

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-SARJA N:o 30

NIILO SALOVAARA

RIKOKSEN YRITYKSESTÄ

ERITYISESTI N.S. KELVOTONTA YRITYSTÄ
SILMÄLLÄ PITÄEN

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
A-SARJA
N:o 30

SUOMALAISEN LAKIMIES-
YHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-SARJA

N:o 30

NIILO SALOVAARA

RIKOKSEN YRITYKSESTÄ

ERITYISESTI N.S. KELVOTONTA YRITYSTÄ
SILMÄLLÄ PITÄEN

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

ÜBER DEN VERSUCH DES VERBRECHENS MIT BESONDERER
BERÜCKSICHTIGUNG DES S.G. UNTAUGLICHEN VERSUCHS

Eine strafrechtliche Untersuchung

ZUSAMMENFASSUNG

JAKAJA AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA

RIKOKSEN YRITYKSESTÄ

ERITYISESTI N.S. KELVOTONTA YRITYSTÄ
SILMÄLLÄ PITÄEN

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

KIRJOITTANUT

NIILO SALOVAARA

LAKITIETEENKANDIDAATTI, VARATUOMARI
FILÖSOFIANMAISTERI

*Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin Yliopiston
Lainopillisen Tiedekunnan suostumuksella esite-
tään julkisesti tarkastettavaksi luentosalissa n:o 7
lauantaina huhtikuun 3 päivänä 1948 kello 12*

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

VAMMALA 1948
TYRVÄÄN KIRJAPAINO OY
ISBN 978-951-855-796-1(PDF)

ALKULAUSE.

Käsilläolevassa tutkimuksessani on omistettu erikoista huomiota oikeudenvastaisuuskysymyksen käsittelylle. Tämä on johtunut siitä, että yritysteon oikeudenvastaisuus on meillä kuten useimmissa maissa selvien lainsäännösten puuttuessa ollut eräs rikosoikeuden vaikeimmista kysymyksistä. Näinollen on näyttäytynyt välttämättömäksi verrattain laajasti kosketella myös rikosoikeuden peruskysymyksiä. Tutkimuksessani ovat niinkään saaneet huomattavan sijan eräät, osittain jo vanhentuneet yritysteoriat. Niiden käsittelemisestä en ole tahtonut luopua, koska niillä on edelleenkin merkityksensä rikosoikeustieteellisessä ajattelussa ja niiden esitleminen valaisee sitä suurta henkistä ponnistusta, mikä yrityksen olemuksen selvittämiseen on aikojen kuluessa kohdistettu. Tähän on näyttänyt olevan sitäkin enemmän aihetta, kun yritysoppi on nykyaikana melkoisessa käymistilassa erilaisten yhteiskuntapoliittisten katsomusten vaatiessa mielipiteidensä huomioonottamista myös rikosoikeuden piirissä.

Lausun kunnioittavat kiitokseni *Helsingin Yliopistolle* ja *Maaliskuun 25 päivän rahastolle*, jotka myöntämillään matka- y.m. apurahoilla ovat olennaisesti edistäneet tutkimustyötäni, sekä *Suomalaiselle Lakimiesyhdistykselle*, joka on antanut apuaan tutkimukseni julkaisemisessa. Tunnen suurta kiitollisuutta kaikkia niitä henkilöitä kohtaan, jotka taloudellisen avustamisen yhteydessä ja-muutoinkin ovat minua työssäni tukeneet. Erityisesti olen sydämestäni kiitollinen professori *B. A. Salmialalle* siitä, että hän annettuaan minulle aiheen tutkimukseeni on jatkuvasti tukenut minua työssäni ja nimenomaan sen loppuvaiheessa monin neuvoin minua auttanut, sekä professori *Brynolf Honkasalolle* siitä, että hän on pitkäksi venyneen työ kauteni kestäessä minua uupumattomasti rohkaissut ja monissa keskusteluissa antanut minulle neuvoja, jotka ovat koituneet huomattavaksi hyödyksi tutkimukselleni.

Helsingissä, maaliskuussa 1948.

Niilo Salovaara.

SISÄLLYSLUETTELO.

<i>Alkulause</i>	Sivu V
<i>Sisällysluettelo</i>	VI
<i>Kirjallisuusuusluettelo</i>	XI

ESIOSA.

OIKEUDENVASTAISUUS RIKOSOIKEUDESSA.

I LUKU.

<i>Teko vai tekijä. Subjektiivinen vai objektiivinen oikeudenvastaisuus</i>	1
<i>Onko rikos ensi sijassa vahingollinen tapahtuma vai lain alaisen henkilön paheksuttava asennoituminen?</i>	1
<i>Saadaanko vastaus rangaistuksen tarkoituksesta?</i>	2
Rangaistuksen yleisestävä tarkoitus, s. 3. Rangaistus pahan teon sovituksena, s. 4. Rangaistuksen erityisestävä tarkoitus, s. 6. Rangaistuksen tarkoituksesta ei saada varmaa vastausta, s. 7.	
<i>Symptomaattinen rikoskäsitys</i>	8
<i>Onko aina vaadittava määrätynlaista, laissa kiellettyä tekemistä?</i>	10
<i>Subjektiivinen oikeudenvastaisuuskäsitys</i>	10
<i>Merkelin oikeudenvastaisuusoppi, s. 11. Bindingin normiteoria, s. 11. Hold von Ferneckin katsomus, s. 12. Thonin ja Bierlingin imperatiiviteoria, s. 13. Goldschmidtin teoria, s. 14. Subjektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen arvostelua, s. 16.</i>	
<i>Objektiivinen oikeudenvastaisuusoppi</i>	17
Ajatus yksilön vapaudesta, s. 17. Bindingin muuttunut katsomus, s. 19. Iheringin teoria, s. 19. Löfflerin äärimmäiskatsomus, s. 20. Tilan oikeudenvastaisuus, s. 20. Belingin käsitys normista, s. 21. Naglerin katsomus, s. 22. M. E. Mayerin teoria, s. 24. Mezgerin teoria s. 27. Objektiivinen oikeudenvastaisuuskäsitys johtuu ulkonaisen teon merkityksellisyyden korostamiseen, s. 30.	

II LUKU.

Oikeudenvastaisuus teleoloogisessa systeemissä	32
<i>Kategoriaalinen ja teleologinen systeemi</i>	32
<i>Tunnusmerkistöoppi</i>	33
<i>Belingin tunnusmerkistöteoria, s. 34. Erik Wolfin käsitys tunnusmerkistöstä, s. 37. Formaalin tunnusmerkistön käsite, s. 38. Tunnusmerkistö vääryystyyppinä, s. 39. Mezgerin ja Eb. Schmidtin tunnusmerkistöteoria, s. 39. Negatiivisia tunnusmerkistökäsitteitä koskeva teoria, s. 41. Arth. Baumgartenin ja Radbruchin katsomukset, s. 42. Tunnusmerkistöteorioiden arvostelua, s. 43.</i>	
<i>Tunnusmerkistön mukaisuuden suhde oikeudenvastaisuuteen</i>	45
Kysymystä voidaan käsitellä kolmelta eri kannalta, s. 45. Oikeussäännösanalyysin kannalta, s. 45. Soveltamistekniikan kannalta, s. 46. Prosessuaalisen todistamisen menetelmän kannalta, s. 49. Oikeudenvastaisuus on tunnusmerkistön mukaisuutta oikeudenvastaisuutta, s. 50.	
<i>Positiivisen oikeuden rajoittuneisuus</i>	50
<i>Teleologinen katsomustapa on johtanut oikeuslähteiden sivuuttamiseen</i>	52
Dohnan ja M. E. Mayerin teoriat aineellisesta oikeudenvastaisuudesta, s. 52. Pohjoismainen oikeudenvastaisuuskäsitys, s. 54.	
<i>Muodollinen oikeudenvastaisuus kaipaa täydennykseksi aineellisen sisällön tuntemista</i>	56
Oppi oikeushyvästä, s. 57. Hertzin ja Kesslerin intressiteoria, s. 58. »Keskimääräisintressi», s. 59. Oikeushyvä metodisena käsitteenä, s. 59. Oikeushyvä ei saa menettää yhteyttä »luonnolliseen» maailmaan, s. 60. Oikeushyvän käsitteellinen laajuus, s. 61. Oikeushyvien yhteiset ominaisuudet, s. 63. Oikeudenvastaisuus yhteiskunnan vastaisuutena, s. 64.	
<i>Tunnusmerkistöjen teknillinen rakenne</i>	65
Maininnat subjektista, objektista y.m., s. 65. Deskriptiiviset ja normatiiviset tunnusmerkistökäsitteet, s. 66. Objektiiiviset ja subjektiiiviset tunnusmerkistökäsitteet, s. 69.	
<i>Subjektiiiviset tunnusmerkistökäsitteet</i>	69
Subjektiiivisiä tunnusmerkistökäsitteitä koskevan opin kehitys, s. 69. Heglerin teoria, s. 70. Knophin katsomus, s. 72. Oikeudenvastaisuusoppi, joka hyväksyy subjektiiiviset oikeudenvastaisuusaineokset, s. 74. Bellingin vastaväite, s. 75. Goldschmidtin arvostelu, s. 76. Oikeudenvastaisuusarvostelun perustaminen objektiiivisiin ja subjektiiivisiin seikkoihin, s. 77. Oikeudenvastaisuuden suhde syylisyyteen, s. 78.	
<i>N.s. tarkoitukselliset rikokset</i>	80
Tarkoituksellisia on kolme ryhmää, s. 80. Katkaistut seurausrikokset, s. 80. Tyydyttyä kaksitoimitetut rikokset, s. 82. Puhtaat yritysriskokset, s. 82. Zimmerlin väitteet subjektiiivisen tunnusmerkistökäsitteiden otaksumista vastaan tarkoituksellisten rikosten, s. 84.	

VARSINAINEN OSA.

RIKOKSEN YRITYKSESTÄ, ERITYISESTI N.S. KELVOTONTA YRITYSTÄ SILMALLÄ PITAEN.

III LUKU.

Historiallinen katsaus	88
Roomalainen ja germaaninen oikeus, s. 89. Myöhäiskeskiajan italialainen oikeustiede vasta loi yrityksen käsitteen, s. 89. Carolina, s. 90, Ranskan vallankumouksen yrityssäännös, s. 91. Saksan oikeus, s. 92. Ruotsi-Suomen keskiaikaiset lait, s. 93. 1734 vuoden laki, s. 94. Ruotsin oikeus, s. 94. Vuosien 1875 ja 1884 rikoslainehdotukset, s. 95. RL:n kanta, s. 96.	

IV LUKU.

Yrityksen kelpoisuutta koskevat teoriat	99
Yrityksen toteutumisasterajoitus ja periaatteellinen rajoitus, s. 99.	
A. Feuerbach ja keltvotonta yritystä koskevan ongelman syntyminen	100
B. Jyrkkä objektiivinen teoria	101
Geyerin katsomus, s. 102. Cohnin teoria, s. 103. Bindingin yritysoppi, s. 104. Ranskan oikeus, s. 106. Italian oikeus, s. 107. Katsomusten arvostelua, s. 107.	
C. Lievennetty objektiivinen teoria	108
Mittermaierin yritysoppi, s. 108. Zachariaen katsomus, s. 110. Yritys täytäntöönpanon aloittamisena, s. 111. Bernerin yritysoppi, s. 112. Olshausenin käsitys, s. 113. Hagströmerin katsomus, s. 114. Yritys vaaraa aiheuttavana toimena, s. 116. Hagemannin yrityskatsomus, s. 116. Rohlandin vaarateoria, s. 117. J. Baumgartenin käsitys, s. 119. Lievennetyn objektiivisen teorian arvostelua, s. 121.	
D. Subjektiivinen teoria	123
Tittmann subjektiivisen yritysteorian perustaja, s. 123. Lammaschin teoria, s. 124. Burin yritysoppi, s. 126. Delaquis'n katsomus, s. 131. Schüllerin mielipide, s. 132. Tanskan oikeus, s. 134. Lassenin ja Torpin katsomukset, s. 135. Krabben mielipide, s. 138. Norjan oikeus, s. 139. Morgenstiernen katsomus, s. 139. Hägerupin mielipide, s. 140. Knophin käsitys, s. 141. Forsmanin yritysoppi, s. 142. Englannin oikeus, s. 143. Sveitsin oikeus, s. 144. Subjektiivisen teorian arvostelua, s. 144.	
E. Vaarateoria	145
Lisztin yrityskatsomus, s. 146. Rosenbergin teoria, s. 148. Kriegsmannin yritysoppi, s. 149. Fingerin mielipide, s. 151. Hippelin katsomus, s. 153. Thyrénin yritysoppi, s. 155. Ruotsin uusi yrityssäännös, s. 157. Serlachiuksen yritysoppi, s. 159. Grötenfeltin yrityskatsomus, s. 161. Vaarateorian arvostelua, s. 161.	
F. Erikoisteorioita	162

Kohlerin katsomus yrityksestä oikeusjärjestyksen vaarantajana, s. 162. Kleen oppi yrityksestä kelvollisena rikossuunnitelmana, s. 163. Hornin ja Berin vaikutelmateoriat, s. 164. Katsomusten arvostelua, s. 166.

G. Tunnusmerkistön puutteellisuus-teoria 168

Tunnusmerkistön puutteellisuus Feüerbachilla y.m., s. 169. Binding tunnusmerkistön puutteellisuus-opin perustaja, s. 169. Kolme erilaista katsomustapaa, s. 170. »Luonnollinen» katsomustapa, Havensteinin teoria, s. 170. »Ai-neellinen» katsomustapa, Zachariaen yritysooppi, s. 171. »Muodollinen» l. »kieliopillinen» katsomustapa, Kroschel'in teoria, s. 172. Bellingin oppi tunnusmerkistön puutteellisuudesta, s. 173. Dohnan yritysooppi, s. 175. Frankin katsomus, s. 180. M. E. Mayerin käsitys tunnusmerkistön puutteellisuudesta, s. 183. Katsomusten arvostelua, s. 186.

V LUKU.

Milloin rikos on täytetty? 190

Vain täyttymisen muodollinen määrittely on mahdollista 190

Usein on epäselvyyttä siitä, onko kyseessä täytetty rikos vai yritys 192

Missä määrin tahallisuuteen täytyy liittyä »todellista» tietoa?, s. 192. Tahallisuusmielikuvan laatu, s. 193. Error in objecto ja aberratio ictus, s. 194. Tietoisuus kausaalikulusta, s. 195. Ratkaisu on saatavissa tahallisuuden käsitteen määrittelystä, s. 197. Täytettyyn rikokseen riittävä tahallisuus on ole-massa, kun tekijän mielikuva vastaa (abstraktisen) tunnusmerkistön vaatimuksia, s. 197. Tämän katsomuksen sovellutusta, s. 198. Yritys on olemassa etenkin, kun ulkonainen teko ja tekijän mielikuva vastaavat eri tunnusmerkistöjä, s. 202.

VI LUKU.

Yrityksen syyksiluettavuus 203

Yrityksen käsitteen määrittely on jätetty tietoisopin tehtäväksi 203

Lähtökohdan ottaminen »yritys» ja »yrittää» sanoista, s. 203. Asianmukainen ratkaisu voidaan saada vain rikosoikeuden omalta pohjalta, s. 204. Dolus determinatus yrityksessä, s. 204. Myös dolus directus riittää yritykseen, s. 205. Yritys ja dolus eventualis, s. 206. Dolus eventualiksen määrittelyssä on erotettava kolme mielipidesuuntaa, s. 208. Todennäköisyysteoria, s. 208. Suos-tumusteoria, s. 209. Yhdentekevyysteoria, s. 210. Teorioiden vertailua, s. 211. Dolus eventualiksen määritelmä, s. 213. Dolus eventualis riittää yritykseen, s. 213. Tuottamuksellinen yritys on mahdollinen, mutta se ei ole rangaistava, s. 214.

Harharikoksen käsite 216

VII LUKU.

Yrityksen oikeudenvastaisuus 218

Objektiivinen yrityskatsomus vastaa R.L:n yleistä kantaa 218

Yritykseen kuuluvalla ulkonaisella teolla on itsenäinen merkitys, s. 219. Yritys on rangaistuksenlaajentamisperuste, s. 220. Yritys on varsinaista »tekemistä», s. 221. Täytäntöönpanotoimen käsite, s. 221. Täytäntöönpanotoimi *Bindingillä* ja *Birkmeyerillä*, s. 222. *Meyerin* yleistävä katsomus, s. 224. Täytäntöönpanotoimi voidaan määritellä vain muodollisesti, s. 225.

Täytäntöönpanotoimen kelvollisuus 226

Adekvanssin liittyminen täytäntöönpanotoimeen, s. 226. Yrityksen rankaiseminen pohjautuu adekvanssin l. vaaran ajatukseen, s. 228. Lainkäyttäjää on arvestellessaan, milloin täytäntöönpano alkaa, sidottu tunnusmerkistöihin, s. 228. Tunnusmerkistön puutteellisuus erottaa eräät tapaukset yrityksen piiristä, s. 230. Tunnusmerkistön puutteellisuus on pelkkä muodollinen periaate, s. 231. Vasta kun on todettu, ettei tunnusmerkistön puutteellisuus esiinny k.o. tapauksessa, voi nousta kysymys adekvanssista, s. 233. Toisissa rikoksissa toimintatapa on jätetty määrittelemättä, toisissa taas määritelty enemmän tai vähemmän tarkasti, s. 234.

Adekvanssin lähempi määrittely 234

Adekvanssiarvostelu rakentuu jokapäiväisen elämän katsomuksille, s. 234. Subjektiivinen ja objektiivinen adekvanssiteoria, s. 236. Arvosteluperusta voidaan muodostaa vain pitäytymällä täysin siihen aineistoon, mikä *ex ante* tunnettiin tai voitiin tuntea, s. 237. Ratkaisevana on normaalisin, kyseisellä alalla tarvittavan kokemuksen omaavan henkilön tuntemus, s. 238. Seurauksen yleistäminen, s. 238. Adekvanssiin vaadittava todennäköisyyden aste, s. 238. Subjektiivisella aineksella saattaa olla merkitystä arvosteluperustan muodostamisessa, s. 240. Usein on niin, että ulkonaisen toimen tarkastaminen johtaa vain tulokseen; että toimi voi olla vaaraa tuottava, mutta onko se sitä, sen ratkaisee tekijän subjektiivinen asennoituminen, s. 241.

Yritys eräiden rikosten yhteydessä 242

Murha ja tappo, RL 21: 1, 2, s. 242. Varkaus, RL 28: 1, s. 242. Törkeän varkauden tapaukset, RL 28: 2, s. 243. Murto, RL 28: 3, s. 244.

Oikeuskäytäntömme kanta yritystoimen kelvollisuutta koskevassa kysymyksessä 245

Yrityksen ja valmistelun välinen raja 249

Laiminlyöntirikoksen yritys 251

Yritys ja välillinen tekeminen 253

Yritys seurausvastuurikoksissa 254

ZUSAMMENFASSUNG 256

KIRJALLISUUSLUETTELO.

- Agge, Ivar*: Den svenska straffrättens allmänna del i huvuddrag I. Stockholm 1944.
- » — Studier över det straffrättsliga reaktionssystemet I. Stockholm 1939.
- Alanen, Aatos*: Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinona. Helsinki 1925.
- » — Oikeustieteen tehtävistä. Juhlajulkaisu K. J. Ståhlberg. Vammala 1945.
- » — Rangaistus ja turvaamistoimenpiteet. Helsinki 1926.
- Allfeld, Philipp*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Begründet von H. Meyer. Allg. Teil. 8. Aufl. Leipzig und Erlangen 1922.
- Andenaes, Johs*: Straffbar unnlatelse. Et bidrag til strafferettsdogmatikken. Oslo 1942.
- Anttila, Inkeri*: Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 26. Vammala 1946.
- v. Bar, L.*: Die Lehre von Causalzusammenhänge im Rechte, besonders im Strafrechte. Leipzig 1871.
- » — Gesetz und Schuld im Strafrecht II. Berlin 1907.
- » — Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen. Hannover 1859.
- Bauer, Anton*: Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprozeß I. Göttingen 1840.
- » — Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 2. Aufl. Göttingen 1833.
- Baumgarten, Arthur*: Der Aufbau der Verbrechenslehre. Tübingen 1913.
- » — Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. Strafrechtl. Abh. 103. Breslau 1909.
- » — Die Verbrechensformel. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 34, 1921, s. 58 ss.
- Baumgarten, J.*: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Stuttgart 1888.
- Beling, Ernst*: Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre. Gerichtssaal 101, 1932, s. 1 ss.
- » — Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen 1930.
- » — Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.
- » — Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht. Kritische Beiträge I. Leipzig 1908.
- » — Grundzüge des Strafrechts. 11. Aufl. Tübingen 1930.
- » — Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung. Berlin 1922.
- » — Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück. Archiv für die civilistische Praxis 133, Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, 1931, s. 1 ss.

- Bergendal, Ragnar:* Lärobok i rättskunskap för blivande landsfiskaler III. Straffrätt. 2. uppl. Lund 1928.
- » — Om avtalsbrott såsom förbrytelse emot tredjeman. Skrifter tillägnade Johan C. W. Thyrén. Lund 1926.
- Bergendal, R.—Ohlsson, L. G.:* Förslag till ändrad lagstiftning om straff för försök till brott. Statens offentliga utredningar 19. Lund 1940.
- Berner, A. F.:* Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 10. Aufl. Leipzig 1879.
- Bierling, E. R.:* Juristische Prinzipienlehre III. Tübingen 1905.
- Binding, Karl:* Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Gerichtssaal 76, 1910, s. 1 ss.
- » — Der umgekehrte Irrtum. Gerichtssaal 85, 1917, s. 176 ss.
- » — Die Normen und ihre Übertretung. I. Leipzig 1872 — II. 2. Aufl. Leipzig 1914 — III. Leipzig 1918.
- » — Handbuch des Strafrechts I. Leipzig 1885.
- » — Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil I. 2. Aufl. Leipzig 1902.
- Birkmeyer, Karl:* Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.
- » — Strafe und sichernde Massnahmen. Rektoratsrede 1906.
- » — Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht. Gerichtssaal 37, 1883, s. 272 ss.
- Bornemann, F.:* Samlede Skrifter, III. Kjøbenhavn 1863.
- Brunnenmeister:* Die Quellen der Bambergensis. 1879.
- Brunner, Heinrich:* Deutsche Rechtsgeschichte II. Leipzig 1892.
- Bruns, Hermann:* Kritik der Lehre vom Tatbestand. Bonner rechtswissenschaftliche Abh. 23. Bonn und Köln 1932.
- Brusin, Otto:* Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja N:o 14. Vammala 1938.
- Bunge, K.:* Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930. In deutscher Übersetzung. Berlin und Leipzig 1933.
- v. Buri, Maximilian:* Abhandlungen aus dem Strafrecht. Giessen 1862.
- » — Beiträge zur Theorie des Strafrechts und der Strafgesetzgebung. Leipzig 1894.
- » — Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Object. Gerichtssaal 20, 1868, s. 325 ss.
- » — Ueber das Wesen des Versuches. Archiv für preussisches Strafrecht 25, 1877, s. 265 ss.
- » — Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch. Gerichtssaal 40, 1888, s. 503 ss.
- » — Ueber die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung. Gerichtssaal 41, 1889, s. 408 ss.
- » — Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 1, 1881, s. 185 ss.
- » — Versuch und Causalität. Gerichtssaal 32, 1880, s. 321 ss.
- » — Zur Lehre vom Versuche. Gerichtssaal 19, 1867, s. 59 ss.
- Böhmer, J. S. F.:* Elementa iurisprudentiae criminalis. 1732.
- Carrara, Francesco:* Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto. Lucca 1870.

- Class, Wilhelm:* Grenzen des Tatbestandes I. Lehre vom Tatbestand. Strafrechtl. Abh. 323. Breslau-Neukirch 1933.
- Coenders:* Strafrechtliche Grundbegriffe. Düsseldorf 1909.
- Coester, Bernhard:* Die Vorbereitungshandlung im Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927. Strafrechtl. Abh. 329. Breslau-Neukirch 1933.
- Cohn, Ludwig:* Die Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffs. Strafrechtl. Abh. 192. Breslau 1916.
- » — Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen I. Begriff und Umfang. Breslau 1880.
- Cropp, Fr.:* Commentatio de praeceptis iuris Romani circa puniendum conatum delinquendi I. Heidelbergae 1813.
- Dahm, Georg:* Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 57, 1937, s. 225 ss.
- Delaquis, Ernst:* Der untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung. Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. Neue Folge. 3. Band. Berlin 1904.
- Dohna, Alexander Graf zu:* Der Aufbau der Verbrechenslehre. Bonner rechtsw. Abh. 36. Bonn 1936.
- » — Der Mangel am Tatbestand. Festgabe für Güterbock. Berlin 1910.
- » — Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle a. S. 1905.
- » — Versuch. Julkaisussa Reform des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1926.
- Dröst, H.:* Das Ermessen des Strafrichters. Berlin 1930.
- Eichmann, Fritz:* Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen. Strafrechtl. Abh. 255. Breslau 1929.
- Ekeberg, B.—Strahl, I.—Beckman, N.:* Strafflagen jämte förklaringar till den nya lagstiftningen om förmögenhetsbrott. Stockholm 1943.
- Ekelöf, Per Olof:* Straffet, skadeståndet och vitet. En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt. Uppsala universitets årsskrift 1942: 8. Uppsala 1942.
- Ellilä, Reino:* Ehdollisesta tuomiosta rikoksen reaktiomoitona ja rikollisuuden torjumiskeinona. Juhlajulkaisu Antti Tulenheimo. Helsinki 1939.
- Engisch, Karl:* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Neue Folge 1. Tübingen 1931.
- » — Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.
- v. Feuerbach, P. J. A.:* Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten III. Giessen 1804.
- » — Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts. 4. Aufl. Giessen 1808. 12. Aufl., herausgegeben von C. J. A. Mittermaier. Giessen 1836.
- Finger, August:* Begriff der Gefahr und Gemeingefahr in Strafrecht. Festgabe für Frank I. Tübingen 1930.
- » — Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Sonderdruck aus der Festschrift für Binding. Leipzig 1911.

Finger, August: Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit. Gerichtssaal 97, 1928, s. 385 ss.

— » — Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904.

— » — Strafrecht. Das gesamte deutsche Recht XII, 1932, s. 412 ss.

Fischer, H. A.: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.

Forsman, Jaakko: Om försök till brott. JFT 1868, s. 110 ss.

— » — Straffrättens allmänna läror. 3. uppl. Helsingfors 1914.

— » — De särskilda brotten I. 5. uppl., utgiven av *Brynolf Honkasalo*. Helsingfors 1946.

— » — De särskilda brotten II. 4. uppl., utgiven av *Brynolf Honkasalo*. Helsingfors 1938.

— » — De särskilda brotten III. 4. uppl., utgiven av *Brynolf Honkasalo*, Helsingfors 1938.

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8—10. Aufl. Tübingen 1911. 18. Aufl. Tübingen 1931.

— » — Vollendung und Versuch. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil V. Berlin 1908.

— » — Vom intellektuellen Verbrechensschaden. Archiv für die civilistische Praxis 133, Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, 1931, s. 47 ss.

— » — Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 10, 1890, s. 169 ss.

Förslag till strafflag för Storfurstendömet Finland. Helsingfors 1875.

» » » » » 1884.

Förslag till strafflag. Allmänna delen samt förslag till lag angående villkorlig frigivning jämte motiv avgivna av strafflagskommissionen. Statens offentliga utredningar 9. Stockholm 1923.

Gallas, Wilhelm: Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts. Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin. IV Folge. 2. Band. Berlin und Leipzig 1931.

— » — Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung. Julkaisussa Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Berlin und Leipzig 1936.

Gallet: La nation de la tentative punissable. Paris 1899.

Garçon, E.: Code pénal annoté I. Paris 1901/1906.

Garraud, R.: Traité théorique et pratique du droit pénal français I. 2. Ed. Paris 1898.

v. Gemmingen, Hans Dieter Freiherr: Die Rechtswidrigkeit des Versuchs. Strafrechtl. Abh. 306. Breslau—Neukirch 1932.

— » — Kriminalpolitischer Schulenstreit und Versuchsbestrafung. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 52, 1932, s. 153 ss.

Germann, O. A.: Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 53. Aarau 1914.

Getz, Bernhard: Om den saakaldte Delaktighed i Forbrydelser (1876). Julkaisussa Juridiske Afhandlinger. Kristiania 1903.

— » — Foreløbigt udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge I. Kristiania 1887.

- Geyer, A.*: Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen. Gerichtssaal 18, 1866, s. 35 ss.
- » — Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 1, 1881, s. 30 ss.
- Goldschmidt, James*: Der Notstand — ein Schuldproblem. SA. aus Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 4, 1913.
- » — Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin 1925.
- » — Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch. Strafrechtl. Abh. 7. Breslau 1897.
- » — Normativer Schuldbegriff. Festgabe für Frank I. Tübingen 1930.
- Goos, C.*: Den danske Strafferet II. København 1878.
- Granfelt, O. Hj.*: Fångvårdsreformer. JFT 1945, s. 12 ss.
- » — Grundkurs i allmän straffrätt. Föreläsningar. Helsingfors 1941.
- Grolman, Karl*: Grundsätze des Criminalrechtswissenschaft. 2. Aufl. Giessen und Darmstadt 1805.
- Grottenfelt, Julius*: Kommentar till strafflagen. Allmänna delen. Helsingfors 1913.
- Grünhut, Max*: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Recht und Staat 41. Tübingen 1926.
- » — Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Frank I. Tübingen 1930.
- » — Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis. Bonner rechtsw. Abh. 25. Bonn und Köln 1932.
- » — Arvostelu teoksista: Beling, Die Lehre vom Tatbestand ja Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 52, 1932, s. 147 ss.
- » — Arvostelu teoksesta: Mezger, Strafrecht. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 52, 1932, s. 117 ss.
- Gürtner, Franz*: Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. Teil. 2. Aufl. Berlin 1935.
- Hafer, Ernst*: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil. Berlin 1926.
- Hagemann*: Der Versuch bei Mangel des Objekts. Archiv für preussisches Strafrecht 32, 1884, s. 221 ss.
- Hagerup, Francis*: Aarsakssammenhaeng og Retsstridighed. Tidskrift for Retsvidenskap 1909, s. 297 ss.
- » — Strafferettens almindelige Del. Kristiania 1911. — 2. utg. Oslo 1928.
- Hagströmer, Johan*: Svensk straffrätt I. Föreläsningar. Uppsala 1901/1905.
- Havenstein*: Zur Lehre vom untauglichen Versuch. Archiv für preussisches Strafrecht 36, 1888, s. 33 ss.
- » — Zu Prof. Zucker's Aufsatz: »Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch.« Archiv für preussisches Strafrecht 37, 1890, s. 130 ss.
- Heck, Philipp*: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.
- » — Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Archiv für die civilistische Praxis 1914.
- Hegler, August*: Die Merkmale des Verbrechens. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 36, 1915, s. 1 ss.

- Hegler, August*: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs. Festgabe für Frank I. Tübingen 1930.
- Heinitz, Ernst*: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. Strafrechtl. Abh. 211. Breslau 1926.
- Hemmer, Ragnar*: Om straffbarheten av förberedelse och försök till brott enligt Sveriges medeltidslagar. JFT 1928, s. 391 ss.
- » — Studier rörande straffutmätningen i medeltida svensk rätt. Helsingfors 1928.
- Henckel, Hans*: Der Gefahrbegriff im Strafrecht. Strafrechtl. Abh. 270. Breslau 1930.
- Hermanson, Robert*: Det rätta och dess samband med religiösa sanningar. Uppsala 1919.
- Hertz, Eduard*: Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Verbrechens. Hamburg 1880.
- » — Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln. Hamburg 1874.
- v. Hippel, Robert*: Deutsches Strafrecht I und II. Berlin 1925, 1930.
- » — Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil III. Berlin 1908.
- Hirschberg, Rudolf*: Schuld-begriff und adäquate Kausalität. Eine Untersuchung über das Zurechnungsproblem. Strafrechtl. Abh. 241. Breslau 1928.
- Hir, Rudolf*: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters I. Leipzig 1920.
- Hold von Ferneck, Aleksander*: Der Versuch. Eine rechtsphilosophische Betrachtung zum deutschen Strafgesetzentwurf. Leipzig 1922.
- » — Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Jena 1903.
- » — Die Schuld im Rechte und in der Moral. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 32, 1911, s. 249 ss.
- Honig, Richard*: Die Einwilligung des Verletzten I. Mannheim, Berlin, Leipzig 1919.
- Honkasalo, Brynolf*: Erinäiset rikokset. Hämeenlinna 1944.
- » — Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa. Helsinki 1933.
- » — Nulla poena sine lege. Eripainos Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisusta N:o 11. Helsinki 1937.
- » — Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa. Defensor Legis 1942, s. 49 ss. ja s. 259 ss.
- » — Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa. Defensor Legis 1943, s. 155 ss.
- » — Sikiönlähdettäminen de lege lata et de lege ferenda I. Helsinki 1936.
- » — Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin. Defensor Legis 1937, s. 45 ss.
- » — Vahvistuskanneoikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan I. Aineelliset edellytykset. Helsinki 1928.
- » — Arvostelu Vankeinhoidon uudistuskomitean mietinnöstä. Lakimies 1947, s. 130 ss.
- Horn, Arnold*: Der Versuch. Begründung einer objektiven Versuchstheorie im Hinblick auf empirische Psychologie und Physopsychologie. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 20, 1900, s. 309 ss.

- Höpfner: Zur Tragweite der Normenlehre. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 23, 1903, s. 643 ss.
- v. Ihering, Rudolph: Der Zweck im Recht I und II. Leipzig 1877, 1883.
- » — Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867). Julkaisussa Vermischte Schriften juristischen Inhalts. Leipzig 1879.
- Kaila, Eliaser: Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslauseoppi. Helsinki 1924.
- Kekomäki, Paavo: Ammattimaisten ja tavanomaisten rikosten käsitteistä. Helsinki 1933.
- » — Arvostelu kirjoituksesta: Schlyter, Straffbalk eller skyddsbalk? (1946). Lakimies 1947, s. 159 ss.
- Kessler, R.: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin und Leipzig 1884.
- Kjerschow, P.: Almindelig borgerlig straffelov og lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttraeden. Oslo 1930.
- Klee, Karl: Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung. Deutsches Strafrecht 1936, s. 11 ss.
- » — Wille und Erfolg in der Versuchslehre. Strafrechtl. Abh. 14. Breslau 1898.
- Knoph, Ragnar: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett. Kristiania 1921.
- Kohler, J.: Studien aus dem Strafrecht I. Mannheim 1890.
- Kohlrausch, Eduard: Art. »Strafrecht«. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft V, 1928, s. 156 ss.
- » — Der allgemeine Teil des Entwurfs 1925. Julkaisussa Reform des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1926.
- » — Die Schuld. Julkaisussa Reform des Reichsstrafgesetzbuchs I. Berlin 1910.
- » — Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Berlin 1903.
- Kollmann, Horst: Der symptomatische Verbrechensbegriff. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 28, 1908, s. 449 ss.
- » — Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem. Strafrechtl. Abh. 91. Breslau 1908.
- Krabbe, Oluf H.: Borgerlig Straffelov af 15. April 1930 med Kommentarer. København 1931.
- Kriegsmann, N. Hermann: Die Schuld nach dem Strafgesetze. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 30, 1910, s. 542 ss.
- » — Wahnverbrechen und untauglicher Versuch. Ueber die Begriffe und deren Unterscheidung. Strafrechtl. Abh. 51. Breslau 1904.
- » — Arvostelu kirjoituksesta: Dohna, Der Mangel am Tatbestand. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 31, 1911, s. 694 s.
- v. Kries, Johannes: Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12, 1888, s. 179 ss., s. 287 ss., s. 393 ss.
- Kroschel: Versuch und Mangel am Thatbestand. Gerichtssaal 41, 1889, s. 273 ss.
- » — Strafflosigkeit des Versuchs am untauglichen Object. Gerichtssaal 43, 1890, s. 216 ss.
- Lammasch, Heinrich: Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches. Wien 1879.
- Lassen, Jul: Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed. Kjøbenhavn 1879.

- Liepmann, Moritz*: Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
- v. Liszt, Franz*: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge I und II. Berlin 1905.
- » — Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 1, 1881, s. 93 ss.
- » — Das deutsche Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig 1881.
- » — Rikosoikeuden yleiset opit. Helsinki 1920. Suomentos teoksen »Lehrbuch des deutschen Strafrechts« 22. painoksen yleisistä osasta, suomentaja *Arvo Haveri*.
- v. Liszt, Franz—Schmidt, Eberhard*: Rikosoikeuden yleiset opit. Kerava 1929. Suomentos teoksen »Lehrbuch des deutschen Strafrechts« 25. painoksen yleisistä osasta, suomentaja *Arvo Haveri*.
- » — Lehrbuch des deutschen Strafrechts I. Einleitung und Allgemeiner Teil. 26. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
- Luden, Heinrich*: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte I. Ueber den Versuch des Verbrechens. Göttingen 1836.
- Löffler, Alexander*: Unrecht und Notwehr. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 21, 1901, s. 537 ss.
- Mayer, Max Ernst*: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Bibliothek der Kriminalistik II. Heidelberg 1915.
- » — Rechtsnormen und Kulturnormen. Strafrechtl. Abh. 50. Breslau 1903.
- » — Versuch und Teilnahme. Julkaisussa Reform des Reichsstrafgesetzbuchs I. Berlin 1910.
- Merkel, Adolf*: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts I. Strassburg 1899.
- » — Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von der Grundeintheilung des Unrechts und seiner Rechtsfolgen. Leipzig 1867.
- » — Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
- Merkel, Paul*: Grundriss des Strafrechts I. Bonn 1927.
- Meyer, Hugo*: Der Anfang der Ausführung. Tübingen 1892.
- » — — *Allfeld, Ph.*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allg. Teil. 8. Aufl. Leipzig und Erlangen 1922.
- Mezger, Edmund*: Der Begriff der Rechtsquelle. Archiv für die civilistische Praxis 133, Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, 1931, s. 19 ss.
- » — Deutsches Strafrecht. Ein Leitfad. Berlin 1936.
- » — » » Ein Grundriss. Berlin 1938.
- » — Die Straftat als Ganzes. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 57, 1937, s. 675 ss.
- » — Die subjektiven Unrechtselemente. Gerichtssaal 89, 1924, s. 207 ss.
- » — Literaturbericht. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 47, 1927, s. 486 s.
- » — Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 52, 1932, s. 529 ss.
- » — Sein und Sollen im Recht. Tübingen 1920.
- » — Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. München und Leipzig 1933.
- » — Subjektivismus und Objektivismus in der strafrechtlichen Rechtssprechung des Reichsgerichts. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts V. Berlin und Leipzig 1929.

- Mezger, Edmund:* Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Sonderabdruck aus der Festschrift für Treager. Berlin 1926.
- Mittermaier, C. J. A.:* Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen. Neues Archiv des Criminalrechts I, 1817, s. 163 ss.
- » — Ueber den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland. Neues Archiv des Criminalrechts IV, 1820, s. 104 ss.
- » — Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften, insbesondere in Bezug auf die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Neues Archiv des Criminalrechts X, 1828, s. 536 ss.
- » — Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln. Gerichtssaal 11, 1859, s. 403 ss.
- Mommsen, Theodor:* Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.
- Montelius, Alvar:* Försöklärans objekt. Uppsala 1918.
- Morgenstierne, Bredo:* Om Erstatningsansvar for andres Handlinger saerlig om Statsansvar for Embedshandlinger. Norsk Retstidende 1887, s. 1 ss.
- » — Om det strafbare Forsøgs Begyndelsepunkt. Tidsskrift for Retsvidenskab 1, 1888, s. 410 ss.
- Müller, M. L.:* Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadenersatzrecht. Tübingen 1912.
- Nagler, Johannes:* Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Sonderdruck aus der Festschrift für Karl Binding. Leipzig 1911.
- » — Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Festgabe für Frank I. Tübingen 1930.
- » — Die Neuordnung der Straffbarkeit von Versuch und Beihilfe. Gerichtssaal 115, 1940, s. 24 ss.
- Natorp, Hans:* Der Mangel am Tatbestand. Strafrechtl. Abh. 204. Breslau 1921.
- Noponen, V. K.:* Aberratio ictus ja error in persona. Hämeenlinna 1921.
- Oetker, Friedrich:* Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 17, 1897, s. 53 ss.
- v. Olshausen, Justus:* Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich I. 10. Aufl. Berlin 1916.
- Pfotenhauer:* Der Einfluss des factischen Irrthum und der Sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen. Leipzig 1839.
- Radbruch, Gustaw:* Zur Systematik der Verbrechenlehre. Festgabe für Frank I. Tübingen 1930.
- » — Arvostelu teoksesta: Beling, Die Lehre vom Verbrechen. Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 3, 1906, s. 570 s.
- Rappaport, E. Š.:* Subjektivismus und Objektivismus in der modernen Strafrechtswissenschaft. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 24, 1911, s. 399 ss.
- Rauch, Herbert:* Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung. Leipziger rechtsw. Studien 103. Leipzig 1936.
- Reichel, Hans:* Gesetz und Richterspruch. Zürich 1914.
- Reichs-Strafgesetzbuch.* Leipziger Kommentar. I Band. Allg. Teil. 5. Aufl. von A. Lobe. Berlin und Leipzig 1933.
- Rickert, Heinrich:* System der Philosophie I. Tübingen 1921.
- Rittler, Theodor:* Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I. Allg. Teil. Wien 1933.

- v. Rohland, Woldemar*: Die Gefahr im Strafrecht. 2. Aufl. Dorpat und Leipzig 1888.
- Romagnosi*: Genesi del diritto penale. 1791.
- Rosenberg, Werner*: Über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 20, 1900, s. 685 ss.
- Rümelin, M.*: Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf- und Civilrecht, Archiv für die civilistische Praxis 90, 1900, s. 171 ss.
- Salovaara, Niilo*: Oikeushyvän käsitteestä rikosoikeustieteessä. Juhlajulkaisu Antti Tulenheimo. Helsinki 1939.
- » — Tunnusmerkistöä rikosoikeustieteessä. Defensor Legis 1937, s. 121 ss.
- Sauer, Wilhelm*: Grundlagen des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1921.
- » — Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 51, 1931, s. 164 ss.
- Sauermann, Karl*: Der Versuch als »delictum sui generis». Strafrechtl. Abh. 227. Breslau 1927.
- Schaffstein, Friedrich*: Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma. Deutsches Strafrecht 1937, s. 335 ss.
- » — Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? Deutsches Strafrecht 1935, s. 97 ss.
- » — Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts. Berlin 1930.
- » — Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 57, 1937, s. 295 ss.
- » — Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. Festschrift für Richard Schmidt. Leipzig 1934.
- Schlyter, Karl*: Skyddsbalk. Ett reformprogram. Särtryck ur Göteborgs Handels- och Sjöfartstidning. Göteborg. 1946.
- Schmidt, Eberhard*: Die mittelbare Täterschaft. Festgabe für Frank II. Tübingen 1930.
- » — Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 45, 1931, s. 200 ss.
- » — Arvostelu teoksesta: Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. Juristische Wochenschrift 1931, s. 188.
- Schoetensack, August*: Verbrechensversuch und Deutscher Strafgesetzentwurf. Festschrift für Binding I. Leipzig 1911.
- » — Verbrechensversuch. Festgabe für Frank II. Tübingen 1930.
- » — Verbrechensversuch. Julkaisussa Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts. Berlin 1934.
- Schwarze*: Versuch und Vollendung. Handbuch des deutschen Strafrechts, herausgeg. von Fr. von Holtzendorff II. Berlin 1871.
- Schwinge, Erich*: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonner rechtsw. Abh. 14. Bonn und Köln 1930.
- » — Zimmerl, Leopold: Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. Bonn 1937.
- Schüler, Georg*: Der Mangel am Tatbestand. Strafrechtl. Abh. 181. Breslau 1914.
- Seeger, A.*: Der Versuch der Verbrechen nach römischem Recht. Tübingen 1879.
- » — Ueber die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters. Tübingen 1869.

Serlachius [Särkilahti], Allan: Suomen rikosoikeuden oppikirja I. Yleiset opit. 3. painos. Julkaisseet B. A. Salmiala ja Brynolf Honkasalo. Helsinki, 1940.

— » — Suomen rikosoikeuden oppikirja II. 1. nide. 2. painos. Helsinki 1924.

— » — Suomen rikosoikeuden oppikirja II. 2. nide. Helsinki. 1914.

— » — Ehdotus uudeksi rikoslaiksi I. Yleinen osa. Helsinki 1920.

— » — Straff och skadestånd. Helsingfors 1901.

Sieverts, Rudolf: Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht. Hamburger Rechtsstudien 19. Hamburg 1934.

Sipilä, Arvo: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja N:o 8. Helsinki 1936.

Sjögren, Vilhelm: Om rättsstridighetens former med särskild hänsyn till skadeståndsproblemet. Uppsala 1894.

Skeie, Jon: Den norske strafferett I. Den alminnelige del. 2. utg. Oslo 1946.

Stjernberg, Nils: Den positive straffrättens allmänna del I. Uppsala 1920.

Stooss, Carl: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. 2. Aufl. Wien und Leipzig 1913.

Suck, Hans Werner: Der Beginn der Tat im neuen deutschen Strafrecht. Strafrechtl. Abh. 373. Breslau—Neukirch 1937.

Sundström [Salmiala], B. A.: Lisiä oppiin rangaistuksen olemuksesta. Defensor Legis 1946, s. 41 ss.

— » — Muutama sana kuolemanrangaistuksesta. Defensor Legis 1926, s. 248 ss.

— » — Rikoslain 20 luv. 7 § 1 momentin tulkintaa. Defensor Legis 1941, s. 240 ss.

— » — Varsinaisesta osallisuudesta rikoslain ja sotaväenrikoslain rangaistaviksi julistamiin varsinaisiin erikoisrikoksiin erittäin silmälläpitäen extraneusta. Porvoo 1926.

Tarnowski, Hans: Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs. Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin. IV Folge. 1. Band. Berlin und Leipzig 1927.

Tesar, Ottokar: Der symptomatische Verbrechensbegriff. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 29, 1909, s. 82 ss.

— » — Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht. Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. Neue Folge. 5. Band. Berlin 1907.

— » — Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 32, 1912, s. 379 ss.

Thon, August: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Thormann, Ph.—v. Overbeck, A.: Das schweizerische Strafgesetzbuch I. Allgemeine Bestimmungen. Zürich 1940.

Thyrén, Johan C. W.: Den moderna straffrättens grundåskådningar. Lund 1920.

— » — Förberedande utkast till strafflag. Kap. I—XIII. Lund 1916.

— » — Principierna för en strafflagsreform. II. Brottbegreppets objektiva sida. Lund 1912. III. Brottbegreppets subjektiva sida. Försök. Subjektifierhet. Lund 1914.

Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde I. Halle 1806.

- Torp, Carl*: Den danske Strafferets almindelige Del. København 1905.
- » — Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft. Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 23, 1903, s. 84 ss.
- Traeger, L.*: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.
- Tulenheimo, Antti*: Luotto rikosoikeudellisena suojelusobjektina. Helsinki 1911.
- » — Rangaistuksen olemus, tarkoitus ja oikeutus. Lakimies 1919, s. 261 ss.
- » — Symptomaattinen rikoskäsitys ja suojelusobjekti. Lakimies 1911, s. 93 ss.
- » — Tuleeko uuden rikoslakimme pyrkiä ratkaisemaan n.k. teoreettisia kysymyksiä. Lakimies 1930, s. 200 ss.
- Wachenfeld, Friedrich*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.
- v. Weber, Hellmuth*: Zum Aufbau des Strafrechtssystems. 1934.
- v. Wedel, Hasso*: Wandlung der Tatbestandslehre? Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 45, 1931, s. 359 ss.
- Wetter, Folke P:son*: Den villkorliga domen. En straffrättslig undersökning. Uppsala 1912.
- Winroth, A.*: Anteckningar efter Prof. Winroths rättshistoriska föreläsningar i straffrätt. Lund 1889.
- Wolf, Erik*: Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Sonderdruck aus der Festschrift für Pappenheim. Breslau 1931.
- » — Strafrechtliche Schuldlehre I. Mannheim, Berlin und Leipzig 1928.
- » — Vom Wesen des Täters. Recht und Staat 87. Tübingen 1931.
- Zachariae, H. Ä.*: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen I. Göttingen 1836.
- » — Von dem Versuche der Verbrechen. Archiv für preussisches Strafrecht 5, 1857, s. 577 ss.
- Zimmerl, Leopold*: Die Tatbestandsmässigkeit des Versuches. Gerichtssaal 98, 1929, s. 387 ss.
- » — Zur Lehre vom Tatbestand. Strafrechtl. Abh. 237. Breslau 1928.
- Zucker*: Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch. Archiv für preussisches Strafrecht 36, 1888, s. 370 ss.
- » — Ein Schlusswort zur Lehre vom untauglichen Versuch. Archiv für preussisches Strafrecht 37, 1890, s. 274 ss.

ESIOSA

OIKEUDENVASTAISUUS RIKOSOIKEUDESSA.

I LUKU.

Teko vai tekijä. Subjektiivinen vai objektiivinen oikeudenvastaisuus.

Nykyajan rikosoikeustieteessä on uusiutuvasti noussut vastattavaksi kysymys, onko rikos ensi sijassa ulkonaisessa maailmassa ilmenevä vahingollinen tapahtuma vai lähinnä lain alaisen henkilön paheksuttava asennoituminen yhteiskuntaan nähden vaiko peräti yhteiskunnan jäsenen jonkinlainen »lajistaan huonontuminen». Ongelmaksi on toisin sanoen muodostunut, määräytyykö rikoksesta seuraava rangaistus tai muu reaktio ennen muuta ulkonaisen teon mukaan vai ainakin pääasiallisesti tekijää ja hänen sielunelämänsä tai sielullista rakennettaan silmällä pitäen. Nimenomaan rikoksen yritystä tutkittaessa on vaikeutta ilmaantunut sen selvittämisessä, onko rangaistava yritys, vaikka mitään varsinaista vahinkoseurausta ei olekaan tapahtunut, kuitenkin jotain ulkonaisessa maailmassa ilmenevää vahingollista toimintaa, vai onko se pohjaltaan lähinnä tekijän »pahan» tahdon näyttäytymistä toisten ihmisten havaittavalla tavalla. Tähän kaikkeen on vastattava, että jos aikaisemmin olikin rikosta arvosteltaessa katse kiinnitetty ennen kaikkea tekijän toimintansa kautta aiheuttamaan vahinkoon, niin nykyaikaisessa tieteisopissa on esiintynyt voimakas pyrkimys tekijän ja hänen ominaisuuksiensa huomioon ottamiseen yhteiskunnan »puolustuslinjan» sijoittamiseksi mahdollisimman kauaksi eteen ennen vahinkoseurauksen syntymistä. Täten on suuressa määrin kaksi katsomusta muodostunut toistensa vastakohdiksi: toisaalta on lähtökohdaksi otettu vahingollinen teko, toisaalta taas tekijän vaarallisuuden on katsottu olevan ratkaiseva kriteerio.¹

¹ Ks. *Serlachius*, Suomen rikosoikeuden oppikirja I, 3. pain. 1940, s. 13 ss.; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932, s. 9 ss.; *Mezger*,

Ryhdyttäessä voimassaolevan oikeuden kannalta etsimään vastausta kysymykseemme, kummalla seikalla, ulkonaisen maailman tapahtumalla vai tekijän subjektiivisella asennoitumisella on oleva etusija rikosta määriteltäessä, on tutkittava, mitä valaistusta siihen on saatavissa rangaistuksen tehtävästä ja tarkoituksesta, sillä rangaistus on rikoksen ohella toinen rikosoikeuden peruskäsitteistä, ja rangaistuksen tarkoitukseen nähden omaksuttu katsantokanta vaikuttaa määräävästi koko rikosoikeuden muodostamiseen. Perimmältään rikos ei vääryyden alalajina ole edes itsenäisesti määriteltävissä, kun sensijaan rangaistuksella on aina ollut määrätty omalaatuisuutensa. Eikä vain rikosoikeuden yleinen luonne, vaan myöskin rikoksen käsitteen sisältö ja dogmaattiset käsitetunnusmerkit on viime kädessä johdettava rangaistukseen liittyvistä ajatussarjoista.²

Nykyaikana vallitsevan käsityskannan mukaan rangaistukseen kuuluu yleisestävä ja erityisestävä tarkoitus. Yleisestävästi rangaistus vaikuttaa kaikkiin oikeusjärjestyksen alaisiin siten että rangaistuksella uhkaaminen ja erityisesti sen täytäntöön paneminen on omiaan varoittamaan ja peloittamaan rikoksiin ryhtymästä sekä myös tukemaan yhteiskunnassa vallitsevia siveellisiä käsityksiä. Erityisestävä tarkoitus sitävastoin tähtää yksityisen rangaistuksen alaiseksi joutuneen henkilön peloittamiseen tahi parantamiseen, tai ainakin vaarattomaksi tekemiseen sinä aikana, jona hän kärsii rangaistusta.³ Kysymyksemme kuuluu siis, onko näistä rangaistuksen tarkoituseristä saatavissa vastaus teon tai tekijän ensisijaisuutta koskevaan ongelmaan.

Strafrecht, 2. Aufl. 1933, s. 30 ss.; *Rappaport*, Subjektivismus und Objektivismus in der modernen Strafrechtswissenschaft, Schw. Zeitschrift für Strafrecht 24, 1911, s. 399 ss.

² Ks. *Kohlrausch*, art. »Strafrecht«, Handw. d. Rechtsw. V, 1928, s. 757; *Eb. Schmidt*, Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, Schw. Zeitschrift für Strafrecht 45, 1931, s. 204; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 1, viite 3. Ks. myös *Stjernberg*, Den positiva straffrättens allmänna del I, 1920, s. 18; *Agge*, Studier över det straffrättsliga reaktionssystemet I, 1939, s. 181 ss. — *Gallas*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, 1931, s. 5 s., katsoo ainoastaan oikeushyville annettavan suojan laajuuden, ei sitävastoin oikeushyvien loukkaamisen estämiseen kohdistuvan yhteiskunnan intressin itsensä määräytyvän rangaistukseen nähden omaksutun käsityksen mukaan. Myös *Erik Wolfin*, Strafrechtliche Schuldlehre I, 1928, s. 32 ja 120, mielestä rikoksen käsite on systemaattisesti sijoitettava ennen rangaistuksen käsitettä samoin kuin oikeushyvä on käsitteellisesti ennen oikeusjärjestystä.

³ Ks. *Honkasalo*, Nulla poena sine lege, 1937, s. 43 ss.; *Serlachius*, Oppikirja I, s. 15 ss.; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 7 ss.; *Mezger*, Strafrecht, s. 502 ss.

Jos rangaistuksella pyritäisiin yksinomaan peloittamiseen, määntyisi se pelkästään ulkonaisessa maailmassa ilmenevän oikeudenloukkauksen mukaan, sillä rangaistus on omiaan peloittamaan ja varoittamaan sitä enemmän, mitä johdonmukaisemmin se seuraa pelkästä vahinkoseurauksen aiheuttamisesta tekijän sielulliseen puoleen katsomatta. Ilmeistä näet on, että vaadittaessa oikeudenloukkaukseen myös subjektiivisten seikkojen myötävaikutusta, moni seurauksen aiheuttaja voi täydellä syyllä laskea välttävänsä rangaistuksen toivoen, etteivät subjektiiviset vaatimukset häneen sovi. Toiselta puolen kuitenkin rangaistuksen kunnialle käyvä ja kasvattava luonne edellyttää moitittavaa asennoitumista tekijässä, sillä puhdas seurausvastuu olisi kohtalonomaista rangaistuksen alaiseksi joutumista. Mikäli siis yleisestäään tarkoitukseen pyritäessä viimeksimainittuja vaikutuksia pidetään silmällä, on myös tekoon liittyvät subjektiiviset seikat otettava huomioon. Mutta subjektiivisen puolen jäämiseen joka tapauksessa alistettuun asemaan ulkomaailman tapahtuman rinnalla vaikuttaa yleisestämiseen kuuluva katseen kohdistaminen yhteisöön eikä yksityiseen rikoksentehtijään. Pyritäessä mahdollisimman laajaan yleisvaikutukseen voi vain keskimääräinen ihmistyyppi olla huomion esineenä. Häneen suuntautuva peloittava ja kasvattava vaikuttaminen on kokemuksen mukaan sitä menestyksellisempää, mitä johdonmukaisemmin rangaistus määräytyy seurauksen vahingollisuuden mukaan, sillä ulkopuolisten henkilöiden havaittavissa ovat useimmiten lähinnä vain rikosteen ulkomaailmassa ilmenevät, yhteiskuntaa vahingoittavat seuraukset. Kun nimenomaan rangaistuksen kasvattava merkitys perustuu oikeusjärjestyksen kunnioittamiseen, olisi tätä kunnioitusta omiansa järkyttämään se seikka, että valtiolta reagoisi törkeätä ja vähäistä sosiaalista vääryyttä vastaan samalla tavalla. Yleisestämiseen tähtäävän vaikutuksen saavuttaminen edellyttää siis välttämättömästi, että rangaistus asetetaan oikeaan suhteeseen tehtyyn ulkonaiseen oikeudenloukkaukseen. Mitä suurempi oikeudenloukkaus on, sitä voimakkaammin valtiovallan on reagoitava sitä vastaan.⁴

⁴ Ks. *Honkasalo*, Nulla poena, s. 43 s.; *Salmiala*, Muutama sana kuolemanrangaistuksesta, *Defensor Legis* 1926, s. 250 s.; *Tulenheimo*, Rangaistuksen olemus, tarkoitus ja oikeutus, *Lakimies* 1919, s. 267 s.; *Serlachius*, Oppikirja I, s. 32 s. Ks. myös *Agge*, Reaktionsystemet, s. 79 ss. ja *Sama*, Den svenska straffrättens allmänna del I, 1944, s. 28 ss.; *Ekelöf*, Straffet, skadeståndet och vitet, 1942, s. 12 ss.; *Wetter*, Den villkorliga domen, 1912, s. 10 ss.; *Dröst*, Das Ermessen des Strafrichters, 1930, s. 166 ss.

Yleisestämisen periaatteeseen liittyvät katsomukset hyväksyvät yleensä nekin, jotka puhuvat rangaistuksesta pahan teon sovituksena tai hyvityksenä, sillä sovitusta ei enää kukaan pidä pelkästään itsetarkoituksena, vaan lähinnä keinona oikeusjärjestyksen ylläpitämiseksi.⁵ Kuitenkin on huomattava, että niiden keskuudessa, jotka

⁵ *Alanen*, Rangaistus ja turvaamistoimenpiteet, 1926, s. 18 s., tosin lausuu, ettei »rangaistusta ole käsitettävä perusolemukseltaan pahaksi, joka määrätään rikoksen tekijän kärsittäväksi tiettyjä reaalisia tarkoituspäitä silmälläpitäen, vaan että se on käsitettävä pahaksi, joka kohtaa rikosentekijää tämän tekemän pahanteon johdosta». Kuitenkin hän selittää hyvityspaniaatteen näin käsitetyssä mielessä merkitsevän »vain sitä, että konkreettisesti havaittavat preventiivinäkökohdat eivät saa siinä määrin hallita rangaistusjärjestelmää, että rangaistus yleisessä kulttuuritietoisuudessa ei enää olisi pahan kärsimisellä sovitamista vaan pelkkää sosiaalisesti vajavaisen henkilön käsitteilyä». Kategorisesta määritelmästä huolimatta *Alanen* ei siis kuulu niihin, joilla sovitust esiintyy vain itsetarkoituksena. — *Salmiala* katsoo yhteiskunnan suojelemisen olevan määräävän näkökohdan rangaistuksen käyttämisessä, mutta hän tähdentää samalla, ettei rangaistuksen olemusta pahan teon hyvityksenä ja sovituksena ole unohdettava. Hän lausuu, m.k., *Defensor Legis* 1926, s. 251, seuraavaa: »Aikojen kuluessa on viimeksimainittu tarkoituspäi (tark. yhteiskunnan suojelemista) tullut yhä enemmän ja enemmän määrääväksi rangaistuksen kehitykselle. Mutta rangaistuksen kostosta pärisin oleva perusolemus ei silti ole hävinnyt. Rangaistus on kansan oikeustajunnassa — — — edelleen ensi sijassa hyvitystä ja sovitusta. Tämä pitää vakaumuksemme mukaan paikkansa Suomenkin kansaan nähden.» Ja aivan äskettäin, ks. Lisää oppiin rangaistuksen olemuksesta, *Defensor Legis* 1946, s. 41 ss., erik. s. 43, hän on Norjan ja Tanskan viimeaikaisiin tapahtumiin sekä sikäläisten ja myös ruotsalaisten tutkijain kirjoituksiin viitaten todennut näiden tapahtumien »kiistattomasti osoittavan, kuinka oleellisen osan kansan oikeustajuntaan nojautuva hyvitys ja sovitust rangaistuksessa muodostaa». — Myös *Ellilä*, Ehdollisesta tuomiosta rikoksen reaktiomuotona ja rikollisuuden torjumiskeinona, *Tulenheimon juhlaulkaisu* 1939, s. 121, katsoo, että »rangaistuksen täytyy ainakin jossain määrin olla hyvitystä sekä vaikuttaa myös yleisestävasti». — Sitävastoin *Honkasalo*, arv. Vankeinhoidon uudistuskomitean mietinnöstä, *Lakimies* 1947, s. 130 ss., torjuu käsityksen, että yhteiskunnalla olisi oikeus aiheuttaa kenellekään kärsimystä pelkästään senvuoksi, että etiikan sovitusta vaativa imperatiivi tulisi täytetyksi. Toisaalta hän kuitenkin käytännöllisen oikeudenhoidon kannalta asiaa katsoen lausuu, (s. 132): »Vaikka kriminaalipoliittikka on hoidettava yhteiskuntasuojelun eikä sovituksen kannalta, kriminaalipoliittikka ei silti täydellisesti voi vapautua sovitustajatuksen vaikutuspiiristä. Sovitustajatus on näet voimakkaasti juurtunut yleiseen mielipiteeseen ja vallitsee senvuoksi yleistä oikeuskäsitystä». Ks. myös *Honkasalo*, Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa, *Defensor Legis* 1943, s. 155 ss., jossa rangaistus todetaan keinoksi yhteiskunnan suojelemisessa. — Omasta puolestamme katsomme *Salmialan* ja *Honkasalon* olevan käytännöllisesti katsoen suurin piirtein samalla kannalla. *Salmiala*kaan näet ei perusta sovitusta mihinkään absoluuttiseen oikeuteeseen. Hän päättää kirjoituksensa, *Defensor Legis* 1946, seuraavasti (s. 50): »Rangaistus kuten kaikki inhimilli-

tällaista sanontaa käyttävät, on erilaisia käsityskantoja siitä, miten sovitus on ymmärrettävä. Toisten mukaan rangaistus on oleva sovitusrangaistus siinä mielessä, että teko sovitetaan sitä vastaavan rangaistuspuhan sisältävällä valtiovallan toimenpiteellä.⁶ Toiset sitä vastoin antavat sovituksen käsitteelle laajemman sisällön sisällyttään milteipä minkälaisen pahan aiheuttamisen tahansa, mikä rikollisesta teosta valtiovallan toimenpiteestä seuraa, sovituksen piiriin.⁷ Käytännöllisissä johtopäätöksissään sovitusrangaistuksen kannattajat kuitenkin yleensä ovat päätyneet lähes samoihin tuloksiin kuin puhtaan yleisestämisen linjaa seuraten on tultu. Kun yleisestämisen kannalta on tarkoituksenmukaisinta rangaistuksen määräytyminen ulkomaailmassa aiheutetun pahan mukaan, ei useimpien sovitusaatteen kannattajienkaan mielestä tästä voida tinkiä. Sovituksen ajatukseen voidaan tosin katsoa kuuluvan sekä ulkonaisen teon ja te-

nen, on kehityksenalainen. On mahdollista, että tulee aika, jolloin rangaistus on kokonaan puhdistunut siitä elementistä, jonka siinä nykyisin muodostaa kostosta peräisin oleva sovitus- ja hyvitysvaatimus. Mutta se aika on ilmeisesti vielä kaukana. Ihminen ja kansa muuttuvat perusolemukseltaan sangen hitaasti. Toistaiseksi on lainsäätäjän rangaistuksen tarkoitukseen nähden, muovatessaan sitä yleis- ja erityisistä tarkoituseriä silmälläpitäen, otettava huomioon myös ne vaatimukset, jotka kansan oikeustajunta sovitusta vaativana siihen nähden asettaa». Näihin ajatuksiin voidaan mielestämme täysin yhtyä.

Kansan oikeustajunnan merkityksen rangaistuksen muodostamisessa kieltävät monet tutkijat. Niinpä *Granfelt*, *Fångvårdsreformer*, JFT 1945, s. 12 s., katsoo yleisen oikeuskäsityksen olemassaolon yleensä olevan, lievästi sanottuna, erittäin kyseenalaisen. Ks. myös *Granfelt*, *Grundkurs i allmän straffrätt*. *Föreläsningar*, 1941, s. 17, viite 1. *Schlyter*, *Skyddsbalk*. Ett reformprogram, 1946, s. 3., väittää vieläpä nyttemmin katsottavan itsestäänselväksi, ettei yhteiskunnan tehtävänä ole rikoksen sovitamisesta huolehtiminen, vaan suojata jäseniään rikoksentehtäjäiltä. *Schlyterin* katsomusta, joka itse asiassa johtaa rangaistuksen ja samalla syyllisyyden käsitteiden häviämiseen, vastustaa *Kekomäki*, arv. *Schlyterin kirj.* *Straffbalk eller skyddsbalk?*, 1946, Lakimies 1947, s. 159 ss., erik. s. 162 s. Puuttumatta tähän kysymykseen laajemmin katsomme sovituksella olevan sijansa rangaistukseen liittyvissä yleisissä katsomuksissa.

⁶ Näin esim. *Birkmeyer*, *Strafe und sichernde Massnahmen*, 1906, s. 15 ja *Beling*, *Die Vergeltungsidee*, 1908, s. 128. — Käsitys siitä, mikä on oleva kunkin teon oikea sovitus, on aikojen kuluessa tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien vaikutuksesta huomattavasti muuttunut, lausuu *Honkasalo*, *Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin*, *Defensor Legis* 1937, s. 45 ss. Hän toteaa samassa yhteydessä (s. 54), että »oikeustajunnan mukainen sovitusrangaistus on kyennyt myös melkoisessa määrässä palvelemaan kriminaalipoliittisia tarkoituksia». Käsityksen muuttumisesta ks. myös *Serlachius*, »Uudet taivaanrannat» rikosoikeudessa, *Lakimies* 1911, s. 140.

⁷ Ks. *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, s. 425.

kijän pahan tahdon yhtäläisen huomioonottamisen ja vieläpä subjektiivisen puolen yksipuolisen korostamisenkin, mutta käytännössä ovat useimmat tutkijat, harvaa poikkeusta lukuunottamatta, katsoneet täytyvänsä pitäytyä ulkonaisten oikeudenloukkauksen ensisijaisuuteen.⁸ Harkittaessa kysymystä, onko oikeudenloukkauksen ollessa törkeä, mutta syyllisyyden alempiasteinen, rangaistus oleva ankara vai lievä, on enimmäkseen puollettu ulkonaista tekoa vastaavan rangaistuksen käyttämistä perustellen tätä kannanottoa sillä, että sielullista yhteiskunnanvastaisuutta voidaan mitata vain sen suhteessa aiheutettuun oikeudenloukkaukseen.⁹

Erityisestämisen periaate asettaa tehtäväkseen rikoksen tehneen henkilön estämisen uudelleen samalle tielle joutumasta. Tämän tarkoituksen saavuttamiseksi katse on suunnattava ensi sijassa tekijään ja hänen ominaisuuksiinsa. Rikolliseen kohdistettavan toimenpiteen laatua ja laajuutta ei voi määrätä se teko, joka antaa aiheen sen käyttämiseen, vaan rikollisessa ilmenevä suurempi tai pienempi asosiaalisuus. Erityisestämisen ajatuksen edustajat pyrkivät näinollen jakamaan oikeusseuraamukset rikollisten sielullisen erikoislaadun mu-

⁸ Sovituksen määräytymistä teossa ilmaantuneen syyllisyyden mukaan vaatii *Arth. Baumgarten*, joka lausuu teoksessaan *Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, 1909, s. 42 s.: »Das Verbrechen ist die Schuld, die Schuld aber ist der unsittliche Wille«. Ks. myös *Sama*, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1913, s. 110. *Hippel* sitävastoin korostaa teon seurausten merkityksellisyyttä seuraavaan tapaan (*Deutsches Strafrecht I*, 1925, s. 504 s.): »Für das Recht, im Gegensatz zur Moral, ist notwendiger Ausgangspunkt und Grundlage die objektive Bewertung, also die Bewertung nach dem Erfolg. — — — Alles Recht dagegen ist Interessenschutz durch bindende Abgrenzung der menschlichen Machtgebiete, »Unrecht« ist daher die Überschreitung dieser Grenzen, die Verletzung oder Gefährdung geschützter Interessen, die im Erfolg zum Ausdruck kommt. Die Gesinnung ist hier nicht als solche, sondern nur als Hebel des Erfolges bedeutsam. — — — Erst auf Grund der selbständigen Bedeutung des Erfolges erhebt sich die weitere Frage nach der Schuld des Täters«. Samoin *Mezger* lausuu (*Strafrecht* s. 514 s.): »Strafe ist Vergeltung, d.h. tatproportionale Übelszufügung. Sie ist beherrscht vom Tat-Prinzip — — —».

⁹ Ks. *Honkasalo*, *Nulla poena*, s. 40 s.; *Rauch*, *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, *Leipziger rechtsw. Studien* 103, 1936, s. 21 ss. *Drost*, jonka mielestä sovituksen kannattajien piirissä on havaittavissa yleinen pyrkimys subjektiivisen puolen syrjäyttämiseen objektiivisen teon rinnalla, katsoo tähän johdutan lähinnä seuraavasta syystä (m.t., s. 156): »Es ist klar: Der Grundsatz Mass für Mass ist am einleuchtendsten, wo es sich um die Beurteilung rein äusserlicher facta handelt; er wird problematisch, wo daneben psychische Momente, Emanationen menschlicher Eigenart beurteilt werden sollen; er versagt, wo die Wurzeln eines Tuns in nicht zu enträtzelnde Tiefen einer Menschenseele hinabreichen».

kaan katsoen erityisestämiseen pitäytyvän rangaistusjärjestelmän pääperiaatteena olevan suhteellisuuden rangaistuksen ja rikollisen mielen välillä.¹⁰ Täten erityisestämiseen pyrittäessä ulkonaiselle teolle ei voida myöntää sitä ratkaisevaa merkitystä, mikä sillä yleisestämistä tavoiteltaessa on havaittu olevan. Teolla ja sen objektiivisilla ilmenemismuodoilla on merkitystä vain yhtenä seikkana niiden asianhaarojen joukossa, joista reaktion laatu ja määrä riippuvat, lähinnä vain mikäli siitä voidaan tehdä päätelmiä rikoksenteikijän vaarallisuudesta. Missä määrin teko on tekijänsä vaarallisuuden ilmaus, riippuu siitä, ovatko teko ja tekijän henkilöllisyys keskenään adekvaattiset ja ovatko muut vaarallisuutta indisoivat seikat sopusoinnussa tai ristiriidassa sen kanssa. Täten erityisestämisen ajatusta seuraten ollaan omiaan johtumaan ulkonaisen teon väheksymiseen rangaistavuuden edellytyksenä, ja siihen nähden, että vaarallisuutta osoittavia psykologisia seikkoja ei ole onnistuttu kiteyttämään tunnusmerkistöiksi, myös yleensä kiinteiden tunnusmerkistöjen hävittämiseen. Nämä näköalat ovat pidättäneet erityisestämisen teorian kannattajia käytännössä esittämästä kovin pitkälle meneviä vaatimuksia. Nimenomaan ajatus kaikkien kansalaisten yhdenvertaisuudesta lain edessä on saattanut heidät tähdentämään ulkomaailmassa ilmenevän teon merkitystä vaarallisuuden osoittajana ja rangaistavuuden välttämättömänä edellytyksenä.¹¹

Palataksemme jälleen kysymykseemme: teko vai tekijä, meidän on rangaistuksen tehtävää ja tarkoitusta tutkittuamme todettava, että ulkonaisella, yhteiskuntaa vahingoittavalla teolla tosin on rangaistusopin kannalta suuri merkitys, mutta mitään ratkaisevaa ase-

¹⁰ Ks. ennen muita *Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge I ja II*, 1905, erityisesti II s. 88, sekä *Honkasalo*, *Defensor Legis* 1937, s. 49, ja *Defensor Legis* 1943, s. 159 ss.

¹¹ Ks. *Honkasalo*, *Nulla poena*, s. 45 ss.; *Drost*, m.t., s. 173 ss. ja s. 211 s. — Erityisestämistä tähdentävä oppisuunta johtuu, kuten yllä on esitetty, helposti symptomaattiseen rikoskäsitteeseen ja edelleen ylipäänsä yksittäistekosyyllisyyden hävittämiseen, kun uusien rikoksien tekemiseen kohdistuvaa taipumusta ja kelpoisuutta ei ainoastaan eikä aina luotettavasti voida yksittäisteosta saada selville. Vain mikäli teosta ilmenevä vahinkoseurauksen odotettavuus riittää todistuskeinoksi valtiovallan ennakkoehkäisevän asiaanpuuttumisen välttämättömyydestä, sikäli on tämän oppisuunnan kannalta ylipäänsä rikoksen yrityksen erikoisongelman selvittely tarpeellista. Yrityksestä eri rangaistusteorioiden kannalta ks. *Gemminger*, *Kriminalpolitischer Schulenstreit und Versuchsbestrafung*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 52, 1932, s. 153 ss.

maa tekijän subjektiivisten seikkojen rinnalla sillä ei kuitenkaan voida katsoa olevan. Yleisestävään tekoon pyrittäessä on pakko kiinnittää huomiota pahan teon ohella myös rikoksentekijään, koska vain täten voidaan saavuttaa tyydyttävä tulos. Toisaalta taas erityisestävää vaikutusta tavoiteltaessa on näyttäytynyt välttämättömäksi tehdä rangaistuksella rikoksentekijälle selväksi hänen määrätynlaisen, ulkomaailmassa ilmenevän suhtautumisensa hylättävyys. Täten kumpaanakin tarkoitusperään pyrittäessä tulevat kysymykseen sekä teko että tekijä, yleisestämisen pannessa pääpainon edelliselle, erityisestämisen taas jälkimmäiselle. Rangaistusopista ei näinollen näytä olevan saatavissa varmaa vastausta kysymykseemme ja meidän on käännettävä katse toiseen suuntaan, rangaistuksen edellytyksiä koskeviin oppeihin.

Ryhdyttäessä tutkimaan, mikä rikoksessa on olennaista eli kysymystä, onko rikokseen kuuluvalla teolla sinänsä oikeudellinen merkitys vai onko sillä arvoa vain osoituksena tekijänsä olemuksesta, on käsitteellänalaiseksi ensiksi otettava periaattellisesti huomattava n.s. symptomaattinen rikoskäsitys, jonka mukaan teko on vain pelkkä symptoomi rikoksentekijän asosiaalisuudesta. Tämä oppisuunta, jonka huomattavimmat edustajat ovat *Tesar* ja *Kollmann*, on modernin rikosoikeuskoulun perustajan *Lisztin* hahmoittelemaa luonnontieteellistä metodia seuraten päätynyt aksioomin: »ei rangaistusta ilman syyllisyyttä» hylkäämiseen. *Tesar* on omaksunut täysin luonnontutkijan asenteen.¹² Normi on hänellä luonnollisen kehityksen tulos. Määrätyt yhtäläisyydet yksilöiden mielikuviissa samoin kuin vastavaisuudet eri henkilöiden tietyissä tunneasennoituksissa ovat sukupolvien kuluessa tiivistyneet »normaalisiksi» suhtautumiksi, jotka ovat saavuttaneet yksityisen henkilön elinpiiristä riippumattoman yleiskantavuuden. »Normaalinen» käyttäytyminen muodostuu normiksi, joka vaatii yleistä noudattamista.¹³ Tästä luonnontieteellisestä normin käsitteestään *Tesar* johtaa käsityksensä yksilön suhteesta normiin jokaisen poikkeamisen siitä esiintyessä osoituksena »lajin huonontumisesta». Syyllisyyden muodot, tahallisuus ja tuottamus, ovat psyykkillisen konstituution puotosilmiöitä ja syyksilukeminen kohdis-

¹² *Tesar*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907; *Sama*, Der symptomatische Verbrechensbegriff, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw, 29, 1909, s. 82 ss. Vrt. *Tulenheimo*, Symptomaattinen rikoskäsitys ja suojelusobjekti, Lakimies 1911, s. 95 ss.

¹³ *Tesar*, Die symptomatische, s. 197 ss., etenkin s. 202.

tuu sekin näinollen »lajista huonontumiseen».¹⁴ — Opin teosta asosi-
aalisuuden symptoomina on loogillisdogmaattisin perustein kehittä-
nyt *Kollmann*.¹⁵ Hänen tutkimuskohteenaan on teon ja tekijän
välinen suhde, joka hänen mielestään voidaan ymmärtää kahdella
eri tavalla. Toisaalta teko voidaan käsittää tekijän aiheuttamaksi
niin että teon ja tekijän välillä vallitsee kausaaliyhteyssuhde. Tämä
vallitsevan opin mukainen selitystapa osoittautuu *Kollmannin* mukaan
paikkansa pitämättömäksi, koska kausaliteetin käsite sellaisenaan ei
pysty selittämään laiminlyönnin kautta tapahtuvaa seurauksen ai-
heuttamista ja koska syyllisyys ja rangaistuksen oikeutus eivät ole
tekemisestä ja laiminlyönnistä johdettavissa. Toisella, ja *Kollmannin*
mielestä ainoalla kysymykseen tulevalla tavalla, ulkonaisen tapahtu-
man suhde aiheuttajaansa voidaan ymmärtää vain pelkäksi keinoksi,
jonka avulla saadaan tieto tekijän sielullisesta tilasta.¹⁶ — Mutta sekä
Tesarin että *Kollmannin* mukaan ulkonainen, lain kieltämä teko on
oleva ainoa todistuskeino määrätyn sieluntilan olemassaolosta.¹⁷
Tesar katsoo lainsäätäjän siitä huolimatta että rangaistuksen tarpeel-
lisuus riippuu sielullisista seikoista, kuitenkin voivan ottaa toimen-
piteensä kohteeksi vain ihmisen ulkomaailmassa ilmenevän, sielulli-
sen tapahtumisen kanssa paralleelisesti edistyvän käyttäytymisen
niin että ulkonainen käyttäytyminen on *condicio sine qua non* sielul-
listen tosiseikkojen tutkimiselle.¹⁸ Samoin *Kollmann* myönnettyään
teoilta vaadittavan tunnusmerkistönmukaisuutta on päätenyt siihen
lopputulokseen, että rikosoikeudellisesti huomioonotettavana sym-
ptoomina voi olla vain tunnusmerkistöä vastaava ulkonainen teko.¹⁹
Täten symptomaattinen rikosoikeuskoulu pettäen kiehtovan perusnä-
kemyksensä teosta yhtenä, mutta ei ainoana symptoomina tekijän
sielullisesta laadusta, on johtunut asettamaan määrätynlaisen ulko-

¹⁴ *Tesar*, m.t., s. 204.

¹⁵ *Kollmann*, Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem, Strafrechtl. Abh. 91, 1908; *Sama*, Der symptomatische Verbrechensbegriff, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 28, 1908, s. 449 ss.; vrt. *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, Gerichtssaal 89, 1924, s. 250 s. ja Strafrecht, s. 104 s.

¹⁶ *Kollmann*, m.t., s. 6 ss. ja s. 77 ss. sekä m.k., s. 454 ss.

¹⁷ Vrt. *Erik Wolf*, Schuldlehre I, s. 25 s.; *Coester*, Die Vorbereitungshandlung im Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927, 1933, s. 74; *Gemmingen*, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, Strafrechtl. Abh. 306, s. 134.

¹⁸ *Tesar*, Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 32, 1912, s. 363. Vrt. *Hirschberg*, Schuldbegriff und adäquate Kausalität, Strafrechtl. Abh. 241, 1918, s. 19.

¹⁹ *Kollmann*, m.k., s. 457.

naisen teon rangaistavuuden välttämättömäksi edellytykseksi. Näin ollen kysymystämme ajatellen sekään opinkäsitys, joka ensi katsannolla näyttää antavan vähimmin arvoa ulkomaailman teolle, ei ole voinut olla myöntämättä ulkonaiselle teolle itsenäistä merkitystä.

Symptomaattisen rikoskäsityksen päättyessä katsomukseen laissa edellytetyn ulkonaisen tapahtuman monopooliasemasta aiheuttajansa asosiaalisuuden symptoomina se ei enää poikkea siitä yleisestä peruskäsitelmästä, että rikokseen on vaadittava sekä lain kieltämä ulkonainen teko että tekijän rikollinen mielenlaatu. Mutta kysymyksemme teosta ja tekijästä ja niistä toisen mahdollisesta suuremmasta arvosta toisen rinnalla ei ole ratkaistu sen kautta, että toteamme ulkonaisen teon välttämättömäksi. Tämä käy selväksi, kun muistamme rikoslaissamme esiintyvän tapauksia, joissa rikokseen vaadittava ulkonainen käyttäytyminen on jäänyt laissa selvin sanoin ilmaisematta. Näin on laita nimenomaan rikoksen yritykseen nähden. Onko tällaisissakin tapauksissa rangaistavuuden edellytyksenä vaadittava määrätynlaisista, laissa kielletyksi katsottavaa ulkonaista tekoa? Saadaksemme vastauksen tähän kysymykseen, meidän on ryhdyttävä tutkimaan, mitä rikokseen vaadittava oikeudenvastaisuus oikeastaan on ja miten sen selittävät ne oikeudenvastaisuusopin kaksi suurta päälinjaa, subjektiivinen ja objektiivinen oikeudenvastaisuusoppi, joilla on ollut suuri merkitys rikosoikeustieteen kehitykseen ja joihin tutustuminen vasta avaa näköalat rikoksen oikeaan ymmärtämiseen.

Subjektiivinen oikeudenvastaisuuskäsitys pohjautuu katsomukseen, että oikeus on perusolemukseltaan henkistä valtaa, joka ilmenee käskyinä ja kieltöinä. Kun käskyt ja kiellot tullakseen tajuiksi edellyttävät määrätynlaisia sielunominaisuuksia omaavaa vastaanottajaa, adressaattia, subjektiiviselle oikeudenvastaisuuskäsitykselle on tunnusomaista oikeuden rajoittaminen n.s. »kelvollisten» adressaattien piiriin ja oikeudenvastaisuuden konstruointi samoin, ainakin periaatteessa, vain näiden henkilöiden toimia koskevaksi.²⁰ Subjektiivisen oikeudenvastaisuusopin piirissä on tapana erottaa toisistaan n.s. psykologinen suunta ja n.s. imperatiiviteoria,^{20a} mutta tähän kahtiajakoon silloin, kun jälkimmäinen otetaan, niinkuin oikeas-

²⁰ Ks. *Sipilä*, Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne, 1936, s. 194 ss.; *Heinitz*, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Strafrechtl. Abh. 211, 1926, s. 4 ss.; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 174; *Mezger*, Strafrecht, s. 166 s.

^{20a} Ks. esim. *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 151.

taan pitäisi, puhtaassa, s.o. subjektiivisen oikeudenvastaisuusopin edellä hahmoitellussa mielessä, ei ole mielestämme todellista aihetta. Tavallisesti kuitenkin imperatiiviteoria esiintyy sensisältöisenä, että sen lukeminen subjektiivisiin oikeudenvastaisuuskäsityksiin voidaan hyvin asettaa kyseenalaiseksi. Tässä mielessä otettuna imperatiiviteoria eroaa jyrkästi psykologisesta suunnasta.

Subjektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen ensimmäisenä edustajana on mainittava *Merkel*, joka aikanaan terävästi ja johdonmukaisesti käsitteli oikeudenvastaisuuden olemusta.²¹ Lähtien oikeuden käsitteestä hän selittää oikeudenvastaisuuden oikeuden negatioksi. Oikeuden negationa oikeudenvastaisuuteen eli vääryyteen, jota nimitystä *Merkel* käyttää, kuuluu paitsi oikeudessa objektivoituneen yhteistahdon loukkaamista myös syyksiluettavuuden tunnusmerkki. Oikeus on hänellä oikeudellista laatua olevien käskyjen ja kieltojen yhdistelmä ja vääryys näinollen näiden käskyjen ja kieltojen loukkaamista. Ja kun nämä käskyt voivat kohdistua vain syyntakeisen henkilön tahtoon vaatien niiden mukaista tietoista asennoitumista, on vääryydestä puhuminen sallittua vain mainitunlaisen ihmistahdon yhteydessä, mutta ei sitä vastoin käsittäen luonnontapahtumat ja sellaiset ihmisteot, jotka eivät pohjaudu syyntakeisen henkilön tahtoon.²² Myöskin ajatus oikeusvelvollisuuksista johtaa *Merkelin* mukaan samaan tulokseen, sillä oikeuden loukkaamista vastaa loukkaajan taholla velvollisuuden loukkaus ja velvollisuuksia taas voi olla vain syyntakeisella henkilöllä.²³

Merkelin edustamaa psykologista suuntaa, joka samaistaa oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden, puoltaa varhaisemmassa tuotannossaan myös *Binding*.²⁴ Hänen normin käsitteensä rakentuu kokonaan

²¹ *Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von der Grundeinteilung des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, 1867, s. 42 ss.

²² *Merkel*, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 1899, s. 387: »Aber augenscheinlich hat es keinen Sinn, Befehle an jemandem zu richten, von dem wir wissen, dass er sie nicht verstehen und befolgen kann, und Verletzungen dieser Befehle durch solche Personen anzunehmen».

²³ *Merkelin* käsityksistä ks. *Alanen*, Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeus-suojakeinona, 1925, s. 42; *Sipilä*, m.t., s. 195 ss.; *Heinitz*, m.t., s. 6 s.; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, 1911, s. 63; *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 208 ss.

²⁴ Ks. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung I, 1872, s. 132 ss.; *Sama*, Handbuch des Strafrechts, 1885, s. 183 ss. — *Binding* on myöhemmin kannattanut objektiivista oikeudenvastaisuusoppia, tästä ks. myöh. esit.

ajatukselle vapaan persoonallisuuden vastuusta rangaistuksen ansaitsevasta käyttäytymisestä.²⁵ Normi on hänellä esivallan sitova käsky, joka vaatii yksilöltä ehdotonta kuuliaisuutta.²⁶ Katsomuksesta esivalta-alamainen on täten *Bindingin* mielestä pyrittävä ymmärtämään valtiovallan ja yksilöiden väliset suhteet. Norminvastaisuus saa selityksensä normin käskyluonteesta niin että rangaistavana vääryytenä *Bindingin* samoin kuin *Merkelin* mukaan voidaan ajatella vain syyksiluettavaa tottelemattomuutta. Mutta *Merkelin* katsoessa syyllisyyttä vailla olevan »vääryyden» pelkästään luonnolliseksi, oikeusjärjestyksen kannalta yhdenentekeväksi ulkomaailman ilmiöksi, *Binding* havaitsee välttämättömäksi tunnustaa mainitunlaisen vääryyden olemassaolon, kylläkin vain rikosoikeuden ulkopuolella olevalla oikeusjärjestyksen alueella. Liittääkseen tämän siviilisen vääryyden senkin oikeuden käsitepiiriin *Binding* selittää kaiken vääryyden subjektiivisen oikeuden vastaisuudeksi. Ja kun tämä subjektiivinen oikeus ei voi olla jonkun kansalaisen oikeus, *Binding* konstruoi sen valtiovallan oikeudeksi vaatia alamaisilta kuuliaisuutta.²⁷

Psykologisen suunnan kannattaja on edelleen *Hold von Ferneck*.²⁸ Hänellä on oikeudesta ylipäänsä jäljellä vain sen determinoiva vaikutus kansalaisten motiivointiprosessissa. Objektivisen oikeudenvastaisuuden käsitteen, jota hän katsoo tarvittavan, hän selittää hätävararakennelmaksi, joka on johdettu yksityistapauksista eikä yleisistä periaatteista ja joka sen vuoksi tarpeen mukaan voidaan sivuuttaa. Se ei myöskään ole suhdekäsite, jollainen oikeuden käsite perusolemukseltaan on.²⁹ *Hold von Ferneckin* ulkomaailmassa ilme-

²⁵ *Binding*, Normen I, s. 135 s.

²⁶ *Binding*, Handbuch, s. 186.

²⁷ *Binding*, Normen I, s. 295 ss., s. 329 ss.; s. 295 lausutaan: »Undenkbar ist eine rechtswidrige Handlung oder ein rechtswidriges Verhalten, die nicht wider ein subjektives Recht liefen». Ks. myös *Alanen*, Hätävarjelus, s. 40 s.; *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta rikoslain ja sotaväenrikoslain rangaistaviksi julistamiin varsinaisiin erikoisrikoksiin erittäin silmälläpitäen extraneusta, 1926, s. 1 s., erik. viite 3; s. 18, viite 28; *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903, s. 41 ss.; *Heinitz*, m.t., s. 9 s.; *Gemminger*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 26 ss.

²⁸ *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1903.

²⁹ Ks. *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, s. 8, 18, 80, 96, 277 ss. S. 208 lausutaan: »Nur wenn ein Interesse bedroht ist, ergeht die Norm (hypothetische Natur des Rechts); das Recht erschöpft sich in den Normen, denn es ist ausschliesslich Motiv im Verpflichtenden (imperativische Natur des Rechtes)». Ks. myös *Nagler*, m.t., s. 64. *Heinitz*, m.t., s. 9; *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 222 s.; *Gemminger*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 26.

nevän teon merkitystä väheksyvä katsomus on vienyt hänet jopa siihen väitteeseen, että todellisuudessa aina vain yritys on kielletty, ei sitä vastoin seurauksen aiheuttaminen. Hän perustelee tätä peruskatsomuksensa mukaista johtopäätöstä siten, että koska seuraus on erotettava teosta ja koska toimiva henkilö vain täydentää seurauksen syntymiseen johtavia lukemattomia edellytyksiä, normi ei voi kuulua: »Sinä et saa aiheuttaa», vaan se kuuluu: »Sinä et saa yrittää aiheuttaa». Näinollen myöskin usein pohdittu kysymys yrityksen rangaistavuudesta ja siitä seuraavasta lievemmästä rangaistuksesta on väärin esitetty. Oikea kysymyksen asettelu voi kohdistua vain ongelmaan, onko ja minkätähden täytetystä teosta tuleva ankarampi rangaistus kuin yrityksestä.^{30 31}

Subjektiiiviseen oikeudenvastaisuusoppiin kuuluvalla imperatiiviteorialle on sillekin tunnusomaista kaiken oikeuden käsittäminen pohjaltaan käsky- ja kieltonormeiksi, mutta se eroaa psykologisesta suunnasta siinä, että se poikkeustapauksissa luopuu vaatimasta jolkaisessa yksilössä tapahtuvaa lainkäskyn tajuamista.

Imperatiiviteorian ensimmäisenä edustajana on mainittava *Thon*.³² Hän katsoo yhteisön piirissä vallitsevan oikeuden voivan olla vain kokoelman imperatiiveja. Mutta sen vuoksi, että on olemassa monia lain ylittämistä johtuvia seuraamuksia, jotka eivät ole rangaistuksia ja joita sen vuoksi voidaan käyttää myös syyllisyyttä vailla toimi-neisiin nähden, *Thon* ei voi ymmärtää, miksi niitä ei jälkimmäisten suhteen käytettäisi. *Thonin* mielestä on epäilemätöntä, että oikeusjärjestys tuntee myös syyntakeettomien velvollisuuksia. Tästä totea-

³⁰ *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, s. 289. Ks. myös *Sama*, Die Schuld im Rechte und in der Moral, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 32, 1911, s. 257; »Im Wahrheit ist ja immer nur der Versuch (genauer gesagt das sog. Unternehmen) verboten, mögen die Strafgesetze — aus technischen Gründen — den Tatbestand regelmässig so formulieren, als stünde in erster Linie die Bestrafung der Vollendung in Frage».

³¹ Jyrkästi subjektiiivista rikosoikeusnäkemyistä edustaa myös *Arth. Baumgarten*, jolle rikoksen olemus on eettillistä syyllisyyttä, joka on rangaistuksella sovitettava. Tältä pohjalta lähtien *Baumgarten* vaatii rikoksen määritelmästä poistettavaksi teon käsitteen, koska sitä vaadittaessa korostetaan liiaksi teon luonnetta ulkomaailman tapahtumana. Kun syyllisyys perustuu tahtoon, *Baumgartenin* mielestä rikokseen on vaadittava vain tahdontointa (»Willensakt») tai pelkästään rikospäätöstä (»Willensentschluss»), ei sitä vastoin ulkonaista tekemistä. Ks. *Aufbau der Verbrechenslehre*, s. 190 s., s. 197 ss. ja *Die Verbrechensformel*, Schw. Zeitschrift für Strafrecht 34, 1921, s. 58 ss.

³² *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.

muksesta hän vetää johtopäätöksen, että oikeuden käskyt ja kiellot eivät kohdistu vain tahtomiskykyisiin yksilöihin, vaan että myöskin syyntakeettomat ovat yhtä lailla niiden alaisia. Viimeksimainittujen toimet ovat siten norminvastaisia, mikäli ne ovat ristiriidassa oikeusjärjestyksen imperatiivien kanssa. Heitä ei tosin voida rangaista, mutta heihin voidaan käyttää »täytäntöä tarkoittavia» (»auf-Erfüllung abzielende») oikeusseuraamuksia.³³

Imperatiiviteorian edustajana mainitaan tavallisesti *Thonin* rinnalla *Bierling*.³⁴ Hänen mielestään on epäämätön tosiasia, kun oikeusjärjestys tunnustaa myös lapset ja mielisairaaf oikeuksien ja erittäinkin velvollisuuksien subjekteiksi, että oikeuden normit kohdistuvat periaatteellisesti myös näihin oikeussubjekteihin. Tämän kannanoton tueksi hän katsoo voitavan viitata myös siihen, ettei lapsille ja mielisairaille aina ole mahdotonta tajuta käskyjä ja kieltoja.³⁵

»Puhdasta» imperatiiviteoriaa, jonka kompastuskivenä on vaikea adressaattikysymys, kannattaa uudemmassa kirjallisuudessa *Goldschmidt*.³⁶ Oikeudelle on hänen mukaansa ominaista käskeminen, ei pelkkä lausumien esittäminen, silloinkin kun sen käskyt tai kiellot tarkoittavat jonkun toimen sallimista. Hän ei kuitenkaan kiellä syyllisyydestä erotettavan objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemassaoloa. Hänen konstruktiona syyllisyyden ja oikeudenvastaisuuden välisen suhteen selvittämiseksi on hyvin omalaatuinen hänen katsoessaan olevan olemassa kaksi toisistaan riippumatonta normipiiriä. Hänen mielestään jokaisen, määrättyä ulkonaista käyttäytymistä yksittäiseltä kansalaiselta vaativan »oikeusnormin» rinnalla on »julki-lausumattomana» toinen normi, n.s. »velvollisuusnormi», joka velvoittaa yksilön niin ohjaamaan sisäisen suhtautumisensa, että se voi vastata oikeusjärjestyksen hänen ulkonaiselle käyttäytymiselleen asettamia vaatimuksia.³⁷ Nämä molemmat imperatiivit ovat kum-

³³ *Thon*, Rechtsnorm s. 8, 77 s., 92, 104. Ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 198 ss.; *Nagler*, m.t., s. 66 s.; *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 213 ss.

³⁴ *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre III, 1905, s. 170 ss.

³⁵ *Bierling*, m.t., s. 170 ss., erik. s. 173 s. Ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 200; *Nagler*, m.t., s. 67 s.

³⁶ *Goldschmidt*, Der Notstand — ein Schuldproblem, 1913; *Sama*, Prozess als Rechtslage, 1925, s. 234 s., viite 1287; *Sama*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für Frank I, s. 428 ss.

³⁷ *Goldschmidt*, Notstand, s. 16 s.; Prozess als Rechtslage, s. 234, viite 1287; Festgabe f. Frank I, s. 436 ss.

pikin itsenäisiä, vaikka sisäiseen suhtautumiseen kohdistuva velvollisuusnormi onkin löydettävissä vain abstrahoinnin avulla oikeusnormista. Tämän imperatiivien toisistaan riippumattomuuden todistaa *Goldschmidtin* mukaan se, että on olemassa paitsi syyllisyyttä vailla olevaa vääryyttä, myös syyllisyyttä ilman oikeudenvastaista seurausta. Esimerkkinä viimeksimainitusta tapauksesta *Goldschmidt* mainitsee rikoksen yrityksen, joka on olemukseltaan vain velvollisuusnormien loukkaamista, ja näin ainakin silloin, kun myös absoluuttisesti kelvoton yritys, kuten kriminaalipolitiikassa on vaadittu, on rangaistava.³⁸ Mutta *Goldschmidtillä* on myös toinen, ja täytyy myöntää, parempi todiste esitettävänä katsomuksensa tueksi. Hänen mukaansa velvollisuusnormi käskee yksilöä järjestämään motivointinsa säännöllisessä tapauksessa norminmukaista käyttäytymistä vastaavaksi. Mutta, hän lisää, on olemassa poikkeuksia, n.s. anteeksiantoperusteita, jotka tarkoittavat ylivoimaisen, hyväksyttävän motiivin, sellaisen sielullisen tilan, jonka vallitessa tekijältä ei voida enää vaatia velvollisuusmotiivin noudattamista, huomioonottamista syyllisyyden poistajana. Näiden anteeksiantoperusteiden pohjana ovat vastavelvollisuusnormit, joiden lähteenä *Golschmidt* ensin katsoi olevan erikoisen »kohtuuden oikeuden»,³⁹ mutta jotka hän myöhemmin on selittänyt etukäteen olemassa oleviksi velvollisuusnormin rajoituksiksi.⁴⁰

³⁸ Tämä *Goldschmidtin* todistelu ei pidä paikkaansa. Objektiiivinen yritysteoria vaatii yritykseen aina objektiiivista oikeudenvastaisuutta, s.o. pitäytymistä objektiiivisiin tosiasiain; vaarantamiseen, täytäntöönpanon aloittamiseen t.m.s. Myöskin subjektiiivinen yritysooppi pitää kiinni yrityksen oikeudenvastaisuudesta, mutta perustana on tällöin subjektiiivinen oikeudenvastaisuuskäsitys oikeudenvastaisuuden ilmetessä kiellon rikkomisena. Oikeusnormi ja imperatiivi ovat tässä identtiset eikä minkään itsenäisen käskynormin otaksuminen oikeusnormin rinnalla ole tarpeen. Vrt. *Mezger*, *Strafrecht*, s. 255 s.

³⁹ Näin *Goldschmidt*, *Notstand* s. 37.

⁴⁰ Tähän tapaan *Goldschmidt*, *Festgabe f. Frank I*, s. 440 s. Ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 202; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 224. — Tämän todistelun johdosta on sanottava, ettei sekään osoita itsenäistä velvollisuusnormia välttämättömäksi, vaan tällöinkin on kysymys vain oikeusnormista johdetusta käskynormista. Kun syyllisyys anteeksiantoperusteen johdosta raukeaa, on olemassa tapaus, jossa oikeusnormista ei johdu käskynormia, oikeusnormin, s.o. oikeudenvastaisuuden, sensijaan säilyessä koskemattomana. On aina mahdollista, että oikeusnormista ei seuraa käskynormia, mutta käskynormia ei voi olla ilman oikeusnormia. Ks. tästä *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch* 25. Aufl., Suom., s. 196 ss. ja *Mezger*, *Strafrecht*, s. 256. Asiallisesti katsoen on kuitenkin myönnettävä *Goldschmidtin*, varsinkin hänen luovuttuaan erikoisen »kohtuuden oikeuden» puoltamisesta, esittäneen tässä yhteydessä monia huomionarvoisia näkökohtia syyllisyysopin selvittämiseksi.

Goldschmidt katsoo myös syyntakeettomilla olevan velvoituksia («*Verpflichtungen*»). Mutta nämä velvollisuuksiin kykenemättömien velvoitukset ovat epätäydellisiä aivan niinkuin kannekelvottomat velvoitukset. »Niinkuin jälkimmäisiltä puuttuu valtion fyysillisen vallan käytön takaus, samoin edelliset ovat vailla velvollisuusmotiivin psyykkillisen vaikuttavuuden taetta». ⁴¹ Näiden epätäydellisten velvoitusten täyttäminen on kiertoteitse siten mahdollista, että syyntakeettomien henkilöiden laillisilla edusmiehillä on huolenpitovelvollisuus heistä. Täten *Goldschmidt* siviilioikeuden säännöksiin vetoamalla pyrkii todistamaan syyntakeettomatkin kelvollisiksi käskynormin adressaateiksi. ⁴²

Loppupäätelmänä subjektiivisen oikeudenvastaisuusopin tarkastelusta on todettava psykologisen suunnan osoittautuvan virheelliseksi heti kun oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden toisistaan erottaminen myönnetään, niinkuin nykyään aivan yleisesti katsotaan olevan välttämätöntä. Imperatiiviteoria taas siinä muodossa, missä edelläkosketellut tutkijat sitä edustavat, on pyrkiessään sopeutumaan niihin oikeuselämän ilmiöihin, jotka edellyttävät syyllisyydestä vapaan oikeudenvastaisuuden otaksumista, joutunut ristiriitaan logiikan kanssa tai ainakin keinotekoisin konstruktioihin. Oikeuden käskyjen ja kieltojen kohdistaminen myös syyntakeettomiin heidän vastaanotettavikseen tunnustetaan nykyään yleisesti logiikan sääntöjen vastaiseksi. ^{43 44}

⁴¹ *Goldschmidt*, Festgabe f. Frank I, s. 437.

⁴² *Goldschmidt*, Festgabe f. Frank I, s. 437 s.; vrt. myös *Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934, s. 95.

⁴³ Ks. *Sieverts*, m.t., s. 93 ja 95.

⁴⁴ On huomattava, että, kuten jo aikaisemmin mainittiin, imperatiiviteoria siinä muodossa, jossa monet arvovaltaiset tutkijat sitä nykyaikana kannattavat, itse asiassa usein on objektiivista oikeudenvastaisuusoppia tai on ainakin hyvin lähellä sitä. Rajan vetäminen subjektiivisen ja objektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen kannattajien välille on tästä syystä monasti varsin vaikeaa ja eri mieliä on esiintynyt eräiden tutkijoiden sijoittamisesta toiseen tai toiseen ryhmään. Määrätyssä mielessä voidaan sanoa myös *Thonin* ja *Bierlingin* päätyneen objektivismiin. Ks. tästä *Alanen*, Hätävarjelus, s. 34, viite 2; *Mezger*, Strafrecht, s. 164 ss., erik. viitt. 3, 9 ja 11; *Nagler*, m.t., s. 66 ss. — Mitä tässä katsannossa tulee kotimaisiin tutkijoihimme; niin *Hermanssonilla* tapaamme lausunnon objektiivisesta oikeudesta, jonka muodostavat käskyinä voimassa olevat normit. Ks. *Hermansson*, Det rätta och dess samband med religiösa sanningar, 1919, s. 149. — *Kailan* mukaan imperatiiviteoria on siinä oikeassa, »että pelkällä luvalla tai käskyllä yhdelle ei tehdä mitään, ellei niitä vastaa toisiin kohdistuva käsky tai lupa», joten »praktillisena teoriana kykenee vain

Objektiivinen oikeudenvastaisuusoppi, jonka mukaan oikeudenvastaisuus määräytyy yksinomaan tai ainakin pääasiallisesti ulkomaailmassa ilmenevän teon perusteella ja joka useimmissa maissa nykyään on tieteisopissa ja käytännössä vallitseva käsitys, on voittanut alaa sikäli kuin ajatus yksilön vapaudesta ja vapauden ta-keista on saanut sijaa rikosoikeudessa.

Yksilön vapaus, ja silloisissa oloissa nimenomaan yksilön vapaut-taminen valtion viranomaisten mielivallasta, oli valistusajattelun suuri tavoite. Valtiovallan ja yksityisten kansalaisten väliset suhteet tuli sen mukaan säännöstellä kirjalliseen muotoon mahdollisimman täsmällisesti laadituilla ja sanamuotonsa mukaisesti sovellettavilla laeilla, minkä ohessa valtiiovallan toimenpiteet oli rajoitettava koske-maan pelkästään ulkonaisen elämän piiriä. Erottamalla oikeus ja

imperatiiviteoria tyydyttämään käytännöllisen elämän tarpeet». Ks. *Kaila*, Oikeus-logiikka I, Muodollinen oikeuslauseoppi, 1924, s. 282. — *Alanen* kannattaa myös im-peratiiviteoriaa, mutta hän määrittelee sen seuraavaan, nykyajan »imperatiiviteoree-tikoille» ominaiseen tapaan: »Siihen nähden, että normit ovat inhimillistä käyttäy-tymistä koskevia vaatimuksia, voidaan oikeudenvastaisuus määritellä myöskin oikeustahdon vastaisuudeksi. Oikeustahto tässä mielessä ei ole mikään psyko-looginen ilmiö, vaan on se yksinomaan heteronoomisen normin käsitteestä johtuva kategoria. Tahdon käsite psykologisessa mielessä on luonnollisesti kylläkin pohjana puheenaolevalle käsitteelle». Ja edelleen: »Sen määritteleminen imperatiiviksi ei merkitse sitä, että olisi kysymys käskystä viimeksimainitun sanan psykologisessa mie-lessä, yhtä vähän kuin oikeustahdon käsite (edellä tarkoitettussa mielessä) tarkoittaa tahtoa psykologisena ilmiönä. Se edellyttää käsitteellisesti kylläkin adressaattia, mutta ei viimeksimainitun puolelta tapahtuvaa vastaanottoa, t.s. sillä on imperatiivi-ominaisuutensa riippumatta siitä, tuleeko se viimeksimainitun tietoon tai ei.» Ks. *Ala-nen*, Hätävarjelus, s. 38 ja 42 s. — Samalla kannalla kuin *Alanen* on *Honkasalo* kat-sottava olevan. Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa, 1933, s. 85 ss. — *Salmiala*, joka tosin katsoo, että »jokainen rikos on ensisijaisesti perusolemuksel-taan kuuliaisuusvelvollisuuden loukkaus», hyväksyy kuitenkin objektiivisen oikeu-denvastaisuuskäsityksen lausuessaan, että »normi määrää kokemusperäisesti, mitä kunkin on tehtävä tai tekemättä jätettävä, jotta hänen toimintansa olisi sopusoin-nussa yhteiskunnan elinehtojen kanssa. Normi on t.s. se mittapuu, jonka mukaan on objektiivisesti arvosteltava, loukkaako yksilön ulospäin suuntautuva toiminta yhteiskunnan elinehtoja». Ks. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 13 ja 18 s. — *Sipilällä* on lähtökohtana oikeuslauseen perusnormi, imperatiivi. Se on mitta objektiivista oikeudenvastaisuutta määrättäessä. Yhteiselämän järjesty-neisyyden tarkoitus on hänen mielestään »toteutettavissa yksinomaan oikeusadres-saattien avulla — joten vastaavasti se, mikä on katsottava oikeudenvastaiseksi, voi käsittää niinkään vain oikeusadressaattien käyttäytymisen». Objektiiviselle oikeu-denvastaisuudelle välttämättömäksi katsottu »arvottamisnormi» on *Sipilän* mukaan vain arvonnmitta, jonka »oikeudellinen merkityksellisyys suhteessa oikeudenvastai-suuden käsitteeseen kasvaa esiin vasta arvottamisen nojautumisesta sellaiseen mit-

moraali toisistaan oli ihmisten sisäinen sielunelämä jälkimmäiseen kuuluvana suljettava valtion toimenpiteiden alueesta, jonka tuli koskea vain ulkomaailmassa ilmeneviä oikeudenloukkauksia.⁴⁵ Näitä katsoimuksia edusti myös nykyaikaisen rikosoikeustieteen isä P. J. A. von Feuerbach, jonka käsitteen muodostusta ja systematiikkaa koskevat periaatteet tulivat määrääviksi Preussin rikoslakikirjaa v:ltä 1851 laadittaessa ja sitä tietä pohjaksi meidänkin rikoslaillemme. Feuerbach korosti tarkkamääräisyyden noudattamisen välttämättömyyttä rikoslain tunnusmerkistöjä luotaessa. Hänen mukaansa rangaistavuuden edellytysten määrättyneisyys on kaiken lainsäädännön perusehto, koska se on oikeusvarmuuden perusta. »Mikä onkaan vastenmielisempää kuin lainsäädäntö, jolta varmuus puuttuu», hän huudahtaa.⁴⁶ Mutta tähän lainkäyttäjän sidottuneisuuden ajatukseen liittyy itsestään selvänä oivallus, että vain helposti määriteltävät ulkonaiset teot voivat esiintyä kriminalisoituina oikeudenloukkauksina.⁴⁷

taan, jolla on volitiivisen normin luonne. Tämä normi ei enää ole adressaatiton, vaan edellyttää arvonmittana olevan vaadinnan toteuttamista oikeusalamaisen toimesta. Vasta oikeusnormista tässä oikeassa mielessä, vasta sen kollektiivisesti kohdistamisesta oikeusadressaatteihin voidaan tehdä johtopäätöksiä objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemassaolosta». Tätä varsin subjektiivista lähtöasennetta seuraa kuitenkin selvästi objektiivinen kannanmäärittely. »Vaikka onkin myönnettävä, että oikeuden tarkoituksena on oikeusadressaattien motivointi ja että tältä kannalta on loogillisesti ristiriitaista puhua normin kohdistamisesta syynakeettomaan yksilöön sanotussa tarkoituksessa, on toisaalta huomattava, että oikeudenvastaisuuden käsitteellinen määrittelyminen on sellainen oikeusteoreettinen ja lainsäädännöllinenkin tehtävä, joka on voitava pitää periaatteellisesti erillään siitä kysymyksestä, kenet oikeuskäsky yksittäistapauksessa »tavoittaa», ketä ei. Sen sijaan sitä ei voida erottaa kysymyksestä, mikä oikeusnormien tarkoitus yleensä on. Näin ollen ei ole syytä korostaa kysymystä, onko imperatiivi osoitettu myöskin syynakeettomalle j.n.e., vaan kysymyksen on katsottava koskevan mittapuun määrittämistä inhimillisen käyttäytymisen arvostelemiselle yleensä. Tämä mittapuu taas on saatavissa siitä, mitä oikeuden on katsottava tarkoittavan saavuttaa käskyjensä ja kieltojensa kautta oikeusjärjestyksen toteutumiseksi; tämän tosiasiana ilmenevän mahdollisuuden kannalta on arvosteltava, mikä on »objektiivisen elämänjärjestyksen» mukaista, mikä ei». Ks. Sipilä, m.t., s. 217 s. ja s. 219 ss. — Lähinnä samalla kannalla kuin Sipilä on myös Anttila, Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena, 1946, s. 4 ss.

⁴⁵ Ks. Honkasalo, Nulla poena, s. 8 ss.; Drost, m.t., s. 84 s.

⁴⁶ Ks. Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, III osa, 1804, s. 11. Ks. myös Honkasalo, Nulla poena, s. 54 s.; Drost, m.t., s. 112 ss.

⁴⁷ Kysymys yksilön vapaudesta ja vapauden takeista merkitsee asiallisesti kysymystä oikeusvaltiosta. Valistusajattelun ja myös Feuerbachin mukaan oikeusvaltio oli sellainen yhteiskunta, jossa valtiiovallan tehtävä oli rajoitettu kansalaisten

Yksilön vapauden ajatus on vieläpä jättänyt jälkensä *Bindingin* normiteoriaan, joka kuitenkin pohjautuu konservatiiviseen valtioaatteeseen esivallasta yksilöiden yläpuolella olevana mahtina. Jo varsin aikaisin *Binding* on havainnut välttämättömäksi olla vetämättä normiopistaan kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Eräässä v. 1908 julkaistussa kirjoituksessaan hän hyväksyy rikoksen puhtaasti objektiivisen tunnusmerkistön, jolla hän ymmärtää rikoksen kaikkien tunnusmerkkien toteuttamista syyllisyyttä vailla olevan inhimillisen käyttäytymisen avulla.⁴⁸ Samoin hän toisessa yhteydessä ilmaisee täysin objektiivisen kannanoton mukaisen mielensä seuraavasti: »Vielmehr werden alle verbotenen Handlungen wegen ihrer für die Rechtsordnung schädlichen Wirkung untersagt. Die Beschränkung der menschlichen Handlungsfreiheit — — — rechtfertigt sich in des Gesetzes Augen allein dadurch dass sie zur Fernhaltung von Schädigungen des menschlichen Gemeinlebens notwendig ist.»⁴⁹

Sanontaa »objektiivinen oikeudenvastaisuus» on ensimmäisenä käyttänyt *Ihering*.⁵⁰ Oikeus henkisenä valtana on tosin hänellä läh-

ulkonaisen elämän sääntelyyn keskinäisen vapauden turvaamiseksi ja siten kansalaisten perusoikeuksien ylläpitämiseksi. Kuitenkin oikeusvaltion ajatus, sellaisena kuin se liittyy nykypäivien rikosoikeustieteeseen, on peräisin 1800-luvun puolivälin tienoilla vaikuttaneesta *Robert von Mohlin*, *Friedrich Julius Stahlin*, *Lorenz von Steinin* ja *Rudolf von Gneistin* valtio-opista. Ks. *Mohl*, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft, 1855; *Stahl*, Staats- und Rechtslehre, 3. pain., 1856; *Stein*, System der Staatswissenschaft, 1852—1855; *Gneist*, Der Rechtsstaat, 2. pain., 1879. Hyläten valistusfilosofian opin valtiosta »valtiosopimuksen» tuotteena se ei enää nähnyt valtiota individualistisena ilmiönä, ihmisten mielivallan satunnaisena tuotteena, vaan »kansan ykseysajatuksen toteutumana». Näin *Mohl*, m.t., s. 99. Täten valtio ei myöskään ollut oikeusvaltio toimenpiteidensä päämäärän ja sisällyksen perusteella, vaan niiden menettelytapojen ulkonaisen laadun ja luonteen puolesta, joita se käyttää tavoitteittensa saavuttamiseksi (n.s. »Prinzip der formellen Freiheit»). Muuttuneen katsantokannan mukaan oikeusvaltio ei enää merkinnyt määrätyn aineellisen oikeustilan toteuttanutta valtiota, vaan valtiota, jossa kaikkien valtiollisten tarkoituserien toteuttaminen tapahtuu valtion elinten toimesta laillisissa rajoissa ja laissa tarkoin määrättyjä muotoja noudattaen ja jossa laillisten rajojen ja muotojen noudattaminen on oikeussuojakeinoin turvattu. Ks. lähemmin *Honkasalo*, Nulla poena, s. 22; *Drost*, m.t., s. 108 s.; *Rauch*, m.t., s. 10 s.

⁴⁸ *Binding*, Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung, Gerichtssaal 76, 1910, s. 1 ss. Vrt. myös *Heinitz*, m.t., s. 10.

⁴⁹ *Binding*, Der umgekehrte Irrtum, Gerichtssaal 85, 1917, s. 198; *Sama*, Normen und ihre Übertretung III, 1918, s. 423. Vrt. myös *Sundström-Salmiala*, m.t., s. 18, viite 28.

⁵⁰ *Ihering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, julkaisussa Vermischte Schriften, 1879, s. 155 ss.

tökohtana, mutta hänen mielestään joudutaan kestävämmiin tuloksiin korotettaessa syyntakeisen henkilön tajuaman käskyn tai kiellon noudattamatta jättäminen vääryyden ainoaksi kriteerioksi. Esimerkkinä hän mainitsee vieraan esineen hyvässä uskossa tapahtuvan hallinnan, minkä oikeustilan hänen nähdäkseen täytyy olla oikeudenvastainen, koska se ei ole oikeudenmukainen. Kun siis on olemassa paitsi *Merkelin* esittämää vääryyttä sen lisäksi myös syyllisyydestä riippumatonta oikeudenvastaisuutta, *Ihering* suosittelee näiden erottamiseksi toisistaan käytettäväksi nimityksiä subjektiivinen ja objektiivinen vääryys.⁵¹ Sen *Merkelin* kantansa tueksi esittämän väitteen johdosta, että suljettaessa syyllisyys vääryyden käsitteestä tulisivat myös luonnonvoimat vääryyden subjekteina kysymykseen, *Ihering* katsoo objektiiviseen vääryyteen joka tapauksessa kuuluvan inhimillisen tahdon myötävaikutuksen, siis syyntakeisen ihmisen käyttäytymisen.⁵²

Jyrkästi objektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen kannattajana on mainittava *Löffler*.⁵³ Hänen mielestään ei ole havaittavissa mitään oikeudellisesti merkityksellistä eroavaisuutta luonnonvoiman, mielisairaana ihmisen tai syyllisyyttä vailla toimivan syyntakeisen henkilön aiheuttaman, oikeusjärjestystä loukkaavan vahingoittamisen välillä. Käsitteensä tueksi hän viittaa siihen tosiasiaan, että hallintoviranomaisten velvollisuutena on suojata oikeusjärjestyksen hyväksymiä oikeustiloja ja että siis oikeustilat nauttivat kaikinpuolistaa oikeussuojaa.⁵⁴

Tilan oikeudenvastaisuus on varsinkin *Löfflerin* esiintymisen jälkeen ollut se objektiivisen oikeudenvastaisuusopin monien edustajien kannattama katsomus, jota vastustajien taholta on enimmänsä arvosteltu ja jonka selvittämistä sen vuoksi on pidetty tärkeänä.⁵⁵

⁵¹ *Ihering*, *Vermischte Schriften*, s. 159 s.

⁵² Samoin *Binding*, *Der umgekehrte Irrtum*, s. 201. — *Iheringin* käsityksistä ks. myös *Alanen*, *Hätävarjelus* s. 46, s. 40, viite 1; *Sipilä*, m.t., s. 196 s.; *Heinitz*, m.t., s. 8; *Mezger*, *Gerichtssaal* 89, s. 212 s.

⁵³ *Löffler*, *Unrecht und Notwehr*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 21, 1901, s. 537 ss.

⁵⁴ m.k., s. 564. — *Löffleristä* ks. myös *Alanen*, *Hätävarjelus*, s. 40 s.; *Sipilä*, m.t., s. 204 s.; *Kohlrausch*, m.t., s. 54 ss.; *Mezger*, *Gerichtssaal* 89, s. 217 s.

⁵⁵ Kotimaisessa kirjallisuudessamme *Tulenheimo* on katsonut empiirisesti laista tädyttävän tulla siihen tulokseen, että oikeudenvastaisuus voi olla predikaattina muullekin kuin inhimilliselle toiminnalle. Hän viittaa erikoisesti RL 36 luv. 1 §:ään (»laitonta aineellista etua») ja 31 luv. 4 §:ään (»ilman laillista oikeutta»). Ks. *Tulenheimo*, *Luotto rikosoikeudellisena suojelusobjektina*, 1911, s. 32 s., jossa myös

Beling on ottanut vastattavakseen kysymyksen, voiko jokin tila tai myös tapahtuma, joka ei ole inhimillistä toimintaa, olla oikeudenvastainen.⁵⁶ Tätä kysymystä ei hänen mielestään voida välttää, kun positiivisessa oikeudessa puhutaan usein tilan oikeudenvastaisuudesta, näin esim. ryöstön ja petoksen yhteydessä »oikeudenvastaisesta varallisuusedusta» (»rechtswidriger Vermögensvorteil»). Ja miksi ei oikeusjärjestys voisi leimata jotain tilaa sen vastaiseksi? Mielipidettään että on olemassa sekä oikeudenvastaisia tiloja että oikeudenvastaisia käyttäytymisiä *Beling* perustelee selityksellä normien jakaantumisesta välittömiin ja välillisiin normeihin, tilojen oikeudenvastaisuuden johtuessa jälkimmäisistä, rikoksen konstituomiseen riittämättömistä normeista. Vastaus onkin itse asiassa saatavissa *Belingin* yleisestä normin käsityksestä. Käsitys normista esivallan käskynä pohjautui *Bindingillä* konservatiiviseen valtioaatteeseen, mutta kenelle tämä valtiota koskeva katsomus jäi vieraaksi, kuten *Belingille*, hänelle normi ei voinut enää samaistua esivallan käskyn kanssa. Täten *Bindingin* seuraajien piirissä normin käskyn luonnetta tuskin enää korostetaan, vaan normia tarkastetaan enemmän oikeusalamaisen kannalta, kunnes sen merkitys nähdään siinä, että se inhimillisten elinetujen suojaamisen tarkoituksessa rajoittaa niiden vapauspiirejä, joita se koskee.⁵⁷ Tässä mielessä *Beling* rajoittaa valtion ja oikeusjärjestyksen tehtävän kansalaisten ulkonaisen yhteiselämän sääntelyyn,⁵⁸ mistä seuraa, että aiheen valtion rankaisuyvallan käyttämiseen voi antaa vain oikeusjärjestyksen yksilöille määräämien rajojen ylittäminen, ja myös, että oikeuden teosta lausuma hylkäysarvostelu määräytyy yksinomaan teon ulkomaailmassa aiheuttaman seurauksen mukaan. Rajoittaessaan oikeusjärjestyksen pelkäksi forum externumiksi *Beling* ja hänen mukanaan koko klassillinen rikosoikeuskoulu

viitt. kirjallisuuteen. — *Kaila* puolestaan on vastustanut *Tulenheimon* edellämainittua johtopäätöstä lausuen, ettei »mikään lainpykälä pysty kumoamaan logiikan sääntöjä». Ks. *Kaila*, m.t., s. 119. — *Alasen* mukaan »käsitetessä oikeudenvastaisuus norminvastaisuudeksi ja normi imperatiiviksi inhimilliselle käyttäytymiselle oikeudenvastaisuus on tilalle soveltumaton predikaatti». Ks. *Alanen*, Hätävarjelus, s. 39 ss., jossa kysymystä käsitelty laajemmin. — *Sipilän* mielestä »mikään sellainen järjestyksen häiriytyminen, joka ei käsitä inhimillistä käyttäytymistä, ei myöskään ole leimattavissa oikeudenvastaiseksi, vaikka se käsittäisikin sellaisen asiantilan, jonka johdosta oikeus vaatii ryhtymistä toimenpiteisiin muutoksen saamiseksi siihen». Ks. *Sipilä*, m.t., s. 217 s.

⁵⁶ *Beling*, Die Lehre von Verbrechen, 1906, s. 170 ss.

⁵⁷ Ks. *Finger*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904, s. 102.

⁵⁸ *Beling*, Die Vergeltungsidee, s. 50.

osoittavat läheisen liittymisensä valistusajattelun synnyttämään varhaisliberalismiin, *Kantin* jyrkkään legaliteetin ja moraaliteetin, oikeudellisen ja siveellisen arvostelun toisistaan erottamiseen.⁵⁹ *Belingin* mukaan teon ulkonainen, objektiivinen puoli on erotettava sen sisäisestä, subjektiivisesta puolesta ja loogillinen järjestys rikosta todettaessa voi olla vain: ensin teko laissa kuvailtuine seikkoineen eli n.s. tunnusmerkistön mukaisuus, sitten sen oikeusjärjestyksen vastaisuus, ja lopuksi vasta sisäinen puoli, syyllisyys. »Denn kriminelle Schuld bei nicht rechtswidrigem Handeln ist ein Unding».⁶⁰ Tunnusmerkistö ja normi ovat tosiasiaassa *Belingillä* hyvin lähellä toisiinsa olevia käsitteitä. Tosin hän samoin kuin *Binding*, katsoo normien olevan peräisin rikosoikeuden ulkopuolella olevilta oikeusaloilta, mutta hän hylkää *Bindingin* katsomuksen sikäli, etteivät normit hänen mukaansa kuulu kirjoittamattoman oikeuden piiriin. Hänen nähdäkseen jokainen velvoittava säännös itsessään on normi. Täten rikoslain säännös, joka on määräävä tunnusmerkistölle, on ainakin indisio normista. »Das Strafgesetz ermöglicht hier lediglich den Schluss darauf, dass es grundsätzlich verboten sei zu töten u.s.w., aber weder ist die Rechtswidrigkeitsfrage abschliessend im Strafgesetz behandelt, noch geht die Norm in diesem auf.»⁶¹

Normin käsittämisessä tapahtunut muutos, joka mahdollistaa myös tilan oikeudenvastaisuuden myöntämisen, on leimaa-antava myös *Naglerin* oikeudenvastaisuutta koskeville esityksille.⁶² Hän huomauttaa imperatiiviteoriaa vastaan, etteivät oikeussäännökset tyhjenny imperatiiveissa, käskyissä. Päinvastoin oikeuden olemusta tarkastettaessa on lähdettävä sen järjestämistehtävästä (»Ordnungsfunktion»), suojelutehtävän, joka on kyseessä imperatiivien noudattamisvelvollisuutta tähdennettäessä, ollessa vasta toissijaisen. »Am moisista ajoista oikeusjärjestys on ollut rauhanjärjestys, joka on luonut tilaa ja toimintamahdollisuuden yhteiskunnallisen elämän koneistolle».⁶³ *Nagler* määrittelee näinollen oikeuden inhimillisen yhteiskuntaelämän ulkonaiseksi sääntelyksi, jota määrää auktorita-

⁵⁹ Ks. *Rauch*, m.t., s. 17.

⁶⁰ *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 76 ss.

⁶¹ *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 125. Ks. myös *Salovaara*, Tunnusmerkistöstä rikosoikeustieteessä, Defensor Legis 1937, s. 121 ss., erik. s. 124 s.

⁶² *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Sonderdruck aus der Festschrift für Karl Binding II, 1911; *Nagler*, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Festgabe f. Frank I, 1930, s. 339 s.

⁶³ *Nagler*, Rechtswidrigkeit, s. 43 s.

tiivisia säännöstöjä luova tahto.⁶⁴ »Oikeudenvastainen» merkitsee hylkäysarvostelua oikeusjärjestyksen taholta. Sen todetessamme me mittaamme yhteiskuntaelämän konkreettisia ilmiöitä oikeuden mittapuulla ja havaitsemme tässä vastakkainasettelussa niiden alamittaisuuden. Mistään yksityiseen henkilöön kohdistuvasta kiellosta tai käskystä ei tällöin vielä ole kysymys. Tästä katsomuksesta seuraa, että normiadressaattia koskeva vaikea kysymys on kokonaan sivuutettavissa. Toisaalta taas määrätty tila voi olla paheksumisarvostelun kohteena, mikä ajattelutapa on Naglerin mukaan hyödyllinen esim. petoksen ja kiristämisen kautta saavutettua varallisuusoikeudellista tilaa tarkastettaessa.⁶⁵ Oikeudenvastaisiksi arvosteltavat tilat ovat toisinaan toiminnan seurauksia, toisinaan taas ne ovat johdettavissa tapahtumista, jotka eivät ole yhteydessä ihmistoimiin. Mikäli on kysymys muista syistä kuin jonkun ihmisen käyttäytymisen johdosta syntyneistä oikeudenvastaisista tiloista, on sellaisten myöntäminen Naglerin mielestä johtavien periaatteiden mukaista, joten siis luonnontapahtuma, eläin t.m.s. voi aiheuttaa tilan, jonka oikeusjärjestys arvostelee oikeudenvastaiseksi. Jonkun tilan oikeudenvastaiseksi arvostelemiseen on kuitenkin aina vaadittava, että se jollakin tavalla vaikuttaa ihmisten keskinäisiin suhteisiin, sillä luonnontapahtumat eivät yleisesti kuulu oikeuden piiriin; ne ovat oikeuden arvostelutoimen ulkopuolella. Myös syyntakeettomat kuuluvat ihmisyyhteisöön ja ovat siten oikeusjärjestyksen alaisia. Täten Nagler hylkää Merkelin oikeusjärjestyksen alaa suuresti supistavan katsomuksen menemättä toisaalta Löfflerin edustamaan äärimmäismielipiteeseen.⁶⁶

Tärkeimpänä johtopäätöksenä peruskatsomuksesta Nagler pitää oikeudenvastaisuuden objektiivisuuden. Teosta tai tapahtumasta on voitava lausua oikeusjärjestyksen ilmaisema hylkäysarvostelu kokonaan riippumatta siitä, liittyykö siihen syyllisyyttä tai ylimalkaan sen tahtomista. »Die Rechtswidrigkeit, als blosser Widerspruch gegen das objektive Recht begriffen, kann logischerweise nicht anders, als rein objektiv aufgefasst werden».⁶⁷ Nagler myöntää kriminalistilla olevan taipumuksen käsittää oikeudenvastaisuuden hylkäysarvostelu henkilökohtaisena arvottomuustuomiona. Kriminalis-

⁶⁴ Nagler, Rechtswidrigkeit, s. 38 s.

⁶⁵ » » s. 47 s.

⁶⁶ » » s. 56 ss.

⁶⁷ » » s. 62.

tin koko työskentelytapa houkuttelee hänet vetämään kaikessa johtopäätökset loukkaajan henkilöstä käsin. Täten katse kiinnittyy hypnoottisesti rikoksentekijään. Kuitenkin lainvastaista tekoa on tarkasteltava, kuten siviiliasiantuomari tekee, teolla loukatun näkökannalta. Teon vaikutus loukattuun on ensi sijalla sivistin harkinnassa ja hänen pyrkimyksensä on estää vahingollisia seurauksia yleensä syntymästä. Tämä näkökohta on Naglerin mielestä omiaan myös rikosoikeudessa entistä kiinteämmin suuntaamaan katseen objektiivisiin seikkoihin kyseen ollessa oikeusjärjestyksen hylkäysarvostelusta.⁶⁸ Nagler osoittaa objektiivisen oikeudenvastaisuuden käsitteellä olevan myös suuren käytännöllisen merkityksen sen ollessa pohjana lukuisien oikeusseuraamusten ymmärtämiselle. Rangaistuksen suuruus in abstracto riippuu enimmin oikeudenvastaisesta teosta ja sillä aiheutetun vahingon määrästä. Hätävarjelus ei välttämättömästi edellytä hyökkäystahtoa, vaan ainoastaan hyökkäyksen objektiivista oikeudenvastaisuutta. Samoin rikollisuutta vastaan tähdättyjen ennakkoestävien toimenpiteiden laajalla alalla on vallitsevana objektiivinen katsantotapa. Vihdoin myös objektiivinen oikeudenvastaisuuskäsite sen vetäessä jyrkän rajan oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden välillä vasta asettaa viimeksimainitun oikeaan valoon.⁶⁹

Objektiivisen oikeudenvastaisuusopin huomattavana edustajana ja kehittäjänä on mainittava myös M. E. Mayer.⁷⁰ Hänen mukaansa oikeudenvastaisuus on ymmärrettävä jyrkästi objektiivisessa mielessä siten, että teko todetaan oikeusjärjestyksen vastaiseksi kokonaan riippumatta siitä, voidaanko tekijään sen johdosta samalla kohdistaa moite. Objektiivisen oikeudenvastaisuuden hyväksyminen on metoodinen välttämättömyys, muun ohella senkin vuoksi että syyllisyys riippuu olennaisesti teon oikeudenvastaisuudesta.⁷¹ Kysymyksessä oikeudenvastaisuuden suhteesta rikoslakiin ja erikoisesti siitä johdettuun tunnusmerkistöön Mayer katsoo, samoin kuin Beling, tunnusmerkistön mukaisuuden olevan oikeudenvastaisuuden ohella itseenäisen edellytyksen rikoksen määritelmässä ja näiden kummankin olevan periaatteellisesti toisistaan riippumattoman. Mutta niinkuin

⁶⁸ Nagler, *Rechtswidrigkeit*, s. 68 s.

⁶⁹ Nagler, *Rechtswidrigkeit*, s. 70 ss. Naglerista ks. myös Sundström-Salmiala, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 16 s., viite 27; Alanen, Hätävarjelus, s. 38 s.; Sipilä, m.t., s. 209 s.; Mezger, *Gerichtssaal* 89, s. 231 ss.

⁷⁰ M. E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, erik. s. 173 ss.

⁷¹ M. E. Mayer, *Der allgemeine Teil*, s. 10 ss.

Beling asiallisesti joutui myöntämään niillä olevan keskenään läheisen yhteyden sen johdosta, että kummallakin oli säännöllisissä tapauksissa oleva selityspäätöksensä samassa lainsäädännössä, niin myös *Mayer* on päätenyt oppiin tunnusmerkistön mukaisuudesta oikeudenvastaisuuden indisiona.⁷² *Mayerin* perustelu indisiosuhteen otaksu- miselle on kuitenkin *Belingin* katsomuksesta poikkeava. *Belingin* ja myös *Naglerin* puoltaessa n.s. muodollista oikeudenvastaisuuskä- sitystä, jonka mukaan oikeudenvastaisuus on laissa olevan normin, oi- keusjärjestyksen käskyn tai kiellon, formaalista vastaisuutta, laissa säädetyn oikeuttamisperusteen vain salliessa poikkeuksen tekemi- sen,⁷³ *Mayer* selittää tällaisen muodollisen määritelmän tautologiseksi ja myös tarkoitustaan vastaamattomaksi, koska normin sisältö ja ulottuvaisuus eivät ole tätä tietä selvitettävissä ainakaan monissa rajatapauksissa ja havaittaessa säädännäisessä oikeudessa aukkoja ja ristiriitaisuuksia. Oikeudenvastaisuus on *Mayerin* mielestä määrit- tävissä vain »ulkoisesti», luomalla vääryyden aineellinen määritelmä l. reaali-definitio. Vain tutkimalla sitä perustaa, josta lainsäädän- nökset oikeudellisen käsitteemuodostuksen tietä ja valintaa käyttäen ovat syntyneet, on *Mayerin* mukaan saatavissa positiivinen mittapuu konkreettisen teon arvostelemiseksi rikosoikeudellisesti merkityk- selliseksi. Tämä perustana ovat valtiovallan tunnustamat kulttuuri-

⁷² *Mayer*, Der allgemeine Teil s. 52; ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 226 s.; *Salovaara*, m.k., s. 128.

⁷³ Kotimaisessa kirjallisuudessaamme edustavat tätä katsomusta m.m. *Tulen- heimo*, m.t. s. 25 ja 60; *Alanen*, Hätävarjelus, s. 38 s. ja *Sundström-Salmiala*, Varsi- naisesta osallisuudesta, s. 1 ss., viimeksimainitun käsitellessä kysymystä laajasti ja runsain kirjallisuusviittauksin. Näin myös *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 92 ja Vahvistuskanneoikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan I, 1928, s. 1 s.

Toisten pohjoismaiden tietoisopissa tähdentävät muodollisen oikeudenvastaisu- den merkittävyyttä m.m. *Bergendal*, Lärobok i rättskunskap för blivande landsfis- kalen III. Straffrätt, 2. uppl. 1925, s. 56 ja Om avtalsbrott såsom förbrytelse emot tredjeman. Skrifter tillägnade Johan C. W. Thyrén, 1926, s. 175, viite 1, sekä *Agge*, Reaktionssystemet, s. 152, viite 55. Samaa tapaansa myös *Thyrén*, Den moderna straffrättens grundåskådningar, 1920, s. 42. — *Andenaes*, Straffbar unnlatelse. Et bidrag til strafferettsdogmatikken, 1942, s. 175 ss., katsoo teknillis-rikosoikeudelli- sen oikeudenvastaisuuskäsitteen olevan pelkkä terminologinen apukäsite, jonka ole- massaolostaan on kiittäminen oikeustieteen tarvetta käyttää yksinkertaistavia yleis- tyksiä. Hänen mielestään oikeudenvastaisuuden käsitteellä ei ole mitään aineellista sisältöä osoittavia ominaisuuksia. »Verdien av begrepet ligger i det rent termino- icgiske og systematiske» (s. 180).

normit.⁷⁴ Näin ollen tunnusmerkistönmukaisuus on vain oikeudenvastaisuuden indisio, pelkkä tietämisperuste, ratio cognoscendi, jonka vaikutus voidaan tehdä tyhjäksi osoittamalla teko kulttuurinormin mukaisesti. »Nur bis zum Beweis des Gegenteils ist der Schluss von der Tatbestandsmässigkeit auf die Rechtswidrigkeit richtig».⁷⁵

Mayerin täten hylätessä oikeudenvastaisuuden formaalisen määrittelyn hän on myöskin toisaalla etääntynyt oikeudenvastaisuuden objektiivisuuden vaatimuksesta. Tosin hän periaatteessa on oikeudenvastaisuuden objektiivisen käsittämistavan kannalla. Hänen mukaansa on sekä tekijään kohdistettava moite jyrkästi erotettava sitä edeltävästä teon toteamisesta oikeudenvastaiseksi että jälkimmäinen suoritettava objektiivisten seikkojen pohjalla. Poikkeustapauksissa lainsäätäjä kuitenkin on tehnyt teon oikeudenvastaisuuden riippuvaksi tekijän tarkoituksesta tekoa suorittaessaan. Kun opettaja rankaisee oppilasta kostonhimosta tämän isää kohtaan eikä kasvatus-tarkoituksessa, mikä tekisi teon sallituksi, hän toimii oikeudenvastaisesti. Mutta vaikka oikeudenvastaisuusarvosteluun täten joskus vaikuttavatkin subjektiiviset seikat, oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden rajat eivät tällöinkään sekaannu. Syyksilukemiselle ominaisten näkökohtien mukaan rangaistava teko on motiivien aikaansaama, oikeudenvastaisuuden arvostelemiselle määrävien katsomusten valossa sitävästoin teko on keino määrättyjen, seurausta kauemmaksi ulottuvien tarkoituserien saavuttamiseksi. Subjektiivisten vääräysainesten ja syyllisyystekijäin toisilleen vastakkaisuutta ilmentävät täten *Mayerin* mukaan vastakohdat: mihin? — miksi?, tavoite — motiivi, kausaalinen — teleologinen katsomustapa. Tämä katsomustapojen erilaisuus on voimassa silloinkin, kun tarkastelu molemmissa suhteissa kohdistuu samaan seikkaan. *Mayer* esittää tästä mahdollisuudesta esimerkin, johon myöhemmin on usein viitattu: »Die Aneignung der fremden Sache 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, Schuldelement».⁷⁶

⁷⁴ N.s. *Mayerin* kulttuurinormiteoriasta ks. *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 37 ss. ja *Sama*, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtl. Abh. 50, 1903. Ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 244.

⁷⁵ *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 52. Ks. puheenaolevassa suhteessa *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 209, viite 53.

⁷⁶ *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 185 ss. Ks. myös *Alanen*, Hätävarjelus, s. 103; *Salovaara*, m.k., s. 130 s.; *Sieverts*, m.t., s. 17 s.

Objektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen huomattava kehittäjä on edelleen *Mezger*.⁷⁷ Hän esittää kysymyksen, onko oikeus pohjaltaan määräämismormi («Bestimmungsnorm») eli imperatiivi? Loogillis-tietoteoreettisten perusteiden hän katsoo ehdottomasti johtavan sellaisen vastauksen antamiseen, että oikeus määräämismormina ei ole edes ajateltavissa ilman oikeutta arvottamismormina («Bewertungsnorm») ja että oikeus arvottamismormina on määräämismormiksi käsitettävän oikeuden ehdoton loogillinen edellytys. Mutta hän tutkii kysymystä myös käytännöllisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien kannalta ja tulee siihen tulokseen, että niin ehdottomasti kuin oikeus arvottamismormina onkin ennen määräämismormia, niin lähötkohdaksi voida a n aina ottaa myös oikeus määräämismormina — siis johdannaismuodossaan. Lopullisen vastauksen antaminen riippuu *Mezgerin* mukaan näinollen oikeusjärjestyksen, ja siis myös rikosoikeuden, perimmäisistä tarkoituksiperistä, niistä päämääristä, joihin kansayhteisö oikeusjärjestyksen avulla pyrkii. Kun *Mezger* näkee oikeuden lopputarkoituksena olevan pyrkimyksen mahdollisimman monien etujen mahdollisimman laajaan tyydyttämiseen, on kaikki oikeudelliset katsomukset järjestettävä ensi sijassa objektiivisten näkökohtien mukaan ja oikeusjärjestyksen perustehtävänä on kansalaisten ulk o n a i s e n yhteiselämän edistäminen ja turvaaminen. Oikeus on, täten objektiivinen elämänjärjestys ja vääryys l. oikeudenvastaisuus voi olla vain tämän objektiivisen järjestyksen loukkaamista.⁷⁸

Objektiivisena elämänjärjestyksenä oikeus ei voi olla kenellekään ihmiselle adressoitu, arvottamismormi on normi ilman »osoitetta». Kun *Mezger* käyttää »osoitteettoman normin» («adressenlose Norm») nimitystä, tarkoittaa hän sillä vain sitä tosiasiaa, että oikeus kohdistuu aina ihmisiin ja sikäli on aina myös adressoitu. Tällaista persoonatonta adressointia vastaa *Mezgerin* mukaan oikeuden käsky: »es soll», »niin tulee olla», »ita jus esto», josta vasta henkilökohtainen käsky: »du sollst», »sinun pitää», on johdettavissa. Oikeuden normit ovat arvottamismormeina yhteydessä määrättyyn objektiiviseen sosiaaliseen tilaan, ennenkuin ne voivat saada määräämismormin luonteen.⁷⁹ Oikeuden arvottamistoimen kohteena voivat täten

⁷⁷ Ks. etenkin *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, Gerichtssaal 89, 1924, s. 207 ss. ja *Sama*, Strafrecht, 1931, 2. Aufl., 1933.

⁷⁸ Ks. *Mezger*, Sein und Sollen im Recht, 1920, s. 76 ss.; *Sama*, Gerichtssaal 89, s. 239 ss. Ks. myös *Honkasalo*, Vahvistuskanneoikeudesta, s. 1 s.

⁷⁹ Ks. *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 245; *Sama*, Strafrecht, s. 166, viite 7.

olla paitsi kaikki ihmisten käyttäytymiset myös muiden elollisten olentojen aiheuttamat muutokset ja muutkin ulkomaailman tapahtumat ja tilat, kuitenkin vain edellytyksin, että niillä on merkitystä ihmisten yhteiselämälle. Vain lähtien suojeleobjektista, jolla *Mezger* tarkoittaa rikoslain säännöksellä suojattua objektiivista arvoa, voidaan vääryyden olemus täysin tajuta. Rikoksen kautta loukattu ja hänen etunsa ovat koko oikeusjärjestyksen ja erikoisesti rikosoikeuden kiinne kohta.⁸⁰

Tämä voimakkaasti objektiivinen asennoituminen on saattanut *Mezgerin* käyttämään ilmaisua, joka on herättänyt vastustusta. Hän on nimittäin määritellyt vääryyden arvottamismäärin vastaisuutena, s.o. oikeudenvastaisuuden, oikeuden hyväksymän tilan muuttamiseksi tai oikeuden paheksuman tilan aikaansaamiseksi, ei jonkin tilan oikeuden paheksumaksi muuttamiseksi. Rikos olisi täten oikeudenvastainen, koska se aiheuttaa oikeudenvastaisuuden.⁸¹ Tämä kieltämättä epäonnistunut ilmaisutapa, jonka osittain selittää se, että rikokseen kuuluva seuraus hänellä käsittää koko ulkonaisen tunnusmerkistön toteuttamisen, on aiheuttanut käsityksen, että tunnusmerkistössä *Mezgerin* mukaan olisi kuvattuna vain jokin tila, ei sitävastoin (määrätynlainen) tapahtuminen ja että tunnusmerkistöille olisi luonteenomaista tyypillisten intressien loukkaukset, ei tyypilliset intressin loukkaamiset.⁸² Tällaiset selitykset *Mezger* kuitenkin

⁸⁰ Ks. *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 249 s.; *Sama*, Strafrecht, s. 198 ss. — *Sipilä*, m.t., s. 212 ss., joka teoksessaan ensimmäisenä on käyttänyt arvottamismäärin nimitystä Bewertungsnorm-sanan suomenkielisenä vastineena, vastustaa *Mezgerin* katso musta arvottamismäärin oikeudenvastaisuuden kriteriona katsoen adressaattitoman määrin asettamisen oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisuperusteeksi merkitsevän oikeuden henkisen vallan luonteen väheksymistä. — Olemme samaa mieltä *Sipilän* kanssa siinä, että *Mezgerin* teoria johtaa tähän tulokseen, mutta mielestämme puuttuminen kysymyksen oikeuden henkisestä vallasta on *Mezgerin* esityksissä vähemmän tarpeellista. *Mezger* lähtee teoriassaan oikeudenvastaisuuden aineellisesta sisällöstä oikeushyvän loukkauksena, ja siltä pohjalta, kuten mielestämme on oikein, kiinnittää katseen rikosteolla loukattuun ja hänen etuunsa ja syrjäyttää oikeuden henkisen vallan ja sen mukana oikeustahdon kohdistumisen vääryyden tekijään. Huomattakoon, että *Sipilän* mielestä, m.t., s. 220 ss., oikeuslauseen perusnormi vaatii oikeudenvastaisuuden mittapuuksi otettavaksi sen tarkoituksen, joka sisältyy oikeusnormiin silloin, kun se kohdistetaan oikeusjärjestyksen ylläpidon mahdollistaviin adressaatteihin. Vert. myös ed. viite 44.

⁸¹ *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 245 s.

⁸² Näin m.m. *Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, Bonner rechtsw. Abh. 23, 1932, s. 53. Vrt. myös *Sipilä*, m.t., s. 214, joka katsoo *Mezgerin* kosketellun lausunnon olevan parhaana todistuksena tämän kannanottojen kestäättömyydestä.

myöhemmissä esityksissään on leimannut väärinkäsityksiksi. Rikosoikeuden oppikirjassaan hän sanoo tunnusmerkistön toteutumisen aiheuttamisen olevan loppuseurauksen, s.o. ex post tunnettavan tilan aiheuttamista tunnusmerkistönmukaisella tavalla, mihin lähinnä kuuluu seurauksen adekvaattinen aiheuttaminen, mutta joka käsittää myös ne tapaukset, joissa lain mukaan vaaditaan määrätynlaatuista, ei minkälaista tahansa loppuseurauksen aikaansaamista.⁸³ Toisessa yhteydessä hän ei katso tunnusmerkistönmukaisten tekojen olevan vain tyypeiksi muodostettujen etujen loukkauksia, jälkeenpäin havaittavan tilan tyypillistyyksiä, vaan todellisuudessa, kuten yksinomaan on sallittua, tyypeiksi muodostettuja edunloukkauksia, ex post havaittavan tilan aiheuttamisia tyypillistetyllä tavalla.⁸⁴ Näinollen Mezgerin on nähdäksemme katsottava tässä kysymyksessä tosiasiassa edustavan täysin hyväksyttävää kannanottoa.⁸⁵

Aikaisemmin olemme todenneet *M. E. Mayerin* vakavasti horjuttaneen sitä *Belingin* ja monien muiden tutkijoiden kannattamaa käsitystä, että oikeudenvastaisuus perustuisi pelkästään objektiivisiin ja syyllisyys yksinomaan tekijän subjektiivisiin seikkoihin. *Mezger* on nähdäksemme lopullisesti osoittanut, ettei tämä sääntö ole poikkeukseton kumpaankaan suuntaan ja ettei todellisuudessa raja oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden välillä samaistu objektiivisen ja subjektiivisen piirin välisen rajan kanssa. Teleoloogista katsomustapaansa seuraten hän havaitsee hyvin monissa tapauksissa ulkonaisen teon olevan oikeusjärjestyksen suojaamaa etua loukkaavan tai vaarantavan vain, jos siihen liittyy määrätty tekijän subjektiivinen asennoituminen.⁸⁶ Toisaalta syyllisyys ymmärrettynä tekijään oikeudenvastaisesta teostaan kohdistettavana henkilökohtaisena moitteena

Stipilän mukaan oikeudenvastaisuus on todettavissa nimenomaan oikeusalamaisen käyttäytymisestä eikä suinkaan siitä johtuvasta seurauksesta.

⁸³ *Mezger*, *Strafrecht*, s. 416. Näin myös *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 113 ss.

⁸⁴ *Mezger*, *Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 52, 1932, s. 537.

⁸⁵ Samalla kannalla kuin *Mezger* on myös *Eb. Schmidt*, *Die mittelbare Täterschaft*, *Festgabe f. Frank II*, s. 119, viite 1. Samoin myös *Sieverts*, m.t., s. 182. — *Eb. Schmidt*, *Liszt-Schmidt, Lehrbuch*, s. 175, ei tosin hyväksy oikeudenvastaisuuden asettamista yhteyteen luonnonilmiöiden ja tilojen kanssa, mutta katsomme eroavaisuuden olevan lähinnä terminologista laatua.

⁸⁶ Ks. *Mezger*, *Gerichtssaal* 89, s. 260 ss.; *Sama*, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, *Sonderabdruck aus der Festschrift für Traeger*, 1926, s. 13 ss.; *Sama*, *Strafrecht*, s. 168 ss.

saattaa sekin olla riippuvaisuussuhteessa myös objektiivisista seikoista.⁸⁷ Täten objektiivisiin ja subjektiivisiin seikkoihin perustuvien rikoksen objektiivisen ja subjektiivisen puolen toisistaan erottaminen on pelkkää tosiseikkojen luokittelua, jolle ei ole ratkaisevaa merkitystä teleologisesti käsitettävän, rikosoikeudessa relevantin aineiston erikoispiirteitä luonnehdittaessa. Asiallisesti katsoen oikeudenvastaisuus merkitsee oikeusjärjestyksen vastaisuutta syyllisyyden sisältäessä henkilökohtaisen moitteen.⁸⁸

Ryhtymättä tässä yhteydessä, jossa lähinnä on ollut kysymys ulkonaisen teon välttämättömyydestä oikeudenvastaisuusarvostelun kohteena, tämän laajempiin tarkasteluihin, toteamme esityksemme päätökseksi, että objektiivinen oikeudenvastaisuuskäsitys lähtee siitä mielestämme hyväksyttävästä katsomuksesta, että oikeusjärjestys tar koittaa kansalaisten ulkonaisen yhteiselämän sääntelyä ja edistämistä. Se johtuu näinollen ulkonaisen teon ainutlaatuisen merkityksellisyyden korostamiseen. Toisaalta kuitenkin objektiivisen oikeudenvastaisuusopin kannattajien piirissä on myöhempinä aikoina kaikkiin kysymyksiin ulottuen voittanut alaa teleologinen, oikeusilmiöiden oikeaa luonnetta tutkiva katsomustapa. Sen valossa on osoittautunut, etteivät oikeudenvastaisuuteen kuulu pelkästään objektiiviset, tekijän sielunelämän ulkopuolella olevat tosiseikat ja syyllisyyteen vain subjektiiviset, tekijän sielunelämään kuuluvat seikat, kuten aikaisemmin uskottiin, vaan että sekin on harkintaa vaativa ongelma.

⁸⁷ Ks. *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 254, viite 1. *Sama*, Literaturbericht, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 47, 1927, s. 486 s.; *Sama*, Strafrecht, s. 270. Esimerkkinä mainittakoon pakon käyttäminen tekijää kohtaan, joka, mikäli se ei tee tekoa clemattomaksi, poistaa usein syyllisyyden.

⁸⁸ Ks. *Mezger*, Subjektivismus und Objektivismus in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts V, 1929, s. 13 ss., jossa (s. 28) *Mezger* edustamansa katsomustavan merkityksellisyydestä rikosoikeustieteessä lausuu seuraavaa: »Die »normative« Betrachtungsweise beherrscht die deutsche Strafrechtswissenschaft unserer Tage in hervorragendem Masse. Überall — im Gebiete der Unrechtslehre, der Schuldlehre, der Lehre von der Tatbeständen des Besonderen Teiles — deckt tieferdringende Forschung das Vorhandensein normativer Elemente als wirksame und lebendige Bestandteile des Rechtssystems auf und sprengt das starre Dogma des positivischen Historismus, das die Strafrechtswissenschaft und Rechtswissenschaft überhaupt um die Wende des 19. zum 20. Jahrhundert selbstherrlich durchdrang. Mit den Mitteln emotionaler Logik und kritischer Philosophie gilt es diese Erkenntnisse auch in Zukunft zielsicher weiter auszubauen».

Tähän tulokseen on johtanut nimenomaan se havainto, että ulkonaisen teon oikeudenvastaisuus on monissa tapauksissa todettavissa vasta kun tunnetaan se tarkoitus, mikä tekijällä on ollut tekoa tehdessään. Täten on havaittu ulkonaisen toiminnan sinänsä olevan toisinaan riittämättömän arvosteluperustaksi oikeudenvastaisuuden toteutamiselle, sen lisäksi tarvitaan subjektiivisen seikan mukaanliittämistä arvosteltavaan aineistoon. Varsinkin rikoksen yrityksessä on huomattu näin olevan asian laita. Kun oikeudenvastaisuusopille täten avautuu uudet, laajat näköalat, joissa ulkonaiseen tekemiseenkin liittyy probleemeja, siirrymme seuraavassa lähemmin tutkimaan oikeudenvastaisuuskysymystä yhtenä teleologisen systeemin keskeisistä ongelmista.⁸⁹

⁸⁹ Grünhut, joka katsoo Mezgerin rikosoikeuden oppikirjan olleen ensimmäisen todella voimassaolevaan oikeuteen eikä vain kirjoitettuun lakiin pitäytyvän rikosoikeuden dogmatiikan kokonaisuutensa, näkee näiden uusien metodisten pyrkimysten päätyneen lähinnä kahteen merkittävään tulokseen: positiivisen oikeuden syvennettyyn käsittämiseen ja uuteen tietoisuuteen tuomarin oikeasta välittömästä arvostelusta. Ks. Grünhutin arvostelua Mezgerin Strafrecht-teoksesta, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 52, 1932, s. 117 ss. Hän jatkaa (s. 117 s.): »Das erste wendet sich gegen ein falsches a priori, gegen die Selbstgenügsamkeit der Theorien, die es nicht nur den Anfänger vergessen lassen, dass innerhalb der Dogmatik des positiven Rechts »Theorien« nur Formen der Gesetzesinterpretation sein dürfen, das zweite gegen einen Formalismus, der die Differenzierung des sachlichen Gehaltes völlig hinter dem Unterschied der äusseren Form zurücktreten lässt. Im Grunde geht es darum, das Werten und Abwägen als das innerste Wesen der echten richterlichen Tätigkeit nicht als einen Grenzfall eines an sich logisch geschlossenen Gebäudes zu dulden, sondern in die eigentliche Dogmatik einzubeziehen. Was diese durch derartige Bemühungen an Einheitlichkeit verliert, gewinnt sie an Ehrlichkeit und an einer bewussten Erfassung des wirklichen Hergangs strafrechtlicher Entscheidungen. Diese Gesichtspunkte finden ihren stärksten Ausdruck in der Lehre vom Tatbestand. Denn in ihm wird das Delikt nicht in seiner natürlichen Gegebenheit, sondern in seiner gesetzlichen Formung als Gegenstand der Dogmatik erfasst, und zugleich hat die Analyse seiner Elemente die Ansätze für eine richterliche Wertung freigelegt».

II LUKU.

Oikeudenvastaisuus teleloogisessa systeemissä.

Nykyajan rikosoikeuden systematiikalla voidaan sanoa olevan kaksi, monessa suhteessa toisilleen vastakkaista, lähtökohtaa, nimittäin normiteoria kategoriaalisena ja rikosoikeuden olemukseen pitäytyvä opinkäsitys teleloogisena perustana. Myöhemmän ajan tieteilsoille on ollut ominaista vähitellen tapahtuva siirtyminen kategoriaalisesta systeemistä teleloogiseen.¹

Kategoriaalisessa systeemissä on deliktisen vääryyden yläkäsitteenä teon käsite, teon luonnollisen elämän tapahtumana ollessa tarkastelun perimmäinen kiinnekohta ja samalla myös rajoitus. Teleloogisessa järjestelmässä sitävastoin juuri rangaistavan vääryyden erikoistunnusmerkki on keskeinen rikoksen määritelmässä, kuitenkin niin ymmärrettyä, ettei tällöin ole kysymys mistään erikoisesta rikosoikeudellisesta oikeudenvastaisuudesta, vaan että puhuminen rangaistavasta vääryydestä tarkoittaa lähinnä sen erikoisominaisuuksien tähdentämistä yleisen vääryyden käsitteen piirissä.² Kun rangais-

¹ Ks. *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe für Frank I, s. 158 ss.; *Schaffstein*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 57, 1937, s. 295 s. — *Eb. Schmidt* on arvostellessaan *Belingin* teosta Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., määritellyt tapahtuvan muutoksen seuraavasti: »es handelt sich um eine Verschiebung des Akzents von der logischen Norminterpretation zur wertenden Sinnerfassung». Ks. *Eb. Schmidt*, Juristische Wochenschrift 1931, s. 188.

² *Hegler*, joka kirjoituksessaan Die Merkmale des Verbrechens, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 36, 1915, on ensimmäisenä käyttänyt teleloogista systeemiä, hylkää yhtenäisen vääryyden käsitteen katsoen rikosoikeudellisen vääryyden yhteiskuntaa vahingoittavan käyttäytymisen arvosteluna olevan sopimattoman siviilioikeuteen. Ks. *Hegler*, m.k., s. 29. Tämän kannanoton, joka oli tunnusomaista jo *Hegelille*, hylkäävät toiset tutkijat hyvin yksimielisesti. Ks. *Sipilä*, m.t., s. 189 ss.; *Mezger*, Strafrecht, s. 181; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 145, erik. viite 4. — Väärinkäsitysten välttämiseksi huomautamme, että vääryys ja oikeudenvastaisuus tarkoittavat esityksessämme asiallisesti samaa. Näin myös *Mezger*, Strafrecht, s. 163.

tavan vääryyden erikoistunnusmerkki on sen tunnusmerkistöllisyys, ovat oikeudenvastaisuus ja tunnusmerkistö rikosoikeuden teoriassa joutuneet mitä läheisimpään yhteyteen toistensa kanssa samalla kuin oikeudenvastaisuutta koskevat kysymykset kokonaisuudessaan ovat tulleet keskeisen huomion kohteiksi rikosoikeuden uudemmissa tutkimuksissa.³

Liszt, nykyajan rikosoikeussystematiikan tunnettu kehittäjä, oli esitystensä rungoksi omaksunut kategoriaalisen järjestelmän, vaikka hän toisaalta taistelikin n.s. tarkoitusrangaistuksen puolesta ja myös perusti opin aineellisesta oikeudenvastaisuudesta. Tämä suuri kriminaalipoliitikko oli rikosoikeuden dogmatiikan tutkijana vapaamielisen ja positivistisen aikakautensa lumoissa esiintyen ylivoimaisesti enemmän loogillisena ajattelijana kuin teleologian puoltajana.⁴ Kategoriaalisen systeemin kannattaja on ollut myös *Beling*, joka on erikoisesti ansioitunut rikoksen erikoislaadun, sen tunnusmerkistöllisyyden selvittäjänä. Asettaessaan tunnusmerkistön käsitteen katsomus-
tensa lähtökohdaksi hän on kuitenkin voimakkaasti raivannut tietä teleologiselle ajatustavalle. Hänen tunnusmerkistön mukaisesta teostaan ei ole ollut pitkä matka tunnusmerkistön toteuttamisen käsitteeseen, joka teleologisesti katsoen on oleva ydinongelma. Hänestä alkaen on ollut tavanomaista käsittää rikos syyksiluettavaksi, oikeudenvastaiseksi tunnusmerkistön toteuttamiseksi eivätkä oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden aineellistuminen enempää kuin monien tutkijoiden formaaliseksi tyypillisyydeksi ymmärtämä tunnusmerkistön mukaisuuskaan ole *Belingin* jälkeen aiheuttaneet olennaista muutosta rikoksen ainesosien mainitunlaisessa jäsentelyssä.⁵

Käydessämme tutkimaan rikokseen vaadittavaa oikeudenvastaisuutta teleologisen systeemin kannalta on huomio kohdistettava sisällöltään toistaiseksi vielä vakiintumattomaan tunnusmerkistön käsitteeseen sekä sen ja oikeudenvastaisuuden väliseen suhteeseen.

³ Katsomme, että myöskin meidän rikosoikeutemme kannalta, vaikka lakimme ei nimenomaisesti määrittelekään esim. rikoksen yritystä, on kuitenkin sanottava kaiken rikosoikeudellisesti huomioonotettavan oikeudenvastaisuuden voivan aina olla vain tunnusmerkistön mukaista oikeudenvastaisuutta. Saksan rikosoikeudessa, jossa tämän säännön katsotaan olevan poikkeuksettomasti voimassa, se on johdettu StGB 2 § 1 kohdan säännöksestä, jonka mukaan teosta voi seurata rangaistus vain, jos tämä rangaistus oli ennen teon tekemistä ollut laissa määrätty (n.s. nulla poena-säännös). Ks. tästä *Mezger*, Strafrecht, s. 173 ss.; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 144.

⁴ Ks. *Honkasalo*, Nulla poena, s. 48; *Radbruch*, m.k., s. 160.

⁵ Ks. *Radbruch*, m.k., s. 162; *Schaffstein*, m.k., s. 296.

Belingin mukaan tunnusmerkistön (»Tatbestand») nimitystä ei ole käytettävä yleistävästi kaikkien niiden edellytysten yhteismääritteenä, joiden olemassaolosta rangaistavuus lain mukaan riippuu. Tämän käyttöarvoltaan kyseenalaisen käsitteen hyläten hän määrittelee tunnusmerkistön niiden tunnusmerkkien yhtymäksi, joista selviää, mistä rikostyyppistä kulloinkin on kysymys (»um welches Verbrechen es sich typisch handelt»).⁶ Tunnusmerkistö on käyttäytymistyyppi, sillä jokaisesta rangaistavasta käyttäytymisestä on laissa sen erikoislaatua vastaava kuvaus. Jos johonkin tekoon havaitaan sopivan lain mainitsemat tunnusmerkit, on se tyyppiä vastaava ja siis tunnusmerkistön mukainen. Tunnusmerkistön mukaisuus ja tyypillisuus ovat näin ollen samaa-merkitseviä käsitteitä.⁷

Tunnusmerkistön käsitteen välttämättömyys johtuu *Belingin* mukaan ennen muuta oikeusvaltion aatteen toteuttamisesta. Vasta tunnusmerkistön mukaisuuden sisällyttäminen rikoksen määritelmään takaa nolla poena-periaatteen johdonmukaisen soveltamisen: rikostyyppiä vastaamaton käyttäytyminen ei ole rikos, vaikka se olisi oikeudenvastainen ja syyksiluettava.⁸ Tunnusmerkistö on myöskin oleva vain niiden tunnusmerkkien yhdistelmä, joiden tuntemista teon syyksilukeminen tahallisenä tehdyksi edellyttää. Tämän vuoksi siitä on erotettava tahallisuusmielikuvan ulkopuolelle jäävät n.s. objektiiviset rangaistavuuden edellytykset, joiden ei myöskään voida katsoa olevan itse teolle olennaisia, samoin kuin loppuseuraus seurauksen kvalifisoimissa rikoksissa.⁹ Mutta lisäksi on sen piiristä *Belingin* mukaan suljettava kaikki laissa ehkä mainitut tekijän subjektiiviset seikat, koska ne eivät voi olla tahallisuusmielikuvan kohteina. Täten tunnusmerkistöaineokset ovat laadultaan pelkästään objektiivisia ja tyypillisuus todetaan yksinomaan aistimin havaittavien, ulkonaaisessa maailmassa esiintyvien seikkojen perusteella. Viimek-

⁶ *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 3. Ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 224 ss. Niistä eri merkityksistä, joissa »Tatbestand» nimitystä käytetään, ks. erik. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 27, viite 55.

⁷ *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 110 ss. Ks. myös *Wedel*, Wandlung der Tatbestandslehre?, Schw. Zeitschrift für Strafrecht 45, 1931, s. 359 ss.

⁸ *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 21 ss. Samoin *Honkasalo*, Nulla poena, s. 39 ss.

⁹ *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 51 ss. Näin myös *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 32. Vrt. alempana viite 28. — Tuottamuksellisessa rikoksessa tunnusmerkistöön kuuluvat ne tunnusmerkit, jotka tekijä on tuntenut tai hänen olisi pitänyt tuntea.

simainittuun kannanottoon *Beling* on johtunut osaltaan myös siitä klassilliselle rikosoikeuskoululle ominaisesta metoodia koskevasta vaatimuksesta, että teon ulkonainen ja sisäinen puoli, objektiivinen ja subjektiivinen piiri on jyrkästi ja johdonmukaisesti toisistaan erotettava.¹⁰

Tunnusmerkistön suhde oikeudenvastaisuuteen ei ole tuottanut *Belingille* vaikeutta. Kun tunnusmerkistöt vain kuvailevat tekojen pelkästään ulkonaista laatua eikä niihin siis sisälly minkäänlaista arvostelua, ei teon toteaminen tunnusmerkistön mukaiseksi voi vielä merkitä lausumaa sen oikeudenvastaisuudesta. Toinen asia sitä vastoin on, kun oikeudenvastaisuutta määräävät normit ovat tavallisesti saatavissa siitä samasta lain säännöksestä, joka on tunnusmerkistön lähtökohtana, tunnusmerkistön mukainen teko kuitenkin itse asiassa säännönmukaisesti on samalla oikeudenvastainen.¹¹ Milloin n.s. oikeutusperuste on tekoon sovellettavissa, ei kysymystä teon oikeudenvastaisuudesta ollenkaan synny, mutta tunnusmerkistön mukaisuuden kanssa sillä ei luonnollisesti ole mitään tekemistä. Näiden kehittelyjen tuloksena *Beling* määrittelee rikoksen tunnusmerkistön mukaiseksi, oikeudenvastaiseksi, syyllisyyttä osoittavaksi teoksi («Verbrechen — — tatbestandsmässige, rechtswidrige, schuldhaft — — — Handlung»).¹²

¹⁰ Ks. *Beling*, *Lehre vom Verbrechen*, s. 76 s.

¹¹ » » » » » s. 145 ss. Ks. ed. s. 22.

¹² » » » » » s. 7. — *Belingin* täten luonnehtima tunnusmerkistö on löytänyt tiensä myös meikäläiseen kirjallisuuteen. *Tulenheimo*, joka on suomentanut *Tatbestand*-sanan »oleellisuudeksi», lausuu (Luotto, s. 15 s.): »Ollakseen rikos, tulee subjektiin määrättyssä suhteessa olevan ulkonaisen tapahtuman muodollisesti vastata sitä »oleellisuutta» (*Tatbestand*), johon oikeusjärjestys oikeusseuraamuksena on liittänyt rangaistuksen. — — — Ellei konkreettinen tapahtuma vastaa abstraktista oleellisuutta, joka itse on luonteeltaan puhtaasti deskriptiivinen ja lain nimenomaisissa sanoissa ilmausuttu, jollei se kaikilta kohdin täytä tämän perusosia »oleellisuusmerkkejä», ei rikosta ole olemassa». — Samoin *Salmiala* (*Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 26 s.) yhtyy *Belingin* käsityksiin: »Jotta yksilö olisi turvattu mielivallalta, on lainsäätäjät rikoslaissa tarkalleen määritellyt, mitkä seikat tulee teon ilmenemiseen nähden olla olemassa, jotta tekoa voitaisiin pitää rikoksena. Nämä rikokselle oleelliset tunnusmerkit muodostavat rikoksen n.s. tosiasiallisen olemuksen (»*Tatbestand*»). — — — Rikoksen tosiasiallinen olemus on oikeudellisesti väritön käsite. Se ei semmoisenaan ilmaise, onko sitä vastaava teko oikeudenmukainen vai oikeudenvastainen. — — — Rikoksen tosiasiallisella olemuksella ymmärrämme t.s. kaikkien niiden käsitteellisten tunnusmerkkien legaalista kokonaisuutta, joiden kautta oikeudenvastainen, syyllisyyttä

Neljännesvuosisataa myöhemmin *Beling* on ottanut tunnusmerkistöoppinsa uudelleen tarkasteltavaksi päätyen aikaisemmista käsitteistään huomattavasti poikkeaviin tuloksiin.¹³ Kun tunnusmerkistön mukaisuus ja tyypillisuus aikaisemmin merkitsivät hänelle samaa, ovat tunnusmerkistö ja n.s. rikostyyppi (»Deliktstypus») nyt jyrkästi toisistaan erotettavia käsitteitä. *Belingin* mukaan nykypäivien rikoslaki on kokoonpantu rikostyypeistä jokaisen itsenäisen rikostyyppin käsittäessä sarjan tunnusmerkkejä, joista toiset on ilmaistu laissa nimenomaisin sanoin, mutta toiset on selvitettävä tulkinnan avulla. Rikostyyppiin kuuluvat tunnusmerkit kohdistuvat paitsi teon ulkonaisiin, objektiivisiin seikkoihin, myös sisäisiin, subjektiivisiin, edellisten tunnusmerkkien muodostaessa vääryystyyppin ja jälkimmäisten osoittaessa ne syylisyyteen vaadittavat erikoisseikat, jotka ovat tarpeen, jotta vääryystyyppistä kehittyisi rikostyyppi. Täten rikostyyppi, laadultaan samanlaisena normatiivisena käsitteenä kuin oikeudenvastaisuus ja syylisyys, käsittää kaikki asianomaisen rikoksen määrittelyyn kuuluvat, oikeudenvastaisuuteen tai syylisyyteen liittyvät tunnusmerkit.¹⁴ Näin hahmoitellun rikostyyppin *Beling* on sijoittanut rikoksen määritelmään siten, että rikos on hänellä nyttemmin tyyppimukaisesti oikeudenvastainen, syylisyyttä osoittava teko.¹⁵

Tunnusmerkistön, joka aikaisemmin oli osa nykyistä rikostyyppiä, *Beling* on uusissa tutkimuksissaan haihduttanut pelkäksi kaavakuvaksi. Uutta tunnusmerkistön käsitettään hän selittää siten, että rikoksen ulkonaiseen puoleen kuuluu aina tunnusmerkki, johon samalla myöskin tekijän sielullisen puolen täytyy kohdistua, jotta juuri »tämä» rikostyyppi voisi olla olemassa. Kun esim. murhassa täytännönpäntekona on »ihmisen surmaaminen», on — murhaan kuuluvana sisäisenä puolena — tahallisuuden kohdistuttava juuri »ihmisen

todistava teko, mihin nähden n.s. rangaistavaisuuden edellytykset ovat olemassa, voidaan alistaa erityisenä rikoksena jonkun rangaistussäännöksen alaiseksi.»

Tunnusmerkistö-nimityksen on keksinyt ja sitä on ensimmäisenä käyttänyt *Katila*, ks. Oikeuslogiikka I, Muodollinen oikeuslauseoppi, 1924, s. 45, viite 1. Sen myöhemmistä käyttäjistä on mainittava ennen muita *Honkasalo*, ks. esim. Kausaalisuuskysymys, s. 163, 179 ss. ja Sikiönlähdettäminen de lege lata et de lege ferenda; 1936, s. 108 s.

¹³ *Beling*, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; *Sama*, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, s. 21 ss.

¹⁴ *Beling*, Lehre vom Tatbestand, s. 2; *Sama*, Grundzüge, s. 24.

¹⁵ *Beling*, Grundzüge, s. 22.

surmaamiseen». Tässä mielessä on *Belingin* myöhemmän käsityksen mukaan jokaiselle rikostyypille ominainen objektiivista ja subjektiivista puolta yhteisesti hallitseva kaavakuva (»Leitbild») 1. tunnusmerkistö. Tämä tunnusmerkistö on pelkkä metodinen järjestyskäsite, kuva, joka osoittaa suunnan kulloinkin kysymykseen tulevalle rikostyypille niin ettei »ihmisen surmaamisen» vääryystyyppiin liitetä esim. »lapsenmurhatahallisuuden» syyllisyystyyppiä.¹⁶

Belingin uusi tunnusmerkistön käsite ei ole saanut mainittavaa kannatusta, sillä tunnusmerkistön tehtävä pelkkänä ohjekuvana on katsottu varsin vähämerkitykselliseksi.¹⁷ Sen sijaan hänen »rikostyyppinsä» teon objektiivisen ja subjektiivisen puolen käsittävänä normatiivisena käsitteenä on saavuttanut ymmärtämystä ja »tunnusmerkistön» vakiintunut nimitys on tahdottu omistaa sille. Täten *Erik Wolf* on — *Belingiin* viitaten — katsonut tunnusmerkistön käsittävän kaikki määrättyyn rikostyyppiin lain mukaan kuuluvat tunnusmerkit.¹⁸ Hänen mukaansa rikoslain erikoisen osan tutkijalla on materiaalinaan pelkästään tunnusmerkistö, jonka muodostavat omalaatuinen tekotyyppi ja kulloinkin vaadittava tekijätyyppi. Kun jokainen yksittäistunnusmerkistö on muodostettu abstrahoimalla yksityisistä teoista, ovat tunnusmerkistön perusaineiksina tekotyypin ydintunnusmerkit: tahdonpäätos, tahdontoiminta ja tahdonseuraus. Mutta näiden lisäksi tunnusmerkistö käsittää yksityiselle erinäisrikkokselle ominaiset tunnusmerkit sekä vielä rikosryhmääkin ilmentävät ainekset. »Genus- ja speciestunnusmerkkien rinnalla vaativat myös tyyppiin kuuluvat tunnusmerkit systemaattisessa ajattelussa huomiota.»¹⁹ Täten *Wolfin* käyttämä tunnusmerkistön käsite ei rajoitu käsittämään vain teon ulkonaista puolta, niinkuin *Beling* ja *M. E. Mayer* aikanaan ovat selittäneet, eikä se myöskään tyhjenny vääryystyyppissä, kuten *Mezger*, *Eb. Schmidt* y.m. katsovat, vaan siihen kuuluvat myös tekijän sielulliset, *Wolfin* »tekijätyypin» muodostavat tunnusmerkit, jotka tavallisesti lasketaan syyllisyyteen kuuluviksi.²⁰

¹⁶ *Beling*, *Lehre vom Tatbestand*, s. 3 ss.; *Sama*, *Grundzüge*, s. 24 s.

¹⁷ Ks. *Grünhutin* arv. *Belingin* main. teoksista *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 52, 1932, s. 147 s.; *Wedel*, m.k., s. 378 s. ja *Sieverts*, m.t., s. 111 ss., viite 92.

¹⁸ *Erik Wolf*, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Sonderdruck aus der *Festschrift f. Pappenheim*, 1931, s. 1 ss.

¹⁹ *Erik Wolf*, *Typen der Tatbestandsmässigkeit*, s. 5 s.

²⁰ Ks. *Sieverts*, m.t., s. 58 s.

Erik Wolfin laaja-alaisen tunnusmerkistön rinnalla on mainittava *Goldschmidtin* y.m. puoltama, jo vanhastaan käytetty, täysin formaalinen tunnusmerkistön käsite, jolla yleisen oikeusopin käyttämää terminologiaa seuraten tarkoitetaan rangaistavuuden kaikkien edellytysten yhteisnimitystä. Täten ymmärretty tunnusmerkistö käsittää yksityisen rikoksen sellaisenaan eli siis kaikki ne laista ilmenevät rikoksen tunnusmerkit, joiden toteutumisesta lain mukaan seuraa rangaistus.²¹ Luonnollista on, ettei tällä muodollisella tunnusmerkistön käsitteellä enää voi olla mitään välitöntä yhteyttä oikeudenvastaisuusarvostelun kanssa.

Belingin tunnusmerkistöopin pääperiaatteita on aina ollut tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden periaatteellinen toisistaan erottaminen. »Im Tatbestand liegt kein Werturteil», hän sanoo.²² Samoin *M. E. Mayer* katsoo tämän erottelun välttämättömäksi, mutta oikeudenvastaisuusoppiin kuuluvilla kehittelyillään hän on yhtä kaikki saattanut tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden hyvin lähelle toisiaan hänen kuitenkin vetämättä käsityksistään täysiä johtopäätöksiä.²³ Itse asiassa hänen oikeudenvastaisuutta koskevat esityksensä

²¹ Ks. *Goldschmidt*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe f. Frank I, s. 463. Vanhemmista tämänkaltaisen tunnusmerkistön käsitteen käyttäjistä mainittakoon tässä vain *Forsman*, Straffrättens allmänna läror, s. 59. Samassa mielessä *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1931, s. 4, katsoo määrätyn rikoksen laillisen tunnusmerkistön merkitsevän kaikkien niiden laissa mainittujen tunnusmerkkien yhteisnimitystä, jotka tekoon tulee liittyä, jotta siitä seuraisi rangaistus. Näin myös *Allfeld*, ks. *Meyer-Allfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1932, s. 99: tunnusmerkistö on »die Gesamtheit der Voraussetzungen der Strafbarkeit». — Tätä täysin muodollista tunnusmerkistön ymmärtämistapaa vastustavat, ei tosin vääränä, mutta rikosoikeustieteelle hedelmättömänä m.m. *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 2; *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 8; *Mezger*, Strafrecht, s. 175; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 180. Tästä kysymyksestä ks. myös *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 26 s., erik. viite 55 ja *Sipilä*, m.t., s. 224 s.

²² *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 147.

²³ *Mayerin* mukaan olisi systemaattisesti katsoen otaksuttava oikeudenvastaisuuden olevan luonteeltaan puhtaasti objektiivista, s.o. vapaata sielullisista aineksista ja tunnusmerkistön olevan pelkästään kuvailevan, arvotekijöistä riippumattoman käsitteen. Kuitenkin hän havaitsee löytyvän sekä subjektiivisia oikeudenvastaisuus- että arvopitoisia, normatiivisia tunnusmerkistöaineiksia. Viimeksimainitut »systeeminvastaiset» ainekset ovat »normatiivisia (ja sentähden epävarsinaisia) tunnusmerkistö- ja varsinaisia oikeudenvastaisuusaineiksia». Ks. *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 182. Vrt. myös ed. s. 24 ss.

ovat muodostuneet varsin merkityksellisiksi tunnusmerkistöopin myöhemmälle kehitykselle.

M. E. Mayerin ajatuksenjuoksua seuraten Sauer on ensimmäisenä määritellyt tunnusmerkistön vääryystyyppiksi. Hänen nähdäkseen tunnusmerkistö on oikeudenvastaisuuden konkreettinen ilmenemismuoto, joten tunnusmerkistön mukaisuus voidaan samaistaa »muodollisen oikeudenvastaisuuden» kanssa. »Tunnusmerkistöt ovat vain oikeudenvastaisuusesiintymiä, tosin karkeapiirteisiä; tunnusmerkistöt merkitsevät tyypeiksi muodostettua oikeudenvastaisuutta, ne ovat 'tyypillistettyä oikeudenvastaisuutta' (vertyypte Rechtswidrigkeit)».²⁴

Mayerin jälkiä on seurannut myös Mezger, joka selitettyään subjektiivisten vääryysainesten muodostavan suuren, myös systemaattiselta kannalta huomioonotettavan ryhmän, on alusta alkaen edustanut sitä katsomusta, että tunnusmerkistö on erikoisen, tyypillistetyn vääryyden ilmenemismuoto, erikoisen vääryystyyppin esiintymä rikosoikeuden tarpeita varten.²⁵ Oppikirjassaan hän lähtee tunnusmerkistöopissaan siitä, että vain tunnusmerkistön mukaisesta teosta voi seurata rangaistus. Kun minkälainen oikeudenvastaiseksi katsottava käyttäytyminen tahansa ei nykyaikana enää voi aiheuttaa joutumista rikosoikeudellisten seuraamusten alaiseksi, on rikosoikeuden itsensä luotava tarvittava apukeino, jotta sen alueella oikeudenvastaisuus ilmenisi selvänä ja riidattomana, ainakin kyseen ollessa rikokseen syyllistymisestä. Tämä selvyttä ja varmuutta luova apukeino on tunnusmerkistö. Näin ollen Mezgerin mukaan rikos on oikeudenvastainen, mutta aina myös tunnusmerkistön mukaisesti oikeudenvastainen teko, perustuen tämän määritelmän ehdottomuus nullum crimen sine lege-periaatteeseen. Rikosoikeus määrää itse, ja suvreenisesti, mitkä teot saattavat aiheuttaa rikosoikeudelliset toimenpiteet. Näin ollen käsitys tämän oikeusalan toissijaisesta luonteesta, mikä katsomus on ollut tunnusomaista nimenomaan Bindingin normiteorialle, on hylättävä.²⁶ Tunnusmerkistö on oikeudenvastaisuuden voimassaolemis- ja reaali-perusta (ratio essendi) — aina tosin edellytyksin, ettei joku oikeutusperuste tee tekoa oikeuden mukaiseksi. Mil-

²⁴ Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, s. 307.

²⁵ Ks. Mezger, Gerichtssaal 89, s. 260, 262; Sama, Vom Sinn, s. 6 s.

²⁶ Mezger, Strafrecht, s. 173 s. Bindingin normiteoriaa vastustaa samoja perusteita myös Frank, Strafgesetzbuch, s. 1 s. Frankin mukaan lainsäätäjän rangaistuksen luodessaan samalla myös kieltää. Samaa katsomusta, jota varhemmin pidettiin itsestään selvänä, edustaa myös Hippel, Deutsches Strafrecht I, s. 31 s.

loin näin on laita, teko tunnusmerkistön mukaisuudesta huolimatta ei ole oikeudenvastainen.²⁷

Tunnusmerkistön *Mezger* määrittelee rikoslain yksityisissä rangaistussäännöksissään lähemmin kuvailemaksi vääryudeksi, jonka aiheuttamiseen on liitetty rangaistusuhka. Jos tunnusmerkistöön katsottaisiin kuuluvan vain ne tunnusmerkit, jotka tahallisesti toimivan tekijän tulee kulloinkin tuntea, niin *Mezgerin* mielestä tunnusmerkistön alaa supistettaisiin liiaksi. Tämä hylättävä katsomus olisi omiaan viime kädessä johtamaan teon tunnusmerkistön mukaisuuden epäämiseen kokonaisuudessaan, milloin tekijän syyllistymistä tekoonsa ei ollenkaan vaadita. Päinvastoin säännöksi on katsottava tunnusmerkistön käsittävän kaikki ne laissa mainitut seikat, jotka yleiseltä olemukseltaan ovat sen laatuksia, että tahallisen tekijän tulee ne tuntea. Täten myös teon loppuseuraus seurauksen kvalifisoimissa rikoksissa kuuluu tunnusmerkistöön. Sitä vastoin n.s. objektiiviset rangaistavuuden edellytykset eivät ole osa tunnusmerkistöä, vaan sen liitännäisiä, joilla tarkoitetaan rikoslain erikoisesti mainitsemia ulkonaisia seikkoja, jotka olemukseltaan on riippumattomia oikeudenvastaisesta teosta ja tekijän syyllisyydestä, mutta joilla on monessa suhteessa sama merkitys kuin varsinaisilla tunnusmerkistötekijöillä.²⁸

Myöskin *Eb. Schmidt* katsoo vain sellaisten tekojen, joissa in concreto havaitaan rikoslain abstraktiseen tunnusmerkistöön kuuluvat tunnusmerkit ja jotka siis ovat tunnusmerkistön mukaisia määrätyn rikosoikeuden säännöksen mielessä, voivan tulla kysymykseen rikollisina tekoina. Luomalla erikoiset tunnusmerkistöt lainsäätäjä on oikeudenvastaisten toimintatapojen laajasta piiristä erottanut määrätty, tarkoin kuvatut teot, jotka vahingollisuutensa vuoksi ansaitsevat rangaistuksen.²⁹ Näin ollen tunnusmerkistöjen tehtävänä on, paitisi ankaran tunnusmerkistön mukaisuuden vaatimuksessa turvata oikeusvältionaatteen toteutuminen, myös määrätä ne vääryydyypit, jotka ovat rangaistuksen ansaitsevia. Tunnusmerkistö on täten ran-

²⁷ *Mezger*, *Strafrecht*, s. 182.

²⁸ *Mezger*, *Strafrecht*, s. 175. — Objektiiviset rangaistavuuden edellytykset ei ole mikään yhtenäinen, helposti rajoitettavissa oleva ryhmä. Päinvastoin on olemassa paljon erimielisyyttä, mitä seikkoja siihen kuuluu. Objektiivisista rangaistavuuden edellytyksistä lähemmin ks. *Mezger*, *Strafrecht*, s. 177 ss. ja 309 ja *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 293 ss. Meikäläisessä kirjallisuudessa ks. erik. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 29 ss.

²⁹ Ks. *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 144.

gaistusuhkalla tehostettu oikeudenvastaisuuden julistus. Se ei kuitenkaan kohdistu tuomarin käsiteltävänä olevaan konkreettiseen tekkoon, sillä lainsäätäjän mielessä voivat olla vain tekotyypit, joista hän tunnusmerkistöjä laatimalla luo vääryystyypit. Tästä johtuu, että jos teko on sellaista vääryystyyppiä vastaava, niin sen oikeudenvastaisuus on tosin todennäköinen, mutta ei vielä todettu, koska tekkoon voi liittyä sellaisia erikoispiirteitä, joita lainsäätaja vääryystyyppin luodessaan ei ole ottanut huomioon ja jotka jonkin erikoisen oikeussäännön sisältämän oikeutusperusteen vuoksi oikeuttavat pitämään tekoa oikeudenmukaisena. Näin ollen *Schmidt* katsoo tunnusmerkistön mukaisuuden olevan oikeudenvastaisuuden ensimmäisen ja rikosoikeudellisesti tärkeimmän indision (ratio cognoscendi), mutta indision, joka kuitenkin on väärä oikeutusperusteen liittyessä konkreettiseen tekkoon.³⁰ Tunnusmerkistön käsitteen ulottuvaisuutta koskevassa kysymyksessä hänkin erottaa tunnusmerkistön piiristä objektiiviset rangaistavuuden edellytykset, koska niillä ei ole mitään tekemistä rikollisen teon itsensä ja sen ainesosien kanssa.³¹

Tunnusmerkistön läheinen suhde oikeudenvastaisuuteen on vihdoin saattanut eräät tutkijat laajentamaan tunnusmerkistön käsitteensä koko oikeudenvastaisuusopin käsittäväksi. Tämä on toteutettu siten että oikeutusperusteet on negatiivisina tunnusmerkkeinä liitetty nekin tunnusmerkistöön. Tämä menettely pohjautuu n.s. negatiivisia tunnusmerkistötekijöitä koskevaan oppiin, jonka mukaan oikeudenvastaisuus ei ole mikään itsenäinen, positiivinen rikoksen edellytys, mutta sen puuttuminen kyllä negatiivinen tunnusmerkki. Tätä katsomusta on aikanaan edustanut myös *Binding* hänen otaksuessaan oikeudenvastaisuuden kuuluvan osana tunnusmerkistöön.³²

³⁰ *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 184 s.

³¹ Muista tutkijoista, jotka tunnusmerkistössä näkevät lainsäätäjän määräämän erikoisen vääryystyyppin, mainittakoon myös *Zimmerl*, joka katsoo tunnusmerkistön niiden rikoskuvauxsessa esiintyvien tunnusmerkkien yhdistelmäksi, jotka ilmentävät teon vääryyttä, riippumatta siitä, käsittääkö syyllisyys ne vai ei. Vain oikeudenvastaisuuteen liittyvä tieteellinen tunnusmerkistön käsite on *Zimmerlin* mielestä systemaattisesti käyttökelpoinen. Ks. *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafrecht. Abh. 237, 1928, s. 6 ss. Samoja ajatuksia esittää myös *Bruns*, m.t., s. 16 ja 42.

³² Ks. *Binding*, Handbuch I, s. 664. Vrt. myös *Binding*, Normen III, 1918, s. 299: »Versteht man unter dem Tatbestand eines Verbrechens die verbrecherische Handlung in ihren wesentlichen Merkmalen — und dies ist langjähriger feststehender wissenschaftlicher Sprachgebrauch —, so gehört die

Myöhemmänä aikana sitä ovat kannattaneet ennen muita *Arth. Baumgarten* ja *Radbruch*.³³ *Baumgarten* on tunnusmerkistön käsitteen laajentamisella pyrkinyt eliminoimaan oikeudenvastaisuuden vaatimisen erikseen tunnusmerkistönmukaisuuden ohella.³⁴ Tämä näkökohta on lähtökohtana myös *Radbruchilla*, jonka mukaan tunnusmerkistönmukaisuus ei merkitse vain määrättyjen positiivisten tosiseikkojen olemassaoloa, vaan se ilmaisee samalla, ettei tekoon liity mitään negatiivista seikkaa, s.o. mitään oikeutusperustetta, mistä seuraa, että oikeutusperusteen esiintyessä teko ei ole tunnusmerkistönmukainen.³⁵ Tämän ajattelutavan suotavuus perustuu *Radbruchin* mielestä siihen tosiasiaan, että tahallisuuden suhde positiivisiin ja negatiivisiin tunnusmerkkeihin on »toisiaan vastaava»: negatiivisen seikan otaksuminen estää tahallisuuden samalla tavalla kuin tietämättömyys positiivisesta tosiseikasta. *Radbruch* torjuu nimenomaan sen usein esiintyneen ymmärtämistavan, että tahallisuuden suhde positiivisiin ja negatiivisiin tunnusmerkkeihin olisi samanlainen siten että tahallisuus edellyttäisi positiivista tietoa paitsi edellisten olemassaolosta myös jälkimmäisten poissaolosta. *Radbruchin* tä-

Rechtswidrigkeit ohne jeden Zweifel zu diesen». Tässä yhteydessä hän ei kuitenkaan enää hyväksy negatiivisen tunnusmerkin käsitettä katsoen sen olevan sopimattoman nimityksen oikeutusperusteelle, ks. m.t., s. 306 ss.

³³ Ks. *Arth. Baumgarten*, Aufbau, s. 221 ss.; *Radbruch*, Festgabe f. Frank I, s. 163 s. — Myöskin *Frank* on kommentaariateoksensa 1. (s. 73) ja 2. (s. 79) painoksissa katsonut, ettei oikeudenvastaisuus ole rikoksen positiivinen, mutta sen puuttuminen kyllä rikoksen negatiivinen tunnusmerkki, mutta korvannut sen jo 3./4. painoksissa (1903, s. 10) kaikin puolin moitteettomalla lausumalla, että kiellot raukeavat, milloin on olemassa erikoisia seikkoja, jotka osoittavat teon sallituksi tai vieläpä käsketyksi, ja että sanoin sanomaton viittaus tähän sisältyy jokaiseen tunnusmerkistöön. — *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, s. 64 s., edustaa tätä oppia hänen nimittäessään oikeutusperusteita »täydentäviksi tunnusmerkistötékijöiksi» (»zu ergänzende Tatbestandsmerkmale»). — *Bruns*, m.t., s. 43, esittää katsomukselleen, että jokainen niin kirjoitettu »kuin kirjoittamaton» oikeutusperuste on »oikea negatiivinen» tunnusmerkistötékijä seuraavan erikoislaatuisen perustelun. »Wenn jedoch ein besonderer nicht vertypter Umstand den Unrechtsgehalt einer Tat beseitigt, ist damit zugleich die Typizität des Verbrechens aufgehoben, denn das ist gerade das Kennzeichen des Verbrechenstatbestandes, dass er typisches Unrecht enthält. Daraus folgt, dass jeder geschriebene oder ungeschriebene Rechtfertigungsgrund ein echtes negatives Tatbestandsmerkmal ist.»

³⁴ *Baumgarten*, Aufbau, s. 235.

³⁵ *Radbruch*, Festgabe f. Frank I, s. 163 s. Samaa ajatusta puoltaa *Finger*, Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit, Gerichtssaal 97, 1928, s. 394.

ten tekemän oikaisun johdosta kosketeltu teoria on menettänyt tältä osin erikoislaatuisuutensa eikä sitä sikäli voida vastustaa. Mitä tulee sen puoltamaan tunnusmerkistön laajentamiseen myös oikeudenvastaisuuden käsittäväksi, palaamme tähän kysymykseen ryhtyessämme tämän jälkeen eri tunnusmerkistökäsityksiä arvostelemaan.³⁶

Verratessamme edellä esitettyjä tunnusmerkistöä koskevia katsoimuksia toisiinsa näyttävät periaatteellisesti painavimmat syyt puoltavan tunnusmerkistön käsittämistä vääryystyypiksi. *Goldschmidtin* y.m. käyttämä täysin formaalinen tunnusmerkistö, joka sulkee piiriinsä kaikki määrätyn rikoksen tunnusmerkit, on vailla sanottavaa systemaattista merkitystä, minkä lisäksi se on aina korvattavissa käyttämällä kyseessä olevan rikoksen nimitystä ja puhumalla sen tunnusmerkeistä. *Belingin* tunnusmerkistöoppia vastaan, joka olen naisilta osiltaan on hänellä pysynyt koko ajan samanlaisena, on kohdistettava moite formalismista.³⁷ Rakentaessaan tunnusmerkistönsä kaikessa muodollisille perusteille hän on laiminlyönyt ottaa riittävästi huomioon aineelliset näkökohdat. Tunnusmerkistö ei voi täyttää sitä kaksinaista tehtävää, että siihen sisältyvät samalla kertaa sekä tahallisuusmielikuvan kohteina olevat että oikeudenvastaisuudelle relevantit seikat, koska tällöin oikeudenvastaisuutta perustaviin seikkoihin ei voi kuulua esim. loppuseuraus seurauksen kvalifisoinnissa rikoksissa eikä yleensä koskaan mikään sellainen seikka, johon tahallisuusmielikuvan ei jostain syystä tarvitse ulottua. Samoin liiallinen naturalismi on leimaa antava *Belingin* käsityksille. Oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden toisistaan erottaminen pelkästään ulkonaisin, luonnontieteellisin perustein on tästä parhaana osoituksena. Myös seurauksen, ulkonäiseen maailmaan kuuluvana, toiminnasta aiheutuneena tuloksena, sisällyttäminen tunnusmerkistöön on tehnyt mahdottomaksi tavallisen rikoksen määritelmän paikkansa pitävyyden rikoksen yritykseen nähden muuten kuin poikkeuksen tekemällä. *Belingin* tunnusmerkistöön voidaan vielä kohdistaa lakiabsolutismia koskeva huomautus. Hän ei ole säilyttänyt lakiin nähden riittävää tutkijan asennetta, kun hän on ottanut sen tutkimus-

³⁶ Negatiivisia tunnusmerkistötekijöitä koskevasta teoriasta ks. *Sipilä*, m.t., s. 225, viite 4; *Mezger*, Strafrecht, s. 183, viite 8. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 146, viite 5; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 189; *Sieverts*, m.t., s. 113 s.

³⁷ Ks. *Radbruchin* arvostelua *Belingin* teoksesta Die Lehre vom Verbrechen, Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 3, 1906, s. 570 s.

tensa lähtökohdaksi ryhtymättä tieteellisesti erittelemään ja arvioimaan säädännäisen oikeuden erilaisia aineksia.³⁸

Ratkaiseva näkökohta tunnusmerkistön käsittämiseksi vääryystyyppinä on nolla poena-periaatteen ensiarvoinen merkitys nyky-aikaisessa rikosoikeustieteessä. Sanotun periaatteen mukaanhan laissa on määriteltävä ne yhteiskunnalle vahingollisiksi katsottavat suhtautumistyyppit, joiden toteuttamisesta seuraa rangaistus. Juuri nämä suhtautumistyyppit, jotka samalla ovat vääryystyyppejä, mikä viimeksimainittu puoli rikosoikeudessa tulee olla etualalla, ovat ne rikoslainsäädännön ja rikosoikeudellisen dogmatiikan lähtökohdat, joilla muut rakennelmat lähinnä lepäävät. Juuri vääryystyyppin on todettava antavan selvän ja yksinkertaisen vastauksen moniin keskeisiin rikosoikeuden kysymyksiin.³⁹ Vakiintuneen objektiivisen katsantokannan mukaan vääryys l. oikeudenvastaisuus on rikoksen ensisijainen, syyllisyys vasta sen toissijainen ominaisuus. Näinollen on ymmärrettävää, että tunnusmerkistö juuri vääryystyyppin mielessä on myöhempanä aikana saanut osakseen laajan hyväksymisen ja että siitä on tullut keskeinen tutkimuksen kohde teleologiseen katsomustapaan pitäytyvässä rikosoikeuden tieteisopissa.⁴⁰

Edelläsanoista selviää myös, miksi Erik Wolfin suosittellemaa tunnusmerkistön käyttämistä sekä vääryystyyppin että myös laissa mainitut syyllisyystunnusmerkit käsittävässä mielessä enempää kuin myöskään tunnusmerkistön laajentamista Radbruchin y.m. tapaan koko oikeudenvastaisuusopin sen piiriin sulkemalla, ei voida katsoa hyväksyttäväksi. Yhteiskunnan kannalta vaadittava kiinnittyminen juuri vääryystyyppiin, jota nolla poena-säännöstö tähdentää, puoltaa tunnusmerkistön rajoittamista vain sitä koskevaksi. Tunnusmerkistöllisyyden erikoispiirre on nimenomaan tunnusmerkkien lakisääteisyys ja tällöin ei ole sopivaa ulottaa tunnusmerkistöä käsittämään myös lainsäädännöksessä kiteyttämättömäksi ehkä jääneet oikeutusperusteet.⁴¹

³⁸ Ks. Wedel, Schw. Zeitschrift f. Strafrecht 45, 1931, s. 373 ss.; Class, Grenzen des Tatbestandes, Strafrecht, Abh. 323, 1933, s. 70. Vrt. myös Salovaara, Defensor Legis 1937, s. 126.

³⁹ Ks. Grünhutin arvostelua Belingin teoksesta Die Lehre vom Tatbestand, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 52, 1932, s. 148 s.

⁴⁰ Mezger lausuu oppikirjansa toisen painoksen (1933) esipuheessa tunnusmerkistöopin muodostuvan yhä enemmän rikosoikeuden dogmatiikan kulmakiveksi ja yhdysiteeksi yleisen ja erikoisen osan välille (Vorwort, s. VII s.).

⁴¹ Vrt. myös Sipilä, m.t., s. 230; Sieverts, m.t., s. 113 s.

Tunnusmerkistön siirtyminen oikeudenvastaisuusopissa käsiteltäväksi on uudella tavalla nostanut polttavaksi kysymyksen tunnusmerkistön suhteesta oikeudenvastaisuuteen. Niinkauan kuin tunnusmerkistön katsottiin kuvailevan vain sinänsä oikeudellisesti indifferensia tekoa, tunnusmerkistön mukaisuus voi olla enintään indistinctio oikeudenvastaisuudesta.⁴² Mutta millainen on suhde nyt, kun tunnusmerkistön mukaisuus merkitsee jo oikeudenvastaista tekemistä? Kysymyksen ongelmallisuutta osoittaa, että, kuten edellä on selostettu, on esiintynyt voimakasta pyrkimystä samaistaa tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus. *Mezger*illä tunnusmerkistö on oikeudenvastaisuuden olemisperuste, ratio essendi, mutta *Eb. Schmid*tilla, vaikka hänkin ymmärtää tunnusmerkistön vääryystyyppiksi, se on vain oikeudenvastaisuuden tietämisperuste, ratio cognoscendi. Tämän perustavaa laatua olevan kysymyksen käsittelylle on näinollen syytä omistaa erikoista huomiota.

Tunnusmerkistön mukaisuuden suhdetta oikeudenvastaisuuteen on omiaan valaisemaan kysymyksen tarkastelu erikseen abstraktisen oikeussäännösanalyysin, soveltamistekniikan ja prosessioikeudellisen todistamismenettelyn kannalta.⁴³

Vaikka oikeudenvastaisuusarvostelun kohteena onkin määrätty historiallinen ulkomaailman tapahtuma, niin myöskin yleisesti kuvailun käyttäytymisen voidaan katsoa olevan oikeudenvastainen. Siihenkin on kohdistettavissa oikeusjärjestyksen arvostelu, jonka sisältönä on, ettei se vastaa oikeusjärjestyksen vaatimuksia. Tällöin arvosteluobjektina ei ole mikään historiallinen, konkreettinen tapahtuma, vaan ajateltu, abstraktinen ilmiö. Tällainen ajattelutapa on meille täysin ominaista, kun sanomme jonkin toiminnan, esim. varastamisen, olevan kiellettyä. Tunnusmerkistöjen tehtävänä on juuri tällaisten yleisesti kuvattujen käyttäytymistapojen määrääminen, minkä vuoksi tässä abstraktisessa piirissä jokainen tunnusmerkistö on välttämättömästi myös oikeudenvastainen. Ja kun oikeudenvastaisuus ulottuu laajemmalle kuin rikosoikeudelle ominainen tunnusmerkistöllisyys, tunnusmerkistön mukaisuus on lajikäsitemerkitys oikeudenvastaisuuden sukusäsitteen sisällä. Abstraktinen käsittepiiri on *Mezger*illä mielessään, kun hän moittii ratio essendi-käsityksen vastustajia siitä, etteivät nämä oivalla lainsäädäntötoimen todellista merkitystä rikoslain säätämisessä. *Mezger*in mukaan on, vaikka hän

⁴² Näin *Beling*, *Lehre vom Verbrechen*, s. 163.

⁴³ Ks. tästä *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 69 ss.

myöntääkin, ettei rangaistussäännöksen laatiminen aina merkitse uuden vääryystyyppin luomista, kuitenkin näissäkin tapauksissa uutta rikosoikeudellisesti merkityksellisen vääryystyyppin luominen.⁴⁴

Tunnusmerkistön suhde oikeudenvastaisuuteen muuttuu toiseksi laskeuduttaessa konkreettisen tapahtuman piiriin ja katseltaessa kysymystä rangaistussäännöstä soveltavan tuomarin kannalta. Jonkin abstraktisesti kuvatun käyttäytymisen oikeudenvastaisuudesta ei vielä seuraa, että jokainen tätä kuvausta vastaava kertakaikkinen toiminta olisi myös oikeusjärjestyksen paheksuma. Toimintaan voi näet kuulua seikkoja, jotka liittyen oikeusjärjestyksen hyväksymään oikeutusperusteeseen tekevät sen sallituksi. Yhtäkaikki meillä on tapana, ja sitä tapaa vastaa myös rikoslakimme teknillinen rakenne, sanoa senkin »surmaavan» ja siis toimivan tunnusmerkistön mukaisesti, joka surmaa toisen hätävarjelustilanteessa. Oikeudenvastaisuuden johtaminen tunnusmerkistön mukaisuudesta on siis sääntö, josta on poikkeuksia.⁴⁵ Näin ovat tällä konkreettisella tasolla tun-

⁴⁴ Ks. *Mezger*, *Strafrecht*, s. 184, jossa *Mezger* mainitsee Saksan rikosoikeuden alalta esimerkkejä kantansa tueksi. Samassa yhteydessä (s. 185, viite 17) hän lausuu myöskin, ettei ole olemassa mitään rangaistuksen oikeuttavaa normia, joka ei olisi tunnusmerkistöstä nähtävissä. — *Sieverts*, joka katsoo lainsäätäjän tämän muodostaessa abstrahoimalla inhimillisistä käyttäytymistavoista erikoisia tekotyypejä samalla konkretisoivan vääryysarvostelunsa tästä tekotavasta vakavalaatuksena oikeuden järjestämän yhteiskuntaelämän häiritsemistä, hyväksyy *Mezgerin* yllä esitetyn käsityksen ja otaksuu puolestaan vain formaalisesta oikeudenvastaisuuskäsityksestä, joka ei näe oikeudenvastaisuudessa mitään aste-eroja, voitavan johtua selittämään tunnusmerkistö oikeudenvastaisuuden pelkäsi tietämisperusteeksi, *ratio cognoscendi*. Ks. *Sieverts*, m.t., s. 116 s., viite 100. — Meikäläisestä tieteisopista ks. *Sipilä*, m.t., s. 228, joka myöntää tunnusmerkistön olevan oikeudenvastaisuuden olemisperusteen vain mikäli on kysymys käyttäytymisestä, joka ei ole ollut oikeudenvastainen, vaan joka sitä koskevan tunnusmerkistön säätämisen kautta on tullut oikeudenvastaiseksi, tehden kuitenkin tämän myönnötyksen sillä varauksella, että oikeudenvastaisuuden olemisperusteena ei pohjaltaan ole abstraktinen tunnusmerkistö, vaan normi. Ks. myös *Anttila*, m.t., s. 14 ss.

⁴⁵ *Hippel*, *Deutsches Strafrecht II*, s. 190, lausuu tästä sääntö-poikkeus suhteesta sattuvasti seuraavaa: »In diesem Verhältnis von Regel und Ausnahme liegt auch nichts Gekünsteltes oder Merkwürdiges. Es ist das notwendige Ergebnis jeder höheren Wissenschaft und Gesetzgebung, die nicht mehr auf dem Boden primitiver Kasuistik steht, sondern die Lebensverhältnisse durch allgemeine, daher notwendig begriffliche Regelung umfassend beherrscht. Solche Regelung führt logisch wie technisch notwendig dazu, die besonderen Bedürfnisse einzelner Fälle, die sich mit dem allgemeinen Begriff nicht fassen lassen, als Ausnahmen von der Regel zu begreifen und gestalten.» Ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 229.

nusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus tavallaan kaksi eri asiaa. Soveltamistekniikan kannalta voitaisiin siis ajatella sanottavan, kun rikoksen toteamiseen vaaditaan sekä tunnusmerkistön mukaisuutta että oikeudenvastaisuutta, kysymyksen olevan kahdesta ympyrästä, jotka leikkaavat toisiaan. Asiallisesti on kuitenkin oikeampaa käyttää tässä kuvaa sisäkkäin olevista ympyröistä. Kun oikeudenvastaisuus rikosoikeudessa on konkreettista tunnusmerkistön mukaisuutta, ei niiden rinnakkaisasettelu ole paikallaan, vaan tunnusmerkistön mukaisuus on oikeudenvastaisuuteen kuuluva sisempi ympyrä, jonka ympärillä on oikeudenvastaisuuskysymyksen ulompi ympyrä, jonka piirissä ratkaistaan, aiheuttaako joku oikeutusperusteen esiintymisen oikeuden mukaisena. Tässä mielessä *Mezger* lausuu sen, joka toimii tunnusmerkistön mukaisesti, toimivan myös oikeudenvastaisesti, mikäli oikeutusperuste ei tule tapauksessa kysymykseen.⁴⁶ Tämä on johdonmukainen tulos ratio essendi-katsomuksessa. Tällä mielestämme hyväksyttävällä kannalla katsoo olevansa myös *Eb. Schmidt*, joka kuitenkin *Belingin* ja *M. E. Mayerin* esimerkkiä seuraten määrittelee tunnusmerkistön mukaisuuden edelleen vain oikeudenvastaisuuden indisioksi, vieläpä ainoastaan sen ensimmäiseksi ja rikosoikeudellisesti tärkeimmäksi indisioksi. Hänen nähdäkseen tämä sahonra ei ole ristiriidassa sen kanssa, että abstraktisen oikeussäännösanalyysin kannalta tunnusmerkistö selitetään oikeudenvastaisuuden olemisperusteeksi. Epäilemättä näin onkin, mikäli puhutaan vain tunnusmerkistön mukaisuudesta oikeudenvastaisuuden indisiona ja indisiolla tarkoitetaan vain sitä tosiasiaa, että teko on oikeudenvastainen, ellei oikeutusperuste tee sitä oikeuden mukaiseksi.⁴⁷ Näin onkin *Schmidt* ymmärtänyt asian, kun hän selittää käyttämässä sanamuodon olevan moitteettoman asetuttaessa tarkastelussa oikeudenvastaisuuden toteavan tuomarin kannalle, siis konkreettisen

⁴⁶ *Mezger*, *Strafrecht*, s. 182. — Samoin *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 2: »Freilich kann das Verbot und mit ihm die Strafdrohung ausser Wirkung gesetzt werden, wenn ein Rechtfertigungsgrund zutrifft.« Myös *Hippel*, *Deutsches Strafrecht* II, s. 189, on samalla kannalla.

⁴⁷ *Hippel*, *Deutsches Strafrecht* II, s. 188, katsoo täydellä syyllä indisio sanan käytön harhaanjohtavaksi, mikäli sillä tahdotaan viitata vain sääntö-poikkeus suhteeseen. Mutta sen käyttäminen on täysin virheellistä, jos se ymmärretään sanallisen sisältönsä mukaiseksi, sillä tällöin indisio merkitsee tunnusmerkistön mukaisen teon olevan todennäköisesti myös oikeudenvastainen. Selvää kuitenkin on, ettei ketään voida tuomita rangaistukseen, ellei hänen tekonsa oikeudenvastaisuus ole varma. Vrt. tästä myös *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 2.

tapahtuman tasolle.⁴⁸ Mutta joskin indisio-sanana tällaista käyttämistä voidaan puolustaa ja sen hyväksi vedota jo myös traditionaalsiin syihin, niin nähdäksemme on virheellistä, ja juuri *Schmidtin* omien esitysten kannalta, puhua tunnusmerkistön mukaisuudesta oikeudenvastaisuuden ensimmäisenä ja rikosoikeudellisesti tärkeimpänä indisiona. Kun abstraktinen tunnusmerkistö hänellä edustaa vääryystyyppiä, ja kaikki rikosoikeudellisesti huomioonotettava oikeudenvastaisuus voi aina olla vain tunnusmerkistön mukaista oikeudenvastaisuutta,⁴⁹ on mielestämme väärin käyttää ilmaisua, josta voidaan päätellä, ettei tunnusmerkistön mukaisuus ole ehdottomasti välttämätön ja joka näyttää viittaavan tunnusmerkistön yläpuolella oleviin oikeudenvastaisuusperusteisiin vanhan normiteorian tapaan. Tällainen ymmärtämistapa ei ole kuitenkaan *Schmidtin* muiden esitysten mukainen. Myöskään niissä yhteyksissä, joissa tätä kysymystä kosketellaan, ei ole mitään, joka viittaisi kysymyksen olevan muusta kuin tunnusmerkistön mukaisesta oikeudenvastaisuudesta, joka poikkeuksellisesti voi osoittautua olevan oikeuden mukaisuutta.⁵⁰

⁴⁸ Ks. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 185 s., erik. viite 14. *Eb. Schmidt* on oppikirjan 25. painoksessa vielä ollut toisella, *M. E. Mayeria* lähempänä olevalla kannalla. Ks. tästä *Sipilä*, m.t., s. 226, viite 7; *Mezger*, Strafrecht, s. 183 s. Seuraavassa, meidän käyttämässämme 26. painoksessa tunnusmerkistöä koskeva esitys on olennaisesti muutettu ja se on tullut asiallisesti yhtäpitäväksi *Mezgerin* katsomusten kanssa.

⁴⁹ Ks. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 144, viite 2.

⁵⁰ Vrt. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 144 ss. ja 185 s. Tosin toisaalla, s. 106 s., normit käsitteellisesti erotetaan rangaistussäännöksistä, mutta kun ne ovat nähtävissä vain rangaistussäännöksen ensimmäisestä osasta, tunnusmerkistöstä ja ne ovat syntyneet rangaistavuusjulistuksen yhteydessä, ellei niin ole, että lainsäätäjällä on jo aikaisemmin itsenäisesti normin säätänyt, niin itse asiassa oikeudenvastaisuudelle ei ole käytännöllisesti katsoen löydettävissä perustetta muualta kuin tunnusmerkistöstä. — Täysin selvästi edustaa samaa katsomusta kuin *Mezger* ennen muita *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 189, joka lausuu: »Die an einem Tatbestand geknüpfte Strafdrohung erklärt zugleich die betreffende Tat als grundsätzlich rechtswidrig, weil die Strafe Unrechtsfolge ist. Nicht die Rechtswidrigkeit bedarf also der weiteren Begründung, sondern der etwaige Vorliegen besonderer Ausnahmen.» Niinikään *Hegler*, Festgabe für Frank I, s. 273 s., on samaa mieltä katsoessaan tunnusmerkistön luomisella siinä kuvaillun teon mainittuine tunnusmerkkeineen tulleen selitetyksi »oikeudenvastaiseksi», oikeuden paheksumaksi, »muodollisesti oikeudenvastaiseksi», koska se on yhteiskuntaa vahingoittava — »mag man auch diese Missbilligungserklärung als in einem neben der Tatbestandaufstellung, Strafbarkeitserklärung eines Verhaltens stehenden, von ihr logisch trennbaren, Rechtssatz erfolgt auffassen — er ist eben stillschweigend in aller

Katsellaksemme vihdoin kysymystä tunnusmerkistön mukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden keskinäisestä suhteesta prosessuaalisen todistamismenettelyn kannalta meidän on todettava sen voivan saada jälleen erilaisen ratkaisun. Kun konkreettista tapahtumaa arvosteltaessa se on tunnusmerkistön mukaisena myös oikeudenvastainen, ellei oikeutusperuste siihen sovi, niin todistamismenettelyn valossa tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus voivat suorastaan yhtyä. Jos tuomioistuimelle esitetystä todistusaineistosta käy ilmi ne seikat, jotka osoittavat kyseisen teon jonkun rikoksen tunnusmerkistöä vastaavaksi ja aineisto myös on omiaan vakuuttamaan teon oikeudenvastaisuudesta, niin (akkusatoorisen menettelyn vallitessa) tuomarin ei ole tarvis vaatia todisteita teon lähemmäksi yksilöimiseksi ja jonkun oikeutusperusteen soveltamismahdollisuuden selvittämiseksi. Tämän katsomustavan piirissä siis asetelma tunnusmerkistön mukaisuudesta oikeudenvastaisuuden ilmaisijana saadun kantavuuden ja se voidaan ilmaista: tuomari saa tyytyä tun-

Regel (Ausnahme: bei Bezugnahme auf anderweitige Missbilligungserklärung, die dadurch für das Strafrecht adoptiert wird) mit ihr verbunden und aus ihr erschliessbar». Lain rangaistussäännöksessä hän ei täten näe pelkkää rangaistavuus-selitystä, vaan todellisen rikosoikeudellisen lausuman rikosoikeuteen kuuluvan ja sen tarkoituksiin, orientoidun oikeuslauseen mielessä, joten rikosoikeudessa oikeudenvastaisuuden peruste ei ole saatavissa ulkoa käsin mistään ylipositiivisesta järjestelmästä tai edes positiivisen oikeuden muista osista. — Myöskin *Sipilä*, m.t., s. 223 ss., edustaa tässä kysymyksessä asiallisesti katsoen täysin hyväksyttävää katso-musta. Tosin hänellä normi on tunnusmerkistön loogillinen prius, mutta kun tunnusmerkistö on normin ilmaisumuoto, niin tunnusmerkistön mukaisen käyttäytymisen oikeudenvastaisuuden peruste on tunnusmerkistössä ilmaistussa normissa; »tunnusmerkistö on oikeudenvastaisuuden ratio essendi sikäli, että tunnusmerkistössä ilmaistu normi on sovellettavissa käsilläolevaan tapaukseen» (s. 229). Hän myöntää systemaattisista ja esitysteknisistä syistä olevan syytä käyttää normin käsitettä rajoitettuna tunnusmerkistön mukaisuuden muodostamalle alueelle, siis oikeudenvastaisuutta konstituivassa mielessä ja edellyttää näin ollen sen pätemis-alaa supistavien perusteiden, t.s. oikeutusperusteiden olemassaoloa. Tässä yhteydessä hän huomauttaa siitä seikasta, jonka jo sanonta sääntö-poikeus ilman muuta ilmaisee, että milloin yksittäistapauksessa erityisten oikeutusperusteiden todetaan olevan käsillä, sen on katsottava ilmentävän sellaista oikeusalamaisen käyttäytymistä, joka alun perinkään ei ole ollut oikeudenvastainen. Tarkastelunsa päätteeksi hän toteaa kysymyksen tunnusmerkistön mukaisuuden olemisesta oikeudenvastaisuus-tyyppinä tai -indisiana — vastaavine ratio essendi ja cognoscendi katsomuksineen — osoittautuvan pelkästään oikeudenvastaisuuskysymyksen käsittelyn muotoa koskevaksi asiaksi. — Vrt. myös *Mezger*, *Strafrecht*, s. 185, jossa hän katsoo *Bindingin* normiteorian olevan vain näennäisesti ristiriidassa hänen kannanottonsa kanssa.

numerkistönmukaisuuden perustavien tosiseikkojen toteamiseen, jos hän niistä voi päätellä konkreettisen oikeudenvastaisuuden olemassaolon.⁵¹

Todettuamme edellä tunnusmerkistönmukaisuuden, jota aina on vaadittava, samalla myös säännönmukaisesti osoittavan teon oikeudenvastaisuutta, meidän on ryhtyessämme edelleen selvittämään oikeudenvastaisuuteen liittyviä kysymyksiä, pitäydyttävä ennen muuta voimassaolevaan lakiin ja sen tulkintaan.⁵² Mutta tulkinnessa ei ole rajoitettava ahtaaseen, positiivisen lain säännösten pelkkään sanalliseen tulkintaan, vaan katse on suunnattava rikosoikeuden dogmaattisiin perusteisiin. Uudemman ajan rikosoikeudellisille tutkimuksille on ominaista juuri syventyminen dogmatiikkaan, mikä merkitsee mukautumista yleisen oikeudellisen tutkimustavan vaatimuksiin ja lähentymistä tässä katsannossa etenkin siviilioikeustieteeseen.⁵³ Täten oikeudellisen ajattelun yleispätevät muodot pääsevät vaikuttamaan oikeuden sisällön oikeaan ymmärtämiseen. Mutta ennenkuin käymme oikeudenvastaisuutta tässä valossa tarkastelemaan on syytä viitata positiivisen oikeuden rajoittuneisuuteen ja niihin johtopäätöksiin, joita siitä aiheutuu.

Mikään laki ei sisällä koko oikeutta. Nykyään myönnetään yleisesti teorian lakisääteisen oikeusjärjestyksen loogillisesta eheydestä

⁵¹ Ks. *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 72.

⁵² Pyrkinessämme selvittämään yrityksen oikeudenvastaisuutta, on luonnollista, että oikeudenvastaisuuskysymyksessä meitä kiinnostaa ensi sijassa sen merkitys rikoksen välttämättömänä edellytyksenä. Oikeutusperusteet jäävät näin ollen vähemmälle huomiolle.

⁵³ Ks. *Grünhut*, *Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, *Bonner rechtsw. Abh.* 25, 1932, s. 11 s. Dogmatiikka merkitsee voimassaolevan oikeusjärjestyksen systemaattista selvittelyä. Ks. myös *Brusiin*, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, 1938, s. 189 s.; *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 44. — Väärinkäsitysten välttämiseksi lienee syytä huomauttaa dogmatiikan olevan vain yhden puolen rikosoikeudesta. *Grünhut* huomauttaa tästä (m.t., s. 27): »Denn die Dogmatik ist nur die eine Seite des Strafrechts, der Zivilistik verwandt und in ihrer heutigen Form stärker als früher der zivilistischen Dogmatik angenähert. Aber zum Kriminalisten und zum Strafrichter gehört noch mehr: eine Personalunion mit dem Kriminalpsykologen und Kriminalsoziologen. Die Ermessensentscheidungen und Abwägungen, vor allem aber die Ausschöpfung der Strafzumessungsmöglichkeiten verlangen kriminalpsychologische Erfahrung und kriminalpädagogische Zielsetzung. — Die Frage nach dem zur strafrechtlichen Zurechnung erforderlichen Grad persönlicher Reife, die Subsidiarität der Strafe gegenüber dem Primat der Erziehung, — das alles sind Fragen, die man mit begrifflichlogischer Subsumtion unter gesetzliche Tatbestandsmerkmale niemals erschöpfen kann.»

olevan vain »kiehtova taru».⁵⁴ Ahdas lakipositivismi jättää näinollen käytännöllisen oikeuselämän monet kysymykset vastausta vaille.⁵⁵ Täten on olemassa oikeutta myös säädetyn lain yläpuolella ja se on otettava avuksi oikeudellisessa käsitteenmuodostuksessa. Tämän tunnustavat nykyään monet niistäkin, jotka pitävät kiinni oikeuden jyrkästi positiivisesta rakenteesta.⁵⁶ Selvyyttä tähän kysymykseen on saatavissa vasta kriittisesti tutkittaessa oikeusjärjestyksen syvimpiä perusteita. Tällöin havaitaan oikeuden olemassaolon olevan riippuvaisen koko kulttuuriyhteydestä, josta oikeus kasvaa ja johon se ohjaavasti vaikuttaa, ja myös rationaalisesta oikeuden aatteesta, joka ylipäänsä vasta oikeuden oikeudeksi luo. Viimeisin ja korkein kaiken oikeuden ja kaiken laintulkinnan johtoperiaate ja rationaalinen oikeuden aate on: oikea tasapaino yhteisön ja yksityisten henkilöiden etujen välillä, t.s. oikeellisuus ja oikeusvarmuus.⁵⁷

⁵⁴ Näin Nagler, *Rechtswidrigkeit*, s. 107. — Forsmanin (*Straffrättens allmänna läror*, s. 459 s.) mukaan laeissa on aukkoja oikeuden itsensä ollessa aukoton. Tästä kysymyksestä ks. lähemmin Brusin, m.t., s. 24 ss.

⁵⁵ Ks. Mezger, *Strafrecht*, s. 202 s. — Lakipositivismi oli ominaista valistusajalle. Historiallinen koulukunta taas sen korostaessa historiallisesti muodostuneen oikeuden arvoa »tehdyin» oikeuden rinnalla edusti tavanomaisen oikeuden positivismia. Ks. Honkasalo, *Nulla poena*, s. 21. Nykyaikana on kuitenkin jälleen kirjoitettu laki positivismiin keskipisteenä, vieläpä joillakin jyrkästi lakipositivismiin mielessä tavanomaisen oikeuden oikeuslähteenä syrjäyttäen. Ks. tästä Beling, *Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück*, *Archiv für die civilistische Praxis* Bd. 133, *Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt*, 1931, s. 2 ss. Varsin yleinen on, nimenomaan aikaisemmin, ollut positiivisen oikeuden ymmärtäminen lakisääteisen ja tavanomaisen oikeuden käsittävissä mielessä. Tähän tapaan esim. Serlachius, *Oppikirja I*, s. 48 ss. ja Nagler, *Festgabe für Frank I*, s. 344 ss. Myöhempinä aikoina on yhä yleisemmäksi kuitenkin tullut katsomus oikeudellisen positivismin ulottamisesta työskentelyyn yleensä objektiivisesti olevilla arvoilla, olkootpa ne vaikka vain yhteiskunnassa tavallisia arvoratkaisuja. Siitä, miten laajassa mielessä oikeudellinen positivismi tältä pohjalta lähemmin on ymmärrettävä, on eri mieliä. Positivismia näissä merkeissä edustavat Mezger, *Strafrecht*, s. 33, 203; Sama, *Der Begriff der Rechtsquelle*, *Archiv für die civilistische Praxis* Bd. 133, s. 25 ss. (s. 34: »Überall ist die Frage der Positivität des Rechts eine solche des faktischen Zustandes»); Beling, ed. m. k., s. 8 ss.; Hegler, *Festgabe f. Frank I*, s. 271, viite 2. Meikäläisessä kirjallisuudessa Brusin, m.t., s. 189 s., määriteltään oikeusdogmatiikan tieteenä, joka tutkii määrättyssä yhteiskunnassa voimassaolevaa oikeusjärjestystä, samaistaa sen »positivistisen oikeustieteen» kanssa.

⁵⁶ Ks. Mezger, *Strafrecht*, s. 202 s.

⁵⁷ Ks. Mezger, *Strafrecht*, s. 203 s., Gemmingen, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 44 s. Mezger (*Archiv für die civilistische Praxis*, s. 43 s.) vastaa kysymykseen, miten oikeuden »voimassaoleminen» on mahdollista, seuraavasti: »Ant-

Teleologinen katsomustapa, jonka ansiota on huomion kiinnittäminen edellä kosketeltuihin oikeusjärjestyksen syvimpiin perusteisiin, on toisaalta osoittanut pyrkimystä oikeuslähteiden sivuuttamiseen, kun on oltu haluttomia tunnustamaan epätydyttävän oikeuden olemassaolo. Näin on tapahtunut nimenomaan opissa aineellisesta oikeudenvastaisuudesta, silloin kun se on käsitetty muodollisen, s.o. oikeuslähteiden mukaisen oikeudenvastaisuuden vastakohdaksi.⁵⁸ Tämä dogmihistoriallisesti merkittävä kannanotto on saattanut huonoon huutoon aineellisen oikeudenvastaisuuden, jonka edustajia on moitittu luonnonoikeudellis-absolutistisen ajattelun suosimisesta. Tämä moite ei kuitenkaan ole oikeutettu, mikäli aineellisella oikeudenvastaisuudella tarkoitetaan ilmaista vain oikeudenvastaisuutta, joka ei ole jyrkän positivistisesti sidottu lakisääteiseen oikeuteen, vaan näkee yksityisten pykälien ahtaiden rajojen yli oikeussäännösten tar koitukseen. Mutta näin ymmärtäen on myös »aineellinen oikeudenvastaisuus» tarpeeton.⁵⁹

Kirjallisuudessa on erikoisesti käsitelty *Dohna*n ja *M. E. Mayerin* teorioita, joissa kummassakin aineelliset näkökohdat ovat vahvasti korostettuina. *Dohna*, jonka katsomukset liittyvät *Stammler*in tietokriittisiin tutkimuksiin, irroittautuu huomattavissa määrin tavanomaisista oikeuslähteistä. Hän esittää muodollisen periaatteen, jonka mukaan teko on oikeudenmukainen, jos se osoittautuu oikeaksi keinoksi oikean tarkoituksen saavuttamiseksi.⁶⁰ Hän ei väitä tämän

wort kann nur sein: wenn seine Positivität, seine empirische Geltung zugleich im Absoluten, in der rationalen Rechtsidee, methodisch gesprochen: im Naturrecht begründet ist. Ist solches Naturrecht Rechtsquelle, Positivitätsgrund des Rechts? Als Idealrecht ist es nicht Rechtsquelle in dem hier verstandenen Sinn. Und doch beruht letzthin alle Geltung auch des positiven Rechts auf ihm; nur das Naturrecht vermag die sogenannte normative Kraft des Faktischen zum Rechtsgeltungsgrund zu erheben. — — Der Inhalt der Idee des Rechts aber ist: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit».

⁵⁸ Muodollisen ja aineellisen oikeudenvastaisuuden toistensa vastakohdiksi asettamisesta ja tämän katsomuksen virheellisyydestä ks. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 1 ss. ja *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 91 s. Aineellisesta oikeudenvastaisuudesta ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 236 ss.; *Anttila*, m.t., s. 10 ss.; *Heinitz*, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, 1926.

⁵⁹ Ks. *Gemminger*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 63 s. Myönnettävä kuitenkin on, että oikeudenvastaisuusarvostelussa voidaan metoodisesti katsoen eri puolina erottaa toisaalta oikeudenvastaisuus, johon on tultu muodollis-loogillisen toteamisen tietä ja toisaalta oikeudenvastaisuus teleologisella pohjalla.

⁶⁰ *Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905, s. 53.

»oikean oikeuden» maksiimin olevan »voimassaolevaa» oikeutta, mutta hän katsoo sen kuitenkin olevan aineellisena perustana sille arvostelulle, mitä positiivisen oikeuden mukaan on pidettävä oikeudenvastaisena; hänellä on lakiin »perusteltu luottamus», että se voidaan katsoa »oikeaksi». Oikean oikeuden käyttäminen oikeudenvastaisuusarvostelussa on täten *Dohnan* mielestä oleva säännönmukainen laintulkintakeino.⁶¹ Tätä katsomusta, jonka pääpaino on oikeutusperusteita koskevassa opissa, ei nähdäksemme voida hyväksyä, koska se arvioi positiivisen oikeuden merkityksen liian pieneksi. Luomalla monia näkökohtia silmällä pitäen suurin määrin lakisäateistä oikeutta lainsäätäjä pakottaa lainkäyttäjän arvosteluissaan turvautumaan ensi sijassa siihen ja noudattamaan niitä peruskatsomuksia, jotka ovat laissa saaneet ilmaisun. Vain poikkeustapauksissa lain jättäessä käyttäjänsä pulaan hän voi yhtenä näkökohtana muiden, ennen kaikkea oikeusvarmuuden, joukossa ottaa huomioon myös *Dohnan* sinänsä aineellisessa katsannossa varsin epämääräisen periaatteen.⁶² — Samaan suuntaan käy arvostelu myös *M. E. Mayerin* kulttuurinormiteoriaa vastaan.⁶³ Hän asettaa oikeuden ja kulttuurin, oikeusnormin ja kulttuurinormin määräytyssä mielessä toistensa vastakohdiksi, mitä ei voida katsoa asianmukaiseksi, kun oikeus on sekin kulttuuria. Myöskin hänen reaalidefinitionsa oikeudenvastaisuudesta kulttuurinormien vastaisuutena on nähdäksemme harhaanosunut paitsi sen vuoksi että oikeudenvastaisuuden reaalidefiniota ei voitane koskaan laatia, myös siksi että kulttuurinormitkin, joilla *Mayer* tarkoittaa niiden käskyjen ja kieltojen kokonaisuutta, jotka kohdistuvat yksilöön

⁶¹ Ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 243. *Sipilä* puolestaan asettuu hyväksyväälle kannalle tähän *Dohnan* päätelmään.

⁶² *Dohnan* periaate on saanut melko yksimielisen hylkäystuomion osakseen, ks. esim. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, 25. Aufl. Suom., s. 175, viite 6; *Mezger*, Strafrecht, s. 203, viite 8; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 191 s. Ks. myös *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 91 s. Toisaalta *Dohnalla* on suuri ansio oikeuden aatteen merkityksen ensimmäisenä huomattavana korostajana. Ks. tästä *Sipilä*, m.t., s. 243 s.; *Mezger*, Strafrecht, s. 203.

⁶³ Ks. *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtl. Abh. 50, 1903; *Sama*, Der allgemeine Teil, s. 37 ss., s. 173 ss. Vrt. esitystä edellä s. 25 s. *Mayerin* suurimerkitykselliseksi ansioksi on kuitenkin luettava tulkintanäköalojen laajentaminen ja katseen kääntäminen toisaalta lähdepositivismista ja toisaalta tietoteoreettisesta formalismista empirisiin tahtomisilmiöihin. Ks. tästä *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 65.

uskonnon, moraalin ja vallitsevien tapojen asettamina vaatimuksina, ovat nekin luonteeltaan lähinnä formaalisia.⁶⁴

Tässä yhteydessä on kosketeltava myös n. s. pohjoismaista oikeudenvastaisuuskäsitystä, joka rakentuu läpeensä aineellisille katsomuksille ja joka sen vuoksi ei ainakaan myöhemmän ajan kriminalistien piirissä ole enää saanut mainittavaa kannatusta. Mainittua oikeudenvastaisuusoppia ovat ensimmäisinä esittäneet Getz ja Goos ja sen ovat omaksuneet, tosin eri vivahduksin, m.m. *Jul. Lassen, Torp, Morgenstjerne, Hagerup, Skeie, Hagströmer, Thy-rén ja Serlachius—Särkilahti*.⁶⁵

Käsite »oikeudenloukkaus» (Retsbrud) edellyttää Goosin mukaan kolmea seikkaa: oikeuden suojaaman edun vahingoittumista, oikeudenvastaista tekoa, joka aiheuttaa tämän vahingoittumisen sekä oikeuselämässä huomioonotettavaa syy-yhteyttä näiden kummankin välillä. Näistä on tärkein teon oikeudenvastaisuus, jolla tarkoitetaan teon ominaisuutta aikaansaada toimintavapaudelle asetettujen rajojen ylitys. Goosin mielestä teon oikeudenvastaisuutta ei ole samais-tettava sen ominaisuuteen olla oikeudellisesti huomioonotettavana

⁶⁴ Ks. *Sipilä*, m.t., s. 244; *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 64 s.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 204. — Ei ole mahdollista saattaa kaikkea sitä, minkä oikeusjärjestys kieltää, yhden sisältönsä puolesta määrätyn nimittäjän osoittajaksi — matemaattista sanontaa käyttäksemme —, ellei tahdota turvautua kaavaan, jossa on useita tuntemattomia. Näin on menetellyt *Sauer*, *Grundlagen des Strafrechts*, s. 286, määritellesään oikeudenvastaiseksi teon, joka yleisen tendenssinsä puolesta enemmän vahingoittaa kuin hyödyttää valtiota ja sen jäseniä. Ensimmäinen tuntematon on vahingon ja hyödyn arvioimisessa. Kumpikin ovat hyvin vaihtelevia suureita. Toinen tuntematon on »yleisessä tendenssissä», sillä yleistämisen määrä vaihtelee ja on olennaisesti riippuva oikeusjärjestyksen lujuteen kohdistuvista valtiopoliittisista tarkoituseristä. Kolmas tuntematon on vihdoin valtion ja yksityisten intressien keskinäisessä arvosuhteessa. Ks. *Alanen*, *Hätävarjelus*, s. 51; *Sipilä*, m.t., s. 245 ss.; *Hippel*, *Deutsches Strafrecht II*, s. 191; *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 64.

⁶⁵ Ks. *Getz*, *Om den saakalde Delaktighed i Forbrydelser*. *Juridiske Af-handlinger*, 1903, s. 48 ss.; *Goos*, *Den danske Strafferet II*, 1878; *Jul. Lassen*, *Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed*, 1879, s. 9 ss.; *Torp*, *Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft*. *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw*, 23, 1903, s. 84 ss.; *Morgenstjerne*, *Om Erstatningsansvar for andres Handlingar saerlig om Statsansvar for Embedshandlinger*, *Norsk Retstidende* 1887, s. 36 s.; *Hagerup*, *Strafferettens almindelige del*, 1911, s. 229 ss.; *Skeie*, *Den norske strafferett I. Den alminnelige del*, 2. utg., 1946, s. 139 ss.; *Hagströmer*, *Svensk straffrätt. Föreläsningar I*, 1901, s. 97 ss.; *Thyrén*, *Principierna för en straff-lagsreform II. Brottbegreppets objektiva sida*, 1912, s. 124 ss.; *Serlachius*, *Oppikirja I*, s. 95 ss.

syynä vahingon aiheutumiseen, koska eräissä tapauksissa teko voi olla poikkeuksellisesti oikeudenmukainen.⁶⁶ Goosilla oikeudenvastaiset teot jakaantuvat kahteen ryhmään siten, että ensimmäiseen kuuluvat teot, joissa loukataan määrätyn henkilön oikeutta yksin nauttia jostakin edusta ja toiseen teot, jotka loukkaavat oikeuden suojaamia etuja yleensä. Jälkimmäiset antavat Goosin mielestä aiheen erikoiseen tutkisteluun. Tehtävänä on tällöin määrätä toimintavapauden rajat, jolloin vastattavaksi nousee kysymys, riittääkö se seikka, että teosta voi aiheutua vahinkoa, tekemään sen oikeudenvastaiseksi. Kun tähän kysymykseen annettu myönteinen vastaus supistaisi toimintavapauden rajat ylen ahtaiksi, Goosin mukaan tutkimuksen tuloksena voi olla vain, että ainoastaan sellainen syy-yhteys on oikeudellisesti huomioon otettava, joka on omiaan aikaansaamaan vahingon aiheutumisen konkreettisen vaaran, jonka olemassaolo määrätään toisaalta etujen suojelutarpeen ja toisaalta toimintavapauden vaatimuksen järkevän yhteensovittamisen mukaisesti. Katsomustaan esittäessään Goos viittaa myös Barin kausaliteettiteoriaan⁶⁷ selittäen siihen nojautuen oikeudenvastaiseksi sellaisen suhtautumisen, joka ei ole elämän säännön mukainen, t.s. joka ei vastaa bonus pater familias'in toimintaa.⁶⁸

Goosin lisäksi mainittakoon vain *Serlachius—Särkilahden* tälle oikeudenvastaisuuskäsitykselle antama varaukseton kannatus. *Serlachius—Särkilahden* mukaan »teon oikeudenvastaisuuteen vaaditaan, että se on omansa aikaansaamaan arvattavissa olevan vaaran jollekin lain suojaamalle edulle, ja että tämä vaara on muihin saman teon edistämiin etuihin verraten järjellisesti huomioon otettava» ja edelleen, että »päätelmä, että jokin teko on lainvastainen, on siis tulos objektiivisesta vertailusta, jossa lukuunottamalla vaaran läheisyys tahi kaukaisuus (sen suurempi tahi pienempi otaksuttavuus) verrataan toisiinsa toiselta puolelta teon edistämän ja toiselta puolen sen vaa-

⁶⁶ Ks. Goos, *Den danske Strafferet II*, s. 66, 75, 156 ss. Ks. myös *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 85 ss.; *Anttila*, m.t., s. 12 ss.; *Sjögren*, *Om rättsstridighetens former med särskild hänsyn till skadeståndsproblemet*, 1894, s. 134 ss.

⁶⁷ Ks. *Bar*, *Die Lehre von Causalzusammenhänge im Rechte, besonders im Strafrechte*, 1871, s. 4 ss. *Barin* teoriasta ks. myös *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 136 s.

⁶⁸ Pohjoismaisesta oikeudenvastaisuusopista ja sen saamasta laajasta kannatuksesta ks. lähemmin *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 85 ss. — Vaara-oppia käsittelemme myöhemmin toisessa yhteydessä.

ranalaiseksi saattaman inhimillisen edun tärkeyttä ja merkitystä». ⁶⁹ Tämän kannanoton oikeuttaisi koko oikeusjärjestyksen pohjana oleva periaate, että pienemmän edun täytyy väistyä suuremman tieltä.

Tämä vaaran ajatukselle ja intressien vertailulle rakentava oikeudenvastaisuusoppi ei luonnollisestikaan voi kelvata sille, joka pyrkii kaikessa pitäytymään säätönäiseen lakiin. Periaate pienemmän edun väistymisestä suuremman rinnalla ei tosin ole oikeusjärjestykselle vieras, vaan päinvastoin se yleinen maksiimi, jonka mukaan lainsäätäjät tekee ratkaisunsa ristiriitaisten etujen yhteensattuesssa. Mutta tästä ei seuraa, että se olisi myös lainkäyttäjää sitova ohje, sillä intressien etusija toistensa edellä on yleensä tullut laissa ratkaistuksi. »Jos lainkäyttäjän olisi turvauduttava mainittuun periaatteeseen, merkisi se niiden normien syrjäyttämistä, jotka lainsäätäjät vuosisatojen kuluessa on voimaansaattanut tai jotka kohtuulliseen maantapaan perustuvina tavanomaiseksi oikeudeksi tunnustetaan.» ⁷⁰

Palaamme jälleen lähtökohtamme, jona on oikeudenvastaisuusarvostelun perustaminen lainsäädännön kautta syntyneeseen lakiin. Tunnusmerkistönmukaisessa vääryydessä on se luja ja välttämätön selkäranka, josta oikeudenvastaisuuden määräämisessä on lähdettävä. Tähän rajoittuvaa katsomustapaa voimme nimittää muodolliseksi oikeudenvastaisuuden määräämiseksi. Mutta tähän ei voida pysähtyä, sillä tämän kaltainen oikeudenvastaisuuden toteaminen muodostuisi

⁶⁹ Serlachius, Oppikirja I, s. 100 s.

⁷⁰ Näin Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 89 s. Samaan tapaan myös Knoph, Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett, s. 17, s. 242 s. Aineellisten näkökohtain ottamista ratkaisunäkökohdaksi vastustavat samoin Tulenheimo, Luotto, s. 60; Sundström-Salmiala, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 10; Alanen, Hätävarjelus, s. 51; Sipilä, m.t., s. 310 ss.; Agge, Reaktionsystemet, s. 152, viite 55; Andenaes, m.t., s. 188 ss. — Mielenkiintoinen on Sjögrenin samaan suuntaan käypä, jo kauan sitten lausuttu seuraava arvostelu (m.t., s. 137): »Reduceras på detta sätt kärnpunkten i Goos teori till läran om handlingens objektiva farlighet såsom det positiva i handlingens rättsstridighet, faller en omständighet i ögonen, som ger anledning till en annan invändning. Denna omständighet är det svaga sambandet mellan den objektiva rätten (rättsregeln) och den rättsstridiga handlingen. Den objektiva rätten synes reducerad till ett enda rättsbud: handla såsom en bonus pater familias! Men med detta bud kan icke någon verklig rättsordning genomföras. Rättsordningen kan icke stanna dervid, att man i hvarje särskilt fall har att afväga omständigheterna mot hvarandra, utan måste uppställa ett system af regler, efter hvilka dessa omständigheter skola bedömmas.»

kaikessa varmuudessaan kuitenkin räikeäksi formalismiksi. Näin ollen on välttämätöntä tunnusmerkistönmukaisen vääryyden aineellisen sisällön tajuaminen ja ojentautuminen lainkäytössä sen mukaan.⁷¹

Tämä katsantokanta saa oikeutuksensa siitä näkemyksestä, että valtio on, samoin kuin jokainen muu yhteisö, ihmisten välinen liitto määrättyjä tarkoituksia varten ja että oikeusjärjestyksen tehtävänä on taata näiden päämäärien saavuttaminen. Kaikki oikeus on ihmisiä varten ja oikeuden tarkoituksena on siis ihmisten elinehtojen turvaaminen, oikeuden olemuksena on etujen turva. Näitä oikeuden turvaamia etuja on tapana nimittää oikeushyviksi ja ne voivat olla joko yksilön tai yhteisön etuja. Oikeusjärjestys ei etua luo, vaan elämä, mutta oikeusjärjestys korottaa elinedun oikeushyväksi.⁷²

Voidakseen vastata tunnusmerkistönmukaisen vääryyden aineellista sisältöä ja voidakseen siis tulla määräävänä tulkintanäkökohtana kysymykseen on oikeushyvä otettava nimenomaan sellaisena kuin se kysymykseen tulevassa lainkohdassa on oikeusjärjestyksen suojelukseen otettu, siis mahdollisine lisäpiirteineen tai rajoituksineen y.m. Rikosoikeuden suojeluobjektina ymmärrettävän oikeushyvän riippuvaisuus siitä, miten se on laissa omaksuttu, havainnolistuu, kun muistamme »oikeushyvän» (saks. »Rechtsgut») sanan ja käsitteen juontavan juurensa sellaisesta »selvästä» tapauksesta, jossa teon kohteena on näkyvä ja käsinkosketeltava fyysilliseen maailmaan kuuluva esine, mutta »oikeushyvän» esiintyvän peräti »henkisenä», kun sitä ajatellaan esim. varkausrikoksen suojeluobjektin, omaisuuden vastineena. Täten oikeushyvä saattaa esiintyä hyvin monenmuotoisena eikä aina ole helppo sanoa, mikä on kulloinkin kysymykseen tulevan rikostunnusmerkistön tarkoittama oikeushyvä. Näin ollen voidaan kysyä, miten rikoslain erikoisen osan määräyksistä niiden perustana oleva oikeushyvä on oikeastaan selvitettävissä, kun rikoslaki ei useinkaan itse tiedoita sitä tehtävää, jota sen määräykset on tarkoitettu palvelemaan. Sääntönä nimittäin on, etteivät suojeltavat oikeushyvät ole laissa tyypeiksi muodosteltu, vaan ainoastaan määrätty oikeushyviä loukkaavat teot. Täten »useimmissa tapauksissa oikeushyvät l. suojeluobjektit ovat vasta rikosoikeuden lauseista

⁷¹ Ks. Mezger, Strafrecht, s. 197.

⁷² Ks. Tulenheimo, Luotto, s. 37 ss.; Honkasalo, Sikiönlähdettäminen, s. 82 s.; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 4.

pääteltävissä: niitä ei siis ole annettu, vaan ne on löydettävä».⁷³ Mutta jos rikosoikeuden tunnusmerkistö on apukeino rangaistuksen ansaitsevien oikeushyvän loukkausten sellaisenaan ilmaisemiseksi, niin päättely tunnusmerkistöstä takaisin oikeushyvään ei voi tapahtua muuta tietä kuin turvautumalla ajatuskonstruktion keinosta tarkoituksen ilmaisijana.⁷⁴

Kun oikeushyvä täten esiintyy milloin aineellisempänä, milloin henkisempänä ja sen yksilöimisaste vaihtelee, on hyvin ymmärrettävissä, että vääryyden aineellinen sisältö on aikojen kuluessa ymmärretty eri tavoin. Valistusajatteluun pohjautuva oikeusoppi näki sen subjektiivisten oikeuksien loukkaamisessa ja vaarantamisessa.⁷⁵ Tämän katsomuksen osoittauduttua paikkansapitämättömäksi varsinkin sen vuoksi että monissa rikoksissa ei voitu edes ajatella minäkään subjektiivisen oikeuden tulevan loukatuksi, ratkaisua on pyritty löytämään selityksestä, että rikos on intressin l. edun loukkaamista tai vaarantamista. *Hertz* ja *Kessler*, joilla on suuri ansio intressin käsitteen selvittäjinä, ovat huomiota herättäneessä intressiteoriassaan kuitenkin olleet edellämainitun vanhemman katsomuksen lumoissa sikäli, että he katsoivat intressin voitavan ottaa vain yksilön jokaisessa yksityistapauksessa sielullisena tosiasiana ilmenevän intressin mielessä.⁷⁶ Kun tämä selitys arvostelijoiden taholta osoitettiin virheelliseksi jälleen sillä perusteella, ettei useihin rangaistuksen alaisiin tekoihin liity minkäänlaista aktuaalisen intressin loukkaamista, päädyttiin teorian puoltajien taholla siihen yllättävään väitteeseen,

⁷³ Näin *Schwinge*, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonner rechtsw. Abh. 14, 1930, s. 59 ss. Vrt. myös *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 83.

⁷⁴ Ks. *Reichel*, *Gesetz und Richterspruch*, 1915, s. 76, joka esittää seuraavan yleisen tulkintasäännön: »Das konkrete Gesetz ist der Befehl eines normalen vernünftigen Menschen, der alles, was er anordnet, zweckbedacht anordnet, selbst wenn er sich dabei im Worte vergreift. Aus Worten und Umständen ermitteln wir diesen konkreten Zweck, immer davon ausgehend, dass der wörtliche Befehl als Mittel zur Erreichung desjenigen Zweckes gedacht und gewollt sei, den unter sonst gleichen Umständen ein einsichtiger Mensch, als Gesetzgeber, gedacht, mit der Erlassung dieses konkreten Befehls verbunden haben würde.»

⁷⁵ Ks. *Tulenheimo*, *Luotto*, s. 39 ss.; *Honkasalo*, *Nulla poena*, s. 7 ss.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 197 s.; *Salovaara*, *Oikeushyvän käsitteestä rikosoikeustieteessä*, *Tulenheimon juhla-julkaisu* 1939, s. 215 s.

⁷⁶ Ks. etenkin *Hertz*, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts I*, 1880, s. 15 ss., s. 55 ss.; *Kessler*, *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, 1884, s. 50 ss. Ks. myös *Tulenheimo*, *Luotto*, s. 46 ss.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 199.

että rikoksina rangaistaan eräitä sellaisiakin tekoja, joihin ei sisälly vääryyttä.⁷⁷ Yhtäkaikki intressi on rikosoikeuden yleisenä suojelu-objektina saavuttanut laajan kannatuksen, kun se on selitetty yleiseksi keskimääräisintressiksi. Suojattuna on näin ollen vain ennakolta edellytetty yleinen intressi, ei sitävastoin kussakin tapauksessa todettava yksilön tosiasiallinen intressi.⁷⁸ Oikeushyvä on tällöin se tila, jonka säilymiseen oikeuden huomioon ottama keskimääräisintressi kohdistuu. Vaikka näin ollen intressi ja oikeushyvä eivät merkitse samaa, on kuitenkin tullut yleiseksi tavaksi käyttää niitä täysin samassa mielessä, koska määrätyn tilan loukkaaminen ja vaarantaminen samalla on välillisesti sen säilymiseen kohdistuvan intressin loukkaamista ja vaarantamista.⁷⁹

Kun oikeushyvän ymmärtäminen yksilön reaalisena intressinä on osoittautunut mahdottomaksi ja toisaalta esim. kunnian lukeminen oikeushyvien piiriin on etäännyttänyt oikeushyvän fyysillisen maailman ilmiöistä, oikeushyvä on itse asiassa kadottanut suurelta osalta reaalisen olemuksensa. Itsessään varsin epämääräisenä »keskimääräisintressinä» oikeushyvä on jyrkästi irroittautunut rikoksen teko-objektista^{79a} ja muuttunut aikaisemmasta elämänläheisestä oikeushyvästä miltei vain abstraktiseksi apukäsitteeksi. Täten oikeushyvä on joutunut sellaiseen liikkumistilaan, josta ei tieteisopissa nähdäksemme ole toistaiseksi päästy selville vesille. *Honig*, joka on laa-

⁷⁷ Näin *Hertz*, m.t., s. 56. Ks. myös *Salovaara*, Oikeushyvän käsitteestä, s. 217 s.; *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 33 s.; *Suck*, *Der Beginn der Tat im neuen deutschen Strafrecht*, *Strafrechtl. Abh.* 373, 1937, s. 85 ss.

⁷⁸ Ks. *Tulenheimo*, *Luotto*, s. 55 s.; *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 82 ss.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 199.

⁷⁹ Intressi ja »hyödyke» (Gut) eivät merkitse samaa, mutta käytännössä niitä usein käytetään samaa merkitsevinä. Ks. tästä *Tulenheimo*, *Luotto*, s. 53 s., viite 3. *Tulenheimo* (s. 47, viite 2) ei myöskään katso intressin käsitettä voitavan korvata edun käsitteellä, koska jälkimmäiseen ei sisälly sitä subjektiivista tahtomismomenttia, mikä on edelliselle ominaista. Me puolestamme katsomme sopivaksi käyttää intressiä juuri viitatussa edun käsitteen mielessä, kun intressi merkitsee vain yleistä keskimääräisintressiä ja siten on asiallisesti samaistettavissa oikeushyvän kanssa. Vieläpä annamme etusijan oikeushyvälle ennen »intressiä» sen vuoksi, että »intressiin» nähdäksemme aina liittyy viittaus psykologiseen tahtomisilmiöön, kun taas »oikeushyvä» merkitsee hyödykettä, joka on olemassa arvottomistoinen tuloksena. Ks. myös *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 82, viite 6; *Sieverts*, m.t., s. 119 s.

^{79a} Teko-objekti on se fyysilliseen maailmaan kuuluva esine, johon kriminalisoitu teko tunnusmerkistönsä mukaisesti kohdistuu. Näin *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 108. Samaan tapaan myös *Tulenheimo*, *Luotto*, s. 83 ja *Mezger*, *Strafrecht*, s. 188.

jasti käsitellyt oikeushyväoppia, ei oikeushyvässä näe enää osaa empiirisestä elämäntodellisuudesta, jonka oikeusjärjestys olisi korottanut suojelunsa kohteeksi. Hänen mukaansa suojeluobjektit eivät ole olemassa sellaisinaan, vaan niiden on katsottava syntyvän vasta silloin, kun tarkkaamme yhteiskunnallisia arvoja rikosoikeuslauseiden tarkoittamina objekteina. Etäännyttyään täten luonnollisesta katsomustavasta hän katsoo oikeushyvän olevan »lainsäätäjän yksityisissä rikosoikeuden lauseissa omaksuman tarkoituksen sen lyhimmissä muodossa», eli »sen kategoriaalisen synteessin, johon oikeudellinen ajattelu on pyrkinyt yksityisten säännösten mielen (»Sinn») ja tarkoituksen kokoonpuristetussa muodossa sisällyttämään.»⁸⁰ Tämä katsumus on edelleen kehitettynä vienyt eräät tutkijat siihen johtopäätökseen, ettei oikeushyvässä enää olekaan kysymys teon objektista, vaan ainoastaan rikollisen toiminnan mittapuusta. Niinpä *Schwingen* on katsottava rajoittaneen oikeushyvän käsitteen sen tehtävään metodin palveluksessa.⁸¹ Samoin *Gemmingen*illä oikeushyvä on vain pelkkä ajatusrakennelma teleologisen tulkintamenetelmän piirissä ja sellaisena tosin käyttökelpoinen, mutta kuitenkin tarpeeton ja vieläpä usein harhaanjohtava. »Sillä rangaistavan vääryyden määritelmään oikeushyvän loukkaamisena ja vaarantamisena sisältyy vain näennäisesti aineellinen elementti. Todellisuudessa tuo määritelmä ilmaisee vain lainsäätäjän tahtovan vääryyselityksen ymmärrettäväksi sen tarkoituksen kannalta. — Oikeushyvä voi siten yksityistapauksessa olla kaikkea sitä, mihin me vetoamme teleologisesti ymmärtääksemme ja tulkitaksemme lakeja.»⁸² Oikeushyvä ja ratio legis olisivat siis tämän katsantokannan mukaan samaa merkitseviä käsitteitä.

Useimmat niistä tutkijoista, jotka *Honig*in tavoin oikeushyvässä näkevät »kategoriaalisen synteessin», ovat kehittämissään kuitenkin jääneet, ja mielestämme täydellä syyllä, puolitiehen. Ajatuksesta, että oikeushyvä on rikollisen toiminnan kohde, se objekti, jota täytyy »loukata» tai »vaarantaa», ei voida nähdäksemme luopua. »Rikoksen käsitteeseen katsomme välttämättömästi kuuluvan objektin vaarantamisen tai loukkaamisen, ja tähän välttämättömyyteen perustuu suojeluobjektia koskeva teoria.»⁸³ »Rikosoikeuden oikeushyvät eivät

⁸⁰ *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, s. 94.

⁸¹ Ks. *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, s. 23, 32, 60. Vrt. myös *Gallas*, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, 1936, s. 57.

⁸² *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 34 s.

⁸³ Näin *Honig*, m.t., s. 69.

ole mitään sisällyksettömiä abstraktioita. Ne ovat päinvastoin kansatodellisuuden elämää täynnä olevia arvoja».⁸⁴ Tämän kanssa ei ole ristiriidassa, vaikka oikeushyvä ymmärretään suhdekäsitteeksi »arvopitoisena todellisuutena». Lounais-saksalaisen arvofilosofian kehittämän metoodisen katsomuksen mukaan oikeushyvä ei nimittäin kuulu pelkästään oikeuden puhtaaseen arvomaailmaan enempää kuin myöskään yksin arvotekijöistä vapaaseen olevaisuuspiiriin.⁸⁵ Oikeushyvän käsite ilmaisee lähinnä näiden piirien suhdetta toisiinsa sen ollessa yhdysside oikeuden arvopiirin ja pelkän faktillisen olevaisuuden välillä. »Oikeushyvä» ilmentää sitä ensimmäistä käsitteellistä muuttumista, mikä tulee reaalisen olevaisuuden osaksi sen joutuessa oikeuden arvojen yhteyteen.⁸⁶ Mutta näinkään ymmärrettynä oikeushyvä ei menetä yhteyttään kausaalilain hallitsemaan »luonnolliseen» maailmaan, jossa objekteja vahingoitetaan ja vaarannetaan.

Määriteltäessä oikeushyvä siksi kategoriaaliseksi synteetiksi, johon oikeudellinen ajattelu pyrkii tiivistämään yksityisten säännösten mielen ja tarkoituksen tai objektiiviseksi arvoksi, jota rikoslain säännökset suojaavat, nousee kysymys, mitä kaikkia seikkoja oikeushyvän on katsottava käsittävän. Vastaus on nähdäksemme saatavis-

⁸⁴ Näin *Mezger*, *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden*, 1936, s. 50. Vielä jyrkemmin on *Mezger* vähää myöhemmin ilmaissut torjuvan asenteensa abstraktista oikeushyvän käsitystä vastaan sanoessaan: »— — — nähdäksemme ei voi olla olemassa mitään kierompaa ja virheellisempää oikeushyvän ajatuksen käännettä, kuin että se tahdotaan haihduttaa metoodin piiriin ja siten riistää siltä sen varsinainen substanssi. Oikeushyvän ajatukselta, jonka tehtävänä on kansan hyödykkeiden ja elinintressien koko elämäntäyden runsauden havainnollistaminen ja konkreettinen kuvaaminen, riistettäisiin sellaisin kääntein sen olennaisin ja arvokain sisältö.» Näin *Die Straftat als Ganzes*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 57, 1937, s. 699.

⁸⁵ Lounaissaksalainen arvofilosofia, jonka edustajana on ennen muita mainittava *Rickert* ja jolla on ollut suuri vaikutus myös rikosoikeuden tutkimuksiin, lähtee Sein- ja Sinn-käsitteiden vastakkainasettelusta. Ks. lähemmin esim. *Iso Tietosanakirja* XI, s. 71 (*Rickert*); *Erik Wolf*, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1921, s. 73 ss.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 38 s. — *Rickert*, *System der Philosophie I*, 1921, s. 108, selittää olevaisuuteen kuuluvan sekä reaali- että ideaaliolevaisuuden, edellisen tarkoittaessa aistimilla havaittavaa, paikan ja ajan käsitteiden hallitsemaa maailmaa ja jälkimmäisen sellaisia tosiasioita, kuin esim. matemaattiset totuudet ovat. Olevaisuudesta on sitävastoin erotettava ei-olevaine, jota ilmentää ymmärryksellä tajuttava Sinn, mieli.

⁸⁶ Ks. *Erik Wolf*, *Schuldlehre*, s. 119 ss. Ensimmäisen arvottamistoimen tuloksena erottuu sosiaalisen kulttuurin piirissä ahtaampi alue, oikeushyvien maailma. Toinen arvottaminen tapahtuu, kun tämä ahtaampi kulttuurin piiri asetetaan yhteyteen tieteelle ominaisen arvon »totuuden» kanssa.

sa arvojen suojelemisen ajatuksesta niin että kaikki ne arvot, joita rikoslain säännöksellä suojellaan, kuuluvat myös säännöksen pohjana olevan oikeushyvän piiriin. Eikä mielestämme mikään estä oikeushyvään tarvittaessa sisällyttämästä myös aatteellisia intressejä ja eettisiä arvoja, mikäli rikosoikeuden suoja ulottuu niihinkin.⁸⁷ Näin ymmärtäen oikeushyvä vasta vastaa sitä objektiivista oikeudenvastaisuuskäsitystä, joka teleologisesti käsitettynä on saanut aineellista syvyyttä. Täten myös oikeushyvä osoittautuu ratkaisevan tärkeäksi tulkintanäkökohdaksi määrätyn tunnusmerkistön sisällön selvittämisessä. Vasta yksityiselle tunnusmerkistölle ominaisesta oikeushyvästä, sen »mielestä» ja olemusta vastaavasta arvoisisällöstä valottuvat sen kaikki yksityiskohdat. »Nur aus dem Ganzen begreifen wir seine Teile». Oikeudellinen käsitteenmuodostus, joka tähtää rikosoikeuden tunnusmerkistön olemuksen yksityiskohtaiseen käsittämiseen ja selvittämiseen, on näin ollen aina teleoloogista käsitteenmuodostusta. »Es gibt keinen einzelnen Rechtsbegriff, also auch keinen solchen im Rahmen des Tatbestandes, der anders als aus seinem »Telos«, das heisst seinem »Zweck«, zu verstehen wäre».^{88 89}

⁸⁷ Näin *Mezger*, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 57, s. 697 s. ja *Schwinge-Zimmerl*, Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937, s. 68, 77.

⁸⁸ Ks. *Mezger*, Strafrecht, s. 201; *Sieverts*, m.t., s. 124. Teleologisesta käsitteenmuodostuksesta ks. etenkin *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930 ja *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe f. Frank I, s. 1 ss.

⁸⁹ Edellähahmoiteltua pohjaltaan esineellistä ja laajaulotteista oikeushyvän käsitystä on vastustettu nimenomaan kansallissosialistisen ajattelun läpitunkemassa saksalaisessa tietoisopissa. Ks. etenkin *Dahm*, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 57, 1937, s. 225 ss. ja *Schaffstein*, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, Deutsches Strafrecht 1937, s. 335 ss. Heidän mielestään ajatus rikoksesta oikeushyvän loukkaamisena tai vaarantamisena ei sovi kaikkiin rikoksiin eikä se myöskään tyhjentävästi ilmaise rikoksen olemusta ja vääryyssisältöä. Näin *Schaffstein*, m.k., s. 337. Mutta monet niistäkin, jotka eivät ole olleet varsinaisia lipunkantajia kansallissosialistisen rikosoikeudentutkimuksen työkentällä, ovat suhtautuneet torjuvasti *Honigin*, *Mezgerin* y.m. puoltamaan oikeushyvän käsitteeseen. Näistä on ennen muita mainittava *Gallas*, joka on monipuolisesti käsitellyt oikeushyväopin kysymyksiä. Ks. ed. viitteessä 81 main. kirj. *Gallasin* mukaan oppi rikoksesta oikeushyvän tai intressin loukkauksena on paikkansapitämätön, mikäli se käsitetään jonkin suojeluobjektin konkreettisenä loukkaamisena tai vaarantamisena. Metodin kannalta taas käsitys on virheellinen, koska se perustuu joko puhtaasti empiriseen katsantotapaan tai sen ja arvottavan katsomustavan rinnastamiseen, mikä *Gallasin* mielestä ei ole sallittua. Edelleen se ei tee oikeutta useiden tunnusmerkistöjen monipuoliselle sisällölle, koska

Oikeushyväoppia on käsiteltävä myös siltä kannalta, onko eri oikeushyvissä aineellisesti katsoen havaittavissa yhteisiä piirteitä. Aikaisemmin, kun oikeushyvä ja rikoksen teko-objekti usein sekotettiin keskenään, oikeushyväopissa pyrittiin objekti-ominaisuuden perusteella löytämään yhteinen objekti tilan käsitteessä. Kun tilan käsite kuitenkin sinänsä on mitäänsanomaton, ei näistä ponnisteluista ollut dogmaattisessa katsannossa hyötyä.⁹⁰ Toisin on sitä vastoin ollut asian laita katseen kiintyessä siihen arvotekijään, joka muuttaa naturalistiset objektit oikeushyviksi. Kaikkien oikeushyvien yhteisestä arvo-ominaisuudesta vallitsee vielä nykyään verrattain suuri yksimielisyys. *Binding* on suorastaan edustanut käsitystä oikeushyvien

in concreto loukkaukelpoisen suojeluobjektin ja »loukatun» tämän objektin haltijana etsiminen voi aiheuttaa vääryyssisällön liiallisen aineellistamisen tai individualistisen supistamisen. »Die lediglich auf den Delikterfolg eingestellte Betrachtungsweise vermag die Modalitäten der Handlung, die mannigfachen täterschaftlichen Elemente des Tatbestands nicht zu erfassen». Tämän johdosta *Gallas* hylkää oikeushyvän käsitteen liian esineellisenä ja objektin »loukkaamiseen» viittaavana katsoen puolestaan, koska rikoslaki »pitää silmällä» (»wahrts») intressejä ja teon ollakseen rikos täytyy esiintyä vääryytenä juuri määrättyjen intressien kannalta katsottuna, intressin olevan vain rikollisen käyttäytymisen mittapuun, ei objektin. Kun intressi otetaan oikeuden vääryysarvostelun kriteeriona eikä enää ioukkaavan tai vaarantavan teon kohteena, saavutetaan *Gallasin* mielestä se katso-muksen joustavuus, minkä puuttuminen on ollut aikaisemman oikeushyväopin olennainen virheelisyys. Näin ymmärtäen voivat *Gallasin* mukaan myös vastaintressit, sellaiset kuin oikeusvarmuus y.m., joilla ei ole mitään tekemistä rikoksen olemusta muka määräävien tarkoituksnäkökohtien kanssa, tulla vääryyden arvioinnissa huomioonotetuiksi. Vihdoin eräät tunnusmerkistöt sisältävät myös irrationalis-eettillisiä aineksia, joihin tarkoituksnäkökohdat eivät sovellu, mutta joilla on merkitystä vääryyssisällön toteamisessa. Ks: *Gallas*, m.k., s. 61 ss.

Arvosteluna *Gallasin* teoriaa vastaan on mielestämme hänen katsottava ottavan oikeushyvän liian esineellisenä huomaamatta myös aatteellisten ja eettisten arvojen olevan »loukattavissa» ja »vaarannettavissa». Myöskään empiirisen ja arvot-tavan katsomustavan käyttämiseen toistensa rinnalla ei nähdäksemme voi olla es-tettä, kun oikeushyvä on juuri arvopitoista olevaisuutta. Vääryyden käsitettä näyt-tää *Gallas* myös kansallissosialistiseen tapaan käyttävän varsin laajassa mielessä, minkä lisäksi hän ei myöskään enää hyväksy selitystä yksilön intresseistä yhtä oi-keutettuina yhteisön intressien rinnalla, mikä on ominaista liberalistiselle valtio-käsitykselle pohjautuvalle rikosoikeustieteelle. Ks. viimeksimainitusta seikasta *Mezger*, Strafrecht, s. 198 ja *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 4 ja 217.

⁹⁰ Ks. *Honig*, m.t., s. 81 ss.; *Sieverts*, m.t., s. 121. Rikosten yhteisestä objektista ks. myös *Tulénheimo*, Luotto, s. 1 ss., jossa s. 65 s. tila todetaan kaikkien rikosten yhteiseksi objektiksi. Teko-objektin käsitteestä ks. ed. viite 79a. Teko-objektin suhteesta suojeluobjektiin ks. *Tulénheimo*, Luotto, s. 83 ss. ja *Honkasalo*, Sikiönläh-dettäminen, s. 108, erik. viite 1.

täydellisestä arvo-yhtäläisyydestä lausuaan: »Das Rechtsgut ist stets Rechtsgut der Gesamtheit, mag es scheinbar noch so individuell sein. Im Gesamt-Interesse wird das Gefühl der Einzelnen, deren Leben, deren Ehre geschützt».⁹¹ Mutta *Binding*illä olikin oikeushyvä oikeuden hyvä eikä oikeuden tunnustama ja suojaama ihmisten hyödyke. Näin ollen *Bindingin* äärimmäiskatsomusta ei voida ainakaan täysin hyväksyä. Kuitenkin siitä tosiasiasta, että se yhteiskunnallisen kulttuurin alalla esiintyvä todellisuus, jonka piirissä oikeusjärjestys ja siis myös rikosoikeus empiirisesti vaikuttaa, on valtio, on saatavissa perustavaa laatua olevaa valaistusta kysymykseen oikeushyvien yhteisestä arvopitoisuudesta. Onhan rikosoikeudellinen rangaistus nykypäivinä pelkästään valtiovallan käyttöön pidätetty ase. Ja kun rikosoikeus on aina suojelujärjestelmä, niin voidaan, määrättyssä mielessä, valtiovallan jopa sanoa suojelevan vain omia etujaan ja oikeudenvastaisuuden sikäli olevan »valtionvastaisuutta».⁹² Selvää on, että valtiolle ominaiset tarkoitukset vaikuttavat oikeushyvien muodostukseen, eikä mentäne harhaan otaksuttaessa kaikkien rikosoikeudessa esiintyvien oikeushyvien arvosuhteessaan viime kädessä pohjautuvan niihin perusarvoihin, jotka ovat valtiolle luonteenomaisia. Valtio ylimpänä oikeusarvona on samalla ylin rikosoikeusarvo ja siksi saa oikeushyvän käsite valtiosta ylimpänä rikosoikeusarvona oman aineellisen pohja-arvonsa.⁹³ Tämä käy ilmeiseksi muistettaessa vallitsevan valtioaatteen muuttuessa myös käsitysten suojeltavista oikeushyvistä muuttuvan. Keskiaikana oli määräävänä suojelukohteena Jumalan valtaherruus ihmisten yli, valistusajana taas »oikeusvaltion» tehtävänä oli yksilöiden subjektiivisten oikeuksien suojaaminen. Nykyaikaisessa valtiossa voitane katsoa yleisen menestysuollon olevan keskeinen valtion tehtävä ja määräävänä suojelukohteena siten esiintyvän »yhteiskunnan», »societas». Oikeudenvastaisuus on sen mukaan »yhteiskunnanvastaisuutta».⁹⁴

⁹¹ Ks. *Binding*, Normen I, s. 358.

⁹² Näin *Hegler*, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 36, s. 27 ss. ja Festgabe f. Frank I, s. 271, viite 2. Samaan tapaan myös *Frank*, Strafgesetzbuch, s. 6.

⁹³ Ks. *Erik Wolf*, Schuldlehre, s. 116; *Sieverts*, m.t., s. 122 s.

⁹⁴ Ks. *Frank*, Strafgesetzbuch, s. 6 s.; *Hegler*, Festgabe f. Frank I s. 271, viite 2.; *Klee*, Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung, Deutsches Strafrecht 1936, s. 11 ss. — *Liszt*, jonka dogmaattisena lähtökohtana oli käsitys rikoksesta oikeushyvän loukkauksena, selitti jo aikanaan teon asiallisen oikeudenvastaisuuden sen yhteiskuntavahingollisuudeksi erehtyen kuitenkin asettamaan muodollisen ja asiallisen oikeudenvastaisuuden toistensa vastakohdiksi. Ks. tästä *Liszt*, Lehrbuch, 22 Aufl., Suom. s. 120 s. ja *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 4 ss.

Tunnusmerkkien ilmaistessa laissa kiellettyjä vääryystyypppejä on syytä kiinnittää erikseen huomiota myös niiden teknilliseen rakenteeseen.

Rikoksen subjektista, tekijästä, on laissa tavallisesti vain yleisluontoinen määräys: »se, joka — — —», mikä tarkoittaa jokaisen ihmisen periaatteellisesti voivan olla rikoksen tekijä. Toisinaan sitä vastoin tekijänä olemisen mahdollisuus on rajoitettu määrättyyn henkilöpiiriin. Tällöin on kysymys erikoisrikoksesta (*delictum proprium*).^{94a} Usein laissa mainitaan myös teko-objekti, jolla tarkoitetaan sitä fyysillisen maailman esinettä, johon teko tunnusmerkkienmukaisesti kohdistuu. Milloin teko-objektia ei rikokseen kuulu, on kyseessä n.s. puhdas toimintarikos. Nimitys johtuu siitä, että toiminnan objektin puuttuessa tällaisesta rikoksesta puuttuu myös objektissa ilmenevä n.s. loppuseuraus. Milloin toiminnan johdosta syntyy myös loppuseuraus, voidaan erotukseksi edellisistä puhua erikoisista »seurausrikoksista» tai »aiheuttamisrikoksista».⁹⁵

Systemaattisesti katsoen merkityksellisempiä kuin maininnat subjektista ja teko-objektista ovat lainmääräykset teosta ja sen mahdollisista modaliteeteista. Tekemistä osoittava ilmaisu ei ylipäänsä voi rikoslain säännöksestä puuttua ja se on myöskin lähtökohtana tunnusmerkkien todettaessa. Tunnusmerkkien rakenne pohjautuu laissa käytettyyn toimintaa osoittavaan ilmaisuun, esim. »ottaa hengen», »varastaa». Nämä sanat ilmaisevat tavallisesti lähinnä toiminnan loppuseurauksen, mikä johtuu siitä, että lainsäätäjää on useimmiten kiinnostanut vain määrätyn vahinkoseurauksen estäminen, eivät sitä vastoin toimintaan liittyvät modaliteetit, t.s. teon paikalliset ja ajalliset

— Koko rikosoikeuskäsitys on ratkaisevasti riippuvainen niistä katsomuksista, jotka kulloinkin ovat vallalla yksilön suhteesta valtioon, kirkkoon ja muihin niihin verrattaviin yhteiskuntaelämän ilmiöihin. Ks. tästä etenkin *Honkasalo*, *Nulla poena*, s. 21 ss. ja Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa, *Defensor Legis* 1943, s. 155 ss.

^{94a} Erikoisrikoksen käsitteestä laajasti *Sundström-Salmiala*, *Varsinaisesta osallisuudesta*, s. 95 ss.

⁹⁵ Ks. *Mezger*, *Strafrecht*, s. 96 s. 188; *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 10. — Toiminnan seuraus on, jotta kaikilla rikoksilla olisi »seuraus», otettava mielestämme niin laajassa mielessä, että se käsittää sekä tekijän fyysillisen käyttäytymisen että tekijän ulkopuolella ilmaantuvan tapahtumisen. Näin ymmärtäen seuraus voi esiintyä monessa muodossa, joskus rajoittuen pelkkään tekijän ruumiinliikkeeseen. Tässä katsannossa esiintyvät puhtaasti ulkonaiset eroavaisuudet eri rikosten välillä eivät luonnollisesti sinänsä oikeuta mihinkään johtopäätöksiin.

suhteet, loppuseurauksen toteuttamisessa käytetty keino, tekoon liittyvät muut seikat j.n.e. Modaliteettien esiintyminen tai puuttuminen ei tällaisessa tapauksessa millään tavalla vaikuta teon tunnusmerkistön mukaisuuteen. Kuitenkin on olemassa runsaasti poikkeuksia, joissa joku modaliteetti on tehty tunnusmerkistötekijäksi. Täten on rikoksia, joiden tekemisessä on käytettävä laissa määrättyä keinoa ja joissa siis ei minkäläinen tahansa loppuseurauksen toteuttaminen, vaan ainoastaan lain määräämää tietä tapahtuva toteuttaminen täyttää teon tunnusmerkistön mukaisuuden vaatimuksen. Kun eräissä tunnusmerkistöissä rikoksen tekemisen tulee paikallisesti tapahtua esim. »julki-
sesti» (RL 16:8) tai valtiopäivillä (RL 15:1) ja toisissa tapauksissa rikoksen teko-aikana tulee kysymykseen vain esim. aika »valtakunnan jouduttua sotaan tai sodan sitä uhatessa» (RL 12:2) tai »yön aika» (RL 28:2^o), on tunnusmerkistön mukaisuuden edellytyksenä näissä tapauksissa, että toiminta täyttää vaatimukset myös paikallisissa ja ajallisissa suhteissa. Mikäli toiminta ei edes miltään osalta tapahdu vaaditussa paikassa ja määrättynä aikana, ei se ole vääräystyyppin mukaista. Kun paikalliset ja ajalliset vaatimukset kuuluvat rikoksen tekemisessä käytettävän keino- käsitteeseen vain laajassa mielessä, on myös tunnusmerkistöjä, joissa on kysymys keinosta sen varsinaisessa, ahtaassa merkityksessä. Näin saatetaan vaatia käytettäväksi »myrkyä tahi muuta sellaista vaarallista ainetta» (RL 21:7) tai väärän asianlaidan esittämistä tai oikean salaamista (RL 36:1). Tunnusmerkistön mukaisuus edellyttää tällöin juuri vaaditunlaisen keino- käyttämistä.

Tunnusmerkistöjen rakennetta tutkittaessa voidaan niissä havaita erilaisia aineksia siitä johtuen, ettei niiden tarkoituksena ole reaalisen todellisuuden sellaisenaan kuvaileminen, vaan pikemminkin ohjata lainkäyttäjää kuvattujen toimien rikosoikeudelliseen arvostelemiseen. Näin ollen on ymmärrettävissä, että tunnusmerkistöjä laadittaessa ei ole käytetty vain kuvailevia, deskriptiivisiä tunnusmerkkejä, jotka tuomari pelkästään tiedollisesti, kognitiivisesti omaksuu, vaan myös arvioimista kaipaavia, normatiivisiä tunnusmerkkejä, joiden »käsit-
tämiseen» tarvitaan tuomarin arvottamistointa. Täten ilmenevä erilaisuus tunnusmerkistöaineiksissa on ollut viimeisinä vuosikymmeninä vilkkaan pohdinnan alaisena tieteisopissa ja kysymyksellä on katsottu olevan erittäin suuri merkitys. Niinpä M. E. Mayer aikanaan näki tunnusmerkistön mukaisuudessa puhtaasti tosiasiallisen, deskriptiivisin tunnusmerkein kuvattun olotilan, jonka arvottamisena esittäytyi

oikeudenvastaisuus.⁹⁶ Sittemmin ovat etenkin *Grünhut* ja *Mezger* osoittaneet, että tällä vastakkainasettelulla ei ole mitään tekemistä tunnusmerkistön mukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden keskinäisen suhteen kanssa, vaan että kysymys on vain siitä, että laissa on faktillisten käsitteiden rinnalla myös normatiivisia tunnusmerkistöaineiksia, ts. aineksia, joissa pelkkä tosiasiatoteamus ei riitä, vaan tarvitaan myös tuomarin arvoratkaisua.⁹⁷ Lopuksi *Erik Wolf* on kehittänyt tämän katsomuksen siihen, että kaikki tunnusmerkistöaineikset ovat pohjaltaan normatiivisia, koska faktillisetkin käsitteet joutuessaan oikeusjärjestyksen käsitemaailmaan muuttuvat arvopitoisiksi käsitteiksi, reaaliseseen substraattiin kietoutuu eroittamattomasti oikeudellista arvoa.⁹⁸ *Wolf*in katsomuksen ovat sitten *Grünhut*, *Mezger* sekä myös *Eb. Schmidt* ja *Radbruch* hyväksyneet.⁹⁹

Vaikka myönnetäänkin kaikkien tunnusmerkistöainesten viime kädessä olevan luonteeltaan normatiivisia, on kuitenkin tarpeen vaatia pitää erillään ne tunnusmerkistötekijät, joilla on olennaisesti faktillinen sisältö ja jotka tavallisen kielenkäytön mukaisesti viittaavat reaalisesti olevaan, niin että tuomari todetessaan niiden olemassaolon saa rajoittua lähinnä vain »tiedolliseen» toimintaan. Oikeusvaltion aatteen mukaista on, että tunnusmerkistöjä luotaessa mikäli mahdollista turvaudutaan näihin »deskriptiivisiin» aineksiin, jotta vältettäisiin aina jossain määrin epämääräiset ja tuomarin subjektiivisille kannanotoille alttiit arvoratkaisut.¹⁰⁰ Normatiivisten ainesten

⁹⁶ *Mayer*in katsomuksen virheellisyys ilmenee ennen muuta siinä, että hän joutui selittämään eräät tosiseikat, joiden arvoratkaisua vaativuus oli ilmeinen, samanaikaisesti epävarsinaisiksi tunnusmerkistötekijöiksi ja varsinaisiksi oikeudenvastaisuusaineiksiksi. Ks. *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil*, s. 182.

⁹⁷ Ks. *Grünhut*, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Recht und Staat* 41, 1926, s. 5 ss.; *Sama*, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, Festgabe f. Frank I, s. 21 ss.; *Mezger*, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, Sonderabdruck aus der Festschrift f. Traeger, 1926, s. 31 ss. Vrt. myös *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 31.

⁹⁸ Ks. *Erik Wolf*, *Strafrechtliche Schuldlehre*, s. 79: »Begriffe, wie »Wille«, »Krankheit« oder »Hund« nehmen eine spezifisch juristische Bedeutung an und verlieren damit ihren psychologischen, medizinischen oder zoologischen Charakter».

⁹⁹ Ks. *Grünhut*, Festgabe f. Frank I, s. 22; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 191; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 182 s.; *Radbruch*, Festgabe f. Frank I, s. 167.

¹⁰⁰ Tätä kysymystä käsittelevät laajemmin etenkin *Honkasalo*, *Nulla poena*, s. 15 s. ja 52 s. sekä *Mezger*, Festgabe f. Reichsgericht V, s. 17 ss. — Rikosoikeudellisille käsitteille asetettavista vaatimuksista ks. *Kekomäki*, *Ammattimaisten ja tavanomaisten rikosten käsitteistä*, 1933, s. 199 ss.

epäkelpoisuus tässä katsannossa aiheutuu etenkin siitä, että arvottamisen laatu ja määrä suuresti vaihtelevat. *Mezgerin* mukaan deskriptiivisten ja varsinaisten normatiivisten ainesten välillä ovat kognitiivista arvottamista vaativat ainekset, joissa arvottaminen tapahtuu kokemustietoon nojautuen (esim. »vaarallisuuden» arvosteleminen yleisvaarallisissa rikoksissa). Normatiivisia ovat luonteeltaan mielen toteamista vaativat ainekset, joita on n.s. ilmaisurikoksissa (tällaisia ovat esim. väärä vala ja kunnianloukkausrikokset), oikeudellista arvottamista edellyttävät ainekset (esim. esineen vieraus RL 28: 1, »virkamies» RL 40: 1, »asiakirja» RL 36: 3) ja sivistyksellistä arvottamista vaativat ainekset (esim. »sukupuolikuria tahi säädyllisyyttä loukkaava teko», RL 20: 14). Myös milloin paljoutta tarkoittava arviointi on jätetty tuomarin tehtäväksi, on kysymyksessä normatiivinen tunnusmerkistötekijä.¹⁰¹ Milloinkaan tuomari ei saa turvautua omaan, puhtaasti subjektiiviseen arvottamistoimeensa, hänen on päinvastoin aina pitädyttävä vakiintuneisiin objektiivisiin, oikeudellisiin tai sivistyksellisiin arvoratkaisuihin. Myönnettävä tosin on, että tuomarin subjektiivinen asennoituminen saattaa näytellä jotain osaa nimenomaan sivistysarvottamisten ollessa kyseessä.¹⁰²

Normatiivisten tunnusmerkistötekijäin käsitteen merkityksellisyys, vaikka se ei olekaan niin suuri kuin aluksi otaksuttiin, on lähinnä siinä, että se on ollut omiaan suuntaamaan katseen oikeudellisen arvostelun esineenä olevan aineiston erikoislaatuiseen esimuodostukseen. Määrätynlaiset käsitteet voivat näet sulkea piiriinsä vain näiden käsitteiden kanssa adekvaattista aineistoa. »Sollen natürliche Vorgänge zu normativen Begriffen in Beziehung gesetzt werden, so müssen sie sich bereits einen besonderen Auswahl, Gliederung und Zusammenfassung in Hinblick auf die typischen Rechtswerte unterzogen haben».¹⁰³ Suuri käytännöllinen merkitys normatiivisten tun-

¹⁰¹ Ks. *Mezger*, Vom Sinn, s. 38 ss.; *Sama*, Strafrecht, s. 191 s. — *Hegler*, Festgabe f. Frank I, s. 271 ss., viite 2, jakaa tuomarin arvoratkaisut varsinaisiin ja epävarsinaisiin, jolloin edellisille on ominaista tuomarin omintakeinen arvottaminen ja jälkimmäisille toteamus toisaalla jo tapahtuneesta arvottamisesta. — *Erik Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931, s. 58, erottaa toisistaan arvotäyteiset (»wertgefüllte») ja arvotäyttöä kaipaavat (»wertausfüllbare») rikoksen tunnusmerkit.

¹⁰² Ks. tästä *Listz-Schmidt*, Lehrbuch, s. 183: »Die Gefahr willkürlicher Wertungen ist daher nicht ausgeschlossen. Gerade hier aber zeigt es sich, dass richterliche Subsumtion nicht nur eine Angelegenheit des Intellekts, sondern auch eine solche charakterlicher Selbstzucht ist.» Vrt. tästä kysymyksestä myös *Brusiin*, m.t., s. 91 ss.

¹⁰³ Näin *Grünhut*, Festgabe f. Frank I, s. 22 s.

nusmerkistötekijäin erikoislaadulla on siinä, että tahallisuuteen kuuluu tieto rikoksen tunnusmerkistötekijöistä, siis myöskin normatiivisista. Vaikea kysymys syntyy nimittäin tällöin sen seikan suhteen, missä määrin tahallisen tekijän on tunnettava normatiiviseen tunnusmerkkiin sisältyvät oikeudelliset ja sivistykselliset arvot, kun täyden tiedon vaatiminen selvästi veisi mahdolltomuuksiin. Puuttumatta tähän kysymykseen lähemmin toteamme vain useiden tutkijoiden katsovan n.s. »rinnakkaisarvottamisen» (»Parallelwertung») riittäväksi.¹⁰⁴

Tunnusmerkistöissä voidaan erottaa erilaisia aineksia myös sen mukaan, koskevatko ne tekijän sielunelämään, hänen »minä»-piiriinsä kuuluvia seikkoja, vaiko tekijän sielunelämän ulkopuolella olevia, mahdollisesti toisen henkilön psyykilliseen piiriin kuuluvia seikkoja. Tätä jakoperustetta noudattaen on tapana asettaa toistensa vastakohdiksi subjektiiiviset ja objektiiviset tunnusmerkistötekijät. Ne ovat kummatkin yleensä deskriptiivisiä tunnusmerkkejä, sillä myös subjektiiiviset ainekset tuomari saa tietoonsa tavallisesti pelkästään tiedollista, kognitiivista tietä.^{104a}

Aikaisemmin olemme jo esittäneet, miten vanhemmassa tieteisopissa katsottiin subjektiiivisen ja objektiivisen puolen vastakkain asettelulle voitavan rakentaa rikosoikeuden koko systeemi. Myöhemmin sitävastoin on vähän kerrassaan selvinnyt tämän erottelun olevan vain luokittelua, vailla suurempaa enempää tieteisopillista kuin käytännöllistäkään arvoa. Kun koko oikeudenvastaisuusopin ja nimenomaan myös käsilläolevan tutkimuksemme kannalta kysymys subjektiiivisten seikkojen merkityksestä oikeudenvastaisuusarvostelun perustana on ratkaisevan tärkeä ja sitäkin suuremmalla syyllä, kun vielä kehityksen alaisena oleva oppi subjektiiivisista tunnusmerkistötekijöistä näyttää tulevaisuuteen katsoen avaavan uusia, laajoja näköaloja, pidämme aiheellisena kosketella vähän laajemmin oikeudenvastaisuusopin tätä puolta.

¹⁰⁴ Näin ensimmäisenä *Mezger*, ks. *Festgabe f. Reichsgericht V*, s. 23. *Strafrechtslehrsatz*, s. 328, *Mezger* määrittelee »Parallelwertung»-käsitteensä seuraavasti: »se tarkoittaa lain ja lainkäytön arvotarkaisuun rinnastettavaa tunnusmerkistötekijän arvottamista tekijän ja hänen ympäristönsä ajatusmaailmassa» (»eine der gesetzlich-richterlichen Bewertung gleichgerichtete Einschätzung des Tatbestandsmerkmals im Gedankenkreis der individuellen Person und Umgebung des Täters»). — Tahallisuuden suhteesta normatiivisiin tunnusmerkistötekijöihin ks. etenkin *Eichmann*, *Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen*, *Strafrechtl. Abh.* 255, 1929.

^{104a} Ks. *Mezger*, *Strafrecht*, s. 190.

Selvän rintaman muodostaminen *Merkelin* ym. edustamaa puhtaasti subjektiivista oikeudenvastaisuuskäsitystä vastaan näytti aikaan vaativan oikeudenvastaisuuden perustamisen pelkästään objektiivisiin, ulkomaailman seikkoihin. Tässä muodossa objektiivinen teoria oli v. 1901 tienoilla jopa niin vallitseva, että objektiivista oppia vastustavat äänet olivat saksalaisessa tietoisopissa niihin aikoihin käytännöllisesti katsoen täysin vaienneet.¹⁰⁵ Näin ollen objektiivisen ja subjektiivisen puolen, oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden jyrkkä toisistaan erottaminen oli pitkälle eteenkinpäin säännönmukainen lähtökohta jokaisessa rikosoikeuden alaa koskettelevassa tutkimuksessa. Mutta tässä suhteessa esiintyvä jyrkkyys, ajateltakoon esim. *Belingin* oppeja, aiheutti ennen pitkää vastääniä. Myöskin subjektiivisten seikkojen havaittiin näet toisinaan vaikuttavan teon vääräluonteeseen.

On myönnettävä *Belingin* jo pääteoksessaan v. 1906 katsoneen normin voivan poikkeuksellisesti olla siten laaditun, että teon oikeudenvastaisuus on asetettu riippuvaksi tekijän toiminnassaan tavoittelemasta päämäärästä. Näin oli laita varsinkin shikaanikieltoon nähden (BGB 226 §).¹⁰⁶ Subjektiivisten oikeudenvastaisuustekijäin laajalle ulottuvan merkityksen oivalsi kuitenkin ensimmäisenä sivilisti *H. A. Fischer*, joka katsoi teon oikeudenvastaisuuden varsin usein erottamattomasti riippuvan subjektiivista seikoista.¹⁰⁷ Hän esitti useita esimerkkejä tällaisista tapauksista koskien nämä sekä oikeudenvastaisuuden positiivista perustamista että oikeutusperusteita. *Fischerin* esitykset eivät kuitenkaan lähivuosina saaneet rikosoikeuden tutkijain piirissä juuri mitään huomiota osakseen.

Ennenkuin subjektiivisten oikeudenvastaisuusainesten merkittävyys voitiin rikosoikeuden piirissä tunnustaa, oli luonnollisesti välttämätöntä luopua katsomuksen: oikeudenvastaisuus = objektiivinen puoli, syyllisyys = subjektiivinen puoli, aksiomaattisesta luonteesta. Merkilläpantavaa on, että ne molemmat tutkijat, *M. E. Mayer* ja *Hegler*, jotka kumpikin samaan aikaan, ja toisistaan riippumatta, käsitteivät subjektiivisten aineiden merkitystä oikeudenvastaisuusarvostelussa, perustivat myönteisen kannanottonsa uuteen, teleologiseen kat-

¹⁰⁵ Näin *Löffler*, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 21, s. 537.

¹⁰⁶ *Ks. Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 142.

¹⁰⁷ *Ks. H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911, s. 288 ss. Vrt. myös *Sipilä*, m.t., s. 299 s.; *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 228 ss.; *Sama*, Strafrecht, s. 168.

somustapaan.¹⁰⁸ *Heglerin* v. 1915 ilmestynyt tutkimus »Die Merkmale des Verbrechens» on vieläpä ensimmäinen kokonaisesitys rikoksesta teleologiselta kannalta katsottuna.¹⁰⁹ Tässä tutkimuksessaan, joka alkuaan oli Tübingenin yliopistossa pidetty virkaanastujaisesityelmä, *Hegler* omaksuu »Tübingenin koulun», ns. »intressilainopin»¹¹⁰ edustaman teleologisen katsomustavan ja käsitteenmuodostusmetoodin rikosoikeustieteeseen, ei vain saadakse siten käyttökelpoisen aineellisen mittapuun yksityisten rikosoikeuden säännösten tulkintaan, vaan ennen kaikkea voidakseen tätä tietä määritellä rikosoikeudellisen oikeudenvastaisuuden olemuksen.¹¹¹

Hegler lähtee opinkehittelyssään lausumasta, että rikos on muodollisesti niiden edellytysten yhdistelmä, joiden toteuttamisesta oikeusjärjestyksen mukaan seuraa rangaistus.¹¹² Näihin edellytyksiin kuuluu lähinnä ihmisen ulkonaisessa maailmassa ilmenevä teko. Mutta miksi oikeusjärjestys määrättyihin käyttäytymisilmiöihin liittää rangaistusseuraamuksen? Vastaus on tavallisesti muodollinen: teko on oikeuden-, t.s. norminvastainen. *Heglerin* mielestä tällaista vastausta ei kuitenkaan voida pitää tyydyttävänä, kun normiadressaattia koskeva kysymys on käskyn sielullisen tajuaamisen välttämättömyydestä vallitsevien käsitysten vastakkaisuuden vuoksi ratkaisematon ja kun normien joustamattomuuden ja siihen liittyvän järjestelmän aukkoisuuden takia yksityistapausten ratkaiseminen on lisäksi epävarmaa. Lähemmäksi oikeusjärjestyksen vastaisen teon todellista luonnetta johtaa sitävastoin aineellinen näkemys, koska jokaiseen esiintyvään tapaukseen voidaan käyttää ajatusrakennelmaa: kun valtiovalta rikoslainsäännöksellä liittää määrättyyn tekoon julkisen rangaistuksen, niin teon täytyy valtion ylläpitämässä oikeusjärjestyksessä ilmenevän kat santokannan mukaan olla julkisia, valtion etuja loukkaava ja tässä mie-

¹⁰⁸ Emme tässä yhteydessä enää selosta *M. E. Mayerin* käsityksiä. Viittaamme edellä objektiivista oikeudenvastaisuusoppia koskevaan esitykseen, s. 26. Vrt. myös *Alanen*, Hätävarjelus, s. 103; *Sipilä*, m.t., s. 300; *Salovaara*, Defensor Legis 1937, s. 130 s.; *Mezger*, Gerichtssaal 89, s. 236 s.; *Hegler*, Festgabe f. Frank I s. 261 s.; *Sieverts*, m.t., s. 15 ss.

¹⁰⁹ *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 36, s. 19 ss.

¹¹⁰ Intressilainopin edustajana mainittakoon *Heck*. Ks. hänen tutkimuksiaan Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen, 1932 ja Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Archiv für die civilistische Praxis 1914.

¹¹¹ Huomautettakoon, että *Dohna* oli jo aikaisemmin teoksessaan: »Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen», 1905, oikeudenvastaisuuskysymyksessä edustanut samantapaista katsomusta.

lessä yhteiskuntaa vahingoittava. Mutta teleologinen katsomus johdattaa *Heglerin* mukaan nimenomaan myös toiseen silloin vallassa olleen teorian korjaukseen. Vaikka intressin loukkaamiseen on aina tarpeen ulkomaailmassa ilmenevä teko, niin pelkkä teko ei kuitenkaan aina riitä. Esim. varkausrikoksessa ei intressiä loukkaavasti toimi vielä se, joka ottaa vieraan irtaimen esineen, vaan vasta se, joka tekee sen anastamistarkoituksessa. Samoin petoksessa aineelliseen l. asialliseen oikeudenvastaisuuteen vaaditaan erehdyttämällä aiheutetun varallisuusvahingon lisäksi tekoon liittynyt tarkoitus saada itselle tai toiselle laitonta aineellista etua. Täten useista rikoslain säännöksistä voidaan päättää tekijän tarkoituksen niissä olevan teon yhteisetua loukkaavan luonteen edellytyksenä ja oikeudenvastaisuuden siis eräissä tapauksissa perustuvan objektiivisten seikkain ohella myös tekijän subjektiivisiin seikkoihin. Nämä tapaukset, niihin luettuna myös rikoksen yritys, kuuluvat *Heglerin* nimityksellä: »Delikte mit überschüssender Innentendenz» merkitsemään rikosten ryhmään. Niissä esiintyvä ulkonaisessa maailmassa vaadittavaa tekemistä kauemmaksi ulottuva tekijän tarkoitus ei *Heglerin* mielestä voi kuulua syyllisyyteen. »Vielmehr handelt es sich hier regelmässig um sozusagen ins Subjektive verflüchtigte Momente des gesellschaftsschädlichen, interesseverletzenden Verhaltens, eine Art Vordatierung der Empfindlichkeit des betreffenden Interesses». ¹¹³ Kyseessäolevat sielulliset seikat voitaisiin hyvin vaatia objektiivisesti olemassaoleviksi, esim. varkaudessa anastamistarkoitus jo toteutuneena. Samoin on laita yritykseen nähden. Lainsäätäjä ei ole kuitenkaan katsonut välttämättömäksi vaatia niin paljoa, hänelle intressin vastaisen loukkaamisen otaksumiseen riittää, että ulkonaisesti tehdään jotain määrättyä sen yli ulottuvin määrätynlaisin tarkoituksin. Täten on *Heglerin* mukaan osoitettu, ettei kaikki subjektiivinen aines kuulu syyllisyyteen eikä oikeudenvastaisuuteen ainoastaan objektiivisia seikkoja. ¹¹⁴

Pohjoismaisessa tieteisopissa on etenkin *Knoph* edustanut käsitystä objektiivisen oikeudenvastaisuuden paikkansapitämättömydestä siinä mielessä, ettei tekijän tarkoituksella voisi olla merkitystä sen määrittämisessä. ¹¹⁵ Kun *Hagerup* katsoo oikeudenvastaisuuden ole-

¹¹² *Hegler*, m.k., s. 23 ss.

¹¹³ *Hegler*, m.k., s. 32 s.

¹¹⁴ *Hegler*, m.k., s. 34. Vrt. myös *Sieverts*, m.t., s. 8 ss.

¹¹⁵ *Knoph*, Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett, s. 273 ss.

van riippumattoman tekijän syyllisyydestä tai syyksiluettavuudesta ja myös tekijän mielteistä selittäen Getzin ja Goosin tutkimusten pääansioksi sen vaatimuksen periaatteellisen merkityksen terävän hahmoittelun, että teon oikeudenmukaisuus on arvosteltava »efter Handlingens hele objektive Forhold til de menneskelige Samlivsvilkår»,¹¹⁶ *Knoph* päätyy laajojen siviili- ja rikosoikeudellisten pohdintojen jälkeen siihen katsomukseen, että oikeusvastaisuuden kannalta tekoa arvosteltaessa on usein otettava huomioon myös teon sisäinen, sielullinen puoli. Huomattava on kuitenkin, että *Knoph* silloin kun oikeudenvastaisuuskysymys ei ole aivan selvästi ratkaistavissa lain säännöksen perusteella, heti turvautuu aineelliseen oikeudenvastaisuuskäsitykseen, joka hänellä esiintyy suorastaan toissijaisena oikeuslähteenä ja jonka olemuksena on mitä monipuolisin intressien vertailu.¹¹⁷ Tämä aineellinen oikeudenvastaisuus, joka *Knophin* mielestä hyvin usein tulee kysymykseen, on se oikeudenvastaisuuskäsitys, jonka pohjalta subjektiivisilla seikoilla todetaan olevan merkitystä oikeudenvastaisuuden määräämisessä.¹¹⁸ Intressivertailussa on *Knophin* mukaan otettava huomioon kaikki teon puolet, joilla oikeusjärjestyksen kannalta on merkitystä. Ne seikat, jotka kuitenkin vertailussa olisi asetettava etusijalle, ovat teon ulkonainen puoli, sen sisäinen puoli sekä ne teknilliset näkökohdat, joita on pidettävä silmällä jokaista oikeussäännöstä luotaessa. Nämä laajat näköalat, joita tunnusmerkistöllisyys ei ole kahlehtimassa, sallivat luonnollisesti subjektiivisten oikeudenvastaisuusainesten hyväksymisen varsin suuressa määrin.¹¹⁹

¹¹⁶ Ks. *Hagerup*, Aarsakssammenhaeng og Retsstridighed, Tidsskrift for Retsvidenskap, 1909, s. 328. Vrt.* myös *Hagerup*, Strafferettens almindelige del, 1911, s. 232.

¹¹⁷ *Knoph*, m.t., s. 243.

¹¹⁸ Ks. *Knoph*, m.t., s. 264 s.: »At en handling på denne måde kan være retsstridig uten å være straffbar, er en velkjent ting. De rettssyn, som krever straff for en handling, er jo ikke identiske med dem som krever at handlingen skal forbys. Straffe må som et onde anvendes med økonomi, — — —. Alle disse overveielser, som kommer i betraktning, når det straffbare forsøk skal bestemmes, trer i bakgrunnen når det er forsøkets retsstrid det tales om. For så vidt derfor ikke dette spørsmål direkte er avgjort i loven, må det drøftes ut fra de grunnbetraktninger som ellers avgjør retsstridsspørsmålet.»

¹¹⁹ Meikäläisessä kirjallisuudessa *Alanen* hyväksyy subjektiivisten oikeudenvastaisuusainesten olemassaolon. Niiden vartenottaminen ei ole oikeudenvastaisuus- ja syyllisyyskäsitteiden toisiinsa sekoittamista. Ks. *Hätävarjelus*, s. 102 s. Samoin *Salmiala* toteaa rikoksen tunnusmerkistöön voivan kuulua sielullisia momentteja, kun eräät rikokset edellyttävät sellaisia tekijässään, näin esim. varkaus-

M. E. Mayerin ja Heglerin luotua pohjan subjektiivisia oikeudenvastaisuustekijöitä koskevalle opille, Mezgerille lähinnä kuuluu ansio siitä, että hän tutkimuksillaan saattoi sen Saksassa jotenkin yleisesti hyväksytyksi.¹²⁰ Käsiteltyään ensin »Die subjektiven Unrechtselemente»-nimisessä, v. 1923 julkaistussa artikkelissaan niitä ensi sijassa oikeutusperusteiden kannalta, hän v. 1926 omisti niille huomiota oikeudenvastaisuutta konstituoivina aineksina, subjektiivisinä tunnusmerkistökiteijöinä.¹²¹ Myöhemmin ei opin perus katsomuksissa ole tapahtunut suurempia muutoksia, vaikka yksityistapauksiin nähden onkin esiintynyt runsaasti erimielisyyttä.

Subjektiivisia oikeudenvastaisuusaineiksia koskevaa oppia, johon siis kuuluvat sekä tunnusmerkistön mukaista vääryyttä perustavat että oikeutusperusteita luovat subjektiiviset seikat, voidaan luonnehtia seuraavaan tapaan.¹²² Oikeudenvastaisuus on objektiivista oikeusjärjestyksen vastaisuutta. Säännönmukaisesti tekijän sielullisella suhteella hänen tekemäänsä oikeudenvastaiseen tekoon, oikeudenloukkaukseen, ja sen faktillisiin seikkoihin kohdistuvalla tekijän tiedolla on merkitystä vasta teon lukemisessa tekijälle syyksi. Mutta sääntö kaikkien objektiivisten seikkojen kuulumisesta oikeudenvastaisuuteen ja kaikkien subjektiivisten seikkojen sisällymisestä syyllisyyteen ei ole poikkeukseton, sillä ellei subjektiivisia oikeudenvastaisuustekijöitä myönnettäisi olevan olemassa, olisi rikoksia ilman yhteiskunnan vastaisuudeksi ymmärrettyä oikeudenvastaisuutta.¹²³ Ulkonaisesti katsoen samanlainen teko saattaa täten toisen kerran olla oikeuden mukaista, toisen kerran taas oikeudenvastaista toimintaa, riippuen tekijän mielestä tekoa tehdessään, hänen sielullisesta tilastaan ja asenteestaan tekoonsa nähden. »So grob und äusserlich läuft das feine und komplizierte menschliche Interessenspiel nicht ab, dass es

rikos hyötymistarkoitusta. Ks. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 31. Samalla kannalla myös *Sipilä*, m.t., s. 302 ja *Anttila*, m.t. s. 6.

¹²⁰ Ks. esim. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 183 s.; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 186 ss. ja *Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934.

¹²¹ Ks. *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, Gerichtssaal 89, 1924, s. 297—312; *Sama*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926, s. 13—30.

¹²² Tutkimuksemme kannalta meitä kiinnostavat lähinnä edelliset, tunnusmerkistön mukaista vääryyttä konstituoivat subjektiiviset seikat.

¹²³ Ks. *Hegler*, Festgabe f. Frank I, s. 276. — Myöskään syyllisyyttä ei voida määrätä pelkästään subjektiivisesti, vaan se riippuu myös objektiivisista seikoista. Ks. tästä *Hegler*, s. 251 ss.; *Mezger*, Strafrecht, s. 260 s.

für die Grenze von Recht und Unrecht auf jene seelischen Faktoren überhaupt nicht ankäme. Freilich bedarf es immer eines besonderen Grundes, um auf sie zurückzugreifen.»¹²⁴ Subjektiiviset seikat tulevat oikeudenvastaisuustekijöinä ennen muuta kysymykseen silloin, kun tunnusmerkistöön on otettu vain sinänsä riittämätön osa oikeudenvastaisuuden objektiivisista edellytyksistä ja puuttuvalta osalta viitattu subjektiiviseen piiriin kuuluvaan tekijän sielulliseen asennoitumiseen. Näin voidaan katsoa olevan laita myös rikoksen yritykseen nähden.

Edellä hahmoiteltu oppi subjektiivisista oikeudenvastaisuustunnuksmerkeistä on syntynyt ja se on mahdollinen vain aineellisesti ymmärretyn objektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen pohjalta. Tämä käy selväksi tutkittaessa niitä vastaväitteitä, joita tätä oppia vastaan on esitetty.

Formalistisen ja pelkästään ulkonaisen maailman seikkoihin rakentuvan oikeudenvastaisuuskäsityksensä kannalta *Beling* on omaksumut periaatteellisesti jyrkästi kielteisen asenteen subjektiivisiin vääryysaineisiin nähden. Lausuttuaan jo pääteoksessaan tekijän tarkoituksen aina voivan olla vain syyllisyystekijä eikä mitään enempää,¹²⁵ hän on myöhemmin katsonut olevan syytä määrätä kantansa yleistä hyväksymistä saaneeseen oppiin täsmällisemmin. Hän lausuu nyttemmin: »Die Auffassungen, dass alles Unrecht im Willen wurzle», dass also »Unrecht» nur ein anderer Ausdruck für die Schuldhaftigkeit der Seelenregung sei und es ausser dem seelischen Unrecht keine Rechtswidrigkeit gebe, dürfen heute überwunden gelten. Gibt man aber zu, dass das Innere und Äussere zwei verschiedene Gegenstände der rechtlichen Wertung sind, so bedeutet es einen Rückschritt, wenn man Äusseres mit Innerem zusammengemengt als das Vorwissen nimmt, das als ganzes auf seine Rechtswidrigkeit hin zu untersuchen sei, man weicht damit nur der Frage aus, wie die Rechtsordnung das äussere Verhalten für sich bewertet.»¹²⁶ Kun subjektiivisten oikeudenvastaisuusaineiksien katsotaan olevan samalla myös subjektiivisia tunnusmerkistötekijöitä, niin *Beling* torjuu tämän sellittään tunnusmerkistön voivan kuvata vain ulkonaista tapahtumista. Jos sielullisia seikkoja otetaan mukaan siihen aineistoon, jonka tulee olla tekijän subjektiivisen puolen, tietämisen, kohteena, niin psyko-

¹²⁴ Näin *Mezger*, *Strafrecht*, s. 170.

¹²⁵ Ks. *Beling*, *Lehre vom Verbrechen*, s. 196.

¹²⁶ *Beling*, *Lehre vom Tatbestand*, s. 12.

logian kannalta joudutaan mahdottomuuksiin. Tunnusmerkistön tehtävänähän on juuri kuvata rikoksen objektiivista puolta, johon subjektiivisen puolen tulee olla suhteessa. Tunnusmerkistö on ohjekuva kummallekin.¹²⁷

Samoin *Goldschmidt* subjektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen-
sä pohjalta hylkää opin subjektiivisista oikeudenvastaisuusaineksista. Hänellä tekijän »tarkoitus» on vain raskain syyllisyydenaste, jolla ei periaatteellisesti voi olla mitään erikoistehtävää.¹²⁸ Yhtävähän kuin yrityksessä — hän lausuu — täytöntöönpanotahallisuus, joka ei ole johtanut tarkoitettuun seuraukseen, tämän johdosta estyy olemasta syyllisyyttä, yhtävähän on niin tarkoituksen suhteen n.s. tarkoituksirikoksissa. Ne eivät voi samalla olla oikeudenvastaisuustekijöitä, koska täytöntöönpanotahallisuudesta huolimatta absoluuttisesti keltottoman yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden tapauksissa oikeudenvastaisuus kokonaan puuttuu ja konkreettisesti vaarallisessa yrityksessä vaarantaminen sinänsä on oikeudenvastaista. Sitävastoin subjektiivisia tunnusmerkistötekijöitä *Goldschmidt* kyllä myöntää olevan. Niillä hän kuitenkin tarkoittaa vain laissa »tyypillistettyjä» syyllisyystunnusmerkkejä.¹²⁹

Belingin ja *Goldschmidtin* vastaväitteiden johdosta on sanottava, etteivät ne miltään osin mene asian ytimeen. Perusteet, mitä kyseessäolevan opin tueksi on esiintuotu, he sivuuttavat niihin syventymättä. *Beling* pitäytyy liian kiinteästi vanhaan kategoriaaliseen jakoon oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden välillä, että hänellä voisi olla ymmärtämystä subjektiivisia oikeudenvastaisuustekijöitä kohtaan. Hänen väittämänsä »psykologisen mahdottomuuden» perusteettomuus on selitettävissä siten, että katsotaan subjektiivisen oikeudenvastaisuusaineksen olevan samalla myös syyllisyysainesta.¹³⁰ *Goldschmidt*tiä vastaan on huomautettava kaikkien olevan yhtä mieltä yritykseen liittyvän täytöntöönpanotahallisuuden kuulumisesta syyllisyyteen. Mutta kun hän vastustaa sen selittämistä samalla oikeudenvastaisuustekijäksi viitaten oikeudenvastaisuuden puuttumiseen absoluuttisesti

¹²⁷ *Beling*, Grundzüge des Strafrechts, s. 29 s. *Belingin* tunnusmerkistön käsitteestä vrt. edellä s. 34 ss.

¹²⁸ *Goldschmidt*, Festgabe f. Frank I, s. 457 s.

¹²⁹ Ks. *Goldschmidt*, Festgabe f. Frank I, s. 462 s. Ks. myös *Sieverts*, m.t., s. 73 ss. Kuten aikaisemmin on esitetty, tunnusmerkistöllä on *Goldschmidtin* mukaan ymmärrettävä oikeudenvastaisuus- ja syyllisyystunnusmerkkien muodostamien rangaistavuuden edellytysten yhteiskäsitettä. Ks. ed. s. 38.

¹³⁰ Ks. *Mezger*, Strafrecht, s. 171; *Hegler*, Festgabe f. Frank I, s. 299 s.

kelvottomassa yrityksessä y.m., niin tämän johdosta on huomautettava absoluuttisesti kelvottoman yrityksen olevan oikeudenvastainen, jos se katsotaan rangaistavaksi, ja jos se ei ole rangaistava, eivät myöskään oikeudenvastaisuus- ja syyllisyystekijät siinä esiinny.¹³¹ *Goldschmidtin* vastaväite jää olennaisesti perustelua vaille.

Subjektiivisia oikeudenvastaisuustekijöitä koskevan opin arvostelijat, kuten esim. *Beling*, viittaavat muun ohella siihen, että sanottu oppi johtaisi suorastaan symptomaattiseen rikoskäsitukseen, kun viime kädessä luovuttaisiin vaatimasta minkäänlaista objektiivista oikeudenvastaisuutta. *Goldschmidtillä* absoluuttisesti kelvoton yritys esiintyykin pelkästään velvollisuudenvastaisuutena, syyllisyytenä ja kun siitä seuraa rangaistus, rangaistaan hänen mukaansa teosta, joka ei ole oikeudenvastainen. Nämä käsitykset antavat aiheen periaatteellisesti tärkeään kysymykseen, minkälainen suhde todella vallitsee oikeudenvastaisuuden piiriin kuuluvien objektiivisten ja subjektiivisten seikkojen välillä ja missä määrin ne kumpikin ovat katsottavat oikeudenvastaisuusarvostelun perustana välttämättömiksi.

Kysymykseen objektiivisten ja subjektiivisten oikeudenvastaisuus- ja tunnusmerkistötekijäin keskinäisestä suhteesta ja nimenomaan niiden merkityksellisyydestä toistensa rinnalla annettava vastaus määräytyy luonnollisesti sen perusnäkemyksen mukaisesti, että oikeusjärjestys on ulkonaisen elämän järjestys. Näinollen perustaksi on aina ensi sijassa otettava objektiivisesti olemassaolevat seikat, koska normaalisissa tapauksissa yleensä vain ne tulevat oikeudenvastaisuusarvostelussa huomioonotettaviksi. Subjektiiviset seikat täyttävät vain sen lisän, mikä objektiivisten seikkojen lisäksi tarvitaan. Vasta sitten kun objektiiviset seikat ovat jo joutuneet ryhmänä arvostelun kohteeksi, on nostettava kysymys, onko lain vaatima tekijän tarkoitus, ja juuri sellaisena miksi se laissa on muotoiltu — ei siis subjektiivinen puoli kokonaisuudessaan — olemassa ja täyttääkö se vajauksen koko toiminnan oikeudenvastaisuuden, sen yhteiskuntavastaisuuden mielessä. Tältä pohjalta on esiintyvät vaikeudet ratkaistava.¹³² Mutta subjektiivisia oikeudenvastaisuustekijöitä koskevan

¹³¹ Ks. aikaisemmin esitettyä s. 15.

¹³² Ks. *Mezger*, *Gerichtssaal* 89, s. 242; *Säma*, *Strafrecht*, s. 170; *Hegler*, *Festgabe f. Frank I*, s. 284. — On myönnettävä, että edellä esitetyn periaatteen soveltaminen ei ole aina helppoa ja yksinkertaista. Erimielisyyttä on syntynyt esimerkiksi siitä, voiko tekijäkumppanuus perustua pelkästään subjektiiviseen oikeudenvastaisuustekijään. *Vom Sinn-teoksessaan*, s. 24, *Mezger* on katsonut tekijäksi jokaisen,

opinkäsityksen oikeutus on viime kädessä perustettavissa myös siihen; että objektiiviset seikat eivät ole oikeudenvastaisuusarvostelun perustana välttämättömiä, t.s. oikeudenvastaisuusarvostelun kohteena voisivat hyvin olla vain subjektiiviset seikat. On hyvin ajateltavissa, että oikeudenvastaisen, yhteiskuntaa vahingoittavan teon vaatimuksesta pidetään kiinni vain siinä mielessä, että se esiintyy tekijän toimintavalmiissa päätöksessä, hänen mielikuvissaan. Tällöin luovutaan vain siitä, että ulkomaailman tapahtuma on oikeudenvastaisuudelle konstituoiavaa laatua.¹³³ Se mahdollisuus, että oikeudenvastaisuuteen vaadittaisiin vain subjektiivisten seikkojen olemassaoloa; ei voi järkyttää otaksumaa, että kysymys koskee yhtäkaikki oikeudenvastaista suhtautumista eikä se saa harhauttaa käsitykseen, että kyseessä olisi vain syyllisyys. Onko syyllisyys moitittavuuden mielessä tällöin olemassa, on aina vielä kysymys erikseen. Suhtautumisen oikeudenvastaisuus, yhteiskunnanvastaisuus on näin ajatellen vain tekijän subjektiivista piiriä koskeva tosiasia. Tämä konstruktiomahdollisuus pohjautuu siihen teleologisen katsomustavan kehittämään perusnäkemykseen, ettei vastakohdassa oikeudenvastaisuus — syyllisyys ole kysymys mistään luonnontieteellisestä vastakkaisuus-

»der am Tatbestand — sei es auch ohne Verwirklichung eines äusseren Tatbestandsmerkmals nur mit der vom Gesetz geforderten »Absicht« usw. — teilnimmt» ja tästä katsomuksesta hän pitää kiinni myös oppikirjassaan, ks. Strafrecht, s. 444. Hegler on periaatteellisesti samalla kannalla, vaikka hän erotteleekin erilaisia tapauksia, ks. Festgabe f. Frank I, s. 319. Kuitenkin lienee päinvastaista kannanottoa, jonka mukaan subjektiivinen tunnusmerkistötekijä ei yksinään voi riittää tekijän vastuun perustamiseen, pidettävä oikeampana. Objektiivisia seikkoja kauemmas ulottuva tekijän tarkoitus lisää tosin laissa kuvaillun ulkonaisen käyttäytymisen oikeushyvää loukkaavaa luonnetta, mutta lain sanamuoto (RL 5:1, »ovat yhdessä tehneet rikoksen»; StGB § 47: »eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen») näyttää kuitenkin puoltavan sellaista tulkintaa, että tekijäkumppanin täytyy olla aina myös »tekemässä» sitä mitä laissa kielletään. Tällä kannalla ovat Grünhut, arv. Belingin teoksesta Die Lehre vom Tatbestand, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 52, s. 149 (»Absichten und Tendenzen sind keine Ausführungshandlungen»); Eb. Schmidt, ks. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 336; myös viite 18; Bruns, m.t., s. 58.

¹³³ Sen tosiasian huomioonottaminen, ettei oikeudenvastaisuusarvostelu ole sidottu objektiivisiin seikkoihin, on teoreettisesti tärkeää. Gemmingerin esim. lausuu, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 86: »Das entscheidende Rechtswidrigkeitsurteil, auf das es für des Täters Schuld ankommt, ist dasjenige über das subjektive Zusammenschau material. Diese Erkenntnis wird dadurch verschleiert, dass unser geltendes Recht — wenn man vorerst einmal vom Versuch absieht — stets ein, als rechtswidrig wertbares Aussenweltverhältnis zur Bestrafung voraussetzt.»

desta, vaan erilaisista arvostelulajeista. Oikeudenvastaisuus merkitsee käyttäytymisen arvostelemista oikeusjärjestyksen vastaiseksi, syyllisyyden ydin on henkilökohtaisessa moitearvostelussa. Tämän kahtalaisen arvostelun asiallinen oikeutus selviää negatiivista: Jos oikeudenvastaisuus puuttuu, teko on rikoslain kannalta katsoen luullinen, tekijällä on oikeus, hän saa niin toimia. Jos sitä vastoin syyllisyyttä teon suhteen ei ole, niin tekijän käyttäytyminen pysyy kiellettyinä, oikeudenvastaisena, hän ei saanut niin toimia, mutta hän on tehnyt sen sellaisten olosuhteiden vallitessa, että häneen ei käytäytymisestä voida kohdistaa moitetta.¹³⁴ Vieläpä viitatulla äärimmäis-subjektivistisellä kannalla oltaessa tämä arvostelulajien vastakkaisuus säilyy arvostelukohteen ollessa silloin vain suurelta osalta sama.¹³⁵

Subjektiivisia tunnusmerkistötekijöitä koskevan opin suuri käytännöllinen merkitys ilmenee etenkin tekijän erehdyttä, hätävarjelusta, yritystä, osallisuutta ja konkurenssia koskevissa kysymyksissä. Niihin ei yritystä lukuunottamatta tässä tutkimuksessa voida puuttua.¹³⁶ Myöskään ei tämän tutkimuksen kannalta ole tarpeen käsitellä kaikkia niitä rikosryhmiä, joissa subjektiivinen tunnusmerkistö-

¹³⁴ Ks. *Hegler*, Festgabe f. Frank I, s. 301; *Grünhut*, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, s. 14; *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 31. Syyllisyyden selittäminen moitittavuudeksi on nykyään aivan tavallista, ks. esim. *Mezger*, Strafrecht, s. 248 ss.; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 221.

¹³⁵ Oikeudenvastaisuus- ja syyllisyysarvostelujen kohdistumisesta samaan seikkaan ks. *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 188. (Vrt. myös edellä s. 000); *Mezger*, Strafrecht, s. 171 s. — Saksan kansallissosialistisessa tietoisopissa subjektiiviset oikeudenvastaisuusainekset saivat suurta huomiota osakseen. Senjälkeen kuin *Erik Wolf* oli kirjassaan »Vom Wesen des Täters», 1932, (Recht und Staat 87) hahmoitellut uusia näköaloja, jotka näyttivät antavan subjektiivisille vääräysaineksille ennen aavistamattoman merkityksen inhimillisen käyttäytymisen oikeudenvastaisuutta arvosteltaessa, *Schaffstein* on selittänyt, ettei sanottujen aineiden rikosoikeudellinen merkitys suinkaan rajoitu teon yhteiskunnanvastaisuuden osoittamiseen, vaan että niiden tehtävänä on sen lisäksi »die Gesinnung und den verbrecherischen Willen des Täters zu typisieren». Ks. *Schaffstein*, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, Festschrift f. Richard Schmidt, 1934, s. 20 ss.; *Sama*, Das Verbrechen, eine Rechtsgutsverletzung, Deutsches Strafrecht 1935, s. 97 ss. *Weber* on teoksessaan »Zum Aufbau des Strafrechtssystems», 1934, suositellut psykologista oikeudenvastaisuudenkäsitettä uudistetun rikosoikeudensysteemin perustaksi.

¹³⁶ Viittaamme tässä katsannossa varsinkin *Heglerin* ja *Sievertsin* perusteellisiin esityksiin, ks. *Hegler*, Festgabe f. Frank I, s. 317—338 ja *Sieverts*, m.t., s. 174—198.

tekijä eri muodoissa voimassaolevassa rikosoikeudessamme esiintyy.¹³⁷ Rajoitumme seuraavassa tutkimaan vain päälinjoja periaatteellisesti ja käytännöllisesti tärkeimmän ryhmän »tarkoituks rikosten» (»Absichtsdelikte» l. »Delikte mit überschüssender Innentendenz») piirissä.¹³⁸

Tarkoituks rikosten ryhmän on kuvaillut jo *Binding* selittäessään näille rikoksille luonteenomaiseksi piirteeksi rikoksen täyttymisen asettamisen tapahtuvaksi jo yrityksen asteella. Samalla hän myöskin jakoi tarkoituks rikokset kolmeen alaryhmään: »katkaistuihin seuraus rikoksiin» (»coupierter Erfolgsdelikte»), »typistetysti kaksitoimisiin rikoksiin» (»verkümmert zweiaktige Verbrechen») ja »puhtaisiin yritys rikoksiin» (»reine Versuchsverbrechen»).¹³⁹ Tämä jaoittelu on asiallisesti katsoen säilynyt myöhemmilläkin tutkijoilla. *M. E. Mayer*, *Mezger* ja *Zimmerl* käyttävät vieläpä samoja nimityksiä kuin *Binding*, joskin »puhtaiden yritys rikosten» ryhmä heillä sulautuu »katkaistuihin seuraus rikoksiin», *Hegler*illä on samoin vain kaksijako, kun taas *Erik Wolf*illa ja *Sieverts*illä esiintyy jälleen kolmijako.¹⁴⁰ Käytämme seuraavan esityksemme pohjana *Bindingin* jaoittelua.

Katkaistujen seuraus rikosten erikoislaadun *Binding* näkee siinä, että niissä kausaalinen toiminta, jonka vasta tulisi aikaansaada oikeudenvastainen seuraus, sellaisenaan jo muodostaa täytetyn

¹³⁷ Saksan rikosoikeudessa esiintyviin tapauksiin ja niiden ryhmittelyyn nähdän ks. etenkin *Sieverts*, m.t., s. 140—174.

¹³⁸ *Mezger* jakaa ne rikokset, joissa esiintyy subjektiivinen tunnusmerkitötekijä ja joille hänen mukaansa on tunnusomaista »ein sinnerfülltes Wollen der äusseren Handlung», kolmeen pääryhmään: 1. tarkoituks rikokset, joissa teko on keinona kauemmas ulottuvan päämäärän saavuttamiseen, — 2. tendenss rikokset (»Tendenzdelikte»), joissa toimintaan liittyy erikoinen subjektiivinen tendenssi, esim. siiveellisyys rikos, jossa teon on tapahduttava määrätystä tarkoituksessa ja ammattimainen rikos, jossa tekoon liittyy tekijän tarkoitus saada rikoksen toistamisesta itselleen tulolähde, — 3. ilmaisorikokset (»Ausdrucksdelikte»), jossa teko on ilmauksena määrätystä sielullisesta tilasta, esim. väärä vala kysymyksen ollessa asianosaisen valasta. Ks. *Mezger*, Vom Sinn, s. 15 ss. ja Strafrecht, s. 172 s. — *Sieverts* jakaa kysymykseen tulevat tapaukset vain kahteen pääryhmään: 1. »Delikte mit überschüssender Innentendenz», ja 2. »Delikte mit intensivierter Innentendenz». Ks. *Sieverts*, m.t., s. 140 ss.

¹³⁹ Ks. *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. T. I, 2 Aufl. 1902, s. 10 ss.

¹⁴⁰ Ks. *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 123; *Mezger*, Vom Sinn, s. 15 ss. ja Strafrecht, s. 172 s.; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, s. 29 ss.; *Hegler*, Festgabe f. Frank I, s. 306 ss.; *Erik Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit, s. 19 ss.; *Sieverts*, m.t., s. 141 ss.

rikoksen tunnusmerkistön, olipa seuraus sitten syntynyt tai ei. Tältä ajatuspohjalta lähtien tämä ryhmä on saanut edelläkäytetyn nimityksensä. Oikeampaa lieenee kuitenkin subjektiivisen tunnusmerkistötekijän huomioonottaen määritellä ne rikoksiksi, joissa »tekijä tahtoo tekonsa kauemmas ulottuvan seurauksen objektiivisena perustana» (näin *Mezger*) tai joissa »objektiivisesti vaaditun käyttäytymisen täytyy olla tahdottu keinona sitä pitemmälle ulottuvan ulkonaisen seurauksen saavuttamiseen» (näin *Hegler*, joka käyttää ryhmästä nimitystä »Erfolgsabsichtsdelikte»). Saman ajatuksen ilmaisee myös kaava: »Joka tekee jotain, jotta siitä ilman lisätointa syntyisi jotain muuta (määrättyä)» (näin *Wolf*, joka suosittelee nimitystä »objektive Zweckdienlichkeitsdelikte»). Esimerkkinä näistä rikoksista on usein mainittu petos (RL 36: 1). Petoksessa tekijä erehdyttämällä aiheuttaa varallisuusvahingon tarkoittaen täten saada itselleen laitonta aineellista etua. Varallisuusedun on toisen omistuksesta siirryttävä tekijälle vahingon aiheuttamisen välityksellä. Tätä rikosta tarkasteltaessa herättää kuitenkin epäilystä se seikka, että tekijän tarkoitus tähtää vain varallisuusedun saantiin, ei siis mihinkään sinänsä oikeusjärjestyksen vastaiseen tavoitteeseen. Tähän seikkaan vedoten *Zimmerl* onkin selittänyt petoksen kuuluvan vain n.s. epävarsinaisiin tarkoituksirikoksiin, joille olisi tunnusomaista, ettei tarkoitettu tulos edusta mitään pahaa.¹⁴¹ Tämä käsittämistapa on kuitenkin torjuttava, sillä se tosiasia, että varallisuusvahingon aiheuttaminen tapahtuu varallisuusedun saamiseksi, antaa oikeushyvän loukkaukselle petoksessa olennaisen värinsä. Jos varallisuusvahinko aiheutuu aprillipilan johdosta, petoksesta ei voi olla kysymys! On huomattava, ettei toiminnan rikollisuus petoksessa tyhjenny varallisuusvahingossa, niinkuin asiaa pelkästään yksityisen vahingonkärsijän kannalta katsoen voitaisiin arvella, vaan rikokselle on tunnusomaista myös, että vahingon aiheuttaminen tapahtuu petollisessa tarkoituksessa.¹⁴² *Zimmerl*in mielipide voidaan torjua myös viittaamalla *Bindingin* tunnettuun lausumaan: »Das Rechtsgut ist stets Rechtsgut der Gesamtheit, mag es scheinbar noch so individuell sein.» Tässä mielessä oikeushyvä on aina valtionhyvä.¹⁴³ — Toisena esimerkkinä katkaistuista seurausrikoksista mainittakoon myrkytys (RL 21: 7), jossa subjektiivisena tunnusmerkistötekijänä on toisen terveyden vahingoittamis-

¹⁴¹ *Zimmerl*, Lehre vom Tatbestand, s. 40.

¹⁴² Ks. *Mezger*, Strafrecht, s. 172, viite 8; *Hegler*, Festgabe f. Frank I, s. 313.

¹⁴³ Ks. myös *Sieverts*, m.t., s. 153 s.

tarkoitus. Tosin objektiivisesti vaadittava myrkyn saattaminen toiseen on jo sinänsä oikeushyvä, ruumiillista koskemattomuutta, loukkaavaa ja vaarantavaa, mutta tässäkin vahingoittamistarkoitus antaa oikeushyvän loukkaamiselle oman värinsä.¹⁴⁴

Typistetysti kaksitoimisille rikoksille on *Bindingin* mukaan ominaista, että täytetyn rikoksen konstituoi niissä ensimmäisen toimen tekeminen siinä tarkoituksessa, että toinen seuraisi myöhemmin. Sama ajatus voidaan myös lausua siten, että »tekijä tahoo tekonsa subjektiivisena keinona myöhemmän toimintansa suorittamiseen» (näin *Mezger*; samaan tapaan myös *Hegler*, jolle nämä rikokset ovat »*Nachaktsabsichtsdelikte*») tai että näiden rikosten rakennekaava kuuluu: »Joka tekee — — — — jälleen itse tehdäkseen — —» (näin *Wolf*, joka käyttää näistä rikoksista nimitystä »subjektive *Zweckdienlichkeitsdelikte*). Esimerkkinä typistetystä kaksitoimisesta rikoksesta mainittakoon väärän rahan tekeminen y.m. (RL 37: 1). Tässä rikoksessa objektiivisesti vaadittavaan väärän rahan valmistamiseen tulee liittyä tarkoitus panna se oikeasta liikkeeseen. Mainittu tarkoitus on selvästi subjektiivinen tunnusmerkistötekijä, koska vasta sen mukanaolo antaa teolle sen oikeudenvastaisuuden, joka sillä tulee olla oikeushyvä: rahaliikkeen luotettavuutta ja turvallisuutta, vastaten.¹⁴⁵ Näihin rikoksiin on luettava myös eräs tavallisimmista rikoksista, nimittäin varkaus (RL 28: 1), jonka tunnusmerkistössä anastamistarkoitus on konstituiva tunnusmerkki. Vasta anastamistarkoitus osoittaa epäamättömän selvästi, että varkaussäännöstöllä suojeltava oikeushyvä on omaisuus. Tämän subjektiivisen seikan puuttuessa RL 28: 1:n rikos olisi suojeleobjektiinsa nähden varsin monimerkityksinen. Kun varkauden kriminalisoinnilla suojeltava oikeushyvä omaisuus on ymmärrettävä taloudellisena arvona eikä muodollisena oikeuskäsitteenä,¹⁴⁶ niin vasta tekijän tarkoitus saada esineen taloudellinen arvo omistajan poissulkien itselleen tekee selväksi vaaran, että esineen ottamisella omistaja menettää sen taloudellisen arvon.

Puhtaiden yritysrikosten ryhmän tunnusmerkiksi *Binding* katsoo, että näissä rikoksissa jo oikeudenvastaiseen seuraukseen tähtäävän toiminnan kaukaisin aloittaminen merkitsee rikoksen yri-

¹⁴⁴ Toisin kuitenkin *Sieverts*, s. 151, joka katsoo ruumiiseen saatetun myrkyn ja sen terveyttä in concreto tuhoavan ominaisuuden aikaansaaman vaaran olevan ilmeisesti riippumattoman tekijän tarkoituksista.

¹⁴⁵ Raharikosten suojeleobjektista ks. *Serlachius*, Oppikirja II, 2, s. 310.

¹⁴⁶ Ks. *Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 30.

tystä. Näin on *Bindingin* mukaan asian laita varsinkin niissä Saksan rikoslain mainitsemissa rikoksissa (esim. StGB §§ 81, 105, 114, 122, 159), joissa jo toimintaan »ryhtyminen» (»Unternehmen») riittää rangaistavaksi teoksi.¹⁴⁷ *Wolf*in mielestä tähän hänen »ryhtymisrikoksiksi» nimittämäänsä ryhmään on luettava myös tavallinen rikoksen yritys. Ryhmän rakennekaavana hän esittää: »Joka tekee jotain epä-määräistä, atyyppistä aikaansaadakseen jotain määrättyä, tyypillistä». Päinvastoin kuin katkaistuissa seurausrikoksissa, joissa sekä tavoiteltu loppuseuraus että myöskin objektiivisesti vaadittu väliseuraus ovat laissa määriteltystä, näissä rikoksissa väliseuraus olisi tietoisesti jätetty määrittelemättä.¹⁴⁸ *Mezger* ja *Hegler* edustavat kuitenkin toisenlaista kantaa heidän katsoessaan tämän ryhmän rikosten ja rikoksen yrityksen kuuluvan edellä mainittuihin katkaistuihin seurausrikoksiin ja siis koko tämän ryhmän erottamisen itsenäiseksi olevan tarpeetonta. Meidän nähdäksemme tämä katsomus on oikeampi kuin *Wolf*in puoltama. Vaikka onkin myönnettävä väliseurauksen tämän ryhmän rikoksissa yrityksen mukaanlukien jääneen laissa nimenomaisin sanoin määrittelemättä, niin se on käsityksemme mukaan kuitenkin tullut niin tarkoin määritellyksi, ettei asiallista eroa katkaistuihin seurausrikoksiin nähden voida havaita.¹⁴⁹ Myöhemmässä esityksessämme tulemme osoittamaan, ettei »yrittämisen» voida katsoa olevan epä-määräistä, atyyppistä toimintaa, vaan että sekin on tunnusmerkistön mukaisesti oikeudenvastaista käyttäytymistä. Mielestämme on otettava myös huomioon, ettei monissa täytetyissäkään rikoksissa käyttäytymisen laatu ole laissa sanottavasti tarkemmin määritely.

¹⁴⁷ Kuten ylläsanotusta selviää, *Binding* katsoo »ryhtymisen» käsittävän ainakin osittain myös valmistelutoimet. Saksalaisessa tieteisopissa on vallitsevana kuitenkin katsomus, että »ryhtyminen» merkitsee vain samaa kuin »yrittäminen». Ks. *Hippel*, *Deutsches Strafrecht* II, s. 407 s.; *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 88; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 386 s. Näin myös Saksan valtakunnanoikeus, ks. tästä *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 306, viite 12. *Bindingin* kannalla kuitenkin ovat *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 306; *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil*, s. 349; *Allfeld*, *Lehrbuch*, s. 188. Meillä ei tällä riitakysymyksellä nähdäksemme ole merkitystä senvuoksi, että Saksan rikoslain puhuessa tekoon »ryhtymisestä», meillä vastaavissa säännöksissä käytetään sanaa »yrittää». Mielestämme sellaisissa meidän RL:me tapauksissa, joissa puhutaan »koettamisesta» (vrt. RL 16:1, 8, 8a ja 17:6) sillakin tarkoitetaan vain »yrittämistä».

¹⁴⁸ Samoin kuin *Wolf* myös *Sieverts*, m.t., s. 142 s.

¹⁴⁹ Tarkasti ottaen oikeastaan vain päättynyt yritys on luettava katkaistuihin seurausrikoksiin, kun sitävastoin päättymätön yritys vastaa paremmin typistetyksi kaksitoimisten rikosten tyyppiä. Ks. tästä *Hegler*, *Festgabe f. Frank*, I, s. 317.

Niin yksimielisiä kuin subjektiivisia tunnusmerkistötekijöitä koskevan opin kannattajat ovatkin näiden tekijöiden merkityksellisyydestä juuri tarkoituksirikoksissa, *Zimmerl* on kuitenkin nimenomaan näihin rikoksiin nähden esittänyt kielteisen kannan. Edelläsanoitun valaisemiseksi on syytä lyhyesti kosketella hänen kannanottonsa tueksi esiintuomia perusteita.¹⁵⁰

Zimmerl myöntää kyllä positiivisessa oikeudessa olevan subjektiivisia tunnusmerkistöaineksia. Niiden löytämiseksi on hänenkin mukaansa kysyttävä, tuovatko tekijän psyykkiset seikat jonkin lisän teon oikeushyvää loukkaavaan luonteeseen, vai ovatko ne pelkästään teon johdosta tekijään kohdistettavan moitteen perustana? Selittäen *Mezgerin* tunnuksen: »*ein sinnerfülltes Wollen der äusseren Handlung*» niin pitkälle meneväksi, että tämä mielekäs tahtominen voisi edustaa vaadittavaa vääryyttä kokonaisuudessaan ja siis tahallisuus sellaisenaan olisi myös vääryyttä, hän pyrkii osoittamaan tämän katsomuksen vääräksi. Tekijän erehdys jonkin tunnusmerkin suhteen ei poistaisi näinollen vain syyllisyyttä, vaan jo oikeudenvastaisuudenkin. Myös osallisuus tällaiseen vääryydentekoon olisi mahdollon, samoin hätävarjelus tällaista vääryyttä vastaan. Tämän täysin mahdollottoman tuloksen johdosta, johon tunnus: »*sinnerfülltes Wollen der äusseren Handlung*» johtaa, *Zimmerl* pohtii muita ratkaisumahdollisuuksia. Jos objektiivisesti vaadittavaan tunnusmerkistöön liitettäisiin koko tahallisuuden sijasta vain siitä erotettava tekijän tarkoitus, niin tämä ei *Zimmerlin* mielestä voi tulla kysymykseen, koska tällöin olennaisesti samanlaatuiset ainekset erotettaisiin toisistaan ja olennaisesti erilaatuiset kytkettäisiin yhteen. Ulospääsytien *Zimmerl* uskoo löytävänsä tutkimalla rikoksen yritystä, jossa vallitseva oppi myöskin näkee mielekkään tahtomisen. Tämä katsomus johtaa *Zimmerlin* mukaan siihen odottamattomaan päätelmään, että riippuen siitä, onko rikos tullut täytetyksi vai jäänyt yritykseen, on tekoon liittynyt yksinkertainen tai mielekäs tahtominen. Virheen *Zimmerl* näkee teko-sanan epätarkassa käytössä, kun sillä tarkoitetaan tarpeen vaatiessa pelkkää väliseurausta. Jos se sitävastoin ymmärretään vain loppuseurauksen aiheuttamisen mielessä, niin mitään vaikeutta ei ilmaannu. »*Beim Versuch liegt dann stets einfaches Wollen der Tat vor, d.h. des tatbestandsmässigen Erfolges, den wir*

¹⁵⁰ Ks. *Zimmerl*, *Lehre vom Tatbestand*, 1928, etenkin s. 31 ss. Vrt. myös *Hegler*, *Festgabe f. Frank I*, s. 268 ss., 283 ss. ja 314; *Sieverts*, m.t., s. 39 ss.

Enderfolg nennen wollen».¹⁵¹ Loppuseurauksen tahtomiseen sisältyy kyllä myös väliseurauksen tahtominen, mutta viimeksimainittu on kuitenkin vain sekundääristä luonteeltaan.

Samalla tavalla kuin yrityksessä on *Zimmerlin* katsantokannan mukaan laita myös tarkoitusrikoksissa, vain sellaisin eroavaisuuksin, että jälkimmäisissä väliseuraus on *expressis verbis* määritelty ja sen syntymisestä seuraa jo rangaistus täytetystä rikoksesta. Mutta näisäkin objektiivisesti vaadittu tapahtuminen on vain väliseuraus tekijän pyrkiessä loppuseuraukseen, esim. varastamiensa elintarvikkeiden käyttämiseen nälkänsä tyydyttämiseksi. Tämä loppuseuraus on taas vain yksinkertaisesti tahdottu. Sama pitää paikkansa myös hyvin moniin tavallisiin rikoksiin nähden. Tekijälle voi esim. henkilön surmaaminen olla väliseuraus hänen tavoitellessaan perintöä tämän jälkeen. Näiden todistelujen *Zimmerl* katsoo osoittavan väitetyin kvalitatiivisen eron yksinkertaisen ja mielekkään tahtomisen välillä olevan itse asiassa vain kvantitatiivista.¹⁵²

Zimmerl tahtoo, kuten edellä jo kävi ilmi, pitää ehdottomasti kiinni oikeudenvastaisuusarvostelun perustamisesta pelkästään objektiivisiin seikkoihin. Hänen mielestään väitetty subjektiivinen tunnusmerkistötekijä on tarkoitusrikoksissa palautettava takaisin objektiiviseksi tunnusmerkiksi. Tekijän tarkoituksen sijalla tulee olla tämän tarkoituksen objektivoituneena, tarkoituksen objektin (»Objekt der Absicht»), joka yhdessä objektiivisesti vaadittavien tunnusmerkistötekijäin, »suppeamman tunnusmerkistön», kanssa muodostaa »laajennetun tunnusmerkistön» (»erweiterte Tatbestand»). Tähän »laajennettuun tunnusmerkistöön» kohdistuvan tekijän tarkoituksen sijalla on *Zimmerlin* mukaan vääryystekijänä oleva toiminnan »laajennettuun tunnusmerkistöön» suuntautuva objektiivinen tendenssi. Varsinaisissa tarkoitusrikoksissa ja rikoksen yrityksessä vääryystekijänä ei siis ole tekijän tarkoitus, vaan suppeampaan tunnusmerkistöön sisältyvään toimintaan liittyvä loppuseurauksen syntymisen objektiivinen todennäköisyys.¹⁵³ Tekijän subjektiivisella suhteella »laajennettuun tunnusmerkistöön» on merkitystä vain indisiona teon objektiivisesta tendenssistä.

Tahallisuutta vailla olevalla, oikeudenvastaiseen seuraukseen objektiivisesti tähtäävällä, täyttämättä jääneellä tunnusmerkistönmu-

¹⁵¹ *Zimmerl*, m.t., s. 37.

¹⁵² *Zimmerl*, m.t., s. 38.

¹⁵³ *Zimmerl*, m.t., s. 63.

kaisella teolla, josta *Zimmerl* käyttää nimitystä »Quasi-Versuch», hän katsoo olevan huomattavan systemaattisen arvon, vaikka hän myöntääkin Saksan rikoslain kannalta olevan vähän aihetta sanotun käsitteen selvittelyyn. Itävallan rikosoikeudessa sitävastoin tämä yrityksen kaltainen käyttäytyminen olisi välttämätön lähinnä kolmessa kohdassa: 1. osallisuusopissa, kun osallisuus on luonteeltaan vain rajoitetusti liitännäistä päätekoon, — 2. hätävarjeluopissa, ja — 3. turvaamistoimenpiteitä koskevassa opissa.¹⁵⁴

Puuttumatta laajemmin *Zimmerlin* tosin mielenkiintoisiin, mutta kuitenkin varsin dialektisformalistisiin esityksiin, on todettava hänen joutuneen monessa suhteessa harhaan. *Mezgerin* määrittelyn »ein sinnerfülltes Wollen der äusseren Handlung» hän on ymmärtänyt väärin, kun kysymys on itse asiassa vain subjektiivisten seikkojen käyttämisestä objektiivisten lisäksi (aineellisen) oikeudenvastaisuuden selvittämiseksi. Subjektiivisen puolen panemista kokonaisuudessaan oikeudenvastaisuusarvostelun pohjaksi ei ole kukaan subjektiivisia oikeudenvastaisuustekijöitä koskevan opin kannattaja puoltanut. Rikoksen yritykseen voidaan kyllä ajatella liittyvän myös »laajennetun tunnusmerkistön» *Zimmerlin* mielessä, mutta väärin on varkauteen liittyvän tekijän tarkoituksen, joka tähtää esim. nälän tyydyttämiseen, liittäminen yhteen objektiivisesti vaadittavien tunnusmerkkien kanssa »laajennetuksi tunnusmerkistöksi». Ainoa oikea menettely on pitäytyminen lainsäätäjän luomaan tunnusmerkistöön ja tekijän tarkoituksen tutkiminen sen puitteissa. Kun *Zimmerl* edelleen tahtoo oikeudenvastaisuuden perustaa vain objektiivisiin seikkoihin, hän joutuu vaikeuksiin yrittäessään selittää toimintaan liittyvän »objektiivisen todennäköisyyden» riittäväksi. Hän sanoo itse, että milloin objektiivinen tarkastelu antaa tulokseksi sekä oikeudenvastaisen että oikeudenmukaisen seurauksen yhtä suuren syntymismahdollisuuden, esim. oppipoika kurkottaa kassalippaaseen, jossa on sekä hänen että mestarin kukkaro, niin tekijän tahdon suunta on »ein wertvolles Indiz für die Feststellung der Richtung der Handlung». Jos tiedetään oppipojan A:n tahtovan ottaa mestarinsa kukkaron, »dann zeigt mir dies die Richtung der Handlung auf eine fremde Sache», teko on siis oikeudenvastainen. Ja *Zimmerl* jatkaa: »Die subjektive Einstellung des A ist aber hier nicht Unrechtselement, sondern lediglich ein Beweismittel, auf das ich verzichten kann;

¹⁵⁴ *Zimmerl*, m.t., s. 50 s. — Osallisuuden liitännäisyydestä 1. aksessorisuudesta ks. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 321 s.

wenn sich etwa schon aus der Richtung der Armbewegung ergibt, auf welche Handlung die Sache abzielt.»¹⁵⁵ Tällä kannanotolla on yhteys toiseen *Zimmerlin* katsomukseen, johon hän myös johtuu luonnontieteellisesti ymmärretystä oikeudenvastaisuuden objektiivisuudesta, nimittäin siihen, että »syylisyys on sekundäärinen vääräys-elementti».¹⁵⁶ Tämä on uusi näkökohta subjektiivisia oikeudenvastaisuustekijöitä koskevassa keskustelussa. Mitä vihdoin tulee »Quasi-Versuch» käsitteeseen, niin se on todettava tarpeettomaksi. Osallisuudessa on meillä samoin kuin Saksan oikeudessa, vallalla äärimmäisliitännäinen muoto. Hätävarjeluksessa taas vaaditaan aloitettua tai kohta päätä uhkaavaa oikeudetonta hyökkäystä, jolla ei ole mitään tekemistä toiminnan objektiivisen tendenssin kanssa.

¹⁵⁵ *Zimmerl*, m.t., s. 15 s.

¹⁵⁶ Ks. *Zimmerl*, m.t., s. 50. Vrt. myös *Hegler*, Festgabe f. Frank I, s. 269; *Sieverts*, m.t., s. 44.

VARSINAINEN OSA.

RIKOKSEN YRITYKSESTÄ, ERITYISESTI N.S. KELVOTONTA YRITYSTÄ SILMÄLLÄ PITÄEN.

III LUKU.

Historiallinen katsaus.

Yrityksen rangaistavuus on todistus jo pitkälle ehtineestä kehityksestä rikosoikeuden alalla. Varhaisina aikoina seurausvastuun vallitessa rikoksen yrityksestä ei voinut nousta kysymystä, kun mitään vahinkoa ei aiheutunut. Vahinkoseuraus oli tällöin rangaistavuuden varsinainen perusta, pahan teon sovittaminen ja kostaminen määräytyivät sen mukaan riippumatta tekijän syyllisyydestä. Vahinkoseurauksen aiheuttamiselle oli yhdentekevää, johtuiko se tekijän tarkoituksellisesta toiminnasta tai tapaturmasta. Mutta silloinkaan kun kehitys on jo ehtinyt siihen asteeseen, että rangaistavuuteen vaaditaan tekijän syyllistymistä tekoonsa eikä ulkonaiseen tekoon toisaalta enää välttämättömästi kuulu varsinaisen vahingon aiheuttaminen, rikoksen yrityksen käsitteen selveneminen ei vielä ole välttämätön kehityksen tuote. Tällä tasolla oleva rikosoikeus voi vielä tulla toimeen kiteyttämällä määrätyt yritysteot erikoistunnusmerkistöiksi, jotka rinnastetaan vahinkoseuraukselle rakentuviin tunnusmerkistöihin. Erikoisen yrityksen käsitteen muodostaminen edellyttää jo huomattavaa abstraktisen ajattelun omaksumista rikosoikeuteen, kun tekoa on arvosteltava sen merkityksen kannalta ajatellun seurauksen aiheuttajana. Oikeushistoriaan perehtyminen osoittaa kehityksen todella kulkeneen tätä tietä. Niinpä roomalainen enempää kuin germaaninen tai varhaiskeskiaikainen oikeus eivät ole kyenneet yrityksen käsitettä muodostamaan.¹

¹ Ks. *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 171 ss. ja *Om försök till brott*. JFT 1868. s. 110 ss.; *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 48; *Hippel*, *Deutsches Strafrecht I*, s. 46 ss.; *Suck*, *mt.*, s. 10 s.

Roomalaiselle oikeudelle yrityksen käsite samoin kuin sitä ilmaiseva sana olivat tuntemattomia.² Täytetyn rikoksen, yrityksen ja valmistelun toisistaan erottaminen ei ollut sille mahdollista. Yksityisrikoksissa (*delicta privata*) rangaistavuus riippui aiheutetusta vahingosta, siis täytetystä tekemisestä. Julkisissa rikoksissa (*crimina publica*) sitävastoin, varsinkin Hadrianuksen ajoista lähtien ja nimenomaan kreikkalaisen filosofian vaikutuksesta, rikoksen arvostelmissa painopiste ratkaisevasti siirtyi teon seurauksesta (*exitus*) tekijän tahtoon (*voluntas*). Mutta tällöin rangaistavuuden kriteeriona oli ulkonaisessa toiminnassa ilmennyt rikollinen päätös, ja rangaistuksen alaisia olivat jo kaikki valmisteluteotkin. Eri asia on, että jo varsin aikaisin eräät yksityiset yritys- ja valmisteluteot olivat täytetyn rikoksen rangaistuksella uhattuja.³

Germaanisessa oikeudessa oli vallalla käsitys rikoksesta yksityisoikeudellisena ilmiönä. Kun rikokseen vaadittiin vahingon aiheuttamista, ei yrityksen rankaiseminen voinut tulla kysymykseen. Frankilaiskautena kuitenkin keskusvallan vahvistuessa ja julkisoikeudellisen rikoskäsityksen saadessa huomattavan merkityksen rikosoikeuden hoidossa monet tyypilliset yritysteot tulivat rangaistaviksi itsenäisinä rikoksina. Täten rangaistiin erikseen kriminalisoituina tekoina esim. henkilön veteen viskaaminen, veitsen ja miekan paljastaminen j.n.e. Saalalainen ja baijerilainen oikeus tuntevat myös erikoisen hengenvaarantamisrikoksen ja langobardilaisessa oikeudessa esiintyy vieläpä hengenvaijymisen yleiskäsite.⁴

Vasta myöhäiskeskiajan italialainen oikeustiede loi yleisen yrityksen käsitteen. 12. vuosisadalla ja 13. vuosisadan alkupuolella n.s. glossaattorit pyrkivät tulkitsemaan ja selittämään Justinianuksen lakikirjaa, ja heidän jälkeensä n.s. kommentaattorit, suunnilleen vv. 1250—1450, tahtoivat roomalaisen oikeuden pohjalla, mutta samalla huomioonottaen myös aikansa kanoonisen ja germaanisen oikeuden, esit-

² Näin Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899, s. 95.

³ Ks. Forsman, *Allmänna läror*, s. 172; Hippel, *Deutsches Strafrecht I*, s. 55 ss., II s. 392; J. Baumgarten, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, s. 1 ss.; Seeger, *Der Versuch der Verbrechen nach römischem Recht*, 1879; Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, s. 303; Mezger, *Strafrecht*, s. 376; Schüler, *Der Mangel am Tatbestand*, *Strafrechtl. Abh.* 181, 1914, s. 3 s.; Suck, m.t., s. 11 s.

⁴ Ks. Forsman, *Allmänna läror*, s. 172 s.; Hippel, *Deutsches Strafrecht I*, s. 103 ss., II, s. 392; J. Baumgarten, m.t., s. 63 ss.; Seeger, *Über die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters*, 1869; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte II*, 1892, s. 458; His, *Das Strafrecht des Deutschen Mittelalters I*, 1920, s. 167; Schüler, m.t., s. 6 s.; Suck, m.t., s. 12 s.

tää silloisen pohjois-italialaisen oikeuden sellaisena kuin sitä käytännössä tosiasiallisesti sovellettiin. Tällöin ensi kerran yritystä (conatus) käsiteltiin itsenäisenä rikoksen ilmenemismuotona. Sen olemus ilmaistiin lauseella: »cogitare, agere, sed non perficere». Yritys ja valmistelu erotettiin toisistaan ja yrityksen katsottiin, langobardilaisen oikeuden katsomusta seuraten, olevan lievemmin rangaistava, kuin täytäntöön saatettu rikoksen tekeminen, kun kerran vahinkoa ei ollut aiheutettu.⁵

Glossaattorien ja varsinkin kommentaattorien aikansa käytännöllisiä tarpeita varten tieteellisesti muokkaama roomalais-kanooninen oikeus omaksuttiin käytäntöön Saksassa, jossa se n.s. yleisoikeutena (»gemeines Recht») oli voimassa useita vuosisatoja. Tämä tapahtui ennen kaikkea keisari Kaarle V:n rikoslakikirjan »Peinliche Gerichtsordnung» v:ltä 1532, tunnettu myös nimellä Carolina, käytäntöön ottamisella. Tämä lakikirja rakentuu läpeensä julkisoikeudellisen rikosoikeuskäsityksen pohjalle. Se ei tunne enää rangaistuksen raukeamista asianomaisten tekemän sovinnon perusteella. Carolinan 178. artiklassa on yrityksestä erittäin satuttava, samansisältöisenä jo vuodelta 1507 olevan Bambergin rikoslakikirjan 204. artiklassa esiintynyt määritelmä: »Item so sich jemandt eyner missethat mit etlichen scheinlichen wercken, die zur volnbringung der missethat dienstlich sein mögen, understeht, und doch an volnbringung der selben missethat durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würdt, solcher böser will, daraus etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen. Aber in eynem fall herter dann in dem anderen angesehen gelegenheyt und gestalt der sacht». Tunnusmerkki »böser will» osoittaa yritykseen vaadittavan tahallisuutta. Sanonta »die zur volnbringung der missethat dienstlich sein mögen» ilmaisee yrityksen eroavan valmistelusta, minkä lisäksi sanojen »dienstlich sein mögen» eräät tutkijat katsovat osoittavan kelvottomien yritystoimien jääneen rangaistavan yrityksen alueen ulkopuolelle.⁷

⁵ Ks. Hippel, Deutsches Strafrecht I, s. 90 ss.; II s. 392; J. Baumgarten, m.t., s. 70 ss.; Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, 157 ss.; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 304; Mezger, Strafrecht, s. 376; Schüler, m.t., s. 8 s.; Suck, m.t., s. 13 s.

⁶ Ks. Frank, Vollendung und Versuch, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil V, 1908, s. 173; Mezger, Strafrecht, s. 376; Schüler, m.t., s. 9 s.; Suck, m.t., s. 14.

⁷ Hippel katsoo Carolinan 178. artiklan nähtävästi tarkoittaneen jättää täytäntöönpanoon kelpaamattomat yritystoimet rankaisemattomiksi, ks. Deutsches Strafrecht I, s. 206, II s. 393. Toisella kannalla kuitenkin Brunnenmeister, Die Quellen

Carolinan mukaan yritys oli oleva lievemmin rangaistava kuin täytetty rikos, mutta se jätti lähemmin määrittelemättä kulloinkin käytettävän rangaistuksen suuruuden. Tämä seikka antoi seuraavina vuosisatoina yleisoikeuden piirissä aiheen yritystekojen täsmällisempään määrittelyyn niiden erilaisen raskausasteen perusteella. Täten tuli tavaksi erottaa toisistaan *conatus remotus*, *conatus propinquus* ja *conatus proximus*, joista ensiksi mainittu tarkoittaa vasta valmisteluteon asteella olevaa yritystä, *conatus propinquus* jo täytäntöönpanoteossa ilmenevää yritystä ja viimeksi mainittu yritystä, jossa tekijä on saattanut toimintansa päätökseen rikoksen täyttymiseen vaadittavan seurauksen jäädessä kuitenkin odottamattomasta syystä syntymättä. Nojautuen siihen myöhäisroomalaisessa oikeudessa vallinneeseen katsomukseen, että ratkaiseva kriteerio rikoksesta on rikollinen tahto eikä toiminnan seuraus, useimmat Carolinan selittäjät ja muut sen tutkijat eivät voineet havaita mitään ratkaisevaa eroavaisuutta valmistelu- ja täytäntöönpanotekojen välillä, koska edellisissäkin rikollinen tahto oli jo ilmaantunut ulkonaisissa toimissa.⁸ Toisaalta kuitenkin yrityksen katsottiin olevan lievemmin rangaistava kuin täytetty rikoksen tekeminen.

19. vuosisadalla tapahtuneelle yritystä koskevien käsitysten muuttumiselle tuli suuntaa antavaksi Ranskan vallankumouksen aikana 22. päivänä prairial-kuuta v. IV laaditun lain yrityssäännös, joka myöhemmin otettiin Code pénal:iin v:ltä 1910, 2. art. Sanottu säännös kuuluu tärkeimmältä osaltaan: »toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu».⁹ Sen mukaan on ulkomaailman tekona ja rikoksen täytäntöönpanon aloittamisena ilmenevä rikoksen yritys rangaistava samoin kuin täytetty rikos, jos täyttämisen on estänyt vain satunnainen seikka ja näin on tapahtunut tekijän tahdosta riippumatta. Yritys

der Bambergensis, 1879, s. 176 ja J. Baumgarten, m.t., s. 115 s. (Baumgarten s. 116: » — — — es doch keinem Zweifel unterliegt, dass der Verfasser dieses Artikels bei dessen Formulierung nicht eine erst 300 Jahre später entstandene Streitfrage vor Augen haben konnte».) Samalla kannalla kuin Baumgarten myös Schüler, m.t., s. 10.

⁸ Näin myös Böhmer, Elementa iurisprudentiae criminalis, 1732, jonka mukaan yrityksen olemus on siinä, että tahto in actus externos erupit. Ks. Hippel, Deutsches Strafrecht I, s. 251 s., II, s. 393; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 304; J. Baumgarten, m.t., s. 118 ss.; Suck, m.t., s. 15.

⁹ Ks. J. Baumgarten, m.t., s. 141; Frank, Vergl. Darst. A V, s. 176.

siis erotettiin ratkaisevasti valmistelusta ja sen olennaiseksi kriteeriksi määrättiin täytäntöönpanon aloittaminen, »commencement d'exécution».¹⁰ Ranskan lain esimerkkiä seuraten sitten myös Preussin rikoslaki v:ltä 1851 vaatii yritykseen täytäntöönpanon aloittamisesta, »Anfang der Ausführung», ja kun tämä laki melkein sellaisenaan tuli Saksan valtakunnan rikoslaiksi (»Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich») v:ltä 1871, niin senkin mukaan vain rikoksen täytäntöönpanon aloittamisen käsittävä rikoksen yritys saattaa olla rangaistava. Viimeksimainitun lain 43 §:n 1 mom. kuuluu seuraavasti: »Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.» Vaikka onkin myönnettävä Saksassa esiintyneen sekä kysymyksen ollessa yrityksen ja valmistelun toisistaan erottamisesta että varsinkin käsiteltäessä yritysteolta vaadittavaa kelpoisuutta tavoitellun päämäärän saavuttamiseen, runsaasti erimielisyyttä siitä, onko »Anfang der Ausführung» ymmärrettävä objektiivisesti, kuten edellä on sanottu, vaiko subjektiivisesti sen mukaan, mitä tekijä itse luulee teostansa, niin useimmat tieteisoppineet ovat kuitenkin jyrkästi edustaneet mainitun ranskalaisen esikuvan mukaista objektiivista tulkintaa.¹¹ Saksan valtakunnan rikoslain (lyh. StGB) mukaan on törkeämmän rikoksen (Verbrechen) yritys aina rangaistava, mutta lievemmän rikoksen (Vergehen) yritys vain milloin laissa on nimenomaan määrätty. Vanhan germaanisen oikeuskäsityksen mukaisesti yrityksestä seuraava rangaistus on oleva lievempi kuin täytetystä rikoksesta tuomittava.

¹⁰ Kuitenkin huomattakoon, että Preussin yleisessä maanlaissa (»Preussische Allgemeine Landrecht») v:ltä 1794, joka ensi kerran julkaistiin jo v. 1791, oli jo luonnehdittu täytäntöönpanoteon käsite, kun (41 §) erälle yrityksen lajille katsottiin tunnusomaiseksi »rikoksen täytäntöönpanoon vaadittava teko» (»zur Ausführung des Verbrechens erforderliche Handlung»). Ks. *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 393.

¹¹ *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 304, sisältää tästä kysymyksestä lausuman, jonka *Mezger*, Strafrecht, s. 377, hyväksyen lainaa: »Das Preuss. StGB von 1851 war — seine Vorgeschichte beweist das schlagend — insofern eine wichtige Etappe in der gesetzgeberischen Entwicklung des Versuchsbegriffs, als es unter französischem Einfluss für den Versuch einen streng rechtsstaatlich orientierten, objektiven Tatbestand schuf, um so die subjektivistische, auf die böse Absicht abstellende polizeistaatliche Auffassung des A.L.R. zu überwinden». Samaa katsomusta edustaa myös *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 393 s.

Ruotsi-Suomen keskiaikaisissa laeissa ovat määräävinä olleet samat periaatteet kuin samanaikaisessa germaanisessa oikeudessa. Yleisenä sääntönä on katsottava silloin olleen rikoksen yrityksen rankaisematta jääminen, koska mitään vahinkoa ei ollut aiheutettu.¹² Ilmaisu nästä katsomuksesta on monissa maakuntalaeissa esiintyvä lausuma: »hött är med intet bött», joka sisältyy myös 1500-luvun alkupuoliskolla laadittuihin tuomarinohjeisiin, vaikka osittain muutettuna: »Hött är medh ingo bött, dock icke på alla rum» (»heristys on sakoton, ei kuitenkaan kaikin paikoin»). Tämä lisäys »dock icke på alla rum» tarkoittanee niitä jo vanhempina aikoina esiintyneitä tapauksia, joissa eräistä määrättyistä yritys- ja valmisteluteoista seurasi rangaistus, vaikka mitään varsinaista vahinkoa ei ollut aiheutettu.¹³ Nämä poikkeukset yritys- ja valmistelutekojen yleisestä rankaisemattomuudesta voidaan jakaa kolmeen eri ryhmään.¹⁴ Jos jonkin rikoksen yritys on sellaisenaan eri rikos, esim. tapon yritys on tavallisesti itsessään pahoinpitelyrikos, niin tapahtuneesta täytetystä rikoksesta seuraa rangaistus, mutta ei tarkoitetun rikoksen yrityksestä. Toiseksi eräissä myöhemmältä ajalta peräisin olevissa säännöksissä on rangaistuksen alaisiksi asetettu määrättyjä tekoja, joihin ei sisälly vahingon aiheuttaminen, mutta jotka voivat in casu olla tapon tai pahoinpitelyn valmistelua tai yrittämistä. Täten esim. aseiden kantaminen ja sen nostaminen toista henkilöä vastaan samoin kuin toisen henkilön tahallinen veteen syökseminen esiintyvät itsenäisinä rikoksina. Vihdoin eräissä määrättyissä tapauksissa, joista enimmäkseen kuuluvat myöhäisempään aikaan, oikeushyvän loukkaamisen valmistelu ja yrittäminen ovat sellaisenaan rangaistavia, siis tekoina, joihin liittyy rikoksen tekemiseen tähtäävä tekijän tarkoitus.¹⁵ Näissäkin tapauksissa rangaistuksenalainen toiminta on säännöksissä kuitenkin tyypinsä puolesta itsenäisesti kuvattu ja rangaistus määrätty kuten

¹² Ks. Hemmer, Studier rörande straffutmätningen i medeltida svensk rätt, 1928, s. 12 ja Om straffbarheten av förberedelse och försök till brott enligt Sveriges medeltidslagar, JFT 1928, s. 391, 417; Honkasalo, Sikiönlähdettäminen, s. 48; Forsman, Allmänna läror, s. 174; Winroth, Anteckningar efter Prof. Winroths rättshistoriska föreläsningar i straffrätt, 1889, s. 54 ss.; Bergendal-Ohlsson, Förslag till ändrad lagstiftning om straff för försök till brott. Statens offentliga utredningar 19, 1940, s. 29.

¹³ Ks. Bergendal-Ohlsson, m.t., s. 29.

¹⁴ Näin Hemmer, JFT 1928, s. 397 ss.

¹⁵ Maanlakien ja yleisen kaupunkilain mukaan esim. surmaamisyritys rangaistiin, jos välineenä oli käytetty myrkkyä, itsenäisenä rikoksena. Ks. tästä Honkasalo, Sikiönlähdettäminen, s. 61 s.

muustakin rikoksesta. Ruotsin keskiaikainen oikeus ei täten ole tuntenut yritystä tai valmistelua rikosoikeuden yleisinä käsitteinä.¹⁶

1734 vuoden laki on rikoksen esiasteiden rankaisemisen suhteen suurin piirtein samalla kannalla kuin Ruotsin vanhempi oikeus. Yleistä yrityksen käsitettä ei vielääkään esiinny, mutta itsenäisinä rikoksina rangaistavat tapaukset ovat entisestä jonkin verran lisääntyneet, minkään yhtenäisen periaatteen niiden kriminalisoinnissa olematta silti havaittavissa. Näin ovat eräät yrityksen muodot rangaistavia esim. sikiönlähdettämässä (Rikoskaari 16:4), myrkyttämisessä (17:1,2), kotirauhan rikkomisessa (20:4), ryöstössä (21:1) ja haaksirikon aiheuttamisessa (21:2), mutta huomiota herättää, että esim. murhan ja tapon yritykset, mikäli ei käytetä myrkkyä tai tekoon sisälly pahoinpitelyä, ovat rankaisematta jääpiä. Kun nimenomaan murha- ja taponyrityksen rankaisemattomuus tuntui kohtuuttomalta, ilmeni lainkäytössä 1734 vuoden lain voimaantuloa seuranneina vuosikymmeninä pyrkimys analoogisen tulkinnan avulla olemassaolevista rangaistussäännöksistä käsin laajentaa rangaistavien yritystekojen piiriä. Täten tapon yrityksen rangaistavuus johdettiin ryöstön yritystä koskevasta säännöksestä. Tämän suuntaiset pyrkimykset vaihenivat kuitenkin valistusajan luoman nolla poena-periaatteen saadessa jalansijaa tieteisopissa ja käytännössä.¹⁷

Ruotsin 1864 vuoden rikoslaissa esiintyy vasta ensi kerran varsinainen yrityksen käsite. Alkuperäisessä asussaan tämä rikoslaki ei, vastoin melkein kaikissa Euroopan maissa noudatettua menettelyä, sisältänyt mitään yleistä määritelmää yrityksestä, vaan rajoittui kunkin kysymykseen tulevan täytetyn rikoksen kohdalla selittämään sen rikoksen yrityksen rangaistavaksi. Tällaisia yrityksen kriminalisointeja sanotussa rikoslaissa oli alkuaan eräiden valtio- ja maanpetosrikosten, vangin väkivaltaisen vapauttamisen, murhan, lapsenmurhan, myrkytyksen ja haaksirikon aiheuttamisen yhteydessä. Näiden varsinaisten yrityssäännösten ohella tavataan rikoslaissa edelleen määritettyjen yritystekojen rangaistuksen alaisiksi asettamisia. Täten esim. väkivallan ja uhkauksen käyttäminen väkisinmakaamisen tai ryöstön

¹⁶ Ks. Hemmer, JFT 1928, s. 418. — Hemmer huomauttaa myöskin, että silloisissa oloissa olisi usein ollut mahdotonta selvittää tekijän tarkoittaman täytetyn rikoksen laatua, esim. kyseenollessa väkivallan yrityksestä, kun senaikainen oikeudenkäyntimenettely ei sallinut yksityistapauksessa ilmenneiden seikkojen selvittämistä.

¹⁷ Ks. Honkasalo, Sikiönlähdettäminen, s. 70 s.; Forsman, Allmänna läror, s. 174 s., 204; Bergendal-Ohlsson, m.t., s. 29 s.

aikomuksessa rangaistaan itsenäisenä rikoksena. Sikiönlähdettäminen rangaistaan samoin itsenäisenä rikoksena saavutettiinpa tarkoitettu tulos tai ei. Osittaisuudistuksilla on myöhemmin yrityksen rangaistavuutta laajennettu käsittämään uusia rikoslajeja, kuten esim. murhapolttoa ja räjähdysaineella tapahtuvaa vahingontekoa v. 1890.¹⁸

Ruotsin 1864 vuoden rikoslain yritystä koskevat säännökset muutettiin perusteellisesti 12. 6. 1942 annetulla lailla, joka tuli voimaan v. 1943 alusta. Tällä lailla liitettiin rikoslain yleiseen osaan yrityksen käsitettä ja yrityksen rangaistavuutta koskeva yleinen säännös (SL 3:13), minkä ohessa myös ne lainkohdat, joissa yritys oli säädetty rangaistavaksi, yksinkertaistettiin siten, että niihin sisältyy nyt viittaus yritystä koskeviin yleisiin säännöksiin. SL 3:13 kuuluu seuraavasti: »Har någon påbörjat utförandet av visst brott, utan att detta till fullbordan kommit, skall han, i de fall lagen utsätter, straffas för försök till brottet, såframt fara förelegat att handlingen skulle leda till brottets fullbordan eller sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten. — Straff för försök skall ej, utom i fall varom särskilt är stadgat, ådömas som frivilligt genom att avbryta gärningens utförande eller annorledes, föranlett att brottet ej fullbordats. — Straffet för försök sättes under vad å den fullbordade gärningen följa bort, dock att till straffarbete på livstid må dömas i de fall som i lagen särskilt utsätts och att lägre straff än straffarbete ej må dömas, där minsta straff för det fullbordade brottet är straffarbete i två år eller däröver.»

Meidän maassamme ehdottivat ne molemmat komiteat, jotka laativat vuosien 1875 ja 1884 rikoslainehdotukset, yrityksen rangaistavaksi useammissa tapauksissa, kuin silloin voimassaolleiden säännösten mukaan oli mahdollista sekä lisäksi rikoslakiin erityisenä lukuna sisällytettäväksi yleiset määräykset yrityksestä ja sen rangaistavuudesta.

Vuoden 1875 rikoslainehdotuksessa on sen 68 §:ssä yrityksen käsitteestä seuraava määritelmä: »Ej må uppsåtligt brott såsom fullbordadt anses, innan den värkan inträdt, som till sådant brott hörer. Har någon sitt uppsåt att visst brott föröfva ådagalagt genom sådan handling, som innefattar begynnelse till brottets utförande, fastän brottet därigenom icke blef fullbordadt; skall han, för försök till brottet, straffas, om i lagen är särskildt stadgat, att försök till sådant brott

¹⁸ Ks. Bergendal-Ohlsson, m.t., s. 30.

bör med straff umgällas.» Selvyyden vuoksi ehdotetaan seuraavassa pykälässä lisäksi säädettäväksi, ettei valmistelua, joka ei vielä ole rikoksen varsinaista tekemistä, ole katsottava yritykseksi, vaan valmisteluksi, joka on rankaisematta jääpä, ellei laissa ole erikseen toisin säädetty. Samoin komitea on katsonut tarpeellisiksi säännökset absoluuttisesti kelvottomin keinoin ja absoluuttisesti kelvotonta objektia vastaan tehdyn n.s. absoluuttisesti kelvottoman yrityksen rankaisemattomuudesta ja pelkästään relatiivisesti kelvottomien yritystehtöjen rangaistavuudesta. Yrityksestä seuraavan rangaistuksen tuli ehdotuksen mukaan vaihdella riippuen siitä, oliko kysymys päättömästä vai päätetystä yrityksestä. Kyseen ollessa edellisestä rangaistus oli oleva enintään puolet siitä, mitä täytetystä rikoksesta tekijälle voitiin tuomita, jälkimmäisen suhteen maksimi oli 3/4 täytetyn rikoksen rangaistuksesta.¹⁹

Vuoden 1884 rikoslainehdotuksen yritystä koskevat yleiset säännökset ovat vähemmän perinpohjaiset kuin aikaisemmassa ehdotuksessa olevat. Yritys on 39 §:ssä määritelty seuraavasti: »Hvar, som, i uppsåt att föröfva visst brott, begått handling, hvarigenom detsamma utförande påbörjats, men brottet ej blifvit fullbordadt, skall anses hafva gjort försök därtill.» Valmistelun yleistä rankaisemattomuutta koskeva säännös on tästä ehdotuksesta poistettu tarpeettomana ja samoin on menetelty absoluuttista ja relatiivista kelvottomuutta koskevien säännösten suhteen, koska komitean mielestä yrityksen kelvottomuus oli pelkästään tieteisopillinen ongelma eikä sellaisena ollut sopiva kosketeltavaksi laissa. Yrityksen rangaistavuuden rajoittamisessa laissa erikseen mainittuihin rikoslajeihin, kuten myös yrityksen lievemmästä rankaisemisesta täytettyyn rikokseen verraten tämä ehdotus noudattaa sitävästoin pääasiassa edeltäjänsä suuntaviivoja. Poikkeamiset ovat ehdotuksen perustelujen mukaan tehdyt käytännöllisistä syistä ja seuraten lähinnä Saksan, Unkarin ja Alankomaiden vastaavia säännöksiä.²⁰

Vaikka kummassakin edelläkosketellussa rikoslainehdotuksessa oli määritelmä yrityksestä, niin sellaista ei kuitenkaan ole rikoslaissamme. Siinä ehdotuksessa säädyille annettavaksi esitykseksi, joka Se-

¹⁹ Ks. Underdåniga förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland, 1875. Komitean muodostivat J. D. Dahl, A. Grotenfelt ja G. Ehrström.

²⁰ Ks. Underdåniga förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland, 1884. Ehdotuksen laatineeseen n.s. tarkastuskomiteaan kuuluivat J. D. Dahl, Richard Idestam, K. V. Sulin ja Jaakko Forsman.

naatin toimesta vielä v. 1884 valmistettiin, puollettiin kaikkien sel-
laisten määräysten jättämistä pois rikoslaista, joiden voidaan katsoa
kuuluvan enemmän rikosoikeuden tieteisopilliseen kuin lainsäädän-
nölliseen puoleen. Tällaisina mainittiin ennen muita tahallisuutta ja
tuottamusta sekä yritystä ja valmistelua koskevat määritelmät. Tämä
kannanotto hyväksyttiin muistutuksista kaikissa rikoslain valmiste-
luvaiheissa. Vuoden 1888 valtiopäivillä toiminut erikoinen rikoslaki-
valiokunta, jonka puheenjohtajana oli *Jaakko Forsman*, perusteli yri-
tyksen määritelmän poisjättämistä seuraavasti: »Men det torde icke
kunna nekas, att en definition i omförmäldt syfte, huru den än for-
mulerades, måste affattas i så allmänna ordalag, att domaren vid
bedömandet af det konkreta fallet däraf hade föga ledning, utan
såge sig ändock nödsakad att begagna den vägledning teorin rörande
ifrågavarande begrepp kan erbjuda. Vid sådant förhållande synes
den nåd. props. förfarande att afstå från allt definierande icke med-
föra någon olägenhet utan tvärtom innebära en fördel deruti, att till-
godogörandet i praxis af den teoretiska utvecklingen utaf försöks-
begreppet icke varder af lagstiftaren förhindradt.»²¹ Rikoslain yleis-
seen osaan kuuluvaan 4 lukuun on tyydytty sisällyttämään yrityksen
määritelmän sijasta vain säännökset siitä, miten yritys, kun se lain
erikoisessa osassa on säädetty rangaistavaksi eikä erityistä rangais-
tusta siitä ole säädetty, on rangaistava. Rikoslainkin mukaan yri-

²¹ Strafflagsutskottets betänkande N:o 1 — 1888, s. 25 s. Niistä eri tahoilla
ilmenneistä katsomuksista, jotka johtivat teoreettisia kysymyksiä koskevien ratkai-
sujen välttämiseen rikoslain säätämisessä, ks. *Tulenheimo*, Tuleeko uuden rikos-
lakimme pyrkiä ratkaisemaan n.k. teoreettisia kysymyksiä, *Lakimies* 1930, s. 200 ss.
Tulenheimo ei hyväksy rikoslain ja *Serlachiuksen* rikoslainehdotuksen (I, 1920) tässä
suhteessa omaksumaa torjuvaa kantaa ja samaa mieltä olemme mekin. Mielestämme
on meidänkin maamme kannalta yhdyttävä niihin ajatuksiin, joita Ruot-
sissa yrityssäännösten uudistamista edeltäneessä komitean mietinnössä tässä kat-
sannossa esitetään: »Såsom av det föregående framgår saknar den svenska straff-
lagen, i motsats till vad fallet är i utlandet och i det övervägande antalet av de
förslag till ny strafflag, som i vårt land sett dagen under det senaste århundradet,
en allmän bestämning av försöksbegreppet. Försökets relation till det fullbordade
brottet lämnas alltså åt doktrin och rättspraxis att bestämma. Härav föranledes
ibland tvekan och osäkerhet, då de spörsmål, till vilka det gäller att taga ställning,
enligt vad erfarenheten giver vid handen, äro svårlösta och även i teorien åtskillig
meningsskilljaktighet framträtt. Med hänsyn härtill synes det önskvärt, att även
i vår strafflag inrymmes en allmän bestämning av de förutsättningar, som i allmän-
het böra vara uppfyllda för att straffbart försök skall anses föreligga.» Ks. *Ber-
gental-Ohlsson*, m.t., s. 32. Vrt. myös: Förslag till strafflag. Statens offentliga
utredningar 9, 1923, s. 178

tyksestä seuraava rangaistus on oleva lievempi, kuin täytetystä rikoksesta tuleva, yleistä lajia olevan rangaistuksen ollessa, ellei ole kysymys rikoksesta, josta täytettynä olisi saattanut tulla kuolemanrangaistus tai kuritushuonetta elinkaudeksi, enintään kolme neljännestä kovimmasta rangaistuksesta, mikä rikoksesta kutakin rangaistuslajia on säädetty ja vähintään pienin määrä, minkä kutakin näistä rangaistuslajeista rikoslain 2 luvun mukaan saa tuomita. Yritystä koskevaan lukuun sisältyy edelleen paitsi yrityksestä luopumista koskevia säännöksiä (2 §), vain määräys valmistelutekojen rankaisemattomuudesta, ellei valmistelua poikkeuksellisesti ole laissa erittäin asetettu rangaistuksen alaiseksi (3 §). Vanhan ruotsalais-suomalaisen tradition mukaisesti rikoslaissakaan ei ole havaittavissa mitään yhtenäistä periaatetta, jota olisi noudatettu yritystä eri rikosten suhteen kriminalisoidessa. Lainsäätäjää ovat tässä kohden ohjanneet pelkästään käytännölliset näkökohdat. Yritys on määrätty rangaistavaksi ennen muuta törkeämissä rikoksissa sekä myös sellaisissa, joissa yrityksiä tehdään usein ja ne merkitsevät vakavaa uhkaa oikeusjärjestykselle.²²

²² Ks. *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 204 s. Vrt. myös 1875 vuoden rikoslainehdotuksen perustelut, s. 164.

IV LUKU.

Yrityksen kelvollisuutta koskevat teoriat.

Rangaistavan yrityksen käsite edellyttää kahden rajoitusprobleeman ratkaisemista. Toinen niistä on yrityksen rajoittaminen edellä käyviin esiasteisiin, valmistelutekoihin, ja sitä seuraavaan rikoksen täyttymiseen, n.s. toteutumisasterajoitus. Toinen probleema on yrityksen rajoittaminen yrityksenkaltaisiin rankaisemattomiin tekoihin nähden, yrityksen n.s. periaatteellinen rajoitus. Ensinmainitulle ongelmalle on rikosoikeuden oppikirjoissa y.m. esityksissä tapana antaa etusija ennen jälkimmäistä. Selvää onkin, että normaalitapauksesta lähdettäessä yritysopin esittäminen voittaa havainnollisuudessa, sillä useimmissa tapauksissa vain asterajoituksesta nousee käytännössä kysymys. Esitys noudattaa myös tapahtumien aikajärjestystä, kun ensin kuvaillaan rangaistavan yrityksen alkukohtaa, »yrityskynnystä». Tällä pohjalla pysyttäessä on yrityksen alkukohdan määrittäminen ainoa vaikea kysymys, sillä yrityksen loppupisteen muodostaa selvä, lakisääteinen raja: rikoksen täyttyminen. Systemaattiselta kannalta katsottuna tätä käsittelyjärjestystä ei kuitenkaan voida puoltaa. Rangaistava yritys on nimittäin ensin erotettava kaikista rankaisematta jäävistä, yrityksen kaltaisista toimista, koska vain täten luodaan ne puitteet, joiden sisällä rajoitus esiasteisiin on tehtävä. Ilmeistä myöskin on, että periaatteellista rajoitusta koskevaan kysymykseen annettua vastauksesta suuressa määrin riippuu, miten yritys on erotettava valmisteluteoista, koska saman peruskatsomuksen tulee luonnollisesti olla suuntaa antavana yrityksen kummassakin rajoitusprobleemassa.¹ Seuraavassa esityksessämme käsittelemme näinollen lähinnä rangaistavan yrityksen periaatteellista rajoitusta koskevaa ongelmaa eli siis kysymystä yritysteolta vaadittavasta kelvollisuudesta.

Kysymys yrityksen kelvollisuudesta, eli kuten tavallisesti sanotaan, kysymys kelvottoman yrityksen rangaistavuudesta syntyi var-

¹ Ks. *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 89 s.

sinaisesti vasta silloin, kun valistusajattelu rajoitti oikeusjärjestyksen koskemaan vain ihmisten ulkonaisen elämän piiriä. Rikoksen ollessa ensisijaisesti oikeusjärjestyksen vastaista ulkonaista toimintaa tästä katsomuksesta oli luonnollisesti pyrittävä vetämään johtopäätökset myös rikoksen yritystä koskevassa opissa. Hyvin ymmärrettävää kuitenkin on, että tämä ei osoittautunut helpoksi tehtäväksi, kun yrityksessä subjektiivinen puoli näytti olevan ainakin ratkaisevasti tärkeämpi kuin objektiivinen, mikäli subjektiivista puolta ei ollut katsottava peräti ainoaksi yrityksen kriteerioksi. Päinvastoin on hyvin luonnollista, että juuri yrityksen alalla nämä rikoksen olemusta koskevat peruskatsomukset törmäsivät kiivaimmin vastakkain. Ja kun nykyaikana tämä sama ongelma on jatkuvasti, vieläpä entistä vaikeammin ratkaistavana, yksi rikosoikeudellisen ajattelun ydinprobleemeista, on kiintoisaa yleispiirtein tutustua siihen erilaisten katsomusten runsauteen, mikä kelvottoman yrityksen rangaistavuuteen keskittyneenä on aina ongelman syntymisestä alkaen ollut tunnusomaista nimenomaan Saksan rikosoikeudelliselle kirjallisuudelle.² Tämä tutustuminen on sitäkin enemmän paikallaan, kun useimmat aikojen kuluessa esitetyt opinkäsitykset edelleenkin näyttelevät jonkinlaista osaa rikosoikeuden ajattelussa. Näinollen vanhempiakaan aikoja koskeva esitys ei ole pelkkää historiaa.

A. *Feuerbach ja kelvotonta yritystä koskevan ongelman syntyminen.*

Yrityksen käsitteen tieteellinen selvittely alkoi varsinaisesti vasta silloin, kun kysymys yrityksen periaatteellisesta rajoittamisesta yrityksen kaltaisiin, rankaisemattomiin tekoihin nähden *Feuerbachin* toimesta herätettiin. Puollettuaan aikaisemmin varhaisemman kirjallisuuden esimerkkiä noudattaen yrityksen verrattain laajaa rangaistavuutta (kasuistisella pohjalla) hän v. 1804 ensi kerran yleisesti kosketteli kysymystä kelvottomista yritystoimista.³ Kuitenkin vasta

² *Frank*, Vergl. Darst., A. V, s. 243, katsoo, että tuskin on toista lainoivillista eikä varmasti mitään rikosoikeudellista riitakysymystä, josta olisi niin paljon kirjoitettu, kuin kysymyksestä kelvottoman yrityksen rangaistavuudesta.

³ Ks. *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, s. 47: »Der Versuch zu einem Verbrechen erfordert, dass der Verbrecher äussere Handlungen getan hat, um ein Verbrechen zu begehen, und dass aus diesen Handlungen die Übertretung wirklich entspringen konnte.« *Feuerbachin* aikaisempiin kannanottoihin nähden ks. *J. Baumgarten*, m.t., s. 236; *Frank*, Vergl. Darst., A. V, s. 243; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 415, viite 6; *Schüler*, m.t., s. 13 s.

v. 1808 ilmestyneessä rikosoikeuden oppikirjansa 4. painoksessa *Feuerbach* veti yritysohjeissaan johtopäätökset valitusajatteluun pitäytyvästä perusasenteestaan. Hänen pyrkimyksenään oli kelvollisten yritystoimien erottaminen kelvottomista, rankaisematta jäävistä tekijän puuhailuista. Lähtien siitä että rangaistavuuteen aina vaaditaan oikeusjärjestyksen vastainen teko ja että teko vain silloin on oikeudenvastainen, kun se loukkaa tai vaarantaa jonkin yksilön oikeutta, rangaistavaan yritystekoon hänen mielestään kuuluu »että toiminta sinänsä, ulkonaiselta laadultaan on aiottuun rikokseen kausaaliyhteydessä — objektiivisesti vaarallinen» (*»im Causalzusammenhange steht — objectiv gefährlich ist»*).⁴ Samana vuotena laatimaansa Baijerin rikoslain ehdotuksessa (art. 60) hän selittää yrityksen jäävän rankaisematta, »kun ulkonainen tekeminen ei ole missään sellaisessa yhteydessä sen avulla aikaansaatavaan rikokseen, että tämä rikos voisi luonnon järjestyksen mukaan siitä ollenkaan syntyä».⁵ *Feuerbachin* kannanottoa valaisevat hänen mainitsemansa esimerkit. Kun rikollinen tarkoitus ei sellaisenaan voi tehdä toimintaa oikeudenvastaiseksi, ovat erheellisesti myrkyksi otaksutun aineen antaminen toiselle henkilölle samoin kuin jo kuolleeseen henkilöön kohdistettu murhayritys vain moraalin alaan kuuluvia tapahtumia eikä rikoksia oikeusjärjestyksen mielessä. *Feuerbachin* mielestä sen, joka näkee tämänlaatuisissa teoissa rikoksen, täytyy tapon yrityksestä rangaista naapurinsa kuolemaa rukoilevaa talonpoikaakin.⁶

B. Jyrkkä objektiivinen teoria.

Feuerbachin lausumat rangaistavalle yritykselle asetettavista vaatimuksista ovat siksi suppeat ja moniselitteiset, ettei myöhemmin aikoina ole voitu varmuudella sanoa, mitä kantaa hän olisi edustanut useissa sittemmin polttaviksi tulleissa riitakysymyksissä. Nimenomaan hänen menettelynsä rinnastaa kausaaliyhteyden ja objektiivisen vaaran vaatimukset näytti useista tutkijoista virheelliseltä, kun

⁴ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 4. Aufl., 1808, 42 §, s. 42 s. — *Feuerbachista* valitusajan aatteiden toteuttajana ks. *Honkasalo*, Nulla poena, s. 12 ss. Vrt. myös edellä s. 17 s.

⁵ Ks. ehdotetun säännöksen sanamuotoa *Binding*, Der umgekehrte Irrtum, s. 326.

⁶ *Feuerbach*, Lehrbuch, s. 43. *Feuerbachin* katsomuksista vrt. myös *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 175, viite 20.

edellistä ei katsottu voitavan ottaa muussa kuin välttämättömän syy-yhteyden mielessä. Puuttumatta vielä tässä yhteydessä moniin *Feuerbachin* jälkeen esiintyneisiin katsomuksiin mielestämme on *Feuerbachin* omien kannanottojen valossa katsottava hänen edustaneen varsin jyrkkää rangaistavan yrityksen alan rajoittamista niin että yritystoimien kelpoisuudelle seurauksen aiheuttamiseen oli asetettava hyvin suuret vaatimukset.⁷ Kun hänen aikanaan, ja vielä paljon myöhemminkin, objektiivisen vaaran käsite oli tieteellisesti selvittämättä ja niin ollen johtopäätösten vetäminen siitä oli mahdotonta, *Feuerbachin* mielessä olivat varmaankin lähinnä syy-yhteydestä saatavat ratkaisuohteet.

Niistä verrattain harvoista tutkijoista, jotka asettavat yritystoimelle niin suuret vaatimukset, että siinä esiintyvä minkälainen kelvottomuus tahansa aiheuttaa rankaisematta jäämisen, on mainittava *Geyer*. Kun tahalliseksi täytetylle rikokselle hänen mielestään on ominaista, että tekijän tarkoitus täydellisesti toteutuu rikollisen teon välityksellä, niin yritys on ymmärrettävä sellaiseksi toimintatavaksi, jossa rikollinen tarkoitus ei toteudu täysin, mutta kuitenkin osittain.⁸

Sellaisissa toimissa, joissa tekijä on käyttänyt kelpaamatonta, olkoon sitten absoluuttisesti tai vain relatiivisesti kelpaamatonta keinoa, rangaistavaa yritystä ei voi olla, sillä ratkaisevaa *Geyerin* mukaan on, onko se, mitä on tehty, todella myös tekijän tarkoitusta vastaavaa. Jos esim. tekijä on tarkoittanut tappaa henkilön, mutta hänen toimintatapansa on senlaatuista, ettei se voi aiheuttaa toisen kuolemaa, niin tekijän tarkoitus ei ole edes osaksikaan hänen toiminnassaan toteutunut. Tekijän tarkoitus ja teko ovat tällöin joutuneet aivan erilleen toisistaan.⁹ Väitteeseen, että tämänlaatuinen yritysteoria itse asiassa johtaisi yrityksen täydelliseen rankaisemattomuuteen sen vuoksi, että teon objektin ja keinon ollessa joka suhteessa kelvollisia seurauksen syntyminen myös on välttämätöntä, *Geyer* vastaa, että määrättyjen keinojen kelpaavaisuus määrättyjen tarkoituserien saavuttamiseen voidaan yleisluontoisesti kokemuksemme perusteella

⁷ *Schüler*, m.t., s. 16, viite 47, katsoo *Feuerbachin* kuuluvan jyrkän objektiivisen teorian kannattajiin. *Delaquis*, *Der untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung*, 1904, s. 65 ss., sitävastoin selittää *Feuerbachin* lievenetyn objektiivisen teorian, jonka alkaja oli *Mittermaier*, puoltajaksi.

⁸ *Geyer*, *Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen*, *Gerichtssaal* 18, 1866, s. 52; *Sama*, *Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 1, 1881, s. 41 s.

⁹ *Gerichtssaal* 18, s. 70 ss.; *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 1, s. 36 s.

varmuudella määrätä. Kelpoisuuden toteamisesta ei vielä seuraa, että jokaisessa konkreettisessa tapauksessa seurauksen täytyisi todella syntyä. Ennen kaikkea odottamattoman seikan väliintulo, esim. lääkärin apu, voi estää osittain toteutuneen rikollisen tarkoituksen täysin toteutumasta ja siis rikoksen täyttymästä.¹⁰

Kun Geyerin katsomusten pahimpana virheenä on tekijän tarkoituksen ja rikoksen täyttymisen käsittäminen luonnollisen elämän kannalta, niin Cohnin, tämän teorian toisen edustajan, opinkäsitystä on arvosteltava sen liiallisesta teoreettisuudesta. Cohnin mielestä ratkaisu on löydettävissä kausaalisuutta koskevista huomioista. Hän katsoo täytäntönnäpän aloittamisen sopimattomaksi tunnusmerkiksi yritykselle, koska aloittaminen ja lopettaminen (täyttäminen) ovat vain ajallisesti toisiinsa liittyviä käsitteitä.¹¹ Yrityksen olemusta tutkittaessa on päinvastoin lähdeittävä siitä, onko toiminnan ja seurauksen välillä olemassa syyn ja vaikutuksen välttämätön yhteys vaiko perustan ja tuloksen mahdollista tapahtumista merkitsevä suhde. Yritys on mahdollinen vain, milloin toiminta on täytettyyn rikokseen perustan ja tuloksen keskinäisessä suhteessa, ja näin on Cohnin mukaan laita useimmissa tapauksissa rikoksissa, joiden olemukseen kuuluu ulkomaailmassa ilmenevän teon seurauksen syntyminen. Hän määrittelee yrityksen toiminnaksi, joka on omiaan in concreto aikaansaamaan seurauksen syntyminen sen kuitenkin jäädessä syntymättä.¹² Yrityksen objektiivisen puolen muodostaa täten potentiaalinen kausaalisuus, joka on ymmärrettävä abstraktisen perustan suhteena abstraktiseen tulokseen.¹³ Jollei teolla in abstracto ole kykyä aikaansaada rikokseen kuuluvaa seurausta, ei kyseessä ole yritys. Kelvoton yritys ei siis ole edes käsitteellisesti yritys puhumattakaan siitä että se voisi olla rangaistava yritys.¹⁴ Kun yrityksen alue täten on jäänyt kovin suppeaksi, Cohn on pyrkinyt korjaamaan tätä epäkohtaa luomalla yrityksen rinnalle erikoisen täyttymättömän rikoksen käsitteen (»unvollendetes Verbrechen»). Yrityksen käsitteen edellyttäessä mahdollisuutta, että tahdontoiminnasta ilman enempää tekijän tointa aiheutuu määrätty seuraus, yritys ei näet ole ajateltavissa yhdiste-

¹⁰ Gerichtssaal 18, s. 78 ss.; Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 1, s. 39.

¹¹ Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen I. Begriff und Umfang, 1880, s. 23, s. 332 ss.

¹² m.t., s. 367.

¹³ m.t., s. 488 ss. Todellinen kausaaliyhteys merkitsee Cohnin mukaan (s. 539) konkreettisen perustan suhdetta konkreettiseen tulokseen.

¹⁴ m.t., s. 395 ss.

tyissä rikoksissa, joissa tunnusmerkistö käsittää useampia toimintoja. Näissä rikoksissa on täytäntöönpanon aloittaminen ymmärrettävä itsenäisesti rangaistavana »täyttymättömänä rikoksena.»¹⁵

Jyrkän objektiivisen suunnan kannattaja yrityksen rangaistavuutta koskevassa kysymyksessä on myös *Binding*. Hän on myöhäisinä vuosinaan julkaisemassaan »päinvastaiserehdystä» (»Der umgekehrte Irrtum») käsittelevässä tutkimuksessaan omistanut keskeisen huomion yritysupille.¹⁶

Bindingin mukaan kieltonormi koskee tekijän koko toimintaa eikä vain toiminnasta erotettavan seurauksen aiheuttamista. Toimintaan kokonaisuudessaan sisältyy muodollisesti se oikeusjärjestykselle aiheutuva kokonaisvahinko, jonka torjumiseksi kielto on olemassa.¹⁷ Enimmät normit ovat juuri aiheuttamiskieltoja, ja kielletyn aiheuttamisen muodostaa kielletyn teon ajassa tapahtuva, vähittäinen, milloin yksinkertaisempi, milloin monimutkaisempi toteuttaminen. Ja kun toteuttamiseen on aina tarpeen jonkin tarkoitusta vastaavan keinon (menettelytavan) käyttäminen, niin aiheuttamiskielto merkitsee aina vain kelvollisen keinon käytön kieltämistä. Ainoastaan juuri kyseessä olevan rikoksen tekemiseen in concreto kelvollisen keinon käyttäminen on kiellettyä.¹⁸ Kun jokainen ihmistoimen välityksin tapahtuva aiheuttamisprosessi on jatkuvaa tapahtumista, joka toteutuu osissa, toisiinsa liittyvissä toteutumisasteissa, yritys on *Bindingin* mukaan olemassa, milloin tällainen osittaisaiheuttaminen (»Teilverursachung») ei ole kehittänyt rikoksen täysaiheutukseksi (»Vollverursachung»). »In der Bezeichnung als teilweise existent gewordenes Delikt oder Verbrechen kommt das Wesen des Versuchs immer noch relativ am besten zum Ausdruck».¹⁹ Yrityksen ja täytetyn ri-

¹⁵ m.t., s. 582, erik. s. 607. — Cohnin käsityksistä ks. myös J. Baumgarten, m.t., s. 322 ss.

¹⁶ *Binding*, Der umgekehrte Irrtum, Gerichtssaal 85, 1917, s. 176 ss. Tämä tutkimus on miltei sellaisenaan otettu teokseen Normen III, 1918, ss. 401—590.

¹⁷ m.t., s. 200.

¹⁸ m.t., s. 201 s. S. 205 s. sanotaan: »Nur die Handlung ist konkretes Delikt, welche in jeder Beziehung geeignet ist, den durch die einzelne Norm scharf bezeichneten Tatbestand zu erfüllen.»

¹⁹ m.t., s. 203. *Bindingin* käsityksen mukaan hänen edustamaansa katsomusta yrityksestä tahallisenä osarikoksena (»Teilverbrechen») kannattavat itse asiassa kaikki ne, jotka vaativat yritykseen »täytäntöönpanon aloittamista». Yritys on osittaisaiheuttamista, mikä merkitsee, ettei yrityksessä ole kysymys pelkästä edellytyksen asettamisesta. Osittaisaiheuttamisen ja edellytyksen asettamisen välisestä eroista ks. Normen II, s. 472 ss. Syy-yhteyttä koskevasta n.s. *Bindingin* tasapaino-

koksen välillä on vain kvantitatiivinen ero, sillä yrityksessä ovat ole-
massa kaikki k.o. rikoksen olennaiset tunnusmerkit aivan samalla
tavalla kuin täytetyssä rikoksessakin. Kun aiheuttamistoiminta on
kokonaisuudessaan kielletty, on jokainen sen osakin samalla tullut
kielletyksi.²⁰

Kun surmaamisessa, tuleen sytyttämisessä j.n.e. koko toiminta on
seurauksen syiden vähittäistä asettamista (»das allmähliche Setzen
der Ursache») ja ajateltu katselija voi seurata aiheuttamistointa as-
kel askeleelta, niin herää kysymys, mistä toiminta, josta ei ole aiheu-
tunut seurausta, voidaan varmuudella tuntea tämän seurauksen osit-
taisaiheuttamiseksi. *Bindingin* mukaan tämä kysymys voi aina kos-
kea vain konkreettista tekoa. Ja kun mahdollisten aiheuttamistapö-
jen lukumäärä on laskemattoman suuri, niin pohjaksi on otettava tekijän
konkreettinen aiheuttamissuunnitelma.²¹ Konkreettisen vaaran
ottaminen kriteerioksi ei ole mahdollista, koska sitä ei ole olemassa
kaikissa rangaistavissa yrityksissä. *Bindingin* mukaan on konkreetti-
sesta yritystoiminnasta voitava sanoa sen olevan askeleen tekijän seu-
rauksen aiheuttamiseksi suunnittelemalla tiellä. Kun näin on, on
objektiivisesti katsoen toimittu seurauksen toteuttamiseksi.²² Koke-
muksemme perusteella meidän on pyrittävä toteamaan, onko pää-
määrä tullut toimen johdosta lähemmäksi.²³ Merkittävänä todistuk-

teoriasta ks. Normen I, s. 115 ss. Vrt. myös *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osal-
lisuudesta, s. 50 s.; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 28 ss.; *Stipilä*, m.t., s. 52 s.;
Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 168; *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 144 s., viite 1.

²⁰ m.t., s. 204. *Bindingin* mielestä, s. 204, viite 2, on väärin otaksua rikoksen
täyttämistä tarkoittavan normin rinnalla olevan, silloin kun yritysikin on rangaistava,
erikoisen yritysnormin, kuten *Schoetensack*, Verbrechenversuch und
Deutscher Strafgesetzbuchentwurf. Festschrift f. Binding I, 1911, s. 380, asian esittää
Bindingin mukaan normit eivät ollenkaan tarkoita täytäntöönpanon loppuunsaat-
tamista, vaan aiheuttamista; niiden ohella ei »yritysnormi» ole ajateltavissa. »Mit
der Herbeiführung der Vollendung ist der Versuch implizite verboten und gerade
so deliktisch als sie». — Huomattakoon, että *Bindingin* esittämä katsomus yrityk-
sen ainaisesta kiellettyisyydestä täytäntöönpanon rinnalla, on selitettävissä vain
Bindingin normiteorian pohjalta. Normit ovat *Bindingin* mukaan riippumattomia
rikoslain säännöksistä.

²¹ m.t., s. 223.

²² m.t., s. 227. Rangaistavaa yritystä ei näin ollen ole olemassa, kun tekijä on
ajatellut käyttävänsä kelvollista keinoa, vaikka erehdyksestä onkin furvautunut kel-
vottomaan keinoon, esim. käytettäessä ladatun sijasta lataamatonta ampuma-asetiä.
Jos sitävastoin surmaamistarkoituksessa uhrille annetaan pieni, sinänsä merkityk-
setön myrkkymäärä tekijän suunnitelman perustueessa juuri vähittäiseen myrkyttä-
miseen pienillä annoksilla, niin on rangaistava surmaamisyrityksestä.

²³ m.t., s. 235.

sena katsantokantansa puolesta *Binding* mainitsee yhdistetyt rikokset (ryöstö, väkisinmakaaminen y.m.), joissa osittaisaiheuttamisen käsitettä suorastaan vastaavat näille rikoksille ominaiset osaseuraukset. Näissä rikoksissa yritys on olemassa jo osaseurauksen suorittamisen aloittamisessa.²⁴

Ranskan rikosoikeuden on katsottava olevan jyrkän objektiivisen teorian kannalla, joka Ranskassa tunnetaan klassillisen yritysteorian nimellä. Code pénal'in 2 art. nojautuen, siinä kun vaaditaan yritykseen ulkomaailman tekoa, joka esiintyy rikoksen täytäntöönpanon aloittamista («commencement d'exécution»), vallitseva katso-
mus sekä tieteisopissa että käytännössä on pitäytynyt ajatukseen, että yritys on mahdollinen vain milloin täytäntöönpanokin on mahdollinen. Tämä kannanotto merkitsee yritysteon täytyvän olla konkreettisesti kelvollinen johtamaan rikoksen täyttymiseen. Tätä asennetta voidaan kuvata myös sanomalla yrityksen olevan osittaista täytäntöönpanoa ja »täytäntöönpanon aloittamisen» objektiivisen osan rikoksen suoritustoimesta.²⁵ Toisaalta on kuitenkin, varsinkin myöhemmin aikoina, voittanut laajaa kannatusta mielipide, ettei yrityksen kelvollisuutta koskeva kysymys ole ratkaistavissa pelkästään viitatuun lainsäädännön perusteella. Arvovaltaiset tutkijat *Gallet*, *Garçon* ja *Garraud* edustavat vieläpä subjektiivista yritysteoriaa.²⁶ Myöskin oikeuskäytännöstä voidaan osoittaa tapauksia, joissa on luovuttu kelvottomien yritysten täydellisestä rankaisemattomuudesta.^{27, 28}

²⁴ m.t., s. 237. — Rikollisen tahallisuuden osittaiseksi toteuttamiseksi määriteltävät yrityksen myös m.m. *Oetker*, *Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 17, 1897, s. 68 s., ja *Schoetensack*, *Verbrechensversuch*, *Festgabe f. Frank II*, 1930, s. 65 s. ja *Verbrechensversuch*, *Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts*, 1934, s. 63. Heidän kannanottonsa liittyvät kuitenkin lähinnä alempana käsiteltävään lievennettyyn objektiiviseen teoriaan.

²⁵ Ranskan lainsäädännöstä vrt. edellä s. 91 s. Ranskan oikeuden kannasta ks. *J. Baumgarten*, m.t., s. 158 ss.; *Schüler*, m.t., s. 53 s.

²⁶ *Gallet*, *La nation de la tentative punissable*, 1899, s. 106; *Garçon*, *Code pénal annoté I*, 1901/1906, viite 113 ja seur.; *Garraud*, *Traité théorique et pratique du droit pénal français I*, 2. Ed., 1898, s. 392 s.

²⁷ *Kohler*, *Studien aus dem Strafrecht I*, 1890, s. 40; *Frank*, *Vergl. Darst. A. V*, s. 258 s.; *Skeie*, *Den norske strafferett I*, s. 287. *Kohler* mainitsee esimerkkinä, että ampuminen huoneeseen, jossa surmattava henkilö ei ollut, on rangaistu murhayrityksenä.

²⁸ Ranskan vallitsevan mielipiteen yrityksen rangaistavuutta voimakkaasti rajoittava kannanotto selittäytyy nähdäksemme ainakin osittain siitä, että yritys ja täytetty rikos ovat lain mukaan periaatteellisesti saman rangaistuksen alaisia ja että

Italiassa on tieteisoppi ennen yhtenäisen rikoslain luomista keskiajan perinteitä seuraten puoltanut yrityksen olemuksen objektiivista käsittämistapaa.²⁹ Italian rikoslaki Codice penale v:ltä 1889 on 61 art:ssaan nimenomaisesti ottanut kannan yrityksen kelvollisuutta koskevaan kysymykseen vaatiessaan rangaistavaan yritykseen kelvollisen keinon käyttämistä.³⁰ Samassa mielessä Italian rikoslaki 19 p:ltä lokakuuta 1930, 56 art., määrittelee yrityksen jonkin rikoksen tekemiseen epäämättömän selvästi tähtääväksi kelvolliseksi toiminnaksi.³¹ Kelvollisen yritysteon vaatimiseen sisältyy täten selvä objektiivinen asennoituminen.³²

Jyrkän objektiivisen teorian luonteenomaisena piirteenä on katsottava olevan yrityksen käsittäminen osaksi täytetystä rikoksesta. *Geyer* on selittänyt rikollisen tarkoituksen jäävän osittain toteutumatta täydellisen toteutumisen edustaessa täytettyä rikosta. Kun kuitenkin katsomus tekijän tarkoituksen täyttymisen samaistamisesta rikoksen täyttymiseen on paikkansa pitämätön, on perusta, jolle *Geyer* rakentaa; väärä, ja tulokset siten virheellisiä.³³ *Cohn* on

Ranskan oikeudessa yrityksen rinnalla esiintyy erikoinen epäonnistuneen rikoksen käsite, »délit manqué», jolla tarkoitetaan sellaista päätettyä yritystä, jossa seurauksen syntymättäjääminen on varma, esim. luoti on lentänyt ohi maalin. Vrt. *Frank*, Vergl. Darst. A. V, s. 202 ss.; *Delaquis*, m.t., s. 71 ss.; *Mezger*, Strafrecht, s. 399 s. Huomattakoon kuitenkin, että oikeuskäytännössä yritys rangaistaan yleensä lievemmin kuin täytetty rikos. Tämä on mahdollista nojautumalla yleisiä lieventäviä asianhaaroja koskeviin säännöksiin. Ks. tästä *Nagler*, Die Neuordnung der Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe, Gerichtssaal 115, 1940, s. 29, viite 8.

²⁹ Ks. *J. Baumgarten*, m.t., s. 195 s., jossa viitataan varsinkin *Romagnosin* ja *Carraran* tutkimuksiin. *Romagnosi*, Genesi del diritto penale, 1791, s. 250 ss. on edustanut lähinnä samoja käsityskantoja kuin *Mittermaier* Saksassa myöhemmin. *Carrara*, Lezioni sul grado nella forza fisica de. delitto, 1870, 62 § ja seur., näkee yrityksen olemuksen sen aiheuttamassa vaarassa, mistä hänen mukaansa seuraa, että yritykseen vaaditaan täytäntöönpanotekoa ja sen potentiaalista kelpoisuutta rikosseurauksen toteuttamiseen.

³⁰ Ks. *Frank*, Vergl. Darst. A. V, s. 257 s.; *Schüler*, m.t., s. 55.

³¹ Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930. In deutscher Übersetzung. *K. Bunge*, 1933.

³² Ks. myös *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 29, jossa todetaan objektiivisen teorian olevan yleensä romaanisten maiden oikeuskäytännössä vallitsevana. — Italian oikeudenkin asennetta arvioitaessa on syytä huomata jaoittelu delitto tentaton ja delitto mancato välillä, joka vastaa Ranskan oikeudessa esiintyvää yrityksen ja délit manqué:n erottelua. Vrt. ed. viite 28.

³³ *Geyerin* katsomusta arvostelevat mm. *J. Baumgarten*, m.t., s. 311 ss. ja *Frank*, Vergl. Darst. A. V, s. 249.

samoin lähtenyt virheellisistä syy-yhteyttä koskevista käsityksistä (syy > edellytys) ja kehittänyt tällä pohjalla peräti omalaatuisen yritysosin. Rajoittaessaan yrityksen niihin tapauksiin, joissa tekijän toimella itsessään on kyky aiheuttaa rikollinen seuraus, hän on ollut pakoitettu konstruoimaan erikoisen »täyttymättömän rikoksen» käsitteen.³⁴ *Bindingiä* vastaan on huomautettava hänen katsomuksensa koko täytäntöönpanotoiminnan ainaisesta kiellettyisyydestä olevan lakiin sopeutumaton ainakin milloin yritystä ei ole säädetty rangaistavaksi. Yleensä rikoslaista riippumaton normi ja siitä johtuva kiellettyisyys näyttelee huomattavaa osaa hänen yritysosinissaan ja laki sen asettamine usein muodollisine rajoineen jää vastaavasti takalalle. Lain ja sille ominaisen oikeudenvastaisuuden kannalta on viereistä luonnehtia yritys osittaisaiheuttamiseksi. Puoltamaamme oikeudenvastaisuuskäsitystä vastaa yrityksen olemuksen näkeminen oikeushyvän vaarantamisessa tai täytäntöönpanon aloittamisessa, ei rikollisen tarkoituksen osittaisessa toteuttamisessa tai osittaisaiheuttamisessa. *Bindingin* syy-yhteyttä koskevia käsityksiä, joihin hänen esityksensä pohjautuvat, on syystä arvosteltu sekaviksi ja epätydyttäviksi.³⁵ Toisaalta *Bindingin* yritysteoria sisältää kyllä runsaasti huomionarvoisia näkökohtia, joihin tässä yhteydessä ei ole aihetta puuttua.

Arvosteltaessa jyrkkää objektiivista teoriaa kriminaalipoliittiselta kannalta sen on todettava liiaksi rajoittavan rangaistavan yrityksen alaa. Tätä osoittaa sen saama varsin rajoitettu kannattajien piiri ja nimenomaan myös Ranskan oikeudessa ilmenevä voimakas pyrkimys selittää rangaistaviksi monet sellaisetkin teot, joista puuttuu kelvollisuus rikospäämäärän saavuttamiseen.

C. Lievennetty objektiivinen teoria.

Sen lievennetyn muodon, jossa objektiivinen teoria *Feuerbachin* jälkeen tuli pitkiksi ajoiksi useimpien maiden tieteosopin ja monien maiden oikeuskäytännössä vallitsevaksi, ja jolla vieläkin on huomattava sekä teoreettinen että käytännöllinen merkitys, hahmoitteli ensimmäisenä *Feuerbachin* oppikirjan myöhempien painosten julkaisija

³⁴ Cohnin arvostelijoista mainittakoon *J. Baumgarten*, m.t., s. 332 ss. ja *Liszt*, *Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 1, 1881, s. 93 ss.

³⁵ Ks. ed. viitteessä 19 main. kirjallisuutta.

Mittermaier.³⁶ Hän pyrki kehittämään nimenomaan käytännön vaatimuksia vastaavan yritysopin. Tästä pyrkimyksestä johtuu, että hänen käsityksensä hänen pitkän elämänsä aikana monasti vaihtelivat.

Mittermaierin perusajatuksena on kausaaliyhteyden vaatimisesta luopuminen, koska kausaaliyhteys merkitsee seurauksen syntymisen välttämättömyyttä ja sen vaatiminen on siten omiaan johtamaan yrityksen täydelliseen rankaisemattomuuteen. Kun yrityksen rangaistavuuden perustetta ei näinollen voida saada syy-yhteyttä koskevasta opista, *Mittermaierin* mielestä sellaisena voi tulla kysymykseen vain yritysteon objektiivinen vaarallisuus.³⁷ Mutta vaaran olemassaolon hän asettaa riippuvaksi toiminnassa käytetyn keinon ja sen kohteena olevan objektin kelpoisuudesta. V. 1817 julkaisemassaan tutkimuksessa hän katsoo yrityksen jäävän rankaisemattomaksi, kun tekijä käyttää täysin epätarkoituksenmukaista keinoa, joko sellaista, joka ei koskaan voi kelvata k.o. rikoksen tekemiseen (esim. rukous surmaamiskeinona), tai sellaista, joka ei kuulu laissa mainittuihin, k.o. rikoksen tekemisessä käytettäviin keinoihin (esim. myrkytysyritys sokeria käyttäen). Samoin yritys jää rankaisematta, kun loukkauksen kohdetta ei ole olemassa (esim. murhayrityksessä vastustaja oli jo ennestään kuollut, varkausyrityksessä esine olikin oma).³⁸ Katsottuaan välillä täytyvänsä tehdä ero sellaisten tapausten välillä, joissa tekijä erehdyksen johdosta on tullut käyttäneeksi kelvotonta keinoa kelvollisen sijasta, ja sellaisten, joissa päämäärän saavuttamiseksi turvautaan taikakeinoihin, rukoukseen t.m.s.,³⁹ hän on jälleen palannut aikaisempaan mielipiteeseensä. Täten hän myöhemmin selittää absoluuttisesti kelvottomin keinoin tehdyn yrityksen olevan aina rankaisematta jääpä sanoen »sen, joka valitsee in abstracto kelvollisen

³⁶ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 174 s.; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 417.

³⁷ *Mittermaier*, Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften, insbesondere in Bezug auf die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts X, 1828, s. 550 ss. Vrt. myös *Delaquis*, m.t., s. 67, viite 2.

³⁸ Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv I, 1817, s. 183 ss.

³⁹ Ueber den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland, Neues Archiv IV, 1820, s. 104 ss. Tätä usein esiintyvää katsomusta on ensimmäisenä edustanut *Cropp*, Commentatio de praeceptis iuris Romani circa puniendum conatum delinquendi I, 1813, s. 42, selittäen yrityksen olevan rangaistava, milloin tekijä on erehdyksen johdosta käyttänyt kelvotonta keinoa, mutta rankaisematta jääpä, kun hän yksinkertaisuudesta on valinnut sellaisen. Vrt. *J. Baumgarten*, m.t., s. 240.

keino, joka vain in concreto on johtamatta tarkoitettuun seuraukseen, syyllistyvän täytäntöönpanon aloittamiseen, koska rikoksen tunnusmerkistön vaatima tunnusmerkki on teossa olemassa.»⁴⁰ *Mittermaier*, joka myönsi absoluuttisen ja relatiivisen kelvottomuuden usein käytännössä olevan toisistaan vaikeasti erotettavia ja erilaisen käsitysten niistä olevan mahdollisia, varoittaa itse absoluuttisen kelvottomuuden liiallisesta laajentamisesta. Johdonmukaisen menetelyn saavuttamiseksi hän on laatinut verrattain yksityiskohtaiset säännöt esiintyviä erilaisia tapauksia varten rajan vetämiseksi rangaistamatta jäävän ja rangaistuksen ansaitsevan yritystoiminnan välillä.⁴¹

Mittermaierin katsomusten huomattavana kannattajana on mainittava *Zachariae*. Hän määrittelee yrityksen tahalliseksi, rikoksen tekemiseen suunnatuksi ulkonaiseksi teoksi tai laiminlyönniksi, jonka kautta ei ole tapahtunut tai aiheutettu kaikkea sitä, mikä rikoksen täyttämiseen lain mukaan kuuluu.⁴² Tällaisena ulkonaisena tekona voi *Zachariaen* mukaan kuitenkin olla vain rikoksen täytäntöönpanon aloittaminen, joka on olemassa, kun on aloitettu se toiminta, jota voidaan pitää lain kieltämän teon todellisena osana.⁴³ Tältä pohjalta lähtien hän pohtii kysymystä, onko rikoksen tekemiseen tähtäävältä toiminnalta vaadittava objektiivista vaarallisuutta, t.s. onko sen yleiseltä laadultaan oltava sellaista, että tarkoitettu rikos sen kautta voidaan aikaansaada, ellei joku muu seikka estä sen vaikutusta.⁴⁴ Vastauksen saamiseksi *Zachariae* esittää kaksi alakysymystä: onko rangaistavaan yritykseen vaadittava kelvollisen keinon käyttämistä ja onko rangaistavaan yritykseen syyllistynyt sekä, jonka toiminta on kohdistunut sellaista objektia vastaan, johon nähden tarkoitettua rikosta ei voida tehdä, koska objektia ei ole olemassa tai siltä puuttuu lain edellyttämä ominaisuus. Kysymykseen kelvollisen keinon välttämättömyydestä hän saa myönteisen vastauksen rikosoikeuden ylei-

⁴⁰ Neues Archiv X, s. 550 s. *Mittermaierin* toimittamassa *Feuerbachin* oppikirjan (ks. ed. viite 4) 12. painoksessa, 1836, lausutaan s. 49, julkaisijan viite 5: »Bei dem Versuch mit untauglichen Mitteln muss man die an sich untauglichen und ihrer Natur nach nie zur Ausführung dienlichen Mittel von den in concreto unzulänglichen unterscheiden».

⁴¹ Ks. Der Versuch vom Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstände des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mittel, geprüft, Gerichtssaal 11, 1859, s. 439.

⁴² *Zachariae*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen I, 1836, s. 27.

⁴³ m.t., s. 203.

⁴⁴ m.t., s. 233.

sistä periaatteista, joihin kelvottomin keinoin tehdyn yrityksen rankaiseminen on täysin soveltumaton. Hänen nähdäkseen on havaittavissa olennainen ero riittämättömän (myrkkyyannos liian pieni, tika-puut liian lyhyet) tai vaikutuksetta jääneen (uhrin vastustus oli liian voimakasta, hänellä oli panssari yllään) keinon toiselta ja alusta alkaen ja sisäiseltä laadultaan kelpaamattoman keinon toiselta puolen välillä. Kelvollisin, mutta riittämättömin tai vaikutuksetta jäänein keinoin tehdyn yrityksen rangaistavuus selviää *Zachariaen* mukaan »ilman muuta siitä, että tällaisissa tapauksissa tekijä on todellisuudessa käyttänyt rikoksen täyttämiseen kelpaavaa keinoa, jonka vain satuma on tehnyt vaikutuksettomaksi, ja että teko on myös ulkonnaiselta laadultaan enemmän tai vähemmän lainvastainen».⁴⁵ Kysymykseensä objektilta vaadittavasta kelpoisuudesta *Zachariae* vastaa samojen perusteiden, jotka estävät täysin kelvottomin keinoin tehdyn yrityksen rankaisemisen, olevan esteenä myös yrityksen rankaisemiselle silloin, kun teko on kohdistettu objektia vastaan, johon nähden k.o. rikosta on mahdotonta tehdä.⁴⁶ — Yrityssäännöksensä Ranskan code pénal:ista lainanneen Preussin rikoslain v:ltä 1851 voimaantultua *Zachariae* on katsonut »täytäntöönpanon aloittamista» koskevan vaatimuksen merkitsevän objektiivisten vaatimusten asettamista yrittysteolle siinä mielessä, että kyseen ollessa absoluuttisesta teon loppuunsaattamisen mahdottomuudesta täytäntöönpanon aloittamista ei myöskään voi olla olemassa. Näinollen yritys absoluuttisesti kelvottomin keinoin ja täysin kelvotonta objektia vastaan samoin kuin täytetty tekeminen, josta puuttuu muu k.o. rikoksen olennainen tunnusmerkki, on rankaisematta jääpä.⁴⁷

Mittermaierin ja *Zachariaen* viitoittama lievennetty objektiivinen katsomustapa on saavuttanut laajaa kannatusta, joskin erilaisia vivahduksia kannanotoissa on runsaasti esiintynyt.⁴⁸ Eräät tutkijat ovat

⁴⁵ m.t., s. 239 s.

⁴⁶ m.t., s. 250 s.

⁴⁷ *Zachariae*, Von dem Versuche der Verbrechen, Archiv für preussisches Strafrecht 5, 1857, s. 583 ss. — *Zachariae* selittää tässä yhteydessä rankaisemattomuuteen johtavan absoluuttisen mahdottomuuden olevan niin ymmärrettävä, ettei se ole seurauksen mahdottomuutta sinänsä (minkä konkreettisessa tapauksessa voidaan sanoa olevan ominaista jokaiselle yritykselle), vaan »teon puuttuvaan lainvastaiseen laatuun perustuva täydellistä vaikutuksettomuutta ja täytäntöönpanomahdottomuutta».

⁴⁸ Esimerkkinä yrityksen varsin laajaa rangaistavuutta puoltavasta erikoisteoriasta mainittakoon *Barin* v. 1859 esittämä yrittysteoria. Hänen mukaansa yritys

erikoisesti, kuten jo *Zachariaekin*, korostaneet »täytäntöönpanon aloittamista» koskevan vaatimuksen ehdottomuutta selittäen täytäntöönpanon aloittamisen olevan mahdotonta, milloin täytäntöönpanokin on mahdotonta. Toisaalta joukko tutkijoita on tahtonut pitäytyä nimenomaan vaarallisuuden vaatimiseen yrityksen rangaistavuuden edellytyksenä. Käsitlemme seuraavassa näitä kahta linjaa, jotka eivät ole selvästi toisistaan poikkeavia, kumpaakin erikseen.

Niihin tutkijoihin, jotka lähtevät täytäntöönpanon aloittamisen käsitteestä ja joissa on havaittavissa osittaista lähenemistä jyrkkään objektiiviseen teoriaan, kuuluu *Berner*. Hän on kuuluisassa oppikirjassaan johdonmukaisesti edustanut käsitystä, ettei lain vaatimaa rikoksen täytäntöönpanon aloittamista ole olemassa, milloin surmaamistarkoituksessa on ammuttu varjoa, puuta tai jo kuollutta kohti tai kun surmaamiskeinona on käytetty sokerin antamista arsenikin tai noitasauvaan turvautumista tikarin sijasta. Yritys ei ole ajateltavissa objektin tai keinon ollessa absoluuttisesti kelvoton johtamaan tarkoitettuun tulokseen. Täytäntöönpanon aloittamisen ymmärtäminen subjektiivisesti on *Bernerin* mielestä täysin epäjuriidinen katso-⁴⁹ mus. Jos sitävastoin surmaamisteon kohteena oleva henkilö on immuuni käytettyyn myrkyyn nähden tai ampumisen ollessa kyseessä, luodin kestävänsä panssarin suojaama tai jos surmaamiskeino on tehoton sen riittämättömyyden johdosta, niin rangaistava yritys on varsin hyvin mahdollinen, sillä kielteiselle kannalle asetuttaessa rangaistavaa yritystä ei voisi ollenkaan olla. Rangaistavaa yritystä ei siis tee mahdottomaksi teko-objektin tai käytetyn keinon pelkkä relatiivinen kelpaamattomuus. Absoluuttisesti kelvottomaan objektiin on *Bernerin* mukaan rinnastettava paikallaolematon (*nichtvorhandene*) objekti. Kuitenkin hän huomauttaa, ettei objektin paikallaolemattomuus ole kyseessä, kun esim. varas anastaakseen määrätyn esineen hiipii sellaiseen huoneeseen, josta otaksuu esineen löytävänsä

kelvotonta objektia vastaan on rankaisematon, koska oikeusjärjestys suojelee vain määrättyjä oikeushyviä ja rangaistavuus edellyttää näitä vastaavan objektin loukkaamista tai vaarantamista. Sitävastoin yritys kelvottomin keinoin on, edellyttäen kelvollisen objektin olemassaolon, arvosteltava kokonaan tekijän teonhetkisen ajatuksen kannalta. Jos käytetty keino ja tapahtuman muut seikat, otettuina sellaisina kuin ne esiintyvät tekijän mielikuvassa, näyttävät ehdottomasti johtavan täytäntöönpanoon, on rankaiseminen yrityksestä *Barin* mukaan välttämätöntä. Ks. *Bar*, *Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen*, 1859, s. 10 s., s. 13, s. 26.

⁴⁹ *Berner*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Aufl., 1879, s. 179 ss

sen kuitenkin sijaitessa toisessa huoneessa, tai kun varas tungoksessa pistää kätensä jonkin henkilön tyhjään taskuun lähistöllä olevien henkilöiden taskujen ollessa antoisampia. Nämä tapaukset ovat varkauksen yrityksiä, sillä edellisessä yritys on toteutunut jo hiivittäessä siihen rakennukseen, jossa esine on, ja jälkimmäisessä varkaan tavoittelemia antoisia taskuja on paikalla ollut runsaasti. *Bernerin* mukaan mikään ei estä näissä tapauksissa katsomasta täytäntöönpanoa jo aloitetuksi. *Berner* myöntää yleensäkin selvien tapausten välillä olevan laajan epäselvien tapausten alueen, jolla tuomarin harkinta in casu on välttämätön.⁵⁰

Suurimmalta osalta samalla kannalla kuin *Berner* on myös *Olshausen* tunnetussa kommentaariteoksessaan.⁵¹ Hänen mukaansa objekti on täysin kelvoton, kun se esine, jota vastaan konkreettisesti tapauksessa teko kohdistuu, ei missään olosuhteissa vastaa rikoslain objektin suhteen asettamia vaatimuksia. Keino taas on absoluuttisesti kelvoton, kun sen laadullisten ominaisuuksien vuoksi asetettu tavoite ei ole sen avulla koskaan saavutettavissa. Tällöin on kuitenkin huomattava, että tarkastelun kohteena voi olla vain tekijän ajattelema keinon käyttämistapa (esim. kivääri ampuma-aseena, ei ampuma- tai lyömäaseena). Juuri tämän seikan *Olshausen* katsoo oikeuttavan jaon absoluuttisesti ja relatiivisesti kelvottomiin keinoihin. Kun objekti tai käytetty keino on täysin kelpaamaton, yritys jää rankaisematta »täytäntöönpanon aloittamisen» puuttumisen vuoksi. Vaatiessaan »täytäntöönpanon aloittamisen» sisältäviä tekoja laki tarkoittaa tekoja, jotka sellaisenaan ovat omiaan johtamaan rikoksen täyttämiseen. Sama merkitys kuin objektin kelvottomuudella on myös sen puuttumisella. Jos kuitenkin puuttuva objekti on olemassa ja sijaitsee vain muulla kuin tekijän otaksumalla paikalla, ei objektin todellisesta puuttumisesta voida puhua. Tällöin yrityksestä seuraa rangaistus, niinkuin on laita kyseen ollessa pelkästään relatiivisesti kelvottomasta keinosta. Keino on *Olshausenin* mukaan relatiivisesti kelvoton, kun se huolimatta tavallisesta vaikutuskyvystään k.o. konkreettisesti tapauksessa oikein käytettynäkään ei johda tulokseen (esim. uhrilla on panssarisuojaus, luotiin sattuu matkalla toinen luoti, uhri väistyy laukaisuhetkellä sivuun). Myöskin silloin, kun tuloksen

⁵⁰ m.t., s. 181.

⁵¹ *Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich I, 10. Aufl., 1916, s. 145 ss.

saavuttaminen raukeaa keinon pelkästään kvantiteettisen riittämättömyyden johdosta, kysymyksessä on vain relatiivinen kelvottomuus ja rankaiseminen yrityksestä on siis asianmukaista.⁵²

Pohjoismaisessa tieteisopissa ennen muita *Hagströmer* edustaa samoja katsomuksia kuin Saksassa *Berner* ja *Olshausen*. Hänkin katsoo yritykseen välttämättömäksi sellaisen ulkomaailmassa ilmenevän toiminnan, joka on rikoksen täytäntöönpanon aloittamista.⁵³ Hänen mielestään »yritys» sanallisestikin ymmärrettynä merkitsee juuri suoritustoimintaan ryhtymistä. Pyrkieessään selvittämään yritystojien kelvollisuudelle asetettavia vaatimuksia hän toteaa erottelun absoluuttisesti ja relatiivisesti kelvottomien yritystekojen välillä olevan mahdoton toteuttaa, sillä niinpian kuin teko otetaan kaikkine seikkoineen, se on aina ehdottomasti kelvoton, ja jos taas yksi tai useampia seikkoja tarkastelussa eliminoidaan, niin loppujen lopuksi toiminta on aina kelvollista. Toisaalta kuitenkin hänen mielestään on mahdollista jakaa kelvottomat yritystoimet sellaisiin, joissa kelpaamattomuus perustuu objektin tai keinon absoluuttiseen kelvottomuuteen, ja sellaisiin, jotka ovat kelvollisia objektin ja keinon pelkän relatiivisen kelvottomuuden vuoksi. Absoluuttisesti kelvottomia ovat objekti ja keino, kun ne ovat täysin soveltumattomia k.o. rikokseen, mutta vain relatiivisesti kelvottomia, milloin ne eivät sovellu toisiinsa, t.s. kun rikos ei ole tehtävissä objektia vastaan juuri käytetyn keinon avulla ja kun keino ei ole sovelias käytettäväksi nimenomaan käsilläolevaa objektia, vaan kyllä toista objektia vastaan. Tämän jaoittelun *Hagströmer* katsoo johtavan pääasiallisesti samoihin tuloksiin, kuin edellämainitun jaon absoluuttisesti ja relatiivisesti kelvottomiin yritystekoihin.

Yritys absoluuttisesti kelvotonta objektia vastaan samoin kuin yritys absoluuttisesti kelvotonta keinoa käyttäen ovat *Hagströmerin* mukaan yleensä rankaisemattomia tekoja. Yleiseen oikeuskäsitykseen vedoten hän tahtoo tästä säännöstä tehdä kuitenkin eräitä poikkeuksia. Hänen mielestään kyseessä on murhayritys, kun A, joka väijyy pimeässä B:tä ja kuulee askelten lähestyvän, ampuu liikkuvaa olentoa kohti, joka itse asiassa on isäntänsä edellä juossut B:n koiraa. Samoin on olemassa murhayritys, kun A ampuessaan takaa-ajamansa B:n perään ampuukin erehdyksessä puunrunkoon, jota hän

⁵² m.t., s. 148.

⁵³ *Hagströmer*, Svensk Straffrätt. Föreläsningar I, 1901—05, s. 237 ss.

on luullut B:ksi. Vastaavasti kyseen ollessa absoluuttisesti kelvotomasta keinosta tekijä syyllistyy murhayritykseen, kun hänen aavis-
tamattaan panos on poistettu murha-aseesta tai kun käytetään arse-
nikin sijasta sokeria, jota apteekista on annettu edellistä pyydet-
täessä. *Hagströmer* katsoo näille poikkeustapauksille luonteenomai-
seksi, että niissä objekti, johon toiminta kohdistuu, on absoluuttisesti
kelvoton, mutta objekti, jota tarkoitettiin, on kelvollinen, tai että
käytetty keino on tosiasiaassa kelvoton, mutta se ei sitä olisi, ellei siltä
puuttuisi ominaisuus, jonka tekijä olettaa sillä olevan, sekä lisäksi että
toiminta osoittaa tekijällä olevan rikollisen tahallisuuden.^{54 55}

⁵⁴ m.t., s. 247 ss. — Viimeksiesitetty *Hagströmerin* selitys on itseasiassa täysin
subjektiivisen yritysteorian mukainen eikä vastaa niitä esimerkkejä, joita hän esit-
tää poikkeuksien tekemisen välttämättömyydestä ja joista päätellen *Hagströmer*
pysyy poikkeuksiakin tehdessään objektiivisella pohjalla. *Hagströmerin* kanta yri-
tyksen rangaistavuuden ulottamisesta eräissä tapauksissa myös absoluuttisesti kel-
vottomiin yritystekoihin on todellisuudessa varsin lähellä Ruotsin voimassaolevaa
cikeutta sellaisena kuin se on yleisen yrityssäännöksen tultua v. 1943 alusta liite-
tyksi Ruotsin rikoslakiin (SL 3:13). Vrt. ed. s. 95.

⁵⁵ Sveitsin rikosoikeuden *Haft*er selittää ennen vuoden 1942 alusta voimaan-
tullutta yleisvaltakunnallista rikoslakia olleen objektiivisella kannalla. *Haft*erin mu-
kaan yrityksen rangaistavuus perustuu vaaran tilan aiheuttamiseen yritysteolla.
Kun vaaran käsite on kuitenkin monimerkityksinen (konkreettinen—abstraktinen
vaara, objektiivistinen—subjektivistinen käsitys vaarasta), niin tuomari tarvitsee täs-
mällisemmän kriteerion, ja sellaisena on lakiin otettu rikoksen täytäntöönpanon
aloittaminen. Täytäntöönpanon aloittamisen *Haft*er katsoo mahdottomaksi, kun ri-
koksen täyttäminen on mahdotonta. Tämän johdosta tapaukset, joissa joku rikok-
sen tunnusmerkistötekijä puuttuu, samoin kuin yritys absoluuttisesti kelvottomasta
objektia vastaan ja absoluuttisesti kelvottomin keinoin tehty yritys ovat rankai-
semattomia. Toisin on laita relatiivisesti kelvottomaan yritykseen nähden. Jos
rajatapauksissa tuomari otaksuu objektin tai keinon olleen ainakin relatiivisesti
kelvollinen, on täytäntöönpanon aloittaminen ja siis rangaistava yritys olemassa.
Ks. *Haft*er, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil, 1926, s. 196 ss.

Itävalan tietoisopissa *Stooss* edustaa lievennettyä objektiivista teoriaa. Kun
Itävalan rikoslain v:ltä 1852 8 §:ssä yritykseen vaaditaan rikoksen todelliseen täyt-
tämiseen johtavaa tekoa (»eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung»),
riin absoluuttisesti kelvoton yritys, jolla tarkoitetaan absoluuttisesti kelvottomin
keinoin tai absoluuttisesti kelvottomasta objektia vastaan tehtyä, kaikissa olosuh-
teissa täytäntöön johtamatonta yritystä, on rankaisematta jääpä. Toiminta, joka
ei voi olla rikoksen suoritustointa, ei voi olla täytäntöönpanotekoa ja sen aloit-
tamista, olkoon että tekijälle on sattunut erehdys t.m.s. Objektin puuttumi-
nen on rinnastettava täysin objektin absoluuttiseen kelvottomuuteen. Jos sitä-
vastoin tekijä on käyttänyt sellaista keinoa tai hänen toimintansa on kohdis-
tunut sellaista objektia vastaan, joihin nähden rikosta ei esilläolevissa olosuh-
teissa voida tehdä, senlaatuisen keinon tai sellaisen objektin kuitenkin yleensä

1880-luvulla monet tutkijat ryhtyivät etsimään yrityksen rankaisemiselle uutta perustetta vaaran käsitteestä, johon syventyminen aikaisemmin oli olennaisesti laiminlyöty ja johon pitäytyminen oli korvattu sinänsä varsin keinotekoisella keinon ja objektin jakamiselle absoluuttisesti ja relatiivisesti kelvottomiin. Tällöin kuitenkin useimmat näistä tutkijoista pysähtyivät vain abstraktisen vaaran vaatimiseen, eivätkä niinmuodoin kyenneet ratkaisevasti sanoutumaan irti lievennetyn objektiivisen teorian perusnäkemyksestä, joka sekin pohjautuu abstraktisen vaarallisuuden edellyttämiseen.

Lievennetyn objektiivisen teorian kannattajiin luettavista vaarallisuuden ongelmaan syventyneistä tutkijoista on ensimmäisenä mainittava *Hagemann*. Hän katsoo käytännössä usein olevan mahdollonta vetää raja absoluuttisesti ja relatiivisesti kelvottoman keinon välillä. Millainen etäisyys esim. tekee tavalliseen tapaan panostetulla pyssyllä ammuttaessa osumisen absoluuttisesti mahdolltomaksi? Samoin tätä jaottelua seuraten joudutaan usein epätydyttäviin tuloksiin. Esim. jos erittäin varovainen apteekkari pitää arsenikin yksityissäilössään ja arsenikitölkissä apteekissa on magnesiumia, ja oppilas, joka ei tapaa tunne, koettaa tölkissä olevalla aineella surmata apteekkarin, niin jaottelun puoltajat päätyvät rankaisemattomuuteen. Tämä tulos ei kuitenkaan tyydytä oikeustajuntaa.⁵⁶ *Hagemann* lähtee sitävästoin vaaran käsitteestä, joka hänellä merkitsee vahingollisen seurauksen syntymisen todennäköisyyttä. Näinollen vaaraa ei voi olla olemassa, kun seuraus on jo joko syntynyt tai sen syntymättä jääminen on varma. Toisaalta vaara on aina olemassa, milloin seurauksen syntyminen ei ole aivan mahdollonta. Kun nyt rikoslain tarkoituksena on oikeushyvien suojeleminen loukkauksilta, nimittäin välittömästi, kun loukkaaminen kielletään ja välillisesti, kun oikeushyvän vaarantaminen asetetaan rangaistuksen alaiseksi, niin

ollessa omiaan k.o. rikoslajin tekemiseen, niin kysymyksessä on vain relatiivisesti kelvoton yritys. Relatiivisesti kelvottomassa yrityksessä tekijän on katsottava ryhtyneen rikoksen todelliseen tekemiseen johtavaan toimeen, josta seuraa rangaistus. Ks. *Stooss*, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2 Aufl., 1913, s. 117 ss. — Tässä yhteydessä huomautettakoon, että Itävallassa oikeuskäytäntö ja myös monet tutkijat ovat asettuneet subjektiivisen teorian kannalle. Vrt. tästä *Schüler*, m.t., s. 50 s.

Meidän maassamme vuoden 1875 rikoslainehdotuksen yritystä koskevat säännökset ovat laaditut täysin lievennetyn objektiivisen teorian hengessä. Ks. ed. s. 95 s.

⁵⁶ *Hagemann*, *Der Versuch bei Mangel des Objekts*, *Archiv für Strafrecht* 32, 1884, s. 222 s.

Hagemannin mielestä tästä johtuu, ettei sellainen yritystoiminta ole rangaistava, josta aivan yleisesti, eikä vain konkreettisen tapaustenkulun valossa, on sanottava, ettei se ylipäänsä voi tuottaa vaaraa oikeushyväille. Täten kaikki puuttuvaa objektia vastaan kohdistuvat yritysteot ovat rankaisematta jääviä, koska sitä, mitä ei ole olemassa, ei voida loukata tai vaarantaa. Toisin on sitävästoin asia kyseen ollessa kelvottomin keinoin tehdystä yrityksestä. Näissä on *Hagemannin* mukaan tekijän tavoittelema tulos aina mahdollinen ja vain tulevaisuus voi osoittaa, ettei tarkoituksen saavuttamiseen käytetty toimintatapa ollut oikea. Rankaiseminen yrityksestä on siis tällaisissa tapauksissa asianmukaista. Mutta rangaistava yritys on objektin puuttuessaakin olemassa, kun tekijän tarkoittama objekti on jossakin, vaikka ei oletetussa paikassa. Kun objekti on ylipäänsä vain jossakin olemassa, tekijän on katsottava valinneen pelkästään väärän tien päämääränsä saavuttamiseen.⁵⁷

Rohland on ansiokkaasti selvittänyt vaaran merkitystä rikosoikeudessa koko sen laajuudessa korostaen samalla vaarallisuuden välttämättömyyttä yrityksen rangaistavuuden edellytyksenä.⁵⁸ Kun hän kuitenkin puoltaa keinon ja objektin jakamista absoluuttisesti ja relaatiivisesti kelvottomiin, hänetkin on luettava käsiteltävänämme olevan lievennetyn objektiivisen teorian kannattajiin. — Vaaran *Rohland* määrittelee vahinkoseurauksen suuremmaksi tai pienemmäksi todennäköisyydeksi, sen syntymisen enemmän tai vähemmän lisääntyneeksi mahdollisuudeksi.⁵⁹ Mahdollisuuden käsitettä käytetään kuitenkin yleisessä puheessa kahdessa eri mielessä. Toisaalta se liitetään arvosteluna abstraktiseen tapahtumiseen selitettäessä se mahdolliseksi (esim. on mahdollista satuttaa pallolla keilaan). Toisaalta se asetetaan yhteyteen konkreettisen tapahtumisen kanssa katsoen juuri tästä tilanteesta mahdollisesti syntyvän määrätyn seurauksen (esim. kun pallo heitetään keilaa kohti, on mahdollista, että pallo osuu keilaan). Täten on *Rohlandin* mielestä toisistaan erotettava abstraktinen l. yleinen mahdollisuus ja konkreettinen l. erikoinen mahdollisuus. Nämä molemmat mahdollisuuden lajit tarkoittavat yhtäkaikki yleisluontoista tapahtumisen määrittelyä, ei individuaalista, tapahtumisen kaikista edellytyksistä johtuvaa välttämätöntä ta-

⁵⁷ m.k., s. 237 s. Lopputuloksiin nähden *Hagemann* on olennaisesti samalla kannalla kuin ennen häntä *Bar.* Vrt. ed. viite 48.

⁵⁸ *Rohland*, *Die Gefahr im Strafrecht*, 2. Aufl., 1888.

⁵⁹ m.t., s. 1.

pahtumista. Siirtäessään tämän kaksinaisen mahdollisuuden käsitteen rikosoikeuden piiriin *Rohland* selittää abstraktisen l. yleisen vaaran tekijän toiminnan lajioimaisuuksista ilmiäyväksi oikeushyvänloukkauksen syntymisen mahdollisuudeksi. Konkreettinen l. erikoinen vaara on hänellä seurauksen syntymistä edistävästä väikuttamisesta johtuva oikeushyvänloukkauksen tosiasiallinen mahdollisuus.⁶⁰ *Rohland* katsoo kaikkien vaarantamisrikosten perustuvan vain yleisen vaaran vaatimiseen, koska lainsäätäjä enempiä kuin tiedekään eivät hänen nähdäkseen voi käsitellä yksityistä tekoa, vaan ainoastaan koko lajia ja sen ominaisuuksia. Täten myös yrityksen rankaisemisessa on yhdentekevää, mistä syystä seuraus on jäänyt syntymättä (esim. uhri ei ole kuollut, koska kivääri ei ole lauennut, ampuja on tähännyt huonosti, kolmas henkilö on tullut väliin) ja samoin, oliko seurauksen syntymättä jääminen kyseenalaisissa olosuhteissa ollut etukäteen odotettavissa tai vain enemmän tai vähemmän satunnaista, vaan rangaistavaan yritykseen riittää yleisen vaaran olemassaolo, oikeudenvastaisen seurauksen syntymisen, s.o. rikoksen täyttymisen yleinen mahdollisuus.⁶¹ Jos taas toiminta on senlaatuista, ettei siitä missään tapauksessa voi seurausta syntyä eikä siihen siis liity minkäänlaista vaaraa, yritystä ei voi olla olemassa. Mutta milloin toiminta on kelpaamaton aiheuttamaan seurauksen? Vastauksen saamiseksi *Rohland* näkee tarpeelliseksi pohtia kysymystä, voivatko toiminnassa käytetty keino ja sen objekti olla sillä tavalla kelvottomia, että koko toiminta on leimattava kelpaamattomaksi ja siis vaarattomaksi. Hänen mielestään esim. sokeri on kelpaamaton surmaamiskeinoksi, vaikka määrättyissä olosuhteissa sokerilla voidaanakin ihminen surmata. Samoin leipä ja liha ovat erotettavat surmaamiskeinojen joukosta. Tämä ajatustapa perustuu siihen, että mainitunlaiset käsitteet ovat tarkoituskäsitteitä (*Zweckbegriffe*). Täten kelvollisen keinon käsitteen piiriin *Rohlandin* mukaan voivat kuulua vain sellaiset keinot, joita käyttäen asetettu tavoite on »tavallisesti esiintyvin edellytyksin ja määrättyä käyttötapaa noudattaen joltisellakin varmuudella» saavutettavissa.⁶² Arsenikki esim. on käyttötavasta ja erikoisesti annoksen suuruudesta riippuen milloin surmaamiskeino, milloin parannuskeino, milloin taas, kun kvantiteetti on aivan vähäinen, täysin merkityksetön ihmisen terveydelle. Kei-

⁶⁰ m.t., s. 12 ss.

⁶¹ m.t., s. 81.

⁶² m.t., s. 92 s.

nolle on siis ominaista pelkästään relatiivinen määrättyneisyys. Kvantitatiivinen eroavaisuus voi muuttua kvalitatiiviseksi. Näin ajatellen keinojen jakaminen kelvollisiin ja kelvottomiin sekä myös abstraktisesti l. absoluuttisesti kelvottomiin ja konkreettisesti l. relatiivisesti kelvottomiin osoittautuu täysin oikeutetuksi. Ja samoin kuin vaarantamisrikoksissa yleensä abstraktinen, yleinen vaara on riittävä, samoin yrityksessä keinon abstraktinen, yleinen kelvollisuus on ratkaiseva kelvollisuuden olemassaololle. Keino voi olla kelvollinen, vaikka se yksityistapauksessa voikaan johtaa tulokseen. Suurehko annos arsenikkia ei ole absoluuttisesti kelvoton surmaamiskeino, vaikka se ei olekaan kyllin tehoina aiheuttamaan kuolemaa, kun se seikka, ettei annos ole riittävä juuri kuoleman aiheuttamiseen, näyttäytyy epäolennaiseksi. Keinon ollessa pelkästään konkreettisesti kelvoton (abstraktisesti kelvollinen) yritys on rangaistava.⁶³

Samanlainen absoluuttisen ja relatiivisen kelvottomuuden toisistaan erottaminen voidaan toimittaa myös toiminnan objektin suhteen. Objekti on täysin kelpaamaton, kun ei kukaan voi — yleisesti katsoen — aikaansaada siinä tarkoitettua seurausta, mutta vain konkreettisesti kelpaamaton, milloin objektia voidaan katsoa yleensä voitavan toiminnalla vahingoittaa, tapauksen erikoisominaisuuksien vain riistäessä toiminnalta vahingoittamiskyvyn. Täten esim. ihminen on ainoastaan konkreettisesti kelvoton surmaamistoiminnan objekti, jos hänellä on yllään panssari tai hän on arsenikkiin tottunut, mutta abstraktisesti l. absoluuttisesti kelpaamaton, jos hän on jo kuollut. Kun vihdoin myös rikoksen subjektiin nähden on tehtävissä yhtäläinen jaoittelu, Rohland toteaa yhteenvetona relatiivisesti kelvottoman yrityksen olevan abstraktisesti kelvollisen ja senvuoksi vaarallisen yrityksen, perustukoon mainittu kelvottomuus sitten keinon, objektin tai subjektin kelpaamattomuuteen.⁶⁴

Myöskin J. Baumgarten, joka rikoksen yritykseen liittyvien kysymysten selvittelylle on omistanut laajan monografian, lähtee vaarasta yrityksen rangaistavuuden perustana päätyen kuitenkin keinon ja objektin tavanmukaisiin jaoitteluihin.⁶⁵ Hän myöntää vaaran käsitteen pohjautuvan meidän havaitsemiskykymme epätäydellisyyteen ja objektiivisen tapahtumisen edellytysten puuttuvan yhtähyvin silloin, kun loukkaus on jäänyt tapahtumatta kuin jonkun henkilön etukäteen katsoessa sen syntymisen mahdottomaksi. Hän ei myöskään

⁶³ m.t., s. 96 s.

⁶⁴ m.t., s. 98 s.

⁶⁵ J. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, s. 419 ss.

katso voitavan kieltää »vaarallisuuden» ja »vaarattomuuden» olevan vain sellaisen henkilön lausumia subjektiivisia arvosteluja, joka vastaisen tapahtuman kaikkia edellytyksiä tuntematta ei voi olla selvillä toimintaan liittyvästä kausaalisuudesta.⁶⁶ Mutta vaikka näin onkin, sellainen yhteiskunta, jonka muodostavat kaikkietäisyttä puuttuvat ihmiset, ei voi jättäytyä välinpitämättömäksi todennäköisiltä näyttävien oikeushyvänloukkausten suhteen. Vaara on näinollen huomioonotettava seikka yhteiskunnallisessa elämässä.

Vaaran *Baumgarten* määrittelee inhimillisen kokemuksen ja syyteyhtyä määräävien lakien mukaan odotettavissa olevan vahingollisen tapahtuman suuremmaksi tai pienemmäksi todennäköisyysasteeksi. *Binding*in viitaten hän selittää, että normi kieltäessään syyllisyyttä osoittavan oikeudenvastaisen oikeushyvän loukkaamisen, samalla kieltää aiheuttamasta sellaista vahinkoseurauksen edellytystä, joka yhdessä toisten edellytysten kanssa voi muodostua seurauksen syyksi.⁶⁷ Jos siis lainsäätäjä on säätänyt jonkin rikoksen yrityksen rangaistavaksi, niin se *Baumgartenin* mukaan ilman muuta merkitsee rangaistavuuden rajoittamista niihin yritystoimiin, jotka yleisen kokemuksen ja kausaalilakien mukaan voivat aikaansaada edellytyksen tarkoitetun vahinkoseurauksen syntymiselle. Vain tämänlaatuisiin yritystoimiin sisältyy oikeushyvän loukkaamisen vaara. Tätä ajattelutapaa seuraten johdutaan absoluuttisesti kelvottomin keinoin tehdyn yrityksen rankaisemattomuuteen sekä relatiivisesti kelvollisin keinoin tehdyn yrityksen rangaistavuuteen. Absoluuttisesti kelvottomiksi on katsottava paitsi kvantiteetista riippumatta kelpaamattomiksi arvosteltavat keinot (esim. sokerin antaminen myrkyttämistarkoituksessa) myös sellaiset, jotka riittämättömästi käytöstä johtuen osoittautuvat kelpaamattomiksi seurausta aiheuttamaan. Keinon riittämättömyys on *Baumgartenin* mielestä kuitenkin arvosteltava objektin yleisen eikä yksilöllisen vastaanottavuuden perusteella.⁶⁸ Yritys absoluuttisesti kelvotonta objektia vastaan on niinkään rankaisematta jääpä, *Baumgartenin* mukaan kuitenkin sen vuoksi, että sellaisen ollessa kyseessä tekijältä puuttuu tahallisuus.⁶⁹

⁶⁶ Näin varsinkin *Lammasch*, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches*, 1879, s. 12 ja *Hertz*, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, 1880, s. 74 ss.

⁶⁷ Vrt. *Binding*, *Handbuch I*, s. 173.

⁶⁸ m.t., s. 422.

⁶⁹ m.t., s. 358.

Käytäessä lievennettyä objektiivista teoriaa arvostelemaan on todettava sen nojaavan lähinnä kahteen perusteeseen. Ensimmäinen näistä on katsomus, ettei sitä mitä ei voida täyttää, voida myöskään aloittaa täyttää. Toinen on otaksuma absoluuttisesti kelvottoman yrityksen vaarattomuudesta ja siis rankaisemattomuudesta sekä relaatiivisesti kelvottoman yrityksen vaarallisuudesta ja rangaistavuudesta. Niiden lähtökohtien paikkansapitävyyttä on tarkasteltava kummankin erikseen.

Peruste aloittamismahdollisuuden riippuvaisuudesta täyttämismahdollisuudesta on torjuttava. Kun rikoslaeissa Ranskan code pénalista alkaen uusiutuvasti yrityksen yhtenä kriteeriona esiintyy »täytäntöönpanon aloittaminen», ei ole varmaankaan oikein ymmärtää sen tarkoittavan vain tapauksia, joissa myöhemmin ilmaantuva odottamaton seikka on estänyt kelvollisen aloittamisen johtamasta täytäntöönpanoon. Jos mainittu sanonta olisi tarkoitettu näin ymmärrettäväksi, olisi se ollut nimenomaisin sanoin ilmaistava, kun »täytäntöönpanon aloittamisen» täsmällisestä sisällöstä on miltei sanonnan käytäntöntulosta asti ollut runsaasti erimielisyyttä. Kun päinvastoin »täytäntöönpanon aloittamisen» sisällyttämisen legaaliseen yrityksen määritelmään ei ole katsottu estävän rikosoikeustiedettä vapaasti ottamasta kantaa esim. kelvotonta objektia vastaan tai kelvottomin keinoin tehdyn yrityksen rangaistavuuteen,⁷⁰ ja kun tavallisen kielenkäytön mukaan täytäntöönpanon aloittamisesta voidaan luontevasti puhua silloinkin, kun vain tekijän mielestä päämäärän saavuttaminen näyttää mahdolliselta, ei ole mitään pätevää syytä täytäntöönpanon aloittamiseen sisällyttää vain yritystoimia, jotka ovat kelvollisia johtamaan täytäntöönpanoon.⁷¹

Toinen peruste vaarattomuuden ja vaarallisuuden riippuvaisuudesta yritystoimen absoluuttisesta tai relaatiivisesta kelvottomuudesta johtamaan rikoksen täytäntöönpanoon ei myöskään ole nykyaikaisen vaaraopin kannalta hyväksyttävissä. Mitä ensin tulee yritysteon kelvottomuuden asettamisesta yhteyteen keinon ja objektin absoluuttisen ja relaatiivisen kelvottomuuden kanssa, niin asettelua on pidettävä jo loogillisesti katsoen harhaanosuneena. Tosin on myönnettävä, että milloin keino tai objekti ovat asetetun päämäärän kannalta katsottuna ehdottomasti kelpaamattomat, myös yritysteko kokonai-

⁷⁰ Näin Saksan StGB:n perustelut v. 1870. Vrt. Hippel, Deutsches Strafrecht II, s. 416.

⁷¹ Vrt. myös Hippel, m.t., s. 417.

suudessaan on kelvoton.⁷² Mutta kun keino tai objekti ovat vain relaatiivisesti kelvottomia, ei aina ole oikeutettua katsoa yritysteon olevan vähääkään enemmän kelvollisen. Tämä johtuu siitä, että vain asettaessa keino ja objekti toisensa yhteyteen voidaan tehdä johtopäätöksiä yrityksen onnistumismahdollisuudesta. Tätä tosiasiaa eivät kaikki lievennetyn objektiivisen teorian kannattajat ole oivalta-neet.⁷³

Mutta missä määrin voidaan pitää asianmukaisena menettelyä, että rangaistuksen alaisuudesta erotetaan absoluuttisesti kelvottomat yritykset, siis yritysteot, joissa keino tai objekti on ehdottomasti kelpaamaton, muiden yritystoimien ollessa rangaistavia? Aikana, jolloin vaaran olemusta ei vielä pystytty tieteellisesti selvittämään, on jonkinlaiseksi saavutukseksi merkittävä sekin tulos, että rangaistavuudesta erotetaan täysin kelvottomat yritykset, joista ei missään tapauksessa aiheudu rikoksen täyttyminen ja jotka siis ovat ehdottomasti vaarattomia. Tämä ajattelutapa pohjautuu abstraktisen vaaran käsitteeseen, jonka mukaista on, että arvostelun tapahtuessa jälkeinpäin silloin tunnettuja tosiasioita silmälläpitäen vähäininkin ajateltavissa oleva mahdollisuus merkitsee jo vaaran olemassaoloa. Nykyaikainen käsitys vaarasta pitää sekin kiinni toiminnan objektiivisesta vaarallisuudesta, mutta se ottaa arvostelun pohjaksi, niinkuin tavallisessa elämässäkin tehdään, vain ne tosiseikat, jotka konkreettisesti tapauksessa toiminnan hetkellä voitiin tuntea. Selvää on, että otettaessa tarkastelun kohteeksi jälkeinpäin todettavissa oleva keinon tai objektin abstraktinen kelpoisuus seurauksen aiheuttamiseen, johdutaan olennaisesti toisenlaisiin tuloksiin kuin pitäydyttäessä konkreettiseen tekoon ja niihin seikkoihin, jotka siitä tekohetkellä voidaan tuntea. Edellinen katsomustapa turvautuu yleiseen keskimääräismittapuuhun, joka ei voi olla oikea jokaisessa yksityistapauksessa. Silloin kun vaaran käsitteleminen rikosoikeudessa oli vielä alkeellista, oli lievennetyn objektiivisen teorian suosittelema jakope-

⁷² Monet tutkijat, nimenomaan subjektiivisen teorian kannattajat, kieltävät yleensä mahdollisuuden objektin tai keinon suhteen erottaa mitään kelvottomuusasteita. Niinpä *Forsman* selittää olevan mahdotonta tehdä periaatteellista eroa objektin ja keinon absoluuttisen ja relaatiivisen kelvottomuuden välillä, koska molemmille tapauksille on samalla tavalla yhteistä, ettei niiden vallitessa luonnonlakien mukaan täytäntöönpano ole mahdollista. Ks. Allmänna lärör, s. 216 s. Vrt. myös *Lassen*, Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed, 1879, s. 70 ss.; *J. Baumgarten*, m.t., s. 247 ss.

⁷³ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 175 s.; *Hippel*, m.t., s. 418.

ruste rangaistavien ja rankaisematta jäävien yritystekojen toisistaan erottamiseksi yhtäkaikki asiallisiin näkökohtiin nojautuva ratkaisuyritys, joka melkoisessa määrässä tyydytti myös oikeustajunnan vaatimuksia.⁷⁴

D. Subjektiivinen teoria:

Hyvin pian sen jälkeen kuin *Feuerbach* oli v. 1804 asettunut torjuvalle kannalle täytöntokelvottoman yrityksen rangaistavuuteen nähden, hän sai osakseen jyrkkää vastustusta. *Tittmann*, jota on pidettävä subjektiivisen yritysteorian perustajana,⁷⁵ hahmoitteli v. 1806 vastakkaisen asenteensa seuraavaan tapaan: Yritysteon objektiivinen vaarallisuus on yhdentekevä asia. *Carolina* ei vaadi minkäänlaista syy-yhteyttä käytetyn keinon ja tavoitellun seurauksen välillä, riittää kun tällainen syy-yhteys sisältyy tekijän mielikuvaan. Myöskään ei ole tarpeen, että keino tai toiminnan kohde ovat kelpoisia tarkoitetun tuloksen saavuttamiseen, kun ne vain tekijän mielestä ovat siihen kelpaavia.⁷⁶

Tittmannin esittämä katsantokanta saavutti aluksi varsin laajaa kannatusta silloisessa saksalaisessa tietoisopissa, mutta objektiivisten teorioiden päästyä myöhemmin vallitseviksi subjektiivisella teorialla oli v. 1850 tienoilla vain yksi huomattava kannattaja, nimittäin *Luden*. Hänen mielestään jokaiselle yritysteolle on ominaista, ettei tekijä ole voinut saattaa tekoaan päätökseen. Erottelulla keinon ja objektin kelvottomuusasteiden välillä ei ole merkitystä, koska jokainen in concreto vaikuttamaton keino on tarkoin samoissa olosuhteissa uudelleen käytettynä aina ja siis myös in abstracto vaikut-

⁷⁴ Ks. *Honkasalo*, m.t., s. 175 s.; *Serlachius*, Oppikirja I, s. 169 s.; muist. 1; *Hippel*, m.t., s. 418 s., s. 429.

⁷⁵ Näin *Schüler*, m.t., s. 18, viite 59. *Frank*, *Vergl. Darst. A. V*, s. 244, katsoo subjektiivisen teorian perustajaksi *Grolmanin*, joka v. 1805 ilmestyneessä teoksensa *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* tois. painoksessa on esittänyt samoja ajatuksia kuin *Tittmann* vuotta myöhemmin. Kun *Grolman* kuitenkin vasta v. 1818 on nimenomaisesti määritellyt kantansa *Feuerbachin* katsomukseen nähden, on *Tittmannille* annettava etusija vastateorian alkuunpanijana. Vrt. myös *Binding*, *Der umgekehrte Irrtum*, s. 224, erik. viite 3.

⁷⁶ *Tittmann*, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde I*, 1806, s. 266 ss. *Tittmannin* mukaan on, samoin kuin käytettäessä kelpoista keinoa taitamattomasti, rangaistava yritys kyseessä kohdistettaessa murhayritys kuolleetseen. *Tittmannista* ks. myös *Binding*, *Der umgekehrte Irrtum*, s. 225; *Schüler*, m.t., s. 18.

tamaton. Myös objektiin nähden sama sääntö pitää paikkansa. Yrityksen rangaistavuus ei näinollen perustu toiminnan objektiiviseen vaarallisuuteen, vaan siihen että tekijän paha tahto käy ilmi epäamättömän selvissä toiminna.^{77 78}

Myöhempinä vuosikymmeninä jälleen voimistuneen subjektiivisen teorian yhtenä merkittävimmistä edustajista on mainittava *Lammasch*.⁷⁹ Hänen tutkimuksensa kohteena on objektiivinen vaara ja sen merkitys yritykselle. Lähtökohtana hänellä on käsitys, että syy-yhteys merkitsee välttämättömyyttä syyn aiheuttaessa aina vaikutuksen. Kun vain aktuaalinen syy-yhteys on syy-yhteyttä, sitä ei voi olla olemassa tapahtumasarjan keskeytyessä. Täten myös kelvottomuus voi olla vain objektiivisen tilan kategoria ja päätelmä kelpoisuudesta pelkästään epävarman subjektiivisen arvioinnin tulos. Vaarallisuus, joka on samaa kuin kelpoisuus ja mahdollisuus, samoin kuin vaarattomuus ovat ainoastaan sellaisen henkilön lausumia subjektiivisia arvosteluja, joka ei ole tietoinen kahden tilan välisestä syy-yhteydestä, koska hän ei tunne kaikkia syy-yhteyden edellytyksiä, mutta joka rajoitetun tietonsa pohjalta katsoo toisen tai toisen tuloksen todennäköisemmäksi mahdollisuudeksi. Objektiivisesti katsoen tällöin ei kuitenkaan ole kysymys mahdollisuudesta, vaan välttämättömyydestä.⁸⁰ *Lammaschin* mielestä ei täten ole löydettävissä mitään objektiivista kriteeriä kelvollisen ja kelvottoman yrityksen erottamiseksi toisistaan. Näin ollen sanottu erottelu on täysin harhaanosunut. Positiivinen perustelu kummankinlaisen yrityksen rangaistamiselle on sitävastoin johdettavissa rangaistuksen tarkoituksesta, jonka *Lammasch* näkee yhteiskunnan ja sen hyvinvoinnin

⁷⁷ *Luden*, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte I. Ueber den Versuch des Verbrechens*, 1836, s. 475 s. Erään rajoituksen *Luden* on kuitenkin katsonut välttämättömäksi. Hänen nähdäkseen yritystä ei voi olla olemassa, kun tekijä on taikauskon vallassa tai yksinkertaisuudesta käyttänyt täysin kelvontonta keinoa. Vrt. *Schüler*, m.t., s. 19.

⁷⁸ Huomattava merkitys oli ennen Saksan valtakunnanrikoslain säätämistä Saksan useiden osavaltioiden lainsäädännössä ja myös tietoisopissa käsityksellä, että keinon ja objektin kelvottomuus eivät tosin poista yrityksestä sen rangaistavuutta, mutta kuitenkin vähentävät sitä. Tätä katsomusta on edustanut m.m. *Bauer*, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprozesse I*, 1840, s. 311 ss. Sen saamasta kannatuksesta ks. *Schüler*, m.t., s. 19 s., s. 21 ss.

⁷⁹ *Lammasch*, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches*, 1879.

⁸⁰ m.t., s. 6 ss., erik. s. 12.

turvaamisessa. Rangaistuksen käyttäminen voi nimittäin vain silloin olla menestyksellistä, kun rangaistuksella uhattuja eivät ole ai-noastaan kiellettyjä seurauksia todella aiheuttavat, vaan myöskin tekijästä kausaalisilta näyttävät, mutta todellisuudessa sitä vailla olevat tekijän toimet. Rangaistusuhkan tehtävänä on estää tekijää ryhtymästä sellaiseen toimintaan, jonka hän otaksuu johtavan tavoittelemaansa seuraukseen seurauksen kuitenkin todellisuudessa syntymättä. Itse asiassa *Lammaschin* mielestä pohjaltaan vain tahto aikaansaada paha teko (= *Bewirkenwollen*) on rangaistava.⁸¹

Lammasch ei kuitenkaan pysy uskollisena lähtökohdalleen. Vaikka oikeastaan pelkän aiheuttamistahdon (»*Bewirkenwollen*») pitäisi olla rangaistava, niin todellisuudessa kuitenkin niin yrityksessä kuin täytetyssä rikoksessakin rankaisemiseen vaaditaan rikollisen tahallisuuden toteuttamista, rikollisen tarkoituksen täytäntöönsaamiseksi suunnattua toimintaa.⁸² Samoin se tosiasia, että yrityksessä toiminta on voinut jäädä tekijänkin mielestä puutteelliseksi, saattaa antaa *Lammaschin* mielestä aiheen käyttää yrityksestä lievempää rangaistusta kuin täytetystä rikoksesta. Näin on laita varsinkin päättymättömän yrityksen suhteen, jossa toiminnan epäonnistuneisuuden ohella se seikka oikeuttaa lievennetyn rangaistuksen käyttämisen, että

⁸¹ m.t., s. 51 ss. *Lammasch* esittää (s. 53 s.) tälle katsomukselleen perustelun, johon myöhemmin on usein viitattu: »Das Eintreten eines Erfolges, das sich durch die zwingende Macht des Causalitätsgesetzes vollzieht, sobald die Bedingungen derselben in ihrer Vollständigkeit vorhanden sind, liegt ausserhalb des menschlichen Machtbereiches. Das Höchste, was wir vermögen, ist die Bedingungen des Erfolges zu erkennen und jene, die uns in der Tatsächlichkeit zu fehlen erscheinen, ergänzen zu wollen. Dieses Streben nach Completirung der Bedingungen des Erfolges ist es, was wir versuchen nennen und was allein dem Menschen zugerechnet werden kann, während der Erfolg selbst, als eine Thatsache, nach den ehernen, durch den menschlichen Willen nicht zu beugenden Gesetzen sich vollzieht. — — Nur das *Bewirkenwollen*, nur das Versuchen, als das allein Psychische an der That, ist es, dem der Staat mit psychischen Mitteln entgegenwirken kann.» *Lammasch* viittaa tässä yhteydessä *Bindingin* normin käsitteeseen, joka johdonmukaisesti kehitettynä hänen nähdäkseen johtaa samaan tulokseen. *Lammaschin* johtopäätöstä, että kielto kuuluisi: »Du sollst nicht zu bewirken suchen», kannattavat myöhemmin m.m. *Hold von Ferneck* (ks. ed. s. 12 s.), *Finger* (ks. al. s. 151) ja *Frank* (ks. al. s. 182). *Binding* puolestaan on jyrkästi torjunut tälläntapaisen normin eksten-siivisen tulkinnan lausuen: »das positive Recht kennt diesen Satz des Naturrechts nicht! — — Die genaue Untersuchung der Grenzen jeder Deliktsart ergab, dass alle unter die Norm wirklich fallenden Handlungen deliktisch, und alle darunter nicht fallenden, also auch die vermeintlich normwidrigen Handlungen, unverboden sind.» Ks. *Binding*, *Der umgekehrte Irrtum*, s. 250 s.

⁸² m.t., s. 62.

niinkauan kuin tekijä ei ole toiminnassaan edistynyt loppuun asti ja hänellä on siis mahdollisuus luopua sitä jatkamasta, hän ei ole vielä aiheuttanut riittävää syytä seurauksen syntymiselle. Päätetty yritys, jossa tekijän perääntyminen ei enää voi tulla kysymykseen, on sitävastoin kiistämättömien oikeusperiaatteiden mukaan rangaistava täydellä rangaistuksella.⁸³ Yrityksen rangaistavuuden rajoituksena on lopuksi vielä mainittava, että *Lammaschin* mukaan on yrityksen piiristä siihen kuulumattomina suljettava ne tapaukset, joissa rikoksen tekemiseksi on turvauduttu kausaalilakien alaiseen maailmaan kuulumattomiin, ylimaallisiin keinoihin.⁸⁴

Johdonmukaisemmin kuin *Lammasch* edustaa subjektiivista teoriaa *Buri*, joka v:sta 1862 julkaisemillaan lukuisilla yritysoppia koskevilla tutkimuksillaan on tullut uudelleen herätetyn subjektiivisen yritysteorian toiseksi perustajaksi. Jo ensimmäisessä tutkimuksessaan hän on jyrkästi kiistänyt kausaaliyhteyden vallitsevan yritysteon ja tarkoitetun täytetyn rikoksen välillä ja katsonut yrityksen rangaistavuuden olevan perustettavissa pelkästään ulkomaailmassa ilmenneeseen rikolliseen tahtoon.⁸⁵

Syy-yhteys merkitsee *Burilla* tapahtumisen välttämättömyyttä, joten siitä kyseenollen ei voida puhua mahdollisuudesta, että samojen olosuhteiden vallitessa olisi voinut käydä toisin kuin kävi. Jos kuitenkin ryhdytään mahdollisuuden huomioonottamiseen yrityksen rankaisemisen perustana, silloin etäännyttään konkreettisesta teosta abstraktioihin, joiden piirissä miltei kaikki on mahdollista. Teko, joka tehdään muiden kuin in concreto vallinneiden olosuhteiden alaisina, ei ole enää sama teko. Abstraktisesti ajatellut seikat edellyttävät myös abstraktista tekoa. Mahdollisuusarviointiin perustuva katsomus ei näinollen rankaise teosta, koska se on tehty, sen itsensä vuoksi, vaan siksi, että se voidaan ajatella toisenlaiseksi. »Nur vermöge besonderer gesetzlicher Sanktion, wie sie bei den gemeingefährlichen Verbrechen vorliegt, darf sonach die Strafbarkeit des Täters aus der abstrakten Möglichkeit, dass seine Handlung zu einem Ergebnis hätte hinführen können, hergeleitet werden».⁸⁶

⁸³ m.t., s. 70 s.

⁸⁴ m.t., s. 77 s.

⁸⁵ *Buri*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1862, s. 53 ss.

⁸⁶ *Buri*, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 1, 1881, s. 201. Ks. myös *Buri*, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, 1894, s. 182 ja Zur Lehre vom Versuche, Gerichtssaal 19, 1867, s. 67.

Kun yrityksen ja täytetyn rikoksen välillä ei ole syy-yhteyttä, ei myöskään se, mitä yrityksestä kyseenollen ulkomaailmassa tapahtuu, voi olla mikään objektiivinen osa lainsäädännön ilmaisemasta toiminnan seurauksesta. Jos täytetyn rikoksen olemuksesta puuttuu vähäisinkin osa, tapahtuneella ei *Burin* mukaan ole mitään objektiivista rikosoikeudellista merkitystä. Jos esim. nainen on suistettu maahan, niin objektiivisesti katsottuna tapahtuma on, ellei kyseessä ole pahoinpitely, rikosoikeuden kannalta yhdentekevä. Siinä ei näet ole objektiivista osaa enempää ryöstöstä, väkisinmakaamisesta kuin murhastakaan. Ei rakennuspaikalle tuotu rakennushirsikään ole osa taloa. *Burin* mielestä on mahdotonta, että tekijän subjektiivinen asenne toiminnan pelkästään miellettyyn täytäntöönsaattamiseen tuottaisi objektiivisesti merkityksettömälle tapahtumalle merkityksellisen tapahtuman luonteen.⁸⁷

Objektiivisen vaaran käsite on *Burin* kannalta kelpaamaton yrityksen tunnusmerkiksi. Vasta kun seuraus on syntynyt, voidaan vaaran todeta olleen olemassa. Objektiivinen vaara näyttäytyy vasta ex post, tapahtuneessa loukkauksessa. Toiminnan vaarallisuutta ei näinollen ole etsittävä seurauksen syntymisen mahdollisuudessa, vaan ainoastaan siinä että kyseisen toimen sijasta olisi voitu suorittaa toisenlaatuinen toimi.⁸⁸ Ei voi tulla kysymykseen, että tuloksettomaksi jääneen yritystoiminnan arvostelemissa pidettäisiin silmällä toiminnan alkamishetkeä ja sieltä vedettäisiin johtopäätöksiä tulevaisuuteen. Näin menetellen turvauduttaisiin ajateltuihin tapahtumatta jääneisiin tekijöihin ja todella vallinneet olosuhteet jätettäisiin huomiotta. Kokonaan toinen ja rikosoikeutta kiinnostamaton on toteamus, että vaaran abstraktio saattaa usein määräävästi vaikuttaa ihmisen toimintaan.⁸⁹ *Burin* hylkäystuomio kohdistuu ankarana myös

⁸⁷ Beiträge, s. 179 ja *Buri*, Ueber das Wesen des Versuches, Archiv für Gemeines Deutsches und für Preussisches Strafrecht 25, 1877, s. 265.

⁸⁸ *Buri*, Ueber die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung, Gerichtssaal 41, 1889, s. 418.

⁸⁹ *Buri*, Versuch und Causalität, Gerichtssaal 32, 1880, s. 348. Kun *Cohn* (Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, s. 264) oli väittänyt vaaran olevan objektiivista todellisuutta, koska muussa tapauksessa kunniamerkki olisi eloonjääneiden urhoollisten sotilasten sijasta kiinnitettävä kaatuneiden rintaan, *Buri* torjuu tämän todistelun seuraavasti: »Es wird hierbei übersehen, dass auch nach der Abstraction jedes einzelnen Soldaten die Gefahr für ihn eine sehr naheliegende war, und der Tapferkeit, sich dieser supponirten Gefahr ausgesetzt zu haben, dadurch kein Abbruch geschieht, dass sich die Wirklichkeit in Widerspruch mit der Abstraction gesetzt hat.»

absoluuttisen ja relatiivisen kelvottomuuden toisistaan erottamista vastaan. Hänen mielestään on logiikan vastaista puhua absoluuttisesta kelvollisuudesta ja relatiivisesta kelvottomuudesta. Konkreettisessa tapauksessa relatiivinen kelvottomuus on aina absoluuttista kelvottomuutta ja kelvollisuus on todettavissa vasta, kun teko on tullut täytetyksi. Jokaiselle yritykselle on ominaista keinon kelvottomuus, ja siksi on valintamahdollisuutena vain, joko rangaista jokaisesta yrityksestä tai jättää yritys aina rankaisematta. Ahtaassa mielessä on vieläpä mahdotonta yrityksen yhteydessä ollenkaan puhua kelvottomasta keinosta, koska kelvottomuus on soveltumaton attribuutti keinolle.⁹⁰

Kun siis yrityksen ja täytetyn rikoksen välillä ei voi olla syy-yhteyttä eikä sillä, mitä yrityksen yhteydessä ulkonaisessa maailmassa tapahtuu, ole merkitystä täytetyn rikoksen kannalta katsottuna, niin *Burin* mielestä ei voida tulla muuhun tulokseen, kuin että ainoa yrityksessä ilmenevä rikosoikeudellisesti huomioonotettava seikka on rikollinen tahto. Sen merkittävyyttä yrityksessä ei ole niin ymmärrettävä, että tahdolla olisi arvoa vain objektiivisten tosiseikkain rinnalla niiden oikeudellisen laadun selvittämisessä, vaan siten että vasta tieto erikoisen tahdon olemassaolosta ylipäänsä luo mahdollisuuden puhua jonkin ilmiön rikosoikeudellisesta merkityksellisyydestä. Yrityksessä on rikollisen tahdon oltava arvostelun lähtökohtana.⁹¹ Mutta pelkän, esim. myöhemmän tunnustuksen kautta selvitetyn tahdon olemassaolo sellaisenaan ei ole riittävä rangaistavuuden kriteeriona. Rikollisen tahdon on täytynyt ulkomaailmassa havaittavalla tavalla toiminnassa objektivoitua. Täytäntöönpanoon tähtäävän tahdon tulee ilmetä jo syntyneestä objektiivisesta tapahtumasta.⁹² Tunnustus ei pelkkänä todistuskeinona kuulu toiminnan luomaan tosi-seikastoon.

Yrityksessä on objektiivinen tapahtuma ymmärrettävä juuri sellaisena, kuin tekijä on sen mieltänyt. Jos tämän edellyttäen tekijällä ilmenee todella olleen lainkäskyn ylittämiseen suuntautuva

⁹⁰ Beiträge, s. 187 s.

⁹¹ Beiträge, s. 182.

⁹² Archiv für preussisches Strafrecht 25, s. 266: »Ist hiernach die Objektivität im Versuche bedeutungslos, so kann derselbe seine strafrechtliche Bedeutung lediglich in dem durch eine Handlung aus dem Inneren des Menschen herausgetretenen Willen finden, welcher sich in äusserer Gestalt dem Gesetze gegenüber gestellt hat. Das beim Versuche stehende Unternehmen ist also ein objektiver verbrecherischer Wille, ein kausalitätsloses Streben nach dem Erfolge.»

tahto, niin on olemassa rikollinen tahto ja rangaistava yritys. Jos tekijä otaksuu tekevänsä aviorikoksen yhtyessään omaan vaimoonsa, on kyseessä harharikos, koska objektiivisesta tapahtumasta siten käsitettynä kuin tekijä on sen mieltänyt, ilmenee vain oletettu, ei todellinen rikollinen tahto. Jos tekijä sitävastoin on pitänyt omaa vaimoaan vieraana naisena, ovat rangaistavan yrityksen edellytykset olemassa. Periaatteen mukaan pitäisi myös noitatemppuja käyttäen tehdyn murhayrityksen olla rangaistava. Käytännössä rankaiseminen ei kuitenkaan liene tällaisissa tapauksissa yleensä mahdollista. »In Wirklichkeit wird doch hier kaum jemals von Strafbarkeit die Rede sein können, weil solch thörichtes Unterfangen an und für sich nicht geeignet erscheint, einen ernstlich auf Herbeiführung des Erfolges gerichteten Willen zu dokumentieren. Wo aber über Bestimmtheit und Ernst der Absicht kein Zweifel obwaltet, lässt sich Strafflosigkeit nicht rechtfertigen.»⁹³ Yleisenä sääntönä on pidettävä, milloin tekijä on erehdyksen johdosta luullut käyttämäänsä keinoa kelvolliseksi aiheuttamaan seurauksen tai toiminnan objektin olevan saatavuttavissa, todellisen tahdon olemassaolosta ja yrityksen rangaistavuudesta ei *Burin* mukaan voi olla epäilystä. Kun surmaamisaikomuksessa uhrille annetaan suolaa arsenikin sijasta tai ammutaan puuta, jota otaksutaan surmattavaksi henkilöksi, tekijä on syyllistynyt yritykseen. *Buri* selittää, että keinon tai objektin kelvottomuuden ollessa erittäin ilmeinen ja rikollisen tahdon objektivoitumisen toteamisen senvuoksi vaikeaa, rikollisen tahdon olemassaolo ei kuitenkaan yleensä ole mahdotonta. Kun objektiivisen teorian kannattajien piirissä epäröintiä ovat herättäneet nimenomaan sellaiset objektin puuttumistapaukset, joissa objektin paikallaolo kuitenkin on ollut todennäköistä (esim. vilja on siirretty pois vilja-aitasta vasta edellisenä päivänä), niin *Burin* mielestä tällaisissa tapauksissa vain subjektiivinen teoria johtaa oikeaan ratkaisuun. Ratkaisevaa on,

⁹³ Archiv für preussisches Strafrecht 25, s. 271. Samaan tapaan Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 1, s. 205: »Ein zurechnungsfähiger, ernstlicher Wille, der sich eine Vorstellung darüber, wie etwa der demnächstige Kausalverlauf der Handlung sich gestalten könne, gemacht und sich als solcher erkennbar in der Aussenwelt dargestellt hätte, dürfte hier unmöglich nachweisbar sein.» — Huomautettakoon, että sen mukaan, katsotaanko myös Totbeten-tapaukset rangaistaviksi yrityksiksi, subjektiivisen teorian piirissä joskus erotetaan toisistaan kaksi alaryhmää: jyrkkä ja lievennetty subjektiivinen teoria. Näin, m.m. *Schüler*, m.t., s. 61. Vrt. myös al. s. 132. Me emme katso tällaista erottelua aiheelliseksi varsinkin kun *Burinkaan* kanta ei ole tässä suhteessa selvä. Ks. tästä *Delaquis*, m.t., s. 177 s.

että tekijä on olettanut viljan olevan vilja-aitassa, ja kun rikollinen tahto on tullut ilmi ulkomaailmassa, edellytykset yrityksen rankaamiseen ovat täysin olemassa.⁹⁴ Myöskin yrityksen ja valmistelun välisen rajan määrittämisessä *Burin* mielestä ratkaisu riippuu siitä, onko tekijän rikollinen tahto ulkonaisessa maailmassa jo objektivoitunut, joten mitään varsinaista eroa ei yrityksen ja valmistelun välillä ole.^{95 96}

⁹⁴ *Buri*, Der Versuch des Verbrechen mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Object, Gerichtssaal 20, 1868, s. 330 ss.

⁹⁵ Beiträge, s. 184 s. — *Burin* yritysupista vrt. myös *J. Baumgarten*, m.t., s. 294 ss. ja *Delaquis*, m.t., s. 166 ss.

⁹⁶ Vielä jyrkempää subjektiivista katsomusta, kuin *Buri*, edustaa hänen aikalaisensa *Schwarze*. Hän määrittelee yrityksen teoksi, jonka avulla tekijä pyrkii aikaansaamaan tarkoittamansa, rikokseen kuuluvan seurauksen. Tällaiseksi teoksi riittää mikä tahansa teko, joka tekijässään osoittaa rikollisen tarkoituksen. *Schwarzen* mielestä on epäjohdonmukaista ja aiheetonta vaatia, että tahdon tulisi sivullisten havaittavalla tavalla ulkonaisessa maailmassa objektivoitua. Objektivoitumista vaadittaessa ei näet pelkkä tekijän tunnustus, että hän on yrittänyt myrkyttää vastustajansa sokerilla, olisi riittävä oikeuttamaan rangaistuksen käyttämisen, ellei ulkomaailmassa olisi samalla todettavissa riittävästi seikkoja, jotka osoittavat tekijän olleen vakuutetun sokerin myrkyllisyydestä (*Schwarzen* esimerkki). Yrityksessä on ratkaisevaa tekijän paha tahto, jonka olemassaolo on kokonaan riippumaton hänen tiedoistaan, myös hänen mahdollisesta tyhmyydestään. Siinäkin tapauksessa, että tekijä on taikauskon tai kehittymättömyyden johdosta pitänyt täysin kelvotonta keinoa kelvollisena, on tekijä paljastanut pahan tahtonsa. Toisen kuoleman rukoileminen on kuitenkin *Schwarzen* mielestä erotettava rangaistavista teoista, sillä tekijä ei tällöin itse välittömästi toimi seurauksen aikaansaamiseksi, vaan hän pikemminkin vain yllättää hänestä riippumatonta voimaa teon suorittamiseen. Ks. *Schwarze*, Versuch und Vollendung. Handbuch des deutschen Strafrechts, herausgeg. von Fr. von Holtzendorff II, 1871, s. 267 ss., erik. s. 271, s. 292 s. ja s. 298.

Erittäin jyrkän subjektiivisen katsomuksen puoltajana on mainittava myös *Bierling*. Lähtien yrityksen sanallisesta merkityksestä hän on sitä mieltä, ettei tekoon tähtäävän päätöksen täyttäminen koskaan ole pelkästään ulkonaista tapahtumista, vaan päinvastoin täytäntöönpanon aloittamisen ensi vaihe on täysin sisäinen ilmiö toimivassa henkilössä, hänellä on n.s. täyttämistahto (»Vollzugswille»). Tällainen »täytäntöönpanon aloittaminen» saa oikeudellisen merkityksen, kun täyttämistahtoon liittyy sitä vastaava ulkomaailmassa ilmenevä ruumiinliike. Milloin näin on asian laita, on olemassa teko rikosoikeuden mielessä ja samalla myös oikeudellisesti huomioonotettava yritys. Rikoslain sanonta »täytäntöönpanon aloittaminen» on täten ymmärrettävä pelkästään subjektiivisessa mielessä, s.o. katsottuna tekijän itsensä kannalta. *Bierlingin* mukaan vain tämä käsittämistapa vastaa tavannaista kielenkäyttöä samoin kuin kyseisen lainkohdan perusajatusta. Täytäntöönpanon ja sen aloittamisen ymmärtäminen objektiivisessa mielessä johtaisi *Bierlingin* mielestä täysin epätyydyttävään tulokseen, sillä täytäntöönpanosta puhuminen olisi

Kelvottoman yrityksen ongelmalle laajan erikoistutkimuksen omistanut *Delaquis* on omana kantanaan yhtynyt pääasiallisesti *Bur-*rin esittämiin käsityksiin. Kun objektiivisen teorian kannattajien taholta on subjektiivista teoriaa vastaan m.m. sanottu, että se olisi ristiriidassa periaatteiden »nullum crimen sine lege» ja »cogitationis poenam nemo patitur» kanssa, niin *Delaquis*'n mielestä nämä väitteet on torjuttava. Hän huomauttaa jyrkimmäinkin subjektivistin katsovan rangaistavaksi vain sellaisen tahdon, joka suuntautuu jossakin lain säännöksessä rangaistavaksi selitetyn teon aikaansaamiseen. Vaikka ei vaaditakaan minkäänlaista tahdon' sisällön toteuttamista ulkonaisessa maailmassa, ei kuitenkaan voida väittää yksityisen henkilön tahdon, mutta ei lain, olevan ratkaiseva arvosteltaessa, milloin rangaistusta on käytettävä. Näin ollen moraalin ja oikeuden toisiinsa sekottamisesta ei tässä voi missään tapauksessa olla kysymys.⁹⁷ *Delaquis* torjuu myöskin sen äärimmäissubjektiivisen katsomuksen, jonka mukaan tahdon voimakkuus ja antisosiaalisuus olisi yrityksessä määräävä kriterio, käytäntöön soveltumattomana. Tahdon voimakkuus ja yhteiskunnanvastaisuus voi nimittäin yrityksessä olla suurempi, yhtäsuuri tai pienempi kuin täytetyssä rikoksessa. Jos rangaistuksen tulisi määräytyä tahdon ominaisuuksien mukaan, täytetystä rikoksesta tulisi usein lievempi rangaistus kuin saman rikoksen yrityksestä. Myöskin yrityksen ja valmistelun välisen rajan vetäminen sen mukaan, millaiseksi tahdon voimakkuus näyttäytyy, on ilmeisesti virheellinen menettely. Ja miten on tahdon voimakkuus todettavissa tahdosta itsestään? Kun näinollen yrityksen rikosoikeudellinen käsite ei ole samaistettavissa tekijän pahan tahdon kanssa, *Delaquis*'n mielestä on avuksi otettava ulkomaailmassa ilmenevä teko. Puoltamaansa katsomusta, joka ei katso yrityksen käsitteen tyhjentyvän tahtomisesta, vaan vaatii sen ohella ulkonaista toimintaa, *Delaquis* haluaa nimittää subjektiivis-objektiiviseksi yrityskäsitykseksi.⁹⁸

tällöin sallittua vain, kun päätöstä vastaisi todellinen teko ja mikäli toimintaan pitää liittyä erikoinen seuraus, kun tämä seuraus on todella ainakin osittain toiminnan johdosta syntynyt. Milloin tämä tahdon ja seurauksen yhtäpitävyys puuttuu, *Bierlingin* mielestä on mahdotonta puhua minkäänlaisesta teon ja vaadittavan seurauksen objektiivisesta täytäntöönpanosta. Ks. *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre III, 1905, s. 123 ss.

⁹⁷ *Delaquis*, Der untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung, 1904, s. 198.

⁹⁸ m.t., s. 202 ss.

Delaquis näkee yhtäkaikki tekijän tahdossa yrityksen rangaistavuuden perustan, koska hänen mukaansa vain subjektiivinen asennoituminen vastaa logiikan vaatimuksia. Hän seuraa *Burin* viitoittamaa suuntaa pitäen yrityksen käsitteelle ja rangaistavuudelle ratkaisevana rikollisen tahdon objektivoitumista. Rikosoikeudellisesti merkityksellinen tahto on olemassa vain, milloin se on objektiivisista seikoista todettavissa, t.s. milloin objektiiviset asianhaarat osoittavat oikeudenvastaiseen seuraukseen kohdistuvan tahtomisen todellisuudeksi. Tunnustus sellaisenaan ei riitä rikollista tahtoa todistamaan, mutta jos objektiiviset seikat, vaikkapa heikostikin, sitä tukevat, se on otettava huomioon.⁹⁹ Totbeten-tapauksissa rikollisen tahdon objektivoituminen on tosiasia eikä niiden periaatteellista rangaistavuutta voida näinollen kieltää, sillä *Delaquis*'n mielestä seurauksen tahtominen esiintyy riittävänä silloinkin, kun tekijä mieltää toiminnan ja seurauksen välisen syy-yhteyden häilyvänä ja epämääräisenä tai sen otaksuminen perustuu tekijän yksinkertaisuuteen tai suorastaan tyhmyyteen. Jotta Totbeten-tapaukset voitaisiin jättää rankaisematta, *Delaquis*'n mielestä on tarpeen positiivisoikeudellinen rajoitus, esim. siihen tapaan, että teko, joka johtuu karkeasta taikauksesta tai karkeasta tietämättömyydestä, selitetään rangaistuksesta vapaaksi.¹⁰⁰

Kriteerio »objektivoitunut tahto» on *Delaquis*'n mukaan määrävänä myös yrityksen alkukohtaan nähden. Milloin toiminnasta selvästi ilmenee todellinen, oikeudenvastaiseen tekoon suuntautuva, siis objektivoitunut tahto, rankaisematta jäävän valmistelun aste on sivuutettu. Täten määriteltä raja yrityksen ja valmistelun välillä käy tavallisesti yhteen objektivistien vaatiman täytäntöönpanon aloittamisen kanssa, usein se kuitenkin siirtää rajaa aikaisemmaksi, mikä *Delaquis*'n mielestä on vain eduksi.¹⁰¹

Myöhemmän ajan saksalaisista subjektiivisen teorian kannattajista on mainittava etenkin *Schüler*, joka myöhemmin käsiteltävää

⁹⁹ m.t., s. 182.

¹⁰⁰ m.t., s. 224. — *Burin* ja *Delaquis*'n katsomusten välillä on Totbeten-tapauksien suhteen todettavissa eroavaisuutta edellisen eräässä yhteydessä vieläpä vaatiessa seurauksen tahtomiseen toiminnan ja seurauksen välisen kausaaliyhteyden mieltämistä. Ks. tästä *Buri*, Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch, Gerichtssaal 40, 1888, s. 529. Vrt. ed. viite 93.

¹⁰¹ m.t., s. 208 s. Saksan rikoslaissa esiintyvän täytäntöönpanon aloittamisen vaatimus olisi *Delaquis*'n mielestä laista poistettava, koska se lähinnä tarkoittaa objektiivisen rajan vetämistä eikä senvuoksi sovi subjektiiviseen yritysoppiin.

tunnusmerkistön puutteellisuutta (»Mangel am Tatbestand») koskevassa tutkimuksessaan on päätynyt jyrkän subjektiivisen teorian kannalle. Hän lähtee siitä, että kelvollinen yritys on samanlainen mahdottomuus kuin nelikulmainen ympyrä. Jokainen teko, joka ei ole johtanut tekijän tavoittelemaan seuraukseen, on siten osoittautunut kelpaamattomaksi tämän päämäärän saavuttamiseen. Schülerin mielestä koko yritysoppi raukeaa tyhjiin, ellei toiminnassa asianmukaisesti ilmitulleen tahdon katsota olevan yrityksen rangaistavuuden perustana. Schülerillä kelvoton yritys on rangaistava yritys.¹⁰²

Schülerin mukaan normin käsite ymmärretään väärin, jos surmaamista tarkoittavan normin selitetään kieltävän todellisen surmaamisteon. Hänen mielestään se kieltää yksinomaan ja ainoastaan tekijän kuolettavana pitämän toimen.¹⁰³ Tämä selittäytyy siten, että kun normien sisältämät kiellot koskevat ihmistöimii ja toisaalta seurauksen syntyminen toteutuu ikuisten, järkähtämättömien lakien mukaan, niin normien kiellot voivat tarkoittaa vain seurauksen edellytysten asettamista. Ja kun seurauksen kaikkia edellytyksiä kukaan ihminen ei voi vaikuttaa eikä ihminen voi edes niitä kaikkia tuntea, on kaikkinaisen objektiivinen varmuus siitä, mitä tulevaisuudessa tapahtuu, mahdotonta. Näinollen normi voi tarkoittaa vain halutun seurauksen sen edellytyksen asettamista, jonka oletetaan puuttuvan edellytysten kokonaismäärästä, ja kysymys on vain, kuka arvioi tämän oletettavuuden. Schülerin mukaan on tässä olemassa kolme ratkaisumahdollisuutta siten että perustaksi otetaan joko huolellisen keskimääräisihmisen katsomus tai suurinta tietomäärää edustavan yli-ihmisen tahto tai pelkästään tekijän käsitys. Ensimmäinen vaihtoehto raukeaa siihen, että tekijä voi tietää enemmän kuin diligens pater familias. Toisen kompastuskivenä on se seikka, että suurin tietomäärä merkitsee jo kaikkietämistä, joka sulkee piiristään kaiken olettamisen. Näinollen Schülerin mielestä on jäljellä vain kolmas mahdollisuus, tekijän oman käsityksen paneminen arvioinnin pohjaksi. Hänen johtopäätöksensä edelläselostetusta normin käsitettä koskevasta kehittelystä on seuraava: kaikki seurauksen aiheuttamisen tarkoituksessa suoritettut toimet, jotka seuraukseen johtaneina on rangaistava täytettynä rikoksena, ovat olleet kiellettyjä jo silloinkin, kun ne eivät ole seurausta synnyttäneet, joko sitten

¹⁰² Schüler, Der Mangel am Tatbestand, Strafrechtl. Abh. 181, 1914, s. 62 s.

¹⁰³ m.t., s. 71 ss. Schüler viittaa Lammaschin esityksiin, vrt. ed. s. 124 s.

seuraus on syntynyt myöhemmin tai sitä ei ole syntynyt ollenkaan. Tämän täytöntöä edeltäneen toiminnan yleisen kiellettyisyyden *Schüler* perustaa erinäisiä rikoksia koskeviin säännöksiin sellaisinaan katsoen erikoisen yrityssäännöksen merkityksen rajoittuvan rangaistusjulistuksen esittämiseen.¹⁰⁴

Schülerin täten erittäin laajalle ulottuvan yrityksen käsitteen mukaista on, ettei hän näe oikeutettua syytä yritys- ja valmistelutoimien toisistaan erottamiseen; myöskin valmistelutoimet kuuluvat yrityksen piiriin. De lege lata hän kuitenkin myöntää tämän eron tekemisen välttämättömäksi.¹⁰⁵ Hänen jyrkkä subjektiivinen asennoitumisensa ilmenee samoin siinä, ettei hän hyväksy taikakeinoinakaan tehdyn yrityksen rankaisematta jättämistä. Myöskin taikauskoon perustuva yritys on hänen nähdäkseen hyökkäys oikeusjärjestystä vastaan, koska siinäkin tekijän rikollinen tahto on toiminnassa.^{106 107}

Subjektiivinen yritysteoria on myös Pohjoismaiden tieteissä ja oikeuskäytännössä saanut laajaa kannatusta osakseen. Ni-

¹⁰⁴ m.t., s. 76.

¹⁰⁵ m.t., s. 76. *Schüler* viittaa *Burin*, joka myös on evännyt yrityksen ja valmistelun erottamiselta kaiken oikeutuksen. Vrt. ed. s. 130.

¹⁰⁶ m.t., s. 93 s.

¹⁰⁷ Saksan korkein oikeus (»Reichsgericht») on omaksunut subjektiivisen yrityskäsityksen. Perustavaa laatua myöhemmälle oikeudenkäytölle on ollut *Burin* vaikutuksen alaisena syntynyt täysistuntoratkaisu 24 p:ltä toukokuuta 1880 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen I, s. 439), jossa sikiönlähdettämisen yritys katsottiin rangaistavaksi, vaikka käytetty keino ei ollut ollut kelvollinen tarkoitettun tuloksen saavuttamiseen. Tämän ratkaisun perusteluissa lausutaan jokaisen teon, joka ei johda toivottuun seuraukseen, olevan aina absoluuttisesti keinoja sitä aikaansaamaan ja tämän vuoksi rikollisen tahdon olevan se ilmiö, josta yrityksen rangaistavuus riippuu. Erästä myöhempää ratkaisua (E. 60, s. 8) perustellaan seuraavasti: »Für den Versuch kommt es lediglich darauf an, ob der Täter Handlungen vornimmt, die er für geeignet hält, den gewollten Erfolg herbeizuführen; ob die Handlungen wirklich dazu tauglich waren und ob ein Eintritt des Erfolges überhaupt möglich war, ist für die Strafbarkeit des Versuchs nach feststehender Rechtssprechung des RG ohne Einfluss». Täysin johdonmukainen Reichsgericht ei kuitenkaan ole subjektiivisessa asennoitumisessaan ollut. Se erottaa valmistelun yrityksestä objektiivisin perustein. Samoin puutteellisuus tunnusmerkistössä, milloin se koskee teon subjektia (esim. puuttuva virkamiesominaisuus virkarikoksessa), otetaan säännöstä poiketen huomioon ja aikaansaa rankaisemattomuuden. Niinkään myös taikauskoon perustuvat yritykset jätetään rankaisematta, koska tällöin käytetty keino ei ole ajallisen elämän piiriin kuuluva (näin E. 33, s. 321). Reichsgerichtin kannasta vrt. myös *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 171 s., viitteet 10 ja 11; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 396, viite 7 ja s. 419 ss.; *Mezger*, Strafrecht, s. 388 ss.; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 299, viitteet 4 ja 5.

menomaan Tanskassa ja Norjassa se on merkinnyt suorastaan vallitsevaa oppia jo pitkän ajanjakson kuluessa. Myöskin yrityssäännösten näissä maissa on katsottava edellyttävän subjektiivisen teorian mukaista yrityksen käsitettä.¹⁰⁸

Tanskan tieteisopissa sekä Lassen että Torp katsovat perusedellytyksenä rangaistuksen käyttämiselle olevan, että tekijällä on ollut oikeuden loukkaamiseen kohdistuva rikollinen tahto.¹⁰⁹ Rangaistavalle yritykselle on heidän mukaansa ominaista ensisijassa rikollinen tahto, kun toiminnalla sitävastoin on vain symptomaattinen merkitys. Kysymys yrityksestä on heillä kysymys tahdon laadusta ja voimakkuudesta.

Lassen ja Torp vaativat kumpikin, että tekijän tahto on häilyvästä ajatuksesta kehittynyt lujan, peruuttamattoman päätöksen asteelle.¹¹⁰ Pelkkä ajatus mahdollisesta rikoksen tekemisestä ajatuksen vielä millään tavalla ilmaantumatta ulkomaailmassa, ei luonnollisesti vielä aiheuta oikeudellisia toimenpiteitä. Mutta minkälaista ulkonaista toimintaa rangaistavaan yritykseen on vaadittava, siitä tanskalaisessa tieteisopissa on esiintynyt eri mieliä. Ørsted ja Bornemann ovat katsoneet yrityksen rankaisemiseen vaadittavan paitsi täsmäl-

¹⁰⁸ Tanskan vuoden 1866 rikoslain 45 § 1 mom. kuului: »Den, som foretager nogen Handling, der sigter til at fremme eller bewirke Fuldbrydelsen af en Forbrydelse, bliver, naar denne ikke er fuldbrydet, at straffe for Forsøg paa Forbrydelsen.»

Tanskan nykyisen rikoslain vuodelta 1930 vastaava 21 § 1 mom. on asiallisesti samansisältöinen kuuluen seuraavasti: »Handler, som sigter til at fremme eller bewirke Udførelsen af en Forbrydelse, straffes, naar denne ikke fullbyrdes, som Forsøg.»

Norjan vuoden 1842 rikoslain 3 luv. 3 ja 4 § kuuluivat: »Har nogen forseetliggen begyndt paa at ivaerksaette en forbrydelse, uden at denne er kommet til fuldbrydelse, blir han for saadant forsøg med straf at ansee.

Forsøg paa at udføre en forbrydelse straffes, om end det, der tilsigtedes, formedelst gjerningsmanden ubekjendte omstaendigheder var umuligt, og om end de midler, som omgjaeldende har benyttet, i og for sig selv have vaeret utjenlige, eller enten formedelst de saerregne omstaendigheder, der have fundet sted, eller den maade, hvorpaa gjerningsmanden har benyttet dem, ikke have havt den saedvanlige virkning.»

Norjan nykyisen rikoslain vuodelta 1902 49 § 1 mom. kuuluu seuraavasti: »Strafbart Forsøg foreligger, naar en Forbrydelse ei er fuldbrydet, men der er foretaget Handling, hvormed dens Udførelse tilsigtedes paabegynt.»

¹⁰⁹ Lassen, Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed, 1879, s. 2; Torp, Den danske Strafferets almindelige Del, 1905, s. 493 s.

¹¹⁰ Lassen, m.t., s. 28 ss.; Torp, m.t., s. 496.

lista päätöstä, vain jonkinlaisia toimia rikoksen aikaansaamiseksi. Heidän mielestään jokainen rikoksen suorittamiseen tähtäävä toiminta oikeuttaa rangaistuksen käyttämisen. Täten kaikki valmisteluteotkin lankeavat yrityksen piiriin.¹¹¹ Lassenin ja Torpin mukaan sitävästoin päätöksen tulee olla luja ja lopullinen siinä mielessä, että se kestää rikoksen täytäntöönpanoon saakka, siis siihen ajankohtaan, jolloin tekijä havaitsee oikeudenloukkauksen toteutuvan. Oikeusjärjestyksen ei heidän mielestään tule reagoida tekoa vastaan, ellei ole varmuutta, että rikollinen tahto on todella vakaa. Mitään absoluuttista varmuutta ei tässä yhteydessä voida vaatia, riittää, kun on ilmaantunut teko, josta yleisen kokemustiedon pohjalta voidaan sanoa, »at den, der er naaet saavidt henimod en Forbrydelses Udførelse, ogsaa vil blive ved.»¹¹² Näin on asian laita lähes aina, kun tarkasteltavana on varsinainen täytäntöönpanoteko. Mutta usein myös valmisteluteosta käy selville riittävän voimakkuuden omaava rikospäätös. Moni valmistelutoimi, sellainenkin, jota täytäntöönpanon ei ole ajateltu välittömästi seuraavan,¹¹³ todistaa niin ehdottomasti vakaan rikollisen tahdon olemassaolon ja erottautuu niin selvästi viattomista toimista, »at det vilde vaere ganske urimeligt at erklære den for straffri».¹¹⁴ Lassen ja Torp myöntävät kumpikin, ettei mitään yleistä määritelmää rangaistavan yrityksen piiriin kuuluvista toimista voida esittää.¹¹⁵ Parhaisiin tuloksiin päästään heidän nähdäkseen vaatimalla yrityksen rangaistavuuden edellytykseksi sellaista tointa, »der ved sin objektive Beskaffenhed vaekker Mistanke om at vaere foretagen for at fremme en Fordrydelses Fuldbrydelse.»¹¹⁶ Toimen tulee siis esiintyä objektiivisesti epäilystä herättävänä.

¹¹¹ Näin Ørsted, *Archiv for Retsvidenskapen* 3, s. 187 s. ja Bornemann, *Samlede Skrifter* III, 1863, s. 259.

¹¹² Lassen, m.t., s. 80 s.

¹¹³ Valmistelutoimen, jota täytäntöönpanon on ajateltu välittömästi seuraavan, lukevat yrityksen piiriin kuuluvaksi m.m. Getz, *Delaktighed i Forbrydelser*, s. 6 ss. ja Hagströmer, *Svensk straffrätt*, s. 238.

¹¹⁴ Näin Torp, m.t., s. 510, joka viittaa Lassenin (m.t., s. 61) esittämään esi-merkkin vahajäljennöksen ottamisesta avaimesta, kun tämä tehdään murrossa käytettävän väärän avaimen valmistamisen mielessä.

¹¹⁵ Torp, m.t., s. 511 s., huomauttaa rajan määrittämisessä täydyttävän ottaa huomioon toisaalta yhteiskunnan turvallisuuden vaatimus kaikkien valmistelutekojenkin rangaistavuudesta, toisaalta taas yksilön oikeus vapaaseen elämäntoimintaan kohtuullisten rajojen sisäpuolella.

¹¹⁶ Näin Lassen, m.t., s. 54. Sama lopputulos on Torpilla, m.t., s. 512.

Edelläesitetty peruskatsomus määrää suunnan *Lassenin* ja *Torpin* kannanotoille myös kelvotonta yritystä koskevassa kysymyksessä. He ovat kumpikin esittäneet katsomuksen, ettei kelvotonta objektia vastaan kohdistettu enempää kuin kelvottomin keinoinakaan tehty yritys käsitä hyökkäystä oikeusjärjestystä vastaan objektiivisessa mielessä, t.s. itsessään oikeudenvastaista tekoa, mutta molemmissa tapauksissa, kylläkin tekijän kelvollisena pitämän teon. Kumpaakin tapausta on näinollen käsiteltävä samalla tavalla. Samoin absoluuttisen ja relatiivisen kelvottomuuden välillä ei ole havaittavissa mitään oikeudellisesti merkityksellistä eroavaisuutta. *Torp* lausuu kelvottoman yrityksen olevan rangaistavissa, kuten muukin yritys, koska rikollinen tahallisuus ilmenee siinä ulkonaisessa teossa niin kiinteässä muodossa, ettei periaate yksilön vapaan elämäntoiminnan arvossa pitämisestä saa olla esteenä rangaistuksen käyttämiselle, ja koska se myös vaarantaa yleistä oikeusturvallisuutta.¹¹⁷ Näin ollen ei ole olemassa perustetta selittää jo etukäteen joku ryhmä yritystoimista rankaisemattomiksi. Sitävastoin niistä yleisistä periaatteista, jotka yrityksen alkukohtaa käsiteltäessä näyttäytyivät tarpeellisiksi rangaistavuutta rajoittamaan, on yritykseltä vaadittavaa kelvollisuutta koskevassa kysymyksessä saatavissa johtoa erilaisten tapausten käsitteilyssä. *Torpin* mukaan rikollista tahallisuutta osoittavan toiminnan vaatiminen vie siihen, etteivät kelvotonta objektia vastaan kohdistuneet teot enempää kuin yleensä absoluuttisesti kelvottomat yritystoimet useinkaan täytä rangaistavuuden yleisiä edellytyksiä. Nimenomaan taikakeinoin tehdyt yritykset ovat tästä syystä rankaisematta jääviä.¹¹⁸ *Lassenin* mielestä objektiivisesti epäilystä herättävä ja sellaisena rangaistuksen oikeuttava on paitsi oikeushyvän suojelemiseksi laissa nimenomaan kielletty täytäntöönpanoteke, myös sellainen täytäntöönpanoa tarkoittava toimi, josta ei aiheudu mitään vaaraa loukattavalle oikeushyväille. Näin on laita varsinkin kun tekijän voidaan syystä olettaa otaksuneen hänen toimintansa aikaansaavan aiotun oikeudenloukkauksen. Tämän olettamuksen oikeutus perustuu siihen tosiasiaan, että tavallisin inhimillisin havaitsemiskeinoin ei useinkaan saavuteta vallitsevan tilanteen täyttä tuntemusta ja että tämän vuoksi tavallisesti tyydytään vain määrättyjen tunnusten ja selvitysten huomioonottamiseen ja niiden läsnäolosta päätellään ilman muuta muiden seikkojen mukanaolo. Näin on selitettävissä,

¹¹⁷ *Torp*, m.t., s. 515 s.

¹¹⁸ *Torp*, m.t., s. 516.

että itsessään vaarattomat teot voivat esiintyä objektiivisesti epäilystä herättävinä. *Lassen* mainitsee esimerkkinä arsenikin antamisen henkilölle, joka kuitenkin on immuuni tälle myrkylle sen jatkuvan käytön johdosta. Objektiivisesti epäilystä herättävien tekojen piiri voi kuitenkin vielä laajeta käsittämään sellaisetkin tapaukset, joissa tekijän todetaan olleen kykenemätön käyttämään tavallisia havaitsemiskeinoja tai tosiasiaa jättäneen niitä käyttämättä tai joissa virheellisten käsitysten, esim. jonkin aineen myrkyllisyydestä, todetaan esiintyvän laajalle levinneinä koko yhteisön tai sen jonkin osan keskuudessa. Eräissä tapauksissa objektiivinen epäilyttävyyks saattaa johtua siitäkin, että teko on täysin tarkoitukseton minkään sallittavan toiminnan kannalta katsottuna.¹¹⁹

Lassenin ja *Torpin* asian luonnosta johdetut katsomukset eivät ole tulleet suuntaa antaviksi Tanskan oikeuskäytännössä. *Torp* myöntää vuoden 1866 rikoslain 45 §:ssä käytetyn sanamuodon (»Handling, der sigter til at fremme eller bewirke Fuldbrydelsen af en Forbrydelse») asettavan rangaistavan yrityksen alueen laajemmaksi, kuin hänen mielestään voidaan pitää puolustettavana. Tanskan korkeimman oikeuden jo vuoden 1866 rikoslain voimassaollessa vakiintuneen käytännön mukaan myös kaukaiset valmisteluteot ovat yrityksinä rangaistavia, ja aivan riippumatta siitä, ovatko ne ehkä objektiivisesti epäilystä herättäviä. Samoin *Torpin* mielestä ei ole epäilystä siitä, etteikö viitatus lain säännöksen sanamuoto käsittäisi myös kaikki kelvottomat yritystoimet poikkeuksesta.¹²⁰

Tanskan voimassaolevan oikeuden *Krabbe* selittää olevan subjektiivisen yritysteorian kannalla siten ymmärrettynä, että yritysteko

¹¹⁹ *Lassen*, m.t., s. 59 ss. *Lassen* mainitsee useita esimerkkejä sellaisista tapauksista, joiden ratkaiseminen yleisen säännön avulla on mahdotonta. Jos joku antaa myrkyttämistarkoituksessa toiselle vaaratonta ainetta, on tarpeen tuntea tapauksen lähemmät olosuhteet. Jos käytettyä ainetta yleisesti pidetään myrkkynä, niin rankaiseminen on asianmukaista. Jos ainetta ei yleisesti katsota myrkylliseksi, rangaistavuus riippuu toimintaan ehkä liittyneistä epäilyttävistä seikoista, esim. että aine on myrkkyä pyydettyä saatua apteekista ilman että mikään osoittaisi saadun muuta kuin pyydettyä ainetta. Aineen liian vähäisessä määrässä tapahtunut käyttäminen ei poista rangaistavuutta, koska yleisön huomio kiintyy vain aineen laatuun, mutta ei sen määrään. Myös anastustarkoituksessa tapahtuneen oman esineen ottamisen rankaiseminen varkauden yrityksenä riippuu tapauksen lähemmistä yksityiskohdista. Kuollutta vastaan tehty murhayritys sitävästoin on yleensä yrityksenä rangaistava, koska tällöin teon epäilyttävyyks on lähes aina selvä sen tarkoituksettomuuden vuoksi muulta kannalta katsottuna.

¹²⁰ Ks. *Torp*, m.t., s. 517 ss.

on vain apukeino sen takana olevan rikollisen tahallisuuden osoittamiseksi ja että kaukaisimmatkin valmistelutoimet ovat rangaistavia. Yhdentekevää myöskin on, onko tekijän kelvolliseksi otaksuma rikoksen suoritustoimi todellisuudessa ollut kelvoton ja perustuuko kelpaamattomuus objektin tai keinon ominaisuuksiin.¹²¹

Norjan rikosoikeustieteessä katsomukset yrityksen rangaistavuudesta ovat samantapaisia kuin Tanskan tieteisopissa. Vuoden 1902 rikoslaisissa käytetty sanonta (»er foretaget Handling, hvormed dens Udførelse tilsigtedes paabegynt») viittaa lähinnä subjektiiviseen kannanottoon. Sen mukaan rikollinen tarkoitus näyttäisi riittävän leimaamaan minkä tahansa itsessään viattomankin toiminnan rangaistavaksi vaatimatta oikeushyvän loukkaamista tai edes vaarantamista.

Kysymyksessä yrityksen ja valmistelun välisestä rajasta eivät sanamuodot enempää vuoden 1842 rikoslain 3 luv. 4 §:ssä (»begyndt paa at ivaerksaette en forbrydelse») kuin vuoden 1902 rikoslain 49 §:ssäkään ehdottomasti estä objektiivistakaan ymmärtämistapaa. Kuitenkin on Getz, joka olennaisesti on myötävaikuttanut jälkimmäisen lain syntyyn, katsonut vain subjektiivisen kannanoton, joka aikaisemminkin on ollut vallitseva, olevan hyväksyttävä myöhemmän lain kannalta.¹²² Myöskin *Morgenstierne* on vuoden 1842 rikoslain kannalta selvittänyt kysymystä yrityksen alkukohdasta. Siihen nähden että rikoslaki reagoi yrityksessä ilmaantunutta rikollista tahtoa vastaan, hänen mielestään on selvää, ettei yritystoimelta voida vaatia mitään määrättyjä ulkonaista ominaisuuksia. Rangaistavalle yritykselle on ominaista vain lopullinen ja energinen rikospäätös, jonka olemassaolo on katsottava näytetyksi, kun joko toiminta sinänsä tai se yhdessä siihen liittyneiden seikkojen kanssa, tai toiminta tai nämä seikat syytetyn omiin lausumiin liittyneinä tekevät sen olemassaolon vakuuttavalla tavalla todennäköiseksi.¹²³ *Hagerupin* mielestä yri-

¹²¹ Krabbe, *Borgerlig Straffelov af 15 April 1930 med Kommentaren*, 1931, s. 64 s.

¹²² Ks. Getz, *Forelobigt Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriket Norge I*, 1887, s. 90: » — — — at man betragter den forbryderske Virksomhed i sin Totalitet og dens enkelte Akter i sin indbyrdes Sammenhaeng, og det avgjørende da er om herved et bestemt forbrydersk Forsaet har aabenbaret sig gjennem Handlinger, der utvetydig peger mod et forbrydersk Maal.»

¹²³ *Morgenstierne*, *Om det straffbare Forsøgs Begynnelsespunkt*, *Tidskrift for Retsvidenskap* 1888, s. 440 §., erik. s. 444. *Morgenstierne* on suurin piirtein samalla kannalla kuin *Lassen*, jonka esityksiin hän viittaa.

tys- ja valmistelutekujen välillä ei ole löydettävissä mitään objektiivista eroavaisuutta. Hänen mukaansa on ratkaisevana näkökohtana pidettävä, että toiminnasta, kun sitä tarkastetaan kaikkien siihen liittyvien seikkojen yhteydessä ja valaistuksessa, ilmenee tekijän olevan valmiin toteuttamaan rikollisen tarkoituksensa (»at. gjerningsmanden nu gaar lige løs paa et forbrydersk maal»)¹²⁴ Myöskin *Knoph* on edellämainittujen tutkijoiden kanssa yhtä mieltä ratkaisevan merkityksen antamisesta teon subjektiiviselle puolelle, vaikka sanonta »Udførelse tilsigtedes paabegynt» hänen nähdäkseen onkin varsin ylimalkainen ja vaikeasti tulkittavissa. Hän katsoo lainkohdan moniselitteisyyden olevan eduksi, koska se sallii oikeuskäytännön valita in casu ratkaisunsa esiintyvien asianhaarojen mukaan.¹²⁵ Norjan oikeuskäytäntö onkin ollut horjuvaa.¹²⁶

Selvemmin kuin yrityksen toteutumisasterajoitusta Koskevassa kysymyksessä Norjan tieteisoppi ja oikeuskäytäntö ovat omaksuneet subjektiivisen katsomuksen kelvottoman yrityksen ongelmassa, koska rikollinen mielenlaatu voi ilmetä yhtä hyvin kelvollisesta kuin kelvottomastakin yritystoiminnasta. Tosin vuoden 1902 rikoslain sanonta (»tilsigtedes») ei tässäkään katsannossa ole selvä vanhemman lain kuitenkin sisällettyä tästä subjektiiviseen suuntaan käyvän nimenomaisen säännöksen.¹²⁷

Hagerup lausuu, että samalla kuin subjektiivisen käsittämistavan tulee olla määräävä, objektiivinen rajoitus saattaa kuitenkin aiheutua oikeudellisesti merkityksellisen syy-yhteyden vaatimisesta ja siitä oikeudenvastaisuusoppiin kuuluvasta periaatteesta, että objektiivisesti oikeudenmukainen toiminta on aina rankaisematta jäävä. Täten *Hagerupin* mielestä teko on rankaisematon, kun tarkastettaessa tilannetta toiminnan hetkellä tekijän kannalta tullaan siihen tulokseen, että tarkoitetun seurauksen toteutumismahdollisuus on niin vähäinen, ettei kukaan järkevä ihminen ota sitä lukuun (esim. henkilöä, jota tekijä ei tiedä sokeritautiseksi, yritetään myrkyttää sokerilla). Niinikään teosta ei seuraa rangaistusta, kun siihen ei sisälly objektiivisesti oikeudenvastaista hyökkäystä (esim. lääkäri toimittaa täysin puollettavan operation).¹²⁸

¹²⁴ *Hagerup*, *Strafferettens almindelige del*, 2 utg., 1928, s. 151 s.

¹²⁵ *Knoph*, *Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett*, 1921, s. 159.

¹²⁶ Ks. *Hagerup*, m.t., s. 152.

¹²⁷ Ks. *Hagerup*, m.t., s. 154; *Knoph*, m.t., s. 161 s. Vrt. ed. viite 108.

¹²⁸ *Hagerup*, m.t., s. 154 s.

Knoph ei hyväksy *Hagerupin* edelläkosketeltuja päätelmiä sel-laisinaan. Hän myöntää kyllä rikokseen vaadittavan seurauksen ai-heuttamista kielletyin toimin, t.s. oikeudenvastaisella tavalla. Täten tapon yritystä ei ole, kun lääkäri toivoen potilaan kuolevan saattaa hänet vaarallisen, mutta lääkinnöllisesti täysin puolustettavan leik-kauksen alaiseksi, enempää kuin silloinkaan, kun joku täysin tietoi-sena aineen ominaisuuksista koettaa surmata toisen syöttämällä tälle sokeria. Mutta tällaisissa tapauksissa ei *Knophin* mukaan ole kysy-mys objektiivisesti oikeudenmukaisen toiminnan rankaisematto-muudesta tai vaadittavan syy-yhteyden puuttumisesta, vaan siitä, että tekoon ei liity tekijän rikollista tahallisuutta. Viimeksimainit-tuun kuuluu nimittäin, että tekijän mielikuva toiminnastaan täysin vastaa rikostunnusmerkistön vaatimuksia, minkä kanssa toisaalta ei ole ristiriidassa, vaikka tapahtumien kulku sitten todellisuudessa teki-jän yllätykseksi muodostuu toisenlaiseksi, kuin tekijä on mieltänyt. Rikollinen tahallisuus on olemassa esim. kun surmaamistarkoituk-sessa annetaan erehdyksessä sokeria arsenikin sijasta. Eroavaisuus tämän ja sen tapauksen välillä, että joku täysin tuntien aineen omi-naisuudet koettaa myrkyttää toisen sokerilla, on psyykkillisellä alalla — toisessa rikollinen tahallisuus, toisessa ei — mutta ei objektiivii-sella alueella, syy-yhteydessä t.m.s. -Vaikka periaatteessa »rikollisen tahallisuuden» käsite täten onkin selvä, niin käytännössä sen totea-minen saattaa olla vaikeaa. Tämä johtuu ennen muuta siitä, että tekijällä useinkin täytyy olla jonkinlainen käsitys seurauksen synty-mismahdollisuudesta. Kun esim. surmaaminen yritetään suorittaa noitatempuilla, on selvää, ettei tekijällä ole vähäistäkään käsitystä toimintansa kausaalisuudesta eikä siis myöskään rikollista tahalli-suutta. Usein ei ratkaisu kuitenkaan ole näin yksinkertainen. Yleis-sääntönä, josta voi esiintyä poikkeuksia, *Knoph* hyväksyy saksalai-sessa tieteisopissa laajaa hyväksymistä osakseen saaneen lausuman, että nomolooginen, tapahtumisen lakeja koskeva tekijän erehdys pois-taa teolta rangaistavuuden, mutta ei sitävastoin ontolooginen, tosisei-kan olemista koskeva erehdys. Viime kädessä *Knoph* jättää ratkai-suvallan yleiselle oikeuskäsitykselle.^{129 130}

¹²⁹ *Knoph*, m.t., s. 162 ss. Kysymystä nomoloogisesta ja ontoloogisesta ereh-dyksestä ja niiden erilaisesta merkityksestä yrityksen rangaistavuudelle käsitte-lemme myöhemmin toisessa yhteydessä. Vrt. al. s. 236 s.

¹³⁰ Subjektiivista peruskatsomusta edustaa myös *Skeie*, jonka mukaan sanonta »tilsigtedes» tarkoittaa lausua sen subjektiivisen ajatuksen, että tekoa on arvostel-tava tekijällä olleen mielikuvan mukaan. Samoin kuin *Knoph* hänkin selittää taika-

Kotimaisessa tieteisopissamme *Forsmanin* on katsottava yrityso-
pissaan päätyneen subjektiivisen teorian kannalle. Vuonna 1868
julkaistussa, rikoksen yritystä koskevassa tutkielmassaan hän lau-
suu yrityksen objektiivisella puolella olevan oikeudellista merki-
tystä vain rikollisen tahdon objektivoitumana. Koska rikollisen tah-
don tulee välttämättömästi käydä ilmi toiminnasta ja näin ei ole laita
silloin, kun toiminta ei selvästi ja määrätysti suuntaudu tarkoitet-
tuun oikeudenloukkaukseen, valmisteluteot ovat rankaisematta jää-
piä. Myöskään rikollinen tahto ei ole näissä osoittanut sitä voimak-
kuutta, mikä tarvitaan rikoksen välittömään suorittamiseen.¹³¹ Kel-
votonta yritystä koskevan probleeman hän havaitsee helposti ratkais-
tavaksi, kun lähdetään siitä, että yrityksen objektiivinen puoli on
sinänsä merkityksetön. Kun ulkonaisesta toiminnasta tulee ilmetä
ajatellun oikeudenloukkauksen aiheuttamiseen määrätysti suuntau-
tuva tahto, asian luonne ei muutu siitä, vastaavatko toiminnassa käy-
tetty keino tai sen objekti toiminnan laatua vaiko ei, kunhan rikolli-
nen tahto vain on objektivoitunut. Yrityksen rankaisemiseen riit-
tää, kun tekijä itse on pitänyt käyttämäänsä keinoa soveliaana aikaan-
saamaan tarkoitetun vaikutuksen. Milloin kuitenkin toiminnan
objektia ei ole ollut edes olemassa eikä tekoa senvuoksi voida aja-
tella täytettynä, *Forsman* on taipuvainen selittämään yrityksen poik-
keuksellisesti rankaisemattomaksi.¹³²

Luennoissaan rikosoikeuden yleisistä opeista *Forsman* on aset-
tunut osittain toiselle kannalle kuin edelläkosketellussa tutkielmas-
saan. Hän määrittelee nyt yrityksen *Bernerin* seuraten objektivistien
tapaan rikoksen suoritustoiminnan aloittamiseksi, joka ei ole johtanut
tarkoitettuun tulokseen.¹³³ Yhtäkaikki hän näkee yritystoimen ob-
jektiivisen merkityksen vain siinä, että se selvästi ilmaisee tekijän
tarkoituksen aikaansaada määrätty oikeudenloukkaus. Mutta val-
mistelun aste on kuitenkin sivuutettu vasta, kun se toimi alkaa, jossa
tahto ilmenee määrätysti kohdistuvana seurauksen aikaansaamiseen.
Vasta näin ymmärretyn täytäntöönpanoteon aloittaminen merkitsee

uskoon perustuvat yritystoimet rankaisemattomiksi, koska niihin ei liity rikollista
tahtoa. Ks. *Skeie*, *Den norske strafferett* I, s. 286 ss. Asiallisesti samoin myös
Kjerschow, *Almindelig borgerlig straffelov*, 1930, s. 149 ss.

¹³¹ *Forsman*, *Om försök till brott*, JFT 1868, s. 110 ss., erik. s. 121 ss.

¹³² m.k., s. 130. Esimerkkinä rankaisematta jäävästä yrityksestä *Forsman* mai-
nitsee raskaanaolemattoman naisen tekemän sikiönlähdettämisyrityksen.

¹³³ *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 201 s.

rangaistavuuden rajan saavuttamista. »Utförandet begynner med den handling, genom hvilken gärningsmannen utan vidare förberedelser eller afbrott skrider till utförandet af brottet, d.v.s. då viljan omedelbart går att förvärliga sitt innehåll.»¹³⁴ Kelvotonta yritystä koskevassa kysymyksessä *Forsman* pitää mahdottomana periaatteellisen eron tekemisen absoluuttisesti ja relatiivisesti kelvottomien keinojen välillä, koska molemmille on yhteistä, etteivät ne luonnonlakien mukaan voi johtaa tarkoitettuun tulokseen. Siihen seikkaan, että relatiivisesti kelvoton keino muiden olosuhteiden vallitessa johtaisi tulokseen, ei voida häilyvänä mahdollisuutena mitään perustaa. Jos tekijä on pitänyt käyttämäänsä keinoa tarkoituksenmukaisena, niin yritys on rangaistava siitä huolimatta, että sattuman tai erehdyksen johdosta tekijän käteen on joutunut täysin kelvotonkin keino. Vain sellaisessa tapauksessa, että tekijä täysin tuntien käyttämänsä keinon kelyttomuuden kuitenkin yrittää sen avulla aikaansaada tarkoittamansa seurauksen; *Forsman* myöntää olevan kyseessä rikoslain ulkopuolelle jäävän toiminnan. Myöskään absoluuttisesti ja relatiivisesti kelvottomien objektien välillä *Forsman* ei voi havaita mitään eroavaisuutta. Hänen mielestään ei voida otaksua, että yritys edes täysin kelvotonta objektia vastaan olisi rankaisematta jätettävä. Vain silloin kun objekti kokonaan puuttuu eikä niin ollen ole kyseessä mikään teko, rankaiseminen yrityksestä on mahdotonta. Täten murhayritys jo kuollutta henkilöä vastaan ei ole rangaistava yritys. Toisin on sitävastoin, jos surmaamistarkoituksessa ammutaan sänkyyn, josta uhri on hetkistä aikaisemmin noussut. Tällöin ei ole kysymys objektin olemattomuudesta, joka estäisi rankaisemisen.¹³⁵

Subjektiiivisella teorialla on nykyään vahva asema monien eri maiden oikeuskäytännössä ja sen saama kannatus osoittaa eri tahoilla lisääntymisen merkkejä. Kuten Ranskassa ja Itävallassa, joiden tuomioistuinkäytäntöä on aikaisemmin kosketeltu,¹³⁶ myöskin Englannin oikeudenkäytössä on havaittavissa vähittäistä siirtymistä subjektivismiin. Kun viime vuosisadan alkupuoliskolla objektiivinen teoria oli siellä kauttaaltaan vallitsevana ja vielä vuonna 1864 taskuvaras, joka oli pistänyt kätensä tyhjään taskuun, objektin puuttumisen vuoksi vapautettiin vastuusta, niin myöhemmin tekijän käsitys

¹³⁴ m.t. s. 206 s.

¹³⁵ m.t., s. 215 ss.

¹³⁶ Vrt. ed. s. 106 ja s. 115 s., viite 55.

tekonsa laadusta on otettu ratkaisevaksi kriteerioksi. Täten subjektiivinen teoria on vähitellen tullut Englannissa vallitsevaksi.¹³⁷

Osoituksena subjektiivisen teorian saamasta lisääntyneestä kannatuksesta on mainittava myös Sveitsin ensimmäisen yleisvaltakunnallisen rikoslain 21 p:ltä joulukuuta 1937 yritystä koskevat säännökset.¹³⁸ Tämä rikoslaki on periaatteessa subjektiivisen teorian kannalla. Sen 23. artiklassa myönnetään tuomarille oikeus harkintansa mukaan käyttää lievennettyä rangaistusta, kun yrityksessä käytetty keino tai toiminnan objekti ovat olleet absoluuttisesti kelvottomia. Vain silloin kun tekijän toiminta johtuu ymmärtämättömyydestä (»aus Unverstand«), tuomarilla on valta jättää yritys kokonaan rangailematta.¹³⁹

Pyrkiessämme lopuksi määrittelemään kantamme subjektiiviseen teoriaan nähden meidän on todettava sen nojautuvan lähinnä kahteen perusajatukseseen. Toinen niistä on käsitys, että yrityksessä rikollinen tahto on se ilmiö, jota vastaan rikoslaki suuntautuu, toinen taas se kausaliiteettia koskeva katsomus, että jokainen teko, joka ei ole johtanut tarkoitettuun tulokseen, on siten osoittautunut täysin kelpaamattomaksi sitä aikaansaamaan. Mitä edelliseen perusteeseen tulee, on huomautettava siitä nykyajan rikosoikeuden järjestelmissä vallitsevasta katsomuksesta, että jokaisen rikokseen kuuluu tunnusmerkistönmukaisesti oikeudenvastainen teko. Tästä nullum crimen sine lege-periaatteeseen liittyvästä perusnäkemyksestä ei käsittääksemme yritykseenkään nähden voida poiketa, ellei lain säännös siihen suorastaan velvoita. Myöskin yrityksessä on mahdollista vaatia tunnusmerkistönmukaisesti oikeudenvastaista tekoa. Kysymystä, miten meidän rikoslakimme kannalta yritykseltä vaadittavaan objektiiv-

¹³⁷ Ks. Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, 1890, s. 40; Frank, Vergl. Darst. A. V, s. 260; Schüler, m.t., s. 55 s.; Skeie, Den norske strafferett I, s. 287; Bergendal-Ohlsson, m.t., s. 29. — Englannin oikeus, joka suurelta osalta on kodifioimaton, rankaisee yrityksestä varsin monissa tapauksissa. Huomattava kuitenkin on, että sikäläinen järjestelmä poikkeaa huomattavasti mannermaiden noudattamasta menettelystä. Paitsi yritystä tavallisessa mielessä, »attempt«, esifintyy siellä lisäksi yrityksenkaltaisia rikoksia »battery» ja »assault«, joita käytetään yritystoimen käsitäessä henkilön kohdistuvan hyökkäyksen tai ainakin sellaisen hyökkäyksen uhkan. Säännön mukaan yrityksestä seuraa lievempi rangaistus kuin täytetystä rikoksesta. Ks. Bergendal-Ohlsson, m.t., s. 26 ja Nagler, Die Neuordnung der Strafbarkeit vom Versuch und Beihilfe, Gerichtssaal 115, 1940, s. 28.

¹³⁸ Sveitsin aikaisempaan oikeuteen nähden vrt. ed. viite 55.

¹³⁹ Ks. Thormann-Overbeck, Das schweizerische Strafgesetzbuch I. Allgemeine Bestimmungen, 1940, s. 116 ss.; Bergendal-Ohlsson, m.t., s. 29.

seen oikeudenvastaisuuteen on suhtauduttava, käsittelemme myöhemmin.¹⁴⁰ Subjektiiivisen teorian toinen perusajatus syy-yhteyden ehdottomuudesta on. myöskin torjuttava, koska se merkitsee objektiivisen vaaran hylkäämistä. Rikosoikeudellisen arvottamistoimen mukaista ei ole, että kaikkia syy-yhteystekijöitä pidettäisiin samanarvoisina siinä mielessä, että minkä tahansa niistä puuttuminen aiheuttaisi tapahtuman täydellisen merkityksettömyyden. Pääinvastoin on lähdettävä siitä, että vaikka loogillisen kausaliteetin käsitteen kannalta katsottuna voidaankin sanoa jokaisen yritysteon eroituksetta olleen kelvoton seurausta aiheuttamaan, niin se ei estä toteamasta, että muulta kannalta katsottaessa jokin yritystoimi voi näytettyä olevan yleisluontoisesti omiaan aikaansaamaan seurauksen, toinen yritystoimi taas yleisesti katsoen kelpaamaton siihen. Tällainen erottelu perustuu yleiseen, ei vain yksityistapauksesta saatuun, kokemukseen ja sille rakentuu oikeudellinen arvottaminen objektiivisine vaarankäsitteineen. Objektiivisessa vaarassa, jonka subjektiivisen teorian kannattajat hylkäävät logiikan vastaisena tai ainakin rikosoikeuteen sopimattomana sille ominaisen epämääräisyyden vuoksi, me puolestamme näemme sen ilmiön, jolla tavallisessa jokapäiväisessä elämässä ja sen vuoksi myös rikosoikeudenhoidossa on laajalle, ja myös yritykseen, ulottuva merkitys.¹⁴¹

E. Vaarateoria.

Toiminnan objektiivinen vaarallisuus on ollut se rangaistavalle yritykselle jo varhain omistettu tunnusmerkki, jonka ympärillä eri katsomukset ovat kiivaasti törmänneet vastakkain. Jo *Feuerbach* pu-

¹⁴⁰ *Serlachius* ei pidä Suomen rikoslain kannalta hyväksyttävänä, että yritykseen ulkonaisella toiminnalla olisi merkitystä vain tekijän rikollisen mielenlaadun osoittajana. Tätä käsitystä vastaan puhuu se, että yrityksestä rangaistaan lievemmin kuin täytetystä rikoksesta, samoin kuin sekin, että harharikos useimmiten ja luuloteltu rikos aina jätetään rankaisematta. Ja »miksi rangaistaisiin siis juuri yritystä yksinomaan tuntomerkillisen merkityksen nojalla, kun kerran täytettyjä tekoja ei yksinomaan tämän nojalla rangaista.» Nämä seikat todistavat *Serlachiuksen* mielestä epäamättömästi, että yrityksen objektiivisella puolella on reaalinen eikä vain tuntomerkillinen, yrittäjän mielenlaatua osoittava merkitys. Ks. *Serlachius*, *Oppikirja I*, s. 167 s. Samaan tapaan myös *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 171 ss. ja *Alanen*, *Oikeustieteen tehtävistä*, *Stählbergin* juhlaulkaisu 1945, s. 266.

¹⁴¹ Subjektiiivisen teorian arvostelusta ks. edellisessä viitteessä mainittujen lisäksi *Hippel*, *Deutsches Strafrecht II*, s. 419 ss.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 387 ss.; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 309 s.; *Binding*, *Der umgekehrte Irrtum*, s. 277 ss.

hui objektiivisesta vaarasta rikoksen yrityksen yhteydessä, mutta vaaraa koskevan ajattelun silloisen kehittymättömyyden vuoksi hänellä ei ollut mahdollisuutta syvemmin tajuta asettamansa kriteerion kantavuutta. *Mittermaier* ja hänen seuraajansa taas ovat katsoneet objektiivisen vaarallisuuden vaatimuksen olevan ymmärrettävä abstraktisen vaaran mielessä siten, että vaara on olemassa silloin, kun toiminnassa käytetty keino ja toiminnan objekti ovat yleisesti katsoen kelvollisia rikoksen täytäntöön saattamiseen. Subjektiivisen teorian taholta sitävästoin on ankarasti hyökätty kaikkea abstraktista ajattelua vastaan ja väitetty konkreettisesti tapauksessa jokaisen yritysteon olevan kelpaamattoman johtamaan tarkoitettuun tulokseen, koska kerran teko jää vain yritykseen. Kun subjektiivisen teorian kannattajat ovat näinollen katsoneet kaiken objektiivisen mahdollisuus- ja todennäköisyysarvioinnin loogilliseksi mahdottomuudeksi, on ollut luonnollista, että subjektiivisen teorian vastustajat ovat pyrkineet entistä syvemmin käsittämään vaaran ongelmaa ja löytämään sitä tietä uusia näkökohtia yrityksen rangaistavuuden rajoittamiseksi vain vaarallisiin yritystoimiin. Nämä pyrkimykset ovat menestyneet, kun on opittu konkreettisen tapauksen tarkasteluun yhdistämään osittain myös yleistävää katsomusta, mikä on välttämätöntä vaarallisuuden käsittämiseksi. Miten kehitys lähemmin on tapahtunut, sitä on tarkoitus selvittää seuraavassa esityksessämme.

Nyky aikaista vaarateoriaa, jonka sisältönä on konkreettisesti tapauksessa objektiivisesti todettavissa olevan vaaran katsominen rangaistavan yrityksen perustunnusmerkiksi, on ensimmäisenä esittänyt *Franz v. Liszt*. Jo v. 1881 ilmestyneen rikosoikeuden oppikirjansa ensimmäisessä painoksessa hän on pääpiirteissään hahmoitellut sen konkreettisen vaaran vaatimukselle rakentuvan yritysoppinsa, joka sittemmin on saanut arvovaltaisia kannattajia.

Yritysopissaan *Liszt* on eräissä suhteissa ollut lähellä subjektiivista teoriaa. Nimenomaan aikaisemmissa esityksissään hän on selittänyt yrityksen aina perustuvan tekijän erehdykseen toimintansa kausaalisuudesta, siihen erheelliseen otaksumaan, että mielletyn seurauksen aiheuttamiseen itse asiassa kelpaamaton toimi olisi siihen kelvollinen. Siitä tosiasiaista, että tahallisuus edellyttää kaikkien tunnusmerkistötekijöiden tuntemista, hän on katsonut voitavan kääntäen vetää sen johtopäätöksen, että tekijän erheellinen otaksuma tosiasiassa puuttuvan tunnusmerkistötekijän olemassaolosta on otettava huomioon hänen vahingokseen siten, että rangaistus yrityksestä saat-

taa tulla kysymykseen.¹⁴² Kun yrityksen olemuksena täten on tekijän erehdys hänen toimintansa kausaalisuudesta, lainsäätäjä voisi Lisztin mielestä tällä perusteella selittää kaikki yritysteot rangaistaviksi. Näin lainsäätäjä ei kuitenkaan ole menetellyt. Yrityksen käsitteen edelläsanoitun mukaan erittäin laajasta alueesta on Lisztin mukaan erotettava suppeampi, rangaistavan yrityksen piiri. Katsoen rikoslainsäädännön noudattavan sitä periaatetta, että jokaisen norminvastaisen teon on tuotettava ainakin vaaraa oikeuden suojaamille eduille, hän selittää yrityksen rangaistavuuden riippuvan yritysteon aiheuttamasta vaarasta.¹⁴³ Jo vuodesta 1881 alkaen Liszt selittää arvostelun pohjaksi olevan jälestäpäin tapahtuvaa prognoosia käyttäen pantava ne tosiasiat, jotka toiminnan hetkellä voidaan tuntea ja jätettävä huomiotta kaikki myöhemmän tapahtumien kulun esiintuomat seikat. Rankaisemiseen vaadittavaa vaaraa ei tällöin ole, jos tekijän aikaansaama tilanne on senlaatuinen, että seurauksen syntyminen on katsottava vain häviävän harvoissa tapauksissa mahdolliseksi.¹⁴⁴ Viimeisessä hänen itsensä toimittamassa oppikirjansa painoksessa vaara määritellään tilaksi, joka olevissa, tahdontoiminnan hetkenä yleisesti tunnettavissa tai myös vain tekijän tuntemissa oloissa sulkee itseensä läheisen mahdollisuuden (todennäköisyyden) siitä, että seurauksena on oleva jonkin oikeushyvän loukkaus. Milloin seurauksen syntyminen tahdontoiminnan ajankohtana näyttää mahdottomalta, on yritys vaarattomana jätettävä rankaisematta. Esimerkkeinä Liszt mainitsee raskaana olemattoman naisen tekemän sikiönlähdettämisyrityksen olevan rangaistava, ellei raskaudentila toiminnan hetkellä arvostellen ollut mahdoton, samoin rangaistavan yrityksen olevan kyseessä yritettäessä surmata itse asiassa kuolleenä syntynyt lapsi, jos kuolemantilasta ei ollut varmuutta.¹⁴⁵

¹⁴² Liszt, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, s. 134 s. Katsomus jonkin tunnusmerkistötekijän mukanaolon erheellisen otaksumisen riittävydestä perustamaan rangaistavuuden yrityksestä, joskaan ei täytetystä rikoksesta, on ominainen subjektiiviselle teorialle. Ks. tästä esim. Schüler, m.t., s. 85 s. Sitä vastustavat jyrkästi m.m. Binding, Der umgekehrte Irrtum, s. 321 ss., joka puhuu erehdyksen maagillisesta vaikutuksesta; Mayer, Der allgemeine Teil, s. 346, viite 6; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 299, viite 4.

¹⁴³ m.t., s. 137.

¹⁴⁴ m.t., s. 137 ja Liszt, Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 1, 1881, s. 102 s.

¹⁴⁵ Ks. Liszt, Rikosoikeuden yleiset opit, 1920, s. 104 ja 201. Tämä Haverin toimittama julkaisu on suomennos Lisztin teoksen »Lehrbuch des deutschen Strafrechts» v. 1919 ilmestyneen 22. painoksen yleisestä osasta.

Lisztin verrattain suppeasti esittämä uusi yritysteoria ei aluksi saavuttanut mainittavampaa kannatusta. Niistä verrattain harvoista tutkijoista, jotka sen syntymistä seuranneina lähimpinä vuosikymmeninä omaksuivat sen ydinajatuksat, on varsinkin perustelujensa ansiokkuuden vuoksi mainittava *Rosenberg*.

Rosenberg toteaa rikoksen subjektiivisen puolen olevan samanlaisen täytetyssä rikoksessa, yrityksessä ja vieläpä valmisteluteossa-kin.¹⁴⁶ Rikollinen tahto ei näinollen voi olla mikään yrityksen erikoinen tunnusmerkki eikä sen perusteella ole saatavissa tarvittavaa jakokriteeriä. Jos rikollinen tahto olisi se ilmiö, jota vastaan rikoslaki kohdistuu, niin miksi yritys säännöllisesti rangaistaan lievemmin kuin täytetty rikos, miksi tulokseton yllytyksen yritys tavallisesti on rankaisematon ja miksi valmistelutoiminta jää yleensä rankaisematta? *Rosenbergin* mielestä subjektiivisen teorian perusajatus rikollisesta tahdosta yrityksen päätunnusmerkkinä ei voi olla oikea. Samoin ei myöskään käsitys, että yrityksessä olisi aina kysymys erehdyksestä, pidä hänen nähdäkseen paikkaansa. Hän esittää seuraavan esimerkin: A tahtoo ampua B:n metsässä. Ennen B:n saapumista paikalle A ampuu sinne asettamaansa pilkkaan 100 laukausta, joista 95 osuu; osumistodennäköisyys on siis 95 %. B:n tultua A ampuu ohi ja hän havaitsee toteutuneeksi sen, mitä hän ennakolta on pitänyt mahdollisena ja pelännyt. Hänen odotuksensa ja pelkonsa ovat siis täysin toteutuneet eikä minkäänlaisesta erehdyksestä voi olla kysymystä.¹⁴⁷

Siihen johtopäätökseen, että yrityksen rangaistavuus perustuu yritysteolla aiheutettuun vaaraan, *Rosenberg* tulee tutkiessaan seikkaperäisesti Saksan positiivisen oikeuden säännöksiä eräiden valmistelutekojen rangaistavuudesta, muutamien rikosten yritysten asettamisesta täytetystä teosta seuraavan rangaistuksen alaisiksi ja yrityksen kriminalisoimatta jättämisestä vähäisissä rikoksissa. Näihin säännöksiin syventymisen hän katsoo osoittavan, että kriminaalipoliittisena perusteena toisten yritystekojen rankaisemiseen ja toisten rankaisematta jättämiseen on niiden vaarallisuus tai vaarattomuus kulloinkin kysymyksessä olevalle oikeushyväälle. Myöskään ei hänen nähdäkseen voida havaita, miksi yritysteoissa vaaralla olisi toinen merkitys kuin kyseen ollessa muista rangaistavista teoista, ja

¹⁴⁶ *Rosenberg*, Über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 20, 1900, s. 687.

¹⁴⁷ m. k.. s. 689.

erityisesti, miksi yritystoimien yhteydessä vaara olisi vain subjektiivinen tosiasia, kun se muissa rangaistavissa teoissa ilmenee »objektiivisena tilana», kuten Saksan valtakunnanoikeus useissa ratkaisuisaan on lausunut, ja vieläpä silloinkin, kun mitään vahingollista seurausta ei ole syntynyt. *Rosenberg* ei voi myöntää, että »vaarallisuuden» tunnusmerkki olisi rangaistavassa yrityksessä epämääräisempi, epäselvempi tai epävarmempi kuin muihin rangaistaviin tekoihin liittyvänä.¹⁴⁸

Vaaran tulee olla todettavissa konkreettisessa tapauksessa. Onko jossain määrättyssä tilanteessa vaarannettu jonkin henkilön elämää, terveyttä, omaisuutta t.m.s., on *Rosenbergin* käsityksen mukaan tosiasiakysymys, johon vastausta etsittäessä on otettava huomioon kokemustieto ja käytännöllisen elämän tarpeet. Vaaran olemassaolo ei riipu käytetyn keinon kelvollisuudesta tai kelvottomuudesta, vaan siitä, koituuko toiminnasta järkeyien päätelmien mukaan vaaraa sen kohteena olevalle oikeushyväille. Jos toiminnan objektia ei ole ollenkaan olemassa(teon kohteena on esim. ruumis, varjo, olematon sikiö t.m.s.), niin *Rosenbergin* mielestä vaarantamisesta ei voida puhua ja rangaistava yritys ei ole kysymyksessä.¹⁴⁹

Samoihin lopputuloksiin kuin *Liszt* johtuu *Kriegsmann*, mutta hänen perustelunsa poikkeavat olennaisesti *Lisztin* esittämistä.

Kriegsmann toteaa aluksi, ettei yrityksen ja täytetyn rikoksen toisilleen vastakkaisuutta voida luonnehtia asiallisin näkökohdin. Yrityksen erottaa täytetystä rikoksesta vain se muodollinen seikka, ettei edellisessä ole kaikkea sitä, mitä jälkimmäiseen lain mukaan kuuluu. Ja kun täytetylle rikokselle on ominaista täytäntöönpano, niin yritykseen sisältyy puutteellinen täytäntöönpano, pelkkä täytäntöönpanon aloittaminen, kuten Saksan rikoslain 43 §:ssä sanotaan.¹⁵⁰

Kun lain mukaan yritykseen on vaadittava täytäntöönpanon aloittamista, *Kriegsmann* pyrkii positiivisesti määrittelemään täytäntöönpanoteon käsitteen. Lähtien siitä, että seurauksen kaikki edellytykset eivät ole samanarvoisia, vaan että päinvastoin yksityisillä edellytyksillä on keskenään aivan erilainen arvo riippuen tutkimuksen tarkoituksesta, hän toteaa kriminalistin tämän etsiessä jonkin määrätyn

¹⁴⁸ m. k., s. 701 ss.

¹⁴⁹ m. k., s. 702.

¹⁵⁰ *Kriegsmann*, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch. Ueber die Begriffe und deren Unterscheidung, Strafrechtl. Abh. 51, 1904, s. 7 ss.

tapahtuman syytä keskittävän huomionsa siihen, onko tapahtuma johdettavissa inhimillisestä teosta. Tämä johdettavuus voidaan *Kriegsmannin* mukaan todeta inhimillisestä toiminnasta. Mutta se on omiaan antamaan vaadittavan selvityksen vain, kun yhteys sen ja seurauksen välillä ilmenee tyypillisenä, normaalisenä tapahtumainkulkuna, vastakohtana pelkälle satunnaiselle yhteydelle. *Kriegsmann* katsoo näin ollen täytäntöönpanoteoksi sellaisen toimen, joka on laskettavissa olevassa yhteydessä rikoksen täyttymiseen vaadittavan seurauksen kanssa. Tämä laskettavissa oleva yhteys voidaan todeta olemassaolevaksi sekä seurauksen syntyessä että myös sen jäädessä toteutumatta. »Nicht, dass die Handlung ursächlich sei, sondern dass sie in berechenbarem Zusammenhang zum Erfolg stehen müsse, um Ausführungshandlung zu sein, ist hier das Wesentliche.»¹⁵¹

Mutta milloin voidaan otaksua laskettavissa olevan yhteyden olevan toiminnan ja seurauksen välillä? Kysymykseen arvosteluperustasta *Kriegsmann* vastaa, että arvostelun pohjaksi ei ole otettava syntynyttä seurausta sellaisenaan eli, yrityksestä puheen ollen, konkreettista seurausta sellaisena, kuin tekijä tahtoi sen aikaansaada, vaan seuraus on yleistettävä siten, että ne seikat jätetään huomiotta, jotka eivät kuulu rikoksen tunnusmerkistön rajoittamaan piiriin.¹⁵² Sinä ajankohtana, johon arvostelu kohdistuu, on oleva tahdontoiminnan hetki. Tänä hetkenä keskimääräisen huomiokyvyn omaavalta henkilöltä havaitsematta jääneet seikat ovat arvostelun kannalta merkityksettömiä. Ja kun mitään todennäköisyystilastoa ei voida laatia, seurauksen odotettavuusaste on arvioitava tapahtumisen laeista meillä olevaa yleistä kokemustietoa hyväksikäyttäen. *Kriegsmann* katsoo näinollen täytäntöönpanon aloittamisen, ja siis yritysteon, olevan

¹⁵¹ m. t., s. 17 s. *Kriegsmann* viittaa *Birkmeyerin* ja *Liepmannin* aikaisempiin tutkimuksiin. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890, s. 96 ss., selittää täytäntöönpanoteoksi sen teon, joka on katsottava rikosseurauksen syyksi. Syy merkitsee hänelle seurauksen vaikuttavimman, tehokkaimman edellytyksen aiheuttamista. *Birkmeyerin* syy-yhteysteoriasta ks. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 51 ja *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 43 ss. *Liepmann*, Einleitung in das Strafrecht, 1900, s. 84, lausuu: »Aber schon hier lässt sich die Einheit des Handlungsbegriffes als bewusste Setzung von Bedingungen formulieren, die in berechenbarem Zusammenhang zu einem kriminellen Erfolge stehen.»

¹⁵² Saman ajatuksen seurauksen yleistämisestä on aikaisemmin esittänyt *Meyer*, Der Anfang der Ausführung, 1892, s. 25, seuraavasti: »Ausführungshandlungen sind diejenigen Handlungen, durch welche der Erfolg in seiner allgemeinen (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung bedingt wird.»

olemassa, kun on suoritettu tai ainakin aloitettu sellainen toiminta, joka huomioonotettaessa vain tahdontoiminnan hetkenä yleisesti tunnettavat tai tekijän tuntemat seikat, on laskettavissa olevassa yhteydessä tunnusmerkistön toteuttamiseen.¹⁵³ Täytäntöönpanon aloittamiselle ei ole merkitystä, minkä tunnusmerkistötekijän puuttuminen aiheuttaa tunnusmerkistön toteutumatta jäämisen. Tässä katsannossa kaikki tunnusmerkistötekijät ovat samantarvoisia.¹⁵⁴

Vaarateorian kannattajiin luetaan tavallisesti myös *Finger*, vaikka hän yritysohjeissaan johtuukin melkein samoihin tuloksiin kuin subjektiivinen teoria.

Bindingin oppilaana *Finger* lähtee normin käsitteestä. Ja kun normi on inhimillistä toimintaa koskeva määräys, normit kohdistuvat *Fingerin* mielestä aina vain tekijään, hänen edellytyksiinsä toimia normien vaatimalla tavalla. Jos joku henkilö tekee teon, jota hän itse pitää surmaamistekona, niin hänen toimintansa on norminvastaista, vaikka hän erehtyisikin tekonsa todellisesta laadusta, sillä normi lausuu: »sinun ei pidä tappaa», s.o. tehdä sellaista tekoa, jonka sinä havaitset surmaamisteoksi. Kiellonvastaisesti voi toimia vain se, joka tuntee kiellon. Kun tällainen henkilö surmaamisen tarkoituksessa tekee surmaamisteoksi katsomansa teon, silloin hän on tehnyt kaiken, mitä hän on voinut, kiellon rikkomiseksi. Jos jälkeensä osoittautuu hänen erehtyneen tekonsa kykyyn nähden aikaansaada tarkoitettu seuraus, niin tällä toteamuksella ei ole mitään merkitystä toiminnan aikaisen tilanteen arvosteluun.¹⁵⁵

¹⁵³ m. t., s. 21.

¹⁵⁴ m. t., s. 33 ss. *Kriegsmann* ei hyväksy myöhemmin käsiteltävää tunnusmerkistön puutteellisuus-teoriaa, jonka mukaan eräiden tunnusmerkkien tosiasiallinen olemassaolo on välttämätöntä, jotta yrityksestä voisi olla kysymys. Samalla tunnusmerkkien samantarvoisuutta puoltavalla kannalla on myös *Liszt*, Rikosoikeuden yleiset opit, s. 200; viite 1. Ks. myös ed. viite 142.

¹⁵⁵ *Finger*, *Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*. Sonderdruck aus der Festschrift für Karl Binding, 1911, s. 56 ss.; samoin myös *Finger*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts I*, 1904, s. 312 ja *Strafrecht*, 1932, s. 535. Ennen *Fingeriä* erikoisesti *Lammasch* on ymmärtänyt normin yllä esitetyllä tavalla, vrt. ed. s. 125, etenkin viite 81. Muuttanutta normin käsitystapaa on aikaisemmin edustanut myös *Höpfner*, jonka mukaan normi kuuluu: »Ihr sollt nicht diejenige Tätigkeit vornehmen, von der ihr Euch vorstellt, oder vorstellen könntet, dass sie den Erfolg zur Folge haben wird oder kann.» Ks. kirj. *Zur Tragweite der Normenlehre*, *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtsw.* 23, 1903, s. 643. *Höpfneriä* vastustaa *Binding*, *Der umgekehrte Irrtum*, s. 252.

Toiminnan norminvastaisuuden tultua edellä esitetyin tavoin ratkaistuksi sen rangaistavuus on kuitenkin vielä eri kysymys. *Fingerin* mukaan rikosoikeus määrää tarkoituksenmukaisuusnäkökantojen perusteella, mistä teoista seuraa rangaistus. Jos täytetyn teon ohella myös yritys on rangaistava, niin on tutkittava, asettaako laki tällöinkin toiminnan laatuun nähden erikoisia vaatimuksia. Toisin kuin subjektiivinen teoria *Finger* katsoo lain mainitsemassa »täytäntöönpanon» (»Ausführung») käsitteessä teolta vaadittavan määrättyjä laatuominaisuuksia. »Panna jotakin täytäntöön» tarkoittaa sellaista toimintaa, joka on omiaan johtamaan määrätyn tarkoituksen toteutumiseen. Niinollen tekoa on arvosteltava sen kelpoisuuden kannalta asetetun päämäärän, seurauksen saavuttamiseen.¹⁵⁶ Mutta milloin yritystoimella on katsottava olevan vaadittava kelpoisuus, t.s. milloin se on vaarallinen? Jos vastaus annettaisiin pelkästään tekijän tosiasia- ja kokemustiedon perusteella, siis sen mukaan, miltä tilanne toiminnan hetkellä tekijästä näyttää, päädyttäisiin subjektiiviseen teoriaan. Pelkkä tekijän tiedon paneminen arvostelun pohjaksi ei ole kuitenkaan mahdollista, koska yrityksen rangaistavuutta käsitellessä on lähdettävä siitä, että yritysteko on ympäristön mielestä vaarallinen. Kun vaarallisuusarvostelu kuitenkin aina riippuu tosiasia- ja kokemustiedon määrätystä asteesta, nousee kysymys, ratkaiseeko ympäristön tietomäärä sekä tosiasia- että kokemustiedon piirissä. Sen johdosta että määrättyä kertakaikkista tilannetta koskevan tosiasiatiedon määrä vaihtelee suuresti eri henkilöillä ja vieläpä samallakin henkilöllä eri ajankohtina, mutta kokemustieto seurauksen odotettavuudesta määrätyn tosiasiatiedon pohjalla on kaikilla varsin yhdenmukainen, ja kun yksityistapausten ratkaisua ei voida jättää satunnaisista seikoista riippuvaksi ja siten hyvin vaihtelevaksi, *Fingerin* mielestä yritysteon vaarallisuutta arvosteltaessa on mahdollista lähteä vain tekijän toiminnan aikaisesta tosiasiatiedosta tarvittavan kokemustiedon sitävastoin määräytyessä ympäristön omaaman tiedon mukaan.¹⁵⁷ Täytäntöönpanoteko on näinollen jokainen teko, joka te-

¹⁵⁶ Der Versuch, s. 23 s.

¹⁵⁷ Der Versuch, s. 60 ss. *Finger* vastustaa (s. 30, viite 10) *Lisztin* ja *Kriegsmannin* vaatimaa yleisesti tunnettavien seikkojen ottamista arvosteluperustaksi myös siihen vedoten, että jos tekijä tekoa tehdessään ei ole tuntenut jotakin seikkaa, niin teon arvostelemisessa tekijän tahallisesti suorittamaksi on yhdentekevää, oliko tuo seikka ollut yleisesti tunnettavissa. — *Finger* lienee kuitenkin myöhemmin muuttanut vaaran edellytyksiä koskevat käsityksensä *Lisztin* ja *Kriegsmannin* kannan mukaisiksi, koska hän kirj. Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Fest-

kijän ontologisen (l. tosiasia-) tiedon mukaisesti tehtynä yleisen nomoloogisen (l. kokemus-) tiedon mukaan on omiaan aiheuttamaan tarkoitettua seurauksen.¹⁵⁸

Soveltaessaan näitä katsomuksiaan käytännöllisiin tapauksiin *Finger* käsittelee erikseen yrityksiä kelvottomin keinoin ja kelvotonta objektia vastaan. Mitä tulee edellisiin, tekijän aivan samanarvoisiksi katsomat yritystoimet voidaan yhteisön kannalta jakaa kahteen ryhmään, sellaisiin, jotka ovat kelpaamattomia aiheuttamaan halutun seurauksen ja sellaisiin, jotka ovat siihen kelvollisia. Kelvoton on *Fingerin* mukaan yritysteko, josta sellaisena kuin tekijä sen ja siihen liittyvät seikat mieltää ei yleisen kokemustiedon mukaan voi aiheutua tarkoitettua seurausta. Jos tekijä on kuvitellut voivansa surmata toisen manauksilla, niin kokemustietomme todistaa tällaisen toiminnan kelpaamattomaksi. Sitävastoin yritys myrkyttää toinen sokerilla, jota tekijä on pitänyt arsenikkina, on rangaistava yritys, koska tekijän tosiasiatieto kokemuksemme mukaan osoittaa kelpoisuutta.¹⁵⁹ Yritykset kelvotonta objektia vastaan ovat samalla tavalla jaettavissa kahteen ryhmään. Sillä henkilöllä, joka ampuu linnunpelätintä, jota hän hämärässä luulee vihamieheksen, on rikollinen tahto aivan samoin kuin sillä, joka surmaamisvälineeksi erehdyksestä valitsee lataamattoman kiväärin. Molemmissa tapauksissa on kyseessä pelkkä tosiseikkaa koskeva l. ontologinen erehdys. Rangaistava tapon yritys on samoin olemassa ammuttaessa yön aikana ikkunan läpi tyhjään vuoteeseen, jossa ampuja on olettanut vastustajansa makaavan, ja sikiönlähdettämisen yritys, kun tekijänä on nainen, joka yhdyntään jälkeen on luullut havainneensa oireita raskauden tilastaan.¹⁶⁰

Vaarateorian huomattavana edustajana on edelleen mainittava *Hippel*.

Vastakohtana täytetylle rikokselle *Hippel* määrittelee yrityksen teoksi, jossa rikos ei tule täytetyksi sen vuoksi, että joku täyttymiseen vaadittava tunnusmerkki, toiminnan luonnollinen seuraus tai joku muu, puuttuu tekijän tahallisuuden kuitenkin käsittäessä kaikki ri-

gabe f. Frank I, s. 239, määrittelee vaaran tilaksi, »welcher nach allgemeinen oder dem Handelnden besonders eigentümlichen Kenntnis die Befürchtung des Eintritts einer Verletzung rechtfertigt».

¹⁵⁸ Der Versuch, s. 30.

¹⁵⁹ Der Versuch, s. 35 ja Lehrbuch, s. 303.

¹⁶⁰ Der Versuch, s. 48 s. ja Lehrbuch, s. 304.

koksen tunnusmerkit niihin luettuna myös täytettyyn rikokseen vaadittava ulkonainen tapahtuma. Puhtaan vaarateorian mukaisesti hänkään ei katso voitavan tehdä minkäänlaista eroa rikoksen eri tunnusmerkistötekijöiden välillä siinä mielessä, että joidenkin tunnusmerkien puuttuminen sulkisi pois yrityksen käsitteellisen mahdollisuuden. Varkausyritys on täten olemassa, ei vain kun esineen ottaminen on epäonnistunut, vaan silloinkin kun otettu, vieraaksi luultu esine onkin oma.¹⁶¹ Yrityksen rankaisemisen oikeusperusteena on sen vaarallisuus, ja koska tekijän rikollinen tahto on valmistelussa, yrityksessä ja täytetyssä rikoksessa samanlainen, yrityksen vaarallisuus voi ilmetä vain rikoksen objektiivisella alueella. Vaarallisuus on ymmärrettävä rikostunnusmerkistön toteutumisen vaarana, oikeusjärjestyksen tai edes oikeushyvän vaarantamisen ollessa merkitysettömiä. Täten yritys on yhtä lailla mahdollinen niin oikeushyvän loukkaamisen kuin sen vaarantamisenkin käsittävissä rikoksissa.¹⁶²

Rangaistava on objektiivisesti ja konkreettisesti vaarallinen yritys, rankaisematta jääpä vaaraton yritys. Konkreettiseen vaarallisuuteen kuuluu *Hippelin* mukaan yrityksen yhteydessä samoin kuin kaikkialla oikeusjärjestyksen piirissä ja myös elävässä elämässä arvostelu *ex ante*. Sanonnassa »jälkikäteinen prognoosi» (l. ennustelu) sana »jälkikäteinen» merkitsee arvosteltavan tapahtuman kuulumista menneisyyteen, »prognoosi» taas asenteenottoa tulevaisuuteen nähden lähdettäessä toiminnanaikaisesta asiantilasta, kaiken sen eliminoiden, minkä vasta myöhempi tapahtumien kulku on tuonut ilmi. Arvosteluperustana ovat kaikki toiminnan hetkellä tunnettavissa olleet tosiseikat mukaanluettuina myös tekijän edellisten lisäksi ehkä vielä tuntemat seikat. Arvostelijana on objektiivinen, asianyymmärtävä henkilö, käytännössä siis tuomari itse, tarpeen vaatiessa asiantuntijoiden avustamana. Yritys on vaarallinen, kun arvostelussa johdutaan tulokseen, että seurauksen syntyminen on mahdollista. Vaaraton on yritys, kun seurauksen syntyminen näyttää käytännöllisesti katsoen mahdottomalta, olkoonpa, että seuraus onkin syntynyt jonkin toiminnan hetkellä havaitsemattomissa ja laske-mattomissa olleen asianhaaran johdosta. Oikeuden alalla ei voida

¹⁶¹ *Hippel*, *Deutsches Strafrecht II*, s. 396. *Hippel* selittää *Reichsgerichtin*, joka tosin liian pitkälle mennen rankaisee jokaisen kelvottoman yrityksen, olevan oikeassa katsoessaan kelvottomankin yrityksen olevan käsitteellisesti yritys.

¹⁶² m. t., s. 403 ss. Näin myös *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 174; viite 16. Sama ajatus niinikään *Tulenheimolla*, *Luotto*, s. 57 ss.

turvautua muuhun kuin ihmisten jokapäiväisen elämän kannalta melkoiseksi arvioitavan, vakavasti otettavan mahdollisuuden huomioonottamiseen. Numeroin ei mahdollisuuden astetta voida lausua. Epävarmoissa tapauksissa vaarallisuus on evättävä ja syytetty vapautettava, koska vaara, yrityksen oikeusperusteena, täytyy todeta positiivisesti olemassaolevaksi.¹⁶³

Hippel katsoo vaarateorian johtavan yleisen oikeustajunnan kannalta tyydyttäviin ratkaisuihin. Mitä tulee *Mittermaierin* y.m. puoltamaan absoluuttisen ja relatiivisen kelvottomuuden vastakkainasetteluun, niin relatiivisesti kelvoton yritys voi hyvin olla rankaisematta jääpä ja absoluuttisesti kelvoton rangaistuksen ansaitseva. Relatiivisesti kelvoton, mutta yhtäkaikki vaaraton ja siis rankaisematon on esim. yritys ampuu henkilö aseensa kantomatkan selvästi ylittävältä etäisyydeltä. Absoluuttisesti kelvoton, mutta kuitenkin vaarallinen ja rangaistuksen vaativa on surmaamisyritys ammuttaessa ladatuksi luullulla aseella, joka jälkeensä osoittautuukin lataamattomaksi, samoin kuin sikiönlähdettämisyritys käytettäessä itse asiassa kelpaamattomaa lähdettämisainetta, joka on kelpolliseksi vakuutettuna saatu ammattihenkilöltä. Myös on Hippelin mielestä rangaistava yritys olemassa ryhdyttyä sikiönlähdettämiseen selvinä pidettävien oireiden raskauden tilasta ilmaannuttua, vaikka raskauden tila sitten näyttäytyisikin olemattomaksi, ja ammuttaessa vuoteeseen, jossa tarkoitetun henkilön voitiin olettaa silloin makaavan, mutta jossa tämä ei ollut. Subjektiiviseen teoriaan nähden vaaraan nojautuvalla katsomuksella on se huomattava etu, että objektiivisesti harmittelemat ja sellaisina vaarattomat yritystoimet ovat sen avulla vaivattomasti erotettavissa rangaistavista teoista.¹⁶⁴

Vaarateoria on saanut huomattavan aseman myös pohjoismaisessa tietoisuudessa. Sen kannattajista on ennen muita mainittava *Thyrén*.

Thyrénin mukaan rikoksessa on olennaisinta sen subjektiivinen puoli. Objektiivinen puoli merkitsee lähinnä rikollisen tahdon toteu-

¹⁶³ m. t., s. 427 s. ja s. 149. Hippelin mielestä *Lisztin* sikiönlähdettämisesimerkinsä yhteydessä käyttämä negatiivinen sanonta: »jos raskauden tila (teen hetkellä) ei ollut kokonaan mahdoton» ei ole onnistunut, koska se saattaa johtaa vaarallisuuden positiivisesta olemassaolosta tinkimiseen ja todistustaakan siirtämiseen syytetyksi kannettavaksi. *Lisztin* suhteen vrt. Rikosoikeuden yleiset opit, s. 201 ja myös ed. s. 147. Hippelin vaara-arvosteluun liittyvistä katsomuksista laajemmin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 147 ss.

¹⁶⁴ m. t., s. 429.

tumista, sen objektivoitumista. Yrityksessä rangaistuksen varsinaisen oikeusperustan muodostaa subjektiiviseen puoleen kuuluva rikollisen tahdon vaarallisuus, objektiivisen puolen ollessa tosin välttämätön, mutta kuitenkin toissijainen. Yrityksen objektiivinen puoli on vain tekijän »rikollisuuden symptoomi.»¹⁶⁵

Kuitenkin *Thyrén* yrityksessäkin vaatii teon objektiivista oikeudenvastaisuutta. Tekijän väärä otaksuma toimintansa oikeudenvastaisuudesta ei tee sitä rikokseksi. Objektiivisesti oikeudenmukainen teko on kerta kaikkiaan rankaisematta jääpä. *Thyrén* perustaa tämän katsomuksensa siihen tosiasiaan, että lainsäätäjän on otettava yhteiskunnan keskuudessa vallitseva, sovitukseen pohjautuva oikeustajunta lukuun sikäli, ettei rikollisen tahdon vaarallisuuteen kytkeytyvää prevention ajatusta toteuteta pitemmälle, kuin oikeustajunnan huomioonottaen voidaan sallia. Yritysteolta on näinollen vaadittava vaarallisuutta. Vaara on *Thyrénin* mukaan olemassa, kun toiminnasta konkreettisen tilanteen arvostelupohjalta lähtien normaalin inhimillisen arvioinnin mukaan todennäköisesti aiheutuu tarkoitettu seuraus.¹⁶⁶ Vaarateorian mukaista katsomustaan hän kehittää seuraavaan tapaan: »Ett verkligt a n g r e p p på intresse eller rättighet förutsätter, att ett objekt existerar, som kan angripas, och att ett medel använts, som kan skada, men hvarken objektet eller medlet behöfva föreligga vid sjelfva »den utförande handlingen»; det är nog, att de spelat den roll under brottets utveckling, att man med fog kan tala om objektiv fara, då man efteråt öfverblickar hela brottsplanen, eller, såsom det äfven uttryckts, att det vid en efteråt gjord prognos kan sägas, att det, mänskligt att döma, varit nära, att skadan inträffade.»¹⁶⁷ Surmaamisaikomuksessa armmuttu laukaus, joka itse asiassa on kohdistunut puunrunkoon, samoin kuin liitua käyttäen tehty myrkyttämisyritys ovat täten toiminnan yleistilanteesta riippuen toisinaan rangaistavia, toisinaan taas rankaisematta jääviä tekoja.¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Thyrén*, Principierna för en strafflagsreform II. Brottsbegreppets objektiva sida, 1912, s. 1. III. Brottsbegreppets subjektiva sida. Försök. Subjektsflerhet, 1914, s. 67.

¹⁶⁶ Principierna III, s. 76 ss.

¹⁶⁷ Principierna III, s. 80 s. *Thyrénin* katsomuksen suhteen vrt. myös *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 181 s., viite 32.

¹⁶⁸ *Thyrénin* v. 1916 laatimassa valmistavassa ehdotuksessa Ruotsin rikoslainsäädännön 7 luvun 1 §:ssä selitetään yrityksen olevan olemassa, kun tekijä saattamatta

Se yrityssäännösten uudistaminen, joka Ruotsissa on vuoden 1943 alusta toimeenpantu siten, että rikoslain yleiseen osaan on liitetty yleisluontoiset säännökset yrityksestä ja sen rangaistavuudesta, on seurannut *Thyrénin* hahmoittelemia suuntaviivoja. Uuden SL 3:13 mukaan rikoksen yrityksestä seuraa rangaistus, jos joku on aloittanut määrätyn rikoksen täytäntöönpanemisen sen kuitenkaan tulematta täytetyksi, mikäli on ollut olemassa vaara, että teko johtaisi rikoksen täyttymiseen tai sellainen vaara vain satunnaisten seikkojen johdosta on jäänyt syntymättä.¹⁰⁹ Konkreettinen vaarallisuus on täten asetettu yrityksen pääkriteerioksi. Huomiota herättää kuitenkin lakiin otettu sanonta yrityksen rangaistavuudesta silloinkin, kun vaara on jäänyt syntymättä satunnaisten seikkojen johdosta (»sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten»). On kysyttävä, laajentako tämä lisäys yrityksen rangaistavuutta yli sen, mihin vaarateorian kannalta johdutaan?

Kysymyksessä olevaa lainsäädäntöuudistusta välittömästi edeltäneessä komiteamietinnössä vuodelta 1940 katsottiin vaaran käsitteen olevan yleensä omiaan tyydyttävällä tavalla ratkaisemaan keltottoman yrityksen rangaistavuutta koskevan ongelman. Esimerkkeinä sellaisista tapauksista, joissa vaaran rikoksen täyttymisestä

rikostaan täytäntöön on aloittanut sen toimen, jolla hän tarkoitti rikoksen suorittaa. 2 §:n mukaan yritys on kuitenkin jätettävä rankaisematta, jos ei ollut varaa, että rikos olisi voinut tulla suoritetuksi tekijän ajattelemalla tavalla. Ks. *Thyrén*, *Förberedande utkast till strafflag*. Kap. I—XIII, 1916.

Thyrénin käsitykset ovat olleet määräävinä myös laadittaessa n.s. rikoslakikomission ehdotusta rikoslain yleiseksi osaksi vuodelta 1923. Säännökset tässä ehdotuksessa, jota *Thyrén* itse on yhtenä komission jäsenenä ollut laatimassa, ovat yritykseen nähden melkein samanlaisia, kuin hänen omassa valmistavassa ehdotuksessaan. Asiallisia eroavaisuuksia ehdotusten välillä ei ole. Tämän ehdotuksen perusteluissa selitetään rangaistavalta yritykseltä vaadittavan rikollisen toiminnan edistymistä sille asteelle, että oikeudenvastaisesti on aiheutettu jonkin edun joutuminen objektiivisen vaaran alaiseksi. Yritystekoa ei ole arvosteltava pelkästään jonakin määrättynä rikossuunnitelman täytäntöönpanon, esim. täytäntöönpanon aloittamisen, ajankohtana vallinneen tilanteen mukaan, vaan huomio on kiinnitettävä tapahtumainkulkuun kokonaisuudessaan (»utan man måste taga hänsyn till handlingsförloppet i dess helhet»). Esimerkkinä mainitaan, ettei sen, joka murha-aikeissa ampuu puunrunkoon, ole katsottava syyllistyneen murhayritykseen, jos hän vain ylimalkaisesti on otaksunut uhrinsa olevan läheisyydessä, mutta että ratkaisu on toinen, jos hän on ajanut uhriaan takaa ja tämä on juuri sivuuttanut k.o. puun. Ks. *Förslag till strafflag*. Allmänna delen samt förslag till lag angående villkorlig frigivning jämte motiv avgivna av strafflagskommissionen, Statens offentliga utredningar 9, 1923.

¹⁰⁹ SL 3:13 sanamuotoa ks. ed. s. 95.

voidaan aivan luonnollisesti sanoa esiintyneen, mainittiin yritys myrkyttää toinen liidun avulla, kun tekijä viime hetkessä on tullut väih-taneeksi myrkyn liituun, sekä ampuminen puunrunkoon, kun ajateltu uhri on ollut puun välittömässä läheisyydessä. Sen johdosta että lakineuvosto v. 1928 antamassaan lausunnossa yleisen yrityssäännök-sen lakiin sisällyttämistä koskevasta oikeusministeriön ehdotuksesta samalta vuodelta ei ollut katsonut vaaran käsitettä sinänsä riittäväksi saattamaan rangaistuksen alaisiksi kaikki ne, varsinkin objektin kelvottomuuteen perustuvat kelvottoman yrityksen tapaukset, jotka epäilemättä olivat rangaistuksen ansaitsevia, komitean ehdotukseen otettiin vaaran välttämättömyyttä ilmaisevan sanonnan ohella lisäksi maininta vaaran ilmaantumatta jäämisen merkityksettömyydestä sil-loin, kun se johtuu pelkästään satunnaisista seikoista. Täten tämä vaaran ajatukseen sellaisenaan sopeutumaton yrityksen rangaista-vuuden kriteerio tuli sitten myös lakiin.¹⁷⁰

Ekebergin y.m. julkaiseman selitysteoksen mukaan määräys »sa-tunnaisten seikkojen» vaikutuksesta on ymmärrettävä niin, että »ansvar inträder för försök, vilket går om intet endast på grund av omständigheter, som enligt ett normalt bedömande från gärnings-mannens synpunkt äro att anse såsom tillfälliga, medan däremot sådana försök bliva straffria, vilkas misslyckande ej är att tillskriva slumpen utan en mera djupgående brist i brottsplanen.» Esimerk-keinä mainitaan rangaistavan yrityksen olevan kyseessä, kun joku varastamistarkoituksessa väkijoukossa pistää kätensä toisen henki-lön taskuun sen kuitenkin osoittautuessa tyhjäksi, niin myös silloin kun teko kohdistuu määrättyyn henkilöön, jonka tapoja tekijä ei tunne, ja tämän johdosta lompakkoa tavoitetaan sellaisesta tas-kusta, jossa sitä yleensä pidetään, mutta jossa tämä henkilö ei sitä kann. Rangaistuksetta jääpä on sitävastoin taskuvarkausyritys te-kijän tavoittellessa jotain määrättyä esinettä ja otaksuessa sen olevan henkilöllä, jolla ei kuitenkaan ole mitään tekemistä sen kanssa.¹⁷¹

Vastaukseksi ylläolevaan kysymykseemme lienee todettava »satun-naisia seikkoja» koskevalla lisäyksellä tarkoitettun itse asiassa vain estää yritykseen vaadittavan vaarallisuuden ymmärtäminen kovin suppeassa mielessä. Nimenomaan säännöksen selittämiseksi esitetyt

¹⁷⁰ *Ks. Bergendal—Ohlsson, Förslag till ändrad lagstiftning om straff för för-sök till brott jämte motiv, Statens offentliga utredningar 19, 1940, s. 44 ss.*

¹⁷¹ *Ekeberg—Strahl—Beckman, Strafflagen jämte förklaringar till den nya lag-stiftningen om förmögenhetsbrott, 1943, s. 43 s.*

esimerkit mielestämme osoittavat »satunnaisten seikkojen» merkitsevän pelkästään sellaisia seikkoja, jotka eivät toiminnan hetkellä olleet yleisesti tunnettavissa ja joita tekijäkään ei tuntenut. Jos tämä olettamuksemme on oikea, niin kosketeltu säännös ei ole ollut välttämätön; pelkkä selitys konkreettisen vaaran välttämättömyydestä olisi riittänyt. Vaikeasti tulkittavana säännös voi aiheuttaa epävarmuutta oikeudenkäytössä.¹⁷²

Kotimaisessa tieteisopissamme *Serlachius* on omaksunut vaarateorian yritysoppinsa rungoiksi.

Serlachius toteaa lain yksinomaan ratkaisevan, milloin rikos on katsottava täytetyksi, mutta laista puuttuvan määräykset siitä, mitä rikoksen yrityksellä on ymmärrettävä. Hänen nähdäkseen on näin ollen luonnollista, että yrityksen käsitettä etsittäessä lähdetään yrityksen sanallisesta merkityksestä. Kielellisesti yrittäminen merkitsee sitä, että tavoitellaan jotakin, jota ei saavuteta. »Luonteenomaisesta yritykselle on siis, että se, mitä on saavutettu, ei vastaa sitä, mitä on tarkoitettu.» Jos tekijä saavuttaa tarkoituksensa, yritystä ei voi koskaan olla olemassa, sillä hän ei ole tällöin ainoastaan yrittänyt, vaan myös pannut tarkoituksensa täytäntöön. Asiaan ei vaikuta, vaikka hän muuten olisi erehtynyt tekonsa tosiasiallisesta tai oikeudellisesta laadusta.¹⁷³ Tekijän subjektiivisen puolen korostaminen

¹⁷² Lainkohdassa käytetty sanamuoto (»eller sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utelutet») osoittaa sanallisesti ymmärtäen yrityksen rangaistavaksi silloinkin, kun vaaraa ei ollut olemassa, jos vaaran puuttuminen johtui vain satunnaisista seikoista. Arvostelumenettely olisi siis oleva sellainen, että ensin todetaan, ettei toiminnan hetkellä ollut rikoksen täytymisen vaaraa olemassa, ja sen jälkeen lausutaan vaaran puuttumisen aiheutuneen pelkästään satunnaisiksi katsottavista seikoista. Tällainen ei ole enää vaarateorian mukaista, sillä yrityksenä tulisi tämän mukaan rangaistavaksi sellainenkin tapaus, jossa toiminnan hetkellä kenenkään mielestä ei ole mitään vaaraa, mutta jossa samanaikaisesti vaaran olemattomuuden katsotaan johtuvan tiedossa olevista epätavallisista, satunnaisista seikoista. Tätä ei säännöstä laadittaessa liene tarkoitettu, vaan vaaran olemattomuus on nähtävästi ajateltu todettavasti myöhemmin kuin toiminnan hetkellä, kun satunnaisten seikkojen merkitys tapahtumain kulkuun on paljastunut.

¹⁷³ *Serlachius*, Suomen rikosoikeuden oppikirja I. Yleiset opit, 3 pain.; 1940, s. 165 s. Esimerkkeinä mainitaan, ettei se, joka anastaa toisen omaksi luulemansa oman esineensä, syyllisty varkauden yritykseen, enempiä kuin sitäkään voidaan katsoa syyppäksi kaksinnaimisy yritykseen, joka menee uusiin naimisiin luullen todellisuudessa jo kuolleen aviopuolisonsa vielä olevan elossa. — Katsomusta, ettei täytetty tekeminen voi olla yritystä, käsitellään laajemmin tunnusmerkistön puutteellisuusteorian yhteydessä.

ilmenee *Serlachiuksella* myös siinä, että hän katsoo yritykseen subjektiivisessa suhteessa vaadittavan seurauksen nimenomaista tarkoitamista (*dolus determinatus*), t.s. että tekijällä täytyy olla varsinaisena tarkoituksena oikeushyvän loukkaaminen. Kun rikoslakimme kerran jättää yrityksen käsitteen kokonaan määrittelemättä, *Serlachiuksen* mielestä ei ole mitään syytä olettaa, että se käyttäisi tätä käsitettä muussa merkityksessä, kuin missä sitä jokapäiväisessä elämässä käytetään, s.o. seurauksen tarkoittamisen mielessä.¹⁷⁴

Rangaistavuuden ehdoton edellytys on kuitenkin myös teon oikeudenvastaisuus ja sitä on senvuoksi vaadittava rangaistavalta yritykseltäkin. Yritysteon oikeudenvastaisuus on toiminnan oikeushyvälle aiheuttamassa vaarassa. Sellainen yritystoimi, joka ei aikaansaa mitään vaaraa, on kelvoton ja sellaisena rankaisematta jätettävä. Vaaran *Serlachius*, joka näkee siinä koko oikeudenvastaisuusopin peruskäsitteen, määrittelee tilaksi, jossa otettaessa lukuun tekotilaisuudessa yleensä huomattavissa ja tunnettavissa olevat samoin kuin tekijälle kenties yksinäänkin tutut tosiasiat toiminnan tarkoittamaa seurausta on pidettävä siinä määrin todennäköisenä, että voidaan varoa tämän seurauksen todella syntyvän. Jos seurauksen syntyminen näin arvostellen näyttää mahdottomalta, vaaraa ei ole olemassa.¹⁷⁵ Vaara on arvosteltava *ex ante*, toiminnan hetkeä silmällä pitäen ja arvostelussa on asetuttava objektiiviselle eikä tekijän subjektiiviselle kannalle. Kaikki tosiasiat, joista voidaan tehdä johtopäätöksiä teon vaarallisuuteen nähden, on otettava huomioon riippumatta siitä, onko tekijällä itsellään ollut tai olisikö hänellä edes voinut olla kaikista niistä tieto. Ratkaisevaa on, mitä huolellisesti ajatteleva ihminen, roomalaisten *bonus pater familias*, on voinut tietää.¹⁷⁶ Vain milloin tekijän tieto poikkeuksellisesti ylittää huolellisesti ajattelevan henkilön, tarvittaessa asiantuntijoilla osoitettavan tiedon määrän, se on sikäli otettava arvostelussa huomioon. *Serlachius* mainitsee esimerkkeinä, että koetettaessa ottaa toiselta henki noitatempuilla, kyseessä on täysin vaaraton yritys, mutta että toisaalta kuolluttakin vastaan voidaan tehdä kelvollinen murhayritys, jos tekotilaisuudessa on epä-tietoista, onko surmattava henkilö elossa vai kuollut, ja että samoin raskaana olematon nainen saattaa syyllistyä rangaistavaan sikiönläh-

¹⁷⁴ m. t., s. 171.

¹⁷⁵ m. t., s. 170.

¹⁷⁶ m. t., s. 101.

dettämisyritykseen, jos hän tahdontoiminnan hetkellä on voinut varoa olevansa raskaana.¹⁷⁷

Myöskin *Grotenfelt* on katsottava vaarateorian kannattajiin kuuluvaksi. Katsoen yritykselle ominaiseksi, että ulkonaisessa maailmassa tapahtuu vähemmän kuin täytetyn rikoksen ollessa kysymyksessä ja että keskenjääneeseen toimintaan kuitenkin liittyvät kaikki ne tunnusmerkit, jotka leimaavat teon rikokseksi, *Grotenfelt* selittää, samoin kuin *Serlachius*, yrityksinä rankaisemattomiksi sellaiset tapaukset, joissa tekijä on saattanut toimintansa päätökseen lain tunnusmerkistön kuitenkaan täyttymättä.¹⁷⁸ Yrityksen objektiivisen puolen muodostaa *Grotenfelt*inkin mukaan yritystoiminnan aikaansaama vaara, jolla on itsenäinen eikä vain pelkästään symptomaattinen merkitys yrityksen rangaistavuudessa. Vain sellainen yritys on kelvollinen ja rangaistava, joka huomioonottaen konkreettisessa tapauksessa ilmenevät seikat, kun niitä tarkastetaan toiminnan hetkellä tavallisen asiainkulun valossa, näyttää olevan omiaan vaarantamaan asianomaisen rangaistuskäskyn suojaamaa oikeushyvää. Rangaistava yritys on täten kysymyksessä yritettäessä esim. siepata jotain tavaraa väkijoukossa toisen henkilön itse asiassa tyhjästä taskusta tai puukottaa kuoliaaksi panssariliiveihin pukeutunut henkilö. Samoin tekijä syyllistyy murhayritykseen koettaessaan surmata toisen henkilön ampuamalla yön aikana ikkunan läpi sänkyyn, josta tämä kuitenkin on vähäistä aikaisemmin noussut. Jos sitävastoin tekijä on tietensä käyttänyt täysin kelvotonta keinoja tai suunnannut toimintansa täysin kelvotonta objektia vastaan, mitään rangaistavaa tekoa ei ole tapahtunut.¹⁷⁹

Emme ryhdy tässä yhteydessä käsittelemään vaarateoriaa laajemmin kuin edellä on tehty, koska meidän omaksumamme yrityskäsitys, joka tulee myöhemmin käsittelyn kohteeksi, rakentuu olennaisesti vaarateorialle. Tämän esityksemme päätteeksi toteamme

¹⁷⁷ m. t., s. 170. — Laatomassaan ehdotuksessa uuden rikoslain yleiseksi osaksi *Serlachius* ehdottaa yrityssäännökset säilytettäväksi pääasiassa samanlaisina kuin ne ovat voimassa olevassa rikoslaissamme. Ehdotukseenkaan ei sisälly minkäänlaista määritelmää yrityksen käsitteestä. Ehdotuksen perusteluissa *Serlachius* mainitsee Ruotsin vastaavassa, s.o. *Thyrénin* v. 1916 laatimassa valmistavassa ehdotuksessa olevan yritysmääritelmän olevan epätyydyttävä m.m. siksi, ettei se vähimmässäkään määrässä selvitä yrityksen ja valmistelun välistä rajaa. Ks. *Serlachius*, Ehdotus uudeksi rikoslaiksi I. Yleinen osa, 1920.

¹⁷⁸ *Grotenfelt*, Kommentar till strafflagen. Allmänna delen, 1913, s. 104 s.

¹⁷⁹ m. t., s. 109 s.

vain, että vaarateoria, sellaisena kuin *Liszt, Hippel, Serlachius* y.m. sitä edustavat, on omiaan johtamaan aineellisesti katsoen hyvin suuressa määrin oikeustajuntaa tyydyttäviin tuloksiin nimenomaan siksi, että sen puoltama vaarakatsomus on sama kuin jokapäiväisessä elämässä käyttämämme. Kun lainsäätäjällä rikoksen yrityksen kriminalisoidessaan on lähtökohtana ollut yritystoimesta aiheutuva vaara, on hyvin ymmärrettävää, että myöskin lainkäyttäjä säännöstä tulkittaessaan, elleivät muut näkökohdat aseta esteitä, pitäytyy juuri vaaran ajatukseen.

F. Erikoisteorioita.

Yrityksen rangaistavuuden perustaminen vaaraan on hallitsevana ajatuksena myös useissa yritysteorioissa, joissa vaara ei kuitenkaan merkitse konkreettista tunnusmerkitön toteutumisen vaaraa tai edes jonkin oikeushyvän vaarantamista.

Kohler näkee yrityksen rankaisemisen oikeutuksen siinä vaarassa, jonka yritys aikaansaa koko oikeusjärjestyksen voimassapysymiselle. Hänen mielestään oikeusjärjestys on jo sinänsä niin pyhä, että sitä vastaan kohdistettu hyökkäys vaatii repression katsomatta siihen, onko toimi sellainen, että se aiheuttaa vaaran määrätylle henkilölle tai esineelle. »Otettaessa huomioon vain yksityisiin esineisiin ja henkilöihin kohdistuva aineellinen vaikutus, oikeusjärjestyksen suojaamat edut ymmärretään liian suppeassa mielessä. Rikoksen vaikutukset ulottuvat laajemmalle: yleinen levottomuus, paniikki, häiritty turvallisuuden tunne, huono esimerkki, tottumuksen voima, kaikki nämä jäytävät ihmiskuntaa».¹⁸⁰

Yritykselle on *Kohlerin* mukaan olennaista ennen muuta rikollisen tahto. Yrityksessä, niinkuin yleensä rikosoikeudessa, on vaadittava yksilöityä tahtomista, joka luonnonjärjestyksen mukaista kausaalisuutta hyväksi käyttäen pyrkii aikaansaamaan seurauksen. Pelkkä ylimalkainen seurauksen tahtominen ei riitä. Näinollen taikakeinoin turvautuminen rikoksen tekemiseksi ei kuulu rikosoikeuteen, koska tekijän ajatuksiin ei tällöin sisälly luonnonjärjestyksen mukainen vaikuttaminen. Samoin puuttuu toimelta rikosoikeudellinen relevanssi annettaessa surmaamistarkoituksessa toiselle sokeria, jota antaja yksinkertaisuudessaan pitää myrkkynä. Ollakseen rikollinen

¹⁸⁰ *Kohler*, Studien aus dem Strafrecht I, 1890, s. 16 ss.

tahdon täytyy myös ulkonaisessa maailmassa toisten ihmisten havaittavalla tavalla objektivoitua. Tahdon täytyy muuttua teoksi ja tämän muuttumisen on edistyttävä niin että ulkonaisessa maailmassa ilmenevästä tapahtumasta käy selville tavoite. »Es genügt ein Rohbild der That, aber das Rohbild muss bereits die Züge der That zeigen». Kun tämä objektivoituminen ei useinkaan ole epäilyksettömän selvä, Kohlerin mielestä elämän kokemuksen mukainen määrättyneisyys on katsottava riittäväksi.¹⁸¹

Sen todistamiseksi, että yrityksen rankaiseminen perustuu pelkäänsen sen oikeusjärjestykselle aikaansaamaan vaaraan, Kohler viittaa keinon ja objektin kelvottomuudesta kiinnipitävän katsomuksen eräisiin epätyytyttäviin kannanottoihin. Hänen mielestään ei ole oikein jättää varas rangaistuksetta senvuoksi, ettei hän ollut löytänyt etsimiään esineitä tai että tasku, johon hän oli kätensä pistänyt, olikin ollut tyhjä. Kun oikeustajunta, kuten katsomuksen puoltajatkin myöntävät, tällaisissa tapauksissa vaatii syyllisen rankaisemista, Kohlerin mielestä on luovuttava väärästä individualismista ja rangaistavuus perustettava ajatukseen rikoksen yhteiskunnallisesta vaarallisuudesta (»die sociale Gefahr des Deliktes»). Pulasta ei voida selvittää siten, että toiminnan kohteeksi koetetaan keksiä jokin todellinen objekti, esim. henkilön omistuspiiri. Omistuspiiri — Kohler huomauttaa — johon ei sisälly yhtään varastamiskelpoista omaisuusesinettä, on pelkkä abstraktio, aivan samoin kuin ampumistapauksessa objektiksi otettu jonkun henkilön elinpiiri, kun henkilö ei ole häneksi luulun puunrungon paikalla, vaan sadan askeleen päässä siitä.¹⁸²

Klee on monessa suhteessa samalla kannalla kuin Kohler. Hänkin näkee yrityksen rangaistavuuden pääkriteerion tekijän objektiivisesti kelvollisessa suunnitelmassa. »Nicht die That ist beim Versuch gefährlich, sondern die Handlung, mithin der Wille, welcher die That in Beziehung zum verbrecherischen Zweck setzt».¹⁸³ Asianomaisella tavalla objektivoituneen tahdon vaarallisuus on määräävä näkökohta yrityksen rangaistavuudessa ja näinollen kysymys siitä, onko yritystoimi vaarallinen ja siis rangaistava, on ratkaistava ensi sijassa sen

¹⁸¹ m. t., s. 11 ss. — Kohler mainitsee (s. 18) esimerkkinä, että varkauden yritys on tarpeeksi objektivoitunut hiivittäessä yön alkaen toisen henkilön asuntoon, mutta että murhayritys ei tällaisesta toimesta vielä käy ilmi.

¹⁸² m. t., s. 21. — Kohlerin katsomuksia kannattaa Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, s. 171 s., s. 180.

¹⁸³ Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, Strafrechtl. Abh. 14, 1898, s. 33.

mukaan, millainen tekijän aivoissa kypsynyt rikossuunnitelma on. Suunnitelman vaarallisuus siinä mielessä, että kysymys olisi tekijän suunnitteleman toiminnan oikeusjärjestystä yleensä vaarantavasta luonteesta, ei Kleen mukaan kuitenkaan riitä yrityksen rangaistavuutta perustamaan. Hän lausuu, että »vaarallisuuden käsite ei ole ajateltavissa muuten kuin yhteydessä uhatun, s.o. vaaranalaiseksi saatetun objektin kanssa».¹⁸⁴ Jotta siis rangaistava yritys olisi olemassa, vaaditaan, »dass ein konkretes Rechtsgut durch den tauglichen Plan auch wirklich gefährdet sei».¹⁸⁵ Tekijän suunnitelma on kelvollinen ja tahto senvuoksi vaarallinen, kun hänen ajattelemansa seikat hänen mieltämiensä, todellisuutta vastaavien olosuhteiden vallitessa yleisen kokemustiedon mukaisesti pystyvät aiheuttamaan tavoitellun seurauksen.¹⁸⁶

Eräät tutkijat ovat selittäneet yrityksen aiheuttavan vaaraa silloin, kun se herättää vaikutelman (»Eindruck») sen vaarallisuudesta, t.s. herättää rauhattomuutta tekijän ympäristössä. Täten Horn jakaessaan yritykset kelvollisiin ja kelvottomiin katsoo edellisiin vaadittavan konkreettista vaarallisuutta. Mutta kun mitään objektiivista konkreettista vaaraa hänen nähdäkseen ei välttämättömän syy-yhteyden hallitsemassa maailmassa voi olla, kysymykseen saattaa tulla vain subjektiivisesti ymmärrettävä vaarallisuus, s.o. vaikutelma toiminnan vaarallisuudesta. Hornin mukaan ei ole olemassa muuta mahdollisuutta kuin perustaa yrityksen rangaistavuus siihen välittömään vaikutelmaan, jonka teko epäonnistuessaankin jättää jälkeensä, nimittäin siihen rauhattomuuden vaikutelmaan, joka johtuu kuvitelmasta,

¹⁸⁴ m. t., s. 33.

¹⁸⁵ m. t., s. 37.

¹⁸⁶ Suunnitelma on kelvollinen esim., kun myrkynekoittaja viime hetkessä erehtyen myrkyt sijasta antaaakin samannäköistä vaaratonta ainetta. — Kleen ei ole pysynyt omaksumalleen lähtökohdalle uskollisena. Yrityksen olematon objektia vastaan hän katsoo rankaisemattomaksi toiminnaksi, koska aina on vaadittava, että vaarannetaan jotain konkreettista oikeushyvä. Taskuvarkauksessa hän ei katso olevan kysymys objektin puuttumisesta, sillä hänen mukaansa rikosoikeus ei suojaa varasta vastaan esineitä sinänsä, vaan yksilön omistussiipi on tällöin loukatavissa ja vaarannettavissa oleva oikeushyvä. Sitävastoin ihmisen elinpiiri kyseen ollessa henkeä tai ruumiillista koskemattomuutta loukkaavasta tai vaarantavasta teosta on hyvin ahdas eikä puunrunkoa kohti ampuminen sitä loukkaa tai vaaranna. Yritys paikalla olevaa, mutta kelvotonta objektia vastaan on Kleen mukaan myös rankaisematon, koska tällöin on aina kysymys loppuunsaatetusta tekemisestä, jonka yhteydessä ei enää voida puhua yrityksestä. Ks. m. t., s. 37 ss. ja s. 26 ss.

että teko olisi voinut onnistua. Yrityksen rankaisemiseen riittää, että teko täten loukkaa oikeusvarmuuden tunnetta ja häiritsee oikeusrauhaa.¹⁸⁷

Bar on tämän vuosisadan puolella julkaisemassaan laajassa rikos-oikeuden yleisiä oppeja käsittelevässä teoksessaan luopunut nuoruusvuosiensa yrityskäsityksestä ja *Horniin* liittyen korostanut toiminnan jälkeinpäin aiheuttaman vaikutelman ratkaisevaa merkitystä yrityksen rangaistavuutta arvosteltaessa.¹⁸⁸ *Barin* mielestä toiminnan vaarallisuus ei voi olla edellytyksenä yrityksen rankaisemiselle, koska subjektiivisesti katsoen kaikki yritystoimet ovat vaarallisia, objektiivisesti taas ei ainoakaan. Teko, joka jää yritykseen, ei ole koskaan vaarallinen. Yrityksen rangaistavuus perustuu päinvastoin rikolliseen tahtoon sitä hallitsevine mielikuvineen. Ellei toiminnassa asianmukaisesti ilmitullut tahto riittäisi, raukeaisi koko yritysoppi tyhjiin.¹⁸⁹ Kuitenkin on huomattava, että yritykseen kuuluvalla, ulkomaailmassa ilmenevällä teolla on määrätty itsenäisenkin merkityksensä sen ihmisympäristössä herättämän vaikutelman johdosta. Tämä vaikutelma on oleva yrityksen rangaistavuutta rajoittava kriteerio. Kun täten siis kaikki rikolliseen tahtoon perustuvat yritykset eivät ole rangaistavia, on tehtävä jako kelvollisten ja kelvottomien yritystoimien välillä. *Barin* mukaan jakoperuste on saatavissa tarkasteltaessa jälkeinpäin todettavaa tosiseikastoa yleisen kokemustiedon valossa. Kelvollinen yritys on olemassa, jos toimintaan liittyneiden seikkojen voidaan sanoa olevan vaivattomasti siten muutettavissa, että seuraus olisi niiden vallitessa syntynyt; kelvoton yritys taas, milloin tämä muuttaminen näyttää mahdottomalta tai ainakin niin kaukaiselta, että sen lukuunottamisen täytyy näyttää hulluudelta.¹⁹⁰ Vaikutelma voi ilmetä riittävän voimakkaana, oli kysymys sitten kelvottomin keinoin tai kelvotonta objektia vastaan tehdystä yrityksestä. *Bar* myöntää kyllä yksityistapausten olevan usein epäselviä ja vaikeasti ratkaistavia. Milloin tekijä on hyvissä ajoin etukäteen laatinut kelvollisen rikossuunnitelman ja huolellisesti valmistellut sen toteuttamista, mutta toimiikin virheellisesti ratkaisevalla hetkellä, yrityksestä

¹⁸⁷ *Horn*, Der Versuch. Begründung einer objektiven Versuchstheorie im Hinblick auf empirische Psychologie und Psychopsychologie, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 20, 1900, s. 340 ss., s. 356.

¹⁸⁸ *Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht II, 1907, s. 487 ss. *Barin* aikaisempaan kantaan nähden vrt. ed. s. 111 s., viite 48.

¹⁸⁹ m. t., s. 529.

¹⁹⁰ m. t., s. 532.

saatava vaikutelma on säännöllisesti olemassa. Näin on laita useimmiten toiminnan ollessa valmistelun asteellakin. Jotta sattuma ei vaikutelman syntymisessä näytelisi kovin suurta osaa, *Barin* mukaan ratkaisevana on se vaikutelma, jonka ymmärtäväinen arvostelija saa tapahtumasta. Jos arvostelu tapahtuu vasta pitkän ajan kuluttua yritysteosta, vaikutelma on luonnollisesti vähäisempi, kuin mikä olisi toiminnan hetkellä saatu. Samoin tapahtuman selvittämisaikavälillä on merkitystä vaikutelman syntymisessä.¹⁹¹

Edelläesitettyjä katsomuksia vastaan voidaan tehdä vakavia huomautuksia. Käsitys yrityksen olemuksesta oikeusjärjestyksen vaarantamisena, jota käsitystä aikanaan jo *Bauer* on edustanut,¹⁹² on voimassaolevan lain kannalta torjuttava. *Kohleriin* nähden on erikoisesti tähdennettävä rangaistavan teon loukkaavan oikeusjärjestyksestä, t.s. olevan sen vaatimusten vastainen eikä vain vaarantavan sitä. Yrityksenkin rangaistavuus perustuu sen oikeussäännösten vastaisuuteen, ei sitävastoin mihinkään tunneseikkoihin, levottomuuteen, sen herättämään vaikutelmaan t.m.s. Vasta määrättyyn rikostunnusmerkistöön nähden, ei koko oikeusjärjestyksen suhteen, voi ylipäänsä nousta kysymys siitä, mitä rikosoikeudessa yritys on. Oikeusjärjestyksen vaarantaminen, joka voi ilmetä mitä moninaisimmalla tavalla, on myös sellaisenaan aivan liian epämääräinen käsite, jotta rangaistus voitaisiin siihen perustaa.¹⁹³ *Klee* onkin luopunut oikeusjärjestyksen vaarantamisen ajatuksesta ja vaatii sen sijasta vaaran arvostelemista vain määrätyn oikeushyvän kannalta. Täten *Kleen* teoria itse asiassa on menettänyt erikoispiirteensä lähentyen vaarateoriaa sikäli kuin konkreettisen vaaran esiintymisestä todella pidetään kiinni. *Hornin* ja *Barin* vaikutelmateorian suhteen on edellä sanotun lisäksi nimenomaan korostettava teon aikaansaaman vaikutelman sopimattomuutta yrityksen rangaistavuuden kriteerioksi sen erittäin suuren vaihtelevaisuuden vuoksi. *Barin* esityksissä jää epäselväksi, onko yleistävästi katsoen mahdollinen vai teon johdosta todella esiintynyt vaikutelma oleva ratkaiseva. Sattuma näyttelee suurta osaa vaikutelmateoriaan pitäydyttäessä eikä tätä huomautusta voida *Barin* tapaan torjua väit-

¹⁹¹ m. t., s. 533 s.

¹⁹² *Bauer*, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl., 1833, s. 108.

¹⁹³ Ks. *Binding*, Normen III, s. 452 s., viite 23; *Oetker*, Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 17, 1897, s. 61; *Bar*, Gesetz und Schuld II, s. 493; *Frank*, Vergl. Darst. A V, s. 250; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 404 s., erik. viite 5.

tämällä kriteerioiden epävarmuuden olevan yleinen piirre rikosoikeudessa. Selittämättä on myös jäänyt, mikä olisi riittäväksi katsottavan vaikutelman määrä. Teon aikaansaamasta vaikutelmasta kiinnipitämisen on kaiken kaikkiaan todettava erittäin suuressa määrässä avaa-
van ovet mielivallalle yrityksen rankaisemisessa.^{194 195}

¹⁹⁴ Ks. *Frank*, Vergl. Darst. A V, s. 250 s.; *Kriegsmann*, Die Schuld nach dem Strafgesetze, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 30, 1910, s. 543 ss.; *Binding*, Der umgekehrte Irrtum, s. 249, viite 2; *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 167, viite 43.

¹⁹⁵ *Frank*, Vergl. Darst. A V, s. 264 ss., puoltaa de lege ferenda oikeusrauhan häiritsemisen huomioonottamista yhtenä huomattavana näkökohtana yritystä kriminalisoitaessa. Hän vieläpä lausuu tässä yhteydessä yrityksen rankaisemiseen kohdistuvan valtiovallan intressin varsinaisesti määräytyvän sen mukaan, missä määrin yritys vaarantaa oikeusrauhaa. Hän esittää kysymyksen, mitä valtion intressiä absoluuttisesti kelvottoman yrityksen tekeminen loukkaa, kun luonnollinen oikeustajunta useimmissa tapauksissa vaatii sen rankaisemista. Etsittäessä siihen vastausta *Frank* katsoo todellisuudessa voivan olla kysymys vain siitä, vaatiiko valtion intressi, ettei kielletyn teon tekemiseen suuntautuva tahto ilmene toiminnassa ja onko tämä intressi olemassa silloinkin, kun toiminta laatusa vuoksi ei ole omiaan aiheuttamaan seurausta. Tällaisen intressin olemassaolo ei *Frankin* mukaan ole kiellettävissä, vaikka ei lähdetäkään siitä käsityksestä, että rikos on pelkästään totelemattomuutta. Kun tekijä tajuaa aikomansa täytetyn teon oikeudenvastaisuuden, hänellä on käsitys myös toimintansa yleisestä kiellettyisyydestä, vaikka sitten osoit-tautuukin, että rikoksen täyttäminen oli mahdotonta. Tämä seikka oikeuttaa rangaistuksen käyttämisen kelvottoman yrityksen tapauksissa.

Samaa kysymystä *Frank* on kosketellut myöhemmin huomiota herättäneessä kirjoituksessaan rikosten aiheuttamista intellektuaalisista vahinkoseurauksista. Ks. Vom intellektuellen Verbrechenschaden, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 133, Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, 1931, s. 47 ss. — Intellektuaalisella l. aatteelli-sella rikosvahingolla *Frank* tarkoittaa tässä ennen muuta niitä aatteellisia vahinko-seurauksia, jotka rikoksen johdosta kohtaavat välittömästi yhteiskuntaa, lähinnä oikeuden arvovallan heikentymistä. Viimeksimainittu ilmenee monella tavalla: viehtymyksessä samanlaisten tekojen lisääntyvään tekemiseen, turvallisuuden tun-teen vähenemisessä j.n.e. Vaikka on myönnettävä, että eräitä aatteellisia rikos-vahinkoja ei voida sovittaa ainakaan rangaistuksella, näin on esim. moraaliseen tur-meltumiseen nähden laita, eikä mikään välitön parannustoimenpide ole useinkaan mahdollinen, niin *Frankin* mielestä on kuitenkin varmaa, että sovitusrangaistus vahvistaa rikoksen kautta järkytettyä oikeuden arvovaltaa ja tuo turvallisuuden tun-netta niiden keskuuteen, joiden oikeusrauha oli rikoksen johdosta häiriytynyt. Hän vastustaa erityisestämisen periaatteelle rakentuvia reaktiomuotoja erityisesti sen-vuoksi, ettei niissä oteta huomioon aatteellisia rikosvahinkoja. Nimenomaan syylli-syyssopissa *Frankin* mielestä voidaan kiinnittää katse niihin seikkoihin, kasvuympä-ristöön, teon motiiviin ym., joista aatteellisten rikosvahinkojen esiintyminen olennai-sesti riippuu. Mutta myös yleisemminkin rikosoikeuden dogmatiikassa aatteellisen rikosvahingon käsite voi olla hyödyksi. Miksi esim. yritys rangaistaan Saksassa

G. Tunnusmerkistön puutteellisuus-teoria.

Pyrittäessä löytämään objektiivisia kriteerioita, joiden avulla oikeusjärjestyksen kannalta yhdenentekevät, täysin kelvottomat yritystoisimet saataisiin erotetuiksi rangaistuksen ansaitsevista, kelvollisista yritysteoista, on kehitetty myös eräitä katsomuksia, joista käytetään »tunnusmerkistön puutteellisuus»- (*Mangel am Tatbestand*)-teorian yhteisnimeä. Näille katsomuksille on ominaista, että ne hylkäävät vaarateorian epämääräisenä ja harkinnanvaraisena sekä myös yrityksen liian laajaan rangaistavuuteen johtavana. Ne otaksuvat olevan mahdollista loogillisilla perusteilla erottaa yritys yrityksenkaltaisista, rankaisemattomista tekijäntoimista ja saavuttaa täten myös oikeustajuntaa tyydyttävä tulos.

Tunnusmerkistön puutteellisuus-teorian kannattajat eivät tyydy sinänsä varsin vähän sanovaan selitykseen, että yrityksestä puuttuu jotain täytetyn rikoksen tunnusmerkistöstä. He jaoittelevat täytetyn rikoksen tunnusmerkit sellaisiin, joiden olemassaolo on välttämätöntä, jotta yrityksestä voisi olla kysymys, ja sellaisiin, jotka voivat puuttua teon silti pysyessä rikoksena. Täten yritykselle katsotaan olevan ominaista rikoksen kaikkien muiden tunnusmerkkien paitsi ulkonaisen seurauksen liittyminen toimintaan, jota vastoin silloin kun joku muu tunnusmerkki puuttuu, kyseessä on yrityksestä käsitteellisesti erotettava »tunnusmerkistön puutteellisuus» (*Mangel am Tatbestand*)-tapaus. Subjektiivisesti yritys ja viimeksimainittu, yrityksen-

hyvin useissa tapauksissa? *Frank* kysyy, eikä vastaus kuuluisi yksinkertaisimmin seuraavasti: rangaistavuus perustuu siihen, että pelkästä yrityksestäkin saattaa johtua aatteellista vahinkoa? Ja mikä on vanhentumisinstituutin varsinainen selityspenuste?

Myöskin *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 167 s. ja *Kriminalpolitischer Schulenstreit und Versuchsbestrafung*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 52, 1932, s. 160, katsoo määrätyissä olosuhteissa välttämättömäksi perustaa yrityksen rangaistavuus oikeuden arvovallan vahingoittumiseen rikosteon johdosta. Ellei pidetä kiinni yritystoiminnan objektiivisesta vaarallisuudesta, mitä hän omasta puolestaan pitää de lege lata et de lege ferenda suotavana, hän näkee väistämättömäksi käsittää teon objektiivinen merkitys oikeuden arvovallan vahingoittumisena. Pidettäessä silmällä rangaistuksen yleisestävää tarkoitusta lainsäätäjä voi *Gemmingenin* mielestä kriminalisoida yrityksen vain sikäli kuin yhteisön kannalta yritys esiintyy jonkinlaisena pahana ja niinmuodoin rikoksena. Näin on säännöllisesti laita, kun yritysteko todetaan objektiivisesti vaaralliseksi. Mutta jos vaaran vaatimuksesta luovutaan, on tarpeen todeta muita seurausilmiöitä, jotka yhteisön kannalta aiheuttavat yritysteon negatiivisen arvostelun. Näitä ilmiöitä saattavat olla teon aikaansaama vaikutelma ympäristössä y.m. aatteellisiin rikosvahinkoihin luettavat seikat.

kaltainen ilmiö ovat täysin samanlaisia ja jaoittelu suoritetaan siis pelkästään objektiivisten seikkojen perusteella. Teorian tarkoituksena on rajoittaa yritys yrityksenkaltaisista, rikosoikeutta kiinnostamattomista ilmiöistä, joita subjektiivisesti katsoen voitaisiin pitää yrityksinä. Yritys ja tunnusmerkistön puutteellisuus selitetään toisin sanoen toistensa käsitteellisiksi vastakohdiksi.¹⁹⁶

Edellä hahmoitetulla opilla ei ole mitään yhteyttä vanhemman, samalla nimityksellä esiintyneen katsomuksen kanssa. Tunnusmerkistön puutteellisuus oli sen mukaan yleinen rangaistuksen vähentämisperuste. *Feuerbach*, joka näki rangaistuksen vähentämisperusteen vieläpä todetussa epäselvyydessä tunnusmerkistön täyttymisen suhteen, perusteli katsomustaan tunnusmerkistön puutteellisuudesta rangaistuksen vähentämisperusteena siten, että jokainen rikoksen edellytys erikseen vastaa määrättyä osaa rikoksen kautta aiheutetusta pahasta.¹⁹⁷ Vaikka tämä perustelu pian, varsinkin *Mittermaierin* vaikutuksesta, todettiin paikkansapitämättömäksi, ja *Feuerbach*kin sen myöhemmin hylkäsi, käsitys tunnusmerkistön puutteellisuudesta rangaistuksen vähentämisperusteena säilyi varsin kauan. Kuitenkin jo *Zachariae* asetti tunnusmerkistön puutteellisuuden yhteyteen yritysoopin kanssa, vaikka hän ei vielä katsonutkaan sitä lähinnä vain yritysooppiin kuuluvaksi käsitteeksi.¹⁹⁸

Bindingille kuuluu ansio nykyaikaisen tunnusmerkistön puutteellisuus-opin perustamisesta. Hän selittää olevan kysymyksessä »erheellisesti rikolliseksi otaksutun teon» (»die irrtümlich deliktische Handlung»), kun tekijä otaksuu tekonsa olevan jotain normia vastaavan, mutta teosta puuttuukin jokin rikoksen tunnusmerkeistä, jonka tekijä on luullut teossaan toteutuvan. *Bindingin* mukaan tällaisia erehdyksiä voi esiintyä yhtä monenlaisia kuin rikoksessa on tunnusmerkkejä — ei siis vain erehdyksiä keinon tai objektin kelpoisuudesta —, ja niillä on aina oleva sama vaikutus ja niitä on rikosoikeudellisesti aina käsiteltävä samalla tavalla. Ja *Binding* jatkaa: »Dass der Irrtum, eine erlaubte Handlung sei verboten, diese

¹⁹⁶ Ks. etenkin *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 397 ja 431; *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 106.

¹⁹⁷ *Feuerbach*, Lehrbuch, s. 90 s. Vrt. myös *Frank*, Vergl. Darst. A V, s. 255, väite 1; *Binding*, Der umgekehrte Irrtum, s. 260 s.; *Schüler*, m. t., s. 41 s.

¹⁹⁸ *Zachariae*, Die Lehre vom Versuche I, s. 21: »Denn wenn auch jeder Versuch einen Mangel am Thatbestande des Verbrechens involvirt, so ist doch offenbar nicht jeder Mangel am Thatbestande Versuch». Ks. myös *Binding*, Der umgekehrte Irrtum, s. 262 s.

nicht in eine verbotene zu verwandeln, der Irrtum, ein fehlendes Deliktsmerkmal sei vorhanden, dieses nicht zu schaffen vermag, kann kein denkender Mensch bestreiten.» Subjektiivisen yritysteorian edustama käsitys, että myös »erheellisesti rikolliseksi otaksuttu teko» olisi rangaistava, ja rangaistava tekijän mieltämän rikoksen yrityksenä, perustuu *Bindingin* mukaan karkeaan erehdykseen.¹⁹⁹

Tunnusmerkistön puutteellisuus-teoriaan syvennyttäessä siinä voidaan erottaa kolme erilaista katsomustapaa. Vaikka useimmilla kysymykseen tulevilla tutkijoilla ei esiinnykään mitään selvää kantaa näihin eri linjoihin nähden, on kuitenkin mielestämme periaatteellisesti tärkeää pitää ne mikäli mahdollista toisistaan erillään.²⁰⁰

Katsantotavoista ensimmäinen ottaa lähtökohdakseen sen selvältä tuntuvan toteamuksen, että täytetty tekeminen ei voi koskaan olla yritystä. Tämän katsomustavan, jota nimitetään »luonnolliseksi», alkaja on *Havenstein*, jota *Bindingin* ohella usein mainitaan tunnusmerkistön puutteellisuus-teorian perustajana.²⁰¹ Koettaessaan löytää uuden ratkaisumahdollisuuden yrityksen rangaistavuuden periaatteellista rajoittamista koskevassa vaikeassa kysymyksessä hän esittää mielipiteen, että rikoksen yritys on rajoitettava teon yrityksen piiriin. Hän lausuu: »Eine vollendete Handlung kann niemals Versuch eines Delikts, in specie eines Verbrechens oder Vergebens sein.» Kysymys siitä, onko rikos tullut täytetyksi tai jäänyt yritykseen, on täten ratkaistava sen mukaan, onko tekijän tarkoitus, joka *Havensteinin* mukaan aina kohdistuu jonkin teon, mutta ei jonkin rikoksen tekemiseen, tullut saavutetuksi vai jäänyt saavuttamatta. Yritys kelvotonta objektia vastaan ei hänen nähdäkseen ole mikään yritys, vaan teko, jossa tekijän tarkoitus on toteutunut. Kaikissa tämänkaltaisissa tapauksissa teko on, sellaisena kuin se tahdottiin, joka suhteessa viety loppuun eikä yrityksestä näinollen voida puhua. Kun täytetyn teon rankaiseminen täytettynä rikoksena ei tunnusmerkistö-tekijäin puuttumisen vuoksi tule kysymykseen, eikä yrityskään edellä sanotun mukaisesti ole mahdollinen, on tällaiset tapaukset jätettävä rankaisematta. Ja vaikka yritys kelvotonta objektia vastaan olisi

¹⁹⁹ *Binding*, Handbuch, s. 692 ss.

²⁰⁰ Eri katsomustapojen erottamisesta ks. *Natorp*, Der Mangel am Tatbestand, Strafrechtl. Abh. 204, 1921, s. 3 ss.; *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 107 ss.; *Mezger*, Strafrecht, s. 394, viite 12.

²⁰¹ Ks. *Frank*, Vergl. Darst. A V, s. 253; *Schüler*, m.t., s. 48.

jäänyt teon yrittämisen asteelle, mikä tietenkin on mahdollista, niin tällainen yritys on rankaisematon, koska loppuunsaatettu tekeminenkin on rankaisematta jäävä. Esimerkkinä yrityksestä kelvotonta objektia vastaan *Havenstein* mainitsee kellon ottamisen anastamistarkoituksessa, kun kello osoittautuukin omaksi. Yritystä olematonta objektia vastaan on sitävästoin arvosteltava toisin. Kun surmaamistarkoituksessa ammutaan kuollutta tai puunrunkoon, niin teko jää yritykseen, koska tahto on kohdistunut ihmisen surmaamiseen eikä se toteudu elottoman esineen ollessa toiminnan objektina. Tällainen yritys on kuitenkin jätettävä rankaisematta, koska se ei ole »Ausfluss eines verbrecherischen Willens». Yritys kelvottomin keinoin on *Havensteinin* mukaan aina rangaistava, koska tällöin on kysymys teon yrityksestä ja teko loppuunsaatettuna muodostaisi täytetyn rikoksen.²⁰²

Toiselle katsomustavalle on tunnusomaista käsitys, että määrätty kielletty seuraus voi aina syntyä vain määrätynlaisesta tilanteesta. Tämä ajatussuunta, jota nimitetään »aineelliseksi», pohjautuu jo *Zachariaen* esityksiin. Etsiessään vastausta kysymykseen, millä tavalla yritys eroaa muista tunnusmerkistön puutteellisuuden tapauksista eli siis miten yritys on määriteltävä, jottei se sulkisi piiriinsä kaikkia puutteellisuuden tapauksia, hän päätyy seuraavaan kannanmäärittelyyn: »puutteellisuus tunnusmerkistössä ei ole yritys, kun puutteellisuus ei koske rikollisen toiminnan edistymistä, tai loppuunsaattamista tai rikokseen vaadittavan vaikutuksen syntymistä, vaan rikoksen muita ominaisuuksia.»²⁰³ Samassa yhteydessä hän selittää yrityksen olevan kyseessä, kun rikollinen päätös on täysin käynyt ilmi ja tämän päätöksen toteuttamiseksi on ryhdytty tekoihin, ilman että on eroa, onko tunnusmerkistön edellyttämä vaikutus jäänyt syn-

²⁰² *Havenstein*, Zur Lehre vom untauglichen Versuch, Archiv für preuss. Strafrecht 36, 1888, s. 33 ss. ja Zu Prof. Zucker's Aufsatz: »Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch», Archiv für preuss. Strafrecht 37, 1890, s. 130 ss. — *Zucker*, Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch, Archiv für preuss. Strafrecht 36, s. 370 ss. ja Ein Schlusswort zur Lehre vom untauglichen Versuch, Archiv für preuss. Strafrecht 37, s. 274 ss., on vastustanut *Havensteinin* katsomusta, ettei loppuunsaatettu tekeminen voisi olla rikoksen yritystä. *Zuckerin* mukaan jo »päätetyn yrityksen» olemassaolo selvästi osoittaa, että tekijän toiminnan loppuunsaattamisesta huolimatta rikoksen yritys voi olla kysymyksessä.

²⁰³ *Zachariae*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen I, 1836, s. 22 s. Huomattakoon, että *Zachariae* käyttää Mangel am Tatbestand-käsitettä vielä yksinomaan yleisessä, minkälaisista tunnusmerkistön puutteellisuutta tahansa merkitsevässä mielessä. Ks. tästä myös *Schüler*, m. t., s. 46.

tymättä, koska tekijä ei ole vielä tehnyt kaikkea, mitä sen syntymiseen vaaditaan, tai loppuun saatetusta toiminnasta ei muusta syystä ole aiheutunut sitä vaikutusta, mikä sillä kuitenkin olisi kyseessäolevassa tapauksessa voinut olla.²⁰⁴ Näistä esityksistä käy selville *Zachariaen* asettavan toistensa vastakohdiksi toisaalta ne rikokseen kuuluvat seikat, jotka ovat syy-yhteydessä tekijän toimintaan ja toisaalta ne seikat, joihin nähden näin ei ole laita. Jälkimmäisten todellinen olemassaolo on yrityksessä kuten täytetyssä rikoksessakin välttämätöntä, edellisten puuttuminen on yrityksen erikoispiirre.

K o l m a s katsomustapa kiinnittää erikoista huomiota rikostunnusmerkistöjen kulloisenkin laadun määräävään merkitykseen. Sen mukaan laissa käytetty ilmaisumuoto olennaisesti ratkaisee, mistä on vedettävä raja yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden välillä. Tätä »muodolliseksi» l. »kieliopilliseksi»²⁰⁵ nimitettyä ajatussuuntaa on ensimmäisenä esittänyt *Kroschel*. Hänen lähtökohtanaan on kysymys, mitkä rikoksen tunnusmerkit ovat yritykselle ja täytetylle rikokselle yhteisiä ja missä kohdissa näiden kummankin tunnusmerkistöt eroavat toisistaan. Hän toteaa yritykseenkin kuuluvan paitsi subjektiivisen myös objektiivisen tunnusmerkistön, joten täytetyn rikoksen tunnusmerkkien esiintyminen pelkästään tekijän mielikuvassa ei riitä, vaan osan niistä täytyy myös todellisuudessa liittyä yritykseen. Mikä tämä osa on? Vastauksen saamiseksi *Kroschel* viittaa *Bernerin* oppikirjan esityksiin rikoksesta tekona, johon liittyvät subjektin, objektin ja keinon käsitteet. Tähän määritelmään nojautuen *Kroschel* asettaa västakkain toisaalta teon, toisaalta subjektin, objektin ja keinon, katsoen jälkimmäisten, päinvastoin kuin teon, olevan yhteisiä yritykselle ja täytetylle rikokselle. Täytetyn rikoksen ja yrityksen keskinäinen eroavaisuus on täten pelkästään täytäntöönpanoteossa, sillä täytetyssä rikoksessa subjektin on onnistunut objektissa keinoa käyttäen aikaansaada määrätty seuraus, mutta yrityksessä seuraus on jäänyt saavuttamatta. Yritys on toisin sanoen olemassa vain, kun tunnusmerkistön puutteellisuus koskee täytäntöönpanotekoa, mutta ei sen koskiessa muita täytetyn rikoksen käsitetunnusmerkkejä.²⁰⁶ Täten siis

²⁰⁴ m. t., s. 24.

²⁰⁵ *Natorp*, m. t., s. 9, käyttää nimityksiä »aineellinen» ja »muodollinen». Ks. tästä myös *Mezger*, *Strafrecht*, s. 394, viite 12. *Gemmingenillä* esiintyvät samassa merkityksessä nimitykset »aineellinen» ja »kieliopillinen».

²⁰⁶ *Kroschel*, *Versuch und Mangel am Thatbestand*, *Gerichtssaal* 41, 1889, s. 273 ss., erik. s. 286 s. ja *Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Object*, *Gerichtssaal* 43, 1890, s. 216 ss.

toimivan subjektin (virkamies, raskaana oleva nainen y.m.) ja teon objektin (murhayrityksessä elossaoleva ihminen, varkaudessa vieras esine j.n.e.) tulee olla olemassa yrityksessä kuten täytetyssä rikoksesakin. Samoin on laita keinon suhteen, jos laissa vaaditaan määrätyn keinon käyttämistä (myrkyttämisessä edellytetään todellisen myrkyryn käyttöä y.m.) sekä muuhunkin laissa mainittuun seikkaan nähden. Yritykseen vaadittavan puutteellisen täytäntöönpanoteon Kroschel katsoo havainnollistuvan ajateltaessa kustakin rikoksesta laissa olevaan määritelmään lisätyksi sana »yrittää» (esim. »yrittää» ottaa toiselta hengen). Hän ei usko mainittavia vaikeuksia johtuvan siitä, että laissa edellytetyn keinon käyttäminen ja teko eivät ole useinkaan toisistaan erotettavissa. Milloin laissa ei edellytetä minkään määrätynlaisen keinon käyttämistä, täytäntöönpanoteon aloittaminen on Kroschel in mukaan kyseessä, vaikka keino olisi kelvotonkin. Hänen mielestään riittää tällöin, kun tekijä pitää toimintatapaansa kelvollisena. Täten surmaamistekoon ei vaadita tointa, josta yleisesti katsoen voidaan odottaa toisen kuoleman seuraavan, ja näin sekin, joka pitää magneesiumia myrkkynä yrittää sen avulla surmata toisen, syyllistyy murhayritykseen. Toiminnan vaarallisuutta ei ole yritykseen edellytettävä.²⁰⁷ Sääntöä toiminnan objektin välttämättömyydestä yrityksessä Kroschel ei kuitenkaan katso voitavan jäykästi noudattaa. Sellaisissa tapauksissa, joissa objekti on olemassa, mutta toiminta ei sitä tavoita (esim. murrettu kassakaappi onkin tyhjä; taskussa, josta yritetään varastaa, ei ole mitään), hänen mielestään on kysymyksessä yritys kelvottomin keinoin, mutta ei yritys kelvotonta objektia vastaan. Yleensäkin yritys pelkästään relatiivisesti kelvotonta objektia vastaan olisi Kroschel in mukaan käsiteltävä yrityksenä kelvottomin keinoin. Oikeinta ja yksinkertaisinta olisi kuitenkin hänen nähdäkseen pyrkiä pelkkään yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden toisistaan erottamiseen, kumpikin ymmärrettynä hänen puoltamallaan tavalla.²⁰⁸

Beling, nykyaikaisen tunnusmerkistöopin luoja, on huomattavasti kehittänyt myös tunnusmerkistön puutteellisuus-teoriaa. Luonnollista on, että hän muodollisen tunnusmerkistön käsitteensä pohjalta liittyy lähinnä viimeksimainittuun edelläselostamistamme eri katsomustavoista. Kuitenkin hänen esityksissään on havaittavissa myös aineelliseen katsomustapaan liittyviä piirteitä.

²⁰⁷ Gerichtssaal 41, s. 288 s.

²⁰⁸ Gerichtssaal 41, s. 293 ss. ja Gerichtssaal 43, s. 216 ss.

Belingin mukaan yritys, johon objektiivisessa suhteessa riittää pelkkä »täytäntöönpanon aloittaminen», ei ole ahtaassa mielessä tunnusmerkistön mukaista toimintaa. Täysin tunnusmerkistön mukaiset teot ovat ominaisia vain itsenäisille rikostyypeille. Yritys on siis »tunnusmerkistön puutteellisuutta». Toisaalta se ei kuitenkaan käsitä kaikkia tunnusmerkistön puutteellisuuden tapauksia, sillä teko, jolla tunnusmerkistön toteuttaminen aloitetaan, ei ole samaistettavissa ei-tunnusmerkistön mukaisen teon kanssa sen koko laajuudessa. Tunnusmerkistön mukaisuutta vailla olevien tekojen loputtomasta joukosta *Beling* erottaa lähinnä kolme ryhmää, jotka kiinnostavat rikosoikeuden tutkijaa. Ensimmäinen niistä on teot, jotka eivät vielä ole tunnusmerkistön mukaisia, t.s. valmisteluteot. Toinen on teot, joilta puuttuu se (ajallinen, paikallinen, henkilöllinen, esineellinen) ympäristö, jota kysymykseentulevan tunnusmerkistön sisältö edellyttää, ja jotka siis tämän takia eivät ole tunnusmerkistön laatuvaatimuksia täyttäviä (»tatbestandsartig»). Kolmantena ryhmänä ovat teot, jotka vain sentakia eivät ole muodostuneet täysin tunnusmerkistön mukaisiksi, koska ne valmistelun asteen sivuutettuaan ja myös tunnusmerkistön laatuvaatimukset täyttävinä ovat kuitenkin jääneet vaille tunnusmerkistön täyttymisen edellyttämää toiminnan jatkamista tai tarvittavan liittännäistapahtuman sattumista, siis joiden tunnusmerkistöä vastaamattomuus perustuu tunnusmerkistöllisen loppuvaiheen puuttumiseen (*Mangel des tatbestandlichen Endstücks*).²⁰⁰ Toinen ryhmä tarkoittaa tunnusmerkistön puutteellisuus-tapauksia tämän sanonnan varsinaisessa mielessä, kolmas rikoksen yritystä.

Kolmannen ryhmän edelläselostettu luonnehdinta vastaa *Belingin* mukaan tarkoin »täytäntöönpanon aloittamisen» sanallista merkitystä. Todelliseen »täytäntöönpanon aloittamiseen» liittyy nimittäin ajatus täyttymisen poisjäännistä sen vuoksi, että joko toiminnan jatkaminen estyy tai että tapahtumainkulun kausaalinen edistyminen jää toteutumatta. Tätä ei sitävastoin voida todeta toisen ryhmän osalta, kun siihen kuuluvat tapaukset eivät ole tunnusmerkistön laadullisten vaatimusten mukaisia. Joka ottaa toiselta anastamistarkoituksessa esineen, joka osoittautuukin sitten hänen omakseen, ei aloita

²⁰⁰ *Beling*, Grundzüge, s. 56 s. Vrt. *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 328 s., jossa selitetään teon tyypillisyyden säilyvän, vaikka rikoksen loppuvaihe puuttuukin, t.s. tyypillisyyteen riittää tunnusmerkistön mukaisen toiminnan aloittaminen. — Huomautamme *Belingin* aikaisemmin samaistaneen tyypillisyyden ja tunnusmerkistön mukaisuuden käsitteet. Ks. ed. s. 34.

»eine fremde Sache wegnehmen». Tunnusmerkistön laadullisia vaatimuksia vastaamaton (ei senvuoksi yritys rikoslain mielessä) on myös n.s. »absoluuttisesti kelvoton yritys», t.s. teot, jotka laatunsa vuoksi eivät vallitsevissa olosuhteissa voi kehittyä tunnusmerkistön toteutumaksi (esim. raskaana olematon nainen ottaa sikiönlähdettämisainetta, sokea yrittää palavalla tulitikulla sytyttää rautaesineen tuleen).²¹⁰

Mainittavin tämän teorian edustajista on *Graf zu Dohna*, joka on julkaissut erikoistutkielman tunnusmerkistön puutteellisuutta koskevasta opista.²¹¹ Hän kannattaa lähinnä »aineellista» katsomustapaa, mutta eivät myöskään »muodollinen» enempää kuin »luonnollinenkaan» katsomustapa ole merkityksettömiä hänen kannanotoissaan.

Dohna selittää yrityksen erääksi tekijän erehdyksen lajiksi. Erehdys on hänen mukaansa olemassa aina, kun asiantila on teon jälkeen toisenlainen kuin millaiseksi tekijä sen ennen tekoaan mielsi. Poikkeama mielletyn ja tosiasiallisen asiointilan välillä voi olla kolmenlainen: 1. teon vaikutus (seuraus) voi olla toinen kuin tekijän odotama, 2. tekoon liittyvät seikat eivät vastaa tekijän otaksunsa asiointilaa, 3. teon suhde oikeusjärjestyksen normeihin voi olla muunlainen kuin millaiseksi tekijä on sen luullut. Tunnuksmerkistö jää puutteelliseksi sekä odotetun seurauksen jäädessä toteutumatta että myös liitännäisseikan puuttuessa. Antamatta tälle toteamukselle sanottavaa systemaattista arvoa *Dohna* ryhtyy kuitenkin jaoitteluihin katsoen ensimmäisessä tapauksessa olevan kysymyksen yrityksestä ja vasta toisessa tunnusmerkistön puutteellisuudesta tämän sanonnan varsinaisessa, yrityksestä erotettavassa mielessä. *Dohnan* mukaan ongelma on siinä, onko yrityksen rangaistavuus rajoitettava vain ensimmäiseen tapausryhmään vai onko se ulotettava käsittämään myös toinen ryhmä.²¹²

²¹⁰ *Beling*, Grundzüge, s. 58. Lehre vom Verbrechen teoksessaan *Beling* on selittänyt »absoluuttisesti kelvottoman yrityksen» olevan »atyyppista» ja senvuoksi rikosoikeuden ulkopuolelle jääpää toimintaa. Samassa teoksessa (s. 228) on »täytäntöönpanon aloittamiseen» katsottu minkä tahansa keinon käyttäminen riittäväksi, ellei tunnusmerkistössä vaadita jonkin määrätyn keinon käyttämistä, kuitenkin siten rajoitettuna, ettei ole lupa otaksua lain sisältävän sellaista järjettömyyttä, että myöskin sellaisen keinon käyttäminen, joka on täysin kelpaamaton seurausta aiheuttamaan, olisi »seurauksen aiheuttamista».

²¹¹ *Dohna*, Der Mangel am Tatbestand, Festgabe für Karl Güterbock, 1910, s. 35 ss.

²¹² m. k., s. 38 ss.

Dohnan mielestä yrityssäännös on poikkeussäännöksenä sen ulottaessa rangaistavuuden yli säännönmukaisen tunnusmerkistön täydellisen toteuttamisen sen yrittämiseen tulkittava ahtaasti. Kun Saksan rikoslaissa yritykseen vaaditaan tahdon ilmenemistä sellaisissa toimissa, jotka ovat täytöntöönpanon aloittamista, *Dohna* näkee yrityksen olemuksen määrätynlaisessa tekemisessä. Ja koska tekeminen on tahdosta johtuvaa toimintaa, niin yrityksessä tahallisuus on ennen muuta juuri tahtomista, mikä merkitsee yritykselle ominaisen erehdyksen koskevan tahdon kohdetta, s.o. toiminnan seurausta. Ne liitännäisseikat, jotka tahallisen tekijän täytyy kylläkin mieltää tekoon liittyvinä ja jotka vasta antavat teolle rikosoikeudellisen relevanssin, eivät sitävastoin ole tahdottuja, ja sen vuoksi väärä mielikuva niiden olemassaolosta ei voi perustaa yritystä. Seurauksen tahtominen merkitsee myös halua vaikuttaa kausaalisesti sen syntymiseen. Näinollen yritykselle ominainen erehdys koskee toiminnan kausaalisuutta. Tälle syy-vaikutus-suhteelle ovat merkityksellisiä ne seikat, joita ei olisi, ellei tekijä ryhtyisi toimintaan.²¹³ Liitännäisseikoilla, joiden olemassaolo on riippumaton tekijän toiminnasta, ei tältä näkökannalta katsoen ole merkitystä.²¹⁴ *Dohnan* ahtaan tulkinnan mukaista on myös, että hän *Havensteiniin* viitaten selittää, ettei täytetty tekeminen voi olla yritystä. Käsitteellisesti yritys on täyttymätöntä tekemistä. Tarkastelunsa tuloksena *Dohna* katsoo, ettei yritystä koskeva rangaistusuhka ulotu tunnusmerkistön puutteellisuuden käsittäviin tapauksiin, jollainen on olemassa aina, kun sellainen tunnusmerkistön asettama vaatimus ei ole tullut täytetyksi, joka ei kuulu tekijän tekoon kausaalisessa suhteessa oleviin seikkoihin. Yritys taas on kysymyksessä, kun tunnusmerkistön toteuttamiseen kohdistuva tahallisuus on osoitettu toimissa, jotka eivät ole aikaansaaneet tunnusmerkistön mukaista seurausta.²¹⁵

²¹³ »Kausaalista vaikuttamista» ei ole esim. oikeuksien saaminen valtauksen johdosta tai avioliiton syntyminen vihkimisen kautta, sillä tällöin on kysymys laista johtuvista seuraamuksista. Ks. tästä m. k., s. 50 s.

²¹⁴ m. k., s. 46 s. Liitännäisseikkojen tehtävästä *Dohna* lausuu (s. 47 s.): »Freilich bilden sie Merkmale des Verbrechens. Die Handlung wird nur dadurch zu einer normwidrigen, dass diese begleitenden Umstände vorliegen. Der Wille wird nur dadurch zu einem schuldhaften, dass er um diese Umstände weiss. — — Aber sie bilden nicht Bestandteile der Handlung, nicht den Inhalt des Entschlusses, nicht den Gegenstand der Ausführung. Sie können deshalb auch nicht das Manko bilden, welches dem vollendeten Verbrechen anhaften muss, damit Versuch gegeben sei.»

²¹⁵ m. k., s. 49.

Edellä esitetty yrityksen määritelmä ei *Dohnalla* tarkoita rangaistavan yrityksen määrittelyä. Viimeksimainittuun pyrittäessä hän katsoo välttämättömäksi vaatia yritysteolta yleistä kelpoisuutta («generelle Geeignetheit») seurauksen aiheuttamiseen. Valtiovallan halutessa estää oikeushyvien loukkaamiset se kieltää määrättyjen toiminnan seurausten aikaansaamisen. Mutta nämä kiellot voivat vain siten vaikuttaa sielullisena pakkona, että ne pidättävät kansalaisia ryhtymästä sellaisiin ruumiinliikkeisiin, jotka voisivat muodostua seurauksien syiksi. Tavallisesti seurauksen syntyminen ratkaisee, onko ruumiinliikkeillä ollut tämä vaikutus. Mutta jos määrätty toimet on asetettu rangaistuksen alaisiksi silloinkin, kun seuraus jää syntymättä, nousee kysymys, onko tekijän kulloinenkin toiminta ollut sellaista, että primäärisesti seurauksen aiheuttamiseen pitäytyvän rangaistusuhkan on katsottava käsittävän senkin. Vastaus voi olla vain, että ainoastaan ne teot, jotka ovat kelvollisia aiheuttamaan kielletyn seurauksen, ovat rangaistavia. Mutta miten on abstrahoitava, jotta teko voitaisiin todeta yleisesti kelpoiseksi, vaikka seuraus on jäänytkin syntymättä? *Dohnan* mielestä on täysin mielivaltaista eliminoida ne seikat, jotka ovat estäneet seurauksen syntymisen ja jättää arvostelu riippuvaksi siitä, missä määrin ne ovat olleet sellaisia, ettei niitä ole voitu toiminnan hetkellä havaita. Lataamaton kivääri on täysin kelpaamaton ampumalla surmaamiseen. Mikä ero on eri tapausten välillä siinä, että asean panostamattomuus on ollut yleisesti tunnettavissa? *Dohnan* käsityksen mukaan yleistämistä ei ole lupa suorittaa objektiivisella pohjalla. Ainoa huomioon otettava lähtökohta voi olla vain, ettei tekijä ole tuntenut seikkaa, joka on estänyt seurauksen syntymisen.²¹⁶

Dohna katsoo oikeaksi *Lammaschin* lausuman, että normi kieltää oikeusalamaista tekemästä sitä, mikä hänestä näyttää kausaaliselta aiheuttamaan kielletyn seurauksen. Hän hyväksyy tältä osin subjektiivisen teorian peruskatsomuksen. Subjektiivisen teorian johdopäätös, että näinollen jokaisen yrityksen tulee olla myös rangaistava yritys, ulottaa kuitenkin yrityksen rangaistavuuden liian laajalle, niinkuin useimmat subjektivistitkin ovat myöntäneet. *Dohnan* mielestä sopiva rajoitus saadaan siten, että yritys jätetään rankaisematta kaikissa sellaisissa tapauksissa, joissa seurauksen syntyminen näyttää

²¹⁶ m. k., s. 54 ss. Samaan tapaan myös *Dohna*, Versuch, Reform des Strafrechts, 1926, s. 96 ja *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1936, s. 50.

silloinkin mahdottomalta, kun tekijän mielikuva seurauksen edellytyksistä on todellisuutta vastaava.²¹⁷ Tekijän erehdys ei tällöin koske seurauksen aiheuttamiseen tarvittavien edellytysten faktillista olemassaoloa, vaan niiden kykyä aikaansaada tarkoitettu vaikutus: »denn er irrt sich nicht über die Bedingungen des Kausalverlaufs, sondern über deren kausale Bedeutung: nicht sein ontologisches, sondern sein nomologisches Wissen ist fehlerhaft.»²¹⁸ Yleistettäessä on siis arvosteluperustaksi otettava tekijän toiminnan hetkinen mielikuva häntä ympäröivistä olosuhteista, s.o. hänen tosiasiatietonsa, mutta arvostelun mittapuuna on oleva yleinen kokemusperäinen tieto tapahtumisen laeista. Sen kysymyksen ratkaiseminen taas, onko mainitulta perustalta lähtien ja kerrottua mittapuuta käyttäen seurauksen syntymistä yleensä pidettävä mahdollisena, vaiko mahdottomana, on jätettävä tuomarin ratkaistavaksi, ja hänen on tällöin pitäydyttävä kansan silloisen kulttuuritason mukaiseen yleiseen arvostukseen. *Dohna* lopputulos on: »yritys jää rankaisematta, kun tekijä on voinut odottaa toimintansa aiheuttavan seurauksen vain siksi, että hänen nomolooginen tilannearviointinsa oli yleisesti tunnettavasti väärä».²¹⁹

Soveltaessaan edelläesitettyjä käsityksiään erilaisiin tapauksiin *Dohna* havaitsee eräitä vaikeuksia. Hän myöntää epätasaisuutta tapauksen ratkaisussa johtuvan tunnusmerkistöjen erilaisista rakennemuodoista. Tärkeämpää hänen nähdäkseen kuitenkin on, että yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden rajat pyrkivät eräissä tapauksissa sekaantumaan keskenään. Joka surmaamisen aikomuksessa ampuu kuollutta tai puunrunkoon, jää rankaisematta, koska surmaamisrikos edellyttää teon kohteeksi elävän ihmisen. Toisaalta usein katsotaan rangaistavan yrityksen olevan kysymyksessä seurauksen jäädessä syntymättä sen johdosta, että tekijä on erehtynyt toimintansa kohteen sijainnin suhteen (varkausyritys esim., kun varas on pistänyt kätensä toisen henkilön sattumalta tyhjänä olevaan taskuun). Ja jonkinlainen sijaintieroavaisuus esiintyy melkein kaikissa tapauksissa, joissa tulos on jäänyt saavuttamatta (uhri on kääntänyt päätään, tehnyt sivuhyppäyksen ym.). Kaikkea oikeutusta ei

²¹⁷ *Dohna* hyväksyy *Fingerin* (Lehrbuch, s. 303) seuraavan määritelmän rankaisemattomista yritystoimista: »Straflos sind Versuchshandlungen, die selbst im Sinne des Tatvorbildes des Täters ausgeführt, ungeeignet sind, den gewollten Erfolg herbeizuführen».

²¹⁸ m. k., s. 59.

²¹⁹ m. k., s. 61.

Dohnan mielestä voidakaan kieltää *Fingerin* väitteeltä, ettei ole olennaista eroa eri tapausten välillä, jos huoneeseen vuodetta kohden ammuttaessa uhri on: a) juuri noussut vuoteesta, b) viereisessä huoneessa, c) talon ulkopuolella, d) matkoilla, e) eilen kuollut.²²⁰ Viimeksimainittu tapaus ollaan yleensä valmiita selittämään rankaisematta jääväksi tunnusmerkistön puutteellisuudeksi, mutta tällaista jakoa noudattaen ei *Dohnan* mielestä päästä tyydyttävään tulokseen. Joka etsii Westfalenissa meripihkaa tarkoituksessa anastaa se itselleen, ei voi olla rangaistuksen alainen sen johdosta, että Itä-Preussissa vielä löytyy meripihkaa ja rankaisematta jääpä, jos sitä ei enää sielläkään ole. Ratkaisu on löydettävissä vain siten, että objektin puuttumista ei ole aina pidettävä tunnusmerkistön puutteellisuutena. *Dohnan* mielestä rangaistavuuden raja on vedettävä seuraavien tapausten välitse: toisaalla ampuminen vuoteessa olevaa eläväksi luultua, mutta itse asiassa kuollutta vastaan, toisaalla ampuminen tyhjään vuoteeseen, jossa uhrin, joka on aikaisemmin kuollut, on luultu elossa olevana makaavan. Edellisessä tapauksessa ei ole kyseessä murhayritys, mutta jälkimmäisessä kyllä. Kun kysymys ei-olemassaolosta voi esiintyä vain objektin suhteen, ratkaisu löydetään soveltamalla seuraavaa sääntöä: objektin puuttumista ei ole silloin käsiteltävä tunnusmerkistön puutteellisuutena, kun seuraus ei ole jäänyt sen takia syntymättä, ettei objekti ylipäänsä ollut olemassa; eli sama positiivisesti lausuttuna: tunnusmerkistön puutteellisuus on yritys, kun seurauksen syntymättä jääminen selittyy tyydyttävästi jo siten, ettei objekti ollut sillä paikalla, johon tekijän toiminta suuntautui.²²¹ *Dohnan* mukaan on ratkaisevana näkökohtana oleva rikollisen tahdon suunta sekä toiminnan suurempi tai pienempi määrättyneisyys. Jos tekijällä on edessään määrätty objekti, jota hän pitää kelvollisena toimintansa kohteena, mutta jolta todellisuudessa puuttuvat siihen vaadittavat ominaisuudet (esim. henkilö onkin kuollut), niin kyseessä on tunnusmerkistön puutteellisuus. Jos sitävastoin tekijä suuntaa toimintansa sellaiseen paikkaan, jossa hän olettaa kelvollisen objektin sijaitsevan minkäänlaisen tekijän ajatteleman objektin juuri siellä kuitenkin olematta, niin tapaus on aina katsottava yritykseksi. Näin on yritys olemassa varsinkin kaikissa sellaisissa tapauksissa, joissa tekijällä ei ole mitään määrättyä päämäärää tähtäimessään. »Steckt

²²⁰ Ks. *Finger*, Lehrbuch, s. 307, viite 391.

²²¹ m. k., s. 63 ss.

jemand ein Gebäude in Brand, in welchem er Menschen vermutet, greift jemand in eine Tasche, in welcher er Habseligkeiten vermutet, so hat offenbar die Frage nach der Existenz des Objekts gar keinen Sinn.»²²²

Tunnusmerkistön puutteellisuus-teorian toisena huomattavana edustajana *Dohnan* rinnalla on mainittava *Frank*.

Ennen *Dohnan* tunnusmerkistön puutteellisuutta käsittelevän tutkielman julkituloa *Frank* oli jo tunnustautunut tunnusmerkistön puutteellisuus-opin kannattajaksi, mutta tällöin hänen katsomuksensa liittyi vielä läheisesti vanhempiin teorioihin.²²³ Tässä vaiheessa *Frank* katsoo erottelun yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden välillä vastaavan jakoa kelvottomin keinoin tehdyn yrityksen ja kelvotonta objektia vastaan tehdyn yrityksen välillä. Kun objektin kelvottomuus näet esiintyy aina tunnusmerkistön puutteellisuutena, mitä ei voida sanoa pelkästä keinon kelvottomuudesta, on *Frankin* mielestä selvää, että edellisessä tapauksessa on kyseessä rankaisematta jäävä tunnusmerkistön puutteellisuus, jälkimmäisessä taas rangaistava yritys.²²⁴ Mutta *Frank* havaitsee samassa yhteydessä muunkin perusteen yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden toisistaan erottamiseen olevan olemassa.²²⁵ Hänen nähdäkseen sellainen peruste on siinä, että yrityksessä objektiivisessa suhteessa tapahtuu vähemmän kuin kyseen ollessa tunnusmerkistön puutteellisuudesta.

²²² m. k., s. 68.

²²³ *Frank*, Vollendung und Versuch, Vergl. Darst. A V, s. 252 ss.

²²⁴ *Frank* viittaa *Hagemannin* kirjoitukseen *Der Versuch bei Mangel des Objects*, Archiv für preuss. Strafrecht 32, 1884, s. 221 ss., jossa aikaisemmin on jo edustettu samaa katsomusta. — Tässä yhteydessä huomautamme, että mikäli tunnusmerkistön puutteellisuus samaistetaan pelkän objektin kelvottomuuden kanssa, silloin ei ole kysymys tunnusmerkistön puutteellisuus-teoriasta, vaan *Mittermaierin* y.m. koulukuntaan liittyvästä objektin kelvollisuuden ongelmasta. Vrt. myös *Schülerin* (m. t., s. 47) esitystä *Hagemannin* katsomuksista.

²²⁵ *Frank* (s. 253) vastustaa täydellä syyllä käsitystä, että tunnusmerkistön puutteellisuus olisi vain eräänlainen putatiivi- l. harharikos. Hän määrittelee harharikoksen teoksi, joka vain tekijänsä käsityksen mukaan on rangaistava, joten harharikoksessa on kysymys erehdyksestä oikeudellisella alueella. Tunnusmerkistön puutteellisuudelle sitävastoin on ominaista, että tekijä arvostelee tekonsa tosiasiallisessa suhteessa väärin. Samoin kuin *Frank* määrittelevät harharikoksen m.m. *Mezger*, Strafrecht, s. 381 ja *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 436. Toisin ennen muita *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 312, missä myöskin vaaraton yritys selitetään harharikokseksi.

Kun vierasta esinettä kohti ammuttu laukaus ei osu, ulkonaisessa maailmassa ei tapahdu niin paljon kuin luodin osuessa omaan esiineseen. Tunnuksmerkistön puutteellisuusopissa esiintyvän »luonnollisen» katsomustavan mukaisesti on yritystä tutkittaessa hänen mielestään lähdettävä yrityksen teon käsitteestä ja vasta, kun teko todetaan yrityksen asteelle jääneeksi, on käytävä tapahtuman oikeudelliseen arvostelemiseen ja harkittava, täyttääkö se myös rikoksen yrityksen käsitteelliset vaatimukset. Milloin taas teko tavoittaa tekijän mieltämän objektin, ei se ole jäänyt teon yritykseen, vaan tullut täytetyksi, olkoonpa niinkin, että tekijä on erehtynyt tämän objektin laadusta.²²⁶ Tätä katsomusta vastaavaksi Frank katsoo seuraavan yrityksen määritelmän: yritykseen on tarpeen kaikkien niiden toiseikkojen olemassaolo, jotka vaaditaan täytetyn rikoksen tunnuksmerkistössä, vain se seikka, joka lain mukaan tekee rikoksen täytetyksi, ei saa ilmaantua.²²⁷

Frank on myöhemmin tutustuttuaan Dohnan perusteellisiin tutkimuksiin saattanut yritystä ja tunnuksmerkistön puutteellisuutta koskevat katsomuksensa pääkohdissaan viimeksimainitun tutkijan käsitysten mukaisiksi.²²⁸ Hän lausuu edelleenkin rikoksen olevan lähinnä määrätynlaista tekemistä ja yritykselle olevan senvuoksi ominaista, että teko ei tule täytetyksi, t.s. että ulkonaisessa maailmassa ei tapahdu niin paljon kuin tunnuksmerkistö ja tekijän tahallisuus edellyttävät. Mutta lukuunottamatta tätä teon puutteelliseksi jääntiä yrityksen tulee toteuttaa rikoksen koko tunnuksmerkistö. Tunnuksmerkistön puutteellisuus, jollainen on kysymyksessä puutteen esiintyessä teon subjektissa (esim. vaadittu virkamiesominaisuus), mutta varsinkin, kun teon objektista puuttuu toiminnasta riippumaton, lain vaatima ominaisuus, ei ole yritys, koska siinä ulkomaailman tapahtumat sikäli vastaavat tekijän tahallisuutta ja seuraus on sikäli toteutu-

²²⁶ m. k., s. 253 ss. Se, joka ampuu puunrunkoon, jota hän on luullut ihmiseksi, ja osuu siihen, on saattanut tekonsa päätöksensä. — Ylläesitetty käsitys yrityksestä teon yrityksenä ei Frankin mukaan ole ristiriidassa kelvottomin keinoin tehdyn yrityksen rangaistavuuden kanssa, sillä yrityksessä kelvottomin keinoin ilmenevät kaikki yrityksen ominaisuudet, etenkin kausaliteetin puutteelliseksi jääminen tahallisuusmielteeseen verrattuna. Puutteelliseksi jäämisen syyhyn ei laki Frankin mielestä pane mitään arvoa. Toisin on laita yrityksessä kelvotonta objektia vastaan. Sen ollessa kyseessä ulkonainen syy-yhteys käy yksiin tahallisuusmielteen kanssa.

²²⁷ m. k., s. 255.

²²⁸ Ks. Strafgesetzbuch, 8—10. Aufl. s. 70 ss., 18. Aufl., s. 83 ss.

nut, että teko on tavoittanut sen kohteeksi mielletyn objektin.²²⁹ Jos sitävastoin täysin kelvollinen objekti on olemassa, mutta sijaitsee muualla kuin tekijän olettamalla paikalla (esim. ammutaan tyhjään vuoteeseen, jossa uhrin oletetaan makaavan, yritetään varastaa tyhjää taskusta), niin kysymys ei ole objektin, vaan keinon kelvottomuudesta, ja teko voi olla yrityksenä rangaistava.

Tunnusmerkistön puutteellisuus-tapausten tultua täten erotetuiksi yrityksestä, viimeksimainitun alueella on edelleen erotettava toisistaan kelvollinen ja kelvoton yritys. Tämä erottelu koskee lähinnä vain yrityksiä kelvottomin keinoin, sillä yrityksistä kelvotonta objektia vastaan tulevat tässä kysymykseen ainoastaan jo edellä kosketellut yritykset puuttuvaa objektia vastaan. *Frank*, joka katsoo varman ratkaisuoheen löytämisen ylipäänsä mahdottomaksi, hylkää vaarateorian siihen väärään käsitykseen perustuvana, että muka jokaiseen rikokseen kuuluisi konkreettisen, yksilöidyn oikeushyvän loukkaaminen.²³⁰ Oikea lähtökohta on *Frankin* mukaan saatavissa, kun tarkastetaan, mikä on kiellettyä. Ulkonaisesti katsoen laissa oleva kielto tarkoittaa estää määrätyn tunnusmerkistön toteuttamisen ja etenkin määrätyn seurauksen aiheuttamisen. Sisäisesti se kuitenkin käsittää kaikki ne toimet, jotka tekijä seurauksen ennakolta nähden sen aikaansaamiseksi suorittaa. Tällainen kiellon subjektiivinen tulkinta johtuu *Frankin* mielestä välttämättömyydellä siitä tosiasiasta, että ihmistä voidaan kieltää tekemästä vain sitä, mikä hänestä näyttää kausaaliselältä, mutta ei sitä, mikä on kausaalista.²³¹ Tähän jyrkästi subjektiiviseen kannanottoon on kuitenkin *Frankin* mukaan liitettävä objektiivinen rajoitus siinä mielessä, että valtion etu vaatii vain sellaisten toimien tekemättä jättämistä, joihin liittyy ainakin mahdollisuus seurauksen aiheuttamiseen. Tässä seurauksen syntymismahdollisuuden arvostelussa on siihen nähden, että rikoksen jokaisella käsitetunnusmerkillä tulee olla vastineensa tekijän miellepiirissä, pitädyttävä juuri tekijän mielteeseen arvostelijan kysymyksen kuuluessa, olisiko seuraus ollut mahdollinen, jos todellinen asiointila olisi

²²⁹ 18. Aufl., s. 91. *Frank* huomauttaa, että tällainen kelvottomaan objektiin kohdistuva teko voi luonnollisesti sèkin jäädä yrityksen asteelle. Selvää on, ettei tällainen yritys ole rangaistava, koska teko ei loppuun saatettunakaan ole rikos.

²³⁰ Näin 8—10. Aufl., s. 75. Vrt. 18. Aufl., s. 90, jossa vaarateoria torjutaan sillä perusteella, että sen ollessa oikea täytyisi vaaran aiheuttamiseen tähtäävän tahallisuuden olla yrityksessä riittävä.

²³¹ 18. Aufl., s. 90. *Frank* viittaa tässä yhteydessä etenkin *Lammaschin*, *Höpfnerin* ja *Fingerin* esityksiin. Ks. ed. s. 125.

ollut tekijällä toiminnan hetkellä olleen mielteén mukainen. Vastauksen ollessa myönteinen teko on katsottava kelvolliseksi ja rangaistava yrityksenä.²³² *Frank* hyväksyy *Dohnan* katsomuksen ontologisen erehdyksen langettavasta ja nomologisen erehdyksen vapauttavasta vaikutuksesta, mutta hän varoittaa laajentamasta jälkimmäisen aluetta edellisen kustannuksella. Erehdykset aseén ladattuna olemisesta ja sen kantomatkastasta ovat *Frankin* mukaan laadultaan ontologisia, sillä ne koskevat aseén ominaisuuksia ja siis tosiasiallisia seikkoja.²³³

M. E. Mayerilla on erikoisasema tunnusmerkistön puutteellisuusopin kannattajien joukossa. *Dohnan* ja *Frankin* asetettua yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden toistensa käsitteellisiksi vastakohtiksi, lähinnä sillä perusteella, että rikoksen yritys edellyttää aina teon yritystä, mikä seikka ei ole ominaista tunnusmerkistön puutteellisuudelle, *Mayer* on selittänyt tunnusmerkistön puutteellisuudenkin kuuluvan yrityksen käsitteen piiriin ja kysymyksen tunnusmerkistön puutteellisuudesta olevan vain kysymys yrityksen oikeudenvastaisuudesta. Tämän näkökohdan voimakas korostaminen on *Mayerin* teorian huomattava ansio. *Mayerin* tällä pohjalla kehittämä konstruktio ei kuitenkaan ole saanut ymmärtämystä osakseen, ja se on jäänyt yksinäiseksi tunnusmerkistön puutteellisuudesta esitettyjen katsomusten piirissä.

Kun *Mayerin* mukaan tunnusmerkistö ja oikeudenvastaisuus ovat itsenäisiä, rinnastettavia rikoksen tunnusmerkkejä ja teon tunnusmerkistön mukaisuus saattaa olla enintään indisio sen oikeudenvastaisuudesta,²³⁴ on täysin mahdollista, että, oikeutusperusteen ilmaantumisesta aiheutuva samanlaista poikkeusta lukuunottamatta, tunnusmerkistön mukaisuudestaan huolimatta teko ei ole oikeudenvastainen. Tällainen tunnusmerkistön mukaisuus ilman oikeudenvastaisuutta esiintyy, kun loppuseuraus jää toteutumatta, eräissä erikoistapauksissa, joita *Mayer* nimittää »yrityksiksi, joista puuttuu oikeudenvas-

²³² Rangaistava yritys on esim. yritettäessä surmata toinen syöttämällä sokeria, jota antaja on luullut arsenikiksi, samoin kuin ammuttaessa ladatuksi otaksutulla aseella. Jos sitävastoin antaja on yksinkertaisuudessaan luullut voitavansa surmata terveen henkilön antamalla tälle sokeria tai muuta itse asiassa vaaratonta ainetta, niin koska teko sellaisena kuin antaja sen mieltää, ei voi aiheuttaa tarkoitettua seurausta, rangaistavasta yrityksestä ei voi olla kysymys.

²³³ 18. Aufl., s. 90 s. — Samalla kannalla kuin *Frank* on asiallisesti katsoen myös *Paul Merkel*, *Grundriss des Strafrechts I*, 1927, s. 148 ss.

²³⁴ Ks. ed. s. 24 ss.

taisuus». »Tunnusmerkistön puutteellisuus» on näille tapauksille *Mayerin* mielestä peräti onnistumaton nimitys.²³⁵ *Mayer* esittää tällaisesta yritystapauksesta esimerkin, johon myöhemmin on usein viitattu: »Myymäläoppilas on kadottanut rahakukkaronsa; säilyäkseen tappiotta hän avaa myymäläpöydän laatikon, jossa tavallisesti rahoja säilytetään; jos hän ei löydä mitään, hän syyllistyy varkauden yritykseen; jos hänen käteensä osuu hänen oma kukkaronsa, joka on löydetty ja sinne talletettu, niin yritys jää rankaisematta». *Mayer* selittää tapausta siten, että kummassakin vaihtoehdossa loppuseuraus, vieraan esineen ottaminen, jää toteutumatta, mutta peruste on erilainen: edellisessä puuttuu vieras esine, jälkimmäisessä esineen vieraus. Tämä eroavaisuus on merkityksetön, mikäli ajatellaan vain yrityksen tunnusmerkistön mukaisuutta, mutta merkityksellinen harkittaessa tapahtuman oikeudenvastaisuutta, sillä omien rahojensa ottaminen ei ole kiellettyä, olkoon tekoon johtanut tahallisuus ollut miten moitittava tahansa. *Mayerin* mukaan on näin ymmärretyllä tunnusmerkistön puutteellisuudella rangaistavan yrityksen kanssa yhteistä teon tunnusmerkistön mukaisuus, sillekin on ominaista yritykseen kuuluva seuraus »täytöntöönpanon aloittaminen», mutta siitä puuttuu olennainen oikeudenvastaisuuselementti, *Mayerin* terminologian mukaan n.s. normatiivinen tunnusmerkistöaines.²³⁶ On selvää, että tämänlaatuinen »tunnusmerkistön puutteellisuus», jossa puutteellisuus ilmenee lisäksi vain tunnusmerkistön mukaiselle seuraukselle ominaisen normatiivisen aineksen puuttumisena, ja joka *Mayerin* mukaan täyttää tunnusmerkistön mukaisuuden vaatimuksen, on varsin suppea käsite *Dohnan* ja *Frankin* »tunnusmerkistön puutteellisuuden» rinnalla, sillä näillä sanottu käsite sulkee piiriinsä paitsi edellämainitut tapaukset, yleensä kaikki sellaiset, joissa joku tunnusmerkistöön kuuluva toiminnan modaliteetti puuttuu. *Mayer* korostaa nimenomaan, että hänen puoltamassaan »tunnusmerkistön puutteellisuudessa» puute ei koske loppuseurauksen aistimin havaittavia ominaisuuksia, vaan ainoastaan niitä tunnusmerkkejä, jotka määräävät seurauksen arvon. Toiminnan modaliteetin tai muun siihen verrattavan seikan puuttuminen yritysteosta ei ole »tunnusmerkistön puutteellisuutta», ja näiden tapausten mukaanottaminen

²³⁵ *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, s. 364 s.

²³⁶ Esimerkkinä normatiivisista tunnusmerkistön aineksista, jotka ovat epävarsinaisia tunnusmerkistön aineksia, mutta varsinaisia oikeudenvastaisuuden aineksia, on mainittava esineen vierauden ohella lausuman valheellisuus väärässä valassa. Ks. lähemmin m. t., s. 182 ss.

viimeksimainittuun käsitteeseen merkitsee vain selvien rankaisemat-
tomuustapausten kytkemistä yhteen epäselvien kanssa ja on omiaan
johtamaan yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden asettami-
seen toistensa vastakohdiksi. Rajoitettaessa piiri ahtaammaksi, »kann
und muss man anerkennen, dass nicht der Versuchserfolg, sondern
dessen Rechtswidrigkeit fehlt».²³⁷

Mayer näkee (rangaistavan) yrityksen olemuksen teon edistymi-
sessä sen täyttymistä kohti, yritys on crimen in itinere. Kuten rikok-
selle yleensä ovat yrityksellekin ominaisia tahdontoiminta ja seu-
raus, ja on viimeksimainittu, jonka syntymisestä siis yrityksen ran-
gaistavuus riippuu, Saksan rikoslaissa ilmaistu sanoilla: »rikoksen
täytäntöönpanon aloittaminen». Vaikka yritystä kriminalisoitaessa
lähtökohtana onkin ollut vain vaarallisten yritystekojen saattaminen
rangaistaviksi, on senvuoksi, että vaaran käsite on riittainen eikä se
tarjoa tarkkamääräisiä ratkaisuja, *Mayerin* mielestä lainsäätäjän ollut
pakko kätkeä ajatuksensa pelkästään vaarallisten yritysten rangais-
tavuudesta lain sanamuodon taakse ja asettaa rangaistavuus lain mu-
kaan riippumaan täsmällisemmistä käsitteistä. Täten yritykseen
vaaditaan rikoksen täytäntöönpanon aloittamista, ja rangaistavuuden
pelkkänä aineellisena perustana on ajatus täytäntöönpanon aloittami-
sesta oikeushyvän vaarantamisena. Yritys on *Mayerin* mukaan näin-
ollen abstraktinen vaarantamisrikos. Vaatimalla yritykseen täytän-
töönpanon aloittamista erotetaan rangaistavan yrityksen piiristä sel-
laiset tapaukset, joissa teosta puuttuu tunnusmerkistön vaatima eri-
koinen olosuhde, varsinkin toiminnan modaliteetti. Rikoksen täytän-
töönpanon aloittamisesta kiinnipitäminen merkitsee, ettei yritykseen
riitä sellainen tekijän tahallisuuden objektivoituminen, josta rikolli-
nen tahto käy ilmi, vaan lisäksi on vaadittava tahallisuuden toteutta-
mista ainakin askeleen verran tiellä kohti rikoksen täyttymistä. Ri-
koksen täytäntöönpanon aloittaminen on toimintaa mahdollisen syy-
yhteyden piirissä. Mahdottoman kausaliteetin tapaukset, taikakeino-
jen käyttäminen t.m.s., jäävät rangaistavan yrityksen ulkopuolelle.²³⁸

Kelvottoman yrityksen ongelmaa käsitellessään *Mayer* erottaa toi-
sistaan keinon ja objektin käsitteellisen l. yleisen ja konkreettisen l.
erikoisen kelvottomuuden pitäen nimityksiä absoluuttinen ja relati-
ivinen kelvottomuus tätä vastakohtaa osoittavina vähemmän onnis-

²³⁷ m. t., s. 365 ss.

²³⁸ m. t., s. 344 ss. ja *M. E. Mayer*, Versuch und Teilnahme, Die Reform des
Reichsstrafgesetzbuchs I, 1910, s. 333 ss.

tuneinä.²³⁹ *Mayerin* mukaan Saksan rikoslain 43 §:n sisältämä rangaistuksen laajentamisperuste, s.o. rangaistuksen ulottaminen myös täytäntöönpanon aloittamiseen, koskee vain konkreettisesti kelvotonta yritystä, mutta ei käsitteellisesti kelvotonta, koska yritykselle ominainen tunnusmerkistön mukainen seuraus, täytäntöönpanon aloittaminen, edellyttää ainakin vähäistä edistymistä rikoksen täyttymiseen johtavalla tiellä. Konkreettisesti kelvoton keino ja objekti täyttävät yrityksen tunnusmerkistön vaatimukset, koska ne ovat loppuseurauksen aiheuttamiseen ainoastaan osittain kelvottomia ja siis osittain kelvollisia.²⁴⁰ Samoin kuin *Frank* myös *Mayer* katsoo ainoastaan keinon kelvottomuuden olevan kyseessä, kun tavoite on jäänyt saavuttamatta senvuoksi, että objekti olikin toisaalla, kuin siellä, missä tekijä luuli sen olleen. Toisin on sitävastoin arvosteltava tapauksia, joissa objekti ei ole enää ollenkaan olemassa. Koskaan ei voida aloittaa jo kuolleen henkilön surmaamista. Merkittävä rankaisemattomuuden rajoitus aiheutuu *Mayerin* mukaan kuitenkin eräisiin rikoksiin nähden siitä, että niissä vaaditaan määrätynlaisen keinon käyttämistä. Kun tällöin yritykselle ominainen seuraus on määrätty täsmällisemmin kuin tavallisesti ja täytäntöönpanon aloittaminen on kyseessä jo keinoon turvauduttaessa, ei ole syytä esittää kysymystä objektin olemassaolosta. Milloin laista ei ole saatavissa tällaista ohjetta, kysymykseen yrityksen objektittomuudesta ja siis rankaisemattomuudesta on etsittävä vastausta tahallisuuden laadusta. Mitä täydellisemmin objekti on yksilöity tahallisuusmielteessä, sitä useammin yritys on objektiton ja rankaisematta jääpä.²⁴¹

Käydessämme arvostelemaan tunnusmerkistön puutteellisuus-teoriaa meidän on todettava siihen liittyvän monia sellaisia käsityksiä, joita mielestämme ei voida hyväksyä. Mitä tulee *Havensteinin* y.m.

²³⁹ m. t., s. 354 ss. *Mayerin* mielestä niiltä huomautuksilta, joita on kohdistettu käsitteellisen ja konkreettisen kelvottomuuden toisistaan erottamista vastaan, puuttuu-asiallinen perusta. Vaikeuksia hän sitävastoin myöntää aiheutuvan siitä, mikä käsite kulloinkin on otettava ratkaisun lähtökohdaksi. Onko esim. arvosteltaessa lataamattomalla aseella tehtyä murhayritystä lähdeittävä käsitteestä ase ja sanottava sen olleen kelvollisen keinon vaiko käsitteestä lataamaton ase, jolloin keino olisi ollut kelvoton. *Mayerin* mukaan kutakin tapausta arvosteltaessa epäolennaiset seikat on abstrahoitava rikoksen tunnusmerkistön muodostaessa abstrahoinnin rajan. Metodisesti oikeinta onkin tällöin puhua subsumptiosta eikä abstrahoinnista.

²⁴⁰ m. t., s. 360. Ks. myös Reform des Reichsstrafgesetzbuchs I, s. 336.

²⁴¹ m. t., s. 361 s.

tapaan asettaa tunnusmerkistön puutteellisuus ja yritys toistensa käsitteellisiksi vastakohdiksi sillä perusteella, että yritys olisi aina täytymätöntä tekemistä, mikä ei taas olisi ominaista tunnusmerkistön puutteellisuudelle, niin tämä laajalle levinnyt katsomus ei pidä paikkaansa.²⁴² Täytetty rikos ei luonnollisestikaan voi olla yritys, mutta yhtä selvää on, että yritys voi olla täytetty teko, joka ei ole täytetty rikos. Täyttyminen on rikosoikeuden mielessä olemassa vain kun tekoa tarkastellaan kysymykseen tulevan tunnusmerkistön kannalta, vain laki ratkaisee, milloin rikollinen teko on tullut täytetyksi. Rikosoikeudessa huomioonotettavana seurauksena tulee kysymykseen aina vain toiminnan tulos, johon liittyvät kaikki tunnusmerkistön tekijät, ei sitävastoin lopputulos irroitettuna oikeudellisesti merkityksellisistä liitännäisistään.²⁴³

Asioiden katsomista liiaksi teon tekijän kannalta on sekin, kun yrityksen olemuksena pidetään tekijän erehdyttä, ja siihen liittyen hahmotellaan erilaisia erehdyksiä: toisia, jotka koskevat toiminnan vaikutusta, varsinaista toiminnan seurausta, ja toisia, joissa on kysymys toiminnan liitännäisseikoista. Yrityksen luonnehtiminen tekijän erehdykseksi on vähemmän onnistunutta jo senkin vuoksi, ettei tavallisessa puheessa sanota sen »erehtyneen», joka vain pettyy västaisiä seikkoja koskevassa odotuksessaan. Tavallisesti erehdyksellä tarkoitetaan pelkästään väärää käsitystä nykyisistä olosuhteista. Mutta vielä vähemmän voidaan sen sanoa »erehtyneen», joka tekoonsa ryhtyessään on pitänyt hyvin mahdollisena, ettei hän onnistu saavuttamaan tulosta. Myös huomion kiinnittäminen siihen, minkä seikan suhteen tekijä on »erehtynyt», on pikemmin harhauttavaa kuin asiaa valaisevaa. Nähdäksemme on tekijään nähden tyydyttävä yrityksessäkin kysymään vain, onko hänellä ollut vaadittava tahallisuus, johon kuuluu tietoisuus kaikista niistä asianhaaroista, jotka ovat k.o. oikeudenloukkaukselle olennaisia. Dohnan y.m. vaatima yrityksen ja tunnusmerkistön toisistaan erottaminen tekijän erilaisen erehdyksen perusteella ei täten ole mahdollista. Tätä näkökantaa ovat varsinkin monet vaarateorian kannattajat tähdentäneet tunnusmerkistön puutteellisuus-teoriaa vastaan. Heidän mielestään tahallisuusmielikuvaan

²⁴² Tämä virheellinen katsomus esiintyy myös *Serlachiuksella* (Oppikirja I, s. 166) ja *Grottenfeltilla* (Kommentar till strafflagen I, s. 104). Vrt. ed. s. 159 ss.

²⁴³ Ks. *Zucker*, Archiv für preuss. Strafrecht 37, s. 274 s.; *Kriegsmann*, Literaturbericht, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 31, 1911, s. 694; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, 434; *Gemmingen*, Rechtswirrigkeit des Versuchs, s. 116.

tulee sisältyä kaikkien tunnusmerkistötekijöiden samanarvoisina siten, että ne ovat kaikki yhtä välttämättömiä. Mutta he eivät kuitenkaan rajoitu tähän oikeaan ajatukseen. Kaikkien tunnusmerkkien välttämättömyydestä tahallisuusmielteessä he päättelivät niiden lisäksi olevan samanarvoisia myös objektiivisessa suhteessa siten, että minkä tahansa toteutumatta jäämisestä on aina vain sama seuraus: on olemassa rikoksen yritys.²⁴⁴ Tämä päättely ei ole kuitenkaan välttämätön eikä sen avulla voida osoittaa tunnusmerkistön puutteellisuus-teoria virheellisiin käsityksiin nojautuvaksi. Siitä tosiasiaista, että tahallisuus edellyttää määrättyjen seikkojen tuntemista ei ole välttämätöntä eikä edes aiheellista vetää kääntäen sitä johtopäätöstä, että jonkin todellisuudessa puuttuvan seikan erheellinen otaksuminen on otettava huomioon tekijän vahingoksi.²⁴⁵ Mielestämme on katsottava täysin mahdolliseksi, että vaikka tahallisuuden kannalta määrätty seikat ovat samanarvoisia, s.o. yhtä välttämättömiä, ne objektiiviselta kannalta voivat olla aivan eriarvoisia: jonkin määrätyn seikan puuttuminen ei estä toimintaa silti muodostamasta rikosta. Kun tämä myönnetään, on huomattavin tunnusmerkistön puutteellisuus-teoriaa vastaan esitetty kielteinen todistelu torjuttu.

²⁴⁴ Ks. *Liszt*, Rikosoikeuden yleiset opit, s. 191 s., jossa lausutaan: »Mutta yritys on olemassa silloinkin, jos joku muista rikoksen tosiasiallisen olemuksen tunnusmerkeistä (siis seurausta lukuunottamatta), joiden olemassaolon taikka tapahtumisen tekijä oli mieltänyt, on puuttunut taikka jäänyt tapahtumatta. — Tämä sääntö on sangen kiistanalainen. Se johtuu kaikkien rikoksen tosiasiallisen olemuksen tunnusmerkkien periaatteellisesta samanarvoisuudesta.» *Liszt* viittaa tässä yhteydessä tahallisuuden edellyttämää tietoisuutta koskevaan esitykseensä. Samaan tapaan *Kriegsmann*, *Wahnverbrechen*, s. 34; *Finger* *Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, s. 38 ss.; *Hippel*, *Deutsches Strafrecht II*, s. 432. Vrt. ed. s. 146 ss.

²⁴⁵ Tällaista tekijän vahingoksi tapahtuvaa päättelyä, jolle ei laista saada tukea, vastustaa jyrkästi etenkin *Binding*, *Der umgekehrte Irrtum*, s. 321 ss. Samoin myös *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil*, s. 346, viite 6; *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 84; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 299, viite 4.

Ei voida hyväksyä katsomusta, että subjektiivisen puolen ollessa täydellinen objektiivisessa suhteessa saa puuttua mitä tahansa ja kuitenkin on olemassa rikoksen yritys. Eihän ajatussyylisyys, johon tämä katsomus johtaa, voi perustaa rikosta, »cogitationis poenam nemo patitur». Ei edes subjektiivinen teoria, joka ei anna objektiiviselle puolelle yrityksessä itsenäistä merkitystä, hyväksy ajatussyylisyysoppia. Subjektiivisen teorian mukaan, sellaisena kuin Saksan valtakunnanoikeus sitä edustaa, ei riitä täysin sekään, että rikollinen tahto myös objektiivoituu ulkoisessa maailmassa, vaan lisäksi vaaditaan, että ainakin subjektin suhteen tunnusmerkistön vaatimukset objektiivisesti täytetään. Vrt. tästä *Mezger*, *Strafrecht*, s. 389.

Myöhemmässä esityksessämme käsittelemme, miten tunnusmerkistön puutteellisuus-teoriaa varsinkin siihen liittyvien »aineellisen» ja »muodollisen» katsomustavan kannalta on arvosteltava.

Ennenkuin päättämme tämän arvostelumme tunnusmerkistön puutteellisuus-opista on kosketeltava vielä *M. E. Mayerin* teoriaa. Hänen peruskatsomuksensa mukaan yritys ja tunnusmerkistön puutteellisuus eivät ole toistensa vastakohtia, vaan tunnusmerkistön puutteellisuutakin voidaan pitää yrityksenä, tosin rankaisematta jäävänä. Tämä katsomus voidaan nähdäksemme hyväksyä. Sen mukaan luonnollisen, esijuriidisen yrityksen käsitteen piirissä voidaan erottaa toisistaan eräät tapaukset, joille on ominaista tunnusmerkistön puutteellisuus, eräät tapaukset, jotka muodostavat rangaistavan yrityksen, ja vihdoin eräät tapaukset, jotka muun kuin tunnusmerkistön puutteellisuuden vuoksi jäävät rankaisematta. Tällaisesta yrityksen käsitteen laajentamisesta ei ole mitään vahinkoa. Rangaistava yritys on tällöin vain alalaji yrityksen yleiskäsitteen piirissä, mikä on totunnaisten ilmaisu-tapamme mukaista.²⁴⁶ Toinen kysymys on sitten, minkälaiset tapaukset kuuluvat tunnusmerkistön puutteellisuuden nimellä käsiteltävään alaryhmään. Epäilemätöntä on, että *Mayer* valitsi tälle ryhmälle sopimattoman kriteerion, kun hän katsoi tunnusmerkistön puutteellisuuden tapauksissa puuttuvan vain seuraukseen liittyvän normatiivisen tunnusmerkin. Kun nykyään vallitsevan käsityksen mukaan kaikki tunnusmerkistön ainekset ovat enemmän tai vähemmän normatiivisia luonteeltaan ja näinollen mitään selvää rajaa ei ole olemassa deskriptiivisten ja normatiivisten aineiden välillä, on näiden keskinäinen erilaisuus sopimaton jakoperusteeksi. *Mayerin* puoltama menettely on yhteydessä hänen katsomukseensa tunnusmerkistöstä pelkästään deskriptiivisenä ja oikeudenvastaisuudesta ainoastaan normatiivisena yleiskäsitteenä. Tämän katsomustavan olemme aikaisemmin pyrkinneet osoittamaan aikansa eläneeksi.²⁴⁷

²⁴⁶ Näin myös *Mezger*, *Strafrecht*, s. 395, joka katsoo yrityksen käsitteen olevan määrättävissä vain tekijän subjektiiviselta kannalta lähtien. Ks. niinkään *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 108 s., jossa yrityksen käsitteen laajentamiseen suhtaudutaan hyväksyvästi.

²⁴⁷ Ks. ed. s. 66 ss.

V LUKU.

Milloin rikos on täytetty?

Pyrittäessä määrittelemään, mitä yritys on, on lähdettävä siitä tosiasiaista, ettei jonkin rikoksen yritys voi koskaan olla samalla kertaa sama rikos täytetyssä muodossa. Yritys ja täytetty rikos ovat toisensa vastakohtia siinä mielessä, että rikoksen tultua täytetyksi teko ei enää voi olla saman rikoksen yritystä, t.s. yritys on täytettyyn rikokseen nähden subsidiäärinen rikoksen ilmenemismuoto. Yritystä tutkittaessa on näinollen selvitettävä, milloin rikoksen on katsottava tulleen täytetyksi.

Nykyaikana aivan yleisesti vallitsevan katsomuksen mukaan rikos on täytetty, kun teko täyttää rikostunnusmerkistön kaikki vaatimukset. Täytetty rikos on siis tunnusmerkistönmukaisesti oikeudenvastainen, syyllisyyttä osoittava teko sellaisenaan.¹ Jos jonkin rikoksen tekemiseen kuuluu määrätyn ulkomaailmassa ilmenevän seurauksen syntyminen, on sen ilmaantuminen rikoksen täyttymisen välttämätön edellytys. Rikoksen täyttymistä koskevaan kysymykseen on vastaus aina saatavissa vain lain tunnusmerkistöistä. Vain laista riippuu, milloin rikoksen tekemistä tarkoittavan henkilön alkuun paneman tapahtumasarjan on katsottava tulleen täytetyksi rikokseksi. Rikoksen tekijän omalla käsityksellä enempää kuin ympäristön käsitykselläkään päämäärän saavuttamisesta ei ole tässä katsannossa mitään merkitystä. Tavallisesti kyllä lainkin mukaan rikos tulee täytetyksi, kun määrätty vahinkotapahtuma, jonka aikaansaamista tekijä on tarkoittanut, on ilmaantunut, mutta hyvin usein myöskin täytetty rikos on olemassa jo ennenkuin tekijän tarkoitus on ehtinyt toteutua. Monissa rikoksissa konkreettisen vaaran aiheuttaminen on jo täytetty rikos, toisinaan riittää, kun jokin tunnusmerkistötekijä on pelkästään subjektiivisesti olemassa (esim. väärän rahan teko on täytetty, kun vää-

¹ Ks. Forsman, Allmänna läror, s. 200; Serlachius, Oppikirja I, s. 165; Frank, Strafgesetzbuch, s. 83; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 298; Mezger, Strafrecht, s. 398 s.

rää rahaa on valmistettu tarkoituksessa panna se oikeasta liikkeeseen, RL 37:1). Yleensä ei ole havaittavissa, että rikoksien täyttymisen ajankohtaa kiinnilyötäessä olisi noudatettu jotain yhtenäistä periaatetta, pikemminkin vain käytännölliset seikat ja usein myös historialliset syyt ovat eri rikoksiin nähden tulleet tässä suhteessa määrääviksi. Toisin oli asia vanhemmissa rikoslaeissa, joista puuttuivat kiinteät tunnusmerkit. Niiden voimassaollessa rikoksen täyttyminen ei ollut selvitettävissä muodollisin perustein, vaan tarvittiin määrättyjä periaatteita oikeuskäytännön ohjeeksi yksityistapauksia ratkaistaessa.² Nykyaikaisissa rikoslaeissa vallitseva erilaisuus eri rikosten välillä täyttymisajankohtaan nähden saattaa toisinaan yksityistapauksissa aiheuttaa epätasaisuutta ja vieläpä epätydyttäviä ratkaisuja.³ Niinpä varkaudessa (RL 28:1) ja kavaltamisessa (RL 29:1), jotka usein ovat vaikeasti toisistaan erotettavissa, edellisessä rikos tulee täytetyksi niin pian kuin varas on anastamistarkoituksessa ottanut esineen haltuunsa, katsomatta siihen, onko itse anastus ehtinyt tapahtua vai eikö, mutta jälkimmäisessä sitävastoin vasta, kun anastaminen on tapahtunut.⁴

² Ks. etenkin *Frank*, *Vergl. Darst. A V*, s. 165.

³ Vrt. *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 298; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 399.

⁴ Vaikeuksia saattaa ilmaantua senkin johdosta, että täyttymisen ajankohta riippuu normatiivisista, arvottamista edellyttävistä tunnusmerkeistä. Todettaessa esim. varkauden täyttyvän esineen vallintaan saannilla (ks. *Honkasalo*, *Erinäiset rikokset*, s. 29), on tämän tunnusmerkin asiallisen sisällön selvittämiseksi epäilemättä tarpeen turvautua myös kulttuuriarvoihin. Mutta erityisen selvästi tämä säännöksen oikean mielen selvittäminen pakottaa esiin murhapoltton (RL 34:1, 2, 4) täyttymishetkeä määrättäessä. Rikoslakimme mukaan murhapoltto on täytetty, kun on »sytytetty tuleen» (»satt i brand») lainkohdissa mainittuja omaisuus-esineitä. *Forsman* (*De särskilda brotten II*, s. 347 ss.), joka mainitsee »tuleen sytyttämisen» käsitteen olleen rikoslakia säädettäessä hyvin riittainen ja sen todella olevan varsin tulkinnanvarainen, katsoo murhapoltolle ja eräälle toiselle yleisvaaralliselle rikokselle tunnusomaiseksi, että niissä tekijä päästää luonnonvoimat valloilleen. *Forsmanin* mukaan yleisvaara pohjautuu ajatukseen teon seurausten rajoittamisen mahdottomuudesta ja palamiselle alttiina oleminen, mitä tuleen sytyttäminen tietää, merkitsee kokonais- tai osittaituhon välitöntä läheisyyttä. *Serlachius* (*Oppikirja II*, s. 288 s.) puolestaan tähdentää, että rajatapauksissa on pakko kiinnittää huomiota myös subjektiivisiin näkökohtiin siten, että se, joka tekoaan katuen on itse sammuttanut sytyttämänsä tulen, ei ole vielä syylistynyt täytettyyn murhapolttoon, mutta että toisaalta sen teko, joka on jättänyt sytyttämänsä tulen palamaan toisen henkilön sen hetkistä myöhemmin sammuttaessa, muodostaa jo täytetyn rikoksen. Samoin *Honkasalo* (*Erinäiset rikokset*, s. 92) on asettanut murhapoltton täyttymisen ajankohdan riippuvaksi siitä, mikä käsitys sytyttäjäällä itsellään on tekonsa täyttymisestä, koska muussa tapauksessa sitäkin, joka

Kysymys rikoksen täyttymisestä saattaa usein muodostua vaikeasti vastattavaksi sen johdosta, että tekijän syyllistyminen täytettyyn oikeudenvastaiseen tekoon antaa aihetta epätietoisuuteen. Tutkimuksemme kannalta meillä on syytä erikoisesti puuttua sellaisiin, tieteisopissa paljon käsiteltyihin rajatapauksiin, joissa oikeudenvastaisen teon lisäksi tekijällä ainakin näyttää olevan tarvittava tahallisuus, ja jälkimmäiseen nähden asetettavista vaatimuksista riippuu, onko kyseessä täytetty rikos vai saman rikoksen yritys. Tarkoitamme niitä tapauksia, joissa tekijä on jollakin tavalla »erehtynyt» toimintansa seurauksen tai siihen johtaneen kausaalikulun suhteen, ja kysymys on siitä, riittääkö tekijällä ollut tahallisuus rankaisemiseen täytetystä rikoksesta. Kun meidän maamme tieteisopissa ja oikeuskäytännössä rajatapauksissa katsotaan yleensä olevan kysymys täytetystä rikoksesta, ja meidänkin nähdäksemme tämä kanta on oikea, käsittelemme kysymystä rikoksen täyttymistä koskevan esityksemme yhteydessä.

Yleisesti hyväksytyn määritelmän mukaan tahallisuuteen kuuluu tietoisuus kaikista niistä asianhaaroista, jotka ovat kulloinkin kysymyksessä olevalle oikeudenloukkaukselle olennaisia.⁵ Usein tahalli-

viellä paikalla ollen sammuttaa hyvään vauhtiin päässeen tulen, olisi rangaistava täytetystä murhapoltosta ilman, että hänen tehokas katumisensa voisi olla rangaistuksen poistamisperusteena. — Omasta puolestamme toteamme kaikkien mainittujen tutkijoiden k.o. tulkinnassaan menestyksellä käyttäneen nykyaikaisen rikos-oikeustieteen korostamaa teleologista katsomustapaa. Pelkän sanallisen tulkinnan mukaan »tuleen sytyttämiseen» riittäisi aivan vähäisenkin tulen syttyminen. Katsomme myös mainittujen tutkijoiden päätyneen likipitään samanlaisiin tuloksiin, sillä *Forsmanille*kaan ei liene ajatus tekijän subjektiivisen asenteen huomioonottamisesta ollut vieras, sillä murhapolton luonnehtiminen luonnonvoimien valloilleen päästämiseksi on lähinnä ymmärrettävissä juuri ottaen arvosteluperustaksi myös tekijän asennoitumisen tekoonsa.

Yleensä voitaneen sanoa oikeusvarmuuteen pyrkivän lainsäätäjän joutuvan usein vaikean lakiteknillisen kysymyksen eteen, kun on kriminalisoitava oikeushyvän pelkän vaarantamisen käsittävä teko. Nimenomaan sellaisissa tapauksissa, joissa konkreettisen vaarallisuuden vaatiminen katsotaan välttämättömäksi, ollaan säännöllisesti pakotettuja jättämään lainkäyttäjän tehtäväksi täyttymisrajan vetäminen lähinnä yksityistapauksessa ilmenneiden seikkojen perusteella ja tällöin ei useinkaan voida välttää ottamasta huomioon tekijän sisäistä asennetta. Ks. *Forsman*, *De sarskilda brotten* II, s. 352; *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil*, s. 197 ss.; *Sieverts*, m.t., s. 125 ss.

⁵ Näin *Serlachius*, *Oppikirja* I, s. 148. Samaan tapaan *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 165; *Sundström-Salmiala*, *Varsinaisesta osallisuudesta*, s. 32; *Honkasalo*, *Sikiönlähettäminen*, s. 156; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 307; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 254.

suuden katsotaan käsittävän nimenomaan myös tiedon kausaalisuuden kulusta.⁶ Nämä määrittelyt kaipaavat lähempää tarkastelua. Oikean lähtökohdan saamiseksi on toisistaan erotettava toisaalta tekijän mielikuva ja mitä siihen nähden on vaadittava, ja toisaalta ulkonaiset tosiasiat: toiminnan seuraus siihen johtaneine tapahtumankulkuineen. Näin menetellen voidaan esittää kysymys, onko ja, myönteisessä tapauksessa, missä määrin tekijällä oltava myös todellista, s.o. tosiasiaihin mukaista tietoa ulkonaisista seikoista?

Mitä tulee tekijän mielikuvaan, siihen sisältyy tietoisuus määrätystä nykytilanteesta ja määrätynlaisesta asiailtilasta toiminnan tuloksena. Tekijällä täytyy olla käsitys, että hänen toiminnastaan seuraa määrätynlainen tulos, koska muuten ei voida puhua tuloksen tahdomisesta. Tahdomiseen kuuluu, että tekijä ajattelee toimintansa jollakin tavalla vaikuttavan vastaisen tilanteen syntymiseen, sillä jos tekijän mielestä hänen toimintansa ei millään tavalla vaikuta halutun seurauksen syntymiseen, voidaan puhua vain seurauksen toivomisesta, mikä ei riitä tahallisuuteen.⁷ Kääntäessämme katseen ulkonaisiin to-

⁶ Näin *Mezger*, *Strafrecht*, s. 310, jonka mukaan seurauksen tuntemiseen ei kuulu vain loppuseurauksen ennaltanäkeminen, vaan myöskin tietoisuus tahdon-toiminnasta loppuseuraukseen johtavasta syysarjasta. Samoin myös *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 197. *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 254, edellyttää niinkään tahallisuutta tekijältä vaadittavan tietoa suhtautumisensa kausaalisuudesta. Ks. myös *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 130 ss., jossa tätä kysymystä on monipuolisesti käsitelty.

⁷ Ks. *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 181 s.: »Det är att märka, att människan icke kan anses hafva med sin afsikt omfattat något utan att hos henne finnes medvetande om att hon med sin handling förmår eller bör kunna förmå åstadkomma effekten. För den handlande personen måste således föreligga sannolikhet att hennes handling skall åstadkomma denna effekt. Finnes icke för subjektet denna sannolikhet, kan man icke säga att subjektet med sin vilja har omfattat effekten — hvilket just är ett nödvändigt vilkor för den dolosa handlingen — man kan på sin höjd säga, att subjektet med sina önsknings har omfattat effekten. Man kan nämligen icke vilja det som man icke anser sannolikt, man kan endast önska det.» Ks. myös *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 143: »Dolus determinatus-tapauksissa, joissa mielle seurauksesta saa henkilön ryhtymään toimenpiteisiin seurauksen aikaansaamiseksi, voidaan tuskin sanoa, että seuraus ei olisi tekijän tahdoma, vaikka seuraus teosta on ollut varsin vähäisellä todennäköisyydellä odotettavissa. — — — Tahallisuus edellyttää kuitenkin, että tekijä on odottanut seurausta tuloksena omasta teostaan.» Asiallisesti samoin *Mezger*, *Strafrecht*, s. 339: »Auszuscheiden aus dem Gebiete des vorsätzlichen Willens sind jedoch diejenigen Fälle, in denen der Täter den Erfolg auf einem Wege erhofft, auf den er selbst keinerlei Einfluss hat. Hier »will« er den Erfolg nicht, sondern »wünscht« ihn nur.»

siasioihin, tapauksia voi sattua, joissa teon objekti on toinen, kuin tekijä oli ajatellut, muutos objektissa toisenlaatuinen, kuin tekijä oli mieltänyt ja myös tapahtumainkulku yleensä tekijän suunnitelmasta poikkeava, ja kuitenkin seuraus on adekvaattisessa suhteessa tahdon-toimintaan. Missä määrin nyt konkreettiset ulkonaiset seikat saavat poiketa tekijän mielikuvasta ilman että tahallisuus täytyy evätä?

Vanhastaan on ollut tapana tässä yhteydessä käsitellä lähinnä kah-ta erikoiskysymystä, nimittäin kysymystä *error in objecto*-tapauk-sesta, joka on olemassa, kun tekijä kohdistaa toimintansa objektiin, jota hän luulee toiseksi samanveroiseksi objektiksi, ja kysymystä *aberratio ictus*-tapauksesta, jossa määrättyyn objektiin kohdistuva toiminta aiheuttaa seurauksen toisessa samanveroisessa objektissa. Erikoistapaus *error in objecto*sta on *error in persona*, jossa toiminnan objektina, jota luullaan toiseksi, on ihminen. Esimerkkinä *error in objecto*sta, joka samalla on *error in persona*, mainittakoon, että A ampuu B:n, jota hän luulee C:ksi, ja esimerkkinä *aberratio ictus*sesta, että A:n B:tä kohti ampuma luoti osuu C:hen.

Suomen ja pohjoismaiden samoin kuin useimpien muiden maiden rikoslaeista puuttuvat nimenomaiset säännökset edellämäinittujen ta-pausten ratkaisemiseksi. Näinollen on ymmärrettävää, että näiden maiden tieteisqueissa on esiintynyt eri mieliä. Varsin monet, nimen-omaan vanhemmat tutkijat ovat kannattaneet mielipidettä, että kum-massakin tapauksessa tahallisuus säilyy. Heidän mielestään on merki-tyksetöntä, onko seuraus syntynyt juuri siinä objektissa, jota tekijä tarkoitti, kun tekijän mielikuvaan kuitenkin sisältyi samanlaatuisen, s.o. saman tunnusmerkistön suojaaman objektin loukkaaminen. Ta-hallisuuteen ei näinollen ole vaadittava todellista tietoa, vaan siihen riittää tunnusmerkistön mukaisesti yleistetty tieto.⁸ Eräät tutkijat ovat

Samoin myös *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 254: »Handelt es sich bei dem an-zuwendenden Tatbestande darum, dass der Täter mit seiner Handlung in be-stimmtem Sinne kausal wird (töten — — usw.), so muss sich der Täter auch der Kausalität seines Verhaltens bewusst werden. Gerade in diesem Bewusstsein liegt der Unterschied des Vorsatzes vom Wunsch wie von der Hoffnung; hier ist der Eintritt der dem Tatbestande unterfallenden Veränderung in der Aussenwelt von äusseren Umständen abhängig, die der Täter weder beherrscht noch bestimmt er-warten kann.» — Tarkan rajan vetäminen »tahdotun» ja »toivotun» välillä ei aina ole mahdollista. Ks. tästä *Mezger*, Strafrecht, s. 339, viite 1 ja *Engisch*, Unter-suchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, s. 163, 176.

⁸ Tätä katsomusta on edustanut jo *Pfotenhauer*, Der Einfluss des factischen Irrthums und der sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen, 1839. Samoin myöhemmin *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 325; *Fin-*

asettuneet päinvastaiselle kannalle selittäen tahallisuuden puuttuvan, milloin tosiasiallinen seuraus poikkeaa niin paljon mielletystä seurauksesta, ettei se tyydytä tekijää, t.s. tosiasiallisen asiainkulun mieltäminen olisi pidättänyt tekijän ryhtymästä tekoonsa.⁹ Kolmantena mielipideryhmänä on mainittava ne tutkijat, jotka käsittelevät eri tavoilla kumpaaakin tapausta katsoen tahallisuuden olevan olemassa error in objectossa, mutta puuttuvan aberratio ictuksessa. Heidän mielestään on eri asia, sattuuko A:n ampuma luoti siihen henkilöön, johon hän on tähdännyt, olkoon se sitten B tai C, vai sattuuko luoti muuhun henkilöön, kuin siihen, johon oli tähdätty. Error in objecto-tapauksessa he näkevät täytetyn rikoksen, mutta aberratio ictuksessa vain yrityksen ja sen kanssa ideaalikonkurrenssissa asiainhaaroista riippuen täytetyn tuottamuksellisen rikoksen.¹⁰

Erillisenä edellisistä on usein käsitelty kysymystä, edellyttääkö tahallisuus tietoisuutta tavoiteltuun seuraukseen tosiasiallisesti johtaneesta kausaalikulusta ja jos edellyttää, niin kuinka täsmällisen tuon tiedon tulee olla.¹¹ Tässäkin kysymyksessä mielipiteet poikkeavat varsin suuresti toisistaan. Äärimmäisiä suuntia, joilla kummallakin on kannatusta, edustavat toiselta puolen katsomus, ettei tahallisuuteen kuulu tieto tosiasiallisesta syy-yhteydestä ja toiselta puolen käsitys, että tahallisuus käsittää tietoisuuden konkreettisesta tapahtumainku-

ger, Der Versuch, s. 14 ss.; M. E. Mayer, Der allgemeine Teil, s. 330 s.; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 269 s. Meikäläisistä tutkijoista mainittakoon tässä Forsman, Ålmanäna läror, s. 167 ss. Tämän katsomuksen kannattajia mainitsee Noponen, Aberratio ictus ja error in persona, 1921, s. 34.

⁹ Näin aikaisemmin varsinkin Geib, ks. Noponen, m.t., s. 26 ss. Myöhemmin on tätä katsomusta puoltanut Liszt, Rikosoikeuden yleiset opit, s. 165 s. Lisztin mukaan seurausta koskevan mielikuvan ja itse seurauksen tulee vastata toisiaan niin, ettei niiden välillä ole oleellista eroa. Mutta ero, s.o. tekijän erehdys on oleellinen, »jos tosiasiallisen asiainkulun edeltäpäin arvaaminen olisi pidättänyt tekijän tekoaan tekemästä.»

¹⁰ Tällä kannalla on ollut Saksan vallitseva mielipide ja oikeuskäytäntö. Tämän katsomuksen kannattajia ovat Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. Vergl. Darst. A. III, s. 543 s. ja Deutsches Strafrecht II, s. 334; Allfeld, m.t., s. 177; Mezger, Strafrecht, s. 313 s. Ruotsin tieteisopissa Hagströmer edustaa tätä katsomusta, joka hänen nähdäkseen vastannee myös Ruotsin oikeuden kantaa. Hagströmer, Svensk Straffrätt I, s. 226 ss., selittää olevan kyseessä vain error in motivis ja doloksen säilyvän, kun A ampuu C:n B:nä, mutta tahallisuuden puuttuvan, milloin seuraus on syntynyt muussa kuin siinä objektissa, johon tekijän tahto suuntautui.

¹¹ Meikäläisessä tieteisopissa on tätä kysymystä käsitellyt etenkin Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 130 ss.

lusta.¹² Eräät tutkijat puolestaan katsovat tahallisuuden olemassaolon riippuvan siitä, mikä merkitys mielikuvan ja todellisuuden välisellä eroavaisuudella voisi olla tekijän motivointiprosessin kannalta. Jos tosiasiallinen tapahtumainkulku olisi ollut omiaan pidättämään tekijää tekoonsa ryhtymästä, tahallisuuden on heidän mielestään katsottava puuttuvan.¹³

¹² Edellistä katsomusta edustaa *Coenders*, *Strafrechtliche Grundbegriffe*, 1909, s. 96: »Der Täter muss mit Wissen und Willen eine Bedingung gesetzt haben; dass seine Wirksamkeit im übrigen mannigfach abweicht von ihrem Vorstellungsbilde kommt nicht in Betracht.« Päinvastaisella kannalla on *Mezger*, *Strafrecht*, s. 310: »Zur Kenntnis des Erfolgs gehört aber nicht nur die Voraussicht des Enderfolgs, sondern auch die Voraussicht der vom Willensakt zum Enderfolg führenden Kausalreihe, d.h. aller derjenigen tatsächlichen Umstände, die der in die Erscheinung tretenden Willensakt mit dem Enderfolg verknüpfen.« Samaan tapaan kuin *Mezger* myös *Engisch*, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, s. 169: »Wir gelangen zu der Forderung, dass die zum Vorsatz gehörige Vorstellungsseite sich auf eine real vorhandene Gefährlichkeit beziehe, der Vorsatz muss die der Tat wirklich anhaftende Gefährlichkeit zum Inhalt haben.« Pääasiassa samoin *M. L. Müller*, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhang im Straf- und Schadenersatzrecht*, 1912, s. 53, joka katsoo tahallisuuteen kuuluvan tiedon adekvanssissa, koska adekvanssi on osa teon oikeudenvastaisuudesta. Lähinnä tätä kantaa edustaa myös *Tarnowski*, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, 1927, s. 156, jonka mukaan dolus determinatuksen rankaiseminen, tiedon toiminnan vaarallisuudesta puuttuessa, pelkän seurauksen syntymisen mahdollisuuden tajuamisen perusteella, johtaa ajatussyylisyyden rankaisemiseen, koska »jede Handlung in irgendeiner, meist sogar in einer unendlich grossen Zahl von Bedingungskombinationen als Bedingung des vorgestellten Erfolges denkbar ist. Beim zufälligen Eintritt eines derartigen Verlaufes würde danach in allen diesen Fällen der Täter verantwortlich sein.« — Ruotsin tietoisopissa *Hagströmer*, m.t., s. 230, lausuu: »Effekten skall hafva inträdd i den riktning, hvori dolus eller cülpa ligger gärningsmannen till last«. Asiallisesti samaa kantaa edustaa *Thyrén*, *Principierna III*, s. 51: »Ytterligare bör anmärkas, att det icke är nog, att subjektet insett, att ett kausalsammanhang finnes; det kommer äfven nu på, huru det tänkt sig detta sammanhang. Den väg, hvarpå verkan inträdd, får icke alltför mycket afvika från den väg brottslingen föreställt sig.« Toisessa kohdassa (s. 84) *Thyrén* katsoo mielletyn ja tosiasiallisen asiainkulun välillä täytyvän olla relatiivisen kongruenssin.

¹³ Tällä kannalla on *M. E. Mayer*, *Der allgemeine Teil*, s. 332, hänen esittäessään seuraavan säännön: »Der Vorsatz ist zu verneinen, wenn die in Aussicht genomme und nicht wirklich gewordene Ausführungsweise zu den Umständen gehört, die der Erfolgsvorstellung ihren motivierenden Einfluss verschafft haben.« Samoin *Liszt*, *Rikosoikeuden yleiset opit*, s. 165, katsoo tekijän erehdyksen tahdontoimintansa kulusta samoin kuin seurauksestakin poistavan tahallisuuden vain, kun erehdys on oleellinen. Näin taas on laita, »jos tosiasiallisen asiainkulun edeltäpäin arvaaminen olisi pidättänyt tekijän tekoaan tekemästä.« Vrt. ed. viite 9.

Puuttumatta laajemmin näiden kysymysten yhteydessä esitettyihin erilaisiin kannanottoihin katsomme yhtenäisen periaatteellisen ratkaisun olevan saatavissa tahallisuuden käsitteen määrittelystä. Mielestämme oikeudenvastaisuus on oleva ensisijainen syyllisyyteen nähden niin, että samoin kuin teko on ensin todettava oikeudenvastaiseksi, ennenkuin kysymys tekijän syyllisyydestä siihen ratkaistaan, samoin oikeudenvastaisuus on oleva periaatteellisesti ratkaisevampi rikoksen tunnusmerkki kuin syyllisyys. Viittaamme tämän käsityksen tueksi m.m. seurausvastuurikoksiin, joissa tekijän tahallisuus ei käsitä välittömästi seurauksesta johtuvaa kauempaa seurausta. Emme näinollen voi hyväksyä sellaisia usein esiintyviä lausumia, että rikoksessa subjektiivinen puoli olisi olennaisin ja että tahdonvaarallisuus olisi rangaistuksen varsinainen oikeusperusta.¹⁴ Tämä oikeudenvastaisuuden ensiarvoisuus on mielestämme otettava huomioon tahallisuutta määriteltäessä ja myös nyt puheenaolevia rajatapauksia ratkaistaessa.

Yleisenä sääntönä voidaan lausua, että tahallisuus käsittää tietoisuuden kaikista niistä teon objektiiviseen puoleen kuuluvista seikoista, joiden olemassaolosta teon rangaistavuus lain mukaan riippuu.¹⁵ Tämä sääntö ei ole poikkeukseton (vrt. esim. seurausvastuurikokset) eikä sitä saa ymmärtää kirjaimellisesti. Itse asiassa rikosentekijällä on aina tekoa tehdessään vain enemmän tai vähemmän epäselvä mielikuva jostakin tapahtumasta ja vasta tuomari asettaa sen yhteyteen määrätyn tunnusmerkistön kanssa tarkastaen mielikuvan soveltuvaisuutta tunnusmerkistön vaatimuksiin. Tähän tekijän mielikuvaan liittyy tosiseikkamielitteitä erottamattomasti kietoutuneina tapahtumisen lakeja koskeviin käsityksiin. Todettuaan teon oikeudenvastaiseksi tuomarin on tutkittava, ovatko tekijän teon aikaiseen mielikuvaan sisältyneet kaikki ne yksityiskohdat, jotka oikeusjärjestyksen käsitemaailman mukaan ymmärrettyinä saattavat vastata kysymykseen tulevan tunnusmerkistön yksityisiä tunnusmerkkejä. Tekijän mielikuva ja kaikki mitä siihen kuuluu on näin ollen pohjaltaan erotettava lain vaatimuksista, joiden tunteminen on tuomarin asia.¹⁶ Milloin sitten tuomari saa katsoa tekijän mielikuvan vastanneen lain vaatimuksia? Mielestämme on pidettävä riittä-

¹⁴ Näin esim. *Thyrén*, *Principierna* III, s. 67. Samaan tapaan *Hagströmer*, m.t., s. 217.

¹⁵ Näin *Serlachius*, *Oppikirja* I, s. 149.

¹⁶ Vrt. *Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit des Versuchs*, s. 105, 129.

vänä, kun mielikuvan yksityiskohdat sopivat siihen abstraktiseen tyyppiin, jota eri tunnusmerkistötekijät edustavat. Kun tapon tunnusmerkistö edellyttää teon kohdistuvan ihmiseen, on tekijän mielikuvasta voitava pelkistää toiminnan kohteena ihminen, samantekevää kuka tahansa. Kun tappoon kuuluu »hengen ottaminen» toiselta, on mielikuvan tässäkin suhteessa vastattava lain vaatimusta, t.s. tekijän mieltämän toiminnan tulee vastata ainakin jotakin mahdolliseksi katsottavaa kuolemanaiheuttamistapaa. Jos lain tunnusmerkistössä on määrätty keino, jota käyttäen rikokseen kuuluva seuraus on saavutettava, on tuomarin arvosteltava, vastaako tekijällä ollut mielikuva tätä tyypillisyyksivaatimusta. Samoin on meneteltävä mahdollisten muiden tunnusmerkistötekijöiden suhteen. Puoltamamme menettelytapa voidaan nähdäksemme ilmaista myös sanomalla, että on aina harkittava, ovatko mielikuva ja todellisuus keskenään samanarvoisia vai eivätkö.¹⁷ Esittämämme katsomus on ristiriidassa varsinkin sen edelläselostamamme käsityksen kanssa, joka selittää mielikuvan poikkeamisen tosiasiallisesta asiaintilasta olennaiseksi, kun jälkimmäisen mieltämisen olisi harkittava pidättäneen tekijän tekoonsa ryhtymästä. ei ole mitään perustetta vetäytyä tekijän motiivien tutkimiseen silloin, kun on kysymys tekijän tiedosta ja siitä, vastaako se tunnusmerkistön vaatimuksia.¹⁸

Pyrkieessämme soveltamaan katsomustamme tieteisopissa käsiteltyihin moniin erilaisiin tapauksiin meidän on yhdyttävä *Forsmanin* esittämiin käsityksiin, kun hän katsoo puuttuvan oikeudellisesti merkityksellistä aihetta error in objecto- ja aberratio ictus-tapausten toisistaan erottamiseen, koska molemmille on olennaista, että tekijä on tahtonut ihmisen kuolemaa ja näin on myöskin tapahtunut. Molemmissa tapauksissa on kysymyksessä täytetty rikos, murha tai tappo, ei pelkkä jommankumman yritys mahdollisine kuolemantuottamuksineen.¹⁹ Tällä kannalla lienee tieteisoppimme yksimielisesti ja myös

¹⁷ Näin *Mezger*, *Strafrecht*, s. 311, joka kuitenkin »todellisuudella» tarkoittaa konkreettista rikostapahtumaa eikä abstraktista tunnusmerkistöä, joka meillä on toisena vertailukohteena, s.o. mittapuuna.

¹⁸ Ks. *Serlachius*, *Oppikirja I*, s. 148; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 267, viite 6; *Hippel*, *Deutsches Strafrecht II*, s. 331; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 311 s.

¹⁹ *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 168 s. *Forsman* vetoaa kannanottonsa tueksi myös 26. 11. 1866 ann. asetukseen »taposta ilman kuolettamisen aikomusta ja muusta toisen pahoinpitelemisestä» ja vuoden 1875 rikoslainehdotukseen, joissa kummassakin oli säännökset k.o. tapausten rankaisemisesta täytettyinä rikoksina. Mainitun asetuksen 23 § kuului: »Jos räökkäystä tehdessä satutaan muuhun, kuin

oikeuskäytäntömme.²⁰ Tosiasiallisen kausaaliyhteyden mieltämistä koskevassa kysymyksessä kantamme on sopusoinnussa *Honkasalon* puoltaman käsityksen kanssa. *Honkasalo*, joka tälle kysymykselle on omistanut erikoista huomiota, ei katso tarpeelliseksi, kun teolta objektiivisessa suhteessa vaaditaan adekvaattisuutta, että tahallisuuteen vaadittaisiin konkreettisen tapahtumainkulun mieltämistä, t.s. tekijällä olleen mielikuvan ei tarvitse vastata kausaalisuuden konkreettista kulkua, vaan riittää, kun se on tunnusmerkistön tyyppivaatimusten mukainen.²¹ Tätä kannanottoa on vastustettu sillä perusteella, että tahallisuus ulottuu sen mukaan hyvin laajalle ja sen joh-

jota rääkätä tahdottiin, rangaistaan niinkuin työ olisi tehty sitä vastaan, jolle se aivottu oli; älköön kuitenkaan rangaistuksen koroittamiseksi lukuun otettako erityistä omituisuutta tässä jälkimäisessä hengessä, eikä erityistä suhtaa hänen ja teko-miehen välillä muutoin kuin raskauttavana seikkana». Rikoslainehdotuksen 61 §:ssä taas sanotaan: »Har genom misstag, förväxling, villfarelse eller annan sådan tillfällighet, värkan af uppsåtligt brott drabbat annan person, eller annat ting, än förbrytaren åsyftade: såsom att han i misshugg slagit eller dräpt annan, än han slå eller dräpa ville, eller att han skadat eller stulit annat ting, än han skada eller stjåla ville; då skall brottet honom ändå såsom uppsåtlig förbrytelse tillräknas, medan sådan därvid förekommande omständighet, som straffet försvåra kunde, i fall den hade varit honom bekant, icke vid straffets utsättande afses, där ej så är, att han den kunnat och bort inse, i fall han omtänksammare varit.» — Ks. myös *Serlachius*, Oppikirja, s. 148: »Tekijän syyllisyyttä arvosteltaessa ei tällä erotuksella kuitenkaan ole mitään merkitystä, sillä perustuipa tuo tosiasiallinen seuraus harhaiskuun tahi henkilöä koskevaan erehdykseen, niin se saattaa tekijälle olla yhtä vastenmielinen tai miellyttävä, yhtä arvattava tahi odottamaton, sanalla sanoen jotakin, jota hän yhtä vähän tai yhtä paljon on ottanut lukuun tekoansa tehdessään.»

²⁰ Ks. *Nojonen*, m.t., s. 65. *Nojonen* (s. 58 s.) huomauttaa aivan oikein yhteiskunnallisten näkökohtien puoltavan loukkauksen katsomista tahalliseksi error in objecto- ja aberratio ictus-tapauksissa.

²¹ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 133 ja *Sikiönlähdettäminen*, s. 155 s. Samalla kannalla on pääasiassa ollut myös *Forsman*, joka lausuu (Allmänna läror, s. 181): »Men vi måste taga särskildt i betraktande kausalitetsförhållandet vid den dolosa handlingen. Härvid är först att märka att förbrytarens handling ingalunda behöver vara en sådan som ens efter subjektets egen uppfattning med nödvändighet måste medföra effekten. En annan utgång af sin handling hade subjektet mycket väl kunnat tänka sig, och lika fullt kan den fulla ansvarigheten för effekten hvilat på subjektet. Det hufvudsakliga är naturligtvis att effekten blir genom förbrytarens värksamhet förorsakad». Samoin hän toisessa yhteydessä lausuu (Allmänna läror, s. 185): »För min del ville jag för öfrigt uttala den uppfattning, att det öfver hufvud är likgiltigt för frågan om tillräkning, hvilken föreställning subjektet gjort sig angående kausalsammanhangets förlopp, blott det som åstadkommit icke i betydligare mån i straffrättsligt hänseende afviker från det som åsyftats».

dosta tekijä joutuu vastaamaan monissa sellaisissakin tapauksissa, jotka eivät ole rangaistuksen ansaitsevia.²² Huomattava kuitenkin on, että tämä vastustus on aiheellista vain, kun oikeudenvastaisuuden arvostelemisessa ei pidetä kiinni adekvaattisuuden vaatimuksesta. Silloin kun oikeudenvastaisuus jo merkitsee rikosoikeudellisen arvostelun rajoittamista vain niihin tapauksiin, jotka normaaliolosuhteissa muodostavat myös rikoksen, ja tätä on mielestämme adekvanssiin nojautuva oikeudenvastaisuus, ei ole mitään syytä etsiä rajoituskriteeriä tekijän mielikuvan määrättyneisyydestä, mikä on usein paitsi ympäristölle myös tekijälle itselleen epäselvä kysymys ja varsinkin jälkeenpäin vaikeasti todettava. Vasta sitten kun ensin on todettu teon oikeudenvastaisuus, on kysyttävä, onko tekijällä ollut myös tahallisuus.²³ Mainitaksemme muutaman esimerkin täytetyn rikoksen on katsottava olevan kysymyksessä, kun salametsästäjä tähtää pysylyään metsästysvartijaa ja tämä sen huomattessaan hyppää sivuun ja syöksyy rotkoon henkensä menettäen;²⁴ samoin kun A on sitonut B:n puuhun tarkoituksessa, että pedot, joita seudulla on runsaasti, hänet repisivät, mutta B saakin surmansa samalla seudulla metsästelevän verivihollisensa C:n puukoniskuista, näin kuitenkin vain edellytyksin, että toiminnan hetkellä arvostellen oli katsottava huomioon-

²² Arvostelusta ks. etenkin *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, s. 152 ss.

²³ Adekvaattisuuskohdasta rangaistavuuden rajoituksena ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 135 ss. ja Sikiönlähdettäminen, s. 142 ss. — *Hippel*, joka ei myöskään tahallisuuteen vaadi tosiasiallisen kausaalikulun mieltämistä, huomauttaa tämän kysymyksen yhteydestä tuottamusta koskevaan oppiin. Hänen koko kysymystä hyvin valaiseva lausuntonsa kuuluu: (*Deutsches Strafrecht II*, s. 336): »Die Frage lautet deshalb hier: Muss sich der Vorsatz des Täters auch auf den wirklich eingetretenen Kausalverlauf beziehen und evtl. wie weit? Ganz dasselbe Problem entsteht bei der Fahrlässigkeit in dem Sinne: Muss der wirklich eingetretene Verlauf vorhersehbar gewesen sein? Die Lösung ergibt sich aus dem Wesen der Schuld. Der Schuldvorwurf lautet: Du hast die Verwirklichung des Deliktstatbestandes als Erfolg deiner Handlung gewollt (Vorsatz) oder voraussehen und vermeiden müssen (Fahrlässigkeit). Dieser Vorwurf mindert sich in keiner Weise, wenn der Verlauf zwischen Handlung und Erfolg ein anderer war, als ihn sich der Täter dachte. Daraus folgt: Vorsatz und Fahrlässigkeit sind nicht auf dem in concreto eingetretenen Kausalverlauf zu beziehen. Ist aber die Abweichung des Kausalverlaufs für verständiges Urteil ein völlig unberechenbare, so fehlt die adäquate Verursachung und deshalb die strafrechtliche Verantwortlichkeit.» Ks. myös *Hippel*, Vergl. Darst. A III, s. 544 ss.

²⁴ *Mezger*, Strafrecht, s. 312, katsoo tässä tapauksessa olevan vain yrityksen; toisin kuitenkin *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 268 s.

otettavaksi mahdollisuudeksi, että B voisi saada surmansa myös C:n kautta.²⁵ Jos A lähettää täysikasvuisen B:n junamatkalle, jotta tämä kuolisi ehkä sattuvassa junaonnettomuudessa, ja B kuolee kompassittuun ja kaaduttuun junanvaunussa, niin adekvaattisuus puuttuu; jos adekvanssin kuitenkin katsottaisiin tällaisessa tapauksessa olevan olemassa, niin rangaistavuuden estää tahallisuuden puuttuminen, koska junaonnettomuuden sattuminen ei ole huomioonotettavan mahdollisuuden rajoissa ja tekijän »tahto» on senvuoksi arvosteltava vain toiveeksi.²⁶ Entä sellainen tapaus, että A lyö surmaamistarkoituksessa kovalla esineellä B:tä päähän ja otaksuen tämän kuolleen heittää hänet, salatakseen rikoksensa, läheiseltä sillalta mereen, jolloin B itse asiassa saa surmansa hukkumisen johdosta (n.s. dolus generalis-tapaus)? Kun tällaisissa tapauksissa voitane katsoa olevan kysymys yhdestä rikosoikeudellisesta teosta²⁷ ja tapahtumasarja on varsin yhtenäinen, ei tahallisuuden usein vaikeasti todettavaan keskittymiseen ensi toimintavaiheeseen liene syytä panna ratkaisevaa merkitystä, kun oikeustajunta selvästi vaatii rangaistusta täytetystä rikoksesta.²⁸ Useimmissa tämänkaltaisissa tapauksissa tekijällä lisäksi lienee dolus eventualis vielä ratkaisevassa loppuvaiheessa. Milloin sitävästoin on niin, että suunniteltu seuraus syntyy jo tekijän suorittaessa vasta valmiste-

²⁵ Näin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 133 s., jossa tämä esimerkki esitetään.

²⁶ Vrt. ed. s. 193. Ks. myös *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 260 s.; *Tarnowski*, m.t., s. 157.

²⁷ Teon ykseydestä ks. *Mezger*, Strafrecht, s. 460 ss.

²⁸ Ks. *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 154 ss., jossa esimerkein osoitetaan päinvastaisen kannanoton johtavan epätydyttävään tulokseen. Toisella kannalla kuitenkin *Forsman*, Allmänna läror, s. 188 s. Täytetyksi rikokseksi selittävät dolus generalis-tapauksen myös *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 268, viite 7 ja *Hippel*, Vergl. Darst. A III, s. 546, viite 2; *Deutsches Strafrecht*, s. 337, viitt. 1, 2. Saksan vallitseva tieteisoppi katsoo tämän tapauksen kuten aberratio ictuksen yritykseksi, johon yhtyy mahdollinen tuottamuksellinen täytetty rikos. Näin m.m. *Allfeld*, m.t., s. 177; *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 330; *Mezger*, Strafrecht, s. 314 s. ja *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, s. 72. Heidän mielipiteensä mukaan vaadittava tahallisuusmielikuva puuttuu sillä hetkellä, jolloin varsinainen surmaamistoimi suoritetaan, joten tahallisuuden ja toiminnan samanaikaisuuteen kohdistuva vaatimus jää täyttämättä. Tältä perustelulta ei mielestämme voida kieltää määrättyä teoreettista oikeutusta. Tahallisuuden ja tuottamuksen vaatimisesta juuri ratkaisevan toiminnan hetkellä ks. etenkin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 192, myös viite 13 ja *Sikiönlähdettäminen*, s. 154. Ruotsin tieteisopissa *Hagströmer* katsoo esittämämme esimerkin mukaisessa tapauksessa olevan kysymyksessä vain yrityksen, ei tahallisen täytetyn rikoksen.

lutoimia, tekijän syyllistymisestä tahalliseen täytettyyn rikokseen ei voi sitävästoin olla kysymys, ellei tekijällä ole jo dolus eventualis sanottuun seuraukseen nähden.

Edellä olevaan esitykseen nojautuen voimme todeta usein olevan itse asiassa kysymyksen yrityksestä silloin, kun näyttäisi olevan olemassa tahallinen täytetty rikos. Näin on etenkin, kun ulkonainen teko ja tekijän mielikuva vastaavat eri tunnusmerkistöjä. Jos tekijä ampuessaan osuu koiraan, mutta hän on tarkoittanut ampua koiran isännän, hän on syyllistynyt surmaamisen yritykseen ja samalla mahdollisesti tahalliseen omaisuuden vahingoittamiseen. Samoin jos ampuminen kohdistuu toiseen kahdesta lähekkäin olevasta henkilöstä ja sen johdosta vain se, jota ei tarkoitettu, haavoittuu, on ampuja tuomittava toiseen nähden murhan tai tapon yrityksestä ja toisen suhteen, mikäli ei voi olla kysymys häneenkin nähden surmaamisen yrityksestä, tahallisesta tai tuottamuksellisesta pahoinpitelystä, jos subjektiiviset edellytykset ovat olemassa. Kun tahallisuuteen ei ole vaadittava tietoa tosiasiallisesta kausaalikulusta, ei eroavaisuuksien esiintyessä mielletyn ja tosiasiallisen syy-yhteyden välillä syyllistyminen pelkkään yritykseen tule kysymykseen. Mutta selvää on toisaalta, että tekijän syyksi jää vain yritys, milloin syy-yhteys hänen toimintansa ja syntyneen seurauksen väliltä kokonaan puuttuu tai jää selvittämättä. Jos se, jolle on annettu hitaasti vaikuttavaa myrkkyä, saa heti myrkyn antamisen jälkeen surmansa toisen ampumasta luodista ja tapahtumilla ei ole yhteyttä keskenään, on ensimmäinen teko jäänyt vain surmaamisen yritykseen.²⁹

²⁹ Vrt. myös oikeustapaus Lakikirja (v. 1944) RL 4:1 kohdalla: »Syytetty, joka oli antanut kuolettavaan tautiin sairastuneelle myrkkyä, tuomittiin murhayrityksestä, kun myrkytetty sittemmin kuoli, mutta selvitystä puuttui siitä, että myrkkyannos oli aiheuttanut kuoleman. S:n päät. 18 tammik. 1907. Lm 1907 siv. 32.»

VI LUKU.

Yrityksen syyksiluettavuus.

Yrityksen toteaminen täytetyn rikoksen vastakohdaksi merkitsee yritykseen nähden vain negatiivista lausumaa siitä, mitä yritys ei ole. Pyrittäessä luonnehtimaan yritystä positiivisesti on ryhdyttävä tutkimaan, missä suhteessa yritys on puutteellinen vastaavaan täytettyyn rikokseen verrattuna. Ilman muuta on selvää, että ainakaan objektiivisessa suhteessa yritykseen ei sisälly kaikkea sitä, mikä on ominaista täytetylle rikokselle. Mutta miten on asian laita yrityksen subjektiivisen puolen suhteen? Kaikki tutkijat ovat yhtä mieltä siitä, että yritykselle tunnusomainen vajavuus ei koske sille subjektiivisessa suhteessa asetettavia vaatimuksia. Ilmeistä onkin, kun on kysymyksessä jonkin rikoksen »yrittäminen», syyksiluettavuuteen nähden on vaadittava vähintään saman verran kuin täytetyssä rikoksessakin. Pikemminkin herää epäily, eikö yrityksen suhteen tässä katsannossa ehkä ole asetettava suurempiakin vaatimuksia, eikä vain sikäli, että luottamuksellinen »yrittäminen» selitetään mahdottomaksi. Juuri viimeksisanotussa mielessä tieteisopissa on voimakkaasti esiintuotu mielipide, että vain raskain tahallisuuden laji riittää vastaamaan yrityksessä vaadittavaa syyllisyyttä. Vaikka emme hyväksykään tässä katsomuksessa ilmenevää yrityksen subjektiivisen puolen yksipuolista korostamista, niin koska kuitenkin, päinvastoin kuin täytetyssä rikoksessa, yrityksessä subjektiivinen puoli on määrätyssä mielessä etualalla objektiiviseen puoleen verrattuna, katsomme aiheelliseksi käsitellä yrityksen syyksiluettavuuteen liittyviä kysymyksiä ennen yritysteon oikeudenvastaisuuden esille ottamista.

Kun yritys on rikoslaissamme tarkoituksellisesti jätetty määrittelemättä, on yrityksen käsitteen määrittely tieteisopin tehtävä. Paljon ei apua tässä ole saatavissa rikoslain käyttämistä ilmaisuista »yritys» ja »yrittää», sillä näitä sanoja käytetään tavallisessa puheessa monissa eri merkityksissä. Toisinaan »yrityksellä» tarkoitetaan lähinnä

subjektin asennoitumista, hänen pyrkimystään saavuttaa jokin määrätty tulos. Yhtä usein kuitenkin »yrityksellä» ymmärretään toiminnan tulosta, joka ei riitä ajatelluksi lopputulokseksi, esim. sanotaan, että joku on tehnyt yrityksen. Aivan subjektista riippumaton taas on »yritys» silloin, kun sitä käytetään ilmaisemaan ansiolähdettä, esim. kauppaliikettä. Näinollen päättely »yrityksen» ja »yrittämisen» sanallisen merkityksen pohjalla on epävarmaa ja siitä on syytä pidättäytyä mikäli mahdollista.¹ Yrityksen tunnusmerkkien toteamiseksi on nähdäksemme päinvastoin teleoloogista katsomustapaa seuraten pyrittävä selvittämään yrityksen kriminalisoinnin asiallista merkitystä ja tutkittava, mitä johtopäätöksiä siitä voidaan vetää yrityksen käsitesisältöön nähden. Tältä pohjalta lähtien katsomme voivamme sanoa, että yritys on niinkuin täytetty rikoskin ensisijassa oikeudenvastainen teko ja että näinollen syyksiluettavuuden kaikki lajit riittävät yritykseenkin, mikäli estettä johonkin lajiin nähden ei erityisestä syystä ilmaannu.

Selvää on, että nimenomaan tahallisuuden raskain laji: dolus determinatus, oikeudenvastaisen seurauksen aikaansaamisen tarkoittaminen, on yritykselle ominaista.^{1a} Seurausta koskeva mielikuva on tällöin vaikuttimena seurauksen saavuttamiseen tarvittavan oikeudenvastaisen teon suorittamiseen. Ja vaikka tekijän tarkoitus varsinaisesti kohdistuukin tulevaisuudessa ilmaantuvan muutoksen syntymiseen eikä siis toiminnanhetkisten seikkojen olemassaoloon, niin ei kuitenkaan ole estettä selittää toiminnasta johtuva seuraus kaikkine tunnusmerkistön mukaan siihen liittyvine seikkoineen tekijän tahtomaksi ja tarkoittamaksi. Asia ei myöskään muutu, vaikka useat mielikuvat samanaikaisesti olisivat toimintaan johtamassa, kun vain jokin niistä vastaa kiellettyä seurausta. Tarkoittamiseen ei edelleen ole välttämätöntä, että mielletty tavoite olisi sama tai edes samaa laatua kuin kielletty seuraus: jälkimmäinen voi esiintyä välivaiheena edelliseen pyrittäessä. Välivaihekin on katsottava tekijän tarkoittamaksi. Jos näin tahallisuuden olemassaolo onkin yleensä selvä tekijän tarkoittaessa kielletyn seurauksen aikaansaamista, niin vai-

¹ Toisin kuitenkin *Montelius*, *Försökslärans objekt*, 1918, s. 154 s. Hänen mielestään yrityksen määrittelyssä on lähdettävä kielellisistä perusteista.

^{1a} *Serlachius*, *Oppikirja I*, s. 170 s., katsoo »yrittämisen» edellyttävän tarkoituksellista toimintaa. Samoin *Torp*, m.t., s. 498, vaatii yrityksessä kielellisillä perusteilla dolus determinatusta. Tällä kannalla on ollut myös Ranskan ja Italian tieteisoppi ja käytäntö, ks. tästä *Frank*, *Vergl. Darst. A V*, s. 193.

keutta saattaa kuitenkin ilmaantua sen johdosta, ettei aina ole helppoa ratkaista, onko kysymyksessä todellinen tahtominen, joka ympäristön on otettava vakavasti. Ajateltakoon esim. tapausta, että A lähettää B:n metsään, jotta tämä saisi nousevan ukkosilman arkana salaman iskusta surmansa. Kun tällaisissa tapauksissa toisinaan seuraus on yleisesti katsoen saattanut olla odotettavissa, mutta tekijän odotus kuitenkin on perustunut lähinnä hänen yksinkertaisuuteensa, nousee kysymys, onko tekijällä ollut tahallisuus. Puuttumatta enää laajemmin tähän jo aikaisemmin koskettelemaamme kysymykseen,² toteamme vain, että tekijän mielikuvaan täytyy sisältyä luonnonlakien mukaisen kausaalisuuden hyväksikäyttö ja että seurauksen tulee tältä pohjalta osoittautua ainakin mahdolliseksi, koska muussa tapauksessa ei ole kysymys rikosoikeudessa huomioonotettavasta tahtomisesta, jolle tahallisuus rakentuu.³ Näinollen yliluonnollisten, ihmisten hallintamahdollisuuksien ulkopuolella olevien keinojen käyttämiseen perustuvat rikosyritykset ovat rankaisemattomia paitsi oikeudenvastaisuuden puuttumisen johdosta myös siksi, ettei tekijällä ole vaadittavaa tahallisuutta.

Kielletyn seurauksen tarkoittamiseen liittyy läheisesti se tapaus, että tekijän tahto varsinaisesti kohdistuu jonkin tavoitteen saavuttamiseen, mutta tekijän tietien toiminnan yhteydessä tapahtuu tai tavoitteeseen liittyy välttämättömästi määrätty oikeudenvastainen seuraus. Kun seurauksen tarkoittamisessa on tunnusomaista juuri kielletyn seurauksen tavoitteleminen, liittyy tässä n.s. dolus directus-tapauksessa tekijän mielikuvaan saavutettavasta tavoitteesta myös mielikuva siihen tai sen saavuttamiseen ehdottomasti liittyvästä muusta seurauksesta. Voidaan hyvin sanoa, että tällaisten olosuhteiden vallitessa myös viimeksimainittu seuraus on tekijän tahtoma. Yhdentekevää on, onko se tekijän toivoma vai ei, sillä tarkoittamansa tuloksen saavuttaminen on tekijälle kuitenkin ollut mieluisampaa kuin siitä

² Ks. ed. s. 193 ja erik. viitteessä 7 main. kirjall.

³ Ks. myös Kohler, Studien I, s. 11, jossa lausutaan: »das Strafrecht verlangt einen individualisierten Willen, nicht etwa bloss einen abstrakten Erfolgswillen; es verlangt einen Willen, der durch das Medium eines Naturcausalismus hindurch den Erfolg herbeiführen will». Vrt. aik. s. 162. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 260 s., mukaan dolus determinatus-tapauksessa on yhdentekevää, »ob der Täter mit grösserer oder geringerer Bestimmtheit auf den Eintritt des Erfolges gerechnet, diesen als notwendig oder als möglich vorausgesehen hat.» Samoin Hippel, Vergl. Darst. A III, s. 492 s. ja Frank, Strafgesetzbuch, s. 191.

luopuminen siihen välttämättömästi liittyvän seurauksen vuoksi.⁴ Hyvin ilmeistä on, että »yrittäminen» on myös tällaisessa muodossa mahdollista. Niistä tutkijoista, jotka eivät katso kaikkien tahallisuuden lajien voivan tulla yrityksessä kysymykseen, eräät pitävät joka tapauksessa dolus determinatuksen rinnalla tämän tahallisuuden lajinkin riittävänä aiheuttamaan rangaistuksen yrityksestä.⁵ Mutta kun seurauksen mieltäminen välttämättömästi tapahtuvana useimmiten itse asiassa on sen mieltämistä erittäin todennäköisenä, täytynee tähän tahallisuuden lajiin liittää myös ne tapaukset, joissa suunnitellusta toiminnasta erittäin suurella todennäköisyydellä syntyvän oikeudenvastaisen seurauksen mieltäminen ei ole kyennyt pidättämään tekijää toimintaansa ryhtymästä.⁶

Edelleen joku henkilö voi tarkoittaessaan määrätyn teon tekemistä havaita sen suorittamiseen mahdollisesti liittyvän sellaisen seurauksen, johon sopii jokin rikostunnusmerkistö, tai tekoon mahdollisesti liittyvän sellaisen seikan, joka aikaansaa sen katsomisen rikokseksi. Jotta tahallisuudesta lievimmässä muodossa voisi olla kysymys, tekijän täytyy mieltää kaikki toimintaansa liittyvät, rikokseen vaadittavat seikat ainakin mahdollisiksi. Kun kuitenkin on selvää, ettei kaikkia niitä tekoja, joissa tekijä mieltää rikokseen vaadittavat seikat mahdollisiksi, voida lukea tahallisten rikostekojen piiriin, ajateltakoon esim. tapausta, jossa tekijä koettaa kaikin voiminsa estää mieltämänsä sivuseurauksen syntymistä, niin herää kysymys, mitä on vaadittava lisäksi, jotta mahdollisena mielletty seuraus voitaisiin katsoa myös tekijän tahallisesti aiheuttamaksi. Tarkoittamamme tahal-

⁴ Näin *Bar*, Gesetz und Schuld II, s. 310; *Hippel*, Vergl. Darst. A III, s. 494 ja *Deutsches Strafrecht* II, s. 310; *Mezger*, Strafrecht, s. 339. Ks. myös *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 35 s. Sitä käsitystä vastaan, että tekijän tahtomiksi katsotaan myös hänen pelkästään mieltämänsä tosiseikat, saatetaan väittää, ettei voida sanoa varkaan tahtovan, että varastettava esine on vieras tai sikiönlähdettäjän tahtovan raskaudentilansa olemassaoloa. Näin *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 257, viite 9. Tämän johdosta on huomautettava, että tekijä ei sisällytä tahtoonsa vain ulkomaailmassa aiheutettavaa muutosta, vaan myöskin tuntemansa, jo olemassaolevat teko-objektin ominaisuudet samoin kuin kaikki muut tekoon liittyvät seikat. Varas tahtoo ottaa esineen juuri vieraana esineenä, joskin hänestä olisi mieluisampaa, että se kuuluisi jo hänelle; sikiönlähdettäjä turvautuu lähdeämiskeinoon juuri raskaanaolevana. Ks. tästä etenkin *Mezger*, Strafrecht, s. 339.

⁵ Näin etenkin *Thyrén*, Principierna III, s. 72 ja *Förberedande utkast till strafflag*, s. 31. Vrt. myös *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 37.

⁶ Ks. *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, s. 175 ss.; *Mezger*, Grundriss, s. 95.

lisuuden lievimmän lajin, n.s. dolus eventualiksen, määrittely on osoittautunut erittäin vaikeaksi, mutta toisaalta on huomattava, että tarkkaan määrittelyyn on mikäli mahdollista pyrittävä, koska laki edellyttää tahallisuuden ja tuottamuksen välillä olevan selvän rajan. Monissa rikoksissa rangaistavuus nimenomaan edellyttää tekijän tahallisuutta. Myös rikoksen yritykselle katsotaan aivan yleisesti olevan ominaista tahallisen tekemisen, olipa sitten tahallisuus mitä lajia tahansa.⁷ Voidaksemme ratkaista, missä määrin tahallisuuden lievinkin laji täyttää ne vaatimukset, mitä »yrittämiselle» subjektiivisessa suhteessa näyttää olevan asetettava, meidän on syytä kiinnittää erikoista huomiota dolus eventualista koskevaan ongelmaan.⁸

⁷ Ks. *Forsman*, Allmänna läror, s. 204; *Grottenfelt*, m.t., s. 105; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 173; *Hagströmer*, Svensk straffrätt, s. 235 s.; *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 37 s.; *Hagerup*, Strafferettens almindelige del, s. 145; *Skeie*, Den norske strafferett I, s. 290 s.; *Frank*, Vergl. Darst. A V, s. 194 ja Strafgesetzbuch, s. 85; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 396, myös viitt. 1 ja 2; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 302, myös viite 9; *Mezger*, Strafrecht, s. 379 s.; *Lobe*, Reichs-Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar I, s. 302.

⁸ Tahallisuusopin koko alueella on kauan aikaa vallinnut erimielisyys n.k. mieltämis- ja tahtoteorioiden kannattajien välillä. Edellisten mukaan tahallisuuden olemassaolo riippuu lähinnä siitä, onko tekijä mieltänyt rikokseen kuuluvat seikat, jälkimmäisillä tahallinen on teko, joka on tahdottu. Tämä vastakkaisuus, joka nimenomaan aikaisemmin oli varsin jyrkkä, on myöhemmin lieventynyt puolin ja toisin tehtyjen myönnytysten johdosta. Ks. tästä *Serlachius*, Oppikirja I, s. 140 ss. Nykyiset mieltämisteorian edustajat selittävät väärinkäsitykseksi sen vastustajien esittämän väitteen, että mieltämisteoria pyrki eliminoidaan tahtomisen koko rikosoikeudesta ja katsovat päinvastoin kaikkien sanotun teorian kannattajien edellyttävän, että tahallisuutta ei voi olla ilman tekoa ja siis myös tahtomista. Näin perustelevat kantaansa *Frank*, Strafgesetzbuch, s. 181 ja *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 256, viite 9. Toisaalta tahtoteorian puoltajat ottavat tahdon käsitteensä laajassa mielessä. Heidän mielestään tahdottu on myös sellainen seuraus, jonka tekijä mieltää välttämättömästi liittyvän tarkoitettuun seuraukseen tai sitä edeltäneeseen toimintaan. Vieläpä monet tutkijat selittävät tahdotuiksi kaikki ne toiminnan seuraukset, joiden mieltäminen ei ole pystynyt pidättämään tekijää toimintaansa ryhtymästä. Viimemain. katsomuksesta ks. etenkin *Hippel*, Vergl. Darst. A III, s. 504 ss. Kun täten tahtominen on suurella määrin samaistunut mieltämisen kanssa, useat tutkijat katsovat vastakohtana olevan enää vain muodollisen. Ks. tästä *Serlachius*, Oppikirja I, s. 140 ss.; *Frank*, Strafgesetzbuch, s. 181; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 256, viite 9. Tätä käsityskantaa vastaan on kuitenkin huomautettava, että tahallisuuden alueen alarajalla, dolus eventualis-opissa, vanha vastakohta edelleenkin on merkityksellinen. Näin *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 150, viite 7; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 321; *Mezger*, Strafrecht, s. 307; *Beling*, Grundzüge, s. 49.

Pyrittäessä toteamaan, mitä on vaadittava mahdollisuuden mieltämisen lisäksi, jotta voisi olla kysymys tahallisesta tekemisestä, on erotettava toisistaan lähinnä kolme mielipidesuuntaa. Niillä on kaikilla laaja kannatus nykyajan tieteisopissa.⁹

Ensimmäisen katsomustavan mukaan mahdolliseksi ajateltu, tekoon liittyvä seikka on oleva »tahallaan tahdottu», kun tekijä on pitänyt sen olemassaoloa tai ilmaantumista todennäköisenä (n.s. *to-denn-ä-kö-i-s-y-s-t-e-o-r-i-a*, *Wahrscheinlichkeitstheorie*). Tekijän mieltämä suurempi mahdollisuuden aste on siis tämän teorian mukaan ratkaiseva.¹⁰ Tämän katsomuksen kompastuskivenä on se tosiasiassa, että tekijän toiminnan arvosteleminen tahalliseksi itse asiassa riippuu ratkaisevasti hänen tahdonsuunnastaan eikä vain hänen mielikuvistaan. Pelkkä todennäköisyyden mieltäminen sellaisenaan enempää kuin mahdollisuudenkaan mieltäminen ei voi tahallisuutta perustaa. Toisin on asia kyseen ollessa välttämättömyyden mieltämisestä. Toiminnan jonkin osan mieltäminen välttämättömästi tapahtuvaksi liittää sen erottamattomasti tahtomiseen.¹¹ Tämän teorian

⁹ Vrt. etenkin *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 150 s., viite 7; *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 189 ss.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 342 ss. ja *Grundriss*, s. 94 ss.; *Engisch*, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, s. 126 ss.

¹⁰ *Todennäköisyysteorian myöhemmistä kannattajista on Sauer huomattavimpia*, ks. *Grundlagen*, s. 610 s. ja *Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit*, *Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw.* 51, 1931, s. 175 ss. *Sauerin* mukaan tahto on tosin syyllisyysmoitteen kohde, mutta tahallisuutta on kuitenkin tarkastettava erillään sanotusta moitteesta. *Dolus eventualiksessa* hänellä on ratkaisevana todennäköisyyden, nimennomaan adekvaattisen kausaalisuuden tunteminen, mikä sensijaan puuttuisi tietoisessa tuottamuksessa. Vaaran läheisyyden mieltäminen on *Sauerilla* erokriteeriona. Hän myöntää, että raja-alueelle ovat ominaisia tarkkojen rajojen sijasta vähittäiset ylimenot, mutta ne eivät aiheuta tavallista suurempaa epäselvyyttä, koska »in der Regel wird sich leicht ermitteln lassen, ob der Täter mit der nahen Möglichkeit, also mit wirklicher »Gefahr« rechnete oder ob er nur an eine ganz entfernte Möglichkeit ihres Eintritts glaubte» (m.k., s. 176). Tässä tulevat käytäntöön laajojen kansalaispiirien aivan tavanomaiset katsomukset. Lukuisat henkilöt: lääkärit, insinöörit y.m., joutuvat ammatissaan päivittäin tekemään ratkaisuja siitä, onko joku toimi katsottava vaaralliseksi vai ei, ja oikeusjärjestys seuraa vain näitä yhteiskuntaelämälle ominaisia luonnollisia katsomuksia. Pantaessa ratkaiseva merkitys sille seikalle, että tekijä hyväksyy mieltämänsä seurauksen syntymisen, *Sauerin* mielestä johdutaan asettamaan tiedon suhteen vaatimukset niin vähäisiksi, että erittäin kaukaistakin seurauksen syntymismahdollisuutta koskeva tieto voi vielä riittää tahallisuuteen.

¹¹ *Ks. Hippel*, *Vergl. Darst. A III*, s. 504 s.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 345 ja *Grundriss*, s. 95. — *Lisztin* oppikirjassa on aina puollettu tahallisuusopissa todennäköisyys- l. mieltämisteoriaa. Kuitenkin on huomattava, ettei oppikirjan myöhemmissä

heikkoutena on myös, että sitä käyttäen dolus eventualiksen ja culpa luxurian välinen raja jää hyvin häilyväksi.

Toiselle mielipideryhmälle on tunnusomaista, että mahdolliseksi mielletty teon osa on tahallaan tahdottu, kun tekijä on sen olemassaoloon tai syntymiseen suostunut (n.s. suostumusteoria, Einwilligungstheorie). Tämä ryhmä on varsin laaja ja monivivahteinen, ja siihen on laskettava paitsi varsinaiseen tahtoteoriaan kuuluvat katsomukset,¹² myös ne mielipiteet, joissa tähdennetään tekijän tunne-assennoitumisen merkitystä ratkaisukriteeriona.¹³ Suurempaa huomiota ja kannatusta kuin edelliset on osakseen saanut *Frankin* jo v. 1890 kehittämä n.s. hypoteettinen suostumusteoria, jonka mukaan seurauksen mieltäminen mahdollisena riittää tahallisuudeksi vain, jos sen mieltäminen varmana ei olisi pidättänyt tekijää tekoonsa ryhtymästä (n.s. *Frankin* sääntö).¹⁴ *Frank* on kuitenkin myöhemmin muut-

painoksissa käytetty sanonta enää edusta puhdasta mieltämisteoriaa, kun dolus eventualiksen sanotaan puuttuvan, milloin tekijä on mielessään torjunut seurauksen syntymisen, minkä ohessa hyväksytään n.s. *Frankin* sääntö. Ks. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 261 ss. Myöskin *Serlachius*, Oppikirja I, s. 142 ss., on määritellyt dolus eventualiksen todennäköisyysteoriaa seuraten, mutta viittaa sen ohella myös *Frankin* sääntöön. Hän pitää m.m. *Thyrénin* ja *Torpiin* vedoten todistettuna, ettei tahallisuuden ja tuottamuksen välillä ole olemassa mitään varmaa rajaa.

¹² Varsinaisen tahtoteorian edustavimpana kannattajana on mainittava *Hippel*, joka katsoo dolus eventualiksen olevan olemassa, kun mahdolliseksi mielletyn, itsessään yhdentekevän tai epämieluisen seurauksen syntyminen on tekijälle kuitenkin mieluisampaa kuin koko toiminnan sikseenjättäminen. Hän hyväksyy *Frankin* säännön. Ks. Vergl. Darst. A III, s. 506 ja Deutsches Strafrecht II, s. 324.

¹³ N.s. tunneteorioista mainittakoon *Kohlrauschin* käsitys, jossa ratkaisevana on »Gefühlwert, den eine unterstellte Vorstellung für die Täterpersönlichkeit haben würde». Ks. Reform des Reichsstrafgesetzbuchs I, 1910, s. 199.

¹⁴ Näin Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 10, 1890, s. 169 ss. Vrt. ed. viite 11 *Frankin* säännön osakseen saamasta suosiosta. Mainittakoon myös, että se on saanut laajaa kannatusta Ruotsissa, jossa oikeuskäytäntökin lieene sen omaksunut. Ks. tästä *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 36 ja *Ekeberg-Strahl-Beckman*, m.t., s. 20 s. Ruotsin oikeuskäytännöstä viitattakoon kuitenkin tapaukseen, jossa suostumuksen vaatimisesta dolus eventualiksessa ei katsottu voivan pitää kiinni. Kyseisessä oikeustapauksessa (ks. Nytt juridisk arkiv 1941, s. 466) korkein oikeus tuomitsi mieshenkilön haureuden harjoittamisesta alle 15 vuotiaan tytön kanssa m.m. sillä perusteella, että oli katsottu ilmeiseksi, että vaikka tekijä ei varmuudella tiennyt tytön olleen alle 15 vuoden ikäisen, hänelle kuitenkin oli täytynyt olla varsin epätietoista, miten asia tässä suhteessa oli. Hovioikeus oli hypoteettisen suostumusteorian mukaisesti selittänyt täytyvän pitää varmana, ettei mies, jos hän olisi tiennyt tytön iän, olisi kuitenkaan pidättäytynyt teostaan. Ks. *Strahl*, Svensk rättspraxis. Stråffrätt 1939—1943, Svensk juristtidning 1945, s. 32 ss., joka katsoo käytetyn sanamuodon viittaavan lähinnä tuottamukseen. Vrt. kuitenkin *Alexandersson*, Tillämpning

tanut katsomustaan sen johdosta, että aikaisempi sanamuoto on ollut omiaan johtamaan siihen harhakäsitykseen, että ratkaisu riippuisi pelkästään tekijän luonteesta eikä ensi sijassa hänen kertakaikkisesta sielullisesta asennoitumisestaan juuri kysymyksessäolevan toiminnan yhteydessä. Muutetun katsomuksen mukaan dolus eventualis on olemassa, kun voidaan ajatella tekijän toiminnan hetkellä sanovan itsekseen: »olkoon niin tai näin, käyköön niin tai näin, minä toimin joka tapauksessa». Esittäessään tämän uuden sanamuodon, n.s. positiivisen suostumusteorian, *Frank* kuitenkin edelleen korostaa entisen katsomuksensa arvoa sopivana todistuskeinona.¹⁵

Kolmas mielipidesuunta, josta varsinkaan *Frankin* myöhempi teoria ei nähdäksemme asiallisesti katsoen poikkea, pyrkii löytämään oikean ratkaisun suostumus- ja mieltämisteoriain yhdistämisen tietä.¹⁶ Ajatus tekijän suostumuksesta aiheuttamaansa seuraukseen ei sen mukaan ole täydessä laajuudessa läpivietävissä. Tekijän voidaan kyllä ajatella suostuvan aiheuttamaansa ulkonaiseen muutokseen, mutta suostumuksesta ei voida puhua hänen tekoonsa liittyviin, jo olemassaoleviin seikkoihin nähden. Vähemmän onnistunutta kielenkäyttöä on sanoa varkaan suostuneen siihen, että esine on vieras. Ei ole myöskään asianmukaista RL 20: 7¹ tapauksessa sanoa tekijän suostuneen siihen, ettei tyttö ehkä ole 15 v. täyttänyt.¹⁷ Tämän näke-

av läran om dolus eventualis, Svensk juristtidning 1945, s. 295 ss., joka päätöksen teossa mukana olleena puolustaa sitä ja omasta puolestaan näyttää katsovan tietämättömyyden, kun se johtuu miltei pä tarkoituksellisesta olosuhteiden velvoittaman (tyttö oli tekijän tietien m.m. vielä kansakoulussa) tiedon hankkimisen välttämiseksi, voivan toisinaan perustaa tahallisuuden.

Meikäläisestä tieteisopista ja myös oikeuskäytännöstä ks. *Sundström-Salmiala*, *Rikoslain* 20 luv. 7 § 1 mom:n tulkintaa, *Defensor Legis* 1941 s. 240 ss. Hän lausuu (s. 243): »Vallitseva oppi katsoo niinollen niin Suomessa kuin muuallakin, että tahallisuuden lievin muoto n.s. dolus eventualis edellyttää, että tekijä hyväksyy sen ulkonaisessa maailmassa ilmenevän muutoksen, jonka hän mieltää mahdolliseksi seuraamukseksi teostaan tai että hän ainakin suhtautuu siihen välinpitämättömästi. Milloin tietoisuus seurauksen syntymisestä olisi pidättänyt hänet teostaan, silloin ei enää ole tahallisuutta olemassa, samoin kuin ei tietenkään silloin kuin hän päätellessään, mitä seurauksia hänen teostaan voi olla, on tullut siihen tulokseen, — vaikkakin virheelliseen — ettei seurausta voi syntyä.» Tässä kirjoituksessa on viittauksia kirjallisuuteen ja pariin meikäläiseen oikeustapaukseen.

¹⁵ Ks. *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 190 s.

¹⁶ Näin etenkin *Mezger*, *Strafrecht*, s. 345 ss.

¹⁷ Mielestämme *Frank* ja monet muutkin tutkijat ovat tämän näkemyksen havainneet ja sen hyväksyneet, mutta heidän katsomuksissaan se ei ole tullut riittävästi esille.

myksen pohjalta on kehitetty katsomus, jonka mukään on tutkittava, onko tekijä ottanut mahdolliseksi mieltämänsä seikat teostaan riskilleen (»in Kauf genommen«). Mikäli näin on tapahtunut, on tahallisuus olemassa. Jos siis tekijä on suostunut hänen tahdostaan riippuvan seikan ilmaantumiseen, on riskille ottaminen tältä osalta tosiasia. Mikäli taas on kysymys seikoista, jotka ovat tekijän tahdosta riippumattomia, ne ovat otetut riskille, kun niiden olemassaolo tai myöhempi ilmaantuminen on mielletty todennäköiseksi.¹⁸ Sanonta »ottaa riskilleen« on tämän katsomuksen mukaan omiaan laajentamaan dolus eventualiksen aluetta ja siis vastuuta tahallisesta tekemisestä positiivisen suostumuksen vaatimiseen verrattuna sen johdosta, että se sulkee piiriinsä myös yhdentekevänä ajatellun, kevytmielisen käyttäytymisen, johon liittyy seurauksen mahdollisuuden mieltäminen.¹⁹

Edelläkosketeltujen teorioiden etevämyys toistensa rinnalla selviää parhaiten esimerkeistä.²⁰ 1. A ampuu B:tä ahdistavaa sonnia kotti, vaikka hän mieltää todennäköiseksi, että luoti voi sattua B:hen. A:n tuomitseminen murhayrityksestä, kun luoti osuu vain sonniin, on oikeustajunnan vastaista. — 2. Maineestaan arka sunnuntaimetsästäjä tahtoo vedonlyönnin johdosta ampua lasipallon ampumakojua hoitavan neitosen kädestä, mutta osuu kätteen, mitä tulosta hän tietäessään ampumataitonsa vähäiseksi ja välimatkan suureksi on pitänyt varsin todennäköisenä. Huolimatta ympärilläolleiden varoituksista hän on ampunut hyvään onneen luottaen. Todennäköisyys-

¹⁸ Näin *Mezger*, *Strafrecht*, s. 345 ss. ja *Grundriss*, s. 96. — Ilmaisu »in Kauf nehmen« esiintyy Saksan kansallissozialistisena kautena valmistetussa rikoslain ehdotuksessa. Ehdotuksen 2. luvussa dolus eventualista koskeva säännös tuli kuulumaan: »Vorsätzlich handelt auch, wer es zwar nur für möglich hält, aber doch in Kauf nimmt, dass er den Erfolg herbeiführt und damit Unrecht tut oder gegen ein Gesetz verstösst.« Ks. *Gürtner*, *Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. Teil*, 2. Aufl. 1935, s. 70.

¹⁹ Ks. *Mezger*, *Leitfaden*, s. 54 ja *Grundriss*, s. 96. — Todennäköisyys- ja suostumusteorioiden yhdistäjänä on *Mezgerin* rinnalla mainittava *Engisch*, jonka mukaan tekijän mieltäessä toiminnan seurauksen huomionarvoisen mahdolliseksi, oikeammin todennäköiseksi, tahallisuus on olemassa, kun sen syntymistä pidetään yhdentekevänä. Ks. *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, s. 186 ss., erik. s. 220. Tässä yhteydessä on mainittava myös *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 261: »Gelangt der Täter zu einem bejahenden Urteil (»der Erfolg kann eintreten«) oder aber gelangt er zu einem Urteil überhaupt nicht, obwohl er die Möglichkeit des Erfolgeintrittes vorausgesehen hat (Schlag mit dem Masskrug), so liegt eventueller Vorsatz vor«. Vrt. myös ed. viite 11.

²⁰ Esimerkkejä mainitsevat *Honkasalo*, *Sikiönlähdettäminen*, s. 150 s., viite 7; *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 191; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 347 s.; *Sauer*, m.k., s. 173.

teorian mukaan ampuja on havaitessaan käteen osumisen todennäköiseksi syyllistynyt tahalliseen pahoinpitelyyn. Hypoteettisen suostumusteorian kannalla oltaessa tahallisuuden olemassaolo sitävästoin on kiellettävä, koska vahinkoseurauksen mieltäminen varmana olisi pidättänyt ampujan ryhtymästä tekoonsa. Positiivisen suostumusteorian samoin kuin yhdentekevyyttä korostavien katsomusten mukaan tahallisuuden olemassaolo on ilmeinen, koska ampuja on jättänyt tuloksen sattuman varaan eikä hänellä ole ollut mitään perusteltua syytä onnellisen ratkaisun odotukseensa.

Todennäköisyysteoriaa ei voida, kuten edellä viitattiin, hyväksyä, koska pelkkä mieltäminen, pelkkä seurauksen syntymistä koskevan todennäköisyyden aste ei anna vielä mitään tietoa tekijän henkilökohtaisesta asennoitumisesta tähän seuraukseen. Tästä asennoitumisesta riippuu kuitenkin lähinnä tekijän syyllisyys. Hypoteettisen suostumusteorian vikana on ainakin liian suuri epämääräisyys, kun on saatava vastaus kysymykseen, mikä oli teon hetkellä tekijän sisäinen asenne mieltämäänsä seuraukseen. Vastaus, joka perustuu siihen, mitä tekijä nähtävästi olisi toisenlaisessa tilanteessa tehnyt, on liian kaukaa haettu ja sen vuoksi epätarkka. Monissa tapauksissa teoria samoin kuin todennäköisyysteoriakin johtaa suorastaan oikeustajuntaa loukkaavaan tulokseen. Positiivinen suostumusteoria, jonka tunnuksena on tekijän ajatus: käyköön niin taikka näin, näyttää sitävästoin sekä periaatteelliselta kannalta että käytännöllisessä suhteessa onnistuneelta.²¹ Sen suhteen voidaan kuitenkin nähdäksemme tehdä se huomautus, että teoriasta käytetty nimi ja teorian tunnuslause eivät täysin vastaa toisiaan. Nimi »positiivinen suostumusteoria» viittaa nimittäin mielestämme sellaiseen kannanottoon, että tekijän nimenomaista suostumista mieltämäänsä seuraukseen on vaadittava, kun taas sanonta: »käyköön niin taikka näin» tuo mieleen tekijältä vaadittavan viime kädessä vain jonkinlaista ylimielistä suhtautumista, seurauksen ajattelemista yhdentekeväksi. Mikäli teorian todellinen sisältö on lupa selittää jälkimmäisen vaihtoehdon mukaiseksi, se ei sikäli poikkea edellä kolmanteen mielipidesuuntaan ryhmittämistämme katsomuksista. Mitä nimenomaan tulee katsomukseen, jonka mukaan tahtomisesta voidaan puhua vain niiden seikkojen suhteen, jotka ovat tekijän tahdosta riippuvaisia ja muihin seikkoihin nähden on tyydyttävä pelkästään niiden mieltämiseen todennäköisiksi, niin tämä jaoittelu on varmaan monissa tapauksissa hedelmällinen. Ajatelta-

²¹ Ks. etenkin *Hönkasalo*, Sikiönlähdettäminen, s. 150 s., viite 7.

koon esim. kirkkovarkautta (RL 28:2¹); tekijälle voi olla suorastaan vastenmielistä ottaa kirkosta sinne talteenpantu esine. Samoin tavallisessa varkaudessa tekijä tahtoo ottaa juuri tämän esineen, ja silloin voidaan järkevästi kysyä vain, pitääkö hän esineen vierauttaa todennäköisenä vai ei. Toisaalta kuitenkin hyvin monissa tapauksissa tahdosta riippumattomat seikat liittyvät siinä määrin läheisesti niihin seikkoihin, jotka tekijä mielellään »hyväksyy», että tekijän hyväksynnän voidaan täydellä syyllä katsoa ulottuneen myös edellisiin. Joka tapauksessa asiallinen eroavaisuus tämän katsomuksen ja todellisen suostumusteorian välillä on nähdäksemme vähäinen, ja luulemekin monen suostumusteoreetikon olevan asiallisesti sikäli lähellä sanottua katsomustapaa, etteivät he myönnä sen esittämisen merkitsevän mitään uutuutta.²² Lopputuloksena tahtoisimme sanoa dolus eventualiksen olevan olemassa, kun tekijä on mieltänyt rikostunnusmerkistöön kuuluvat seikat ja hän on katsonut tahdostaan riippuvaisina ajattelemiensa seikkojen syntymisen ainakin yhdentekeväksi sekä pitänyt muiden toimintaansa liittyvien seikkojen olemassaoloa tai myöhempää ilmaantumista todennäköisenä. Tuottamus olisi näin ollen kysymyksessä, kun tekijä on mieltänyt rikostunnusmerkistöön kuuluvat seikat, mutta on toivonut niiden seikkojen, joiden syntymisen hän on ajatellut tahdostaan riippuvana, jäävän syntymättä tai katsonut epätodennäköiseksi niiden seikkojen olemassaolon tai ilmaantumisen, joilla hän ei ollut ajatellut olevan yhteyttä tahtoonsa.

Hahmoiteltuamme edellä lievimmänasteisen tahallisuuden ja sen rajan raskaammanlaatuista tuottamusta vastaan, meidän on vastattava kysymykseen, voiko yritykseen riittää minkälainen tahallisuus tahansa ja, jos voi, niin täyttääkö myöskin tuottamus yrityksen subjektiiviseen puoleen nähden asetettavat vaatimukset.

Mitä kysymyksen edelliseen osaan tulee, niin ei voida havaita mitään pätevää syytä, minkävuoksi ei myöskin dolus eventualis riittäisi yritykseen. Kun tekijä on mieltänyt oikeudenloukkaukseen liittyvät seikat ja hän on ainakin jollakin tavalla suostunut sen muutoksen syntymiseen, minkä hän ajattelee voivan toiminnastaan aiheu-

²² Ks. myös *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 262, viite. 15: »Soweit in der Literatur und Rechtsprechung von »Billigung des Erfolges«, von »Aufnahme in den Willen« gesprochen wird, liegt eine grundsätzliche Abweichung vom Text nicht vor. Das Gleiche gilt für *Mezger* (346/47) Unterscheidung: »Einwilligung« in den für möglich gehaltenen, vom Willen des Täters abhängigen Erfolg; »für-wahrscheinlich-halten« des Erfolges, soweit der Täter ihn als von seinem Willen unabhängig denkt.»

tua, on muutos vaivattomasti selitettävissä tahdotuksi. Ja siihen, mikä voidaan katsoa tahdotuksi, voi myös »yrittäminen» kohdistua. Mitään ahtaampaa rajaa ei näinollen ole tällä perusteella yrityksen subjektiiviselle puolelle syytä asettaa. Mutta asiallisetkin syyt puoltavat dolus eventualiksen hyväksymistä yritystekoon liittyvänä. Kun dolus eventualis yleensä riittää täytetyssä rikoksessa ja se niinmuodoin muodostaa yleisen rangaistavuuden rajan tai ainakin merkitsee rangaistavuuden raskaampaa astetta, johdonmukaisuus vaatii, että myöskin yrityksessä rangaistavuus ratkaistaan samanlaisten perusteiden mukaan. Yhteiskunnan kannalta ei ole hyväksyttävissä jättää varsinkaan törkeämissä rikoksissa rangaistuksetta teot, joissa tekijä ottaa riskilleen vakavanlaatuisen rikosseuraamuksen syntymisen, vaikka seurausta ei synnykään. Näinollen on täysi syy katsoa yrityksen subjektiivisen puolen käsittävän kaikki tahallisuuden lajit, jos täytetyssäkkin rikoksessa kaikki tahallisuuden lajit riittävät.^{23 24}

Kysymyksemme jälkimmäiseen osaan eli ongelmaan, onko myös tuottamuksellinen yrittäminen mahdollista, voidaan vastata, ettei »yrittäminen» sovellu sellaisiin tapauksiin, joissa tekijä on koettanut välttää mieltämänsä seurauksen syntymistä tai kun seuraus on jäänyt kokonaan mieltämättä.²⁵ Mutta miten on asiaa arvosteltava, jos yrit-

²³ Ks. *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 38. — Se kanta, ettei yritykseen riittäisi dolus eventualis, johtaisi käytännössä aivan epätydyttäviin tuloksiin. Jos dolus eventualis-tahallisuuksin tehdyn tapon yrityksen johdosta uhri myöhemmin kuolisi, olisi kyseessä täytetty tappo, mutta jos uhri paranisi, ei rangaistavaa tapon yritystä olisi, koska tekijällä on ollut vain dolus eventualis. Jos henkilö surmaamisen aikomuksessa järjestää rakennustelineiden sortumisen sillä kohtaa, missä hänen uhrinsa työskentelee, mutta missä lähellä myös kaksi muuta miestä hänen tietensä on, ja telineiden sortuessa jälkimmäisistä toinen kuolee toisen jäädessä vahingoittumattomaksi, niin dolus eventualiksen ollessa tekijällä heihin nähden, tekijä olisi toisen kuoleman johdosta tuomittava taposta, mutta toiseen nähden rangaistus rajoittuisi enintään lievistä pahoinpitelystä tuomittavaan. Tällainen epätasaisuus rikosoikeudellisessa arvostelussa ei tyydyttäisi oikeustajuntaa.

²⁴ Nimenomaan vanhemmassa kirjallisuudessa on ollut erimielisyyttä siitä, onko dolus eventualis-tapauksessa rangaistus määräytyvä tekijän mahdollisina mieltämistä vaihtoehtoisista seurauksista raskaimman vai lievimmän mukaan. *Bar, Gesetz und Schuld II*, s. 543, katsoo lievimmän seurauksen määrääväksi. Päinvastainen ratkaisu on kuitenkin dolus eventualis-opin kannalta oikea. Rangaistus on määräytyvä tekijän mieltämän raskaimman seurauksen mukaan, jonka syntymiseen tekijä on »suostunut». Tällä kannalla ovat m.m. *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 204; *Thyrén*, *Principierna III*, s. 73; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 302, viite 9; *Lobe*, *Reichs-Strafgesetzbuch I*, s. 302.

²⁵ Ks. *Serlachius*, *Oppikirja I*, s. 171; *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 36 s.

tämisen sanallista merkitystä ei pidetä ratkaisevana? Ajateltakoon esim. tapausta, että on sattunut tullikavalluksen (RL 38:11) yritykseksi ulkonaisesti katsoen arvosteltava teko ja syyllistä tutkittaessa tällä osoittautuukin olleen vain tuottamus. Mielestämme on hyvin ajateltavissa, että laissa olisi tällaisesta »yrityksestä» säädetty rangaistus. Näinollen katsomme tuottamuksellisen yrityksen täysin mahdolliseksi siinä mielessä, että sellainen saatetaan kyllä kriminalisoida.²⁶ Epäilystä ei kuitenkaan voine olla siitä, että tuottamuksellinen yritys on voimassaolevan lakimme mukaan rankaisematon teko. Tuottamuksellinen rikos rangaistaan vallitsevan periaatteellisen katsumuksen mukaan vain täytettyinä tekoina. Niiden yhteydessä ei tunneta yrityskonstruktiota. Niinikään voidaan siitä, että yritys on meidän samoin kuin Ruotsin rikoslainsäädännössä rajoitettu koskemaan vain eräitä määrättyjä rikostunnusmerkistöjä, ja periaatteena siis on ollut yritysrankaistuksen käyttäminen lähinnä pelkästään törkeämpien rikostekojen yhteydessä,²⁷ vetää se johtopäätös, ettei tuottamuksellinen yritys, joka nähdäksemme harvoin esiintyisi ja olisi aina verrattain lievä rikos, voi olla rangaistava. Meidän rikoslainsäädäntömme on katsottava olevan sillä kannalla, että yritys on rangaistava vain tahallisissa rikoksissa ja että yritysikin senjohdosta voi olla vain tahallinen.^{28 29}

²⁶ *Frank*, Vergl. Darst. A V, s. 189 s. ja Strafgesetzbuch, s. 85; *Binding*, Der umgekehrte Irrtum, s. 221; *Mezger*, Strafrecht, s. 380; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 302, viite 9, selittävät tuottamuksellisen rikoksen yrityksen, jota sanontaa he käyttävät, olevan hyvin ajateltavissa. *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 408 ja *Finger*, Strafrecht, s. 537, tahtovat evätä sellaisen ajatusmahdollisuuden: Kaikki ovat kuitenkin yhtä mieltä siitä, ettei tuottamuksellisen rikoksen yritys ole rangaistava, koska laissa vaaditaan yritykseen rikoksen tekemiseen kohdistuvaa päättöstä (vrt. StGB 43 §).

²⁷ Ks. *Forsman*, Allmänna läror, s. 204 s.

²⁸ *Forsman*, Allmänna läror, s. 204, selittää yrityksen voivan esiintyä vain tahallisina rangaistavien rikosten yhteydessä. Näin myös 1875 vuoden rikoslainehdotuksen perustelut s. 164. Samalla kannalla on oltu Ruotsin uutta yrityssäännöstöä valmisteltaessa; ks. tästä *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 40.

²⁹ Tuottamuksellisen yrityksen näinkin laaja käsittely on mielestämme ollut aiheellista senjohdosta, että eräät niistä rikoksista, joiden yhteydessä yritys on säädetty rangaistavaksi, saattavat ehkä olla rangaistavia myös tuottamuksellisinä. Jos näin on jonkin rikoksen suhteen laita, nousee etsimättä kysymys, onko myös tuottamuksellisen muodon yrittäminen rangaistava. Tieteisopissamme vallitsevan mielipiteen mukaan ei nimittäin ole ilman muuta selvää, onko joku rikos rangaistava vain tahallisena, vaan myös tuottamuksellisena. Sääntönä pidetään kyllä, että rikokset (politiarikkomuksia lukuunottamatta) on rangaistava vain tahallisessa

Yrityksen subjektiivista puolta käsiteltäessä on syytä lyhyesti kosketella myös harharikoksen käsitettä, koska yritykselle ja harharikokselle toisinaan väitetään olevan yhteistä tekijän erehdyksen.³⁰ Myöskin siten asetetaan harharikos yhteyteen yrityksen kanssa, että jokainen vaaraton yritys selitetään harharikokseksi,³¹ tai että tunnusmerkistön puutteellisuus-tapaukset katsotaan harharikoksiksi.³² Käsitteen määrittely on näinollen suotava.

Harha- l. putatiivirikokseksi on meidän nähdäksemme syytä sanoa vain sellaista tekoa, jossa tekijä on aivan oikein mieltänyt tosiasialliset seikat ja on erehtynyt vain tekonsa oikeudellisessa laadussa: hän on luullut tekonsa olevan laissa kielletyn, vaikka niin ei olekaan todellisuudessa asian laita. Esimerkkinä tällaisesta harharikoksesta on tapaus, että henkilö solmii avioliiton serkkunsa kanssa luullen tällaisen avioliiton rangaistuksen uhalla kielletyksi. Tämänkaltaisen harharikos ei ole missään tapauksessa rangaistava teko, koska tekijän vallassa ei ole erehdyksellään luoda rangaistavuutta, vaan siihen on tarpeen laki. Harharikoksesta puuttuu ennen muuta rikokselta vaadittava tunnusmerkistöllisyys.³³

muodossaan ja tuottamuksellisina ainoastaan, kun laissa on nimenomaan niin määrätty, mutta että myös rangaistussäännöksen tarkoituksesta ja yhteydestä on lupa toisinaan päättää lainsäätäjän tarkoittaneen rangaista rikoksen myös tuottamuksellisessa muodossa. Ks. tästä *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 122 ss.; *Groténfelt*, Kommentar till strafflagen, s. 83; *Serlachius*, Oppikirja I, s. 143 s. *Forsmanin* (Allmänna läror, s. 198); rikoslain henkisen isän, mielestä raja sitävastoin on selvä, koska rangaistavan teon tulee säännön mukaan olla tahallinen ja tuottamuksellisesta teosta seuraa rangaistus vain poikkeustapauksissa, kun laki niin määrää. — Tuottamuksellisen yrityksen rangaistavuuden käsittelemistä puoltanee myös se seikka, että varsinkin nykyisissä poikkeuksellisissa oloissa lienee esiintynyt verrattain yleinen taipumus rangaista rikoksista myös tuottamuksellisesti tehtyinä ja on syytä epäillä, että tämä kehityssuunta tulisi koskemaan myös yrityksen rankaisemista.

³⁰ Näin varsinkin *Binding*, Der umgekehrte Irrtum, s. 178 ja Normen III, s. 401 s. Vrt. ed. s. 104.

³¹ Näin m.m. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 312. Ks. myös aik. s. 180 viite 225.

³² Tällä kannalla ovat *Lobe*, Reichs-Strafgesetzbuch I, s. 317 ja *Wachenfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, s. 158.

³³ Näin määrittelevät putatiivirikoksen *Frank*, Strafgesetzbuch, s. 193; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 195 ja 436; *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 273; *Mezger*, Strafrecht, s. 381 ja *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 91. Nimitystä imaginääririkos käyttävät sellaisesta tapauksesta, jossa erehdys koskee teon oikeudellista arvostelemista, *Serlachius*, Oppikirja I, s. 166 s.; *Hagerup*, Straffere-ttens almindelige del, s. 155; *Torp*, m.t., s. 494 ja *Krabbe*, m.t., s. 63.

Harharikokseksi nimitetään usein kuitenkin joko yksinomaan tai edellä tarkoitettujen tapausten ohella myös sellaisia tekoja, joissa tekijä erehtyy tekonsa tosiasiallisesta laadusta, esim. henkilö ottaa anastamistarkoituksessa oman esineensä, jota hän otaksuu vieraaksi.³⁴ Näistä viimeksimainituista tapauksista ei kuitenkaan mielestämme ole syytä käyttää harharikoksen nimitystä, sillä näiden ja todellisten harharikosten välillä on perustavaa laatua oleva asiallinen eroavaisuus: edellisissä tekijällä on oikea käsitys lain vaatimuksista, jälkimmäisissä sitävastoin ei. Tähän eroavaisuuteen liittyy nimittäin mahdollisuus arvostella molempia tapausryhmiä oikeudellisesti eri tavoilla. Niin onkin, samalla kuin harharikoksiksi nimittämämme tapaukset on yksimielisesti katsottu rankaisemattomiksi teoiksi, niitä tekoja, jotka olisivat rangaistavia, jos ne vastaisivat tekijänsä käsityksiä, monasti ja usein määrättyllä oikeutuksella vaadittu käsittelemään rikoksina.³⁵

³⁴ Ne, jotka erottavat toisistaan imaginääri- ja putatiivirikoksen, tarkoittavat jälkimmäisellä tapausta, jossa tekijä ei erehdy tekonsa oikeudellisesta laadusta, vaan jostakin siihen liittyvästä tosiasiallisesta seikasta. Ks. esim. *Serlachius*, Oppikirja I, s. 166. *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 203, käyttää harharikoksen nimitystä kummankinlaisista tapauksista.

³⁵ Harharikoksen käsitteen rajoittamista ylläesitetyllä tavalla tähdentää varsinkin *Mezger*, *Strafrecht*, s. 381, myös viite 8. Ks. myös *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 203, jossa on oikein havaittu mahdollisuus molempien tapausryhmien erillaiseen arvostelemiseen.

VII LUKU.

Yrityksen oikeudenvastaisuus.

Rikos on täytetty, kun teko täyttää tunnusmerkistön vaatimukset kaikissa suhteissa. Rikos on jäänyt yritykseen, kun sellainen teko, joka ehkä tulisi täyttämään tunnusmerkistön vaatimukset, on aloitettu, mutta se on jäänyt vajavaiseksi. Subjektiiivisessa suhteessa yritys sensijaan on täysin rinnastettavissa vastaavaan täytettyyn rikokseen: siinä mielessä yrityksen on täytettävä täysin tunnusmerkistön vaatimukset. Kun yrityksen objektiivinen puoli siis on vajavainen, yritykselle on luonnollisesti omiaan antamaan perustaa ja kiinteyttä osaltaan se, että subjektiivinen puoli kuitenkin on täydellinen. Ei ole ihme, että täten juuri subjektiivisessa puolessa on tahdottu nähdä yrityksen perusolemus ja pyritty samalla väheksymään objektiivisen puolen merkitystä. Tähän kysymykseen, onko täydellisen subjektiivisen puolen rinnalla objektiivisellä puolella, joka joka tapauksessa on vajavainen, kuitenkin oleva itsenäinen merkitys yrityksen rangaistavuuden perustana, liittyy yritysopissa perustavaa laatua oleva vastakohta subjektiivisten ja objektiivisten yritysteoriain välillä. Kuten aikaisemmin olemme esittäneet, subjektiivisten teoriain perusajatuksena on kieltää yrityksen objektiiviselta puolelta itsenäinen merkitys ja selittää sillä olevan merkitystä vain tekijän rikollisen tahdon osoittajana. Objektiivisten teoriain taas olemme nähneet katsovan yrityksen objektiivisen puolen olevan määrätynlaatuista tekemistä, jolla juuri laadullisten ominaisuuksiensa vuoksi on sellaisenaan merkitystä oikeusjärjestyksen voimassapysymiselle. Puuttumatta enää lähemmin näiden molempien katsomuksien tueksi esiintuotuihin perusteisiin ja niiden arvostelemiseen, katsomme meidän rikosoikeutemme olevan objektiivisella kannalla.¹ Tämän kannanoton tueksi tahdomme vielä tässä viitata eräisiin todisteisiin.

¹ Vrt. ed. s. 144 s., myös viite 140.

Suomen rikoslaki samoin kuin useimpien muidenkin maiden rikoslait panee useissa tapauksissa rangaistusta määrätessään nimenomaisesti pääpainon rikoksen reaaliselle puolelle ja jättää sen symptomaattisen merkityksen syrjään. Yrityksen ja täytetyn rikoksen symptomaattinen merkitys on useimmiten sama, mutta yritys rangaistaan lievemmin, koska sen reaalin merkitys on pienempi. Enimpiin rikoksiin nähden yritys vieläpä jätetään kokonaan rankaisematta, niinkuin on sääntönä valmistelutekoihin nähden, vaikka niissäkin symptomaattinen merkitys saattaa olla suuri. Tuottamuksellisen rikoksen rangaistavuus, varsinkin kun on kysymys itsetiedotomasta tuottamuksesta, riippuu melkein yksinomaan teon reaalisesta merkityksestä.² Nämä esimerkit osoittavat rikoslakiamme säädettäessä lähdetyn siitä katsomuksesta, että rangaistus määräytyy lähinnä ulkonaisessa maailmassa aiheutetun pahan mukaan ja että rangaistus on ensi sijassa pahan teon sovitusta.³ Objektiivisen asennoitumisen tueksi voidaan viitata myös rikoslainehdotuksissa olleeseen yrityksen määritelmään, sillä sen poisjättäminen rikoslaista ei aiheutunut määritelmän asiallisesta hylkäämisestä, vaan pyrkimyksestä välttää puuttumista tieteisopillisiksi katsottuihin kysymyksiin.⁴ Kummassakin ehdotuksessa yritykseen vaaditaan tekoa, joka on rikoksen täytäntöönpanon aloittamista. On otaksuttava rikoslainsäätäjiämme johtaneen saman yrityskatsomuksen, kuin minkä ehdotusten laatijat olivat omaksuneet.⁵ Meidän tieteisopissamme *Serlachius*, *Grotenfelt*, *Salmiala*, *Honkasalo*, *Alanen* kannattavat objektiivista katsomusta.⁶ Subjektiivista yritysteoriaa ei *Forsmanin* jälkeen liene tieteellisessä kirjallisuudessamme puollettu.⁷

Asettuessamme objektiiviselle kannalle me siis katsomme yritykseen kuuluvalla ulkonaisella teolla, vaikka se onkin puutteellinen täytetyn rikoksen tunnusmerkistön mielessä, kuitenkin olevan itse-

² Ks. *Serlachius*, Oppikirja I, s. 127 ja 167 s.; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 173 s.

³ Vrt. ed. s. 11, erik. viitteet 5 ja 6.

⁴ Ks. ed. s. 96 s.

⁵ Ks. *Forsman*, Allmänna läror, s. 201 s.

⁶ Ks. *Serlachius*, Oppikirja I, s. 167 s.; *Grotenfelt*, Kommentar till strafflagen, s. 106; *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 81; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 173 s.; *Alanen*, Ståhlbergin juhlaulkaisu, s. 266.

⁷ Oikeuskäytäntömme on niinkään objektiivisella kannalla. Ks. tästä oikeustapauksia al. s. 245 ss. Myöskin Ruotsissa, jossa lainsäädännölliset olosuhteet yritykseen nähden ovat samantapaiset kuin meillä, oikeuskäytännössä objektiivinen asennoituminen on vallitseva. Ks. *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 46.

näinen merkitys, t.s. että se on jollakin tavalla laadultaan sellainen, että sillä on merkitystä oikeusjärjestyksen kannalta katsottuna. Mutta tätä toteamus ei vielä ratkaise ongelmaa. Monilukuiset objektiiviset teoriat ovat antaneet erilaisia vastauksia siitä, minkälainen yritysteon tulee olla ja millainen se ei saa olla. Vaikka monet esitetyt katsomukset, niinkuin esim. kelvollisen keinon ja objektin vaatiminen rangaistavaan yritystekoon, merkitsevät nykyään voitettua kantaa, niin toisaalta ei kuitenkaan voida sanoa, että objektiivisen suunnan kannattajien keskuudessa vallitsisi edes suurin piirtein yksimielisyys katsomustensa kehittelyissä.

Asettuessamme objektiiviselle kannalle lähdemme siitä, että voimassaolevan lakimme mukaan yritys on rangaistuksen laajentamisperuste (»Strafausdehnungsgrund«), joka tarkoittaa rangaistavuuden laajentamisesta täydellisestä tunnusmerkistön toteuttamisesta itsenäisesti määrittelemättä jääneisiin määrätynlaisiin esi- ja sivutoimiin. Yrityksessä rangaistuksen laajentaminen merkitsee sen ulottamista esiasteisiin, joita ei ole laissa ainakaan nimenomaisesti määritelty.⁸ Meidän on ryhdyttävä tutkimaan, minkälainen on

⁸ Rangaistuksenlaajentamisperusteet määrittelee *M. E. Mayer*, joka on luonut tämän käsitteen, seikoiksi, jotka perustavat jonkin käyttäytymisen tunnusmerkistön mukaisuuden liittämällä määrättyjen rikosten tunnusmerkkeihin niiden käsitteellisen laajuuden ylittävän käypäisyyden. Ks. *Der allgemeine Teil*, s. 341. Häntä seuraten samaa sanontaa käyttävät m.m. *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 83; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 379; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 298, viite 3. *Beling*, *Grundzüge*, s. 54 s., puhuu samassa mielessä toisen asteen rangaistavista teoista (»strafbare Handlung zweiter Ordnung«). *Mayer* katsoi myös osallisuudessa olevan kysymys rangaistuksen laajentamisperusteesta. Samalla kannalla on *Frank*, *Strafgesetzbuch*, s. 103. Oikeampi on kuitenkin myöhemmänä aikana laajan kannatuksen saanut katsomus, jonka mukaan teon käsite on otettava niin laajassa mielessä, että seurauksen aiheuttaminen myös toisen henkilön välityksellä riittää tekijän vastuun perustamiseen. Näin ymmärtäen osallisuusmuodot ovat pikemmin rangaistuksenrajoittamis- kuin rangaistuksenlaajentamisperusteita. Tästä kysymyksestä, johon liittyy aikaisemmin vallalla ollut oppi kausaaliyhteyden katkeamisesta, ks. etenkin *Sundström-Salmiäla*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 68 ss.; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 97 ss.; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 415 s.; *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 326 s. Poikkeuksen tekemisestä omakätisiin rikoksiin nähden ks. *Honkasalo*, m.t. s. 107, viite 27. — *Binding*, *Der umgekehrte Irrtum*, s. 204, viite 2, ei hyväksy rangaistuksenlaajentamisperusteen käsitettä. Hän lausuu: »Mit der Herbeiführung der Vollendung ist der Versuch implizite verboten und gerade so deliktisch, als sie. Dass die Vollendung »logisch« der Normalfall sei, kann nur ein Philosoph behaupten; als Jurist verstehe ich das nicht!«

se tunnusmerkistön täyttymisen esiaste, jolla yritykseen kuuluvana on kuitenkin itsenäinen merkitys oikeudenvastaisuuden perustamisessa ja jolla siis sen johdosta täytyy olla määrätynlaisia laatuominaisuuksia.

Kun yritys on rikos ja rikokseen kuuluu aina teko, on yritys siis tekemistä. Huomattava on, että yrittäminen on nimenomaan myös rikoslain mukaan varsinaista tekemistä, ei mitään tekemisen valmistelua. 4 luvun 2 §:ssä yrittäjää sanotaan tässä mielessä tekijäksi (»jos tekijä omasta tahdostaan — — —»). Seuraavassa §:ssä puhutaan erikseen nimenomaisesti rikoksen valmistelusta. 5 luvussa käsitellään myös varsinaista tekemistä, 1 §:ssä tapausta, että kaksi tai useammat ovat yhdessä tehneet rikoksen. 5 luvun 2 ja 3 §:ssä sitten myös nimenomaisin sanoin selitetään, minkälaiset toimet eivät ole varsinaista tekemistä (2 §: »Joka käskää, palkkaa — — — yllytyksestä ikäänkuin hän itse olisi ollut tekijä»; 3 §: »Joka toisen rikosta tehdessä taikka sitä ennen, tahallansa on neuvolla, toimella tahi kehotuksella tekoa edistänyt — — —»). 3 §:ssä lisäksi yritykseen syyllistynyttä sanotaan jälleen tekijäksi (» — — — jos tekijä olisi rikoksen täyttänyt»)⁹. Kun yritys siis rikoslain käyttämien sanontojen mukaan on varsinaista tekemistä, joka on erotettava niin valmistelusta kuin yllytyksen ja avunannon käsittävistä toimista, on syytä tutkia, mitä tämä varsinainen tekeminen, johon yrittäjänkin on syyllistytävä, oikeastaan on. Tämä kysymys, joka on yhteinen yritys- ja osallisuusopeille, on kysymys n.s. täytäntöönpanotoimesta, ja sitä on aikojen kuluessa paljon pohdittu. Kuten aikaisemmin olemme esittäneet, jo Ranskan valtakumouksen aikana asetettiin yritykselle vaatimus, että se on »täytäntöönpanon aloittamista», »commencement d'exécution».

Tutkittaessa täytäntöönpanotoimien käsitettä on nähdäksemme vaikeutta omiaan tuottamaan se, jos lähdetään nimenomaisesti siitä,

⁹ Ks. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 65 ss., jossa myös *Serlachiuksen*, Oppikirja I, s. 186 s., esittämien epäilyksien johdosta osoitetaan, ettei suomen kieli mitenkään estä käyttämästä sanaa »tekeminen» »valmistelun» vastakohtana, ja että sana »tekeminen» siinä yhteydessä kuin se esiintyy RL 5 luv. 1 ja 3 §:ssä, viittaa lähinnä sellaiseen toimintaan, jota on pidettävä rikoksen täytäntöönpanona. — Tahdomme tässä yhteydessä huomauttaa, ettei meillä tutkimuksemme kannalta ole aihetta lähemmin tutkia, onko ero valmistelun ja täytäntöönpanon sekä avunannon ja varsinaisen tekemisen välillä täysin samanlainen, yhtymäkohtia molemmilla eronteilla epäilemättä on. *Serlachiuksen* mielestä yhtäläisyyttä ei ole, kun ero yrityksen ja valmistelun välillä riippuu vaarasta, mutta ero muun osallisuuden ja avunannon välillä on yhteiskunnallista laatua.

että on kysymys teosta, joka ei ole tullut täytetyksi. Jos nimittäin teon oletetaan aina tulleen täytetyksi, niin on helppo selittää täytäntöönpanotoimeksi jokainen toiminta, joka on ollut välttämättömänä edellytyksenä seurauksen syntymiselle. Tämä selitys johtaa kuitenkin vaikeuksiin heti, kun ajatellaan seurauksen jääneen syntymättä. Tällöin ei seurauksen edellytyksistä voida mitään sanoa, ja johdonmukaisena tuloksena on kieltää ulkonaisen teon merkitys täytäntöönpanotoimena. Tähän katsomukseen on subjektiivinen yritysteoria päättynyt yksipuolisen *condicio sine qua non*-syyteorian pohjalta. Täytäntöönpanotoiminta voidaan mielestämme yrittää selittää vain sellaisen syyteorian pohjalta, joka näkee syy-yhteyden mahdolliseksi toimen ja seurauksen välillä silloinkin, kun seurausta ei synny.

Nimenomaan *Binding* ja *Birkmeyer* ovat pyrkinneet löytämään kausaaliopista oikean perustan täytäntöönpanotoimen määrittelylle. He hylkäävät opin välttämättömästä edellytyksestä seurauksen aiheuttajana, mutta kuitenkin he pysähtyvät pelkkään yksittäistapaustarkasteluun siten, että he erottavat vain jonkin edellytyksen syyksi. *Bindingin* mukaan seurauksen aiheuttaa se toimi, joka on ratkaisevana lisänä seurauksen positiivisille edellytyksille näiden oltua tasapainossa negatiivisten edellytysten kanssa.¹⁰ *Birkmeyerin* mielestä seurauksen syyksi on katsotava se edellytys, joka enemmän kuin muut edellytykset on vaikuttanut seurauksen syntymiseen.¹¹ Nykyään katsotaan aivan yleisesti, että kaikki yritykset jonkin edellytyksen asettamisesta seurauksen syyksi ovat virheelliseen metodiin perustuvina tuomitut epäonnistumaan. Mutta vaikka sekä *Bindingin* että *Birkmeyerin* syy-opilliset perustukset sellaisinaan ovatkin virheelliset, he ovat kumpikin huomattavasti selvittäneet täytäntöönpanotoimen olemusta ja siten vaikuttaneet tämän opin vastaiseen kehitykseen. Tämän johdosta mainittakoon lyhyesti heidän täytäntöönpanotoiminta koskevista käsityksistään.

Bindingin mukaan täytäntöönpanoteon ja täytetyn rikoksen välillä ei ole mitään-laatueroavaisuutta, sillä myös edellisessä tulee olla rikoksen olennaiset tunnusmerkit. Jokainen ihmistoimin tapahtuva

¹⁰ Ks. Normen II,1, s. 5. — *Bindingin* n.s. tasapainoteoriasta ja sen arvostelusta ks. etenkin *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 50 s.; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 28 ss. ja *Sipilä*, m.t., s. 52 s. Vrt. myös aik. s. 104 ss. erik. viite 19.

¹¹ Ks. Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, *Gerichtssaal* 37, s. 272. — *Birkmeyerin* n.s. vaikuttavimman edellytyksen teoriasta ks. *Sundström-Salmiala*, m.t., s. 51; *Honkasalo*, m.t., s. 43 ss. ja *Sipilä*, m.t., s. 57 ss.

aiheuttamisprosessi on niinikään jatkuvaa tapahtumista, joka toteutuu osissa, toisiinsa liittyvissä toteutumisasteissa, ja kun mahdollisten aiheuttamistapojen lukumäärä on aina suuri, on konkreettista tekoa tarkasteltaessa lähtökohdaksi otettava tekijän toimintasuunnitelma. Täytäntöönpanotoimi on kysymyksessä, kun toimi on askel eteenpäin tekijän seurauksen aiheuttamiseksi suunnitteleamalla tiellä.¹² *Bindingin* katsomuksessa voidaan hyväksyä täytäntöönpanotoimen selittäminen tunnusmerkistöä vastaavaksi toiminnaksi.¹³ Hänellä ei sitävastoin esiinny yleistävä katsomustapa, jonka käyttäminen, vaikkakin poikkeuksenomaisesti, on edistysaskeleena *Birkmeyerin* teoriassa. *Birkmeyerin* mukaan toimi, joka aiheuttaa rikollisen seurauksen, ei ole mikään muu kuin lain tunnusmerkistöä vastaava teko.¹⁴ Kun tätä määrittelyä vastaan on väitetty sen olevan pelkästään muodollinen, hän selittää, etteivät täytäntöönpanotoimet ainoastaan muodollisesti eroa muista toimista, vaan että samanaikaisesti eroavaisuus ilmenee myös aineellisesti siten, että täytäntöönpanotoimi aiheuttaa todella seurauksen. Toisen vastaväitteen johdosta, että määritelmä itse asiassa osoittaisi täytäntöönpanotoimeksi sellaisen toimen, joka vain in abstracto olisi omiaan aiheuttamaan seurauksen, *Birkmeyer* huomauttaa ymmärtävänsä täytäntöönpano- l. tunnusmerkistötoimella tekoa, johon tekijäkumppanin täytyy ottaa osaa, siis tointa, joka aikaansaa konkreettisen rikosseurauksen. Mutta tämän katsomuksensa hän ei kuitenkaan katso voivan estää häntä näkemästä yritykselle ominaisessa täytäntöönpanon aloittamisessa abstraktista kausaalisuutta. Hän lausuu: »Von einer konkreten Kausalität kann hier nicht geredet werden. Die Leugnung aber der abstrakten Kausalität fällt zusammen mit der Leugnung einer objektiven Möglichkeit, einer in den Thatsachen begründeten Wahrscheinlichkeit eines Erfolges, mit der Leugnung eines objektiven Zustandes der Gefahr, mit welchem überdies unser geltendes Strafrecht durchgängig operiert».¹⁵ *Birkmeyer* tutkii määritelmänsä pätevyyttä myös yksityisten tunnusmerkistöjen valossa. Milloin niissä lähemmin kuvaillaan rangaistavia toimia, nämä toimet voivat hänen mielestään olla vain sellaisia, jotka lain katsomuksen mukaan ovat omiaan aikaansaamaan vahingollisen seurauksen. Täysin selvästi tämä asiaintila ilmenee niistä tunnusmerkistöistä, joissa tun-

¹² Ks. aikaisempaa esitystä s. 104 s. ja s. 169 s.

¹³ Vrt. Handbuch, s. 691 ss.

¹⁴ Ks. *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, s. 96 ss.

¹⁵ m.t., s. 99, viite 148.

nusmerkistöä vastaava toiminta on ilmaistu sellaisilla sanoilla kuin »tappaa», »lähdettää sikiö», »pahoinpidellä». »Tappaminen» ei ole muuta kuin kuoleman aiheuttamista, toimintaa, joka tähtää toisen kuoleman aikaansaamiseen.¹⁶

*Birkmeyer*illä lähinnä säännönvastaisena esiintyvä yleistävä katsomustapa on suuntaa antavana *Meyerin* täytäntöönpanotointa koskevassa tutkimuksessa.¹⁷ Täytäntöönpanon aloittamista määriteltäessä hän ei katso mahdolliseksi tutkia, onko jokin konkreettinen toimi syysuhteessa tarkoitettuun seuraukseen, vaan hänen mielestään vain sitä kysymystä voidaan käsitellä, kuuluuko rikoksen aikaansaamiseksi suoritettu toimi niiden toimien ryhmään, joista kokemuksen mukaan aiheutuu lain kieltämä seuraus. Valmistelutoimia ovat hänellä täten ne toimet, jotka ovat merkityksellisiä rangaistavalle seuraukselle vain, kun se otetaan konkreettisesti ilmenemismuodossaan. Täytäntöönpanotoimet taas ovat niitä toimia, joista, kun ne otetaan rikosoikeudellisesti olennaisessa merkityksessään, seuraus myös tässä yleisessä merkityksessään riippuu.¹⁸ Sovellutuksissaan yksityisiin rikoslajeihin *Meyer* katsoo tapon täytäntöönpanon aloittamisen olevan kysymyksessä vasta, kun tekijä tekee jotakin sellaista, mikä voidaan katsoa hyökkäykseksi toisen henkeä vastaan. Aseen hankkiminen, meno tekopaikalle y.m. ovat valmistelutoimia, koska ne ovat olennaisia vain määrätylle konkreettiselle surmaamisteolle, mutta eivät tälle yleisenä rikosoikeuden käsitteenä.¹⁹

¹⁶ m.t., s. 100 s.

¹⁷ *H. Meyer*, *Der Anfang der Ausführung*, 1892.

¹⁸ m.t., s. 25 s. — Samantapainen ajatus, kuin *Meyer*illä, on aikaisemmin esiintynyt m.m. *Merkel*illä, joka lausuu (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, s. 128): »Dagegen nimmt derjenige, der in diebischer Absicht die Hand nach der fremden Sache ausstreckt — — eine Handlung vor, die sich zu den Merkmalen des § 242 nicht als etwas Fremdes und an sich Gleichgültiges verhält. Denn sie ist unmittelbar auf die Verwirklichung dieser Merkmale gerichtet, erscheint ihren generellen Merkmalen nach hiezu geeignet und gehört zu einer Art von Handlungen, ohne welche die bezüglichlichen Delikte nicht begangen werden können.»

¹⁹ Tässä yhteydessä viitattakoon myös *Allfeldin* ja *Fingerin* täytäntöönpanotekoa koskeviin määritelmiin. *Allfeld* (m.t., s. 191) lausuu: »Massgebend ist, ob die Handlung zu denjenigen Veranstaltungen gehört, deren eine oder andere unumgänglich notwendig ist, damit der Tatbestand der betreffenden Verbrechenart verwirklicht, insbesondere der Erfolg herbeigeführt wird». *Finger* (*Lehrbuch*, s. 313): »Versuchshandlungen sind Handlungen, die an sich tragen die generellen Merkmale jener Gruppe von Handlungen, durch welche erfahrungsgemäss der Erfolg herbeigeführt wird, der durch die unternommene Versuchshandlung herbeigeführt werden sollte.»

Meillä ei ole aihetta enempää käsitellä niitä monilukuisia teorioita, joita on kehitetty valmistelu- ja täytäntöönpanotoimien erottamiseksi toisistaan objektiivisin ja samalla myös asiallin perustein.²⁰ Tämä johtuu siitä, että sittenkuin uudenaikainen tunnusmerkistäteoria on saavuttanut laajan kannatuksen, yhä yleisemmäksi on tullut se mielipide, että täytäntöönpanoteko on määriteltävissä vain erikseen kunkin tunnusmerkistön osalta ja että mitään yleisiä, kaikkiin tunnusmerkistöihin nähden hyväksyttäviä, asiallisia perusteita täytäntöönpanoteon määrittelemiseksi ei ole olemassa. Tämä n.s. muodollisobjektiivinen katsomustapa on epäilemättä oikea, koska tunnusmerkistöjä laadittaessa ei ole noudatettu mitään yhtenäistä periaatetta esim. oikeushyvän loukkaamisvaatimukseen nähden. Samoin kuin seurauksen, rikoksen täyttymisen y.m. käsitteet voidaan määritellä vain muodollisesti, samoin on täytäntöönpanotoimen käsite perimältään määriteltävä vain tunnusmerkistöä vastaavaksi teoksi, t.s. kustakin erikoistunnusmerkistöstä riippuu, minkälainen toimi on sen tunnusmerkistön mukainen. Täytäntöönpanotoimi on näinollen se teko, joka kokonaan tai osaksi toteuttaa rikoksen tosiasialliseen olemukseen kuuluvan, s.o. tunnusmerkistön mukaisen seurauksen. Valmistelutoimi taas on sellainen teko, joka vain tekee täytäntöönpanotoimen mahdolliseksi tai helpottaa sitä, mutta joka ei toteuta osaa-kaan rikoksen tosiasialliseen olemukseen kuuluvasta, ulkonaiseen maailmaan kuuluvasta tapahtumasta.²¹

²⁰ Näistä teorioista ks. etenkin *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 49 ss.

²¹ Näin *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 66; vrt. myös s. 56. Samalla kannalla myös *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 117 ss. Niinikään *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 207, lausuu: »Det är därför först med begynnandet af värkställighetshandlingen som straffbarheten vidtager. — — — Utförandet begynner med den handling, genom hvilken gärningsmannen utan vidare förberedelser eller afbrott skrider till utförandet af brottet, d.v.s. då viljan omedelbart går att förväkliga sitt innehåll.» *Forsman* viittaa samassa yhteydessä 1884 vuoden rikoslainehdotuksen 39 §:ään, jossa yritykseen vaaditaan tointa, »jolla rikoksen tekeminen (utförande) on aloitettu». Täytäntöönpanotoimen muodollisobjektiivista määrittelyä kannattanee myös *Grottenfelt*, joka (Kommentar till strafflagen, s. 117) luonnehtii tekijäksi rikosoikeuden mielessä sen, »som utför ett brott, eller m.a.o. den, som i handling förverkligar brottets legala gärningsinnehåll.» *Forsmaniin* ja *Grottenfeltiin* nähden ks. kuitenkin *Sundström-Salmiala*, m.t., s. 59 s. ja 63. Rikoslakimme *Forsman* (m.t., s. 261), *Salmiala* ja *Honkasalo* selittävät olevan muodollisobjektiivisellä kannalla. *Serlachius*, *Oppikirja I*, s. 187, sitävastoin katsoo puoltamansa asiallisobjektiivisen katsomuksen, jonka mukaan varsinkin ero avuannon ja pääteon välillä on yhteiskunnallista laatua, vastaavan myös rikoslain kantaa.

Täytäntöönpanotointa koskeva kysymys, jonka selvittelyyn olemme johtuneet lähinnä siitä, että yritysteon suorittajaa nimitetään rikoslaissa tekijäksi, on askarruttanut tutkijoita lähinnä valmistelutoiminnan erottamiseksi varsinaisesta tekemisestä l. täytäntöönpanosta ja, tähän liittyen, avunantotoiminnan erottamiseksi varsinaisesta tekemisestä.²² Täytäntöönpanotoimen kelvollisuutta koskeva ongelma on tässä yhteydessä jäänyt olennaisesti sivukysymykseksi. Kun käsittelyn kohteena on ollut, mistä täytäntöönpanotoimi alkaa, on useimmiten ilman muuta edellytetty toiminnan olevan laadultaan kelvollista. Meidän tutkimuksemme aiheena on kuitenkin lähinnä selvitellä täytäntöönpanotoimelta vaadittavaa kelvollisuutta toteutumatta jääneen rikoksen täyttymisen saavuttamiseen. Tämä n.s. periaatteellista rajoitusta koskeva kysymys on lisäksi ensisijainen toteutumisasterajoitukseen nähden.²³ Minkälainen on siis yritystoimi oleva, jotta se myös vaadittavan kelpoisuuden osalta olisi täytäntöönpanotoimi, edelläesitetyn mukaan siis tunnusmerkistöä vastaava l. tunnusmerkistön mukainen toimi? Minkälainen on yritystoimi oleva, jotta se voisi olla esiaste rikoksen täyttymiselle? Kysymys koskee tunnusmerkistöjen sisäistä asiaa, yrityksen kriminalisoinnilla vaikutusalueen laajentuneiden tunnusmerkistöjen tulkintaa. Tunnusmerkistöjen laajuusrajoitusta koskeva muodollisobjektiivinen teoria pysyy järkkymättä voimassa.

Jotta joku henkilö voitaisiin tuomita taposta, hänen on täytynyt tehdä sellainen toimi, josta oli odotettavissa toisen henkilön kuolema. Ei riitä, että tämä henkilö tekee vain sellaisen teon, esim. antaa luunapin otsaan, josta ei tekijän eikä hänen ympäristönsä tietäen voi toisen kuolema seurata, mutta josta kuitenkin näiden yllätykseksi poikkeuksellisista syistä kuolema aiheutuu. Samoin tekijäkumppanina voi tulla taposta rangaistavaksi vain se, joka on ollut mukana

Oikeustapauksista, joissa osittain ilmenee *Serlachiuksen* katsomuksen vaikutusta, ks. *Sundström-Salmiala*, m.t., s. 56, viite 67 ja *Honkasalo*, m.t., s. 118, viite 39.

Ulkomaisesta tieteisopista mainittakoon *Beling*, Grundzüge, s. 33 s. (Tatbestandsverwirklichung = Ausführung des Tatbestandes); *Frank*, Strafgesetzbuch, s. 86 (»Ausführen ist ein Sammelbegriff für die den verschiedenen Delikten entsprechenden Tatbestandshandlungen«); *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 182 (»Ausführungshandlung — diejenige Willensbetätigung, die im Einzelfalle dem vom Gesetz unter Strafe gestellten Verhalten entspricht«).

²² Avunantotoiminta on asiallisesti valmistelu- tai sen veroista toimintaa. Ks. tästä *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 66 ja s. 90 s. Samoin myös *Forsman*, Allmänna läror, s. 260 s.

²³ Vrt. aik. s. 99.

sellaisessa toimessa, joka on ollut tarkoitusta vastaava kuoleman aiheuttamisen kannalta ja josta siis tämän seurauksen syntyminen on ollut odotettavissa. Tappoon on t.s. vaadittava surmaamistoimi, siis toimi, joka on adekvaattisessa yhteydessä toisen henkilön kuolemaan.²⁴ Adekvanssiperiaate on yleinen arvosteluperiaate kaikissa niissä tunnusmerkistöissä, joissa on kysymys jonkin seurauksen aiheuttamisesta.²⁵

²⁴ Ks. *Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 5 ja (adekvanssiteoriasta laajemmin) *Kausaalikysymys*, s. 135 ss. Ks. myös *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 99: »Wer in der täterischen Willensbetätigung ein blosses Setzen einer Bedingung zu einem verpönten Erfolge sieht, der kann in der Bedingung selber niemals ein Stück Tatbestand erblicken. — — — Erst durch das Medium des tatsächlichen Erfolgseintritts lässt sich die Bedingung ex post mit dem Tatbestande logisch verknüpfen. Und diese Verknüpfbarkeit fehlt beim Versuch. Ganz anders für den, der die Tatbestandsverwirklichung nur als eine adäquate denken kann. Für ihn wohnt schon dem zur Verwirklichung führenden Ereignis ex ante ein generelles Streben auf den verpönten Erfolg inne. Der Erfolgseintritt ist nicht wesentlich, wohl aber die erfolgsbezogene objektive Tendenz auf ihn, wertgefärbt ausgedrückt: die »Gefahr« des Erfolgseintritts.»

²⁵ Ks. etenkin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 159 ss. Samoin jo *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, s. 100: »Wenn also die einzelnen Paragraphen des bes. Teils bestimmte Handlungen näher bezeichnen, auf die sie ihre Strafen setzen, so müssen das diejenigen Handlungen sein, welche nach der Ansicht des Gesetzes geeignet sind, den verpönten Erfolg hervorzubringen.» Vrt. myös *Beling*, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, Gerichtssaal 101, 1932, s. 1 ss. — Olemme sitä mieltä, että »adekvanssi on olennainen tekijä rikosoikeudellisessa tunnusmerkistönmukaisuudessa». Näin *Mezger*, Strafrecht, s. 124. Samaa mieltä myös *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 97. Määrätyssä mielessä voimme hyväksyä myös *Belingin* seuraavan lausuman (m.k. s. 4): »Die richtige Methode zur Erfassung des juristischen Ursachbegriffs kan nur die sein, dass man die einzelnen Rechtsbestimmungen ins Auge fasst, für die das vorerst in vorjuristischer Unbestimmtheit gesehene Ursachproblem überhaupt auftaucht, und für jede von ihnen den funktionellen Rahmen aufsucht, in dem der Begriff hier verwendet ist.» Vain adekvanssiperiaate sellaisenaan kuuluu rikosoikeuden yleisiin oppeihin; adekvaattisuusarvosteluun kuuluvan yleistyksen perusta ja määrä voivat sitävastoin vaihdella eri rikostyypeissä, joten adekvanssin käsitteleminen tältä osalta kuuluu rikosoikeuden erikoiseen osaan. — *Sipilä*, m.t., s. 117 s. puoltaa adekvanssiteorian käsittämistä vanhaan tapaan edelleen lähinnä syyteqriana, kun uudempana aikana on tullut tavaksi selittää tämä teoria pelkäksi relevanssiteoriaksi. Tähän tapaan m.m. *Honkasalo*, m.t., s. 165 ja *Mezger*, Strafrecht, s. 122 s. Omasta puolestamme olemme taipuvaiset kannattamaan *Gemmingenin* (m.t., s. 99, viite 24) esittämää mielipidettä, että adekvaattisuudessa on kysymys myös syy-yhteydestä, koska adekvanssiarvosteluun liittyy aina toteamus mahdolliseksi ajattelusta tulevasta vaikutuksesta ja täten adekvanssiajattelu sulkee piiriinsä kausaalista ajattelua. Samaa tarkoittanee *Sipilä* lausueessaan (s. 117): »Juriidiselta

Täytäntöönpanotoimi, johon liittyy adekvaattisuus, on perustana myös yrityksen rankaisemiselle. Määrätessään yrityksen rangaistavaksi lainsäätäjän tarkoituksena on ollut estää sellaisten toimien tekeminen, joista on odotettavissa määrättyjen seurausten syntyminen. Täten voidaan täydellä syyllä yrityksen rankaisemisen sanoa pohjautuvan vaaran ajatukseen.²⁶ Mutta toinen asia on, onko lainkäyttäjälle jätetty vapaat kädet adekvaattisuuden määrittämisessä yleisten periaatteiden mukaan, vai onko lainsäätäjä jollakin tavalla määritellyt ne toimet, jotka seurauksen aiheuttajina tulevat kysymykseen.²⁷ Tässä katsannossa voidaan havaita käytetyn erilaisia menettelytapoja. Toisinaan koko tunnusmerkistö on sisällytetty iskusanan luontoiseen ilmaisuun (esim. RL 21 :1 »ottaa henki»), toisinaan taas laissa on enemmän tai vähemmän yksityiskohtainen kuvaus rikollisesta käyttäytymisestä (esim. RL 36: 1). Tunnusmerkistöjen rakenteellisista eroavaisuuksista on jo aikaisemmin tehty selkoa.²⁸ Lainkäyttäjälle on luonnollisesti ratkaisevana se seikka, miten täytäntöönpanotoimi on laissa määritelty.²⁹ Hänen kannaltaan ovat vaikeuksia

kausaalisuusteorialta yleisimmässä mielessä voitaneen vaatia, että se riittää selittämään syy-yhteyden kaikkialla, missä edellytetään sen olemassaoloa.

²⁶ Ks. etenkin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 168 ss. ja *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 93 s.

²⁷ Tätä tarkoittaa *M. E. Mayer* lausueessaan (Der allgemeine Teil, s. 345): »Somit muss die Idee, die Strafe auf den gefährlichen Versuch zu beschränken, hinter dem Gesetz stehen bleiben und im Gesetz in bestimmteren Begriffen ausgeprägt werden». Ks. myös *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 114: »Erkennt eine zweckhafte Rechtsbetrachtung, dass einer jeden Versuchsbedrohung der Gedanke zugrunde liegt, die Strafe auszudehnen auf das bloss Hinwirken auf einen verpönten Erfolg, so ist damit noch nicht gesagt, ob die Adäquanzkriterien im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist, oder nicht. Die Feststellung der Adäquanz kann zwar der Gesetzgeber dem Richter ganz anvertrauen. Dann würden unsere Lehrbücher unbefriedigende Ergebnisse nicht kennen. Er kann aber auch mit seinen mehr oder minder groben Mitteln versuchen, die schwierige Frage der generellen Geeignetheit einer Handlung selber zu lösen, d.h. Adäquanzbedingungen zu »oktroyieren».

²⁸ Ks. aik. s. 65 s.

²⁹ Tunnusmerkistöissä on toimintaa osoittavalla ilmaisulla keskeinen merkitys. *Beling* lausuu tästä (Gerichtssaal 101, s. 5): »Innerhalb der gesetzlichen Tatbestände — — treten beherrschend die Zeitworte hervor, durch die der Gesetzgeber die jeweils gemeinte Art der Handlung herausstellt. Sie sind es, die der Jurist zum Ausgangspunkt zu nehmen hat. Das scheint Buchstabenjurisprudenz zu sein, ist es aber nicht. Denn durch die Zeitworte hauptsächlich hat der Gesetzgeber die Aufgabe vollzogen, diejenigen Arten menschlichen Verhaltens zu zeichnen, die, aus dem Bereich der für Androhung von Strafe überhaupt in Frage

omiaan tuottamaan erikoisesti ne tunnusmerkkistöt, joissa minkäläinen toiminta tahansa, kunhan seurauksen syntyminen vain on siitä odotettavissa, riittää tunnusmerkkistön mukaiseksi käyttäytymiseksi. Adekvanssin määrittäminen ei näet ole helppoa, kun ne seikat, joista arvostelu riippuu, saattavat yksityistapauksissa kovasti vaihdella. Mutta kun laissa on kysymykseentuleva toiminta jo jollakin tavalla määrätty (esim. petoksessa vaaditaan erehdyttämistä) niin vaihtelumahdollisuudet ovat vähäisemmät. Tuomarin tehtävänä on tällöin ensi sijassa todeta, vastaako tekijän toiminta laissa kuvattua toimintaa. Myönteinen vastaus oikeuttaa yleensä katsomaan myös seurauksen odotettavuuden olleen olemassa, koska laki on maininnut sellaisen toiminnan keinona seurauksen aiheuttamisessa. Milloin taas lainsäätäjä on rikoksen tunnusmerkkistöön ottanut monia toisiinsa liittyviä toimintoja ja kyseessä on siis n.s. yhdistetty rikos (esim. väärän asiakirjan valmistaminen ja käyttäminen yksityisen asiakirjan väärennyksessä), silloin on jo ensimmäisen toiminnan aloittaminen täytäntöönpanotekoa. Yrityksen rangaistavuuden tultua vedetyksi täten kaupas eteen ennen vahinkoseurauksen syntymistä, adekvanssiarvostelulle ei jää enää sijaa.³⁰

kommenden herausgehoben, strafbar sein sollen, jenseits deren also Strafflosigkeit besteht.» Samaan tapaan myös *Beling*, *Methodik der Gesetzgebung*, 1922, s. 95 s. ja *Grundzüge*, s. 27. Ks. myös *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch*, s. 182: »Der Aufbau der besonderen Tatbestände ruht auf dem vom Gesetz gebrauchten Tätigkeitswort (töten, nötigen, wegnehmen usw.)».

³⁰ Kysymyksestä, onko yritys vaarantamista vai täytäntöönpanon aloittamista, on *Honkasalo* erästä oikeustapausta selostaessaan (*Defensor Legis* 1947, Oikeustapauksia s. 75 s.) lausunut m.m. seuraavaa: »Rikokset voidaan siinä suhteessa (tark. kysymystä, milloin rangaistavan yrityksen objektiivinen puoli on täytetty) jakaa kahteen ryhmään. Toiseen kuuluvat ne kriminalisoidut teot, joissa sitä tapaa, jolla seuraus aikaansaadaan, ei ole laissa määritetty. Toiseen teot, joiden suhteen siinä suhteessa on olemassa määräyksiä. Ensinmainittuun ryhmään kuuluvasta teosta kysymyksen ollen on yritysaste katsottava saavutetun, kun asianomainen oikeushyvä on joutunut hyökkäyksen alaiseksi, mikä tietysti edellyttää, että tekijän tahto suuntautuu oikeudenloukkauksen välittömään aikaansaamiseen. Onko sellainen hyökkäys ollut olemassa on tietysti arvosteltava yleisen elämän lain mukaan. Toiseen ryhmään kuuluvasta teosta kysymyksen ollen mainittu aste on katsottava saavutetuksi, kun tunnusmerkkistön toteuttaminen siihen kuuluvan doluksen kera on alkanut. Ryöstön yritys on esim. olemassa niin pian kuin väkivaltaiseen pitelemiseen tai sellaisen uhkauksen käyttämiseen, jossa pakottava hengen tahi terveyden vaara on tarjona, on anastamisen aikomuksessa ryhdytty; petoksen yritys, kun erehdyttämistoimenpiteet hyötymis- tai vahingoittamistarkoituksessa ovat alkaneet.» Ks. myös *Grottenfelt*, *Kommentar till strafflagen*, s. 106: yritys on aina kysymyksessä, »da den brottslige skridit till en handling, som ömedelbart faller in

Paitsi sen johdosta, että tapahtumainkulku on laissa saatettu määritellä jo niin varhaisesta ajankohdasta ja niin yksityiskohtaisesti, ettei seurauksen adekvaattisuusarvostelusta voida enää puhua, myös eräs toinen näkökohta on omiaan rajoittamaan adekvanssin pääsemistä täysiin oikeuksiinsa. Tarkoitamme sitä tosiasiaa, että laissa on rikokseen liittyvinä usein mainittu sellaisia seikkoja, joiden on oltava olemassa täytäntöönpanon alkamisesta alkaen, jos mieli niiden olla olemassa täytäntöönpanon päättyessä. Nämä seikat ovat niitä, jotka eivät ole syy-yhteydessä tekijän toimintaan ja joiden syntymiseen hän ei voi millään tavalla vaikuttaa. Jos tällainen seikka puuttuu täytäntöönpanoa aloitettaessa, niin sellaisen seurauksen syntymisen odottaminen, johon mainittu seikka kuuluisi, on mahdotonta. Kun surmaamiseen vaaditaan teon kohdistumista elossaolevaan ihmiseen, ei surmaamista voida aloittaakaan, ellei toiminnan kohteena ole elävä ihminen. Samoin varkauden edellyttäessä vieraan esineen anastamista varkauden yrittäminen ei ole kysymyksessä toiminnan suuntautuessa omaan esineeseen. Tämän näkökohdan esittämisessä, että yritystoiminta edellyttää rikoksen kaikkien muiden tunnusmerkkien mukanaoloa, paitsi niiden, joiden syntyminen on yhteydessä tekijän omaan toimintaan, on tunnusmerkistön puutteellisuus-teorian suuri ansio.³¹ Tämän teorian kannattajat ovat olleet oikeassa tähdentäessään rikoksen tunnusmerkkien keskinäistä erilaisuutta siinä mielessä, että toisten mukanaolo on yrityksessä välttämätöntä toisten saadessa ja ainakin osittain täytyessäkin puuttua, jotta yrityksestä ylipäänsä voisi olla kysymys. Väärässä he sensijaan ovat olleet asettaessaan yrityksen ja tunnusmerkistön puutteellisuuden toistensa vastakohdiksi itsenäisinä käsitteinä, kun itse asiassa jälkimmäinen merkitsee vain kysymystä yritystoimen oikeudenvastaisuudesta, s.o. täytäntöönpanon aloittamisen tai seurauksen adekvaattisuuden olemassaolosta.³²

under den af vederbörande straffbud karakteriserade brottsliga verksamheten». Vrt. niinkään *Serlachius*, Oppikirja II,1, s. 214 (ryöstön yritys, kun ryöstäjä on ryhtynyt pakkokeinoaan käyttämään), II,2, s. 246 (kiristämisyritys, kun on ryhtytty pakotusta käyttämään). — Edelläkosketeltu kysymys liittyy lähemmin oppiin yrityksen ja valmistelun välisestä rajasta.

³¹ Ks. aik. s. 168 ss.

³² Oikea käsitys tunnusmerkistön puutteellisuuden yhteydestä yritykseen on *Honkasalolla*, joka katsoessaan, ettei tunnusmerkistön puutteellisuuden huomioonottamiselta voida rikosoikeutemme kannalta kieltää määrättyä oikeutusta, esittelee kosketeltua katsomustapaa seuraavasti (Kausaalisuuskysymys, s. 179 ss.): »Kun rikoslaki täytettyä tekona rankaisee vain suhtautumisen, joka täyttää rikoslain

Tunnusmerkistön puutteellisuus suorittaa osan siitä työstä, joka kuuluisi adekvanssia koskevalle opille, erottaessaan jo etukäteen monet tapaukset arvostelun ulkopuolelle. Epäselvyyttä on tässä katsannossa omiaan käytännössä aiheuttamaan se tosiasia, että edelliseen kuuluvat seikat joutuvat tarkastelun kohteiksi täysin konkreettisina, kun taas adekvanssissa tapahtuu yleistäminen. Kun on käsiteltävänä tapaus, jossa nainen on yrittänyt lähdettää sikiönsä, niin ex post arvostellen, kun tiedetään, että nainen ei ollut ollenkaan raskaana, on helppoa sanoa, ettei raskaana olematon nainen voi lähdettää sikiötä. Mutta toisin saattaa tapaus näyttäytyä ex ante arvostellen. Kun täysinkehittynyt, terve nainen on ollut sukupuoliyhteydessä ja kukautioniset ovat lakanneet, niin hänen ottaessaan lähdettämistä tuntuu luonnolliselta sanoa, että sikiön lähdettämisen toteutumiselle on ollut olemassa suuri vaara. Onko tällöin välttämätöntä tietää, onko nainen ollut todella raskaana? Vastaus voidaan saada vain pitäytymällä laissa käytettyyn sanontaan. Sen on annettava ratkaista, olko onpa että sisäisesti samanlaatuiset tapaukset jouduttaisiin eri tunnusmerkistöjen alaisina ratkaisemaan hyvinkin toisistaan poikkeavasti. Aikaisemmin käsittelemistämme tunnusmerkistön puut-

erinäisissä rikostunnusmerkistöissä asettamat välttämättömät kriteeriot, esiintyy nykyajan tietoisopissa varsin voimakkaana mielipide, ettei myöskään rangaistavaa yritystä voisi olla olemassa, jos mainitut välttämättömät tunnusmerkit puuttuvat. Kun yritykselle jo käsitteen mukaisesti on ominaista, ettei tarkoitettua seurausta ole saavutettu, on seurauksen puuttuminen yrityksen tunnusmerkistöstä katsottu itsestään seuraavaksi ja siis myös positiivisen oikeuden hyväksymäksi poikkeukseksi.» Ks. myös *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 298: »Versuch liegt also dann vor, wenn der Täter subjektiv den gesamten Tatbestand zu verwirklichen entschlossen ist und objektiv eine dem Tatbestande unterfallende Handlung setzt, die jedoch die tatbestandsmäßige Veränderung in der Aussenwelt nicht herbeiführt, mithin des für die Vollendung des Verbrechens erforderlichen objektiven Schlusstückes entbehrt. Auf eine in dieser und nur in dieser Beziehung unvollständige Ausführungshandlung erstreckt der Gesetzgeber die Bestrafungsmöglichkeit unter dem Gesichtspunkt des Versuchs.» *Mezger*, Strafrecht, s. 396 s., puolestaan lausuu: »Denn nur tatbestandsmäßiges Unrecht und tatbestandsmäßige Gefährdung sind strafbar. Diese grundlegende Wahrheit gilt auch für das Gebiet des Versuchs. Der Mangel am Tatbestand macht den Versuch straflos. Sogenannter Mangel am Tatbestand aber liegt dort vor, wo der Handelnde seinen Delikts-Entschluss unter Umständen zu verwirklichen versucht, unter denen die Verwirklichung des Deliktstatbestandes von vornherein unmöglich ist.» Samoin niinkään *Beling*, Grundzüge, s. 57: yritys on kysymyksessä, kun »die Nichttatbestandsmäßigkeit im Mangel des tatbestandlichen Endstücks besteht.»

teellisuus-teorioista on näinollen »kieliopillinen» suunta hyväksyttävä. »Aineellinen» teoria, joka itse asiassa on epätäydellistä adekvanssi-arvostelua, ei voi tyydyttää silloin, kun lain sanamuodon katsotaan sitovan.³³ Edelläesitettyssä tapauksessamme nainen ei ole syyllistynyt sikiönlähdettämisen yritykseen, koska RL 22:5 edellyttää tekijäksi raskaana olevan naisen (»nainen — — sikiönsä»).

Tunnusmerkistön puutteellisuuden merkityksessä täten formalistista pitäytymistä lain sanaan on syytä koettaa muutamien esimerkein valaista, minkälaisiin tuloksiin katsomus johtaa. Edellä on jo esitetty esimerkki lain vaatimusta vastaamattomasta subjektista (ja objektista). RL 40:5 mukaisen virkarikoksen yritykseen voi syyllistyä vain lainkohdan tarkoittama virkamies. Murhan ja tapon (RL 21:1, 2) on katsottava edellyttävän, että toiminta kohdistuu elossa olevaan ihmiseen. Näinollen ampuminen siihen, joka hetkistä aikaisemmin on jo kuollut toisen heti tappavasta laukauksesta, ei voi olla murha- tai tappoyrityksen tekijä. RL 34:1, 2, 4 mainitsevat monia vaihtoehtoisia teko-objekteja, joista johonkin tuleen sytyttämisen siis on kohdistuttava. Varsin usein on laissa toimintaa osoittavan sanan tai sanojen ohella mainittu suorituskeino tai suorittamisessa käytettävä välikappale, esim. RL 28:2⁵ »varastaa — — — sisäänmurtautuen», RL 28:3 »väkivoimalla murtautuu», »viekkautta käyttäen laittaa itselensä pääsön», RL 36:1 »tuomalla esiin valheellisen asianlaidan — — — aikaansaa taikka vireillä pitää erehdyksen», RL 21:7 »saattaa häneen myrkyä tahi muuta sellaista vaarallista ainetta». Näissä tapauksissa yritystoimi on kelvollinen vain käytettäessä laissa mainittua keinoa, minkävuoksi minkäänlainen toiminta, josta voitaisiin odottaa seurauksen syntyvän, mutta joka ei täytä lain vaatimuksia, ei tule täytäntöönpanotoimena kysymykseen. Keinon käsitteeseen kuuluu sitäpaitsi, että sitä käyttäen yleisen kokemuksen mukaan tarkoitettu seuraus voidaan saada aikaan.³⁵ Murtoavarkauden yritys on kysymyksessä, kun tekijä ryhtyy päämäärän kannalta asianmukaiseksi katsottavaan murtautumiseen, murren yritys, milloin murtautumiselle ominainen väkivallan käyttäminen aloitetaan tai viekkautta käytettäessä välineen: tiirikän t.m.s., käyttöön ryhdytään. Petosyrityksessä täytäntöönpanotoimen aloittamiseksi riittää sellaiseen, laissa esimerkein

³³ Vrt. aik. s. 171 ss.

³⁴ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuus-kysymys, s. 180.

³⁵ Myrky esim. on ainetta, joka, siinä muodossa ja siinä määrässä kuin se saatetaan toiseen, synnyttää vaaraa hänen hengelleen tai terveydelleen. Näin *Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 15.

määriteltäyn toimintaan ryhtyminen, joka voi olla omiaan johtamaan toisen henkilön erehtymiseen sellaisin seurauksin, kuin petos edellyttää. Edelleen tunnusmerkistöissä on usein mainintoja monista seikoista, kuten tekopaikasta ja tekoajasta, esim. RL 28:2¹ »kirkosta», RL 12:2 »valtakunnan jouduttua sotaan tai sodan sitä uhatessa», julkisuudesta t.m.s.. Näiden seikkojen on lisäyksityiskohtina liityttävä tekijän toimintaan. Kun on kysymys täytäntöönpanotoimen kelvollisuudesta sellaisessa tapauksessa, jossa rikollisen toiminnan puitteet on näin määrätty, on tekoon ryhtymisen alusta alkaen täytettävä lain vaatimukset myös tässä suhteessa.

Edellä jo sanoimme, että tunnusmerkistön asettamien vaatimusten täyttäminen, mikäli ne eivät koske ulkomaailmassa ilmenevää toiminnan seurausta itseään, on adekvanssin edellytysten lain määräämä minimimäärä. Mutta kuitenkin vain minimi! Tunnusmerkistön puutteellisuus aikaansaa vain osaratkaisun, kun on vastattava kysymykseen, onko yritystoiminnasta ollut odotettavissa kielletyn seurauksen syntyminen. Näin ollen varsinaisesti vasta adekvanssin edellytysten lakisääteisen minimin puitteissa nousee ylipäänsä kysymys konkreettisesta adekvaattisuudesta. Vaikka — aikaisemmassa esimerkissämme pysyäksemme — »nainen» ja hänen »sikiönsä» olisivatkin sikiönlähdettämistapauksessa olemassa, niin ei kuitenkaan sen toiminnan, johon nainen on ryhtynyt lähdeäkseen sikiönsä, tarvitse silti olla sellaista, josta seurauksen syntyminen yleisesti katsoen on ollut odotettavissa. Vaaran todellisuus yksityistapauksessa on kysymys erikseen. Vasta kun on todettu, ettei tunnusmerkistön puutteellisuutta esiinny käsilläolevassa tapauksessa, lainkäyttäjä voi ryhtyä tutkimaan, onko seurauksen syntymisen vaara ollut olemassa. Kysymys yritystoimen kelvollisuudesta ja kelvottomuudesta saa varsinaisesti vasta tällä jäännösalueella asiallisen merkityksensä.³⁶

³⁶ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 180 s.; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 310 s. (»Das Problem des untauglichen Versuchs kann nur insoweit von juristischer Bedeutung sein, als überhaupt begrifflich — — ein Versuch in Betracht kommt; d.h. aus dem Problem des »untauglichen Versuchs« sind alle Fälle des sog. »Mangels am Tatbestand« auszusondern»). — *Mezger*, Strafrecht, s. 395 ss., katsoo tunnusmerkistön puutteellisuudenkin kuuluvan yrityksen käsitteen piiriin. Hänen nähdäkseen yrityksen käsite voidaan määrätä vain tekijän subjektiiviselta kannalta katsottuna. Tämän laajan käsitteen piirissä on vasta erotettava toisistaan rangaistava ja rankaisematon yritys. Vrt. aik. s. 189, viite 246. Tätä katsomustapaa vastaan voidaan kuitenkin huomauttaa, että tunnusmerkistön puutteellisuudenkin sisäänsä sulkeva yrityksen käsite on pikemmin harhaanjohtava kuin valaiseva yritystä meidän rikosoikeudessamme objektiivisen katsomuksen pohjalta tut-

Yrityksen rangaistavuuden lainsäädännöllisen perustan, toiminnan vaarallisuuden, esiintyminen lainkäyttäjän pohdittavana ongelmana on ominaista lähinnä eräisiin ikivanhoihin, lainsäätäjän määrittelyhalua jatkuvasti uhmanneisiin rikoksiin kohdistuvissa yrityksissä. Tarkoitamme sellaisia rikoksia kuin murha ja tappo (RL 21: 1, 2), si-kiönlähdettäminen (RL 225: 5, 6), vedentulvan aikaansaanti (RL 34: 8) y.m. Näissä rikoksissa tunnusmerkistö on »köyhä» siinä mielessä, että se ilmaisee ensi sijassa vain toiminnan tuloksen, mutta ei määrittele sitä tapaa, jolla se aiheutetaan. Surmaamis- y.m. tekoina voisivat lain sanamuodon estämättä tulla täten kysymykseen kaikenlaa-tuiset toimet, joilla seuraus todella on aiheutettu. Mutta niinkuin adekvanssiperiaate on havaittu välttämättömäksi vastuun rajoittajana silloin, kun rikos on tullut täytetyksi,³⁷ samoin adekvanssin l. vaaran ajatus on oleva, ja vielä suuremmalla syyllä, vastuuta rajoittamassa, kun toiminta ei ole edes johtanut tarkoitettuun tulokseen. Ellei tätä rajoitusta olisi, voisivat aivan naurettavuuden rajoilla olevat yritys-toimet olla rangaistavia. Myös niissäkin monissa tunnusmerkistöissä, joissa kysymykseen tuleva toiminta on enemmän tai vähemmän kiin-teästi määrätty, on vaaran arvostelu omiaan näissä rajoissa takaa-maan oikeustajuntaa mikäli mahdollista tyydyttävän ratkaisun löy-tämisen. Se sija, minkä adekvanssi kulloinkin saa, vaihtelee kuiten-kin tunnusmerkistöjen mukaan, niinkuin aikaisemmin olemme esittä-neet. Mutta ennenkuin jatkamme tämän kysymyksen käsittelyä, mei-dän on syytä lyhyesti kosketella adekvanssiteoriaa ja nimenomaan sen yhteyttä yritysoppiin.

Adekvanssia ja vaaraa koskevat oikeudelliset katsomukset raken-tuvat jokapäiväisessä elämässämme vallitseville käsittämistavoille.³⁸ Koko inhimillinen toiminta nojaa siihen kokemuksen meille opetta-maan tosiasiaan, että toimimalla niin ja niin saamme aikaan sen ja

kittaessa. Yrityksen käsite on mielestämme lähinnä lain tuote, laista käsin on läh-dettävä tutkimaan yrityksen olemusta. Tosin laki ottaa aina omikseen myös esi-juriidisia katsomuksia, mutta ne saavat ilmetä vain lain puitteissa. Vaikka yri-tyksen käsite täten otetaan suppeassa mielessä, ei se ole samaistettavissa rangais-tavan yrityksen kanssa, koska silloinkin on sekä kelvollisia että kelvottomia yritys-toimia. Vrt. polemiikkia *Liszt-Schmidt*, s. 299, viite 5 ja *Mezger*, s. 395, viite 12 a.

³⁷ Ks. ed. s. 226 s.

³⁸ *Gemmingenin* (Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 101) mielestä voimassa ole-vaa oikeutta tutkittaessa ja esitettäessä käsittelyn alaisena voi olla vain adekvanssi, joka kuitenkin kaipaa tarkoituseräistä orientointia vaaran ajatukseen. — Vaarasta ks. aik. s. 145 ss.

sen tuloksen. Alinomaa joudumme määräämään kantamme siihen kysymykseen, onko ja miten suurella todennäköisyydellä määrätty seuraus odotettavissa, kun teemme määrätynlaisen teon. Samanlaisia todennäköisyysarviointia käytämme tarkastaessamme toisten ihmisten toimien, luonnonilmiöiden ja yleensä maailman tapahtumien vaikuttavuutta mieltämiimme määrättyihin tuleviin tapahtumiin. Mutta tämä arvostelu tulevaisuuteen kuuluvien ilmiöiden odotettavuudesta on aina enemmän tai vähemmän epävarmaa. Puhumattaakaan siitä, että tietomme tarkastelumme alaisen toimen tai tapahtuman yksityiskohdista vaihtelevat vaikuttaen ratkaisevasti arvostelumme seurauksen syntymismahdollisuudesta ja että myös tietomme tapahtumisen laeista, esim. moniin räjähdysaineisiin ja myrkkyyihin nähden, riippuvat tarkastelijan henkisestä kehityksestä, ammattisivistyksestä y.m., niin arvostelumme saattaa vaikuttaa sekin, onko seuraus syntynyt tai jäänyt syntymättä. Kun seuraus on syntynyt, olemme taipuvaisia sanomaan, että sen aiheutuminen sitä edeltäneestä toimesta oli todennäköistä; milloin taas seuraus ei ole syntynyt, meistä voi tuntua, ettei sellainen ollut edelläkäyneestä tapahtumasta erikoisemmin odotettavissakaan.

Tämä jokapäiväisen elämän adekvaattisuusarvostelu ajateltuna rikosoikeudessa vaarana, että määrätystä inhimillisestä toimesta saattaa syntyä lain kieltämä seuraus, on ankarasti askarruttanut lukuisia tutkijoita, niinkuin aikaisemmin olemme esittäneet. Lisztille lähinnä kuuluu ansio siitä, että vaaran ajatus on palautettu abstraktisista konstruktioista takaisin jokapäiväisen elämän käyttämälle perustalle. Hänen mukaansa vaaran arvostelemisessa on jälkeinpäin tapahtuvaa prognoosia käyttäen otettava huomioon ne tosiseikat, jotka ex ante, s.o. toiminnan hetkellä, voitiin tuntea. Vaaran on tällöin katsottava olleen olemassa, jos mainitun tosiasiatiedon pohjalla seurauksen syntyminen on ollut sikäli todennäköistä, että sen ilmaantumatta jääminen on ollut vain hyvin vähän mahdollista.³⁰ Haluttaessa perehtyä tähän adekvanssioppiin on jo etukäteen luovuttava toiveesta tieteellisen spekulatiivisen tietä löytää yleispätevä ratkaisu. Adekvaattisen aiheuttamisen ajatus ja sen muodostelu eivät ole, päinvastoin kuin tietoteorian piiriin yhtenä ajattelumme muotona kuuluva filosofinen syy-yhteyden käsite, välittömästi omaksuttavissa. Vain syventyminen rikoslaissa havaittaviin oikeudenhoidollisiin tarkoituksiin ja

³⁰ Vrt. aik. esit. s. 147.

rikosoikeudellisen vastuun ajatukseen, t.s. teleologinen katsomustapa, voi auttaa mahdollisimman tyydyttävän ratkaisun löytämiseen.⁴⁰

Adekvanssin määräämistä koskevat erilaiset käsitykset kuvastuvat varsinkin kahdessa toisistaan kaukana olevassa katsomustavassa, jotka tunnetaan subjektiivisen ja objektiivisen adekvanssiteorian nimillä.⁴¹ Edellistä edustaa *Kries*, jonka mukaan adekvanssinarvostelun perustaksi on otettava ne tosiseikat, jotka tekijä on tuntenut tai ainakin voinut tuntea. Ontologisessa suhteessa on siis lähdettävä kokonaan tekijän kannalta. Vain nomoloogisen, s.o. tapahtumisen lakeja koskevan tiedon suhteen *Kriesin* mielestä voidaan omaksua objektiivinen katsomus niin, että seurauksen syntymisen todennäköisyys on arvosteltava yleisen kokemustiedon mukaan kokonaan riippumatta sen mahdollisesta poikkeamisesta tekijän nomoloogisesta tiedosta.⁴² Objektiivisen adekvanssiteorian mukaan — sitä edustaa ennen muita *Rümelin* — arvostelussa on asetettava objektiivisen tarkkailijan, siis tuomarin kannalle. Arvostelun pohjaksi on pantava kaikki toiminnan hetkellä olemassaolleet seikat sen estämättä, onko tekijä tai edes kukaan niitä silloin tuntenut tai voinutkaan tuntea, kunhan ne vain myöhemmin ovat tulleet ilmi. Kun tämän aineiston rinnalla on huomioon otettava myös ne toiminnan ajankohdan jälkeen vaikuttaneet seikat, joiden ilmaantumista yleisen inhimillisen kokemuksen mukaan toiminnan hetkellä voidaan odottaa, niin arvostelun ulkopuolelle jäävät tämän teorian mukaan vain ne myöhemmin tapahtumainkulkuun vaikuttavat seikat, joiden ilmaantumista ei ex ante voida edes arvata. Nomoloogisen tiedon suhteen on *Rümelinin* mielestä kuitenkin aina käytettävä tuomarin tuntemaa yleistä kokemustietoa. Kun teoria näin ollen itse asiassa on lähellä täydellisen ex post-katsomuksen kannalla olevaa *condicio sine qua non*-teoriaa, *Rümelin* on katsonut täytyvänsä tehdä siihen kohtuussyistä kaksi poikkeusta, jotka tekevät sen monimutkaiseksi ja joihin tässä ei sen vuoksi ole aihetta kajota.⁴³ — Helposti havaitaan, etteivät nämä katsomustavat käytännössä joh-

⁴⁰ Ks. etenkin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 158.

⁴¹ Seuraavaan esitykseen nähden ks. etenkin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 144 ss.; *Sipilä*, m.t., s. 96 ss.; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 143 ss.; *Mezger*, Strafrecht, s. 118 ss.; *Henckel*, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Strafrechtl. Abh. 270, 1930, s. 23 ss.

⁴² *Kries*, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit, und einige Anwendungen desselben, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12, 1888, s. 228 s.

⁴³ *Rümelin*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, Archiv für die civilistische Praxis 90, 1900, s. 171 ss.

da tyydyttäviin tuloksiin. Subjektiivinen teoria, joka itse asiassa on niin lähellä syyllisyysoppiin kuuluvia katsomuksia, että varsinaisesti vain tekijän nomoloogisessa suhteessa poikkeuksellisen tiedon merkityksettömäksi katsominen erottaa sen niistä, rajoittaa liiaksi relevantin kausaalisuuden alaa. Yhteisön kannalta on usein todettava vaaran esiintyvän, vaikka tekijä ei ole sen mahdollisuutta huomannut tai edes voinut huomata.⁴⁴ Objektiivisen teorian vikana taas on toiminnan hetkellä täysin tuntemattomien, kuitenkin jo olemassaolevien seikkojen mukaanotto arvosteluperustaan, mikä menettely on vierasta jokapäiväisen elämän vaarallisuusarvioinnille sen edellyttäessä tapahtuman kehityksen teonhetkistä laskettavuutta silloin tunnettujen tai tunnettavissa olevien seikkojen perusteella.

Oikea ratkaisu arvosteluperustan luomista koskevassa kysymyksessä on saatavissa vain Lisztin tapaan pitäytymällä täysin siihen aineistoon, mikä *ex ante* tunnettiin ja voitiin tuntea. Näin on menettävä myös nomoloogisen tiedon suhteen, sillä poikkeuksen tekeminen *ex post*-arvostelun hyväksi sen osalta ei ole periaatteelliselta kannalta puollettavissa.⁴⁵ Kysymys voi olla vain siitä, kenen omaama tieto *ex ante* tunnettavan ja tunnettavissa olevan ontoloogisen ja nomoloogisen tietoaineiston suhteen on oleva ratkaiseva. *Traeger*, joka tosin nomoloogisessa suhteessa katsoo *ex post* arvostelun asianmukaiseksi, ottaa perustaksi sen, mitä korkeinta tietämisen tasoa edustava henkilö on toiminnan hetkellä voinut tuntea ja erityisesti myös, mitä

⁴⁴ Olemme aikaisemmin esittäneet, että tahallisuuteen ei kuulu tietoisuus tosiasiallisesta kausaaliikkulusta. Vrt. s. 199. — Hyvin lähellä *Kriesin* katsomusta on *Fingerin* vaarateoria. Ks. aik. s. 152 s. Samaa on sanottava *Dohnan* ja *Frankin* edustamasta »suunnitelmateoriasta», jonka mukaan tekijän suunnitelmaa on arvosteltava käyttäen nomoloogisessa suhteessa yleistä kokemustietoa. Vrt. ed. s. 175 ss.

⁴⁵ Näin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 152, viite 53. Ks. myös *Sipilä*, m.t., s. 103 s., viite 190, jossa lisäksi huomautetaan täysin *ex ante* kannalla oltaessa ontoloogisen ja nomoloogisen tiedon toisistaan erottamisen käyvän tarpeettomaksi. — Ontoloogisen ja nomoloogisen tiedon toisistaan erottamista vastaan voidaan myös mainita, että kaikki nomolooginen tietämys perustuu pohjaltaan ontologisiin toteamuksiin. Sen, että aurinko nousee huomenna ja ylihuomenna, tiedämme siitä, että aurinko on noussut jokaisena vuorokautena tähän mennessä. Eksaktinen tietomme luonnonlaeista perustuu jo olemassaolevaa koskeviin havaintoihimme. Myös päinvastoin nykyisyyttä koskevat tietomme saamme loppujen lopuksi nomoloogisen tiedon välityksellä, sillä havaintomme on aina rajoitettu tapahtuman joihinkin »oireisiin» meidän lisäessä kokemustietomme pohjalta siihen itsetiedottomasti lisäpiirteitä. Ks. tästä *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff, s. 111 s.; *Schüler*, m.t., s. 83, viite 21; *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 121 ss.

tekijä tunsi.⁴⁶ *Hippelin* mukaan tunnettavuuden mittapuuksi ei ole otettava kuvitellun ihanneihmisen viisautta, vaan normaalisien, kyseisellä alalla tarvittavan kokemuksen omaavan arvostelijan tuntemus, käytännössä siis tuomarilla itsellään oleva, tarvittaessa asiantuntijain avustuksella hankittu tieto, minkä ohessa tekijän erityinenkin tieto on huomioonotettava. Tämän kannanoton ovat meillä *Honkasalo* ja *Sipilä* hyväksyneet ja se lieneekin ainakin käytännössä paras mahdollinen.⁴⁷

Arvosteluperustaa koskevaan ongelmaan liittyy myös kysymys odotettavana olevan seurauksen yleistämisen asteesta. Jos seuraus yleistetään tunnusmerkistön määräämää abstraktista kategoriaa vastaavaksi, esim. kuolema aiheutettuna millä tavalla tahansa,⁴⁸ niin poiketaan siitä käsitystavasta, mikä on seurauksen laskettavuudelle ominaista. Laskettavuus edellyttää luonnollisesti, että määrätynlainen toimi lisää mahdollisuutta juuri sitä laadultaan vastaavan seurauksen syntymiseen, esim. että haavoittamisesta on odotettavissa haavoihin kuoleminen.⁴⁹

Adekvanssin edellytyksiä koskevaan oppiin kuuluu niinkään kysymys todennäköisyyden asteesta, jonka on liityttävä seurauksen syntymismahdollisuuteen. Erityisesti tähän kysymykseen nähden on huomattava, ettei vastaus voi olla numerollinen tai loogillinen, vaan se riippuu oikeuden- ja tarkoituksenmukaisuussyistä. *Liszt* katsoi vaaran olemattomaksi, kun seurauksen syntyminen on mahdollinen

⁴⁶ *Traeger*, *Der Kausalbegriff im Straf — und Zivilrecht*, 1904, s. 159 ss. — Tekijän tiedon huomioonottaminen erikseen on välttämätöntä senvuoksi, että hän voi tietää jostakin seikasta, esim. atomiin kätkeytyvistä voimista, enemmän kuin kukaan muu. Vaaran käsite täytyy ulottaa myös hänen toimiaan koskevaksi.

⁴⁷ Ks. *Hippel*, *Deutsche Strafrecht II*, s. 148; *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 152 ss.; *Sipilä*, m.t., s. 105 ss. Viimeksimainittu katsoo *Traegerin* ja *Hippelin* teorian merkitsevän samaa.

⁴⁸ Näin *Engisch*, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, s. 54: » — — — die Adäquanfrage, die Gefährlichkeit muss mit Bezug auf diesen Erfolg betreffen, es ist also der Erfolg nach Massgabe des gesetzlichen Tatbestandes zu generalisieren. » Samoin jo *Kriegsmann*, ks. aik. s. 150.

⁴⁹ Näin *Traeger*, m.t., s. 126, johon *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 141, yhtyy. *Sipilä* (m.t., s. 135) katsoo seurauksen abstrahoinnin määrän välittömästi riippuvan siitä generalisatiosta, joka tulee edellytysten osaksi. Hänen mukaansa »yleistys on tapahtuva sellaisten seurauksen yksityiskohtien osalta, joiden syntymistä vastannut edellytys on sisältynyt mahdollisuustodelman perusteeseen abstrahoidussa muodossa. » Tämä määritelmä ei ymmärtääksemme asiallisessa suhteessa poikkea *Traegerin* katsomuksesta.

vain häviävän harvoissa tapauksissa. *Kries* on turvautunut elävässä elämässä vallitsevaan käsitykseen, joka hänen nähdäkseen ilmenee tyypillisyyden vaatimisena.⁵⁰ Tyypillisuus ei kuitenkaan ole sopiva kriteerio mahdollisuusasteen määrittämiseen. Niin oikealta kuin se ensi katsannolta tuntuukin, siitä johdutaan asettamaan seurausta edeltäneelle toiminnalle liian suuria vaatimuksia. Onhan nimittäin selvää, että tyypillisiksi sanan tavallisessa merkityksessä käsitetään vain tapaukset, jotka säännöllisesti johtavat seuraukseen.⁵¹ *Tarnowski* on erikoisesti selvittänyt tyypillisyyden ja adekvanssin toisistaan erottamisen välttämättömyyttä. Toimi on hänen mukaansa seuraukseen nähden »tyypillinen», jos niiden välillä vallitsee määrätty kvantitatiivinen suhde toimen määrättyissä, monilukuisissa tapauksissa määrätyn edellytyskompleksin vallitessa aikaansaadessa seurauksen, mutta toimi on »adekvaattinen», kun juuri se toimi vaikuttaa sen asiantilan muodostumiseen, että edellytyksillä on yleisesti katsoen yhteys seuraukseen, nimittäin lisäämällä seurauksen syntymisen mahdollisuutta.⁵² Tyypillisyysteorian ilmeisimpänä varjopuolena onkin sen varsin tavallisen tapauksen huomiotta jättäminen, että tekijä on oikein laskenut tavoittelemansa seurauksen syntymisen epätavallista tietä. Tydyttävämpi on sitävastoin katsomus, jonka mukaan adekvaattisuuteen riittää kosketellussa suhteessa toimen yleinen suosiavuus seuraukseen nähden siinä merkityksessä, että toimi lisää tämän seurauksen syntymismahdollisuutta ei-vähäiseksi katsottavalla tavalla.⁵³ Asiallisesti samaa merkitsee määrittely, että seuraus ei ole adekvaattisesti aiheutettu, kun tosiasiallinen kausaalikulku on järkevästi ajatellen ollut toiminnan hetkellä joko täysin arvaamaton tai siinä määrin epätodennäköinen, että sellaisen mahdollisuus on käytännöllisesti katsoen näyttänyt yhteiskunnallisessa elämässä yhden-tekevältä.⁵⁴ Samaa on myös sanottava huomiotta jätettävän tapahtumainkulun luonnehtimisesta sellaiseksi, jota elävässä elämässä jär-

⁵⁰ *Kries*, m.k., s. 194 s. — Todennäköisyysasteen määrittäminen on laajasti käsitelty *Sipilä*, m.t., s. 68 ss.

⁵¹ Tähän tapaan *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 142, viite 34; *Sipilä*, m.t., s. 77. — *Henckel*, m.t., s. 27 s., vaatii korkean mahdollisuusasteen selittäessään vaaran olevan olemassa, kun seurauksen syntymättä jääminen ei näytä mahdolliselta.

⁵² *Tarnowski*, Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriff, s. 214 s.

⁵³ Näin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 158; *Sipilä*, m.t., s. 85 ss. ja s. 307; *Traeger*, m.t., s. 159; *Tarnowski*, m.t., s. 227.

⁵⁴ Näin *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 149.

kevästi ajatellen ei enää oteta lukuun.⁵⁵ Yrityksen kannalta asiaa katsottaessa tuntuu kuitenkin siltä, että viimeksi esitetyt sanonnat niiden nimenomaan pitäytyessä jonkinlaiseen ennalta-arvattavuuteen ovat osuvampia kuin maininta objektiivisen mahdollisuuden pelkästä lisääntymisestä ei-vähäiseksi katsottavalla tavalla. Myös voitane sanoa, että ratkaisun jättäminen elämän yleisen säännön varaan on onnistuneinta, koska noudatettavan varovaisuuden määrä välttämättömästi vaihtelee eri rikoksissa. Kun on kysymys ihmishengen hukkaantumisen uhkasta, riittää jo varsin vähäinenkin todennäköisyyden aste leimaamaan toiminnan oikeudenvastaiseksi.⁵⁶ Ne määritelmät, jotka eivät tätä seikkaa ota huomioon, eivät vastaa käytännöllisen oikeudenhoidon vaatimuksia. Jäykät formuloinnit ovat nimenomaan todennäköisyysasteen määrittämisessä pahasta. Mutta mieles-tämme voidaan täydellä syyllä asettaa kysymyksenalaiseksi, eikö yrityk-sessä ole vaadittava tavallista suurempaa mahdollisuuden määrää, esim. tapon yritykseltä suurempaa seurauksen odotettavuutta kuin mikä riittää rankaisemiseen täytetystä taposta? Ei voitane katsoa täy-täntöönpanon ja siis myös rangaistavuuden alkavan, ennenkuin siitä toimesta, johon tekijä on ryhtynyt, verrattain suurella todennäköisyy-dellä on odotettavissa kielletyn seurauksen syntyminen. Mitään yleisi-ä periaatteita yrityksen asettamisesta tässä katsannossa poikkeus-asemaan ei liene kuitenkaan mahdollista esittää, vaan ratkaisu on jä-tettävä tuomarin harkintaan in casu.⁵⁷

Edelläkosketellun vaikean kysymyksen ratkaisu on omiaan hel-pottumaan useissa rajatapauksissa sen johdosta, että myönnetään

⁵⁵ Näin *Bar*, *Gesetz und Schuld II*, s. 201. Vrt. myös *Honkasalo*, *Kausaalisuus-kysymys*, s. 158 ja 170; *Serlachius*, *Straff och skadestånd*, 1901, s. 99 s.

⁵⁶ Intressienvertailu on tässä tarpeen. Vrt. *Serlachius*, *Oppikirja I*, s. 101 s.

⁵⁷ *Honkasalo* on käsitellyt tätä kysymystä lausuen m.m. seuraavaa (*Kausaali-suuskysymys*, s. 170 s.): »Mutta sen seikan määrittämiseksi, mikä on satunnaista, mikä ei- satunnaista, ei ole muuta normia kuin se, minkä yleinen elämän kokemus antaa. Voidaan hyvin ymmärtää, että todennäköisyysarvostelu, mitä vaatimuksia yleispäte-vyyteen nähden sille asetettaneekin, inhimillisestä rajoittuneisuudesta riippuen on täi-puvainen laajentamaan huomioonotettavan mahdollisuuden alaa silloin, kun kau-saalisuuden konkreettinen kulku on muuttanut mahdollisuuden todellisuudeksi, ja supistamaan sen alaa silloin, kun kausaalisuuden kulku ei ole ajateltua seurausta toteuttanut. Mutta eri asia on, onko abstraktiselle kausaalisuudelle asetettava eri-lainen normi niissä tapauksissa, joissa teko ei ole aikaansaanut seurausta vaan äinoastaan vaaran sen syntymisestä. Mikään ei tietysti estä lainsäätäjää sellaista normia asettamasta. Osoituksena siitä, että erityisiä kriteerioita huomioonotettavan vaaran suhteen voidaan asettaa, ovat rikoslain 3 luv. 6, ja 10 §§.»

myös subjektiivisella aineksella, s.o. tekijän sisäisellä asennoitumisella, saattavan olla merkitystä arvosteluperustan muodostamisessa. Samoin kuin yleensä oikeudenvastaisuusopissa subjektiivilla seikoilla voi olla ratkaiseva merkitys toiminnan toteamisessa yhteiskunnanvastaiseksi,⁵⁸ samoin saattaa nimenomaan vaaran olemassaolo riippua tekijän tarkoituksesta, oli sitten kysymys vaarasta täytetyn rikoksen tai yrityksen yhteydessä.⁵⁹ Murhapoltto voidaan mainita esimerkkinä sellaisesta vaaraan perustuvasta rikoksesta, jossa täyttymisen ajankohtaan vaikuttaa ratkaisevasti tekijän sielullinen asenne.⁶⁰ Mutta murhapolttoon voidaan viitata myös kysymyksen ollessa rikoksesta, jossa täytäntöönpanon alkaminen riippuu subjektiivisista seikoista. *Serlachiuksen* mukaan se, joka aikoen tehdä murhapoltton on koonnut sytykkeet, heti yhteen menoon sytyttääksensä ne, mutta tulee estetyksi, ennenkuin ehtii virittää tulen, on epäilemättä tehnyt murhapoltton yrityksen.⁶¹ Samoin kun joku henkilö on hiipinyt toisen asuntoon, hän on syylistynyt varkauden yritykseen, jos hänellä on ollut varastamisen aikomus. Tuleminen yöllä ilman otollista aihetta toisen asuntoon on siellä säilytettävää omaisuutta vaarantava toimi, jos tekijä on tullut varastamisen aikomuksessa. Ellei tekijällä ole tätä tarkoitusta, on kyseessä vain kotirauhan rikos.⁶² Niinikään sellaisella paikalla, missä pidetään näytelmäharjoituksia, on puukon kohottaminen lyöntiin arvosteltava surmaamisrikosta vastaavaksi täytäntöönpanotoimeksi vain tiedettäessä, ettei toimen suorittajalla ollut tarkoitus näytellä. Yleisesti puhuen hyvin usein on niin, että pelkkä määrätyn ulkonaisen toimen tarkastaminen johtaa vain siihen tulokseen, että toimi voi olla vaaraa tuottava, siis täytäntöönpanotoimi, määrättyyn rikokseen nähden, mutta onko se sitä, sen ratkaisee tekijän subjektiivinen asennoituminen.⁶³ Varsin usein ulkonainen toimi, esim. toisen henkilön asuntoon hiipiminen, saattaa olla niin moniselitteinen, että tekijän sielullisesta asenteesta riippuu, mikä rikoskaan on kysymyksessä. Aina on kuitenkin muistettava, että adekvanssin l. vaa-

⁵⁸ Subjektiivisista oikeudenvastaisuusaineksista ks. aik. s. 69 ss.

⁵⁹ Ks. etenkin *Sipilä*, m.t., s. 302 ss. Vrt. myös *Knoph*, m.t., s. 160; *Sieverts*, m.t., s. 127 s.; *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit des Versuchs, s. 104 s.

⁶⁰ Ks. *Serlachius*, Oppikirja II, s. 288 s.; *Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 91 s. Vrt. myös aik. s. 191 s., viite 4.

⁶¹ *Serlachius*, Oppikirja I, s. 172 ja II, s. 287 s.

⁶² Vrt. KKO päätös 29/1 1947 ja *Honkasalon* arvostelua sen johdosta, *Defensor Legis* 1947, Oikeustapauksia s. 74 ss.

⁶³ Ks. *Sipilä*, m.t., s. 307 s.; *Sieverts*, m.t., s. 159.

ran toteamisessa, kuten yleensäkin toiminnan oikeudenvastaisuutta arvosteltaessa, ensi sijassa tulevat arvostelun kohteiksi objektiiviset seikat ja että subjektiivisilla seikoilla voi olla merkitystä vain niiden lisänä. Yksinään eivät viimeksimainitut seikat voi oikeudenvastaisuutta perustaa.^{64 65}

Aikaisemmin on jo mainittu, että kunkin kysymykseen tulevan tunnusmerkistön rakenteesta riippuu, missä määrin lainkäyttäjän yritystoimen oikeudenvastaisuutta harkitessaan on tietoisesti nojauttava vaaran ajatukseen. Täysin vapaa vaarallisuuden toteamisesta ei tuomarin harkinta voine koskaan olla, koska yrityksen rangaistavuus pohjautuu vaaraan. Tarkastelemme seuraavassa esimerkkeinä eräitä tunnusmerkistöjä yrittäen selvittää vaaran merkitystä vastavien rikosyritysten toteamisessa.

Kun murhassa ja tapossa oikeudenvastainen toiminta on määritelty vain hengen ottamisena elävältä ihmiseltä (RL 21: 1, 2), niin minäkäläinen toimi tahansa, josta voidaan odottaa adekvanssin yleisten sääntöjen mukaan mainitun seurauksen syntyvän, on täytäntöönpanotoimi. Jos joku antaa toiselle henkilölle surmaamisen tarkoituksessa myrkkyä, on tutkittava, onko tämän henkilön kuolema sen johdosta yleisen kokemustiedon mukaan edes jonkinlaisen mahdollisuuden rajoissa. Jos tekijän suunnitelma käsittää pienten, sinänsä vähämerkityksellisten myrkkyannosten vähitellen tapahtuvan antamisen, on yritys olemassa jo ensimmäisen annoksen tultua annetuksi, koska aine on myrkkyä ja tekijän suunnitelma subjektiivisena oikeudenvastaisuusaineksena tuottaa toimeen tarvittavan lisäpiirteen.

Varkaudelle (RL 28: 1) on ominaista, että irtaimen esineen ottaminen tapahtuu anastamistarkoituksessa. Varkaus on niitä rikoksia, joissa ensimmäisinä havaittiin subjektiivisten aineiden merkitys teon

⁶⁴ Ks. *Sipilä*, m.t., s. 303. Vrt. myös aik. s. 74 s.

⁶⁵ Uudemmassa tieteisopissa on pohdittu kysymystä, liittyykö yritykseen aina subjektiivinen oikeudenvastaisuustekijä. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 301, vastaa myöntävästi tähän kysymykseen: »Der »Entschluss« des Täters, auf den § 43 richtig hinweist, ist es, ohne dessen Vorliegen die Gefährlichkeit der Handlung und demgemäß ihre objektive Rechtswidrigkeit nicht feststellbar wäre. Als echtes und wichtiges »subjektives Unrechtselement« ermöglicht der »Entschluss« die Feststellung, dass die Handlung gegen ein Rechtsgut zielt, dieses angreift, gefährdet.» Samaan tapaan myös *Hegler*, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtsw. 36, s. 33, viite 39 ja Festgabe f. Frank I, s. 313 s., viitteet 4 ja 1; *Mezger*, Vom Sinn, s. 23. Oppikirjassaan *Mezger* ei ota kantaa tähän kysymykseen. Vrt. aik. s. 82 s.

arvostelemisessa oikeudenvastaiseksi.⁶⁶ Varkaudessa nimenomaan myös yritystoimen oikeudenvastaisuus vaatii tekijän tarkoituksen mukaanottamista arvosteluperustaan, sillä esineen ottaminen muussa kuin anastamismielessä on jokapäiväisessä elämässä mitä tavallisinta. Vasta anastusmieli saattaa ottamisen varkaus tunnusmerkistön yhteyteen. Ulkonaiset toimet ihmisen surmaamisessa, sikiönlähdettämisessä, murhapoltossa ym. eivät ole sillä tavalla moniselitteisiä kuin on »ottaminen» varkaudessa. Varkauden yritystä tutkittaessa on otettava tarkastelun kohteeksi se ulkonainen tilanne, mihin toiminta oli ehtinyt ja kysyttävä, voidaanko ajatella tilanteen merkinneen vaaraa kysymykseentulevien omaisuusesineiden ottamiseen. Jos tähän vastataan myöntävästi, niin kysymyksessä on varkauden täytäntöönpanotoimi, jos toimintaan liittyi anastamistarkoitus. Varkauden yritys on nähdäksemme olemassa, kun henkilö panee hänen eteensä nähtäväksi asetetun arvoesineen taskuunsa useimmiten vain, jos ottajalla on anastamistarkoitus. Samoin olisi varkauden yritystä pihalla olevan koiran surmaaminen, jos tarkoituksena on pihalla olevan esineen ottaminen; niin myös hiipiminen kielletylle alueelle, kun anastamistarkoitus kohdistuu siellä vapaasti saatavissa olevan esineen ottamiseen. Varkauden ja varkauden yrityksen arvostelemisessa on suuri merkitys tekijän tahallisuusmielikuvan laadulla. Tekijän tarkoituksena voi olla minkä tahansa omaisuusesineen ottaminen määrätyn rajoitetun alueen piirissä tai joskus vain tarkoin yksilöidyn esineen saaminen. Jos tekijän mielikuvaan sisältyy pelkästään jokin täysin määrätty esine, niin teon objekti ja sen johdosta myös varkauden yritys puuttuu, ellei juuri se esine toimen johdosta joudu vaaraan. Jos sitävastoin tekijän mielle määrätyn objektin ohella käsittää eventuaalisesti jonkin muunkin objektin tai objekti on mielletty epämääräisenä, periaatteessa kaikki varastamiskelpoiset esineet käsittävänä, niin sopiva omaisuusesine on sitä useammin vaarassa ja varkauden yritys on sitä useammin ajateltavissa. Tahallisuusoppiin kuuluvat yleiset säännöt siitä, miten tarkkaa tietoa teon objektista on vaadittava, tulevat tässä yhteydessä noudatettaviksi.

Erilaisia törkeän varkauden tapauksia käsiteltäessä aiheutuu eroavaisuuksia edellään otettuun nähden senjohdosta, että teon objektista sekä tekopaikasta ja tekoajasta on säännöksissä rajoitettavia määräyksiä. Täten RL 28: 2¹ tapauksessa objektin tulee olla kirkkoon sijoit-

⁶⁶ Ks. aik. s. 72.

tettua, kirkon omaa tai sinne talteen pantua. Yritys on olemassa, kun tunnusmerkistön mukainen ja myös tekijän tahallisuusmielikuvaan sopiva omaisuusesine on vaarassa joutua ottajan haltuun. Sama ajatus soveltuu useimpiin törkeän varkauden tapauksiin. Kysymyksen ollessa varastamisen yrityksestä »vaatteista, joita toinen pitää yllään» (RL 28: 2¹²) täytyy niissä vaatteissa, joiden taskuun varas pistää kätensä, olla jotain sopivaa varastettavaa, siis henkilöllä, jolla vaatteet on yllään, täytyy olla mukanaan jokin varastamiskelpoinen esine, yhden tekevää missä taskussa. Varkausyrityksen koskiessa anastusta »suljetusta kirjeestä tahi suljetusta päällyksestä» (RL 28: 2⁴) kirjeessä tai päällyksessä täytyy olla jokin varastamiskelpoinen esine. Jos kirjeessä y.m. ei ole tällaista esinettä, avaajaa voidaan rangaista vain toisen kirjeen luvattomasta avaamisesta RL 38: 8 mukaan. Varkausyritys »yön aikana, asutusta talosta tahi aluksesta, johon rikoksenteikijä varastamisen tai ryöstämisen aikomuksessa, on kätkeytynyt taikka luvattomasti tullut» (RL 28: 2⁶) on mielestämme mahdollinen sellaisissakin olosuhteissa, että varas on jo päivän aikana kätkeytynyt taloon, josta hän aikoo yön tultua jotain varastaa. Säännöksen sanamuoto ei asettane estettä tällaiselle tulkinntalle. Yritys on olemassa, kun kätkeytyminen tai luvaton tuleminen on tapahtunut ja tekijällä on aikomus yön tultua suorittaa varkaus.⁶⁷ Murtovarkaudessa (RL 28: 2⁵) on keinona objektin saavuttamiseen sisäänmurtautuminen. Täytäntöönpanotoimi alkaa, kun keinon käyttämiseen ryhdytään, siis kun murtautuminen alkaa. Varastamiskelpoisen objektin tulee olla olemassa ja on sen saavuttamisen tultava lähemmäksi murtautumisen avulla.

Myös anastamistarkoituksessa tapahtunut murto (RL 28: 3) sellaisenaan ja sen yritys ovat asetetut rangaistuksen alaisiksi. Yritykseen syyllistyy se, joka »yrittää väkivoimalla murtautua — — —», joka »yrittää tiirikalla, väärällä avaimella — — —» j.n.e. Yrityksen olemukseen kuuluu siis murtautumisen aloittaminen aivan samalla tavalla kuin murtovarkaudessakin (RL 28: 2⁵). Kun myöskin objektin suhteen murrossa lieene asetettava samat vaatimukset kuin murto-varkaudessa, ei murron ja sen yrityksen erikoisella kriminalisoinnilla näyttäisi olevan muuta merkitystä, kuin rangaistavuuden turvaaminen sellaisissa tapauksissa, joissa rangaistus murtovarkauden yrityksestä luopumisen johdosta raukeaa.⁶⁸

⁶⁷ Ks. *Honkasalo*, *Defensor Legis* 1947, *Oikeustapauksia* s. 74 ss.

⁶⁸ Näin *Honkasalo*, *Erinäiset rikokset*, s. 32. Vrt. KKO päät. 1/10 1936. Tied. 418.

Katsomustapojen kirjavuus yrityksen kelvollisuutta koskevassa kysymyksessä kuvastuu myös meidän oikeudenkäytössämme. Selvää kannanottoa minkään mielipidesuunnan puolesta ei nähdäksemme voida tuomioistuintemme ratkaisuksista havaita. Esittelemme seuraavassa eräitä ylimmän oikeusasteemme kelvottoman yrityksen ongelmaa käsitteleviä päätöksiä yrittäen samalla selvittää, mitkä teoreettiset katsomukset voisivat olla niiden pohjana.

1. V. 1908 annetussa päätöksessä OO on vahvistanut Viipurin HO:n päätöksen, jossa se oli katsonut »tosin selville käyneen, että M.L. oli toisilla henkilöillä sekoituttanut jotakin valkeaa ainetta voihin ja toimittanut tämän voin valittajalle nautittavaksi, mutta näytöstä sitä vastoin puuttuvan siitä, että mainittuun, M. L:n valittajalle toimittamaan voihin kerrotulla tavalla sekoitettu aine olisi ollut myrkkyä tai muuta sellaista vaarallista ainetta», minkävuoksi HO oli hylännyt M. L:ää vastaan tehdyn syytteen.⁶⁹ — Ratkaisusta käy selvästi ilmi kannanotto objektiivisen yrityskatsomuksen puolesta, sillä subjektiivinen teoria olisi kerrotussa tapauksessa johtanut rangaistuksen tuomitsemiseen. Päätöksen perusteleminen siten, ettei oltu näytetty aineen olleen myrkkyä tai muuta sellaista vaarallista ainetta, viittaa nähdäksemme katsomukseen, että keinon ollessa absoluuttisesti kelvoton, yritys on oleva rankaisematon. Mahdollista on myös, että sanottu perustelu on osoituksena oikeasta käsityksestä tunnusmerkistön puutteellisuutta koskevassa opissa.⁷⁰ Toiminnan vaarallisuuden vaatiminen yrityksen rangaistavuuden kriteeriona ei ratkaisusta ilmene.

2. V. 1911 annetussa OO:n päätöksessä J. R. on tuomittu rangaistukseen murhayrityksestä sen johdosta, että hän, »aikoen surmata J. A. V:n, oli sitä varten vakain tuumin valmistanut konelaitelman sekä vienyt sen kääreessä, V:lle osotettuna, sähkölaitoksen läheisyyteen sellaiselle paikalle, josta kääreen joutumisen perille V:n avattavaksi saattoi pitää varmana ja josta se myöskin oli heti V:lle tuotu», ja että »se jätettiin toimitetussa tarkastuksessa ilmennyt seikka, ettei tarttuminen konelaitelman sankaan olisikaan voinut saada laitelmää räjähtämään, lain mukaan ei voinut poistaa R:n kerrotulta teolta sen rangaistavuutta».⁷¹ — Keinon täydellinen kelvottomuus ei ollut esteenä rangaistuksen tuomitsemiselle. Päätös vastaa täysin puhtaan vaa-

⁶⁹ Ks. JFT 1909 Bilaga s. 218 a N:o 73.

⁷⁰ Tähän tapaan *Honkasalo*, Kausaalisuuskyseymys, s. 181, viite 32, jossa k.o. oikeustapaus selostetaan. Ks. nyt KKO. Selostuksia ja tiedonantoja 1940. Tied. 168.

⁷¹ Ks. JFT 1912 Bilaga s. 210 a N:o 23.

rateorian mukaista katsantotapaa. Meidän puoltamamme katsomus, jonka mukaan täytäntöönpanotoimen olemassaolo murhassa ja tapossa riippuu adekvanssin toteamisesta, olisi johtanut samaan tulokseen.

3. KO oli tuominnut L:n petoksen yrityksestä vankeuteen. HO, jonne L. valitti, katsoi päätöksessään, ettei L., jonka syyksi jäi, että hän, kruununnimismies G:n aikoessa toimittaa ulosmittausta L:ltä N. H:n saamisen maksamiseksi, »oli hankkiaksensa itselleen laitonta aineellista etua G:lle valheellisesti vakuuttanut ja koettanut asiakirjoilla todistaa, ettei hänellä ollut mitään ulosotonalaista omaisuutta», ollut esiintuonut syytä muuttaa kihlakunnanoikeuden päätöstä. OO katsoi jutussa »tosin selvitetyn, että L. puheenalaisessa ulosmittausyrityksessä — — välttääkseen ulosmittausta oli ilmoittanut ei omistavansa mitään ulosmitattavaa omaisuutta ja asiakirjoilla koettanut saattaa tämän ilmoituksen todeksi; kun kuitenkin, vastoin L:n kieltoa, ei ollut voitu näyttää, että hänen silloin esittämänsä asiakirja, jolla hän oli luovuttanut omaisuuttaan tyttärelleen A. L:lle, olisi käsittänyt myös hänen irtaimen omaisuutensa luovuttamisen eikä tuossa asiakirjassa tehdyn L:n kiinteistöstöjen luovutuksen olisi pitänyt, vastoin säännöstä UL 4 luv. 26 §:ssä olla esteenä näiden kiinteistöstöjen ulosmittaamiselle N. H:n sanotun saamisen suorittamiseksi, sentähden ja koska L:n tällä tavoin tekemä yritys saada ulosotto jäämään sikseen ei lain mukaan olisi vienyt hänen tarkoittamaansa päämäärään eikä se siis ollut rangaistava», OO, kumoten oikeuksien päätökset, hylkäsi L:ää vastaan ajetun syytteen ja vapautti hänet kaikesta rangaistuksesta.⁷² — Lopullisessa päätöksessä käytetty sanamuoto viittaa lähinnä katsomukseen, että yritystoimi on ollut kelvoton johtamaan tavoiteltuun tulokseen. Mahdollista on kuitenkin myös, että vapauttava päätös johtui toimen yleisesti havaittavasta vaarattomuudesta.⁷³ Vapauttava päätös on oikeaan osunut silläkin puoltamamme katsomuksen mukaisella perusteella, että erehdyttämiseen on vaadittava sellaista väärän asianlaidan esittämistä, mikä on omiaan saamaan aikaan toisessa erehdyksen. Näin ei nähdäksemme ole ollut laita k.o. oikeustapauksessa.

4. Virallinen syyttäjä sekä S:n osuuskassa olivat KO:ssa vaatineet A. S:n ja T. A. R:n tuomitsemista rangaistukseen, S:n siitä että hän oli 11/9 1931 osuuskassan häneltä olevan saatavan suorittami-

⁷² Ks. JFT 1914 Bilaga s. 251 a N:o 7.

⁷³ Vrt. Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 177 s., viite 24, johon selostus oikeustapauksesta on otettu.

seksi kuulutetussa pakkohuutokaupassa, hankkiakseen itselleen laitonta aineellista etua ja kavaltaakseen velkojiltaan omaisuutta, esittänyt huutokaupan estämiseksi 1/6 1931 päivätyn kauppakirjan, jonka mukaan S. oli myynyt m.m. kaksi osuuskassan saatavasta ulosmitattua hevosta R:lle hänelle aikaisemmin antamakseen ilmoittamaansa velkakirjaa vastaan kuitatusta 10.000 markan hinnasta, vaikka kauppakirja olikin laadittu vasta sanotussa syyskuussa eikä kauppahintaa oltu täysin maksettu, sekä R:n tuomitsemista siitä, että hän oli toimella avustanut S:n mainittua tekoa. KO lausui selvitetyn, »että A. S. oli 7/9 1931 K:n kaupungissa laatinut edellämämainitun kauppakirjan ja esittänyt sen puheenaolevassa pakkohuutokauppatilaisuudessa estääkseen huutokaupan toimittamisen — — —, mutta näyttämättä jääneen, että T. A. R. olisi tiennyt S:n aikovan mainitulla kauppakirjalla saada huutokaupan estetyksi». Tämän vuoksi KO, hyläten T. A. R.:a vastaan ajetun syytteen toteennäyttämättömänä, tuomitsi A. S:n petoksen yrityksestä vankeuteen. HO, jossa syyttäjä ja A. S. hakivat muutosta, katsoi selvitetyn, että »S. oli syyskuussa 1931 myynyt T. A. R:lle edellämämainitut kaksi ulosmitattua hevosta ja siten liikuttanut ulosmitattua omaisuutta ja että R. oli ostamalla tuon omaisuuden S:lta edistänyt tämän kerrottua rikollista tekoa», minkä johdosta A. S. tuomittiin ulosmitatun omaisuuden liikuttamisesta vankeuteen ja T. A. R. avunannosta siihen sakkoon. KKO, jossa molemmat syytetyt hakivat muutosta, katsoi, että »A. S. oli KO:n päätöksessä mainituin tavoin tehnyt itsensä syypääksi petoksen yritykseen ja T. A. R. oli kirjoittautumalla ostajaksi S:n esittämään puheenalaiseen kauppakirjaan tahallansa edistänyt S:n rikollista tekoa», minkä vuoksi A.S:n osalta asia jätettiin KO:n päätöksen varaan ja T. A. R. tuomittiin avunannosta petoksen yritykseen sakkorangaistukseen. Päätös perustui oik.n:ten *Bäckströmin*, *Idestamin* ja *Hovilan* esittämään lausuntoon. Oik.n. *Petäys*, jonka mielipidettä oik.n. *Sarva* kannatti, lausui: »koska A. S. esittämällä puheenalaisessa pakkohuutokauppatilaisuudessa edellämämainitun kauppakirjan ilmeisesti ei ole lain mukaan voinut saada täytäntöönpanoa keskeytetyksi eikä S. myöskään tekemällä tuossa asiakirjassa kerrotun kaupan, kun ulosmitatut hevoset edelleenkin olivat jääneet hänen haltuunsa, ollut estänyt täytäntöönpanon jatkumista, sentähden ja kun S. näinollen noilla teoillaan ei ollut syypää enempää petoksen yritykseen kuin ulosmitatun omaisuuden liikuttamiseen tahi muuhunkaan rikokseen, harkitsen oikeaksi —

hylätä A. S:a ja T. A. R:a vastaan ajetun syytteen.»⁷⁴ — Päätös perustuu mielipiteeseen, että yritykseen vaadittava vaarallisuus on tapauksessa ollut olemassa. Vähemmistön käsitys, ettei vaarasta ole ollut kysymys, on mielestämme oikea. Syytteen hylkäämisen olisi kuitenkin oikeammin pitänyt tapahtua sillä perusteella, ettei tapaukseen liittynyt sellaista erehdyttämistointia, joka olisi ollut omiaan synnyttämään erehdyksen.

5. KO lausui selvitetyn, että »kalastaja N. P. oli kirjeessään 16/2 1933 O.Y. Diesen Wood Company A.B:lle, jonka Viipurin l. Mh:virasto päätöksellä 15/8 1930 oli velvoittanut vuoden 1930 aikana rakentamaan — — omistamansa selluloosatehtaan yhteyteen kalaveden pilaantumisen estävät jätevesien puhdistuslaitteet, esiintuonut, että, ellei osakeyhtiö peruuttaisi sen P:lta olevan 40.000 markan määräisen saamisen suorittamiseksi 17/2 1933 toimitettavaksi kuulutettua, N. P:n — — omistaman tilan pakkohuutokauppaa P:n puheenaolevassa kirjeessä mainitsemilla ehdoilla, P. ilmoittaisi viranomaisille asian aiheuttamiin toimenpiteisiin ryhtymistä varten, ettei osakeyhtiö ollut rakentanut Mh:viraston päätöksessä sen tehtäväksi määrättyjä puhdistuslaitteita ja siten, hankkiakseen itselleen hyötyä, uhkauksella yrittänyt kiskoa O.Y. Diesen Wood Company A.B:ltä aineellista etua, johon hänellä ei ollut laillista oikeutta», minkä vuoksi N. P. tuomittiin kiristämisen yrityksestä vankeuteen. HO, »koska edellämainitulla N. P:n uhkauksella siihen nähden, että O.Y. Diesen Wood Company A.B. oli puheena olevassa Mh:viraston päätöksessä määrättyinä aikana rakentanut siinä mainitut asianomaisen viraston hyväksymät jätevesien puhdistuslaitteet, ei ollut voinut olla pakoittavaa vaikutusta osakeyhtiöön, ja kun N. P:n tekoa niin ollen ei voitu pitää enempää kiristämisen yrityksenä kuin muunakaan rangaistavana tekona», vapautti N. P:n KO:n hänelle tuomitsemasta rangaistuksesta. KKO (oik.n:t *Neovius, Idestam, Erikson ja Petäys*): ei muutosta. Oik.n. *Heinonkoski* lausui: »Katson että N. P. on oikeuksien mainitsemien uhkauksin ja ilmoittaen toimittavansa O.Y. Diesen Wood Company A.B:n syytteeseen monista muistakin laittomuuksista, luvaten myöhemmin kyllä suorittaa yhtiölle olevan velkansa, ehdottanut, että yhtiö peruuttaisi puheenalaisen pakkohuutokaupan ja ottaisi palvelukseensa P:n kaksi tytärtä; mutta kun huutokaupan peruuttamisen ja P:n tytärtä palvelukseen ottamisen, vaikka yhtiö olisi siihen suostunutkin, sellaisenaan ei voida katsoa olleen omiaan aiheuttamaan

⁷⁴ Ks. KKO. Selostuksia ja tiedonantoja 1933. Tied. 109.

yhtiölle omaisuuden menetystä, varsinkaan ei, mitä pakkohuutokaupan peruuttamiseen tulee, koska yhtiön uloshaussa oleva saatava on kiinnitetty R:n tilaan, eikä N.P:n syytteessä mainittua tekoa siis säännökseen nähden RL 31 luv. 4 §:n 1 momentissa voida pitää kiristämisen yrityksenä eikä se sisällä muutakaan rangaistavaa tekoa, harkitsen oikeaksi jättää asian sen lopputuloksen varaan, johon HO on päätöksessään johtunut». ⁷⁵ — Oikeustapauksessa sekä KO että HO ovat ottaneet ratkaisunsa lähtökohdaksi kysymyksen, onko käytetty uhkaus ollut sellainen kuin kiristäminen edellyttää. ⁷⁶ Oikeuksien johtuminen erilaisiin tuloksiin on aiheutunut siitä, että KO on katsonut oikeaksi myönteisen vastauksen, HO taas kielteisen. Oikeana on pidettävä se lopullisessa päätöksessä vahvistettu katsomus, että kiristämisessä käytettävään uhkaukseen täytyy liittyä jonkinlainen vaikuttamismahdollisuus. ⁷⁷

Edelläolevassa esityksessämme olemme käsitelleet yritysoppia lähinnä kelvotonta yritystä koskevan ongelman kannalta. Esityksemme yhteydessä olemme kuitenkin uusiutuvasti kosketelleet myös kysymystä yrityksen ja valmistelun välisestä rajasta, sillä yrityksen periaatteellista ja toteutumisaseroitusta koskevat kysymysryhmät eivät ole selvästi toisistaan erotettavissa. Meidän käsittääksemme ne päinvastoin liittyvät mitä läheisimmin yhteen, sillä sama peruskatsomus on määräävä molemmille. Tämän johdosta voimme supistaa yrityksen asteettaisrajoitusta koskevan sanottavamme vähään.

Esityksessämme on lähtökohtana ollut käsitys, että yritysikin on tunnusmerkistönmukaisesti oikeudenvastainen teko. Ja koska täytäntöönpanotoimi on se toimi, joka vastaa kulloinkin kysymyksessä olevan tunnusmerkistön kuvailemaa toimintaa, niin yritykseen on vaadittava täytäntöönpanotoimen suorittamista, vähintään sen aloittamista. Yritys on siis erotettavissa valmistelusta sillä muodollisella perusteella, että kysymykseen tuleva tunnusmerkistö käsittää yritystointa vastaavan käyttäytymisen. Valmistelu on tältä pohjalta määriteltävä toiminnaksi, joka ei toteuta osaakaan rikoksen tunnusmerkistön kuuluvasta ulkonaisessa maailmassa ilmenevästä tapahtumasta. ⁷⁸

⁷⁵ Ks. KKO. Selostuksia ja tiedonantoja 1934. Tied. 391.

⁷⁶ Vrt. *Serlachius*, Oppikirja II, s. 246.

⁷⁷ Ks. *Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 18.

⁷⁸ Ks. etenkin *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 66.

Mutta, niin kuin myös olemme esittäneet, yrityksen kriminalisoinnin kautta vaikutusalueen laajentuneiden tunnusmerkkien tulkinta saattaa asettaa lainkäyttäjän usein vaikeasti ratkaistavan kysymyksen eteen. Näin on laita varsinkin kysymyksen ollessa rikoksista, joissa seuraukseen johtava toiminta on määritelty vain yleisluontoisesti. Milloin esim. »hengen ottaminen» alkaa? Tällaisissa tapauksissa lainkäyttäjän on turvauduttava yrityksen rankaisemisen lainsäädännöllisenä perustana olleeseen vaaran ajatukseen. Tarpeen vaatiessa, on siis täytäntöönpanotoimen katsottava alkavan silloin, kun on syntynyt adekvanssiopin sääntöjen mukainen rikoksen täyttymisen vaara.

Tunnusmerkkien tulkinnassa on aina kiinnitettävä huomiota myös aineellisiin näkökohtiin. Näin on nimenomaan »yrityskynnyksen» määrittämisessä otettava avuksi teleologinen tulkinta. Tältä pohjalta on oikeustajuntaa tyydyttävän ratkaisun saavuttamiseksi katsottu olevan toisinaan välttämätöntä nojautua sääntöön, että täytäntöönpano alkaa jo ryhdyttäessä sellaiseen toimeen, joka niin välttämättömästi liittyy tunnusmerkistön mukaiseen toimintaan, että sitä luonnollisen käsityksen mukaan on pidettävä jälkimmäiseen kuuluvana. Täten esim. tähtäminen liittyy välttämättömästi laukaisemiseen ja käden nostaminen lyöntiin on katsottava yhtenäiseksi toimeksi itse lyömisen kanssa.⁷⁹

On todettava, että samalla kun meidän lainkäytössämme muodollisobjektiivinen rajoitus on ollut perustana,⁸⁰ myös aineelliset näkökohdat ovat edellä selostetussa mielessä saaneet huomiota osakseen monissa yrityksen alkukohtaa koskevissa tuomioistuintemme ratkaisuissa. Esimerkkeinä viimeksimainituista ratkaisuista viittaamme eräisiin ylimmän tuomioistuimemme päätöksiin:

1. Murhapolton yritykseen on syylistynyt se, joka saadakseen ihmisten silloin asuman rakennuksen poltetuksi, on virittänyt tulen

⁷⁹ Ks. etenkin *Frank*, Strafrechtsgesetzbuch, s. 87. *Mezger*, Strafrecht, s. 386, katsoo aineellisten näkökohtien olevan johdettavissa viime kädessä nimenomaan suojeltavasta oikeushyvästä, koska yksityiset tunnusmerkkitekijät vasta siitä saavat varsinaisen rikosoikeudellisen mielensä.

⁸⁰ Vrt. KKO. Selostuksia ja tiedonantoja 1937. Tied. 275: Syytetyn ei katsottu, vaikka hän oli hankkiakseen itselleen vapauden saanut toisen henkilön ulkoapäin särkeämään sen vankikopin ikkunan, jossa häntä säilytettiin ja jonkin verran vääntämään ikkunan ristikkorautoja sekä särkeämään ikkunapuut sekä samalta henkilöltä saamallaan rautasahalla itse yrittänyt sahata vankikopin katon rautalankaverkkoa, puheenalaisella menettelyllään vielä syylistyneen karkaamisyritykseen. Ks. oikeustapaus Lakikirja (v. 1944) RL 16: 11 b kohdalla. — Asiallisesti samansisältöinen on oikeustapaus Selostuksia ja tiedonantoja 1933. Sel. 48.

rakennuksen ullakolla olleisiin sammaliin itse rakennuksen kuitenkin syyttymättä.⁸¹

2. Murhapolton yritys on ollut kysymyksessä, kun syytetty oli sytyttänyt rakennuksen seinustalla olleen olkikasan, josta tuli ei vielä ollut ehtinyt levitä rakennukseen.⁸²

3. Murhayrityksen on katsottu tehneen sen, joka tunkeuduttuaan toisen asuntoon oli »tavoittaen puukolla» vakain tuumin yrittänyt ottaa tältä hengen.⁸³

4. Varkauden yrityksestä on tuomittu rangaistukseen se, joka yön aikana oli yllätetty kaurasäkkejä sisältävästä lukitsemattomasta riihestä syytetyn ehtimättä ottaa huostaansa yhtään kaurasäkkiä.⁸⁴

Erikseen on syytä käsitellä laiminlyöntirikoksen yritystä. Mitä tulee varsinaiseen laiminlyöntirikokseen, jossa jo pelkkä laissa olevan käskyn noudattamatta jättäminen muodostaa täytetyn rikoksen, on katsottava, ettei yritys voine sen yhteydessä tulla kysymykseen. Tällä kysymyksellä ei ole meillä käytännöllistä merkitystä, koska yritys ei ole yhdessäkään varsinaisen laiminlyöntirikoksen tapauksessa säädetty rangaistavaksi.⁸⁵ Epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa on aivan yleisesti vallitsevan käsityksen mukaan yritys sekä päätetyn että päättymättömän yrityksen muodossa mahdollinen.⁸⁶ Mutta mil-

⁸¹ Ks. oikeustapaus Lakikirja (v. 1944) RL 34: 1 kohdalla (S:n päät. 5. 5. 1905).

⁸² Ks. KKO. Selostuksia ja tiedonantoja 1930. Tied. 633.

⁸³ » » » » 1925. » 1302.

⁸⁴ » » » » 1930. » 158.

⁸⁵ Forsman, Allmänna läror, s. 202; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 307 s.; Mezger, Strafrecht, s. 377; M. E. Mayer, Der allgemeine Teil, s. 348, kieltävät yrityksen käsitteellisen mahdollisuuden varsinaisissa laiminlyöntirikoksissa, kun taas Frank, Vergl. Darst. A V, s. 210 ja Strafgesetzbuch, s. 92; Hippel, Deutsches Strafrecht II, s. 409, myöntävät sen. Frank katsoo varsinaisen laiminlyöntirikoksen mahdolliseksi siinä muodossa, että toimintaan veloitettu viime hetkessä pakotetaan toimimaan. Vrt. tähän nähden Liszt-Schmidt, s. 308. Serlachius, Oppikirja I, s. 172 s. ei ota kysymykseen kantaa, koska sillä ei ole käytännöllistä merkitystä.

⁸⁶ Ks. Forsman, Allmänna läror, s. 202; Grotenfelt, Kommentar till strafflagen, s. 106; Serlachius, Oppikirja I, s. 173; Hagerup, Strafferettens almindelige del (1928), s. 147; Andenaes, m.t., s. 484; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 307; Mezger, Strafrecht, s. 377; Frank, Strafgesetzbuch, s. 92. Toista mieltä on ollut Liszt, Rikosoikeuden yleiset opit, s. 196, katsoessaan sekä epävarsinaisessa että varsinaisessa laiminlyöntirikoksessa yrityksen mahdolliseksi vain epäonnistuneen rikoksen muodossa, koska niin kauan kuin vaaditun teon tekeminen vielä on mahdollista, ei mitään oikeuden-vastaista olisi tapahtunut. Tämä ei pidä paikkaansa. Vrt. seur. esit.

loin viimeksimainittuun laiminlyöntirikokseen on olemassa 'kelvollinen yritys ja milloin se alkaa?

Emme puutu laajemmalti kysymykseen laiminlyönnin ja aiheutetun seurauksen välisestä syy-yhteydestä.⁸⁷ Toteamme vain, että laiminlyönnistä voidaan yhtä hyvin kuin positiivisesta toiminnasta sanoa, että se on *condicio sine qua non* seurauksen syntymiselle, jos laiminlyöty toiminta olisi estänyt seurauksen syntymisen. Rikosoikeudellisen vastuun perustamiseen on kuitenkin laiminlyöntiin nähden vaadittava, että laiminlyöntiin on sisältynyt yleinen, kyseenalaisissa olosuhteissa huomioonotettava mahdollisuus seurauksen syntymiseen ja että laiminlyöjällä on ollut rikosoikeudellisen vastuun perustamiseen riittävä velvoitus toimintaan.⁸⁸ Mutta voidaanko sanoa, että myöskin laiminlyöntirikoksen yritykselle on ominaista täytäntöönpanotoimen aloittaminen? Mielestämme samat säännöt, jotka olemme tässä katsannossa esittäneet positiiviseen toimintaan nähden, pitävät paikkansa myös laiminlyöntiin nähden. Milloin määrätyn rikoksen kysymyksessä ollessa täytäntöönpano alkaa jonkin suoritustavan käytön aloittamisella positiivisin toimin, niin täytäntöönpanon aloittamista on myöskin tämän suoritustavan toteuttaminen laiminlyönnin kautta. Petoksen yritys (RL 36:1) on näinollen olemassa, kun laiminlyödään ilmoittaa todellinen asianlaite, ja tämä menettely on omiaan aikaansaamaan tai viereillä pitämään erehdyksen. Yritystoimi alkaa heti, kun laiminlyönti on todettu, s.o. kun se ajankohta, esim. kaupanpäättämistilaisuus, jona olisi ollut velvollisuus toimia, on mennyt ohi; ja yritystoimi on kelvollinen, kun laiminlyönti on omiaan aikaansaamaan seurauksen, petoksessa toisen henkilön erehtymisen. Milloin taas on kysymyksessä rikos, jossa suoritustapa ei ole laissa määrätty, vaan minkälainen toiminta tahansa, josta voidaan odottaa kielletyn seurauksen syntyvän, riittää täytäntöönpanotoimeksi, täytäntöönpano alkaa, kun laiminlyönti on jatkunut tai muodostunut sellaiseksi, että se on adekvaattisessa suhteessa seuraukseen. Murhayritys on siis olemassa, kun äiti on siinä määrin laiminlyönyt hoitaa lastaan, että kuoleman vaara on vaikkapa vähäisenäkin mahdollisuutena tosiasia. Samoin on arvos-

⁸⁷ Ks. tästä ja seur. esitykseen nähden varsinkin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 188 ss. ja Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa, *Defensor Legis* 1942, s. 49 ss. ja s. 259 ss.

⁸⁸ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 205 ss. ja *Defensor Legis* 1942, s. 259 ss.

teltava tapausta, että sairaanhoitaja yrittää surmata potilaansa laiminlyömällä lääkkeiden antamisen.⁸⁹ Tunnusmerkistön puutteellisuus estää luonnollisesti yrityksen olettamisen laiminlyönnin tapauksessa aivan samoin kuin positiivisen toiminnan ollessa kysymyksessä.⁹⁰

Välillinen tekeminen aiheuttaa erikoisen käsittelyn sen johdosta, että yrityksen alkukohdan määrittäminen välillisen tekemisen tapauksessa on osoittautunut vaikeaksi. Välillinen tekeminen on kysymyksessä, kun rikokseen osallinen suorittaa täytäntöönpanoteon toisen henkilön välityksellä sellaisissa olosuhteissa, ettei viimeksimaitun tekoa ole rikoksena pidettävä.⁹¹ Erimielisyyttä on ilmaantunut siitä, onko yritys olemassa jo aiheutettaessa välikappaleena toimivassa henkilössä rikoksen tekemistä tarkoittava päätös, vaiko vasta kun välikappale on aloittanut täytäntöönpanoteon (ahtaassa mielessä) suorittamisen? Lähtien siitä, että valmistelutoimi voi olla kysymyksessä vain edellytettäessä myöhempää inhimillistä toimintaa, mutta ei turvauduttaessa luonnonvoimien tai niihin verrattavien inhimillisten voimien myötävaikutukseen, on runsasta kannatusta osakseen saanut mielipide katsonut täytäntöönpanon aloittamisen olevan olemassa jo

⁸⁹ Adekvanssin ajatuksen käytöstä laiminlyöntirikoksen yrityksessä ks. *Honkasalo*, *Defensor Legis* 1942, s. 276 s. — Katsoessamme m.m. murhassa ja tapossa oikeaksi vaatia adekvanssia laiminlyönnin ja seurauksen välillä, emme voi hyväksyä *Grotenfeltin* (Kommentar till strafflagen, s. 106) kantaa, että vanginvartijan yrittäessä tappaa vankinsa nälkään, yritys olisi olemassa heti, kun laiminlyönti on aikanut, siis yksi ateria jätetty antamatta. Samalla kannalla kuin *Grotenfelt* myös *Frank*, *Vergl. Darst. A V*, s. 209 s.

⁹⁰ Jos seurauksen toteuduttua todetaan, ettei laiminlyönnillä ole ollut mitään yhteyttä sen syntymiseen, niin täytetystä rikoksesta tuomitseminen ei ole mahdollista. Sen sijaan rangaistus yrityksestä voi tällöin tulla kysymykseen. Ks. tästä *Honkasalo*, *Defensor Legis* 1942, s. 277. Vrt. myös aik. s. 202.

⁹¹ Näin *Sundström-Salmiala*, *Varsinaisesta osallisuudesta*, s. 67 s. Samaa tapaan myös *Honkasalo*, *Kausaalisuus*kysymys, s. 116: »Välillisellä tekemisellä ymmärretään seurauksen aiheuttamista, joka tapahtuu syynätakeettoman, pakonalaisen, ilman tahallisuutta toimivan, virkakäskyn velvoittaman tai sellaisen henkilön välityksellä, jolta, rikoslain asettaessa teon rangaistavuuden edellytykseksi määrätyn aikomuksen, tämä aikomus puuttuu.» Ks. lisäksi *Forsman*, *Allmänna läror*, s. 234 s.; *Serlachius*, *Oppikirja I*, s. 190; *Grotenfelt*, *Kommentar till strafflagen*, s. 118 s. Lisää kirjallisuutta mainitsevat *Sundström-Salmiala*, s. 68, viite 115 ja *Honkasalo*, s. 116, viite 35, jälkimmäisen selostaessa välillisen tekemisen hyväksymistä osoittavia meikäläisiä oikeustapauksia.

aikaansaataessa välikappaleessa rikospäätös.⁹² Tätä mielipidettä ovat useat tutkijat kuitenkin vastustaneet selittäen välillisen tekemisenkin tapauksessa täytäntöönpanotoimen alkavan vasta, kun välikappale on tehnyt tunnusmerkistön mukaisen teon. Heidän mielestään välillinen tekijä tekee teon välikappaleen välityksellä eikä edellisen teko siis voi alkaa ennenkuin jälkimmäisenkään.⁹³ Meidän nähdäksemme jälkimmäinen kannanotto on hyväksyttävä. Pitäydyttäessä täytäntöönpanon aloittamisen selostettuun laajaan tulkintaan, menetetään käsittääksemme kosketus tunnusmerkistöihin ja ajatus yrityksestä täytäntöönpanoteon aloittamisena saa varsin oudon sisällön. Mielestämme myöskin välillistä tekijää on katseltava tunnusmerkistön toteuttajana, kuten jokaista muutakin tekijää. Niinkuin vasta ase on käyttäminen on surmaamisyritystä, samoin myös välillisessä tekemisessä vasta välikappaleen käyttäminen on täytäntöönpanotekoa. Ei voine olla aihetta asettaa »kuollut» ja »elävä» välikappale tässä katsoannossa eri aseisiin. Tekijän vastuu on sillä, joka välikappaletta, olkoon se sitten ase tai ihminen, käyttää.

Myös n.s. seurausvastuurikokset ansaitsevat yritystä käsiteltäessä huomiota osakseen. Ajateltakoon esim. sellaista tapausta, että se henkilö, johon vahingoittamisen tarkoituksessa ryhdytään saattamaan myrkyä, kuoleekin myrkystä levinneen hajun säikähdyttämänä jo ennen kuin myrkyä on häneen tullut. Tällaisen tapauksen sattues-

⁹² Näin *Lobe*, Reichs-Strafgesetzbuch I, s. 306 ss. Samaan tapaan *Beling*, Lehre vom Verbrechen, s. 250; *Bar*, Gesetz und Schuld II, s. 846; *Sauermann*, Der Versuch als »delictum sui generis», Strafrechtl. Abh. 227, 1927, s. 20 s. Asiallisesti samoin *Mezger*, Strafrecht, s. 386, viite 10, jossa lausutaan: »Da der mittelbare Täter mit der Bestimmung des Mittelsperson die Tat seinerseits aus der Hand gibt, bedeutet der Beginn der Einwirkung auf diese regelmässig einen Anfang der Ausführung.» Näin myös *Bergendal-Ohlsson*, m.t., s. 56, jossa yrityksen katsotaan olevan olemassa niin pian kuin alkuunpanija on tehnyt kaiken, mitä hänen käsityksensä mukaan on rikoksen aikaansaamiseksi ollut tarpeen tai muuten on tehnyt niin paljon, että hänen toimintansa, arvosteltuna hänen rikossuunnitelmansa valossa, osoittaa hänen aloittaneen rikoksen tekemisen. Viimeksisanottuun vrt. *Thyrén*, Principierna III, s. 92 s.

⁹³ Näin ennen muita *Frank*, Strafgesetzbuch, s. 87. Samalla kannalla *Eb. Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe f. Frank II, s. 132, jossa lausutaan: »Nur als solche (tark. als Tatbestandsverwirklichung) lässt sich die mittelbare Täterschaft auffassen; nur soweit von ihr gesprochen werden darf, kommt mittelbare Täterschaft in Frage. Tatbestandsverwirklichung aber beginnt im Sinne des § 43 erst mit derjenigen Handlung, die als solche unter das in anzuwendenden Tatbestand enthaltene Verbum subsumiert werden kann.» Vielä toimittamassaan

sa nousee kysymys, liittyykö RL 21:7 mainittu kvalifisoiva seuraus paitsi täytettyyn myös yritettyyn esitekoon. Saksalaisessa tieteisopissa, jossa tätä kysymystä on paljon pohdittu, eräät tutkijat katsovat seurauksen liittymisen myös yritettyyn esitekoon mahdolliseksi.⁹⁴ Toiset tutkijat taas pitävät seurausvastuurikoksen yritystä vain silloin mahdollisena, kun tekijän syyllisyys ulottuu myös kvalifisoivaan seuraukseen.⁹⁵ Mitä meidän oikeutemme tulee, jossa, toisin kuin Saksan rikoslaissa, jokaisen rikoksen kohdalla on sanottu, onko myös yritys rangaistava, ei tämä ongelma nouse usein ratkaistavaksi. Tärkein tässä katsannossa kysymykseen tuleva lainkohta on nähdäksemme myrkyttäminen, RL 21:7, joten rajoitamme esityksemme koskemaan vain sitä.

Katsomme RL 21 luv. 7 § 1 momentin teknillisen rakenteen jo osoittavan, että myös myrkyttämisen yrityksestä tuomittavalle rangaistukselle on olemassa kolme rangaistusasteikkoa kuten täytetystä rikoksesta tuomittavallekin rangaistukselle. Ellei näin olisi, tulisi yrityksestä, josta on seurannut kuolema ja yrityksestä, josta ei ole seurannut mitään vammaa, määrättäväksi rangaistus saman asteikon puitteissa, mikä menettely ei näytä soveltuvan lainkohdan sanamuotoon. Asiallisestikaan katsoen katsomustapa, joka selittää kvalifisoivan seurauksen voivan liittyä myös yritettyyn esitekoon, ei ole mielestämme ristiriidassa seurausvastuurikoksia koskevien yleisten periaatteiden kanssa. Emme näe mitään estettä siihen, että seurausvastuu, jota emme pidä vain pelkästään vanhoilta ajoilta peräisin olevana jäännöksenä, ulotetaan käsittämään myös tapaukset, joissa esiteko ei tule täytetyksi.⁹⁶

Lisztin oppikirjan 25. painoksessa *Schmidt* on ollut toisella kannalla (ks. *Liszt-Schmidt*, Rikosoikeuden yleiset opit, s. 340 s., viite 10). Seuraavan painoksen esitys on muutettu *Schmidtin* edelläesitellyn kannan mukaiseksi (ks. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 333, viite 12).

⁹⁴ Näin varsinkin *Frank*, Strafgesetzbuch, s. 94; *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 410; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, s. 307.

⁹⁵ Tätä kantaa edustavat *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil, s. 349; *Mezger*, Strafrecht, s. 377 s. *Mezger* perustelee kantaansa seuraavasti: »Schon der Charakter der genannten Delikte (Zurechnung des schweren Erfolgs auch bei fehlender Schuld) zwingt beim Mangel eines solchen Entschlusses zu möglichst einschränkender Auslegung.»

⁹⁶ Ks. myös *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, s. 410.

ÜBER DEN VERSUCH DES VERBRECHENS, MIT BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES S.G. UNTAUGLICHEN VERSUCHS.

Zusammenfassung.

EINLEITENDER TEIL.

KAPITEL I.

Tat oder Täter. Subjektive oder objektive Rechtswidrigkeit.

In der modernen Strafrechtswissenschaft ist die Frage immer von neuem aufgeworfen worden, ob das Verbrechen in erster Linie ein in der äusseren Welt erscheinendes schädliches Ereignis, oder zunächst die anstössige Einstellung einer Person der Gesellschaft gegenüber sei. Besonders in der Untersuchung über den Versuch des Verbrechens sind Schwierigkeiten bei der Aufklärung entstanden, ist ein strafbarer Versuch, obwohl kein eigentlicher Schaden erfolgt ist, doch eine in der äusseren Welt zu Tage tretende schädliche Tätigkeit, oder ist er nur die Offenbarung von dem »bösen« Willen des Täters in einer von anderen Menschen zu erkennenden Weise.

Die Prinzipien betreffs des Zwecks der Strafe geben keine sichere Antwort auf die erwähnte Frage. Das Prinzip der Generalprävention und das Prinzip der Vergeltung beachten ausser der bösen Tat auch den Täter. Bei dem Bestreben nach Spezialprävention hat es sich als notwendig gezeigt, dem Verbrecher die Verwerflichkeit seiner bestimmten, in der äusseren Welt in Erscheinung tretenden Einstellung durch die Strafe klar zu machen.

Bei der Suche nach der Antwort über den Begriff des Verbrechens muss der s.g. symptomatische Verbrechensauffassung (*Tesar, Kollmann*), wonach die äussere Tat nur ein Symptom der Asozialität des Verbrechers ist, berührt werden. Doch erfordert auch dieser Standpunkt

tatsächlich in Bezug auf das Verbrechen eine vom Gesetz verbotene Handlung, da nur diese als ein Symptom der Gefährlichkeit des Täters genügt.

Es muss als eine Regel betrachtet werden, dass eine gewisse, bestimmte Handlung für ein Verbrechen erfordert wird. Aber stimmt diese Regel auch hinsichtlich des Versuchs des Verbrechens? Um eine Antwort zu erhalten, muss man sich in die Rechtswidrigkeitslehre vertiefen.

Der subjektive Rechtswidrigkeitsbegriff gründet sich auf die Ansicht, dass das Recht eine geistige Macht sei, die sich in Befehlen und Verboten ausdrückt (*Merkel, Binding, Hold von Ferneck, Thon, Bierling*). Das Recht muss danach, wenigstens grundsätzlich, auf die Handlungen der Befehle und Verbote verstehenden, tauglichen Adressaten beschränkt werden. Der Fehler des subjektiven Rechtswidrigkeitsbegriffes ist, dass Schuld und Rechtswidrigkeit zum grössten Teil gleichgestellt werden und Rechtswidrigkeit wird, wenigstens grundsätzlich, als ein unanwendbares Prädikat für die Handlung einer unzurechnungsfähigen Person angesehen.

Der objektive Rechtswidrigkeitsbegriff, wonach die Rechtswidrigkeit ausschliesslich oder wenigstens hauptsächlich von einer äusserlich in Erscheinung tretenden, die Gemeinschaft schädigenden Tat bestimmt wird, geht von dem Gedanken aus, dass das Recht eine Ordnung für das äussere Zusammenleben der Menschen sei. »Rechtswidrigkeit« bedeutet Missbilligung seitens der Rechtsordnung. In dieser Feststellung messen wir die konkreten Erscheinungen des gemeinschaftlichen Lebens mit dem Massstabe des Rechtes und bemerken in dieser Gegenüberstellung, dass sie nicht das Mass halten (*Nagler*). Auch irgendein rechtswidriger Zustand kann Gegenstand der Missbilligung sein. Ein Naturereignis, ein Tier o. dgl. kann einen Zustand verursachen, den die Rechtsordnung für rechtswidrig hält, wenn dieser Zustand in irgend einer Weise die gegenseitigen Beziehungen der Menschen beeinflusst. Die Rechtswidrigkeit ist objektiv in dem Sinne, dass Missbilligung über die Tat ausgesprochen wird ganz abgesehen davon, ob Schuld damit vereint ist. Älterer Ansicht nach gehörte zu der Objektivität der Rechtswidrigkeit, dass das Urteil nur auf Grund der objektiven Umstände auszusprechen sei. In späterer Zeit hat man doch zugegeben, dass das Rechtswidrigkeitssurteil bisweilen teilweise auf subjektive, in das Seelenleben des Täters gehörende Umstände begründet werden müsse. Die Anhänger des ob-

jektiven Rechtswidrigkeitsbegriffes sind heutzutage relativ allgemein der Ansicht, dass die Grenze zwischen objektiven und subjektiven Umständen nicht gleichzeitig die Grenze zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld sei (*M. E. Mayer, Mezger, Eb. Schmidt*).

KAPITEL II.

Die Rechtswidrigkeit im teleologischen System.

Man kann sagen, dass die Systematik des heutigen Strafrechtes zwei Ausgangspunkte habe, nämlich die Normentheorie als kategoriale und die sich an das Wesen des Strafrechtes haltende Anschauungsweise als teleologische Grundlage (*Radbruch*). Im kategorialen System ist die Tat, als Ereignis des natürlichen Lebens, Anhaltspunkt der Untersuchung und gleichzeitig auch ihre Grenze. Im teleologischen System ist wieder das rechtswidrige Verhalten der zentrale Begriff. Wenn eine von der Rechtsordnung verbotene oder befohlene Handlung im Tatbestand des Strafrechts beschrieben worden ist, haben die Anhänger der Teleologie vor allem die Begriffe des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit sowie ihren gegenseitigen Zusammenhang untersucht. Bezeichnend für die Theorie späterer Zeit ist ein allmählich geschehender Übergang vom kategorialen zum teleologischen System.

Beling schliesst sich dem kategorialen System an und bei ihm ist der Tatbestand ein selbständiger Begriff neben der Rechtswidrigkeit. Der Tatbestand weist nur auf den Handlungstypus hin. Denselben Standpunkt hat auch *M. E. Mayer* eingenommen. Er hat jedoch zugegeben, dass es uneigentliche Tatbestandselemente gibt, die gleichzeitig eigentliche Rechtswidrigkeitsmerkmale sind. Dem Gedankengang *Mayers* folgend hat *Sauer* den Tatbestand als Unrechts- oder Rechtswidrigkeitstypus definiert. Diese Anschauungsweise hat grossen Anschluss gefunden (*Mezger, Eb. Schmidt*). Das Verbrechen ist demnach eine tatbestandsmässig rechtswidrige Handlung. Der Tatbestand ist der Geltungs- und Realgrund (*ratio essendi*) der Rechtswidrigkeit — zwar immer unter der Voraussetzung, dass nicht irgend ein Rechtfertigungsgrund die Tat rechtmässig macht. Wenn dieses der Fall ist, ist die Tat ungeachtet der Tatbestandsmässigkeit nicht rechtswidrig.

Einige Forscher sind bestrebt gewesen, den Begriff des Tatbestands auf die ganze Frage der Rechtswidrigkeit auszudehnen, so dass auch

die Rechtfertigungsgründe als Tatbestandsmerkmale erklärt werden (die s.g. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen). Hierdurch würde die Forderung nach einer besonderen Rechtswidrigkeit neben der Tatbestandsmässigkeit vermieden werden. Diese Lehre kann nicht gutgehiessen werden, da der Tatbestand darauf abgesehen ist, nur ein regelrecht rechtswidriges Verhalten zu schildern. Das Gesetz gebraucht die Regel-Ausnahme Darstellungsweise, was völlig sachlich ist. Die Eigenart der Tatbestandlichkeit ist auch die Gesetzmässigkeit der Merkmalen, was für die Rechtfertigungsgründe nicht charakteristisch ist.

Das Verhältnis des als Unrechtstypus verstandenen Tatbestandes zur Rechtswidrigkeit soll vom Gesichtspunkt der abstrakten Rechtsatzanalyse, Subsumtionstechnik und des prozessualen Beweisrechtsverfahrens besonders untersucht werden. In abstrakten Kreisen ist Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit die selbe Sache, da das Objekt der Beurteilung kein historisches, konkretes Ereignis ist, sondern eine gedachte, abstrakte Erscheinung. Die Sache wird eine andere, sobald man in den Kreis der konkreten Handlung herabsteigt und die Frage von dem Gesichtspunkt des Richters, der die Strafbestimmung anwendet, sieht. Hierbei kann die Tat als tatbestandsmässig, aber gleichzeitig wegen eines damit verbundenen Rechtfertigungsgrundes als rechtmässig festgestellt werden. Auf der konkreten Ebene stimmen Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit also nicht überein. Die Tatbestandsmässigkeit ist ein zur Rechtswidrigkeit gehöriger innerer Zirkel, um den herum der äussere Zirkel der Rechtswidrigkeit liegt, in dem entschieden wird, ob irgend ein Rechtfertigungsgrund die Tat als rechtmässig erscheinen lässt. Vom Gesichtspunkt des prozessualen Beweisverfahrens können Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit sich wieder vereinen. Wenn die Umstände, die die in Frage stehende Tat zu einer dem Tatbestand eines Verbrechens entsprechenden machen, aus dem Beweismaterial hervorgehen und das Material auch sonst dazu angetan ist, von der Rechtswidrigkeit der Tat zu überzeugen, so braucht der Richter (bei akkusatorischem Verfahren) keine Aufklärung zur näheren Konkretisierung der Tat und zur Ermittlung der Anwendungsmöglichkeit irgend eines Rechtfertigungsgrundes zu fordern.

Wenn die Tatbestandsmässigkeit der Tat gleichzeitig regelrecht ein Zeichen ihrer Rechtswidrigkeit ist, muss man sich bei der weiteren Aufklärung der Rechtswidrigkeit vor allem am das geltende Gesetz und seine Auslegung halten. Eine blosse grammatische Auslegung

genügt nicht, ausserdem wird eine teleologische Auslegung benötigt. Der teleologische Gesichtspunkt, dessen Verdienst es ist, die Aufmerksamkeit auf die tiefsten Gründe der Rechtsordnung gerichtet zu haben, hat anderseits die Neigung gezeigt, die Rechtsquellen zu übersehen. *Dohna* entfernt sich bedeutend von den gewöhnlichen Rechtsquellen, wenn er eine Tat als rechtmässig betrachtet, wenn sie sich als das richtige Mittel zur Erreichung eines richtigen Zwecks erweist. *M. E. Mayer* stellt Recht und Kultur, Rechtsnorm und Kulturnorm in gewissem Sinn als Gegensätze auf. Diese Ansichten können nicht gutgeheissen werden, denn sie legen zu geringen Wert auf die Bedeutung des positiven Rechts. Dasselbe muss von dem nordischen Rechtswidrigkeitsbegriff (*Getz, Goos, Jül. Lassen, Torp, Hagerup, Skeie, Hagströmer, Thyrén, Serlachius*) gesagt werden. Diese Rechtswidrigkeitslehre, die auf den Gedanken der Gefahr und den Vergleich der Interessen baut, kann nicht für denjenigen taugen, der in allem bestrebt ist, an dem gegebenen Gesetz festzuhalten.

Die tatbestandmässige Rechtswidrigkeit erhält einen materiellen Inhalt, wenn man das Rechtsgut untersucht, das die Rechtsordnung in dem in Frage stehenden Gesetz in Schutz genommen hat. Um als bestimmender Auslegungsgesichtspunkt in Betracht zu kommen, muss das Rechtsgut als solches, wie es im Gesetz enthalten ist, genommen werden. Demnach ist das Rechtsgut bald materieller, bald geistiger. Die Interessentheorie (*Hertz, Kessler*) hat das Verbrechen als eine Verletzung oder Gefährdung des Interesses erklärt. Diese Theorie hat einen grossen Anschluss gefunden, nachdem man unter Interesse ein allgemeines Durchschnittsinteresse verstanden hat. Geschützt ist nur ein im Voraus vorausgesetztes allgemeines Interesse, dagegen nicht das in jedem Fall festzustellende faktische Interesse des Einzelnen. Das Rechtsgut ist dabei der Zustand, auf dessen Bewahrung sich das vom Recht in Schutz genommene Durchschnittsinteresse richtet (*Mezger*). Während ein Forscher das Rechtsgut als den »vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannten Zweck in seiner kürzesten Formel« erklärt hat (*Honig*), haben andere daraus den Schlusssatz gezogen, dass im Rechtsgut nicht mehr die Frage von dem Objekt der Tat sei, sondern nur vom Massstab der verbrecherischen Tätigkeit (*Schwinge, Gemmingen*). Rechtsgut und ratio legis wären hiernach gleichbedeutende Begriffe. So weit kann man jedoch nicht gehen. Der Gedanke, dass das Rechtsgut das Objekt

der verbrecherischen Tätigkeit sei, das »verletzt« oder »gefährdet« werden muss, kann nicht aufgegeben werden.

Gibt es in den verschiedenen Rechtsgütern, materiell gesehen, gemeinsame Züge? *Binding* hat die Auffassung einer vollständigen Werteigenart der Rechtsgüter vertreten, als er sagte: »Das Rechtsgut ist stets Rechtsgut der Gesamtheit, mag es scheinbar noch so individuell sein.« Diese Auffassung kann nicht völlig gutgeheissen werden, da das Rechtsgut ein von Gesetz anerkanntes und geschütztes Gut der Menschen ist. Selbstverständlich ist jedoch, dass die dem Staat eigenen Zwecke auf die Formung der Rechtsgüter wirken. Als höchster Rechtswert ist der Staat auch der höchste Strafrechtswert. Bei der Wandlung des Staatsgedankens verändern sich auch die Begriffe von den zu schützenden Rechtsgütern. Da die allgemeine Wohlfart im modernen Staat als die zentrale Aufgabe des Staates und als bestimmendes Ziel des Schutzes somit die »Gesellschaft« »societas« angesehen werden dürfte, so kann die Rechtswidrigkeit auch als »Gesellschaftswidrigkeit« definiert werden.

Wenn der Tatbestand Unrechtstypen vertritt, muss ihr technischer Aufbau auch beachtet werden.

In dem Tatbestand wird gewöhnlich Subjekt und Objekt der Tat genannt sowie die Tätigkeit, die die Veränderung im Objekt verursacht. Oft werden noch zusätzliche Merkmale, die mit der Tätigkeit verbunden sein müssen (die s.g. Modalitäten), erwähnt. Bei der Untersuchung des Tatbestandes kann man darin auch verschiedenartige Bestandteile finden, weil der Zweck dieser Bestandteile nicht die Darstellung der realen Wirklichkeit als solche ist, sondern weil sie als Anleitung des Juristen bei der strafrechtlichen Beurteilung der dargestellten Handlungen dienen sollen. Bei der Ausarbeitung des Tatbestandes hat man nicht nur darstellende, deskriptive Merkmale, sondern auch Wertschätzung fordernde, normative Merkmale verwendet. Früher glaubte man, dass diese Einteilung eine grosse systematische Bedeutung habe (z.B. *M. E. Mayer*), aber heute ist die Meinung vorherrschend, dass alles Tatbestandmaterial dem Wesen nach mehr oder weniger normativ sei und demnach keine strenge Trennung unter Normen werden könne. In dem Tatbestand kann man auch verschiedene Elemente demnach unterscheiden, ob sie zum Seelenleben des Täters gehörende Umstände betreffen (z.B. seine Absicht bei der Ausführung der Tat), oder Umstände ausserhalb des Täters Seelenleben berühren. Hierauf gründet sich die Einteilung in subjektive und ob-

jektive Merkmale. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale, die in vielen verschiedenen Verbrechen beobachtet worden sind, haben sich von grosser systematischer Bedeutung erwiesen. (*M. E. Mayer, Hegler, Mezger*).

Die Rechtswidrigkeitslehre, die die subjektiven Tatbestandsmerkmale gutheisst, kann in folgender Weise skizziert werden. Rechtswidrigkeit ist eine objektive Rechtsordnungswidrigkeit. In der Regel gewinnt das seelische Verhalten des Täters zu seiner Tat erst Bedeutung, wenn die Tat dem Täter zugerechnet wird. Aber die Regel, dass alle objektiven Umstände zur Rechtswidrigkeit gehören und alle subjektiven Umstände in der Schuld enthalten sind, ist nicht ohne Ausnahmen, denn wenn man das Vorkommen von subjektiven Tatbestandsmerkmalen nicht anerkennen würde, würde es Verbrechen ohne teleologisch verstandene Rechtswidrigkeit geben. Als Grund für die Rechtswidrigkeitsbeurteilung müssen stets an erster Stelle die objektiv vorkommenden Umstände genommen werden, da nur sie in normalen Fällen im allgemeinen bei der Beurteilung in Betracht kommen. Die subjektiven Umstände sind nur der Zusatz, der über die objektiven Umstände hinaus benötigt wird. In dem Gegensatz Rechtswidrigkeit-Schuld ist nicht die Rede von einem naturwissenschaftlichen Gegensatz, sondern von verschiedenen Urteilsarten. Rechtswidrigkeit bedeutet eine Kritik des als gegen die Rechtsordnung gerichtet angesehenen Betragens, der Kern der Schuld liegt in dem persönlichen Tadelsurteil.

EIGENTLICHER TEIL.

KAPITEL III.

Historische Übersicht.

Im finnischen Strafgesetz gibt es keine Definition über den Versuch des Verbrechens. Im allgemeinen Teil des Strafgesetzes wird nur gesagt wie der Versuch bestraft wird, wenn an betreffender Gesetzesstelle nicht anders bestimmt ist. Im speziellen Teil gibt es bei jedem in Frage kommenden Verbrechen eine besondere Erwähnung von der Strafbarkeit des Versuches. In der Regel wird der Versuch geringer bestraft, als das entsprechende vollendete Verbrechen.

KAPITEL IV.

Theorien über die Tauglichkeit des Versuches.

Der Begriff des strafbaren Versuches setzt die Lösung zweier Abgrenzungsprobleme voraus. Das eine ist die Abgrenzung des Versuches einerseits in Vorstadien, Vorbereitungshandlungen, anderseits in die Nachstufe, das vollendete Verbrechen, die s.g. graduelle Abgrenzung. Das zweite ist die Abgrenzung des Versuches in Bezug auf ähnliche, unstrafbare Handlungen, die s.g. prinzipielle Abgrenzung. Gegenstand der Behandlung ist zunächst das letztere Problem.

A. Feuerbach und die Entstehung des Problems von dem untauglichen Versuch.

Die wissenschaftliche Behandlung des Versuchsbegriffes begann eigentlich erst als *Feuerbach* im Jahre 1808 die Frage von der Abgrenzung des Versuches gegenüber dem versuchsähnlichen Handlungen aufwarf.

B. Die streng objektive Theorie.

Diese Theorie stellt so grosse Anforderungen an die Versuchshandlung, dass irgend ein beliebig darin auftretender Untauglichkeitszug Straflosigkeit verursacht (*Geyer, Cohn, Binding*, in Frankreich und Italien herrschende Theorien).

C. Die gemässigt objektive Theorie.

Nur ein absolut untauglicher Versuch, worin Mittel oder Objekt völlig untauglich sind, um das gesetzte Ziel zu erreichen, soll unbestraft sein. Wenn Mittel oder Objekt nur relativ untauglich sind, soll die Versuchshandlung bestraft werden (*Mittermaier, Zachariae, Berner, Olshausen, Hagströmer, Hagemann, Rohland, J. Baumgarten*).

D. Die subjektive Theorie.

Jede vom Täter als tauglich angesehene Versuchshandlung ist strafbar. Nur das Greifen nach überirdischen Mitteln bewirkt Straflosigkeit.

keit des Versuches. (*Tittmann, Luden, Lammasch, Buri, Delaquis, Schüler, Lassen, Torp, Krabbe, Hagerup, Knoph, Skeie, Forsman*).

E. Die Gefährlichkeitstheorie.

Das Grundkennzeichen des strafbaren Versuches ist die im konkreten Fall objektiv festgestellte Gefahr (*Liszt, Rosenberg, Kriegsmann, Finger, Hippel, Thyérn, Serlachius, Grotenfelt*).

F. Spezialtheorien.

Die Bestrafung des Versuches gründet sich auf die Gefährdung der Rechtsordnung oder auf die Gefährlichkeit des Verbrechensplanes des Täters (*Kohler, Klee*). Die Bestrafung des Versuches gründet sich auf den Eindruck, den die Versuchshandlung gemacht hat. (*Horn, Bar*).

G. Die Theorie des Mangels am Tatbestand.

Vom Täter als Versuch angesehene Tat, der irgend ein anderes zum betreffenden Verbrechen gehöriges Merkmal als die in der äusseren Welt in Erscheinung tretende Folge fehlt, ist kein Versuch, sondern ein strafloser Fall des Mangels am Tatbestand (*Binding, Havenstein, Zachariae, Kroschel, Beling, Dohna, Frank, M. E. Mayer*).

KAPITEL V.

Wann ist das Verbrechen vollendet?

Das Verbrechen ist vollendet, wenn die Tat die Forderungen des Tatbestandes vollständig erfüllt. Die eigene Auffassung des Täters hat bei dieser Ansicht keine Bedeutung. Die Frage von der Vollendung des Verbrechens kann schwer zu entscheiden sein, wenn die Schuld des Täters zu dem vollendeten Verbrechen Grund zum Zweifel erregt. Steht z.B. ein vollendetes Verbrechen in Frage, wenn die zum Verbrechen gehörige Folge in einem anderen (gleichwertigen) Objekt oder in anderer Weise, als der Täter sich bedacht hatte, entstanden ist? Die Antwort geht aus der Definition des Vorsatzbegriffes hervor. Unseres

Erachtens steht Rechtswidrigkeit an erster Stelle in Bezug auf Schuld und ist prinzipiell ein entscheidenderes Merkmal des Verbrechens als die Schuld. Wir weisen nur auf die Fahrlässigkeitsdelikte und auf erfolgsqualifizierte Delikte, wo die Strafe zunächst nach der in der äusseren Welt erscheinenden Folge bestimmt wird. Wenn gesagt wird, dass Kenntnis all der zur objektiven Seite der Tat gehörenden Umstände, von deren Dasein die Strafbarkeit der Tat dem Gesetz nach abhängig ist, im Vorsatz mit einbegriffen sei, so ist diese Regel nicht ohne Ausnahme und darf auch nicht buchstäblich verstanden werden. Es genügt für uns, wenn die Einzelheiten in der Vorstellung des Täters zu dem abstrakten Typus, der von den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen vertreten wird, passen. Es gibt keinen juristisch bedeutenden Grund zu einer Unterscheidung von den *error in objecto*- und *aberratio ictus*-Fällen, da für beide z.B. beim Totschlag wesentlich ist, dass der Täter seine Handlung als auf einen Menschen gerichtet vorgestellt hat. (Dieses ist die herrschende Ansicht in Finnland). Aber ebenso muss in Bezug auf die Vorstellung des faktischen Kausalverlaufes verfahren werden. Da von der Handlung in objektiver Hinsicht Adäquanz gefordert wird, so ist es nicht notwendig, für den Vorsatz eine Vorstellung zu fordern, die dem konkreten Gang der Geschehnisse entspricht, sondern es genügt, dass die Vorstellung auch in dieser Beziehung mit dem abstrakten Typus übereinstimmt (*Honkasalo*).

KAPITEL VI.

Die Zurechenbarkeit des Versuches.

Es ist klar, dass für die Zurechenbarkeit, wenn der »Versuch« eines Verbrechens in Frage steht, wenigstens ebenso viel gefordert werden muss, wie bei einem vollendeten Verbrechen. Aber es lässt sich gut denken, dass grössere Forderungen hinsichtlich des Versuches in dieser Beziehung gestellt werden müssen.

Die schwerste Art des Vorsatzes (*dolus determinatus*), die Beabsichtigung einer rechtswidrigen Folge, ist selbstverständlich besonders bezeichnend für den »Versuch«. Einige Forscher fordern beim Versuch immer eine Beabsichtigung der Folge (*Serlachius, Torp*).

Im »Versuch« muss jedoch auch der Fall enthalten sein, dass der Täter weiss, dass eine rechtswidrige Folge unbedingt mit seiner Hand-

lung verknüpft ist. Eine als unvermeidlich vorgestellte Folge der Handlung muss als vom Täter gewollt angesehen werden. Auch diese Art des Vorsatzes genügt für den Versuch (*Thyrén*).

Genügt auch die mildeste Art des Vorsatzes, *dolus eventualis*, für den Versuch? Wie soll *dolus eventualis* definiert werden?

Laut der Wahrscheinlichkeitstheorie ist Vorsatz mit der Tat verknüpft, wenn der Täter das Vorhandensein oder das Auftreten irgend eines dem Tatbestandsmerkmal entsprechenden Umstandes für wahrscheinlich gehalten hat. Diese Theorie kann keine deutliche Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ziehen und führt auch bisweilen zu einem unbefriedigenden Ergebnis. Diese alte Theorie hat noch in letzter Zeit Anhänger gefunden (*Sauer*).

Bezeichnend für die Einwilligungstheorie ist, dass ein als möglich vorgestellter Teil der Tat für vorsätzlich gewollt erklärt wird, wenn der Täter zu seinem Vorhandensein oder seiner Entstehung eingewilligt hat. Auf diesem Standpunkt steht vor allem die von *Frank* entwickelte s.g. hypothetische Einwilligungstheorie, wonach die Vorstellung der Folge als möglich, nur dann zum Vorsatz genügt, wenn die Vorstellung davon als sicher, den Täter nicht verhindert hätte, seine Tat auszuführen. Dieser Theorie ist dazu angetan, zu der irrtümlichen Auffassung zu führen, dass die Entscheidung ausschliesslich von dem Charakter des Täters und nicht an erster Stelle von seiner seelischen Verfassung gerade im Moment der Tat abhängig sei. Durch Beispiele kann gezeigt werden, dass diese Theorie zu einem die Rechtsüberzeugung verletzenden Ergebnis führen kann.

Die dritte Ansichtsrichtung meint, dass Vorsatz vorliegt, wenn der Täter sich mutwillig oder gleichgültig zum Vorhandensein oder zur Entstehung des von ihm als möglich vorgestellten Umstandes verhält (*Frank's* erneuerte Ansicht, *Engisch*, *Eb. Schmidt*). Zu dieser Gruppe gehört auch die Ansicht, wonach die Einwilligung des Täters zum Auftreten eines von seinem Willen abhängigen Umstandes für den Vorsatz gefordert wird, während jedoch für ein solcher Umstand, in Bezug auf dessen Vorhandensein und Entstehung nach Meinung des Täters kein Zusammenhang mit seinem Willen bestehe, die Wahrscheinlichkeit genügt (*Mezger*).

Wir finden, dass *dolus eventualis* vorliegt, wenn der Täter sich zum Straftatbestand gehörige Umstände vorgestellt und die Entstehung der von ihm als von seinem Willen abhängig gedachten Umstände wenigstens gleichgültig betrachtet hat, sowie ein Vorhandensein oder

späteres Entstehen der anderen mit seiner Handlung verknüpften Umstände für wahrscheinlich gehalten hat.

Einen triftigen Grund, warum *dolus eventualis* nicht auch für den Versuch genügt, kann man nicht finden (*Forsman, Grotenfelt, Honkasalo, Hagströmer, Bergendal, Hagerup, Skeie, Liszt, Frank, Hippel, Mezger, Lobe*). Da *dolus eventualis* regelrecht in vollendeten Verbrechen benützt, fordert die Konsequenz, dass die Zurechenbarkeit auch im Versuch nach denselben Gründen entschieden wird. Einen Unterschied zwischen dem Versuch und dem vollendeten Verbrechen gibt es nur auf der objektiven Seite.

Der Versuch eines Fahrlässigkeitsdeliktes ist möglich. Er ist jedoch nicht strafbar, da ein Fahrlässigkeitsdelikt, der herrschenden Ansicht nach, nur als vollendetes Verbrechen bestraft wird.

KAPITEL VII.

Die Rechtswidrigkeit des Versuches.

Das finnische Strafgesetz legt, wie das Strafgesetz mancher anderer Länder, in vielen Fällen ausdrücklich das Hauptgewicht auf die reale Seite des Verbrechens und übersieht seine symptomatische Bedeutung. Die symptomatische Bedeutung des Versuches und des vollendeten Verbrechens ist meistens dieselbe, aber der Versuch wird milder bestraft, da seine reale Bedeutung geringer ist. In Bezug auf die meisten Verbrechen wird der Versuch sogar ganz unbestraft gelassen. Die Strafbarkeit eines Fahrlässigkeitsdeliktes, besonders wenn unbewusste Fahrlässigkeit in Frage steht, beruht beinahe ausschliesslich auf der realen Bedeutung der Tat. Somit finden wir, dass die zum Versuch gehörende äussere Handlung, obwohl sie vom Gesichtspunkt des Tatbestandes eines vollendeten Verbrechens mangelhaft ist, doch eine selbständige Bedeutung hat; mit anderen Worten: sie ist ihrer Art nach eine solche, dass sie vom Gesichtspunkt der Rechtsordnung aus Bedeutung hat. Als Stütze für eine objektive Betrachtung über den Versuch, kann auf die in Strafgesetzentwürfen von der Jahren 1875 und 1884 enthalten gewesene Definition des Versuches hingewiesen werden, wonach von dem Versuch eine Tat gefordert wird, die der Anfang zur Ausführung des Verbrechens ist, denn die Weglassung dieser Definition vom Strafgesetz wurde nicht von einer sachlichen Ablehnung

verursacht, sondern von dem Bestreben eine Einmischung in theoretische Fragen zu vermeiden.

Da der Versuch ein Verbrechen ist und zum Verbrechen immer eine Handlung gehört, ist also der Versuch eine Ausführung. Man beachte, dass der Versuch ausdrücklich auch laut dem Strafgesetz eine eigentliche Ausführung ist, nicht bloss Vorbereitung oder Anstiftung oder Beihilfe. In § 2 Kapitel 4 des Strafgesetzes wird derjenige, der einen Versuch ausführt, in diesem Sinne der Täter genannt, ebenso auch in § 3 Kapitel 5. Da der Versuch also eigentliche Ausführung ist, muss untersucht werden, was eine eigentliche Ausführung, der sich auch der Versuchende schuldig machen muss, im Grunde genommen ist. Diese Frage berührt das Wesen der s.g. Ausführungshandlung.

Eine Erklärung des Wesens der Ausführungshandlung kann nur von einer solchen Kausalitätstheorie ausgehend versucht werden, die einen Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und der Folge auch dann für möglich hält, wenn keine Folge entsteht. Somit kommt die *condicio sine qua non*-Theorie in dieser Untersuchung nicht in Frage. Viele Forscher haben versucht, materielle, objektive Kriterien für die Definition der Ausführungshandlung zu finden (*Binding, Birkmeyer, Meyer*). Diese Bestrebungen haben keinen Erfolg gehabt, denn, nachdem die moderne Tatbestandstheorie grossen Anschluss gefunden hat, ist die Ansicht immer allgemeiner geworden, dass die Ausführungshandlung nur einzeln für jeden Tatbestand bestimmt werden kann und dass allgemeine, materielle Gründe für die Definition der Ausführungshandlung nicht existieren. Nach dieser formalobjektiven Ansicht ist die Ausführungshandlung die Tat, die den tatbestandsmässigen Erfolg ganz oder teilweise zur Ausführung bringt. (*Sundström-Salmiälä, Honkasalo*).

Wie ist die Tat, die den tatbestandsmässigen Erfolg ganz oder teilweise verwirklicht, im Hinblick auf die, von der Versuchshandlung geordneten Tauglichkeit beschaffen? Um irgend eine Person wegen Totschlags verurteilen zu können, muss sie eine solche Handlung ausgeführt haben, von der der Tod einer anderen Person zu erwarten war. Zum Totschlag wird mit anderen Worten eine tötende Handlung gefordert, eine Handlung somit, die im adäquaten Verhältnis zum Tod der anderen Person steht. Das Adäquanzprinzip ist ein allgemeines Haftungsprinzip in all den Tatbeständen, wo es sich um die Verursachung einer Folge handelt (*Honkasalo*).

Die Ausführungshandlung, mit der sich Adäquanz verknüpft, ist auch die Grundlage für die Bestrafung des Versuches. Bei der Bestimmung, dass der Versuch strafbar ist, war es die Absicht des Gesetzgebers, solche Handlungen zu verhindern, von denen die Entstehung bestimmter Folgen zu erwarten sind. Somit kann die Bestrafung des Versuches aus guten Gründen als auf den Gedanken der Gefahr fussend betrachtet werden. Eine andere Sache ist, ob dem Juristen freie Hand um die Adäquanz nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen oder ob der Gesetzgeber Handlungen und Verhältnisse bestimmt hat, die mit der Verursachung der Folge verbunden sein müssen. Bei der Untersuchung der Tatbestände ist festzustellen, dass beide Methoden befolgt sind und im Hinblick auf viele Tatbestände stellt sich heraus, dass für die Adäquanzbeurteilung kein Platz mehr übrig zu bleiben scheint.

In dem vollendeten Verbrechen müssen alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht sein. In dem Versuch des Verbrechens bleibt ein Teil von ihnen unverwirklicht. Einer natürlichen Auffassung gemäss kann dieser unverwirklichte Teil nur die in der äusseren Welt zustande gebrachte Folge der Tat sein. Wenn ein anderer Umstand: das vom Tatbestand vorausgesetzte besondere Subjekt, Objekt oder die Modalität der Handlung fehlt, so handelt es sich nicht um einen Versuch, sondern um den Mangel am Tatbestand. Der Mangel am Tatbestand ist als formales Prinzip zu verstehen. Erst nach dem festgestellt ist, dass der Handlung keine als Mangel am Tatbestand anzusehende Unvollständigkeit anhaftet, ist es möglich zu untersuchen, ob es sich in dem Fall um einen Versuch handelt. So muss z.B. bei der Behandlung eines Abtreibungsversuches zunächst festgestellt werden, dass sich der Fall auf eine schwangere Frau bezieht und erst danach soll untersucht werden, ob die Handlung, zu der man in Abtreibungsabsicht gegriffen hat, eine derartige gewesen ist, dass die Entstehung einer Folge allgemein gesehen zu erwarten war. Die Frage von der Tauglichkeit oder Untauglichkeit der Versuchshandlung erhält also erst auf diesem Restgebiet ihre sachliche Bedeutung.

Das Adäquanzdenken baut vollständig auf im alltäglichen Leben waltende Ansichten. Adäquanz bedeutet dasselbe wie Gefahr, obwohl mit dem Ausdruck »Gefahr« gewöhnlich namentlich der Gedanke verknüpft ist, dass eine bestimmte Handlung eine gesetzlich verbotene Folge in Zukunft nach sich ziehe. Wie sollen die Voraussetzungen der Adäquanz bestimmt werden?

In der Frage nach dem Schaffen eines Beurteilungsgrundes für die Adäquanz kann die richtige Lösung nur erfolgen, wenn man sich völlig an das Material hält, das ex ante bekannt war oder bekannt sein konnte (*Liszt*). So muss auch hinsichtlich der s.g. nomologischen Kenntnis verfahren werden, denn eine Ausnahme zu Gunsten der ex post-Beurteilung hierbei zu machen, ist aus grundsätzlichen Rücksichten nicht zu befürworten. Grundlegend muss die Kenntnis eines normalen auf dem betreffenden Gebiet erforderliche Erfahrung besitzenden Beurteilers sein, in der Praxis also das Wissen des Richters selbst oder was er nötigenfalls mit Hilfe von Sachverständigen zu ergänzen hat. In dem Fall, dass der Täter mehr als die anderen weiss, muss auch seine Kenntnis in Betracht gezogen werden (*Hippel*).

Die Frage von dem Mass der Wahrscheinlichkeit, die zur Adäquanz gehört, kann unseres Erachtens nicht einheitlich beantwortet werden. In den verschiedenen Verbrechen weckeln die Forderungen in dieser Hinsicht. In dem gegen das Leben gerichtete Verbrechen genügt zweifellos schon ein sehr geringer Grad der Wahrscheinlichkeit, um die Handlung als verboten anzusehen. Die glücklichste Lösung dürfte es sein, die Bestimmung des in jedem einzelnen Fall erforderlichen Wahrscheinlichkeitsmasses von den allgemeinen Lebensanschauungen abhängig zu machen, sie also der Erwägung des Richters in casu zu überlassen.

Die Lösung der schwierigen Adäquanzfrage wird oft durch die Ansicht erleichtert, dass man auch den subjektiven Umständen, d.h. der inneren Einstellung des Täters, eine Bedeutung bei dem Schaffen eines Beurteilungsgrundes einräumt. Wie die subjektiven Umstände im allgemeinen in der Rechtswidrigkeitslehre eine entscheidende Bedeutung für das Rechtswidrigkeitsurteil haben, so kann ausdrücklich das Vorhandensein der Gefahr von der Absicht des Täters abhängig sein, sei es denn die Frage von der Gefahr in Verbindung mit einem vollendeten Verbrechen oder mit einem Versuch. Sehr oft führt die Untersuchung einer bestimmten äusseren Handlung nur zu dem Ergebnis, dass die Handlung in Bezug auf ein bestimmtes Verbrechen Gefahr bringend, also eine Ausführungshandlung sein kann, aber ob sie es auch ist, das entscheidet die subjektive Einstellung des Verbrechers. So kann z.B. das Einschleichen in die Wohnung eines anderen an sich in verschiedener Weise erklärt werden und erst aus der Absicht des Täters geht hervor, um was für ein Verbrechen es sich handelt.

Was die Bestimmung der Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung betrifft, so gilt hier dieselbe Grundanschauung, wie in der Frage von der Tauglichkeit der Versuchshandlung. Auch jetzt muss davon ausgegangen werden, dass der Versuch ebenfalls eine tatbestandsmässig rechtswidrige Handlung ist und da die Ausführungshandlung die Tat ist, die der im jeweilig in Frage kommenden Tatbestand beschriebenen Handlung entspricht, muss in Bezug auf den Versuch gefordert werden, dass die Ausführungshandlung ausgeführt, oder wenigstens begonnen wird. Der Versuch kann also von der Vorbereitung zunächst formal so unterschieden werden, dass der Tatbestand ein der Versuchshandlung entsprechendes Betragen enthält. Die Vorbereitung muss aus diesem Grunde als eine Handlung definiert werden, die keinen Teil des zum Tatbestand gehörenden, in der äusseren Welt erscheinenden Geschehens verwirklicht (*Sundström-Salmiala*). Die Auslegung der durch die Kriminalisierung des Versuches in ihrem Wirkungsfeld erweiterten Tatbestände ist jedoch nicht immer einfach. Wann beginnt z.B. die Mordhandlung, wenn das Gesetz nur von »das Leben nehmen« spricht? In solchen Fällen ist der Jurist auf den Gedanken der Gefahr angewiesen, der der gesetzgeberische Grund für die Kriminalisierung des Versuches gewesen ist.

Aber auch dann, wenn die Art und Weise der Handlung im Gesetz angegeben ist (z.B. »einbrechend«), ist es nicht immer leicht zu sagen, wann ein Anfang der Ausführung in Frage steht. Um ein für das Rechtsbewusstsein befriedigendes Ergebnis zu erzielen, ist es zweifellos notwendig, sich bisweilen auf die Regel zu stützen, dass die Ausführungshandlung schon dann beginnt, wenn eine solche Handlung eingeleitet wird, die so unmittelbar mit einer tatbestandsmässigen Handlung verbunden ist, dass sie einer natürlichen Auffassung gemäss zur letzteren gehörig angesehen werden muss (*Frank*).

Auch für den Versuch des Unterlassungsdelikts ist der Anfang der Ausführungshandlung bezeichnend. Der Versuch des Betruges findet statt, wenn der Täter im Widerspruch zu seiner Pflicht es unterlässt einen bestimmten Umstand kundzugeben und dieses Verhalten dazu angetan ist, einen Irrtum zu erwecken oder aufrechtzuerhalten. Die Versuchshandlung beginnt, wenn die Unterlassung festgestellt ist, z.B. die Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufes vorübergegangen ist. Ein Mordversuch muss als begonnen angesehen werden, wenn der Pfleger in so hohem Grad die Pflege seines Patienten versäumt hat, dass Todesgefahr als Faktum angesehen werden muss.

Den Anfangspunkt des Versuches einer mittelbaren Täterschaft zu bestimmen hat sich schwer gewiesen, da Meinungsverschiedenheiten darüber vorgekommen sind, ob ein Versuch schon dann existiert, wenn die als Mittler tätige Person verursacht wird, den Beschluss zu fassen das Verbrechen auszuführen, oder erst wenn der Mittler mit der Ausführung des Verbrechens begonnen hat. Unseres Erachtens muss die letztere Ansicht gutgehiessen werden. Wenn man nämlich einer so weitläufigen Auslegung der Ausführung zustimmte, dass die Verursachung des Handlungsbeschlusses schon Anfang der Ausführung sei, so erhält dieser letztere Begriff einen sehr ungewöhnlichen Inhalt. Unseres Erachtens muss der mittelbare Täter, wie jeder andere Täter als Verwirklicher des Tatbestandes betrachtet werden. So wie der Gebrauch der Waffe, aber noch nicht die Anschaffung, ein Mordversuch ist, so ist auch erst der Gebrauch der als Mittler tätigen Person für einen bestimmten Zweck, dagegen nicht die Anschaffung einer solchen Person zur Ausführung einer bestimmten Handlung, ein Mordversuch in der Form mittelbarer Täterschaft.
