin persoonalliseksi, että loukatusta itsestään riippuu, mitä hän sillä ymmärtää. Tästä johtuu, että teko, johon loukattu on antanut suostumuksensa, ei ollenkaan ole loukannut hänen kunniaansa. Nykyisin vallitsevan käsityskannan mukaan kunnianloukkaus kohdistuu intressiin, mikä loukatulla on siitä, etteivät toiset käytädy häntä kohtaan loukkaavasti.¹³⁴ Kunnia suojeleobjektina tarkoittaa siis sitä kunnioitusta ja arvonnantoa, jota jokainen on velvollinen osoittamaan toiselle henkilölle sekä ihmisenä yleensä että yhteiskunnan jäsenenä.¹³⁵ On vaikeata sanoa, voidaanko tällainen arvonnanto palauttaa loukkauksen jälkeen entiselleen. Jos katsotaan, ettei se aina ole mahdollista, johtaa tämä Forsmanin teorian mukaan siihen, että kunnianloukkaukseen annettu suostumus ei poikkeuksetta poista teon oikeudenvastaisuutta.

Forsmanin teorian pätevyys määräytyy sen mukaan, minkä arvonnanto saa intressiteorian yhteydessä käytettynä. Sen soveltaminen merkitsisi, että yksilön oikeushyviä korvaamattomasti loukkaavat teot leimattaisiin julkisten intressien vastaisiksi. Totta onkin, että useat näistä teoista loukkaavat julkisia etuja. Näin on asianlaite esimerkiksi hengen ollessa teon loukkausobjektina. Tätä toteamusta ei kuitenkaan voi yleistää säännöksi. Päinvastoin saattaa eräissä

¹³² Forsman, Pakkotila, s. 73.

¹³³ Allm. lärör, s. 88.

¹³⁴ Ks. Serlachius-Särkilähti, Oppikirja II, s. 119.

¹³⁵ Ks. Honkasalo, Erin rikokset, s. 25.

tapauksissa yksilön korvaamattomien oikeushyvien loukkaaminen olla julkisten intressien kannalta yhdenmukaista. Olisi väärin luulla, että esimerkiksi sellainen loukatun ruumiillista koskemattomuutta vastaan kohdistuva teko, jonka seurauksena olisi loukatun ulkomuodon aineiseksi pilaava vamma, poikkeuksesta olisi julkisten intressien vastainen. Näin ei suinkaan ole asianlaita, sillä yhteiskunnan kannalta katsoen on yksilön ulkomuoto yleensä yhdenmukaista.¹³⁶ Yhteiskunnan intressejä ei loukkaa myöskään sellainen kunnianloukkaus, joka perusteellisesti halventaa loukatun maineen. Forsmanin teorian virheellisyys ilmenee jo näistä esimerkeistä. Teoria perustuu siihen väärään olettamukseen, että yhteiskunnan velvollisuus olisi suojata yksilön intressejä tämän omaa tahtoa vastaan.¹³⁷ Tämän vuoksi ei teoriaa voida suostumusopissa käyttää.

e. Yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttämisen teoria.

Kotimaisessa tietoisuudessamme on *Honkasalo* esittänyt teorian,¹³⁸ joka suostumuksen vaikutusalan määrittämisessä kiinnittää erikoista huomiota yksilön kykyyn täyttää yhteiskunnalliset velvollisuutensa. Teoria on Forsmanin teorian vastakohta, sillä kun Forsmanin teoria kohdistaa huomionsa siihen, mikä merkitys teolla on yksilön omille intresseille, *Honkasalo* lähtee tutkimaan teon yhteiskunnallista merkitystä. Viimeksimainittua teoriaa ovat kannattaneet myös *Mezger*¹³⁹ ja *Hagströmer*.¹⁴⁰ Sen mukaan loukatun suostumuksin tapahtunut teko jää oikeudenvastaiseksi, jos yksilön yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttämiskyky teon johdosta lakkaa tai huomattavasti vähenee.

Honkasalon teorian perusajatusta on pidettävä oikeana. Selvää näet on, että julkinen intressi vaatii yhteiskunnan jäseniä täyttä-

¹³⁶ Englantilaisessa oikeudessa tämä on nimenomaan mainittu, ks. *Stephen*, s. 208.

¹³⁷ Ks. ed. s. 45.

¹³⁸ *Honkasalo*, *Steriliseringen*, s. 290 ja 291.

¹³⁹ *Mezger*, GS 89, s. 272, ja *Lehrbuch* 1933, s. 216. Viimeksimainitussa sanotaan mm. »...die Einwilligung ist dort, freilich auch nur dort unwirksam, wo durch die Tat der Verletzte in erheblicher Weise in der Erfüllung seiner sozialen Aufgaben beeinträchtigt wird. Damit ist freilich nur eine Richtlinie gegeben, die für die praktische Anwendung näherer Ausführung bedarf. Sie kann sich in Ermangelung unmittelbarer gesetzlicher Anhaltspunkte nur an Erwägungen allgemeiner Art halten».

¹⁴⁰ *Hagströmer*, *Strafrrätt*, s. 110.

mään velvollisuutensa sitä kohtaan. Oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastaisena täytyy siksi pitää tekoa, jonka seurauksena on yksilön suorituskyvyn lakkaaminen tai vähentyminen. Teorian soveltaminen edellyttää tietoa siitä, mitä on pidettävä yksilön yhteiskunnallisina velvollisuuksina. Oikean käsityksen mukaan velvollisuuksien käsite on ymmärrettävä niin laajasti, että siihen ei sisälly yksinomaan yhteiskunnan jäsenen pystyväisyys omaan ammattiinsa tai työkyky yleisesti arvioituna, vaan myöskin kykeneväisyys muiden sosiaalisten velvollisuuksien täyttämiseen.¹⁴¹ Niinpä pidetään esimerkiksi sellaista loukatun suostumuksin tapahtunutta ruumiillisen koskemattomuuden loukkausta kuin sterilisatiota oikeudenvastaisena tekona, koska yhteiskunnan intressi vaatii, että sen jäsenet ovat suvunjatkamiskykyisiä.¹⁴²

Edellä selostettu teoria, jota Honkasalo on käyttänyt loukatun suostumuksin tapahtuneen pahoinpitelyn oikeudellisessa arvioinnissa; antaa ilmeisesti oikeat ratkaisut henkeä ja ruumiillista koskemattomuutta vastaan tehtyihin tekoihin annetun suostumuksen merkitystä arvosteltaessa. Niinpä törkeä pahoinpitely jää sen mukaan oikeudenvastaiseksi loukatun suostumuksesta huolimatta. Tämä on luonnollista, koska »puheen, näön tahi kuulon kadottaminen, vaikea vika tai muu vaikea ruumiinvirhe, pysyväinen vaikea terveydenhaitta»¹⁴³ kaikki ovat sellaisia seurauksia, joiden johdosta yksilön yhteiskunnallinen kelpoisuus pienenee. Voidaan kysyä, eikö »hengenvaarallinen tauti tai vioittuma» ole katsottava poikkeukseksi säännöstä, jonka mukaan loukatun suostumuksin tapahtunut törkeä pahoinpitely aina rangaistaan. Saattaa näet olla, että tällainen sairaus täydellisesti paranee, vieläpä siksi lyhyessä ajassa, ettei se sanottavammin ehdi vaikeuttaa yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttämistä. Mainitun seurauksen saanut pahoinpitely on kuitenkin epäilemättä julkisten intressien vastainen. Tämä johtuu siitä, että se vakavasti vaarantaa yksilön henkeä ja ruumiillista koskemattomuutta. Oikeusjärjestyksemme ei ole kieltänyt ainoastaan julkisten intressien loukkausta, vaan usein myös niiden vaarantamisen.

Yksilön yhteiskunnallista kelpoisuutta voidaan kuitenkin pitää loukatun suostumuksin tehdyn pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden

¹⁴¹ Traeger, s. 121, on aiheettomasti väittänyt, että tämä teoria ottaisi huomioon vain taloudelliset seikat.

¹⁴² Honkasalo, Steriliseringen, s. 290.

¹⁴³ Ks. RL 21:5,4, kuten se kuuluu 23/4 1926 annetussa laissa.

kriteriona vain silloin, kun kysymys on yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttämiseen kykenevästä henkilöstä. Jos teoriaa sovellettaisiin muihinkin, tultaisiin esimerkiksi sellaiseen tulokseen, että vanhan, täysin työkyvyttömän henkilön antama suostumus poistaisi törkeän pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden, koska loukattu ei missään tapauksessa pystyisi työhön eikä pahoinpitely täten käytännössä vaikuttaisi tässä suhteessa puoleen eikä toiseen. Tällainen ratkaisu ei kuitenkaan, kuten Honkasalo on maininnutkin,¹⁴⁴ tyydyttäisi oikeustajuntaamme. Väärään tulokseen voidaan tulla myös sovellettaessa teoriaa muita oikeushyviä kuin ruumiillista koskemattomuutta vastaan tehtyihin rikoksiin. Niinpä joudutaan teorian mukaan loukatun aviopuolison suostumuksin tapahtuva huoruus jättämään rankaisematta, koska tuskin voidaan katsoa tällaisen teon lakkauttavan tai vähentävän yksilön kykyä täyttää yhteiskunnalliset velvollisuutensa. Samaten on asianlaita eräisiin siveellisyysrikkosiin annetun suostumuksen merkitystä arvioitaessa. Haureuden harjoittamisen samaa sukupuolta olevan kanssa ei tarvitse lakkauttaa tai vähentää yksilön kykyä täyttää yhteiskunnalliset velvollisuutensa, mutta silti on ilmeistä, että suostumus ei tee mainittua tekoa rankaisemattomaksi.

Ne väärät tulokset, joihin teoria näyttää johtavan, saavat selityksensä teorian yksipuolisuudesta. Yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttäminen ei ole ainoa rikoslain suojaama julkinen intressi, vaan ainoastaan yksi niistä. Rangaistussäännöksen suojelukohteina saattavat siis olla monet muutkin yhteiskunnan edun vuoksi suojatut oikeushyvät. Niinpä on hyvien tapojen periaatetta selostettaessa todettu siveellisyyden kuuluvan tällaisiin. Tämän intressin suojaaminen on epäilemättä syynä esimerkiksi siihen, että vanhalle ja työkyvyttömälle henkilölle tehty pahoinpitely sekin katsotaan oikeudenvastaiseksi loukatun suostumuksesta huolimatta. Tällaista tekoa voidaan näet täydellä syyllä pitää »hyvään, moraaliseen tilaan soveltumattomana».

— — —

◦ Suostumusopin teorioiden tarkasteleminen on vienyt siihen lopputulokseen, että suostumuksen vaikutusalan määrittäminen ei yleisensännöin käy päinsä, vaan se on selvitettävä suostumusopin erityisessä osassa kunkin rikoksen kohdalta erikseen intressiteorian peri-

¹⁴⁴ Ks. Honkasalo, Steriliseringen, s. 290.

aatteen mukaisesti. Lain suojaamat julkiset intressit eivät ole siten luokiteltavissa, että teon suhde niihin voitaisiin ratkaista ilman tällaista yksityiskohtaista tutkimista. Tässä työssä saadaan kuitenkin paljon apua niistä periaatteista, jotka edellä on todettu oikeiksi. Mikäli teon loukkaamien intressien laatua ei saada selville tutkimalla, mihin asianomistajarikosten luokkaan teko kuuluu, on ratkaisuun pyrittäessä siis oikeusjärjestyksen tarkoitus selvitettävä edellä selostettuja hyvien tapojen periaatetta ja yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttämisen teoriaa ohjeina käyttäen, sillä ilmeistä on, että siveellisyys ja yksilön yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttämiskyky ovat tärkeimpiä niistä julkisista intresseistä, mitkä suostumusopissa tulevat kysymykseen suostumuksen vaikutusalaan rajoittavina rangaitussäännösten suojeluobjekteina.

D. Suostumusoppi verrattuna yksilön ja yhteiskunnan suhteeseen eri aikoina.

Koska suostumusoppia on tutkittu 1700-luvulta saakka, voidaan siinä saavutettuja tuloksia jossakin määrin verrata kulloinkin valinneeseen käsitykseen yksilön ja yhteiskunnan välisestä suhteesta.¹⁴⁵ Niinpä on selvästi havaittavissa, että 1700-luvun suostumusopin pohjana oli ns. luonnonoikeudellisen koulukunnan käsitys jokaiselle järjellis-siveelliselle olenolle luonnostaan kuuluvista subjektiivisista oikeuksista. Eräitä tällaisia oikeuksia pidettiin luovutettavina, minkä johdosta suostumus poisti niitä kohtaan suuntautuvien loukkausten oikeudenvastaisuuden.

Luonnonoikeudellista koulukuntaa seuraava ns. historiallinen suunta ei pitänyt yksilölle kuuluvien subjektiivisten oikeuksien olemassaoloa mahdollisena, vaan katsoi kaikkien oikeuksien olevan valtion määrättävissä tämän jumalallisen alkuperän vuoksi. Koska rikokset olivat valtiota vastaan suunnattuja tekoja, joiden yhteisenä tuntomerkinä oli yleisvaarallisuus, suostumukselle ei annettu mitään merkitystä.

Historiallista koulukuntaa seurasi ns. Hegelin oikeusfilosofia, joka pyrki yhdistämään positiivisen oikeuden ja »ihanneoikeuden» pitäen edellistä jälkimmäisen ulkonaisena ilmenemismuotona. Rikoksen tapahtuminen merkitsi tämän koulukunnan mukaan

¹⁴⁵ Esityksessä on seurattu etupäässä Honigin tutkimusta, ks. sen s. 32—76. Vrt. myös Honkasalo, DL 1943, s. 167 ja 172, sekä Rauch, s. 42—48 ja 57.

sitä, että rikoksentekijän tahto oli ristiriidassa oikeusjärjestyksestä ilmenevän »yleisen tahdon» kanssa. Tämän vuoksi voitiin rikoksina pitää myös sellaisia tekoja, jotka eivät loukanneet kenenkään yksilön subjektiivisia oikeuksia. Suostumusopissa tultiin samansuuntaisiin tuloksiin kuin luonnonoikeudellisen koulukunnan aikana. Kuitenkin katsottiin tekojen olevan oikeudenvastaisia yksilön suostumuksesta huolimatta, jos ne loukkasivat yleistä järjestystä tai siveellisyyttä.

Suostumusopin intressiteorian perustana on ollut Birnbaum in perustama ns. sosiologinen positivismi. Kun rikos määriteltiin intressin tai oikeushyvän loukkaukseksi, oli suostumuksen vaikutusala määriteltävä selvittämällä, mitä intressiä rikollinen teko loukkasi. Tämä tehtävä suoritettiin suureksi osaksi lain-tulkinnan avulla.

Viimeiset kymmenen vuotta ovat osoittaneet erityisen selvästi, miten läheisessä yhteydessä suostumusoppi on yksilön ja yhteiskunnan välisestä suhteesta vallitsevaan käsitykseen. Euroopan demokraattisten valtioiden oikeusjärjestykset ovat pysyneet intressiteorian kannalla, mistä ovat osoituksena esimerkiksi Suomen ja Ruotsin rikoslainehdotukset,¹⁴⁶ joista ilmenevät periaatteet tieteisoppikin jat-

¹⁴⁶ Jo v. 1917 ilmestyneessä ns. *Torpin* ehdotuksessa, joka sisältää Tanskan rikoslain ehdotuksen tarkistuksen, oli suostumusta koskeva kohta, mutta tässä ei puututtu suostumuksen vaikutusalan määrittämiseen, vaan tyydyttiin selvittämään suostumuksen käsitettä. Täydelliset suostumuksen merkitystä koskevat määritelmät sisältyivät sensijaan Suomen ja Ruotsin rikoslain ehdotuksiin. Edellinen, *Serlachius-Särkilahden* laatima, osittain jo v. 1920, osittain v. 1922 ilmestynyt ehdotus, kuului tältä osalta seuraavasti (ehdotuksen 6:8): »Jos se tai ne, joiden oikeutta teko muuten loukkaisi, itse vapaaehtoisesti ovat siihen suostuneet, jääköön teko rangaistamatta, jollei suostumusta ennen tekoa ole tekijän tieteen perustettu tahi suostumus hänen tietensä on perustunut erehdykseen teon laadun suhteen. — Jos suostuja on alaikäinen tahi täyttä ymmärrystä vailla, harkitkoon oikeus, onko teko suostumuksesta huolimatta katsottava rangaistavaksi.» —

V. 1923 ilmestynyt Ruotsin rikoslain ehdotus sisältää suostumuksen vaikutuksesta seuraavan yleisen määritelmän (ehdotuksen 4:1): »Har genom uttryckliga ord eller annorledes samtycke till viss handling frivilligt lämnats av den, vars rätt eljest skulle kränkas genom gärningen, då skall denna icke anses såsom uppsåtligt brott, utan så är att i lagen för särskilda fall annorledes finnes stadgat. eller samtycket med gärningsmannens vetskap före handlingen återkallats, där det med laga verkan kunde ske, eller gärningsmannen insett, att den, som lämnat samtycket, därvid befann sig i väsentlig villfarelse angående faran. — Saknade den, som lämnat sitt samtycke, rättslig handlingsförmåga, pröve domstolen efter omständigheterna, huruvida uppsåtlig brottslighet doch skall anses utesluten genom samtycket». — Aivan vastaava sanamuoto oli esiluonnoksessa (4:8).

¹⁴⁷ Kummassakin ehdotuksessa mainitaan nimenomaan, että tarkoituksena on

kuvasti hyväksyy. Näiden vastakohtana selitettiin kansallissosialistisen Saksan rikosoikeuden oppikirjoissa, ettei suostumuksen kaltaisella oikeuttamisperiaatteella saattanut olla juuri mitään merkitystä, koska yhteiskunnan ja yksilön oikeushyviä ei voitu erottaa toisistaan, vaan ainoana suojattavana oikeushyvinä oli kansakunta.

Myöskin suostumuksen vaikutusalaa määriteltäessä käytetyt metodit ovat aikojen kuluessa vaihdelleet. Vanhimmat teoriat käyttivät yleensä deduktiivista metodologiaa, uudet sensijaan ovat osoittaneet taipumusta induktiivisuuteen, kansallissosialistisen tieteisopin käyttämää teoriaa lukuunottamatta. Intressiteoriaa on usein pidetty puhtaasti induktiivisena. Tässä tutkimuksessa se ei kuitenkaan esiinny sellaisessa muodossa, koska sitä sovellettaessa lain tunnusmerkkien tutkimisen lisäksi käytetään hyväksi myös aineellisen oikeuden vastaisuusopin periaatteita. Tällä tavoin ymmärrettynä intressiteoria yhdistää toisiinsa deduktiivisen ja induktiivisen menetelmän edut.

III. SUOSTUMUKSEN KÄSITE.

A. Yleistä.

Vaikka suostumuksen vaikutusalaa koskeva kysymys on saanut tieteisopissa suuren huomion osakseen, suostumuksen käsitettä on tutkittu verraten vähän. Tähän mennessä ei kukaan suostumusopin tutkija ole kyennyt luomaan yksimielisen kannatuksen saanutta suostumuksen määritelmää.¹ Käsitteen selvittäminen on kuitenkin erit-

ollut kiteyttää lain muotoon tieteisopissa vallitsevina olevat periaatteet. Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Ehdotus, Yleinen osa, Perustelut, s. 24; Ruotsin rikoslain ehdotus, Motiivit, s. 142.

¹ Saksalaisen rikosoikeustieteen lukuisissa suostumusta koskeissa teoksissa on yleensä käytetty *Kesslerin* lyhyttä määritelmää, jonka mukaan (*Einwilligung*, s. 26) »*Einwilligung ist die Erklärung der Uebereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines Andern*». Tätä määritelmää eivät kuitenkaan kaikki ole hyväksyneet. *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 521, huomauttaakin, että suostumusopin alalla on »kaikki riitaista, kaikki epävarmaa».

Englantilaista rikosoikeutta koskevilla teoksilla suostumus on määritetty verraten tarkoin ja yhdenmukaisesti. Määritelmässä on kiinnitetty huomiota sekä suostumuksen vapaaehtoisuuteen että sen antajan subjektiivisiin ominaisuuksiin. Niinpä *Stephen*, s. 206, selittää, että »the word 'consent' means a consent freely given by a rational and sober person so situated as to be able to form a rational opinion upon the matter to which he consents» lisäten vielä, että »consent

täin tärkeä tehtävä, johon on ryhdyttävä ennen suostumuksen vaikutuspiirin yksityiskohtaista määrittelyä.² Suostumuksen vaikutusta teon oikeudenvastaisuuteen ei näet voida saada selville, ellei ole täsmällisiä tietoja suostumuksen käsitteen kriteerioista.³

Suostumuksella tarkoitetaan rikosoikeustieteessä vain sellaista sallimista, joka kohdistuu toisen henkilön tekemään tekoon. Tämän vuoksi suostumusopissa ei ole syytä tutkia enempää eläinten tekemien tekojen kuin luonnonvoimien vaikutustenkaan sallimista. Suostumuksena ei pidetä myöskään kenenkään omaa päätöstä ryhtyä jonkin teon tekemiseen, vaikka päätös olisikin tapahtunut epäroinnin jälkeen. Suostumuksen vaikutusalan selvittäminen tulee kysymykseen vain sellaisten tekojen osalta, jotka suostumuksen puuttuessa

is said to be given freely when it is not procured by force, fraud or threats of whatever nature».

Pohjoismaisesta tieteisopista voidaan tässä yhteydessä mainita erikokoisesti *Torpin* rikoslain ehdotukseen sisältyvä määritelmä. Ks. Betænkning 12 §: »For at et Samtykke af den, hvis Retsgoder ved en Handling angribes, skal kunne medføre, at Handlingens Strafbarhed bortfalder, kræves, at den, der giver Samtykket, er fyldt 18 (16) Aar og ikke er sindssyg, udpræget aandssvag eller i en Tilstand, der ganske maa ligestilles med Sindssygdhed, samt at Samtykket ikke er fremkaldt ved retstridig Tvang eller Svig eller er uforbindende efter de almindelige Regler om urigtige eller bristende Forudsætninger eller er tilbekekalddt, forinden Handlingen foretages. Til Angreb paa Formuegoder kan dog uigenkaldeligt Samtykke gives af en fuldmyndig Person». Tämä määritelmä ei suinkaan ole Pohjoismaissa saavuttanut yksimielistä hyväksymistä, vaan miltei jokainen siinä mainittu suostumuksen edellytys on tullut rikosoikeustieteelliseksi kiistakysymykseksi.

² *Honig*, s. 139, katsoo, että ensiksi olisi selvitettävä, mitkä ovat ne rikokset, joiden oikeudenvastaisuuden suostumus poistaa, ja vasta tämän jälkeen tutkittava, mitkä edellytykset pätevän suostumuksen tulee täyttää. Todellisuudessa ei kuitenkaan edellisen kysymyksen ratkaiseminen ole mahdollista, ellei tiedetä, mitä suostumuksella on ymmärrettävä. Tästä onkin *Thyrén*, *Principerna*, s. 112, sattuvasti lausunut: »...först måste sjelfva begreppet samtycka (i denna straffrättsliga mening) utredas; derefter måste undersökas, i hvad mån ett sådant samtycke bör inverka på handlingens straffrättsliga valör».

³ Suostumuksen käsitteen ominaisuudet on toisinaan jaettu kahteen lajiin sen mukaan, voidaanko ne selvittää ennen suostumuksen vaikutuspiirin määrittämistä vai vasta sen jälkeen. Niinpä *Creifelds*, s. 86, puhuu tässä mielessä »primäärisistä» ja »sekundäärisistä» ominaisuuksista, *Staudt*, s. 9–26, taas suostumuksen »käsitteestä» ja »edellytyksistä» toistensa vastakohtina. Suostumuksen käsitteen eri ominaisuuksilla ei todellisuudessa kuitenkaan ole tällaista eroa. Koko suostumusopissa on näet puhetta juuri rikosoikeudellisesti pätevistä suostumuksista. Ei ole aihetta kysyä 1) mitä suostumuksella tarkoitetaan? ja 2) millä edellytyksillä se on rikosoikeudellisesti pätevä?, vaan kysymys kuuluu seuraavasti: mitä ominaisuuksia on oikeuttamisperusteeksi kelpaavalla suostumuksella?

olisivat rikoksia. Tästä syystä suostumusopissa ei ole tarpeen käsitellä niitä tapauksia, joissa suostumus kuuluu johonkin oikeustoimeen, kuten esimerkiksi lahjaan, sen oleellisenä osana. On näet selvää, että jos teon oikeudenmukaisuus perustuu oikeustoimeen, loukkauksesta enempää kuin loukatustakaan ei voida puhua.

Suostumus ei ole pyynnön kaltainen. Pynnöstä voidaan puhua vain silloin, kun teko vastaa pyytäjän omaa toivomusta,⁴ suostumukseksi taas riittää pelkkä teon salliminen. Pynnön ja suostumuksen ero saa käytännöllisen merkityksen tulkittaessa RL 21 luv. 3 §:n sisältöä. Vallitsevan mielipiteen mukaan⁵ suostumus ei riitä tässä lainsäädännöksessä tarkoitetuksi pynnöksi. RL 21 luv. 3 §:n tunnusmerkistön on katsottu toteutuvan vasta loukatun esittäessä mielipiteensä tekijälle sillä tavoin, että tämä käsittää teon vastaavan loukatun omaa toivomusta. Saksalaisessa tieteisopissa on toisinaan väitetty suostumuksen ja pynnön eroavan toisistaan myös siinä suhteessa, että suostumuksessa antajan tahto »yhtyi tekijän valmiiseen tahtoon», pynnössä taas teko kokonaan saisi alkunsa pynnön esittäjästä. Tämä mielipide ei ole kuitenkaan oikea. Teon, johon suostumus annetaan, ei suinkaan tarvitse olla tekijän keksimä, vielä vähemmän valmiiksi suunnittelema.

Vaikka suostumus ei ole pynnön kaltainen, se toisaalta ei merkitse myöskään pelkkää passiivista suhtautumista tekoon.⁶ Ei voida

⁴ Ks. esim. *Frank*, s. 467.

⁵ Ks. esim. *Binding*, Hb. I, s. 720; *Holtzendorff*, s. 445; *Pfersdorff* s. 43; *Seydel*, s. 21; *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 61; *Traeger*, s. 118; *Heilborn*, s. 179; *Kessler*, *Einwilligung*, s. 82; *Breithaupt*, s. 50; *Schütze*, s. 381; *Wiemann*, s. 23; *Schaefer*, s. 56; *Hartwig*, *Einwilligung*, s. 15; *Soltermann*, s. 86; *Holdheim*, s. 10; *Honig*, s. 120; *Joski*, s. 27; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 142; *Wachenfeld*, s. 308; *Dietrich*, s. 25; *Wiebeck*, s. 10; *Lobe*, *Einführung*, s. 46; *Leipz. Komm.*, s. 551; *v. Rozycki*, d. 19; *Gerland*, *Strafrecht*, s. 474; *Seitz*, s. 2, huom. 4. Samoin kotimaisessa tieteisopissa *Forsman*, *De särskilda I*, s. 33; *Serlachius—Särkilahti*, *Oppikirja II*, s. 8.

Toisella kannalla ovat *Holer*, s. 111; *Mannheimer*, s. 66; *Klee*, GA 50, s. 37; *Hälschner*, *Strafrecht I*, s. 55; *Ullmann*, s. 537.

⁶ Tämä seikka on nimenomaan mainittu englantilaisessa oikeudessa, ks. *Harris-Wilshere*, s. 219: »Consent mereover means active consent and not the mere absence of resistance or positive dissent». Samaan suuntaan on pohjoismaisessa oikeudessa jo sata vuotta sitten lausunut *Olivecrona*, s. 51.

Saksalaisessa tieteisopissa on ollut erimielisyyttä siitä, onko suostumusta pidettävä tahtomisena vai sallimisena. Edellisen mielipiteen kannalla ovat *Kessler*, *Einwilligung*, s. 26; *Breithaupt*, s. 18; *Holer*, s. 73; *Holdheim*, s. 39; *Oelze*, s. 64; *Pfersdorff*, s. 15; *Klee*, GA 48, s. 179; *Joski*, s. 17. Jälkimmäistä mielipidettä kannattavat *Traeger*, s. 140; *Metz*, s. 3; *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 60; *Schaefer*,

sanoa loukatun suostuneen tekoon esimerkiksi silloin, kun hän on unohtanut vastustaa sitä. Tietenkin saattaa vaikeneminen usein merkitä ilmaisematta jätettyä suostumusta, mutta on väärin pitää sitä myöntymisenä poikkeuksetta.⁷

Suostumuksen käsitteen määritelmiin on toisinaan lisätty maininta siitä, että suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden vain kysymyksen ollessa sellaisesta teosta, joka suostumuksen antajalla olisi valta estää.⁸ Tällä on tahdottu korostaa sitä, että suostumus saa oikeudellisen merkityksen vain teon loukkaaman oikeushyvän haltijan ollessa sen antajana. Koska mainitun seikan esittäminen kuitenkin kuuluu suostumuksen vaikutuspiiriin määrittelemiseen, sen lisäämistä suostumuksen käsitettä koskevaan määritelmään on pidettävä tarpeettomana.

B. Suostumuksen kohde.

1. Seuraus- ja tekoteoriat.

Suostumusopissa on kiinnitetty suurta huomiota kysymykseen suostumuksen kohteesta, mistä on esitetty kolme eri mielipidettä. Toiset suostumusopin tutkijat ovat pitäneet suostumuksen objektina ainoastaan tekijän tekemää tekoa, toiset taas yksinomaan teon seurausta. Kolmannen mielipiteen mukaan suostumus kohdistuu näihin kumpaanakin. Ensiksimainittua mielipidettä sanotaan tekoteoriaksi. Sen vastakohtana nimitetään seurausteoriaksi käsitystä, jonka mukaan suostumuksen kohteena on seuraus joko teon ohella tai yksinään. Suostumusopin tutkijoiden mielipiteet ovat ja-

s. 32; Holtzendorff, s. 445; Pollack, s. 27; Wiemann, s. 24; Allfeld, s. 142, huom. 29; Schrey, s. 50; Seitz, s. 9. — Asiallista eroa näiden mielipiteiden välillä tuskin kuitenkaan on. Suostumus voidaan näet määritellä tahdontoimeksi, jonka sisältönä on tekijän teon salliminen.

⁷ Saksalaisessa tietoisopissa suostumus usein määritellään sanoin »dulden», »zulassen», »zustimmen», »gestatten», »nichts-dagegen-haben». Pelkkä passiivisuus ei kuitenkaan ole suostumuksen antamista. Suostumuksesta voidaan tuskin puhua esim. sellaisessa tapauksessa kuin *Mariti Kailan* (SLääkä 1944, N:o 1) mainitsemassa, jossa sterilisoitavaksi määrätty henkilö oli jättänyt käyttämättä hänelle lääkintähallituksen päätöksestä kuuluvan valitusoikeuden. Voidaan näet ajatella valituksen tekemisen määräajassa jääneen esim. siksi, että puheenaoleva henkilö oli unohtanut toimittaa sen ajoissa perille. Suostumukseksi ei unohtamista mitenkään voida katsoa.

⁸ Näin esim. v. Bar, Gesetz und Schuld, s. 60; Oelze, s. 65.

kaantuneet näiden kahden teorian kesken. Tieteisopissa on tosin esitetty vielä eräs sekä teko- että seurausteoriasta poikkeava käsityskanta, jonka mukaan suostumuksen objektina olisi milloin teko, milloin seuraus riippuen siitä, onko suostumusta annettaessa pidetty silmällä vain tekoa seurauksesta piittaamatta vai onko suostumus päinvastoin annettu määrättyyn seuraukseen välittämättä tavasta, jolla tämä saadaan aikaan.⁹ Mainittu teoria ei kuitenkaan ole voittanut yleisempää kannatusta.

Perustelut, joita suostumusopin tutkijat ovat esittäneet teko- tai seurausteorian puolustukseksi, ovat yleensä verraten heikkoja. Tekoteorian kannattajat¹⁰ ovat pitäneet teoriansa oikeellisuuden parhaimpana todisteena sitä seikkaa, että seuraukset eivät suostumusta annettaessa, eivätpä vielä edes tekoa tehtäessä ole suostujan tiedossa. He ovat väittäneet suostumuksen tämän johdosta saattavan kohdistua yksinomaan tekoon. Seurausteorian kannattajat¹¹ taas ovat kiinnittäneet erityistä huomiota siihen, että seuraukset muodostavat teon rikosoikeudellisesti relevantin osan ja siksi katsoneet, ettei yksinomaan tekoon kohdistuvalla suostumuksella voisi olla mitään oikeudellista merkitystä. Puhekielen suostumuksen antamista koskevat sanonnat on tulkittu milloin teko-, milloin seurausteorian eduksi.

Suostumuksen kohdetta koskevaa kysymystä eivät enempää teko- kuin seurausteoriankaan kannattajat ole pystyneet tyydyttävästi selvittämään. Tässä suhteessa ei ole tullut oikeaan tulokseen edes *Schrey*, joka on kirjoittanut nimenomaan suostumuksen objektia koskevan, parikymmentä vuotta sitten ilmestyneen teoksen.¹² Epä-

⁹ Näin *Mannheimer*, s. 28; *Bühning*, s. 49; *Arndt*, s. 25; *Hälschner*, GS 35, s. 173 ja 174.

¹⁰ Tekoteorian kannalla ovat *Kessler*, *Einwilligung*, s. 25; *Joski*, s. 19; *Holdheim*, s. 39; *Rupp*, s. 28; *Pfersdorff*, s. 52, huom. 2; *Guderian*, s. 43; *Nathan*, s. 33; *Staudt*, s. 13–15; *Breithaupt*, s. 26; *Schrey*, s. 50 jne.

¹¹ Seurausteoriaa ovat kannattaneet *Luden*, s. 323; *Zitelmann*, s. 70 ja 87; *Kiehl*, s. 370; *Schaefer*, s. 53; *Oelze*, s. 71; *Roedenbeck*, s. 128; *Heilborn*, s. 179; *Hälschner*, GS 35, s. 173; *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 62; *Allfeld*, s. 141, huom. 35; *v. Aufsess*, s. 46; *Beissel*, s. 16; *Holer*, s. 75. Kaikki mainitut pitävät suostumuksen kohteena sekä tekoa että seurausta. Yksinomaan seurausta pitävät suostumuksen objektina *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 492; *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, s. 291; *Wetter*, s. 30. — Ruotsin uudessa rikoslain ehdotuksessa puhutaan, samoin kuin Suomenkin, suostumuksen antamisesta tekoon (ruots. »still viss handling...»). Ks. myös Ruotsin ehdotuksen Motiivit, s. 146.

¹² Teoksen nimi oli »Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten», ja se ilmestyi v. 1928.

onnistuminen johtuu ennen kaikkea siitä, että suostumusopin tutkijat ovat jättäneet selvittämättä teko- ja seurauskäsitteiden sisällön, vaikka kumpaakin sanaa sekä positiivisessa oikeudessa että tieteisopissa käytetään useassa eri mielessä. Kuten *Honkasalo* on huomauttanut,¹³ teon käsitteeseen sisällytetään toisinaan sekä tahdontoiminta että seuraus, toisinaan taas yksinomaan ensiksimmäin.¹⁴ Myös seuraus-sanalle on annettu eri merkityksiä. Sillä saatetaan tarkoittaa teon kaikkia niitä tunnusmerkkejä, jotka tekevät siitä rangaistavan (ns. »Erfolg im Rechtssinn»), riippumatta siitä, ilmenevätkö nämä ulkomaailmassa vai eivät,¹⁵ mutta sillä voidaan ymmärtää myöskin yksinomaan teon ulkomaailmaan aikaansaamaa muutosta,¹⁶ vieläpä vain sellaista muutosta, joka tahdontoiminnan päättymisen jälkeen edelleen on havaittavissa.¹⁷ Kun seurauksesta puhutaan näin eri merkityksissä, on ymmärrettävää, että toiset rikosoikeuden tutkijat katsovat sen kuuluvan välttämättömänä osana jokaiseen rikolliseen tekoon,¹⁸ toisten sensijaan väittäessä, että eräiden rikosten tunnusmerkistö saattaa toteutua ilman minkäänlaisen seurauksen esiintymistä. Jälkimmäistä mielipidettä edustavat ne, jotka nimittävät seuraukseksi vain teosta ajallisesti ja paikallisesti erotettavissa ole-

¹³ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 3, huom. 9.

¹⁴ Saksalaisessa tieteisopissa on tekemistä toisinaan kuvattu sanalla *Handlung*, kun taas tekoa ja seurausta on yhteensä kutsuttu sanalla *Tat*. Näin *Zimmerl*, s. 12 ja 13. Usein on kuitenkin *Handlung*-sanalla tarkoitettu yleensä ihmisen toimintaa, *Tat*-sanalla taas »kaikkia ulkonaisia tapahtumia». Näin *Allfeld*, s. 98, huom. 3.

¹⁵ Vrt. *Köhler*, *Strafrecht*, s. 175: »Der Erfolg, soweit er das Strafrecht interessiert, umfasst nicht alle Wirkungen der Tätigkeit, sondern nur diejenigen, welche Merkmale des Verbrechens, seiner Strafbarkeit oder seiner erhöhten Strafbarkeit verwirklichen». — v. *Hippel* II, s. 131: »Im weiteren Sinne erscheint als 'Erfolg' menschlichen Verhaltens der dadurch hergestellte Zustand mit allen seinen uns im Einzelfälle interessierenden Eigenschaften, mögen dies Veränderungen der Aussenwelt sein oder nicht (Erfolg i.e.S.).»

¹⁶ Ks. *Liszt-Schmidt*, s. 157: »Der Wille muss der Aussenwelt gegenüber betätigt sein. Der Begriff der Handlung erfordert mithin den Eintritt einer (wenn auch nur vorübergehenden) Veränderung in der sozialen Aussenwelt, also an Menschen... oder Sachen oder Zuständen. Diese Veränderung nennen wir Erfolg».

¹⁷ Ks. v. *Hippel* II, s. 131; *Frank*, s. 10; *Schrey*, s. 27; *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 95; *H. Mayer*, s. 203: »Unter Erfolg verstehen wir... mit dem allgemeinen Sprachgebrauch den ausserhalb der Tätigkeit liegenden Aussenerfolg».

¹⁸ Ks. *Liszt-Schmidt*, s. 157; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 3; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 88; *Tulenheimo*, Luotto, s. 4.

vaa, teon aikaansaamaa tulosta (ns. »Aussenerfolg»)¹⁹ Selvää näet on, että intressin loukkaaminen tai vaarantaminen saattaa usein tapahtua ilman tällaisen ulkonaisen seurauksen ilmenemistä. Tämän johdosta rikosoikeustieteessä puhutaan kahdenlaisista rikoksista: teko- ja seurausrikoksista (»Tätigkeitsdelikte» ja »Erfolgsdelikte»)²⁰ Esi-merkkeinä tekorikoksista mainittakoon RL 44 luv. useimmat politia-rikkomukset, kuten tämän luvun 16 §:n tarkoittama hurja ajo, ja RL 40 luv. 1 §:ssä mainittu passiivinen lahjominen. Tekorikokset ovat useimmiten myös teko-objektia vailla, vaikka tämä ei poikkeuksetta pidä paikkaansa.²¹ Tekorikoksia huomattavasti yleisempiä ovat seurausrikokset, joista hyvänä esimerkkinä mainittakoon pahoinpitely.

Teko- ja seurausteorioista voidaan puhua toistensa vastakohtina vain siinä tapauksessa, että tekoon ei sisällytetä seurausta. Teolla tarkoitetaan tällöin yksinomaan tahdontoimintaa, seurauksella taas tästä toiminnasta johtuvaa, mutta siitä erotettavaa reaalista tapahtumaa, jollainen ei sisälly jokaisen rikollisen teon käsitteeseen.²² Koska tekorikoksiin ei kuulu ulkonaista seurausta, niihin annettu suostumus merkitsee yksinomaan teon sallimista. Olisi siis väärin väittää, että suostumus aina annetaan seurauksiin.²³ Toisaalta on ilmeistä, että kysymyksen ollessa seurausrikoksesta suostumuksen kohteena ei ole pidettävä yksinomaan tekoa. Seurausrikokseen suostuminen merkitsee tällaisen teon sallimista kokonaisuudessaan, joten suostumuksen tulee kohdistua teon kaikkiin rikosoikeudellisesti relevantteihin osiin. Seurausrikoksessa on seuraus »rangaistavan teon ydin», minkä vuoksi suostumus on annettava siihen, jotta se poistaisi

¹⁹ Vrt. huom. 16 ja *Frank*, s. 10; *Grottenfelt*, s. 214.

²⁰ Tätä jakoa käyttää esim. *Frank*, s. 10, nimittäen tekorikoksia myös »formaalirikoksiksi». Samoin *Köhler*, *Strafrecht*, s. 175; *Zimmerl*, s. 14; *H. Mayer*, s. 203; *Gerland*, *Strafrecht*, s. 112; *Beling*, *Verbrechen*, s. 204; *Wachenfeld*, s. 73; *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, s. 119. — *Hönig*, s. 102, ja *Liszt-Schmidt*, s. 157, sensijaan hylkäävät tämän jaon. Myös *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 97, katsoo, että sille on annettu liian suuri merkitys rikosoikeustieteessä.

²¹ *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 96, ja *H. Mayer*, s. 203, jotka väittävät, ettei tekorikoksilla koskaan olisi teko-objektia, ovat ilmeisesti väärässä. — Laaja esitys tästä asiasta sisältyy *Tulenheimon* teokseen *Luotto*, s. 18—21. Ks. s. 21: »Sen vuoksi saattaa olla, ei ainoastaan sellaisia rikoksia, joiden oleellisuustunnusmerkkeihin kuuluu sekä objekti että seuraus... taikka sellaisia, joiden oleellisuustunnusmerkkeihin kumpainkaan ei kuulu... vaan myös sellaisia, joiden oleellisuustunnusmerkkeihin kuuluu objekti, mutta ei seurausta, taikka päinvastoin seuraus, mutta ei objektia».

²² Vrt. *Hönig*, s. 171.

²³ Näin myös *Beissel*, s. 16; *Creifelds*, s. 67; v. *Rozycki*, s. 24.

teon oikeudenvastaisuuden.²⁴ Vastakkainen käsityskanta veisikin outoon tulokseen. Jos esimerkiksi pahoinpitelyyn annettu suostumus kohdistuisi vain tekoon eikä seuraukseen, voisi loukattu väittää sallineensa lyönnin, mutta ei siitä johtuvaa vammaa. Samaten saat-taisi varkauteen suostumuksensa antanut selittää tosin suostuneensa anastukseen, mutta ei suinkaan siihen, että esine joutuu tekijän haltuun. Seurausrikoksiin nähden on siis seurausteoriaa pidettävä oikeana. Eräät mainitun teorian vastustajat ovat väittäneet, ettei suostumuksen antaminen seuraukseen kävisi päinsä, koska seuraus ei suostumuksen antamisen hetkellä vielä ole suostujan, enempää kuin tekijänkään tiedossa. Tämä ei kuitenkaan pidä paikkaansa sel-laiseen seurauksen nähden, mitä edellä on tarkoitettu. Se seuraus, joka seurausrikoksen osana on välttämätön edellytys teon tunnus-merkistön toteutumiselle, on tietenkin sekä suostujan että tekijän tiedossa. Niinpä loukattu, joka antaa suostumuksensa pahoinpite-lyyn, tietää kyllä teon loukkaavan hänen ruumiillista koskematto-muuttaan.

Edelläesitetty toteamus ei kuitenkaan johda käytännölliseen tu-lokseen. Tosin on selvitetty, että suostumus tekorikoksissa kohdistuu vain itse tekoon, seurausrikoksissa taas sekä tekoon että sen tunnus-merkistön toteutumiselle välttämättömään seuraukseen, mutta tällä ei ole ratkaistu, miten on suhtauduttava teon niihin seurauksiin, jotka eivät välttämättä kuulu teon olemukseen, vaikka ovatkin teon aiheuttamia. Selvää on, että juuri tältä osalta suostumuksen koh-detta koskeva kysymys eniten herättää mielenkiintoa. Olisi saata-va selville, onko suostumuksen antajan katsottava hyväkseen kaikki ne teon seuraukset, joista tekijä joutuu vastaamaan, vai voidaanko suostumusta pitää annettuna vain osaan näistä.

Jo Kessler huomautti aikoinaan,²⁵ että suostumuksen ja teon tulee vastata toisiaan. Tällä hän tarkoitti, että suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden vain silloin, kun teko kaikissa oleellisissa suh-teissa vastaa suostumuksen antajan tahtoa. Sanottua Kesslerin mieli-pidettä on syytä pitää oikeana. Sen on samalla katsottava antavan tyydyttävän vastauksen ja ainoan ohjeen kysymykseen suostumuk-sen oikeuttavan vaikutuksen ulottumisesta teon seurauksiin. Suos-

²⁴ Ks. *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 209: »Sie (tark. suostumusta) bezieht sich grundsätzlich auf die Handlung als solche in allen ihren Teilen — Willens-entschluss, Körperbewegung und Aussenerfolg — und nimmt dieser die Rechts-widrigkeit».

²⁵ Ks. *Kessler*, Einwilligung, s. 105.

tumus käsittää siis ne seuraukset, jotka sen antaja todellisuudessa on sallinut. Tästä seuraa, että suostumuksen sisältö on selvittettävä jokaisessa konkreettisessa yksityistapauksessa erikseen. Jos suostumuksen antaja on suostunut esimerkiksi sellaiseen pahoinpitelyyn, josta seuraa vähäinen vamma, suostumus ei poista törkeätä lievemmän vamman aiheuttavan pahoinpitelyn oikeudenvastaisuutta. Samaten on muidenkin edellytysten laita. Tekoajan suhteen tekijän tulee noudattaa suostumuksen antajan toivomusta. Lähiaikoina tehtävää tekoa varten annetun suostumuksen perusteella ei siten ole oikeutta tehdä samaa tekoa vasta pitkän ajan kuluttua. Myös tekotavan on oltava sellainen kuin suostumuksen antaja haluaa. Tekijä on oikeutettu tekemään teon vain suostumuksen antajan tahtomin tavoin siitä huolimatta, että jokin muu keino saattaisi viedä yhtä edulliseen, jopa parempaan tulokseen.

Siinä tapauksessa, että teko saa tekijän tarkoittamat seuraukset, suostumuksen merkitys saadaan siis selville vertaamalla toisiinsa tekoa ja suostumuksen sisältöä. Vaikeammaksi muuttuu ratkaisuun pääseminen teon seurausten muodostuessa toisenlaiseksi kuin tekijä haluaa. Ennen tähän kysymykseen vastaamista on selvittettävä, voidaanko tuottamukselliseen tekoon annettua suostumusta yleensä lainkaan pitää mahdollisena.

2. Suostumus tuottamukselliseen tekoon.

Ollakseen rikos teon tulee olla sellaisessa suhteessa tekijän tahtoon, että se voidaan lukea hänelle syyksi joko tahallisuudella tai tuottamuksellisuudella.²⁶ Tahallisuuden ja tuottamuksen raja ei todellisuudessa ole jyrkkä, mutta rikoslaissamme omaksutun käsityskannan mukaan ne eroavat selvästi toisistaan.²⁷ Kumpaakaan käsitettä ei ole laissa määritelty. Tieteisopissa vakiintuneen käsityksen mukaan pidetään tahallisina sellaisia seurauksia, joiden aikaansaamista tekijä on nimenomaan tarkoittanut tai jotka hän on mieltänyt tarkoittamaansa seuraukseen välttämättömästi liittyvinä keinoina tai lisäseurauksina (ns. *dolus directus*), mutta lisäksi myös niitä seurauksia;

²⁶ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 2—4, ja *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 122 ja 140.

²⁷ Kuten *H. Mayer*, s. 291, huomauttaa, eri syyksiluettavuuslajit todellisuudessa muodostavat asteikon, joka alkaa tapaturmasta tuskin erotettavissa olevasta tuotamuksesta päättyen tarkoitettuun tekoon.

joiden syntymistä teon tuloksina tekijä on pitänyt todennäköisinä ja hyväksynyt ne sellaisina (ns. *dolus eventualis*).²⁸ Tuottamus on syyksiluettavuusmuoto, missä tekijän tahto ei ole ulottunut seurauksiin. Tuottamuksellinen teko syntyy siten, että tekijä vältettävissä olevalla erehdyksellään tai huolimattomuudellaan tahtomattaan aiheuttaa seurauksen.²⁹ Tuottamus merkitsee välinpitämättömyyttä toisen intresseistä. Tekoa tehdessään tekijä tosin mieltää seurauksen, mutta on siinä käsityksessä, ettei sitä tule syntymään (ns. *luxuria*), tai jättää kiinnittämättä tarpeellista huomiota tekoon eikä siksi huomaa sen todellista laatua (ns. *culpa*).³⁰

Kysymystä suostumuksen antamisesta tuottamukselliseen tekoon on yleensä pohdittu suostumuksen objektia koskevien teko- ja seurausteorioiden yhteydessä. Tekoteorian kannattajat ovat tulleet myönteiseen tulokseen,³¹ seurausteorian kannattajista taas useimmat,³² vaikka eivät kaikki,³³ kielteiseen. Kielteistä kantaa on perusteltu väitteellä, että loukatun suostumuksin tapahtuneessa tuottamuksellisessa teossa suostujan ja tekijän tahto olisi sisällöltään erilainen, edellinen kun kohdistuisi seuraukseen, jälkimmäinen vain tekoon. Tätä todistelua ei voida pitää oikeana. Vaikka tosin on ilmeistä, että suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden vain teon vastatessa kaikissa oleellisissa suhteissa suostumuksen sisäl-

²⁸ Asetettaessa tahallisuuden olemassaolo riippuvaksi siitä, onko tekijä hyväksynyt todennäköisenä pitämänsä seurauksen, raja tahallisuuden ja tuottamuksen (*dolus eventualis* ja *culpa luxuriana*) välillä määritellään ns. Frankin uutta tahtoteoriaa käyttäen. Tekijä toimii tämän teorian mukaan tahallisesti, jos hän tekoa tehdessään ajattelee: »Mag es so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich». Ks. tästä Frank, s. 189—191; Honkasalo, Sikiönlähdettäminen, s. 150, huom. 7 sekä siinä main. kirjallisuutta; Sipilä, s. 280.

²⁹ Ks. Serlachius-Särkilähti, Oppikirja I s. 150; Sipilä, s. 281; Forsman, Allm. läror, s. 164; Liszt-Schmidt, s. 273; v. Hippel II, s. 359; Mezger, Lehrbuch 1933, s. 349; H. Mayer, s. 305; Frank, s. 193.

³⁰ Ks. Serlachius-Särkilähti, Oppikirja I, s. 150.

³¹ Ks. Kessler, Einwilligung, s. 97; Joski, s. 20; Staudt, s. 15; Schrey, s. 56; Pfersdorff, s. 20; Mezger, Lehrbuch 1933, s. 209.

³² Ks. Gerland, Vergl. Darst., s. 492; M. E. Mayer, Lehrbuch, s. 291, huom. 15; Holer, s. 79; Oelze, s. 71; Schaper, s. 130.

³³ Ks. esim. Allfeld, s. 141; Klee, GA 49, s. 248; Schaefer, s. 54; Honig, s. 175; Traeger, s. 142; Hartwig, GS 83, s. 82; v. Bar, Gesetz und Schuld, s. 62; Köhler, Strafrecht, s. 412; Creifelds, s. 67; v. Aufsess, s. 48.

Myönteiseen tulokseen ovat tulleet myös Mannheimer, s. 29; Bühring, s. 50; Arndt, s. 26; Wachenfeld, s. 132, huom. 2, jotka eivät kannata enempää teko- kuin seurausteoriaakaan.

töä, ei suinkaan ole syytä vaatia, että suostujan ja tekijän tahdon tulisi vastata toisiaan. Päinvastoin voidaan sekä teoriassa että käytännössä sängen hyvin ajatella mahdolliseksi esimerkiksi sellaista tapausta, jossa tekijän huolimattomuudellaan tai vältettävissä olevalla erehdyksellään aiheuttama, hänelle tuottamukselliseksi luettava seuraus on ollut suostumuksen antajan huomioima, jopa nimenomaan tarkoittamakin. Epäilemättä saatetaan tuottamukselliseen tekoon annettua suostumusta siten pitää mahdollisena. Tämän myönteisen kannan puolesta puhuu sekin, että objektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen mukaan teon oikeudenvastaisuus ratkaistaan yleensä jo ennen syyksiluettavuuskysymyksen esiintymistä.³⁴

Tuottamukselliseen tekoon tai tahallisen teon tuottamuksellisiin lisäseurauksiin annetun suostumuksen merkitys saadaan selvitettyä suostumuksen objektia koskevan kysymyksen yhteydessä käytetyn yleisen säännön avulla. Suostumus poistaa vain sellaisen teon oikeudenvastaisuuden, joka kaikissa oleellisissa suhteissa vastaa suostumuksen sisältöä. Asian selvittämiseksi mainittakoon seuraava esimerkki: A on saanut B:n suostumuksen lievään pahoinpitelyyn. Vastoin A:n tahtoa, mutta hänen huolimattomuutensa johdosta teosta koituu vaikeata vähempi vamma, joten A:n teko on katsottava tuottamukselliseksi törkeätä lievemmäksi pahoinpitelyksi. B:n antaman suostumuksen merkitys riippuu kokonaan siitä, millainen on ollut suostumuksen sisältö tässä yksityistapauksessa. Jos B ei, enempää kuin A:kaan, ole tullut ajatelleeksi sellaista mahdollisuutta, että teosta koituisi vaikeata vähempi vamma, suostumus ei poista A:n teon oikeudenvastaisuutta. Jos B sensijaan on suostumuksensa antaessaan ottanut huomioon, että teosta saattaa koitua tuottamuksellisia lisäseurauksia, ulottuu suostumuksen vaikutus niin pitkälle, että A:n teko kokonaisuudessaan jää rankaisematta.

C. Tekijän erehdys.

Kysymys teon oikeudellisesta arvioinnista tekijän ollessa väärässä käsityksessä sen tosiasiallisesta tai oikeudellisesta merkityksestä kuuluu rikosoikeustieteen syyksiluettavuutta eikä oikeudenvastai-

³⁴ Ks. *Wachenfeld*, s. 132, huom. 2. — Ruotsin uuden rikoslainehdotuksen mukaan suostumus ei poista teon oikeudenvastaisuutta, vaan sen tahallisuuden. Tästä johtuu, ettei suostumus saata vaikuttaa mitään tuottamuksellisen teon rangaistavuuteen. Ruotsin tieteisopissa on tosin esitetty asiassa toinen mielipide. Ks. *Wetter*, s. 30.

suutta koskevan osan yhteyteen. Sitä on tässä kuitenkin käsiteltävä suostumusta koskevan erehdyksen osalta, mistä rikosoikeustieteessä ei ole paljonkaan kirjoitettu.

Tekijällä on mahdollisuus erehtyä usein eri tavoin. Ensiksikin hän voi luulla, ettei suostumusta ole annettu, vaikka tämä on tapahtunut. Toiseksi hän saattaa erehtyä pitämään tekemäänsä tekoa oikeudenvastaisena loukatun antamasta suostumuksesta huolimatta. Kolmanneksi hänellä voi olla sellainen väärä käsitys, että tekoon on annettu rikosoikeudellisesti pätevä suostumus, vaikka tätä ei ole tapahtunut. Neljänneksi hän saattaa luulla, että hänen saamansa suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, vaikka näin ei ole asianlaita.

Kahden ensimmäisen tapauksen ratkaiseminen ei tuota vaikeuksia. Selvää on, että jos tekoon on saatu pätevä suostumus, tämä poistaa teon oikeudenvastaisuuden. Näin tapahtuu, vaikka tekijällä olisi sellainen käsitys, että suostumusta ei ole ollenkaan annettu, ettei se enää ole voimassa tms. Tekijä ei tällaisessa tapauksessa ole todellisuudessa tehnyt oikeudenvastaista tekoa, vaan ns. putatiivirikoksen. Samoin on rankaisematta jätettävä myös sellainen teko, jota koskevat tosiseikat, niihin luettuna siihen annettu suostumus, ovat tekijän tiedossa, mutta jota hän silti erehdyksessä pitää oikeudenvastaisena. Tekoa sanotaan tässä tapauksessa imaginääririkokseksi.³⁵

Ennenkuin ratkaistaan, mikä merkitys tekijän erehdykselle on edellä kolmantena ja neljäntenä mainituissa tapauksissa annettava, on kiinnitettävä huomiota siihen, että erehdykset voidaan jakaa kahteen luokkaan, teko- ja oikeuserehdyksiin. Tekoerehdys syntyy silloin, kun tekijällä on väärä käsitys jostakin sellaisesta faktillisesta suostumuksen pätevyyteen vaikuttavasta seikasta kuin esimerkiksi suostumuksen olemassaolosta kokonaisuudessaan tai sen antajan henkilökohtaisista ominaisuuksista. Oikeuserehdyksessä erehtyminen koskee teon oikeudellista merkitystä ilmeten siinä, että tekijä, vaikka hän tietää kaikki tekoa koskevat tosiasialliset seikat, kuitenkin on väärässä käsityksessä tekonsa oikeudenvastaisuudesta.

Tekoerehdysten oikeudellisessa arvioinnissa on rikosoikeustiede ollut verraten yksimielinen. Saksan rikoslain 59 §:n mukaan tekijälle ei voida lukea syyksi sellaisia teon tunnusmerkistöön kuuluvia seikkoja, joita hän ei tekoa tehdessään ole tiennyt.³⁶ Mainittua sään-

³⁵ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 166.

³⁶ Mainittu Saksan rikoslain 59 § kuuluu: »Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche

nöstä on käytetty kaikkiin tekoerehdyksiin³⁷ ja sen on katsottu soveltuvan myös tapaukseen, jossa tekijä erehdyksessä on luullut saaneensa loukatun suostumuksen.³⁸ Samalla tavoin kuin saksalaisessa on myös pohjoismaisessa rikosoikeustieteessä yleensä katsottu, että tieto tekoon liittyvistä faktillisista seikoista kuuluu tahallisuuteen.³⁹ Tätä mielipidettä on pidettävä oikeana. Esimerkkinä suostumusta koskeasta tekoerehdyksestä mainittakoon tapaus, jossa tekijä on rikkoessaan toisen omistaman esineen luullut tekevänsä tämän loukatun suostumuksin. Selvää on, ettei tekijää voida rangaista tahallisesta irtaimen esineen vahingoittamisesta. Jos teko tuottamuksellisessa muodossakin lain mukaan rangaistaan, on tietenkin silti erikseen arvioitava, onko tekijälle tuomittava rangaistus tuottamuksellisesta teosta. Näin tehdään silloin, kun erehtyminen on johtunut huolimattomuudesta tai varomattomuudesta. Irtaimen esineen vahingoittamiseen syyllistynyt tekijä, jonka teko erehdyksen vuoksi katsotaan tuottamukselliseksi, pääsee rangaistuksetta, koska mainittu teko lain mukaan rangaistaan vain tahallisena.

Tekoerehdys esiintyy edellämainitussa tapauksessa sellaisen rikoksen yhteydessä, jonka oikeudenvastaisuuden loukatun suostumus poistaa. Vastaava erehdys saattaa tietenkin tapahtua myös kysymyksen ollessa teosta, joka jää oikeudenvastaiseksi loukatun suostumuksesta huolimatta, kuten esimerkiksi törkeä pahoinpitely. Jos tekijä tällaisessa tapauksessa on erehtynyt vain tosiasiallisesta sei-

zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen. — Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist».

³⁷ *Liszt-Schmidt*, s. 264, on soveltanut sitä oikeuserehdyksiinkin.

Dohna, *Recht und Irrtum*, s. 22, kiinnittää huomiota eräaseen tapaukseen, jota väärin on pidetty tekoerehdyksenä, vaikka se todellisuudessa on oikeuserehdyksen luontoinen, nimittäin siihen, että tekijä tosin on tiennyt teon säännönmukaisesti olevan kielletyn, mutta luullut, että hänellä tässä erityisessä tapauksessa on jostakin syystä lupa tehdä se.

³⁸ Näin esim. *Bühning*, s. 50; *Welzel*, s. 68; v. *Rozycki*, s. 31; *Holdheim*, s. 17; *Pfersdorff*, s. 25.

³⁹ Ks. esim. *Honkasalo*, *Sikiönlähdeettäminen*, s. 156; *Serlachius-Särkilahti*, *Opikirja I*, s. 157; *Grottenfelt*, s. 82; *Forsman*, *Allm. läror*, s. 141; *Wetter*, s. 58; *Skeie*, *Strafferet*, s. 439; *Krabbe*, s. 40.

Norjan rikoslain 52 §:n mukaan tekijälle ei lueta syyksi sellaisia rangaistavuuden perustavia tai sitä kohottavia seikkoja, joista hän ei ollut tietoinen tekoa tehdessään. Kuitenkin rangaistaan tekijää tuottamuksellisesta teosta, jos tällainen tietämättömyys on katsottava huolimattomuudeksi.

kasta, kuten suostumuksen olemassaolosta, mutta tiennyt, ettei hänen saamakseen luulemansa suostumus missään tapauksessa poistaisi teon oikeudenvastaisuutta, on ilmeistä, ettei erehtyminen vaikuta mitään teon rangaistavuuteen. Jos taas tekoerehdys on sattunut sellaisen teon yhteydessä, jonka rangaistavuutta suostumus lieventää tehden teon toista tunnusmerkistöä vastaavaksi, tekijälle tuomitaan rangaistus lievemmän lainkohdan mukaan. Niinpä se, joka surmaa toisen luultuaan tämän pyytäneen tällaista, rangaistaan RL 21 luv. 3 §:n eikä suinkaan saman luvun 1 tai 2 §:n mukaan, vaikka pyyntöä todellisuudessa ei ollutkaan esitetty. Samoin tuomitaan se, joka on suorittanut sikiönlähdettämisen luultuaan naisen tahtoneen tätä tekoa, RL 22 luv. 5 §:n 2 momentin (kuten laissa 6/6 1914) eikä saman luvun 6 §:n mukaan. Luullun suostumuksen johdosta tekoon soveltuu toinen, lievemmän rangaistuksen sisältävä tunnusmerkistö.

Oikeuserehdyksen merkityksestä on sekä Saksan että Pohjoismaiden tieteisopissa esiintynyt eri mielipiteitä. Saksan rikosoikeustieteen vallitsevan mielipiteen mukaan⁴⁰ tahallisuuteen kuuluu tietoisuus teon oikeudenvastaisuudesta. Sekä Tanskan että Norjan rikoslait sisältävät säännökset siitä, että tekijälle, joka tekoa tehdessään on ollut väärässä käsityksessä sen oikeudenvastaisuudesta, saatetaan tuomita tavallista lievempi rangaistus.⁴¹ Viimeksimainitun rikoslain mukaan voidaan tekijä tällöin kokonaan vapauttaakin rangaistuksesta, jos oikeus katsoo siihen olevan syytä. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä *Serlachius-Särkilahti* kannattaa painokkaasti mieli-
pidettä, jonka mukaan tahallisuuteen sisältyy tieto teon oikeudenvas-

⁴⁰ Ks. esim. *Liszt-Schmidt*, s. 265 ja 266; *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 330, ja *Strafrecht* 1938, s. 92. — Toisin v. *Hippel*, joka tätä asiaa käsittelee laajalti, ks. II, s. 337—355.

Dohna, Aufbau, s. 43, ja *Frank*, s. 184 ja 187, jakavat erehdykset kahteen luokkaan: sellaisiin, joita olisi voitu välttää, ja sellaisiin, joita ei olisi voitu välttää. He katsovat vain jälkimmäisen laatuisten oikeuserehdysten poistavan teon tahallisuuden.

⁴¹ Tanskan rikoslain 84 § kuuluu erehdyistä koskevalta osaltaan: »Den for en strafbar Handling i Loven foreskrevne Straf kan nedsættes . . . naar Gerningsmanden har handlet i undskyldelig Uvidenhed om eller undskyldelig Misforstaaelse af Retsregler, der forbyrder eller paabryder Handlingens Foretagelse . . . I de under Nr. 1—6 omhandlede Tilfælde kan Straffen under i øvrigt formildende Omstændigheder bortfalde».

Norjan rikoslain 57 § kuuluu: »For den, som ved handlingens foretagelse befandt sig i vildfarelse med hensyn til dens retsstridige beskaffenhed, kan, saafremt retten ikke finder af denne grund at burde frifinde ham, straffen nedsættes under den for handlingen bestemte Lavmaal og til en mildere strafart».

taisuudesta.⁴² Samalla kannalla ovat *Sundström-Salmiala*,⁴³ *Alanen*⁴⁴ ja *Honkasalo*.⁴⁵ Toista mielipidettä edustivat sensijaan aikaisemmin *Grotenfelt*⁴⁶ ja *Forsman*.⁴⁷ Edellistä mielipidettä, joka myöntää oikeuserehdykselle tahallisuuden poistavan vaikutuksen, on pidettävä oikeana. Vastakkainen käsitys veisi tuloksiin, jotka eivät tyydyttäisi oikeustajuntaa.⁴⁸ Juuri suostumusopin alalla voidaan näet ajatella mahdollisiksi sellaisia, käytännössä yleensä harvinaisia tapauksia, joissa, Serlachius-Särkilahden sanontaa käyttäksämme, täysi-ikäinen ihminen tietämättömyydestä, pahaa aavistamatta tulee tehneeksi rikoksen.⁴⁹ Tapauksissa, joissa suostumuksen merkitys ei ilmene laista eikä tavanomaisesta oikeudesta, tekijä saattaa helposti tulla väärin tuloksiin teon oikeudenvastaisuutta arvioidessaan. Selvää on, että oikeuserhdys tällöin poistaa teon tahallisuuden.⁵⁰ Sensijaan voidaan teon oikeudenvastaisuutta koskevaa erehdystä tuskin käy-

⁴² *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 157, katsoo, että mielipidettä, jonka mukaan tahallisuuteen ei kuulu tietoisuutta teon oikeudenvastaisuudesta, voidaan kannattaa vain lukemalla tekoerehdysten joukkoon osa niitakin erehdyksiä, mitkä oikeastaan olisivat oikeuserhdyksiä, ja pitämällä täten oikeuserhdyksinä vain niitä erehdyksiä, jotka koskevat kulloinkin kysymyksessäolevan rangaistussäännöksen rikkomista. — Vrt. *Wetter*, s. 59 ja 60. Hän erottaa varsinaisen ja epävarsinaisen oikeuserhdyksen pitäen jälkimmäisenä sellaista, jossa tekijä erehtyy tunnusmerkistössä olevan sanan oikeudellisesta merkityksestä (esim. siitä, mikä on hengenvaarallinen ase).

° ⁴³ Ks. *Sundström-Salmiala*, Osallisuus, s. 24. Hän perustelee kantaansa huomauttamalla, että koska rikos on kuulaisuusvelvollisuuden loukkausta eli rikotun normin noudattamisvelvollisuuden loukkaamista, tästä loogillisella välttämättömyydellä seuraa, että rikos edellyttää tekijässä tietoisuutta siitä normista, jonka rikkomisesta häntä rangaistaan.

⁴⁴ *Alanen*, Hätävarjelus, s. 145.

⁴⁵ *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 157: »Yleisesti katsotaan tahallisuuteen myös kuuluvan, että tekijä on käsittänyt tekonsa olevan kielletyn».

⁴⁶ *Grotenfelt*, s. 82.

⁴⁷ *Forsman*, Allm. läror, s. 141 ja 142.

⁴⁸ *Sundström-Salmiala*, Osallisuus, s. 24, huom. 44, esittämien oikeustapausten lisäksi mainittakoon *Kork. Oik. Tied.* 113/1929, jossa syytetty tuomittiin kuolemantuottamuksesta eikä tahallisesta taposta, koska hän luuli itsellään olevan oikeuden käyttää loukatun kiinni saamiseksi sellaista väkivaltaa kuin RL 3 luv. 8 §:ssä sanotaan. Tapaus koski väkijuomien kuljetukseen syyllistyneen henkilön pidättämistä. Loukatun lähtiessä karkuun ampui syytetty häntä kuoleman seurauksin.

⁴⁹ *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 158.

⁵⁰ *Stjernberg*, s. 71 ja 72, katsoo oikeuserhdyksen poistavan teon rangaistavuuden mm. siltäältä, kun tapaukseen ei sovellu mikään kirjoitetun oikeuden säännös.

tännössä pitää mahdollisena kysymyksen ollessa niistä teoista, joiden kohdalta suostumuksen merkitys on laissa nimenomaan säännöstelty. Ei voida ajatella, että kukaan luulisi pääsevänsä rangaistuksetta esimerkiksi loukatun suostumuksin tekemästään sikiönlähdettämisestä taikka surmaamisesta, joka on tapahtunut loukatun pyynnöstä.

D. Suostumuksen antajan erehdyttäminen.

Kysymys sellaisen suostumuksen vaikutuksesta teon oikeuden-vastaisuuteen, jonka tekijä on saanut loukatulta erehdyttämällä tämän jostakin tekoa koskevasta oleellisesta seikasta, on rikosoikeus-tieteessä saanut sangen erilaisia vastauksia. Yksinkertaisimman ratkaisun ovat löytäneet oikeustoimiteorian kannattajat viittaamalla OikTL:ssa olevaan säännökseen, jonka mukaan petollisella viettelyllä aikaansaatu oikeustoimi ei sido vieteltyä.⁵¹ Luultavasti on oikeus-toimiteorian vaikutus ollut syynä siihen, että monet niistäkin suostu-musopin tutkijoista, jotka eivät pidä suostumusta oikeustoimena, asiaa enempiä perustelematta katsovat päteväksi vain »vapaaehtoi-sesti», ilman pakon ja petoksen käyttämistä saadun suostumuksen.⁵² Erehdyttämällä hankitun suostumuksen oikeudellista arvoa perusteel-lisemmin harkinneet suostumusopin tutkijat ovat mainitun kysymyksen ratkaisseet eri tavoin. Useimmat ovat katsoneet tällaisen suos-tumuksen pätemättömäksi perustellen käsitystään sillä, että tekijältä puuttuu suostumuksen antajan edellyttämä »hyvä tahto». Tämän^o mielipiteen ovat esittäneet *Mezger, Schrey, Albers ja Greifelds*.⁵³

⁵¹ Ks. OikTL 30 §:ä. — Vastaavaan Saksan siviililain säännökseen ovat vii-tanneet *Zitelmann*, s. 62; *Hasselbach*, s. 27; *Seydel*, s. 10.

⁵² Näin saksalaisessa oikeustieteessä *Schütze*, s. 165; *Wächter*, s. 4; *Merkel*, *Verbrechen*, s. 188; *Guderian*, s. 45; *Klee*, GA 49, s. 246; *Kessler*, *Einwilligung*, s. 105; *Lammasch*, s. 52; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 416; *Mannheimer*, s. 31; *Schaper*, s. 131; *Breithaupt*, s. 59; *Heilborn*, s. 178; *Allfeld*, s. 141; *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 503; *Oelze*, s. 66; *Rupp*, s. 34; *Staudt*, s. 19; *Metz*, s. 34.

Englantilaisessa oikeudessa on suostumuksen »vapaaehtoisuus» mainittu suostumusta koskevassa ennakkopäätöksessä. Ks. *Harris-Wilshere*, s. 220; *Stephen*, s. 206. Ranskalaisessa oikeustieteessä pidetään suostumuksen vapaaehtoi-suutta itsestään selvänä asiana. Ks. *Brendel*, s. 6.

Pohjoismaisessa rikosoikeustieteessä ovat suostumuksen vapaaehtoisuu-den ilman perusteluita maininneet *Urbye*, s. 25 ja 46; *Hagerup*, s. 215; *Grotenfelt*, s. 70; *Torp*, *Betänkning*, s. 16 (Motiivit); *Olivecrona*, s. 51; *Kjerschow*, *Straffelov*, s. 592.

⁵³ Ks. *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 212; *Schrey*, s. 59; *Albers*, s. 10; *Greifelds*, s. 68. — Samaan suuntaan *Hagströmer*, *Straffrätt*, s. 111, huom. 1.

He ovat siis katsoneet, että tekijää tällaisessa tapauksessa rangaistaisiin aivan kuin suostumusta ei olisi annettukaan. Vastakkaisen käsityksen ovat lausuneet *Holer*, *Thyrén* ja *Skeie*,⁵⁴ jotka ovat pitäneet erehdyttämällä saatua suostumusta pätevänä ja katsoneet sen poistavan teon oikeudenvastaisuuden tavalliseen tapaan. He ovat tosin lisänneet, että kysymyksessä olevaa tekoa voitaisiin eräissä tapauksissa pitää petoksena. Erehdyttämällä saadun suostumuksen nojalla tehdyn teon oikeudellisesta luonteesta on esitetty kolmaskin mielipide. Sen mukaan tekijää rangaistaisiin kahdesta teosta: ensiksikin siitä rikoksesta, johon hän sai erehdyttämällä loukatulta tämän suostumuksen ja tämän lisäksi vielä petoksesta.⁵⁵

Mielipide, jonka mukaan erehdyttämällä saatu suostumus ei poista teon oikeudenvastaisuutta, on epäilemättä oikea. Pätevän suostumuksen antaminen edellyttää teon todellisen luonteen tuntemista.⁵⁶ Asian selvittämiseksi mainittakoon pari esimerkkiä: 1) A antaa B:lle luvan heittää pois A:n omistaman sormuksen. A luulee, että sormus on arvoton, kun taas B tietää sen todellisuudessa kallisarvoiseksi. 2) A:lla on eläin, johon hän on kiintynyt. Lähtiessään matkalle hän pyytää naapuriaan B:tä hoitamaan ja ruokkimaan sitä. B, joka on luvannut pitää eläimestä huolta, kyllästyy sen hoitamiseen ja päättää vapautua tästä tehtävästä. Hän kirjoittaa siksi A:lle eläimen olevan sairaana ja pyytää lupaa sen tappamiseen. A antaa suostumuksensa ja B tappaa eläimen.⁵⁷ — Näissä kummassakin tapauksessa suostumus on saatu erehdyttämällä suostuja tekoa koskevasta oleellisesta seikasta. Tällaiselle suostumukselle ei voida antaa oikeudellista merkitystä.

Edellä esitetystä säännöstä ei ole syytä tehdä poikkeusta myöskään silloin, kun teon tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, ettei tekoon ole saatu loukatun suostumusta.⁵⁸ Niinpä ei sikiönlähdettämisen voida katsoa tapahtuneen »naisen tahdon mukaan», jos naisen suostumus on hankittu erehdyttämällä hänet jostakin oleellisesta seikasta. Rikoslaissa on kuitenkin eräitä siksi suppeita tunnusmerkistöjä, että ne nimenomaan edellyttävät määrätyn tekotavan käyttä-

⁵⁴ Näin *Holer*, s. 99; *Thyrén*, *Principerna*, s. 115; *Skeie*, *Strafferet*, s. 325—326.

⁵⁵ Näin *Cron*, s. 54; *Wetter*, s. 31; *Torp*, *Strafferet*, s. 233.

⁵⁶ Ks. *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 164.

⁵⁷ Viimeksimainitun esimerkin maininnut *Cron*, s. 54.

⁵⁸ Pohjoismaisessa tieteisopissa näitä tapauksia on usein pidetty poikkeuksina. Ks. *Thyrén*, *Principerna*, s. 115; *Hagströmer*, *Straffrätt*, s. 111, huom. 1; *Stjernberg*, s. 44.

mistä. Tästä johtuu, että erehdyttämälläkin saatu suostumus poistaa niiden tunnusmerkistön mukaisuuden. Niinpä väkisinmakaamisesta ei voida puhua, jos tekijä on saanut loukatulta suostumuksen tekoonsa, vaikkapa tämä olisi hankittu erehdyttämälläkin.⁵⁹ Joskus on lainsäätäjä menetellyt siten, että lainsäädännöksessä on teon tekemisen rinnakkaisina muotoina mainittu väkivalta, uhkaus ja kavaluus. Erimerkkinä tällaisesta mainittakoon ihmisryöstöä koskeva RL 25 luv. 1 §. Mainittu lainsäädännös soveltuu sekä sellaisiin tapauksiin, joissa loukatun suostumus on saatu pakolla tai uhkauksella, että sellaisiin, joissa suostumus on saatu erehdyttämällä.

Sääntönä on siis pidettävä sitä, että erehdyttämällä saadun suostumuksen nojalla tehdystä teosta tuomitaan rangaistus aivan kuin suostumusta ei ollenkaan olisi annettu. Voidaan kysyä, miten on meneteltävä silloin, kun teko, johon suostumus on saatu, täyttää petoksen edellytykset. Ajateltakoon, että B heittää pois A:n omistaman ja tämän arvottomaksi luuleman, mutta todellisuudessa ja B:n tietäen arvokkaan sormuksen, ja että B on esittänyt A:lle asian valheellisessa muodossa aiheuttaakseen A:lle taloudellisen tappion. Onko B:tä rangaistava sekä irtaimen esineen vahingoittamisesta että petoksesta? Vastaus tähän kysymykseen on kielteinen. B:lle tuomitaan rangaistus vain petoksesta. Lainkonkurenssi saa tässä tapauksessa aikaan sen, että rangaistus tuomitaan vain yhden lainsäädännön nojalla. Asian valaisemiseksi mainittakoon vielä toinen esimerkki. A riistää B:ltä vapauden saatuaan tämän suostumuksen erehdyttämällä tätä jonkin oleellisen seikan suhteen. A:n tarkoituksena on ollut saattaa B vieraan valtion sotapalvelukseen. Ellei tätä tarkoitusta olisi ollut, A:ta olisi rangaistu laittomasta vangitsemisesta, joka erehdyttämisen tähden olisi jäänyt oikeudenvastaiseksi B:n antamasta suostumuksesta huolimatta. Koska A:n teko kuitenkin toteuttaa ihmisryöstön tunnusmerkistön, A saa rangaistuksen tästä teosta, eikä laittomasta vangitsemisesta tuomittava rangaistus siksi enää tietenkään saata tulla kysymykseen.

E. Provokatoorisessa tarkoituksessa annettu suostumus.

Suostumus saatetaan antaa siinä tarkoituksessa, että tekijä saataisiin houkuteltua tekoa tekemään. Tällainen provokatio on taval-

⁵⁹ Tosin tekijä tässä tapauksessa saattaa tulla rangaistavaksi RL 20 luv. 9 §:n nojalla, kuten tämä kuuluu 5/2 1926 annetussa laissa.

lista esimerkiksi salapoliisin työssä. Suostumuksen antajan tarkoitus vahingoittaa tekijää ei yleensä tee suostumusta pätemättömäksi,⁶⁰ vaan tämä poistaa teon oikeudenvastaisuuden kuten muissakin tapauksissa. Edellytyksenä on kuitenkin se, että salliminen todella on tapahtunut.⁶¹ Tämän johdosta ei esimerkiksi tavaroiden näytteille asettamista ammattivarkaan houkuttelemiseksi ansaan voida pitää anastukseen annettuna suostumuksena.

F. Pakolla saatu suostumus.

Suostumuksen merkitystä arvioitaessa on selvitettävä tekijän käyttämän pakon vaikutus suostumuksen pätevyYTEEN. Pakko voi ilmetä kahdessa muodossa, väkivaltana tai uhkauksena. Ilmeistä on, että tekijän käyttäessä keinonaan väkivaltaa suostumuksesta ei saateta puhua. Suostumus on näet tahdontoimi, jonka sisältönä on tekijän teon salliminen. Väkivaltaa käyttäen loukatulle tehdyn teon ei siksi koskaan voida sanoa tapahtuneen loukatun suostumuksin.

Toisin kuin väkivallan on uhkauksen käyttäminen mahdollista

⁶⁰ Hyvänä esimerkkinä tästä on eräs Helsingin RO:den 27/5 1932 antama, Turun HO:den 2/10 1933 vahvistama päätös. H:gin kaupungissa kotipaikka-oikeutta nauttiva L. O/Y oli lausunut, että sittenkun L. O/Y:lle oli myönnetty patentti toimitusjohtaja I. R:n keksimään leivin- ja paistinuuniin 28/4 1923 alkaen, sanotusta kaupungista oleva rakennusmestari V. R. V., joka oli vuosina 1927 ja 1928 ollut L. O/Y:n palveluksessa silloin perehtyen yllämainittuun keksintöön, oli sen jälkeen, huolimatta keksinnölle myönnetystä patentista, ryhtynyt H:gistä olevan S. U. O/Y:n ja sen toimitusjohtajan A. V. V:n avulla valmistamaan ja myymään leivin- ja paistinuuneja, jotka olivat pääpiirteissään samalla tavoin valmistettuja kuin edellämainitulla patentilla suojatut uunit. Kun tällainen menettely loukkasi L. O/Y:n patenttioikeutta aiheuttaen yhtiölle vahinkoa, yhtiö vaati, että V. R. V. ja A. V. V. tuomittaisiin rangaistukseen yhtiön patenttioikeuden tahallisesta loukkaamisesta ja lisäksi maksamaan erinäisiä korvauksia. RO katsoi selvitettyksi, että yksi syytettyjen valmistama uuni todella oli ollut rakenteeltaan sellainen, jota patentti suojasi, mutta että tuo uuni oli rakennettu mainittuun tapaan L. O/Y:n edustajan nimenomaisesta pyynnöstä. Koska L. O/Y:n tarkoituksena tällä pyynnöllä oli ollut yksinomaan todistusaineiston hankkiminen siitä, että S. U. O/Y oli loukannut L. O/Y:n patenttioikeutta, sanotun uunin valmistaminen ja myyminen ei käsittänyt patenttioikeuden loukkausta, minkä vuoksi RO hylkäsi L. O/Y:n tekemät vaatimukset.

⁶¹ Ks. tästä Heilborn, s. 179; Thyren, Principerna, s. 116. Viimeksimainittu lausuu mm. »Äfvenså måste framhållas, att ett blott laisser faire (kanske, tvärtom, i syfte att få någon straffad) icke är ett verkligt samtycke, såvida icke, under de gifna omständigheterna, passivitetens skulld vara 'konkludent' samtycke».

suostumuksen saamisen keinona. Uhkauksin hankitun suostumuksen oikeudellisesta merkityksestä on tieteisopissa esitetty eri mielipiteitä. Tosin on yleisesti katsottu, ettei tällainen suostumus poista teon oikeudenvastaisuutta,⁶² mutta erimielisyyttä on ollut siitä, olisiko tekijää rangaistava vain siitä teosta, johon hän uhkaamalla hankki loukatun suostumuksen, vai kuuluisiko hänelle lisäksi rangaistus myös vapauden loukkaamisesta.⁶³ Oikeana on pidettävä jälkimmäistä käsitystä. Sellainen uhkaaminen, joka estää suostumuksen antajan vapaasti muodostamasta tahtoaan, toteuttaa aina vapausrikoksen tunnusmerkistön. Tekijä tekee siis itsensä syypääksi kahteen tekoon: 1) siihen rikokseen, johon hän hankki loukatun suostumuksen uhkausta käyttäen ja 2) rikokseen loukatun vapautta vastaan.⁶⁴ Sitä, joka pakottaa loukatun suostumaan esimerkiksi lievään pahoinpitelyyn, rangaistaan siksi sekä pahoinpitelystä että pakottamisesta. Samoin tuomitaan se, joka uhkauksin saa loukatun suostumaan kunnianloukkaukseen, kahdesta teosta, nimittäin kunnianloukkauksesta ja pakottamisesta. Saattaa tuntua kohtuuttomalta, että rikoksen tekijää, joka on saanut loukatun suostumuksen uhkausta käyttäen, joudutaan täten rankaisemaan kahdesta teosta, kun taas erehdyttämällä saadun suostumuksen nojalla tehdyn teon tekijää sensijaan yleensä rangaistaan vain erehdyttämällä hankkimansa suostumuksen nojalla tekemästään yhdestä rikoksesta. Tämä on kuitenkin hyvin ymmärrettävissä saaden selityksensä siitä, että erehdyttäminen ei rikoslain mukaan sinänsä ole yleisesti rangaistava teko, vaan se rangaistaan vain määrättyjen edellytysten vallitessa, esimerkiksi sen toteuttaessa petoksen tunnusmerkistön. Sensijaan katsotaan 25 luv. 12 §:n mukaan toisen pakottaminen väkivallalla tai uhkauksella tekemään, sietämään tai tekemättä jättämään jotakin säännöllisesti rangaistavaksi teoksi.

Vaikka tekijä, joka on uhkauksin saanut loukatun suostumaan johonkin rikokseen, tekee itsensä syypääksi kahteen rangaistavaan tekoon, saattaa tietenkin olla mahdollista, että rangaistus näistä kummastakin sisältyy samaan lainsäädännökseen. Esimerkkinä tällaisesta tapauksesta, jossa yhdellä rangaistussäännöksellä suojataan useampia suojeluobjekteja, nimittäin sekä vapautta että jotakin muuta oikeushyvää, mainittakoon RL 31 luv. 1 ja 2 §:ssä tarkoitettu

⁶² Näin esim. *Wetter*, s. 31; *Hagströmer*, *Straffrätt*, s. 111, huom. 1.

⁶³ Näin *Skeie*, *Strafferet*, s. 325.

⁶⁴ Koska pakottaminen on tapahtunut ennen toisen rikoksen tekemistä, mainitut kaksi tekoa ovat reaalikonkurensissa keskenään.

ryöstö. Jos ryöstö tapahtuu siten, että tekijä uhkaamalla saa loukatun suostumaan omaisuusintressinsä loukkaukseen, on suostumus saatu pakottamalla, mutta tekijää rangaistaan tietenkin vain ryöstöstä eikä suinkaan erikseen omaisuutta ja vapautta vastaan kohdistuneista rikoksista.

Suostumus on yleensä pätevä silloinkin, kun se on saatu loukaltulta viettelemällä tai taivuttamalla. Niinpä ei tekijää, joka on vietteltyt loukatun antamaan suostumuksen esimerkiksi lievään pahoinpitelyyn, voida rangaista mistään rikoksesta. Poikkeuksen mainitusta säännöstä tekevät kuitenkin RL 20 luv. 9 §:ssä (kuten tämä kuuluu 5/2 1926 annetussa laissa) ja 38 luv. 10 §:ssä (kuten tämä kuuluu 22/5 1931 annetussa laissa) mainitut teot. Kummankin rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää sellaista loukatun suostumusta, mikä on saatu taivuttamalla tai viettelemällä, loukatun turvatonta tai hädänalaista tilaa hyväksi käyttämällä. Suostumus on näiden tekojen kohdalla siis positiivinen tunnusmerkistöntekijä. Lain nimenomaisen säännöksen mukaan teot rangaistaan suostumuksesta huolimatta. Mainittujen säännösten avulla lainsäätäjä on ratkaissut käytännössä tärkeimmiksi havaitut tapaukset, joissa loukattu tarvitsee suojaa viettelemistä vastaan.

G. Suostumus tai sen puute tunnusmerkistöntekijänä.

Kuten edellä suostumuksen käsitteen kriterioita selvitettyä on ilmennyt, suostumus ei aina esiinny teon oikeuttamisperusteena, vaan on tapauksia, joissa teon tunnusmerkistö toteutuu vain tehdyssä teko loukatun suostumuksesta. Esimerkkeinä tällaisista teoista mainittakoon seuraavat: RL 22:6 (»Jos joku, naisen tahtomatta, tahallansa joko ulos ajamalla taikka hänen kohtuunsa on surmannut sikiön...»); 24:1 (»Joka ilman laillista syytä, vastoin toisen tahtoa, tunkeutuu hänen asuntoonsa...»); 25:1 (»Joka väkivallalla, uhkauksella... ottaa toisen valtaansa...»); 25:4 (»Jos joku pakottaa naisen luvattomaan sekaannukseen väkivallalla, tahi uhkauksella, jossa pakottava vaara on tarjona...»); 25:6 (»Jos joku väkivallalla, tahi uhkauksella, jossa pakottava vaara on tarjona, saattaa naisen kärsimään muun haureellisen teon...»); saman luvun 7 §, kuten se kuuluu 5/2 1926 annetussa laissa (»Jos joku väkivaltaa tai uhkausta käyttäen tahi muulla tavalla ottaa valtaansa naisen, joka on viisi-toista vuotta täyttänyt, ja vastoin hänen tahtoaan vie pois...»);

saman luvun 8 §, kuten se kuuluu 5/2 1926 annetussa laissa (»Joka vie pois viisitoista vuotta täyttäneen naisen, tämän tahdon mukaan, mutta ilman [naittajan tahi muun edusmiehen] suostumusta...»); saman luvun 11 § (»Joka kiduttaa toista pakottaakseen hänet tunnustukseen...»); saman luvun 12 § (»Joka, ilman laillista oikeutta, väkivallalla tahi uhkauksella pakottaa toisen tekemään, sietämään tahi tekemättä jättämään jotakin...»); 31:1 (»Jos joku väkivaltaisella pitelemisellä, tahi uhkauksella, jossa pakottava hengen tahi terveyden vaara on tarjona, toiselta ottaa tavaraa tahi rahaa») ja saman luvun 3 § (»Jos se, joka verekseltä tavataan näpistämästä, varastamasta tahi murtautumasta, taikka sellaista yrittämästä, on, saadaksensa pitää tavaran tahi täyttää rikoksensa, toiselle tehnyt väkivaltaa taikka käyttänyt uhkausta, jossa pakottava hengen tahi terveyden vaara on tarjona...»). Kaikissa näissä tapauksissa on rangaistussäännöksen suojeluobjektina vapaus, mutta toisinaan sen ohella myös jokin muu oikeushyvä, kuten siveellisyys- tai omaisuusintressi. Eräät näistä teoista ovat rangaistavia yksinomaan käytetyn keinon lainvastaisuuden vuoksi, toisissa tämä seikka on syynä siihen, että rangaistus on suurempi kuin samasta teosta jollakin muulla tavoin tehtynä (ryöstö verrattuna varkauteen tai vastoin naisen tahtoa tehty sikiönlähdettäminen verrattuna naisen tahdon mukaan tehtyyn lähdettämiseen). Kaikissa mainituissa tapauksissa suostumuksen merkitys saadaan helposti selville. Koska rikoksen tunnusmerkistö ei toteudu teon tapahtuessa loukatun vapaaehtoisesti antamin suostumuksin, tekijä jää rankaisematta.

Kuten aikaisemmin on mainittu, laissa puhutaan usein erehdyttämisestä väkivallan ja uhkauksen rinnakkaiskeinona. Näin on asianlaita esimerkiksi ihmisryöstöä koskevassa RL 25 luv. 1 §:ssä. Tyypillistä on erehdyttämällä saadun suostumuksen esiintyminen myös RL 36 luv. 1 §:n tarkoittamassa petoksessa (»... tuomalla esiin valheellisen asianlaidan, taikka vääristelemällä tahi salaamalla todellisen, aikaan saa taikka vireilläpitää erehdyksen...»). Samoin on asianlaita 18 luv. 2 ja 3 §:n tarkoittamissa, sukuoikeuksia vastaan kohdistuvissa rikoksissa. Kuten on todettu, erehdyttämällä hankittu suostumus ei ole pätevä eikä siis poista teon oikeudenvastaisuutta. Jos loukattu on suostunut tekoon siitä huolimatta, että on huomannut tekijän todellisen tarkoituksen, ei rikoksen tunnusmerkistö myöskään siinä tapauksessa ole toteutunut, koska erehdyttäminen ei ole onnistunut.

Kaikissa mainituissa tapauksissa teon tunnusmerkistön toteutu-

minen on edellyttänyt loukatun suostumuksen puuttumista. On olemassa myös päinvastaisia tapauksia, nimittäin sellaisia rikoksia, joiden luonteeseen kuuluu loukatun antama suostumus. Esimerkkeinä mainittakoon RL 21 luv. 3 §:n tarkoittama toisen surmaaminen tämän omasta pyynnöstä, 22 luv. 5 §:n 2 momentissa (kuten laissa 6/6 1914) mainittu sikiönlähdettäminen naisen tahdon mukaan, 25 luv. 8 §:n sisältämä enleveeraus, joka tehdään naisen suostumuksin, joskin hänen edusmiehensä tahtoa vastaan, sekä aikaisemmin jo kosketellut RL 20:9 ja 38:10, kuten ne kuuluvat nykyisessä muodossaan. Tässä yhteydessä on vielä syytä mainita SRL 90 §:n 2 momentin säännös (»... hankkiakseen toiselle vapautuksen sotapalveluksesta hänen pyynnöstään tai suostumuksellaan silpoo häneltä jäsenen tai vahingoittaa hänen terveyttään taikka sellaisessa teossa on hänelle avullinen...»). Kaikissa näissä tapauksissa vaatii teon tunnusmerkistön toteutuminen, että loukattu on antanut tekoon vapaaehtoisen suostumuksen.⁶⁵ On tietenkin selvää, ettei suostumus tällöin poista teon rangaistavuutta. Teot muistuttavat edellisessä ryhmässä mainittuja siinä suhteessa, että loukatun suostumuksen merkitys kumpaankin lajiin kuuluvien tekojen osalta selviää tunnusmerkistön tulkinnalla. Sensijaan toteutuu muiden yksilön oikeusalaan vastaan suuntautuvien rikosten tunnusmerkistö riippumatta siitä, tehdäänkö teko loukatun suostumuksin vai suostumuksetta.⁶⁶

Ne rikokset, joiden tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää joko suostumuksen antamista tai tämän puutetta,⁶⁷ on suostumusopin tut-

⁶⁵ Saksalaisessa tieteisopissa on toisinaan katsottu, että suostumus olisi näissä tapauksissa »yhden tekevä». Ks. esim. *Honig*, s. 120. Näin ei asianlaita kuitenkaan ole, koska suostumus on välttämätön tunnusmerkistön toteutumiseksi.

⁶⁶ Ks. *Beling*, *Verbrechen*, s. 221.

⁶⁷ Saksalaisessa rikosoikeustieteessä on suostumuksen olemassaoloa tai puuttumista vaativien tunnusmerkistöjen lukumäärä tavallisesti määritelty paljon suuremmaksi kuin edellä. Usein niihin on katsottu kuuluvan kaikkien omaisuusrikosten tai ainakin osan niistä. Näin v. *Hippel* II, s. 243, huom. 4; *Hepp*, s. 274; *Berner*, s. 139; *Wächter*, s. 1; *Liszt-Schmidt*, kokonaispainos, s. 615; *Metz*, s. 34; *Hagströmer*, *Tjufnad*, s. 23; *Lobe*, *Einführung*, s. 46 ja 48; *Honig*, s. 170; *Breithaupt*, s. 18; *Hälschner*, *Strafrecht* I, s. 470; *Holer*, s. 105; *Cron*, s. 17; *Beissel*, s. 10; *Pfersdorff*, s. 34. — Jotkut suostumusopin tutkijat taas ovat katsoneet, ettei vapausrikoksen tunnusmerkistö toteudu, jos siihen on annettu suostumus. Näin *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 149; *Honig*, s. 132; v. *Calker*, s. 37.

Perusteellisimmin on kosketeltua kysymystä saksalaisessa rikosoikeustieteessä käsitellyt *Seitz*, s. 54—61, joka on tullut siihen tulokseen, että suostumus ei koskaan ole oikeuttamisperuste, vaan aina tunnusmerkistöntekijä. Seitzin opin perustana

kimisessä usein jätetty täysin syrjään.⁶⁸ Tämä ei kuitenkaan ole asianmukaista, sillä suostumusta koskevan tutkimuksen ei ole rajoituttava yksinomaan suostumuksen vaikutusalaan käsittelevään kysymykseen, vaan huomiota on kiinnitettävä myös suostumuksen käsitteen selvittämiseen. Esimerkiksi sellaiset suostumusopissa varteenotettavat seikat kuin pätevän suostumuksen muoto ja sen antajalta vaadittava ikä koskevat myös niitä tapauksia, joissa suostumuksen merkitys saadaan selville tunnusmerkistön tulkinalla.⁶⁹

Selviääkö suostumuksen vaikutus teon rangaistavuuteen tunnusmerkistöstä vai ei, riippuu siitä metodista, jota lainsäätäjä on kussakin tapauksessa käyttänyt. On voitu näet menetellä kahdella tavoin: joko jättää teko suostumuksen esiintyessä kokonaan kriminalisoimatta (tunnusmerkistö jää toteutumatta) tai pitää tekoa tunnusmerkistön mukaisuudesta huolimatta rankaisemattomana (oikeudenvastaisuus puuttuu). Vastaavasti voitaisiin tapaukset, joissa teon tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää loukatun tekoon antamaa suostumusta, rinnastaa sellaisiin, joissa tunnusmerkistö tosin toteutuu suostumuksetta, mutta joiden oikeudenvastaisuutta suostumus ei poista. Käytännössä ei siten kysymyksellä, onko suostumuksen puuttumista pidettävä teon tunnusmerkistöntekijänä vai voidaanko suostumus katsoa teon oikeuttamisperusteeksi, ole suurtaakaan merkitystä, vaikka ero onkin teoreettisesti syytä ottaa huomioon.

H. Suostumuksen muoto ja tuleminen tekijän tietoon.

Suostumuksen muotoa koskeva kysymys on jatkuvasti ollut erimielisyyden aiheena suostumusopin tutkijoiden kesken. Tästä seikasta on esitetty kaksi vastakkaista teoriaa. Toisen mukaan riittää suostumukseksi puhtaasti sisäinen ilmiö, sallimisen sisältävä tahdon-suunta, toisen mukaan vaaditaan suostumuksen ilmaisemista. Teorioista käytetään Mezgerin antamia nimityksiä *tahdon-suunta* ja *tahdonilmaisuteoria* (»Willensrichtungs»- ja »Willens-

on se käsitys, että tunnusmerkistö itsessään on »väärystyyppi», joten oikeudenvastaisuutta ei sen rinnalla tarvita.

⁶⁸ Näin Wächter, s. 1; Joski, s. 7; Oelze, s. 74; Metz, s. 14. He ovat selittäneet lain näissä tapauksissa nimenomaisin sanoin ratkaisevan suostumuksen merkitystä koskevan kysymyksen ja siksi arvelleet, ettei niitä tarvitse suostumusopissa pitämällä käsitellä.

⁶⁹ Näin myös Nathan, s. 32, huom. 1; Traeger, s. 117; Schrey, s. 5.

erklärungs-theorie»).70 Näistä kummastakin teoriasta poikkeaa se mielipide, jonka ovat esittäneet *E. Schmidt* ja *Klee*. Heidän käsityksensä mukaan kysymys suostumuksen muodosta on ratkaistava eri tavoin eri rikosten osalta. Mitä suurempi ja merkityksellisempi on loukatun suostumuksin tehty teko, sitä suuremmat vaatimukset on asetettava suostumuksen muodollekin.⁷¹ Tämä käsityskanta ei ole saanut tieteisopissa enemmälti kannatusta.

Tahdonsuunta- ja tahdonilmaisuteorian vastakkaisuutta lieventää suuresti se, että jälkimmäisen kannattajat miltei poikkeuksetta hyväksyvät expressis verbis-annetun suostumuksen lisäksi myöskin konkludenttisen tahdonilmaisun. Konkludenttisenä suostumuksena he pitävät kaikkea sellaista suostumuksen antajan käyttäytymistä, josta ilman sanojen käyttämistä voidaan päätellä suostujan myönteinen suhtautuminen kysymyksessäolevaan tekoon. Esimerkkeinä tällaisesta on mainittu ilmeet ja eleet. Konkludenttinen suostumus on yleensä poikkeuksetta katsottu nimenomaisen suostumuksen veroiseksi. Honigin esittämä mielipide, jonka mukaan konkludenttinen ilmaisumuoto riittäisi vain silloin, kun suostumuksen puuttuminen on teon tunnusmerkistön toteutumisen edellytyksenä,⁷² ei ole saanut tieteisopissa kannatusta osakseen.

Vaikka suostumukseksi hyväksyttäisiinkin myös konkludenttinen tahdonilmaisu, on tahdonsuunta- ja tahdonilmaisuteorioiden erolla silti suostumusopissa käytännöllistä merkitystä. Jos suostumuksena pidetään ilmaisematontakin tahdonsuuntaa, suostumus voidaan katsoa päteväksi useassa sellaisessa tapauksessa, joissa tämä tahdonilmaisuteorian mukaan ei ole mahdollista. Tämä selviää seuraavasta esimerkistä: A näkee huoneessaan olevasta peilistä viereisessä huoneessa olevan tuttavansa B:n ottavan itselleen sieltä erään A:lle kuuluvan arvokkaan esineen. Hienotunteisuusyistä A päättää vaieta ja antaa B:n menetellä mielensä mukaan. Kannatettaessa tahdonsuuntateoriaa A:n menettelyä voidaan pitää B:n tekemän teon oikeutta-

⁷⁰ Nimityksiä on käytetty ensimmäiseksi kirjoituksessa GS 89, s. 277.

Loogillisinta olisi puhua »ilmaistusta» ja »ilmaisemattomasta tahdonsuunnasta», koska selvää on, että kummankin teorian mukaan vaaditaan sallimisen sisältävä tahdonsuunta. Ks. tästä *Schrey*, s. 7.

⁷¹ Ks. *E. Schmidt*, *Der Arzt*, s. 94: »Es kommt wohl entscheidend auf das Wesen des jeweils interessierenden Delikttypus an, solange der Gesetzgeber nicht für das gesamte Strafrecht etwas anderes anordnet». — *Klee*, GA 49, s. 247, esittää saman-suuntaisen ajatuksen, mutta pitää ratkaisevana konkreettista yksityistapausta eikä määrättyä rikostyyppiä sinänsä.

⁷² *Honig*, s. 145.

misperusteena, kun taas tahdonilmaisuteorian mukaan tämä ei ole mahdollista.⁷³

Kaikki oikeustoimateorian edustajat olivat tietenkin tahdonilmaisuteorian kannattajia, mikä on luonnollista, koska oikeustoimateorian mukaan suostumusta pidettiin oikeustoimena ja pätevältä suostumukselta siksi vaadittiin oikeustoimen muotoakin.⁷⁴ Myös rajoitetun oikeustoimateorian kannattajat korostivat tahdonilmaisun välttämättömyyttä varallisuusrikoksiin annetun suostumuksen suhteen, koska he pitivät suostumusta tässä tapauksessa oikeustoimen luontoisena.⁷⁵ Vielä 1900-luvun alussa oli tahdonilmaisuteoriolla muutenkin vallitsevan mielipiteen yleisyys⁷⁶. Useat suostumusopin tutkijat pitivät teorian oikeellisuutta aivan itsestään selvänä. Ne, jotka koettivat löytää teorialle perusteluita, viittasivat tässä mielessä yleensä siihen, että suostumus kielellisesti merkitsisi ilmaistua yhteisymmärrystä⁷⁷ ja vaatisi vastaanottajan, jolle suostujan tahto voitaisiin selvittää.⁷⁸ Edelleen väittivät tahdonilmaisuteorian kannattajat, että ilmaisematta jääneelle tahdolle ei oikeusjärjestyksen yleisten periaatteiden mukaan voitaisi koskaan antaa oikeudellista arvoa, joten sellainen sielullinen ilmiö kuin sallimisen sisältävä tahdon-suunta sekin saisi merkityksen vasta näkyessään ulkomaailmassa.⁷⁹ Tätä ajatusta kehitti Kessler niin pitkälle, että väitti vain ilmaistun tahdon olevan todellista tahtoa.⁸⁰ Tahdonilmaisuteoriaa puolustettiin vielä käytännöllisinkin syin. Sen kannattajat väittivät ilmaisematta jääneen suostumuksen olevan sangen epämääräisen, huomauttaen,

⁷³ Tosin tämän tapauksen ratkaiseminen edellyttää myös selvyttä siitä, pidetäänkö suostumuksen pätevyys ehtona sen tulemistä tekijän tietoon.

⁷⁴ Ks. *Zitelmann*, s. 62; *Metz*, s. 22; *Seydel*, s. 4.

⁷⁵ Näin *Köhler*, *Strafrecht*, s. 410; *Frank*, s. 142; v. *Calker*, s. 37. — Franklin kommentaarin jälkipainos (*Schäfer-Dohnanyi*), s. 45, on tahdonilmaisuteorian kannalla kokonaisuudessaan.

⁷⁶ Tahdonilmaisuteorian kannattajia olivat edellisten lisäksi *Joski*, s. 17; *Pfersdorff*, s. 20; *Kessler*, *Einwilligung*, s. 99; *Roedenbeck*, s. 147; *Breithaupt*, s. 21; *Rupp*, s. 28; *Kiehl*, s. 371; *Hartwig*, *GS* 83. s. 77; v. *Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 62 ja 63; *Schaefer*, s. 45; *Honig*, s. 139; *Allfeld*, s. 142; *Mannheimer*, s. 25; *Holdheim*, s. 39; *Nathan*, s. 30; *Traeger*, s. 136; *Bühning*, s. 8; *Wiebeck*, s. 32; *Ahrens*, s. 46; *Staudt*, s. 12; *Welzel*, s. 66; *Cron*, s. 40; *Engisch*, s. 37; *Seitz*, s. 62; *Mühlmann*, s. 29; *Wetter*, s. 30.

⁷⁷ Ks. *Bühning*, s. 7; *Honig*, s. 139: »...eine blosser 'Willensrichtung' genügt schon rein sprachlich nicht, geschweige denn rechtlich».

⁷⁸ *Seitz*, s. 62.

⁷⁹ Näin *Nathan*, s. 32.

⁸⁰ Ks. *Kessler*, *Einwilligung*, s. 100.

että tekijän olisi sellaisessa tapauksessa jälkeinpäin vaikeata osoittaa suostumuksen olleen teon aikana todella olemassa,⁸¹ ja että saat-taisi samoin helposti tulla erimielisyyttä suostumuksen sisällön yksi-tyiskohdista.⁸²

Tahdonilmaisuteoria ei saamastaan suuresta kannatuksesta huo-limatta kuitenkaan päässyt muodostumaan suostumusopin tutkijoi-den yksimieliseksi käsityskannaksi. Sanotun teorian ensimmäinen vastustaja oli *Binding*,⁸³ joka huomautti, että vaatimusta suostumuk-sen ilmaisemisesta ei voitu perustaa positiivisen oikeuden säännök-siin, vaan se oli aivan »Kesslerin keksintöä». Rajoitetun oikeustoi-miteorian kannattajana piti *Binding* tosin tahdonilmaisua välttämät-tömänä niissä tapauksissa, joissa loukatun suostumuksin tehty rikos kohdistui subjektiivista oikeutta vastaan, mutta sensijaan oli *Bindin-gin* mielestä tahdonsuunta kylliksi kysymyksen ollessa »persoo-nallisuutta kohtaan suuntautuvasta rikoksesta», jonka objektina *Bindingin* käsityksen mukaan oli oikeushyvä eikä subjektiivinen oikeus. *Binding* selitti, ettei oikeusjärjestyksen tarkoituksen mu-kaista ollut pakottaa loukattua säilyttämään sellaista oikeushyvää, jolle tämä ei itse pannut arvoa. Tämän vuoksi riitti sellainen lou-katun tahdonsuunta, joka sisälsi loukkauksen sallimisen, poistamaan teon oikeudenvastaisuuden.

Bindingin jälkeen tahdonsuuntateoria sai lukuisia kannattajia,⁸⁴ jotka perusteellisesti ryhtyivät kumoamaan tahdonilmaisuteorian puolesta esitettyjä todisteluja. Puhekielen suostumus-sanan he eivät katsoneet suinkaan merkitsevän ilmaistua tahtoa, vaan pikemminkin sallimisen sisältävää tahdonsuuntaa. Esimerkiksi tästä he mainit-sivat seuraavan tapauksen:⁸⁵ Isä hyvästelee yliopistoon lähtevää poi-kaansa antaen tälle lähtöhetkellä hyviä neuvoja ja erityisesti varoit-taen tätä laiskuudesta ja epäsäännöllisestä elämästä. Tehostaakseen sanojensa vaikutusta isä huomauttaa, ettei hän anna pojalle opinto-rahoja, ellei tämä käytä aikaansa ahkeraan ja tunnolliseen opiske-

⁸¹ Ks. *Staudt*, s. 12; *Kessler*, *Einwilligung*, s. 100; *Mannheimer*, s. 26; *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 491.

⁸² v. *Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 62; *Traeger*, s. 136.

⁸³ *Binding*, *Hb. I*, s. 715, huom. 22.

⁸⁴ *Holer*, s. 72; *Heilborn*, s. 174; *Liszt-Schmidt*, s. 217; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 209, ja *Strafrecht* 1938, s. 66; v. *Rozycki*, s. 16; *Arndt*, s. 23 ja 24; v. *Aufsess*, s. 34 ja 35; v. *Morenhoffen*, s. 19; *Löbe*, *Einführung*, s. 45; *Albers*, s. 15; *Otte*, s. 33; *Beissel*, s. 16; *Brendel*, s. 5; *Schrey*, s. 16—23; *Gerland*, *Strafrecht*, s. 160; *Thyrén*, *Principerna*, s. 117.

⁸⁵ Esimerkin maininnut ensimmäisenä *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 491.

luun. Todellisuudessa isä on kuitenkin jo etukäteen ottanut huomioon, että poika saattaa tehdä itsensä syypääksi kaikenlaisiin valittomuuksiin, eikä tällaisten johdosta suinkaan halua lopettaa pojan opintoavustusta. — Tahdonsuuntateorian kannattajien käsityksen mukaan tämä esimerkki oli osoituksena siitä, että suostumus saatettiin antaa tekoon, josta ei ollut ollenkaan puhetta.

Kuten aikaisemmin mainittiin, tahdonilmaisuteoriaa on puolustettu väittämällä, ettei ilmaisematta jääneelle tahdolle voitaisi antaa oikeudellista merkitystä. Tahdonsuuntateorian kannattajat selittävät, ettei tämä kelpaa todistukseksi tahdonilmaisuteorian oikeellisuudesta, sillä vaikka tosin yksityisoikeudessa vain ilmaistu tahto saa oikeudellisen arvon, näin ei suinkaan ole asianlaita rikosoikeuden alalla.⁸⁶ Usein esitetyn väitteen »ajatusten jäämisestä sakottamatta» tahdonsuuntateorian kannattajat selittävät tarkoittavan sitä, että ajatuksista sinänsä ei voida muodostaa rangaistavaa tekoa, mutta väittävät, ettei tämä estä ilmaisematta jääneen suostumuksen kelpaamista teon oikeuttamisperusteeksi.⁸⁷ Tahdonsuuntateorian myöntään vievän käytännössä joskus todistusvaikeuksiin,⁸⁸ mutta kysymystä ilmaisematta jääneen suostumuksen oikeudellisesta arvosta ei katsota voitavan ratkaista sen mukaan, mikä käytännöllisessä oikeuselämässä tuntuisi helpoimmalta ratkaisulta.⁸⁹ Tässä yhteydessä on huomattava, että rikosoikeudessa on muitakin todistusvaikeuksiin johtavia seikkoja, kuten murhan ja tahallisen tapon erottaminen toisistaan sen mukaan, onko surmaaminen tapahtunut vakain tuumin vai pikaistuksissa.⁹⁰

Ilmeistä on, että tahdonsuuntateorian kannattajat eivät voi pitää suostumuksen pätevyyden ehtona tekijän suostumuksesta saamaa tietoa. Jos tahdonilmaisua ei tarvita, sisältyvät pätevä suostumuksen piiriin nekin tapaukset, joissa suostujan tahdonsuunta ei ole

⁸⁶ Mezger, Lehrbuch 1933, s. 209: »...die sogenannte Willenserklärungstheorie mengt... in nicht klarer Weise Gesichtspunkte in die Erörterung, die sich auf die Einwilligung als privatrechtliches Rechtsgeschäft und nicht auf die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund beziehen». Samaa tapaan Schrey, s. 17 ja 18.

⁸⁷ Ks. Schrey, s. 20: »...nicht deshalb, weil unser Recht für die Unrechtsbegründung einen äusserlich erkennbaren Vorgang fordert, folgt auch für den Unrechtsausschluss, dass er sich an einem ähnlich beschaffenen Ereignis orientieren müsse...»

⁸⁸ Ks. Schrey, s. 22.

⁸⁹ Mezger, Lehrbuch 1933, s. 209; v. Rozycki, s. 15.

⁹⁰ v. Rozycki, s. 15.

tekijän tiedossa. Tämän johtopäätöksen ovatkin tehneet kaikki tahdonsuuntateorian kannattajat, mikäli he yleensä ovat erottaneet toisistaan kysymykset suostumuksen muodosta ja tulemisesta tekijän tietoon.⁹¹ Tahdonilmaisuteorian kannattajista ovat sensijaan toiset pitäneet tekijän tietoa tarpeellisena, toiset taas eivät.⁹² Enemmistö on ollut jälkimmäisellä kannalla. He ovat tässä yhteydessä korostaneet erityisesti suostumuksen »objektiivista luonnetta», tarkoittaen tällä sitä, että suostumus kohdistuu teon oikeudenvastaisuuteen eikä syyllisyyteen. Onpa *Gerland* väittänyt,⁹³ että tekijän tietoa voitaisiin pitää suostumuksen pätevyyden ehtona vain kannatettaessa »subjektiivista suostumusteoriaa», minkä mukaan suostumus poistaisi teon rangaistavuuden pienentämällä syyllisyyden määrää.⁹⁴

Erimielisyyttä suostumuksen muodosta on esiintynyt myös suomalaisessa rikosoikeustieteessä. Vain *Grotenfelt* ja *Sipilä*⁹⁵ ovat käsitelleet kysymystä kokonaisuudessaan. Kumpikin kannattaa tahdonsuuntateoriaa. Kysymystä ilmaisematta jääneen suostumuksen merkityksestä on usein pohdittu selvittäessä sikiönlähdettämiseen annetun suostumuksen pätevyysvaatimuksia. Niinpä *Honkasalo* on mainittua rikosta koskevassa erikoisteoksessaan selittänyt sikiönlähdettämisen tapahtuvan naisen suostumuksin silloinkin, kun tämä on vain mielessään toimenpiteen hyväksynyt.⁹⁶ Niistä todistusvaikeuksista, joihin tahdonsuuntateoria johtaa, on *Honkasalokin* huomauttanut, mutta katsonut tämän teorian joka tapauksessa vievän oikeustajuntaa parhaiten tyydyttävään tulokseen. Myös *Forsman* on sikiönlähdettämiseen annetun suostumuksen luonnetta selvittäessään lausunut mielipiteensä kosketellusta kysymyksestä. Hän on pitänyt

⁹¹ Rajoitetun oikeustoimiteorian kannattajat ovat yleensä katsoleet, että varallisuusrikoksiin annetun suostumuksen on tultava tekijän tietoon. Näin esim. *Binding*, Hb. I, s. 715, huom. 22.

⁹² Edellisiin kuuluvat *Kessler*, *Einwilligung*, s. 105; *Breithaupt*, s. 24; *Ahrens*, s. 46; *Welzel*, s. 66; *Staudt*, s. 17; *Seitz*, s. 62; *Cron*, s. 40. Jälkimmäisiin lukeutuvat *Schütze*, s. 95, huom. 8; *Klee*, GA 48, s. 348; *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 506; *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 62; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 411; *Allfeld*, s. 142; *Nathan*, s. 33 ja 57; *Merkel*, *Verbrechen*, s. 189.

⁹³ *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 506. — Samoin *Albers*, s. 16.

⁹⁴ Ks. tästä seikasta myös *Holer*, s. 96—98; *Mannheimer*, s. 43, ja *Honig*, s. 154—157.

⁹⁵ Ks. *Grotenfelt*, s. 70; *Sipilä*, s. 255 ja 256.

⁹⁶ *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 164.

tahdonilmaisua ainakin konkludenttisessa muodossa välttämättömänä.⁹⁷

Suostumuksen muotoa koskeva erimielisyys on hyvin ymmärrettävissä, sillä tähän kysymykseen ei saada vastausta enempää positiivisen oikeuden säännösten kuin suostumus-sanan merkityksestä tehtyjen loogillisten päätelmienkään avulla. RL 21 luv. 3 §:n sisällystä voitaisiin tosin tehdä se johtopäätös, että koska tämän lainsäätöksen tarkoittaman teon tunnusmerkistö toteutuu vain sallimisen ollessa pyynnön muodossa ilmaistu, samanlainen ilmaistu suostumus olisi välttämätön kaikissa loukatun suostumuksin tehdyissä teoissa. Kuitenkin saatetaan loukatun pyynnöstä tapahtuvaa surmaamista pitää myös loukatun oikeushyvän erityisen suuren merkityksen johdosta tehtynä poikkeuksena, josta ei voida johtaa suostumuksen muotoa koskevaa yleistä sääntöä. Kielellisesti suostumussana merkitsee sallimista. Meidän maamme rikoslaisissa ei, enempää kuin rikoslain uudessa ehdotuksessakaan, puhuta mitään »suostumuksen antamisesta», »saamisesta» tai »pyytämisestä», vaan yksinkertaisesti »suostumisesta», joten lakikielestä ei meillä suinkaan voida tehdä mitään johtopäätöksiä tahdonilmaisuteorian eduksi.⁹⁸

Ilmaisematta jääneen suostumuksen oikeudellista merkitystä koskevaan kysymykseen on kuitenkin mahdollista saada vastaus, jonka oikeudesta ei ole epäilystä. Kun tutkitaan sitä tapaa, millä suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, osoittautuu tahdonsuunta-teorian oikeellisuus kiistämättömäksi. Suostumus on ilmauksena puuttuvan intressin periaatteesta. Siinä ilmenevä salliminen osoittaa, että asianomaisen oikeushyvän haltija ei tahdo nähdä oikeushyvänsä suojattuna, mistä puolestaan seuraa, että oikeusjärjestys ei anna oikeushyvälle sitä suojaa, mikä tälle säännönmukaisesti kuuluisi. Koska intressistä luopuminen tietenkin on tapahtunut riippumatta siitä, onko suostumus ilmaistu vai ei, tahdonsuuntateoriaa on pidettävä oikeana. Mainitun teorian puolesta puhuu myös se seikka, että suostumuksen vaikutus rajoittuu teon objektiiviseen puoleen, suostumus kun tekee teon rankaisemattomaksi poistamalla sen oikeudenvastaisuuden. Tekijän suostumuksesta saamaa tietoa

⁹⁷ Forsman, De särskilda I, s. 69.

⁹⁸ Ruotsin 1920-luvulla ilmestynyt rikoslainehdotus kuuluu seuraavasti: »Har genom uttryckliga ord eller annorledes samtycke lämnats...»

Saksan uusimassa rikoslainehdotuksessa on seuraavat sanat: »Konnte der Täter die Einwilligung nicht einholen...»

ei siksi voida pitää tarpeellisena.⁹⁹ On toisinaan väitetty, että tekijä tällöin saisi »kohtuutonta etua» ja pääsisi liian vähällä suostumuksen poistaessa hänen tekonsa oikeudenvastaisuuden hänen itsensä tietämättä. Todellisuudessa ei kuitenkaan teon suuremmasta tai pienemmästä tuomittavuudesta tällaisessa tapauksessa ollenkaan voida puhua, sillä kysymys tekijän syyllisyydestä ratkaistaan vasta sen jälkeen, kun on selvitetty, että kysymyksessä oleva teko on oikeudenvastainen.¹⁰⁰ »Objektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen» kannattajien ei siksi tähän väitteeseen tarvitse kiinnittää huomiota.

Vaikka periaatteessa pelkän tahdonsuunnan aina on katsottava riittävän päteväksi suostumukseksi, eri rikokset ovat käytännössä kuitenkin tässä suhteessa jonkin verran eri asemassa. Varsinkin varallisuusrikosten alalla saattaa hyvin sattua tapauksia, joissa tekijä ei tiedä, miten loukattu suhtautuu asiaan. Ajateltakoon esimerkiksi anastusta, joka tapahtuu esineen omistajan ollessa toisella paikakunnalla. Tekijä ei tällöin tiedä, suostuuko omistaja tekoon vai ei. Toisin on niiden tekojen laita, jotka suuntautuvat loukatun ruumiillista koskemattomuutta tai vapautta vastaan. Tällaisia, loukattuun suorastaan fyysillisesti kohdistuvia tekoja on vaikeata tehdä niin, ettei loukatun suhtautumisesta olisi selvyyttä. Yleensä käsittää loukatun suostumus näissä tapauksissa ainakin konkludenttisen tahdonilmaisun. Konkludenttisen suostumuksen antamiseen ei vaadita paljon. Sellaisen voidaan katsoa tapahtuneen esimerkiksi seuraa-

⁹⁹ Kuten tämän tutkimuksen oikeudenvastaisuuskäsitettä koskevassa osassa on mainittu, oikeudenvastaisuus ei ole täysin vapaa subjektiivisista tekijöistä. Subjektiivisia aineksia esiintyy toisinaan myös oikeuttamisperusteiden alalla. Ne ilmenevät syinä, jotka estävät oikeuttamisperusteen säännönmukaisen vaikutuksen, niin että teko oikeuttamisperusteen näennäisestä esiintymisestä huolimatta jää oikeudenvastaiseksi. Esimerkkinä mainittakoon, että kasvatuksen yhteydessä tapahtuva kurittaminen ei ole oikeudenvastaista eikä sitä pahoinpitelynä rangaista. Mutta jos mainittu teko tehdään sadistisista syistä, tekijä ei saata lukea hyväkseen oikeuttamisperustetta ja teko jää siis oikeudenvastaiseksi.

Suostumusopissa ei tällaisilla subjektiivisilla aineksilla kuitenkaan ole sijaa. Suostumuksen olemassaolon ei voida osoittaa vaikuttavan mihinkään sellaiseen subjektiiviseen seikkaan, mikä saatettaisiin katsoa subjektiiviseksi oikeudenvastaisuustekijäksi. Tekijän suostumuksesta saamaa tietoa ei tämän vuoksi ole pidettävä tarpeellisena. Ks. tästä *Humbert*, s. 18 ja 56; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 173.

¹⁰⁰ Saksan kansallisosialistinen rikosoikeustiede oli tahdonilmaisuteorian kannalla juuri siitä syystä, että teon katsottiin osoittavan suurempaa rikollista mieltä tekijän tehdessä sen tietämättä loukatun antamasta suostumuksesta. Käsitys on sopusoinnussa »subjektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen» kanssa, jonka mukaan oikeudenvastaisuutta ja syyllisyyttä ei eroteta toisistaan.

vassa tapauksessa. A:n vanhemmat ovat sopineet erään sikiönlähdettämistä ammattinaan harjoittavan naisen kanssa, että A määrätynä aikana saapuu tämän käsiteltäväksi. Sovittuun aikaan A tulee lähdejtjän asuntoon alistuen sitten toimenpiteeseen sanaakaan sanomatta.

Tekijän saamakseen väittämän suostumuksen olemassaolon puolesta voivat puhua suuremmat tai pienemmät todennäköisyyssyyt. Jonkin pienen intressin loukkaukseen saatetaan suostumus helposti uskoa annetuksi. Esimerkiksi sellainen lievä pahoinpitely kuin näyttämöllä vastaanäyttelijälle annettu korvapuusti on uskottavasti tapahtunut loukatun suostumuksin, vaikka asiasta ei olisikaan ennakolta nimenomaan sovittu. Sensijaan tulee tekijän, mikäli suostumuksen antaja suostumuksensa kiistää, esittää painavia todistuksia saadakseen selvitettyä, että loukattu on antanut suostumuksensa esimerkiksi törkeätä lievempään pahoinpitelyyn. Tämä johtaa tietenkin siihen, että tekijä oman etunsa vuoksi ennen teon tekemistä tiedustelee suostumuksen antajan mielipidettä asiasta. Käytännössä on siksi ilmaisematta jäänyt suostumus epäilemättä sangen harvinaisen ilmiö.

I. SUOSTUMUKSEN ANTAMISEN AIKA JA PERUUTTAMINEN.

Kuten aikaisemmin mainittiin, suostumuksen antaminen ei käy päinsä enää teon tapahduttua, koska jälkeinpäin annettu »hyväksymys»¹⁰¹ ei voi muuttaa teon luonnetta toiseksi. Suostumisen myöhäisimmäksi mahdolliseksi ajaksi on yleensä katsottu teon alkamishetki. Tämä ei kuitenkaan ole oikein, sillä todellisuudessa salliminen saattaa toisinaan tapahtua vielä teon tekemisen aikanakin.¹⁰² Milloin tämä on mahdollista, sen ratkaisee teon laatu. Eräät teot, esimerkiksi yhdellä loukkaavalla sanalla tehty kunnianloukkaus; tapahtuvat ajallisesti siksi nopeasti, ettei suostumuksen antaminen niiden aikana käy päinsä. Toiset teot sensijaan tulevat suoritetuiksi vasta pitemmän ajanjakson kuluessa, ja niihin saatetaan suostumus

¹⁰¹ »Hyväksymys»-sanaa, joka merkitsee samaa kuin ruots. »godkännande» on selvyiden vuoksi parasta käyttää tässä tapauksessa erotukseksi »hyväksymisestä», joka tapahtuu esim. tarjouksen hyväksymisessä (ruots. »antagande»). Näin Kivimäki, s. 82 ja 115.

¹⁰² Allfeld, s. 142.

antaa teon tekemisen loppumishetkeen saakka. Mainittu sääntö pitää paikkansa myös jatkuviin rikoksiin nähden, joissa rikoksen tekeminen kestää vielä sen hetken jälkeen, jolloin sen tunnusmerkistö lain mukaan tulee täytetyksi. Esimerkiksi laittomaan vangitsemiseen voidaan suostumus siis antaa koko sinä aikana, minkä tämä teko kestää.

Tässä yhteydessä on kiinnitettävä huomita pitkitettyyn rikokseen annetun suostumuksen merkitykseen. Jos suostumus annetaan pitkitettyyn rikokseen kokonaisuudessaan, asian ratkaiseminen ei tuota vaikeuksia. Toisin on asianlaita silloin, kun suostumus käsittää vain osan tällaista rikosta. Tilanne saattaa olla esimerkiksi sellainen, että osa pitkitettyä rikosta on tapahtunut jo ennenkuin asianomaisen oikeushyvän haltija saa teosta tietää, tai saattaa tapahtua niin, että pitkitetyn rikoksen alkuosaan annettua suostumusta jostakin syystä ei uloteta koko tällaiseen rikokseen. Maamme rikosoikeustieteessä esitetyn käsityksen mukaan pitkitetyn rikoksen jokainen osa on katsottava erilliseksi teoksi.¹⁰³ Selvää siksi on, että suostumus edellämainituissa tapauksissa poistaa toisten pitkitettyyn rikokseen kuuluvien tekojen oikeudenvastaisuuden, toisten näistä teoista sensijaan jäädessä rangaistaviksi.

Suostumuksen varhaisinta mahdollista antamishetkeä ei ole rajoitettu. Saksalaisessa tieteisopissa on tosin lausuttu sellainen käsitys, että suostumuksen tulisi olla annettu välittömästi ennen tekoa,¹⁰⁴ mutta tätä mielipidettä voidaan tuskin pitää oikeana. Ei ole myöskään välttämätöntä, että tekijällä on suostumuksen antamisen hetkellä valmiina teon tekemistä koskeva päätös. Niissä tapauksissa, joissa suostumus on annettu pitkän aikaa ennen teon tekemistä, tekijän on kuitenkin vakuuttauduttava siitä, ettei antajan tahto ole muuttunut toiseksi.¹⁰⁵ Tämä on välttämätöntä siksi, että suostumuksen peruuttaminen on poikkeuksetta mahdollista. Suostumus ei näet ole oikeustoimi, jolla tekijälle luovutettaisiin oikeus teon tekemiseen tai jolla suostuja sitoutuisi sallimaan teon.¹⁰⁶ Peruuttaminen saattaa

¹⁰³ Ks. tästä *Palme*, s. 18 ja 36, sekä s. 18 huomautuksessa 1 mainittuja.

¹⁰⁴ Näin *Breithaupt*, s. 33.

¹⁰⁵ *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 166.

¹⁰⁶ Suostumusopin vanhimmat tutkijat pitivät yleensä suostumusta peruuttamattomana, koska heidän käsityksensä mukaan suostuja antoi tekijälle subjektiivisen oikeuden teon tekemiseen. Näin *Luden*, s. 316 ja 321; *Wächter*, s. 2. Samalla kannalla olivat eräät rajoitetun oikeustoimiteorian edustajat, kuten *Köhler*, *Straf-*

toisinaan tapahtua vielä teon tekemisen aikana. Tekijän on se tässäkin tapauksessa otettava huomioon ja jätettävä teon suorittaminen sikseen. Asian selvittämiseksi mainittakoon esimerkki: A antaa tuttavalleen B:lle luvan käyttää maalitauluna jotakin A:n omistamaa esinettä, mutta peruuttaa suostumuksensa parin B:n ampuman, ohimenneen laukauksen jälkeen. Tästä huolimatta B jatkaa ampumistaan lopuksi osuen esineeseen ja rikkoo sen. B:n tekoa on pidettävä oikeudenvastaisena ja hänelle tuomittava rangaistus irtaimen esineen vahingoittamisesta. — Jonkin verran toisenlainen on tilanne silloin, kun on kysymyksessä teko, jota ei välittömästi voida keskeyttää. Ajateltakoon seuraavaa tapausta: A lähtee lentomatkalle ohjaaja B:n kanssa. Heti lentokoneen noustua ilmaan A peruuttaa matkustamiseen antamansa suostumuksen selittäen, että B:n tulee tehdä pakkolasku. Ei voida vaatia, että B noudattaisi A:n toivo-

recht, s. 412; *Binding*, Hb. I, s. 713; v. *Bar*, Gesetz und Schuld, s. 61; *Finger*, Lehrbuch, s. 415.

Mezgerin, GS 89, s. 277, tekemää huomautusta, että varallisuus oikeuksia voidaan luovuttaa peruuttamattomasti, ei ole pidettävä merkinä siitä, että *Mezger* pitäisi suostumusta eräissä tapauksissa peruuttamattomana. Hän on tarkoittanut, että varallisuus oikeuksista voidaan määrätä oikeustoimillakin. Samaa suuntaan on lausunut *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 96. Ks. myös *Torp*, Betänkning, s. 16 (Motiivit).

Suostumusopissa nykyisin vallitsevan mielipiteen mukaan suostumus on poikkeuksetta peruutettavissa. Näin saksalaisessa tieteisopissa *Kessler*, GS 38, s. 562; *Joski*, s. 18; *Breithaupt*, s. 32; *Oelze*, s. 27; *Gerland*, Vergl. Darst., s. 527; *Holer*, s. 81; *Mezger*, Strafrecht 1938, s. 66; *Roedenbeck*, s. 148; *Creifelds*, s. 51; *Allfeld*, s. 142, huom. 39; *Mannheimer*, s. 22; v. *Rozycki*, s. 16; *Mühlmann*, s. 24. Samoin skandinaavisessa rikosoikeustieteessä *Hagerup*, Strafferet, s. 215; *Thyrén*, Principerna, s. 118; *Kjerschow*, Tfr 1925, s. 36; *Stjernberg*, s. 44; *Krabbe*, s. 18. Tällä kannalla on myös suomalainen rikosoikeustiede. Ks. *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 166; *Grotenfelt*, s. 70; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 98.

Sekä Suomen että Ruotsin 1920-luvulla ilmestyneet rikoslainehdotukset ovat maininneet suostumuksen peruuttamisoikeudesta. Edellisen ehdotuksen tätä asiaa koskeva kohta kuuluu: »...jollei suostumusta ennen tekoa ole tekijän tietien peruutettu...» (ehdotuksen 6 luv. 8 §). Ruotsin ehdotuksen sanamuoto on aivan vastaava (4 luv. 1 §). Kuten tästä selviää, kummankin ehdotuksen kanta poikkeaa siitä, mitä tässä tutkimuksessa on esitetty. Lakiehdotusten mukaan tekijä voi turvautua suostumukseen silloinkin, kun ei ole tietoa siitä, onko suostumuksen antaja teon alkaessa edelleen siihen myöntynyt, kunhan suostumusta ei ole tekijän tietien peruutettu. Tämä mielipide ei saata olla oikea. Tekijän itsensä on vakuuttauduttava siitä, ettei suostujan tahto ole muuttunut. Tekijän väärä käsitys tästä ei tee suostumusta päteväksi. Toinen asia on, että se voi poistaa teon tahallisuuden erehdystä koskevien yleisten periaatteiden mukaan.

musta, mutta selvää on, että B:n tulee päästää A maahan ensimmäisessä sopivassa tilaisuudessa.

Peruuttamista, joka tapahtuu ennen teon tekemistä, ei, enempää kuin suostumustakaan, tarvitse ilmaista tekijälle. Toisin on asianlaita teon tekemisen aikana tapahtuneeseen peruuttamiseen nähden. Jos suostumuksen antaja välittömästi ennen teon tekemistä on sallinut teon, tekijällä on oikeus olettaa suostumuksen olevan jatkuvasti voimassa koko teon tapahtumisen ajan. Jos suostumus peruutetaan, on siksi tästä tekijälle ilmoitettava.

J. Suostumuksen tarkkamääräisyys.

Rikosoikeustieteessä on kiinnitetty sangen vähän huomiota kysymykseen siitä, kuinka täsmällisessä muodossa suostumus on annettava ollakseen pätevä. Kessler¹⁰⁷ on ohimennen todennut, ettei »yleinen» suostumus ole mahdollinen, koska sallimisen on kohdistuttava johonkin määrättyyn tekoon. Breithaupt ja Karding¹⁰⁸ ovat samaten vastustaneet epämääräistä suostumusta. Breithaupt on selittänyt, että suostumus, jolla sallittaisiin kenen tahansa tekemä anastaminen, on oikeudellista arvoa vailla, Karding on selittänyt, että epämääräisesti annetulta suostumukselta puuttuisi objekti pitäen sitä siksi pätemättömänä.¹⁰⁹

Epämääräisestä suostumuksesta voidaan puhua useassa mielessä. Täysin epämääräinen olisi tietenkin sellainen suostumus, jolla sallittaisiin kenen tahansa tehdä mitä hyvänsä. Selvää on, ettei tällaiselle suostumukselle voida antaa oikeudellista arvoa. Suostumus merkitsee tietoista intressistä luopumista, minkä vuoksi alttiiksi annettava oikeushyvä tulee jollakin tavoin määritellä. Omaisuudesta luopumista kokonaisuudessaan saatetaan ehkä pitää hylkäämisenä, dereliktiona, mutta ei missään tapauksessa anastukseen annettuna suostumuksena. Epäilemättä olisi oikeudellista merkitystä vailla myöskin suostumuksen antaminen kaiken sen anastamiseen, minkä asianomainen loukattu elinaikanaan tulee ansaitsemaan tai muuten omistamaan. Suostumuksen tulee siis tarkoittaa jotakin konkreettista tekoa. Sensijaan on mahdollista, että suostumus annetaan sa-

¹⁰⁷ Ks. Kessler, *Einwilligung*, s. 111.

¹⁰⁸ Breithaupt, s. 26; Karding, s. 59.

¹⁰⁹ Epämääräisesti annettua suostumusta ovat vastustaneet myös Gerland, *Vergl. Darst.*, s. 507; Joski, s. 23; Oelze, s. 7; Schaefer, s. 56; Roedenbeck, s. 147.

malla kertaa sarjaan määrätynlaisia tekoja, kuten esimerkiksi kaikkiin jalkapallopelissä mahdollisesti tapahtuviin ruumiinvamman tuottamuksiin.¹¹⁰ Vaatimusta suostumuksen tarkkamääräisyydestä ei ole lupa ulottaa niin pitkälle, että pätevän suostumuksen ehtona pidettäisiin kaikkien suostumusta koskevien seikkojen määrittelemistä. Päinvastoin saatetaan jättää määräämättä esimerkiksi teon tekijä,¹¹¹ koska suostumuksen antajalle saattaa olla yhdentekevää, kuka teon tekee, kunhan se vain tulee suoritetuksi. Samoin voivat teon aika, paikka ja tapa jäädä tekijän itsensä tarkemmin määrätäviksi. Tekijä saattaa esimerkiksi saada luvan tehdä teon aikana, joka hänelle parhaiten soveltuu.

Käytännössä on tietenkin harvinaista suostumuksen antaminen epämääräisenä, sillä kun kysymyksessä on suostujan intressien loukkaus, on ymmärrettävää, että hän haluaa verraten tarkoin määritellä kaikki tekoa koskevat seikat, erityisesti sen henkilön, joka teon suorittaa. Kuten aikaisemmin on mainittu, tekijän oikeudet määrää suostumuksen antajan tahdon sisältö sellaisena kuin tämä esiintyy kysymyksessäolevassa konkreettisesti yksityistapauksessa. Suostumus poistaa vain sellaisen teon oikeudenvastaisuuden, mikä kaikissa oleellisissa suhteissa vastaa suostumuksen antajan tahtoa.

K. Suostumuksen antajan henkilökohtaiset ominaisuudet.

1. I k ä.

Suostumuksen vaikutuksen määräämiseksi on tarpeen saada selville pätevän suostumuksen antajalta vaadittavat subjektiiviset ominaisuudet. Huomiota on tällöin kiinnitettävä varsinkin siihen, minkä ikäisen henkilön suostumukselle voidaan antaa oikeudellinen arvo. Tämä kysymys on rikosoikeustieteessä vanhastaan ollut riitainen. Kuten Kiehl on eräässä asiaa koskevassa kirjoituksessaan huomauttanut,¹¹² ratkaisua siihen on etsitty milloin suostumuksen käsitteen luonteesta tehtyjen johtopäätösten avulla, milloin taas alaikäisen asemaa koskevien, positiivisen oikeuden sisältämien säännösten ana-

¹¹⁰ Näin Holer, s. 98; Mannheimer, s. 49. — Tästä ns. Sportverletzungiin annettusta suostumuksesta tulee tarkemmin puhetta erityisessä osassa.

¹¹¹ v. Bar, Gesetz und Schuld, s. 62: »Er (tark. suostumuksen antajaa) kan sie (suostumuksen) einer Person oder mehreren oder allgemein erteilen». Samoin Klee, GA 48, s. 348; Holdheim, s. 18.

¹¹² Kiehl, s. 385.

logisen soveltamisen tietä. Ensiksimainittua menettelytapaa noudatti oikeustoimiteorian perustaja *Zitelmann*. Hän selitti, että koska suostumuksen, luonteeltaan oikeustoimen kaltaisena, tuli täyttää kaikki oikeustoimen muotovaatimukset, oli sen antajan oltava siviili-oikeudellisesti täysivaltainen eli kaksikymmentäyksivuotias.¹¹³ *Zitelmannin* käsityksen mukaan saattoivat tästä säännöstä tosin tehdä poikkeuksen tapaukset, joissa kysymyksessäolevasta teosta oli loukatulle pelkkää hyötyä. *Zitelmannin* mielipiteen hyväksyivät useimmat muutkin oikeustoimiteorian kannattajat.¹¹⁴ Eriävän käsityksen esittivät vain *Fischer* ja *Metz*, jotka katsoivat alaikäisenkin saattavan antaa pätevän suostumuksen »persoonallisia oikeushyviä», kuten vapautta tai ruumiillista koskemattomuutta vastaan tehtyihin rikoksiin.¹¹⁵ Samaan ratkaisuun kuin *Fischer* ja *Metz* päätyivät myös ns. rajoitetun oikeustoimiteorian kannattajat.¹¹⁶ Tapauksissa, joissa suostumusta oli pidettävä oikeustoimena, he vaativat sen antajalta täysivaltaisuutta. Käytännössä mainittu periaate johti siihen, että ainoastaan varallisuusrikoksiin kohdistuneen suostumuksen piti olla täysivaltaisen henkilön antama.

Useimmat suostumusopin tutkijat hylkäsivät täysivaltaisuuden suostumiskelpoisuuden ehtona katsoen tällaisen vaatimuksen johtavan kohtuuttomiin tuloksiin.¹¹⁷ Alaikäisen antaman suostumuksen merkityksen he yrittivät saada selville analogian avulla, etsien johtoa ennen kaikkea syyntakeisuutta ja asianomistajan syyteoikeutta koskevista rikoslain säännöksistä. Alimpana mahdollisena ikänä he pitivät milloin seitsemää,¹¹⁸ milloin kahtatoista,¹¹⁹ milloin taas viittätoista vuotta.¹²⁰ Jotkut vaativat suostumuksen antajalta jopa kah-

¹¹³ *Zitelmann*, s. 62 ja 63.

¹¹⁴ Esim. *Hasselbach*, s. 24, ja *Seydel*, s. 32.

¹¹⁵ *Fischer*, s. 277; *Metz*, s. 28.

¹¹⁶ Näin *Krabbe*, s. 18; *Hagströmer*, *Obj. förutsättningar* (käsittelee vain varkauteen annettua suostumusta), s. 78; *Finger*, *Lehrbuch*, s. 417; *Binding*, *Hb. I*, s. 714; *Kiehl*, s. 387; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 412; *Traeger*, s. 148 ja 150; *Frank*, s. 143; *Honig*, s. 168.

¹¹⁷ Oikeustoimiteorian hylänneistä suostumusopin tutkijoista on vain *Schaper*, s. 130, ollut sillä kannalla, että suostumuksen antajan tulisi aina olla täysivaltainen.

¹¹⁸ Näin *Kessler*, *Einwilligung*, s. 102; *Breithaupt*, s. 20; *Joski*, s. 22.

¹¹⁹ Näin *Klee*, *GA* 48, s. 343; *Oelze*, s. 66; *Nathan*, s. 36.

¹²⁰ Näin *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 507; *Mannheimer*, s. 35; *Soltermann*, s. 94; *Torp*, *Betænkning*, s. 16 (Motiivit); *Kjerschow*, *Straffelov*, s. 592.

deksantoista vuoden ikää.¹²¹ Mielipiteet erosivat myös siinä, että toisten suostumusopin tutkijoiden pitäessä määrätyn alimman iän saavuttanutta suostumuksen antajaa poikkeuksetta suostumiskelpoisena, toiset sensijaan määrittivät kaksi ikärajaa sekä selittivät, että kysymyksen ollessa tapauksesta, jossa suostumuksen antaja oli saavuttanut alemman, mutta ei ylempää, oikeuden pitäisi jokaisessa yksityistapauksessa erikseen harkita suostumukselle annettava oikeudellinen arvo. Sängen monet suostumusopin tutkijat menivät vielä pitemmälle tähän suuntaan, lukeutuen ns. harkintateorian kannattajiksi.¹²² Mainitun teorian mukaan luovuttiin kokonaan kiinteän ikärajan määrittämisestä ja kukin yksityistapaus ratkaistiin erikseen. Suostumiskelpoisena pidettiin sellaista alaikäistä, jolla oli tarpeellinen kyky ymmärtää kysymyksessäolevan loukkauksen laatu ja kantavuus ja täten käsittää sen merkitys intresseilleen.

Alaikäisen antaman suostumuksen oikeudellista arvoa selvitetäessä on tietenkin ennen kaikkea otettava huomioon positiivisen oikeuden mainittua kysymystä koskevat säännökset, joita tosin esiintyy ainoastaan rikoslain ulkopuolella. SterL 2 §:n mukaan voi vain oikeustoimikelpoinen henkilö anoa sterilisation tai kastration toimitamista itselleen. AlkohL 11 §:n mukaan on tapauksessa, jossa holhouksenalainen henkilö itse anoo pääsyä yleiseen alkoholistihuoltoon, suostumus hoidettavaksi ottamiseen saatava myös holhoojalta tai hoidettavaksi pyrkivälle määrätystä uskotulta mieheltä. Jos alle viisitoista vuotias tekee anomuksen mielisairaalaan tai kunnalliskodin mielisairasosastolle hoidettavaksi ottamisesta, on MielisairasL 6 §:n mukaan toimenpiteeseen saatava myös hänen holhoojansa suostumus. Näiden säännösten lisäksi on kiinnitettävä huomiota siihen, että eräiden rikosten tunnusmerkistöt toteutuvat vain loukatun ollessa määrätyn ikäinen. Niinpä on RL 20 luv. 7 ja 9a §:ssä (kuten nämä lainsäännökset kuuluvat 5/2 1926 annetussa laissa) loukatun ikä ni-

¹²¹ *Holer*, s. 107; *Nathan*, s. 36; *v. Rozycki*, s. 29—30; *Otte*, s. 33; *Cron*, s. 45; *Honig*, s. 168; *Gerland*, *Strafrecht*, s. 160.

¹²² Teorian kannattajista mainittakoon seuraavat:

Kotimaaisessa tieteisopissamme *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 168, ja *Steriliseringen*, s. 291; *Sipilä*, s. 256;

Skandinaviasta *Hagerup*, *Strafferet*, s. 215; *Skeie*, *Strafferet*, s. 324; *Thyrén*, *Principerna*, s. 112;

Saksasta *Pfersdorff*, s. 22; *Allfeld*, s. 142, huom. 37; *v. Hippel II*, s. 248; *Liszt-Schmidt*, s. 218; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 211, ja *Strafrecht* 1938, s. 66; *Holer*, s. 121 ja 122; *Arndt*, s. 23; *Lobe*, *Einführung*, s. 45; *Beissel*, s. 17; *v. Aufsess*, s. 40; *Bühning*, s. 45; *Holdheim*, s. 15; *Albers*, s. 10; *Schaefer*, s. 50.

menomaan määrätty. Kummankin säännöksen ensimmäisessä momentissa puhutaan viittätoista vuotta nuoremasta lapsesta, toisessa momentissa taas viisitoista vuotta täyttäneestä, mutta seitsemäntoista vuotta nuoremasta henkilöstä. Loukatun ikää koskeva määräys sisältyy lisäksi eräisiin RL 25 luv. säännöksiin. Mainitun luvun 1 a §:n mukaan tämän lainkohdan tarkoittama ihmisryöstö voidaan, loukatun ollessa miespuolinen, tehdä vain yhtäkolmatta vuotta nuoremmalle. Saman luvun 2 §:n (kuten tämä lainsäädännös kuuluu 5/2 1926 annetussa laissa) tarkoittaman lapsenryöstön kohteena saattaa olla vain viittätoista vuotta nuorempi, kun taas sensijaan naisenryöstö voi, kuten RL 25 luv. 7 § (sellaisena kuin tämä on 5/2 1926 annetussa laissa) osoittaa, kohdistua, vain viisitoista vuotta täyttäneeseen ja enleveeraus saman luvun 8 §:n (kuten tämä kuuluu 5/2 1926 annetussa laissa) mukaan viisitoista vuotta täyttäneeseen, mutta vielä holhouksenalaiseen naiseen.

Kun on ilmeistä, että suostumiskelpoisuutta ei saada määrättyä edellämainittujen säännösten avulla, niissä kun esiintyy kolme eri ikärajaa, viisitoista, seitsemäntoista ja yksikolmatta vuotta, on syytä tutkia, mikä merkitys tässä suhteessa on syyntakeisuutta ja asianomistajan syyteoikeutta koskevilla rikoslain säännöksillä. Rikoslain omaksuman kannan mukaan syyntakeisuus alkaa viidennestätoista ikävuodesta. RL 3 luv. 1 §:n (kuten tämä kuuluu 31/5 1940 annetussa laissa) mukaan jää näet alle viisitoista vuotiaan tekemä, muuten rangaistava teko rankaisematta, ja tekijä voidaan siitä vain saattaa eräiden LastSL:ssa lähemmin mainittujen toimenpiteiden alaiseksi.¹²³ Vielä viisitoista vuotta täyttänytkin saa tekemästään rikoksesta RL 3 luv. 2 §:n mukaan pienemmän, eräissä tapauksissa myös rangaistuslajiltaan lievemmän rangaistuksen kuin kahdeksantoista vuotta täyttänyt. Asianomistajasta taas säädetään RL 8 luv. 5 §:ssä, että jos asianomistajarikos on tehty sitä vastaan, joka ei ole täyteen ikään tullut, edusmies saa syyttää rikoksesta tai ilmoittaa sen syytteen. Tämä lainkohta tulkittiin aikaisemmin usein siten, että »täyteen ikään tulleella» ymmärrettiin kaksikymmentäyksivuotiaasta,¹²⁴ mutta nyttemmin on oikeustieteessä kuitenkin vakiintunut se käsitys, että asianomistajaksi kelpaa viisitoista vuotta täyttänyt henkilö. Vii-

¹²³ Ks. LastSL 8, 9, 20, 22 ja 23 §.

¹²⁴ Näin *Forsman*, Allm. lärör, s. 529; *Ignatius*, LM 1921, s. 8 jne.; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 163.

meksimainitun mielipiteen ovat esittäneet mm. *Granfelt*, *Grotenfelt*, *Tirkkonen*, *Gadolin* ja *Palmgren*.¹²⁵

Kotimaisessa tieteisopissamme on *Grotenfelt* esittänyt sellaisen mielipiteen, että viidentoista vuoden ikää olisi pidettävä suostumiskelpoisuuden rajana. *Serlachius—Särkilahti* taas on katsonut,¹²⁷ että suostumuksen antajan tosin aina tulisi olla syyntakeinen eli viisitoistavuotias, mutta suostumuksen pätevyys kysymyksen ollessa siviilioikeudellisesti vajavaltaisesta olisi jokaisessa yksityistapauksessa harkittava erikseen. Kummankin käsityksen mukaan olisi siten viidentoista vuoden iällä tärkeä merkitys suostumiskelpoisuuden määrittämisessä. Mainittua ikää on kuitenkin tuskin syytä pitää suostumiskelpoisuuden rajana. Varsinkin *Grotenfeltin* mielipide johtaisi epätyytyttäviin tuloksiin, koska sen mukaan viisitoista vuotta täyttäneen antamaa suostumusta pidettäisiin säännöllisesti pätevänä. Suostumiskelpoisuutta ja syyntakeisuutta ei ole syytä rinnastaa toisiinsa, koska suostumuksen merkityksen ymmärtäminen yleensä vaatii suurempaa harkintakykyä kuin oman teon käsittäminen rikolliseksi. Myöskään sitä seikkaa, että asianomistajakelpoisuus alkaa viidentoista vuoden iästä, ei ole syytä pitää osoituksena mainitun iän soveltumisesta suostumiskelpoisuuden rajaksi. Tieteisopissa on näet katsottu, että jos loukattuna on viisitoista, mutta ei kahtakymmentä vuotta täyttänyt, holhoojalla on oikeus itsenäisesti ratkaista, käyttääkö hän puhevaltaa alaikäisen puolesta. Tämän mielipiteen mukaan hänellä on siten mahdollisuus nostaa syyte sellaisessakin tapauksessa, jossa alaikäinen ei itse olisi tähän halukas.¹²⁸ Antamalla tällainen oikeus holhoojalle on ilmeisesti pyritty suojaamaan alaikäistä teoilta, joiden merkitystä hän ei ymmärrä. Samanlainen suojaaminen on tarpeen suostumusopinkin alalla, joten suostumiskelpoisuuden ikäraja ei suinkaan ole syytä määrätä kovin alhaiseksi. Kuten edelläolevasta selviää, suostumiskelpoisuutta ei voida johtaa syyntakeisuutta ja asianomistajakelpoisuutta koskevista periaatteista.

Suostumiskelpoisuutta määrittäessä on varallisuusrikokset asetettava erikoisasemaan. Positiivinen oikeutemme näet osoittaa, että alaikäisen omaisuuden hoito kuuluu holhoojalle. Tästä sisältää

¹²⁵ Ks. *Granfelt*, *Lärobok*, s. 109; *Grotenfelt*, s. 238; *Tirkkonen*, *LM* 1934, s. 192, huom. 41; *Gadolin*, s. 80; *Palmgren*, s. 118.

¹²⁶ *Grotenfelt*, s. 71.

¹²⁷ *Serlachius—Särkilahti*, *Oppikirja I*, s. 98.

¹²⁸ Ks. *Gadolin*, s. 80; *Grotenfelt*, s. 239; *Palmgren*, s. 118.

HolhL 16 § selvän säännöksen. Alaikäiseltä on siis epäilemättä riistetty määräämisvalta omaisuuttaan koskevien intressien suhteen. Olisi tietenkin väärin, jos alaikäiselle annettaisiin mahdollisuus määrätä suostumuksensa avulla sellaisesta omaisuudesta, jota koskevia oikeustoimia hänellä ei ole lupaa päättää. Pätevän suostumuksen pystyy alaikäinen siksi yleensä antamaan vain sellaiseen tekoon, joka kohdistuu HolhL 16 §:ssä tarkoitettuun, hänen omassa hallinnassaan olevaan omaisuuteen. Lisäksi saattaa alaikäinen kuitenkin pätevästi suostua myös jotakin aivan pientä varallisuuintressiä vastaan suuntautuvaan, omaisuuden kokonaishoidon kannalta merkityksettömään tekoon. Tällaisesta mainittakoon esimerkkeinä lyijykynän ottaminen tai savukkeen polttaminen.

Muiden kuin varallisuusrikosten suhteen ei suostumiskelpoisuuden määräämisessä positiivisesta oikeudesta saada apua. Mitä tulee vapautta vastaan suuntautuviin rikoksiin, eräät positiivisen oikeuden säännökset, ennen muita RL 25 luv. 2 §, näyttävät tosin todistavan, että alle viisitoistavuotiaan tahdolle ei anneta merkitystä,¹²⁹ mutta viidentoista vuoden ikärajaa voidaan kuitenkin tuskin edes näiden rikosten osalta pitää suostumiskelpoisuuden mittana, koska useat positiivisen oikeuden säännökset viittaavat myöskin muihin ikärajiin.¹³⁰ Myöskään siveellisyysrikosten alalla ei määrätyn ikärajan johtaminen positiivisen oikeuden säännöksistä vie oikeaan tulokseen. Alaikäisiä kohtaan tehtyjä siveellisyysrikoksia koskeviin RL 20 luv. rangaistussäännöksiin on mainittu viidentoista ja seitsemäntoista vuoden iät valittu epäilemättä silmälläpitäen sitä fysiologista ja sielullista vahinkoa, minkä näin nuorelle henkilölle tehty siveellisyysrikos aiheuttaa. Mainitun iän ei siten voida katsoa olevan yleisesti suostumiskelpoisuuden rajana siveellisyyttä koskevien rikosten suhteen. Positiivisten säännösten puuttuessa on ainoana mahdollisuutena ratkaista alaikäisen suostumiskelpoisuutta koskeva kysymys muiden kuin varallisuusrikosten osalta erikseen jokaisessa konkreettisessa yksityistapauksessa punnitsemalla toisaalta louka-

¹²⁹ Samaan suuntaan kuin mainittu RL 25:2 viittaa mm. 10/11 1932 annetun uskonnonvapauslain 7 §.

¹³⁰ Niinpä 23/8 1920 sukunimestä annetun lain 13 § sisältää säännöksen, jonka mukaan kahdeksantoista vuotta täyttänyttä on sukunimen muuttamista koskevilla asioissa kuultava.

Suomen kansalaisuuden saamisesta ja menettämisestä 9/5 1941 annetun lain 5 § sisältää säännöksen siitä, että kahdeksantoista vuotta täyttänyttä ei ilman hänen suostumustaan saa ottaa Suomen kansalaiseksi.

tun intressin suuruutta, toisaalta suostumuksen antajan henkistä kypsyyttä.... Mitä suuremmasta intressistä on kysymys, sitä suurempaa harkintakykyä on vaadittava suostumuksen antajalta. Selvää on, että kehitysaste voi samankin ikäisillä henkilöillä suuresti vaihdella. Toisaalta saattaa loukkauksenkin laatu olla erilainen kussakin konkreettisessa yksityistapauksessa. Tällaiset seikat on suostumiskelpoisuutta määrittäessä otettava huomioon. Määrävinä tulevat täten olemaan »sosiaalisen elämän normit».¹³¹

Harkintateoriaan ovat turvautuneet sekä Suomen että Ruotsin 1920-luvulla ilmestyneet rikoslainehdotukset. Edellisen mainittua seikkaa koskeva 6 luv. 8 §:n 2 mom. kuuluu: »Jos suostuja on alaikäinen..., harkitkoon oikeus, onko teko suostumuksesta huolimatta katsottava rangaistavaksi». Aivan vastaava on Ruotsinkin ehdotuksen alaikäisen suostumuksen merkitystä koskeva kohta.

2. Muut suostumuksen pätevyyyteen vaikuttavat subjektiiviset syyt.

Suostumuksen antajan alaikäisyys ei ole ainoa sellainen subjektiivinen ominaisuus, mikä saattaa tehdä suostumuksen pätemättömäksi. Arvosteltaessa suostumuksen pätevyyttä on kiinnitettävä huomiota myös täysikasvuisen henkilön sielulliseen kypsyYTEEN ja terveyteen. RL 3 luv. 3 §:n mukaan »mielipuolen teko, taikka semmoisen, joka ikäheikkouden tahi muun samanlaisen syyn takia on ymmärrystään vailla», jätetään rankaisematta, samaten sellaisen henkilön tekemä teko, joka satunnaisen mielenhäiriön vuoksi ei tekoa tehdessään ole ollut tunnossa. HolhL 19 §:n säännös puolestaan osoittaa, että mielipuolelta, samoin kuin juoppouden tai tuhlavaisuuden tähden omaisuutensa hoitoon kykenemättömältä on riistettävä siviilioikeudellinen toimintavalta julistamalla hänet hoitettavaksi. Sekä rikoslaissa että holhouslaissa mielipuolisuudella tarkoitetaan varsinaisen mielisairauden lisäksi myös älyllisen vajaavaisuuden kahta vaikeampaa muotoa, tylsämielisyyttä (idiotiaa) ja vajaamielisyyttä (imbesilliteettiä).¹³² Heikkomielliset (debiilit) ja sai-

¹³¹ Ks. *Honkasalo*, Steriliseringen, s. 291.

¹³² *Gadolin*, s. 27.

SterL 1 §:ssä käytetään toista terminologiaa. Siinä luetellaan rinnakkain mielisairaat, idiootit ja imbesillit. AL:ssa taas on avioesteinä, samoin kuin avioliiton peruutumiseen ja purkautumiseen johtavina syinä mainittu mielisairaus ja tylsämielisyyt. Ainakaan viimeksimainitussa tapauksessa ei tylsämielisyydellä ole voitu

rasmieliset (psykopaatit) jäävät tämän luokan ulkopuolelle. Sensijaan viimeksimainitut sangen usein voidaan RL 3 luv. 4 §:n mukaan katsoa täyttäneen ymmärrystä vailla oleviksi ja siten rangaista normaalia rikoksentekijää lievemmin. Holhottavaksi heidät sensijaan on määrättävä vain siinä tapauksessa, että sairaus ilmenee juoppouden tai tuhlaavaisuuden muodossa sekä aiheuttaa sen, etteivät he pysty omaisuuttaan hoitamaan.

Mielisairaahan antaman suostumuksen merkityksestä sisältää rikoslakimme vain yhden säännöksen, 20 luv. 8 §:n, jossa säädetään rangaistus mielipuolen naisen makaamisesta. Tieteisopissamme on tätä rangaistussäännöstä tulkittu siten,¹³³ että mielipuolella on tässä tapauksessa tarkoitettu vain varsinaista mielisairasta sekä täydellisesti tylsämielistä (idioottia). Mikään ei kuitenkaan estäne tulkitemasta lainsäännöstä yhdenmukaisesti HolhL 19 §:n ja RL 3 luv. 4 §:n säännösten kanssa, joissa mielipuoliksi on katsottu edellisten lisäksi myös vähämieliset (imbesillit). »Mielipuoli» sana saisi täten saman merkityksen kaikessa vanhemmassa lainsäädännössämme.

Tieteisopissa on mielisairaahan ja mielisairaahan veroiseksi katsottavan muun syyntakeettoman henkilön antaman suostumuksen merkityksestä esitetty eri mielipiteitä. Toisten suostumusopin tutkijoiden pitäessä syyntakeisuutta suostumiskelpoisuuden itsestään selvänä edellytyksenä¹³⁴ toiset ovat ratkaisseet kysymyksen, samoin kuin puheen ollessa alaikäisen antamasta suostumuksesta, harkintateorian avulla.¹³⁵ Jälkimmäisiin on kuulunut mm. *Mezger*, jonka mielestä ratkaisevana ei olisi lupa pitää sitä, millainen on suostumuksen antajan mielentila kokonaisuudessaan, vaan sitä, kuinka suostumuksen antaja kykenee arvioimaan suostumuksen merkityksen tässä kon-

tarkoittaa idiotiaa. AL 75 §:n mukaan näet avioero myönnetään sillä perusteella, että puoliso on avioliiton aikana tullut mielisairaaksi tai tylsämieliseksi. Täysikasvuinen henkilö ei voi tulla idiootiksi, koska tämä sairaus on synnynnäistä.

¹³³ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 89; *Honkasalo*, Erin. rikokset, s. 71; *Forsman*, De sarskilda II, s. 62.

¹³⁴ Näin *Merkel*, Verbrechen, s. 188; *Schütze*, s. 95; *Grottenfelt*, s. 70; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 96, ja Oppikirja II, s. 9 ja 135. — Syyntakeettoman antama suostumusta ovat samoin, asiaa enempää perustelematta, pätemättömänä pitäneet *Finger*, Lehrbuch, s. 417; *Kessler*, Einwilligung, s. 103; *Breithaupt*, s. 19; *Fricke*, s. 51; *Cron*, s. 46; *Honig*, s. 168; *Nathan*, s. 36; *Gerland*, Vergl. Darst. s. 504; *Pferdsdorff*, s. 23; *Skeie*, Strafferet, s. 323; *Urbye*, s. 46.

¹³⁵ Näin *Holtzendorff*, s. 447; *Liszt-Schmidt*, s. 217; *Köhler*, Strafrecht, s. 412; *Arndt*, s. 23; *Albers*, s. 11; *Holdheim*, s. 15; *Lobé*, Einführung, s. 46; *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 211; *Thyrén*, Principerna, s. 112.

kreettisessä tapauksessa. Tätä Mezgerin mielipidettä voidaan tuskin pitää oikeana. Mielisairaana ja muun syyntakeettoman henkilön suostumusta ei yleensä ole katsottava päteväksi. Poikkeuksen tästä voivat tehdä enintään aivan pienet, vähäpätöisten intressien loukkaukset. On näet selvää, että sellaisen henkilön tahdolle, jonka sielullinen tila poikkeaa normaalista niin suuresti, että hänelle ei voida tuomita rangaistusta tekemästään oikeudenvastaisesta teosta, ei voida antaa oikeudellista merkitystä. Aivan toisin on asianlaita täyttää ymmärrystä vailla oleviin nähden. Näiden suostumiskelpoisuutta on mahdotonta määritellä yleisellä säännöllä, vaan kysymys on ilmeisesti harkittava erikseen kussakin yksityistapauksessa ottamalla huomioon, miten suostumuksen antaja tässä määrättyssä tapauksessa ymmärtää suostumuksen merkityksen. Tämän kannan onkin ottanut vuoden 1922 rikoslainehdotuksemme, joka suostumiskelpoisuuteen nähden rinnastaa täyttää ymmärrystä vailla olevat alaikäisiin (ehdotuksen 6 luv. 8 §:n 2 mom.).

Täyttää ymmärrystä vailla olevan suostumiskelpoisuutta koskeva, edellä esitetty sääntö ei kuitenkaan sellaisenaan sovellu varallisuusrikosten alalle. Loukatun toimivaltaa saattaa näet rajoittaa se, että hänet on julistettu holhottavaksi. Holhottavaksi julistetun henkilön suostumiskelpoisuus on, johtuipa holhouksenalaisuus mistä syystä hyvänsä, sangen rajoitettu. Hänellä ei ole määräämisvaltaa omaisuuteensa nähden, mistä seuraa, ettei hän saata antaa omaisuusintressejä vastaan suuntautuvaan rikokseen pätevää suostumusta. Kun tietoisuudessa kuitenkin on asetettu sille kannalle, että muunkin syyn kuin alaikäisyyden vuoksi holhottavana oleva henkilö voi itse hallita ansaitsemaansa omaisuutta,¹³⁶ on katsottava, että hän saattaa pätevästi suostua tällaista kohtaan suuntautuviin rikoksiin. Suostumuksen pätevyyttä ei ole syytä epäillä myöskään kysymyksen ollessa jostakin vähäarvoisesta intressistä, jolla ei ole suurempaa merkitystä omaisuuden kokonaishoitoon nähden.

Selvittämättä on vielä jäänyt, millainen suostumiskelpoisuus on muun syyn kuin mielisairauden tähden holhottavaksi julistetulla varallisuusintresseihin kohdistuvien rikosten ulkopuolella. Tätä seikkaa ei tietoisuudessa ole käsitelty. Kuten HolhL 19 §:stä selviää, voidaan holhottavaksi määrätä, paitsi mieluinen sekä juoppouden tai tuhlaavaisuuden tähden omaisuutensa hoitoon kykenemätön,

¹³⁶ Ks. Gadolin, s. 34.

lisäksi myös vanhuudenheikkouden tahi muun heikontuneen mielen-tilan, ruumiinvamman taikka pitkällisen sairauden tähden asioit-tensa hoitoon kykenemätön, jos hän itse sitä pyytää, tai on pelättä-vissä, että hänen omaisuutensa muuten hävitetään. Positiivinen oi-keus näyttää antavan ainakin jonkin verran tukea sille käsitykselle, että holhottavaksi julistettujen toimivalta varallisuusoikeudellisten asioiden ulkopuolella olisi erilainen riippuen siitä, onko holhotta-vaksi julistaminen johtunut mielisairaudesta tai jostakin muusta syystä. Tähän suuntaan viittaavat ainakin OLapsiL 2 §:n ja SNimiL 13 §:n säännökset, joiden kummankin mukaan holhoojalla on hol-hokin toimintavapautta rajoittava oikeus ainoastaan silloin, kun hol-houksenalaisuus johtuu alaikäisyydestä tai mielisairaudesta. Oikeas-taan eivät nekään positiivisen oikeuden säännökset, joiden mukaan kaikki holhottavaksi julistetut poikkeuksetta tarvitsevat holhoojansa suostumuksen, ole edellä esitettyä käsitystä vastaan, sillä viimeksi-mainituissa säännöksissä on yleensä kysymys varallisuusoikeuksia koskevista tai ainakin niihin jollakin tavoin vaikuttavista seikoista, kuten esimerkiksi AL 3 §:n tarkoittamassa avioliiton päättämisessä, johon on aina saatava holhoojan suostumus. Myös oikeustajunnan mukaan tuntuisi luonnolliselta, että holhokin toimintavapaus varalli-suusintressejä koskevien rikosten ulkopuolella olisi erilainen riip-puen siitä, mistä syystä holhottavaksi julistaminen on tapahtunut. Muiden kuin mielisairaiden holhottavaksi julistamisen tarkoituksena on lähinnä ollut antaa holhokin omaisuus toisen, sen hoitoon parem-min soveltuvan henkilön hoidettavaksi. Holhokin suostumiskelpoi-suutta ei ole syytä rajoittaa muiden kuin varallisuusrikosten suhteen, ellei positiivisesta oikeudesta nimenomaan muuta ilmene, kuten on asianlaita edellämainituissa SterL 2 §:n ja AlkohL 11 §:n tarkoitta-missa tapauksissa.

3. Holhoojan oikeus suostumuksen antamiseen.

Suostumiskelpoisuutta koskevan kysymyksen ratkaisemisen yh-teydessä joudutaan selvittämään, onko holhoojalla oikeutta antaa suostumus holhokkia vastaan tehtävään rikokseen. Rikosoikeustie-teessä on tästä seikasta tultu sangen erilaisiin tuloksiin. Jotkut suos-tumusopin tutkijat ovat asettuneet täysin negatiiviselle kannalle se-littäen, ettei holhoojan antamaa suostumusta koskaan voitaisi pitää

pätevänä.¹³⁷ Toiset taas ovat katsoneet holhoojan antaman suostumuksen säännönmukaisesti korvaavan suostumiskelpoisuutta vailla olevan loukatun oman suostumuksen.¹³⁸ Välttävää mielipidettä ovat edustaneet ne suostumusopin tutkijat, joiden mielestä vain omaisuusrikoksiin annettu holhoojan suostumus olisi mahdollinen.¹³⁹

Holhoojan suostumisoikeuden suhteen ovat varallisuusrikokset ilmeisesti erikoisasemassa. On itsestään selvää, että holhooja voi antaa niihin pätevän suostumuksen holhokin puolesta, koska hän edustaa holhokkia kaikissa omaisuusasioissa, eräitä pieniä poikkeuksia lukuunottamatta. Omaisuuden hoito on usein holhoojan tärkein tehtävä. Olisi kuitenkin väärin katsoa holhoojan suostumisoikeuden rajoittuvan varallisuusrikosten alalle. Holhoojan tulee holhokin omaisuuden lisäksi huolehtia myös holhokin henkilökohtaisesta huollosta, joka kysymyksen ollessa alaikäisestä käsittää vielä huolenpidon hänen kasvatuksestaankin. Epäilemättä saattaa holhoojalla siksi olla periaatteessa mahdollisuus suostua holhokin puolesta muihinkin kuin varallisuutta vastaan kohdistuviin rikoksiin.

Holhoojan suostumisoikeus varallisuusintressejä vastaan suuntautuvien rikosten ulkopuolella ei kuitenkaan ole rajoittamaton. Jo positiivisesta oikeudesta ilmenee, ettei holhooja eräissä puhtaasti henkilökohtaisissa asioissa saata edustaa holhokkia, vaan hänen toimivaltansa ulottuu enintään siihen, että hän saattaa epäämällä suostumuksensa estää alaikäisen toiminnan oikeudellisen vaikutuksen. Näin on asianlaita esimerkiksi avioliiton solmimisesta koskevilla asioissa.¹⁴⁰ Selvää on, että holhoojan antama suostumus on pätevä ainoastaan siinä tapauksessa, että se pysyy hänen edustus-oikeutensa rajoissa. Alaikäisen henkilön holhoojalla on siten oikeus suostua esimerkiksi holhokin kasvattamiseksi hänelle annettuun kuritukseen tai hänen sulkemiseensa huoneeseensa suorittamaan koulutehtäviään. Sensijaan ei holhooja koskaan saata suostua esimerkiksi hol-

¹³⁷ Näin Mezger, Lehrbuch 1933, s. 211; Lobe, Einführung, s. 46; Schaefer, s. 52; Finger, Lehrbuch, s. 417; Albers, s. 12.

¹³⁸ Näin Kessler, Einwilligung, s. 104; Kiehl, s. 389; Zitelmann, s. 62; Frank, s. 143; Gerland, Vergl. Darst., s. 505; Nathan, s. 36, huom. 3; Honig, s. 169; v. Rozycki, s. 31; Bühring, s. 46; Staudt, s. 24; Oelze, s. 68; Beissel, s. 17; Cron, s. 48 ja 50; v. Aufsäss, s. 41.

¹³⁹ Näin Traeger, s. 152; Mannheimer, s. 37; Joski, s. 23; Stjernberg, s. 44; Hagströmer, Straffrätt, s. 111.

¹⁴⁰ Ks. tästä Gadolin, s. 79.

hokkia vastaan kohdistuvaan kunnianloukkaukseen¹⁴¹ taikka holhokille tehtävään pahoinpitelyyn. Tekojen, joihin holhooja antaa suostumuksensa, tulee sopeutua holhoustoimen yleiseen tarkoitukseen ja koitua holhokin parhaaksi. Ainoastaan siinä määrin kuin näin on asianlaista, holhoojan antamaa suostumusta voidaan pitää pätevänä. Rajan määrää useimmissa tapauksissa yleinen tapa.

Saksalaisessa tieteisopissa on toisinaan suositeltu holhoojan ja holhokin yhteisesti antamaa suostumusta sellaisia tapauksia varten, joissa suostumuksen antaja tosin on alaikäinen, mutta kuitenkin siksi kehittynyt, että ymmärtää suostumuksen merkityksen.¹⁴² Tällaista yhdistettyä suostumusta ei kuitenkaan tarvita. Varallisuusintressejä kohtaan suuntautuviissa rikoksissa kuuluu suostumis-oikeus yksin holhoojalle. Muiden rikosten suhteen taas on sellainen alaikäinen, joka itse ymmärtää suostumuksen merkityksen, suostumiskelpoinen, mikäli ei laista nimenomaan muuta ilmene. Holhoojan ja holhokin yhteinen suostumus tulee siten kysymykseen vain niissä poikkeustapauksissa, joista positiivisessa oikeudessa nimenomaan mainitaan.¹⁴³

4. Valtuutetun oikeus suostumuksen antamiseen.

Rikosoikeustieteessä on holhoojan antamaa suostumusta koskevan kysymyksen yhteydessä esitetty eri mielipiteitä siitä, voiko suostumuksen antaja käyttää »edustajaa», joka hänen puolestaan ilmoittaa suostumuksen teon tekijälle. Tällöin ei ole tarkoitettu lakimääräistä edustajaa, vaan valtuutettua, joka välittäisi suostumuksen tekijälle. Valtuutetun välityksellä tapahtuvan suostumuksen ovat oikeustoimiteorian kannattajat tietenkin hyväksyneet,¹⁴⁴ mutta muut suostumusopin tutkijat ovat tällaisen mahdollisuuden joko kokonaan hylänneet¹⁴⁵ tai ainakin rajoittaneet sen varallisuusintressejä vastaan suuntautuvien rikosten alaan.¹⁴⁶

¹⁴¹ Ks. *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 135.

¹⁴² Ks. *v. Bar, Gesetz und Schuld*, s. 80; *Köhler, Strafrecht*, s. 415.

¹⁴³ Näitä ovat, kuten aikaisemmin esitetystä on selvinnyt, AlkohL 11 §:n, OLapsiL 2 §:n ja MielisairasL 6 §:n tarkoittamat tapaukset.

¹⁴⁴ Näin *Zitelmann*, s. 62; *Fischer*, s. 277.

¹⁴⁵ Näin *Mezger, Lehrbuch* 1933, s. 211; *Lobe, Einführung*, s. 45; *Finger, Lehrbuch*, s. 417; *Kessler, Einwilligung*, s. 104; *Joski*, s. 22; *Schaefer*, s. 52; *Beissel*, s. 17.

¹⁴⁶ Näin *Köhler, Strafrecht*, s. 415; *Bühning*, s. 46; *Cron*, s. 48.

Selvää on, että holhoojan ja valtuutetun antamat suostumukset on täysin erotettava toisistaan. Edellinen tulee kysymykseen silloin, kun loukatulta itseltään puuttuu suostumiskelpoisuus, jälkimmäinen taas saattaa olla mahdollista vain siinä tapauksessa, että loukattu itsekkin voisi pätevän suostumuksen antaa. Kysymys valtuutetun käyttämisen mahdollisuudesta on helppo ratkaista kannatettaessa tahdonsuuntateoriaa, jonka mukaan suostumukseksi riittää jo pelkkä loukatun myönteinen tahdonsuunta. Koska suostumuksen ilmaiseminen ei ole tarpeen, ei missään tapauksessa ole syytä vaatia, että suostumuksen antaja itse ilmaisisi tahtonsa teon tekijälle. Jos suostumus kuitenkin saatetaan tekijän tietoon, voi tämä tietenkin tapahtua valtuutettua käyttäen.

IV. OSALLISUUS SUOSTUMUSOPISSA.

Suostumusopissa tulee esille myös kysymys osallisten rankaisemisesta. Tosin rikosoikeustieteessä on asetettu sille kannalle, että sitä henkilöä, jonka suojaamiseksi jokin normi on annettu, ei voida rangaista osallisuudesta tämän normin vastaiseen tekoon.¹ Tästä seuraa, että loukattua ei pidetä sen teon yllyttäjänä tai avunantajana, johon hän on suostumuksensa antanut, vaikka juuri suostumuksen saaminen oli antanut tekijälle yllykkeen teon tekemiseen tai suostumuksen antaja olisi auttanut tekijää teon suorittamisessa. Kysymys osallisuudesta tulee kuitenkin toisessa muodossa ratkaisevaksi. On näet selvää, että loukatun suostumuksin tapahtuneeseen tekoon saatetaan päätekijän lisäksi olla muita osallisia. Näihin nähden suostumuksen antajan suhde voi olla erilainen. Voidaan ajatella hänen tietävän näiden toiminnasta ja antavan suostumuksensa siihen kuten päätekijänkin osuuteen, jolloin suostumuksen oikeuttava vaikutus ulottuu sekä päätekijän että osallisten tekoihin. Jos siis A, tietäen, että B, jonka tekemään tekoon hän antaa suostumuksensa, aikoo käyttää apunaan C:tä, suostuu myöskin C:n toimintaan, ei ratkaisu tuota vaikeuksia. Jos A:n suostumus poistaa B:n teon oikeudenvastaisuuden, saa se saman merkityksen myös C:n tekoon nähden. Toisenlainen on osallisten asema silloin, kun suostumusta ei ole ulotettu

¹ Ks. Forsman, Allm. läror, s. 236: »Man måste uppställa den regeln... att den person, för hvars intressens skydd ett straffbud blifvit utfärdadt, icke kan straffas för delaktighet i öfverträdelse af det samma». Ks. myös saksalaista tieteisoppia, esim. Allfeld, s. 210.

näiden toimintaan esimerkiksi siitä syystä, että suostumuksen antaja ei ole ollenkaan tiennyt tästä. Ajateltakoon esimerkiksi seuraavaa tapausta: Raskaana oleva nainen A tulee B:n luokse pyytäen tätä toimittamaan itselleen sikiönlähdettämisen. B suostuu tekemään teon A:n tahdon mukaan, mutta todellisuudessa B tekee mainitun teon vain siksi, että A:n äiti on A:n tietämättä saanut yllytettyä hänet siihen. Rangaistaanko A:n äitiä yllytyksestä RL 22 luv. 5 §:n 2 momentin vai saman luvun 6 §:n tarkoittamaan tekoon?

Rikosoikeustieteessä on suostumusopin osallisuuskysymystä käsitelty sangen niukasti. Lukuunottamatta *Fischerin* lyhyttä toteamusta,² että mainittu kysymys on riitainen, siitä ovat lausuneet mielipiteensä vain *Wiemann*, *Frank* ja *Gerland*. Wieman on käsitellyt kysymystä loukatun pyynnöstä tapahtuvaa surmaamista koskevassa teoksessaan tullen siihen tulokseen, että henkilöä, joka osallistuu surmaamiseen tietämättä loukatun tekemästä pyynnöstä, rangaistaan osallisuudesta murhaan tai tappoon.³ Frank ja Gerland taas ovat käsitelleet suostumusopin osallisuuskysymystä vain niiden tekojen suhteen, joiden oikeudenvastaisuuden suostumus poistaa. Heidän mielipiteensä mukaan jäävät osalliset, kuten päätekijäkin, tällöin rankaisematta.⁴

Rikoslakimme ei mainitse mitään suostumuksen tai muiden oikeuttamisperusteiden vaikutuksesta yllyttäjän ja avunantajan tekojen rangaistavuuteen. Osallisuutta koskeva rikoslain 5 luv. 4 § sisältää tosin seuraavan säännöksen: »Kun jonkun erityinen olosuhde poistaa jonkin teon rangaistavuuden taikka sitä vähentää tahi enentää; koskeko se ainoastaan sitä tekijää, yllyttäjää tahi auttajaa, joka on mainitussa suhteessa». Tieteisopissa tätä lainkohtaa on tulkittu eri tavoin. *Forsman* on katsonut⁵ sen tarkoittavan sellaisia »personallisia olosuhteita», jotka ovat objektiivisia, muodostaen osan rikoksen tunnusmerkistää. Ns. subjektiivisesti persoonalliset olosuhteet, jotka vaikuttavat vain tekijän suurempaan tai pienempään syyllisyyteen, jäävät *Forsmanin* käsityksen mukaan lainkohdan

² *Fischer*, s. 198—199.

³ *Wiemann*, s. 39.

⁴ *Frank* (*Schüfer-Dohnanyi*), s. 48: »Anstifter und Gehilfen sind, sofern nicht grade in der Teilnahme ein sittenwidriges Moment zu erblicken ist, straffrei, da ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.» — Samaan tapaan *Gerland*, *Strafrecht*, s. 146.

⁵ *Forsman*, *Allm. lärar*, s. 240: »Objektivt personliga äro förhållanden, som invärka på brottets begrepp, utgöra ett moment i brottets faktiska karakter, subjektivt personliga de, som invärka endast på subjektets större eller mindre skuld... Det är de objektivt personliga förhållandena, som i denna paragraf afses.»

ulkopuolelle, koska hänestä on itsestään selvää, etteivät ne voi saada merkitystä muiden kuin asianomaisen henkilön itsensä osalta. Lainsäädännös tarkoittaa siten Forsmanin mielestä esimerkiksi äidin suhdetta lapseen, joka muuttaa tavallisen surmaamisen lapsenmurhaksi, mutta ei sensijaan sellaisia subjektiivisia olosuhteita kuin nuoruutta tai uusimista. *Grotenfelt* taas selittää⁶ sanotun 5 luv. 4 §:n koskevan kaikkia ns. persoonallisia olosuhteita, yhtä hyvin Forsmanin subjektiivisiksi kuin objektiivisiksi nimittämiä. Tällä kannalla, jota rikoslain valmistelutyötkin näyttävät puoltavan, on myös *Sundström-Salmiala*.⁷ Joka tapauksessa on selvää, että mainittua lainsäädännöstä ei voida soveltaa sellaiseen oikeudenvastaisuuden poistavaan objektiiviseen perusteeseen kuin loukatun suostumus.⁸ Suostumus ei missään tapauksessa ole lain tarkoittama »erityinen olosuhde». *Grotenfelt* huomauttaakin, että 5 luv. 4 §:ä ei ole sovellettava oikeuttamisperusteiden alalle, mainiten esimerkkinä, että avunantajaa, joka auttaa isää lapsen kurittamisessa, ei tuomita pahoinpitelystä, koska kurittamisoikeus poistaa isän teon oikeudenvastaisuuden.

Tieteisopissa vallitsevan käsityksen mukaan osallisuus on aksessorisessa asemassa päätekoon nähden »lainaten» rangaistavuutensa päätekijän teolta. Tätä mielipidettä on kannattanut mm. *Honkasalo*.⁹ *Sundström-Salmiala*¹⁰ on, poiketen oikeustieteen vallitsevasta kannasta, pitänyt sekä yllytystä että avunantoa rikosoikeudellisesti itsenäisinä tekoina, jotka itse ovat rangaistavuutensa perusteina. Kummankin käsityksen kannattajat ovat kuitenkin todenneet, että yllytyksen ja avunannon rankaiseminen edellyttää rikoslakimme mukaan päätekijän oikeudenvastaista ja tekijälleen syyksiluettavaa tekoa. Ilmeistä siis on, että jos päätekijän teko loukatun suostumuksen johdosta jää rankaisematta, suostumuksen poistaessa sen oikeudenvastaisuuden, yllyttäjää ja avunantajaakaan ei voida rangaista.

⁶ *Grotenfelt*, s. 137.

⁷ *Sundström-Salmiala*, *Osallisuus*, s. 78. — Eri mielipiteistä ks. myös *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 108, huom. 28.

⁸ Kuten *Sundström-Salmiala*, *Osallisuus*, s. 78, mainitsee, vuoden 1884 rikoslainehdotuksessa puhutaan nimenomaan »subjektiivisista perusteista». Rikoslainehdotukset käyttivät myös sanoja »mieskohtainen olosuhde».

⁹ Ks. *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 108, huom. 28, sekä tässä lueteltuja.

¹⁰ Ks. *Sundström-Salmiala*, *Osallisuus*, s. 83. Hän on sitä mieltä, että osallisuus katsotaan rangaistavaksi vain sen tuottaman kriminalisoimisen arvoisen vaaran tähden. Tämän käsityksen mukaan ei RL 5 luv. 4 §:n säännös ole poikkeus yleisestä säännöstä, vaan sen periaatteen ilmaus, että yllytys ja avunanto ovat rikosoikeudellisesti itsenäisiä tekoja. Ks. myös main. teoksen s. 79 ja 81.

Tähän suuntaan viittaa selvästi rikoslain sanamuotokin. Yllyttäjä ei »viettele rikokseen» sitä, joka loukatun suostumuksen johdosta ei lainkaan ole tehnyt oikeudenvastaista tekoa, eikä avunantaja »edistä rikosta» auttaessaan tällaisen teon suoritusta. Jos A kehoittaa B:tä antamaan C:lle korvapuustin, mutta B noudattaa kehoitusta vasta saatuaan tekoon C:n suostumuksen, ei oikeudenvastaista pahoinpitelyä ollenkaan ole tapahtunut, eikä A:ta siksi voida rangaista yllytyksestä pahoinpitelyyn.

Ellei suostumus poista päätekijän teon oikeudenvastaisuutta eikä edes lievennä sen rangaistavuutta, on selvää, etteivät osallistenkaan teot jää rankaisematta, vaan ne arvostellaan, samoin kuin päätekijän teko, kuten suostumusta ei olisi ollenkaan annettu. Miten on meneteltävä tapauksessa, jossa suostumus tosin ei poista päätekijän teon oikeudenvastaisuutta, mutta kuitenkin muuttaa teon lievemmin rangaistavaksi ja toista tunnusmerkistöä vastaavaksi? Tähän kysymykseen ei rikoslain sanamuoto anna vastausta. Ilmeistä onkin, että lainsäätäjä ei ole osallisuutta koskevia säännöksiä laatiessaan ottanut tällaista mahdollisuutta huomioon. Epäilemättä on oikein tällaisessa tapauksessa rangaista myöskin osallisia lievemmän lainkohdan mukaan siitä huolimatta, ettei näillä olisi ollut suostumuksesta tietoa, sillä todellisuudessa yllytys ja avunanto on tullut annetuksi vain tähän lievempään tekoon. Jos siis A on surmannut B:n tämän pyynnöstä käyttäen teossaan apunaan C:tä, rangaistaan C:tä osallisuudesta RL 21 luv. 3 §:n tarkoittamaan tekoon eikä suinkaan murhan tai tapon avunantajana, vaikka B ei olisikaan pyytänyt C:tä puheena-olevaa tekoa avustamaan. Samoin rangaistaan aikaisemmin mainituksa sikiönlähdettämistä koskevassa tapauksessa raskaana olevan naisen äiti yllytyksestä naisen tahdon mukaan tapahtuneeseen lähdettämiseen, vaikka suostumuksen antaneella naisella ei olisi ollutkaan yllytyksestä mitään tietoa.

V. VAHINGONKORVAUS.

Suostumusopissa on tuskin ollenkaan käsitelty kysymystä siitä, mitä loukatun antama suostumus vaikuttaa tekijän vahingonkorvausvelvollisuuteen.¹ Positiivinen oikeus vaikenee tästä täydelleen, samoin kuin muidenkin oikeuttamisperusteiden merkityksestä tässä suhteessa. Kotimaisessa rikosoikeustieteessämme ovat mainittua

¹ Ohimennen ovat tästä maininneet Fischer, s. 272; Zitelmann, s. 53.

seikkaa käsitelleet *Grotenfelt* ja *Ekström*.² Ensiksimainittu on kosketellut vain sitä tapausta, jossa loukatun suostumus poistaa teon oikeudenvastaisuuden, katsoen loukatun tällöin menettävän oikeutensa vahingonkorvauksenkin saamiseen. Samaan tulokseen on hätävaivajeluksessa tehdyn teon suhteen tullut *Forsman*.³ *Ekström* arvelee, ettei loukatulla olisi oikeutta vahingonkorvauksen saantiin silloinkaan, kun teko loukatun suostumuksesta huolimatta jää oikeudenvastaiseksi.

Harkittaessa kosketeltua kysymystä ensiksikin niiden tekojen osalta, joiden oikeudenvastaisuuden loukatun suostumus poistaa, ratkaisu ei tuota vaikeuksia. Koska rikollista tekoa ei ole olemassa, ei rikoksen perusteella tuomittava vahingonkorvauskaan saata tulla kysymykseen.⁴ Tilanne on tässä tapauksessa aivan sama kuin jos loukatun suostumuksin tapahtunutta tekoa ei ollenkaan olisi laissa kriminalisoitu. Selvää siis on, että jos A antaa suostumuksensa esimerkiksi B:n tekemään lievään pahoinpitelyyn, hän ei voi vaatia B:ltä mitään rikoksen perusteella suorittavaa vahingonkorvausta.

Näin helppoa ei kysymyksen ratkaisu ole sellaisissa tapauksissa, joissa teko jää rangaistavaksi loukatun siihen antamasta suostumuksesta huolimatta joko siitä syystä, että loukatun suostumuksella ei ole mitään merkitystä teon rangaistavuuteen nähden, tai siksi, että suostumus vain lieventää teon rangaistavuutta poistamatta sen oikeudenvastaisuutta. Esimerkkinä edellisestä mainittakoon törkeä pahoinpitely, jälkimmäisestä naisen tahdon mukaan tapahtuva sikiönlähdettäminen. Millainen on tekijän vahingonkorvausvelvollisuus näissä tapauksissa?

Vahingonkorvaussäännösten oikeuspoliittisesta tarkoituksesta on tieteisopissa esitetty eri mielipiteitä. Vallitsevana on pidettävä sitä käsitystä, jonka mukaan mainitun säännösten tarkoituksena on vahingonkärsineen hyvittäminen, ja jonka ovat kotimaisessa tieteisopissamme lausuneet mm. *Ekström*, *Forsman* ja *Kivimäki*.⁵ Tämä käsityskanta johtaa siihen, että loukatun on mahdollista luopua vahingonkoryauksesta niissäkin tapauksissa, joissa suostumus ei poista teon oikeudenvastaisuutta. Mielipiteen tueksi voidaan viitata RVA

² *Grotenfelt*, s. 255; *Ekström*, s. 898.

³ *Forsman*, Allm. läror, s. 379.

⁴ Erikseen on ratkaistava, voidaanko rikoksentekijä velvoittaa siviilioikeudellisin perustein vahingonkorvausta suorittamaan.

⁵ Ks. *Ekström*, s. 838; *Forsman*, Allm. läror, s. 373; *Kivimäki* (teoksen toinen painos), s. 169.

16 §:n 2 momentin säännökseen, jonka mukaan asianomistajalla on virallisen syytteen alaisissa rikoksissakin oikeus luopua vahingonkorvauksesta. Suostumus, jolla ennen teon tapahtumista on sallittu teon tekeminen, sisältää epäilemättä tällaisen vahingonkorvausoikeudesta luopumisen. Suostumus »puuttuvan intressin» periaatteen ilmauksena johtaa siten vahingonkorvausoikeuden menettämiseen, poistipa se teon oikeudenvastaisuuden tai ei.⁶

Ylläesitettyä sääntöä ei kuitenkaan voida poikkeuksesta soveltaa. Kuten aikaisemmin toisessa yhteydessä on mainittu, eräät rikoslain säännökset sisältävät rangaistukset sellaisista rikoksista, joiden tunnusmerkistö toteutuu vain tekijän saadessa tekoon loukatulta suostumuksen viettelemällä tai taivuttamalla. Tällaisia ovat RL 38 luv. 10 §:n (kuten tämä kuuluu 22/5 1931 annetussa laissa) tarkoittama kiskominen sekä 20 luv. 9 §:n (kuten se kuuluu 5/2 1926 annetussa laissa) tarkoittama naisen vietteleminen luvattomaan sekaannukseen. Selvää on, että näiden rikosten tapahtuessa loukattu saa tekijältä vahingonkorvauksen. Suostumuksen antaminen on näet tapahtunut sellaisissa olosuhteissa, ettei sille voida antaa oikeudellista merkitystä edes vahingonkorvauksesta luopumisena.

Näennäisesti on erikoisasemassa myöskin se vahingonkorvaus, josta mainitaan RL 9 luv. 3 §:ssä. Sanotun lainkohdan tarkoittama, surmatun leskelle ja lapselle suoritettava elatusapu on surmaajan näet ilmeisesti maksettava siinäkin tapauksessa, että surmaaminen olisi tapahtunut loukatun omasta pyynnöstä. Perusteena tälle on toisinaan pidetty sitä muodollista seikkaa, että mainituissa 9 luv. 3 §:ssä puhutaan yleisesti »surmatusta», minkä sanan on tietenkin katsottava käsittävän myös loukatun omasta pyynnöstä tapahtuneen teon kautta surmansa saaneen.⁷ Tällaista perustelua ei itse asiassa kuitenkaan tarvita. Puheenaolevan lainkohdan koskemaan elatusapuun on näet surmatun leskellä ja lapsilla lain mukaan itsenäinen oikeus.⁸ Heille on annettu itsenäinen asianomistajan asema, koska

⁶ Tässä yhteydessä lienee syytä mainita, että vanha roomalainen sääntö »volenti non fit injuria» alkuaan koski juuri vahingonkorvausta. Kysymyksessä oli korvauksen maksaminen isälle, jonka poika oli suostunut rupeamaan orjaksi. Pandektissa selitettiin, että poika ei ollut oikeutettu saamaan korvausta, koska »tahtovalle ei ollut tapahtunut vääryyttä», mutta sensijaan oli mahdollista, että korvaus jouduttiin maksamaan isälle, joka ei ollut antanut suostumusta poikansa tekoon.

⁷ Ks. *Groténfelt*, s. 262.

⁸ Näin *Forsman*, *Allm. lärar*, s. 376; *Skeie*, *Strafferet*, s. 321; *Fischer*, s. 272.

he huoltajansa menettämisen johdosta ovat kärsineet niin suuren vahingon, että hyvityksen saaminen tämän aiheuttajalta on välttämätöntä. Tästä johtuu, että surmansa saaneen suostumus tai surmaamista tarkoittava pyyntö eivät saata poistaa heidän elatusavun saamista koskevaa oikeuttaan. Suostumusta voidaan tuskin pitää edes sellaisena seikkana, mikä sanotun RL 9 luv. 3 §:n mukaan saattaisi alentaa vahingonkorvauksen määrää.

VI. ERITYINEN OSA.

A. Yleistä.

Suostumusopin erityinen osa käsittää yksityisten rikostunnusmerkistöjen tarkastelemisen. Siinä tulee kysymykseen toisaalta niiden lainsäännösten tulkinta, joissa nimenomaan määritellään suostumuksen vaikutus teon rangaistavuuteen, toisaalta taas suostumusopin yleisten periaatteiden soveltaminen muihin rikoksiin. Kaikkien rikoslain tunnusmerkistöjen käsitteleminen ei suostumusopin erityisessä osassa kuitenkaan ole tarpeen. Rikokset voidaan jakaa kahteen luokkaan sen mukaan, onko niitä koskevien rangaistussäännösten suojeluobjektina yksilön intressi vai ei. Niiden rikosten oikeudenvastaisuutta, jotka kohdistuvat yksinomaan valtion tai yhteiskunnan intressejä kohtaan, ja joilla siten ei ole mitään tekemistä »yksilön oikeusalan» kanssa, yksilön suostumus ei koskaan saata poistaa. Niiden käsitteleminen ei siksi ole suostumusopissa tarpeellista.¹ Tosin diktatuurimaissa, kuten kansallissosialistisessa Saksassa,

¹ Ks. esim. *Grotenfelt*, s. 224—225; Ruotsin rikoslainehdotus, s. 143.

Suostumusopissa on rikokset usein jaettu kahteen luokkaan sen mukaan, millainen on niiden suojeluobjektin laatu. Yksilön oikeusalaa vastaan suuntautuvia rikoksia on nimitetty »konkreettisiksi», muita »abstraktisiksi». Näin esim. *Klee*, GA 50, s. 372; *Holer*, s. 86; *Allfeld*, s. 101. — *Guderian*, s. 46—49, on samassa mielessä jakanut rikokset kolmeen luokkaan, yksilöä, yhteiskuntaa ja valtiota vastaan suuntautuviin.

Saksalaisessa tieteisopissa on tehty yritys jakaa rikoslain tunnusmerkistöt eri luokkiin sen mukaan, millainen on niiden »vääryyssisältö». Ks. *Sauer*, GS 113, s. 81 jne. Teorian mukaan eräät tunnusmerkistöt olisivat täysin »värittömiä» (esim. metsästää, ilmaista), toiset taas näiden vastakohtina poikkeuksetta oikeudenvastaisia (esim. pettää, kiristää). Väliasteina näiden kahden luokan välillä olisivat ns. »reine Angriffsdelikte», kuten tappo, pahoinpitely, vapausrikokset. Viimeksimaini-

väitettiin »Johtajan», joka omassa persoonassaan edusti valtion korkeinta valtaa, voivan antaa pätevän suostumuksen valtion ja yhteiskunnan intressejä vastaan suuntautuvaan tekoon.² Demokraattisen valtiokäsityksen mukaan ei mikään vastaava menettely kuitenkaan saata olla mahdollista. Yhteiskuntaa tai valtiota vastaan suuntautuvan teon rankaisematta jättäminen saattaa tapahtua vain siten, että teko uuden lain säätämisellä tehdään sallituksi. Jos tällainen uusi laki säädetään, ei teko sen voimaantulosta lähtien tietenkään enää ole oikeudenvastainen, mutta lain laatiminen ei suinkaan ole merkinnyt valtiovallan aikaisempiin vastaaviin tekoihin antamaa suostumusta. Yksilön oikeusalan ulkopuolelle jääviin tekoihin ei siis kukaan saata pätevästi suostua.³

Suostumuksen vaikutuspiiri saadaan määriteltä tarkastelemalla vuorotellen kaikkia sellaisia rikoksia, joiden loukkausobjektina on, yksin tai muiden oikeushyvien ohella, jokin yksilön intressi. Kysymyksen tulevat varsinkin henkeen, ruumiilliseen koskemattomuuteen, vapauteen, kunniaan ja varallisuuteen kohdistuvat rikokset, mutta lisäksi on tarkasteltava eräitä muitakin, kuten rauha- ja aviorikoksia. Tapauksiin, joita ei saada ratkaistua laintulkinnan tai analogian avulla, on sovellettava intressiteoriaa ja tämän selvennyksenä niitä periaatteita, joista yleisessä osassa suoritettun tarkastelun mukaan on tässä suhteessa eniten apua.

tuun luokkaan voitaisiin oikeuttamisperusteita parhaiten soveltaa. — Teoria perustuu Saksan tieteisopissa kannatusta voittaneeseen mielipiteeseen, jonka mukaan oikeudenvastaisuus sisältyy tunnusmerkistön mukaisuuteen.

² Ensimmäisenä lienee valtion taholta annettua suostumusta pitänyt mahdollisena saksalainen *Schaffrath* jo v. 1841, ja häntä ovat vuosisadan vaihteessa kannattaneet mm. *Binding*, Hb. I, s. 707; *Gudarian*, s. 47, sekä myöhemmin v. *Rozycki*, s. 27. Ennen v. 1933 oli vallitseva mielipide saksalaisessa tieteisopissa kuitenkin sillä kannalla, että valtion taholta annettu suostumus ei ollut mahdollinen. Ks. tästä esim. *Kessler*, GS 38, s. 563; *Hold v. Ferneck* I, s. 145; *Oelze*, s. 76; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 149; *Metz*, s. 16; *Creifelds*, s. 19; v. *Calder*, s. 37; *Traeger*, s. 115; *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 502, ja *Strafrecht*, s. 160; *Pfersdorff*, s. 24; *Frank*, s. 141; *Albers*, s. 24. — Kansallissosialistisen tieteisopin edustajat olivat sensijaan yleisesti myönteisellä kannalla, ks. esim. *Mühlmann*, s. 18, huom. 50.

³ Jos kieltolain aikana esimerkiksi ulkoasiainministeriön palveluksessa oleva virkamies olisi viranomaisten suostumuksella saanut tehtäväkseen ostaa ulkomailta alkoholipitoisia juomia edustustarkoituksia varten, ei tällainen suostumus tietenkään olisi poistanut oston oikeudenvastaisuutta.

B. Rikoslain tunnusmerkitöt.

1. Henkeen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvat rikokset.

a. Toisen surmaaminen tämän omasta pyynnöstä.

Henkeä vastaan suuntautuvista rikoksista on suostumusopissa tärkein edellä useaan kertaan mainittu toisen surmaaminen tämän omasta pyynnöstä (RL 21:3). Mainitun lainsäädännön merkitys on tosin yliarvioitu silloin, kun on luultu, että siitä voitaisiin löytää suostumuksen vaikutusala koskevan kysymyksen ratkaisu muidenkin kuin henkeä vastaan suuntautuvien tekojen kohdalta. Toisaalta on kuitenkin selvää, että sanottu lainsäädännös ilmaisee, mikä merkitys oikeusjärjestyksen mukaan voidaan antaa suostumukselle, joka kohdistuu henkeä vastaan tehtyyn rikokseen. Mainitusta säännöksestä selviää, että suostumus ei koskaan poista tällaisen rikoksen oikeudenvastaisuutta, ja että se lieventää sen rangaistavuutta vain tarkoin määritellyin ehdoin.

RL 21 luv. 3 §:n tarkottaman teon tekijä pääsee murhan tai tapon tekijää huomattavasti lievemmällä rangaistuksella. Voidaan kysyä, mistä tämä johtuu. Olisi ajateltavissa, että koska surmaaminen silloinkin, kun se tapahtuu loukatun omasta pyynnöstä, tuhoaa yhteiskunnan kannalta katsoen tärkeän oikeushyvän, pyynnölle ei annettaisi mitään merkitystä. Toisaalta on kuitenkin myönnettävä, että tuntuisi oikeustajunnan vastaiselta rangaista RL 21 luv. 3 §:n tarkottaman teon tekijää yhtä ankarasti kuin murhaan tai tappoon syyllistynyttä. Syynä rangaistavuuden eroon näissä tapauksissa on toisinaan pidetty sitä, että toisen surmaaminen tämän omasta pyynnöstä tapahtuisi erilaisista motiiveista kuin murha tai tappo. On selitetty, että tekijältä ensiksimainitussa tapauksessa puuttuisi »vihamielinen aikomus» loukattua kohtaan.⁴ Tämä ei kuitenkaan pidä paikkaansa. Rangaistuksen ero ei saata johtua tästä seikasta, sillä tutkittaessa, vastaako surmaaminen RL 21 luv. 3 §:n tunnusmerkistöä ei ollenkaan oteta huomioon, mitkä motiivit ovat saaneet tekijän tekemään teon. Tekijä pääsee RL 21 luv. 3 §:n säätämällä lievällä rangaistuksella, kunhan surmattavan vapaaehtoisesti esittämä pyyntö on objektiivisena edellytyksenä olemassa. Pyyntö ei siten tarvitse

⁴ Näin esim. Cron, s. 28.

olla tekijän ainoana eikä edes määräävänä motiivina,⁵ vaan hän on saattanut tehdä teon esimerkiksi perinnön saamisen toivossa.

Syynä siihen, että loukatun pyynnöstä tapahtuvasta surmaamisesta kaikesta tästä huolimatta on säädetty muita surmaamisrikkoksia lievempi rangaistus, on ilmeisesti se, että tästä teosta puuttuu loukaus yksilön intressiä kohtaan.⁶ Tuntuu ilmeisesti kohtuuttomalta tuomita tästä teosta esimerkiksi sellainen kuin neljän vuoden kuritus-huonerangaistus, mikä on vähin erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdystä taposta tuomittava rangaistus. Vielä enemmän oikeustajunnan vastaiseksi tulisi rangaistus silloin, kun tekoa olisi pidettävä murhana. Sellaisissa maissa, joiden rikoslaisissa ei ole meidän rikoslakimme 21 luv. 3 §:ä vastaavaa säännöstä, onkin toistuvasti vaadittu lainsäädännön uudistamista tässä suhteessa.⁷

Serlachius-Särkilähti on pitänyt RL 21 luv. 3 §:n määräämää

⁵ Tieteisopissa on joskus vaadittu, että pyynnön pitäisi olla tekijän määräävänä motiivina. Näin *Breithaupt*, s. 51; *Binding*, Hb. I, s. 720; *Allfeld*, s. 335; *Wiemann*, s. 30; *Rupp*, s. 34; *Holdheim*, s. 16; *Hülschner*, Strafrecht II, s. 57; *Leipz. Komm.*, s. 552; *Cron*, s. 27. — Vielä pitämmälle ovat menneet ne suostumusopin tutkijat, jotka ovat vaatineet, että suostumuksen tulisi olla tekijän ainoana motiivina. Ks. *Kessler*, Einwilligung, s. 81; *Soltermann*, s. 90; *Pfersdorff*, s. 43. Jyrkimmin tämän on lausunut *Pollack*, s. 38: »Vielmehr muss das Verlangen selbst einzig und allein den Grund für die Tötung bilden. Sobald irgend ein anderes, etwa äusseres Moment seinen Einfluss auf die Ausübung der verlangten Tat geäussert hat, ist zweifelsohne das Verlangen nicht mehr die alleinige Ursache der Tötung.» — *Leipz. Komm.*, s. 552, katsoo, että pyynnön tulee olla se motiivi, joka »lopullisesti saa tekijän tekemään päätöksensä».

⁶ *Soltermann*, s. 92: »In dem Täter dürfen wir nicht eine antisoziale Gesinnung, die sich auch in der Zukunft in antisozialen Handlung äussern werde, erblicken». Samaan suuntaan *Torp*, Angreb, s. 26.

⁷ Näihin kuuluvat esim. Ranska (ks. *Gerland*, Vergl. Darst., s. 513), Englanti (ks. *Harris-Wilshire*, s. 204; *Röschinger*, s. 33), Neuvostoliitto (ks. *Venäjän rikoslain englantilaista käännöstä*, s. 53), Turkki (ks. *Ziemke*, s. 110). Näiden maiden rikoslaisissa on yleensä julistettu rangaistavaksi myöskin itsemurhaan vietteleminen ja sen auttaminen.

Tanska ja Norja kuuluvat valtioihin, joiden rikoslait tosin sisältävät lievät rangaistussäännökset toisen surmaamisesta tämän omasta pyynnöstä, mutta joissa toisaalta on kriminalisoitu osallisuus itsemurhaan. Ks. *Tanskan rikoslain* 239 ja 240 §:ä sekä *Norjan rikoslain* 235 ja 236 §:ä. Norjan rikoslaki sisältää myös säännöksen siitä, että osallisuus tekoon, jolla toinen aiheuttaa itselleen vaikean vamman, on rangaistava. Rangaistus tästä teosta on sama kuin loukatun suostumuksin tälle tehostä tahallisesta pahoinpitelystä.

Serlachius-Särkilähti ehdotuksen mukaan itsemurhaan yllyttäjä ja tämän teon auttaja rangaistaan, jos kuolema seuraa, sakolla tai vankeudella (ehdotuksen 25: 2).

rangaistusta eräissä tapauksissa liian lievänä. Esittämänsä mielipiteen perusteeksi hän on maininnut seuraavat kaksi esimerkkiä:⁸ 1) Synnytyksessä köyhää äitiä auttava naapurinvaimo surmaa säälistä vastasyntyneen, koska huomaa tämän raajarikoksi. 2) Rakastaja surmaa lemmittynsä tämän pyynnöstä. — Serlachius-Särkilahti selittää, että jos edellisen teon tekijä saa jälkimmäisen tekijää kovemman rangaistuksen, tämä on kohtuutonta. Tuskin on kuitenkaan syytä hyväksyä sitä Serlachius-Särkilahden mielipidettä, että nämä esimerkit osoittaisivat 21 luv. 3 §:n rangaistusasteikon liian lieväksi. Edellinen mainituista esimerkeistä todistaa tosin sen, että olisi ehkä tarpeen säätää erityinen lievä rangaistusasteikko sellaisia surmaamistapauksia varten, joissa tavallinen murhasta tai taposta säädetty rangaistus ei näyttäisi olevan paikallaan, mutta 21 luv. 3 §:n säännöksen oikeutusta ei tällä voida saattaa epäilyksenalaiseksi. Mainitun säännöksen onkin vuoden 1922 rikoslainehdotuksemme säilyttänyt. Korkein rangaistus on tässä ehdotuksessa kylläkin korotettu vuodeksi vankeutta.⁹

Aikaisemmin on mainittu, että suostumus ei kelpaa RL 21 luv. 3 §:n tarkoittamaksi pyynnöksi, ellei se ole tekijälle esitetty siinä muodossa, että tekijä ymmärtää teon vastaavan loukatun toivomusta. Loukatun »omasta» pyynnöstä voitaneen puhua myös siinä tapauksessa, että aloite teon tekemiseen lähtee tekijän taholta, kunhan loukattu on omaksunut ajatuksen omaa toivomustaan vastaavaksi.¹⁰ Lain sanamuodon mukaan pyynnön tulee olla myös »vakaa». Tämä sana on antanut aihetta monenlaiseen tulkintaan. Toiset suostumusopin tutkijat ovat katsoneet sen merkitsevän, että pyynnön esittäjän tulee olla tosissaan,¹¹ toiset taas, että pyynnön pitää olla ehdoton ja selvä.¹² Parhaiten on sanan merkityksen selittänyt Honkasalo huomauttaessaan, että pyyntö on vakaa vastatessaan esittäjänsä todellista tahtoa.¹³ Selvää on, että esimerkiksi affektitilassa

⁸ Serlachius-Särkilahti, Oppikirja II, s. 10.

⁹ Ks. mainitun rikoslainehdotuksen 25 luv. 1 §:n 2 momenttia. Saksan uusimmissa rikoslainehdotuksissa vastaava säännös säilytettiin, vieläpä rangaistusta lievennettiin. Ks. *Gleispach* (Gürtner: Das kommode, Bes. Teil), s. 258.

¹⁰ Ks. Serlachius-Särkilahti, Oppikirja II, s. 8.

¹¹ *Soltermann*, s. 89; *Holdheim*, s. 14; *Holtzendorff*, s. 446. — Kotimaisessa tietoisopissamme on *Forsman*, De särskilda I, s. 33, katsonut »vakaa»-sanan tarkoituksena olevan estää leikkipuheiden käytön surmaamisrikoksen puolustuksena.

¹² *Hälschner*, Strafrecht II, s. 55.

¹³ *Honkasalo*, Erin. rikokset, s. 6.

esitettyä pyyntöä ei voida pitää pätevänä, ja vielä vähemmän on tämä mahdollista narkoottisten aineitten aiheuttamassa huumaus-tilassa lausuttuun toivomukseen nähden. Pitkä harkinta-aika ei ole välttämätön, mutta vakaa pyyntö voi tuskin kuitenkaan syntyä parin minuutin harkinnan perusteella, vaan surmattavalla tulee olla »järkekymätön halu kuolla».¹⁴ Selvää on myös, että pyynnön esittäjän tulee nimenomaan tahtoa surmaamistaan. Hänen esittämänsä toivomus siitä, että kuolema pian korjaisi hänet, ei suinkaan riitä 21 luv. 3 §:n tarkoittamaksi pyynnöksi.

Rikoslaissamme ei ole määritellyt pyynnön esittämisen muotoa. Saksassa, jossa pyynnön tulee lain mukaan tapahtua »nimenomaan» (ausdrücklich), on yleensä vain selvin sanoin ilmaistua pyyntöä pidetty riittävänä, joskin eräät suostumusopin tutkijat ovat esittäneet sen mielipiteen, että jokainen kiistaton pyyntö kelpaisi. Meidän oikeutemme mukaan voidaan epäilemättä sekä nimenomainen että konkluudenttinen pyyntö katsoa päteväksi, kunhan vain pyynnön selvyystä ei ole epäilyä.¹⁵ Käytännössä pyyntö tosin jokseenkin säännöllisesti tehdään selvin sanoin, koska sen esittäjä yleensä haluaa lausua toivomuksensa kuolintavasta, -ajasta ja muista sellaisista seikoista, mutta poikkeuksellisissa oloissa tulee myös konkluudenttinen pyyntö kysymykseen.¹⁶ Saattaa esimerkiksi tapahtua niin, että pyynnön esittäjä ei voi lausua toivomustaan ääneen, koska lähellä oleva omaisen kiirehtisi estämään teon, jos saisi siitä tietää. Selvää on, että kuuromykan merkkikieli ja puhumaan kykenemättömän sairaan henkilön käyttämät ilmeet ja eleet on aina katsottava päteväksi pyynnöksi, koska nämä tavat ovat heidän ainoa mahdollisuutensa saada tahtonsa selvitettyksi. RL 21 luv. 3 §:n sanamuoto osoittaa kuitenkin, että pelkkä tahdonsuunta ei riitä pyynnöksi. Pynnön tulee aina jollakin tavoin, vaikkapa vain konkluudenttisesti, olla ilmaistu teon tekijälle, koska teon ei muuten voida sanoa tapahtuneen »pyynnöstä». Pyyntöä ei tietenkään tarvitse kohdistaa juuri tekijälle, vaan sen esittäjä saattaa esimerkiksi ylimalkaan toivoa jonkun lähelläolevan henkilön surmaavan hänet.¹⁷ Jos pyynnön esit-

¹⁴ Ks. Jotuni, s. 17.

¹⁵ Tätä mielipidettä voidaan pitää pohjoismaisen rikosoikeustieteen vallitsevana. Ks. esim. Torp, Angreb, s. 27.

¹⁶ Samoin *Honkasalo*, Erin rikokset, s. 6. — *Forsman*, De särskilda I, s. 33: »I regeln måste begäran ske uttryckligen.»

¹⁷ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 8.

täjä kuitenkin tarkoittaa nimenomaan määrättyä henkilöä, ei kenelläkään toisella ole oikeutta tehdä tekoa tämän puolesta.

Yleisesti on katsottu, että 21 luv. 3 §:n tarkoittaman pyynnön esittäjän ei tarvitse olla siviilioikeudellisesti täysivaltainen.¹⁸ Tavallisesti on kuitenkin pidetty tarpeellisenä vähintään viidentoista vuoden ikää.¹⁹ Koska yksilöllinen kypsyys saman ikäisillä nuorilla henkilöillä suuresti vaihtelee, on vaikeata käsittää, miksi tämän rikoksen suhteen pitäisi poiketa siitä suostumusopin yleisestä periaatteesta, että alaikäisen antaman suostumuksen pätevyys muiden kuin varallisuusrikosten suhteen määräytyy sen mukaan, ymmärtääkö hän teon merkityksen. Myönnettävä tosin on, että käytännössä tuskin koskaan viittatoista vuotta nuorempi osoittautuu kyllin kehittyneeksi ymmärtääkseen tällaisen teon. Kysymyksen ollessa täyttä ymmärrystä vailla olevasta suostumiskelpoisuus myöskin arvostellaan erikseen jokaisessa konkreettisessa tapauksessa. Verraten usein voidaan tällaisen henkilön pyyntöä pitää pätevänä.

Rikoslaisissa ei 21 luv. 3 §:n tarkoittaman teon yritystä ole julistettu rangaistavaksi.²⁰ Tämä johtaa kysymään, joudutaanko tällaisen teko jättämään aina rankaisematta vai voidaanko siihen mahdollisesti soveltaa täytetystä pahoinpitelystä annettuja lainsäädännöksiä.²¹ Surmaamisen yritystä on tosin mahdotonta poikkeuksetta pitää täytettynä pahoinpitelynä, sillä yritys saattaa tapahtua esimerkiksi siten, että ammuttaessa surmattavaa henkilöä luoti ei osu häneen, jolloin mitään vammaa ei synny eikä täytetystä pahoinpitelystä siksi

¹⁸ Forsman, De sarskilda I, s. 34, on tosin pitänyt siviilioikeudellista täysivaltaisuutta välttämättömänä.

¹⁹ Näin esim. Serlachius-Särkilahti, Oppikirja II, s. 9; Honkasalo, Erin rikokset, s. 6. — Saksan Korkein Oikeus on kannattanut 18 vuoden ikää (E. in Strafsachen, Bd. 72, s. 400); samoin pohjoismaisessa oikeustieteessä Krabbe, s. 291.

²⁰ Saksan rikoslaisissa tämä kysymys on jäänyt epäselväksi, ja suurin osa suostumusopin erikoisteoksia on siitä kirjoitettu. On yritetty ratkaista erikoisesti kysymys siitä, onko loukatun pyynnöstä tapahtuvaa surmaamista pidettävä surmaamisen lievempänä lajina vai kokonaan erillisenä, itsenäisenä »rikkomuksena». Yrityksen rangaistavuus määräytyy näet Saksan rikoslaisissa tämän eron mukaan. Vain Holer, s. 132, huom. 1; ja Hülshner, Strafrecht II, s. 58, ovat olleet ensiksimainitulla kannalla, muut sen sijaan ovat pitäneet tekoa rikkomuksena ja siksi katsoet yrityksen jäävän rankaisematta. Näin esim. Joski, s. 26; Hauptmann, s. 18; Wachenfeld, s. 310; Oelze, s. 78; Hartwig, s. 18; Breithaupt, s. 53; Pollack, s. 23 ja 26; Allfeld, s. 335; v. Calker, s. 141; v. Holtzendorff, s. 447.

²¹ Näin Saksan rikosoikeustieteessä Wiebeck, s. 49; Holdheim, s. 30; Saksan Korkein Oikeus (E. in Strafsachen, Bd. 24, s. 370; Bd. 28, s. 211; Bd. 59, päätös 18/12 1924).

saata olla puhettakaan. Kysymys on kuitenkin tarpeen ratkaista niitä tapauksia silmälläpitäen, joissa loukatun surmaamista tarkoittava teko epäonnistuessaan aiheuttaa vamman loukatulle. Selyää on, että loukattu, joka on pyytännyt tekijää surmaamaan itsensä, ei suinkaan ole tahtonut jäädä raajarikoksi eikä ylipäänsä kärsiä mitään pahoinpitelyn aiheuttamia seurauksia. Yleensä hän ei liene ottanut huomioon sitä mahdollisuutta, että teko tällä tavoin epäonnistuisi. Jos loukatun surmaamista tarkoittavan pyynnön ei katsota sisältävän pahoinpitelyyn annettua suostumusta, joudutaan surmaamiseen tähtäävä, mutta vamman aiheuttava teko aina katsomaan rangaistavaksi pahoinpitelyksi. Mikäli vamma, joka teosta aiheutuu, on vaikea, ei edes suostumuksen olemassaolokaan poista tällaisen, törkeäksi pahoinpitelyksi luettavan teon oikeudenvastaisuutta. Jos teko täten katsotaan pahoinpitelyksi, joudutaan erikoisesti juuri törkeän pahoinpitelyn rangaistusta määrättäessä tuloksiin, jotka eivät tyydytä oikeustajuntaa. Rangaistus mainitusta teosta on näet tuomittava RL 21 luv. 5 §:n 1 momentin (kuten laissa 23/4 1926) mukaan, koska loukatun surmaamista tavoittelevaa tekoa tuskin voidaan pitää sellaisena pahoinpitelynä, josta puhutaan lainsäädännöksen 3 momentissa, ja jonka tarkoituksena ei ollut aiheuttaa loukatulle vaikeata vammaa. Surmaamisen yrityksestä, jonka seurauksena on vaikea vamma, olisi siis tuomittava suurempi rangaistus kuin RL 21 luv. 3 §:n tarkoittamasta täytetystä teosta. Tässä kohdin on laissa ilmeinen epäkohta. Vuoden 1922 rikoslainehdotuksessa onkin RL 21 luv. 3 §:n tarkoitaman teon yritys määrätty rangaistavaksi. Tämä säännös ratkaisisi vaikean tulkintakysymyksen tavalla, joka näyttäisi oikeustajuntaa tyydyttävältä.

b. Kuolinapu.²²

RL 21 luv. 3 §:n tarkoittaman teon tarkastelun yhteydessä on suostumusopissa käsitelty kysymystä ns. kuolinavun oikeudellisesta luonteesta. Kuolinavuksi (euthanasia) nimitetään rikosoikeustieteessä toimenpidettä, jolla toivottomasti sairaan henkilön kuolemaa lääkkeitä käyttäen joudutetaan,²³ niin että kuolema lääkkeiden vaikutuksesta seuraa nopeammin kuin ilman niitä.²⁴ Kuolinapu eroaa siis

²² Ks. Anttila, LM 1945.

²³ Ks. Albers, s. 32.

²⁴ Lobe, Einführung, s. 43.

tavallisesta lääkärin toiminnasta siinä, että parantamisen tarkoitus puuttuu.²⁵

Rikosoikeustieteessä on kuolinavun luonteesta esitetty erilaisia mielipiteitä. Tavallisimmin sitä on pidetty oikeudenvastaisena ja siihen sovellettu murhasta, taposta tai loukatun pyynnöstä tapahtuneesta surmaamisesta annettuja säännöksiä.²⁶ Usein on kuitenkin yritetty myös löytää peruste, jonka nojalla sitä voitaisiin pitää sallittuna. Huomiota on tällöin kiinnitetty siihen, että kuolinavulla enemmän hyödytetään kuin vahingoitetaan yhteiskuntaa,²⁷ että sitä eräässä mielessä voidaan sanoa »parannustoimenpiteeksi»²⁸ ja että tavanomainen oikeus sallii sen käytön.²⁹ Kuolinapua on kuitenkin pidetty luvallisena vain tarkoin määrätyin edellytyksin. Sairaana on tullut olla kuolemaisillaan ja tilanteen siten sellainen, että hyvällä syyllä on voitu otaksua hänen lyhyen ajan kuluessa heittävän henkensä.³⁰ Lisäksi on potilaan pitänyt suostua toimenpiteeseen. Näiden seikkojen on katsottu olevan takeena siitä, että sairaan elämällä ei ole arvoa enempää hänelle itselleen kuin yhteiskunnallekään.³¹ Tavallisesti on kuolinavun antamiseen oikeutettuna pidetty vain lääkäriä, onpa toisinaan ehdotettu sairauden laadun toteamista jonkinlaisen lääkarineuvoston päätöksellä.³²

Rikoslakimme ei sisällä kuolinavusta säännöksiä. Vuoden 1922 rikoslainehdotuksessa rinnastettiin loukatun pyynnöstä tapahtuvaan surmaamiseen »säälistä surmaaminen». Nähtävästi lakiehdotuksessa tarkoitettiin juuri kuolinavun kaltaista tapausta, koska toivoton ja tuskallinen sairaus epäilemättä on omiaan herättämään sääliä lähimäisissä.³³ Nykyisin voimassaolevan oikeutemme mukaan ei tavan-

²⁵ Ks. *Hahn*, s. 30.

²⁶ Näin esim. *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 215; *v. Bar*, Gesetz und Schuld, s. 82; *Hahn*, s. 31; *Ebermeyer*, s. 119; *Klee* (Gürtner, Das kommende, Allg. Teil, s. 88); *Lobe*, Einführung, s. 43; *Heimberger*, s. 418.

²⁷ Näin *M. E. Mayer*, Lehrbuch, s. 290; *Sauer*, Grundlagen, s. 337; *Heinitz*, s. 119.

²⁸ *Allfeld*, s. 145.

²⁹ *Köhler*, Strafrecht, s. 400.

³⁰ *Köhler*, Strafrecht, s. 400, puhuu yhden tai kahden tunnin ajasta, mutta ilmeistä on, ettei kuolinaikaa yleensä koskaan voida näin tarkoin määritelläkään.

³¹ *Köhler*, Strafrecht, s. 400.

³² *Albers*, s. 33.

³³ Norjan rikoslain 235 §:ään sisältyy samanlainen säännös kuin Serlachius-Särkilahden ehdotukseen, mutta siinä on edellytyksenä surmatun parantumaton sairaus.

omaisen oikeuden voida katsoa sallivan kuolinavun antamista. Lääkärillä on kylläkin tapana antaa kovia tuskia kärsivälle potilaalle lääkkeitä, jotka pitävät potilasta puoliksi horrostilassa ja siten lieventävät hänen kärsimyksiään. Nämä lääkkeet saattavat ehkä jonkin verran heikentää potilaan tilaa, mutta niiden tarkoituksena on kuitenkin vain tuskien lievittäminen eikä elinajan lyhentäminen. Kuolinavuksi ei niiden käyttämistä siksi voida katsoa. Päinvastoin on tapana pitää toivottomasti sairastakin hengissä, vieläpä »keino-koisesti» pidentää hänen elinaikaansa sydäntä vahvistavien lääkkeiden avulla.³⁴

Tässä yhteydessä on syytä mainita, että tietoisopissa on toisinaan käsitelty kysymystä kuolinavun antamisesta laajemmassa mielessä. On näet pohdittu sitä, eikö yhteiskunnallisena tarkoituksenmukaisuustoimenpiteenä olisi luvallista surmata sellaiset yksilöt, joiden elämä on sekä heidän itsensä että yhteiskunnan kannalta katsoen täysin hyödytöntä.³⁵ Esimerkkinä on mainittu erityisesti parantumattomat mielisairaat, joita joudutaan vuosikymmenestä toiseen sairaaloissa hoitamaan yhteiskunnan kustannuksella. Tällaisiin henkilöihin kohdistettua kuolinapua on pidetty sallittuna ainakin siinä tapauksessa, että joko he itse taikka heidän holhoojansa tai lähiomaisensa antaisivat tekoon suostumuksensa. Selvää on, että meidän oikeusjärjestyksemme yleisten periaatteiden mukaan tällaista kuolinapua ei voida edes de lege ferenda ajatella mahdolliseksi, kaikkein vähimmin silloin, kun suostumus tekoon saataisiin joltakin muulta kuin surmattavalta itseltään. Kuolinavun antaminen tässä muodossa olisi jyrkässä ristiriidassa sen periaatteen kanssa, että kaikkien yhteiskunnan jäsenten tulee nauttia samanlaista oikeussuojaa.

c. Lapsenmurha.

Henkeen kohdistuviin tekoihin kuuluu myös lapsenmurha (RL 22:1), jonka tekijänä saattaa olla ainoastaan luvattomasta sekaan-

Kuolinapua koskeva säännös oli otettu Tanskan rikoslain ehdotuksiin, mm. *Torpin* ehdotukseen (217 §:n 2 mom.), mutta säännöstä ei kuitenkaan liitetty Tanskan rikoslakiin. *Krabbe*, s. 291, arvelee, että kuolinavun antamisen käsittävään loukatun surmaamiseen kenties voitaisiin soveltaa Tanskan rikoslain 85 §:ssä mainittua periaatetta, jonka mukaan rangaistuksen määrää harkittaessa otetaan huomioon teon tapahtuminen sellaisissa oloissa, jotka tekevät sen normaalia pienemmän rangaistuksen ansaitseväksi.

³⁴ Samoin *Jotuni*, s. 17.

³⁵ Ks. *Nathan*, s. 40, 42 ja 44.

nuksesta raskaaksi tullut nainen. Rikoksen kohteena oleva vastasyntynyt lapsi ei tietenkään pysty antamaan pätevää suostumusta, joten suostumus ei koskaan voi poistaa lapsenmurhan oikeudenvastaisuutta.

RL 22 luv. 3 §:n 1 momentissa säädetään rangaistus vanhemmille tai isäntäväelle, jotka eivät ole antaneet luonaan asuvalle ja käskynsä alaiselle, luvattomasta sekaannuksesta raskaaksi tulleen naiselle hänen synnytyksensä aikana tarvittavaa hoitoa ja siten, tietoisina raskaudesta, ovat tuottaneet sikiölle kuoleman. Saman lain-säännöksen toisessa kohdassa säädetään rangaistus naisen makajalle, joka, tietäen naisen olevan raskaana ja hädänalaisessa tilassa, on jättänyt hänet apua tai tarpeellista hoitoa vaille, minkä johdosta sikiö on kuollut tai joutunut heitteille. Näidenkin tekojen suoje-lu-objektina on vastasyntyneen lapsen henki. Äidin antamalla suostu-muksella ei siis saata olla merkitystä teon oikeudenvastaisuuteen nähden.

d. Sikiönlähdettäminen.

RL 22: 5,² (kuten laissa 6/6 1914) säätää rangaistuksen sille, joka »naisen tahdon mukaan tahallansa joko lähde-tämällä taikka hänen kohtuunsa on surmannut sikiön.» Rangaistus tästä rikoksesta on sekä teon tekijälle että lähde-ttämiseen suostuneelle naiselle kuritushuonetta enintään neljä vuotta taikka vankeutta. Kun vastoin naisen tahtoa tapahtunut sikiönlähdettäminen saman luvun 6 §:n mukaan on saanut vähintään kahden ja enintään kahdeksan vuoden kuritushuone-rangaistuksen, minkä lisäksi tämän teon tekijä tuomitaan menettä-neeksi kansalaisluottamuksensa, on ilmeistä, että naisen antama suostumus suuresti alentaa toisen henkilön tekemän sikiönlähdet-tä-misen rangaistavuutta, samalla kun se toisaalta johtaa siihen, että raskaana olevaa naista itseäänkin pidetään teon tekijänä ja häntä tästä rangaistaan. Naisen tahdon mukaan tapahtuvan sikiönlähdet-tämisen lievä rankaiseminen saa *Honkasalon* mukaan selityksensä siitä, että tällainen teko ei sisällä naisen ruumiillisen koskematto-muuden rangaistavaa loukkaamista,³⁰ vaan suuntautuu vain sikiön henkeä kohtaan, raskaana olevan naisen suostumuksesta tapahtu-neen lähde-ttämisen sensijaan kohdistuessa sekä sikiön henkeä että

³⁰ Ks. *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 93.

naisen ruumiillista koskemattomuutta vastaan.³⁷ Tosin saattaa näiden kahden lähdettämisrikoksen rangaistuksen erilaisuus osittain saada selityksensä muistakin seikoista. Vastoin naisen tahtoa tapahtuneella lähdettämällä loukataan näet naisen oikeutta itse määrätä, haluaako hän synnyttää lapsen vai ei, kun taas naisen tahdon mukaan tapahtuva lähdettäminen ei tietenkään sisällä tällaista loukkausta. Epäilemättä on kuitenkin rangaistavan pahoinpitelyn puuttuminen suurin syy siihen, että naisen tahdon mukaan tapahtuva lähdettäminen rangaistaan naisen tahdon vastaisesti tehtyä lähdettämistä lievemmin. Lähdettämisestä, joka tapahtuu naisen suostumuksin, on säädetty sama rangaistus kuin naisen itse itselleen tekemästä lähdettämisestä. Kummassakin tapauksessa puuttuu oikeudenvastainen ruumiillisen koskemattomuuden loukkaus. Toisessa tämä johtuu siitä, että itseloukkausta ei rangaista, toisessa taas siitä, että loukatun suostumus poistaa pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden.

Kuten edellisestä selviää, sisältää sikiönlähdettäminen aina raskaana olevan naisen pahoinpitelyn.³⁸ Sikiönlähdettämistä ei voida ajatella tehdyksi ilman pahoinpitelyä. Tämän mielipiteen kanssa näyttää tosin RL 21 luv. 6 §:n säännös olevan ristiriidassa. Mainitussa säännöksessä esitetään naisen tahdon vastaisesti tehty sikiönlähdettäminen yhtenä esimerkkinä sellaisesta teosta, jolla loukatulle voidaan tuottaa kuolema tai vaikea vamma ilman että häntä pahoinpidellään. Ilmeistä on, että tämän lainsäädännön sanamuoto on virheellinen. Vastoin naisen tahtoa tapahtunut sikiönlähdettäminen olisi siinä pitänyt lukea tahallisiin, pahoinpitelyn sisältäviin rikoksiin, joista puhutaan saman lainsäädännön jälkimmäisessä osassa.³⁹ Käytännölliseen lopputulokseen ei tämä virheellisyys kuitenkaan vaikuta, koska rangaistus teosta joka tapauksessa määrätään sanotun 21 luv. 6 §:n mukaan, katsottiinpa lähdettämisen sisältävän pahoinpitelyn tai ei.

Sikiönlähdettäminen aiheuttaa »normaalitapauksessa» vaikeata lievemman vamman, joten siihen sisältyy törkeätä lievempi pahoin-

³⁷ Näiden kahden tapauksen välisen eron selvittämisen helpottamiseksi on jätetty ottamatta huomioon, että kumpikin lähdettäminen loukkaa sekundäärisesti eräitä muitakin intressejä kuin sikiön henkeä. Niinpä saavat rikosta koskevista rangaistussäännöksistä suojan ainakin valtion väestöintressi, siveellisyyntressi ja aviomiehen sikiötä koskeva oikeudellinen intressi. Ks. tästä *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 83—103.

³⁸ Samoin *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 168; *Jotuni*, s. 86.

³⁹ *Jotuni*, s. 85.

pitely. Lievänä pahoinpitelynä sitä ei voida pitää, koska sen kohteena oleva nainen joutuu teon johdosta olemaan muutaman päivän sairaana.⁴⁰ Yleensä ei lähdettäminen toisaalta tuota myöskään vaikeata vammaa eikä kuolemaa. Vaikea vamma tulee kysymykseen vain rikoksen saadessa eräitä lisäseurauksia, kuten hedelmättömyyteen johtavia tulehduksia tms. Säättäessään teosta rangaistuksen lain-sääätäjä lienee ajatellut vain »normaalitapausta». Tästä johtuu, että jos rikoksesta seuraa vaikea vamma tai kuolema, siihen on sovellet-tava sikiönlähdettämisestä annettujen säännösten lisäksi tavallisesta pahoinpitelystä säädettyjä rangaistussäännöksiä. Tekijä saattaa tä-ten tehdä itsensä syyppäksi kahteen, keskenään ideaalikonkurens-sissa olevaan tekoon. Tämä ei kuitenkaan merkitse, että jokaista naisen tahdon mukaan toimitettuun sikiönlähdettämiseen syyllisty-nyttä poikkeuksetta olisi rangaistava kahdesta tahallisesta teosta. Päinvastoin jää epäilemättä tekijän syyksi usein lähdettämisestä ohella vain kuoleman tai ruumiinvamman tuottamus. Tekijä saattaa ryh-tyä tekoonsa siinä varmassa vakaumuksessa, että se sujuu »onnelli-sesti» ja tuottaa naiselle vain vaikeata lievemmän vamman. Tällai-nen käsitys on suuressa määrin oikeutettu ainakin silloin, kun läh-dettäminen tapahtuu raskaudentilan alkupuolella ja sen toimittaa lääkäri tai ammattitaitonsa puolesta häneen verrattava henkilö. Toi-sin on asiantaita, jos lähdettäminen tehdään raskauden loppupuolella. Silloin siihen saattaa liittyä siksi suuri vaara, että tekijällä on ollut ainakin dolus eventualis vaikean vamman aiheuttamiseen nähden. Jos lähdettämisestä tällaisessa tapauksessa seuraa vaikea vamma tai kuo-lema, saa tekijä siksi rangaistuksen sekä sikiönlähdettämisestä että tahallisesta törkeästä pahoinpitelystä tai kuolemaan johtaneesta pa-hoinpitelystä.⁴¹

RL 22:7 säättää rangaistuksen sille, joka, aikomatta sikiötä va-lingoittaa, tahallaan pahoinpitelee raskaaksi tietämäänsä naista siten tuottaen sikiölle kuoleman. Tämä tapaus on siitä erikoinen, että sikiö nauttii rangaistussuojaa tuottamuksellista tekoa vastaan. Teon

⁴⁰ Jotuni, s. 86, katsoo, että vammaa voitaisiin pitää vain lievänä. Tämä ei liene oikein. Sikiönlähdettämisestä täytyy pitää siksi suurena puuttumisena raskaana ole-van naisen fysiologiseen tilaan, että sen on katsottava vastaavan luonteeltaan tör-keätä lievempää pahoinpitelyä.

⁴¹ Samoin Jotuni, s. 87. — Ks. hänen mainitsemaansa KKO:n päätöstä (Tied. 228/1931), josta selviää käytännön asettuneen tälle kannalle. Samanlaisen päätök-sen on Helsingin RO antanut 15/12 1935 (asiassa antoi Turun HO vapauttavan pää-töksen, jonka varaan se jäi).

suojeluobjektina on sikiön henki, minkä vuoksi on selvää, ettei naisen pahoinpitelyyn mahdollisesti antamalla suostumuksella ole merkitystä oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena, vaikka se luonnollisesti saattaa alentaa rangaistuksen määrää 22 luv. 7 §:n erittäin laajan asteikon puitteissa.

e. Kuolemantuottamus.

Koska suostumuksen antaminen periaatteessa on mahdollista tuottamuksellisiin tekoihin, voidaan kysyä, mikä merkitys on kuolemantuottamukseen annetulla suostumuksella. Tosin tällainen käytännössä tuskin on mahdollista. Jos suostumus annetaan tekoon, joka tekijän tahtomatta vältettävissä olevan erehdyksen tai huolimattomuuden johdosta aiheuttaa loukatun kuoleman, tapahtuu tämä tavallisesti suostumuksen antajan tekijän tavoin ollessa sellaisessa uskossa, ettei teko mahdollisesta vaarallisuudestaan huolimatta johda kuolemaan. Tällöin ei suostumusta voida katsoa ollenkaan annetuksi kuolemantuottamukseen. Mutta ainakin eräässä tapauksessa saatetaan mainittuun tekoon annettua suostumusta pitää mahdollisena. Ajateltavissa näet on, että suostumuksen antaja sallii teon, vaikka hän on varma siitä, että se johtaa kuolemaan, kun taas tekijä puolestaan jättää teon vaarallisuuden huomaamatta vältettävissä olevan erehdyksen tai huolimattomuuden tähden.

Kuten aikaisemmin mainittiin, lainsäätäjä on RL 21 luv. 3 §:n säätämällä kerta kaikkiaan määritellyt suostumuksen vaikutusalan henkirikosten suhteen. Loukatun suostumus ei koskaan poista henkeä vastaan suuntautuvan teon oikeudenvastaisuutta ja lieventää sen rangaistavuutta vain sanotussa lainsäädännöksessä määritellyin ehdoin. Kuolemantuottamukseen, vaikka se olisikin tapahtunut loukatun suostumuksin, ei voida soveltaa RL 21 luv. 3 §:ä, sillä mainitun lainsäädännöksen käyttämisen edellytyksenä on teon tahallinen luonne.

Vaikka loukatun suostumus ei lievennä kuolemantuottamuksen rangaistavuutta, se tietenkin voidaan ottaa huomioon mitattaessa rangaistuksen määrää RL 21 luv. 10 §:n säätämän asteikon puitteissa. Kun minimirangaistuksena on sakkorangaistus, ei oikeus-tajuntaa tyydyttävään tulokseen pääseminen tuota vaikeuksia.

f. Pahoinpitely.

Suostumuksen vaikutus pahoinpitelyn (RL 21 luv. 4, 5, 11 ja 12 §, kaksi ensiksi mainittua ja viimeksi mainittu kuten ne kuuluvat 23/4 1926 annetussa laissa)⁴² oikeudenvastaisuuteen on suostumusopin tärkein ja samalla kiistanalaisin kysymys, jota rikosoikeustiede on vuosikymmenestä toiseen yrittänyt selvittää.⁴³ Kun rikosten kohteina olevat oikeudet luonnonoikeudellisen koulukunnan mukaan jaettiin luovutettaviin ja luovuttamattomiin, ruumiillista koskemattomuutta pidettiin yleensä jälkimmäisiin kuuluvana, joten suostumukselle ei annettu oikeudenvastaisuuden poistavaa vaikutusta edes lievän pahoinpitelyn suhteen. Myöhemmin pyrittiin suostumuksen merkitystä koskeva kysymys ratkaisemaan soveltamalla siihen analogisesti rikoslain sisältämiä, suostumusta koskevia lainsäännöksiä. Tulokset olivat sangen erilaisia. Täysin myönteisen⁴⁴ ja täysin kielteisen⁴⁵ käsityksen lisäksi esiintyi useita välittäviä mielipiteitä, joiden mukaan pahoinpitelyt jaettiin eri luokkiin joko lain tarjoamien tuntomerkkien perusteella tai jotakin muuta jakotapaa käyttäen. Eräät suostumusopin tutkijat katsoivat suostumuksen poistavan vain lievän pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden,⁴⁶ toiset taas arvelivat, että ainoastaan törkeä pahoinpitely jäisi oikeudenvastaiseksi loukatun suostumuk-

⁴² Mainittaessa nämä lainkohdat myöhemmin tarkoitetaan aina niiden nykyistä muotoa.

⁴³ *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 501; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 141, väittävät, että kysymys ei ole de lege lata ratkaistavissa.

⁴⁴ Kantaa, jonka mukaan suostumus poistaa kaiken pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden, kannattavat *Kessler*, *Einwilligung*, s. 72 ja 75; *Ullmann*, s. 555; *Roedenbeck*, s. 139; *Schaefer*, s. 79; *Oelze*, s. 82; *Joski*, s. 33; *Holdheim*, s. 48; *Finger*, *Lehrbuch*, s. 417; *Binding*, *Hb. I*, s. 722; *Klee*, *GA* 50, s. 374; *Kronecker*, s. 219; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 405; *Altfeld*, s. 345; *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, s. 44; *v. Rozycki*, s. 76; *Hartwig*, *GS* 82, s. 301; *Wegener*, s. 38; *Staudt*, s. 44.

⁴⁵ Täysin kielteisellä kannalla ovat *Geyer*, s. 555; *Hälschner*, *System*, s. 237; *Kiehl*, s. 373. Kaksi viimeksi mainittua ehdottavat tosin, että de lege ferenda suostumukselle annettaisiin jonkin verran merkitystä. Saksan *Korkein Oikeus* tuli parissa 1880-luvulla annetussa päätöksessään siihen tulokseen, että loukatun suostumuksin tehty pahoinpitely aina jäi rangaistavaksi. Ks. *E. in Strafsachen*, *Bd. 2*, s. 442, ja *Bd. 6*, s. 61. Tästä huolimatta mainittu oikeus kuitenkin eräissä myöhemmässä päätöksessään (*E. in Strafsachen*, *Bd. 25*, s. 379) piti lääkärin toiminnan oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena potilaan antamaa suostumusta.

⁴⁶ Ks. *Merkel*, *Verbrechen*, s. 190; *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 59; *Frank*, s. 142; *Holer*, s. 123 jne.; *Karding*, s. 39; *Pfersdorff*, s. 39 ja 45; *Wiebeck*, s. 39 ja 42; *Honig*, s. 123–129; *v. Aufsess*, s. 30; *Dietrich*, s. 31; *Liszt-Schmidt*, s. 218.

sesta huolimatta.⁴⁷ Huomiota kiinnitettiin myös pahoinpitelyn tarkoitukseen,⁴⁸ sen hyvien tapojen vastaisuuteen⁴⁹ tai soveltumiseen »oikeaksi keinoksi oikean tarkoituksen saavuttamiseen»,⁵⁰ pidettiinpä mittapuuna joskus sitäkin, oliko suostumuksen antaminen loukatun kannalta katsoen järkevä teko vai ei.⁵¹

Kysymys suostumuksen vaikutuksesta pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuteen on eräissä maissa ratkaistu nimenomaisin säännösin. Niinpä Norjan rikoslain 235 §:ssä säädetään, että loukatun suostumuksin tapahtuva pahoinpitely jää rankaisematta, ellei se aiheuta kuolemaa.⁵² Tanskan rikoslain 248 § taas säättää, että suostumus alentaa pahoinpitelystä tuomittavan rangaistuksen määrää riippumatta siitä, minkä laatuinen pahoinpitely on, sekä että se poistaa sellaisen teon rangaistavuuden, josta ei aiheudu vammaa loukatulle.⁵³ Saksassa määrättiin aikaisemmin mainitulla rikoslain 226a §:llä ratkaisu riippuvaksi siitä, oliko pahoinpitely loukatun siihen antamasta suostumuksesta huolimatta hyvien tapojen vastainen. Suomen ja Ruotsin rikoslait eivät sisällä mitään tällaisia säännöksiä. Suomen vuonna 1922 julkaistun rikoslainehdotuksen 25 luv. 9 §:n 4 momentissa tätä kysymystä sensijaan kosketellaan. Mainitun ehdotuksen mukaan jää loukatun suostumuksin tehty pahoinpitely rankaisematta, mikäli se ei ole aiheuttanut kuolemaa tai vaikeata vammaa.⁵⁴ Samalla kannalla kuin tämä lakiehdotus on ollut suomalainen rikosoikeustiedekin. Itsestään selvänä, oikeusjärjestyksemme yleisistä tarkoituksenmukaisuusperiaatteista ilmenevänä on pidetty sitä, että suostumus ei poista törkeän pahoinpitelyn oikeudenvastaisuutta. Tämän mielipiteen ovat nimenomaan lausuneet *Serlachius-Särkilahti*, *Hon-*

⁴⁷ Täten *Wachenfeld*, s. 317; *v. Calker*, s. 37.

⁴⁸ *Ks. Mannheim*, s. 83; *Traeger*, s. 122; *Zitelmann*, s. 30.

⁴⁹ *Ks. v. Hippel II*, s. 247.

⁵⁰ *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 215.

⁵¹ *Hess*, s. 45.

⁵² Norjan rikoslain 235 § kuuluu: »Straf efter §§ 228 og 229 kommer ikke til anvendelse, naar handlingen er foretaget med nogen, som deri har samtykket. — Er nogen med eget samtykke dræbt eller tilføiet betydelig skade paa legeme eller helbred, eller har nogen af medlidenhed berøvet en haabløs syg livet eller medvirket hertil, kan straffen nedsættes under det ellers bestemte lavmaal og til en mildere strafart.»

⁵³ Tanskan rikoslain 248 § kuuluu: »Samtykke til et Legemsangreb medfører, at Straffen kan nedsættes, og at Handlingen i det i § 244 Stk. 1, omhandlede Tilfælde (tapaus, jossa ei loukatulle koidu vammaa) ikke straffes.»

⁵⁴ *Ks. Serlachius-Särkilahti*, Ehdotus 1922, s. 33.

kasalo ja Alanen.⁵⁵ Heidän kannanottonsa sisältää sen ajatuksen, että suostumus poistaa sekä lievän että törkeätä lievemmän pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden. Suostumuksen merkitystä määrittäessä on täten otettu huomioon rikoslain käyttämä luokitustapa.

Positiivisen lainsäädännön puuttuminen johtaa kysymään, voitaisiinko suostumuksen vaikutus pahoinpitelytekojen oikeudenvastaisuuteen mahdollisesti saada selville analogian avulla. Tässä mielessä on syytä tarkastella niitä positiivisen oikeuden säännöksiä, jotka jollakin tavoin liittyvät suostumusoppiin ja koskevat ruumiillista koskemattomuutta vastaan tehtyjä rikoksia. On jo mainittu, että RL 21 luv. 3 §:llä ei tässä suhteessa ole todistusarvoa. Siitä on pääteltävissä enintään se, että koska pyynnön muodossa esiintyvä suostumus lieventää sellaisen kuin henkeä vastaan tehdyn rikoksen rangaistavuutta, suostumukselle voidaan oikeusjärjestyksen yleisten periaatteiden mukaan muissakin tapauksissa antaa merkitystä. Selvitettäessä suostumuksen vaikutusta pahoinpitelyn rangaistavuuteen on huomiota kiinnitettävä ennen kaikkea kolmeen positiivisen oikeuden kohtaan. Nämä ovat kaksintaistelusta RL 23 luvussa annetut määräykset, sotapalveluksesta vapautumisen tarkoituksessa tehtyä pahoinpitelyä koskeva SRL 90 §:n 2 momentin säännös sekä naisen tahdon mukaan tapahtuvaa sikiönlähdettämistä tarkoittava RL 22 luv. 5 §:n 2 mom. (kuten tämä kuuluu 6/6 1914 annetussa laissa).

RL 23 luv. 1 §:n (kuten tämä kuuluu 17/11 1939 annetussa laissa) mukaan kaksintaisteluun ryhdytään »sopimuksen perusteella». Rikosoikeustieteessä kaksintaistelu on määritelty kahden henkilön keskenään suorittamaksi taisteluksi, joka tapahtuu vanhastaan käytettyjä tai välipuheessa määriteltyjä sääntöjä noudattaen.⁵⁶ Ilmeistä on, että kaksintaistelu loukkaa yhteiskunnan intressejä. Tämä selviää siitä, että mainitusta rikoksesta tuomitaan rangaistus siinäkin tapauksessa, että teosta ei kummallekaan asianosaiselle ole aiheutunut vammaa. Toisaalta on havaittavissa, että kuoleman tai ruumiinvamman aiheuttaneesta kaksintaistelusta seuraa huomattavasti lievempi rangaistus kuin samaan seuraukseen johtaneesta tavallisesta pahoinpitelystä. Voidaan kysyä, onko mainittu seikka todistuksena siitä, että suostumus poistaa pahoinpitelyn

⁵⁵ *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 28; *Honkasalo*, Steriliseringen, s. 291; *Erin*, rikokset, s. 10; *Alanen*, H:gin Yliopistossa pidetyt luennot v. 1935.

⁵⁶ Ks. *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 46—47; *Forsman*, De särskilda III, s. 300.

oikeudenvastaisuuden tai lieventää tämän teon rangaistavuutta. Myönteiselle vastaukselle näyttää antavan tukea se, että RL 23 luv. 1 §:n 3 momentin mukaan sellainen kaksintaistelu, jossa jompikumpi osallinen on tahallaan poikkeamalla sovituista säännöistä aiheuttanut toiselle kuoleman tai ruumiinvamman, rangaistaan murhan, tapon tai tahallisen pahoinpitelyn tavoin. Tästä huolimatta ei kaksintaistelua koskevista säännöksistä ole oikeutta tehdä suostumuksen merkitystä tarkoittavia johtopäätöksiä. Ensiksikin kaksintaistelun luonteeseen kuuluva sopimus poikkeaa tavallisesta suostumuksesta monessakin suhteessa. Niinpä mainittua sopimusta tulee edeltää sekä kehoituksen kaksintaisteluun että tämän vastaanottamisen ja hyväksymisen. Sopimuksella on hyvityksen vaatimisen tarkoitus, ja siihen sisältyy molemminpuolinen velvoitus, mikä ilmenee siinä, että jos toinen kaksintaistelun osanottajista poikkeaa sovituista säännöistä, toisenkaan ei tarvitse antautua vaaralle alttiiksi.⁵⁷ Tavallisen rikosoikeudellisen suostumuksen ei siis voida suinkaan katsoa riittävän kaksintaistelusopimukseksi.⁵⁸ Edelleen on kiinnitettävä huomiota siihen, että kaksintaistelusäännökset koskevat erikoistapausta, joten niitä ei ole syytä soveltaa analogisesti. Kaksintaistelun lievä rangaistavuus johtuu suureksi osaksi siitä, että rikoslaissa on, ulkomaisia esikuvia noudattaen, tehty myönnitys vanhoille tavoille, joiden mukaan kaksintaistelu eräissä tapauksissa on katsottu kunnia-asiaksi ja velvollisuudeksi. Asianosaisten antautuminen vaaralle alttiiksi ei siis ole ainoana syynä rikoksen lievään rankaisemiseen.

Positiivisen oikeuden ainoa pahoinpitelyä koskeva säännös, jossa nimenomaan mainitaan loukatun suostumuksesta, on SRL 90 §:n 2 momentin tarkoittama teko. Mainitun lainkohdan mukaan tuomitaan vähintään kuuden kuukauden vankeusrangaistus sille, joka hankiäkseen toiselle vapautuksen sotapalveluksesta hänen pyynnöstään tai suostumuksellaan häneltä silpoo jäsenen tai vahingoittaa hänen terveyttään. Rikos edellyttää määrättyä tarkoitusta, sotapalveluksesta vapautumisen hankkimista. Lainsäännöksen suojeluobjektina on valtion puolustusintressi.⁵⁹ On syytä otaksua, että säännös ei ollen-

⁵⁷ Kaksintaistelua koskevasta sopimuksesta on toisinaan käytetty nimityksiä »erikoinen» tai »ehdollinen» suostumus. Ks. esim. *Binding*, Hb. 1, s. 723; *Hartwig*, *Einwilligung*, s. 44; *Zitelmann*, s. 69; *Klee*, GA 50, s. 379; *Pfersdorff*, s. 52.

⁵⁸ *Binding*, Hb. I, s. 723, ja *Wegener*, s. 44, ovat kaksintaistelua koskevista säännöksistä tehneet sen johtopäätöksen, että suostumus poistaa kaiken pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden.

⁵⁹ Ks. *Sipilä*, s. 256, huom. 81.

kaan pyri suojaamaan loukatun yksilön ruumiillista koskemattomuutta. Tämän mielipiteen puolesta puhuu se, että SRL 90 §:n 2 momentin tarkoittama teko saattaa olla törkeätä pahoinpitelyä vastaava rikos, mutta teosta säädetty rangaistus on tästä huolimatta huomattavasti RL 21 luv. 5 §:n sisältämää rangaistusta lievempi. Loukatun pyynnöstä tai suostumuksin tapahtunutta, sotapalveluksesta vapautumisen tarkoituksessa tehtyä pahoinpitelyä ei siten ole syytä katsoa tavallisen pahoinpitelyn »kvalifisoiduksi lajiksi», vaan on ilmeistä, että SRL 90 §:n 2 momentin tarkoittama teko periaatteessa on ideaalikonkurensissa rikoslain sisältämien pahoinpitelysäännösten kanssa. Tästä seuraa, että tekijälle voidaan tuomita rangaistus sekä SRL 90 §:n 2 momentin että rikoslain pahoinpitelyä koskevien rangaistussäännösten nojalla. Viimeksimainittuja säännöksiä käytetään kuitenkin ainoastaan siinä tapauksessa, että loukatun tekoon antama suostumus ei ole poistanut rikoslain säännösten mukaan rangaistavan pahoinpitelyn oikeudenvastaisuutta. Koska SRL 90 §:n 2 momentin säännös näinollen ei ollenkaan suojaa yksilön ruumiillista koskemattomuutta, tästä säännöksestä ei saada apua suostumuksen vaikutuspiiriä määriteltäessä.⁶⁰ Itsestään selvää on, että loukatun yksilön suostumus ei poista sellaisen teon oikeudenvastaisuutta, jonka tarkoituksena on loukatun vapautuminen sotapalveluksesta. Valtion puolustuskelpoisuus on epäilemättä sellainen yhteiskunnan intressi, jota vastaan suuntautuvaa tekoa yksilön suostumus ei saada oikeuttavaa.

Paljon suurempi merkitys kuin edellämainituilla, kaksintaistelua ja sotapalveluksesta vapautumisen tarkoituksessa tehtyä pahoinpitelyä koskevilla lainsäädännöksillä on pahoinpitelyyn annetun suostumuksen merkitystä selvitettäessä RL 22 luv. 5 §:n 2 momentin säännöksellä, joka koskee naisen tahdon mukaan tehtyä sikiönlähdettämistä. Kuten aikaisemmin on mainittu, sikiönlähdettäminen sisältää aina pahoinpitelyksi katsottavan raskaana olevan naisen ruumiillisen koskemattomuuden loukkaamisen. Tehtäessä teko naisen tahdon mukaan tämä pahoinpitely yleensä jää rankaisematta loukatun suostumuksen johdosta. Koska sikiönlähdettäminen »normaalitapauksessa» on pidettävä törkeätä lievempänä pahoinpitelynä,

⁶⁰ *Sipilä*, s. 256, huom. 81, on selittänyt SRL 90 §:n osoittavan, että valtiolla on yksilön vapautta rajoittava intressi, mikäli koskee ruumiillista koskemattomuutta vastaan tehtyihin tekoihin annettua suostumusta. Mainittu lainsäädännös ei kuitenkaan merkitse tätä, koska sen suojeluobjektina on vain valtion puolustusintressi.

tästä voidaan tehdä se johtopäätös, että suostumus poistaa sellaisen pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden, josta loukatulle koituu vaikeata lievempi vamma. Sanotulla lainsäädännöksellä on näinollen suostumusopin alalla erittäin suuri merkitys. Se on ainoa positiivisen oikeuden säännös, joka sopii ohjeeksi loukatun suostumuksin tapahtuneen pahoinpitelyn oikeudellista merkitystä arvioitaessa.

Sen käsityksen puolesta, että loukatun suostumuksin tehty törkeätä lievempi pahoinpitely jää rankaisematta, ei puhu ainoastaan RL 22 luv. 5 §:n 2 momentin säännöksen analogisen soveltamisen avulla saatu tulos. Samaa suuntaa viittaa myös se, että törkeätä lievempi pahoinpitely on rikoslaissamme luettu asianomistajarikoksiin, eräitä poikkeustapauksia lukuunottamatta. Kuten aikaisemmin on todettu, mainitun teon kuuluminen asianomistajarikoksiin johtuu siitä, että sen on katsottu loukkaavan yksilön eikä yhteiskunnan intressejä. Tärkein julkinen intressi, jota yksilön ruumiillista koskemattomuutta vastaan suuntautuva teko saattaa loukata, on yksilön kyky täyttää yhteiskunnalliset velvollisuutensa. Vaikeata vähempi vamma ei yleensä tätä kykyä poista eikä edes heikennä. Se ei jätä jälkeensä pysyväistä eikä vaikeata terveydenhaittaa.

Näin saatu tulos loukatun suostumuksin tehdyn törkeätä lievemmän pahoinpitelyn rankaisematta jättämisestä sisältää samalla sen, että suostumus poistaa, paitsi törkeätä lievemmän, myös lievän pahoinpitelyn oikeudenvastaisuuden. Viimeksimainitun teon kohdalta ei ratkaisu tuotakaan vaikeuksia. Lievän pahoinpitelyn aiheuttama haitta on sangen pieni, koska siitä, RL 21 luv. 12 §:n sanamuotoa käyttäaksemme, tulee vain »vähäinen vamma tahi ei mitään vammaa». Mainittu teko ei estä yksilöä täyttämästä yhteiskunnallisia velvollisuuksiaan eikä edes heikennä tätä kykyä. Asianomistajarikoksiin on lievä pahoinpitely ilmeisesti luettu, samoinkuin törkeätä lievempi, juuri siitä syystä, että teko loukkaa vain yksilön intressejä.

Koska suostumus ei poista törkeän pahoinpitelyn oikeudenvastaisuutta, tästä tuomitaan rangaistus RL 21 luv. 5 §:n mukaan. Ennen vuonna 1926 tapahtunutta lainmuutosta oli törkeästä pahoinpitelystä tuomittava minimirangaistus kuusi kuukautta kuritushuonetta siinä tapauksessa, että vaikeaa vammaa oli tarkoitettu. Nykyisin on 21 luv. 5 §:n 1 momentin mukaan pienin rangaistus sanotussa tapauksessa kaksi vuotta kuritushuonetta. Tuntuu epäilemättä omituiselta, että loukatun pyynnöstä tapahtuvasta surmaamisesta voidaan tuomita pienempi rangaistus kuin loukatun suostumuksin tehdystä pahoinpitelystä. *Serlachius-Särkilahti* on tosin väittänyt, että toisen tekeminen raa-

jarikoksi »miltei aina» olisi surmaamista hylättävämpi teko,⁶¹ mutta tätä mielipidettä ei voida pitää oikeana. Surmaaminen on aina katsottava törkeämmäksi rikokseksi kuin ruumiillisen koskemattomuuden loukkaaminen. Sitäpaitsi on huomattava, että törkeän pahoinpitelyn ei tarvitse olla »raajarikoksi tekemistä», vaan loukatun suostumuksin tapahtuneeksi vaikean vamman aiheuttamiseksi on katsottava esimerkiksi lääkärin ilman SterL:n hyväksymiä lääketieteellisiä tai sosiaalihygienisiä syitä toimittama sterilisoiminen, jota loukattu itse haluaa, koska ei tahdo saada lapsia. Ei voitane väittää, että tällainen, tosin törkeäksi pahoinpitelyksi ja siten RL 21 luv. 5 §:n 1 momentin mukaan rangaistavaksi luettava, mutta loukatulle itselleen kuitenkin sangen pienen fysiologisen muutoksen tuottava teko pitäisi rangaista ankarammin kuin loukatun pyynnöstä tapahtuva surmaaminen. Ilmeistä onkin, että RL 21 luv. 5 §:n rangaistusasteikkoa korotettaessa ei ajateltu loukatun suostumuksin tapahtuvan törkeän pahoinpitelyn mahdollisuutta. Rikoslakiin jäi siten korjausta vaativa epäkohta.

Loukatun suostumuksin tehty ruumiinvamman tuottamus on arvosteltava samojen sääntöjen mukaan kuin vastaava tahallinen teko. Vaikean vamman tuottamus rangaistaan siis RL 21 luv. 10 §:n mukaan siitä huolimatta, että siihen olisi saatu loukatun suostumus, vaikeata lievemmän vamman tuottamus taas jää loukatun suostumuksin tehtynä rankaisematta. Voi sattua, että loukatulla on tekijän tietämättä ollut tarkoitus teon avulla vapautua asevelvollisuudesta tai sotapalveluksesta. Jos asianlaita on ollut tällainen, saattaa loukattu saada rangaistuksen AsevelvL 42 §:n tai SRL 90 §:n 1 momentin mukaan. Näitä lainkohtia ei sensijaan voida soveltaa ruumiinvamman tuottamukseen syyllistyneeseen teon tekijään. Edellisessä säädetään rangaistus vain asevelvolliselle itselleen, jälkimmäisessä taas edellytetään, että pahoinpitelyn tekijällä on ollut tarkoituksena hankkia loukatulle vapautus sotapalveluksesta, mitä tarkoitusta ruumiinvamman tuottamukseen syyllistyneellä tekijällä ei ole saattanut olla.

Hyvinä esimerkkeinä loukatun suostumuksin tapahtuvista pahoinpitelyteoista ovat urheilun yhteydessä sattuvat ruumiillisen koskemattomuuden loukkaukset. Nämä ns. urheiluloukkaukset on usein katsottu sallituiksi juuri loukatun niihin antaman suostumuk-

⁶¹ Serlachius-Särkilähti, Oppikirja II, s. 29.

sen johdosta.⁶² On selitetty, että esimerkiksi jalkapallopeliin, painiotteluun tai nyrkkeilykilpailuun osallistuva tällaiseen toimeen ryhtymisellään samalla konkludenttisesti antaa suostumuksensa pelin tai ottelun yhteydessä mahdollisesti sattuviin pahoinpitelytekoihin. Toisaalta on tieteisopissa esiintynyt myös sellainen käsitys, että urheiluloukkaukseen annettu suostumus ei voisi poistaa teon oikeudenvastaisuutta epämääräisyytensä vuoksi; on sanottu, että se kohdistuisi tekoihin, joiden lukua ja laatua ei etukäteen tiedettäisi.⁶³ Viimeksimainittua mielipidettä ei voida pitää oikeana. Urheiluloukkaukseen annetun suostumuksen kohteena eivät suinkaan ole mitkä teot tahansa, vaan se käsittää ainoastaan ne määrätynlaiset, pelin tai ottelun aikana tapahtuvat, näihin osaaottavien henkilöiden taholta tulevat loukkaukset, jotka kuuluvat pelin tai ottelun tavanmukaiseen kulkuun.⁶⁴ Tällaiset teot on kunkin urheilulajin yhteydessä verraten tarkoin määritelty säännöissä tai vakiintuneessa tavassa. Suostumuksen kohde on epäilemättä siksi tarkoin täsmällistetty, ettei suostumuksen merkitystä tästä syystä tarvitse epäillä. On kuitenkin ilmeistä, ettei kaikkien urheiluloukkausten rankaisemattomuuden perusteena voida pitää yksinomaan loukatun antamaa suostumusta. Tieteisopissamme vallitsevan ja edellä oikeaksi todetun käsityksen mukaan loukatun suostumus ei poista sellaisen pahoinpitelyn oikeudenvastaisuutta, jonka seurauksena on kuolema tai vaikea vamma, clipa teko tahallinen tai tuottamuksellinen. Loukatun suostumusta voidaan siis pitää vain sellaisen urheiluloukkauksen oikeuttamisperusteena, josta seuraa vaikeata vähäisempi tai vähäinen vamma. Käytännössä eivät kuitenkaan ole harvinaisia nekin tapaukset, joissa teko päättyy vaikeaan vammaan tai kuolemaan. Varsinkin nyrkkeilyottelussa saattaa sattua, että osanottaja vastustajansa nyrkiniskusta kuolee.⁶⁵ Tällaiset tapaukset jäävät nekin käytännössä aina rankaisematta huolimatta siitä, että ne toteuttavat kuolemaan

⁶² Esim. *Allfeld*, s. 141, huom. 34; v. *Hippel II*, s. 247.

⁶³ *Karding*, s. 59.

⁶⁴ Itsestään selvää on, että jos tekijän tarkoituksena on ollut suuremman vamman aikaansaaminen kuin ottelun kulku vaatii, tekoa ei pidetä urheiluloukkauksena. Jos nyrkkeilijä iskee vastustajansa tajuttomaksi saadakseen tälle jonkin aivovaurion tai muun erikoista hoitoa vaativan vamman, on teko oikeudenvastainen ja rangaistaan tavallisena pahoinpitelynä.

⁶⁵ Tilastojen mukaan esim. Englannissa kuolee vuosittain tällä tavoin keskimäärin viisi henkeä. Ks. *Brendel*, s. 29.

johtaneen pahoinpitelyn tunnusmerkistön.⁶⁶ Syynä tähän on epäilemättä se, että tavanomainen oikeutemme sallii kaikki urheiluloukkaukset, johtivatpa ne mihin seuraukseen tahansa.⁶⁷ Tavanomainen oikeus ilmenee tässä erityisen selvänä ja vakiintuneena, joten urheiluloukkausten oikeudenmukaisuudesta ei ole mitään epäilystä.

Voidaan kysyä, mikä on johtanut tällaisen tavanomaisen oikeuden syntymiseen ja voimassa pysymiseen. Mitkä periaatteet ovat vieneet siihen, että urheiluloukkaukset katsotaan sallituiksi huolimatta niiden aiheuttamista seurauksista? Vastaus tähän kysymykseen saadaan aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen tietä. Urheiluloukkausten oikeudenmukaisuus on ymmärrettävissä otettaessa huomioon, että ellei niitä pidettäisi sallittuina, urheilupelejä ja -otteiluja ei ollenkaan voitaisi harrastaa. Ilmeistä on, että urheilu on yhteiskunnan intressien mukainen toimintamuoto. Urheilun hyödyllinen tarkoitus erottaa sen esimerkiksi tappelusta ja kaksintaistelusta.⁶⁸ Koska urheilun edistämä kansanterveydellinen intressi on yhteiskunnan kannalta katsoen huomattavan suuri, ja urheilun yhteydessä sattuvat, kuoleman tai vaikean ruumiinvamman aiheuttavat loukkaukset toisaalta ovat verraten harvinaisia, urheilua pidetään sallittuna sen »vaarallisuudesta» huolimatta. Urheilua voidaan tässä suhteessa verrata esimerkiksi rautatieliikenteeseen, jossa toi-

⁶⁶ Saksalaisessa tieteisopissa on *Hofmann*, s. 252, katsonut kuoleman tai vaikean vamman aiheuttavien urheiluloukkausten olevan oikeudenvastaisia tekoja. Samaa mieltä on *Lobe*, *Einführung*, s. 47. — Kun Saksassa v. 1933 annettiin säännös suostumuksen vaikutuksesta pahoinpitelyn rangaistavuuteen ja tällöin määrättiin kriteerioksi puheenaolevan teon suhde hyviin tapoihin, voitiin loukatun suostumusta yleensä pitää urheiluloukkausten oikeuttamisperusteena.

⁶⁷ Näin esim. *Karding*, s. 25.

⁶⁸ Samoin saksalaisessa rikosoikeustieteessä mm. *Liszt-Schmidt*, s. 217; ranskalaisessa *Garraud* (ks. tästä *Brendel*, s. 32).

Englantilaisessa oikeudessa pidetään urheiluloukkausta sallittuna, koska siltä (kussakin konkreettisessa yksityistapauksessa erikseen arvosteltuna) puuttuu tekijän rikollinen tarkoitus. Ks. *Röschinger*, s. 36. Eräät urheilulajit on Englannissa kuitenkin hengenvaarallisina kielletty. Niihin annetun suostumuksen ei koskaan katsota poistavan teon oikeudenvastaisuutta. Mainittua mielipidettä ei Suomen oikeuden kannalta voida pitää oikeana. Päinvastoin on selvää, että tällaiset tapaukset on rinnastettava loukatun suostumuksin tehtyihin rikollisiin tekoihin, joten suostumus niissäkin tekee oikeudenmukaiseksi vähäisen tai vaikeata vähäisemmän vamman aiheuttavat teot.

sinaan sattuu ihmishengen vaatimia onnettomuuksia, mutta jonka merkitys kulkuyhteyksien kannalta on siksi suuri, ettei sitä vaarallisuudestaan huolimatta ole syytä kieltää.⁶⁹ Vaarallisten toimintamuotojen luvallisen harjoittamisen edellytyksenä on kuitenkin se, että niitä harjoitettaessa noudatetaan tarpeellista varovaisuutta. Urheilussa tämä huolellisuusvaatimus merkitsee, että sääntöjä, joita laadittaessa on otettu huomioon hengen ja ruumiillisen koskemattomuuden kannalta katsoen vaarallisten menettelytapojen karttaminen, mahdollisimman tarkoin on noudatettava.

Urheiluloukkausten oikeudenmukaisuuden perustaminen yhteiskunnan kannalta katsoen hyödylliseksi havaittuun tarkoitukseen ei kuitenkaan merkitse sitä, ettei tällaisen teon oikeudellista luonnetta arvioitaessa tarvitsisi kiinnittää mitään huomiota yksilön tahtoon. Päinvastoin on ilmeistä, että tavanomainen oikeutemme hyväksyy vain sellaiset urheiluloukkaukset, joihin loukattu on suostunut. Tavanomainen oikeus on tässä kohdin muodostunut sellaiseksi, että suostumus, kuten edellä on selitetty, katsotaan konkludenttisesti annetuksi toimintaan osallistumisella.

Tässä yhteydessä on kuitenkin syytä mainita, että urheiluloukkauksiin ei aina tarvita loukatun yksilön suostumusta. Esimerkiksi kouluopetuksen yhteydessä toimeenpantavaan urheiluharjoitukseen on oppilaiden osallistuttava, haluavatpa he tai eivät. Tosin nämä tapaukset voitaisiin selittää niin, että katsottaisiin vanhempien tai muiden holhoojien lähettäessään lapsen kouluun kerta kaikkiaan suostuneen siihen, että lapsi ottaa osaa urheiluharjoituksiin ja samalla konkludenttisesti sallineen myös mahdolliset urheiluloukkaukset. Tämän mielipiteen oikeellisuutta vastaan on kuitenkin huomautettava, että tuskin missään koulussa otettaisiin huomioon vanhempien mahdollista vastustavaa mielipidettä, ellei sen perusteeksi voitaisi esittää jotakin pätevää syytä kuten esimerkiksi lapsen sairailloisuutta. Luonnollinen selitys tällaisille tapauksille on löydettävissä toisaalta: Yhteiskunta harjoittaa tässä muodossa eräänlaista »pakkoterveydenhoitoa», johon koululaisen on alistuttava.

⁶⁹ Ks. *Sipilä*, s. 312. Kuten *Sipilä* huomauttaa, voidaan pohjoismaisen oikeudenvastaisuusopin kannattamaa intressien vertailun periaatetta soveltaa tapauksiin, joissa on kysymys tietynlaisesta toiminnasta: toiminta, jolle on tunnusomaista yleinen hyödyllisyys, on oikeudenmukaista siitä huolimatta, että siitä varmasti syntyy vahinkoa.

g. Sukupuolitaudin tartuttaminen.

Vaikka luvattoman sekaannuksen kautta tapahtuvaa sukupuolitaudin tartuttamista koskeva säännös rikoslaissa on liitetty siveellisyttä vastaan tehtyjä tekoja koskevien rangaistussäännösten yhteyteen (RL 20:13), on ilmeistä, että tämä teko loukkaa myös ruumiillista koskemattomuutta. Rikosoikeustieteessä sitä onkin yleensä käsitelty viimeksimainittua oikeushyvää vastaan tehtyjen tekojen yhteydessä.⁷⁰ Ellei mainitusta teosta olisi säädetty RL 20 luv. 13 §:n säännöstä, rangaistaisiin tartuttamiseen syyllistynvä tavallisten pahoinpitelystä tai ruumiinvamman tuottamuksesta annettujen säännösten nojalla.

Sukupuolitaudin tartuttamisesta loukatulle koituvaa vamma on yleensä katsottava vaikeata lievemmäksi. Tapaukset, joissa tästä sairautesta seuraa vaikea vamma tai kuolema, ovat poikkeuksia. Tästä johtuu, että 20 luv. 13 §:n rangaistukseen sisältyy tosin rangaistus vaikeata lievemmän vamman tuottamisesta, mutta ei sensijaan rangaistusta vaikean vamman tai kuoleman aiheuttamisesta. Mainituissa poikkeustapauksissa joudutaan siksi tekijää rankaisemaan sekä sukupuolitaudin tartuttamisesta että ruumiinvamman aiheuttamisesta, joista viimeksimainittu teko tavallisesti on katsottava tuottamukselliseksi. Tässä yhteydessä voidaan mainita, että RL 21:6 ei sovellu tällaisiin tapauksiin. Mainituissa lainsäädännöksessä on tosin säädetty rangaistus mm. sellaisia tapauksia varten, joissa pahoinpitelyä sisältävästä, tahallisuudesta rikoksesta koituu kuolema tai vaikea vamma, mutta kun esimerkkeinä näistä rikoksista on mainittu kapina, meteli, väkisinmakaaminen ja ryöstö, täytyy olettaa kysymyksessä olevan lainsäädännön tältä osaltaan tarkoittavan vain sellaisia tekoja, joiden keinona käytetään väkivaltaa tai uhkausta. Kuoleman tai vaikean ruumiinvamman aiheuttaneeseen sukupuolitaudin tartuttamiseen on siksi sovellettava 20 luv. 13 §:n lisäksi yleensä 21 luv. 10 §:ä, joskus ehkä myös saman luvun 4 tai 5 §:ä. Vaikka sukupuolitaudin tartuttaminen olisi tuottamuksellista, on tieteisopin yleisen kannan mukaan tekijää silti rangaistava 20 luv. 13 §:n tarkoittamalla rangaistuksella.⁷¹

Edelläolevasta selviää, että sukupuolitaudin tartuttaminen ei ole

⁷⁰ Ks. esim. *Honkasalo*, Erin rikokset, s. 12; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 30.

⁷¹ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 31.

erikoinen pahoinpitelyn laji, vaan itsenäinen rikos, jonka loukkaus-objektina ruumiillisen koskemattomuuden lisäksi on siveellisyys ja sekundäärisesti myös se julkinen intressi, mikä yhteiskunnalla on sukupuolitautilien leviämisen ehkäisemisestä. Selvää on, ettei loukatun yksilön suostumus tee tekoa oikeudenmukaiseksi. Sensijaan olisi johdonmukaisuus kyllä oikeastaan vaatinut, että loukatun suostumuksin tapahtunut sukupuolitaudin tartuttaminen, josta ei ole aiheutunut kuolemaa eikä vaikeaa vammaa, olisi saanut lievemmän rangaistuksen kuin sama teko vastoin loukatun tahtoa tehtynä, koska edellisessä tapauksessa puuttuu rangaistava ruumiillisen koskemattomuuden loukkaus.

h. Heitteillepano.

Heitteillepano on, lukuunottamatta sitä tapausta, jossa teon tekijänä on luvattomasta sekaannuksesta raskaaksi tullut nainen ja sen kohteena vastasyntynyt lapsi (RL 22:8, kuten tämä säännös kuuluu 6/6 1914 annetussa laissa), rikoslaissamme luettu vapautta vastaan tehtyihin rikoksiin (RL 25:3). Tieteisopissa on kuitenkin oltu yksimielisiä siitä, että heitteillepano kohdistuu aina henkeä ja ruumiillista koskemattomuutta vastaan.⁷² Mainittu teko voidaan tehdä kahdella tavalla: joko saattamalla lapsi tai muu avuton henkilö avuttomaan tilaan tai jättämällä tällainen henkilö sanottuun tilaan siitä huolimatta, että teon tekijällä olisi velvollisuus hoitaa tai kuljettaa häntä. Jälkimmäinen tekomuoto edellyttää siis lakiin, sopimukseen tai edelläkäyneeseen toimintaan perustuvaa erikoisvelvollisuutta.⁷³

Suostumusopissa on tuskin ollenkaan käsitelty heitteillepanoon annetun suostumuksen merkitystä. Tästä seikasta ovat vain muutamamat suostumusopin tutkijat ohimennen maininneet, eivätkä nämäkään harvalukuiset mielipiteet käy samaan suuntaan. Klee on katsonut, että suostumus poistaa heitteillepanon rangaistavuuden, koska mainittu teko kohdistuu yksilön eikä yhteiskunnan intressejä vastaan,⁷⁴ mutta Breithaupt ja Binding ovat sensijaan selittäneet, ettei »avuttoman henkilön» tahtoa voida ottaa oikeudellisessa mielessä

⁷² Ks. Honkasalo, Erin. rikokset, s. 12; Serlachius-Särkilahti, Oppikirja II, s. 33; Forsman, De särskilda I, s. 103; Jotuni, s. 64.

⁷³ Honkasalo, Erin. rikokset, s. 12, ja DL 1942, s. 264.

⁷⁴ Klee, GA. 50, s. 374.

huomioon, mistä syystä heitteillepanoon annetulla suostumuksella ei koskaan ole oikeudenvastaisuuden poistavaa vaikutusta.⁷⁵ *Traeger* on yhtynyt viimeksimainittuun mielipiteeseen sillä perusteella, että heitteillepano merkitsisi loukatulle suurempaa kärsimystä kuin surmaaminen, mistä johtuen loukatun suostumus ei saattaisi tehdä sitä sallituksi.⁷⁶

Selvää on, että loukatun suostumuksin tapahtuva heitteillepano jää oikeudenvastaiseksi, jos teon objektina on pieni lapsi tai mielisairas, sillä kun tällaiselta henkilöltä puuttuu suostumiskelpoisuus, hänen antamaansa suostumusta ei voida pitää pätevänä. Selvää siksi on, ettei kukaan saata suostumuksellaan oikeuttaa RL 22 luv. 8 §:n tarkoittamaa heitteillepanoa. Kysymystä suostumuksen vaikutuksesta heitteillepanon rangaistavuuteen ei kuitenkaan vielä tällä ole selvitetty, koska heitteillepano voi tapahtua myös suostumiskelpoiselle henkilölle. Ajateltakoon vaikkapa matkaoppaan tekemää heitteillepanoa, joka tapahtuu siten, että hän jättää opastettavansa autioon seutuun, mistä tämän on vaikeata omin avuin selviytyä ihmisten ilmoille.

Heitteillepanon tunnusmerkistön toteutuminen ei edellytä ruumiinvamman, vielä vähemmän kuoleman aiheutumista loukatulle. Jos teko aikaansaa tällaisia seurauksia, on tekoon sovellettava toista lainkohtaa, nimittäin 21 luv. 6 §:ä.⁷⁷ 25 luv. 3 §:n tarkoittamassa teossa on siis kysymys vain hengen ja ruumiillisen koskemattomuuden vaarantamisesta. Heitteillepanosta voidaan puhua ainoastaan vaaran ollessa todellinen. Loukkaako tämä teko yhteiskunnan intressejä? Vastaus kysymykseen on myönteinen. Heitteillepano on tässä suhteessa verrattavissa sellaiseen kaksintaisteluun, josta ei seuraa vammaa eikä kuolemaa. Kummassakin tapauksessa hengen ja ruumiillisen koskemattomuuden aiheeton vaarantaminen loukkaa yhteiskunnan etuja. Heitteillepanoon annetun suostumuksen ei siksi voida katsoa poistavan tämän teon oikeudenvastaisuutta. Tähän suuntaan viittaa myös se seikka, että heitteillepano on virallisen syytteen alainen rikos.

⁷⁵ Näin *Binding*, Hb. I, s. 725; *Breithaupt*, s. 76.

⁷⁶ *Traeger*, s. 128. — *Metz*, s. 45—47, ja *Köhler*, *Strafrecht*, s. 405, pitävät loukatun suostumuksin tehtyä heitteillepanoa rangaistavana perustelematta mielipidettään pitemmälti.

⁷⁷ Ks. *Honkasalo*, *Erin. rikokset*, s. 13; *Jotuni*, s. 67.

i. Ilmeisessä hengenvaarassa olevan auttamatta jättäminen.

RL 44 luv. 2 §:ssä säädetään rangaistus sille, joka jättää auttamatta todellisessa hengenvaarassa olevaa henkilöä, vaikka olisi saatanut apua antaa vaarantamatta itseään tai toista. Lainsäädännöksellä on poikkeuksellisesti kriminalisoitu laiminlyönti sellaisessa tapauksessa, jossa tekijällä ei ole erityistä toimimisvelvollisuutta.⁷⁸ Auttamatta jättäminen rangaistaan, olipa seurauksena loukatun kuolema tai ei. Mahdollisena voidaan pitää myös sellaista tapausta, jossa loukattu on suostunut auttamatta jättämiseen. Mitä suostumus vaikuttaa teon oikeudenvastaisuuteen?

Tapaukset, joissa voidaan puhua RL 44 luv. 2 §:n tarkoittamasta, avun tarpeessa olevan henkilön auttamatta jättämisestä, voivat olla eri laatuisia. Selvää on, että loukattu, joka tällaiseen tekoon suostuu, useimmiten toimii itsemurha-aikeissa. Kuten aikaisemmin on mainittu, itsemurhaa pidetään meidän oikeuskäsityksemme mukaan oikeudenvastaisena tekona, josta sivullinenkin henkilö on oikeutettu toisen estämään. Johdonmukaisesti tämän käsityksen kanssa rikos-oikeustieteessä on yleisesti oltu sillä kannalla, että loukatun tahallaan itse itselleen aiheuttama hengenvaara ei estä RL 44 luv. 2 §:n sisältämän säännöksen soveltamista.⁷⁹ Selvää myöskin on, että loukatun suostumus ei tällaisessa tapauksessa poista mainitun laiminlyöntirikoksen oikeudenvastaisuutta. Jonkin verran erilainen on tilanne sellaisessa tapauksessa, jossa loukattu tekijän tietien vaarantaa henkensä jossakin muussa kuin itsemurhan tarkoituksessa. Esi-merkkinä tällaisesta mainittakoon seuraavat: 1) Uintiennätyistä taivoitteleva urheilija antautuu suorituksessaan hengenvaaraan eikä halua avuntarjouksesta huolimatta kesken matkan nousta veneeseen, koska uskoo selviävänsä onnellisesti perille. 2) Rangaistuslaitoksessa oleva vanki arvelee pääsevänsä vapaaksi ryhtymällä syömälakkoon ja jättää kokonaan huomioimatta sen vakavan vaaran, mikä toimenpiteestä on hänen terveydelleen. Voidaan kysyä, onko apua tarjoava oikeutettu näissä tapauksissa vetäytymään syrjään. Ilmeistä on, että näin ei ole asianlaita. Päinvastoin on hänen, riippumatta siitä, mikä käsitys apua tarvitsevalla itsellään on vaarasta, arvioi-

⁷⁸ Ks. Honkasalo, Erin, rikokset, s. 14; Serlachius-Särkilahti, Oppikirja II, s. 36.

⁷⁹ Näin Serlachius-Särkilahti, Oppikirja II, s. 36; Jotuni, s. 93.

tava mielessään toiselta puolen vaaran suuruus, toiselta puolen vaarassa olevan henkilön pelastumisen mahdollisuudet. Auttamaan on ryhdyttävä aina vaaran ollessa »todellinen».

j. Seurausvastuuperiaate suostumusopissa.

Pahoinpitelyrikokset kuuluvat ns. seurausvastuurikoksiin. Tämä periaate ilmenee esimerkiksi RL 21 luv. 4 §:stä. Mainitun lainkohdan mukaan tuomitaan näet rangaistus kuolemaan johtaneen pahoinpitelyn tekijälle riippumatta siitä, voidaanko tällaista seurausta edes tuottamuksellisenä lukea tekijän syyksi, kunhan vain kysymyssessäoleva pahoinpitelyteko itsessään on ollut tahallinen. Samaa periaatetta ilmentävät myrkyttämistä koskeva RL 21:7, vaikeata vammaa tarkoittamatta tehtyä törkeätä pahoinpitelyä tarkoittava 21:5,³ sekä erityisesti mainitun 21 luvun 6 §. Viimeksimainitun lainsäädännön mukaan rangaistaan jokainen tahallinen hengen tai ruumiillisen koskemattomuuden vaarantamisen sisältävä teko, samoin kuin kaikki pahoinpitelyn sisältävät, väkivaltaa tai uhkausta käyttäen tehdyt teot, mikäli tällaisten tekojen seurauksena on ollut vaikea vamma tai kuolema.

Sellainenkin pahoinpitely, hengen ja ruumiillisen koskemattomuuden vaarantava rikos tai pahoinpitelyn sisältävä, väkivaltaa tai uhkausta käyttäen tehty rikos, joka tapahtuu loukatun suostumuksin, saattaa aiheuttaa kuoleman tai vaikean vamman loukatulle. Voidaanko tekoon tässä tapauksessa soveltaa edellämainittuja RL 21 luvun säännöksiä, kuten 4 §:ä, 5 §:n 3 momenttia ja 6 §:ä? Ajateltakoon ensiksi pahoinpitelyä. Saattaa olla, että tekijän tarkoituksena on ollut vaikean vamman aiheuttaminen, mutta teko onkin johtanut kuolemaan. Jos näin on, teko olisi rangaistu pahoinpitelynä siinäkin tapauksessa, että sen seuraus olisi ollut sellainen, johon tekijä pyrki, sillä koska teko olisi ollut luonteeltaan törkeä pahoinpitely, loukatun suostumus ei olisi poistanut sen oikeudenvastaisuutta. Toisin on asianlaita siinä tapauksessa, että tekijän tarkoituksena oli tehdä törkeätä lievempi tai lievä pahoinpitely, mutta teko johtikin vaikeaan vammaan tai kuolemaan. Jos teon seuraus tässä tapauksessa olisi jäänyt sellaiseksi, jota tekijä halusi, olisi teko suostumuksen oikeuttavan vaikutuksen johdosta tullut oikeudenmukaiseksi, sillä suostumus olisi poistanut sellaisen pahoinpitelyn rangaistavuuden, miksi teko silloin olisi katsottu.

Edellämainittu toteamus on sangen tärkeä selvitettäessä kysymystä suostumuksen vaikutuksesta seurausvastuurikosten rangaistavuuteen. Siitä voidaan näet johtaa se tulos, että jos tekijän tarkoituksena oli sellaisen teon tekeminen, joka loukatun suostumuksen johdosta olisi ollut oikeudenmukainen ja siten jäänyt rankaisematta, tekoon ei koskaan voida soveltaa RL 21 luv. 4 §:ää, 5 §:n 3 momenttia eikä 6 §:ä.⁸⁰ Tähän tulokseen vie myös RL 21 luv. 6 §:n sisältämän säännöksen sanamuodon tulkinta. Ei voida sanoa, että tekijä, jonka tarkoituksena oli ollut loukatun suostumuksin aiheuttaa tälle vähäinen tai vaikeata vähäisempi vamma, olisi tehnyt itsensä syypääksi »tahalliseen pahoinpitelyyn». Tekijän syyksi voidaan lukea enintään se, että hän huolimattomuuden tai vältettävissä olevan erehdyksen vuoksi ei oivaltanut loukkauksen todellista laatua, mistä johtui, että se hänen tahtomattaan aiheutti kuoleman tai vaikean vamman. Näinollen tekijää voidaan rangaista tällaisessa tapauksessa enintään kuoleman tai vaikean vamman tuottamuksesta RL 21 luv. 10 §:n mukaan.

Periaatetta, joka edellä on osoitettu oikeaksi, tulisi noudattaa myöskin muiden loukatun suostumuksin tehtyjen seurausvastuurikosten suhteen. Näiden osalta ei sillä kuitenkaan ole käytännöllistä merkitystä, koska suostumus ei poista yhdenkään tässä kysymykseen tulevan seurausvastuurikoksen oikeudenvastaisuutta.

2. Vapauteen kohdistuvat rikokset.

Suostumusopin erityisessä osassa ovat henkeen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvat rikokset saaneet osakseen eniten huomiota. Vapautta vastaan suuntautuvia rikoksia on sensijaan käsitelty sangen vähän. 1800-luvulla suostumusopin tutkijat pitivät yleensä vapautta ihmisen »siveellisen luonnon» osana, jonka luovuttaminen ei ollut sallittua. Loukatun suostumuksin tapahtuneet vapausrikokset jäivät sentähden rangaistaviksi.⁸¹ Toisinaan tätä käsitystä kuitenkin lievennettiin siten, että katsottiin vapauden »yksityisten käyttöpuolten», *Forsmanin* sanontatapaa käyttäksemme,⁸² olevan luovutettavissa. Suostumuksen selitettiin poistavan oikeudenvastaisuuden sellaisilta vapautta vastaan tehdyiltä teoilta, joiden tarkoi-

⁸⁰ Samoin *Jotuni*, s. 87.

⁸¹ Esim. *Berner*, s. 139.

⁸² *Forsman*, Allm. lärar, s. 88; *Hepp*, s. 89; *Schütze*, s. 95.

tuksena oli vapauden riistäminen vain väliaikaisesti ja suhteellisen lyhyeksi ajaksi. Viimeksimainittuun suuntaan kävivät mielipiteet vielä 1900-luvullakin. Sekä Pohjoismaissa että Saksassa oli vallitsevana käsityksenä suostumusopin tutkijoiden keskuudessa, että suostumuksen merkitystä ei voitu ratkaista samalla tavoin kaikkien vapautta vastaan tehtyjen rikosten osalta, vaan suostumuksen vaikutus riippui siitä, loukkasiko vapautta vastaan kohdistuva teko yhteiskunnan intressejä vai ei. Milloin yhteiskunnan intressejä loukattiin, teko jäi rangaistavaksi. Huomiota oli kiinnitettävä teon tarkoitukseen ja kestämis aikaan.⁸³ Poikkeuksena edellämainitusta kannasta oli kuitenkin uusin saksalainen tieteisoppi, jonka vallitsevan mielipiteen mukaan loukatun suostumuksin tapahtunut vapauden riistäminen ei ollenkaan toteuttanut laittoman vangitsemisen tunnusmerkistöä.⁸⁴

Suostumuksen merkityksen selvittämistä vapautteen kohdistuvien rikosten suhteen helpottaa huomattavasti se, että sangen monen RL 25 luv. sisältämän rikoksen tunnusmerkistö jää toteutumatta, jos loukattu on tekoon suostunut. Väkivallan, uhkauksen tai kavaluuden käyttämisestä ei voi olla puhetta silloin, kun loukattu on vapaaehtoisesti sallinut teon. Tämän johdosta ei esimerkiksi pakottamista tai väkisinmakaamista saateta tehdä loukatun suostumuksin. RL 25 luku sisältää vain muutaman sellaisen tunnusmerkistön, joissa rikoksen tekotapaa ei täten ole määritetty. Nämä ovat 25:1,2, 25:1a sekä saman luvun 9 ja 10 §:t. Valkoista orjakauppaa koskeva 25 luv. 1a §:n sanamuoto osoittaa kuitenkin selvästi, että suostumus ei poista tämän lainsäädännön tarkoittaman teon rangaistavuutta. Suostumuksen vaikutus jää täten epäselväksi vain 25 luv. 1 §:n 2 momentin koskeman orjien kauppaamisen tai kuljettamisen sekä 25 luv. 9 ja 10

⁸³ Teon hyvien tapojen vastaisuuteen kiinnittivät erityistä huomiota *Traeger*, s. 124; *Zitelmann*, s. 76; *Mezger*, *Strafrecht* 1938, s. 66; *v. Hippel* II, s. 245; *Metz*, s. 48; *Albers*, s. 27; *Welzel*, s. 67. — Pohjoismaisessa tieteisopissa ovat *Hagerup*, *Strafferet*, s. 214, ja *Kjerschow*, *Straffelov*, s. 566, huomauttaneet, että myös teon kestämis aikaan olisi kiinnitettävä huomiota.

Saksan rikoslaita saatua jakoa käyttäen *Wachenfeld*, s. 132; *Lobe*, *Einführung*, s. 47, ja *Frank*, s. 142, ovat katsooneet raskauttavien asianhaarojen vallitessa tehdyn vapauden riistämisen jäävän rangaistavaksi loukatun suostumuksesta huolimatta.

⁸⁴ Tätä mielipidettä kannattivat jo ennen v. 1933 *Hälschner*, *Strafrecht* I, s. 471; *Binding*, *Hb.* I, s. 717; *Finger*, *Lehrbuch*, s. 417; *Allfeld*, s. 141, huom. 34; *Holer*, s. 103; *Honig*, s. 132; *Oelze*, s. 76; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 149; *Kiehl*, s. 363; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 217. Kansallissosialistisesta tieteisopista mainittakoon sanotun mielipiteen kannattajana mm. *Flehinghaus*, s. 48.

§:n tarkoittaman laittoman vangitsemisen osalta. Ilmeistä on, että ensiksimmäinen teko, orjien kauppaaminen tai kuljettaminen, jää rangaistavaksi, vaikka loukattu olisi siihen suostunut. Tällainen vapausrikos loukkaa yhteiskunnan intressejä, koska se estää loukattua täyttämästä yhteiskunnallisia velvollisuuksiaan ja on vastoin siveellisyyksikäsitsemme. Sanotun teon rangaistavuuden puolesta puhuu myös se, että 25 luv. 1 a §:ssä mainittu valkoinen orjakauppa on rangaistava loukatun suostumuksesta huolimatta. 25 luv. 1 §:n 2 momentin ja 1 a §:n koskevat vapausrikokset ovat ilmeisesti tässä suhteessa samassa asemassa.

Suomalaisessa oikeustieteessä on asetettu sille kannalle, että loukatun suostumuksin tapahtunut laitton vangitseminen jää rankaisematta. Perusteeksi tälle käsitykselle ovat *Serlachius-Särkilahti* ja *Honkasalo*⁸⁵ esittäneet sen, että suostumus poistaa mainitun teon oikeudenvastaisuuden, kun taas *Forsman*⁸⁶ on katsonut suostumuksen poistavan laittoman vangitsemisen tunnusmerkistön mukaisuuden. Forsmanin mielipidettä ei voida pitää oikeana. RL 25 luv. 9 ja 10 §:n käyttämät sanat »ilman laillista oikeutta» ja »ilman laillista syytä» eivät tarkoita, ettei teko voisi tapahtua loukatun tahdon mukaan, vaan viittaavat niihin tapauksiin, joissa vapauden riistämistä on jostakin syystä pidettävä sallittuna, kuten esimerkiksi viranomaisen toimittamassa vapausrangaistuksen täytäntöönpanossa. Loukatun suostumuksin tapahtunut laitton vangitseminen toteuttaa epäilemättä mainitun rikoksen tunnusmerkistön.⁸⁷ Selvää kuitenkin on, että suostumus poistaa sanotun teon oikeudenvastaisuuden. Esimerkkinä loukatun suostumuksin tapahtuvasta vapauden riistämisestä mainittakoon seuraava tapaus: Kolme henkilöä, A, B ja C ovat saareissa kesälomaa viettämässä. Koska heiltä kesken loman loppuu ruoka, lähte-

⁸⁵ *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 65; *Honkasalo*, Erin. rikokset, s. 20.

⁸⁶ *Forsman*, De särskilda I, s. 107.

⁸⁷ Ristiriidassa sen *Serlachius-Särkilahden*, Oppikirja II, s. 65, esittämän mielipiteen kanssa, jonka mukaan suostumus poistaa laittoman vangitsemisen oikeudenvastaisuuden, on hänen mainitun teoksen s. 54 esittämänsä käsitys siitä, että vapaudenloukkaus edellyttää, ollakseen rangaistava, määrättyjä tekokeinoja, rimmittain väkivaltaa, uhkausta tai kavaluutta. Sanotut tekotavat johtaisivat näet siihen, että loukatun vapaaehtoisesti antamasta suostumuksesta ei ollenkaan voitaisi puhua eikä teon tunnusmerkistö siten pääsisi toteutumaan. *Serlachius-Särkilahden* mielipide mainittujen keinojen välttämättömyydestä ei olekaan oikea. Kuten *Forsman*, De särskilda I, s. 88, ja *Honkasalo*, Erin. rikokset, s. 18, ovat huomauttaneet, vapautta vastaan tehdyt rikokset tosin yleensä tapahtuvat väkivaltaa, uhkausta tai kavaluutta käyttäen, mutta tämä ei ole välttämätöntä.

vät A ja B yhdessä veneellä mantereelle ostamaan lisää elintarvikkeita, sitä ennen sovittuaan C:n kanssa siitä, että tämä jää saareen tavaroita vartioimaan. — C:ltä on mainitussa tapauksessa tosin riistetty toimintavapaus ja hänet jätetty vangiksi saareen, mutta on selvää, että rangaistavaa tekoa ei ole tapahtunut, koska C on antanut vapauden riistämiseen suostumuksensa. Loukatun suostumuksin tehty vapauden riistäminen ei kohdistu mitään yhteiskunnan intressejä vastaan, joten yksilön suostumuksen oikeuttava vaikutus tässä kohdin on aivan ilmeinen.

Rikosoikeustieteessä on toisinaan arveltu loukatun suostumuksen olevan sellaisten tekojen oikeuttamisperusteena, joita ei todellisuudessa ollenkaan ole syytä pitää laittomana vangitsemisena. Tämä koskee esimerkiksi sitä tekoa, joka tapahtuu kuljetettaessa matkustajia suljetuissa makuuvaunuissa, kuten käytännössä on tavallista. Puheenaolevan teon voidaan toisinaan, joskin verraten harvoin, katsoa loukkaavan matkustajien toimintavapautta. Näin on asianlaita silloin, kun matkustaja pyrkii nousemaan vaunusta ennen sitä asemaa, jolle hän on ilmoittanut matkustavansa. Vaunun ovien sulkemisen on kuitenkin tuskin syytä katsoa toteuttavan edes vapauden riistämisen tunnusmerkistöäkään, sillä mainittu toimenpide kuuluu yhteiskuntaelämän normaaliin kulkuun saaden selityksensä matkustajien omaksi hyödyksi ja mukavuudeksi noudatetuista tarkoituksenmukaisuussyistä. Käytännössä ei ovien sulkemiseen koskaan pyritäkään saamaan matkustajien suostumusta eikä heidän vastustavalle mielipiteelleenkään anneta arvoa.

Laittomaan vangitsemiseen annettu suostumus voidaan aina peruuttaa. Peruuttaminen saattaa tapahtua vielä teon kestäessäkin, koska vapauden riistäminen on jatkuva rikos. Eräät tapaukset saattavat tosin ensi silmäyksellä antaa aihetta sellaiseen käsitykseen, että peruuttaminen ei poikkeuksetta olisi mahdollista. Niinpä vapausrangaistukseen tuomittu, alioikeuden päätökseen tyytynyt vangittuna oleva henkilö, joka RangA 2 luv. 1 §:n 2 momentin säännöksen mukaan on omalla suostumuksellaan heti pantu vapausrangaistusta kärsimään, joutuu jatkamaan rangaistuksen suorittamista, vaikka ilmoittaisi myöhemmin muuttaneensa mieltään. Samoin on henkilö, joka AsevelvL 32 §:n ja AsevelvA 57 §:n nojalla on vapaaehtoisesti ennen säädettyä ikää ryhtynyt suorittamaan asevelvollisuuttaan, velvollinen jatkamaan palvelusta siitä huolimatta, että hän, muuttaen päätöstään, haluaisi siirtää sen tuonnemmaksi. Nämä tapaukset eivät kuitenkaan ole osoituksena siitä, että vapauden riistämiseen annettu

suostumus saattaisi toisinaan olla peruuttamaton. Toisessa niistä on näet kysymys rikoksentekijälle tuomittavasta rangaistuksesta, toisessa taas yhteiskunnallisesta velvollisuudesta, jonka suorittamista yksilön tahto ei saata estää.

Erikoisasemassa on myös se vapauden riistäminen, mikä tapahtuu alkoholistiparantolaan pyrkivän henkilön AlkohL 11 §:n mukaan antaman sitoumuksen nojalla. Lain määräysten mukaan tällaiselta henkilöltä otetaan kirjallinen sitoumus siitä, että hän suostuu oleskelemaan hoitolassa tarpeellisen ajan, vähintään kuusi kuukautta. Mainitun lain 11 §:n 3 momentin mukaan sitoumuksen antanutta voidaan pitää laitoksessa siinä määrätty aika vastoin hänen tahtoaankin. Samanlainen toimenpide katsottiin mahdolliseksi jo ennen AlkohL:n säätämistä.⁸⁸ Skeie pitää tätä tapausta esimerkkinä vapautta vastaan suuntautuvaan rikokseen annetusta suostumuksesta, jota ei ole oikeutta peruuttaa.⁸⁹ AlkohL:n tarkoittama menettely ei kuitenkaan merkitse poikkeusta suostumusopin yleisestä suostumuksen peruuttamista koskevasta säännöstä. Kysymyksessä ei näet todellisuudessa ole sellainen vapauden riistäminen, jonka loukatun antama suostumus tekisi oikeudenmukaiseksi, vaan eräs yhteiskunnallinen »pakkohoito-toimenpide». Alkoholismiin liittyy erittäin suuri pyrkimys palata entisiin elämäntapoihin, minkä vuoksi potilaan pitäminen laitoshoidossa on välttämätöntä sairauden parantamiseksi. Juuri parannustarkoitus cikeuttaakin vapauden riistämiseen, mikä selviää esimerkiksi siitä, että objektiivisesti katsoen täysin parantunutta potilasta ei ole oikeutta vastoin hänen tahtoaan pitää laitoksessa. Jos näin menettellään, tapahtuu epäilemättä laiton vangitseminen.

3. Siveellisyyteen kohdistuvat rikokset.

Kuten aikaisemmin on todettu,⁹⁰ kaikki siveellisyyttä vastaan suuntautuvat rikokset loukkaavat julkisia intressejä, koska yhteiskunnan etu vaatii, että sen jäsenet toimivat sovinnaisesti hyväksyttävällä tavalla. Selvää on, että siveellisyyttä vastaan kohdistuva teko voi samalla loukata myös jotakin yksilön oikeushyvää, esimerkiksi vapautta. Yksilön antama suostumus ei kuitenkaan koskaan saata poistaa teon oikeudenvastaisuutta.

⁸⁸ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 65.

⁸⁹ *Skeie*, *Strafferet*, s. 322.

⁹⁰ Ks. s. 65.

Tässä yhteydessä on syytä kiinnittää huomiota RL 20 luv. 14 §:n (kuten tämä säännös kuuluu 5/2 1926 annetussa laissa) tarkoittamaan tekoon. Mainitun lainkohdan mukaan tuomitaan rangaistus esimerkiksi säädyttömästä teatteriesityksestä, jota on saapunut katsomaan kokoonpanoltaan tuntematon joukko yleisöä. Lainsäädännöstä on yleensä tulkittu siten, että on katsottu rikoksen tunnusmerkistön toteutuneen vain silloin, kun joku katsojista on tuntenut itsensä loukatuksi.⁹¹ Voidaan ajatella, että ennen esitystä selostetaan yleisölle esityksen laatu ja samalla tiedustellaan, onko kenelläkään katsojalla mitään sitä vastaan. Jos suostumus saadaan kaikilta, jää teko lain mukaan rankaisematta. Tällainen tulos on selitettävissä vain siten, että siveellisyyttä vastaan suuntautuvien rikosten joukkoon on luettu teko, joka ei kohdistu yhteiskunnan siveellisyysintressiä vastaan, vaan yhteiskunnan jäsenten siveellisiä tunteita kohtaan. Jos siveellisyysintressiä pidettäisiin teon loukkausobjektina, on selvää, että teko katsottaisiin rangaistavaksi aina, kun se objektiivisesti katsoen on omiaan herättämään pahennusta. Myönnettävä kuitenkin on, että lainkohdan sanamuoto puhuu aikaisemmin mainitun, tieteisopissa yleisesti hyväksytyn tulkinnan puolesta.

Hyviä tapoja vastaan kohdistuviin rikoksiin on laissa luettu 43 luv. 5 §:n (kuten tämä säännös kuuluu 29/4 1914 annetussa laissa) tarkoittama eläinrääkkäys. Mainitun rangaistussäännöksen suojeluobjektina ei siis ole esimerkiksi omistajan intressi hänelle kuuluvan eläimen pysymisestä työhön kelpaavana tai muu tällainen yksilön vallittavissa oleva oikeushyvä. Yhtä vähän kuin omistaja itse on oikeutettu osoittamaan julmuutta eläimelleen, tällainen on luvallista omistajan antamalla suostumuksella.

4. Sukuoikeuksiin ja avioon kohdistuvat rikokset.

RL 18 luv. 2 ja 3 §:n säännökset koskevat sukuoikeuksia vastaan tehtyjä tekoja, edellinen toisen sukuaseman loukkaamista, jälkimmäinen toisen sukuoikeuden vilpillistä anastusta. Kummankin rikoksen tekokeinona on erehdyttäminen. Jos tekijä on saanut erehdytettyä sen, jonka sukuasemaa tai -oikeuksia teko muuttaa, loukattu ei ole vapaaehtoisesti antanut suostumustaan eikä sitä siksi voida pitää

⁹¹ *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 93; *Honkasalo*, Erin. rikokset, s. 73.

pätevänä. Erehdyttämisen ei kuitenkaan välttämättä tarvitse kohdistua siihen henkilöön, jonka sukuasemaa tai -oikeuksia muutetaan. Tällöin saatetaan sen henkilön suostumusta, jonka sukuasemasta tai -oikeuksista on puhe, tosin käsitteellisesti pitää mahdollisena, mutta selvää on, ettei se poista teon oikeudenvastaisuutta. Teon pääasiallisena loukkausobjektina ei näet ole yksilön intressi, vaan se kohdistuu yhteiskunnan oikeushyviin. Tämän oikeaksi katsottavan mielipiteen kannalla ovat olleet *Serlachius-Särkilahti* ja *Forsman*.⁹² Edellinen huomauttaa tässä yhteydessä, että sukuaseman muuttaminen saattaa koitua hyödyksikin sille henkilölle, jonka sukuasemaa teko koskee.

RL 18 luv. 1 § koskee, samoin kuin 19 luvun säännökset avio-rikoksia. 18 luv. 1 §:n tarkoittamaan, loukattua erehdyttämällä tehtävään tekoon ei suostumusta voida ajatella annetuksi. 19 luv. 4, 5 ja 6 §:n tarkoittamien kaksinnaimisen ja naiseen kihlauksen oikeudenvastaisuutta ei kenenkään yksilön suostumus saata poistaa. Sensijaan on rikosoikeustieteessä esitetty eri mielipiteitä suostumuksen vaikutuksesta 19 luv. 1 ja 2 §:ssä mainitun huoruuden oikeudenvastaisuuteen. Ne suostumusopin tutkijat, joiden mielestä mainittu teko loukkaa vain aviopuolison velvollisuutena olevaa uskollisuutta, ovat katsoneet loukatun aviopuolison suostumuksen vapauttavan tekijän uskollisuushupauksesta ja tällä tavoin tekevän teon oikeudenmukaiseksi.⁹³ Sensijaan ovat ne, jotka ovat pitäneet huoruuden loukkausobjektina avioliittoa yhteiskunnallisena instituuttina, katsoneet tämän teon jäävän rangaistavaksi toisen aviopuolison antamasta suostumuksesta huolimatta.⁹⁴ Mielipiteet ovat näin jakaantuneet sekä Saksan että Skandinavian tieteisopissa.⁹⁵ Kotimaisessa rikosoikeustieteessämme *Forsman* ja *Serlachius-Särkilahti* ovat olleet sillä kan-

⁹² Ks. *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja I, s. 108; *Grottenfelt*, s. 228; *Forsman*, De sårskilda II, s. 6.

⁹³ Näin *Kessler*, GS 38, s. 571; *Breithaupt*, s. 16; *Binding*, Hb. I, s. 715; *Oelze*, s. 76; *Traeger*, s. 129; *Frank*, s. 390; *Honig*, s. 135; *Merkel*, Verbrechen, s. 190; *Pfersdorff*, s. 37; *Holer*, s. 104.

⁹⁴ Näin *Hülschner*, Strafrecht II, s. 470; *Joski*, s. 40; *Klee*, GA 50, s. 377; v. *Hippel* II, s. 244; *Dohna*, Rechtswidrigkeit, s. 149; *Wachsfeld*, s. 455, huom. 3; *Köhler*, Strafrecht, s. 407; *Lobe*, Einführung, s. 47; *Leipz. Komm.*, s. 447; *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 217 ja 218; *Albers*, s. 31; *Cron*, s. 14; *Poll*, s. 101; *Kiehl*, s. 365.

⁹⁵ Skandinaavisessa tieteisopissa on *Urbye*, s. 278, katsonut teon jäävän rankaisematta, *Torp*, Strafferet, s. 231, päinvastoin. — *Thyrén*, Principerna, s. 121, lausuu tästä mm.: »Ett sådant angrepp mot familjeiden som t. ex. horsbrott kan icke göras obrottsligt genom den 'oskyldige' makens samtycke, icke ens genom hans anstiftan...»

nalla, että huoruus on loukatun aviopuolison suostumuksesta huolimatta oikeudenvastainen teko.⁹⁶ Tätä mielipidettä onkin epäilemättä pidettävä oikeana. Huoruus loukkaa näet paitsi toisen aviopuolison intressejä, ilmeisesti lisäksi julkisia intressejä, sillä se on siveellisyys-käsityksemme vastainen teko. Loukatun aviopuolison suostumuksella ei siten ole sen rangaistavuuden suhteen mitään merkitystä.

5. Kunniaan kohdistuvat rikokset.

»Injuria»-sana tarkoitti romalaisessa oikeudessa alkuaan kunnianloukkausta, vaikka sille myöhemmin annettiin laajempi sisältö. »Volenti non fit injuria»-periaatteen on siksi vanhastaan katsottu erityisen hyvin soveltuvan kunniaan vastaan kohdistuviin rikoksiin, joita käsitellään RL 27 luv. 1, 2 ja 3 §:ssä. Tosin pidettiin luonnonoikeudellisen koulukunnan mukaan kunniaan toisinaan luovuttamattomana oikeutena sekä selitettiin loukatun suostumuksen poistavan enintään ns. »hankitun kunnian» loukkaamiseen suuntautuvan teon oikeudenvastaisuuden, mutta ei sensijaan »synnynäistä ihmisarvoa» vastaan tehdyn teon rangaistavuutta.⁹⁷ Myöhemmin, 1900-luvun rikosoikeustieteessä on kuitenkin, kansallissosialistisen Saksan oikeustiedettä lukuunottamatta,⁹⁸ yksimielisesti katsottu loukatun suostumuksen poistavan kunnianloukkauksen oikeudenvastaisuuden. Tähän tulokseen on tultu, koska kunnianloukkauksen loukkausobjektina on pidetty intressiä, joka yksilöllä on siitä, etteivät muut kohtelee häntä loukkaavasti.⁹⁹ Sanottu mielipide onkin epäi-

⁹⁶ Forsman, De särskilda II, s. 38: »Horsbrottet innebär nämligen enligt vår rätt icke blott ett kränkande af den andre makens rätt, utan ett angrepp på äktenskapets sedliga väsen, hvars hängd är en af samhällets grundpelare». Samoin Serlachius-Särkilampi, Oppikirja I, s. 97, ja II, s. 115.

⁹⁷ Näin Hälschner, Strafrecht I, s. 417.

⁹⁸ Kansallissosialistinen rikosoikeustiede piti yksilön kunniaan kansakokonaisuuden kunnian osana. Kunnianloukkausta pidettiin yksilön korkeimman oikeushyvän loukkauksena. Siegert, s. 110, ja Beissel, s. 63, esittävät sen käsityksen, että loukatun suostumus ei koskaan poistaisi kunnianloukkauksen oikeudenvastaisuutta. Albers, s. 26, ja Cron, s. 32, katsovat, että kukin tapaus olisi ratkaistava erikseen. Mezger, Strafrecht 1938, s. 66, ja Mühlmann, s. 20, soveltavat kunnianloukkaukseen annettuun suostumukseen »hyvien tapojen» periaatetta.

⁹⁹ Näin esim. Merkel, Verbrechen, s. 190; Pfersdorff, s. 37; Kiehl, s. 374; Schütze, s. 95; Oelze, s. 76; Honig, s. 134; Frank, s. 142; Holer, s. 104; Leipz. Komm., s. 495; Liszt-Schmidt, kokonaispainos, s. 510; Allfeld, s. 141, huom. 33; Finger, Lehrbuch, s. 417.

lemättä oikea.¹⁰⁰ Puheenaoleva intressi on yksilön vapaasti vallittavissa. *Serlachius-Särkilahden* sanoja käyttäksämme,¹⁰¹ oikeusjärjestys ei estä ketään alistumasta ansaitsemattomaankin epäkunnioitukseen. Asianomistajarikoksia ovat kunnianloukkaukset ilmeisesti juuri mainitusta syystä.

Eri mielipiteitä on esitetty siitä, mihin ns. julkisen arvostelun oikeudenmukaisuus perustuu. *Forsman* on selittänyt, että arvostelua ei voitaisi ollenkaan pitää kunnianloukkauksena, koska kenenkään kunniaa ei saateta loukata väittämällä, ettei hän pysty tekemään jotakin työtä tai suoritusta parhaalla mahdollisella tavalla.¹⁰² *Serlachius-Särkilähti* sensijaan arvelee julkisen arvostelun rankaisemattomuuden ainakin osaksi perustuvan asianomaisen henkilön vaitiolon antamaan suostumukseen ja selittää julkisesti esiintymään suostuneen tai julkiseen toimeen ryhtyneen henkilön mainitulla menettelyllään alistuneen arvostelun alaiseksi ja siten antaneen siihen suostumuksensa.¹⁰³ Oikeana lienee pidettävä mielipidettä, jonka mukaan julkinen arvostelu yhteiskunnassa yleisesti käytettynä, tavanmukaisena toimenpiteenä ei kaipaakaan ollenkaan oikeuttamisperustetta, koska siltä puuttuu kunnianloukkausrikoksen tunnusmerkistö. Julkiseen kritiikkiin annettu suostumus, jos sellaisesta haluttaisiin puhua, olisi ilmeisesti monessa suhteessa tavallisesta suostumuksesta poikkeava. Niinpä ei esimerkiksi kirjan arvosteluun annettu suostumus saattaisi olla rajoitettu enempää paikkaan, aikaan kuin henkilöönkään nähden eikä sen peruuttaminenkaan olisi mahdollista. Esiintyjän ja kirjailijan nimenomainen, arvostelua yleensä tai määrätyn henkilön suorittamaa arvostelua koskeva kiello ei myöskään voisi estää kritiikin toimimista tavalliseen tapaan. Nämä seikat saavat selityksensä siitä, että julkinen arvostelu on sellainen sosiaalisen elämän toimintamuoto, jota yksilön tahto ei saata vallita.

Toisinaan on arveltu, ettei kunnianloukkauksen tunnusmerkistö toteutuisi, kun teko tehdään loukatun suostumuksin. Näin *Hepp*, s. 41; *Flehinghaus*, s. 48; *Seitz*, s. 57.

¹⁰⁰ Tähän tulokseen on tullut pohjoismainen tieteisoppi. Ks. *Forsman*, Pakkotiila, s. 69; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 135; *Urbye*, s. 127; *Hagerup*, Strafferet, s. 214; *Thyrén*, Principerna, s. 123; *Skeie*, Strafferet, s. 367; *Kjerschow*, Straffelov, s. 614.

¹⁰¹ *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 135. — Ks. myös *Erich*, Valvoja, s. 385.

¹⁰² *Forsman*, De särskilda I, s. 135.

¹⁰³ *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 135–136.

6. Rauharikokset.

RL 24 luv. 1 §:n 1 momentin sanamuoto osoittaa loukatun suostumuksen poistavan yksityisen kotirauhanrikkomisen tunnusmerkistön mukaisuuden, sillä mainitun teon tulee lain mukaan tapahtua »vastoin toisen tahtoa».¹⁰⁴ Voidaan kysyä, poistaako suostumus saman luvun 2 §:n tarkoittaman kotietsinnän sekä 3 ja 3a §:n 1 momentin sisältämien, samoin rauhan rikkomista koskevien tekojen oikeudenvastaisuuden. Vastaus on myönteinen. Kaikki kolme sanottua tekoa loukkaavat vain yksilön intressejä. Juuri siitä syystä ne on luettukin asianomistajarikoksiin. Kukaan ei sensijaan voi antaa pätevää suostumusta sanotussa luvussa mainittuun ns. julkisen kotirauhan rikkomiseen, koska tämä epäilemättä loukkaa julkisia intressejä.

7. Luottamusrikokset.

Salaisuuksien ilmaisemista koskevassa RL 38 luv. 3 §:n säännöksessä mainitaan, että teon tulee tapahtua »luvattomasti» ollakseen rangaistava. Vastaava termi »ilman lupaa» esiintyy 38 luv. 8 §:ssä, joka koskee kirjesalaisuuden loukkaamista. Kuten *Serlachius-Särkilähti* on maininnut, puheenaolevan termin on katsottava tarkoittavan, että lainsäännöksissä mainitut rikokset ovat rangaistavia vain niiden tapahtuessa oikeudenvastaisesti eikä oikeusjärjestyksen hyväksymisin keinoin luvallisten tarkoitusten saavuttamiseksi.¹⁰⁵ Ilmeistä siis on, että kysymyksessä oleva termi ei estä sanottujen rikosten tunnusmerkistöjen toteutumista siinä tapauksessa, että niihin on saatu loukatun suostumus. Sensijaan voidaan toisesta syystä epäillä, täytävätkö loukatun suostumuksin tapahtunut salaisuuden ilmaiseminen ja kirjesalaisuuden rikkominen RL 38 luv. 3 ja 8 §:n tunnusmerkitöt. Kummassakin säännöksessä puhutaan »salaisuudesta». Jos *Forsmanin* ja *Serlachius-Särkilahden* tavoin¹⁰⁶ salaisuudeksi katsotaan vain

¹⁰⁴ Saksalaisessa tieteisopissa on suostumuksen katsottu poistavan tämän teon oikeudenvastaisuuden. Näin *Binding*, Hb. I, s. 728; *Holer*, s. 104; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 408; *Beissel*, s. 61.

¹⁰⁵ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, *Oppikirja II*, s. 163—164.

¹⁰⁶ Ks. *Forsman*, *De särskilda I*, s. 417. Hän selittää salaisuuksilla tarkoitettavan »sådana fakta från privatlivet, vid hvilkas hemlighållande den, hvilken desamma gälla, har intresse och hvilka icke förut äro allmänt kunniga». Samoin *Serlachius-*

sellainen tosiseikka, jonka salassa pysymisestä loukatulla on intressiä, poistaa loukatun suostumus salaisuuden luonteen. Henkilö, joka on antanut tekijälle luvan ilmaista häntä koskevan tosiseikan tai avata hänelle osoitetun kirjeen, on ilmeisesti luopunut intressistään tässä suhteessa. Loukatun suostumuksin tapahtuneet salaisuuden ilmaiseminen ja kirjesalaisuuden loukkaaminen on laissa jätetty kriminalisoimatta.

RL 38 luv. sisältämät epärehellisyysrikokset suuntautuvat vain yksilön intressejä vastaan, joten suostumus poistaa niiden oikeudenvastaisuuden, mikäli sen antaja on suostumiskelpoinen henkilö. Tieteisopissa on esitetty eri mielipiteitä siitä, suojaako RL 38 luv. 4 §:n säännös, joka koskee asiakirjan hävittämistä tai kätkemistä, vain omistusoikeutta vai muitakin asiakirjaan liittyviä intressejä. Jälkimmäistä mielipidettä on pidettävä oikeana, mistä seuraa, että suostumus mainittuun rikokseen on saatava kaikilta, joiden intressejä asiakirja koskee.¹⁰⁷

8. Varallisuuteen kohdistuvat rikokset.

Varallisuusoikeuksia pidettiin jo luonnonoikeudellisen koulukunnan mukaan luovutettavina ja loukatun suostumuksen katsottiin poistavan niitä kohtaan suuntautuvien rikosten oikeudenvastaisuuden.¹⁰⁸ Tästä pidettiin tosin joskus poikkeuksena sitä, että kukaan ei saattanut luopua »kyvystään omistaa omaisuutta», mikä todellisuudessa ei vaikuta asiaan, koska mainittua luopumista ei ole katsottava suostumukseksi ollenkaan. Samoin kuin luonnonoikeudellinen koulu-kunta, myöskin useimmat intressiteorian kannattajat ovat tulleet siihen tulokseen, että loukatun suostumus poistaa varallisuusintressien loukkauksen oikeudenvastaisuuden, koska varallisuus kuuluu yksilön vallittavissa oleviin oikeushyviin.¹⁰⁹ Suostumusopissa on kuitenkin esitetty myös sellainen mielipide, että varallisuusrikoksen tunnus-

Särkilahti, Oppikirja II, s. 164: »Salaisuus on jokainen sellainen toista koskeva seikka, jota hän ei soisi toisen tuntevan ja jota ei yleensä tunneta».

¹⁰⁷ Ks. *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 307; *Forsman*, De särskilda I, s. 429; *Honkasalo*, Erin. rikokset, s. 89.

¹⁰⁸ Ks. *Berner*, s. 139; *Hülschner*, Strafrecht I, s. 470.

¹⁰⁹ *Nathan*, s. 22; *Köhler*, Strafrecht, s. 409; *Wachenfeld*, s. 132; *Mezger*, Lehrbuch 1933, s. 218; *Honig*, s. 170; *Kiehl*, s. 367; *Ullmann*, s. 545; *Kessler*, Einwilligung, s. 18; *Breithaupt*, s. 18; *Klee*, GA 50, s. 374; *Frank*, s. 142; *v. Rozycki*, s. 77; *Kjerschow*, Straffelov, s. 646.

merkistö jää toteutumatta teon tapahtuessa loukatun suostumuksin. Suostumuksen puutteen on väitetty kuuluvan varsinkin varkauden tunnusmerkistöön.¹¹⁰ Tämä käsityskanta onkin ilmeisesti oikea. Meidän rikoslaissamme ei tosin, niinkuin useissa muissa,¹¹¹ nimenomaan puhuta tavaran tai rahan ottamisesta »ilman omistajan lupaa», tai »ilman haltijan lupaa», mutta sensijaan käytetään varkautta koskevassa RL 28 luv. 1 §:ssä (kuten tämä kuuluu 17/11 1939 annetussa laissa) sanaa »anastettu», minkä on epäilemättä katsottava tarkoittavan vain luvattomasti otettua. Suostumuksen puuttuminen on siis varkauden tunnusmerkistöntekijä. Sanaa »anastaa» käytetään myös kavaltamista ja löytötavaran salaamista koskevissa RL 29 luv. 1 ja 2 §:ssä. Useista muista varallisuusrikoksia tarkoittavista lain-säännöksistä tämä sana tosin puuttuu, mutta lienee syytä katsoa suostumuksen puutteen silti olevan näillekin ominaista.

Koska laissa on kriminalisoitu vain yksilön tahdon vastaisesti tehdyt varallisuusrikokset, on ilmeistä, että varallisuusrikosten ei katsota loukkaavan yhteiskunnan etuja. Tämä käsityskanta, jolla rikoslakimme selvästi on, sopii liberaalisessa valtiossa noudatettuihin periaatteisiin. On hyvin ymmärrettävissä, että totalitäärisessä valtiossa sensijaan saatetaan yksilön varallisuusintressien katsoa enemmän tai vähemmän olevan valtion määrättävissä. Näin oli asianlaita esimerkiksi kansallissosialistisessa Saksassa. Viimeisen kymmenen vuoden aikana lausuttiinkin saksalaisessa rikosoikeustieteessä usein sellainen käsitys, että suostumus poisti vain sellaisten varallisuusrikosten oikeudenvastaisuuden, joilla ei ollut kansantaloudellista merkitystä.¹¹² Mainittu seikka oli suostumusopin tutkijoiden mielestä saatava selville tutkimalla jokainen yksityistapaus erikseen. Tätä periaatetta ei ole syytä soveltaa meidän oikeusjärjestykseen. Vaikka loukatun suostumuksin tapahtuneet varallisuusintressien loukkaukset saattavatkin olla yhteiskunnalle haitaksi, yhteiskunnan

¹¹⁰ Suostumuksen puutetta ovat varkauden tunnusmerkistöntekijänä pitäneet mm. v. Hippel II, s. 244; Liszt-Schmidt, kokonaispainos, s. 617; Lobe, Einführung, s. 46 ja 48; Metz, s. 54; Hepp, s. 274; Berner, s. 139; Wächter, s. 1. Samaan tulokseen ovat kaikkien omaisuusrikosten osalta tulleet mm. Hälschner, Strafrecht I, s. 470; Allfeld, s. 141, huom. 34; Traeger, s. 117; Holer, s. 105; Pfersdorff, s. 34; Merkel, Lehrbuch, s. 188; Cron, s. 17; Seitz, s. 54; Albers, s. 25; Beissel, s. 61; Welzel, s. 67; Hagerup, Strafferet, s. 213.

¹¹¹ Norjan rikoslaki käyttää sanoja »uden besidderens samtykke».

¹¹² Ks. esim. Beissel, s. 61; Albers, s. 26; Siegert, s. 39. Samaan suuntaan myös Traeger, s. 118; Skeie, Strafferet, s. 320.

intressejä ei ole tässä tapauksessa laissa korotettu suojeleobjektin arvoon. Yhteiskunnan intressit on sensijaan otettu huomioon siten, että niitä vastaan suuntautuvat teot on määrätty rangaistaviksi joissakin erikoislaeissa. Varallisuusrikoksen käsittävä teko saattaa suuntautua, paitsi yksilön omaisuusintressiä, myöskin tällaisen erikoislain säännöstä vastaan. Niinpä voi esimerkiksi varkaus olla samalla säännöstelymääräysten rikkomista. Selvää on, että loukatun suostumus, joka poistaa varkauden tunnusmerkistönmukaisuuden, ei saata oikeuttaa viimeksimainittua, yhteiskunnan intressejä kohtaan suuntautuvaa rikosta.

9. Yleisvaaralliset rikokset.

On selvää, ettei suostumus poista yleisvaarallisten rikosten oikeudenvastaisuutta. Tästä säännöstä on kuitenkin pari poikkeusta, jotka on syytä mainita. RL 34 luv. 1 §:n 3 momentin ja saman luvun 4 §:n 3 momentin mukaan jätetään murhapoltto rankaisematta, jos tuleen sytytetty omaisuus on rikoksentekijän omaa eikä sytytyksestä ole vaaraa kolmannen henkilön intresseille. Luonnollista on, että näiden tekojen on jäätävä rankaisematta silloinkin, kun jollekin muulle kuin tekijälle kuuluva omaisuus on sytytetty tuleen omistajan antamalla luvalla, vaikka tästä tapauksesta ei ole laissa mitään mainittu. Teot kohdistuvat ilmeisesti yksinomaan omistajan intresseihin, joten tämän suostumus poistaa niiden oikeudenvastaisuuden.

10. Konkurssirikokset.

Konkurssirikokset kohdistuvat omaisuutta vastaan, mutta muodostavat kuitenkin oman ryhmänsä. Lakimme mainitsee kolme eri konkurssirikosta, nimittäin petollisen, epärehellisen ja kevytmielisen. Petollisen konkurssin (RL 39: 1) tunnusmerkistö edellyttää velkojien erehdyttämistä, minkä vuoksi se ei toteudu, jos nämä ovat antaneet tekoon suostumuksensa. Muiden konkurssirikosten tekeminen on sensijaan mahdollista joko velkojien suostumuksin tai ilman sitä. Epärehellistä ja kevytmielistä konkurssia koskevien säännösten mukaan (RL 39: 2 ja 39: 3) näistä teoista tuomitaan rangaistus vain siinä tapauksessa, ettei velallinen ole täysin tyydyttänyt velkojiaan. Tästä säännöksestä on oikeus päätellä, että mainitut kaksi konkurssirikosta jätetään rankaisematta, jos velkojat ovat niihin antaneet ennakolta

suostumuksensa. Teot kohdistuvat ilmeisesti velkojen yksityisiin varallisuusetuihin, jotka ovat heidän vallittavissaan. Tälle käsityskannalle antaa tukea myös se, että teot ovat asianomistajarikoksia.

Erikoisasemassa on pankin tai muun tarkastuksen alaisen julkisen rahalaitoksen hoidossa tapahtunut konkurssirikos, joka myös RL 39 luv. 2 ja 3 §:n tarkoittamissa tapauksissa on virallisen syytteen alainen. Käytännössä ei liene ajateltavissa, että kaikki vahinkoa kärsivät tallettajat ja osakkaat antaisivat rikokseen suostumuksensa. Joka tapauksessa tulisi tällaisessa muodossa tehdyllä konkurssirikoksella olemaan haitallinen vaikutus liike-elämän turvallisuuteen, jota on loukattujen yksilöjen omaisuusintressien ohella pidettävä rangaistussäännösten suojeluobjektina. Tästä johtuu, että mainittujen varallisuusintressien haltijoiden suostumus ei poista tällaisen konkurssirikoksen oikeudenvastaisuutta.

11. Väärennysrikokset.

RL 36 luvussa mainittujen väärennysrikosten loukkausobjektista on käsitys eri aikoina vaihdellut. Aikaisemmin oli vallalla se mielipide, että väärennykset olivat eräänlaisia petoksia, jotka kohdistuivat yksilön omaisuusintressejä vastaan,¹¹³ mutta nykyisin näiden rikosten loukkausobjektina pidetään pääasiassa liike-elämän turvallisuutta.¹¹⁴ Kun kysymyksessä on teko, jolla on useita loukkausobjekteja, loukattun yksilön suostumus poistaa oikeudenvastaisuuden siltä vain silloin, kun tämä yksilö on oikeutettu vallitsemaan kaikkia loukattuja oikeushyviä. Liike-elämän turvallisuus kuuluu epäilemättä julkisiin intresseihin. Tästä voitaisiin tehdä se johtopäätös, että loukatun varallisuusintressin haltijan antama suostumus ei poista väärennyksen rangaistavuutta. Näin onkin asianlaita useimmissa tapauksissa. Selvää on, että RL 36 luv. 3 ja 4 §:n koskemaan julkisen asiakirjan väärennystä ei kenenkään yksilön antama suostumus saata tehdä oikeudenmukaiseksi. Yksityisen asiakirjan väärentämiseen (RL 36:5) annetun suostumuksen merkitys sensijaan vaatii tarkempaa selvittämistä.

Rikosoikeustieteessä on esitetty eri mielipiteitä siitä, ketä on pidettävä väärennysrikoksen asianomistajana kysymyksen ollessa vää-

¹¹³ Ks. Nybergh, JFT 1943, s. 343.

¹¹⁴ Ks. Forsman, De särskilda II, s. 262; Serlachius-Särkilähti, Oppikirja II, s. 297.

rän asiakirjan valmistamisesta sillä tavoin, että sen antajaksi tulee väärä henkilö. Itsestään selvää on, että asianomistajana on se, jota asiakirjaa käyttämällä koetettiin erehdyttää, mutta sensijaan on ilmennyt erimielisyyttä siitä, onko myöskin sitä, jonka nimi asiakirjaan kirjoitettiin, pidettävä asianomistajana vai ei. Jos kannatetaan edellistä mielipidettä,^{115 116} on tällaisella rikoksella aina kaksi asianomistajaa. Ajateltakoon esimerkiksi tapausta, jossa A valmistaa vekselin siten, että ystävänsä B:n suostumuksin kirjoittaa siihen tämän nimen tunnustajaksi. Mikä merkitys on B:n antamalla suostumuksella? Ratkaisu on selvä: A ei ole tehnyt itseään syypääksi väärän asiakirjan valmistamiseen, koska B on suostumuksellaan oikeuttanut hänet merkitsemään nimensä siihen.¹¹⁷ Useimmiten voidaan B:n suostumusta pitää A:lle annettuna valtuutuksena, mutta A:n teon rangaistavuuden suostumus poistaa siinäkin tapauksessa, että A ei edes tietäisi B:n antamasta suostumuksesta. Teoreettisesti on suostumuksen vaikutus tällaisessa tapauksessa selitettävissä siten, että se poistaa A:n teolta kokonaan väärän asiakirjan valmistamisen luonteen. On hyvin ymmärrettävissä, että tekoa ei tässä muodossa ole laissa kriminalisoitu. Selvää näet on, ettei liike-elämän turvallisuus joudu vaaraan silloin, kun tekoon on saatu sen henkilön suostumus, jonka nimestä on kysymys.

12. Omarkädenoikeus.

RL 16 luv. 14 §:n 1 momentissa säädetään rangaistus omankädenoikeudesta. Teolla tarkoitetaan laissa alkuaan oikeusvaateen toteuttamista omin neuvoin tekijän ollessa siinä uskossa, että hän täten hankkii itselleen oikeutta. Käytännössä lainkohtaa sovelletaan muunkinlaiseen omavaltaisuuteen, josta muualla laissa ei ole säädetty ankarampaa rangaistusta.¹¹⁸ Omankädenoikeus edellyttää, että loukattu on tekoa vastaan, mistä johtuen loukatun suostumus poistaa mainitun teon tunnusmerkistön mukaisuuden. Käytännössä tulee toisinaan kysymys suostumuksen merkityksestä omankädenoikeuden

¹¹⁵ Kielteisellä kannalla on ollut *Tirkkonen*, SvJT 1941, s. 728, huom. 3. Myös *Forsman*, De särskilda II, s. 321, tähän suuntaan.

¹¹⁶ Täten *Grottenfelt*, s. 228; *Nybergh*, JFT 1943, s. 351.

¹¹⁷ Samoin *Honkasalo*, JFT 1943, s. 424.

¹¹⁸ Ks. esim. *Honkasalo*, Erin. rikokset, s. 116; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 354.

yhteydessä ratkaistavaksi seuraavassa tapauksessa: Vuokraisäntä A nostaa vuokramaksunsa laiminlyöneen vuokralaisensa B:n poissaollessa tämän huonekalut huoneistosta pihamaalle perustellen menettelyään sillä, että B on vuokravälikirjassa suostunut tällaiseen toimenpiteeseen siinä tapauksessa, että hän jättää vuokransa määräpäivänä suorittamatta. Vuokraisännän teko jää tässä tapauksessa kuitenkin oikeudenvastaiseksi, jos vuokralainen sopimuksen tekemisen jälkeen on muuttanut mieltään ja peruuttanut aikoinaan antamansa suostumuksen.¹¹⁹ Koska suostumuksen antaminen ei merkitse sitoutumista, ei vuokralaisella ole velvollisuutta pitää suostumustaan voimassa.

13. Väärä ilmianto.

Loukatun suostumuksin tapahtuneeseen väärään ilmiintoon on rikosoikeustieteessä kiinnitetty verraten vähän huomiota. Kysymyksellä suostumuksen vaikutuksesta tämän teon rangaistavuuteen on kuitenkin epäilemättä käytännöllistä merkitystä, sillä loukatun suostumuksin tehty väärä ilmianto saattaa olla tarkoitettu esimerkiksi jonkun kolmannen henkilön suojaamiseksi. Aikaisemmin pidettiin rikosoikeustieteessä väärää ilmiantoa (RL 26: 1—4) sen yksilön kunnian loukkaamisena, jota vastaan teko tehtiin,¹²⁰ kun taas nykyisen käsityskannan mukaan tämä teko kohdistuu pääasiassa valtion oikeudenhoitoa vastaan. Tätä muuttunutta käsitystä osoittaa mm. se, että Tanskan rikoslain, samoin kuin erään Saksan rikoslainehdotuksen mukaan myös perätön itseilmianto katsotaan rangaistavaksi teoksi.¹²¹ Suomalaisessa rikosoikeustieteessä kysymystä loukatun suostumuksin tapahtuneesta väärästä ilmiannosta on käsitellyt *Serlachius-Särkilähti*. Hän on tullut siihen tulokseen, että suostumus ei poista mainitun teon oikeudenvastaisuutta.¹²² Perusteluja hän ei ole esittänyt mielipiteensä tueksi, vaan päinvastoin hän on katsonut äskenmainitun käsityskantansa kelpaavan todistukseksi siitä, että väärä ilmianto

¹¹⁹ Trygger, s. 457, huom. 1, katsoo, että loukatun suostumuksin tapahtunut omankädenoikeus loukkaa yleistä etua ja on siksi rangaistava. Mielipidettä ei voida pitää oikeana.

¹²⁰ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 2 ja 374.

¹²¹ Ks. Tanskan rikoslain 165 §:ä ja *Krabbe*, s. 206. — Saksan rikoslain ehdotuksesta ks. *Mezger*, Gürtner, Das kommende, Bes. Teil, s. 335.

¹²² *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 374.

kohdistuu valtion intressejä vastaan. Tällainen todistelu on epäjohdonmukaista, koska intressiteorian mukaan suostumuksen vaikutusala saadaan määrätyksi juuri toteamalla, millaisia kysymyksessä olevan teon loukkaamat intressit ovat laadultaan.

Serlachius-Särkilahden mielipidettä suostumuksen vaikutuksesta väärän ilmiannon oikeudenvastaisuuteen on kuitenkin syytä pitää oikeana. Väärä ilmianto loukkaa julkista intressiä siinäkin tapauksessa, että siihen olisi saatu ilmiannetun suostumus. Erityisen selvästi tämä ilmenee silloin, kun ilmiannon johdosta nostetaan syyte ja tuomitaan syytön henkilö jonkun toisen puolesta kärsimään rangaistus. Ajateltavissa on myös sellainen loukatun suostumuksin tehty väärä ilmianto, jonka tarkoituksena on hankkia rikolliselle alibi siten, että hänet hänen omalla suostumuksellaan ilmiannetaan jostakin toisesta, muulla paikkakunnalla samaan aikaan tapahtuneesta pienemmästä rikoksesta, jonka hän sitten tunnustaa tehneensä. Siinäkin tapauksessa, että syytettä väärän ilmiannon johdosta ei tehtäisi, on teko loukannut oikeusturvallisuutta. Sen tarkoituksena on tällöinkin ollut, *Forsmanin* sanoja käyttäksemme, aiheuttaa syyttömästi ilmiannetun joutuminen rangaistavaksi.¹²³ Johtopäätöstä, että väärä ilmianto rangaistaan loukatun suostumuksesta huolimatta, tukee myöskin se seikka, että teko on virallisen syytteen alainen.¹²⁴

14. Väärä vala.

Tieteisopissa on oltu yksimielisiä siitä, että väärä vala (RL 17: 1—6) rangaistaan silloinkin, kun henkilö, jonka oikeuksia se loukkaa, antaa siihen suostumuksensa. Ilmeistä on, että tämä teko ensisijaisesti kohdistuu valtion oikeudenhoitoa vastaan, joten yksilön antamalla suostumuksella ei ole merkitystä.

C. Eräiden erikoislakien sisältämät rikokset.

Lyhyesti on todettava, että loukatun suostumus poistaa rangaistavuuden, nimittäin joko tunnusmerkistönmukaisuuden tai oikeudenvastaisuuden, myös sellaisilta yksilön intressejä vastaan suuntautu-

¹²³ *Forsman*, De särskilda III, s. 268.

¹²⁴ Samoin *Breithaupt*, s. 80; *Pfersdorff*, s. 55; *Köhler*, Strafrecht, s. 409; *Beling*, Verbrechen, s. 220; *Honig*, s. 132; *v. Hippel* II, s. 244; *Traeger*, s. 127; *Cron*, s. 14; *Albers*, s. 33; *Thyrén*, Principerna, s. 122.

vilta teoilta, joista on säädetty rangaistus rikoslain ulkopuolella. Esi-merkkinä tällaisista mainittakoon PatenttiL 5 §:n tarkoittama patenttioikeuden loukkaus, PainoL 11 §:n 1 ja 2 momenttien sisältämät teot, TekijäL 29, 30 ja 32 §:n mainitsevat teot, samaten kuin ValokL 8 ja 10 §:ssä ja VilpKilpL 10, 11 ja 12 §:ssä mainitut teot. Kaikki nämä kohdistuvat sellaisia intressejä vastaan, joita yksilö on oikeutettu vallitsemaan.

D. Potilaan suostumus lääkärin toimintaan.¹²⁵

Rikosoikeustieteessä on suostumusopin yhteydessä säännöllisesti käsitelty lääkärin toimintaan annetun potilaan suostumuksen merkitystä. Lääkärin toimintaan on kirurgian lisäksi sisällytettävä kaikki muukin terapia. Siihen kuuluvat myös tutkimusta varten tehtyt, ns. diagnostiset toimenpiteet, samoinkuin ennakolta suojaavat, ns. profylaktiset hoitokeinot.¹²⁶ Lääkärin toimintaan laajassa merkityksessä on toisinaan luettu myöskin sellaiset terveydenhoidollisia tarkoituksia palvelevat toimenpiteet kuin kolmannen henkilön hyväksi koituvat tai yhteiskunnan hyötyyn tähtäävät teot,¹²⁷ mutta tieteellisiä kokeiluja ei tähän käsitteeseen sensijaan ole sisällytetty.¹²⁸ Varsinaisen parannustoiminnan tarkoituksena tulee olla potilaan yksilöllinen hyvä, hänen terveytensä palauttaminen taikka säilyttäminen. Tämä tarkoitus on useimmiten sellaisillakin toimenpiteillä, jotka samalla suuntautuvat yhteiskunnan kannalta katsoen tärkeän sosiaalihygienian edistämiseen. Lääkärin toiminnan tarkoitus arvostellaan objektiivisen mittapuun mukaan. Parannustarkoituksessa tehdyksi katsotaan siten jokainen objektiivisesti katsoen potilaan hyväksi koitunut teko,¹²⁹ joten toimenpiteen luonnetta ei muuta esimerkiksi se,

¹²⁵ Ks. lääkärin toiminnan oikeudellisesta arvostelusta julkaistuja artikkeleja: Anttila, LM 1944 ja Martti Kaila, SLäkäA 1945, N:o 4.

¹²⁶ Näin E. Schmidt, Der Arzt, s. 70, huom. 4; Otte, s. 15—16; v. Aufsess, s. 49; Hahn, s. 1; Engisch, s. 1. Tosin kahden viimeksimainitun mielestä toimintaan tulee sisältyä jonkinlainen vaaramomentti tai ainakin väkivaltainen puuttuminen ruumiin organismiin.

¹²⁷ Mezger, Lehrbuch 1933, s. 245 ja Otte, s. 16, lukevat nämä lääkärin toimintaan. Toisin Engisch, s. 2.

¹²⁸ Samoin Frank (Schäfer-Dohnanyi), s. 47; E. Schmidt, Der Arzt, s. 70. — Mezger, Lehrbuch 1933, s. 245, katsoo näidenkin olevan lääkärin toimintaa niiden terveyttä edistävän tarkoituksen vuoksi. Samoin Otte, s. 16.

¹²⁹ Näin E. Schmidt, Der Arzt, s. 70, huom. 5; Mezger, Lehrbuch 1933, s. 245; Otte, s. 16; Sauer, Grundlagen, s. 346. Viimeksimainittu korostaa, että on otettava

että lääkäri mahdollisesti mielessään toivoisi potilaan kuolevan. Välttämätöntä sensijaan on, että lääkärin toimenpide on objektiivisesti oikea. Ellei se vastaa lääketieteen kysymyksessäolevan tapauksen hoidolle asettamia vaatimuksia, käytettävissä olevat keinot ja muut olosuhteet huomioonottaen, se sisältää ns. taitovirheen eikä täytä lääkärin toiminnalle asetettavia vaatimuksia tekijän hyvästä tarkoituksesta huolimatta.¹³⁰

Tieteisopissa on esitetty eri mielipiteitä siitä, täyttääkö lääkärin toiminta pahoinpitelyn tunnusmerkistön. Sangen usein on tähän kysymykseen vastattu myöntävästi¹³¹ niidenkin parannustoimenpiteiden osalta, jotka ovat hyödyttäneet loukatun fysiologista tilaa. Erikoisasemassa ovat epäonnistuneet lääkärin toimenpiteet, jotka parannustarkoituksesta ja lääketieteen sääntöjen noudattamisesta huolimatta johtavat epäedulliseen tulokseen. Kun viimeksimainittujen tekojen tosiasiallinen seuraus on samanlainen kuin pahoinpitelyn, useat suostumusopin tutkijat ovat selittäneet ainakin niiden toteuttavan pahoinpitelyn tunnusmerkistön.¹³² Käsitys, jonka mukaan joko kaikki lääkärin toimenpiteet tai ainakin jotkut näistä ovat luonteeltaan pahoinpitelyä, on johtanut siihen, että jonkin oikeuttamisperusteen on katsottu poistavan mainittujen toimenpiteiden oikeudenvastaisuuden, koska nämä muuten olisi ollut leimattava rangaistaviksi teoiksi. Tässä mielessä on toisinaan vedottu erityisen ammattioikeuden olemassaoloon,¹³³ joskus taas lääkärin toiminnan hyödylliseen tarkoitukseen, minkä on aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen mukaan selitetty tekevän toiminnan oikeudenmukaiseksi, koska se on

huomioon »der generelle Zweck, der reale Zweck, die allgemeine Tendenz der Handlung». Sensijaan *Engisch*, s. 2: »Den Begriff 'Heilzweck' verstehen wir subjektiv...»

¹³⁰ Näin *Hippel II*, s. 257; *E. Schmidt*, *Der Arzt*, s. 70; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 245. Viimeksimainittu lausuu mm. »Massgebende Richtschnur für die Beurteilung, ob objektiv eine solche Heilbehandlung vorliegt, ist die »Lex artis» im Sinne des gegenwärtigen Standes unseres Wissens».

¹³¹ Näin esim. *Hippel II*, s. 258; *Sauer*, *Grundlagen*, s. 337; *Finger*, *Lehrbuch*, s. 409; *Wachenfeld*, s. 129; *Köhler*, *Strafrecht*, s. 394; *Rosenberg*, s. 71 ja 82; *Behr*, s. 402; *Eichler*, s. 63; *Noras*, s. 6; *Dietrich*, s. 69; *Arndt*, s. 101; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 104.

¹³² Täten esim. *Frank*, s. 478; *Otte*, s. 20; *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 244; *Beling*, *Verbrechen*, s. 152; *Liszt-Schmidt*, s. 214; *v. Calker*, s. 40; *Nathan*, s. 50; *v. Aufsess*, s. 56.

¹³³ Näin *Finger*, *Lehrbuch*, s. 410, joka käyttää termiä »ärztlicher Berufsrecht». Samoin *Binding*, *Hb. I*, s. 802.

oikean tarkoituksen saavuttamiseksi käytetty oikea keino. Tässä yhteydessä on huomautettu, että valtio itse palkkaa lääkäreitä ja ylläpitää sairaaloita.¹³⁴ Edelleen on kiinnitetty huomiota siihen, että parannustoiminta tähtää samaan tarkoitukseen kuin pahoinpitelyn kieltävä rikoslain säännös.¹³⁵ Toisinaan on lääkärin toiminnan oikeudenmukaisuus selitetty siviilioikeudellisten instituuttien avulla, vetoamalla lääkärin ja potilaan keskenään tekemään sopimukseen¹³⁶ tai pitämällä lääkärin toimenpiteitä potilaan intressien hyväksi koituvina tekoina.¹³⁷ Sangen usein on oikeuttamisperusteeksi katsottu myös potilaan antama suostumus, jonka on selitetty poistavan lääkärin toiminnan oikeudenmukaisuuden.¹³⁸

On itsestään selvää, että lääkärin suorittamaa parannustoimenpidettä ei ole pidettävä rangaistavana. Kysymyksellä, täyttääkö tällainen teko edes pahoinpitelyn tunnusmerkistöäkään, on etupäässä teoreettinen merkitys. Kun lääkärin suorittama parannustoimenpide kuuluu yhteiskuntaelämän normaaliin kulkuun ja hyvin sopeutuu yhteiskunnan tarkoituksiin palvelleen samoja intressejä kuin useat oikeusjärjestyksemme sisältämät, kansanterveyden edistämistä koskevat säännökset, ei liene syytä katsoa, että tällainen teko täyttäisi pahoinpitelyn tunnusmerkistöä.¹³⁹ Tunnusmerkistön mukainen toi-

¹³⁴ Täten v. *Hippel* II, s. 259, huom. 2; *Liszt-Schmidt*, s. 214; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 104; *Sauer*, *Grundlagen*, s. 337; *Heinitz*, s. 118.

Tällä kannalla on myös osa ranskalaisen oikeustieteen edustajia, kuten *Roux* ja *Vidal-Magnol*. Ks. näistä *Brendel*, s. 27. Viittaus samaan suuntaan esiintyy myös englantilaisessa oikeudessa. Ks. *Stephen*, s. 207.

¹³⁵ Näin *Ebermeyer*, s. 151.

¹³⁶ Ks. *Zitelmann*, s. 89; *Baehr*, s. 17; *Rosenberg*, s. 82.

¹³⁷ Näin *Traeger*, s. 154; *Eichler*, s. 74.

¹³⁸ Näin englantilaisessa oikeudessa *Stephen*, ks. *Brendel*, s. 27; saksalaisessa *Hippel* II, s. 258, ja Saksan *Korkein Oikeus*, ks. E. in *Strafsachen*, Bd. 25, s. 377; Bd. 61, s. 246, sekä *Frank*, s. 478, epäonnistuneiden leikkausten osalta.

Kun Saksan rikoslakiin v. 1933 lisättiin 226 a §, joka koski loukatun suostumukseen tehtyä pahoinpitelyä, voitiin lääkärin toiminta tällä perusteella katsoa oikeudenmukaiseksi, sillä lääketieteen sääntöjen mukainen toimenpide ei tietenkään yleensä ollut hyvien tapojen vastainen. Ks. esim. *Mezger*, *Strafrecht* 1938, s. 66; *Traeger*, s. 170; *Frank* (*Schäfer-Dohnanyi*), s. 47. Kuten viimeksimainittu huomauttaa, hyvien tapojen vastaisena oli pidettävä sellaista toimenpidettä, jonka aiheuttama vaara ei ollut oikeassa suhteessa siihen hyötyyn, mikä siitä oli odotettavissa. — Samanlainen mielipide on esitetty englantilaisessakin oikeudessa, ks. *Röschinger*, s. 39.

¹³⁹ Näin *Frank* (*Schäfer-Dohnanyi*), s. 46; *Kohlrausch*, *Irrtum*, s. 97; *Dahm*, *Verbrechen*, s. 40; *Ebermeyer*, s. 150; *Kitzinger*, s. 87; *Schnitzler*, s. 29; *Engisch*, s. 35; *Heimberger*, s. 402; *Baehr*, s. 410; *Welzel*, s. 67.

minta on näet säännöllisesti oikeudenvastaista, ja ne tapaukset, joihin soveltuu jokin oikeuttamisperuste, on katsottava poikkeuksiksi. Voidaan sanoa, että lääkärin toimintaan ei ole lain säännöksillä ollenkaan puututtu, vaan tätä säännöstelevät vain tavanomaisen oikeuden normit. Jos lääkärin toiminnan katsottaisiin toteuttavan pahoinpitelyn tunnusmerkistön, oikeuttamisperusteeksi ei suinkaan kaikkien tapausten kohdalta riittäisi loukatun antama suostumus, vaan toiminnan rankaisematta jääminen olisi selitettävä siten, että parannustoimenpiteen hyödyllinen luonne on johtanut sellaisen tavanomaisen oikeuden syntymiseen, joka tekee toiminnan sallituksi. Suostumus ei näet saattaisi koskaan poistaa sellaisen parannustoimenpiteen oikeudenvastaisuutta, jonka seurauksena on kuolema tai vaikea vamma. Vaikka parannustoiminnan ei katsottaisikaan toteuttavan pahoinpitelyn tunnusmerkistöä, ei suinkaan ole oikein pitää potilaan suostumusta toisarvoisena seikkana teon oikeudenvastaisuuteen nähden. Päinvastoin se on eräs oikeudenmukaisen lääkärin toiminnan edellytys.¹⁴⁰ Oikeusvaltiossa on itsestään selvää, että yksilöllä tulee olla vapaus päättää niin henkilökohtaisesta asiasta kuin oman terveytensä hoitamisesta.¹⁴¹ Tähän tulokseen on tultu diktatoorisesti hallituissa valtioissakin. Niinpä ei kansallissosialistisessa Saksassakaan menty niin pitkälle, että lääkärille olisi annettu oikeus ryhtyä hoitamaan potilasta vastoin tämän tahtoa ja että potilaalle olisi vastavasti määrätty velvollisuus turvautua lääkäriin heti tuntiessaan itsensä sairaaksi.¹⁴² Tällainen pakko, joka teoriassa saattaa tuntua tehokkaalta keinolta kansanterveyden kohottamiseksi, olisi käytännössä ilmeisesti ollutkin mahdotonta toteuttaa ja lisäksi se olisi varmaan heikentänyt potilaan luottamusta lääkäriin.

Koska suostumus on oikeudenmukaisen lääkärin toimenpiteen edellytys, on syytä selvittää, mitä vaatimuksia tällaisen suostumuksen tulee täyttää ollakseen pätevä. Sovellettaessa suostumukseen edellä suostumusopin yhteydessä esitettyjä periaatteita on tällöin otettava huomioon, että parannustoimenpiteeseen annetun suostumuksen ei tarvitse täyttää niin korkeita vaatimuksia kuin rikolliseen tekoon annetun. Tämä johtuu siitä, että parannustoiminta itsessään, objek-

¹⁴⁰ Näin v. *Hippel* II, s. 258—259; *E. Schmidt*, *Der Arzt*, s. 91; *Dietrich*, s. 67; *Schnitzler*, s. 34; *Engisch*, s. 35.

¹⁴¹ *Vilsmaier*, s. 23.

¹⁴² *E. Schmidt*, *Der Arzt*, s. 93—94; *Engisch*, s. 21; Saksan Korkein Oikeus, E. in Strafsachen, 19/6 1936.

tiivisesti katsoen on yhteiskunnan kannalta hyödyllistä silloinkin, kun se tapahtuu potilaan suostumuksesta, sensijaan että rikos säännönmukaisesti merkitsee yhteiskuntaelämän normaaliin kulkuun sopeutumaton, vahingollista tekoa.

Aikaisemmin on todettu, että suostumuksen ei tarvitse olla nimenomaan ilmaistu poistaakseen teon oikeudenvastaisuuden, vaan jo sallimisen sisältävä tahdonsuuntakin riittää suostumukseksi. Tämä periaate soveltuu erityisen hyvin lääkärin toimintaan annettuun suostumukseen. Kuitenkin voidaan usein sanoa, että lääkärin toimintaan on annettu konkludenttinenkin suostumus. Tarpeellisena ei ole pidettävä eräissä ulkomaisissa klinikoissa käytettyä tapaa vaatia hoitoon tulevalta potilaalta nimenomainen vakuutus siitä, että hän alistuu kaikkeen hänelle sairaalassa annettavaan hoitoon. Selvää näet on, että potilas on jo sairaalaan tulollaan konkludenttisesti suostunut siellä tavallisesti annettavaan hoitoon. Meidän maassamme vallitsevan käytännön mukaan ei erityisesti pyydetäkään potilaan suostumusta esimerkiksi vaarattomiin tutkimustoimenpiteisiin. Korkeintaan hänelle lyhyesti mainitaan niistä ja hänen suostumustaan pidetään itsestään selvänä, ellei hän nimenomaan ilmaise vastustavaa kantaansa.¹⁴³ Hengenvaaralliset tutkimustoimenpiteet ja hoitotavat ovat sensijaan kokonaan toisessa asemassa. Ennen sellaisten tekemistä on potilaan mieltä kysyttävä. Tämä on tärkeätä varsinkin siinä tapauksessa, että taudin hoitoon olisi jokin muu, leikkaukseen verrattuna siksi samanarvoinen mahdollisuus, ettei varmuudella tiedetä, kumpi vie parempaan tulokseen. Suuri merkitys on potilaan suostumuksella myös niissä tapauksissa, joissa leikkauksen tuloksena on tai saattaa olla jonkin elimen, esimerkiksi silmän, menettäminen, tai potilaalle koituu jokin tähän verrattava haitta. Kaikissa tällaisissa tapauksissa liittyy potilaan mielipiteen tiedustelemiseen lääkärin selostusvelvollisuus. Lääkärin on selostettava potilaalle tilanne, niin että tämä mahdollisimman hyvin pääsee selville siitä, mitä seurauksia teosta on odotettavissa. Potilaan tulee saada tietoja erikoisesti toimenpiteen onnistumisen mahdollisuuksista sekä yleensä että puheenaolevassa yksityistapauksessa.¹⁴⁴ Selostuksen laatu on tietenkin sovellettava potilaan kehitys- ja sivistystasoa vastaavaksi.

Kun kysymyksessä on lääkärin toimenpiteeseen annettu suostumus, ei potilaan iälle tarvitse asettaa suuria vaatimuksia. Tällä alalla

¹⁴³ Ks. Baehr, s. 22; Rosenberg, s. 83.

¹⁴⁴ Ks. Dietrich, s. 72; E. Schmidt, Der Arzt, s. 98—100.

merkitsisi oikeustoimikelpoisuuden vaatiminen ilmeistä kohtuuttomuutta. Kun eri tapaukset kuitenkin poikkeavat suuresti toisistaan, on kiinteän alimman ikärajan määrääminen mahdotonta. On eroa siinä, tuleeko seitsemän vuoden ikäinen lapsi esimerkiksi pyytämään, että häneltä poistettaisiin roska silmästä, vai onko kysymys tämän ikäiselle lapselle suoritettavasta hengenvaarallisesta toimenpiteestä. Ratkaisu suoritetaan, mikäli laissa ei nimenomaan ole muuta mainittu,¹⁴⁵ sen periaatteen mukaan, käsittääkö alaikäinen toimenpiteen laadun ja merkityksen. Jonkinlaisena ohjeena tässä suhteessa voidaan pitää LastSL:n säännöksiä, joiden mukaan huoltolautakunnalla on oikeus huolehtia alle kahdeksantoistavuotiaan henkilön terveyden hoitamisesta, ellei tämän holhooja siitä pidä huolta.¹⁴⁶ Jos suostumus potilaan alaikäisyyden vuoksi joudutaan pyytämään holhoojalta, on otettava huomioon, että tämän tekemän ratkaisun tulee sopeutua holhoustoimen yleiseen tarkoitukseen ja olla tehty alaikäisen parhaaksi.¹⁴⁷ Holhoojan velvollisuus on siksi suostua holhokin hengen pelastamiseksi tai terveyden palauttamiseksi ja säilyttämiseksi välttämättömään lääkärin toimenpiteeseen. Vaikka holhooja tällaista vastustaisikin, on lääkärillä oikeus ryhtyä siihen. Holhoojan mielipiteen tiedustelemisella on merkitystä siis etupäässä niissä tapauksissa, joissa sairauden hoitamiseen on useampia, suunnilleen samanarvoisia mahdollisuuksia.

Mielisairaahan tahdolle ei anneta oikeudellista merkitystä hänen sairautensa hoitoa koskevista kysymyksistä. Suostumus mielisairaalle tehtäviin hoitotoimenpiteisiin olisi siksi, mikäli toimenpide ei ole välttämätön hengen säilyttämiseksi tai terveyden palauttamiseksi, pyydettävä holhoojalta. Käytännössä näin ei kuitenkaan yleensä voida tehdä, koska useimmilla mielisairailla ei ole holhoojaa huolimatta siitä, että HolhL 19 §:n mukaan jokainen »mielipuoli» olisi asetettava holhottavaksi. Vanhastaan voimassaolleen, vakiintuneen tavanomaisen oikeuden mukaan ryhdytäänkin siksi mielisairaalassa keneltäkään lupaa kysymättä kaikkiin asianmukaisiin hoitotoimenpiteisiin, olivatpa ne varsinaista psykiatrista hoitoa tai muita potilaan hyväksi tehtäviä parannustoimenpiteitä. Jos potilaalla on holhooja, on MielisairasL 8 §:n mukaan potilas tämän vaatimuksesta poistettava sai-

¹⁴⁵ Ks. tästä aikaisemmin mainittuja MielisairasL 6 ja 9 §:ä sekä SterL 5 §:ä.

¹⁴⁶ Ks. LSL 9 §:n 2 momenttia.

¹⁴⁷ Ks. tästä erityisesti *Melander*, s. 131—132. Ulkomaisesta tieteisopista ks. *Vilsmaier*, s. 31, sekä Saksan *Korkein Oikeus*, E. in Strafsachen 30/6 1911.

ralasta, mikäli hänen hoitonsa tai yleinen turvallisuus ei joudu vaa-
raan.

Vapaan hoidon periaatetta ei nykyisessä yhteiskunnassa voida poikkeuksetta toteuttaa. Potilaan tahdolle ei anneta ratkaisevaa merkitystä silloin, kun yhteiskunnan etu vaatii määrättyyn suuntaan käyvää toimintaa. Niinpä on kaikkina aikoina sairaan tahdosta riippumatta pyritty ehkäisemään tarttuvien tautien leviämistä. Viime vuosikymmeninä ovat ns. pakkohoitotapaukset suuresti lisääntyneet.¹⁴⁸ Sellaisina mainittakoon rokotukset,¹⁴⁹ alkoholistihuolto,¹⁵⁰ sukupuolitautilien hoitaminen¹⁵¹ ja SterL:n mukainen suvunjatkamiskyvyn poistaminen.¹⁵² Kaikki nämä toimenpiteet voidaan siten potilaalle tehdä vastoin hänen tahtoaan.¹⁵³

Lääkäri joutuu usein tilanteeseen, jossa potilaan suostumuksen hankkiminen ei käy päinsä. Näin on asianlaita esimerkiksi potilaan

¹⁴⁸ Lääkäri joutuu tällaisissa tapauksissa toimimaan vasta viranomaisen annettua määräyksen. Tämä määräys korvaa siten potilaan antaman suostumuksen.

¹⁴⁹ Rokotus on meidän maassamme toistaiseksi pakollinen vain isoarokkoa vastaan. RokotusL 19 §:n mukaan holhooja tai huoltaja, joka ei täytä velvollisuuttaan tässä suhteessa, voidaan tuomita sakkorangaistukseen.

¹⁵⁰ Alkoholistihuolto kuuluu AlkohL:n säännösten mukaan kunnallisille huoltolautakunnille, jotka voivat määrätä alkoholistin raittiusvalvonnan alaiseksi tai hoidettavaksi yleisessä alkoholistihuoltolassa.

¹⁵¹ SukupuolitautiL:n mukaan on tarttuvalla asteella olevaa tautia sairastavan velvollisuus alistua lääkärin hoitoon ja noudattaa hänelle annettuja hoito-ohjeita. Potilas voidaan myös sulkea sairaalahoitoon, vaikka se ei olisi hänen tautinsa hoidolle välttämätöntä, jos hän on vaarallinen ympäristölleen.

¹⁵² SterL:n mukaiset toimenpiteet, sterilisatio ja kastratio, tähtäävät kumpikin sellaisten henkilöiden suvunjatkamiskyvyn poistamiseen, jotka ovat tylsämielisiä tai mielisairaita, ja joihin nähden on syytä varoa vajaakelpoisuuden periytyvän jälkeläisiin tai näiden jäävän vanhempien vajaakelpoisuuden vuoksi huoltoa vaille. Samat toimenpiteet koskevat niitä, jotka lainvoiman saaneella tuomiolla on osoitettu syypäiksi voimakkuutensa puolesta luonnotonta sukuviettiä todistavaan rikokseen tai rikoksen yritykseen, ja joita perustelluin syin voidaan pitää toisen henkilön terveydelle vaarallisina.

¹⁵³ Näistä toimenpiteistä on erotettava tapaukset, joissa yksilö yritetään »välilistä pakkoa» käyttämällä saada alistumaan hoitotoimenpiteeseen, ja joita ilmenee erityisesti vakuutus oikeuden alalla. TTapL 22 §:n mukaan vahingoittunut on velvollinen alistumaan lääkärin määräämään hoitoon, ei kuitenkaan hengenvaaralliseksi katsottavaan leikkaukseen. Jos vamma on pahentunut tai sairaus pitkittynyt sen johdosta, ettei hän ole lääkärin hoitoon suostunut, voi sairas menettää oikeutensa korvauksen saamiseen. Tämä koskee myös elinkoron saajaa, joka kieltäytyy alistumasta työkykynsä korottamista koskevaan lääkärin toimenpiteeseen. — Samansuuntaisia säännöksiä on STapL:ssa.

ollessa tajuton tai niin sairas, ettei hän voi ilmaista mielipidettään. Samanlainen on tilanne silloin, kun hoidettavaksi joutuneen, suostumiskelpoisuutta vailla olevan henkilön etu vaatii niin nopeasti suoritettavia toimenpiteitä, ettei aika riitä hänen holhoojansa mielipiteen tiedustelemiseen, vaikka nämä viimeksimainitut tapaukset tosin kuuluvat yleensä niihin, joissa holhoojan kielteinen suhtautuminen ei voisiakaan estää lääkärin toimintaoikeutta. Tilanne, jossa suostumusta ei voida pyytää, muistuttaa pakkotilaa siinä suhteessa, että kysymyksessä on eri etujen yhteensattuminen.¹⁵⁴ Ilmeistä on, että se etu, mikä potilaalla on henkensä tai terveytensä säilyttämisestä, on suurempi kuin hänen intressinsä siitä, että hän saa itse määrätä terveytensä hoitamisesta. Lääkärillä on siten näissä tapauksissa oikeus olettaa, että jos potilas olisi voinut, hän olisi antanut suostumuksensa hoitotoimenpiteeseen. Toimenpiteen oikeudenvastaisuuden poistaa tämän johdosta ns. asiainhuolto edellytetyn suostumuksen perusteella, josta myöhemmin tulee puhetta.

Jos katsotaan, ettei lääkärin toiminta täytä pahoinpitelyn tunnusmerkistöä, ei potilaan suostumukset tehtyyn parannustoimenpiteeseen yleensä sovellu mikään rikoslain säännös, harvoja poikkeustapauksia lukuunottamatta.¹⁵⁵ Oman luokkansa muodostavat sensijaan ne tapaukset, joissa lääkärin toiminta suuntautuu kokonaan kolmannen henkilön auttamiseen ollenkaan tavoittelematta sen henkilön parantamista, johon toimenpide kohdistuu. Viimeksimainitut toimenpiteet, esimerkiksi verensiirto, voidaan hyvällä syyllä lukea pahoin-

¹⁵⁴ Ks. *Vilmsmaier*, s. 41.

¹⁵⁵ Pakottamisena voidaan lääkärin tekoa pitää, jos hän on käyttänyt väkivaltaa tai uhkausta saadakseen potilaan suostumaan hoitotoimenpiteeseen. Tällainen menettely on tietenkin käytännössä sängen harvinaista. Kaikkea uhkaamista ei voida pitää oikeudenvastaisena pakottamisena. Niinpä lääkärillä tulee olla oikeus uhata poistaa sairaalasta potilas, joka ei alistu siellä annettavaan hoitoon.

Joskus saattaa lääkärin toiminta olla potilaan laitonta vangitsemista. Näin on asianlaita kuitenkin vain silloin, kun toimenpiteellä on ollut tällainen tarkoitus ja vapaus on ainakin jonkin aikaa ollut menetettynä.

Serlachius-Särkilähti, Oppikirja II, s. 22, on katsonut potilaan suostumukset tehdyn parannustoimenpiteen täyttävän pahoinpitelyn tunnusmerkistön: »Esimerkkinä mainittakoon lääkäri, joka vastoin potilaan nimenomaista kieltoa vetää hampaan tämän suusta ja siten päästää hänet ainaisesta säystä, mutta sillä myös pilaa hänen ulkonäkönsä; tahi joka vastoin potilaansa kieltoa leikkaa hänen palmikkonsa poikki ja siten vapauttaa hänet päänkivusta, mutta samalla riistää häneltä hänen kauniin tukkansa». — Tosin kummassakin esimerkissä lääkärin teosta on koitunut potilaan ulkomuotoa häiritsevä haitta.

pitelyn tunnusmerkistön täyttäviin tekoihin. Koska ne muodostavat joko lievän tai törkeätä lievemmän pahoinpitelyn, poistaa loukatun antama suostumus niiden oikeudenvastaisuuden. Erikoisasemassa ovat myös sellaiset toimenpiteet, jotka kuuluvat yhteiskunnalliseen terveyshuoltoon, potilaan parantamistarkoituksen niistä kokonaan puuttuessa. Esimerkkinä mainittakoon SterL:n tarkoittama suvunjatkamiskyvyn poistaminen. Tätä onkin usein pidetty pahoinpitelynä, Niinpä *Honkasalo* huomautti eräässä ennen SterL:n voimaantuloa julkaistussa kirjoituksessaan,¹⁵⁶ ettei potilaan suostumus saattanut poistaa tällaisen, törkeäksi pahoinpitelyksi katsottavan toimenpiteen rangaistavuutta, vaan lainsäädännöllinen ratkaisu oli asiassa tarpeen. Mainitun lain voimaantultua saavat sen mukaiset toimenpiteet laista oikeutuksensa. Epäselväksi jää kuitenkin edelleen esimerkiksi sellainen tapaus, jossa lääkäri puheenaolevan lain muotomääräyksiä noudattamatta ryhtyy lain tarkoittamaan suvunjatkamiskyvyn poistamiseen potilaan suostumuksetta. Oikean mielipiteen mukaan lääkäri on tässä tapauksessa syyllistynyt pahoinpitelyyn, mikäli hänen toimenpiteeltään kokonaan puuttuu parantamisen tarkoitus.

Saksan uuden rikoslain ehdotuksissa oli potilaan suostumuksetta tapahtuvaa lääkärin toimintaa varten muodostettu erityinen tunnusmerkistö, ns. omavaltainen parantaminen (saks. *eigenmächtige Heilbehandlung*).¹⁵⁷ Ehdotuksen mukaan omantunnontarkan lääkärin ammatin harjoittamista vastaavat toimenpiteet ja menettelytavat eivät olleet pahoinpitelyä, mutta sensijaan ne voivat eräin edellytyksin tulla rangaistaviksi potilaan vapautta vastaan suuntautuvina tekoina.¹⁵⁸ Teosta saatiin nostaa syyte vain asianomaisen tekemän ilmi-

¹⁵⁶ Ks. *Honkasalo*, *Steriliseringen*, s. 291.

¹⁵⁷ Säännös esiintyi ensimmäisen kerran v. 1919 ilmestyneessä rikoslain ehdotuksessa ja sen jälkeen jatkuvasti vuosien 1925, 1927, 1930 ja 1936 ehdotuksissa. Viimeksimainitussa se oli seuraavan sisältöinen: »Wer einen anderen ohne seine Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft. — Ebenso wird ein Arzt bestraft, der eine ärztliche gebotene Abbrechung der Schwangerschaft oder Tötung eines in der Geburt befindlichen Kindes ohne Einwilligung der Schwangeren oder ohne die erforderliche Zustimmung der zuständigen Gutachterstelle vornimmt. — Konnte der Täter die Einwilligung nicht einholen, ohne durch den Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernst zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar. — Über die Verfolgung der Tat wird ernst nach Anhörung des Verletzten entschieden». Ks. *Rietzsch*, *Gürtner*, *Das kommende*; *Bes. Teil*, s. 430.

¹⁵⁸ »Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen, können aber als eigenmächtige Heil-

annon perusteella. Lakiehdotukseen sisältyi myös määräys siitä, että teosta ei tullut rangaistusta, jos potilaan suostumusta ei voitu hankkia vakavasti vaarantamatta hänen terveyttään. Tämän lainsäädännön periaate, jonka mukaan potilaan suostumuksetta tapahtunut lääkärin toimenpide loukkaa hänen vapauttaan eikä ruumiillista koskemattomuuttaan, on epäilemättä oikea, sillä sanottu toimenpide kohdistuu juuri yksilön oikeuteen saada toimia tai olla toimimatta mielensä mukaan.¹⁵⁹ Tätä intressiä loukkaa lääkärin toimenpide siinäkin tapauksessa, että potilaan fysiologinen tila ei sen johdosta ollenkaan huonone. Jos meidän lainsäädäntöömme otettaisiin potilaan suostumuksetta tapahtuvaa lääkärin toimintaa koskeva säännös, olisi asianmukaisinta liittää se vapautta vastaan tehtyjä rikoksia koskevien rangaistussäännösten yhteyteen. Säännöksen laatiminen ei tosin olisi helppoa. Se kävisi päinsä vain siinä tapauksessa, että pystyttäisiin täsmällisesti ratkaisemaan suostumuksen muotoa, suostumiskelpoisuutta ja muita tällaisia, suostumuksen pätevyysvaikutuksia seikkoja koskevat kysymykset. Säännöksessä olisi myös mainittava pakkohoitotapauksista, joissa viranomaisen päätös korvaa potilaan antaman suostumuksen. Lainsäädännön käytännöllistä arvoa ei voitaisi pitää kovin suurena. Käytännössä on näet tavallista, että potilas jälkeinpäin antaa hyväksymyksensä sellaisillekin lääkärin toimenpiteille, joihin häneltä ei ole lupaa kysytty. Muutenkin näyttää lääkärin toimintaa koskeva, vähitellen vakijuntuneisiin muotoihin kiteytynyt tavanomainen oikeus voivan ratkaista tällä alalla syntyvät pulmat.¹⁶⁰

VII. ERÄÄN SUOSTUMUSTA LÄHELLÄ OLEVAN OIKEUTTAMISPERUSTEEN MERKITYS.

Aineellisen oikeudenvastaisuuskäsitteen kannattajat eivät aina ole tyytyneet siihen, että loukatun suostumus tunnustetaan oikeuttamisperusteeksi, vaan ovat katsoneet muidenkin positiivisessa oikeudessa mainitsematta jätettyjen perusteiden saattavan tehdä tunnusmerkistönmukaisen teon oikeudenmukaiseksi. He ovat selittäneet, että jos

behandlungen bestraft werden». Ks. *Rietzsch, Gürtner, Das Kommende, Bes. Teil*, s. 392.

¹⁵⁹ Ks. *Serlachius-Särkilähti, Oppikirja II*, s. 53.

¹⁶⁰ Samalla kannalla on *Serlachius-Särkilähti* rikoslain ehdotus. Ks. v. 1922 ilmestyneen painoksen perustelujen s. 67.

suostumus olisi ainoa laissa säännöstelemätön oikeuttamisperuste, jouduttaisiin useita sellaisia tekoja, jotka vallitsevan oikeusvakauksen mukaan selvästi on jätettävä rankaisematta, pitämään rangaistavina. Esimerkkeinä näistä he ovat luetelleet mm. seuraavat:

1) Lääkäri tekee leikkauksen kadulta löydetylle, tapaturman uhriksi joutuneelle henkilölle, jolta ei voida pyytää suostumusta tähän toimenpiteeseen.

2) Hengenpelastaja tuo maihin hukkuvan ryhtyen tätä virvoittamaan, mutta on joutunut pelastustyönsä aikana väkivalloin hukkuvan otteen irroittaessaan aiheuttamaan hänelle lievän vamman.

3) Ohikulkija tunkeutuu taloon, josta isäntäväki on poissa, koska huomaa, että siellä on vesijohto rikkoontunut, ja estää siten veden aiheuttamasta vahinkoa talon omistajalle.

4) A avaa ystävälleen B:lle tulleen kirjeen arvaten sen sisältävän tärkeän asian, jonka suorittamista ei voida siirtää siksi, kunnes B palaa matkoilta.

5) A kulkee B:n omistamalla metsästysalueella, näkee siellä haavoittuneen eläimen sekä ampuu sen toimittaen sen sitten B:lle.

6) A tulee tapaamaan ystäväänsä B:tä, mutta kun tämä ei ole kotona, jää A odottamaan B:n asuntoon sekä polttaa odotellessaan savukkeen B:n pöydällä olevasta rasiasta, koska on varma siitä, ettei B:llä ole mitään tällaista tekoa vastaan.

7) A ottaa vastaan ystävälleen B:lle kuuluvan rahalähetyksen kuitaten sen B:n nimellä saadakseen nostaa sen. A tietää, että asia on kiireellinen ja että B:tä ei saada käsiin.¹

Nämä saksalaisen rikosoikeustieteen käyttämät esimerkit eivät tosin kaikki osoita erityisen oikeuttamisperusteen tarpeellisuutta. Saksan rikoslaissa ovat näet pakkotilaa koskevat säännökset niin suppeat, ettei mitään edellämainittua tapausta voida niiden mukaan pitää pakkotilana, kun taas meidän lainsäädäntömme mukaan useimpiin riistä soveltuu RL 3:10, koska tekijä on ilmeisesti ryhtynyt toimimaan pelastaaksensa itseään tai toista taikka omaansa tai toisen omaisuutta pakottavasta vaarasta, jota ilman pelastus olisi ollut mahdoton.² Myönnettävä kuitenkin on, että tästä huolimatta jää jäl-

¹ Esimerkit on maininnut *Traeger*, s. 154; *Schwind*, s. 8; *Eichler*, s. 5; *Küttemann*, s. 8; v. *Hippel* II, s. 249, huom. 7.

² Pakkotilassa tehdyt teot on tieteisopin mukaan katsottu rankaisemattomiksi toisinaan niiden oikeudenmukaisuuden, toisinaan niiden anteeksiannettavuuden tähden. Tämän käsityksen mukaan pakkotilassa tehdyiltä teolta puuttuu siis toisinaan rikoksen objektiivinen, toisinaan subjektiivinen puoli.

jelle tapauksia, joita ei meidän oikeutemme mukaan voida pitää pakkotilana. Näihin kuuluvat esimerkiksi ne, jotka edellämainituissa esimerkeissä ovat viidentenä ja kuudentenä. On siksi syytä selvittää, miten tällaiset teot on oikeudellisesti arvosteltava.

Sangen usein on rikosoikeustieteessä edellämainittujen tapausten yhteydessä puhuttu ns. edellytetystä eli oletetusta suostumuksesta (saks. *mutmassliche Einwilligung*),³ jonka luoja ja kehittäjänä on ollut Mezger. Hän määrittelee tämän käsitteen objektiiviseksi, tuomioistuimessa suoritettavaksi todennäköisyyspäätelmäksi siitä, että asianomainen loukattu olisi tekoon suostunut, jos olisi tuntenut kaikki sitä koskevat asianhaarat.⁴ Mezgerin teoksista ilmenee, että hän antaa edellytetylle suostumukselle suuren merkityksen pitäen sitä todellista suostumusta vastaavana oikeuttamisperusteena,⁵ joka pohjautuu todellisen suostumuksen tavoin »puuttuvan intressin» periaatteeseen ja merkitsee »tahdonsuuntateorian kehittämistä käytännön vaatimiin nuihtoihin».⁶ Mezger on selittänyt, että edellytetty suostumus voidaan katsoa todellisen suostumuksen johdonmukaiseksi jatkoksi. Mezger on erityisesti korostanut sitä, että edellytettyä suostumusta ei ole oikeutta pitää »luullun suostumuksen» (»vermutete Einwilligung») kaltaisena, josta voidaan puhua silloin, kun tekijä on erehdyksessä luullut saaneensa loukatulta suostumuksen. Päinvastoin kuin edellytetty suostumus saattaa luultu suostumus muodostua vain teon tahallisuuden, mutta ei sen oikeudenvastaisuuden poistavaksi perusteeksi.⁷ Mezger on vielä maininnut, että tekijä ei saa perustaa oikeuttaan myöskään siihen uskoon, että loukattu mahdollisesti teon jälkeen tulee antamaan sille hyväksymyksensä.⁸

Edellytetyn suostumuksen muodostaman oikeuttamisperusteen käytön edellytyksistä ei saksalaisessa rikosoikeustieteessä ole päästy täysin yksimielisiksi. Mezger väittää, että mainittua oikeuttamispe-

³ *Sipilä*, s. 256, käyttää termiä »edellyttämisperusteinen suostumus».

⁴ *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 219—220: »Mutmassliche Einwilligung bedeutet ein objektives, richterliches Wahrscheinlichkeitsurteil dahin, dass der Betroffene, wenn er volle Kenntnis der Sachlage besessen hätte, von seinem persönlichen Standpunkt aus in die Handlung eingewilligt hätte».

⁵ *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 220.

⁶ » » » s. 224.

⁷ *Köhler*, *Strafrecht*, s. 395; *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, s. 107; *Ahrens*, s. 61, samastavat edellytetyn ja luullun suostumuksen. Ahrens käyttää tästä käsitteestä nimitystä »fingierte Einwilligung».

⁸ *Mezger*, *Lehrbuch* 1933, s. 220.

rustetta voitaisiin soveltaa silloinkin, kun loukattu on nimenomaan ilmaissut vastustavan tahtonsa, mikäli loukatun kielteinen suhtautuminen on johtunut siitä, ettei hän ole ollut tilanteen tasalla eikä siksi ole pystynyt arvioimaan sitä yhtä hyvin kuin tekijä.⁹ Tätä mielihoidettua eivät kuitenkaan muut sanotun oikeuttamisperusteen soveltajat ole hyväksyneet. Edellytettyä suostumusta on katsottu voitavan käyttää vain sellaisissa tapauksissa, joissa loukatun suhtautumisesta tekoon ei ole ollut tietoa.¹⁰ Selvää on, että mainittua oikeuttamisperustetta ei ole tarvittu silloin, kun loukattu on antanut tekoon suostumuksensa. Tässäkin kohdin on edellytetyn suostumuksen käyttämisen tarpeesta oltu eri mieltä riippuen siitä, onko tahdon-suuntateoriaa vai tahdonilmaisuteoriaa pidetty oikeana. Kun tahdonilmaisuteorian kannattajien mielestä pätevän suostumuksen antamiseen vaaditaan ilmaistu salliminen, he ovat joutuneet tarvitsemaan edellytettyä suostumusta teon oikeuttamisperusteeksi huomattavasti useammin kuin tahdon-suuntateorian kannattajat, joiden käsityksen mukaan todelliseksi suostumukseksi riittää loukatun myönteinen tahdon-suuntakin.

Tavasta, jolla edellytetyn suostumuksen perusteena oleva todennäköisyyspäätelmä on tehtävä, on tietoisopissa myöskin esitetty eri suuntiin käyviä mielipiteitä. On kysytty, olisiko tässä kohdin huomioitava asianomaisen henkilön mahdollinen yksilöllinen mielipide vai tyydyttävä harkitsemaan, miten järkevä keskitason ihminen puheenaolevassa tapauksessa toivoisi meneteltävän. Mezger on päättävästi ollut edellisen vaihtoehdon kannalla scittäen, ettei edellytetyyn suostumukseen ole lupa tuoda normatiivisia aineksia, vaan se on perustettava yksinomaan puuttuvan intressin periaatteeseen.¹¹

⁹ Mezger, Lehrbuch 1933, s. 221.

¹⁰ Näin Arndt, s. 34; Honig, s. 26; v. Hippel II, s. 256; Liszt-Schmidt, s. 213, huom. 6; Allfeld, s. 144, huom. 51; v. Weber, s. 48; Traeger, s. 172; v. Morenhoffen, s. 32; Schwind, s. 23. — Tämä seikka on nimenomaan mainittukin mm. Küttemannin ja Arndtin määritelmässä. Edellisen mukaan (s. 10) edellytetty suostumus on »ein richterliches Urteil dahingehend, dass beim Nichtvorliegen eines Widerspruches oder einer Zustimmung des Verletzten eine Handlung trotzdem in seinem Sinne erfolgte weil er bei Kenntnis der Sachlage seine Einwilligung erteilt haben würde». Samaan suuntaan myös Honig, s. 153, huom. 58.

¹¹ Ks. Mezger, Lehrbuch 1933, s. 220: »Es handelt sich nicht also... nicht darum, festzustellen, was er (tarkoittaa loukattua) vernünftigerweise in dieser Sachlage hätte tun sollen, sondern darum, wie er sich (aller Voraussicht nach) aus seiner ganz persönlichen Willensrichtung heraus wirklich verhalten hätte».

Tätä vastaan on saksalaisessa rikosoikeustieteessä huomautettu, että todellisuudessa on usein mahdotonta tuntea loukatun yksilöllistä mielipidettä, joten ainoaksi keinoksi kuitenkin jää turvautuminen objektiiviseen arviointiin harkitsemalla, mitä keskitason ihminen kysymyksessäolevassa tapauksessa haluaisi.¹²

Edellytetyn suostumuksen määritelmässään Mezger on maininnut teon olevan oikeudenmukaisen, jos loukattu olisi oikean asianlaidan tuntiessaan suostunut siihen. On esitetty tapauksia, joissa tekijä sattumalta, vieläpä tahtomattaan, on tullut aiheuttaneeksi loukatulle hyödyllisen seurauksen, ja kysytty, saadaanko edellytettyä suostumusta käyttää näiden oikeuttamisperusteena. Esimerkkinä on mainittu mm. se, että murtovaras herättää taloon tunkeutuessaan perheenemännän, joka tällöin huomaa viereisessä huoneessa nukkuvan lapsensa olevan kuolemaisillaan häikämyrkytykseen ja rientää pelastamaan tämän. Koska ei ole voitu katsoa murron saavan tästä sattumasta oikeutusta. Mezgerin määritelmää on korjattu siten, että on katsottu teon tulevan oikeudenmukaiseksi vain silloin, kun tekijä jo tekoa tehdessään on edellyttänyt loukatun suostuvan siihen.¹³

Mezger on katsonut edellytetyn suostumuksen muodostuvan teon oikeuttamisperusteeksi kaikissa niissä tapauksissa, joissa todellinen suostumuskin saattaa tehdä teon oikeudenmukaiseksi. Edellytetyn suostumuksen käyttöala on tällä tavoin tullut sangen laajaksi. Muut saksalaisen rikosoikeustieteen edustajat ovatkin yrittäneet jollakin tavoin rajoittaa tämän oikeuttamisperusteen vaikutusta. Sangen yleisesti on vaadittu, että ollakseen oikeudenmukainen tulee edellytetyn suostumuksen nojalla tehdyn teon olla tapahtunut loukatun intressin edistämiseksi,¹⁴ mihin usein on lisätty myös se ehto, että tekijällä on täytynyt olla auttamisen tarkoitus.¹⁵ Tällä tavoin on muodostettu uusia oikeuttamisperusteita, joille on annettu nimeksi milloin »toimiminen loukatun intressissä»,¹⁶ milloin »lähimmäisen apu»,¹⁷ milloin taas »todellisen hyvän periaate». ¹⁸ Huolimatta siitä, että näiden periaatteiden kannattajien mielipiteet pääkysymyksissä muistuttavat toisiaan, heidän esit-

¹² Ks. Küttemann, s. 28; Arndt, s. 31; Schwind, s. 25.

¹³ Näin Arndt, s. 34; Traeger, s. 162 ja 164; v. Morenhoffen, s. 23; Schwind, s. 30.

¹⁴ Näin esim. Eichler, s. 47 jne.; v. Weber, s. 47—53.

¹⁵ Ks. esim. Traeger, s. 154; Küttemann, s. 48.

¹⁶ Ks. ed. huom. 14.

¹⁷ Näin Traeger, s. 154; Schwind, s. 30.

¹⁸ Näin Hegler, Z 36, s. 42; Köhler, s. 398; Küttemann, s. 48 jne.

tämiensä teorioiden yksityiskohdat poikkeavat toisistaan useissa suhteissa.¹⁹

Eniten huomiota ansaitsee epäilemättä tämän suunnan teorioista se, joka on ottanut lähtökohdakseen ns. negotiorum gestio- eli asiainhuollon periaatteen. Tosin tämä periaate ei, enempää kuin muutkaan alussa lueteltujen tapausten ratkaisuun käytetyt teoriat, saa tukea positiivisesta rikoslainsäädännöstä, mutta sensijaan se tavataan siviililaeissa, kuten esimerkiksi KK 18 luv. 3 ja 10 §:ssä. Edellisessä lainkohdassa säädetään, ettei valtakirjan antaja vastaa siitä, mitä asiamies hänen käskemättään ottaa lainaksi tai päättää toisen kanssa, ellei tämän näytetä tulleen päämiehelle hyödyksi. Tämä säännös on siis sen yleisen periaatteen ilmaisuna, että asiamiehellä on oikeus päämiehensä hyödyksi tehdä sellaisiakin tekoja, joihin hän ei ole nimenomaan saanut lupaa. KK 18:10 taas säättää, että jos jonkun poissaollessa tapahtuu jotain, johon hän ei ole voinut määrätä asiamiestä, hänen sukulaisensa ja ystävänsä saavat kantaa ja vastata hänen puolestaan, pantuaan vaadittaessa takauksen siitä, että poissaoleva tyytyy asiamiehen tekoihin; poissaolleella on palatuaan oikeus vaatia vahingonkorvausta asiamieheltä tai takuumieheltä, ellei hän ole tyytyväinen. Tämä säännös koskee *Chydeniuksen* mielipiteen mukaan vain oikeudenkäyntiä,²⁰ mutta *Kivimäki* sensijaan huomauttaa sitä tieteisopissa sovelletun myös yksityisoikeudellisiin, varsinkin yksipuolisiin oikeustoimiin, kuten irtisanomiseen.²¹

Rikosoikeuteen on asiainhuollon periaatetta ensimmäisenä soveltanut saksalainen *Rosenberg*.²² Hänen jälkeensä on sitä edelleen kehittänyt *Zitelmann*, ja sen kannattajia ovat yleensäkin olleet kaikki oikeustoimiteorian edustajat.²³ Heidän lisäksi ovat mm. *Ahrens* ja *v. Hippel* nähneet siinä oikean ratkaisun.²⁴ Asiainhuollon periaatteen soveltaminen rikosoikeuteen merkitsee, että loukatun oikeushyviä vastaan suuntautuva teko saattaa olla oikeudenmukainen ilman tämän suostumustakin, jos se koituu tälle hyödyksi. Hyö-

¹⁹ Erityisesti on eroa siinä, pitääkö tekijällä olla auttamisen tarkoitus, samoin kuin siinä, tuleeko teon vastata hänen edellytettyä tahtoaan.

²⁰ *Chydenius*, s. 260.

²¹ *Kivimäki*, s. 116.

²² *Rosenberg*, s. 72.

²³ *Zitelmann*, s. 102; *Fischer*, s. 289. — Rajoitetun oikeustoimiteorian kannattajista ovat tämän oikeuttamisperusteen hyväksyneet mm. *Frank*, s. 144; *Honig*, s. 165.

²⁴ Ks. *Ahrens*, s. 21; *v. Hippel II*, s. 249.

tyä arvioitaessa on tietenkin otettava huomioon muutkin kuin taloudelliset seikat. Hyödyllisiksi on katsottava sellaiset teot, joiden edistämä intressi on suuriarvoisempi kuin teon loukkaama etu. Autamisen tarkoitus subjektiivisena momenttina ei ole välttämätön, vaikka se käytännössä tietenkin useimmiten liittyy tekoon.

Voidaan kysyä, eikö asiainhuollon periaatteen soveltaminen tietäisi sitä, että kuka hyvänsä olisi oikeutettu loukkaamaan toisen henkilön intressejä, kunhan teko vain objektiivisesti arvostellen olisi tälle hyödyksi. Periaatteen käyttäminen johtaisikin todella tällaiseen kohtuuttomaan tulokseen, ellei siinä ollenkaan otettaisi huomioon asianomaisen loukatun tahtoa. Sensijaan tämä haitta vältetään, jos asiainhuollon periaate yhdistetään edellytettyyn suostumukseen. Tämän periaatteen mukaan asiainhuoltoa pidetään oikeudenmukaisena vain silloin, kun jälkeinpäin tapahtuneen objektiivisen arvioinnin perusteella todetaan tekijällä olleen syytä otaksua, että loukattu olisi tilanteen tuntiessaan antanut tekoon luvan. Asiainhuollosta voidaan tietenkin puhua vain silloin, kun loukatun todellinen tahto ei ole tekijän tiedossa eikä tällä ole tilaisuutta saada sitä selville. Tällainen yhdistetty asiainhuollon ja edellytetyn suostumuksen teoria, jota on kannattanut mm. *Hippel*,²⁵ johtaa käytännössä epäilemättä parhaisiin tuloksiin. Kysymyksessäolevan oikeutamisperusteen nimeksi voidaan antaa »asiainhuolto edellytetyn suostumuksen perusteella». Tämä peruste tekee teon oikeudenmukaiseksi samoissa tapauksissa kuin loukatun antama todellinen suostumus. Sanotun oikeuttamisperusteen käyttöala voidaan määritellä seuraavasti: Yksilön intressejä vastaan suuntautuva teko on oikeudenmukainen ilman loukatun suostumustakin, jos se loukatun edellytetyn tahdon mukaan tehdään hänen edukseen, eikä tekijällä ole ollut tilaisuutta saada selville loukatun mielipidettä asiasta.²⁶

²⁵ Ks. v. *Hippel* II, s. 249. Samalla kannalla *Hagerup*, *Strafferet*, s. 215. Eräät *Stephenin*, s. 207, mainitsevat esimerkit osoittavat niinkään tähän suuntaan.

²⁶ Esimerkkinä tapauksesta, josta tällainen edellytettyyn suostumukseen perustuva asiainhuolto tulee kysymykseen, voidaan mainita seuraava: Lääkäri tekee leikkauksen A:lle tämän suostumuksin. Leikkauksen yhteydessä havaitsee lääkäri, että toimenpide on ulotettava laajemmalle kuin aikaisemmin oli otaksuttu. Lääkäri voisi menetellä niin, että hän jättäisi leikkauksen tekemättä, antaisi potilaan herätä narkoosista ja kysyisi sitten tältä luvan, mutta kun potilaan intressin mukaista ilmeisesti on, että leikkaus toimitetaan viivytyksettä, ja oletettavissa on, että potilas antaisi siihen suostumuksensa, lääkäri tekee leikkauksen. Hänen toimenpidettään ei voida katsoa oikeudenvastaiseksi, sillä potilaan suostumuksen, mikä säännön-

Teko, joka tapahtuu tekijän omaksi hyödyksi tai kolmannen henkilön eduksi, ei saa edellämainitusta periaatteesta oikeutusta. Koska se ei ole loukatun hyödyksi, se jää oikeudenvastaiseksi. Tämä ei kuitenkaan merkitse, että se poikkeuksetta rangaistaisiin. Useissa tapauksissa kuuluu rikokselle ominaiseen tahallisuuteen, että tekijä tietää loukatun olevan tekoa vastaan. Näin on asianlaita esimerkiksi kysymyksen ollessa varkaudesta ja näpistämisestä. Jos A ystävänsä B:tä odotellessaan ottaa savukkeen tämän pöydältä, ja A:lla on ollut täysi syy uskoa, ettei B pitäisi tekoa rikoksena, seuraa lästä, että A:n teko jää rankaisematta.²⁷

VIII. SUOSTUMUS TULEVASSA LAINSÄÄDÄNNÖSSÄ.

Rikosoikeustieteessä on yleensä oltu yksimielisiä siitä, että suostumusopin useimmat riitakysymykset ratkaistaisiin parhaiten positiivisin säännöksin. Erimielisyyttä on kuitenkin ilmennyt siitä, olisiko laissa tarpeellista määritellä suostumuksen käsitteen ominaisuudet. Myönteisen vastauksen puolesta puhuu näiden suhteen ilmennyt epätietoisuus,¹ kielteisen kannan perusteeksi taas on mainittu, että »rikoslaki ei ole rikosoikeustieteen oppikirja».² Täydellisimmän käsitelmääritelmän lienee laatinut *Traeger*. Se kuuluu näin:³ »Suostumus on vapaaehtoinen, vakavasti tarkoitettu, aina

mukaisesti on oikeudenmukaisen lääkärin toiminnan edellytys, korvaa tässä tapauksessa edellytetyn suostumuksen perusteella tapahtunut asiainhuolto.

²⁷ Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja II, s. 175; *Forsman*, De särskilda I, s. 91: »Vidare fodras för detta uppsåt, att gärningsmannen vet, att egaren eller innehafvaren icke bifaller till tillgreppet af tinget eller egendom, eller åtminstone att han icke har någon anledning att antaga egarens eller innehafvarens bifall. Har han en sådan anledning, föreligger icke tjufnad».

Tässä yhteydessä mainittakoon myös *Olivecronan*, s. 51, mielipide. Hän huomauttaa, että ellei esineen ottamiseen ole saatu omistajan suostumusta, on yleensä katsottava teon tapahtuneen omistajan tahdon vastaisesti, sillä on oletettava, että kukaan ei halua antaa toiselle tavaroitaan. Epäilemättä onkin asianlaista tällainen yleisesti ajatellen. Tämä ei kuitenkaan estä sitä, että poikkeukseksi katsottavassa yksityistapauksessa tekijällä on voinut olla täysi syy otaksua, ettei omistaja ole tekoa vastaan.

¹ Näin *Gerland*, Vergl. Darst., s. 527; *Traeger*, s. 140; *Albers*, s. 34.

² Näin esim. *Dohna*, Rechtswidrigkeit, s. 143; *Mannheimer*, s. 85. Viimeksimainittu katsoo kuitenkin, että laissa tulisi määritellä suostumiskelpoisuuden rajat.

³ Ks. *Traeger*, s. 140; *Gerland*, Vergl. Darst., s. 527: »Einwilligung ist die ernstlich gemeinte, freiwillige, stets widerrufliche vor der Tat erklärte Zustimmung

peruutettavissa oleva, ennen tekoa ilmaistu suostujan oikeushyvää vastaan suuntautuvan, itsessään oikeudenvastaisen teon salliminen. Mikäli suostumusta lain mukaan pidetään mahdollisena, voi sen antaa alaikäinenkin, jos hän pystyy oikein arvioimaan sallitun teon kantavuuden. Jos suostumus annetaan omaisuus oikeuden loukkaukseen, on se pätevä siinä tapauksessa, että alaikäinen vallitsee teon kohteena olevaa esinettä». Kuten edellisestä ilmenee, sisältää määritelmä erilaisten suostumuksen käsitettä koskevien ominaisuuksien ohella maininnan suostumiskelpoisuuden rajoista.

Nekin, jotka ovat karttaneet suostumuksen käsitteen määrittämistä laissa, ovat pitäneet lainsäädännöstä tarpeellisena suostumuksen vaikutusalan selvittämiseksi.⁴ Toiset puoltavat tätä koskevan säännöksen sijoittamista yleiseen,⁵ toiset erityiseen osaan.⁶ Ensimmäinnettuihin kuuluu *Honig*, joka on ehdottanut seuraavaa määritelmää: »Loukatun suostumus poistaa (mikäli lain erityisestä osasta ei muuta ilmene) rangaistavuuden sellaisilta teoilta, joiden tunnusmerkistöön kuuluu oikeudenvastaiseksi määriteltä suhtautuminen taikka toimiminen ilman loukatun tahtoa tai sitä vastaan, taikka joiden syyttämiseen on oikeus vain välittömästi loukatun tekemän ilmoituksen perusteella.»⁷ Toisen samanlaisen määritelmän on esittänyt *Albers*: »Jos oikeusjärjestys suojaa oikeushyvää yksinomaan yksilön eduksi, niin että tälle kuuluu sen ehdoton ja rajoittamaton määräämisvalta, taikka jos julkinen etu oikeushyvä loukkaamisessa vain vähän kärsii, poistaa teon aikana voimassaoleva suostumus teon oikeudenvastaisuuden.»⁸ Ne, jotka ovat ehdottaneet suostumuksen vaikutuspiiriä koskevan säännöksen liittämistä rikoslain erityiseen osaan, ovat tavallisesti tehneet tämän sijoittamalla pahoinpitelyä ja vapautteen kohdistuvia rikoksia koskevien lainsäädännösten yhteyteen maininnan siitä, että nämä teot jäävät rankaisematta, kun niihin on saatu loukatun suostumus, paitsi niiden ollessa »vastoin hyviä tapoja»⁹

zu einer sich gegen den Einwilligenden richtenden an sich rechtswidrigen Verletzung».

⁴ Poikkeuksen tekee vain *v. Bar*, *Gesetz und Schuld*, s. 68, joka pitää tiedettä ja käytäntöä kirjoitettua lakia parempana.

⁵ Näin *Honig*, s. 177; *v. Rozycki*, s. 79; *Albers*, s. 34; *Pfersdorff*, s. 36.

⁶ Näin *Sauer*, *Grundlagen*, s. 334; *Gerland*, *Vergl. Darst.*, s. 526; *Kiehl*, s. 389; *Traeger*, s. 124. Tällä kannalla on ollut Saksan uusin rikosoikeustiede, ks. esim. *Flehinghaus*, s. 48; *Bruns*, s. 264, huom. 62.

⁷ *Honig*, s. 177. Samaan tapaan *v. Rozycki*, s. 79.

⁸ *Albers*, s. 34.

⁹ *Traeger*, s. 124 ja 126.

tai »kielletyssä tarkoituksessa tehtyjä».¹⁰ Usein on myös vaadittu erityisen osan tunnusmerkistöjen selventämistä siten, että niiden sanamuodosta ilman muuta kävisi ilmi, mitä suostumus vaikuttaa niiden tarkoittamien tekojen rangaistavuuteen.¹¹

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä ei ole käsitelty kysymystä suostumuksen asemasta tulevassa lainsäädännössä. Ainoa tässä yhteydessä mainittava on *Serlachius-Särkilahden* edellä useaan kertaan toistettu rikoslainehdotus,¹² jonka vuonna 1920 ilmestyneen yleisen osan perusteluissa selitetään suostumusta koskevien periaatteiden olevan vain »näennäisesti uusia», vaikka ne eivät ilmenekään millään tavoin nykyisin voimassaolevasta laista. Näiden periaatteiden lähempää selvittämistä ei ole pidetty tarpeellisena.

Nykyinen rikoslakimme on yleensä pidättäytynyt teoreettisten kysymysten ratkaisemisesta jättäen nämä oikeustieteen selvitettäviksi. *Tulenheimo* on eräässä asiaa koskevassa kirjoituksessaan esittänyt mielipiteen,¹³ että uuden rikoslain tulisi entistä rikoslakia ja *Serlachius-Särkilahden* tekemää ehdotusta rohkeammin ratkaista tällaisia kysymyksiä. Kun suostumus on jossakin määrin riittäiseksi jäänyt käsite, eikä sen laissa määrittelemisen pitäisi kohdata voittamattomia vaikeuksia, sitä koskevan säännöksen ottaminen lakiin olisi suotavaa. Tosin tässä ei voitaisi ratkaista kaikkia tieteellisiä kiistakysymyksiä, jotka liittyvät suostumuksen käsitteeseen, mutta siitä selviäisivät kuitenkin käytännöllisesti tärkeimmät seikat. Määritelmässä olisi mainittava, että suostumuksella tarkoitetaan ennen teon päättymistä tapahtunutta sallimista, ja että suostumuksen antamisen tulee tapahtua vapaaehtoisesti. Tieteisopin ratkaistaviksi jäisivät sensijaan sellaiset kysymykset kuin suostumuksen ja oikeustoimen ero sekä suostumuksen kohde. Suostumiskelpoisuuden edellytykset olisi säännöksessä selvitettävä. Viimeksimainittu seikka olisi ratkaistava samaan tapaan kuin vuoden 1922 rikoslainehdotuksessa on tehty. Olisi säädettävä, että suostumuksen antajan ollessa alaikäinen tai täyttä ymmärrystä vailla oikeuden tulisi harkita suostumukselle annettava merkitys. Tieteisopin tehtäväksi voitaisiin jättää sen selvittäminen, mitä oikeuden tässä harkinnassa tulisi ottaa huomioon. Olisi kui-

¹⁰ *Mannheimer*, s. 85.

¹¹ *Seitz*, s. 52 ja 60.

¹² *Ks.* s. 72.

¹³ *Tulenheimo*, LM 1930, s. 222.

tenkin syytä mainita, että varallisuutta kohtaan suuntautuviin rikoksiin ei holhouksenalainen henkilö säata antaa pätevää suostumusta. Tätä mainintaa ei puheenaolevassa lakiehdotuksessa ole.

Sanottu vuoden 1922 rikoslainehdotus on sillä kannalla, että suostumuksen vaikutuksesta teon rangaistavuuteen olisi säädettävä rikoslain yleisessä osassa. Oikeuttavana perusteena on ehdotuksen mukaan »sen tai niiden antama suostumus, joiden oikeutta teko muuten loukkaisi». Suostumus on täten mainitussa ehdotuksessa käsitetty yleiseksi oikeuttamisperusteeksi. Tulkinnanvaraiseksi jää kuitenkin, kenen oikeutta teon on katsottava loukanneen ja keneltä siihen siis on suostumus saatava. Lakiehdotuksen sanamuotoa voidaan tässä suhteessa verrata niihin rikosoikeustieteessä sangen usein esiintyviin määritelmiin, joiden mukaan suostumus poistaa teon rangaistavuuden, kunhan teko »ei loukkaa yleisiä etuja». Tällaisten yleisten säännösten tuominen rikoslakiin ei ole suositeltavaa, sillä mitä yleisempi säännös on, sitä vaikeammaksi muodostuu sen soveltaminen käytäntöön. Suostumusopissa on usein esitetty myös sellainen mielipide, että olisi laadittava säännös, jonka mukaan suostumus poistaa kaikkien asianomistajarikosten rangaistavuuden. Tällä säännöksellä olisi se hyvä ominaisuus, että sen soveltaminen käytäntöön muodostuisi sangen yksinkertaiseksi. Ehdotettua ratkaisua ei kuitenkaan voida suositella, sillä suostumus ei poista kaikkien asianomistajarikosten oikeudenvastaisuutta. Kuten aikaisemmin on mainittu, tästä on hyvänä esimerkkinä huoruus. Lisäksi osuisi säännös harhaan myös siinä suhteessa, että esimerkiksi laitton vangitseminen siinä tulisi kuulumaan tekoihin, jotka olisi rangaistava loukatun antamasta suostumuksesta huolimatta.

Suostumuksen vaikutusalan määrittelyminen rikoslain yleiseen osaan sijoitettavalla säännöksellä kohtaa siis ilmeisiä vaikeuksia. Jäljelle jää mahdollisuus säännöksen liittämisestä rikoslain erityiseen osaan. Tätä ratkaisua on pidettävä edellistä parempana. Käytännössä saattaa se toteutua kahdella tavalla, jotka tuottavat parhaan tuloksen, kun niitä sovelletaan rinnakkain. Ensiksikin voidaan lain tunnusmerkitöjä selvittää niin, että joko niistä kaikista tai ainakin mahdollisimman useasta käy ilman erityisiä säännöksiä selville suostumuksen vaikutus teon rangaistavuuteen. Esimerkkinä tällaisesta menettelytavasta mainittakoon RL 25 luv. 1a §:n säännös, jossa mainittu periaate on toteutettu lisättäessä säännökseen sanat »vaikapa hänen suostumuksellaankin». Sanamuoto ei jätä epäilykselle sijaa. Saman merkityksen saisivat tunnusmerkistöön sijoitetut sanat

»ilman omistajan lupaa» tai »loukatun suostumuksetta». Suostumus tai sen puuttuminen muodostuisivat tällä tavoin sangen monen rikoksen tunnusmerkistöntekijäksi. Tämä lisäys sopisi esimerkiksi laitonta vangitsemista koskevaan lainsäädäntöön, samoin myös niitä varallisuusrikoksia tarkoittaviin rangaistussäännöksiin, jotka eivät jo selvästi ilmaise »anastus»-sanaa käyttämällä, että loukatun suostumuksen puute kuuluu teon tunnusmerkistöön. Selvää kuitenkin on, että jäljelle jäisi tapauksia, ennen kaikkea henkeä ja ruumiillista koskemattomuutta vastaan suuntautuvien rikosten alalle, joissa suostumuksen vaikutusta koskevaa kysymystä ei saataisi ratkaistuksi, vaikka tunnusmerkistöä muutamain sanoin selvennettäisiinkin. Tämän vuoksi pitäisi niitä koskeviin lainsäädäntöihin liittää erityinen suostumuksin tehtyä tekoa koskeva kohta. Niinpä tulisi pahoinpitelyä tarkoittavien lainsäädännösten yhteyteen määräys siitä, että lievä ja törkeätä lievempi pahoinpitely jäävät rankaisematta, jos loukattu on tekoon suostunut. Olisi myös syytä säätää, että suostumus törkeän pahoinpitelyn kohdalla olisi lieventävä asianhaara, vaikka teko jäisi-kin oikeudenvastaiseksi.

Tieteisopissa on esitetty eri mielipiteitä siitä, pitäisikö kysymys kuolinavun antamisen oikeudesta säännöstellä laissa RL 21 luv. 3 §:n yhteydessä. Jos kuolinapu tehtäisiin sallituksi, saattaisi siitä olla todellista hyötyä sellaisissa tapauksissa, joissa sairaan kärsimyksiä ei voida lääketieteen nykyisin apukeinoin tarpeeksi tehokkaasti lievittää. Kuolinavun salliminen toisi kuitenkin mukanaan suuret väärinkäytöksen mahdollisuudet. Selvää on, että sen antaminen tulisi joka tapauksessa uskoa ainoastaan lääkärin tehtäväksi, koska vain tällainen henkilö voisi oikein arvioida sairauden laadun. Kun näin on, kuolinapua koskevaa erityistä lainsäädäntöä ei voida pitää tarpeellisena, vaan parempaan tulokseen päästään kehittämällä lääkärin toimintaa koskevaa tavanomaista oikeutta parhaaksi katsottavaan suuntaan.

Välttämätöntä olisi, että RL 21 luv. 3 §:n yritys julistettaisiin rangaistavaksi.

Kaiken edellämainitun perusteella tulevan oikeuden suostumusta koskevat säännökset muodostuisivat seuraaviksi:

RL 3 lukuun lisättäisiin säännös:

»Ennen teon päättymistä siihen vapaaehtoisesti annettu suostumus poistaa sen rangaistavuuden niissä tapauksissa, joista tässä laissa on erikseen säädetty, vaikka suostumusta ei olisikaan ilmaistu teon tekijälle.

Loukatun tekoon vapaaehtoisesti antama suostumus poistaa tältä

oikeuden saada vahingonkorvausta teon johdosta siinäkin tapauksessa, että teko suostumuksesta huolimatta rikoksena rangaistaan. Loukatulla on kuitenkin oikeus vahingonkorvauksen saamiseen rikoslain 20 luvun 9 §:n ja 38 luvun 10 §:n tarkoittamissa tapauksissa.¹⁴

Jos suostumuksen antaja on alaikäinen tai täyttä ymmärrystä vailla, harkittuun oikeus, mikäli kysymyksessä ei ole varallisuusrikkokseen annettu suostumus, voidaanko teko tällöinkin jättää rankaisematta.»

Rikoslain erityiseen osaan taas lisättäisiin seuraavat säännökset:

21 luv. 3 §:n säännökseen tulisi kuulumaan seuraava toinen momentti:

»Yritys on rangaistava.»

Törkeätä lievempää ja lievää pahoinpitelyä koskeviin säännöksiin lisättäisiin kumpaankin seuraavat momentit:

»Loukatun suostumuksin tehty teko jääköön rankaisematta.»

Törkeätä pahoinpitelyä koskevan 21 luv. 5 §:n loppuun liitettäisiin seuraava momentti:

»Jos loukattu on antanut tekoon suostumuksensa, pidettäköön sitä lieventävänä asianhaarana.»

¹⁴ Viimeinen kappale voitaisiin liittää myös RL 9 luvun yhteyteen.

DIE EINWILLIGUNG DES VERLETZTEN ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND.

Zusammenfassung.

A. EINLEITUNG.

Die Frage über die Einwirkung der Einwilligung des Verletzten auf die Strafbarkeit einer Tat ist sowohl theoretisch interessant als auch praktisch wichtig. Da das finnische Strafgesetz keine generellen, die Einwilligung betreffenden Rechtssätze enthält, ist es Sache der Rechtswissenschaft, die hierauf bezüglichen Prinzipien klarzulegen. Mit »Einwilligung des Verletzten« ist natürlich eigentlich »die Einwilligung dessen« gemeint, »der in Ermangelung dieser Einwilligung verletzt sein würde«.

I. DER BEGRIFF DER RECHTSWIDRIGKEIT.

Das Studium der Einwilligungslehre setzt Kenntnis des Rechtswidrigkeitsbegriffes voraus. Die Rechtswidrigkeit kann formell oder materiell definiert werden. Formell gleichbedeutend mit Rechtswidrigkeit ist Normwidrigkeit. Normen nennt man die das menschliche Betragen betreffenden oberen Prämissen des objektiven Rechtes. Normen können nur menschlichen Handlungen angepasst werden. Sie umschliessen zwei Teile, die Bewertungs- und die Bestimmungsaufgabe. Erstere gibt an, was für ein Verhalten rechtswidrig ist, letztere wiederum verpflichtet das Individuum, eine solche tadelnswerte Handlungsweise zu vermeiden. Die Rechtswidrigkeit ist objektiv. Das Unrecht der Tat kann also bereits nachgewiesen werden, ehe die Frage über das Verhältnis des Täters zu der Tat in Erwägung kommt. Die Tat bleibt auch dann rechtswidrig, wenn der Täter, z.B. wegen Unzurechnungsfähigkeit, nicht bestraft wird.

Die Normentheorie legt das Wesen der Rechtswidrigkeit nicht vollständig dar. Mittels dieser wird zwar darüber Kenntnis erlangt,

w a n n ein gewisses Betragen rechtswidrig ist, ungeklärt aber bleibt, aus welchem Grunde es so ist. Die letztgenannte Frage beantwortet die materielle Rechtswidrigkeit, was somit bedeutet, dass dem formellen Begriff Inhalt gegeben wird.

Die Definition des materiellen Inhalts eines Verbrechens setzt Kenntnis seines Objektes voraus. Dem eingebürgerten und rechten Begriffe nach richtet sich das Verbrechen gegen das Rechtsgut. Rechtsgut werden solche Lebensgüter genannt, welche die Rechtsordnung anerkennt. Befriedigt das Rechtsgut irgendwie die Bedürfnisse des Menschen, so hat er ein Interesse daran. Mit Interesse ist also das seelische Verhältnis zwischen Subjekt und Rechtsgut gemeint. Das Rechtsgut ist das »Angriffsobjekt« des Verbrechens und das »Schutzobjekt« der Strafbestimmung. Es wird unterschieden von dem »Tatobjekt« des Verbrechens, womit der zur Ausführung des Verbrechens benötigte materielle Gegenstand gemeint ist.

Beim Definieren eines Verbrechens als Verletzung des Rechtsgutes oder des Interesses wird ihm ein materielles Kennzeichen zugelegt, aber seine materielle Seite noch nicht in ihrer Gesamtheit ausgelegt. Man kommt nämlich zu der Frage, was für ein Verhältnis als Interessenverletzung anzusehen ist. Zweifellos wurde der Gesetzgeber beim Wählen bestimmter Güter als Rechtsgüter von irgendeinem bewussten Zweck geleitet. Es ist klar, dass sich alle in der Rechtsordnung enthaltenen Normen diesem allgemeinen Zweck anpassen müssen.

Auf dem Gebiete der materiellen Rechtswidrigkeit sind zwei Theorien aufgestellt worden: die Zweck- und die Interessentheorie. Erstere hat schon *v. Liszt* erwähnt, aber als erster eigentlicher Erforscher derselben gilt *Dohna*, der als normales Gesetzesauslegungsmittel das »formelle Maximum« empfahl: rechtmässig ist das, was das rechte Mittel zur Erlangung des rechten Zweckes ist. Die Interessentheorie, für die u.a. *Mezger* eintrat, wurde oft als Gegensatz zur Zwecktheorie angesehen. Der Interessentheorie zufolge gilt als materiell rechtswidrig eine Tat, welche die möglichst vollkommene Befriedigung der Interessen verhindert. Diese beiden Theorien stehen einander nahe, denn auch die Zwecktheorie enthält einen Interessenvergleich, obwohl dazu noch ausserdem die Erwägung der Eignung des verwendeten Mittels gehört. Sowohl die Interessen- als auch die Zwecktheorie geraten mit dem positiven Recht in Widerstreit, weil es auf der Hand liegt, dass eine formell rechtswidrige

Handlung durchaus nicht immer das Interesse der Gemeinschaft zu schädigen braucht.

Die nordische Strafrechtswissenschaft hat ihre eigene Rechtswidrigkeitslehre entwickelt. Dieser gemäss verbieten die Normen nicht jedes Handeln, das zur Voraussetzung einer Rechtsgutsverletzung werden kann, sondern die Rechtswidrigkeit einer Handlung hängt davon ab, ob sie für irgendein Rechtsgut eine so grosse Gefahr hervorgerufen hat, dass diese dem allgemeinen Gesetz des Lebens gemäss berücksichtigt werden muss; ist aber das vom Verhalten geförderte Interesse wichtiger als das im Sinne der Rechtsordnung gefährdete Interesse, so macht auch das Vorhandensein einer solchen Gefahr die Tat nicht rechtswidrig. Als Massstab des Interessenvergleiches gilt das allgemeine Rechtsgefühl. Diese Theorie kann jedoch nicht als richtig angesprochen werden. Es ist falsch, eine Interessenverletzung als zulässig zu betrachten, wenn nur die Tat ein anderes, wichtigeres Interesse fördert.

Nach der rechten Auffassung wird Aufschluss über die materielle Rechtswidrigkeit einer Tat durch Herleitung der bei ihrer Bestimmung erforderlichen Prinzipien aus dem allgemeinen Zweck der Rechtsordnung erlangt. Von diesem Zweck kann man nicht sprechen, ohne ihn mit irgendeiner bestimmten Rechtsordnung zu verknüpfen. Materielle Rechtswidrigkeit bedeutet also nicht ein mit dem positiven Recht unvereinbares »Idealrecht«, sondern einen Widerstreit gegen die Zwecke einer bestimmten, augenblicklich geltenden Rechtsordnung, welcher ergründet wird, indem man ausser dem geschriebenen Recht und Gewohnheitsrecht auch noch die allgemeinen Grundprinzipien der Rechtsordnung betrachtet.

II. TATBESTAND UND RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE.

Die Normen treten in Form eines bestimmten Tatbestandes auf. Dieser Umstand ist ein Ausdruck des Typenzwangprinzips. Der Tatbestand entscheidet jedoch nicht endgültig die Frage der Rechtswidrigkeit einer Tat, obgleich ein dementsprechendes Verhalten vorschriftengemäss rechtswidrig ist. Die Normen sind nämlich nicht so einfach, dass ihr Inhalt vollständig in Tatbestandstypen zusammengefasst werden könnte. Im Gegenteil kann auf eine Tat, trotzdem sie dem Tatbestand entspricht, irgendeine den Gültigkeitsbereich der Norm einschränkende Ursache, ein ihren Inhalt genauer erläuternder

Umstand anwendbar sein. Diese Gründe hat man Rechtfertigungsgründe genannt. Einige Rechtfertigungsgründe sind in dem allgemeinen, andere wiederum in dem besonderen Teil des Strafgesetzes angeführt. Der allgemeine Teil enthält die Notwehr und Notstand betreffenden Vorschriften. Die Einwilligung des Verletzten ist dagegen nur in den Vorschriften des besonderen Teiles erwähnt.

III. BEDEUTUNG DER MATERIELLEN RECHTSWIDRIGKEIT, BESONDERS FÜR DIE RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE.

Wenn die materielle Rechtswidrigkeit als dasjenige aufgefasst wird, was dem Zweck einer bestimmten Rechtsordnung widerstreitet, so kann gesagt werden, dass alle Verbrechen materiell rechtswidrig sind. Die grösste praktische Bedeutung hat die materielle Rechtswidrigkeit jedoch dann, wenn auf die Tat keine Norm des positiven Rechtes passt. Bisweilen ist behauptet worden, dass derartige Fälle unter Benutzung des Gewohnheitsrechtes geklärt werden könnten. Diese Meinung ist jedoch nicht richtig, denn das Gewohnheitsrecht kann nur dann Anwendung finden, wenn die den Zweck der Rechtsordnung offenbarenden Prinzipien im Bewusstsein des Rechtsuntertans wirklich zu einem verpflichtenden Recht, einer in der Gemeinschaft herrschenden Rechtsüberzeugung geworden sind. Es gibt Fälle, hinsichtlich welcher keinerlei Gewohnheitsrecht existiert, sondern für die eine Entscheidung auf Grund des materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffes gesucht werden muss. Ein gutes Beispiel hierfür sind die Rechtfertigungsgründe, deren Wirkung nicht durch eine allgemeine Vorschrift des Gesetzes bestimmt ist. Als praktisch wichtigster von diesen ist die Einwilligung des Verletzten anzusehen.

Die Anwendung des Rechtswidrigkeitsbegriffes ist keine leichte Aufgabe, weil die diesbezüglichen Theorien zum grossen Teil »formell« geblieben sind. So wie die Prinzipien des »grösseren Vorteiles« und »rechten Zweckes« noch Kenntnis darüber bedingen, welcher Vorteil grösser und was für ein Zweck der rechte ist, so ist auch die Klarlegung des Zweckes der Rechtsordnung unerlässlich. Sofern möglich, sollte man dahin zu gelangen versuchen, dass die Rechtfertigungsgründe im geschriebenen Gesetz reglementiert würden.

B. DIE EINWILLIGUNGSLEHRE.

I. HISTORISCHES.

Ein Pandekt des römischen Rechtes enthält die Worte: »Volenti non fit injuria«. Dieser Ausspruch hat sich bis in unsere Tage erhalten, und aus ihm wird oft herausgelesen, dass Einwilligung dem römischen Rechte gemäss stets die Strafbarkeit einer Tat aufgehoben habe. Obgleich die Begründung nicht richtig ist, muss auf Grund des allgemeinen Charakters des römischen Rechtes angenommen werden, dass das Individuum berechtigt war, über seine Rechtsgüter zu verfügen und gegen sie begangene Verletzungen einzuwilligen. Das kanonische Recht nahm den entgegengesetzten Standpunkt ein.

Das alte deutsche Recht sprach der Einwilligung eine weite Bedeutung zu. Auf demselben Standpunkte befand sich wahrscheinlich das nordische Recht, obwohl seine Gesetze über die Sache keine Vorschriften enthalten.

II. DIE THEORIEN DER EINWILLIGUNGSLEHRE.

A. Das 19. Jahrhundert.

Die Einwilligungslehre hat vom 17. Jahrhundert an ihren Platz in der Strafrechtswissenschaft. Im 19. Jahrhundert erachtete man, dass sich der Einfluss der Einwilligung auf die Strafbarkeit einer Tat demgemäss bestimmte, ob auf das verletzte Recht verzichtet werden konnte oder nicht. Unverzichtbar waren die »Grundrechte«, die angeborenen Rechte des Menschen, verzichtbar wiederum erworbene, geringfügigere Rechte. Die Grenze zwischen diesen beiden Gruppen blieb indessen unklar, und die erzielten Ergebnisse verletzten das Rechtsgefühl. Auch die Theorie, welche die Verbrechen in zwei Klassen, Rechts- und Gesetzverbrechen, teilte, hatte keinen besseren Erfolg.

B. Die Theorien des 20. Jahrhunderts.

1. Von dem Einwilligungsbegriff ausgehende Theorien.

Anfang des 20. Jahrhunderts wurde versucht, die Frage über den Einfluss der Einwilligung vom Einwilligungsbegriff ausgehend zu

lösen. Die bedeutendste Theorie in dieser Richtung war die sog. Rechtsgeschäftstheorie, deren Begründer *Zitelmann* war. Er erklärte, dass Einwilligung stets ein Rechtsgeschäft sei, und dass sie darum alle Kennzeichen eines gültigen Rechtsgeschäftes haben musste. Einwilligung bedeutete nach *Zitelmanns* Ansicht Verleihung subjektiven Rechtes an den Ausübenden der Tat. Diese Theorie ist auch später in begrenzter Form aufgetreten, wobei Einwilligung in allen Fällen, in denen das durch das Verbrechen verletzte oder gefährdete Interesse Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs ist, für ein Rechtsgeschäft gehalten wurde. Auch in dieser Form muss die Theorie verworfen werden. Einwilligung ist niemals ein Rechtsgeschäft, sondern ein Rechtsakt. Der Geber der Einwilligung hat nicht den Willen, sich zu binden, und die Einwilligung braucht nicht in Form einer Rechtshandlung aufzutreten. Allerdings mag auch in einigen Rechtshandlungen Einwilligung enthalten sein, doch brauchen solche Fälle nicht im Zusammenhang mit der Einwilligungslehre behandelt zu werden.

Nach Art der zivilrechtlichen Theorie bediente sich des Einwilligungsbegriffes als Ausgangspunkt auch die Theorie, welche die mit Einwilligung des Verletzten begangene Tat mit der ihm von sich selbst zugefügten Verletzung gleichstellte. Diese Theorie führt zu keinen Ergebnissen. Wohl muss zugegeben werden: Wenn die Selbstverletzung rechtswidrig ist, dann ist es auch die mit Einwilligung des Verletzten begangene entsprechende Tat. Aber es ist schwer zu ergründen, welche Selbstverletzungen tatsächlich rechtswidrig sind und welche nicht. Darum hat die Theorie bei der Bestimmung der Wirkung der Einwilligung keinen praktischen Wert.

2. Die induktiven Theorien.

Die Bedeutung der Einwilligung hat man auch mit Hilfe der sog. induktiven Theorien zu erklären versucht. So wurde bemerkt, dass der Einwilligung keine Bedeutung zugemessen werden könnte, weil dieser Rechtfertigungsgrund im allgemeinen Teil des Gesetzes nicht angeführt ist. Die Theorie bedeutet Überschätzung des positiven Rechtes. Das Prinzip *nulla poena sine lege* ist nicht »umgekehrt«, d.h. nicht in der Form gültig, dass Rechtfertigungsgründe, die im Gesetz nicht erwähnt sind, nicht gutgeheissen werden könnten. Zu den induktiven Theorien wird die sog. *Kiehl'sche* Theorie gezählt,

derzufolge der Wirkungsbereich der Einwilligung durch Betrachtung des Wortlautes des Tatbestandes in einem besonderen Teile des Strafgesetzes gefunden werden könnte: wird im Gesetz ausdrücklich erklärt, dass die Tat rechtswidrig erfolgen soll, um strafbar zu sein, so kann die Einwilligung des Verletzten sie rechtmässig machen. Die Theorie kann nicht als richtig angesehen werden, weil das Wort »rechtswidrig« nicht für gleichbedeutend zu halten ist mit »ohne Erlaubnis des Eigentümers oder Inhabers«. Von den Tatbeständen eines besonderen Teiles im Strafgesetz kann auch sonst kein die Einwilligungslehre betreffendes allgemeines Prinzip hergeleitet werden.

3. Die Interessentheorie.

Die vorherrschende Theorie in der Einwilligungslehre ist in den letzten Jahrzehnten die sog. Interessen- oder Rechtsgutstheorie gewesen, als deren Gründer *Schaper*, Anfang des 20. Jahrhunderts, gilt. Die Interessen sind nach dieser Theorie in zwei Klassen geteilt, in die Interessen des Individuums und die der Gemeinschaft. Es ist festgestellt worden, dass die Einwilligung die Rechtswidrigkeit einer solchen Tat beseitigt, die in der Hauptsache oder ausschliesslich die Interessen eines Individuums verletzt hat. Die nordische Strafrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts hat den Standpunkt der Interessentheorie ausnahmslos vertreten. In Finnland kann man als ihre Anhänger *Grotenfelt*, *Serlachius-Särkilahti*, *Honkasalo* und *Sipilä* nennen. Diese Theorie ist für die richtige zu halten. Mittels ihrer zu einem praktischen Ergebnis zu gelangen ist dennoch nicht leicht, denn sie ist »relativ«, weil sie keine Antwort auf die Frage gibt, welche Taten die Interessen des Individuums und welche die der Gemeinschaft verletzen, vorüber jedoch unbedingt Klarheit erhalten werden muss. Um auf diese Frage Antwort zu bekommen, ist es notwendig, jeden in der Einwilligungslehre in Frage kommenden Tatbestand des Strafgesetzes getrennt zu prüfen. Diese Betrachtung setzt jedoch die Anwendung eines »Massstabes« zur Ergründung der Beschaffenheit der Interessen voraus. Das Auffinden eines solchen muss demnach vorangehen.

III. ERLÄUTERUNG DER INTERESSENTHEORIE.

Die Bedeutung der Einwilligung lässt sich nicht unter Hinzuziehung der Zwecktheorie ergründen. Es ist allerdings klar, dass

dem Zweck der Rechtsordnung widerstreitende Handlungen mit den Interessen der Gemeinschaft in Widerspruch stehen, doch hat diese Feststellung keinen praktischen Wert, da sie bloss die Interessentheorie in anderen Worten zum Ausdruck bringt. Oft ist versucht worden, die Wirkungssphäre der Einwilligung mit Hilfe der Vorschriften über die Antragsverbrechen auszulegen. Es ist erklärt worden, dass die Antragsverbrechen nur die Interessen des Individuums verletzen, wodurch die gegebene Einwilligung stets die Rechtswidrigkeit der Tat beseitigt. So verhält es sich indessen nicht. Die Antragsverbrechen lassen sich in zwei Klassen einteilen. Die einen verletzen nur Interessen des Individuums, sodass die gegebene Einwilligung laut den allgemeinen Prinzipien der Interessentheorie die Rechtswidrigkeit der Tat aufhebt. Die anderen Antragsverbrechen wiederum verletzen auch die Interessen der Gemeinschaft, und die Tat ist nur aus dem Grunde als Antragsverbrechen festgelegt, weil ihr Öffentlichwerden dem Antragsberechtigten mehr Nachteil als Nutzen einbringen würde, weshalb ihm freie Wahl gelassen ist, ob er die Tat anzeigen will oder nicht. Die gegebene Einwilligung hebt in diesem Falle die Rechtswidrigkeit nicht auf. In der Einwilligungslehre ist diese Einteilung der Antragsverbrechen von grosser Bedeutung. Ist die Tat ein Antragsverbrechen, so kann nämlich auf dem Wege der Untersuchung, in welche der beiden Klassen die Tat gehört, die Art des verletzten Objekts klargestellt werden.

In Deutschland wurde im Jahre 1933 der Einfluss der Einwilligung auf die Strafbarkeit von Körperverletzung dem Prinzip der guten Sitte gemäss bestimmt. Es ist auch wahr, dass die Einwilligung, wenn die Tat die gute Sitte oder die Sittlichkeit verletzt, ihre Rechtswidrigkeit nicht aufhebt. Da aber eine Tat mit dem Interesse der Gemeinschaft in Widerspruch stehen kann, ohne deshalb die Sittlichkeit zu verletzen, reicht die Theorie allein nicht dazu aus, den Einfluss der Einwilligung klarzulegen.

In der finnischen Strafrechtswissenschaft hat *Forsman* eine solche Ansicht dargelegt, dass Einwilligung die Strafbarkeit bei einer Tat aufhebe, wo das dadurch verletzte Rechtsgut wiederhergestellt werden kann. Diese Auffassung ist nicht für richtig zu halten. Eine Tat kann das Rechtsgut eines Individuums unersetzlich verletzen, ohne jedoch den öffentlichen Interessen zu widerstreiten. Von viel grösserer Bedeutung dagegen ist die von *Honkasalo* vertretene Theorie, derzufolge Einwilligung nur die Rechtswidrigkeit solcher Taten aufhebt, die nicht die Fähigkeit des Individuums, seinen sozialen Pflich-

ten nachzukommen, ausschalten oder herabsetzen. Es muss jedoch bemerkt werden, dass trotz der verschiedenen, besonderen sozialen Fähigkeiten eines Individuums auf alle der gleiche Massstab zur Anwendung kommen muss. Auch sonst lässt sich die Theorie nicht jedem in der Einwilligungsslehre vorkommenden Fall anpassen, denn auch solche Taten, die nicht die Fähigkeiten eines Individuums, seinen sozialen Pflichten nachzukommen, herabsetzen, können den öffentlichen Interessen zuwider sein.

Als Ergebnis der Prüfung der in der Einwilligungsslehre vorhandenen Theorien kann gesagt werden, dass sich die Wirkung der Einwilligung durch eine allgemeine Regel nicht klarstellen lässt und dass die Frage im besonderen Teil der Einwilligungsslehre von Fall zu Fall zu entscheiden ist. Hierbei kann man sich von den vorhin als richtig befundenen Theorien leiten lassen.

III. DER BEGRIFF DER EINWILLIGUNG.

A. Allgemeines.

Die Aufklärung des Wirkungsbereiches der Einwilligung setzt Kenntnis der Eigenschaften dieses Begriffes voraus. In der Strafrechtswissenschaft war man noch nicht imstande, eine Definition zu schaffen, der sich alle Forscher der Einwilligungsslehre angeschlossen hätten.

Mit Einwilligung ist im Strafrecht die Zustimmung irgendeiner anderen Person zur Ausübung einer Tat gemeint. Sie unterscheidet sich von dem Verlangen darin, dass sie nichts anderes als Zulassung der Tat zu bedeuten braucht, während wieder das Verlangen voraussetzt, dass die Tat dem eigenen Wunsche des Bittstellers entspricht. Die Einwilligung darf indessen nicht als blosses passives »Geschehenlassen« definiert werden, sondern es ist ein Willensgeschäft.

B. Gegenstand der Einwilligung.

Über den Gegenstand der Einwilligung sind in der Theorie mehrere Ansichten hervorgetreten. Die Theorie, welche als Gegenstand der Einwilligung ausschliesslich die Tat des Ausübenden ansieht, wird die Tätigkeitstheorie genannt. Die entgegengesetzte Theorie, welche der Ansicht ist, dass die Einwilligung sich sowohl auf die Tat

als auch auf ihre Folgen bezieht, heisst Erfolgstheorie. Die Entscheidung der Frage setzt voraus, dass der Inhalt der Worte *Tat* und *Erfolg* erklärt wird. Diesen Worten werden nämlich in der Theoretik, ebenso wie auch im positiven Recht, verschiedene Bedeutungen beigelegt. Bei der Rede von *Tat* und *Erfolg* als Gegensätzen zueinander wird mit der *Tat* eine Willenshandlung gemeint, mit *Erfolg* wiederum sich davon unterscheidendes, wenngleich von dieser erzeugtes äusseres, reales Geschehen, das im Rechtssinne zu beachten ist, weil der Tatbestand des Verbrechens erst bei seinem Vorkommen verwirklicht wird. Derartige äussere Folgen gibt es nicht bei allen Verbrechen. In der Rechtswissenschaft wird einerseits von Tätigkeits-, andererseits von Erfolgsverbrechen gesprochen. Mit ersteren sind gerade solche Taten gemeint, deren Tatbestand keine äussere Folge bedingt. Wird die Einwilligung zu einem Tätigkeitsverbrechen gegeben, so ist es klar, dass dessen Gegenstand nur eine Willenshandlung und keine Folge ist. Handelt es sich wieder um Einwilligung zu einem Erfolgsverbrechen, so muss sich die Zulassung neben der Willenshandlung auf die für dieses Verbrechen charakteristische Folge beziehen. Zu beachten ist jedoch, dass hier nur diejenigen Folgen in Frage stehen, die zu dem Tatbestande des Verbrechens gehören. Die Tätigkeits- und Erfolgstheorien können also nicht die Frage lösen, ob Erteilung der Einwilligung auch Zulassung solcher Folgen bedeutet, die die *Tat* zwar herbeiführt, welche aber trotzdem nicht »unerlässlich«, sondern nur wahrscheinlich oder vermutlich sind. Auf die letztgenannte Frage kann nur auf diejenige Weise eine Antwort erhalten werden, dass man in jedem konkreten Einzelfalle getrennt untersucht, wie weit sich die Zulassung in diesem Fall erstreckt hat. In jedem Falle rechtfertigt die Einwilligung solche Folgen, welche der Täter in Wirklichkeit zugelassen hat.

Einwilligung kann zu einer fahrlässigen ebensogut wie zu einer vorsätzlichen *Tat* gegeben werden. Sie hebt indessen die Strafbarkeit der *Tat* natürlich nur in dem Falle auf, dass ihr Erteiler die fraglichen fahrlässigen Folgen zugelassen hat.

C. Irrtum des Täters.

Die *Tat* kann sich anders gestalten, als der Täter und der Erteiler der Einwilligung annehmen, und zwar aus dem Grunde, dass sich der Täter in der wirklichen oder rechtlichen Art der *Tat* irrt. Glaubt der Täter, die Einwilligung erhalten zu haben, obgleich diese in

Wirklichkeit nicht gegeben worden ist, oder irrt er sich in anderen derartigen faktischen Punkten, so handelt es sich um einen sog. Tatirrtum. Liegt ein Fall vor, wo die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Tat aufheben würde, bedeutet der Tatirrtum, dass der Täter nicht wegen vorsätzlicher sondern höchstens wegen fahrlässiger Tat verurteilt werden kann. In einem Falle, wo die Einwilligung die Strafbarkeit der Tat nur mildern würde, erfolgt die Verurteilung des Täters nach milderen Gesetzesparagrafen. Handelt es sich wiederum um ein Verbrechen, dessen Rechtswidrigkeit die Einwilligung nicht aufhebt, hat der Tatirrtum keinerlei Einfluss auf die Strafbarkeit des Täters.

Betrifft der Irrtum des Täters irgendeinen rechtlichen Umstand, dann wird von einem Rechtsirrtum gesprochen. Liegt ein solcher Fall vor, so hebt der Rechtsirrtum die Vorsätzlichkeit der Tat auf. Wenn der Irrtum bei gerichtlicher Beurteilung eines solchen Verbrechens geschieht, hinsichtlich dessen die Bedeutung der Einwilligung durch ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes entschieden ist, wird dem Rechtsirrtum doch selten Bedeutung beigemessen, weil es nicht oft vermutet werden kann, dass der Täter die wahre Beschaffenheit der Tat nicht verstehe.

D. Arglist und Provokation.

Die Erteilung der Einwilligung setzt Kenntnis des wirklichen Charakters der Tat voraus. Durch Irreführung erzielte Einwilligung kann darum die Rechtswidrigkeit der Tat nicht beseitigen. In gewissen Fällen passt auf eine Tat, die auf Grund einer durch Arglist erhaltenen Einwilligung begangen wurde, des Verfahrens wegen irgend ein Tatbestand des Gesetzes, am üblichsten der den Betrug betreffende, wobei die Gesetzkonzurrenz bewirkt, dass der Täter nur für diese eine Tat bestraft wird, und nicht auch noch für die Tat, zu der er die Einwilligung bekam. Wenn auch die Einwilligung in der provokatorischen Absicht gegeben worden wäre, den Täter zu dieser Tat zu veranlassen, hebt sie dennoch die Rechtswidrigkeit in der üblichen Weise auf.

E. Erzwingen der Einwilligung.

Ist zum Erhalten der Einwilligung Gewalt angewendet worden, dann erfolgt wirkliche Zulassung überhaupt nicht, weil der Erteiler

der Einwilligung nicht von seinem eigenen Willen Gebrauch machen kann. Auch durch Drohung erhaltene Einwilligung wird nicht als gültig angesehen, sofern die Drohung rechtswidrig oder eine solche ist, welche den Tatbestand irgendeines Verbrechens wider die Freiheit verwirklicht. Der Täter, der Drohung anwendete, wird für zwei in Realkonkurrenz stehende Taten bestraft, nämlich sowohl für diejenige Tat, zu der er sich durch Drohung die Einwilligung verschaffte, als auch für das Verbrechen wider die Freiheit.

F. Die Einwilligung und ihr Fehlen als Umstand im Tatbestand.

In einigen Fällen ist Einwilligung kein Rechtfertigungsgrund der Tat, aber ihr Fehlen ist ein zum Tatbestand gehörendes Merkmal. So verhält es sich z.B. bei Hausfriedensbruch, Notzucht und Raub. Ähnliche Taten sind die, für welche als Tatmittel List angewendet wird, z.B. Betrug, weil auch deren Tatbestände nicht verwirklicht werden, wenn der Täter für seine Tat Einwilligung erhält.

Eine etwas andere Stellung nehmen die Taten ein, welche nur mit Einwilligung des Verletzten geschehen können, z.B. Tötung eines Anderen auf dessen eigenes Verlangen. Hier ist die Einwilligung ein positives Merkmal in dem Tatbestande. Ebenso wie die im vorhergehenden Abschnitt erwähnten, sind auch diese Taten bei Untersuchung der Einwilligungslehre in Betracht zu ziehen, weil die Ergründung der Art einer gültigen Einwilligung auch ihrerseits wichtig ist.

G. Die Form der Einwilligung und des Täters Kenntnissnahme davon.

Von der Form der Einwilligung sind zwei entgegengesetzte Theorien aufgestellt worden, für welche die Bezeichnungen Willensrichtungstheorie und Willenserklärungstheorie angewendet werden. Der Unterschied zwischen diesen verliert jedoch den grössten Teil seiner Bedeutung aus dem Grunde, weil die Anhänger der letzteren Theorie ausser der ausdrücklichen Einwilligung auch die konkludentisch gegebene gutheissen. Die finnische Rechtswissenschaft im allgemeinen hat den Standpunkt der Willensrichtungstheorie eingenommen. Diese muss auch für die richtige gehalten werden. Da die Einwilligung Abstandnahme vom Interesse ist, richtet sich ihr Einfluss nur auf

die objektive Seite der Tat, und die Willensrichtung genügt. Noch weniger braucht die Einwilligung dem Täter geäußert worden zu sein oder ihm sonst zur Kenntnis zu kommen.

H. Zeit der Einwilligungserteilung und Widerrufung derselben.

Die Einwilligung muss vor der Tat gegeben werden, wenngleich die Erteilung nicht unbedingt unmittelbar vor der Tat zu erfolgen braucht. Bisweilen, besonders bei fortgesetzten Verbrechen, kann sie sogar noch während der Dauer der Tat gegeben werden. Ist die Erteilung lange vor Beginn der Tat erfolgt, so ist es wichtig, sich davon zu überzeugen, dass sich der Wille des Erteilers der Einwilligung nicht geändert hat. Die Einwilligung kann nämlich widerrufen werden.

I. Die Exaktheit der Einwilligung.

Die Einwilligung kann nicht völlig unbestimmt gegeben werden. Das Rechtsgut, welches preisgegeben wird, soll auf irgend eine Weise definiert werden. Die Einwilligung muss sich auf eine konkrete Tat beziehen. Dagegen können Täter und Zeit der Tat unerwähnt bleiben.

J. Persönliche Eigenschaften des Einwilligenden.

Die Anhänger der Rechtsgeschäftstheorie erachteten erst eine mündige Person als einwilligungsfähig. Einige Forscher der Einwilligungstheorie wiederum haben versucht, mittels Analogie die niedrigstmögliche Altersgrenze zu bestimmen und vertraten als solche bald sieben, bald zwölf oder achtzehn Jahre. Die herrschende Meinung unterstützt die sog. Erwägungstheorie, nach welcher eine einheitliche Altersgrenze nicht festgesetzt werden kann, sondern derjenige für einwilligungsfähig zu halten ist, der die Bedeutung der Einwilligung und den Einfluss der Tat auf seine Interessen begreift. Dieses Prinzip ist, Verbrechen wider das Vermögen ausgenommen, als richtig anzusehen. Zu Verbrechen wider das Vermögen kann erst eine mündige Person gültige Einwilligung erteilen, denn das Vormundschaftsgesetz zeigt, dass einem Minderjährigen das Verfügungsrecht über sein Eigentum nicht zusteht. Dennoch hat die

Einwilligung eines Minderjährigen Gültigkeit, wenn sich das Verbrechen gegen solches Eigentum richtet, das der Minderjährige laut Gesetz selbst verwalten darf.

Eine geisteskranke oder sonst als unzurechnungsfähig anzusehende Person kann keine gültige Einwilligung geben. Gehört der Erteiler der Einwilligung zu denjenigen, die, wie § 4 in Kap. 3 des Strafgesetzes es nennt, nur verminderte Zurechnungsfähigkeit besitzen, dann ist über seine Einwilligungsfähigkeit ebenso wie bei Minderjährigen in jedem Fall getrennt zu entscheiden.

Zu Verbrechen wider das Vermögen kann regelmässig der Vormund für sein Mündel eine Einwilligung geben. Dagegen ist das Einwilligungsrecht des Vormunds geringer, wo es sich um persönliche Angelegenheiten des Mündels handelt. Der Vormund ist nur zu solchen Handlungen seine Einwilligung zu erteilen berechtigt, die, z.B. zur Erziehung eines Minderjährigen gehörend, mit dem Zweck der vormundschaftlichen Tätigkeit im Einklang stehen. In solchen Fällen werden die Grenzen der Einwilligungsberechtigung des Vormunds von der allgemeinen Sitte bestimmt.

K. *Die Teilnahme in der Einwilligungslehre.*

Da die Bestrafung der Beteiligten dem finnischen positiven Rechte gemäss eine rechtswidrige und schuldhafte Tat des Haupttäters voraussetzt und die Einwilligung nicht zu den in Kap. 5, § 4 des Strafgesetzes gemeinten persönlichen Verhältnissen gezählt werden kann, welche laut Gesetz nur demjenigen zu Nutzen oder Schaden gereichen, den sie in Wirklichkeit betreffen, wird die Tätigkeit des Anstifters und Mithelfers unbestraft gelassen, wenn infolge der Einwilligung des Verletzten die Tat des Haupttäters rechtsgemäss wird. Wenn die Einwilligung die Strafbarkeit der Tat nur mildert, werden die Beteiligten dem gleichen milderen Gesetzesparagrafen gemäss wie der Haupttäter bestraft.

L. *Schadenersatz.*

Wenn die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Tat aufhebt, ist kein Verbrechen erfolgt, und dem Verletzten kann auf Grund eines Verbrechens kein Schadenersatz zugesprochen werden. Aber der Verletzte ist auch in dem Falle zu keinem Ersatz berechtigt, dass

die Einwilligung keinen Einfluss auf die Strafbarkeit der Tat hat, oder dass sie die Strafe nur mildert. Der Erteiler der Einwilligung hat mit seiner Handlung von seinem Interesse Abstand genommen und braucht darum keine Vergütung für den durch die Tat verursachten Schaden. Eine Sonderstellung nehmen die Taten ein, zu denen die Einwilligung durch Verführung erlangt wurde, wie Wucher. In solchen Fällen erhält der Verletzte Schadenersatz.

Der in Kap. 9, § 3 des Strafgesetzes gemeinte Schadenersatz an Witwe und Kinder des Getöteten für deren Lebensunterstützung muss in dem in Kap. 21, § 3 enthaltenen Falle bezahlt werden, weil die genannten Personen das selbständige Antragsrecht haben.

IV. SPEZIELLER TEIL.

A. *Sind in der Einwilligungslehre alle Verbrechen zu behandeln?*

Wenn von der Einwilligung des Verletzten die Rede ist, wird mit diesem der Inhaber des durch die Tat unmittelbar verletzten Rechtsgutes gemeint. Zu Taten, die nichts mit den Rechtsgütern eines Individuums zu tun haben, kann niemand Einwilligung geben. Ihre Behandlung in der Einwilligungslehre ist daher nicht vonnöten. Die wichtigste Wirkungssphäre der Einwilligung liegt auf dem Gebiet der Verbrechen wider körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehre und Vermögen.

B. *Verbrechen wider das Leben und die körperliche Unversehrtheit.*

Mit der Reglementierung des § 3, Kapitel 21 im Strafgesetz hat der Gesetzgeber die Frage vom Einfluss der Einwilligung auf dem Gebiet der Verbrechen wider das Leben gelöst. Die Einwilligung mildert die Strafbarkeit einer Tat nur in dem Falle, dass sie in Form eines Verlangens erfolgt und dem wirklichen Willen des Bittstellers entspricht. Das Verlangen kann konkludentisch vorgebracht werden, wie durch Gesten und Mienen, aber die blossе Willensrichtung genügt nicht. Der Vorsteller eines gültigen Verlangens muss die Bedeutung der Tat begreifen. Das Verlangen als objektive Voraussetzung ist ausreichend, sodass auf die Motive des Täters kein Gewicht gelegt wird.

Die Sterbehilfe, womit die Beschleunigung des Sterbens einer hoffnungslos kranken Person mit Hilfe von Arzneien gemeint ist,

kann weder an Hand unseres positiven Rechts noch unseres Gewohnheitsrechtes als erlaubt betrachtet werden. Das Gewohnheitsrecht gestattet zwar die Anwendung von schmerzlindernden Medicinen in so grossen Dosen, dass sie vielleicht in gewissem Grade den Tod des Patienten beschleunigen, doch darf die Anwendung dieser Mittel niemals eine Verkürzung der Lebensdauer, sondern nur eine Linderung körperlicher Leiden bezwecken.

Als praktisch wichtigste Frage in der Einwilligungstheorie ist der Einfluss der Einwilligung auf die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung anzusehen. Die in der finnischen Theorie herrschende Ansicht, wonach Einwilligung die Rechtswidrigkeit minder schwerer und leichter Körperverletzungen aufhebt, ist offenbar richtig. Dies wird ausser durch den Umstand, dass diese Taten Antragsverbrechen sind, vor allem dadurch bewiesen, dass die mit Einwilligung der Frau begangene Abtreibung laut Gesetz bedeutend milder bestraft wird, als ausgeführte Abtreibung gegen den Willen der Frau, was nur daher rühren kann, dass im ersteren Falle die strafbare Verletzung der körperlichen Unversehrtheit der Frau fehlt. Abtreibung weist im »Normalfalle« den Tatbestand weniger schwerer Körperverletzung auf, woraus geschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber der Ansicht war, dass derartige Misshandlung unbestraft bleiben muss, wenn sie mit Zustimmung der Verletzten geschieht. Die Sachlage ändert sich, wenn die Abtreibung den Tod oder gewisse weitere Folgen, wie zur Unfruchtbarkeit führende Komplikationen, nach sich zieht. In diesen Fällen sind auch auf die Tat ausser den über Abtreibung gegebenen Bestimmungen noch diejenigen über vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung anzuwenden. Die mit Einwilligung des Verletzten begangenen sog. »Sportverletzungen« sind nach dem Gewohnheitsrecht rechtmässige Taten auch in dem Falle, dass sie den Tatbestand der schweren Körperverletzung verwirklichen. Dieser Umstand begründet sich dahin, dass der Sport das rechte Mittel zur Erlangung des rechten Zweckes ist.

In § 13, Kapitel 20 des Strafgesetzes ist ein besonderer Strafsatz wegen Ansteckung einer anderen Person mit einer Geschlechtskrankheit durch unerlaubten Beischlaf gegeben. Die Einwilligung beseitigt nicht die Rechtswidrigkeit dieser Tat. Sie verletzt ausser der Sittlichkeit auch die körperliche Unversehrtheit, denn Geschlechtskrankheit ist als weniger schwere Verletzung anzusehen, aber nicht für eine Art der Körperverletzung, sondern für ein selbständiges Verbrechen zu halten.

Die zur Aussetzung (Kap. 25, § 3 des Strafgesetzes) gegebene Einwilligung hebt die Rechtswidrigkeit der Tat auch in den Fällen nicht auf, in denen der Erteiler der Einwilligung einwilligungstauglich wäre. Ebenso wie die Aussetzung wird auch das mit § 2, Kapitel 44 des Strafgesetzes gemeinte Imstichlassen eines in wirklicher Lebensgefahr Befindlichen trotz Einwilligung des Verletzten bestraft.

Die Körperverletzungen gehören zu den sog. Erfolgshaftungsverbrechen, was § 4, Moment 2 im § 5 und § 6, Kapitel 21 des Strafgesetzes anzeigt. Die Anwendung dieser Gesetzesstellen führt u.a. dazu, dass der Täter wegen Körperverletzung mit Todeserfolg bestraft werden kann, selbst wenn es seine Absicht gewesen wäre, dem Verletzten nur einen geringfügigen Schaden zuzufügen. Handelt es sich in den von den Gesetzesstellen gemeinten Fällen um eine Tat, welche den Zweck hatte, dem Verletzten mit dessen Einwilligung eine leichte oder weniger schwere Verletzung zuzufügen, dürfen auf die Tat keinesfalls die genannten Vorschriften angewendet werden. Dies rührt daher, dass darin von Folgenverursachung durch eine vorsätzliche, strafbare Tat gesprochen wird, und die mit Einwilligung der Verletzten begangene leichte oder minder schwere Körperverletzung kann nicht als solche angesehen werden.

C. Verbrechen wider die Freiheit.

Der Wortlaut unseres Strafgesetzes zeigt, dass zu dem Tatbestand der meisten wider die Freiheit begangenen Verbrechen das Fehlen der Einwilligung gehört. So verhält es sich jedoch nicht mit ungesetzlicher Gefangennahme (Kap. 25, § 9 u. 10 des Strafgesetzes). Statt dessen hebt die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit dieses Verbrechens auf. Die zu einem gegen die Freiheit gerichteten Verbrechen gegebene Einwilligung kann der Verletzte in üblicher Weise widerrufen. Die mit dem Alkoholikergesetz gemeinte Verpflichtung, welche dem freiwillig in Heilanstaltspflege Strebenden abgenommen wird, scheint zwar in dieser Beziehung eine Ausnahme zu machen, weil der auf die Verpflichtung Eingegangene gegen seinen Willen in der Heilanstalt gehalten werden kann. In Wirklichkeit handelt es sich jedoch hierbei nicht um einen zur Einwilligungslehre gehörenden Fall, sondern um ein zum Besten der Gemeinschaft anzuwendendes Zwangsheilverfahren.

D. Verbrechen wider die Sittlichkeit.

Die Einwilligung beseitigt nicht die Rechtswidrigkeit der Sittlichkeitsverbrechen.

E. Verbrechen wider die Ehe.

Inn der finnischen Kriminalrechtswissenschaft ist man einig darüber gewesen, dass die Einwilligung des anderen Ehegatten den mit § 1 u. 2, Kapitel 19 des Strafgesetzes gemeinten Ehebruch nicht rechtmässig macht. Obgleich die Tat ein Antragsverbrechen ist, verletzt sie auch die Interessen der Gemeinschaft.

E. Ehrenkränkungen.

Einer seit alters her in der Strafrechtswissenschaft herrschenden Auffassung zufolge hebt Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Ehrenkränkung auf. Diese Ansicht ist für richtig zu halten. Die Rechtmässigkeit der sog. öffentlichen Kritik findet jedoch nicht ihre Rechtfertigung aus diesem Umstand, sondern gründet sich darauf, dass die Kritik zum Gange des normalen sozialen Lebens gehört und auch nicht den Tatbestand der Ehrenkränkung verwirklicht.

G. Hausfriedensbruch.

Die Rechtswidrigkeit der mit Moment 1 in § 1, § 2, § 3 und Moment 1 in § 3 a, Kapitel 24 im Strafgesetz gemeinten Taten hebt die Einwilligung auf, weil sie nur die Interessen des Individuums verletzen.

H. Verletzung fremder Geheimnisse.

Mit Einwilligung des Verletzten begangene Vergehen gegen Berufs- und Briefgeheimnis sind nicht möglich, weil als Geheimnis nur eine solche Tatsache angesehen wird, an deren Geheimbleiben der Verletzte Interesse hat.

I. Verbrechen wider das Eigentum.

Einwilligung hebt die Tatbestandsmässigkeit der Verbrechen wider das Eigentum auf. — Von Bankrottsverbrechen bleiben mit Ein-

willigung der Gläubiger gemachter leichtsinniger und unehrlicher Konkurs unbestraft, sofern sie nicht in der Verwaltung einer Bank oder eines anderen derartigen öffentlichen Geldinstitutes erfolgt sind.

J. Allgemeingefährliche Verbrechen.

Auf dem Gebiet der allgemeingefährlichen Verbrechen hat die Einwilligung im allgemeinen keine Bedeutung. Ausnahmen sind die mit den Momenten 3 in § 1 und § 4, Kapitel 34 des Strafgesetzes gemeinten Taten, welche unbestraft bleiben, wenn von dem Besitzer des in Brand gesteckten Eigentums die Einwilligung zu der Tat erhalten wurde und aus der Brandstiftung für keines Anderen Interessen Gefahr erwächst.

K. Fälschungsverbrechen, falsche Anschuldigung und Meineid.

Zur Fälschung eines öffentlichen Dokumentes kann niemand gültige Einwilligung erteilen. Dagegen wird die Strafbarkeit der Fälschung eines privaten Dokumentes durch die Einwilligung derjenigen Person aufgehoben, deren Name auf das Dokument geschrieben wird, weil die Tat in dieser Form nicht den Tatbestand des Fälschungsverbrechens erfüllt.

Falsche Anschuldigung und Meineid werden trotz Einwilligung des Verletzten bestraft, weil sich diese Taten vornehmlich gegen die staatliche Rechtspflege richten.

L. Die ärztliche Tätigkeit:

Mit der Tätigkeit des Arztes ist Beeinflussung des Zustandes eines Patienten nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft gemeint. Hierfür braucht kein Rechtfertigungsgrund aus der Einwilligung des Kranken gesucht zu werden, weil diese Tätigkeit auch sonst auf Grund des Gewohnheitsrechtes als von der Gemeinschaft gebilligtes Mittel zur Erreichung des richtigen Zweckes rechtmässig ist. Die Einwilligung des Patienten ist jedoch eine der Voraussetzungen für die rechtmässige ärztliche Tätigkeit. Ausnahmen hiervon sind zwar die sog. Zwangsbehandlungsfälle, von denen als Beispiele Impfung und Massnahmen laut dem Sterilisierungsgesetz erwähnt seien.

Die zur Tätigkeit des Arztes gegebene Einwilligung braucht nicht so grosse Forderungen zu erfüllen, wie die zu einem Verbrechen erteilte, weil die ärztliche Tätigkeit, umgekehrt wie die verbrecherische Tat, vom Standpunkte der Gemeinschaft aus gesehen nützlich ist. Es ist klar, dass die Einwilligung nicht ausdrücklich vorgebracht zu werden braucht, und dass sie auch eine minderjährige Person geben kann, wenn sie die Bedeutung der Massnahme versteht. Ein Geisteskranker kann keine gültige Einwilligung geben, weil man ihn nicht für fähig halten kann, die die Behandlung seiner Krankheit betreffenden Fragen zu begreifen.

In gewissen Fällen kann der Kranke nicht um Einwilligung befragt werden. So liegt die Sache z.B. dann, wenn dieser bewusstlos ist. Meist kann sich in derartigen Fällen der Arzt auf die sog. mutmassliche Einwilligung stützen, an Hand deren seine Tat rechtmässig ist.

Die ohne Einwilligung des Kranken erfolgende ärztliche Tätigkeit weist den Tatbestand keines Verbrechens auf, ist aber trotzdem offenbar rechtswidrig. Würde die Tat kriminalisiert, so würde dies am besten erfolgen, indem man den Verbrechen wider die Freiheit einen neuen Tatbestand angliederte. Die Ausarbeitung einer solchen Vorschrift scheint jedoch nicht vonnöten zu sein, weil das Gewohnheitsrecht elastisch die auf dem Gebiet entstandenen Schwierigkeiten löst.

V. MUTMASSLICHE EINWILLIGUNG.

Die Anhänger des materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffes haben oft behauptet, dass die sog. mutmassliche Einwilligung eine Tat in den Fällen rechtmässig machen würde, in welchen die wirkliche Einwilligung den entsprechenden Einfluss hat. Die mutmassliche Einwilligung würde sich ihrer Meinung nach zum Rechtfertigungsgrund der Tat gestalten, wenn Anlass zu der Annahme vorliegt, dass der Verletzte, der keine Möglichkeit hatte, seine Einwilligung zu geben, in die Tat eingewilligt hätte, wenn er davon gewusst und die Situation gekannt hätte. Eine solche Ansicht ist indessen nicht ganz richtig. Die mutmassliche Einwilligung kann nicht allein eine Tat rechtmässig machen. Sie kann nur in der Beziehung von Bedeutung sein, dass die Tat im Interesse des Verletzten begangen wurde, so wie im zivilrechtlichen Institute »Geschäftsführung ohne Auftrag« verordnet ist.

VL EINWILLIGUNG IN DER KÜNFTIGEN GESETZGEBUNG.

In das positive Recht sollten gewisse, die Einwilligung betreffende Vorschriften aufgenommen werden. Es wäre empfehlenswert, dass der Begriff der Einwilligung im Gesetz definiert würde. In der diesbezüglichen Vorschrift sollte festgestellt werden, dass die Einwilligung vor der Tat und freiwillig zu geben ist, und dass eine Person, die minderjährig oder von verminderter Zurechnungsfähigkeit ist, eine gültige Einwilligung nur in dem Falle erteilen kann, dass sie die Bedeutung der Tat für ihre Interessen versteht. Ausserdem sollte in der Definition erwähnt werden, dass die Erklärung der Einwilligung nicht nötig ist.

Der Wirkungsbereich der Einwilligung könnte im Gesetz am besten durch solche den Tatbeständen des speziellen Teiles beigefügte Worte wie »ohne Einwilligung« oder »selbst mit seiner Zustimmung« angegeben werden. Den auf Körperverletzungen bezüglichen Tatbeständen müssten jedoch besondere, mit Einwilligung begangene Körperverletzung betreffende Momente angegliedert werden. In diesen wäre zu bestimmen, dass mit Einwilligung des Verletzten erfolgte leichte oder minder schwere Körperverletzung unbestraft gelassen wird, während die zu schwerer Körperverletzung gegebene Einwilligung nur einen mildernden Umstand ausmacht.

PAINOVIRHEITÄ.

- S. VIII rivillä 2 ylhäältä on: »Yleistä 74», pitää olla: Yleistä 73.
- S. XXIII rivillä 14 ylhäältä on »Tekstissä käytettyjen», pitää olla: Tekstissä käytettyjä.
- S. 30 rivillä 11 ylhäältä on: »älä tapa», pitää olla: »Älä tapa».
- S. 113 rivillä 17 ylhäältä on: »merkitystä,¹⁸⁹», pitää olla: merkitystä,¹²⁰.
- S. 128 rivillä 16 ylhäältä lukien on: »tarkottaman», pitää olla: tarkoittaman.

DRUCKFEHLER.

- S. 198 Zeile 2 von unten lies: »Jahrhunderts» statt »Jahrhunderte».
- S. 211 Zeile 5 von oben lies: »In» statt »Inn».

