

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-SARJA N:o 56

MIKAEL LIVSON

EPÄVARSINAINEN
LAIMINLYÖNTIRIKOS

(DELICTUM COMMISSIVUM PER OMISSIONEM)

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
A-SARJA
N:o 36

SUOMALAISEN LAKIMIES-
YHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-SARJA
N:o 36

MIKAEL LIVSON

EPÄVARSINAINEN
LAIMINLYÖNTIRIKOS

JAKAJA AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA

EPÄVAR SINAINEN LAIMINLYÖNTIRIKOS

(DELICTUM COMMISSIVUM PER OMISSIONEM)

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

KIRJOITTANUT

MIKAEL LIVSON

LAKITIEEEN LSENSIAATTI, VARATUOMARI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston Lainopillisen Tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi luentosalissa n:o XII lauantaina syyskuun 24 päivänä 1949 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

VAMMALA 1949
TYRVÄÄN KIRJAPAINO OSAKEYHTIÖ
ISBN 978-951-855-802-9 (PDF)

ALKULAUSE.

Tässä tutkimuksessa käsitellään kysymystä, joka on eräs rikosoikeuden vaikeimpia ongelmia: kriminalisoidun seurauksen aiheuttaminen passiivisella suhtautumisella. Kun tämän kysymyksen valaiseminen on vaatinut tavallista laajemman dogmaattisen katsauksen, olen ollut pakoitettu luopumaan monen mielenkiintoisen niinhyvin yleisiin kuin erinäisiinkin oppeihin kuuluvan kysymyksen käsittelystä tämän tutkimuksen puitteissa. Sanotusta syystä olen rajoittanut tehtäväni tutkimuksen kohteena olevan probleeman omasta erikoisluonteesta johtuvien kysymysten, laiminlyönnin kausaalisuuden ja oikeudenvastaisuuden selvittelyyn. Koska epävarsinaista laiminlyöntirikosta koskevalla tutkimustyöllä on teoreettisen mielenkiintoisuutensa lisäksi myös ensiarvoisen tärkeä käytännöllinen merkitys, varsinkin kun huomioon otetaan viimeisen neljännesvuosisadan aikana tapahtunut ja yhä jatkuva tuotannon ja liikenteen koneistuminen, olen tahtonut koetella teoreettisten tulosteni oikeellisuutta oikeuskäytännön valossa. Tämä on ollut sitäkin välttämättömämpää, kun käsitelyllä kysymyksellä on yhteiskuntapolitiittinen kantavuutensa. Kysymys ei näet ole vähemmästä kuin siitä, millä edellytyksillä ja missä määrässä yksilö voidaan velvoittaa rangaistusvastuun uhalla ryhtymään toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi, liiaksi puuttumatta oikeusjärjestyksemme takaamaan yksilölliseen vapauteen.

Tunnen syvää kiitollisuutta opettajaani, professori *Brynolf Honkasaloa* kohtaan, joka on tutkimustyöni kuluessa minua siinä rohkaissut ja monen monissa keskusteluissamme antamallaan arvokkailla neuvoilla ja ohjeilla tukenut työtäni. Esitän myös sydämellisimmän kiitokseni professori *Bruno A. Salmialle*, joka on antanut minulle työssäni monta arvokasta neuvoa. Lausun kunnioittavat kiitokseni *Suomalaiselle Lakimiesyhdistykselle*, joka on antanut apuaan tutkimukseni julkaisemisessa.

Helsingissä, toukokuussa 1949.

Mikael Livson.

SISÄLLYSLUETTELO.

Alkulause	VII
Sisällysluettelo	VIII
Kirjallisuusluettelo	XIII
Lyhennyksiä	XXI

I. TERMINOLOGIAA 1

Rikoksen määritelmä, s. 1. — Laiminlyönnin määrittely, s. 2—3. — Laiminlyöntirikosten jako normien perusteella, s. 4. — Laiminlyöntirikosten jako rangaistavuutta silmälläpitäen, s. 5. — Rikoslain 16 luvun 19 §:ssä kriminalisoidun laiminlyönnin todellinen luonne, s. 6—7. — Suhtautumisen lajin määrittäminen subjektiivisten seikkojen nojalla, s. 7—8.

II. LEGISLATIIVINEN HISTORIIKKI 9

Jo Mooseksen laissa tunnettiin epävarsinainen laiminlyöntirikos, mutta minkäänlaisia oppeja siitä ei tuona aikana syntynyt, s. 9. — Laiminlyöntirikos ei joutunut tutkimuksen kohteeksi edes roomalaisessakaan oikeudessa, s. 9. — Roomalaisen oikeuden säännökset passiivisesta suhtautumisesta käsittelivät etupäässä varsinaista laiminlyöntirikosta, s. 10. — Myös kanooninen oikeus sisälsi joukon kasuistisia säännöksiä epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta, s. 11. — Vanhemmat germaanisen oikeuden sitä koskevat säännökset käsittivät suurimmalta osin vaaran torjumiseksi annettuja ohjeita, s. 11—12. — 1734 vuoden lain Missgiernings Balkin laiminlyöntirikossäännökset, s. 12—13. — Laiminlyönti deliktimuotona joutui tutkimuksen kohteeksi vasta 1700 alussa (*Kress, Carpzov, Böhmer ja Westphal*), s. 13—14. — Siten alkanut tutkimustyö tuli huomioiduksi eräissä Saksan osavaltioiden samanaikaisissa rikosläeissa, s. 15—16. — Nulla poena sine lege periaatteen vaikutuksesta useimmissa saksalaisissa valtioissa 1800 luvun alussa laiminlyönti mainittiin rinnan teon kanssa yleisen osan rikosta koskevassa määritelmässä, s. 16. — Yleissäännöstä laiminlyöntirikoksesta ei kuitenkaan otettu Saksan vuoden 1871 Reichsstrafgesetzbuchiin, s. 17. — Italiaa ja Neuvostoliittoa lukuunottamatta laiminlyönnin rangaistavuutta ei ole missään maassa ratkaistu yleissäännöksellä, s. 19—20.

III. DOGMAATTINEN KATSAUS 21

A. Johtavat mannermaiset teoriat 21

v. Feuerbachin oppi oikeudellisesta toimintavollisuudesta, s. 21—22. — *Ludenin »Theorie des Andershandelns»*, s. 23—24. — *Krugin, Glaserin* ja

*Adolf Merkelin »Theorie der vorausgegangenen Handlung», s. 25—27. — Geyer nimesi ensimmäisenä laiminlyöntirikokset »varsinaisiksi» ja »epävarsinaisiksi», s. 27—28. — Geyerin oppi konkludenttisesta laiminlyönnistä, s. 28. — Geyerin, Aldosserin ja Fingerin laiminlyönnin psyykillisen kausaalisuuden teoria, s. 28—29. — v. Burin, Ortmannin, Bindingin ja Hälschnerin n.s. interferenssiteoriat, s. 29. — v. Burin psyyklisen taistelun konstruktion, s. 30. — Bindingin syykäsite, s. 30—31. — v. Barin, v. Rohlandin ja Kohlerin oikeus- eli kvasikausaalisuusteoriat, s. 32. — Kohlerin oppi ihmisestä sosiaalisen organisaation jäsenenä, s. 33. — Kohlerin oikeusvelvollisuusoppi, s. 34. — Oikeuskausaalisuusteorioita on pidettävä väliasteena laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävälle opille, s. 34. — Tämän opin huomatuin edustaja oli *Franz von Liszt*, s. 35—36. — v. Lisztin relevanssikäsitys, s. 35—36. — Traeger korostaa toimintavelvollisuuden oikeudellista luonnetta, s. 36. — Traeger vaatii, että oikeusvelvollisuuden perusteeksi tunnustettaisiin ennestään olevien (laki, sopimus ja n.s. edelläkäynyt toiminta) lisäksi tosiasiallinen vallintapiiri (*Herrschaftsbereich*), s. 36—37. — Traegerin ehdotus laiminlyönnin yleissäännöksi, s. 37—38. — Traegerin relevanssioppi, s. 38—39. — v. Lisztin ja Traegerin luonnontieteellisten toteamuksien varaan rakentua laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä oppi joutui ankaran arvostelun kohteeksi (*Sauer, M. E. Mayer ja Eberhard Schmidt*), s. 39. — Sauerin oppi sosiologisesta oikeudenvastaisuudesta, s. 40—42. — Rümelinin, v. Zahnin ja Belingin pyrkimys ratkaista laiminlyönnin ongelmaan kuuluvat peruskysymykset, hakemalla niihin vastaukset positiivisen lain tulkinnasta, s. 42—44. — Mezgerin ajatus oikeusvelvollisuudesta laiminlyönnin oikeudenvastaisuuden edellytyksenä, s. 45—46. — Kissin vaatii rangaistavan laiminlyönnin velvollisuusperuste-alan laajentamista, s. 47. — Kissinin positivismin vastaisesta asenteesta ilmenee piirteitä niistä pyrkimyksistä, jotka kansallissosialismin valtakautena pääsivät määrääviksi Saksassa, s. 47. — Rikosoikeustiede alistetaan palvelemaan kansallissosialistista elämäntarkastusta, s. 48. — Kaikkein luonteenomaisimman ilmauksensa uusi oikeuskatsomus sai Schafsteinin kirjoituksissa, s. 48. — Oikeudellisten ja moraalisten velvollisuuksien välinen ero menetti kokonaan merkityksensä kansallissosialistisessa rikosoikeudessa, s. 49. — Schafstein konstruoii suhtautumisen rangaistavuuden kriteerioksi n.s. tekijätyypin (*Tätertypus*), s. 50—51. — Schafstein vaatii pääpainon rikosdogmatiikassa siirrettäväksi yleisistä erinäisiin oppeihin, s. 51—52. — Schafsteinin kannalle asettuivat *Dahm* ja *Niethammer*, s. 52. — »Der Täter ist der Schatzen des Tatbestandes», s. 52. — *Niethammerin* esittämien ajatusten muoto on aikaisempien oppien mukainen, mutta sisältö uusien oppien inspiroima, s. 53. — *Drost* vastustaa laiminlyönnin ja teon toisiinsa rinnastamista rangaistusvastuun suhteen, s. 53—54. — *Jus publicum pactis privatorum mutari non potest* tunnustetuksi pääseminen kansallissosialismin aikaisessa Saksassa, s. 54—55. — »Uutta oikeustiedettä» asettui päättävästi vastustamaan *Nagler*, s. 55. — *Naglerin* garantiaoppi, s. 56—57. — Laiminlyönnin kausaalisuus myönnetään, s. 57. — Oikeusvelvollisuus-*

oppi säilyttää vuosisataisen herruutensa, s. 57. — Oikeusvelvollisuusoppi on omaksuttu myös ranskalaisessa ja anglosaksisessa rikosoikeustieteessä s. 57—58.

B. Johtavat pohjoismaiset teoriat 59

a) Norja, Ruotsi ja Tanska 59

Ørsted lausuu laiminlyönnin tutkimuksen syntysanat Pohjolassa, s. 59—60. — *Bornemann* luo ensimmäisenä n.s. laiminlyönnin oikeuskausaalisuusopin, s. 61. — *Bornemannin* ajatus laiminlyönnin yrityksestä ja passiivisesta suhtautumisesta aktiivisen suhtautumisen avunantona, s. 62. — *Bornemannin* oppeja täydensi *Goos*, s. 62—63. — Myös *Getz* ja *Hagerup* asettuivat oikeuskausaalisuusopin kannalle, s. 64. — *Skeien* oppi laiminlyönnistä psyykkilisenä ilmiönä, s. 64—65. — *Thyrénin* laiminlyönnin kausaalisuusteoria, s. 65—66. — *Thyrénin* ajatus laiminlyönnin rangaistavuuden edellytyksistä, s. 66. — *Thyrénin* käsitys toimintavelvollisuuden perusteista, s. 67. — *Thyrénin* kannalle asettui *Bergendal*, s. 67—68. — *Torp*, *Grabbe* ja *Hagströmer* oikeusvelvollisuusopin kannalla, s. 69. — *Lundstedt* yrittää kaataa laiminlyönnin tähänastisessa tutkimuksessa luodut dogmit, s. 70. — *Lundstedtin* käsitys laiminlyönnin rangaistavuudesta, s. 70—71. — *Andenaes* hylkää opin kausaalisuudesta ja oikeusvelvollisuudesta laiminlyönnin rangaistavuuden edellytyksinä, s. 72—73. — *Andenaesin* mukaan oikeusvelvollisuudella vain indicion merkitys rangaistavuudelle, s. 73. — Laiminlyönnin probleeman *Andenaes* katsoo pelkästään tulkintaprobleemaksi, s. 73. — *Andenaesin* n.s. vastuuperusteoppi, s. 73. — *Andenaesin* vastuuperusteryhmät, s. 73—74. — *Wetterin* käsitys laiminlyönnistä yhteiskuntavaarallisenä suhtautumisena, s. 74.

b) Suomi 75

Forsman on asettunut oikeuskausaalisuusopin kannalle, s. 75. — *Serlachius-Särkilähti*, *Estlander*, *Tulenheimo* ja *Ekström* kiistävät laiminlyönnin kausaalisuuden, s. 76. — *Honkasalon* laiminlyönnin loogillinen kausaalisuusteoria, s. 77—78. — *Honkasalon* oppi laiminlyönnin oikeudenvastaisuudesta ja rangaistavuudesta, s. 78—79. — *Sundström-Salmialan* kanta laiminlyönnin rangaistavuuden edellytyksistä, s. 79—80. — *Sipilä* pitää vallitsevaa oikeusvelvollisuusoppia harhaanjohtavana, s. 80—81.

IV. LAIMINLYÖNNIN KAUSAALISUUS 82

Ludenin kausaalisuusoppi osoittautuu kestäättömäksi, s. 82—83. — Oppi edelläkäyneestä toiminnasta laiminlyönnin kausaalisena momenttina (*Krug*, *Glaser* ja *Ad. Merkel*) johtaa ristiriitaan rikosoikeuden ydinperiaatteiden kanssa, s. 84—85. — *Geyerin* konkludenttisen laiminlyönnin kausaalisuusteoria ei pysty selvittämään kausaalisuutta tapauksissa, joissa konkludenttiselle vaikutukselle ei ole vastaanottajaa, s. 86. — *Aldosserin* oppi faktillisesta määräämisvallasta vaikuttaviin edellytyksiin ei pysty pelastamaan oppia laiminlyönnin kausaalisuudesta psyykkilisenä ilmiönä, s. 86. — *Bindingin* tasapainoteoria osoittautuu virheelliseksi siinä, etteivät

edellytykset voi olla konkreettisen seurauksen suhteen yht'aikaisesti sekä edistäviä että estäviä, s. 87—90. — *Honkasalo* osoittaa *Thyrénin* kausaalisuusteorian ja sen tueksi konstruoidut yhtälöt virheellisiksi, s. 91—95. — *Thyrénin* laiminlyönnin kausaalisuusoppi johtaa dolus tai culpa antecedensin omaksumiseen, s. 96—97. — *Thyrénin* laiminlyönnin kausaalisuusteoria on myös siinä ristiriitainen, että syyn ja seurauksen suhde on pyritty rakentamaan luonnontieteelliselle vaikutusyhteydelle, mutta kriteriona on kuitenkin käytetty normatiivisia aineksia, s. 97. — Oikeuskausaalisuusteoriain yhteiset virheellisyysdet, s. 98—99. — *Siegwartin* kausaalisuuskäsitys ja sen arvostelu, s. 100. — *Hauptin* Schopenhauerin kausaalisuuskäsitteelle konstruoina teoria ja sen arvostelu, s. 101—102. — Laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä oppi osoittautuu kestäättömäksi, s. 103—105. — Laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävän opin virheelliset päätelmät eivät tule korjatuiksi *Traegerin* relevanssiopilla, s. 106. — *Rümelinin*, *v. Zahnin*, *Höpfnerin*, *Belingin* ja *Andenaesin* pyrkimys ratkaista laiminlyönnin kausaalisuusongelma positiivista lakia tulkiten ei johda hyväksyttävään tulokseen, s. 107—110. — *Max Ernst Mayer* johtaa tutkimuksen oikealle tielle, s. 111—112. — *Honkasalo* ottaa luomansa teorian lähtökohdaksi *John Stuart Millin* kausaalisuuskäsitteen, s. 113. — Laiminlyönnin kausaalisuutta ei käy päättelemisen yksistään conditio sine qua non teorian avulla, s. 113. — Tarkasteltavan tapahtuman tulee olla laiminlyönnin adekvaattinen seuraus, s. 114. — Realiteetit, jotka on asetettava adekvaattisen kausaalisuusarvostelun perustaksi, s. 115. — *Sipilän* arvostelu *Honkasalon* kausaalisuusteoriasta, s. 116. — Huomautuksemme tätä arvostelua vastaan, s. 117—118. — *Honkasalon* tietoteoreettinen kausaalisuusoppi käsittää laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen ratkaisun, s. 119. — *Honkasalon* viite siitä, miten teoriaa on täydennettävä käytäntöä silmälläpitäen, s. 119. — Toimintavelvollisuus (erityinen oikeudellinen velvollisuus) laiminlyönnin kausaalisuustarkastelun kriteriona, s. 120.

V. LAIMINLYÖNNIN OIKEUDENVASTAISUUS 121

Oikeusjärjestys suhtautumisen normien kokonaisuutena, s. 121. — *Max Ernst Mayerin* oppi kulttuurinormeista, s. 122. — Oikeusnormin käsitteeseen ei kuulu pakko, s. 123. — Teon rikosoikeudellinen olemus *Bindingin* mukaan, s. 124. — *Franz von Liszt* asettuu *Bindingin* muodollista rikoskäsitettä vastaan, s. 125. — *v. Lisztin* kahdenlaatuinen oikeudenvastaisuusoppi, s. 125. — Tätä vastaan kohdistettu arvostelu (*Beling*, *Sundström-Salmiala* ja *Alanen*), s. 126. — Oppi aineellisesta oikeudenvastaisuudesta (*v. Liszt*, *Sauer*, *zu Dohna* ja *Mezger*), s. 127. — Pohjoismainen intressivertailuteoria (*Torp*, *Getz*, *Goos*, *Serlachius-Särkilähti*, *Urbye*, *Hagströmer* ja *Thyrén*), s. 128. — *Honkasalon*, *Wetterin* ja *Knophin* arvostelu sitä vastaan, s. 129—130. — Oikeudenvastaisuus voidaan määritellä vain muodollisesti (*Tulenheimo*, *Sundström-Salmiala*, *Honkasalo*, *Alanen*, *Beling*, *Finger*, *Nagler*, *Allfeldt*, *Köhler*, *Frank*, *Sjögren* ja *Assarsson*), s. 131—132. — Yhteiskunnanvastaisuus on todettavissa ainoastaan empiirisesti,

s. 132. — Reaalimääritelmät eivät voi antaa luotettavaa käsitystä siitä, mitä oikeudenvastaisuudella on ymmärrettävä, s. 132. — *Lundstedtin* »yhteiskuntahyöty» ei ole enempää kuin »yhteiskuntavahingollisuuskään» juuriin käsite, s. 133. — Aineellinen oikeudenvastaisuuskäsitys johtaa luokkaoikeuteen, s. 133. — Rikoksen käsitettä ei käy määrittelemineen myöskään vetoamalla »yleiseen oikeustajuntaan» (*Bjerre*), s. 133—134. — *Kelsenin* käsitys oikeustieteen tehtävästä, s. 135. — Huomautuksemme tätä käsitystä vastaan, s. 136. — *Lundstedt* vaatii, että oikeudenvastaisuuden käsite olisi poistettava, s. 136—137. — *Lundstedtin* kannalle asettuvat *Hoel*, *Olivecrona* ja *Brück*, s. 138—139. — *Lundstedtin* opit osoittautuvat vääriksi, s. 140—142. — Passiivinen suhtautuminen on joutunut rikoslaisamme vähäisessä määrässä huomion kohteeksi, s. 143—144. — Onko komissiivideliktin aiheuttaminen passiivisella suhtautumisella mahdollinen niissäkin tapauksissa, joissa tunnusmerkistö käsittää ainoastaan positiivisen teon kuvauksen?, s. 144. — Vastaus kysymykseen riippuu nolla poena sine lege periaatteen suhteesta lainanalogian käyttöön, s. 145. — Pohjoismaisen tieteisopin ja oikeuskäytännön kanta lainanalogian käytöstä, s. 146—147. — Komissiivideliktin aiheuttaminen passiivisella suhtautumisella on mahdollinen sellaisissakin tapauksissa, joissa laiminlyöntiä ei ole mainittu expressis verbis tunnusmerkistössä, s. 148—150. — *Sauerin* mukaan laiminlyönnin oikeudenvastaisuus riippuu intressivertailusta, s. 151. — Huomautukset tätä käsitystä vastaan, s. 152. — *Lundstedt* käy käsiksi oikeusvelvollisuusoppiin, s. 153. — *Lundstedtin* oppi johtaisi arveluttaviin tuloksiin oikeuskäytännössä, s. 154. — *Thyrén* päätyy tahtoen tai tahtomatta oikeusvelvollisuusopin kannalle, s. 155. — Faktillinen tilanne (*Andenaes*) enempää kuin sopimus tai edelläkäynyt toimintakaan ei perusta oikeudellista velvollisuutta seurauksen estämiseen, ellei tällainen velvollisuus johdu oikeusjärjestyksestä, s. 156. — Erityinen oikeudellinen velvollisuus, joka on laiminlyönnin oikeudenvastaisuuden edellytyksenä, muodostaa samalla kriteerion vastuun rajoittamiselle, s. 157—158.

VI. OIKEUSVELVOLLISUUSRYHMÄT	159
A. Huolenpito- ja valvontavelvollisuudet	160
a) Oikeusjärjestyksestä välittömästi johtuvat huolenpito- ja valvontavelvollisuudet (perheoikeudelliset velvollisuudet)	160
b) Disponointiin liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet	169
c) Ammatin- tai elinkeinonharjoittamiseen liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet	178
d) Virkaan tai julkiseen palvelustehtävään liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet	188
B. Luvottomalla tai luvallisella teolla aiheutetun vaarantilan torjumisvelvollisuus	191
C. Velvollisuus ilmaisuun vahingollisen seurauksen estämiseksi	202
ZUSAMMENFASSUNG	208

KIRJALLISUUSLUETTELO.

- Agge, Ivar*: Brott och straff. Svensk lag och rätt. Stockholm 1941.
- » — Den svenska straffrättens allmänna del i huvuddrag I. Stockholm 1944.
- Alanen, Aatos*: Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinona. Helsinki 1925.
- » — Lainkäyttäjän harkintavalta Saksan Uudessa Rikosoikeudessa. DL 1936.
- » — Lex Aquiliaan perustuva vahingonkorvaus Roomalaisen Yksityisoikeuden mukaan. Helsinki 1940.
- Aldosser, Carl*: Inwieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? München 1882.
- Andenaes, Johs*: Straffbar unnløtelse. Et bidrag til strafferettsdogmatikken. Oslo 1942.
- Anttila, Inkeri*: Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 26. Vammala 1946.
- Assarsson, Pehr*: Svenska Straffrättens Allmänna Del. Lund 1879.
- Bang, Niels*: Aarsagsforestillingen. Analyse og Kritik. København 1925.
- v. Bar, L.*: Die Lehre von Causalzusammenhänge im Rechte, besonders im Strafrechte. Leipzig 1871.
- » — Gesetz und Schuld im Strafrecht I—II. Berlin 1906—1907.
- Barie, Günter*: Die strafrechtliche Kausalitätstheorie des Reichsgerichts bei der Unterlassung. Dissertation. Düren 1934.
- Baumgarten, Arthur*: Grundzüge der Juristischen Methodenlehre. Bern 1939.
- Beling, Ernst*: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.
- » — Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Leipzig 1910.
- » — Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre. GS 101, 1932.
- Bender*: Der Versuch bei Unterlassungsdelikten. Dissertation. Düsseldorf 1930.
- 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.
- Binding, Karl*: Die Normen und ihre Übertretung I. Leipzig 1872. — II. Leipzig 1877.
- » — Handbuch des Strafrechts I. Leipzig 1885.
- Birkmeyer, K.*: Ueber Ursachsbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht. GS 37, 1885.
- Bjerre, S. A.*: Om Rättstridighetsrekvisitet vid Förtälsförbrytelse. Stockholm 1910.
- Bornemann, F.*: Samlede Skrifter III. Kjøbenhavn 1866.

- Brusiin, Otto*: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja N:o 14. Vammala 1938.
- Brück, Sture*: Studier över Strafflagen Kap. 23. Uppsala 1933.
- v. Brünneck, Werner*: Die herrschende Kausalitätstheorie und ihre Stellung zum Reichsstrafgesetzbuch. Halle 1897.
- v. Buri, M.*: Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung. GS 21, 1869.
- » — Ueber Begehung von Verbrechen durch Unterlassung. GS 27, 1875.
- » — Über die Kausalität der Unterlassung. ZStrW 1, 1881.
- Carlson, Gustav*: Olyckshändelse och omöjlighet i 24 § Köplagen. SvJT 1922.
- Clemens, Otto*: Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Dissertation. Breslau 1912.
- Clerc, Francois*: Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Ins Deutsche übertragen von Eduard Stock. Basel 1943.
- Dahm, Georg*: Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. ZStrW 59, 1940.
- Dohna, Alexander Graf zu*: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle a. S. 1905.
- Drost*: 1. Der Aufbau der Unterlassungsdelikte. GS 109, 1937.
- Ebermayer—Lobe—Eichelbaum—Rosenberg*: Das Reichsstrafgesetzbuch. Berlin und Leipzig 1920.
- Ekström, F. W.*: Privaträttens allmänna läror. Helsingfors 1921—1925.
- Estlander, Ernst*: Undersökning af Bedrägeribrottets Kännetecken och Begrepp Enligt Finsk Straffrätt. Helsingfors 1901.
- v. Feuerbach, Anselm Ritter*: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. Giessen 1832.
- Finger, August*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904.
- Forsman, Jaakko*: Anteckningar enligt föreläsningar öfver de särskilda brotten. Första avdelningen, fjärde upplagan. Helsingfors 1924.
- » — Andra avdelningen, fjärde upplagan, utgiven av Brynolf Honkasalo. Helsingfors 1938.
- » — Tredje avdelningen, fjärde upplagan, utgiven av Brynolf Honkasalo, Helsingfors 1938.
- Frank, Reinhard*: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931.
- » — Vollendung und Versuch. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil. V. Berlin 1908.
- Freund, Heinrich*: Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozessordnung Sowjetrusslands. Mannheim/Berlin/Leipzig 1925.
- Förslag till strafflag för Storfurstendömet Finland*. Helsingfors 1875.
- Förslag till strafflag för Storfurstendömet Finland*. Helsingfors 1884.
- Förster, Gerhard*: Das Mosaische Strafrecht in seiner Geschichtlichen Entwicklung. Leipzig 1900.
- Gand, Maurice*: Du Délit De Commission Par Ommission. These Pour Le Doctorat. Paris 1900.
- Ganske, Horst*: Prozessbetrug und Adäquanz. Breslau 1931.
- Gentzsch, Kurt W.*: Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung im Strafrecht. Dissertation. Frankfurt am Main 1928.

- Georgakis, Jannis*: Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht. Dissertation. Leipzig 1938.
- Gerland, Heinrich*: Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Auflage. Berlin und Leipzig 1932.
- Getz, Bernhard*: Om den saakaldte Delaktighed i Forbrydelser (1876). Julkaisussa Juridiske Afhandlinger. Kristiania 1903.
- Geyer, August*: Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrechts. I. München 1884.
- Glaser, Julius*: Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht. Erster Band. Wien 1858.
- Goljakov, I.*: Uголовnij Kodeks RSFSR. Kommentarij. 2-oe isdanie. Moskva 1944.
- » — (A. A. Piontkovskij) Uголовnoe Pravo. 3 isdania Moskva 1943.
- Goos, C.*: Den danske Strafferet II. København 1878.
- Gottlieb, Josef*: Der Strafort. Mit besonderer Rücksicht auf die Unterlassung. Breslau 1909.
- Granfelt, O. Hj.*: Straffprocessrätt. Föreläsningar I. Helsingfors 1908 o. 1910.
- » — Grundkurs i allmän straffrätt. Föreläsningar. Helsingfors 1941.
- Grottenfelt, Julius*: Kommentar till strafflagen. Allmänna delen. Helsingfors 1913.
- Gräsel, Rudolf*: Die Unterlassungsdelikte im ausländischen Strafrecht. Dissertation. Breslau 1909.
- Guthmann, Julius*: Die negativen Bedingungen in ihren Beziehungen zu den unechten Unterlassungsdelikten. Breslau 1899.
- Haftner, Ernst*: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil. Berlin 1926.
- Hagerup, Francis*: Strafferettens almindelige Del. Kristiania 1911.
- » — Almindelig Borgerlig Straffelov. Kristiania 1916. II Udgave.
- Hagerup Bull, E.*: Til Årsakslaeren. TfR 1932, 1936.
- Hagströmer, Johan*: Svensk straffrätt I. Föreläsningar. Uppsala 1901/1905.
- Hall, Jerome*: General Principles of Criminal Law. Indianapolis 1947.
- Hartmann, Erich*: Das Kausalproblem im Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung des Verursachungsbegriffs des Strafgesetzbuchs. Breslau 1900.
- Haupt, Friedrich*: Zur Lehre von den Unterlassungsdelikten. ZStrW 2, 1882.
- Hedenius, Ingemar*: Om rätt och moral. Stockholm 1941.
- Hemmer, Ragnar*: Till Frågan om Sedvanerättens Natur. Håmeenlinna 1922.
- Hermanson, R.*: Finlands Statsförfattningsrätt. Anteckningar enligt föreläsningar. Helsingfors 1889.
- v. Hippel, Robert*: Deutsches Strafrecht II. Berlin 1925, 1930.
- Hoel, G. Astrup*: Den Moderne Retsmetode. Oslo 1925.
- » — Delagtighet i Forbrydelser. Oslo 1941.
- Honig, Richard*: Kausalität und objektive Zurechnung. Festgabe für Reinhard von Frank. Bd. I. Tübingen 1930.
- » — Die Entwicklungslinie des Unterlassungsdelikts vom römischen bis zum gemeinen Recht. Festgabe für Richard Schmidt. Leipzig 1932.
- Honkasalo, Brynolf*: Vahvistuskanne oikeudesta ja sen edellytykset Suomen oikeuden mukaan I. Aineelliset edellytykset. Helsinki 1928.
- » — Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa. Helsinki 1933.
- » — Prosessipetos lainkäytön valossa. JFT 1937.
- » — Nulla poena sine lege. Eripainos Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisusta N:o 11. Helsinki 1937.

- Honkasalo, Brynolf*: Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa. DL 1942.
- » — *Erinäiset rikokset*. Hämeenlinna 1944.
- » — *Suomen Rikosoikeus. Yleiset Opit. Ensimmäinen osa*. Helsinki 1948.
- Hägerström, Axel*: Om Svikligt Förtigande såsom Straffbart efter 22: 1. SL. SvJT 1939.
- Hälschner, Hugo*: Das gemeine deutsche Strafrecht. Erster Band. Bonn 1881. Die allgemeine strafrechtliche Lehren.
- Höpfner, W.*: Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte. ZStrW 36b, 1915.
- Ignatius, Kaarlo*: Laki teon rangaistavuuden edellytyksenä (Nullum crimen sine lege). LM 1931.
- v. Ihering, Rudolph*: Der Zweck im Recht I und II. Leipzig 1893, 1886.
- » — *Der Kampf um's Recht*. 14 auflage. Wien 1900.
- Jellinek, Georg*: System der Subjektiven Öffentlichen Rechte. 2 painos. Tübingen 1905.
- » — *Allgemeine Staatslehre*. 3 painos. Berlin 1914.
- Jotuni, Olavi*: Rikosoikeuden Yleiset Opit. Helsinki 1947.
- Kaila, Elieser*: Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslauseoppi. Helsinki 1924.
- » — *Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Arvo Sipilä: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne*. LM 1938.
- Kantorowicz*: Unrechtes Unterlassungs- und unbewusstes Fahrlässigkeitsdelikt. Breslau 1931.
- Kelsen, Hans*: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.
- Kissin, Siegfried*: Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit. Breslau-Neukirch 1933.
- Kjerschow, P.*: Almindelig borgerlig straffelov og lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttraeden. Oslo 1930.
- Knoph, Ragnar*: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett. Kristiania 1921.
- » — *Rettslige Standarder*. Oslo 1939.
- Kohler, Josef*: Grundriss der Vorlesungen über das deutsche Strafrecht. Berlin 1890.
- » — *Studien aus dem Strafrecht I*. Mannheim 1890.
- » — *Treue und Glaube im Verkehr*. Ein Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug. Berlin 1893.
- » — *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. auflage. Leipzig 1908.
- » — *Negative Kausalität und äquivalenz*. Archiv für Strafrecht und Strafprozess. 66 B. Berlin 1919.
- Kohlrausch, Eduard*: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen. 34 auflage. Berlin 1938.
- » — *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*. I Teil. Berlin 1903.
- Kollmann, Horst*: Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem. Strafrechtl. Abh. 91. Breslau 1908.
- » — *Die Bedeutung der methaphysischen Kausaltheorie für die Strafrechtswissenschaft*. Breslau 1908.
- » — *Der Handlungsbegriff als Grundlage der herrschenden, insbesondere durch v. Liszt vertretenen Strafrechtssystematik*. Festschrift für Franz von Liszt. Berlin 1911.

- Krabbe, Oluf H.*: Borgerlig Straffelov af 15. April 1930 med Kommentarer. Kjøbenhavn 1931.
- Kraus, Oskar*: Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. ZStrW 23, 1903.
- Kriegsmann, Hermann*: Horst Kollmann, Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem. Literaturbericht. ZStrW 30, 1910.
- v. Kries, Johannes*: Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12, 1888.
- Krug, August Otto*: Abhandlungen aus dem Strafrecht. Vierte Abtheilung. Leipzig 1855.
- Köhler, August*: Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. Leipzig 1917.
- Lammasch, H.*: Strafrecht. Grundriss des Österreichischen Rechts II. 4. Leipzig 1911.
- » — Handlung und Erfolg, Ein Beitrag zur Lehre vom Causalzusammenhange. Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 9 B.
- Landsberg, Ernst*: Commissivdelikte. Durch Unterlassung. Freiburg 1890.
- Lasson, P. E.*: Haandbog i Criminalretten. Den almindelige Deel. Christiania 1848.
- Lerebours-Pigeonnière, P.*: Du délit de commission par omission. Revue pénitentiaire 1901.
- Liepmann, Moritz*: Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
- v. Liszt, Franz*: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Berlin 1905.
- » — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 21 ja 22 Auflage Berlin und Leipzig 1919.
- » — — *Schmidt, Eberhard*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25 Auflage. Berlin und Leipzig 1927 (käsitää sekä yleisen että erityisen osan). Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I Band, 26 Auflage. Berlin und Leipzig 1932.
- Livson, Mikael*: Epävarsinainen Laiminlyöntirikoksen Kausaalisuusprobleema Pohjoismaisessa Rikosoikeustieteessä. Honkasalo 60-vuotisjulkaisu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 35. Vammala 1949.
- Luden, Heinrich*: Abhandlungen I. Versuch des Verbrechens. Göttingen 1836.
- » — Abhandlungen II. Thatbestand des Verbrechens. Göttingen 1840.
- Lundstedt, Anders Vilhelm*: Principinledning I. Kritik av straffrättens grundåskådnigar. Uppsala 1920.
- » — Till Frågan om Rätten och Samhället II. Uppsala 1921.
- » — Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. I Bd. Berlin—Grünwald 1932.
- » — V.: Kritik av Nordiska Skadeståndslärar I. Tfr 1923.
- Makarewicz, J.*: Einführung in die Philosophie des Strafrechts. Stuttgart 1906.
- Malaniuk, Wilhelm*: Lehrbuch Des Strafrechtes I. Bd. Allgemeine Lehren. Wien 1947.
- Mayer, Hellmuth*: Das Strafrecht des Deutschen Volkes. Stuttgart 1936.
- Mayer, Max Ernst*: Rechtsnormen und Kulturnormen. Strafrechtl. Abh. 50. Breslau 1903.
- » — Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch I. Heidelberg 1915.
- Merkel, Adolf*: Kriminalistische Abhandlungen I. Leipzig 1867.
- » — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
- Merkel, Paul*: Begehung durch Unterlassung. Dissertation. Nürnberg 1895.
- Mezger, Edmund*: Die subjektiven Unrechtselemente. GS 89, 1924.

- Mezger, Edmund*: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. München und Leipzig 1933.
- » — Deutsches Strafrecht. Ein Leitfad. Berlin 1936.
- » — Die Straftat als Ganzes. ZStrW 57, 1937.
- » — Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss. Berlin 1938.
- Meyer, Hugo*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.
- Michaelis, Johan David*: Mosaiske Ret. Oversat af det Tydske ved Jakob Wolf. Tre-
die Deel. Kjøbenhavn 1783.
- Mill, John Stuart*: System der deductiven und inductiven Logik. Eine Darlegung,
der Principien wissenschaftlicher Forschung, insbesondere der Naturfor-
schung I. In's Deutsche übertragen von J. Schiel. Vierte deutsche, nach
der achten des Originals erweiterte Auflage. Braunschweig 1877.
- » — A System of Logic. Ratiocinative and Inductive. Being a connected view of
the principles of evidence and the Methods of scientific investigation. Eighth
Edition. New Impression 1919. London.
- Nagler, Johannes*: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.
- » — Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Festschrift für
Karl Binding. Bd. II. Leipzig 1911.
- » — Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Festgabe für Frank I. Tübingen 1930.
- » — Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. GS 111, 1938.
- Olicevrona, K.*: Om Dödsstraffet. Uppsala 1891.
- » — Karl: Några synpunkter på de juridiska begreppen. Festschrift Tillägnad
Axel Hägerström. Uppsala 1928.
- » — Om Lagen och Staten. Lund 1940.
- » — Lagens Imperativ. Lund 1942.
- Ortmann, Rudolf*: Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung. GS
26, 1874.
- Radbruch, Gustav*: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechts-
system, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen
Systematik. Berlin 1904.
- » — Über den Schuldbegriff, ZStrW 24, 1904.
- Rittler, Theodor*: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I. Allg. Teil. Wien 1933.
- v. Rohland, W.*: Die Strafbare Unterlassung I. Dorpat-Leipzig 1887.
- » — Die Gefahr im Strafrecht. Dorpat-Leipzig 1888.
- » — Die Kausallehre des Strafrechts. Leipzig 1903.
- » — Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen. Vergleichende Darstel-
lung Des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Berlin 1908. Allge-
meiner Teil I. Band.
- Ross, Alf*: Virkelighed Og Gyldighed I Retslaeren. Kjøbenhavn 1934.
- Rümelin, M.*: Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht. Tü-
bingen 1900.
- Salovaara, Niilo*: Rikoksen yrityksestä erityisestä n.s. keltotonta yritystä silmällä
pitäen. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 30. Vam-
mala 1948.
- Sauer, Wilhelm*: Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und So-
zialphilosophie. Berlin und Leipzig 1921.
- » — Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Festgabe für Reinhard
von Frank. Band I. Tübingen 1930.

- Sauer, Wilhelm:* Das Unterlassungsdelikt. Seine Stellung im Gefährdungs- und im Willensstrafrecht. GS 114, 1940.
- Schaffstein, Friedrich:* Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts. Gegenwartsfragen der strafrechtswissenschaft. Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleichspach. Berlin und Leipzig 1936.
- Schmidt, Eberhard:* Der Arzt im Strafrecht. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116, 1939.
- Schmidt, Richard:* Allgemeine Staatslehre I. Bd. Leipzig 1901.
- Schulz, Hermann:* Der Begriff der Gefahr im Strafrecht. Leipzig 1905.
- Schwarz, Wilhelm:* Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung. Breslau 1929.
- Schweigaard, A.:* Commentar over Den Norske Criminallov. Forste Deel 1860, anden Deel 1862. Christiania.
- Serlachius-Särkilähti, Allan:* Några ord om underlåtandets kausalitet. JFT 1898.
- » — Straff och skadestånd. Helsingfors 1901.
- » — Lainopin alkeet. Porvoo 1910.
- » — Onko sähkön luvaton anastus rangaistava varkautena? LM 1914.
- » — Ehdotus uudeksi rikoslainsi I. Yleinen osa. Helsinki 1920.
- » — Suomen rikosoikeuden oppikirja II. 1 nide. 2 painos. Helsinki 1924.
- » — Suomen rikosoikeuden oppikirja I. Yleiset opit. 3. painos. Julkaisseet B. A. Salmiala ja Brynolf Honkasalo. Helsinki 1940.
- Stigwart:* Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache, »Kleine Schriften» Bd II. Tübingen 1879.
- Sipilä, Arvo:* Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja N:o 8. Helsinki 1936.
- Skeie, Jon:* Om aerekrenkelser efter norsk ret. Kristiania 1910.
- » — Den norske strafferett I. Den alminnelige del. 2 utg. Oslo 1946.
- Spangenberg:* Ueber Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit. Kleinschrods Neues Archiv des Criminalrechts. 4. Band.
- Stammler, Rudolf:* Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin und Leipzig 1922.
- Stooss, Carl:* Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. 2. Aufl. Wien und Leipzig 1913.
- Sundström-Salmiala, Bruno A.:* Varsinaisesta osallisuudesta rikoslain ja sotaväen-rikoslain rangaistaviksi julistamiin varsinaisiin erikoisrikoksiin erittäin silmälläpitäen extraneusta. Porvoo 1926.
- » — Eräs Laitulkintakysymys. DL 1945.
- Sveriges Rikes Lag.* Gillad och antagen på Riksdagen Åhr 1736.
- Thyrén, J. C. W.:* Abhandlungen Aus Dem Strafrechte Und Der Rechtsphilosophie I. Bemerkungen Zu Den Kriminalistischen Kausalitätstheorien. Lund 1894.
- » — Schema att användas vid föreläsningar i allmän straffrätt. Lund 1910.
- » — Johan C. W.: Principierna för en strafflagsreform. II. Brottsbegreppets objektiva sida. Lund 1912. III. Brottsbegreppets subjektiva sida. Försök. Subjektfsflerhet. Lund 1914.
- » — Den moderna straffrättens grundåskådningar. Lund 1920.
- Torp, Carl:* Den danske Strafferets almindelige Del. København 1905.
- Traeger, L.:* Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.

- Traeger, L.:* Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und zivilrecht. Festgabe für Enneccerus. 1913.
- Tulenheimo, Antti:* Luotto rikosoikeudellisena suojelusobjektina. Helsinki 1911.
- » —. Symptomaattinen rikoskäsitys ja suojelusobjekti. LM 1911.
- Urbye, Anders:* Det nye Straffelovudkast. Norsk Retstidende 1897.
- » —. Norsk Strafferet. Strafbare Handlinger mod Liv, Legeme og Helbred, Aarekraenkelser, Frihedskraenkelser, Strafbare Handlinger mod Sedeligheden. Kristiania 1909.
- Ussing, Henry:* Erstatningsret. København 1937.
- Wachenfeld, Friedrich:* Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.
- Wetter, F.:* Allmän straffrätt. Upsala 1945.
- Wilda, Wilhelm Eduard:* Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.
- Windscheid, Bernhard:* Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band (7. Auflage). Frankfurt a.M. 1891.
- Wrede, R. A.:* Suomen Oikeus- ja Yhteiskuntajärjestyksen Pääpiirteet. Porvoo 1931.
- v. Zahn, Karl:* Über die Kausalitet der Unterlassung im Strafrecht. GS 69, 1906.
- Zimmerl, Leopold:* Zur Lehre vom Tatbestand. Strafrechtl. Abh. 237. Breslau 1928.
- Ørsted, Anders Sandoe:* Eunomia, eller Samling af Afhandlinger henhørende til Moralphilosophien, Statsphilosophien, og den Dansk-Norske Lovkyndighed. Anden Deel. Kjøbenhavn 1817.

KIRJALLISUUSLUETTELOSSA JA TEKSTISSÄ KÄYTETTYJÄ LYHENNYKSIÄ
AIKAKAUSI-LEHDISTÄ JA OIKEUSTAPAUSSKOKOELMISTA.

DL	=	Defensor Legis.
E	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
GS	=	Gerichtssaal.
JFT	=	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.
JFTbil.	=	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. Bilaga. Kort redogörelse för Kejserliga Senatens Justitiedepartementets utslag och domar.
KKO	=	Korkeimman Oikeuden Päätökset Ja Tuomiot. Vuodesta 1929: Selostuksia Ja Tiedonantoja Korkeimman Oikeuden Ratkaisuihin.
LM	=	Lakimies.
OO	=	Suomen Senaatin Oikeusosaston Päätökset ja Tuomiot.
Rt.	=	Norsk Retstidende.
SvJT	=	Svensk Juristtidning.
TfR	=	Tidskrift for Retsvidenskap.
U.	=	Ugeskrift for Retsvaesen.
ZStrW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I. TERMINOLOGIAA.

Elämä inhimillisenä suhtautumismuotona ilmenee meille sitä huomioidessamme joko aktiivisena tai passiivisena. Aktiivisena se esiintyy tekemisenä tai toimintana, passiivisena taas tekemättä jättämisenä tai toiminnattomuutena. Suhtautumisella on oikeudellista merkitystä vain relatiivisessa mielessä, määrätyn teon tekemisenä tai määrätyn teon tekemättä jättämisenä,¹ laiminlyöntinä. Rikosoikeudellista merkitystä suhtautumisella on silloin, kun se on rikos, oikeudenvastainen ja syyksiluettava (tahallinen tai tuottamuksellinen) teko tai laiminlyönti,² joka on laissa rangaistuksella uhattu.

¹ Inhimillisen elämän ilmiönä passiivisuus ei voine yleensäkään esiintyä absoluuttisena. Sangen osuvasti lausuu tästä *Andenaes*, s. 1: »Den absolute passivitet er en idealtilstand som sjelden oppnås før enn i døden. Hvor der er liv er der bevegelse». — Ks. *Sipilä*, s. 137: »Laiminlyönti on tiettyyn toimintaan ryhtymättömyys — — —»; *Georgakis*, s. 18: »Unterlassen heisst nicht Nichtstun, sondern etwas Bestimmtes nicht tun. Dieses bestimmte Etwas — die jeweils gedachte Handlung also — bildet den konstitutiven Begriff jeder Unterlassung. Die soll als allgemeine Einsicht gelten».

² *Forsman*, *Allm. läror*, s. 59; *Serlachius-Särkilahti*, *Oppikirja I*, s. 85. — Niinhyvin *Forsman* kuin *Serlachius-Särkilahti*kin käyttävät kuitenkin teon ja laiminlyönnin yläkäsitteenä termiä »teko». Samoin *Jotuni*, *Yleiset opit*, s. 7; v. *Liszt-Schmidt*, *Lehrbuch I*, s. 145: »Verbrechen ist die tatbestandsmässige rechtswidrige, schuldhafte Handlung»; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 87—88. — Mutta käsite »Handlung» on mielestämme täysin väärä käytettäväksi teon ja laiminlyönnin yläkäsitteenä, sillä siihen sisältyy ainoastaan aktiivisuutta, mutta ei lainkaan passiivisuutta. Tästä lausuu *Lobe Ebermayerin* y.m. kommentaarissa (s. 32): »Im ursprünglichen Sinne ist die Bezeichnung als »Handlung» hergenommen von dem wesentlichsten Werkzeug zur Willensverwirklichung, der Hand. Darum ist Handlung im engeren und eigentlichen Sinne zunächst nur die Körpertätigkeit, die mit dem Körper ausgeführte Bewegung». Kun *Frank* (*Das Strafgesetzbuch*, s. 1) määrittelee rikoksen oikeudellisesti rangaistavaksi julistetuksi suhtautumiseksi, niin *Sauer* (*Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, s. 207) lausuu tästä: »Das strafrechtliche objekt wird von Frank glücklich als »Verhalten» gekennzeichnet; es bildet den Oberbegriff für Tun und Nichttun, für Handeln und Unterlassen». *Sauer* onkin siten todennut, että »Handeln» ja »Unterlassen» ovat toistensa kontradiktoorisia käsitteitä. — Yläkäsitettä »suhtautu-

»Rakkaalla lapsella on monta nimeä». Tämä pitää paikkansa myös laiminlyöntiin nähden deliktimuotona, sillä miltei jokainen, joka siitä on vähänkin kirjoittanut, on antanut siitä oman määritelmänsä. Tässä yhteydessä rajoitumme esittämään sen monen monista määritelmistä ainoastaan muutaman huomatuimmista.

v. *Liszt* määrittelee laiminlyönnin seurauksen tahdonvaltaiseksi esittämättä jättämiseksi.³ Tätä määritelmää vastaan on usealtakin taholta hyökätty ankarasti. Niinpä *Traeger*⁴ on huomauttanut v. *Lisztin* määritelmää vastaan, ettei enempää laiminlyönnin kuin teonkaan käsitteeseen lainkaan kuulu seuraus, sillä n.s. varsinaisen laiminlyöntirikoksen tunnusmerkistö on täytynyt seuraukseksi. Kun v. *Liszt* katsoo laiminlyönnin tahdonvaltaiseksi, niin siitä lausuu *Honkasalo*,⁵ että jos laiminlyönti määritellään ihmisen tahdosta riippuvaksi ulkonaisessa maailmassa ilmenevän muutoksen estämättä jättämiseksi, niin määritelmän oikeellisuus edellyttäisi, että laiminlyönnin, ollakseen rikosoikeudellisesti relevantti, tulisi aina olla tahdottu, mitä se ei kuitenkaan ole, sillä laiminlyöntihän voi olla yhtähyvin tuottamuksellinenkin.⁶ Vaikkei v. *Lisztin* tarkoituksena ymmärrettävästikään ole ollut väittää, ettei laiminlyönti saattaisi olla myös tuottamuksellinen, niin sanontaa

minen» ovat käyttäneet myös muun muassa *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 1, viite 1; *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 126; Kausaalisuuskysymys, s. 189; Rangaistava laiminlyönti, DL 1942, s. 50; *Torp*, s. 195; *Haferin* mukaan (Lehrbuch I, s. 63) rikos on »ein bestimmtes, im Gesetz umschriebenes menschliches Verhalten». Ks. myös *Rittler*, s. 41. — Sellainenkin mielipide on esitetty, ettei tekoa ja laiminlyöntiä voida lainkaan alistaa yhteisen yläkäsitteen alaisuuteen. Ajatuksen on esittänyt *Radbruch*, joka lausuu tästä (Handlungsbegriff, s. 140): »— so wahr man nicht Position und Negation, a und non-a unter einen Oberbegriff bringen kann, so lassen sich auch Handlung und Unterlassung nicht unter einen solchen zusammenbiegen, — — —». Tässä itsessään terävässä deduktiossa on jätetty huomioimatta, etteivät teko ja laiminlyönti ole vain kontradiktioorisia käsitteitä ulkonaisessa tapahtumainkulussa, vaan että ne samalla ovat sellaisia käsitteitä, joilla on yhteisenä tunnusmerkkinä määrätynlainen inhimillinen käyttäytyminen. Ne ovat siis inhimillisen käyttäytymisen eri lajeja. *Radbruchin* deduktiota vastaan lausuikin terävästi *Mezger* (Strafrecht, s. 102): »Es handelt sich hier nicht um einfache Position (P) und Negation (N), sondern um bestimmt beeigenschaftete Position (Pe) und Negation (Ne), so dass ein gemeinsamer Oberbegriff (Oe) möglich ist». Vrt. myös *Andenaes*, s. 11: »Både »handling» og »unnnlatelse» er en kvalifikasjon av menneskelig opptreden».

³ v. *Liszt-Schmidt*, s. 169.

⁴ *Traeger*, Das Problem, s. 9.

⁵ *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 122.

⁶ Saman huomautuksen v. *Lisztin* määritelmää vastaan on viimeksi esittänyt myös *Andenaes*, s. 3.

»wilkürlich» (tahdonvaltainen) on mielestämme jokatapauksessa pidettävä epäonnistuneena ja harhaanjohtavana.

Useat ovat kytkeneet määritelmäänsä velvollisuudenvastaisuusai-
neksen. Siten v. *Zahn* päättelee, että laiminlyönti on silloin olemassa,
» — — wenn wir von jemand sagen, er habe unterlassen, dass es
das Normale, Vernünftige und Richtige gewesen wäre». ⁷ Tätä vas-
taan on *Nagler* aivan oikein huomauttanut, että jos ilman muuta lai-
minlyönnin käsitteeseen sisällytetään velvollisuudenvastaisuuden kri-
terio, niin on etukäteen kajottu siihen, mikä on vielä todistamisen esi-
neenä. ⁸

Monet ovat katsoneet toimintamahdollisuuden kuuluvan laiminlyön-
nin käsitteeseen. Näistä mainittakoon *Radbruch* ⁹ ja *Gentzsch*, ¹⁰ joista jäl-
kimmäinen määrittelee laiminlyönnin »Nichttun bei Möglichkeit eines
entsprechenden positiven Tuns». Mahdollisuusmomentin lisäksi ovat
eräät katsoneet laiminlyönnin käsitteeseen sisältyvän myös laiminlyön-
nin toiminnan odotutteisuuden. Niinpä muun muassa *Traeger* ¹¹ ja
v. *Hippel* ¹² ovat määritelleet laiminlyönnin odotettuun mahdolliseen
toimintaan ryhtymättömyydeksi. ¹³

Laiminlyönnin käsitteeseen ei mielestämme ole mitään aihetta sisäl-
lyttää toimintamahdollisuutta, sillä se on niinhyvin laiminlyönnin kuin
teonkin välttämättömänä edellytyksenä, jotta laiminlyönti tai teko yli-
malkaan olisi olemassa oikeudellisessa mielessä. Toimintavapaus on
siten välttämättömänä edellytyksenä rikosoikeudellisen vastuun synty-
miselle laiminlyöntitapauksessa. ¹⁴ Sitävastoin se on indifferentti itse
laiminlyönnin käsitteelle sellaisenaan.

⁷ v. *Zahn*, GS 1906, s. 22. Tätä määritelmää pitää oikeana *Andenaes*, s. 10.

⁸ *Nagler*, GS 1938, s. 1. *Nagler* on puolestaan *Hälschneriin* yhtyen määritellyt
laiminlyönnin » — — die von einem natürlichen Willen getragene Nichtvornahme
einer bestimmten Handlung». Ks. main. kirj. s. 1, viite 1. — Tätä *Naglerin* mää-
ritelmää vastaan voidaan esittää sama huomautus kuin edellä v. *Lisztin* määritel-
mää vastaan.

⁹ *Radbruch*, Handlungsbegriff, s. 141.

¹⁰ *Gentzsch*, s. 31.

¹¹ *Traeger*, Das Problem, s. 9.

¹² *Hippel*, s. 153: »Unterlassen bedeutet — — nicht Nichtstun, sondern etwas
Bestimmtes nicht tun; das nämlich, was im gegebenen Falle möglich und zu
erwarten war».

¹³ Niin myös *Gerlach*, s. 14; *von Bar*, Gesetz und Schuld II, s. 244.

¹⁴ Näin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 209; Yleiset opit I, s. 144; v. *Liszt-
Schmidt*, s. 170, viite 2; *Sauer*, Die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlas-
sung, s. 213; *Frank*, s. 17.

Odotutteisuutta on sensijaan mielestämme pidettävä laiminlyönnin käsitteeseen sisältyvänä tunnusmerkkinä, sillä laiminlyönti ei ole ajateltavissa oikeudellisessa mielessä, ellei ole olemassa miellekuvaa määrätystä tapahtumasta jääneestä toiminnasta. Tästä lausuu *Mezger*:¹⁵ »Jedem Unterlassungsverbrechen liegt eine »erwartete Handlung« zu Grunde; ohne diese gedachte Handlung gibt es keine Unterlassung im Rechtssinne. Damit empfängt die ganze Lehre vom Unterlassungsverbrechen ihren festen Angelpunkt». Määrittelemmekin laiminlyönnin käsitteellisesti määrätyn odotetun teon tekemättä jättämiseksi.

Laiminlyöntirikokset on perinteellisesti jaettu varsinaisiin ja epävarsinaisiin laiminlyöntirikosryhmiin. Erottavana tunnusmerkkinä tässä jaossa on yleensä pidetty loukatun normin laatua. Niinpä määritellään tavallisimmin laiminlyöntirikokset seuraavasti: varsinaisella laiminlyöntirikoksella (*delictum omissionem*) loukataan käskynormeja, epävarsinaisella laiminlyöntirikoksella (*delictum commissivum per omissionem*) loukataan kieltonormia¹⁶ tai samanaikaisesti sekä käskyettä kieltonormia.¹⁷

Erään mielipiteen mukaan epävarsinaisella laiminlyöntirikoksella loukataan ainoastaan näennäisesti kieltonormia. Tämän ajatuksen on esittänyt *Höpfner*, joka väitteensä tueksi on vedonnut siihen tosiasiaan, että kielto (»sinä et saa tehdä») voidaan rikkoa vain kiellon vastaisella teolla, kun sitävastoin käsky (»sinun tulee tehdä») voidaan rikkoa vain käskyn vastaisella laiminlyönnillä.¹⁸ Väitteen perusteluna olevaan toteamukseen nähden voimme kernaasti yhtyä *Höpfneriin* hänen katsoessaan sen olevan »(eine) einfache Lehre der Logik». Itse väite perustuu kuitenkin siihen virheelliseen käsitykseen, että kieltonormi voitaisiin ymmärtää ainoastaan toimintakieltona. Mikään ei kuitenkaan estä käsittämästä sitä myös kieltona aiheuttaa vahin-

¹⁵ *Mezger*, Strafrecht, s. 130.

¹⁶ Näin esim. *Forsman*, Allm. läror, s. 164: »De oegentliga underlåtenhetsförbrytelserna, — — — begås därigenom att man genom underlåtenhet bryter mot ett i lagen ingående förbud — genom de äkta underlåtenhetsförbrytelserna därимot bryter man ett i lagen gifvet påbud»; *Landsberg*, s. 176; v. *Liszt-Schmidt*, s. 173; *Traeger*, Das Problem, s. 10—12; *Binding*, Normen II, s. 551; v. *Hippel*, s. 154; *Andenaes*, s. 26; *Lammasch*, s. 12.

¹⁷ Näin *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 126—127; *Kjerschow*, s. 6 ja 18.

¹⁸ *Höpfner*, ZStrW 1915, s. 111, viite 9: »Dass man einem »du sollst nicht tun« (Verbot) nur durch Tun, und einem »du sollst tun« (Gebot) nur durch nicht tun (unterlassen) zuwiderhandeln kann, ist eine einfache Lehre der Logik».

gollinen seuraus, jolloin itse aiheuttaminen voi tietysti tapahtua niinhyvin teolla kuin laiminlyönnilläkin. Näin ymmärrettynä onkin pidettävä oikeana sitä määritelmää, jonka mukaan epävarsinainen laiminlyöntirikos käsittää sellaisen passiivisen suhtautumisen, jolla samanaikaisesti loukataan sekä käsky- että kieltonormia, sillä jättämällä noudattamatta käsky seurauksen estämisestä, laiminlyöjä siten käskyn rikkomalla aiheuttaa kielletyn seurauksen.

Laiminlyöntirikokset on tieteisopissa jaettu varsinaisiin ja epävarsinaisiin laiminlyöntirikoksiin myös käyttämällä niitä erottavana kriteeriona sitä tapaa, jolla laiminlyönnin rangaistavuus on järjestetty. Edellisiä ovat tämän jakotavan mukaan ne, joissa vastuu johtuu pelkästä laiminlyönnistä, jälkimmäisiä puolestaan ne, joissa vastuu johtuu laiminlyönnillä aiheutetusta seurauksesta.¹⁹ Kun mainituksa jaossa räjankäynti on toimitettu rangaistavuutta silmälläpitäen, niin kaipa itse jaon määrittely ehdottomasti varsin oleellisen täydennyksen epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen osalta, jottei se jäisi puutteellisesti määritellyksi, sillä epävarsinainen laiminlyöntirikos saattaa olla myös silloin rangaistava, kun se on jäänyt pelkkään yritykseen.²⁰ Mainitusta syys-

¹⁹ Näin m.m. *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 103: — —, milloin laiminlyönti rangaistuksen uhalla on kielletty katsomatta siihen, onka mitään seurausta syntynyt vai eikö, puhutaan tavallisesti varsinaisista laiminlyöntirikoksista (delicta omissionis)». *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 188, viite 2; Rangaistava laiminlyönti, DL 1942, s. 50; Yleiset opit I, s. 127; *Mezger*, Strafrecht, s. 131 ja 137; *Grundriss*, s. 51; *Drost*, GS 1937, s. 7—8, joka käyttää varsinaisista laiminlyöntirikoksista nimitystä »tavalliset laiminlyöntirikokset» ja epävarsinaisista nimitystä »kvalifisoidut laiminlyöntirikokset». Laiminlyöntirikoksiin nähden ei mielestämme ole olemassa minkäänlaista perusteltua aihetta luopua perinnäiseksi muodostuneesta terminologiasta.

²⁰ Yleisesti vallitsevan käsityksen mukaan yritys on mahdollinen epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa. Ks. *Forsman*, Allm. läror, s. 205—206; *Grotenfelt*, s. 106: »Utgör brottet en s.k. oegentlig underlåtenhetsförbrytelse, är försök för handen, så snart underlåtenheten tagit sin början. T.ex. en fångvaktare begynner svälta en fänge till döds»; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 173; *Salovaara*, s. 251; *Bornemann*, s. 242; *Hagerup*, Almindelige Del, s. 180; *Andenaes*, s. 484—485; v. *Liszt-Schmidt*, s. 307; *Mezger*, Strafrecht, s. 377; v. *Hippel*, s. 408—409; *Gerlach*, s. 16; *Bender*, s. 37—42; *Finger*, s. 316; *Frank*, s. 92; *Meyer-Allfeld*, s. 188. Yrityksen katsovat mahdolliseksi myös varsinaisessa laiminlyöntirikoksessa *Gerland*, s. 176; *Köhler*, s. 454—455; *Hagerup*, Almindelige Del, s. 180; *Wachenfeld*, s. 168—169; *Hippel*, s. 409. v. *Hippelin* mukaan varsinaiseen laiminlyöntirikokseen on mahdollinen vain päättymätön yritys. — Yritys ei mielestämme voi olla mahdollinen varsinaiseen laiminlyöntirikokseen enempää päättyneessä kuin päättymättömässäkään muodossa, sillä varsinaisessa laiminlyöntirikoksessa jo pelkkä käskyn noudatta-

tä määrittelemmekin epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen puolestamme passiiviseksi suhtautumiseksi, joka perustaa rangaistusvastuun vain aiheutetusta seurauksesta tai lain määräämissä tapauksissa myös yrityksestä.

Tähänastisen tarkastelumme nojalla voimme päätellä, että tutkimuksemme kohteena olevat epävarsinaiset laiminlyöntirikokset eroavat varsinaisista laiminlyöntirikoksista siinä, että edellisissä rikos on olemassa silloin, kun käskyn noudattamatta jättäminen johtaa vahingollisen seurauksen syntymiseen, kun sitävastoin jälkimmäisissä jo pelkkä käskyn noudattamatta jättäminen muodostaa täytetyn rikoksen.

Varsinaisiin laiminlyöntirikoksiin nähden muodostaisi mainitusta säännöstä *Forsmanin* mukaan kuitenkin poikkeuksen rikoslakimme 16 luvun 19 §:ssä kriminalisoitu laiminlyönti ilmiäntä viranomaiselle tai asianomistajalle eräät säännöksessä lähemmin mainitut hankkeissa olevat rikokset ajoissa, kun rikos olisi vielä estettävissä, jolloin mainitun lainkohdan 1. kappaleen nojalla laiminlyönti on rangaistava ainoastaan mikäli rikos tai rangaistava yritys tapahtuu. Kosketellun säännöksen johdosta *Forsman* lausuu:

»Det väsentliga för — — — äkta underlåtenhetsförbrytelser är, att deras faktiska karaktär består just i underlåtande af det som lagen föreskrifver. Någon vidare följd eller effekt, som skulle ansluta sig till denna underlåtenhet, erfordras i allmänhet icke; — — — skyldigheten i 16: 19 innebär dock en afvikelse från denna regel, emedan den straffpåföljd, som där är utsatt, inträder endast om brottet eller försök till brottet verkligt blifvit gjordt.»²¹

matta jättäminen muodostaa täytetyn rikoksen. Tästä lausuu *Max Ernst Mayer*, *Lehrbuch I*, s. 348: »Delikte, deren Versuch begrifflich ausgeschlossen ist, sind die *Delikte ohne Erfolg* (echte Unterlassungsdelikte). Da sie sich in der gewollten Untätigkeit erschöpfen, ist ein Anfang der Ausführung undenkbar; was man allenfalls so nennen könnte, ist schon Schluss der Ausführung». Myös *v. Liszt-Schmidt*, s. 307 ja *Mezger*, *Strafrecht*, s. 377 kieltävät yrityksen käsitteellisen mahdollisuuden varsinaisissa laiminlyöntirikoksissa. Kotimaisessa tieteisopissamme ovat tällä kannalla *Forsman* (*Allm. lärör*, s. 205) ja *Salovaara* (s. 251), joka aivan oikein huomauttaa, ettei kysymyksellä ole meillä käytännöllistä merkitystä, koska yritys ei ole yhdessäkään varsinaisen laiminlyöntirikoksen tapauksessa säädetty rangaistavaksi.

²¹ *Forsman*, *Allm. lärör*, s. 163—164; *De särskilda brotten III*, s. 215.

Jos tämä itsessään mielenkiintoinen väite olisi oikea, niin mainittu laiminlyöntirikosten käsitteellinen jako olisi kestävä. Todellisuudessa väitetty poikkeus on kuitenkin vain näennäinen, sillä kysymyksessä ei lainkaan ole laiminlyönnistä (ilmiannon tekemättä jättämisestä) aiheutunut seuraus tai sen yritys, vaan ilmiantamatta jätetyn rikoksen seuraus tai yritys. Tämä tosiasia ilmenee meille, kun huomioimme, että ilmiannon laiminlyöminen on rangaistava, vaikka voitaisiinkin todeta, että rikos olisi ilmiannosta huolimatta tapahtunut.²² Tämän lisäksi on meidän myös huomioitava, ettei laiminlyöjälle suinkaan ole säädetty rangaistusta tapahtuneesta rikoksesta tai sen yrityksestä, vaan yksinomaan ilmiannon tekemättä jättämisestä, pelkän käskyn noudattamatta jättämisestä. Se oikeusvelvollisuus, mikä laissa on kaikkien oikeuslajien noudatettavaksi statuoitu, ei siis perusta vastuuta seurauksesta. Kun lainsäätäjä on sanktionoinut tämän yleisen velvollisuuden noudattamisen rangaistuksen uhalla ainoastaan sillä lisäedellytyksellä, että rikos tai rangaistava yritys todella tapahtuu, johtunee tämä järjestely käsittääksemme siitä syystä, ettei itse lainkohdassa rangaistavaksi julistettu passiivinen suhtautuminen saisi ulkomaailmassa havaittavaa realiteettia, ellei olisi tarpeellista selvitystä siitä, että rikos todella on ollut tekeillä. *Serlachius-Särkilahti* onkin täysin oikeassa lausueessaan kosketellussa suhteessa, että »Aivan kuten konkurssirikosten rankaiseminen edellyttää velallisen joutumisen konkurssitilaan, aivan samalla tavalla ja samassa merkityksessä on rikoksen tahi rangaistavan yrityksen tekeminen ilmiannon laiminlyönnin rangaistavuuden edellytys. Sen vuoksi saattaa ilmiannon laiminlyönti joutua rangaistavaksi silloinkin, kun ilmiantamatta jätetty rikos päättyy yritykseen, josta tekijä omasta aloitteestaan, eikä ulkonaisten esteiden perusteella, luopuu, ja josta häntä ei siis rangaista».²³

Olemme edellä jakaneet suhtautumisen teko- ja laiminlyöntirikokseen suhtautumisen ulkonaisen ilmenemismuodon perusteella. Suhtautumisen lajia ei kuitenkaan aina voida selvittää pelkästään turvautumalla objektiivisiin kriteerioihin. Usein riippuu näet subjektiivisista (sielullisista) seikoista, onko määrättyä suhtautumista pidettävä teko- vaike laiminlyöntirikoksena. Jos esimerkiksi lääkäri A jo leikkaukseen ryhtyessään aikoo surmata B:n, antamalla hänen kuolla leikkaushaavoista johtuvaan verenvuotoon, niin kysymyksessä on ilmeisesti tekoricok. Jos sitävastoin A:n päätös B:n surmaamisesta syntyi vasta

²² Vrt. *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 371.

²³ *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 371—372.

leikkauksen tultua suoritetuksi, ja A toteuttaa tämän päätöksensä jättämällä sitomatta B:n haavat, jolloin B kuolee verenvuotoon, niin seuraus on aiheutettu (epävarsinaisella) laiminlyöntirikoksella. Rikoksen laji edellämainitussa merkityksessä saattaa siis olla riippuvainen syyllisyyden (tahallisuuden tai tuottamuksen) alkamishetkestä.²⁴

²⁴ *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 127; *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 195—196; *Gerland*, s. 170, viite 4.

II. LEGISLATIIVINEN HISTORIIKKI.

»Jos härkä on ennenkin puskenut ja sen isäntää on varoitettu eikä hän ole sitä vartioinut, ja jos se tappaa miehen tai naisen, niin härkä kivitettäköön, ja myös sen isäntä rangaistakoon kuolemalla. Mutta jos hänelle määrätään lunastusmaksu, niin maksakoon henkensä lunnaiksi niin paljon, kuin hänelle määrätään.»

Tämä Mooseksen kirjan 21 luvun 29—30 jae osoittaa, että jo Mooseksen laissa tunnettiin epävarsinainen laiminlyöntirikos. Mainittu laki sisältää lisäksi muun muassa säännöksen, jonka mukaan sitä, joka jätti kaivamansa kuopan avoimeksi, rangaistiin kuolemalla, jos kuoppaan putosi ihminen ja sai tällöin surmansa.¹ Minkäänlaisia oppeja enempää passiivisesta kuin aktiivisestakaan suhtautumisesta ei tuona aikana tunnettu. Tämä on hyvinkin ymmärrettävää, kun huomioimme, että noihin aikoihin lain kommentoiminen ei ollut luvallista.

Käsite ommissivirikos antaa aiheen olettaa, että laiminlyöntirikos olisi joutunut tutkimuksen kohteeksi roomalaisessa oikeustieteessä. Tällainen oletamus olisi kuitenkin väärä, sillä »ommittere», joka käsitteellisesti tarkoittaa huomioimatta jättämistä (mentionem ommittere = jättää mainitsematta), käsitti yksinomaan siviilioikeudellisen oikeutuksen toteuttamatta jättämisen.² Tosin jo klassilisen ajan roomalaisessa oikeudessa tunnettiin vastuuperiaate laiminlyönnillä aiheutetusta seurauksesta. Kuten *Alanen* on akviliaanista lainsäädäntöä käsittelevässä tutkimuksessaan osoittanut, ilmeni tällainen periaate *Lex Aquilia*sta. Mutta kysymyksessä oli yksinomaan

¹ Ks. *Michaelis*, s. 304; *Förster*, s. 62—63.

² Näin *Honig*, joka katsoo, että »ommittere» on rikosoikeudellisenä suhtautumisena käytetty yhden ainoan kerran (keisarien *Valentianin*, *Theodoriuksen* ja *Areodiuksen* antamassa päätöksessä), jolloin tuomarin on katsottu syyllistyneen rangaistavaan menettelyyn, pitkittämällä rikostutkimusta ja jättämällä asia sillensä. Kuten tapauksesta ilmenee, on siinäkin kysymyksessä varsinainen laiminlyöntirikos. Ks. *Honig*, s. 3—5.

vahingonkorvausvastuu, ei sitävastoin lainkaan rangaistusvastuu.³ Ei edes roomalainen oikeus sisältänyt minkäänlaisia oppeja laiminlyöntirikoksesta. Passiivinen suhtautuminen deliktinä esiintyi siinä pelkäämään kasuistisina säännöksinä, jotka käsittelivät etupäässä varsinaista laiminlyöntirikosta. Niinpä *Lex Acilia*ssa v. 123—122 e.Kr.s. rangaistiin tuomaria, joka jäi pois pääkäsittelystä. *Lex Municipalis Malecitanassa* v. 81 j.Kr.s. säädettiin vastuu, tosin ainoastaan siviilioikeudellinen, sille, joka jätti antamatta seurakunnalle tilityksen varojen hoidosta. Myös Rooman sotaväen rikosoikeudesta Septimus Severuksen ajalta (193—211 j.Kr. s.) tapaamme varsinaisen laiminlyöntirikoksen tunnusmerkistöjä, kuten esimerkiksi rangaistussäännöksen palvelukseen saapumatta jäämisestä ja sotilaallisten velvollisuuksien noudattamatta jättämisestä.⁴

Tunnetuimpana lainkohtana epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta oli *Lex Julia de Adulteriksen* (v. 17 j.Kr. s.) säännös siitä, että aviomiestä, joka ei estänyt vaimoaan ja tämän rakastajaa tekemästä aviorikosta, oli rangaistava parittelusta (*lenocinium*). Mainitussa laissa säädettiin lisäksi sama rangaistusvastuu aviomiehelle, joka salli aviorikoksen tehneen vaimonsa asua luonaan.⁵ Varsin ankarasti rangaistiin esimiestä kohtaan säädettyjen velvollisuuksien rikkomisesta vahingollisen seurauksen syntyessä. Niinpä sotilasta, joka ei puolustanut vaaran hetkellä esimiestään, rangaistiin kuolemalla, jos esimies sai surmansa. Orjan oli kuolemanrangaistuksen uhalla jopa estettävä isäntänsä tekemästä itsemurhaa.⁶

Nimenomaisen säännöksen puuttuessa laiminlyönnin rangaistavuudesta, perustettiin rangaistusvastuu tosiasiallisesti tapahtuneeseen rikokseen (*actio in factum*). Tämän nojalla rangaistiin esimerkiksi sellainen tapaus, jossa joku oli surmattu nälkään näännyttämällä.⁷ Myös velvollisuus estää vahingollisen seurauksen syntyminen aikaansaadusta vaarantilasta, oli jo roomalaisessa oikeudessa tunnettu. Niinpä lääkäriä, joka oli suorittanut leikkauksen, mutta laiminlöi jälkihoidon, rangaistiin potilaalle siten aiheuttamastaan vahingollisesta seurauksesta. Samoin rangaistiin kaikissa muissakin tapauksissa, joissa oli laiminlyöty ryhtyä suojelutoimenpiteisiin aiheitetun vaarantilan torjumiseksi. Niinpä sitä,

³ *Alanen*, *Lex Aquiliaan* perustuva vahingonkorvaus, s. 34—40.

⁴ *Honig*, s. 7—8 ja 17.

⁵ *Honig*, s. 9.

⁶ *Clemens*, s. 6; *Glaser*, s. 329—333.

⁷ *Glaser*, s. 329.

joka heitti jotain asunnostaan kadulle, varoittamatta ohikulkijaa vaarasta, rangaistiin siten tälle aiheuttamastaan seurauksesta. Myös rangaistiin hevosten tai muiden eläinten pitäjää vahingonteosta, jonka vartioimatta jätetyt eläimet olivat aiheuttaneet.⁸

Myös kanooninen oikeus sisältää joukon kasuistisia säännöksiä epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta. Tunnetuimpia näistä lienee säännös, jossa säädetään rangaistus puunkaatajalle, joka jättää varoittamatta lähimmäistään puunkaadossa, siitä seurauksesta, jonka tämän laiminlyönti aiheuttaa.⁹ Kanooninen oikeus rinnasti rangaistusvastuuseen nähdessä toisiinsa aktiivisen ja passiivisen suhtautumisen, mikäli kysymyksessä oli henki- tai petosrikos. Sanotuissa tapauksissa kanoonisessa oikeudessa ei siis tehty minkäänlaista eroitusta siinä, millä suhtautumisella seuraus oli aiheutettu.¹⁰

Vanhemman germaanisen oikeuden laiminlyöntirikosta koskevat säännökset käsittivät suurimmalta osin vaaran torjumiseksi annettuja ohjeita. Kun rangaistusvastuu johtui pelkästään annettujen ohjeiden noudattamatta jättämisestä, niin kysymyksessä olivat varsinaista laiminlyöntirikosta kuvaavat säännökset. Tunnetuin tällaisista ohjeista on useimmissa maakuntalaeissa annettu määräys siitä, että aseita oli pideltävä varoen, jottei niistä koituisi kenellekään vahinkoa.¹¹ Palosuoja-lusta annettujen määräysten rikkomisesta rangaistiin kuitenkin vain siinä tapauksessa, että vahingollinen seuraus oli syntynyt laiminlyönnin johdosta, joten siltä osin vaaran torjumiseksi annetut ohjeet käsittivät epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen kuvauksen. Muista keskiajan germaanisen oikeuden epävarsinaisista laiminlyöntirikoksista mainittakoon varomattomasta puunkaadosta, vartioimatta jätetyistä eläimistä tai asetetuista eläimenpyydyksistä, joista ei oltu varoitettu, johtunut vahingollinen seuraus.¹²

Edellämainittua roomalaisen oikeuden Lex Julia de Adulteris nimistä lakia vastasi germaanisessa oikeudessa *Constitutio Criminalis Carolinan* säännös siitä, että vanhempien oli rangaistuksen uhalla estettävä lapsiaan haureuden harjoittamisesta.¹³ Aivan erikoisen mielenkiintoinen on *Sacksenspiegeln* määräys siitä, että löytöesineen salaaminen ran-

⁸ Glaser, s. 329—330.

⁹ Glaser, s. 337; Gentzsch, s. 10.

¹⁰ Glaser, s. 336.

¹¹ Glaser, s. 341; Wilda, s. 585.

¹² Wilda, s. 585.

¹³ C. C. C. (Konstitutio Criminalis Carolina) artikla 122.

gaistiin varkautena.¹⁴ Ensisilmäyksellä tullaan mahdollisesti siihen tulokseen, että germaanisessa oikeudessa olisi jo tuona aikana todettu anastusrikoksen voivan tapahtua myös passiivisella suhtautumisella. Mutta lähempi tarkastelu osoittaa, että kysymyksessä oli tällöinkin teko-rikos, sillä mainitun rikoksen tunnusmerkistöön kuului nimenomaan myös salatun löydön kieltäminen sitä tiedusteltaessa. Ainoastaan viimeksimainitussa tapauksessa suhtautuminen oli rangaistuksella uhattu.¹⁵

Myös 1734 vuoden lain *Missgiernings Balkissa*, joka suurimmalta osin perustui maakuntalakien rikossäännöksiin, oli useita niinhysin epävarsinaista kuin varsinaistakin laiminlyöntirikosta kuvaavia säännöksiä. Niinpä XIII. Cap. »Om then, som förgiör sig sielf» 2 §:ssä uhattiin sakorangaistuksella »olosuhteiden mukaan» sitä, joka ei pelastanut hirttätymällä tai muuten itsemurhaa yrittävää.¹⁶ Niinhysin kanoonisessa kuin keskiajan saksalaisessakin oikeudessa mainittu epävarsinainen laiminlyöntirikos, lapsen surmaaminen jättämällä se avuttomaan tilaan tai ravinnotta, esiintyy myös 1734 vuoden laissa, missä lisäksi säädettiin äidille rangaistus siinäkin tapauksessa, että lapsi »lider theraf til sin helso», jolloin äitiä oli tällaisesta seurauksesta rangaistava ruoskimalla. Mainitun säännöksen loppuosa viittaa siihen, että tämän epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen yrityskin oli rangaistava: »Får thet ej skada theraf; plicte hon äntå med fängelse på wiss tid, efter omständigheterna».¹⁷ XIX. luvun 3 §:ssä määrätään rangaistus vangin vapaaksi päästämisestä »af försummelse», jolloin vartijaa, samalla kun hänet oli julistettava toimensa menettäneeksi, oli rangaistava sakolla, vankeudella, työllä tai ruoskimalla, »alt som försummelsen eller ock then undkomnas brott är». Varsin selvästi kuvastuu 1734 vuoden laista pyrkimys saattaa rangaistusvastuuseen vahingollisesta seurauksesta, joka aiheutui joko omaisuuden huonosta hoidosta tai elinkeinon harjoittamisessa johtuneen vaarantilan torjumatta jättämisestä. Mainitun kaaren XXIX. luvun 3 §:ssä säädetään näet, että sitä, jonka talo, seinä, katto tai savupiippu putoaa tai kaatuu maahan ja lyö jonkun kuoliaaksi, on rangaistava 20 taalerin sakolla. Sama rangaistus johtuu sille, jonka pettävällä sillalla tai avoimella kaivolla joku saa surmansa. Jos metsästyksessä käytettiin eläintenpyydyksiä, oli niistä hyvissä ajoin ilmoitettava, jottei kukaan sivul-

¹⁴ Rangaistiin varkautena eikä kavalluksena, koska siihen aikaan ei vielä tunnettu erillistä kavallusrikosta, vaan anastaminen oli varkautta siihen katsomatta, oliko vieras irtain esine ennestään anastajan hallinnassa tai ei.

¹⁵ *Glaser*, s. 344.

¹⁶ Sveriges Rikes Lag. Stockholm 1736.

¹⁷ XVI. Cap. 5 §.

linen saisi niissä surmaansa. »Försummar hon thet, och liuter någon menniskia theraf död; böte half mansbot».¹⁸ Mutta rangaistus ei ulottunut ainoastaan siihen, joka osoitti huolimattomuutta omaisuutensa hoidossa tai elinkeinonsa harjoittamisessa, vaan myös siihen, joka laiminlöi hoidossaan olevan mielisairaana valvonnan tai omistamansa eläimen vartioimisen, niin että laiminlyönnin seurauksena joku sai surmansa tai haavoittui. Tästä säädettiin XXXII. luvun 1 §:ssä: »Dräper afwita någon; böte the honom eller henne wårda skulle, tiugu daler, — — —». Eläinten tuottamista vahingoista ihmisille vastasi niiden omistaja kaiken vahingon korvaamisvelvollisuudella, minkä lisäksi häntä rangaistiin sakolla.¹⁹ Tälle ajalle oudoksuttavan hienorakenteisen laiminlyöntirikoksen sisältää XLVIII. luvun 5 §., jossa määrätään löydön ilmoittamatta jättämisestä löydetyn arvoon nähden kaksinkertainen sakko salaajalle.²⁰ Tästä saatamme havaita, että lainsäätäjämme jo tuolloin on katsonut löytötavaran salaamisen voivan tapahtua myös passiivisella suhtautumisella.

Laiminlyönti deliktimuotona joutui rikosoikeustieteessä tutkimuksen kohteeksi vasta 1700 luvun alussa, jolloin Kress niminen oikeusoppinut esitti oppinsa oikeudellisesta velvollisuudesta rangaistavuuden edellytyksenä laiminlyöntirikoksessa. Rikosoikeusdogmatiikka käsitti siihenastisesti ainoastaan aktiivista suhtautumista koskevia tutkimuksia, eri oikeusjärjestelmien sisältäessä samanaikaisesti vähäisemmän joukon kasuistisia, säännöksiä laiminlyöntirikoksesta. Lainkäytössä esiintyneet tapaukset ratkaistiin tapaus tapaukselta, toteamatta vähimmälläkään tavalla laiminlyöntirikosten erikoisluonnetta. Sen ajan oikeusoppineet tunsivat rikoksen ainoastaan aktiivisena suhtautumisena. Aktiivisen suhtautumisen tunnusmerkistöt asettivat heille ylipääsemättömän esteen nähdä niiden voivan toteutua passiivisella suhtautumisella muissakin kuin sellaisissa tapauksissa, joissa suhtautuminen oli expressis verbis kuvattu laiminlyöntinä. Niinpä vielä 1600-luvun loppupuolella kuuluisin senaikainen rikosoikeusoppinut Carpzov katsoi, ettei esimerkiksi lapsen surmaaminen jättämällä se ravinnotta täyttänyt sitä tunnusmerkistöä, missä määriteltiin lapsen surmaaminen, minkä vuoksi lapsen surmaaminen passiivisella suhtautumisella ei voinut Corpzovin mukaan tulla rangaistavuuteen nähden rinnastetuksi tekorikoksen kanssa.²¹

¹⁸ XXIX. Cap. 4 §.

¹⁹ XXXIII. Cap. 1—3 §§.

²⁰ XLVIII. Cap. 5 §.

²¹ Nagler, GS 1937, s. 8; Glaser, s. 347—348.

Kress, joka ensimmäisenä ryhtyi selvittelemään laiminlyönnin ongelmaa, lähti tutkimuksessaan siitä ajatuksesta, että kaikki rangaistus on yksinomaan säädetty siinä tarkoituksessa, etteivät ihmiset loukkaisi toistensa oikeuksia. Sitävastoin rangaistuksella ei ole pyritty pakoittamaan ihmisiä toimimaan toistensa hyväksi. Tähän ajatukseen nojautuen Kress kiisti kanoonisen oikeuden opin velvollisuudesta varjella lähimmäistään kaikkinaiselta vahingolta, koska hän katsoi, että sellainen käsky ei ollut oikeudellinen, vaan pelkästään eettinen. Oikeudellinen oli käsky toimintaan vain silloin, kun siihen sisältyi erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimintaan.²² Kress ei ole kuitenkaan vähimmälläkään tavalla selvittänyt, milloin tällainen velvollisuus on olemassa tai mihin se perustuu. Hän ei ole myöskään esittänyt minkäänlaista määritelmää laiminlyöntirikoksesta. Sellaista ei ole myöskään esittänyt hänen tutkimukseensa nojautunut *J. S. F. Böhmer*, joka ainoastaan mainitsee, että laiminlyönti saattaa yhtähyvin kuin tekokin aiheuttaa vahingollisen seurauksen, minkä toteamuksen hän ilmaisi kuuluksitulleella ajatelmallaan: »omissio pari passu cum commissione et actione positiva ambulat».²³

Laiminlyöntirikosten karakteristiikkaa yritti sitten laajemmin selvittää *E. C. Westphal* 1785 ilmestyneessä teoksessaan, jossa hän esitti, että rikokset saattoivat tapahtua myös »ommittendo», ja että rangaistavuuden edellytyksenä oli erityinen velvollisuus toimia. Niinpä hän lausuu tästä: »Die Ommissionen setzen nämlich allemal besondere Pflichten voraus, die der Strafbare auf sich hatte, das, was erfolgt ist, abzuwenden. Wo dergleichen besondere Pflichten nicht sind, da ist die Ommission kein Verbrechen».²⁴ Mihin sitten tällainen velvollisuus saattoi perustua, siitä Westphalkaan ei sanallakaan anna viitettä.

Näin alkanut passiivista suhtautumista koskeva tutkimus tuli huomioduksi eräissä Saksan osavaltioiden samanaikaisissa rikoslaeissa, joiden yleisen osan johdannossa teko ja laiminlyönti rinnastettiin rangaistavuuteen nähden. Niinpä Baijerin vuoden 1751 rikoslaki (*Codex juris Bavarium Criminalis*) rikosta määritellesään lausuu muun muassa, että joku »gegen das Gesetz etwas thut oder unterlasset». Myös *Constitutio Criminalis Theresianassa* vuodelta 1768 rikos määritellään joko aktiivisena tai passiivisena suhtautumisena. Sen 1 §:ssä säädetään: »Ein Verbrechen ist, wenn von jemandem wissentlich und

²² Nagler, GS 1937, s. 9; Glaser, s. 350.

²³ Nagler, GS 1937, s. 11.

²⁴ Clemensin mukaan. Ks. Clemens, s. 9.

freiwillig entweder, was durch die Gesetze verboten, unternommen, oder, was, durch die Gesetze geboten ist, unterlassen wird».

Kun useimmissa niinhyvin 1700 luvun loppupuolen kuin 1800 luvun alkupuolen saksalaisissa valtioissa mainitaan rikoslain yleisessä osassa laiminlyönti rinnan teon kanssa rikoksen määritelmässä, niin ilmenee siitä, että jo silloisen käsityksen mukaan laiminlyönti yhtähyvin kuin positiivinen toimintakin saattoi toteuttaa rikoksen tunnusmerkistön (Tatbestand). Esimerkkinä mainittakoon Preussin rikoslainehdotus vuodelta 1804. Sen 1 §:ssä lausutaan, että rikoksia ovat sellaiset teot tai laiminlyönnit, mitkä rikoslaissa on kielletty rangaistuksen uhalla.²⁵ Näin säädettiin myös Baijerin vuoden 1813 rikoslain 1 artiklassa.²⁶

Senaikaisesta oikeuskäytännöstä tulkoon mainituksi, että henkikirosten osalta aktiivinen ja passiivinen suhtautuminen rinnastettiin toisiinsa rangaistavuuteen nähden. Niinpä tuomittiin Preussissa vuonna 1800 Regina Döring niminen nainen, joka oli jättänyt nelivuotiaan lapsensa ulos siinä tarkoituksessa, että se siellä nälkiintyisi ja paleltuisi kuoliaaksi, siten lapselleen aiheuttamastaan kuolemasta rangaistukseen murhasta. Tuomionsa perusteluissa kamarioikeus muun muassa lausui, että murha samoin kuin jokainen muukin rikos voi epäilemättä tapahtua yhtähyvin laiminlyönnillä kuin teollakin.²⁷ Myöskin kuolemantuottamus ja osallisuus siihen katsottiin mahdollisiksi aiheuttaa passiivisella suhtautumisella.²⁸

Laiminlyöntirikosta koskeva tutkimustyö oli päässyt orastamaan

²⁵ »Handlungen und Unterlassungen, welche das Gesetz bei Strafe verbietet, werden als Verbrechen betrachtet».

²⁶ Samoin Württembergin vuoden 1839 rikoslain 1. artiklassa, Hannoverin vuoden 1840 rikoslain 6. artiklassa ja Lübeckin vuoden 1865 rikoslain 1. §:ssä.

²⁷ Tapaus mainittu Clemensillä s. 23, josta myös ilmenee, että tuomittu Döring mielisairautensa johdosta kuninkaan 9. 5. 1801 vahvistamalla päätöksellä armahdettiin, muuttamalla kuolemanrangaistus elinkautiseksi kuritushuonerangastukseksi.

²⁸ Ks. Spangenberg, Kleinschrods Neues Archiv des Criminalrechts, 4 Bd. s. 553—554, missä Spangenberg on selostanut seuraavan oikeustapauksen: R. Z. niminen nainen, joka asui äitinsä luona, ei saanut tältä minkäänlaista apua synnytyksessä. Vähää ennen tajuntansa menettämistä hän tunsii lapsensa syntyneeksi ja otti sen viereensä peitteen alle. Aamulla hän tuntoihinsa tultuaan havaitsi, että lapsi oli kuollut. Oikeudessa äiti myönsi kuulleensa tyttärensä avunhuudot ja sittemmin lapsen ääntä, muttei siitä huolimatta ollut auttanut synnyttäjää. Samalla kun oikeus tuomitsi tyttären kuolemantuottamuksesta, koska hän oli huolimattomasti laittanut peitteen lapsensa päälle (?), mistä aiheutui lapsen tukehtuminen kuoliaaksi, tuomittiin syytetyt äiti rangaistukseen samasta rikoksesta.

luonnonoikeuden vaikutuksesta. Lainsäädännössä passiivinen suhtautuminen tuli huomioiduksi ennenkaikkea sen noihin aikoihin mannermaalla ja Pohjoismaissa tunnustetuksi tulleen periaatteen ansiosta, jonka mukaan rangaistusta ei voitu määrätä muusta kuin sellaisesta teosta, mikä oli laissa kriminalisoitu. Näinollen tuli välttämättömäksi määrittellä eri rikokset laissa pysyvin ja tarkoin tunnusmerkistöin. Tällöin myös passiivinen suhtautuminen joutui entistä huomattavasti suuremmassa määrässä lainsäätäjän huomion kohteeksi, sillä *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege poenali* periaatteen tultua tunnustetuksi, ei katsottu voitavan rangaista muusta kuin nimenomaan laissa määritellystä ja siinä rangaistuksella uhatusta suhtautumisesta, tai muutamissa maissa myös sellaisesta suhtautumisesta, jonka rangaistavuus saatettiin laintulkinnan tai lainanalogian avulla johtaa voimassaolevasta laista, joten minkäänlainen tuomarin pelkkään harkintaan (*arbitraria*) perustuva arvio siitä, oliko määrätty suhtautuminen rangaistava vai ei, ei voinut tulla enää kysymykseen silloisen käsityskannan mukaan. 1800-luvun alkupuolella *nulla poena sine lege* periaatetta pyrittiin noudattamaan erittäin tarkasti, joten kaikkinaisen analooginen tulkinta oli alunperin ankarasti kielletty. Niinpä mainitaankin monissa tämän ajan rikoslaeissa laiminlyönnistä sellaisissa lainkohdissa, jotka joko kokonaan sulkevat pois tai rajoittavat analogian käyttöä. Niin ollen sisältävät kysymyksessä olevat rikoslait laiminlyönnistä maininnan juuri sanotussa tarkoituksessa, joten muussa suhteessa ei voida lainkaan päätellä, minkä merkityksen sinänsä lainsäätäjällä on noissa laeissa antanut laiminlyönnin käsitteelle. Ellei siis muusta ilmene laiminlyönnin rangaistavuus, niin sellaista ei voida tuon ajan laeista muuten päätellä, kuin ja mikäli niistä ei muilta osin ilmene, että myös laiminlyönti on rangaistava.

Tällaisista laeista tulkoon mainituksi Saksin rikoslaki vuodelta 1838, jonka 1. artiklassa säädettiin: »Das gegenwärtige Gesetzbuch findet anwendung auf solche Handlungen oder Unterlassungen, welche in der Bestimmungen desselben, den Worten oder dem Sinne nach mit Strafe bedroht sind».²⁹ Muutamien osavaltioiden rikoslaeissa oli

²⁹ Samoin Braunschweigin rikoslaissa vuodelta 1840 sen analogian käyttöä koskevassa 4 §:ssä. Niin myös Badenin rikoslaissa vuodelta 1845, Hampurin rikoslaissa vuodelta 1869 ja Hessenin rikoslaissa vuodelta 1841. Lukuunottamatta Saksin vuoden 1838 ja Badenin vuoden 1845 rikoslaeissa olevaa mainintaa laiminlyöntirikoksesta kuolemantuottamusta koskevassa lainkohdassa, eivät enempää nämä kuin muutkaan edellämainitut rikoslait sisältäneet erikoissäännöksissään minkäänlaista mainintaa laiminlyöntirikoksesta. Saksin 1838 vuoden rikoslaissa määriteltiin kuo-

säännös siitä, että kaikki se, mikä oli määrätty rangaistavasta teosta oli myös voimassa rangaistavaan laiminlyöntiin nähden. Tämä sanonta viittaa siihen, että laiminlyönnin rangaistavuus olisi ollut rinnastettu tekorikoksen rangaistavuuteen. Kuitenkaan eivät sanotut lait sisältäneet minkäänlaista mainintaa siitä, millä edellytyksillä laiminlyönti oli rikos ja sellaisena rangaistava.³⁰ Samanaikaisesta oikeuskäytännöstä selostamme seuraavassa Hessenin Kassaatio-oikeuden tuomion vuodelta 1864, jossa laiminlyönnillä aiheutetusta seurauksesta on rangaistu, kuten olisi seuraus aiheutettu teolla.

Eräs kiskonasettaja oli velvollisuutensa vastaisesti jättänyt asettamatta kiskon paikoilleen, mistä oli seurauksena junan suistuminen kiskoilta, jolloin yksi matkustajista sai surmansa, ja useat muut matkustajista haavoittuivat tapahtuneessa junaonnettomuudessa. Alioikeus antoi asiassa vapauttavan päätöksen, mutta kassaatio-oikeus tuomitsi syytetyn rangaistukseen kuolemantuottamuksesta sekä ruumiinvamman tuottamuksesta, lausuen tuomionsa perusteluissa, että Hessenin lain mukaan laiminlyöntirikos on yhtä rangaistava kuin tekorikoskin.³¹

Vaikkakin miltei kaikkien Saksan osavaltioiden rikoslaeissa oli yleissäännös laiminlyönnistä, niin siitä huolimatta sellaista ei tullut Saksan muodostuttua liittovaltioksi sen yleiseen rikoslakikirjaan (Reichsstrafgesetzbuch). Syy tähän ilmiöön on löydettävissä johtavan osavaltion, Preussin rikoslainsäädännön vaiheista, joista ilmenee, että 1800 luvun alkupuolella vallitsi pyrkimys säädettävässä laissa rinnastaa toisiinsa aktiivinen ja passiivinen suhtautuminen, mistä järjestelystä kuitenkin luovuttiin mainitun vuosisadan puolivälissä. Niinpä puuttui niinhyvin 1843 vuoden rikoslakiehdotuksesta kuin myöskin

kuolemantuottamus lain 122 artiklassa, missä muun muassa säädettiin: »Wer durch eine aus Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit oder Ungeschicklichkeit sich zu schulden gebrachte Handlung oder Unterlassung den Tod eines Menschen verursacht — —». Tästä voidaan päätellä ad minorem in majorem, että myöskin törkeämpiasteinen kuoleman aiheuttaminen laiminlyömällä oli rangaistava. — Branschweigin rikoslaissa ei sen 4 §:ssä olevaa yleissäännöstä lukuunottamatta ole minkäänlaista mainintaa laiminlyöntirikoksesta, mutta rikoslain perusteluissa kuitenkin sanottiin m.m., että » — — eine Tötung ebensogut durch Unterlassung, als durch Handeln verübt werden kann».

³⁰ Ks. Clemens, s. 28—29.

³¹ Ks. Clemens, s. 32, viite 2, mistä myös ilmenee, että Hessenin kassaatio-oikeus mainitun päätöksensä perusteluissa vielä lausui, että joskaan Hessenin rautatielaki ei maininnut laiminlyöntiä rangaistavana suhtautumisena, niin se, mikä oli säädetty tekorikoksen rangaistavuudesta, oli sovellettavissa myös laiminlyöntirikokseen nähden.

1851 annetun rikoslain (StGB. 1 päivästä heinäkuuta 1851) yleisestä osasta maininta laiminlyönnistä.³²

Vuoden 1871 »Reichsstrafgesetzbuch» ei siis sisältänyt minkäänlaista laiminlyöntirikosta koskevaa yleissäännöstä. Kysymys tällaisesta säännöksestä tuli jälleen ajankohtaiseksi ehdotuksissa uudeksi rikoslaiksi. Niinpä otettiin sellainen säännös vuoden 1925 rikoslakiehdotukseen, jonka 14 §:ssä määriteltiin, millä edellytyksillä laiminlyöntiä oli pidettävä rangaistavana suhtautumisena. Säännöksen mukaan sitä, joka jätti estämättä vahingollisen seurauksen syntymisen, vaikka hän olisi ollut siihen oikeudellisesti velvoitettu, oli rangaistava kuten teolla aiheutetusta seurauksesta. Säännöstä täydensi vielä määräys siitä, että se, joka toiminnallaan oli luonut odotettavissa olevan vaaran seurauksen syntymisestä, oli velvollinen torjumaan vaarantilan seurauksen syntymisen estämiseksi.

Mainittu yleissäännös jätettiin kuitenkin pois seuraavista lainehdotuksista, koska samanaikaisessa tieteisopissa oli tultu siihen tulokseen, ettei laiminlyönnin problemaa vielä oltu lopullisesti ratkaistu.³³ Niinpä vuoden 1928 valtiopäivävaliokunta katsoi, ettei sanotuissa olosuhteissa yleissäännöstä laiminlyönnin rangaistavuudesta voitu pysyttää lainehdotuksessa, minkä vuoksi se poistettiin siinä, joten sitä ei enää esiintynyt vuoden 1930 ehdotuksessa Saksan rikoslaiksi.

Kun sittemmin kansallissosialistisena valtakautena kesäkuun 28 päivänä 1935 annetulla novellilla kumottiin kielto käyttää analoogista tulkintaa, säädettiin StGB:n 2 §:ssä kansallissosialistisen elämäntutkimuksen mukaisesti, että teko ei ole rangaistavaa suhtautumista vain silloin, kun se on laissa rangaistuksella uhattu, vaan myös silloin, kun se rikoslain perusajatuksen ja terveen kansantajunnan (nach gesundem Volksempfinden) mukaan on rangaistava. Vaikkakaan mainituissa säännöksessä ei lainkaan puhuttu laiminlyönnistä, vaan yksin-

³² Vielä vuoden 1842 ehdotuksessa Preussin rikoslaiksi tapaamme laiminlyönnistä seuraavat yleismääräykset: »Als Verbrechen sind nur solche Handlungen und Unterlassungen zu bestrafen, welche das Gesetz als Verbrechen bezeichnet». Täydennyksenä tähän ehdotuksen 7 §:ään mainitaan ehdotuksen 8 §:ssä vielä, että yleiset säännökset tekorikoksista olivat voimassa myös laiminlyöntirikoksiin nähden. Preussin silloisen kuninkaan Friedrich Wilhelm IV lähemmin tuntemattomasta syystä esittämän toivomuksen mukaisesti poistettiin mainitut laiminlyöntirikosta koskevat yleissäännökset ehdotuksesta, joten niitä ei sittemmin myöskään otettu Preussin vuoden 1851 rikoslakiin. Vrt. Clemens, s. 41.

³³ Näin Frank kommentaarinsa 16. painoksessa vuodelta 1925, s. 20: »Vorläufig handelt es sich um ein ungelöstes Problem».

omaan teosta, niin on ilmeistä, että nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege poenali periaatteen tultua täydellisesti syrjäytetyksi, saattoi niinhyvin passiivinen kuin aktiivinenkin suhtautuminen yhtäläisesti olla rangaistavaa, kunhan se vain oli sitä »Volksempfindungin» perusteella. Niinpä lausui Preussin oikeusministeri n.s. »Denkschrift-issä» vuodelta 1933: »Bestraft wird auch, wer es unterlässt, den Erfolg adzuwenden, wenn von ihm nach gesunder Volksanschauung die Abwendung des Erfolges verlangt werden kann. — Die Strafe kann jedoch geringer sein als die auf die Begehung der strafbaren Handlung durch Tun zu verhängende Strafe».

Italiaa ja Neuvostoliittoa lukuunottamatta,³⁴ ei kysymystä laiminlyönnin rangaistavuudesta ole missään maassa ratkaistu yleissäännöksellä. Tosin Norjan 22 päivänä toukokuuta 1902 annetun rikoslain (Almindelig borgerlig Straffelov) yleisten säännösten 4 §:ssä määritellään sanan »handling» käsite laissa siten, että se käsittää myöskin tekemättä tai toimimatta jättämisen (Undladelse af at handle), mutta lainkohdasta ei lainkaan ilmene milloin tai millä edellytyksillä laiminlyöntiä on pidettävä rangaistavana suhtautumisena.³⁵

Italian 19 päivänä lokakuuta 1930 annetun rikoslain 40 artiklassa säädetään, ettei ketään voida rangaista teosta (fatto), jonka laki julistaa rikokseksi (reato), ellei vahingollinen tai vaarallinen seuraus (evento), josta rikoksen olemassaolo on riippuvainen, johdu (consequenza) hänen teostaan tai laiminlyönnistään. Tämän lisäksi säädetään nimenomaan laiminlyönnin rangaistavuudesta lisäksi, että sellaisen seurauksen estämättä jättäminen, minkä estämiseen jollakin on oikeudellinen velvollisuus, katsotaan teolla aiheutetun seurauksen veroiseksi.

Venäjän 22 päivänä maaliskuuta 1903 annetun rikoslain yleisessä osassa ei ollut minkäänlaista mainintaa laiminlyönnistä. Mainitun lain 1 artiklassa näet ainoastaan puhuttiin teosta: »Teko on rangaistava, jos se oli tekohetkellä rangaistuksella uhattu.» Neuvostoliiton 1 päivänä kesäkuuta 1922 voimaansaatetun rikoslain 6 §:ssä rikoksen määritelmään sisältyi myös maininta laiminlyönnistä: »Rikokseksi katsotaan

³⁴ Italiassa on laiminlyöntirikos täydellisesti rinnastettu rangaistavuuden suhteen tekorikokseen.

³⁵ Mainittu lainkohta kuuluu seuraavasti: »Overalt, hvor denne Lov benytter ordet Handling, er, med mindre det modsatte udtrykkelig er sagt eller fremgaar af Sammenhaengen, derunder ogsaa indbefattet Undladelse af at handle».

jokainen yhteiskuntavaarallinen teko tai laiminlyönti». ³⁶ Neuvostoliiton voimassaolevassa rikoslaissa (Ugolovnij Kodeks) rikos määritellään syyksiluettavaksi ja rangaistuksella uhatuksi yhteiskuntavaaralliseksi teoksi tai laiminlyönniksi («Prestuplenie est obschestvenno-
apasnoe vinovnoe nakasaemoe deistvie ili besdeistvie»). ³⁷

Kun *Rudolf Gräsel* niminen tutkija on väitöskirjassaan »Die Unterlassungsdelikte im »Ausländischen Strafrecht« antanut erinomaisen yleiskatsauksen muiden eurooppalaisten maiden laiminlyöntiä koskevasta lainsäädännöstä, emme ole katsoneet syytä olevan esittää siltä osin laiminlyönnin lainsäädännöllisiä vaiheita, vaan viittaamme sanotussa suhteessa mainittuun tutkimukseen. ³⁸

³⁶ Ks. *Freund*, Strafgesetzbuch Sowjetrusslands, s. 101.

³⁷ Ks. *Goljakov*, Ugalovnoe Pravo, s. 101.

³⁸ Ranskalaisen lainsäädännön suhteen viittaamme lisäksi *Andenaesin* tutkimukseen *Straffbar Unnatelse*, s. 105—113.

III. DOGMAATTINEN KATSAUS.

A. Johtavat mannermaiset teoriat.

Laiminlyöntirikoksia koskeville tutkimuksille loi perustan *Anselm Ritter von Feuerbach* vuonna 1801 ilmestyneessä teoksessaan »Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts». Kuten jo aikaisemmin hänen aikalaisensa *Westphal*, niin hänkin rakensi teoriasia sille olettamukselle, että laiminlyönnin rangaistavuus edellytti erityisen oikeudellisen toimintavelvollisuuden olemassaoloa. Tämän olettamuksen pohjalta Feuerbach ensimmäisenä uloittaa tutkimuksen sen toteamiseksi, mihin tällainen velvollisuus saattoi perustua. Niinpä hän lausuu tästä mainitun kirjansa 24 §:ssä: »So ferne eine Person ein Recht auf wirkliche Aeusserung unsrer Thätigkeit hat in so ferne giebt es Unterlassungsverbrechen (del. omissionis im Gegensatz von delict. commissionis). Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers um auf Unterlassungen geht; so setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen besondern Rechtsgrund, (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur begehung begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher».¹ Ellei siis ollut lakiin tai sopimukseen perustuvaa velvollisuutta toimia, niin laiminlyönti ei myöskään voinut olla rangaistavaa suhtautumista, sillä »— — — an sich ursprünglich ist der Bürger zu diesen Handlungen nicht vollkommen verpflichtet».²

Joskaan Feuerbachin aikana ei vielä jaettu laiminlyöntirikoksia varsinaisiin ja epävarsinaisiin laiminlyöntirikoksiin eikä muutakaan jakoperustetta tuona aikana vielä tunnettu, niin kun Feuerbach mainitsee laiminlyöntirikoksen esimerkkeinä pelkästään sellaisten seurausten

¹ 11. painos vuodelta 1832 § 24, s. 22—23. Tätä periaatteellista sanontaa ei vielä ollut hänen teoksensa ensimmäisessä painoksessa (§ 24 vastasi siinä § 29), mutta jo siinäkin hän mainitsee laiminlyöntirikoksen rangaistavuuden perusteena olevan »— — Gesetz oder übernommene Amtsverbindlichkeit — — —». Näin *Andenaes*, s. 48, viite 1; *Clemens*, s. 9.

² *Feuerbach*, s. 41.

aiheuttamisen, mitkä laissa on kuvattu tekorikoksen tunnusmerkistöin, olemme tästä johtuneet siihen käsitykseen, että jo Feuerbach on todennut laiminlyöntirikosten, joissa rangaistusvastuu johtuu aiheutusta seurauksesta, muodostavan oman ryhmänsä. Niinpä hän mainitsee, että surmaaminen voi tapahtua myös passiivisella suhtautumisella,³ jos velvoitettuun toimintaan ryhtymättömyys on ollut kuoleman syynä(»— — — Unterlassung zur notwendige Ursache des Todes des andern geworden ist«). Viimeksimainittu sanonta taas puolestaan osoittaa kiistattomasti Feuerbachin pitäneen laiminlyöntiä kausaalisenä. Feuerbach ei tosin ole sen lähemmin esittänyt ajatustaan laiminlyönnin kausaalisuudesta, mutta tästä ei suinkaan käsittääksemme voida, kuten *Traeger* on tehnyt, vetää sellaista johtopäätöstä, ettei Feuerbach olisi pitänyt laiminlyöntiä kausaalisenä seurauksen suhteen.⁴ Todellisuudessa Feuerbach (kuten hänen aikansa rikosoikeustieteessä yleensä) piti laiminlyönnin kausaalisuutta itsestään selvänä.^{5, 6}

³ *Feuerbach*, s. 147. Muista hänen mainitsemistaan laiminlyöntirikoksista tulokoon huomioiduksi tässä m.m. parittelun salliminen ja kunnianloukkaus. Parittelusta (*Kuppeley*) hän sanoo §:ssä 472, että parittelurikos voi tapahtua niinhyvin negatiivisella kuin positiivisellakin »teolla», jolloin negatiivinen teko ollakseen rangaistava edellyttää, että laiminlyöjällä oli velvollisuus valvoa, ettei epäsiiveellisyttä määrätyissä tapauksissa harjoitettaisi, mutta hän on laiminlyönyt tämän velvollisuutensa perustuvan valvonnan.

⁴ *Traeger* ei suinkaan suorastaan väitä, etteikö Feuerbach pitänyt laiminlyöntiä kausaalisenä vahingollisen seurauksen suhteen, mutta kun *Traeger* kovin tyytyväisenä toteaa, etteivät enempää Feuerbach kuin hänen aikalaisensa *Spangenberg* kuin *Martinkaan* käsitelleet kysymystä laiminlyönnin mahdollisesta kausaalisuudesta, vaan sensijaan korostivat välttämättömänä edellytyksenä laiminlyönnin rangaistavuudessa laiminlyönnin oikeusvelvollisuuden vastaisuutta, joten siten *Traegerin* mukaan oli löydetty oikea tie probleeman ratkaisemiseksi, niin täytynee katsoa, että *Traeger* on tällä tahtonut väittää, ettei Feuerbach pitänyt laiminlyöntiä kausaalisenä. Vrt. *Traeger*, *Das Problem*, s. 28. — Myös *Andenaesin* tutkimuksesta voidaan tulla siihen käsitykseen, ettei Feuerbach olisi lainkaan huomionut laiminlyönnin kausaalisuuskysymystä. Niinpä *Andenaes* lausuu Feuerbachin oppia selostaessaan :»Det var først med Luden at drøftelsene slo inn på et nytt spor — — og han satte kausalitetsdiskusjonen i gang«. Ks. *Andenaes*, s. 49.

⁵ Näin *von Bar*, *Gesetz und Schuld* II, s. 248; *Kelsen*, *Hauptprobleme*, s. 119; *Clemens*, s. 11.

⁶ Myöskään Feuerbachin aikalaisella *Spangenberg*illakaan ei esiinny laiminlyöntirikoksen ryhmyksiä. *Spangenbergin* kirjoituksessaan »Ueber Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit« vuodelta 1821 lausumat ajatukset perustuvat kokonaisuudessaan Feuerbachin tutkimukselle. Samoin kuin Feuerbach, niin myös *Spangenberg* lausuu, että velvollisuus toimintaan perustuu erityiseen oikeusperusteeseen (s. 529), jollaisena hän pitää lakia ja sopimusta, minkä lisäksi hän

Feuerbach ja hänen aikansa kriminalistit olivat ilmeisesti täysin selvillä eri laiminlyöntiryhmien erilaisesta luonteesta, mutta kuten *Luden* lausuu, niin »Der Hauptfehler, in welchen unsere Criminalisten — — verfallen, liegt darin, dass sie nicht gehörig unterscheiden zwischen Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, und zwischen Verbrechen, welche durch Unterlassungshandlungen begangen werden». ^{7, 8} Edelliset olivat Ludenin mukaan sellaisia, joissa toimintaan ryhtymättömyydellä rikotaan ainoastaan lain käskyä ryhtyä määrättyyn laissa velvoitettuun toimintaan, jolloin pelkkä laiminlyönti oli laissa rangaistuksella uhattu, kun taas jälkimmäisissä passiivinen suhtautuminen ei muodostanut mitään itsenäistä rikosta, vaan sillä toteutettiin sellaisen rikoksen tunnusmerkistö, jossa seuraus yleensä aiheutettiin teolla. ⁹ Joskin Luden näin tuli aivan selvästi erottaneeksi toi-

esittää »kolmantena» oikeusperusteena määrättyjen henkilöiden välisen läheisen elämänsuhteen luoman auttamisvelvollisuuden toisiaan kohtaan. Esimerkkinä tästä hän mainitsee (s. 539—540) aviopuolisot, askendentit ja deskendentit, holhoojan suhteessaan holhottavaansa sekä jo roomalaisesta oikeudesta tunnetut esimerkit sotilaan velvollisuuksista esimestään ja orjan velvollisuuksista isäntäänsä kohtaan. Mutta kaikki tähän oikeusperusteeseen kuuluvat velvollisuudet sisältyivät jo Feuerbachin esittämien perusteiden, joko lain (siviili- ja rikoslain) tai sopimuksen alaan, joten Spangenberg ei tosiasiassa tullut luoneeksi minkäänlaista »kolmatta» oikeusperustetta. Tämän lisäksi on huomattava, että monet Spangenbergin mainitsemista esimerkeistä olivat varsinaisia laiminlyöntirikoksia, perustuen virkavelvollisuuteen. Ks. *Spangenberg*, *Neues Archiv des Criminalrechts*, s. 527—551.

⁷ Näin *Luden*, *Abhandlungen* II, s. 219—220.

⁸ Tämä »Hauptfehler» näkyy esiintyneen *Ludenilla* itselläänkin vuonna 1836 ilmestyneen teoksen I osassa. Käsitellessään näet siinä kysymystä yrityksen mahdollisuudesta laiminlyöntirikoksessa, hän määritellessään ensin laiminlyöntirikoksen käsitteen, tulee tuossa käsitteenmäärittelyssään siihen tulokseen, että laiminlyöntirikoksen tunnusmerkistö on täytetty jo pelkästään sillä, ettei ole ryhdytty velvoitettuun toimintaan. Lukuunottamatta rangaistavuutta, ei seurauksen syntymisellä tai sen syntymättä jäämisellä ole Ludenin mukaan mitään merkitystä laiminlyöntirikoksen toteutumiselle. Mutta koska rikos tällöin on toteutunut jo pelkällä passiivisella suhtautumisella, niin ei siihen yritys voi olla mahdollinen (*Luden*, *Abhandlungen* I, s. 468). Sitävastoin yritys on Ludenin mielestä mahdollinen sellaisissa tapauksissa, jolloin rikoksen tunnusmerkistö ei toteudu seurauksesta. Tästä hän mainitsee esimerkkinä äidin, joka jättää antamatta lapselleen ravintoa, mutta tällöin, väittää *Luden*, ei olekaan kysymyksessä laiminlyöntirikos, vaan positiivinen toiminta! Ks. *Luden*, e.m.t., s. 469—470, missä hän lausuu: »Aber es ist nicht zu verkennen, dass diese Unterlassungshandlung von der anderen Seite aus betrachtet eine positive Handlung ist. Denn zwischen dem Nichtdarreichen von Nahrungsmittel, — — — und zwischen dem Entziehen derselben ist kein Unterschied».

⁹ Ks. *Luden*, *Abhandlungen* II, s. 259.

sistaan varsinaisen ja epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen, niin toisaalta hän kiisti niiden aineellisesti eroavan toisistaan.¹⁰

Ludenin ansioksi jää ennenkaikkea laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen alullepano. Itsessään sitä suhtautumista, mikä ilmenee määrättyinä toimintaan ryhtymättömyytenä, Luden ei pidä kausaalisena,¹¹ sillä kausaalinen saattoi hänen käsityksensä mukaan olla vain reaalin positiivinen toiminta tai teko,¹² koska »— — als gar nicht tuend oder handelnd kann der Mensch juristisch gar nicht gedacht werden».¹³ Mutta juuri silloin, kun ihminen laiminlyö sen toiminnan, johon hänen olisi tullut ryhtyä määrätyn vahingollisen seurauksen estämiseksi, hänen, niin Luden väittää, on täytynyt tehdä jotain muuta tai toimia toisaalla, ja juuri tämä muu toiminta on kausaalinen syntyneen seurauksen suhteen.¹⁴ Näin konstruoi Luden laiminlyönnin kausaalisuusteoriaansa, jota myöhemmin on nimitetty »*Theorie des Andershandelns*», ja joka puolestaan joutui väistymään Krugin, Glaserin ja Merkelin edustaman teorian,¹⁵ »*Theorie der vorausgegangen Handlung*», tieltä.

Viimeksimainitut, kuten Ludenkin, ottivat lähtökohdakseen tieteissä usein toistetun väitteen »*ex nihilo nihil fit*». Näinollen ei laiminlyöntikään, pelkkä tekemättä tai toimimatta oleminen heidän mukaansa voinut olla kausaalinen seurauksen syntymiselle, vaan laiminlyönnin kausaaliseksi tekevä momentti oli etsittävä pelkän passiiv-

¹⁰ Ludenin mukaan ero oli ainoastaan muodollinen, sillä käsityskannan mukaan jokainen käsky sisältää kiellon ja jokainen kielto käskyn. Näin Luden, *Abhandlungen II*, s. 220. Vrt. Glaser, s. 380: »Auf diese Weise reduciert Luden selbst wieder den Werth einer Unterscheidung — — —». Samoin Rohland, *Die strafbare Unterlassung I*, s. 7. — Viimeksi on Nagler väittänyt jopa, ettei ennenmainittu jako lainkaan ole Ludenin keksimä, vaan hollantilaisen de Vriesin, joka jo vuonna 1831 Amsterdamissa julkaistussa teoksessaan »*De delictis omissionis*» olisi todennut laiminlyöntirikosten materiaallisen eroavaisuuden. Luden olisi esitetyn väitteen mukaan ainoastaan asettunut de Vriesin kannalle, kieltäen kuitenkin laiminlyöntirikosryhmien substanssieron. Ks. Nagler, *GS 1937*, s. 17—18, viite 3.

¹¹ Ks. Luden, *Abhandlungen I*, s. 471: »Es lässt sich — — nicht behaupten, dass die Unterlassung des nicht Verhindernden die Ursache des Verbrechens sei, — —».

¹² Luden, *Abhandlungen I*, s. 474: »— — — diese positive Handlung ist alsdann die Alleinige Ursache des verbrecherischen Erfolges».

¹³ Ks. Luden, *Abhandlungen II*, s. 221.

¹⁴ Ks. Luden, *Abhandlungen I*, s. 474, mistä myös ilmenee, että velvoitetun toiminnan aikana suoritettu muu toiminta tai pelkästään toiminnattomuus on juuri »die alleinige Ursache».

¹⁵ Ks. Krug, s. 21—45; Glaser, s. 289—503; Adolf Merkel, s. 76—103.

visen suhtautumisen ulkopuolella tapahtuvasta toiminnasta. Ludenin mielestään löydettyä laiminlyönnin kausaaliseksi tekevän positiivisen momentin siitä toiminnasta tai teosta, jonka laiminlyöjä suorittaa sinä aikana, kun hänen olisi tullut ryhtyä toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi, viimeksimainitut tutkijat puolestaan näkivät kausaalisuusmomentin laiminlyöntiä edelläkäyneessä positiivisessa teossa tai toiminnassa.¹⁶

Teorian perustajana oli *Krug*, jonka mukaan laiminlyöntiä edeltänyt positiivinen toiminta, joka oli kausaalinen seurauksen suhteen, velvoitti laiminlyöjän seurausta estävään toimintaan. Velvollisuus, jonka edelläkäynyt teko tai toiminta perusti, oli erityisvelvollisuus, jonka loi yksityisoikeudellinen sopimus tai joka syntyi eo ipso ryhtymisestä vaaraa tuottavaan toimintaan tai tekoon. Tämän lisäksi saattoi velvollisuus syntyä konkludenttisesta teosta.¹⁷ Vastuu laiminlyönnistä johtui edelläkäyneestä positiivisesta toiminnasta, mikä puolestaan muodosti edellytyksen seurauksen syntymiselle.¹⁸

Mainittua teoriaa kehitti edelleen *Glaser*, joka jakoi epävarsinaiset laiminlyöntirikokset edelläkäyneestä positiivisesta toiminnasta ilmenevien eri tavalla muodostuneiden positiivisten elementtien mukaan kahteen ryhmään. Ensimmäiseen tulivat ne tapaukset, joissa laiminlyöjä on itse asettanut vahingollisen seurauksen syntymistä edistävän edellytyksen.¹⁹ Esimerkkeinä tästä *Glaser* mainitsee muun muassa seuraa-

¹⁶ *Krug*, s. 34: »Nun kann — das Unterlassen an sich (die reine Unthätigkeit) nie Ursache eines Erfolgs sein». Tästä hän pääättelee edelleen, että passiivinen suhtautuminen on kausaalinen seurauksen suhteen ainoastaan, kun laiminlyöntinä ilmenevä suhtautuminen muodostuu osaksi laiminlyöjän positiivista toimintaa. *Glaser*, joka samoin pitää edelläkäynyttä positiivista toimintaa ja seurannutta passiivista suhtautumista yhtenä kokonaisuutena, lausuu s. 301: »Von dem Augenblicke angefangen, wo der Mensch zu dem Objekt der Verletzung in eine tatsächliche Beziehung tritt, bis zu dem, wo der Bestand oder Nichtbestand der Verletzung von seiner Willkür völlig unabhängig geworden ist, in dieser ganzen Zeit bildet sein positives und negatives Verhalten ein Ganzes». Vrt. myös *Merkel*, s. 86—87: »Nach meiner Ansicht muss ebensowohl die subjektive wie die objektive Zurechnung nicht fiktionsweise sondern in Wirklichkeit auf das aktive Verhalten zurückgeführt werden können, wenn von einer verbrecherischen Urheberchaft soll gesprochen werden können».

¹⁷ *Ks. Krug*, s. 34—41.

¹⁸ Vrt. ed. viite 16.

¹⁹ Vrt. *Glaser*, s. 299: »in der Regel setzt der Mensch nur dasjenige in Bewegung, was dann, den Gesetzen seiner Natur gemäss, wenn ihm nicht wider Einhalt gethan wird, den Erfolg herbeiführt».

vat pari tapausta. B avaa vesistön sulut, mutta jättää ne sulkematta oikealla hetkellä. A kaivaa kuopan, johon C putoaa ja taittaa pudotessaan niskansa. Lähinnä johtuvat nämä vahingolliset seuraukset niitä estävään toimintaan ryhtymättä jättämisestä, mutta varsinaisena syynä seurauksen syntymiselle on Glaserin mukaan laiminlyöntiä edeltänyt positiivinen toiminta, eikä suinkaan itse passiivinen suhtautuminen. Positiivinen edelläkäynyt toiminta ja sitä seuraava passiivinen suhtautuminen on huomioitava erottamattomana kokonaisuutena,²⁰ sillä muuten tultaisiin siihen väärinkäsitykseen, sanoo Glaser, että edellämainituissa esimerkeissä vastuu seurauksesta johtuisi jälkeinpäin vaikuttavasta tahallisuudesta tai tuottamuksesta (dolus tai culpa subsequens). Näin ymmärrettynä kaikki suhtautuminen yhtenä kokonaisuutena seurauksen syntymiseen asti, estää Glaserin mielestä käsittämästä näissä tapauksissa suhtautumisen subjektiivisten elementtien, doluksen tai culpan tosiasiallista olemusta väärin passiivisessa suhtautumisessa.

Toisena epävarsinaisten laiminlyöntirikosten ryhmänä Glaser esitti ne tapaukset, joissa on velvoitauduttu torjumaan vahingollisten seurausten syntyminen. Esimerkkinä tästä Glaser mainitsee muun muassa tapauksen, jossa A, joka on hyvä uimari, hokuttelee B:n, joka ui kovin heikosti, mukaansa uimaan kauas ulapalle, luvaten huolehtia hänestä, muttei sitten edes yritä pelastaa B:tä, tämän joutuessa hätään. Glaserin esittämän säännön mukaan hänen toiseen ryhmäänsä kuuluvista tapauksista ei käy päättelemisen, että syynä seurauksen syntymiseen olisi määrättyyn velvoitettuun toimintaan ryhtymättömyys, vaan on seurauksen syynä pidettävä niitä määrättyyn toimintaan velvoittautumisella syntyneitä olosuhteita, joissa seuraus on väistämätön, ellei ryhdytä velvoitettuun toimintaan.²¹

Myös Merkelin teoriassa, joka läheisesti liittyy Glaserin oppeihin, laiminlyöntirikoksen probleeman ratkaisemiseksi luotu rakennelma on pystytetty passiivista suhtautumista edeltävälle aktiiviselle toiminnalle. Kuitenkin tulee laiminlyöntiä edeltävän toiminnan olla Merkelin mukaan laadultaan sellainen, että se huomattavassa määrässä vaarantaa loukatulle kuuluvia intressejä. Edeltävään positiiviseen toimintaan liittyy teorian mukaan velvollisuus määrättyllä toiminnalla es-

²⁰ Glaser, s. 301. Vrt. myös tässä ed. viite 16.

²¹ Glaser, s. 313: » — — — weil er durch Uebernahme jener Verpflichtung einen Stand der Dinge herbeiführte, in welchem allerdings die blosse Unterlassung schon ausreichte, um das Eintreten des Unfalls unvermeidlich zu machen».

tää vahingollinen seuraus, jonka muuten tulee olla laiminlyöjälle syyksiluettava, jotta se olisi rangaistava.²² Laiminlyönti itsessään ei ole oikeudenvastainen, sillä oikeudenvastaisuus määräytyy vaarantilan aiheuttaneesta edeltävästä positiivisesta toiminnasta. Tästä päätelmästään Merkel on edelleen johtunut siihen lopputulokseensa laiminlyönnin oikeudenvastaisuusopissa, että oikeudenvastaisuus on johdettavissa kausaalisuhteesta eikä suinkaan kausaalisuhdetta oikeudenvastaisuuden käsitteestä.²³

Edelläkuvatuissa teorioissa todettiin laiminlyönnin kausaalisuusmomentin piilleen rinnakkais- tai edelläkäyneessä toiminnassa, mikä vaikutti seuraukseen johtaneena fyysillisenä syynä. Lähinnä seuraavat tutkijat, kuten *Geyer*, *Aldosser* ja *Finger* sekä *v. Buri*, *Ortman*, *Binding* ja *Hälschner* otaksuivat sitävästoin seuraukseen johtaneen syyn olevan psyyllisen ilmiön.

Mainituista tutkijoista *Geyer*, jonka oppeja kehitti edelleen *Aldosser*, ja joihin sittemmin liittyi *Finger*, jakoi ensimmäisenä laiminlyöntirikokset varsinaisiin eli puhtaisiin laiminlyöntirikoksiin (*delicta omissionis*), joissa rikotaan sellaista käskynormia, jonka noudattamatta jättämisestä seuraa rangaistus, ja epävarsinaisiin laiminlyöntirikoksiin (*delicta per omissionem commissi*), joissa rikotaan rangaistavalla tavalla kieltonormia vastaan. Edellisissä tapauksissa on kysymyksessä *præceptiivilaki*, jälkimmäisissä sensijaan *prohibitiivilaki*. Edellisten perusolemuksen tutkiminen ei tuota vaikeuksia, lausuu *Geyer*, sillä niissä on pääasiassa kysymyksessä kussakin eri tapauksessa lainkohdan tarkka tulkinta. Lakia ei voi noudattaa näet muutoin, kuin ryhtymällä siinä määrättyyn toimintaan, joten laiminlyönti näinollen jo itsessään toteuttaa rikoksen tunnusmerkistön. Epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa tunnusmerkistö on täytetty sitävästoin vasta silloin, kun seurauskin on aiheutettu. Negatiivinen suhtautuminen edellyttää tällöin yhtähyvin kuin positiivinenkin suhtautuminen, että syy ja seuraus ovat toisiinsa kausaalisuhteessa, mikä kuitenkin ei ole, kuten

²² *Merkel*, s. 81—82, missä hän käyttää sanontaa »in zurechenbarer Weise». Muuten ei Merkelin syyksiluettavuuskäsitteestä ilmene, oliko laiminlyönti rangaistava myös tuottamuksellisenä. Hänen esityksestään ei myöskään voida päätellä, siinä tapauksessa, ettei tuottamuksellisuutta lainkaan huomioitaisi, minkä asteista tahallisuuden olisi oltava, jotta laiminlyönti olisi rangaistava. — Vrt. *Krug*, s. 43, mistä voidaan päätellä, ettei laiminlyönnin rangaistavuutta tuottamuksellisenakaan ole asetettu kyseenalaiseksi: »Bei kulposen Unterlassungen ist die Verantwortlichkeit niemals bezweifelt worden».

²³ Ks. *Merkel*, s. 88—89.

Geyer huomauttaa, luonnonkausaalisuutta, vaan psyykkisesti vaikuttavan syyn suhde sen aiheuttamaan seuraukseen. Tämä ilmenee siten, että määrätyn odotetun toiminnan jäädessä tapahtumatta, niinhyvin eläimet kuin ihmisetkin reagoivat seurauksen syntymistä edistävästi. Tällainen odotettu toiminta edellyttää puolestaan oikeudellista velvollisuutta toimintaan. Sellaisena velvollisuutena Geyer pitää muun muassa palvelukseen ja virkaan sekä huolenpitoon ja sopimukseen perustuvaa velvollisuutta. Esimerkkeinä näistä hän mainitsee vanhempien velvollisuuden huolehtia lapsistaan ja rautatiehenkilöstöön kuuluvien erilaiset toimintavelvollisuudet.

Epävarsinainen laiminlyöntirikos esiintyy Geyerin mukaan aina n.s. konkludenttisena laiminlyöntinä, josta hän mainitsee vielä erikoisina esimerkkeinä laiminlyönnin kutsua takaisin ihmisen kimppuun hyökännyt koira, ja sellaisen ihmisen varoittamatta jättämisen, joka on lähestymässä vaara-aluetta. Laiminlyönnin rangaistavuus ymmärrettävästi tällöin edellytti, että laiminlyöjällä oli oikeudellinen velvollisuus varoittaa vaaraan joutunutta.²⁴

Geyerin oppiin konkludenttisesta laiminlyönnistä yhtyivät Aldosser ja Finger. Näistä Aldosser otaksuu, että konkludenttisella laiminlyönnillä voidaan yhtähyvin kuin positiivisella toiminnallakin herättää määrättyjä vaikutteita ihmisissä, sillä jättämällä esimerkiksi antamatta määrätty varoitusmerkki lähestyvistä vaarantilasta, aiheutetaan huomioivassa ihmisessä käsitys tuollaisen tilan puuttumisesta, jolloin siten psyykkisesti aiheutetaan vahingollinen seuraus.²⁵ Luopumalla määrätyn tapahtumisen tai olemisen herruudesta ja sallimalla siten tietoisesti edellytyksien vaikuttaa, laiminlyöjä luo passiivisen suhtautumisen kausaalisen momentin. Laiminlyönnin kausaalisuus perustuu siis Aldosserin mukaan siihen, että laiminlyöjällä on herruudessaan määrättyjä vaikuttavia edellytyksiä vahingollisen seurauksen estämiseksi, mutta hän luopuu mahdollisuudestaan hallita niitä, sallien niiden kehittyä seuraukseksi.²⁶ Jos tällöin seuraus jää syntymättä laiminlyöjästä riippumattomista syistä, on hänen kuitenkin katsottava syyllistyneen rikoksen yri-

²⁴ Geyer, s. 124—125: »Nur durch konkludente Unterlassung kann ein Begehungsverbrechen verübt werden».

²⁵ Ks. Aldosser, s. 94—95.

²⁶ Ks. Aldosser, s. 111—112 ja 123—124. S. 123 Aldosser lausuu tutkimuksensa yhteenvedona: »Jemand kann bei persönlich neutralen Verhalten einem Erfolge gegenüber nur dann strafrechtlich verantwortlich werden, wenn er bewusster, willkürlicher Weise die factische Herrschaft über die Ausgangspunkte der Bedingungen zum fraglichen Erfolg und so über diesen selbst inne hat».

tykseen.²⁷ Tämän varsin merkittävän huomion lisäksi on Aldosser myös määritellyt omaksumaansa teoriaa seuraten tuottamuksellisuuden ja tahallisuuden epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa. Aldosserin mukaan laiminlyönti on tuottamuksellinen, kun määrättyjen edellytysten sallitaan kehittyä seuraukseksi, jättämällä huomioimatta mahdollisuus seurauksen syntymisestä.²⁸ Laiminlyönti on tahallinen, kun laiminlyöjä vastaavasti suhtautumisellaan tarkoitti aiheuttaa vahingollisen seurauksen.²⁹ Esimerkkeinä epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta Aldosser mainitsee muun muassa äidin, joka jättää lapsensa heitteille, vanginvartijan, joka surmaa vangin jättämällä sen ravinnotta, niin että vanki siitä menehtyy, sairaanhoitajan, joka laiminlyö hoidettavansa, niin että tämä kärsii siitä vahingollisen seurauksen, ja kivenhakkaajan, joka räjäyttäessään kiviä, jättää varoittamatta ohikulkijoita, jotka senjohdosta saavat räjäytyksessä surmansa.³⁰

Myös *Finger* pitää laiminlyöntiä kausaalisena seurauksen suhteen ainoastaan mikäli siihen voidaan yhdistää psyykillinen momentti, mikä tällöin on kausaalisuhteessa seuraukseen. Laiminlyönti itsessään ei sitävastoin mielipiteen mukaan voi olla seurauksen syynä.³¹

Kaikissa edelläselostetuissa teorioissa oli yhteisenä piirteenä pyrkimys todeta laiminlyönnin kausaaliseksi momentiksi seurauksen syntymiseen johtanut vaikuttava edellytys. Niitä seuranneissa n.s. interferenssiteorioissa, joiden perustajana oli v. *Buri* ja muina edustajina m.m. *Ortman*,³² *Binding*³³ ja *Hälschner*,³⁴ sitävastoin laiminlyönnin kausaalisuuden katsottiin johtuvan seurauksen syntymistä estävien edellytysten hävittämisestä.

Interferenssiteoriat olivat psyykillistä kausaalisuutta edustavina oppeina sukua edellämainitulle Geyerin oppisuunnalle. Mutta kun niissä lähtökohtana oli laiminlyöntiä edeltänyt positiivinen toimin-

²⁷ Ks. Aldosser, s. 123.

²⁸ Ks. Aldosser, s. 123.

²⁹ Ks. Aldosser, s. 124.

³⁰ Ks. Aldosser, s. 97—101 ja 112—119.

³¹ Vrt. *Finger*, s. 292—293: »Für einen Menschen kann der Umstand, dass eine erwartete Veränderung nicht eintritt — der Mangel einer Vorstellung — einen Irrtum erzeugen und dieser Irrtum kann die Grundlage werden eines bestimmten Tuns. Auf diesem Wege kann eine Unterlassung, die das Fehlen einer Vorstellung zur Folge hat, zur Handlung eines im Irrtum befindlichen führen».

³² Ks. *Ortmann*, GS 1874, s. 439—454.

³³ Ks. *Binding*, Die Normen II, s. 224—266.

³⁴ Ks. *Hälschner*, s. 237—246.

ta, on niitä kuitenkin pidettävä lähempänä edelläkuvattua Krug-Glaserin koulukuntaa. Tästä interferenssiteoriat erosivat puolestaan siinä, että kun mainittu koulukunta piti itseään edelläkäynyttä toimintaa syntyneen seurauksen causana epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa, niin interferenssiteorioiden mukaan sitävastoin edelläkäynyt toiminta muodosti ainoastaan positiivisen edellytyksen seurauksen syntymiselle, itse kausaalisuusmomentin eläessä siinä sielullisessa taistelussa, joka käytiin laiminlyöjän psyydessä, jolloin hän, lannistamalla ajatuksen seurauksen estämisestä, päättääkin olla estämättä vahingollisen seurauksen syntymisen. Niinpä v. Buri lausuu tästä: »Der Handelnde hat in der vorausgegangenen Handlung den Willen, den möglichen Erfolg abzuwenden, niedergelegt, und ist hierin eine dem Erfolg entgegenwirkende causa zu erkennen. Wenn nun der Handelnde in sich den neuen Willen erweckt, das Gegenteil von dem früher Gewollten zu wollen, so unterdrückt er hierdurch seinen früheren Willen und hiermit zugleich die causa, welche ihm dazu antreiben musste, der Entwicklung des schädlichen Erfolgs entgegenzutreten, um nicht wegen der Kausalität seiner früheren Handlung für denselben haftbar zu werden. Die Verhinderung der Entwicklung einer entgegenwirkenden Ursache ist aber gleich einer mitwirkenden Ursache und darum erscheint die Umänderung des ursprünglichen Willens in sein Gegenteil zugleich kausal.»³⁵ v. Buri on itse myöhemmin luopunut tästä psyykillisen taistelun konstruktioistaan, pitäen yksinomaan oikeusvelvollisuuden vastaista suhtautumista epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa rikosoikeudellisen vastuun perustavana estämättä jätetystä arvattavissa olleesta oikeudenvastaisesta seurauksesta.³⁶

v. Burin alunperin luomaan teoriaan liittyi *Binding*.³⁷ Lähtökohdakseen hän otti syykäsitteensä. Syynä hän pitää positiivisten edellytysten (seurauksen syntymistä edistävien) ylivoimaa negatiivisista edellytyksistä (seurauksen syntymistä estävistä). Epävarsinainen laiminlyöntirikos oli tämän mukaan ainoastaan silloin mahdollinen, kun lai-

³⁵ von Buri, GS 1869, s. 199. S. 213 hän lausuu: »Die Unterlassung der Abwendung des Erfolges kann nur wegen der hiermit verbundenen Aufhebung des Willens zu Sammenhangs mit der vorausgegangenen kausalen Handlung zum strafbaren Urheber des Erfolgs machen. Wo mithin eine die Kausalität bedingende eigene Handlung nicht vorliegt, kann von Urheberschaft durch Unterlassung keine Rede sein».

³⁶ Ks. von Burin kirjoitusta GS 1877, Beilageheft s. 111.

³⁷ Binding, Normen II, s. 224—259 ja 259—266. Ks. myös Landsberg, s. 13—19 ja erittäinkin Rohland, Die strafbare Unterlassung I, s. 60—94. Ks. myös Traeger, Das Problem, s. 48—56.

minlyöntiä edelti toiminta, jolla joku sitoutui estämään määrättyjen vahingollisten seurausten syntymisen. Vaimentamalla sielussaan tapahtuvassa taistelussa tahdon ryhtyä seurausta estävään toimintaan, laiminlyöjä päättää jättää estämättä seurauksen syntymisen. Binding jakaa epävarsinaisetkin laiminlyöntirikokset kahteen ryhmään, sillä hänen mielipiteensä mukaan virkaan, toimeen tai muuhun senkaltaiseen velvollisuuteen sitoutuminen muodostaa oman ryhmänsä, josta on erotettava eri ryhmäksi sellaiset tapaukset, joissa joku on oikeudenmukaisella toiminnallaan aikaansaanut vaarantilan syntymisen, sillä näissä tapauksissa kausaalisuusmomentti sisältyy Bindingin mukaan vaaran estävän toiminnan laiminlyöntiin, koska seurausta ei ole vielä aiheutettu, niinkauan kuin voidaan vallita seurausta edistävien laiminlyöjän itsensä asettamien edellytysten vaikutus.

Interferenssiteoriain kannattajiin on tavallaan luettava myös *von Bar*, joka päättyy tutkimuksissaan laiminlyönnin kausaalisuudesta siihen tulokseen, että joskaan laiminlyönti ei voi olla kausaalinen luonnon- tai mekaanisessa merkityksessä, niin on laiminlyöntiä pidettävä kausaalisenä syntyneen seurauksen suhteen siinä tapauksessa, että laiminlyöjällä oli velvollisuus ryhtyä toimintaan, jolla objektiivisesti arvioituna olisi voitu estää vahingollisen seurauksen syntyminen, mutta laiminlyöjä, lannistaen sielussaan elävän vaikuttimen toimintaan ryhtymisestä, jättää estämättä seurauksen syntymisen.³⁸ Tämä hänen lopputuloksensa on kuitenkin varsin yllättävä huomioonottaen hänen muu kysymyksen käsittelynsä. Jo vuonna 1871 ilmestyneessä teoksessaan »Die Lehre von Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte» hän lausuu, että oikeudellisessa mielessä ihmisen suhtautuminen voi olla syynä määrättyyn ilmiöön, jos elämän säännön mukaan muuten säännönmukainen ilmiöiden tapahtumainkulku inhimillisessä elämässä muuttuu toisenlaiseksi entisestään.³⁹ Mutta pelkkä laiminlyönti ei vielä sinänsä ole kau-

³⁸ *von Bar*, Gesetz und Schuld II, s. 269, jonka mukaan kausaalisuus laiminlyönnissä edellyttää 1. että toimintaan ryhtyminen on niin itsestään selvää, että laiminlyöjän täytyy olla tietoinen siitä, että hänen odotetaan ryhtyvän toimintaan, 2. että odotettu toiminta olisi kausaaliyhteydestä yleensä vallitsevien sääntöjen mukaan voinut estää vahingollisen seurauksen syntymisen. *Von Bar* päättyy siihen ajatukseen, että » — — — das Niederkämpfen des Antriebes zum Handeln steht in Konsequenz jener praktisch-idealen Anschauung dem positiven greifen des Naturkausalismus gleich». — *Sipilä* (s. 145) katsoo, että *von Barin* oppi edustanee siirryntää interferenssi- ja oikeuskausalisuusteorian välillä. Näin myös *Traeger*, Das Problem, s. 64, missä hän *von Barin* kausaalisuusopin loppupäätelmästä lausuu: »In dem letzten Satz ist eine bedenkliche Hinneigung zu den Interferenztheorien enthalten, — — —».

saallinen syntyneen seurauksen suhteen, vaan tulee kausaaliseksi ainoastaan mikäli laiminlyöjällä oli oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimintaan,⁴⁰ minkä lisäksi tämän toiminnan tuli olla adekvaattinen, t.s. että juuri sillä toiminnalla, jos siihen olisi ryhdytty, olisi saatu estettyä syntynyt seuraus.⁴¹ Tämä von Barin oppi kausaalisuuden oikeudellisesta luonteesta liittää hänet toisaalta yhteiskunnallis-eettillisen ja oikeus- eli kvasikausaalisuussuunnan edustajiin, Rohlandiin ja Josef Kohleriin.⁴²

Kuten von Bar, niin myös oikeuskausaalisuusteoriain kannattajat hylkäsivät ajatuksen edelläkäyneestä toiminnasta laiminlyönnin kausaalisuuden luovana.⁴³ Käsityksen mukaan laiminlyönti ei myöskään voinut olla kausaalinen luonnontieteellis-mekaanisessa merkityksessä.⁴⁴ Laiminlyöntiä voitiin kuitenkin pitää aiheuttamisen veroisena nimenomaan huomioonottaen yhteiskuntafunktion teleologinen luonne. Yhteiskunnassa elävän tarkoituksen, yhteiskunnan hyvinvoinnin edistäminen ja toteuttaminen edellyttää, että yksilö toimii tämän tarkoituksen saavuttamiseksi. Mutta ne tarkoituskohdet, joihin yhteiskunta oikeusjärjestyksellään pyrkii, voivat jäädä saavuttamatta niinhysin negatiivisen kuin positiivisenkin suhtautumisen vaikutuksesta. Niinpä yksilön osa yhteiskunnan kokonaisfunktiossa näyttäytyy Kohlerille rattaana

³⁹ von Bar, Causalzusammenhang, s. 11.

⁴⁰ Von Bar, Zur Lehre von der Culpa, s. 49.

⁴¹ von Barin sanonta (Gesetz und Schuld II, s. 263) »Eine Rechtspflicht begründet — — — an sich noch nicht einen Kausalzusammenhang», onkin ymmärrettävä juuri siten, ettei erityisvelvollisuus yksin perusta kausaalisuutta laiminlyönnissä, joskin kausaalisuus on johdettavissa von Barin mukaan oikeusvelvollisuudesta. Vrt. Sipilä, s. 145, viite 47, missä hän on päätenyt sanontaa tulkitessaan samaan tulokseen.

⁴² von Barin mukaan velvollisuus toimia ei perustu siveelliseen, vaan yksinomaan oikeudelliseen käskyyn. Niinpä hän lausuu Gesetz und Schuld II, s. 264: »Unsere Betrachtung — — — ist nicht eine moralische, sondern eine rechtliche».

⁴³ Vrt. kuitenkin von Barin suhteen Die Lehre vom Causalzusammenhange, s. 109, mistä ilmenee, että von Barilla alkujaan nimenomaan Merkeliin ja Glaserin konstruoima edeltänyt positiivinen toiminta näytteli keskeisintä osaa laiminlyönnin kausaalisuuden luovana erityisenä olosuhteena. Ks. myös Rohland, Die strafbare Unterlassung I, s. 42—44.

⁴⁴ von Bar, Gesetz und Schuld II, s. 268; Rohland, Die strafbare Unterlassung I, s. 121: » — — — es es der Zweck ist, der die Causalität des Menschen regelt und ihr eine von der mechanischen Causalität abweichende Gestalt verleiht». Ks. myös Kohler, Studien I, s. 45: » — — nicht der blosse Naturcausalismus, sondern der Causalismus der sozialen Ordnung massgebend ist, und dass nach der Art der sozialen Ordnung dieser Causalismus sich verschiedenfach gestalten kann».

yhteiskunnan koneistossa. Jokaisella rattaalla on täytettävänä määritetty tarkoituksenmukainen tehtävänsä, jotta koneisto kävisi häiriöttä ja kitkattomasti. Ihminen, joka laiminlyö yhteiskuntajärjestyksen hänen suoritettavakseen määräämän toiminnan, on verrattavissa koneistossa häiriön aiheuttaneeseen rattaaseen. Hän on siis laiminlyönnillään suhtautunut yhteiskunnan tahdon, sen tarkoituksen vastaisesti tai siitä poiketen. Ja juuri tästä, lausuu Kohler, ilmenee mitä selvimmin laiminlyönnin kausaalisuuden luonne kaikkialla siellä, missä yhteiskuntajärjestys on asettanut ihmisen sosiaalisen organisaation jäsenenä, yhteiskunnan koneiston osana täyttämään asemaansa perustuvan tehtävänsä.⁴⁵

Myöhemmissä kirjoituksissaan Kohler on kuitenkin luopunut tästä kausaalisuusopistaan. Laiminlyönnin ja syntyneen seurauksen välillä ei muuttuneen käsityskannan mukaan vallitse kausaalisuhdetta sen varsinaisessa merkityksessä, vaan oikeusjärjestys on määrätyissä olosuhteissa loogillisen käsityksen mukaisesti ainoastaan rinnastanut negatiivisen ja positiivisen aiheuttamisen toisiinsa, arvostanut laiminlyönnin vastuuseen nähden positiivisen aiheuttamisen veroiseksi.⁴⁶ Näin ymmärrettynä voidaan laiminlyöntiä pitää »kausaalisena» sillä edellytyksellä, että laiminlyöjällä oli sekä oikeudellinen velvollisuus että mahdollisuus estää toiminnallaan seurauksen syntyminen.⁴⁷

Oikeudellinen velvollisuus johtuu Kohlerin mukaan siitä asemasta,

⁴⁵ Kohler, Studien I, s. 45—47. Että Kohler alkujaan katsoi laiminlyönnin ja seurauksen välillä vallitsevan kausaalisuhteen, ilmenee hänen monista siihen viitattavista sanonnoistaan. Vrt. Studien I, s. 46: » — — — Jetzt ergibt sich die causierende Natur des Unterlassens auf's klarste» ja s. 47: »daraus ergibt sich auf's Klarste die causierende Natur des Unterlassens — — —», sekä vielä s. 54—55: »Ebenso wird der Einzelne durch vertragsmässige Uebernahme einer Stellung oder einer einzelnen Funktion verpflichtet zum Funktionieren, und das Nichtfunktionieren ist causal».

⁴⁶ Kohler, Negative Kausalität und äquivalenz (Archiv für Strafrecht und Strafprozess), s. 289, missä hän m.m. lausuu, ettei negatiivinen kausaalisuus ole kausaalisuutta » — — — im Sinne des Bewirkens einer Veränderung — — —», vaan n.s. kvasikausaalisuutta, mikä on ainoastaan rikosoikeudelliselta merkitykseltään rinnastettavissa kausaalisuuteen sen varsinaisessa merkityksessä. Vrt. Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 201—202; Traeger, Das Problem, s. 60.

⁴⁷ Ks. Rohland, Die Strafbare Unterlassung, s. 121—122: »Die Unterlassung ist — — causal, wenn der Unterlasser die Möglichkeit und die Pflicht zum Eingreifen in die Aussenwelt, zur Verhinderung eines rechtswidrigen oder zur Herbeiführung eines rechtmässigen Erfolges besass. Causalität und Verantwortlichkeit stehen daher im Strafrecht in engster Verbindung mit einander». Vrt. myös Rohland, Die Kausallehre des Strafrechts, s. 41; Kohler, Studien I, s. 47 ja Negative Kausalität und Äquivalenz, s. 289; von Bar, Gesetz und Schuld II, s. 268—269.

johon yhteiskunta on asettanut yksilön. Oikeudellinen velvollisuus ei synny yksin lain määräämänä, kuten virkamiehen ja sotilaan velvollisuus-ryhtyä toimintaan, vaan myös yksityisoikeudellisella sopimuksella tai vieläpä yhden ainoankin erillisen tehtävän perusteella. Kohler on huomioinut sängen tärkeän lajin sopimukseen perustuvaa oikeusvelvollisuutta: tuotanto- ja kulkulaitoksissa palvelevien eri toimitsijoiden, kuten tehtaiden esimiesten ja kulkulaitosten katsastajain erilainen huolenpito- ja valvontavelvollisuus. Velvollisuudenvastaisen suhtautumisen aiheuttama vaarantila tai vahingollinen seuraus perustaa laiminlyöjälle rangaistusvastuun laiminlyönnillä aiheutetusta seurauksesta.⁴⁸

Sopimus luo Kohlerin mukaan perustan oikeudelliselle velvollisuudelle, mutta toimintavelvollisuuden sisältö saattaa määrätyissä tapauksissa olla laajempi sopimuksen edellyttämää, minkä lisäksi määrätyjen olosuhteiden vallitessa toimintavelvollisuus ei lakkaa sopimuksen lakkauttamasta voimassa, vaan saattaa jatkua yli sopimuksessa määrätyn ajan. Kohler ei kuitenkaan ole antanut tyydyttävää selitystä siitä, mihin tällainen ilmiö saattoi perustua.⁴⁹

Kohlerin mukaan myös itsessään oikeudenmukaiset toiminnot saattoivat määrätyissä tapauksissa perustaa oikeudellisen velvollisuuden joko edeltävään tai täydentävään toimintaan alkuperäisten toimintojen aiheuttamasta vaarantilasta odotettavissa olevan vahingollisen seurauksen estämiseksi. Tällaisesta erityisvelvollisuudesta Kohler mainitsee esimerkkinä velvollisuuden ryhtyä taloa purettaessa edeltäviin toimenpiteisiin ohikulkevien suojelemiseksi vahingolta. Erityinen velvollisuus ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi saattaa perustua myös tehtyyn rikokseen. Niinpä se, joka on tuottamuksellisestikin haavoittanut toista esimerkiksi ampumalla, on velvollinen vahingollisen seurauksenvaiikutuksen rajoittamiseksi ryhtymään toimenpiteisiin avun saamiseksi haavoittuneelle.⁵⁰

Siitä käsityksestä, että passiivisella suhtautumisella voitiin aiheuttaa seurausrikos ainoastaan oikeudellisessa mielessä, ei voinut jäädä kaukaiseksi ajatus hyljätä kaikki aikaisemmat opit laiminlyönnin kausaalisuudesta ja kiistää se kokonaan. Oikeuskausaalisuusteorioita onkin nähdäksemme pidettävä ikäänkuin jonkinlaisena väliasteena laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävälle oppisuunnalle, jonka huomattavimpina edustajina olivat *Franz von Liszt* ja *Ludvig Traeger*.

⁴⁸ Kohler, Studien I, s. 55.

⁴⁹ Kohler, Studien I, s. 56.

⁵⁰ Kohler, Studien I, s. 60.

Tämän oppisuunnan lähtökohtana oli se puhtaasti luonnontieteellinen toteamus, ettei »tyhjistä synny mitään». Luonnontieteellisen katsomuksen mukaan näet seurauksen syntyminen aina edellytti konkreettista muutosta ilmiöiden maailmassa, joten pelkkä passiivisuus ei voinut olla syysuhteessa seuraukseen. Mutta kun teorian edustajat eivät toisaalta voineet eivätkä edes yrittäneet kiistää sitä jo ennestään tunnettua tosiasiaa, että myös laiminlyönnillä voitiin toteuttaa seurausrikoksen tunnusmerkistö,⁵¹ niin heidän täytyi korvata kausaalisuussuhde, joka on rikosoikeudellisen vastuun eräänä edellytyksenä, muulla mahdollisella konstruktiolla. Ongelman ratkaisemiseksi luotiin siten oppi laiminlyönnin relevanssista.

von Liszt katsoo, että laiminlyönti käsitteellisesti sisältää sellaisen odottamamme ja laiminlyöjälle mahdollisena olleen teon tekemättäjättämisen, mikä olisi voinut estää seurauksen syntymisen. Tekijän tahdon näin objektivoitunutta suhtautumista⁵² Liszt nimittää laiminlyönnin relevanssiksi. Laiminlyönnin relevanssi, olematta itsessään kausaalisuhteessa seuraukseen, sisältyy teon kausaalisuudelle analogisena tunnusmerkkinä laiminlyönnin käsitteeseen. Joskin oikeusjärjestys elämän vaatimusten mukaisesti määrättyjen edellytysten vallitessa rinnastaa seurauksen estämättä jättämisenä ilmenevän suhtautumisen seurauksen

⁵¹ Sipilän käsityksen mukaan Kraus niminen tutkija on kuitenkin katsonut, ettei laiminlyönti voi koskaan toteuttaa seurausrikoksen tunnusmerkistöä. Ks. Sipilä, s. 148. — Kysymyksessä on nähdäksemme kuitenkin väärinkäsitys, sillä Kraus ainoastaan vaatii, että nolla poena sine lege periaatetta on noudatettava ehdottomasti, sillä »Strafe verhängen darf der Richter nicht in jedem Falle, wo ein menschliches Verhalten einer positiven Rechtsnorm zuwiderläuft, sondern nur dann, wenn dieses rechtswidrige Verhalten strafbedroht ist». Ks. Kraus, ZStrW 1903, s. 791—792, missä hän edellistä ajatustaan täydentäen lausuu: »Wo die Strafbarkeit nicht ausdrücklich und unzweifelhaft im Gesetze ausgesprochen ist, dort ist sie durch das Gesetz ausdrücklich und unzweifelhaft ausgeschlossen». Krausin ajatus osoittaa hänen ainoastaan asettuneen vastustamaan analogian käyttöä. Käsityskannan mukaan laiminlyönti ei ole rangaistava, ellei sitä ole laissa expressis verbis rangaistavaksi määrätty. Mutta tästähän ei suinkaan vielä voida tehdä sitä johtopäätöstä, ettei laiminlyönti voisi toteuttaa seurausrikoksen tunnusmerkistöä, mitä Kraus ei myöskään ole väittänyt. Hänen kirjoituksensa tarkoituksena oli yksinomaan polemisoida sitä v. Lisztin ja tämän kannalla olevien ajatusta vastaan, minkä mukaan seurauksen estämättä jättäminen on vastuuseen nähdessä rinnastettavissa seurauksen aiheuttamiseen, mikäli laista ei toisin ilmene. Vrt. v. Liszt, Lehrbuch 14—15 p., s. 133.

⁵² Varsin mielenkiintoinen on v. Lisztin esittämä väite laiminlyöjän tahdonvoimasta assosiaalisessa suhtautumisessa: »Zum Unterlassen ist oft mehr Willensstärke erforderlich, als zum Tun». Ks. v. Liszt, Lehrbuch, 21—22 p., s. 126.

aiheuttamisen kanssa, niin sanotusta ei kuitenkaan seuraa, että pelkkä seurauksen estämättä jättäminen voisi aiheuttaa seurauksen.⁵³ Seurauksen estämättä jättäminen on rangaistavaa suhtautumista silloin, kun laiminlyönti on oikeudenvastainen, mikä puolestaan edellyttää, että laiminlyöjällä oli erityinen oikeudellinen velvollisuus toimia seurauksen estämiseksi. Teoriaa edeltäneiden oppien mukaisesti mainittu velvollisuus perustui joko lakiin, oikeudelliseen asemaan (sopimukseen tai virkaan) tai edelläkäyneeseen vieraita intressejä vaarantavaan oikeudenmukaiseen tai oikeudenvastaiseen toimintaan.⁵⁴

Kuten von Liszt, niin myös Traeger vaatii, että velvollisuuden toimia seurauksen estämiseksi tulee olla oikeudellinen. Traeger aivan erikoisesti korostaa, ettei törkeinkään pelkästään siveellisten velvollisuuksien loukkaaminen voi koskaan perustaa vastuuta laiminlyönnistä.⁵⁵ Rangaistusvastuu voi johtua ainoastaan sellaisesta suhtautumisesta, jolla rikotaan lainsäätäjän rangaistuksen uhalla sanktionomia kieltoja määrättyjen elämänintressien, kuten hengen, terveyden, omaisuuden, kunnan j.n.e. loukkaamisesta. Jos vastuu seuraisi jo kaikkien sellaistenkin seurausten estämättä jättämisestä, joiden estämisvelvollisuus vastaisi vaikkapa yleisestikin tunnustettu moraalista tunnetta, johtaisi tällöin moraalin sanelema yleinen käsky sietämättömään pakkoon. Siitä muodostuisi mitä arveluttavin hyökkäys yksilön vapautta vastaan määrätä suhtautumisestaan.⁵⁶

Ennestään tunnettujen eri velvollisuusperusteiden lisäksi Traeger on eroittanut neljänneksi ryhmäksi vallintaan (Herrschaftsbereich) nojautuvan erityisen oikeudellisen toimintavelvollisuuden. Käsityskannan mukaan näet tosiasiallisen vallinnan piirissä syntynyt vaarantila, vaikkapa se olisi jopa vaarantilaan joutuneen itsensä aiheuttama, velvoittaa vallintapiirin subjektin seurauksen estävään toimintaan silloin, kun

⁵³ Ks. v. Liszt, Lehrbuch 8. p. v. 1897, s. 127, viite 1 ja s. 130: » — — — in der That muss zugegeben werden, dass die in unserer Erkenntnis sich vollziehende Verknüpfung von Ursache und Wirkung beim Unterlassen einen völlig andern Gegenstand hat als beim Thun: hier wird der thatsächlich eingetretene Erfolg mit einer thatsächlich vollzogenen, dort mit einer von uns bloss vorgestellten Körperbewegung in Beziehung gesetzt. Somit beruht es zweifellos auf einem ungenauen Sprachgebrauche, wenn wir von einem Bewirken durch Unterlassung sprechen». Vrt. myös v. Liszt, Lehrbuch 21—22 p. 1919 s. 126—127: »die Strafbarkeit der Unterlassung ist von der Annahme ihrer Kausalität unabhängig».

⁵⁴ v. Liszt, Lehrbuch 21—22 p., s. 27.

⁵⁵ Traeger, Das Problem, s. 66.

⁵⁶ Traeger, Das Problem, s. 66—67.

ainoastaan hänellä yksin oli mahdollisuus siihen.⁵⁷ Kysymyksessä on siis sellainen vaarantila, joka ei ole syntynyt laiminlyöjän edelläkäyneestä toiminnasta, mikä jo ennen on mainittu seurauksen estämiseen velvoittavana perusteena. Yksinomaan alueen tosiasiallinen vallinta riittää siis Traegerin mukaan perustamaan erityisen oikeudellisen toimintavelvollisuuden. Niinpä hän mainitsee tästä esimerkkinä tapauksen, jossa joku anastamisen tai muussa tarkoituksessa yrittää kiivetä korkean muuriain ylä, mutta putoaa ja loukkaa itsensä vaarallisesti. Jos hän tällöin putoaa pihalle, niin syntyy sille, joka muurien sisäistä aluetta vallitsee, erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimenpiteisiin loukkaantuneen pelastamiseksi (esim. ilmoittaa onnettomuustapauksesta viranomaisille pahemman seurauksen estämiseksi). Jos sitävastoin muurin ylä yrittänyt on pudonnut muurin ulkopuolelle, niin tällöin Traeger katsoo viereisen alueen omistajan tai haltijan olevan velvollisen auttamaan loukkaantunutta ainoastaan sen yleisvelvollisuuden nojalla, mikä on statuoitu kaikkien oikeusalamaisien noudatettavaksi. Käsityskantansa tueksi hän mainitsee, että edellisessä tapauksessa alueen vallinta luo valtijan ja vaaraan joutuneen välille erityisen suhteen, kun taas jälkimmäisessä tapauksessa on kysymyksessä pelkkä satunnainen auttamisvelvollisuus.⁵⁸ Muuten Traeger pitää itsestään selvänä, että lakiin, sopimukseen tai edelläkäyneeseen toimintaan perustuva velvollisuus edellyttää huomattavasti tehokkaampaa toimintaa vaaran torjumiseksi kuin vastaavasti tosiasialliseen vallintaan perustuva velvollisuus.⁵⁹

Kun lainsäätäjä ei edes läheskään tyhjentävästi voi eritellä kaikkia niitä mahdollisia perusteita, joihin erityinen oikeudellinen velvollisuus saattaa nojautua, niin Traeger katsoo, että positiivinen ja negatiivinen suhtautuminen voidaan rinnastaa toisiinsa rangaistusvastuuseen nähdessä ainoastaan yleissäännöksellä. Jottee tämä järjestely johtaisi rangaistusta määrättäessä määrättyissä tapauksissa tuloksiin, jotka olisivat oikeustajunnan vastaisia, tulisi rangaistuslatitudin olla riittävän laaja, jotta sen puitteissa voitaisiin rangaistusta kulloinkin määrättäessä pääs-

⁵⁷ Traeger, Das Problem, s. 109: »Die Rechtspflicht zum Handeln entsteht — — auch — — — für den, in dessen Herrschaftsbereich ein gefährdender Zustand entsteht, den nur er zu beseitigen vermag, mag dieser Zustand durch Zufall oder selbst durch die Schuld eines andren entstanden sein».

⁵⁸ Traeger, Das Problem, s. 107.

⁵⁹ Traeger, Das Problem, s. 107.

tä kohtuullisiin tasoituksiin.⁶⁰ Traegerin ehdotus yleissäännökseksi on seuraava:

»Laiminlyönti on rinnastettavissa tekoon, kun seurauksen estäminen perustuu erityiseen oikeudelliseen velvollisuuteen, yhdentekevää, mistä oikeuslähteestä se on peräisin. Erityinen oikeudellinen velvollisuus seurauksen estämiseen on myös sillä, joka on oikeudenmukaisella toiminnallaan aiheuttanut toiselle vaarantilan, tai jonka vallintapiirissä (Herrschaftsbereich) on syntynyt sellainen toista henkilöä uhkaava vaarantila, jonka ainoastaan hän on tilaisuudessa estämään. Lain määräämän yleisen avunantovelvollisuuden rikkominen ei perusta vastuuta estämättä jätetystä oikeudenvastaisesta seurauksesta.»⁶¹

Tämä Traegerin ehdotus yleissäännökseksi käsittää hänen lopullisen vastauksensa hänen itsensä asettamaansa ja ratkaisevaksi katsoomaansa kysymykseen:

»Milloin relevantti syyksiluettava laiminlyönti on vastuuseen nähdessä rinnastettavissa seurauksen aiheuttamiseen?»⁶²

Verrattessamme kysymystä ja vastausta toisiinsa havaitsemme, ettei Traegerin mukaan vastuun rinnastamisen edellytyksenä ole ainoastaan oikeusvelvollisuuden vastainen käyttäytyminen, vaan myös laiminlyönnin relevanssi.

Traeger lähtee relevanssiopissaan siitä laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävän teorian perusajatukselta, että laiminlyönti, joka on epätodellista (etwas Unwirkliches, reines Nichts) ei voi olla seurauksen edellytyksenä. Joskaan laiminlyönti itsessään ei ole kausaalinen, niin voidaan kuitenkin puhua sen kausaalisuudesta kuvaannollisessa mielessä (in einem Übertragenen Sinn), jolloin kysymys ei ole itsensä laiminlyönnin kausaalisuudesta, vaan siitä, olisiko se kuviteltu toiminta, johon jätettiin ryhtymättä, ollut vahingollisen seurauksen estävä.⁶³

⁶⁰ Traeger, Das Problem, s. 112—113.

⁶¹ Traeger, Das Problem, s. 112: »Der Handlung steht die Unterlassung (Nicht-hinderung des Erfolges) gleich, wenn eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht, gleichviel auf welcher Rechtsquelle die Pflicht beruht. Eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht auch für den, der durch schuldlose Handlung einen gefährdenden Zustand für andere herbeigeführt hat oder in dessen Herrschaftsbereich ein gefährdender Zustand für andere eingetreten ist, den nur er zu beseitigen vermag. Die Verletzung einer vom Gesetz gebotenen allgemeinen Beistandspflicht begründet keine Verantwortlichkeit für den nicht verhinderten rechtswidrigen Erfolg».

⁶² Traeger, Das Problem, s. 26—27.

⁶³ Traeger, Das Problem, s. 21.

Koska siis kysymyksessä ei ole laiminlyönnin kausaalisuus, vaan itseasiassa n.s. odotetun toiminnan kausaalisuus, niin on Traegerin mukaan erehdyksen ja väärinkäsitysten välttämiseksi syytä puhua laiminlyönnin relevanssista eikä sen kausaalisuudesta. Laiminlyönti on Traegerin mukaan relevantti, kun se toiminta, johon olisi voitu ryhtyä, olisi estänyt vahingollisen seurauksen syntymisen. Kun ei sanottua seikkaa kuitenkaan voida päätellä absoluuttisella varmuudella, niin Traeger katsoo, että täytyy tyytyä tällöin siihen todennäköisyysarviointiin, jonka mukaan »die mögliche Handlung den Eintritt des Erfolges höchstwahrscheinlich verhindert hätte».⁶⁴

von Liszt — Traegerin luonnontieteellisiä toteamuksia lähtökohtaan käyttänyt teoria⁶⁵ joutui ennen pitkään uudemman tieteisopin⁶⁶ taholta ankarana arvostelun kohteeksi. Eniten huomiota ansaitsevat osakseen ne ajatukset, jotka *Wilhelm Sauer* on esittänyt oppisuuntaa vastaan.

Kun von Liszt pitää laiminlyönnin oikeudenvastaisuutta analogiisena teon kausaalisuudelle, niin Sauer katsoo, etteivät suinkaan kausaalisuus ja oikeudenvastaisuus ole keskenään parallelleja käsitteitä. Hänen mielipiteensä mukaan tällainen parallelli-ilmiö johtaisi näet rikosoikeudellisen suhtautumisen käsitteen kahtiajakoon, jossa laiminlyönti ja teko olisivat rinnan täysin erilaisina deliktimuotoina,⁶⁷ mitä ne eivät suinkaan ole, sanoo Sauer, vaan muodostavat yhtenäisen jakamattoman yläkäsitteen, jota ei voi tarkastella luonnontieteelliseltä, vaan yksinomaan oikeudelliselta kannalta, sillä niinhyyvin teko kuin lai-

⁶⁴ Traeger, Das Problem, s. 21.

⁶⁵ v. Lisztin oppikirjan 26. painoksessa vuodelta 1932 sen toimittaja *Eberhard Schmidt*, joka itse lukeutuu teorian vastustajiin, katsoo, että laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä oppi oli tuolloin vielä vallitsevana oppina. Ks. v. *Liszt-Schmidt*, s. 171.

⁶⁶ Sen kaikkein jyrkimpiä vastustajia olivat *Wilhelm Sauer* (Grundlagen, s. 447—462), *Max Ernst Mayer* (Strafrecht, s. 149—152) ja *Eberhard Schmidt* (v. Liszt-Schmidt, s. 172—173). Ks. myös *Mezger*, Strafrecht, s. 133—135 ja 136, missä hän lausuu: »Der Angelpunkt des Unterlassungsverbrechens ist — — — die »erwartete Handlung»: die Kausalitätsfrage wird bei den Kommissivverbrechen durch Unterlassung genau in derselben Weise und genau in denselben Formen wie beim aktiven Tun gestellt, nur eben nicht in Beziehung auf die Unterlassung als solche, sondern in Beziehung auf die gedachte positive Handlung und deren Erfolg. Die entscheidende Frage lautet: wäre durch die »erwartete Handlung» der vom Rechte missbilligte Erfolg verhindert worden? Wird diese Frage bejaht, so ist die Unterlassung für den Erfolg kausal gewesen».

⁶⁷ *Sauer*, Grundlagen, s. 448—450; Das Unterlassungsdelikt, GS 1940, s. 284—285.

minlyöntikin ovat sosiologisia, eivätkä suinkaan luonnontieteellisiä ilmiöitä. Sanotusta syystä emme myöskään hae luonnontieteellistä selitystä näille ilmiöille, vaan ne ovat puhtaasti oikeudellisen arviointimme esineinä. Ainoastaan huomioimalla niinhyvin laiminlyönnin kuin teonkin tätä normatiivis-oikeudellista menettelyä käyttäen niiden suhteessa teleologisesti määrättyyn arvoon, voimme todeta, kuinka laiminlyönti ja teko muodostavat todellisuudessa yhdenmukaisen deliktimuodon, kuinka luonnontieteellinen »ei mitään» (Nichts) muuttuu oikeudellisessa arvostamisessa määräytyksi »joksikin» (Etwas),⁶⁸ joten itse tekemättä jättäminen tulee oikeudellisen arvostamisen kautta yhdenvertaiseksi tekemisen kanssa, eikä suinkaan, kuten Traeger on esittänyt, odotettuun velvoitettuun toimintaan ryhtymättömyys, mikä on normatiivinen oikeudenvastaisuuden käsitteeseen kuuluva momentti.⁶⁹

Niinkuin laiminlyönti ja teko voidaan asettaa saman käsitteen alaisuuteen, niin myös siihen sisältyvä kausaalisuusarvostelu on samallainen teossa ja laiminlyönnissä, sillä se esiintyy niissä molemmissa ex-ante todennäköisyysarvostelmana siitä, aiheuttaako määrätty suhtautuminen määrätyn seurauksen elämän normaalin tapahtumainkulun valitessa. Tätä arvostelmaa voidaan Sauerin mielestä vaikeuksista soveltaa niinhyvin negatiivisiin kuin positiivisiin suhteisiin loogillisessa mielessä. Käyttämällä juuri adekvaattisuusarvostelmaa vältetään kytkeästä kausaalisuuden käsitteeseen oikeudenvastaisuusmomenttia.⁷⁰

Sauerin mukaan todennäköisyysarvostelma perustuu siihen, mikä yleisesti on pidettävä normaalina, säännönmukaisena, mikä puolestaan on sosiologisen arvottamisen luoma suure. Joskin näinollen adekvaattinen kausaalisuus muodostaa arvokäsitteen, niin se ei ole, minkä Sauer aivan erikoisesti korostaa, lainkaan oikeudellinen arvokäsite, sillä siinä ei ole lainkaan kysymys siitä, hyväksyykö yhteiskunta vai hylkääkö se määrätyn suhtautumisen, vaan kysymyksessä on ai-

⁶⁸ Sauer, Grundlagen, s. 243—244 ja s. 451: »Der Rechtsordnung steht es frei, sich ihre eigenen Objekte zu schaffen; sie ist nicht an das gebunden, was die Naturwissenschaft als ein erhebliches Etwas, als Kraft betrachtet; sie greift an dem sozialen Geschehen gewisse Punkte heraus, die ihr rechtserheblich erscheinen und an die sie ihren rechtlichen Masstab anlegen will; das kann das Nichttun des Menschen nicht anders sein wie das Tun».

⁶⁹ Sauer, Grundlagen, s. 449—450.

⁷⁰ Sauer, Grundlagen, s. 455.

noastaan määrätyn tapahtumainkulun huomioiminen pelkkänä normatiivisesti katsoen värittömänä käsitteenä.⁷¹

Joskaan laiminlyönnin kausaalisuuden ja oikeusvelvollisuudenvastaisuuden käsitteiden alat eivät miltään osalta peitä toisiaan, on niillä kuitenkin yhteinen liitoskohta: oikeudenvastaisuuteen kuuluva oikeusvelvollisuuselementti. Laiminlyönti ei deliktimuotona eroa oikeudenvastaisuudenkaan suhteen teosta, mikäli oikeudenvastaisuudella ei käsitetä muodollista tunnusmerkistönmukaisuutta, vaan oikeusjärjestyksen yläpuolella olevaa materiaalista sosioloogista oikeudenvastaisuutta, mikä mukaan suhtautuminen on oikeudenvastaista, kun se yleisen tendenssinsä mukaisesti enemmän vahingoittaa kuin hyödyttää yhteiskuntaa valtiollisena kokonaisuutena. Materiaalinen oikeudenvastaisuuden käsite on soveltuva epävarsinaiseen laiminlyöntirikokseen nähden edellyttäen, että seurauksen estävä toimintavelvollisuus perustuu lakiin tai siihen, että laiminlyöjä on itse edelläkäyneellä aktiivisella toiminnallaan aiheuttanut seuraukseen tähtäävän vaaran tilan.⁷²

Sauer katsoo, että laiminlyönti voi olla määrättyissä tapauksissa oikeudenvastainen, vaikkei mitään erityistä oikeudellista velvollisuutta olisi loukattukaan. Niinpä hän lausuu, että jos laiminlyöjä on materiaalisesti oikeudenvastaisesti yleensä pyrkinyt positiivisella toiminnallaan aiheuttamaan vahinkoa, mutta ei ole tällä toiminnallaan, vaan laiminlyönnillään toteuttanut rikosoikeudellisen tunnusmerkistön materiaalisesti oikeudenvastaisesti, niin laiminlyönti on tällöin rangaistavaa, vaikkei olisikaan ollut erityistä oikeudellista velvollisuutta seurauksen estämiseen.⁷³

Joskin Sauer yhtyy siihen yleisesti tunnustettuun käsitykseen, jonka mukaan ainoastaan oikeudellisen toimintavelvollisuuden rikkominen perustaa rangaistusvastuun,⁷⁴ niin hän tulee siihen tulokseen, että laiminlyöntirikos on vähemmän rangaistavaa suhtautumista kuin teko-rikos. Tämä johtopäätös perustuu hänen luomaansa ajatukseen oikeusideasta. Oikeusidean mukaisesti kaikki inhimillinen suhtautuminen on

⁷¹ Sauer, Grundlagen, s. 423—424: »Enhält nun die adäquate Kausalität — — ein Werturteil, so ist dieses doch sehr wohl zu beachten, durchaus verschieden von dem rechtlichen. Denn ob die Gemeinschaft den Verlauf billigt, ist eine völlig anders geartete Frage: auch ein unerwünschtes Ereignis kann von der Gemeinschaft erwartet, von ihr als ein durchaus normales angesehen werden, — — ».

⁷² Sauer, Grundlagen, s. 459.

⁷³ Sauer, Grundlagen, s. 460.

⁷⁴ Sauer, Grundlagen, s. 461: »die unmoralischen Unterlassungen sind nicht Objekte für das Strafrecht, so verwerflich sie oft sein mögen».

siten ohjein ja määräyksiin järjestetty tapahtuvaksi, että se ihmisten yhteiselämässä vaikuttaisi mahdollisimman yhteensointuvasti ja kitkattomasti. Tässä tarkoituksessa oikeusjärjestys on huomattavasti suuremmassa määrässä kieltänyt vahingollisten seurausten aiheuttamisen kuin käskenyt niiden estämisen. Tämä järjestely on Sauerin mukaan täysin oikeusideasta johtuva, sillä sen mukaisesti oikeusjärjestys voi yleensä kieltää esimerkiksi ihmishenkeen kohdistuvan loukkauksen, mutta se ei voi suinkaan samassa laajuudessa käskää auttamaan lähimmäistään hengenvaarassa. Oikeusjärjestyksen on varottava kaajoamasta liian syvästi ihmisen vapautteen määrätä suhtautumisestaan. Tämän johdosta ei Sauerin mielestä laiminlyöntiä ja tekoa voida rinnastaa vastuun suhteen. Tähän rangaistusvastuun erilaiseen arviointiin Sauer päätyy lähinnä silmälläpitäen varsinaista laiminlyöntirikosta. Hän ei suinkaan näet kiistä, etteikö epävarsinainen laiminlyöntirikos sitävästoin voisi olla yhtä rangaistava kuin tekorikoskin, mutta tällöin hän käsittääksemme asettaa yhtäläisen rangaistusvastuun edellytykseksi sen vaatimuksen, että laiminlyöjä on itse positiivisella teollaan aiheuttanut sen vaarantilan, josta johtuneen vahingollisen seurauksen hän on jättänyt estämättä.⁷⁵ Kuten olemme havainneet, muodosti Saueria edeltäneissä teorioissa hänen mainitsemansa tapaus n.s. edelläkäyneeseen toimintaan perustuvan erityisen velvollisuuden seurauksen estämiseen.

Kaikista edellä selostamistamme teorioista kuvastuu yhteisenä piirteenä yritys puhtaasti spekulatiivista, joko sitten filosofian tai oikeusfilosofian käsitteille rakennettua tietä ratkaista laiminlyönnin probleema kokonaisuudessaan. Kuitenkin esiintyi jo vuosisatamme alussa muutama silloin miltei huomiotta jäänyt pyrkimys selvittää laiminlyönnin ongelman peruskysymykset hakemalla niihin vastaukset tavallisia tulkintaperiaatteita käyttäen positiivisesta laista. Niinpä Rümelin vuonna 1900 ilmestyneessä tutkimuksessaan »Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht» esitti sen ajatuksen, että joskaan missään spesiaalitieteessä ei voida jättää huomiotta filosofiassa todettuja ajatuslakeja ja apriorisia käsityskantoja, niin oikeustieteen tehtävänä on kuitenkin aina oleva niiden relatioonien selvittäminen, joita oikeusjärjestys, lainsäätäjä on pitänyt lähtökohtanaan määritellössään oikeudellisen vaikuttavuuden käsittävät tunnusmerkit.⁷⁶ Tavallisten tulkintaperiaatteiden lisäksi saattaa oikeustiede mahdollisesti

⁷⁵ Sauer, Grundlagen, s. 457—458.

⁷⁶ Rümelin, s. 8.

joutua turvautumaan lain järkevän tarkoituksen selvittämiseksi teleologiseen harkintaan.⁷⁷

Ryhtyessään selvittämään edellämainitulta käsityskannaltaan laiminlyönnin kausaalisuuskysymystä, *Rümelin* toteaa ensinnä, että jos kausaalisuus käsitetään vaikutusyhteydeksi, niin on selvää, ettei laiminlyönti koskaan voi olla syynä tai myötävaikuttavanakaan syynä seuraukselle.⁷⁸ Asiantila muuttuu sitävastoin täydellisesti, jos käsitämme kausaalisuuden syysuhteena, edellytyskompleksina. Tällöin voidaan näet siihen lukea kuuluviksi myös negatiiviset momentit edellytyksinä. Elämän jokapäiväinen kielenkäyttö osoittaa puolestaan, että se käyttää runsaasti tätä mahdollisuutta. Ja vaikkakin toisaalta lain tunnusmerkistöissä käytetäänkin transitiivisia verbejä oikeudellista suhtautumista kuvattaessa, niin joskaan niitä ei sellaisinaan voi sopivasti käyttää kuvaamaan laiminlyönnin kausaalisuutta, niin kun totuttaudutaan eliminoimaan lain käyttämistä teonsanoista (tappaa, pahoinpidellä, vahingoittaa, panna tuleen j.n.e.) alkuperäinen vaikuttamisen mielikuva, niin silloin voidaan käyttää myös teonsanoja sovelletusti ja nähdä myös esimerkiksi tappamisessa *mortis causa praestare* laajimmassa merkityksessään.⁷⁹

Kysymys ei kuitenkaan rajoitu siihen, missä laajuudessa laiminlyönti voidaan asettaa samanveroiseksi teon kanssa, vaan on tutkittava, missä laajuudessa laki yleistä kausalisuuskäsitystä käyttäen säättää tällaisesta laiminlyönnin ja teon samanveroisuudesta. Tulkinta johtaa tällöin siihen tulokseen, että lain käyttämä kausaalisuuskuvaus käsittää määrättyt laiminlyönnit, mutta toisaalta se ei suinkaan käsitä niitä epämääräisesti summassa.⁸⁰ Myöskään ei tulla tässä suhteessa autetuksi sillä, että katsotaan lain yhdenvertaistaneen tekoon ne laiminlyönnit, jotka loukkaavat oikeudellista toimintavelvollisuutta.

⁷⁷ *Rümelin*, s. 9: »Für die von der Rechtswissenschaft — — — entwickelnde Tätigkeit gelten ausschliesslich die gewöhnlichen Grundsätze der Auslegung, wobei eventuell auf teleologische Erwägungen über den vernünftigen Sinn des Gesetzes zu rekurrieren ist. Sie kann zu dem Resultat führen, dass in allen den einzelnen Fällen ein und dieselbe Art von Zusammenhang vorausgesetzt wird. Dann wird nichts im Wege stehen, namentlich wenn das Gesetz selbst den Ausdruck Verursachen oder Verursachung gebraucht, grundsätzlich von einem juristischen Causalzusammenhang zu sprechen, gleichgiltig ob die betreffende Relation auch im Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens oder seitens der Philosophie als Causalzusammenhang bezeichnet wird».

⁷⁸ *Rümelin*, s. 27.

⁷⁹ *Rümelin*, s. 29—30.

⁸⁰ *Rümelin*, s. 150—151.

Rümelin katsoo, etteivät kaikki erilaiset oikeusvelvollisuudet suinkaan ole samanarvoisia keskenään. Niinpä jos laki velvoittaa ilmoittamaan määrätyt tekeillä olevat rikokset, niin ilmoittamatta jättäminen ei suinkaan perusta rangaistusvastuuta tahallisesti tai tuottamuksellisesti aiheutetusta seurauksesta, vaan yksinomaan itse ilmoittamatta jättämisestä seuraa rangaistus. Toisaalta on selvää, lausuu Rümelin, että joukko velvollisuudenvästaisia laiminlyöntejä perustaa yhtäläisen vastuun seurauksen estämättä jättämisestä, kuin positiivisella teolla aiheutettu seuraus. Rümelin sivistinä jättää kuitenkin sen kysymyksen lähemmän selvittelyn, milloin kussakin eri tapauksessa laiminlyönti on vastuuseen rinnastettavissa positiiviseen tekoon, kriminalistien huoleksi, sillä kajoaminen rikosoikeudellisiin detaljeihin »würde eine zweifellose Kompetenzüberschreitung seitens des Civilisten», kuten hän todellisen oppineen vaatimattomaan tapaan lausuu. Mutta jokatapauksessa, sanoo Rümelin, täytyy laiminlyönnin olla *conditio sine qua non* seuraukselle, ja seurauksen adekvaattinen tulos laiminlyönnistä, jotta laiminlyönti perustaisi vastuun seurauksesta.⁸¹

Rümelin päätyy tutkimuksessaan siihen lopputulokseen, että lain tunnusmerkistöissään käyttämät aiheuttamista kuvaavat sanonnat, kuten aiheuttaa, seurata, syntyä ja lähemmin nimenomaan positiivista suhtautumista kuvaavat tappaa ja rikkoa, käsittävät myös aina määrättyjä laiminlyöntirikoksia. Tarkastelun tulee tällöin kuitenkin perustua restriktiiviseen tulkintaan, sillä on pidettävä mielessä, että kun laki liittää syyksiluettavaan seurauksen aiheuttamiseen rangaistusvastuun, niin vastuu edellyttää tällöin aina, että on rikottu oikeudellista velvollisuutta vastaan.⁸²

⁸¹ Rümelin, s. 152—153.

⁸² Rümelin, s. 167—168. — Rümelinin käsityskantaa lähimpänä lieenee v. Zahn, joka kuitenkin pitää ratkaisevana tulkinnessa yksityisiä teonsanoja tunnusmerkistöissä, eikä abstraktista »aiheuttaa» sanontaa, sillä jokaisella sanalla on oma kausaalinen värytyksensä mielipiteen mukaan, joten pelkkä »aiheuttaa» on ikäänkuin tyhjä lehti, joka on täytettävä, jotta ilmenisi, mitä on »aiheutettu» (v. Zahn, GS 1906, s. 4). Käsityskannan mukaan yleisellä säännöllä ei ole määrättävissä, milloin tunnusmerkistön kuvaamat teonsanat kulloinkin käsittävät sovelletusti myöskin laiminlyönnin, vaan on jokainen teonsana erikseen tutkittava, jotta voitaisiin päätellä, mikä tai mitkä niistä soveltuvat myös passiiviseen suhtautumiseen (v. Zahn, GS 1906, s. 24 ja 50). Laiminlyönnin kausaalisuus on pääteltävissä ainoastaan kunkin tunnusmerkistön sisältämästä kausaalisuuskuvauksesta. Niinpä v. Zahn (e.m.k., s. 20) lausuu: »Es gibt nur zwei — — — Anhaltspunkte, wenn die Frage der Kausalität — — — beantwortet werden soll, nämlich erstens der Tatbestand des Gesetzes, dem bildlich gesprochen, nicht mehr zugemutet werden kann, als er

Siltä osin kuin tutkimus kohdistuu lain perustamaan oikeudelliseen velvollisuuteen estää vahingollisen seurauksen syntyminen, on Rümelin viitoittamaa tietä neljännesvuosisataa myöhemmin kulkenut *Edmund Mezger*. Periaatteessa hän on asettunut sille ennestään jo omaksumalle kannalle, että laiminlyönnin rikosoikeudellinen vastuu edellyttää erityisen oikeudellisen velvollisuuden olemassaoloa. Pelkkä moraalinen velvollisuus ei voi Mezgerin mielestä perustaa vastuuta laiminlyönnistä.⁸³ Erityinen oikeudellinen velvollisuus perustaa kuitenkin rangaistusvastuun Mezgerin mukaan estämättä jätetystä seurauksesta vain silloin, kun oikeusvelvollisuudesta todistettavasti ilmenee tar-

nach allgemeinem Sprachgebrauche zu leisten vermag, zweitens die vernünftige Erwägung, die in jedem Falle prüft, ob es dem Geiste eines bestimmten Gesetzes, den Interessen der Gesamtheit — — — angemessen ist, die Worte des Tatbestandes bis zu ihrer äussersten Ausdehnungsfähigkeit auszudehnen». v. Zahn toteaa, ettei täyttä varmuutta voida hänen ehdottamallaan menettelyllä saavuttaa edes objektiivisimmallakaan tulkinnalla, mutta toisaalta on yleisesti myönnettävä kaiketi, sanoo v. Zahn, että yhtäläisesti kaikissa kausaalisuutta koskevissa kysymyksissä vallitsee suhteellinen epävarmuus (v. Zahn, e.m.k., s. 20). — Vrt. myös *Ernst Beling*in kirjoitusta »Der gegenwärtige Stand der Strafrechtlichen Verursachungslehre» vuodelta 1932 »Der Gerichtssaal» julkaisussa. Kuten v. Zahn, niin myös *Beling* katsoo, ettei lainsäätäjätunne mitään abstraktista aiheuttamisen käsitettä. Niinpä hän tästä (m.k., s. 6) lausuu, ettei lainsäätäjätunne ole luonut mitään aprioris-filosofista aiheuttamisen käsitettä. »Aus solch abstrakten Höhen heraus hat er das Leben nicht angeschaut. Er schildert vielmehr für jeden einzelnen Deliktstypus die Art der Verhaltens, das er meint, gesondert: hier spricht er von »Töten», dort von »Wegnehmen», wieder anderswo von »Schwören» usw.» Käsityskannan mukaan tämän johdosta juristin tehtävänä ei suinkaan ole osoittaa, mikä on yhtenäisen aiheuttamisen käsite, vaan hänen tulee, tarkoin analysoimalla kunkin rikoksen tunnusmerkistö, selvittää, minkälaista aiheuttamista lainsäätäjätunne kulloinkin kuvauksellaan tarkoittanut. *Beling* on aivan erikoisesti korostanut (m.k., s. 7), että lainsäätäjätunne merkistöissään käyttämät elämän jokapäiväisestä kielenkäytöstä otetut sanonnat on tulkittava »— — — funktionell-teleologisch aus dem gesetzgeberischen Gedankenkreise heraus — — —». Myös nimenomaan kysymys siitä, sisältääkö teonsanalla kuvattu tunnusmerkistö laiminlyönninkin, voidaan ratkaista tulkitsemalla kysymyksessä olevan lainkohdan tarkoitusta, »ohne sich über die »Kausalität der Unterlassung« den Kopf zu zerbrechen». Ks. *Beling*, m.k., s. 9.

⁸³ *Mezger*, Strafrecht, s. 139: »Erforderlich ist die Begründung durch Rechtsatz: eine bloss moralische Pflicht begründet keine strafrechtliche Haftung. Leider beachtet die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs diesen Gesichtspunkt zu wenig, trotzdem sie seine grundsätzliche Berechtigung anerkennt; sie macht damit ohne gesetzliche Grundlage bloss moralisch-soziale Pflichten zu rechtlichen Pflichten, was eine ungerechtfertigte Ausdehnung des Kreises der Unterlassungsverbrechen in der Praxis zur Folge hat».

koitus vastuullistuttaa laiminlyönnistä rangaistusseuraamuksin.⁸⁴ Tämän toteamiseksi on käytettävä laintulkintaa.⁸⁵ Sanotussa suhteessa lain tarkoituksen selvittäminen on sitäkin välttämättömämpää, kun oikeusjärjestys voi asettaa muita oikeusseuraamuksia laiminlyönnistä kuin rangaistusvastuun.⁸⁶

Velvollisuusperusteista Mezger mainitsee, että sopimukseen perustuva oikeusvelvollisuus vastuullistuttaa rikosoikeudellisesti estämättä jätetystä seurauksesta ainoastaan, kun velvoittautumalla on luotu erikoisen vaarallinen tila tai ennestään olevan vaaran lisääntyminen, ja kun velvoittautumisen tarkoituksena on vaaran torjuminen.⁸⁷ Edelläkäyneestä toiminnasta johtuneen seurauksen estämättä jättäminen perustaa rangaistusvastuun laiminlyöjälle silloin, kun hän on edelläkäyneellä toiminnallaan tahallisesti tai tuottamuksellisesti luonut seuraukseen johtavan vaarantilan. Vaikeuksia saattaa tuottaa sen kysymyksen oikea ratkaiseminen, seuraako vastuu seurauksen estämättä jättämisestä myös silloin, kun edeltävä toiminta on objektiivisesti oikeudenvastainen, mutta subjektiivisesti ei syyksiluettava. Ratkaisun täytyy perustua tällöin kohtuullisuusharkintaan in casu, sillä velvollisuuden sisältöä ei voida arvostella abstraktisesti, vaan ottamalla huomioon olosuhteet in casu.⁸⁸ Itse laiminlyönnin rangaistavuuteen nähden estämättä jätetystä seurauksesta Mezger ehdottaa de lege ferenda rangaistusta alennettavaksi rikoksen yrityksen ja varsinaisen osallisuuden rangaistusta vastaavaksi.⁸⁹

Mezgerin vaatiessa laiminlyönnin rikosoikeudellisen vastuun rajoittamista, vaatii puolestaan *Siegrid Kissin* 1933 julkaistussa väitöskir-

⁸⁴ Mezger, Strafrecht, s. 140: »erforderlich zur Haftung für den Erfolg ist eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung, die den erweislichen Sinn hat, eine strafrechtliche Haftung für den Erfolg begründen zu wollen. Es genügt mithin nicht das blosse Bestehen der Pflicht, selbst dann nicht, wenn diese Pflicht auferlegt ist, damit Erfolge dieser Art abgewendet werden«. Vrt. myös s. 140—141: »es bedarf — — —, des besonderen, im Wege der Auslegung des Gesetzes usw. zu gewinnenden Nachweises, dass die Begründung der Pflicht zugleich ein strafrechtliches Haftbarmachen für den Erfolgseintritt in sich schliesst».

⁸⁵ Mezger, Strafrecht, s. 141.

⁸⁶ Mezger, Strafrecht, s. 142.

⁸⁷ Mezger, Strafrecht, s. 144: »Wo durch die Pflichtübernahme eine besonders gefährdete Lage oder eine Steigerung der vorhandenen Gefahr geschaffen wird und die Übernahme zwecks Abwendung dieser Gefahr geschieht, da besteht auch strafrechtliche Haftung für die Folgen der Pflichtverletzung, sonst nicht».

⁸⁸ Mezger, Strafrecht, s. 146—147.

⁸⁹ Mezger, Strafrecht, s. 148—149.

jassaan »Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten» laiminlyönnin vastuun laajentamista. Todettuaan, että jos laiminlyönnin kausaalisuus kiistetään, niin siitä tullaan johdonmukaisesti ajatellen siihen väärään ratkaisuun, että ainoastaan positiivinen suhtautuminen voi toteuttaa seurausrikoksen tunnusmerkistön,⁹⁰ Kissin myöntää laiminlyönnin kausaalisuuden,⁹¹ katsoen, ettei teon ja laiminlyönnin kausaalisuuden välillä ole mitään periaatteellista eroa,⁹² mitä ei myöskään ole itse positiivisen ja negatiivisen suhtautumisen välillä tunnusmerkistön toteuttavana.⁹³ Kun laiminlyönti on siten samojen sääntöjen alainen kuin tekokin, niin laiminlyönti samoin kuin tekokin perustaa aina rangaistusvastuun, milloin rangaistusta poistavia perusteita ei ole.⁹⁴

Rakentaen tutkimuksensa Sauerin opille oikeussideasta, Kissin päätyy siihen tulokseen, että rikoslaki voi vaatia vahingollisen seurauksen estämisen positiivisella toiminnalla silloin, kun seurauksen estämisestä on valtiolle ja sen jäsenille enemmän hyötyä kuin vahinkoa. Määräävänä positiiviselle oikeudelle on tässä suhteessa »oikea oikeus».⁹⁵ Asettuen näin materiaalsen oikeudenvastaisuusopin kannalle, Kissin pyrkii laajentamaan laiminlyönnin velvollisuusperustepiiriä käsittämään muitakin kuin positiiviseen oikeuteen kuuluvia velvollisuuksia, vaatimalla, ettei kysymystä laiminlyönnin rangaistavuudesta olisi ratkaistava » — — — unter zu ängstlicher Berücksichtigung positiv-rechtlicher, — — — Gesichtspunkte».⁹⁶

Kissinin positivismin vastaisesta asenteesta ilmeni jo piirteitä niistä samaan suuntaan menevistä pyrkimyksistä, jotka kansallissosialismin valtakautena Saksassa ilmenivät ja jotka siellä vähitellen pääsivät määrääviksi. Kun kansallissosialistinen liike tammikuun 30 päivänä 1933 tuli valtaan, niin kysymyksessä ei ollut vain hallitusmiesten vaihdos, vaan uuden elämänskatsomuksen valtaan pääseminen, joka oli jyrkästi sitä ennen vallinneiden käsitystapojen ja aatteiden vastainen. Kansallissosialismin mukaan siihenastinen oikeus, joka käsityskannan mukaan oli individualistinen ja materialistinen, pyrki suojelemaan yk-

⁹⁰ Kissin, s. 6.

⁹¹ Kissin, s. 13: » — — — tatsächlich auch einem menschlichen Nichttun kausalität zuerkannt werden muss».

⁹² Kissin, s. 42.

⁹³ Kissin, s. 14.

⁹⁴ Kissin, s. 43—44.

⁹⁵ Kissin, s. 89: »Die Strafbarkeit nach richtigem Recht ist — — — entscheidend für die Strafbarkeit nach geltendem Recht».

⁹⁶ Kissin, s. 118.

silöä ja hänen taloudellisia intressejään kanssaihminen ja valtion mahdollisilta loukkauksilta. Kansallissosialismi, joka asetti korkeimmaksi arvoksi rodullisen kansankokonaisuuden, vaati, että oikeuden tuli turvata kansankokonaisuuden intressit, sillä yksilöllä oli merkityksensä vain kansankokonaisuuden osana. Aikaisempi oikeus, joka käsityksen mukaan perusti ratkaisunsa analysointiin ja konstruktiooneihin, oli vieras kansalle (volksfremd). Uusi oikeus, joka vaati ratkaisun perustamista yksittäistapaukseen terveen oikeustajunnan pohjalta, katsottiin kansanomaiseksi oikeudeksi (volkstümliches Recht). Oikeuden tuli käytetyn iskunan mukaan »etisoitua». Lainsäätäjä, tuomioistuimet ja oikeustiede saivat perustehtäväkseen toteuttaa kukin alallaan uuden elämäkatsomuksen sisältämät ideat, jotka tuskin missään muussa oikeustieteen haarassa saivat niin suuren merkityksen ja tulivat siinä määrin mielenkiinnon kohteeksi kuin rikosoikeudessa. Niin myös laiminlyönnin probleeman tarkastelu joutui uuteen vaiheeseen. Kaikkein luonteenomaisimman ilmauksensa uusi oikeuskatsomus sai *Schafsteinin* »Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts» nimisessä kirjoituksessa.

Schafsteinin käsityksen mukaan aikaisemmat teoriat, jotka laiminlyönnin rangaistavuuden kriteerioksi olivat ottaneet oikeusvelvollisuudenvastaisuuden, olivat siten abstraktis-normatiivisen luonteensa mukaisesti tehneet sen perusvirheen, että ne olivat asettaneet rangaistusarvioinnin riippuvaiseksi toisilta oikeusaloilta, ennenkaikkea siviilioikeudesta mielivaltaisesti tuotetuista käsitteistä ja konstruktiooneista.⁹⁷ Hän asettui vastustamaan tällaista rikosoikeuden sivilisoimista (»Zivilisierung des Strafrechts»), vaatien, että kysymys rangaistavuudesta on ratkaistava yksinomaan rikosoikeudellisia näkökohtia silmälläpitäen. Oikeusvelvollisuusoppi ei voinut johtaa oikeisiin tuloksiin mielipiteen mukaan, sillä se joko liiallisesti supisti⁹⁸ tai laajensi⁹⁹ rangaist-

⁹⁷ *Schafstein*, s. 75.

⁹⁸ Esimerkkinä *Schafstein* mainitsee tädin, joka ottaa huolehtiakseen sukulaislapsestaan, mutta jättää sen hoitoa vaille, jolloin lapsi kuolee. Oikeusvelvollisuusopin mukaan olisi täti tällöin jätettävä rankaisematta, kun kerran hänellä ei ole lakiin perustuvaa huoltovelvollisuutta, sanoo *Schafstein*. Ja jos oikeusvelvollisuus perustuisi sopimukseen, niin päädyttäisiin kielteiseen tulokseen, jos sopimus olisi siviilioikeudellisesti mitätön. Ks. *Schafstein*, s. 75 ja 79.

⁹⁹ Oikeusvelvollisuusoppi laajentaa mielivaltaisesti rangaistavan laiminlyönnin alaa, rinnastaessaan toisiinsa positiivisen ja negatiivisen suhtautumisen. Tästä *Schafstein* lausuu: »Zweifelloso ist derjenige strafwürdig, der es unterlässt, bei einem Bootsunglück dem Verunglückten zu Hilfe zu leisten. Aber niemand wird ihn unter der

tavan laiminlyönnin piiriä. Oikeusvelvollisuuskriteerion käyttö ei kuitenkaan ole johtanut oikeuskäytännössä niin mahdollisiin tuloksiin, kuin olisi voinut sen odottaa vievän, mikä puolestaan saa selityksensä siitä, että » — — — das Reichsgericht zwar regelmässig in den Begründungen seiner Entscheidungen vom Rechtspflichterfordernis ausgeht, im Entscheidungsergebnis aber mit grossem Geschick den Ungerechtigkeiten seiner allzu folgerichtigen Anwendung hat ausweichen können.¹⁰⁰ Mutta kun tämä jotenkin siedettävä oikeuskäytännön tulos on kuitenkin saavutettu Schafsteinin mukaan kiertoteitä ja luopumalla teoreettisesta johdonmukaisuudesta, niin se ei suinkaan puhu oikeusvelvollisuuskriteerion käyttökelpoisuuden puolesta, vaan nimenomaan sitä vastaan.¹⁰¹ Oikeusvelvollisuusoppi onkin Schafsteinin mielestä osoittautunut toivottomaksi yritykseksi verhota luonnolliseen oikeustajuntaan perustuvat ratkaisut »mit einem komplizierten Gerüst abstrakter Normen — — —», ja sitten jälleen »um den Schein zu wahren, aus diesem Normengefüge heraus, »logisch« zu begründen».¹⁰²

Se ero, jonka aikaisemmat teoriat olivat perustaneet moraalisten ja oikeudellisten velvollisuuksien välille, menetti kokonaan merkityksensä kansallissosialistisessa oikeuskatsomuksessa.¹⁰³ Mutta rangaistavuuden mittapuuksi ei suinkaan kelvannut uudessa tieteessä enempää kristillinen lähimmäisenrakkausoppi kuin rationalistinen hyötymoraalioppikaan, vaan yksinomaan »völkische Sittenordnung».

Mainitun uuden oikeuskatsomuksen mukaisesti *Schafstein* katsoi, että suhtautuminen on rangaistavaa, kun se on velvollisuuden vastaista eikä pelkästään, kun se on oikeusvelvollisuuden vastaista. Mutta jos jokainen velvollisuudenvastainen suhtautuminen olisi sellaisenaan rangaistavaa, kun laiminlyöjä vain olisi toiminnallaan voinut estää seurauk-

alleinigen Voraussetzung, dass er durch seine Hilfe den Tod eines Verunglückten hätte verhindert können, und dass er den unglücklichen Ausgang überlegt und mit dolus eventualis in den Kauf genommen hat, wegen dieses Unterlassens als Mörder mit dem Tode bestrafen wollen. Auch hier offenbart sich in der Unbrauchbarkeit des an sich folgerichtigen Ergebnisses der Fehler in der Konstruktion des Rechtspflichtkriteriums». Ks. *Schafstein*, s. 82.

¹⁰⁰ *Schafstein*, s. 74.

¹⁰¹ *Schafstein*, s. 74.

¹⁰² *Schafstein*, s. 83.

¹⁰³ *Schafstein*, s. 96: »Die frühere Engegensetzung von Rechtspflicht und sittlicher Pflicht, die nur im Rahmen einer positivistischen Rechtsauffassung möglich ist, hat im nationalsozialistischen Staat ihren Sinn verloren».

sen syntymisen,¹⁰⁴ niin rikosoikeudellinen vastuu laiminlyönnistä saisi siten mielettömät mittasuhteet. Tämän torjumiseksi oli välttämätöntä kehittää uusi kriteerio laiminlyönnin rangaistusvastuun järjelliseksi rajoittamiseksi. »Dieses Kriterium glauben wir in dem Erfordernis zu sehen, dass der pflichtwidrig Unterlassende als »Täter« des Delikts erscheinen muss, für das er verantwortlich gemacht werden soll».¹⁰⁵ Kriteerion muodostaa Schafsteinin luoma »Tätertypus» konstruktiooni, joka oli kaikkein luonteenomaisin oppi kansallissosialistiselle rikosoikeudelle.

Teorian mukaan jokaista rikosta vastaa määrätty tekijätyyppi (Tätertypus): murhaa murhaaja, varkautta varas, väärennystä väärentäjä j.n.e. Tekijätyyppi lankeaa usein yhteen rangaistavaa suhtautumista kuvaavan tunnusmerkistön kanssa, mutta tunnusmerkistö ei ratkaisevasti osoita, ketä on kulloinkin pidettävä tekijätyyppinä, sillä tunnusmerkistöllä itse suhtautumista kuvaavana on ainoastaan indisoiva merkityksensä tekijätyypin toteamiseksi. Tekijätyypin olemus ei määräydy ainoastaan oikeushyvän loukkaamisen, vaan ennenkaikkea rikoksen toteuttamisen laadun, tekijän konkreettisen velvollisuusaseman, hänen suhtautumistaan vastaavan mielenlaadun ja hänen tekonsa motiivien mukaan. Mitä yksipuolisimmin ainoastaan erinäiset näistä tekijätyyppejä konstituovista momenteista ilmenevät lain tunnusmerkistöstä, ja mitä enemmän tunnusmerkistöissä on rajoitettu kuvaamaan ainoastaan teon objektiivisia tunnusmerkkejä, sitä useammin tulevat kulloinkin kysymyksessäolevassa rikoksessa tekoa kuvaava tunnusmerkistö ja tekijätyyppi poikkeamaan toisistaan. Niinpä syytetty voi vastata murhaajan tyyppiä, vaikkei hänen suhtautumisensa täyttäisikään tämän rikoksen laissa kuvattua tunnusmerkistöä,¹⁰⁶ joten analogiakiellon tultua kumo-

¹⁰⁴ Schafstein pitää itsestään selvänä, että laiminlyönti on kausaalinen, sillä hän käyttää laiminlyönnistä sanontaa »ursächliches». Vrt. toisiinsa hänen kirjoituksensa s. 95 ja 102.

¹⁰⁵ Schafstein, s. 102.

¹⁰⁶ Myös Mezger on asettunut »Tätertypus» opin kannalle. Niinpä hän kirjoituksessaan »Die Straftat als Ganzes», ZStrW 1937, s. 680 lausuu: » — — im Grunde genommen jeder gesetzliche Tatbestand mit seinem paar spärlichen sog. Tatbestandsmerkmalen nichts anderes als den Versuch bedeutet, bestimmte lebendige Gruppen von Tätertypen als in den Rahmen der Strafbarkeit fallend näher abzugrenzen. Statt der üblichen Kommentierung der einzelnen Gesetzesworte wäre es also die Aufgabe des Gesetzesauslegers, diese Typen, auf die das Gesetz Anwendung finden soll, anschaulich wiedererstehen zu lassen». Mutta Mezger pitäytyy kuitenkin tunnusmerkistössä. Niinpä hän samassa kirjoituksessaan s. 679 lausuu, että Saksan voimassaoleva rikosoikeus on tekorikosoikeutta ja että sitä se on

tuksi, hänet voitiin tuomita rangaistukseen. Jos taas syytetyn suhtautuminen täyttää tunnusmerkistön, mutta häntä ei voida pitää tekijätyyppinä, niin silloin Schafstein kehoittaa tuomaria jättämään käyttämättä tunnusmerkistöön liittyvää rangaistusuhkaa.¹⁰⁷

Schafstein katsoo, että erikoisesti laiminlyöntirikoksissa tunnusmerkistön ja tekijätyypin välinen inkongruenssi on hyvin runsaslukuinen, minkä vuoksi hän vaatii nimenomaan laiminlyönnin osalta huomioitavaksi, että tunnusmerkistöllä on vain indisoiva merkitys rangaistavuutta arvosteltaessa. Tekijätyypin lisäksi on laiminlyönnin rangaistusvastuun edellytyksinä huomioitava loukatun velvollisuuden konkreettinen laatu ja voima. Tekijätyypin symptomaattisia kriterioita ovat Schafsteinin mukaan laiminlyöjän ja loukatun intressin välinen erikoisen läheinen suhde, mikä juuri velvoittaa laiminlyöjän erikoisen suuressa määrin seurauksen estämiseen, rikollinen mieliala ja siihen liittyvät motiivit, mitkä ovat määränneet suhtautumisen, ja lisäksi laiminlyöjän oma edelläkäynyt toiminta, mikä terveen kansantajun (nach gesundem Volksempfinden) mukaan on perustanut velvollisuuden edelläkäyneestä toiminnasta johtuneen vaarantilan torjumiseen.¹⁰⁸ Edellytykset sisältävät siis niinhyyin objektiivisia kuin subjektiivisiakin momentteja. Mainitut edellytykset eivät Schafsteinin mukaan suinkaan ole absoluuttisia, vaan nimenomaan ainoastaan symptomaattisia.

Schafstein katsoo, että laiminlyönnin rangaistavuuskysymystä ei voida ratkaista yleisellä säännöllä. Rikosdogmatiikan tuleekin sanotusta syystä kohdistua erinäisten rikosten ja niitä vastaavien tekijätyyppien tutkimiseen. Tästä Schafstein lausuu: »Erst eine solche Aufspaltung des scheinbar allgemeinen Problems durch eine Betrachtung von Besonderem Teil her kann die letzte Antwort auf unsere Frage ergeben, ob und unter welchen Voraussetzungen ein bestimmtes Erfolgsdelikt auch durch Unterlassung begangen werden kann».¹⁰⁹ Kansallissosialistista

oleva vastaisuudessakin. Tästä seuraa, että teon tekijänä rangaistaan myös sitä, jossa henkilöistyy teolle ominainen »Tätertypus», ja että toisaalta pelkästään »Tätertypus» itsessään ei perusta rangaistusvastuuta, mikä pikemmin aina kytkeytyy tekoon tai laiminlyöntiin. Mezgerin asenne uutta oppia kohtaan ilmentää suurta varovaisuutta. Niinpä hän s. 685 toteaa, että »— — — die ganze Lehre heute noch in ihren allerersten Anfänge steht».

¹⁰⁷ Schafstein, s. 104.

¹⁰⁸ Schafstein, s. 110.

¹⁰⁹ Schafstein, s. 114.

metoodia seuraten Schafstein pyrki siten tutkimuksessaan siirtämään painopisteen rikosoikeuden yleisistä opeista sen erinäisiin oppeihin.¹¹⁰

Schafsteinin kannalle asettuivat muun muassa *Dahm* ja *Niethammer*. Dahmin mukaan laiminlyönnin rangaistusvastuu oli riippumaton siitä, oliko kysymyksessä oikeudellinen vaiko moraalinen velvollisuus.¹¹¹ Mutta tästä ei kuitenkaan voida tehdä sitä johtopäätöstä, että mikä tahansa velvollisuus perustaisi rikosoikeudellisen vastuun laiminlyönnistä. Vastuun rajoittamiseksi Dahm asettikin kriteerioksi Schafsteinin konstruoiman tekijätyyppin, mikä käsite Dahmin mielestä kuitenkin kaipasi selvennystä.¹¹² Positiivisessa suhtautumisessa tekijätyyppin tulee olla kongruentti tunnusmerkistön kanssa, sillä »Der Täter ist der Schatten des Tatbestandes».¹¹³ Kun teko vastaa tunnusmerkistön kuvausta siitä, niin myös tekijä miltei aina vastaa myös rikosnormin tekijätyyppiä. Laiminlyönnin osalta tulos on kuitenkin toinen, sillä tunnusmerkistöt säännönmukaisesti kuvaavat vain positiivista suhtautumista, mitä ei aina läheskään voida vastaavasti soveltaa negatiiviseen suhtautumiseen, joten tekijätyyppi on tällöin se, jonka terve kansantaju (gesunde Volkanschauung) siksi osoittaa.¹¹⁴ Jos laiminlyönti ei vastaa mitään tekijätyyppiä, niin silloin on rangaistavuutta arvosteltaessa turvaututtava lain tunnusmerkistön kuvaukseen. Laiminlyönti on silloin vastuuseen nähden rinnastettavissa tekoon, jos tuomari katsoo ne yksityisessä tapauksessa samanarvoisiksi.¹¹⁵ Velvollisuusperusteina Dahm mainitsee perheen, laajempaa kokonaisuutena taloyhteisyyden (Hausgemeinschaft), julkisen virka-aseman, ammatin harjoittamisen, erikoisen oikeudellisen aseman sekä aivan uutena perusteena kansallissosialistisen puolueen jäsenyyden.¹¹⁶

Niethammerin asennoituminen uuden oikeuskatsomuksen edustajana on sikäli mielenkiintoinen, että hän, jos niin voi sanoa, seisoo kahareihin menneen ja silloisen ajan taitteessa. Ajatuksen muoto on aikaisem-

¹¹⁰ *Mezger* puolestaan katsoo, ettei individualisoiva tutkimus voi ratkaista laiminlyönnin vastuun ongelmaa. Jos vastuun kriteerioksi tulevassa lain uudistuksessa otetaan »Tätertypus», niin »Eine solche Bearbeitung — — — muss sich notwendig vom blossen »Fall-Recht« entfernen». »Tätertypus» on niinollen generalisoitava. Ks. *Mezger*, Die Straftat als Ganzes, ZStrW, 1937, s. 685.

¹¹¹ *Dahm*, ZStrW 1940, s. 164—165.

¹¹² *Dahm*, ZStrW 1940, s. 143.

¹¹³ *Dahm*, ZStrW 1940, s. 151 ja 135—136.

¹¹⁴ *Dahm*, ZStrW 1940, s. 149.

¹¹⁵ *Dahm*, ZStrW 1940, s. 115.

¹¹⁶ *Dahm*, ZStrW 1940, s. 173—174.

pien oppien mukainen, mutta sisältö uusien oppien inspiroima. Reichsgerichtin jäsenenä hän periaatteessa näet pitäytyy oikeusvelvollisuuskäsitteessä,¹¹⁷ mutta valaa siihen uuden oikeuskatsomuksen hengen. Hän lähtee siitä ajatuksesta, että oikeudellinen ja moraalinen velvollisuus eivät ole toistensa vastakohtia. Oikeusvelvollisuus on aina myös moraalinen velvollisuus, mutta sitävastoin moraalista velvollisuutta ei aina ole koroitettu oikeudelliseksi velvollisuudeksi. Siveellisiä velvollisuuksia voidaan jättää täyttämättä, ilman että oikeusseuraamus ehdottomasti kohtaisi laiminlyöjää. Oikeusvelvollisuus on sitävastoin olemassa, kun se on niin voimakas, että sen vastaisesta käyttäytymisestä seuraa rangaistus.¹¹⁸ Oikeusvelvollisuus ei käsityskannan mukaan johdu laista tai sopimuksesta, vaan se perustuu yksinomaan kansankokonaisuuden (Volksgemeinschaft) tahdon sanelemaan oikeuskäsitykseen.¹¹⁹ Käsityskannan mukaan syytetty voidaan tuomita rangaistukseen estämättä jätetystä seurauksesta, vaikkei sellaista tunnusmerkistöä, jota välittömästi voitaisiin sovelluttaa hänen suhtautumiseensa, olisikaan rikoslaissa. Riittää, että tuomari on harkinnassaan päätenyt siihen tulokseen, että syytetyllä oli oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen, ja että se toiminta, johon ei ole ryhdytty, olisi voinut estää vahingollisen seurauksen syntymisen. Tuomarin on tällöin ainoastaan ennen päätöksen antamista selvitettävä itselleen, että hänen oikeustuntonsa on yhdenmukainen kansan oikeustajunnan (Volksempfinden) kanssa, t.s. että hänen oikeustuntonsa on sopusoinnussa sen oikeuden kanssa, »das in den Herzen der erfahrenen, tüchtigen und auf das Wohl der Gesamtheit bedachten Volksgenossen lebt».¹²⁰ Kun oikeusvelvollisuuden lisäksi rangaistavuuden subjektiiviset edellytykset ovat olemassa, niin Niethammer katsoo, että laiminlyönti silloin on vastuuseen nähden täysin rinnastettavissa positiiviseen tekoon.¹²¹

Vastoin Niethammeria Dröst puolestaan on asettunut sille kannalle, ettei kansallissosialistisen rikosoikeuden mukaan voi olla edes puhetta

¹¹⁷ Niethammer, ZStrW 1938, s. 437: »Wer die Merkmale der Pflichtwidrigkeit des Unterlassens bestimmen will, muss die Scheu vor dem Wort »Rechtspflicht« überwinden».

¹¹⁸ Niethammer, ZStrW 1938, s. 437: »Eine Pflicht ist Rechtspflicht, wenn sie soviel Kraft hat, dass der Mensch, der ihr zuwiderhandelt, eine Rechtsfolge, insbesondere die schwere Rechtsfolge einer Strafe tragen muss».

¹¹⁹ Niethammer, ZStrW 1938, s. 438: »die aus dem Willen der Gemeinschaft entwickelte Vorstellung vom Recht».

¹²⁰ Niethammer, ZStrW 1938, s. 439.

¹²¹ Niethammer, ZStrW 1938, s. 451—458.

laiminlyönnin ja teon rinnastamisesta toisiinsa rangaistusvastuun suhteen. Tosin tavanomaisen oikeuden vaikutuksesta seurauksen estämättä jättäminen on rinnastettu sen teolla aiheuttamiseen silloin, kun oikeusvelvollisuuden vastaisesti laiminlyöty toiminta olisi voinut estää seurauksen syntymisen, mutta laiminlyönnin ja teon yhdenvertaistaminen on ainoastaan »eine falsche Generalisierung der in der Kasuistik mancher Verussachungsdelikte, besonders der Tötungsdelikte, ehemals entwickelten Lehren».¹²² Täysin väärä on Drostin mielestä se edellisestä välttämättömästi seuraava johtopäätös, että laiminlyönnistä on joko rangaistava kuten teosta tai jätettävä siitä kokonaan rankaisematta, sillä velvollisuuden vastainen seurauksen estämättä jättäminen voi olla periaatteellisesti lievemmän rangaistuksen arvoinen kuin vastaavasti teolla aiheutettu seuraus.¹²³

Laiminlyönnin rangaistavuus edellyttää myös Drostin mukaan oikeusvelvollisuutta estää vahingollisen seurauksen syntyminen. Pelkästään siveellinen velvollisuus ei riitä vastuullistuttamaan laiminlyönnistä. Drost korostaa, ettei pelkästään siveellisten velvollisuuksien loukkaaminen voi olla rangaistavaa, sillä rangaistus on oikeusseuraamus. Vain ne velvollisuudet ovat oikeudellisia, mitkä lainsäätäjä on ottanut tunnusmerkistöihin. Vain lainsäätäjän vallassa on päättää, mitkä velvollisuudet on katsottava oikeudellisiksi. Ratkaisua ei voida perustaa kansan oikeustajuntaan. Se olisi Drostin mielestä mahdollista ainoastaan mikäli »alle Richter hinsichtlich unserer völkischen Gemeinschaftsethik und ihrer Anforderungen die selben Auffassungen haben würden», mikä on kuitenkin pelkkää toiveajattelua, jota seuraten päädyttäisiin lainkäytössä mitä arveluttavimpaan epävarmuuteen laiminlyönnin rangaistavuuden rajoista.¹²⁴

Joskin Drost aikaisempien teorioiden mukaisesti asettaa vastuun kriteriöksi oikeudellisen velvollisuuden, niin hän toisaalta pitää mahdolltomana, että oikeusvelvollisuus voisi perustua yksityisoikeuden säännöksille tai sopimukseen, sillä rangaistusseuraamuksen velvollisuuden vastaisesta suhtautumisesta määrää valtio, joten velvollisuus, joka perustaa rangaistavuuden, on velvollisuus valtiota kohtaan. Niitä velvollisuuksia, jotka valtio asettaa jäsentensä (Volksgenossen) täytettäväiksi, eivät nämä voi keskinäisellä sopimuksella muuttaa tai vielä vähemmän

¹²² Drost, GS 1937, s. 5—6.

¹²³ Drost, GS 1937, s. 48.

¹²⁴ Drost, GS 1937, s. 33—34.

perustaa. Ajatuksesta ilmenee lauseen: *Jus publicum pactis privatorum mutari non potest* tunnustetuksi pääseminen.¹²⁵

Kun rikoslaki kuitenkin kuvaa ainoastaan aniharvoissa tunnusmerkistöissään epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen, niin on turvauduttava, lain ja sopimuksen tultua hyljättyiksi oikeusvelvollisuusperusteina, kirjoittamattomaan lakiin, jonka suuri merkitys on Drostin käsityksen mukaan opittu tuntemaan muuttuneen oikeuskatsomuksen ansiosta. Kaiken oikeuden lähteenä olivat Drostin mielestä lopulta Saksan kansan tietoisuudessa elävät yhteiselämän säännöt (*die Regel des volksgenössischen Zusammenlebens*). Näistä lähteistä ovat peräisin myös ne toimintakäskyt, joiden täyttämättä jättämisestä seuraa rangaistus.¹²⁶

Drostin esittämä ajatus oikeusvelvollisuuden perusteesta on täysin ristiriitainen hänen saman kirjoituksensa lopussa ehdottamansa yleissäännöksen kanssa, missä hän muun muassa lausuu: »Jos vahingon tai vaaran torjumisvelvollisuus perustuu oikeustoimeen, niin laiminlyönti on rangaistava, jos loukattu ei voinut itse torjua vahinkoa tai vaaraa tai jos hänellä, jättäessään vahingon tai vaaran torjumatta, oli syytä luottaa, että siihen sitoutunut täyttäisi velvollisuutensa».¹²⁷ Vastoin aikaisempaa väitettään hän kuitenkin toteaa tuossa yleissäännöksessään oikeusvelvollisuuden voivan perustua — sopimukseen!

»Uutta oikeustiedettä» vastaan asettui päättävästi Nagler »Die Problematik der Begehung durch Unterlassung» nimisessä tutkimuksessaan. Nagler toteaa aluksi, että (kansallissosialistinen) n.s. Kielin koulukunta ei ole lainkaan selvittänyt luomiaan uusia käsitteitä.¹²⁸ Kuulemme paljon puhuttavan »konkreettisesta elämänjärjestyksestä» ja »Tätertypuksesta», sanoo Nagler, mutta haluamme vain tietää, mitä koulukunta tarkoittaa velvollisuudella ja velvollisuudenvastaisuudella. Kysymykseen koulukunta ei ole antanut minkäänlaista vastausta! Nagler katsoo, että jos rangaistusvastuu laiminlyönnistä jää riippuvaksi siitä, katsooko tuomari harkintansa nojalla laiminlyöjän kussakin eri tapauksessa »Tä-

¹²⁵ Drost, GS 1937, s. 110.

¹²⁶ Drost, GS 1937, s. 16—17.

¹²⁷ Drost, GS 1937, s. 62: »Beruht die Pflicht zur Abwendung des Schadens oder der Gefahr auf einem Rechtsgeschäft, so ist die Unterlassung nur strafbar, wenn der Verletzte den Schaden oder die Gefahr selbst nicht abwenden konnte oder in berechtigtem Vertrauen auf die Pflichterfüllung des Anderen nicht abgewandt hat».

¹²⁸ Nagler, GS 1938, s. 91: »Dem unbefangenen Leser fällt sofort auf, dass wenig bewiesen, aber um so mehr vorausgesetzt wird».

tertypukseksi», niin sitä tietä kuljetaan ennenkuulumatonta oikeusturvattomuutta kohden.¹²⁹

Nagler katsoo, että rangaistavuuden edellytys on suhtautumisen tunnusmerkistön mukaisuus.¹³⁰ Tuomarin on niinollen tulkinnalla todettava, onko määrätty suhtautuminen tunnusmerkistön mukainen. Mutta kun laki ainoastaan aniharvoissa tunnusmerkistöissään on kuvannut passiivisen aiheuttamisen, ei tulkinta siltä osin voi johtaa riittäviin tuloksiin. Ilman muuta ei myöskään voida olettaa, että positiivisen suhtautumisen kuvaava tunnusmerkistö sisältäisi myös negatiivisen suhtautumisen. On näet lukuisia tekorikoksia, joita ei voida toteuttaa passiivisella suhtautumisella. Esimerkkeinä tällaisista Nagler mainitsee väärän valan, kaksinnaimisen ja kaksintaistelun. Tien raivaamiseksi laiminlyönnille tunnusmerkistöihin on Naglerin mukaan mahdollista ainoastaan, mikäli voidaan kehittää yleinen periaate tarkoitukseen aseeksi. Ratkaisun avaimen Nagler katsoo löytäneensä konstruomassaan garantia käsitteessä.

Teoriassaan Nagler lähtee siitä, että tapauksissa, joissa laki on kuvannut laiminlyönnin tunnusmerkistössään, laki ikäänkuin osoittaa laiminlyöjän garantiksi siitä, ettei seurausta syntyisi. Sen, jonka laki on osoittanut garantiksi, velvollisuutena on tehdä vahingottomaksi oikeudenvastainen energia. Garantin asemasta johtuva velvollisuus asettaa passiivisuuden oikeudellisesti samalle asteelle tunnusmerkistön kuvaaman aktiivisuuden kanssa,¹³¹ sillä velvollisuuden vastainen seurauksen estämättä jättäminen sisältää kieltonormin vastaisen suhtautumisen.¹³² Laiminlyönnin asettaminen yhdenveroiseksi teon kanssa ei käsitä tunnusmerkistön laajennusta, vaan ainoastaan tunnusmerkistön oikaisemisen tarkoituksen mukaisella tulkinnalla.¹³³

Itse garantin asema johtuu erityisestä olosuhteesta, mikä voi perustua joko välittömästi oikeusjärjestyksen käskyyn, edelläkäyneeseen toimintaan (Ingerehz) tai oikeustoimeen.¹³⁴ Oikeusvelvollisuuden olemas-

¹²⁹ Nagler, GS 1938, s. 112.

¹³⁰ Nagler, GS 1938, s. 54—55.

¹³¹ Nagler, GS 1938, s. 60: »das Verbot umfasst dann auch die Nichtabwehr mit. Die Pflicht, die Garantie wirksam werden zu lassen, stellt nämlich die Untätigkeit rechtlich auf die gleiche Stufe, wie die im gesetzlichen Tatbestand bezeichnete Aktivität».

¹³² Nagler, GS 1938, s. 61.

¹³³ Nagler, GS 1938, s. 62—63.

¹³⁴ Nagler, GS 1938, s. 63—64. Nagler katsoo, että kysymyksessä on vain vanhan kansanetiikan kunniaansa jälleen saattaminen. Niinpä hän s. 40—41 lausuu:

saolon ja laajuuden toteamiseksi on käytettävä in casu tapahtuvaa sosiaaliseettistä arviointia. Tällöin tulee huomioonotettavaksi myöskin garantin uhrauksen ja torjuttavan vahingon keskinäinen suhde. Esimerkkinä tästä Nagler mainitsee, ettei vartijaa voida velvoittaa henkensä uhalla pelastamaan kallisarvoistakaan konetta vahingolta.¹³⁵

Naglerin tutkimus muodostaa ikäänkuin yhteenvedon niistä tuloksista, jotka siihenastisesti oli saavutettu laiminlyönnin mannermaisessa rikosdogmatiikassa. Hänen tutkimuksensa tarkoituksena oli sulattaa kokonaisuudeksi käyttökelpoiset ainekset vanhoista ja uusista opeista ja pyrkimyksistä. Lähes sata vuotta kestänyt taistelu laiminlyönnin kausaalisuudesta päättyi, jos niin voi sanoa, aselepoon, jonka jälkeen asetuttiin Feuerbachin aikaiselle kannalle laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksessä: siihen lähemmin kajoamatta, laiminlyönnin kausaalisuus katsottiin itsestään selväksi. Oikeusvelvollisuusoppi¹³⁶ puolestaan säilytti vuosisataisen herruutensa, joskin probleeman asettelu sai uusia

»Die alten ewigen Sterne schimmern wieder in ihrer stillen unverbrüchlichen Majestät. Rechtsmässigkeit wie Widerrechtlichkeit bestimmen sich jetzt nach dem »gesunden Volksempfinden«. Das »gesunde Volksempfinden« ist das Stichwort für die sozialethische Einstellung allen Rechts».

¹³⁵ Nagler, GS 1938, s. 64: »Nicht zu letzt muss auch die Proportionalität zwischen den Opfern des Garanten und dem abzuwendenden schaden ausgewogen werden — — —».

¹³⁶ Myös ranskalaisessa laiminlyöntirikosta koskettelevassa vähäisessä tieteisopillisessa kirjallisuudessa oikeusvelvollisuusoppi on Saksasta tulleen vaikutuksen ansiosta saanut jalansijaa. Huomattavin laiminlyöntiä koskeva ranskalainen tutkimus on Maurice Gandin väitöskirja »Du Délit De Commission Par omission». Gandin mukaan (s. 59) laiminlyönti on rangaistava vain silloin, kun se loukkaa oikeudellista toimintavelvollisuutta. Oikeusvelvollisuus perustuu Gandin mukaan joko lakiin tai sopimukseen. Sopimus saattaa olla joko nimenomainen (expresse) tai konkludenttinen (vaijeten tehty tacite). Lisäksi saattoi oikeusvelvollisuus johtua kvasisopimuksesta laiminlyöjälle, joka herätti toisessa miellekuvan siitä, että hän torjui mahdollisesti syntyvän vaaran. Siten laiminlyöjä velvoitautui estämään vahingollisen seurauksen. Ks. Gand m.t., s. 61: »Cette confiance dans l'action omise pourra être fondée sur la loi ou sur la convention, soit expresse, soit tacite. La formule se développera donc en trois termes et embrassera: 1. Les actes commandés par la loi ou les règlements de l'autorité publique, 2. Les actes devant résulter de l'exécution d'un contrat de droit privé ou public, 3. Les actes devant résulter de l'exécution d'un quasi contrat privé ou public». Tämä Gandin esittämä saksalaisen esikuvan mukainen oikeusvelvollisuusoppi joutui arvostelun kohteeksi P. Lerebours-Pigeonnièren vuoden 1901 Revue pénitentiaire julkaisussa olleessa kirjoituksessa »Du délit de commission par omission». Lerebours-Pigeonnièren mukaan laiminlyönti on rangaistava, kun siitä ilmenee rikollinen tahto (»une

piirteitä. Heräsi näet pyrkimys perustaa ratkaisu kysymyksen ollessa oikeusvelvollisuuden relevanssista, tapausten ratkaisuun in casu. De lege ferenda voidaan katsoa yleisesti vaaditun laiminlyönnistä lievempää rangaistusta kuin teosta.

volonté criminelle»). Epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen rangaistavuuden kriteeriona ei siis mielipiteen mukaan (m.k., s. 738) ollut oikeudellinen velvollisuus, vaan rikollinen tahto. Kysymys ei ollut, kuten Gand väitti, »question d'obligation d'agir», vaan »question d'intention». Ainoastaan mikäli rikollinen tahto ei ollut osoitettavissa, oli laiminlyönti rangaistava, kun laiminlyöjällä oli oikeudellinen velvollisuus seurauksen estämiseen. Kun rikollinen tahto kuitenkin on vain poikkeustapauksissa osoitettavissa, täytynee katsoa, että Lerebours-Pigeonnière päätyi tosiasiaa siihen lopputulokseen, johon Gand oli tullut. Lerebours-Pigeonnièreen mainitusta kirjoituksesta ks. erittäinkin s. 736—737. — Erinomaisen katsauksen anglosaksiseen laiminlyöntiä koskevaan tutkimukseen antaa *Jerome Hall* teoksessaan »General Principles of Criminal Law». Tästä katsauksesta ilmenee, että jo 1800 luvun alussa anglosaksisessa rikosoikeudessa omaksuttiin se periaate, että laiminlyönti perusti rangaistusvastuun seurauksesta ainoastaan silloin, kun laiminlyöjällä oli oikeudellinen velvollisuus toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi. Kuvaavana tästä on muuan oikeustapaus jo vuodelta 1802, jossa oikeus lausui päätöksessään, että oli rikos »to refuse or neglect to provide sufficient food, bedding, etc. to any infant of tender years — — — whom a man was obliged by duty or contract to provide for — — —». Eräässä myöhemmässä päätöksessä vuodelta 1826 julkilausuttiin, että ellei ollut oikeudellista velvollisuutta toimia seurauksen estämiseksi, niin laiminlyönti ei ollut rangaistava. Kysymyksessä olevassa tapauksessa mielisairas, joka asui sisarustensa luona, jätettiin vaille hoitoa. Oikeus hylkäsi laiminlyöneitä sisaruksia vastaan nostetun syytteen, lausuen päätöksessään, että »omission, without a legal duty, will not create an indictable offence». Samoihin aikoihin *Macaulay* oli tieteisopissa esittänyt samankaltaisen ajatuksensa laiminlyönnin rangaistavuudesta. Hän hylkäsi *Benthamin* ja tämän oppilaan *Livingstonin* ajatuksen laiminlyönnin rangaistavuudesta. Nämä olivat näet sitä mieltä, että laiminlyönti oli rangaistava, jos seuraus jätettiin estämättä, vaikkei sen estäminen olisi vaatinut enempää rahallista kuin muutakaan uhrausta. Niinpä *Livingston* lausui, että ihmisen pelastamatta jättäminen hengenvaarasta oli rangaistavaa, jos pelastaminen olisi voinut tapahtua »without personal danger or pecuniary loss». Asettuun vastustamaan tällaista käsityskantaa, *Macaulay* lausui: »We must grant impunity to the vast majority of — — — omissions which a benevolent morality would pronounce reprehensible, and must content ourselves with punishing such omissions only when they are distinguished from the rest by some circumstances which mark them out as peculiarly fit objects of penal legislation.» Hall mainitsee, että vallitseva oppi on jatkuvasti oikeusvelvollisuusopin kannalla. Tästä hän lausuu: »The accepted doctrine is: criminal omissions rest on legal duties to act. — where there is no such legal duty, there can be no criminal omission». Ks. m.t., s. 245—250.

B. Johtavat pohjoismaiset teorialat.

a) Norja, Ruotsi ja Tanska.

Mannermaalta kantautuneiden herätteiden vaikutuksesta myös Pohjoismaissa laiminlyönti tuli tutkimuksen kohteeksi 1800 luvun alussa. Tämän tutkimuksen syntysanat lausui *Anders Sandøe Ørsted* vuonna 1817 ilmestyneen »Eunomia» nimisen teoksensa toisessa osassa.

Mannermaisena esikuvan mukaisesti *Ørsted* jakaa negatiivisen suhtautumisen kahteen eri ryhmään. Ensimmäiseen kuuluvat ne tapaukset, joita myöhemmin on nimitetty varsinaisiksi laiminlyöntirikoksiksi. Näissä tapauksissa, sanoo *Ørsted*, ei ole kysymys »en Villen mod Loven», vaan »en Ikkevillen efter Loven», mikä ilmenee siitä, ettei ole täytetty lain käskyä.¹³⁷ Esimerkkinä hän mainitsee yleisen velvollisuuden ryhtyä toimenpiteisiin tekeilläolevien rikosten estämiseksi, mikä velvollisuus *Ørstedin* mukaan ei rajoitu yksin tekeillä olevien rikosten ilmoittamiseen viranomaisille, vaan käsittää kaikki ne mahdolliset keinot, mitkä kulloinkin ovat käytettävissä, sillä »Det paaligger — — i Folge den borgerlige Forenings Aand, enhver Privathmand, som enten, ved at advare den Efterstraebte, eller ved Anmeldelse for Øvrigheden, eller ved andre Midler, er i Stand til at afvaerge Forbrydelser, at benytte denne Lejlighed».¹³⁸ Tällaisen käskyn rikkomisesta, jota *Ørsted* nimittää »reen negative Forbrydelse», laiminlyöjää oli rangaistava seuraukseen katsomatta, pelkästään itse laiminlyönnistä eikä missään tapauksessa seurauksesta, vaikka sellainen olisikin syntynyt, sillä vaikkei häntä olisi ollut lainkaan olemassa, sanoo *Ørsted*, niin seuraus olisi tällöin joka tapauksessa syntynyt.¹³⁹ Laiminlyöjää oli mainitussa tapauksessa rangaistava yksistään lain käskyn täyttämättä jättämisestä.¹⁴⁰ Jos sitävastoin laiminlyöjä oli ottanut erityiseksi tehtäväkseen rikosten estämisen, on hän »medvirkende Aarsag til Forbrydelsen», sillä jos hän ei olisi vastaanottanut tehtävää, olisi sen ottanut joku toinen suorittaakseen, joka otaksuttavasti olisi myös täyttänyt velvollisuutensa.¹⁴¹ Esimerkkinä tähän ryhmään kuuluvista tapauksista *Ørsted* mainitsee vanhan kouluesimerkin äidistä, joka jättää lapsensa hoitoa vaille, niin että

¹³⁷ *Ørsted*, s. 277.

¹³⁸ *Ørsted*, s. 175.

¹³⁹ *Ørsted*, s. 173.

¹⁴⁰ *Ørsted*, s. 175.

¹⁴¹ *Ørsted*, s. 177.

se äidin tarkoituksen mukaisesti siitä kuolee. »Den Moder, — — — er vist nok en Morderske». Sanotussa tapauksessa negatiivinen suhtautuminen on rinnastettavissa positiiviseen toimintaan.¹⁴² Ørsted toteaa, että edelläkäynyt toiminta, mitä nimitystä hän ei muuten käytä enempää kuin käsitettä oikeusvelvollisuuskään, voi perustaa velvollisuuden supplementaarisiin toimenpiteisiin. Niinpä hän katsoo, että sitä, joka haavoittamatta toista hengenvaarallisesti, jättää uhrinsa avuttomaan tilaan, missä tämä menehtyy haavoihinsa, on rangaistava tahallisesta taposta, mikäli voidaan katsoa hänen täytyneen olla tietoinen seurauksen syntymisen mahdollisuudesta.¹⁴³ Jälkimmäiseen ryhmään kuuluva laiminlyönti on Ørstedin mukaan »fra den juridiske, som fra den moralske Side, i eet og alt at betragte som et virkeligt Foretagende».¹⁴⁴ Kuten hänen lausumastaan ajatuksesta voimme havaita, hän on täydellisesti rinnastanut toisiinsa seuraukseen johtaneen passiivisen ja aktiivisen suhtautumisen.

Ørstedin jälkeen laiminlyöntiä koskeva tutkimus jäi lähes viidenkymmenen vuoden ajaksi hänen saavuttamiensa tulosten varaan.¹⁴⁵ Vasta *Frederik Christian Bornemann* vei tutkimusta eteenpäin vuosina 1859—1861 pitämissään luennoissa Tanskan rikosoikeuden yleisistä opeista, mitkä luennot julkaistiin hänen kuolemansa jälkeen vuonna 1866 »Samlede Skrifter» nimisen teoksen kolmannessa osassa.

¹⁴² Ørsted, s. 276.

¹⁴³ Ørsted, s. 277: »Naar — — — Een, efter at have tilføjet en anden et Saar som ikke i sig selv var dødeligt, forlader ham i en hjælpeløs Tilstand, hvori han omkommer, og efter hvad den Saarende maa antages at forudsee, maatte omkomme, saa kan det neppe omtvistes, at jo et forsaetligt Mandrap er begaaet». — Tämä verraton havainto asettaa hänen muuten tuloksiltaan vaatimattoman aineen käsitte-lynsä lähes 100 vuotta aikaansa edelle. Mainittuun ensiarvoisen tärkeään tulokseen pääsi vasta *Josef Kohler* 19. vuosisadan lopulla. Niinpä hän lausuu teoksessaan *Studien I*, s. 60: »Auch aus einem Delikte kann die Verpflichtung hervorgehen, — — — nicht etwa bloss den Verletzten zu entschädigen, sondern Veranstaltungen zu treffen, um eine Weiterentwicklung der Verletzung zu verhüten». Esimerkkinä Kohler muun muassa mainitsee, että se, joka ajaa toisen kumoon, on velvollinen toimittamaan loukkaantuneelle apua.

¹⁴⁴ Ørsted, s. 276.

¹⁴⁵ *Lasson* on vuonna 1848 ilmestyneessä teoksessaan »Handbog i Criminal-retten» asettunut miltei kaikissa olennaisissa kohdin Ørstedin kannalle. Niinpä hänkin toteaa (s. 218—219), että joskin laiminlyönti vaikuttaa tekeillä olevia rikoksia vastaan (*concursum negativum*) on rangaistavaa, niin tällainen laiminlyönti ei perusta vastuuta seurauksesta. *Lasson* ei ole kyennyt läheskään niin selvästi eroittamaan toisistaan laiminlyönnin eri lajeja kuin Ørsted. Niinpä *Lasson* n.s. varsinnaista laiminlyöntirikosta selostaessaan lausuu (m.t., s. 219): »Har Nogen paataget sig

Bornemann jakaa rikokset ensinnä positiivisiin ja negatiivisiin. Jälkimmäisiin kuuluvat Ørstedin oppia seuraten n.s. »rene Undladelser», joista rangaistiin seuraukseen katsomatta.¹⁴⁶ Kysymyksessä ovat siis mannermaalla noihin aikoihin varsinaisiksi nimetyt laiminlyöntirikokset. Vaikkei *Bornemannilla* esiinny mainittuja ryhmytyksiä, niin itse jako eri ryhmiin esiintyy hänellä kuitenkin täysin selvänä. Niinpä hän mainitsee, että toiseen ryhmään kuuluvat sellaiset tapaukset, joissa laiminlyönnillä on aiheutettu vahingollinen seuraus. Laiminlyöjä on aiheuttanut seurauksen, jos seurauksen estämättä jättäminen oli kausaalinen syntyneen seurauksen suhteen.¹⁴⁷ Ja laiminlyönti oli kausaalinen, kun laiminlyöjällä oli erityinen velvollisuus seurauksen estämiseen!¹⁴⁸ Eri-tyinen velvollisuus, jota hän toisessa yhteydessä nimittää oikeudelliseksi velvollisuudeksi,¹⁴⁹ oli siis kausaalisuuden edellytyksenä. Näin *Bornemann* tuli ensimmäisenä luoneeksi oikeuskausaalisuusteorian, mikä ilmeisesti juuri häneltä myöhemmin muun muassa v. *Bar* omaksui.¹⁵⁰ Sangen mielenkiintoinen on myös *Bornemannin* ajatus siitä, että erityisen oikeudellinen velvollisuus voi perustua myös tosiasialisiin olosuhteisiin, laiminlyöjän tarvitsematta mitenkään velvoittautua seurauksen

saadant som Kaldspligt, i hvilket Tilfaelde han vel endag ved Undladelsen kan siges at have medvirket til Forbrydelsen eller Ulykken, hvis den indtraeder, bør han herfor ubetinget straffas». Kysymyksessä on kuitenkin selvästi epävarsinainen laiminlyöntirikos eikä varsinainen. — Mitään uutta ei myöskään sisältänyt *Schweigaardin* toimittama kommentaari vuosilta 1860—1862. Hän tyytyy toteamaan, että laiminlyöntirikos on mahdollinen määrätyissä konkreettisissa tapauksissa. Niinpä lapsenmurha voi tapahtua myös passiivisella suhtautumisella (II, s. 118—119). Samoin petos voi tapahtua ostamalla kultaa messinkinä tai valtionobligatioita makulatuurina, vaikka ostaja oli tietoinen ostamansa tavaran todellisesta laadusta (II, s. 356).

¹⁴⁶ *Bornemann*, s. 237.

¹⁴⁷ *Bornemann*, s. 238: »at Undladelsen har medvirket til Ulykken, det vil sige, at den er Led i den Causalitetsrække, der har havt Skaden eller Ulykken til Resultat».

¹⁴⁸ *Bornemann*, s. 240: »for at Undladelsen skal kunne siges at have bevirket den positive Forbrydelse, maa kunne paavises en den Paagjaeldende paahvilende saeregen Forpligtelse til positiv Virksomhed; kun under denne Forudsætning vil Undladelsen udgjøre et Led i den Causalitetsrække, som har havt Skaden eller Ulykken til Resultat».

¹⁴⁹ *Bornemann*, s. 241.

¹⁵⁰ Olettamuksemme perustuu siihen tosiasiaan, että v. *Bar* esitti oikeuskausaalisuusoppinsa vasta 1871 julkaistussa teoksessaan »Die Lehre vom Causalzusammenhange».

estämiseen. Esimerkkinä hän mainitsee äidin erityisen velvollisuuden huolehtia lapsestaan.¹⁵¹

Erikoista huomiota ansaitsee osakseen myöskin Bornemannin esittämät ajatukset laiminlyönnin yrityksestä ja passiivisesta suhtautumisesta aktiivisen suhtautumisen avunantona. Niinpä hän toteaa, ettei yritys ole mahdollinen varsinaisessa laiminlyöntirikoksessa, jota hän kutsuu negatiiviseksi rikokseksi, koska pelkkä tekemättä jättäminen toteuttaa rikoksen olemuksen.¹⁵² Sitävastoin on yritys mahdollinen epävarsinaiseen laiminlyöntirikokseen. Tästä hän mainitsee esimerkkinä äidin, joka yrittää surmata lapsensa jättämällä sen avuttomaan tilaan.¹⁵³ Kysymystä negatiivisen avunnannon mahdollisuudesta positiiviseen tekoon ei hänen mielestään voida ratkaista tyhjentävästi millään yleisellä säännöllä, vaan tulee ratkaisu kulloinkin riippumaan »paa omstaendighederne i det concrete Tilfælde».¹⁵⁴ Esimerkkeinä hän mainitsee muun muassa palvelijan, joka varkaan pynnöstä jättää kutsumatta isäntänsä paikalle tai jättää sulkematta portit, ja vaimon, joka pysyttäytyy täysin passiivisena rakastajansa pahoinpidellessä hänen miestänsä. Edellisessä tapauksessa laiminlyöjä syyllistyy varkauden, jälkimmäisessä tapauksessa pahoinpitelyn avunantoon. Myös se, joka erityisesti velvoittautuu suojelemaan tai saattamaan vaarassa olevaa, syyllistyy velvollisuutensa vastaisella passiivisella suhtautumisella sen rikoksen avunantoon, mikä aiheutetaan velvollisuuden subjektille.¹⁵⁵ Myös negatiivinen yllytys tekorikokseen, joskin sellainen on harvinainen, niin on se sittenkin ajateltavissa oleva. Tästä Bornemann, tosin kysymyksen muodossa, mainitsee esimerkkinä rautatievirkamiehen, joka jättää pysäyttämättä junan, vaikka hänen nähtensä jotain liikennettä vaarantavaa asetetaan kiskoille.¹⁵⁶

Bornemannin opeille rakentaa niitä täydentäen hänen maanmiehensä Goos. Laiminlyönnin kausaalisuuden hänkin katsoo olevan oikeus-

¹⁵¹ Bornemann, s. 240.

¹⁵² Bornemann, s. 241.

¹⁵³ Bornemann, s. 242.

¹⁵⁴ Bornemann, s. 295.

¹⁵⁵ Bornemann, s. 296—297.

¹⁵⁶ Tästä mainitsee teoksen julkaisija Goos, että Bornemannin käsikirjoituksesta tavattiin muun kirjoituksen yhteydessä seuraava kysymystä koskeva merkintä: »Negativ Medvirkning som Medophavsmand: Jernbanebetjenten, som seer en anden laegge paa Banen Noget og forsaetlig undlader at standse Toget(?)». Ks. Bornemann, s. 297, viite 1.

kausaalisuutta.¹⁵⁷ Hän lähtee siitä ajatuksesta, ettei laiminlyönti metafyyssillisesti käsitettynä voi olla seurauksen syynä. Mutta jos syyllä ymmärretään *Millin* mukaan kaikkien edellytysten summaa, niin silloin, sanoo Goos, »ogsaa en negativ Betingelse under givne omstændigheder naturlig kan betegnes — — som Aarsag i retlig Forstand, — —».¹⁵⁸ Kausaalisuus voi tulla kysymykseen ainoastaan epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa. Goosin teoksesta ilmenevät juuri mainitut ryhmänimitykset.¹⁵⁹

Goosin aikalainen *Getz*, joka on käsitellyt laiminlyöntioppia rikoksen osallisuudesta pitämässään luennoissa, ei ole esittänyt mitään oleellisesti uutta. Hän tyytyy ainoastaan korostamaan, että seurauksen estämättä jättäminen perustaa vastuun vain silloin, kun laiminlyöjällä oli velvollisuus ryhtyä seurauksen torjumiseen. Sanotusta syystä laiminlyöjä joutuu usein vastuuseen edelläkäyneen toimintansa aiheuttamasta seurauksesta, sillä juuri tuo edelläkäynyt toiminta perustaa velvollisuuden estää seuraus.¹⁶⁰

Laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksessä *Getz* on asettunut oikeuskausaalisuuden kannalle, mikä ilmenee nimenomaan siitä, että hän katsoo negatiivisella suhtautumisella voitavan aiheuttaa seuraus ainoastaan silloin, kun laiminlyöjällä oli velvollisuus toimia seurauksen estämiseksi. Velvollisuus oli siis edellytyksenä kausaalisuudelle, mikä siten oli riippuvainen oikeudenvastaisuusmomentista.¹⁶¹

Getzin esittämien näkökohtien kannalle asettuivat *Urbye*,¹⁶² *Kjerschow*¹⁶³ ja *Francis Hagerup*, joista viimeksimainittu on laajimmin käsitellyt aihetta.

¹⁵⁷ Goos, Alm. Del, s. 187: »Hvad det ved dette Spørmaal kommer an paa, er atter ikke det metafysiske Aarsags Begrep, men et retligt Princip. Muligheden af at regne Undladelsen som retligt Aarsags Element er givet ved den Omstændighet, at den kan vare en negativ Betingelse for Retsforsstyrelsens Indtræde».

¹⁵⁸ Goos, Alm. Del, s. 186.

¹⁵⁹ Goos, Alm. Del, s. 42 ja s. 185.

¹⁶⁰ *Getz*, s. 58—60. Ks. erittäinkin s. 60: »Det är aabenbart pligten, det kommer an paa, og naar, som ofte er tilfaeldet, en forudgaaende handling kommer i betragtning, saa er det netop, fordi af denne udspringer en plikt til at handle».

¹⁶¹ Vrt. toisiinsa s. 58 ja 60 m.t.

¹⁶² *Urbye* katsoo, että laiminlyönti on rinnastettavissa positiiviseen aiheuttamiseen, kun laiminlyönti on oikeudenvastainen. Toimintavelvollisuus perustuu mannermaisien jaon mukaisesti lakiin, sopimukseen tai edelläkäyneeseen toimintaan. *Urbye* ei lainkaan käytä sanontaa »oikeudellinen velvollisuus», vaan yksinomaan sanontaa »velvollisuus». Mitään uutta hänen kirjoituksensa ei sisältänyt. Ks. *Urbye*, Norsk Retstidende 1897, s. 618.

¹⁶³ *Kjerschow*, s. 18.

Kuten Getz, niin myös *Hagerup* on omaksunut laiminlyönnin oikeus-kausaalisuusteorian. Jos kausaalisuus katsotaan vaikutusyhteydeksi, niin silloin ei voida sanoa, että laiminlyönti olisi kausaalinen seuraukselle, päättelee *Hagerup*.¹⁶⁴ Jos syynä pidetään metafyyssillisen käsityksen mukaisesti ilmiöihin vaikuttavaa voimamomenttia, niin ei suinkaan silloin voida väittää, että tekemättä jättäminen, non-factum olisi syynä seurauksen syntymiselle. Mutta toisaalta kukaan ei asettane kysymyksen alaiseksi, etteikö radanvartija, joka on jättänyt asettamatta kiskon paikoilleen, olisi siten aiheuttanut junan suistumisen kiskoilta, tai etteikö talonmistaja, joka on jättänyt rappuset lahoamaan, olisi syynä siihen, että joku rappusten pettäessä taittaa jalkansa. Yleisen käsityksen mukaan pidetäänkin laiminlyöntiä syynä seuraukselle, kun olosuhteet huomioonottaen on perusteltua aihetta odottaa laiminlyöjältä määrättyä toimintaa seurauksen estämiseksi. Mainitulla edellytyksellä laiminlyönti syymomenttina voidaan rinnastaa tekoon rikosoikeudellisessa merkityksessä.¹⁶⁵ Myös *Hagerup* katsoo siis oikeudenvastaisuuden laiminlyönnin kausaalisuuden edellytykseksi.¹⁶⁶ Laiminlyönti on oikeudenvastainen, kun voidaan osoittaa, että on ollut erityinen velvollisuus seurauksen torjumistoimintaan. Mannermaisen esikuvan mukaisesti *Hagerup* katsoo tällaisen velvollisuuden perustuvan virkaan, sopimukseen, lakiin, tavanomaiseen oikeuteen tai edelläkäyneeseen toimintaan.¹⁶⁷ Viimeksimainitusta perusteesta johtuu laiminlyöjälle velvollisuus ryhtyä täydentäviin (komplementær) toimenpiteisiin vaaran torjumiseksi. Esimerkkeinä tällaisista toimenpiteistä *Hagerup* mainitsee insinöörin velvollisuuden suojata tieliikenne kaivaustöiden uhkaamalta vaaralta, ja velvollisuuden palauttaa löytöesine omistajalleen.

Myös oppi laiminlyönnin kausaalisuudesta psyykkisenä ilmiönä on saanut kannattajansa Pohjoismaissa. Niinpä *Skeie* on omaksunut Geyerin, Fingerin ja Aldosserin psyykkillisen kausaalisuuden teorian.¹⁶⁸

¹⁶⁴ *Hagerup*, Alm. del, s. 164—165.

¹⁶⁵ *Hagerup*, Alm. del, s. 165.

¹⁶⁶ *Hagerup*, Alm. del, s. 165: »Besvarelsen af spørmaalet om, hvorvidt undladelse som aarsagsmoment i strafferetslig henseende kan ligestilles med handling, forudsætter derfor en bestemmelse af, naar man af vedkommende var berettiget til at vente en positiv handling. Dette vil i første række være tilfældet overalt, hvor undladelsen af at handle er retsstridig».

¹⁶⁷ *Hagerup* ei nimenomaan käytä sanottua nimitystä, mutta hän ilmeisesti tarkoittaa juuri mainittua perustetta lauseessaan s. 271: »Ved, at man har foretaget en vis handling, som kan forvolde skadelige følger, — — —».

¹⁶⁸ Ks. tästä ed. s. 27—29.

Skeien lähtökohdakseen ottaman periaatteen mukaan laiminlyönti ei koskaan voinut olla suoranaisena syynä ulkonaisessa maailmassa tapahtuneeseen fyysilliseen muutokseen, mutta sitävästoin voidaan laiminlyönnillä aiheuttaa psyykillinen vaikutus.¹⁶⁹ Ja juuri tästä psyykillisestä reaktiosta on löydettävissä laiminlyönnin kausaalisuusmomentti,¹⁷⁰ sillä psyykillinen vaikutus voi aiheuttaa ryhtymisen määrättyyn vahingolliseen seuraukseen johtavaan tekoon tai toimintaan. Siten laiminlyönti psyykillisellä reaktiolla välillisesti voi johtaa vahingollisen seurauksen syntymiseen, jolloin laiminlyönnistä seuraa sama rangaistus kuin teostakin.¹⁷¹ Ellei laiminlyönti ole kausaalinen syntyneen seurauksen suhteen, niin ei se myöskään ole rangaistava.

Varsin lähellä mannermaalla vaikuttaneita interferenssiteorioita oli *Thyrénin* kausaalisuusoppi. Koska tulemme selostamaan sen lähemmin kausaalisuutta käsittelevässä luvussamme, esitämme sen tässä ainoastaan pääpiirteissään.

Thyrén katsoo, että lauseen *ex nihilo nihil* pitäminen voittamattomana, on estänyt näkemästä laiminlyöntiä kausaalisena ilmiönä. Mainittu luonnontieteellinen väite ei kuitenkaan ole voittamaton.¹⁷² Todisteluna sitä vastaan *Thyrén* vetoaa siihen, että laiminlyönti voi olla renkaana kahden toisiaan seuraavan positiivisen seikan välillä. Tästä hän esittää seuraavan esimerkin. Jos *M* haluaa pelastaa *X:n*, joka on pudonnut veteen, mutta *A*, joka on *X:n* vihamies, pidellen kiinni *M:stä*, estää hänet pelastamasta *X:n*, joka hukkuu, niin kukaan ei asettane kysymyksen alaiseksi, etteikö *A:n* toiminta ole ollut syynä *X:n* kuolemaan. Mutta *A:n* toiminta on yhteydessä seuraukseen juuri *M:n* passiivisuuden (negativa länk) kautta, joten *M:n* toiminnattomuus on myös syynä *X:n* kuolemaan. Yksilön tahdonvaarallisuus objektivoituu joko ryhtymällä sellaiseen toimintaan, johon sosiaalieettisesti normaali yksilö ei olisi ryhtynyt, tai laiminlyömällä sellaisen toiminnan, johon vastaavassa tapauksessa sellainen yksilö olisi ryhtynyt. Molemmissa tapauksissa syy-yhteys (orsakssammanhanget) on identtinen merkitykseltään. Laiminlyönnin kausaalisena momenttina on siis *Thyrénin* mukaan yksilön tahdonvaarallisuus. Laiminlyönnin kausaalisuus edellyttää, että jos

¹⁶⁹ *Skeie*, alm. del, s. 135—137 ja s. 107: »En unnlatelse kan ha en psykisk virkning, — — —. En direkte fysisk virkning kan unnlatelsen aldrig ha, følgelig heller ikke et legemlig objekt. Men man kan tale om det legemlige objekt for den handling som den skyldige skulle ha foretatt, — — —».

¹⁷⁰ *Skeie*, alm. del, s. 107 ja *Om Aerekraenkelser*, s. 255.

¹⁷¹ *Skeie*, alm. del, s. 188.

¹⁷² *Thyrén*, *Principerna II*, s. 15.

laiminlyötyyn toimintaan olisi ryhdytty, niin seuraus olisi jäänyt syntymättä. Jos sitävastoin seuraus olisi jokatapauksessa syntynyt, niin laiminlyönti ei voi sellaisessa tapauksessa olla syynä seuraukselle.¹⁷³

Thyrén päättää kausaalisuustarkastelunsa sillä ajatuksella, ettei kausaalisuuskysymys tuota vaikeuksia laiminlyönnin rikosoikeudellisen ongelman ratkaisemiseksi. Sitävastoin hän katsoo laiminlyönnin oikeudenvastaisuuskysymyksen tuottavan sanotussa suhteessa vaikeuksia. Milloin voidaan määrätystä tapauksessa sanoa, että laiminlyönti on oikeusjärjestyksen vastainen?

Kysymykseen ei suinkaan voida saada vastausta tarkastamalla laiminlyöntiä ja tekoa samalta näkökohdalta, sillä oikeusjärjestys kyllä sisältää kiellon aiheuttaa seuraus positiivisella toiminnalla, mutta se ei suinkaan samassa laajuudessa sisällä käskyä ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi. Milloin voidaan määrätystä tapauksessa sanoa, että laiminlyönti ilmentää yhteiskunnalle vaarallisen tahdon?

Asettamiensa kysymysten tarkastelun Thyrén aloittaa huomauttamalla, että yleisesti on näihin kysymyksiin vastattu viittaamalla erityisen oikeudellisen velvollisuuden eksistenssiin. Jos siis on olemassa tällainen velvollisuus toimintaan määrätystä tapauksessa, ja laiminlyönti on kausaalinen seurauksen syntymiselle, niin yleensä katsotaan laiminlyönnin perustavan rangaistusvastuun seurauksesta. Mutta tämä ei Thyrénin mielestä ole varsinaisesti vastaus esitettyyn kysymykseen, sillä tällöin tulisi taas ratkaista, milloin oikeudellinen velvollisuus on kulloinkin olemassa.¹⁷⁴ Ratkaisu tulisi tällöin riippumaan siitä, rankaiseeko laki määrätystä tapauksessa passiivisesta suhtautumisesta. Lisäksi on huomattava, että laiminlyönnin rangaistavuuden perustaminen pelkästään oikeudelliselle velvollisuudelle ei ole mahdollista siitäkään syystä, ettei laiminlyönti suinkaan perusta aina rangaistavuutta, vaikka voitaisiinkin osoittaa, että velvollisuus määrätyn seurauksen estämiseen on ollut. Joka esimerkiksi vuokrasopimuksen nojalla on saanut esineen hallintaansa on velvollinen varjelemaan sitä vahingolta. Mutta jos tällöin jättää vuokraesineen vahingolle alttiiksi, niin siitä ei suinkaan laiminlyöjää rangaista, vaan hänen suhtautumisensa velvoittaa hänet Thyrénin mielestä ainoastaan korvaamaan aiheuttamansa vahingon. On näinollen välttämätöntä selvittää, onko velvollisuus siinä määrin intensiivinen, että se perustaa rangaistusvastuun laiminlyönnistä.¹⁷⁵

¹⁷³ Thyrén, Principerna II, s. 14 ja Allmänna Grunder, s. 19.

¹⁷⁴ Thyrén, Principerna II, s. 18.

¹⁷⁵ Thyrén, Principerna II, s. 19.

Laiminlyönnin rangaistusvastuusta Thyrén vielä mainitsee, että sen suhteen on huomioonotettava se erikoinen ilmiö todistelun suhteen, että se, joka positiivisella toiminnalla on aiheuttanut vahingollisen seurauksen, voi ainoastaan erikoisten olosuhteiden vallitessa saattaa uskottavaksi, että hänen tekonsa ei ole tapahtunut tahallisuudesta, kun sitä vastoin sen, joka on jättänyt seurauksen estämättä, voidaan ainoastaan poikkeustapauksissa osoittaa laiminlyöneen velvoitettuun toimintaan ryhtymisen tahallisuudesta. Sanotusta syystä ei rangaistusvastuuta olisi perustettava seurauksen tahalliseen aiheuttamiseen, vaan käytännön vaatimusten mukaisesti pikemminkin tietoisuuteen tilanteen vaarallisuudesta (vid insigt om situationens farlighet).¹⁷⁶

Thyrénin mukaan velvollisuudet perustuvat joko edeltäviin tosiasioihin tai suorastaan käsilläolevaan vaarantilaan. Edeltävänä faktana voi olla ennestään oleva huolenpitovelvollisuus tai se voi käsittää vaaran, jonka laiminlyöjä on itse luonut.¹⁷⁷ Huolenpitovelvollisuus voi olla luonnostaan lankeava, kuten vanhempien huolenpitovelvollisuus lapsistaan määrätyissä rajoissa, se voi olla oikeusjärjestyksestä johtuva tai perustua sopimukseen tai siihen verrattavaan olosuhteeseen. Mikäli on erityinen velvollisuus estää vahingollinen seuraus, perustaa rikoksen estämättä jättäminen laiminlyöjälle saman vastuun kuin positiivisen teon tekijälle. Jos esimerkiksi A ryöstää sairaalta tai pieneltä lapselta vaatteet ja B, jolla on erityinen huolenpitovelvollisuus rikoksen kohteeksi joutuneesta, jättää estämättä A:n rikoksen, vaikka sen estäminen olisi ollut hänelle mahdollista, niin on B:tä rangaistava kuten A:ta. Positiivisen ja negatiivisen suhtautumisen identtisyys edellytykset eivät siis muutu siitä, että rikoksella on useampia subjekteja.¹⁷⁸

Thyrénin kannalle on kaikessa oleellisessa asettunut *Bergendal*. Myös hän katsoo laiminlyönnin identtiseksi teon kanssa rikosmuotona silloin, kun laiminlyönti on kausaalinen, ja laiminlyöjällä on erityinen velvollisuus toimia seurauksen estämiseksi.¹⁷⁹ Vastaus kysymykseen laiminlyönnin rikosoikeudellisesta vastuusta tulee (Thyrénin jo esittämän opin mukaan) ratkaisevalla tavalla riippumaan »på en uppskattning av den åsidosatta pliktens intensitet med hänsyn till just det intresse som drabbats av skadan».¹⁸⁰

¹⁷⁶ *Thyrén*, Principerna II, s. 20.

¹⁷⁷ *Thyrén*, Principerna II, s. 21.

¹⁷⁸ *Thyrén*, Principerna III, s. 111.

¹⁷⁹ *Bergendal*, Straffrätt, s. 59–60.

¹⁸⁰ *Bergendal*, Om Avtalsbrott, s. 206.

Rangaistavan laiminlyönnin alaa on oikeusturvallisuuden vuoksi mahdollisimman tarkasti rajoitettava.¹⁸¹ Tämän vaatimuksensa perusteluna Bergendal lausuu, että olisi kohtalokasta oikeusturvallisuuden kannalta jättää tuomioistuinten harkittavaksi in casu kysymys siitä, millaisen velvollisuuden tulee olla luonteeltaan, jotta laiminlyönnistä seuraisi sama rangaistus kuin vastaavasti teosta.¹⁸² Kun velvollisuus on ainoastaan perifeerinen luonteeltaan, niin rangaistuksen tarve on huomattavasti vähäisempi (oikeusvaikutuksena preventiivisessä tarkoituksessa) kuin tekorikoksessa.¹⁸³

Mainitut periaatteet ovat voimassa myös rikoksen osallisuuteen nähden. Kun esimerkiksi joku sairaalan henkilökuntaan kuuluva, jonka tehtävänä on huolehtia määrätystä potilaasta, surmaamisen tarkoituksessa kohtalokkaasti väärinkäyttää hoitokäsittelyä, niin vastaava lääkäri, joka samassa tarkoituksessa jättää ryhtymättä toimenpiteisiin väärinkäytöstä vastaan, syyllistyy, jos potilas kuolee, murhan osallisuuteen. Portinvartija, joka jättää estämättä murtovarkauden, vaikka hänellä olisi ollut mahdollisuus siihen, on rangaistava osallisuudesta murtovarkauteen.¹⁸⁴

Aivan erikoisen mielenkiinnon ansaitsee osakseen Bergendalin ajatus siitä, että tertiuksen hyväksi perustettujen obligatooristen velvollisuuksien laiminlyöminen voi käsittää rikoksen ei ainoastaan sopimus-kumppania, vaan nimenomaan myös tertiusta vastaan.¹⁸⁵ Jos esimerkiksi tallirenki jättää hoitamatta isäntänsä tertiukselta hoidettavaksi otamat hevoset, ja nämä kuolevat hoidon puutteesta, niin tallirenki syyllistyy laiminlyönnillään eläinrääkkäyksen lisäksi vahingontekoon.¹⁸⁶

Myös Torp on rinnastanut epävarsinaisen laiminlyönnin yhdenvertaisena tekoon rikosoikeudellisessa merkityksessä, mutta ainoastaan oikeudenvastaisuuteen nähden,¹⁸⁷ mikä mielipiteen mukaan yksin ratkaisee kysymyksen laiminlyönnin rangaistavuudesta. Kausaalisuusky-symyksellä ei ole sanotussa suhteessa mitään oleellista merkitystä. »Hele Spørsmålet om Undladelsens Kausalitet er Retsordenen uved-

¹⁸¹ Bergendal, Om Avtalsbrott, s. 191, missä hän lausuu, että rangaistavan laiminlyönnin alan rajoittamiseksi on »angeläget att söka med största möjliga precision angiva vilka synpunkter som kunna tjäna till ledning vid dess utövande».

¹⁸² Bergendal, Om Avtalsbrott, s. 190.

¹⁸³ Bergendal, Om Avtalsbrott, s. 193.

¹⁸⁴ Bergendal, Straffrätt, s. 79—80.

¹⁸⁵ Bergendal, Om Avtalsbrott, s. 188.

¹⁸⁶ Bergendal, Om Avtalsbrott, s. 179—180.

¹⁸⁷ Torp, s. 277.

kommende».¹⁸⁸ Laiminlyönti on oikeudenvastainen, kun laiminlyöjä on vastoin erityistä oikeudellista velvollisuuttaan jättänyt seurauksen estämättä.¹⁸⁹ Torp väittää, ettei oikeastaan voida sanoa laiminlyönnin perustavan rangaistusvastuuta, vaan pikemminkin lienee luonnollisempaa sanoa, että vastuun perustaa vaaralliseen toimintaan ryhtyminen huomioimatta niitä välttämättömiä ja normaaleja suojelutoimenpiteitä, jotka olisivat olleet tarpeen toiminnasta johtuvan vaaran torjumiseksi.¹⁹⁰

Mainituilla edellytyksillä pitää myös *Krabbe* laiminlyöntiä yhdenvertaisena teon kanssa rangaistavuuteen nähden. Vain silloin, kun on kysymyksessä erityiseen olosuhteeseen perustuva velvollisuus, kuten julkisoikeudellinen, velvoiteoikeudellinen tai perheoikeudellinen huolenpitovelvollisuus, tai kun vaarallinen toiminta velvoittaa ryhtymään positiivisiin suojelu- tai torjumistoimenpiteisiin, seuraa laiminlyönnistä yhtäläinen rangaistus kuin teosta.¹⁹¹

Määrätyissä tapauksissa laissa säädetään rangaistus laiminlyönnistä myös silloin, kun puuttuu mainittu erityinen oikeusvelvollisuus, mutta tällöin rangaistusvastuu ei johdu seurauksen estämättä jättämisestä, vaan pelkästään velvoitettuun toimintaan ryhtymättömyydestä seuraukseen katsomatta. Kysymyksessä on tällöin n.s. varsinainen laiminlyöntirikos, jossa itse toiminnattomuus on *delictum sui generis*.¹⁹²

Hagströmerin oppikirjassa oikeusvelvollisuusoppi esiintyy edelliseltä vuosisadalta peräisin olevassa alkuperäisessä mannermaisessa muodossaan. *Hagströmer* opettaa, että pelkkä tekemättä jättäminen sellaiseen on indifferentti juriidisessa mielessä. Rikosoikeudellista merkitystä laiminlyönti saa vasta silloin, kun laiminlyöjällä on oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi. Tämän jälkeen hän luettelee tavanomaiseksi tulleen kolmijaon mukaisesti oikeusvelvollisuusperusteet.¹⁹³

Viimeksimainitut kolme kriminalistia eivät siis ottaneet minkäänlaista asennetta laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksessä. He eivät enempää myöntäneet kuin kiistäneetkään laiminlyönnin kausaalisuutta. Laiminlyönnin oikeusvelvollisuusopissa he asettuivat vallitsevan tieteenopin kannalle. Aina 1920 luvun alkuun asti ei Pohjoismaissa yleensä-

¹⁸⁸ *Torp*, s. 276.

¹⁸⁹ *Torp*, s. 277.

¹⁹⁰ *Torp*, s. 277.

¹⁹¹ *Krabbe*, s. 20.

¹⁹² *Krabbe*, s. 20.

¹⁹³ *Hagströmer*, *Straffrätt I*, s. 104–106.

kään syntynyt erikoisempaa polemiikkia enempää laiminlyönnin kausalisuudesta kuin muistakaan siihen kuuluvista opeista. Kehitys kulki tyyntä rataansa, päätyen tuolloin Johan Thyrénin tutkimuksiin. Mutta tyyntä seurasi odottamatta myrsky. Vuonna 1920 *Lundstedt* näet teki epätoivoisen yrityksen — kaataa nurin koko siihenastinen rikosoikeustiede! Rajoitumme tässä kuvaamaan lyhyesti hänen esittämänsä ajatukset laiminlyönnin siihenastisesta dogmatiikasta.

Asettamalla laiminlyönnin rangaistavuuden edellytykseksi oikeudellisen velvollisuuden, siihenastinen tiede teki *Lundstedtin* mielestä jo siinä sen kohtalokkaan virheen, että se siten vaati kaksinkertaista velvollisuutta: velvollisuuden olla aiheuttamatta rikollinen seuraus ja tämän lisäksi velvollisuuden ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi.¹⁹⁴ Oikeusvelvollisuuden asettaminen rangaistavuuden edellytykseksi on sitäkin virheellisempää *Lundstedtin* mielestä, kun huomioidaan ne tulokset lainkäytössä, mihin oikeusvelvollisuusoppi johtaa. Niinpä jos esimerkiksi X, joka toivoo (uimataidottoman) Y:n kuolevan, seisoo hänen vieressään sillalla ja tyrkkää hänet veteen, niin kun Y hukkuu, on X tuomittava teostaan joko kuoleman- tai elinkautiseen kuritushuonerangaitukseen. Jos taas X seisoo sillalla ja näkee Y:n putoavan veteen, niin kun X, joka ainoastaan vähäisellä kädenliikkeellä olisi voinut pelastaa Y:n, heittämällä hänelle laituriin kiinnitetyn köyden, jättää auttamatta Y:tä tämän ollessa hengenvaarassa, ei X:ää kohtaisi minkäänlainen rangaistus, kun kerran hänellä ei ole ollut oikeudellista velvollisuutta toimia.¹⁹⁵ Ajatellen yhteiskuntaelämän vaatimuksia, ei moinen »blott och bar formalism» ole puolustettavissa. Rikosoikeus niinkuin kaikki muukin oikeus palvelee yhteiskuntahyödyn (samhällsnyttan) intressejä. Ainoastaan tältä itsestään oikealta näkökannalta ongelmaa tarkasteltaessa voidaan helposti selittää, mistä syystä laki useimmissa tapauksissa ei rankaise laiminlyöntiä. Tarvitsematta turvautua väärin konstruktiooneihin oikeusvelvollisuudesta rangaistavuuden edellytyksenä, voidaan edellämainitusta näkökulmasta ilman muuta todeta, että rankaisemattomuus johtuu yhteiskunnan vaatimuksesta saada vapaasti liikkuja ja toimia.¹⁹⁶ Tämä vaatimus on käsitettävä siten, ettei ketään voida pakottaa toisen hyväksi toimimaan omien intressiensä kustannuksella,

¹⁹⁴ *Lundstedt*, I. Principinledning, s. 16.

¹⁹⁵ *Lundstedt*, I. Principinledning, s. 17—18. — Laiminlyöjää ei sanotussa tapauksessa rangaistaisi lainkaan Ruotsissa, koska Ruotsin rikoslaisissa ei ole säädetty yleisvelvollisuutta auttaa hengenvaarassa olevaa.

¹⁹⁶ *Lundstedt*, I. Principinledning, s. 41.

ellei sanottua toimintaa ole otettu suoritettavaksi (— — än då man åtagit sig en sådan handling). Jos sitävastoin toiminta toisten hyväksi ei vaadi sanottavampaa uhrausta, mutta se siitä huolimatta laiminlyödään pelkämästä välinpitämättömyydestä tai suorastaan vahingoittamisen tarkoituksesta, niin on suorastaan kohtuutonta käsitellä kysymystä rangaistavuudesta muuten, kuin niitä periaatteita noudattaen, jotka vastaavasti ovat voimassa määrätyn seurauksen aiheuttaneesta tuottamuksellisesta tai tahallisesta positiivisesta teosta, vaikkei toimintaan olisikaan sitouduttu.¹⁹⁷

Myös väite laiminlyönin kausaalisuudesta on *Lundstedtin* mielestä suorastaan tuulesta temmattu, sillä tähänastisesti ei kukaan ole hänen käsityksensä mukaan kyennyt osoittamaan vääräksi lausetta *ex nihilo nihil*. Laiminlyönin kausaalisuus on siis pelkkä fiktio.¹⁹⁸ Laiminlyönin rangaistavuus ei ole riippuvainen tällaisista fiktiveistä edellytyksistä, vaan yksinomaan siitä, toivooko yhteiskunta määrättyssä tapauksessa yksilön ryhtyvän määrättyyn positiiviseen toimintaan vai ei. Jää kulloinkin tuomarin vapaasti harkittavaksi, onko laiminlyöty toiminta ollut yhteiskunnan toivoma. Myönteisessä tapauksessa tuomarin on sitten harkittava, onko laiminlyönti rangaistavaa suhtautumista.¹⁹⁹

Lundstedt päättää kiihkeän hyökkäyksensä sillä toivomuksella, että rikosoikeustiede vapautettaisiin »käsiteskolastiikasta» ja temmattaisiin irti »mielivaltaisten konstruktioonien vallasta», mikä olisi välttämätöntä, jotta se, sensijaan, että on antanut siihenastisesti »järjettömien ja taikauskoisten käsitysten» johdattaa itseään, johtaisi itsensä kehityksen

¹⁹⁷ *Lundstedt*, I. Principinledning, s. 41.

¹⁹⁸ *Lundstedt*, I. Principinledning, s. 42—43. — *Lundstedtin* kannalle on asettunut *Hagerup Bull* kirjoituksessaan »Till Årsaksläeren», *TfR* 1936, s. 339: »Jeg har ut fra mit standpunkt fundet at kunne tiltræde *Lundstedts* formulering: *Ex nihilo nihil*. Ut fra mit standpunkt. Fordi vi her bevaeger os uden årsakslovens område.» *Hagerup Bull* katsoo, ettei laiminlyönti koskaan voi olla kausaalinen. Ymmärrettävästi laiminlyöjä joutuu vastuuseen velvollisuuden vastaisesta suhtautumisesta, seurauksen estämättä jättämisestä, mutta »dette er ting, som ikke vedkommer årsaksläeren». Ks. myös mainitun kirjoituksen alkuosaa *TfR* 1932, s. 43. — *Mannermaalla* näyttää *Lundstedtin* kannalle asettuneen *Baumgarten*, joka kiistettyään laiminlyönin kausaalisuuden, lausuu, että laiminlyönin voidaan lain terminologiaa käyttäen katsoa aiheuttavan seurauksen, jos laiminlyönistä seuraa sama rangaistus kuin aiheuttamisesta positiivisella teolla. *Baumgarten* perustelee tätä mielipidettään sillä ajatuksellaan, »dass das Strafrecht sich auch für das Verursachen durch positives Tun schliesslich nur wegen der mit ihm verbundenen Verantwortlichkeit interessiert, — — —». Ks. *Baumgarten*, s. 133—134.

¹⁹⁹ *Lundstedt*, I. Principinledning, s. 47—48.

tielle, joka veisi todella realisoitaviin tavoitteisiin, eikä tähtäisi päämäärin, joilla ei ole muuta luonnetta, »än försök att infånga spöken».²⁰⁰

Lundstedtin ei suinkaan tarvinnut jäädä odattamaan vastaiskua. Jo samana vuonna *Thyrén* varsin terävässä ja kirpeässä äänilajissa esitti »Den Moderna Straffrättens Grundåtgårdningar» nimisessä kirjoituksessaan ajatuksensa tästä »rikosoikeustieteen kokonaisreformaatiosta», minkä jälkeen kumpikin heistä vielä sangen henkilökohtaiseksi muodostuneessa väittelyssä toimitti julkaisun mielipiteittensä tueksi.²⁰¹ Sanottuihin kirjoituksiin, joissa ainoastaan toistettiin mielipiteet väittelyn esineenä olevista kysymyksistä, ei meillä ole aihetta tässä enemmalti kajota.

Laiminlyönnin probleema yritettiin niinhyvin Pohjoismaissa kuin mannermaallakin yleensä saada ratkaistuksi puhtaasti abstrahoinnin tietä. Kuitenkin esiintyi mannermaalla jo 1900-luvun alussa²⁰² ja myöhemmin 1930-luvulla pyrkimyksiä luopua generalisoivasta metoodista ja rakentaa aineen käsittely yksityistapausten tutkimukselle. Pohjoismaissa on *Andenaes* »Straffbar Unnlatelse» nimisessä laajassa tutkimuksessaan tullut siihen tulokseen, että kysymys laiminlyönnin rangaistavuudesta on ratkaistavissa ainoastaan turvautumalla yksityisten säännösten sanamuotoon ja tarkoitukseen, sillä »Like variert og mangfoldigt som strafferettens spesielle del er, i like mange forskjellige sikkelser møter en passivitetsproblemet», joten Andenæs katsoo, ettei voida antaa mitään sellaista yleispätevää vastausta laiminlyönnin rangaistavuudesta, mikä olisi voimassa kaikkiin erilaisiin rikoslajeihin nähden.²⁰³ Rangaistavuuden kriterio ei ole löydettävissä enempää laiminlyönnin kausaalisuus- kuin sen oikeusvelvollisuusopistakaan Andenæsin mielestä. Tosin laki on määrättyissä tapauksissa kuvannut laiminlyönnin kausaaliseksi, mutta kun laiminlyönti on *expressis verbis* ainoastaan aniharvoissa lainkohdissa mainittu seurauksen aiheuttavana, niin tällöin on kussakin eri tapauksessa tutkittava, voidaanko säännöksen positiivista kuvausta soveltaa myös negatiiviseen suhtautumiseen. Näinollen ei ole olemassa minkäänlaista perustetta antiteettisen tulkinnan käyttöön.²⁰⁴ Oikeusvelvollisuuskäsite ei myöskään ole voinut johtaa Ande-

²⁰⁰ *Lundstedt*, I. Principinledning, s. 80.

²⁰¹ *Lundstedt*, II. »Till Frågan om Rätten och Samhället» ja sitä vastaan *Thyrén* »Anmärkningar vid en skrift av professor A. V. Lundstedt i Uppsala», mitkä molemmat ilmestyivät vuonna 1921.

²⁰² Ks. ed. s. 42–44.

²⁰³ *Andenaes*, s. 508.

²⁰⁴ *Andenaes*, s. 166.

näsin käsityksen mukaan tyydyttävään tulokseen. Kussakin eri tapauksessa on näet itsestään säännöksen sananmuodosta ja tarkoituksesta pääteltävä »av hvilke rettsplikter som kan tillegges betydning som ansvarsgrunnlag».²⁰⁵ On lähemmin tutkittava yksityistä velvollisuutta ja todettava, voidaanko velvollisuuden vastaista käyttäytymistä pitää syynä sille seuraukselle, joka olisi voitu estää positiivisella toiminnalla. Oikeusvelvollisuudella ei siten ole ratkaiseva, vaan ainoastaan indiesion merkitys.²⁰⁶ Laiminlyönnin probleema on tulkintaprobleema, joka on ratkaistavissa ainoastaan tavallisia tulkintaperiaatteita käyttäen. Lähtökohdaksi on otettava lain käyttämät sanonnat, joilla se on kuvannut yksityiset rangaistavat teot, ja se merkitys, mikä lain sanonnalla on tavallisessa kielenkäytössä.²⁰⁷ Tulkintakeinoja ovat lainperustelut, historiallinen kehitys, oikeuskäytäntö j.n.e. Teoriat ovat käyttökelpoisia, kunhan niistä vain poistetaan »deres generelle og absolutte karakter».²⁰⁸ Käytännölliset näkökohdat ovat liian moninaisia ja vaihtelevia, jotta ne voitaisiin kiteyttää yleisiksi ja abstraktisiksi periaateiksi. On turvauduttava individualisoivaan menettelyyn ja perustettava kunkin yksityistapauksen ratkaisu vapaaseen arviointiin huomioimalla yksityisten rikoskategorioiden erikoisluonne.²⁰⁹

Andenaes on tutkimuksessaan myös hyljännyt tavaksitulleen velvollisuusperusteiden kolmijaon. Hän pitää traditionaalisen oikeusvelvollisuusopin suurena heikkoutena nimenomaan sen kaavaksi kangistunutta ajatusta siitä, että vastuun perustaisi ainoastaan sellainen laiminlyöty velvollisuus, joka johtuu sopimuksesta, laista tai edelläkäyneestä toiminnasta. Aikaisemman tilalle *Andenaes* on luonut n.s. vastuuperusteoppinsa. Hän lähtee siitä, että passiivisuus on rinnastettavissa aktiivisuuteen rikosoikeudellisena suhtautumisena, kun erikoinen yhteys on olemassa laiminlyönnin ja sen intressinloukkauksen välillä, jota vastaan rikosnormi kohdistuu.²¹⁰

Andenaes jakaa vastuuperusteet kahteen ryhmään: vastuu laiminlyönnistä perustuu ensimmäisessä ryhmässä aktiivisesti vahinkoa aiheuttavaan tekijään, toisessa ryhmässä erityisesti laiminlyönnin yhteydestä loukattuun intressiin. Ensimmäinen ryhmä jakautuu seuraaviin vas-

²⁰⁵ *Andenaes*, s. 210.

²⁰⁶ *Andenaes*, s. 203—204.

²⁰⁷ *Andenaes*, s. 220.

²⁰⁸ *Andenaes*, s. 221—222.

²⁰⁹ *Andenaes*, s. 208 ja s. 245.

²¹⁰ *Andenaes*, s. 250.

tuuperusteisiin: säännöllisen ja luvallisen toiminnan perustama toimivollisuus tai muusta seikasta johtuvan vaarantilan perustama toimivollisuus, vastuu sellaisen seurauksen estämättä jättämisestä, jonka syntymisessä laiminlyöjän ruumis on ollut mukana, vastuu alaisten ja avustajien aiheuttamasta seurauksesta, vastuu lapsista tai mielisairaista ja vastuu esineistä. Toiseen ryhmään kuuluvat vastuuperusteina perheoikeudelliset huolenpitovelvollisuudet, eläintenpitäjän huolenpitovelvollisuus ja velallisen velvollisuus suojata velkojansa omaisuusvahingolta. Erikoisina vastuuperusteryhminä Andenæs esittää vielä julkisen virka-aseman, sosiaalioikeudellisen aseman ja vastuun ilmaisematta jättämisestä.²¹¹ Andenæsin tutkimus sisältää rikkaan kokoelman esimerkkejä ja oikeustapauksia, joilla hän on havainnollistuttanut tätä laajaa työtään, jossa tarkastelun kohteena ovat niinhavin varsinaiset kuin epävarsinaisetkin laiminlyöntirikosryhmät.

Individualisointiin pyrkivä menettelytapa ilmenee myös Wetterin luennoissa rikosoikeuden yleisistä opeista (Allmän Straffrätt). Wetter toteaa aluksi, ettei luonnontieteelliselle katsantokannalle asettuen voida sanoa, että laiminlyönti olisi aiheuttanut seurauksen, vaan seurauksen ovat aiheuttaneet »de omständigheter, som haft sitt fria spel tack vare underlåtande».²¹² Laiminlyönnin kausaalisuuden sijasta hän puhuu laiminlyönnin relevanssista. Mutta tälläkään ei ole pääasiallista merkitystä kysymykselle laiminlyönnin rangaistavuudesta. Ratkaiseva merkitys tässä suhteessa on sillä kysymyksellä, millä edellytyksillä laiminlyöntiä estää seurauksen syntyminen, on pidettävä yhteiskuntavaarallisuus merkityksessä yhdenvertaisena seurauksen positiivisen aiheuttamisen kanssa.²¹³ Wetter puolestaan pitää näitä deliktimuotoja yhdenvertaisina rangaistavuuteen nähden, kun laiminlyöjän velvoittaa positiiviseen toimintaan tunnusmerkistökuvauksen ulkopuolella oleva oikeudellinen käsky, kuten esimerkiksi huolenpitovelvollisuus, asevelvollisuus tai sopimukseen perustuva velvollisuus, tai kun laiminlyöjä on itse aiheuttanut vaarantilan ja jättää estämättä sen seuraukset. Säännösten puuttuessa on laiminlyönnin rangaistavuus tekoon verrattuna tutkittava kussakin eri tapauksessa erikseen, pitäen näkökohtana tyyppillistä yhteiskuntavaarallisuutta.²¹⁴

²¹¹ Andenæs, s. 250—252.

²¹² Wetter, s. 25—26.

²¹³ Wetter, s. 26.

²¹⁴ Wetter, s. 29—30.

b. *Suomi.*

Kotimaisessa kirjallisuudessamme on laiminlyöntirikosta koskeva oppi tullut huomion kohteeksi tietävästi vasta *Forsmanin* luennoissa vuosina 1889—1892. Mannermaisen esikuvan mukaan hän jakaa laiminlyöntirikokset varsinaisiin ja epävarsinaisiin. Forsmanin mukaan mainitut ryhmät eroavat toisistaan siinä, että edellisissä rikotaan käskynormia, jälkimmäisissä sitävästoin kieltonormia, minkä lisäksi hän toteaa niiden eroavan toisistaan myöskin siinä, että edelliseen ryhmään kuuluvasta laiminlyönnistä rangaistus seuraa tekemättä jättämisestä sinänsä seuraukseen katsomatta, jotavastoin jälkimmäiseen ryhmään kuuluvissa tapauksissa vastuun perustaa seurauksen estämättä jättäminen.²¹⁵ Rangaistusvastuu seurauksen estämättä jättämisestä edellyttää, että on olemassa erityinen oikeudellinen velvollisuus seurauksen estämiseen,²¹⁶ ja että laiminlyönti on kausaalisuhteessa syntyneeseen seuraukseen.²¹⁷ Laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksessä Forsman on asettanut oikeuskausaalisuusteorian kannalle.²¹⁸ Hän näet pitää laiminlyöntiä kausaalisena, kun laiminlyöjällä on ollut oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi,²¹⁹ joten hän siten on asettanut oikeusvelvollisuuden vastaisuuden kausaalisuuden edellytykseksi. Forsman ei ole maininnut, mihin sanottu erityinen velvollisuus saattaa perustua. Hän tyytyy ainoastaan valaisemaan esitystään muutamalla kasuistisella esimerkillä.

Kuten vastaavasti mannermaan laiminlyönnin rikosdogmatiikassa, niin myös meilläkin noihin aikoihin laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä suuntaus pääsee vallitsevaan asemaan. Laiminlyönnin kausaalisuuden ovat tieteisopissamme kiistäneet *Serlachius—Särkilahti*,²²⁰ *Estlander*,²²¹ *Tulenheimo*²²² ja *Ekström*.²²³

²¹⁵ *Forsman*, Allm. läror, s. 163—164.

²¹⁶ *Forsman*, Allm. läror, s. 161 ja 165.

²¹⁷ *Forsman*, Allm. läror, s. 164—166.

²¹⁸ Ks. ed. s. 32—34.

²¹⁹ *Forsman*, Allm. läror, s. 165: »Vi kunna utan fara för att misstaga oss säga, att, för att en dylik försummelse skall värka kausalt i straffrättslig mening och således begrunda en straffrättslig ansvarighet, det måste finnas en rättslig förpliktelse att företa den försummade handlingen».

²²⁰ *Serlachius—Särkilahti*, JFT 1898, s. 269—279; Oppikirja I, s. 90—91; Lainopin alkeet, s. 77 ja 163.

²²¹ *Estlander*, s. 36—37.

²²² *Tulenheimo*, Luotto, s. 4—5, 16 ja 80; Symptomaattinen rikoskäsitys, s. 94—95 ja 98.

²²³ *Ekström*, s. 850—853.

Serlachius—Särkilahden mukaan laiminlyönti on oikeudenvastainen, kun laiminlyöjällä on erityinen oikeudellinen velvollisuus toimia. Mäinnittu velvollisuus voi perustua joko sopimukseen, perhe- tai aviosuhteisiin tai edelläkäyneeseen toimintaan. Tämän lisäksi velvollisuus saat-taa johtua myöskin erityisen vaaralliseen toimintaan ryhtymisellä.²²⁴ Laiminlyönnin oikeudenmukaisuus tahi oikeudenvastaisuus riippuu kuten teossakin kuitenkin viime kädessä *Serlachius—Särkilahden* mukaan intressivertailusta, jossa pienemmän edun on väistytävä suuremman tieltä.²²⁵

Estlander lausuu petosrikosta käsittelevässä monografiassaan, että jos sanomme »att något skett, emedan något annat underlåtits och således icke skett», niin ajatuksemme ei suinkaan estä meitä olettamasta, että seuraus olisi siitä huolimatta syntynyt, vaikkei mitään olisi laiminlyötykään. Syyn ja seurauksen suhde onkin laiminlyönnissä *Estlanderin* mielestä ainoastaan miellettyä.²²⁶

Myös *Tulenheimo* katsoo laiminlyönnin ja seurauksen välisen suhteen olevan miellettyä.²²⁷ Kysymys laiminlyönnin kausaalisuudesta ei käsityskannan mukaan »sinänsä koske oikeusjärjestystä».²²⁸ Viitaten *Serlachius—Särkilahden* esittämiin ajatuksiin, *Tulenheimo* häneen yhtyen katsoo, että laiminlyönnissä deliktimuotona ei ole kysymys siitä, »voiko laiminlyönti olla vaikuttavana syynä johonkin seuraukseen, vaan on kysymys vain siitä, milloin laiminlyönti on oikeudenmukainen, milloin sen vastainen».²²⁹ Mikäli laiminlyöjällä on ollut velvollisuus estää seurauksen syntyminen, voidaan laiminlyönti suhteessaan tapahtuneeseen seuraukseen mieltää analogiseksi teon ja sen aiheuttaman seurauksen kanssa.²³⁰

²²⁴ *Serlachius—Särkilahti*, Oppikirja I, s. 102—103; Lainopin alkeet s. 77, missä hän nimenomaan lausuu, että laiminlyönti on oikeudenvastainen vain silloin, kun on erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi.

²²⁵ *Serlachius—Särkilahti*, Oppikirja I, s. 100—101 ja 103.

²²⁶ *Estlander*, s. 36.

²²⁷ *Tulenheimo*, Luotto, s. 4: »Miellämme — — — odotetun, mutta tapahtumatta jääneen teon, pidämme sen tapahtumatta jäämistä itseään tekemisenä, ja miellämme sen suhtautumisen seuraukseen analogiseksi varsinaisen teon ja sen aiheuttaman seurauksen kanssa».

²²⁸ *Tulenheimo*, Symptomaattinen rikoskäsitys, s. 95. — Sanontaa »vaikuttavana syynä — seuraukseen» osoittaa, että kausaalisuus on käsitetty luonnontieteellisesti vaikutusyhteydeksi.

²²⁹ *Tulenheimo*, Symptomaattinen rikoskäsitys, s. 95.

²³⁰ *Tulenheimo*, Symptomaattinen rikoskäsitys, s. 95; Luotto, s. 4—5.

Ekström on puolestaan omaksunut *Traegerin* laiminlyönnin relevanssiopin.²³¹ Laiminlyönti ei itsessään ole kausaalinen. Jos esimerkiksi A, jolla on velvollisuus hoitaa sairasta B:tä, jättää antamatta tälle lääkkeen, ja B kuolee, niin ei suinkaan voida sanoa, että A:n laiminlyönti on aiheuttanut B:n kuoleman. Tosiasiassa sen on aiheuttanut B:n sairaus. On niinollen syytä, sanoo *Ekström*, välttää puhumasta laiminlyönnin kausaalisuudesta. Laiminlyönti voi olla määrätyillä edellytyksillä sitävastoin relevantti seurauksen suhteen.²³² Laiminlyönti on relevantti, kun velvollisuudenvastaisesti laiminlyödyllä toiminnalla olisi voitu estää laissa kielletyn seurauksen syntyminen. Laiminlyönnin relevanssin toteamiseksi on käytettävä adekvaattisuusarvostelmaa.²³³

Laiminlyönti deliktimuotona on joutunut meillä laajemman tarkastelun kohteeksi vasta 1930 luvun alussa *Honkasalon* »Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa» nimisessä tutkimuksessa ja hänen myöhemmissä kirjoituksissaan.²³⁴ *Honkasalo* on mainitussa tutkimuksessaan käsityksemme mukaan tullut laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksessä ratkaisevaan tulokseen. Koska joudumme seuraavassa luvussamme lähemmin tutustumaan hänen laiminlyönnin kausaalisuusoppiinsa, rajoitumme tässä yhteydessä selostamaan hänen esittämänsä ajatukset pääpiirteissään.

Honkasalo lähtee siitä ajatuksesta, että laiminlyönti voidaan katsoa teon veroiseksi vain sillä edellytyksellä, että laiminlyönti on kausaalisuhteessa seuraukseen. Jos laiminlyöty positiivinen toiminta olisi estänyt seurauksen syntymisen, niin laiminlyönti muodostaa välttämättömän edellytyksen seurauksen syntymiselle.²³⁵ Kun aina ei voida varmuudella ratkaista in concreto, olisiko laiminlyöty positiivinen toiminta voinut estää seurauksen syntymisen, niin on sanotusta syystä useissa tapauksissa tyydyttävä todennäköisyysarvosteluun. Tällöin on kussakin eri tapauksessa harkittava, vastaako laiminlyönnissä huomioonotettava mahdollisuus seurauksen syntymisestä sitä tapaa, millä seuraus on syntynyt. Tarkasteltavan seurauksen tulee siis olla a d e k v a a t t i n e n. Ainoastaan mainitulla edellytyksellä laiminlyönti on kausaalisessa suh-

²³¹ Relevanssiopista ks. ed. s. 38—39.

²³² *Ekström*, s. 852.

²³³ *Ekström*, s. 854.

²³⁴ *Honkasalo*, Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa I ja II Defensor Legis julkaisussa 1942, s. 49—64 ja 259—277 sekä Rikosoikeuden Yleiset Opit I, s. 126—127 ja 141—151.

²³⁵ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 205; Yleiset opit I, s. 142.

teessa relevantti.²³⁶ Esimerkkinä tästä Honkasalo mainitsee, että jos talonomistaja on jättänyt katukäytävän hiekoittamatta, ja joku tällöin kaatuessaan saamastaan tärähdyksestä kuolee aivokuumeeseen, niin silloin on laiminlyönnin ja kuoleman välillä olemassa relevantti kausaalisuhde. Jos sitävastoin loukkaantunut on saanut surmansa häntä sairaalaan kuljetettaessa tapahtuneessa liikenneonnettomuudessa tai sairaalassa tapahtuneessa tulipalossa, niin silloin ei ole olemassa relevanttia suhdetta laiminlyönnin ja seurauksen välillä, sillä joskin laiminlyönti on myös viimeksimainituissa tapauksissa välttämättömänä edellytyksenä seurauksen syntymiselle, koska ilman laiminlyöntiä ja sen aiheuttamaa loukkaantumistahan jalankulkija ei olisi joutunut sairaalaan kuljetettavaksi eikä siten alttiiksi mainituille onnettomuustapauksille, niin laiminlyöntiin ei voida katsoa sisältyneen »yleisesti huomioon otettavaa mahdollisuutta kuoleman syntymisestä sillä tavalla, kuin se in concreto on syntynyt».²³⁷

Tämä *Honkasalon* loogillisen kausaalisuuden teoria ei perustu luonnontieteelliseen katsantokantaan, vaan se on puhtaasti tietoteoreettinen konstruktiooni, joka on vapaa myös normatiivisista ai-neksista. Sen lähtökohtana on filosofi *John Stuart Millin* määritelmä syystä kaikkien niiden positiivisten ja negatiivisten edellytysten summana joita tapahtuma muuttumattomana välttämättömästi seuraa. Luonnollisen katsantokannan mukaan laiminlyönti on rinnastettavissa positiiviseen tekoon kausaalisuhteeseen nähden, sillä »laiminlyönnistä voidaan yhtä hyvin kuin positiivisesta teosta sanoa, että se on *conditio sine qua non* seurauksen syntymiselle, jos laiminlyöty positiivinen toiminta olisi seurauksen syntymisen estänyt».²³⁸

Laiminlyönnillä tapahtuva aiheuttaminen on oikeudenvastainen, kun laiminlyöjällä oli oikeudellinen velvollisuus estää toiminnallaan seurauksen syntyminen. Vallitsevan oikeusvelvollisuusopin mukaisesti Honkasalo katsoo, että vastuu seurauksesta edellyttää erityistä oikeudellista velvollisuutta seurauksen estävään toimintaan. Siveellinen velvollisuus ei käsityskannan mukaan riitä perustamaan rikosoikeudel-

²³⁶ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 208; Yleiset opit I, s. 143—144: » — — — laiminlyönnin kausaalista relevanssia ei ratkaise pelkästään se seikka, olisiko laiminlyöty toiminta, kun kausaalisuuden konkreettinen kulku huomioon otetaan, voinut seurauksen estää, vaan kausaalisuusarvioinnissa on otettava huomioon myöskin, sisältyikö laiminlyöntiin niissä olosuhteissa huomioon otettava mahdollisuus seurauksen syntymisestä.»

²³⁷ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 208.

²³⁸ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 205.

lista vastuuta.²³⁹ Mutta joskin Honkasalo asettaa vastuun kriteerioksi erityisen oikeudellisen velvollisuuden, niin hän kuitenkin katsoo, ettei oikeudellista relevanssia voida panna riippuvaksi yksin oikeusvelvollisuuden erityisyydestä, vaan on kussakin tapauksessa erikseen vielä tutkittava, onko oikeudellinen velvollisuus ollut siinä määrin intensiivinen, että rangaistusvastuu velvollisuuden vastaisesta käyttäytymisestä olisi oikeustajuntaa vastaava.²⁴⁰ Hän siis on asettunut sille kannalle, että vastuun kriteerioksi ei riitä yksin muodollisjuriidinen erityisvelvollisuus, vaan lisäksi on itse velvollisuudesta pääteltävä in casu, perustaako laiminlyönti kussakin eri käsiteltävässä tapauksessa vastuun syntyneestä seurauksesta.²⁴¹ Kun Honkasalo tässä suhteessa arviointiin vaikuttavina momentteina oikeusvelvollisuuden lisäksi vaatii huomioonotettavaksi elämän kohtuusnäkökohtia silmälläpitäen laiminlyöjän aseman ja hänen suhteensa suojattavaan etuun sekä niinhyvin ne intressit, joiden suojelemisen velvollisuus käsittää, kuin myöskin nekin intressit, jotka seurauksen torjumistoiminnan kautta tulevat vaarantetuiksi,²⁴² niin on hänen katsottava olevan, kuten hän itsekkin mainitsee,²⁴³ asiallisesti varsin lähellä *Andenæsia*.²⁴⁴ Käsityskantojen välillä on olemassa kuitenkin oleellinen periaatteellinen eroavaisuus: *Honkasalo* hyväksyy mainituin rajoituksin erityisen oikeudellisen velvollisuuden vastuun kriteriona, kun sitävastoin *Andenæs* antaa oikeudelliselle velvollisuudelle ainoastaan indision arvon laiminlyönnin vastuun arvioinnissa in casu.

Myös *Salmialan* on katsottava olevan laiminlyönnin loogillisen kausaalisuusteorian kannalla. Jo vuonna 1926 julkaistussa tutkimuksessaan (»Varsinaisesta Osallisuudesta RL:n ja SRL:n Rangaistaviksi Julistamiin Varsinaisiin Erikoisrikoksiin Erittäin Silmälläpitäen Extraneusta») hän näet esittää sen ajatuksen, että laiminlyönti on oikeudellisessa merkityksessä rinnastettavissa positiiviseen tekoon kausaalisuhteeseen nähden. Positiivisen teon ja laiminlyönnin toisiinsa rinnastaminen identtisinä mainituissa mielessä, ilmenee sangen selvästi hänen lausuessaan, että »Jokaiseen tekoon kuuluu rumiinliike — ruumiillinen toiminta tai toimettomuus — ja sen kanssa syy- eli kausaalisuhteessa oleva, aistimilla

²³⁹ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 214.

²⁴⁰ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 213.

²⁴¹ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 213.

²⁴² *Honkasalo*, Rangaistava laiminlyönti II, DL 1942, s. 272—273.

²⁴³ *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 146, viite 19.

²⁴⁴ Ks. tästä ed. s. 72—73.

havaittavissa oleva muutos ulkonaisessa maailmassa».²⁴⁵ Kun *Salmiala* samassa yhteydessä mainitsee, että laiminlyönnin kausaalisuudesta »voidaan puhua vain oikeudellisessa merkityksessä»,²⁴⁶ niin sanotusta ilmenee mielestämme nimenomaan käsitys laiminlyönnin kausaalisuudesta loogillisena käsitteenä. Passiivinen suhtautuminen perustaa käsityskannan mukaan rikosoikeudellisen vastuun seurauksen estämättä jättämisestä, kun laiminlyöjällä oli sen estämiseen erityinen oikeudellinen velvollisuus.

Laiminlyönnin katsoo kausaaliseksi myös *Sipilä*, joskaan hänen esityksestään ei ilmene, minä hän pitää tätä kausaalisuutta. Oikeuskausalisuusteorioista puhuessaan hän lausuu, että kun ne »näkevät kausaalisuuden muussa valossa kuin pelkästään luonnontieteellisenä syyn ja seurauksen suhteena», niin ne tulevat hyvinkin lähelle sitä ratkaisua, jota hän pitää oikeana. Oikeuskausalisuusteorioita hän ei kuitenkaan hyväksy, koska ne saattavat kausaalisuuden välittömään riippuvaisuussuhteeseen oikeusvelvollisuuden olemassaolosta.²⁴⁷ *Sipilä* katsoo laiminlyönnin olevan kausaalisuhteessa tiettyyn seuraukseen silloin, »kun tekemättä jätetty teko olisi estänyt seurauksen syntymisen».²⁴⁸ Tämäkään määritelmä ei valaise millään tavalla hänen käsityskantaansa asiassa. Siitä tosin voidaan tehdä sellainen johtopäätös, että *Sipilä* olisi asettunut laiminlyönnin loogillisen kausaalisuuden kannalle, mutta tällainen johtopäätös olisi kuitenkin virheellinen, sillä *Sipilä* ei ole hyväksynyt (Honkasalon) loogillisen kausaalisuuden teoriaa, joten hänen ei myöskään voida katsoa pitävän kausaalisuutta loogillisena tai sitä vastaavan luonnollisen käsityskannan mukaisena.²⁴⁹ ;

Laiminlyönnin oikeudenvastaisuuskysymyksessä *Sipilä* on katsonut, että jos asetetaan vallitsevan mielipiteen kannalle, jonka mukaan laiminlyönnin oikeudenvastaisuus edellyttää, että tunnusmerkistönmukaisen seurauksen lisäksi on olemassa tunnusmerkistön ulkopuolella oleva seurauksen estämistoimintaan velvoittava normi, niin siitä tultaisiin sellaiseen tulokseen, että laiminlyönnin oikeudenvastaisuus edellyttäisi »kaksinkertaista kiellettyisyyttä: ensinnäkin, että laiminlyönti on

²⁴⁵ *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 36.

²⁴⁶ *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 36, viite 3.

²⁴⁷ *Sipilä*, s. 145.

²⁴⁸ *Sipilä*, s. 175–176.

²⁴⁹ Kun Honkasalo on konstruoinut laiminlyönnin kausaalisuusteoriaansa John Stuart Millin syypille, niin *Sipilä* on väittänyt hänen vaatineen laiminlyönnin kausaalisuudelta luonnontieteellistä syy-yhteyttä. Tästä virheellisestä käsityksestä ks. jäljempänä s. 116–118.

tunnusmerkistön mukainen — — —, ja toiseksi, että laiminlyönti sen lisäksi on erityisesti kielletty, so. että on olemassa erityinen seurauksen estämisvelvollisuus». Mutta tällöin tultaisiin mielipiteen mukaan sellaiseen ihmeelliseen tulokseen, että tunnusmerkistön toteuttaminen positiivisin teoin olisi vastaavasti oikeudenvastainen »vasta siinä tapauksessa, että on olemassa erityinen velvollisuus teosta pidättymiseen!» Oikeusvelvollisuusoppi ei toisin sanoen kykenisi selvittämään, mistä syystä aktiivisen suhtautumisen oikeudenvastaisuus ei edellytä, että tekijällä olisi erityisvelvollisuus jättää toteuttamatta tunnusmerkistön mukainen seuraus.²⁵⁰ Sanotusta syystä Sipilä katsoo vallitsevan konstruktion olevan korjaamisen tarpeessa. Niinpä hän esittää sen ajatuksen, että velvollisuutta ryhtyä toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi ei ole pidettävä »sellaisena lisänormina, jonka on saatava erityinen sijansa tunnusmerkistössä ilmaistun normin rinnalla», vaan on sitä pidettävä vain jonkinlaisena yhteiselämässä vallitsevia suhteita ilmaisevana kriteeriona, »joka osoittaa, milloin normi on sovellettavissa laiminlyöntiin».²⁵¹

Sellaisina perusteina, joista johtuu velvollisuus seurauksen estävään toimintaan, *Sipilä* mainitsee sopimuksen, virka- tai palvelussuhteen, ammatinharjoittamisen, oikeudellissosiaalisen aseman ja vaarantilan synnyttävän ennakkoteon.²⁵² Viimeksimainitusta hän mainitsee, että joskin on olemassa kieltämättä tapauksia, joissa sanottu peruste velvoittaa toimintaan seurauksen estämiseksi silloinkin, kun ennakkoteko on itsessään oikeudenmukainen, niin veisi liian pitkälle, jos kysymykseen ennakkoteon velvoittavuudesta annettaisiin myönteinen vastaus yleisenä sääntönä.²⁵³ Silloinkuin ennakkoteko on oikeudenmukainen, on sen velvoittavuus seurauksen etämistoimintaan ratkaistavissa vain kunkin yksittäistapauksen tarkastelulla in concreto.

²⁵⁰ *Sipilä*, s. 260.

²⁵¹ *Sipilä*, s. 265.

²⁵² *Sipilä*, s. 269.

²⁵³ *Sipilä*, s. 266.

IV. LAIMINLYÖNNIN KAUSAALISUUS.

Franz v. Liszt lausuu tunnetussa oppikirjassaan, että tieteellinen kiista laiminlyönnin kausaalisuudesta on ollut »einer der unfruchtbarsten, welche die strafrechtliche Wissenschaft je geführt hat».¹ Tämä mielipide saattaa johtaa sellaiseen ajatukseen, että kysymyksessä on niinhyvän tieteen kuin käytännönkin kannalta katsottuna hyödytön teoreettinen »hiuksenhalkominen». Tällainen johtopäätös olisi kuitenkin täysin harhaan osunut, sillä laiminlyönnin tutkimus kokonaisuudessaan syntyi nimenomaan käytännössä esiintyneiden vaikeuksien voittamiseksi. Kun näet lainsäätäjää oli ainoastaan aniharvassa kasuistisessa säännöksessä selittänyt laiminlyönnin rangaistavaksi,² niin tutkimuksen tehtäväksi tuli selvittää, millä edellytyksillä seurauksen estämättä jättäminen yleensä perustaa saman vastuun seurauksesta, kuin sen aiheuttaminen positiivisella teolla. Tällöin heräsi myös kysymys siitä, oliko laiminlyönti ylimalkaan sellaisessa suhteessa seuraukseen, jotta laiminlyönti voitaisiin suhtautumismuotona rinnastaa tekoon. Tämän kysymyksen ratkaisemiseksi syntyivät sitten ne monet laiminlyönnin kausaalisuusteorioiden, joista ensimmäisen konstruoi Luden niminen rikosoikeusoppinut 1800 luvun puolivälissä.³

Luden lähtee siitä toteamuksestaan, ettei itseään laiminlyöntiä, pelkkää tekemättä jättämistä voida pitää seurauksen syynä,⁴ sillä käsityskannan mukaan vain reaalin positiivinen teko voi olla kausaalinen. Laiminlyönnin kausaaliseksi tekevä positiivinen momentti onkin *Luden*in mukaan siinä toiminnassa, jonka laiminlyöjä suorittaa sinä aikana, kun hän laiminlyö sen toiminnan, johon hänen olisi tullut ryhtyä seurauksen estämiseksi. Seurauksen syynä oli siis *Luden*in mukaan laiminlyönnin rinnakkaisilmiönä tapahtuva positiivinen toiminta. Mutta kuinka tämä positiivinen toiminta voi olla seurauksesta täysin erillisenä

¹ *v. Liszt*, Lehrbuch 1919 p., s. 128.

² Ks. ed. s. 13.

³ Ks. ed. s. 24.

⁴ Ks. ed. s. 24.

ilmionä siitä huolimatta seurauksen syynä? Teorian virheellisyys ilmenee meille ajatellessamme seuraavaa Serlachius-Särkilahden mainitsemmaa esimerkkiä: jos sairaanhoitajatar on sinä aikana, kun hänen olisi pitänyt hoitaa sairasta, pelannut korttia, jolloin sairas on sanottuna aikana hoitoa vaille jääneenä kuollut, niin kukaan ei väittäne, että seurauksen (kuoleman) syynä olisi ollut kortinpeluu!⁵ Vielä sattuvampi on *Krug*n klassilliseksi tullut esimerkki, jolla hän on osoittanut Ludenin teorian vääräksi: jos äiti on kutonut sukkaa sensijasta, että olisi imettänyt lastaan, ja lapsi on kuollut nälkään, niin voidaanko silloin sanoa, että lapsi on kuollut sukan kutomiseen?⁶ Tämän tapaiset esimerkit osoittavat kyllin riittävästi teorian kestäättömyyden.⁷

Passiivisen suhtautumisen ulkopuolella tapahtuvan positiivisen toiminnan asettaminen seurauksen syyksi muodostui kompastuskiveksi

⁵ *Serlachius-Särkilahti*, JFT 1898, s. 270—271.

⁶ *Krug*, s. 30—31.

⁷ Mainittujen lisäksi muun muassa *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 190; *Sipilä*, s. 139; *Rohland*, Die straffbare Unterlassung, s. 8—9; *von Bar*, Die Lehre vom Causalzusammenhange, s. 92—93: — — — die Wendung, welche Luden — — — seiner Untersuchung dahin giebt, dass er sagt, die positive Handlung, welche Jemand während der Zeit vornahm, wo er etwas Anderes hätte thun sollen, sei die Ursache des eingetretenen Erfolges, ist offenbar falsch»; *Traeger*, Das Problem, s. 30—31, pitää Ludenin teoriaa siinä määrässä nurinkurisena, ettei se kaipaa Traegerin mielestä minkäänlaista vastatodistelua. — Ludenin teorian kannalle asettuiivat *Redslob* ja hänen mainitsemansa mukaan *Hrehorowicz*, *Austin* ja *Reuter* (ks. näistä *Redslob*, s. 14—15). *Redslob* lausuu s. 18, että »Ein Unterlassen ist — — — nichts weiter als eine andere Betätigungsweise im Sinne Ludens». Hän pitää Ludenin kausaalisuusoppia täysin oikeana, mutta kun Luden ei ole *Redslob*in mielestä esittänyt sitä riittävän selvästi, niin on se antanut hänen seuraajilleen aiheen pinnalliseen arvosteluun. Ludenin oppi tarvitsee käsityksen mukaan tulla ainoastaan syvennetyksi. Tämän saavuttamiseksi *Redslob* lausuu s. 18—19, että se muu toiminta, johon laiminlyöjä ryhtyy velvoitetun toiminnan sijasta, ei ole seurauksen edellytyksenä yksittäistävässä muodossa, vaan ainoastaan, mikäli se on laiminlyönti eli t.s. muu toiminta muodostaa edellytyksen seuraukselle, mikäli se kuuluu yleistävässä muodossaan sellaisten toimintojen luokkaan, mitkä eiväät sisällä velvoitettua toimintaa. Tuo muu toiminta ei siis muodosta seurauksen edellytystä »nach ihren individuellen, sondern nach einem generellen Merkmal; sie bedingt nicht an sich selbst, sondern als Vertreterin der Gattung». Mutta mainittu muu toiminta, joka itseasiassa ei ole missään suhteessa seuraukseen, ei käsitteäksemme voi olla sen edellytyksenä enempää yksittäistävässä kuin yleistävässä merkityksessä. Näin myös *Traeger*, Das Problem, s. 14, viite 12: »Wie eine Betätigungsweise nicht an sich selbst, nicht nach ihren individuellen Merkmalen bedingen soll, sondern nach einem generellen Merkmal, als Vertreterin der Gattung aller Betätigungen, die das erwartete Tun nicht enthalten, ist völlig unfassbar».

myöskin seuraaville eli *Krugin*, *Glaserin* ja *Adolf Merkelin* laiminlyönnin kausaalisuusteorioille, joita myöhemmin on yhteisesti nimitetty »Theorie der vorausgegangenen Handlung».⁸ Tämän teorian mukaan laiminlyönnin teki kausaaliseksi sen edelläkäynyt positiivinen toiminta, joka velvoitti laiminlyöjän torjumaan vahingollisen seurauksen syntymisen. Kun käsityskannan mukaan vastuu perustui torjumisvelvollisuuden luovaan edelläkäyneeseen toimintaan, joutui jo teorian perustaja, *Krug* pääsemättömään umpikujaan — vastuu seurauksen syntymisestä johtuikin siten jälkeenpäin vaikuttavasta tahallisuudesta tai tuottamuksesta (*dolus* tai *culpa subsequens*),⁹ mikä tulos oli ilmeisessä ristiriidassa sen ehdottomaksi rikosoikeudessa tunnustetun oikeusperiaatteen kanssa, jonka mukaan vastuu edellytti kausaalisuuden ja syyksiluettavuuden (tahallisuuden tai tuottamuksen) samanaikaisuutta suhtautumisessa. Tästä pätkästä yritti *Glaser* puolestaan selviytyä sillä väitteellään, että jos edelläkäynyt toiminta ja sitä seuraava passiivinen suhtautuminen huomioidaan eroittamattomana kokonaisuutena, niin silloin vältytään siitä hänen mielestään pelkästä väärinkäsityksestä, etteivät kosketellussa suhteessa rikoksen olemukseen kuuluvat subjektiivinen ja objektiivinen puoli olisi samanaikaisesti olemassa.¹⁰

Tämäkään keinotekoinen pönkitys ei pelasta teoriaa kaatumasta, sillä kiistämättömäksi tosiasiaksi kuitenkin jää, etteivät tällöinkään rikoksen subjektiiviset ja objektiiviset elementit lankea ajallisesti yhteen. Jos A täysin luvallisessa tarkoituksessa kaivaa syvän kuopan, joka täyttyy vedellä, ja jättää joko tahallisesti tai tuottamuksesta myöhemmin varoittamatta siitä B:tä, joka siihen pudotessaan hukkuu, niin vaikkapa käsitettäisiinkin A:n edelläkäynyt toiminta ja sitä seuraava laiminlyönti *Glaserin* mukaisesti yhdeksi kokonaisuudeksi, niin A:n tahallisuus tai tuottamus on jokatapauksessa jälkeenpäin vaikuttavaa.

Jos taas *Redslobin* sofistisesta todistelusta kävisi päättelyminen, että hän »muulla toiminnalla sen yleistävässä merkityksessä» tarkoittaa itseään laiminlyöntiä, niin silloin hän olisikin kokonaan luopunut *Ludenin* opista, koska hän tällöin pitäisi itseään laiminlyöntiä seurauksen syynä!

⁸ Ks. ed. s. 24—26.

⁹ Tämän toteaa *Krug* itsekkin lausueessaan s. 40: »Niemand zweifelt — — — demjenigen, der eine gefährliche Handlung vornimmt, das daraus entstandene Unrecht zur Culpa zuzurechnen. Damit ist es aber auch konsequent, ihm das von ihm bei beabsichtigte Unglück zum *dolus* anzurechnen, mag nun die Absicht schon bei Vornahme der gefährlichen Handlung oder erst bei Unterlassung der zu Verhütung der Gefahr erforderlichen Handlungen gehegt haben».

¹⁰ *Glaser*, s. 301. Ks. myös ed. s. 25, viite 16.

Teorian mainittua perusvirhettä ei liioin ole voinut poistaa *Merkelin* antama selitys, jonka mukaan tahallisuus tai tuottamus olisi mahdollisena olemassa jo edelläkäyneessä toiminnassa.¹¹ Jos ajattelemme edellä esittämäämme esimerkkiä, niin emme pääse muuhun tulokseen, kuin että selitys ehdollisesta syyksiluettavuudesta on suorastaan mielletön. On itsestään selvää, että tahallisuus tai tuottamus joko on olemassa, tai ei ole olemassa. Jos taas tahallisuus tai tuottamus ovat jo olemassa edelläkäyneen toiminnan hetkellä, niin silloinhan ei ole lainkaan kysymyksessä laiminlyönti, vaan positiivinen suhtautuminen, sillä teko-rikoksen tunnusmerkistö olisi jo siten täyttynyt.¹² Niinpä jos esimerkiksi lääkäri jo leikkauksen aikana päättää jättää potilaan menehtymään verenvuotoon, niin surmaamisen tunnusmerkistö on tällöin jo täyttynyt, jos potilas kuolee verenvuotoon. Teorian heikkous osoittautuu lisäksi vielä siinäkin, ettei passiivisessa suhtautumisessa aina edes ole kysymyskään edelläkäyneestä toiminnasta,¹³ joten teoria siten oleellisessa määrässä rajoittaisi epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen piiriä. Teoria ei näet voisi antaa minkäänlaista selitystä laiminlyönnin olemuksesta niissä tapauksissa, joissa edelläkäynyttä toimintaa ei voitaisi lainkaan osoittaa olevaksi.¹⁴

Teoriaa vastaan, lähinnä silmälläpitäen Glaserin oppia, voidaan esittää myös muita varsin painavia muistutuksia. Kuten aikaisemmin olemme esittäneet,¹⁵ niin Glaser jakoi laiminlyöntitapaukset kahteen ryhmään. Jaon mukaan passiivinen suhtautuminen voi ilmetä joko siten, että laiminlyöjä asettaa seurauksen syntymistä edistävän edellytyksen,

¹¹ *Merkel*, joka pitää pelkkää laiminlyöntiä oikeudellisesti indifferenttinä (s. 83: »als juristisches Null«), lausuu s. 87: »Wie nun der äussere Erfolg, die Verletzung des Anderen nicht herbeigeführt wird durch die Unterlassung, sondern durch die vorausgehende Wirksamkeit, so wird dessen zurechnung nicht erst durch die Unterlassung begründet, sondern als eine eventuelle eintretende bereits durch diese Wirksamkeit — — —. Die Unterlassung stellt nur eine Bedingung für den Eintritt verantwortlicher Urheberschaft, deren Prinzip in der vorausgehenden Tätigkeit liegt, her«. Vrt. *Binding*, Normen II, s. 191, missä hän on Merkelin ajatusta vastaan lausunut: »Eine Schuld, welche erst während der Verursachungsthätigkeit entsteht als ein Mittelding, zwischen culpa Antecedens und subsequens ist undenkbar: entweder ist bei ihrer Entstehung die Ursache schon gesetzt oder noch nicht gesetzt; — — —».

¹² Ks. *Traeger*, Das Problem, s. 38.

¹³ *Traeger*, Das Problem, s. 38.

¹⁴ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 192; *Sipilä*, s. 142; *Traeger*, Das Problem, s. 38; *Rohland*, Die strafbare Unterlassung, s. 32.

¹⁵ Ks. tästä ed. s. 25.

tai siten, että hän velvoittautuu sopimuksella tai muuten estämään seurauksen syntymisen. Hän siis velvoittautumisellaan joko saattaa muut antautumaan vaaralle alttiiksi tai estää niiden toimimasta seurauksen torjumiseksi, jotka olisivat velvollisuutensa täyttäneet. Velvoittautuminen olisi siten renkaana seuraukseen johtaneessa kausaalisessa sarjassa.

Tämä rakennelma on yleistävässä merkityksessään pelkkä fiktio, sillä useimmissa tapauksissa ihmiset antautuvat esimerkiksi liikenne- ja kulkuneuvojen käytössään ja vielä työssään eri tuotantolaitoksissa moninaisille ajateltavissa oleville vaaroille alttiiksi tutkimatta tai edes tiedustelematta, onko vaaran välttämiseksi ryhdytty sen torjumiseen velvoittautuneitten tai velvollisien taholta suojele- tai varotoimenpiteisiin. Teorian kestävämmä ilmenee siinäkin, ettei velvoittautuminen läheskään aina sisällä muiden syrjäyttämistä vaaran torjumisesta, sillä laiminlyöjä saattaa olla ainoa henkilö, joka on saatu velvoittautumaan seurauksen estävään toimintaan. Täydellisellä varmuudella ei myöskään käy ennalta päättelyä, että muut henkilöt olisivat vastaavassa tapauksessa aina käyttäytyneet velvollisuutensa mukaisesti.¹⁶

Lyhytikäiseksi tuli myöskin seuraava eli konkludenttisen laiminlyönnin kausaalisuusteoria, jonka perusti Geyer, ja johon liittyivät Aldosser ja Finger.¹⁷ Mainitun teorian mukaan laiminlyönnissä seurauksen johtanut syy on psyykillinen ilmiö. Psykologisesti vaikuttavan syyn suhde sen aiheuttamaan seuraukseen ilmenee siten, että määrätty odotettu, mutta tapahtumatta jäänyt toiminta antaa muille aiheen reagoida seurauksen syntymistä edistävästi. Mutta tällöin voidaan kysyä, kuinka laiminlyönti voi vaikuttaa psyykkisesti sellaisissa tapauksissa, joissa ei ole lainkaan vastaanottajaa vaikutukselle?¹⁸ Teoria ei ole pystynyt antamaan minkäänlaista selitystä laiminlyönnin kausaalisuudesta mainituissa tapauksissa.¹⁹

¹⁶ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 190—192; Sipilä, s. 142: »Niin rikos kuin siviilioikeudenkin alalla teoria joutuu voittamattomiin vaikeuksiin pyrkiessään todistamaan sitä, mikä asiassa on ydinkysymys: laiminlyönnin tunnusmerkistön mukaisuutta silloin, kun laki puhuu tietystä tekemisestä»; Binding, Die Normen II, s. 220—221; v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 250; Traeger, Das Problem, s. 32—35; Kantowicz, s. 9—10.

¹⁷ Ks. tästä ed. s. 27—29 ja Livson, Honkasalo 60-vuotisjulkaisu, s. 77.

¹⁸ Esim. A jättää kattamatta avantonsa, johon yöllä jään ylittänyt kulkuri B putoaa ja hukkuu.

¹⁹ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 199; Sipilä, s. 143; Livson, Honkasalo 60-vuotisjulkaisu, s. 78; v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 254; Traeger, Das Problem, s. 43—44.

Teoriaa on *Aldosser* yrittänyt täydentää siten, että laiminlyönti olisi kausaalinen myöskin silloin, kun laiminlyöjällä on faktillinen määräämisvalta määrättyihin vaikuttaviin edellytyksiin vahingollisen seurauksen estämiseksi, mutta hän luopuu mahdollisuudestaan hallita niitä, sallien niiden siten kehittyä seuraukseksi. Laiminlyöjän tahto objektiivoituu siten fyysillisessä maailmassa seurausta edistäväksi edellytykseksi.

Ei edes tämä itsessään varsin mielenkiintoinen ajatusoperatio ole kyennyt pelastamaan teoriaa sitä vastaan kohdistetuilta hyökkäyksiltä, sillä jos kerran teoria ei pidä itseään laiminlyöntiä kausaalisena, niin on käsittämätöntä, kuinka pelkkä vaikuttamisen salliminen, mikä sekin on passiivinen ilmiö, voisi vaikuttaa seurauksen syntymistä edistävästi. Teoria ei myöskään ole pystynyt selvittämään, mitä mainitulla tosiasiallisella määräämisvallalla on ymmärrettävä.²⁰ Kun lisäksi edellytysten myötävaikuttamisen sallimisen tulee olla teorian mukaan tietoista, niin siitä tultaisiin siihen virheelliseen lopputulokseen, että ainoastaan tahallinen laiminlyönti voisi olla kausaalinen!

Mainitulle Geyerin perustamalle kausaalisuusopille olivat psyykillistä kausaalisuutta edustavina sukua n.s. interferenssiteoriat,²¹ jotka toisaalta, pitäen lähtökohtanaan samalla laiminlyöntiä edeltänyttä positiivista toimintaa, olivat myös läheisiä Krug-Glaserin laiminlyönnin kausaalisuusteorioille. Edellisestä interferenssiteoriat erosivat siinä, etteivät ne pitäneet itseään psyykillistä edellytystä kausaalisena seuraukselle, vaan ainoastaan mikäli synn muodostava edellytys liittyi edelläkayneeseen toimintaan.²² Jälkimmäisistä ne erosivat

²⁰ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 199—200; *Sipilä*, s. 142—143; *Serlachius-Särkilähti*, JFT 1898, s. 274—275; *Livson*, Honkasalon 60-vuotisjulkaisu, s. 78; *Rohland*, Die straffbare Unterlassung, s. 52; *Traeger*, Das Problem, s. 39—40; *v. Bar*, Gesetz und Schuld II, s. 254: »Ein reines Nichts dürfte auch psychisch Wirkung nicht ausüben».

²¹ Ks. näistä ed. s. 29—31.

²² *Traeger* katsoo (e.m.t., s. 44—45) teoriain eroavan siinä, että »— — — sie nicht wie die letzteren (psyykillisen kausaalisuuden teorian) in der Unterlassung schlechthin die Verursachung der Nithinderung des Erfolges erblicken, sondern in der sich an eine vorausgegangene Handlung anschliessenden Unterlassung». Hänen eroavaisuusmäärittelynsä on ehdottomasti virheellinen, sillä psyykillisen kausaalisuuden teorian eivät suinkaan pitäneet itseään laiminlyöntiä kausaalisena, vaan nimenomaan sitä psyykillistä realiteettia, joka tapahtumatta jääneen toiminnan johdosta konkludenttisesti vaikutti seurauksen syntymistä edistävästi. Yhtä virheellinen on hänen määrittelynsä loppuosa, sillä myöskään interferenssiteoriat eivät

taas siinä, ettei niissä positiivinen edelläkäynyt toiminta voinut olla seurauksen causana, vaan ainoastaan laiminlyönnin kausaalisuuden edellytyksenä.²³

Interferenssiteoriain mukaan ihmisen sielussa tapahtui taistelu seurauksen estämiseen pyrkivän tahdon ja sitä ehkäisevän tahdon välillä. Laiminlyönti oli käsityskannan mukaan kausaalinen, kun seurauksen estämiseen tähdätyt edellytykset joutuivat väistymään niitä ehkäisevään edellytysten tieltä.²⁴ Laiminlyönnin kausaalisuus johtuu siis seurauksen estämistahdon lannistamisesta.

Tämä interferenssiteorioille yhteinen perusajatus on kuitenkin katsottava pelkäksi olettamukseksi, joka ei suinkaan aina vastaa todellisuutta, sillä puhumattakaan siitä, että laiminlyöjä on saattanut jo alunperin velvoittautuessaan torjumaan seurauksen, suhtautua tehtävänsä välinpitämättömästi, niin on sellainenkin mahdollisuus ajateltavissa, että hän on saaattanut jopa alusta lähtien päättää, ettei liikuta sormeansaakaan seurauksen estämiseksi. Myös on hyvinkin ajateltavissa, ettei laiminlyöjässä herää minkäänlaista halua määrättyssä tapauksessa toista vaaralta varjelemiseen, vaan hän saattaa tuntea suoranaista iloa, todettuaan esimerkiksi vihamiehensä joutuneen vaaralle alttiiksi. Oletamus psyykkillisten realiteettien taistelusta käy vielä hatarammaksi, kun huomioimme sellaiset tapaukset, joissa seuraus syntyy laiminlyöjän itsetiedottomasta tuottamuksesta. Jos esimerkiksi A putoaa B:n tietämättä tämän peittämättä jättämään kaivantoon ja menehtyy siellä viluun ja

suinkaan pitäneet kausaalisena edelläkäyneeseen toimintaan liittyvää laiminlyöntiä, vaan sitä edelläkäyneeseen toimintaan liittyvää psyykkistä realiteettia, mikä on estänyt ryhtymästä toimintaan seurauksen torjumiseksi.

²³ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 195; Traeger, Das Problem, s. 44; Schwarz, s. 31.

²⁴ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 195—196; Sipilä, s. 144; v. Buri, GS 21, s. 199 ja 213; v. Buri, ZStrW 1, s. 400—401: » — — Entschluss, einen etwaigen strafrechtlichen Erfolg seiner Handlung abwenden zu wollen, ist ein dem Eintritt dieses Erfolgs entgegenstehendes Hindernis. Wenn daher später mit dem Bewusstsein, dass jetzt wirklich die Handlung kausal zu werden drohe, dieser ursprüngliche Wille, den Erfolg abzuwenden, in sein Gegenteil umgewandelt wird, so bedeutet diese Umwandlung die Beseitigung eines dem Erfolge entgegenstehenden Hindernisses und enthält somit eine schuldhafte Mitwirksamkeit für den Erfolg, verursacht also denselben»; v. Buri, GS 27, s. 26; Hälschner, Strafrecht I, s. 246: »Verantwortlich für den Erfolg wird der Unterlassende — — nur dadurch, dass er ein Hindernis des Erfolges beseitigte und damit sein früheres Thun in causale den Erfolg verursachende Wirksamkeit versetzt»; Binding, Die Normen II, s. 249: »Der Bahnwärter, der dolos oder culpos den auf die Schiene gefallenen Stein nicht

nälkään, niin kun B ei edes ole ollut tietoinen A:n sinne putoamisesta, niin ei kukaan väittäne, että B:n sielussa on tapahtunut taistelu vahingollista seurausta estävän ja sitä ehkäisevän tahdon välillä.²⁵

Jo nämä teorioita vastaan esitetyt väitteet perusteluineen osoittavat ne vääriksi. Niiden kärsimällä tappiolla on kuitenkin syynsä syvemmät. Se johtuu perimmältään teoriain edustajien kausaalisuusoppien virheellisyydestä. Rajoitumme seuraavassa tarkastamaan *Bindingin* kausaalisuusteoriaa, koska juuri se oli interferenssiteoriain yhteisenä perusoppina.

Bindingin luoman tasapainoteorian mukaan syyn muodosti positii-

entfernt, der Feuerwärter, der dem Wiederaufkommen der Flamme ruhig zusieht, der Gefängniswärter, der seinen Gefangenen die Nahrung nicht reicht: was thun sie zunächst? Sie haben sich selbst als abhaltende Bedingung zwischen die Gefahr und die Gefährdeten geschoben: *in dem sie sich entschliessen die ihrer Kraft gegen die Gefahr gegebene Richtung umzukehren, hören sie auf zu sein, was sie waren, sie vernichten sich selbst als den Erfolg abhaltende Bedingung*. Dadurch erleichtern sie zunächst den zum Erfolge wirkenden Bedingungen das Uebergewicht zu gewinnen. — — — ihre Unthätigkeit hat keine kausale Bedeutung; allein die Unthätigkeit selbst ist nur Folge einer Handlung: *die abhaltende Bedingung functioniert nicht als solche, weil ihre Functionsfähigkeit zerstört worden ist*; Ortman, GS 26, s. 440, lausuu, että tekemättä jättäminen on kausaalinen, »wenn es eine Verminderung der negativ-wirkenden Bedingungen involvirt, wenn es also mit einer vorangegangenen positiven Handlung des Unterlassenden sich verhindert und eine negativ-wirkende Bedingung, welche derselbe durch diese Handlung gesetzt hatte, wiederum beseitigt». Pelkkä laiminlyönti ei sitävästoin ole koskaan kausaalinen, sillä »Das Nichttun an sich lässt das Gleichgewichtsverhältniss zwischen den positiv- und negativ-wirkenden Bedingungen gänzlich unberührt. Der Unerlassende hat in einem solchen Falle den Erfolg nicht verursacht, sondern bloß nicht abgewendet».

²⁵ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 196—198; Sipilä, 144; Schwarz, s. 35—38 ja 46—53; Traeger, Das Problem, s. 19: »Nur in den seltenen Fällen, in denen der Trieb zu helfen schon bis zur eigentlichen Wollung, zu dem sich unmittelbar in Tätigkeit umsetzenden Willensakt gediehen ist, so dass ein neuer Willensakt erforderlich ist um jenen zum Stillstand zu bringen, könnte man allenfalls von einer vernichtenden Kraft des Gegenentschlusses sprechen. In allen den Fällen aber, wo es nicht einmal zum Entschluss zu helfen, geschweige denn zu der Wollung gekommen ist, vielmehr nur ein mehr oder minder starker Impuls oder Trieb aufgetreten ist, bedarf es, damit die Tätigkeit unterbleibe, gar nicht der Bekämpfung des ersten Impulses, sondern es genügt allein schon, dass er nicht weiter unterstützt wird». Ks. myös Kantorowicz, s. 11, missä hän huomauttaa teoriaa vastaan m.m.: »— — — der Wirklichkeitswert psychischer Kräfte für die Strafrechtsbetrachtung hängt seinerseits davon ab, ob sie zur Schaffung einer Kausalbeziehung geführt haben, kann also nicht selbst Gegenstand einer Kausalbetrachtung sein».

visten edellytysten ylivoima negatiivisiin edellytyksiin verrattuna.²⁶ Seurauksen mahdollinen syntyminen oli riippuvainen käsityskannan mukaan sitä edistävään ja estävään voimain välisen taistelun tuloksesta, minkä puolestaan ratkaisi edellytysten vahvuus toisiinsa verrattuina. Tulos oli toisaalta kokonaan riippumaton edellytysryhmäin absoluuttisesta suuruudesta. Tästä taas seurasi johdonmukaisesti, että edellytysvoimain tasapaino muuttui, kun jompaakumpaa edellytysryhmää joko heikennettiin tai sitä vahvistettiin.²⁷ Seuraus voidaan aiheuttaa teorian mukaan siis joko vahvistamalla sitä edistäviä (positiivisia) tai heikentämällä sitä estäviä (negatiivisia) edellytyksiä. Seurauksen syynä on joku niistä positiivisista edellytyksistä, joka on muuttanut edellytysten välisen alkuaan tasapainossa olleiden voimain tilan ryhmänsä hyväksi.

Kun Binding puhuu nimenomaan konkreettisen seurauksen syystä, niin edellytysten jakoa positiivisiin ja negatiivisiin sen suhteen ei voida pitää oikeana. Konkreettisen seurauksen suhteen edellytykset ovat kaikki joko edistäviä tai estäviä. Ne eivät voi olla samanaikaisesti sekä estäviä että edistäviä.²⁸

Niinpä *Thyrén*, joka on saanut kausaalisuusteorialleen herätteen juuri Bindingin edellytysopista, katsoo, ettei seurausta edistäviä ja sitä estäviä edellytyksiä voida eroittaa toisistaan,²⁹ jos otetaan, kuten Bin-

²⁶ *Binding*, Normen I, s. 116: »Verursachung einer Veränderung ist — — — identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinterwirkenden Bedingungen zu Gunsten der Letzteren. Ursache sind die positiven Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die negativen».

²⁷ Kosketellussa suhteessa *Binding* (Die Normen I, s. 115—116) lausuu, että jos edellytysvoimain suhde on esim. 3:3, niin ei silloin minkäänlaista muutosta tapahdu. Seuraus syntyy sitävästoin yhtäläisesti, kun edistävää voimaryhmää joko lisätään tai estävää voimaryhmää vähennetään yhdellä voimayksiköllä.

²⁸ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 29; *Stipilä*, s. 52; *Thyrén*, Abhandlungen I, s. 62: »entweder ist jede Bedingung befördernd, keine abhaltend, oder jede abhaltend, keine befördernd, wie man will: eine Unterscheidung aber, wonach gleichzeitig die einen als befördernd, die anderen als abhaltend aufzufassen wären, ist ein Unding»; *Hartmann*, s. 16; *Traeger* (Der Kausalbegriff, s. 82—83) päätyy Bindingin teorian arvostelussaan samaan lopputulokseen kuin *Thyrén*; *v. Bar* (Gesetz und Schuld II, s. 170) katsoo sitävästoin erilajisten edellytysten voivan vaikuttaa samanaikaisesti, mutta huomauttaa Bindingin teoriaa vastaan, ettei edellytysten välillä vallitse koskaan tasapainotilaa, sillä jos seurausta ei synny, niin ovat estävät edellytykset edistäviä vahvemmat. Ks. myös *Guthmann*, s. 18—19.

²⁹ Kun teorian mukaan syyn muodostaa positiivisten ja negatiivisten edellytysryhmien välinen voimaylijäämä, niin ei käy lainkaan päättelemisen, mitkä edellytykset ovat olleet seurauksen syntymiselle relevantteja. Teoria ei siten ole pysty-

ding on tehnyt, tarkastelun kohteeksi määrätty tapaus yksittäistävissä ilmenemismuodossaan, vaan on myönteiseen tulokseen pääsemiseksi yksittäistapaus (individuaalinen tapaus) otettava tarkasteltavaksi yleistettynä (generalisoituna) tapahtumatyyppinä.³⁰

Thyrén jakaa edellytykset mainittujen ryhmien lisäksi vielä seurauksen suhteen indifferenteihin edellytyksiin. Kausaalisuhteen tutkimista varten on Thyrénin mukaan välttämätöntä saada edellytysryhmät eroitetuiksi toisistaan. Eroitleminen on mahdollista taas vain siihen sopivan vertauskohdan avulla. Edellytysten vaikutusominaisuuden³¹ arvostelemista varten Thyrén muodosti abstraktiset kategoriat *W* ja (kontradiktoorisen) *non-W*, joihin kumpaankin tuli kuulumaan mielivaltainen joukko konkreettisia tapauksia.³² Relevanttien

nytkään eroittamaan relevanteja edellytyksiä muista kausaalisista antecedentioista. Näin Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 29—30; Sipilä, s. 52—53; Hartmann, s. 16; v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 170.

³⁰ Thyrén, Abhandlungen I, s. 63 ja s. 141—142.

³¹ Vaikutussyhteyden lisäksi kausaalisuuskäsitteeseen kuuluu mielipiteen mukaan vielä toinenkin sille välttämätön momentti: seuraanto. E.m.t., s. 2 Thyrén nimenomaan lausuu, että kausaalisuus ehdottomasti edellyttää, että nämä momentit ovat yhtäaikaisesti olemassa. Niihin nähden kaikki tunnetut ja tuntemattomat realiteetit ovat keskenään kausaaliyhteydessä. Ajallisesti ne välttämättömästi niinhysin seuraavat toisiaan, kuin vaikuttavat toisiinsa. Tästä Thyrén lausuu (e.m.t., s. 8), että » — — — jedes Ereignis anderen Ereignissen *notwendig* folgt, schon weil es ihnen *folgt*: *faktische* Succession ist immer *notwendige* Succession». Vaikka tällä ajatuksella Thyrénin mielestä onkin perustava merkitys, kokemuksemme olemukseen kuuluvana apriorisena periaatteena, niin hän pitää sitä abso luuttisen universaalisuutensa vuoksi kelpaamattomana minkä hyvänsä rajan asettamiseksi kokemuksemme piirissä. Sitä käyttäen ei voitaisi erottaa toisistaan määrättyjä kokemukseen kuuluvia momenteja. Juriidisen kausaalisuuskäsitteen tulee voida asettaa vastuun rajoittava kriterio. Tällöin tulevat kysymykseen ainoastaan eriarvoiset realiteetit, samanarvoiset realiteetit ovat sitävastoin vailla kaikkea myönteistä merkitystä juriidiselle kausaalisuustarkastelulle, joten ne jätetään pois, semminkin kun ne ainoastaan sotkevat kysymyksen käsittelyä. Näin e.m.t., s. 3. Eriarvoisista relevanteista realiteeteista tulevat huomioiduiksi ihmisen rajoituneisuuden vuoksi ainoastaan tunnetut realiteetit, joista vuorostaan tulevat ainoastaan ne huomioonotetuiksi, joita ihminen pitää kausaalisuusarvostelussa tarpeellisina (ks. e.m.t., s. 25). Ihmisen relevanttina pitämä edellytys (antecedentia) voi tietysti olla objektiivisesti katsoen vähemmässä määrässä kausaalinen, kuin hänen irrelevanttina pitämänsä edellytys, joten objektiivisen katsomuksen ja hänen subjektiivisen käsityksensä välille voi muodostua ristiriita. Luonnollisista syistä on kuitenkin ihmisen mainitulle käsitykselle annettava määräävä asema. Ks. e.m.t. s. 25.

³² Thyrén, Abhandlungen I, s. 63.

edellytysten eroittamiseen Thyrén käyttää kahta perättäistä eliminoimis-menettelyä. Ensinnä tutkitaan, miten määrätyn tapauksen tunnettu ja relevantti antecedenttia (edellytys) suuntautuu kategoriaan W .³³ Edellytysten myönteinen tai kielteinen suunta W :n syntymiselle ratkaisee sen laadun: edellisessä tapauksessa se on edistävä, jälkimmäisessä tapauksessa se on estävä. Jos edellytys ei osoita suuntaa W eikä $non-W$, niin se on silloin indifferentti.³⁴ Tarkastelun tässä vaiheessa ei voida varmuudella vielä päätellä, onko antecedenttian osoittama myönteinen suunta kategoriaan W todellinen tai ainoastaan näennäinen merkitykseltään, minkä vuoksi myöhemmässä vaiheessa on vielä määrättävä, mikä lopullinen merkitys antecedenttialle on seurauksen suhteen annettava. Mainituista edellytysryhmistä huomioidaan jälkimmäisessä eliminoimismenettelyssä vain edistävään edellytysten ryhmä, mihin kuuluvat edellytykset toinen toisensa jälkeen mielletään poistetuiksi edellytysten joukosta, jolloin, jos tulokseksi saadaan $non-W$, niin edellytys on silloin ratkaiseva.³⁵

Eliminoinnin Thyrén on havainnollistuttanut seuraavilla yhtälöillä:³⁶ $S = F + a + b$, mistä voidaan saada tulokseksi joko 1. $F + a = W$ tai 2. $F + b = W$ sekä myöskin 3. $F + a + b = W$. Ensimmäisen ja toisen yhtälön käsittämässä tapauksissa niinhysin a kuin b johtavat F -ryhmän kanssa

³³ Thyrén, *Abhandlungen I*, s. 69: »— — —, wenn der Gegensatz zwischen befördernden und abhaltenden Bedingungen juristisch werden soll, ein festes Prinzip um (jene) »Richtung« der Bedingung zu bestimmen, gefunden werden muss».

³⁴ Thyrén, *Abhandlungen I*, s. 144. Kausaaliseksi katsotun edellytyksen mahdollisuudesta osoittautua indifferentiksi, Thyrén lausuu m.t., s. 78, että ristiriita on ainoastaan näennäinen sanotussa suhteessa, sillä yleinen relevanssi määrätään suhteessaan konkreettiseen vaikuttavuuteen, mutta edistävä, estävä tai indifferentti ominaisuus suhteessaan konkreettiseen vaikuttavuudessa miellettyinä oleviin keskenään vastakohtaisiin abstraktisiin kategorioihin W ja $non-W$. Niinpä onkin ajateltavissa, että määrätyn edellytyksen konkreettinen vaikutus voidaan määrätä (modificiert werden kann) määrättyiltä näkökannoilta katsoen, ilman että sen kautta joudutaan kajoamaan määrätyn rikoksen toteuttavan vaikutuksen abstrakteen luonteeseen.

³⁵ Thyrén, *Abhandlungen I*, s. 79–91.

³⁶ Näissä yhtälöissä on käytetyillä kirjaimilla seuraavat merkitykset: S = edellytysten eli antecedenttien summa; a ja b ovat edellytyksiä, joiden kausaalinen relevanssi on arvosteltavana (Ne ovat edellytyksiä, joihin antecedenttien summan ajatellaan jakautuvan jälkimmäistä eliminointia suoritettaessa.); F on pysyvä edellytysryhmä (edellytyskompleksi), joka on vaikuttamassa muiden edellytysten ohella; Kirjaimen F merkitys ilmenee sitä koskevan yhtälön tekstissä olevasta selostuksesta.

toistensa myötävaikutuksesta tulokseen W , kun sensijaan kolmanteen yhtälöön kuuluvissa tapauksissa a ja b yhdessä pysyvän edellytysryhmän F kera saavat aikaan tuloksen W . Ensimmäisessä ja toisessa yhtälössä a ja b ovat positiivisesti ratkaisevia, kolmannessa yhtälössä sitävastoin negatiivisesti ratkaisevia. Tämä eroavaisuus on kuitenkin vain relatiivinen, sillä jos kolmannessa yhtälössä edellytysryhmästä S jätetään kokeiltavana realiteettina pois vain a ja jäännöskompleksi merkitään F^1 , niin sadaan $F^1 + a = W$, jossa a :n lisääminen edellytysten jäännöskompleksiin on johtanut tulokseen W . Jos sitävastoin a eliminoidaan, niin saadaan tulokseksi $non-W$, jolloin a osoittautuikin viimeksimainitun yhtälön käsittämässä tapauksissa ratkaisevaksi edellytykseksi.³⁷

Viimeksimainittua eliminointia *Thyrén* on käyttänyt sen seikan selvittämiseksi, ovatko edellytykset välttämättömiä yksittäistapauksen w pysyttämiseksi yleistävän kategorian W sisäpuolella. Tässä tarkastelussaan hän on päätenyt siihen tulokseen, että w voi jäädä kategorian sisäpuolelle, tai joutua kategoriaan $non-W$, minkä lisäksi on olemassa vielä sekin mahdollisuus, ettei tarkastelu mainittua eliminoinismenetelyä käyttäen johda minkäänlaiseen tulokseen (*non liquet* eli ettei kysymykseen saada vastausta).³⁸ 1. tapauksessa edellytys ei ole ratkaiseva, 2. tapauksessa se on ratkaiseva ja 3. tapauksessa sitä on pidettävä ratkaiseviin kuuluvana edellytyksenä, koska oletamus (*presumptio*) tämän edellytysten ratkaisevan laadun hyväksi olisi käytännön kannalta ainoa mahdollinen.³⁹ Tulkinta johtaakin *Thyrénin* mukaan siihen, että ei-ratkaisevat edellytykset muodostavat poikkeuksen, ratkaisevat säännön.⁴⁰ *Thyrén* katsoo, ettei samaan ryhmään kuuluvien edellytysten kesken voida tehdä eroa niiden erilaisen kausaalisuusasteen mukaan, sillä edellytysten kausaalista merkitystä ei tarkastella tapahtuman konkreettisen luonteen mukaan, vaan sen merkityksen perusteella, mikä edellytyksillä on tapahtuman pysyttämisessä abstraktisessa katego-

³⁷ *Thyrén*, Abhandlungen I, s. 79—83.

³⁸ *Thyrén*, Abhandlungen I, s. 86: »Es sind auf diese Frage drei verschiedenen Antworten möglich: 1) dass w innerhalb der Kategorie W geblieben; 2) dass w in die Kategorie $non-W$ gefallen wäre; 3) ein *non liquet*: es lasse sich auf die Frage in dem betreffenden Falle keine Antwort geben». — Vrt. *Honkasalon* *Thyrénin* yhtälöitä koskevaa oivallista selostusta hänen monografiassaan »Kausaalisuuskysymys Rikosoikeudessa», s. 34—35.

³⁹ *Thyrén*, Abhandlungen I, s. 88.

⁴⁰ *Thyrén*, Abhandlungen I, s. 88.

riassa W . Näinollen kukin ratkaisevista edellytyksistä on *conditio sine qua non* (välttämätön edellytys). Katsantokannan mukaan ratkaisevien edellytysten kesken ei edes voi olla eriarvoisuutta, koska seuraus rikoksena ei ole jaollinen. Ratkaisevat edellytykset ovat kuitenkin samantarvoisia ainoastaan, kun tapahtumaa tarkastellaan rikosoikeudellisena käsitteenä. Ei-ratkaiseviin edellytyksiin samantarvoisuus ei lainkaan ulotu.⁴¹

Tämä itsessään niin mielenkiintoinen teoria sisältää joukon varsin kohtalokkaita virheitä. Otamme ensinnä tarkastelun kohteeksi edellämainitut Thyrénin teorialle perustuvat yhtälöt.

Kuten olemme jo tässä edellä selostaneet, johtivat Thyrénin mukaan yhtälöissä $F + a = W$ ja $F + b = W$ niinhyvin a kuin b toistensa myötävaikutuksesta (kummassakin tapauksessa yhdessä konstantin edellytysryhmän F :n kanssa) tulokseen W . Tästä Thyrén päättelee, että sekä a että b ovat kumpikin positiivisesti ratkaisevia edellytyksiä. Nämä mainituista yhtälöistä tehdyt johtopäätökset on Honkasalo osoittanut ehdottomasti vääriksi.⁴²

Kosketellussa suhteessa Honkasalo lausuu, että jos kerran Thyrénin mukaan myös edellytys b muun edellytysryhmän F :n kanssa pysyttää

⁴¹ Thyrén, *Abhandlungen I*, s. 146: »Da wir von vornherein die objektive Verschiedenheit des Zusammenhangsgrades der Antecedentien bezüglich einer gegebenen Wirkung zugestanden haben, so fragt es sich inwiefern dieser Unterschied strafrechtlich verwertet werden könne, nämlich inwiefern es möglich sei eine Gradation der verschiedenen Bedingungen in Betreff ihrer strafrechtlich relevanten Wirksamkeit vorzunehmen. Zunächst ist zu bemerken, dass eine feste Grenze innerhalb der relevanten Bedingungen (etwa zwischen wirksamsten Bedingungen und den übrigen) sich nicht auf diesen Unterschied gründen lässt. Was dagegen die logische Denkbarekeit einer rein kontinuierlichen Gradation betrifft, so hängt diese sehr nahe mit der logisch möglichen Unterscheidung zwischen entscheidenden und nichtentscheidenden Bedingungen zusammen. Es muss nämlich, auch für das strafrechtliche Gebiet, die Möglichkeit einer Gradation zugegeben werden, wenn von nichtentscheidenden Bedingungen die Rede ist. Wenn man hier die Möglichkeit der Gradation leugnen wollte, so würde die Ausscheidung der überhaupt nicht relevanten Bedingungen unbegreiflich sein: diese Ausscheidung kann sich ja nur aus der geringen Wirksamkeit dieser Bedingungen erklären. Anders aber die entscheidenden Bedingungen. Der entscheidende Charakter steht nämlich dann in logischem Widerspruch mit einer Graduierung der Wirksamkeit, wenn die Wirkung nicht quantifizierbar ist: die strafrechtlich interessierende Wirkung aber zeichnet sich eben durch ihre Nichtquantifizierbarkeit aus. — — —; vom strafrechtlichen Standpunkte aus sind alle entscheidenden Bedingungen der Hauptsache nach als gleichwertig anzusehen».

⁴² Honkasalo, *Kausaalisuuskysymys*, s. 40.

konkreettisen seurauksen w abstraktisen kategorian W :n sisäpuolella, niin ei a voi silloin olla ratkaiseva edellytys, koska se voidaan korvata b :llä, joka ilman a :takin kykenee aikaansaamaan tuloksen (W).⁴³

Otamme puolestamme vielä tarkastelun kohteeksi Thyrénin yhtälöt $F^1 + a = W$ ja $F^1 + b = W$. Edellisissä yhtälöissä ($F + a = W$ ja $F + b = W$) a ja b olivat *Thyrénin* mukaan positiivisesti ratkaisevia edellytyksiä, kun sitävastoin yhtälössä $F + a + b = W$, joissa a ja b yhdessä F :n kanssa aikaansait tuloksen W , a ja b olivat negatiivisesti ratkaisevia edellytyksiä. Eroavaisuus oli kuitenkin, kuten Thyrén on selittänyt, ainoastaan relatiivinen, sillä kun sanotusta yhtälöstä aikaisemmin selostetulla tavalla muodostettiin yhtälöt $F^1 + a = W$ ja $F^1 + b = W$, jolloin a :n tai b :n lisääminen pysyvään edellytysten jäännösryhmään F^1 synnytti tuloksen W , niin a :n tai vastaavasti b :n eliminoiminen johti tulokseen $non-W$, mistä Thyren katsoi ilmenevän, että niinhysin a kuin b :kin itseasiassa ovat nekin positiivisesti ratkaisevia edellytyksiä. Mutta jos kerran niinhysin a :n kuin b :nkin eliminoiminen johtaa tulokseen $non-W$, niin kumpikaan niistä ei ole ratkaiseva edellytys!

Olemme näin tulleet siihen tulokseen, että *Honkasalon* esittämä väite osoittautuu myös näihinkin yhtälöihin oikeaksi. Thyren ei näinollen ole saanut enempää kuin Bindingkään eroitetuksi relevantteja edellytyksiä irrelevanteista.⁴⁴

Vaikka *Thyrenin* pyrkimyksenä oli jakaa antecedentit niiden omasta luonteesta johtuvien (immanenttisten) jakokriteerioiden mukaan, niin ennenmainitut yhtälöt eliminoimismenettelyineen mitä selvemmin osoittavat, etteivät jaoitukset perustuneet syy-yhteyden käsitteellisiin momentteihin, vaan transcendenttisiin kriterioihin, jollaisia ovat jo hänen yhtälönsä peruskäsitteinä käytetyt abstraktiset kategoriat W ja $non-W$. Kun edellytyksien jako relevantteihin ja irrelevantteihin perustuu Thyrenin teoriassa nimenomaan juuri abstraktisille kategorioille, niin relevanssi ei voi määräytyä enempää edellytysten muodollisen kuin aineellisenkaan merkityksen mukaan, vaan arvostelu perustuu juriidis-teleo-

⁴³ Kosketellussa suhteessa lausuu *Honkasalo* (m.t., s. 40) Thyrénin teoriaa vastaan: »Jos kriteriona realiteetin kuulumiselle ratkaiseviin edellytyksiin pidetään, että sen poistaminen antecedenttien joukosta aikaansaa $non-W$, a ei mainituissa tapauksessa olisikaan ratkaiseva».

⁴⁴ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 40; *Sipilä*, s. 53—54.

loogisiin näkökohtiin,⁴⁵ minkä osoittaa myös hänen laiminlyönnin kausaalisuusoppinsa,⁴⁶ joka on varsin lähellä interferenssiteorioita.

Thyrenin mukaan laiminlyönnissä seurauksen aiheuttavana syynä on laiminlyöjän tahdonvaarallisuus. Perimmältään kausaalisina momentteina ovat ne syyt, jotka ovat muodostaneet hänen luonteenlaatusa antisosiaaliseksi. Tällaisina Thyren mainitsee muun muassa perinnöllisen degeneraation ja huonon kasvatuksen.⁴⁷ Thyren pitää yhden tekevänä kausaalisuudelle, tapahtuuko laiminlyöjän sielussa taistelu seurausta edistävän antisosiaalisen elementin ja sitä estävän sosiaalisen elementin välillä vai ei. Seurauksen syynä on Thyrenin mukaan joka tapauksessa, tapahtuipa edellytysten välinen taistelu tai ei, antisosiaalisten elementtien muodostama tahdonvaarallisuus,⁴⁸ sillä edellytyksellä, että vastaavassa tapauksessa sosiaali-etillisesti normaali henkilö olisi ryhtynyt toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi.⁴⁹ Joskin on myönnettävä, että Thyren, hylkäämällä Bindingin opin edelly-

⁴⁵ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 37—38; Sipilä, s. 54: »Ylivoimaisen tehtävän edessä Thyren onkin joutunut teorian kehittyessä turvautumaan juriidisteleologisiin jakokriteereihin, vaikka lähtökohtana oli kausaalisuuden immanenttisen rajan määrittäminen»; Traeger, Der Kausalbegriff, s. 54: »Aus Ausführungen Thyrens folgt — — —, dass es in Wahrheit gar nicht auf die »Richtung einer Bedingung« ankommt — — — worunter, — — —, auch nichts anderes als die allgemeine Tendenz einen gewissen Erfolg herbeizuführen, verstanden werden könnte — — —, sondern dass es lediglich auf das Beteiligtsein des Umstandes am Effekte ankommt. Ist das aber der Fall, so läuft das von Thyren vorgeschlagene Verfahren in letzten Linie auf dasselbe hinaus wie hier befolgte, nur mit dem sachlich unerheblichen Unterschiede, dass wir lediglich die befördernde Bedingungen berücksichtigen, nur sie für Bedingungen erklären, nämlich für Bedingungen Seite des konkreten Erfolgs». Ks. myös Hartmann, s. 65—66 ja 69—70; v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 89, viite 50, missä hän arvostelee ankarasti Thyrenin yritystä algebraa käyttäen eroitella toisistaan edellytysryhmät (Atomgruppen) ja verrata niitä toisiinsa. Matemaattinen selitys voi sanotussa suhteessa, lausuu v. Bar, tosin sokaistane, jotka eivät ole perillä matematiikan peruslaeista, mutta tosiasiaassa matematiikan käyttö Thyrenin käyttämään tarkoitukseen ei ole lainkaan mahdollista, sillä matemaattinen metodi edellyttää, että laskennassa käytetyt suureet ovat samantaisia keskenään. Tämä samantaisuus puuttuu kokonaan rikosoikeudellisen seurauksen monella eri tavalla muodostuneilta edellytyksiltä; Thyrenin teorian suhteen vrt. myös Brünneck, s. 5—26.

⁴⁶ Vrt. ed. s. 65 ja Livson, Honkasalo 60-vuotisjulkaisu, s. 79.

⁴⁷ Thyren, Principerna II, s. 16: »Dessa orsaker, närmare eller fjärmare, kända eller okända, utgöra tillsammans det positiva moment, som vid — — — underlåtenhet framkallar skadan».

⁴⁸ Thyren, Principerna II, s. 16.

⁴⁹ Thyren, Principerna II, s. 14.

tysten välisestä taistelusta on siten välttynyt omassa psyykkilisen kausaalisuuden teoriassaan mainitulta kohtalokkaalta virheeltä, niin Thyren ei ole puolestaan lainkaan selvittänyt, miten on ymmärrettävissä, että hänen konstruoimansa psyykkilinen syymomentti voisi olla ratkaisevana edellytyksenä seurauksen syntymiselle, kun kerran laiminlyönnin tapahtumishetkellä ei voida osoittaa olleen toisaalta seurauksen estämiseen suuntautuvaa edellytystä, jonka vaikutuksen laiminlyöjän jo ennestään oleva fyysillisessä maailmassa seurauksen estämättä jättämisenä objektivoitunut tahdonvaarallisuus (seurauksen syntymistä edistävä psyykkilinen edellytys) olisi neutralisoinut. Thyrenin teoriasta ilmenee lisäksi se vastaava virheellisyys, mikä kaatoi Krug-Glaserin teorian: Thyrenin esittämä mielipide johtaa auttamattomaan ristiriitaan sen ehdottoman rikosoikeudellisen periaatteen kanssa, jonka mukaan rikoksen objektiivisen ja subjektiivisen puolen tulee olla koeksistentti (samanaikaisesti oleva). *Dolus* tai *culpa* *antecedens* olisi siten väistämätön niissä tapauksissa (esimerkiksi juuri Thyrenin mainitsemien perinnöllisen degeneraation tai huonon kasvatuksen ollessa syinä yhteiskunnanvastaisen mielialan muodostumiseen), joissa laiminlyöjän yhteiskunnanvastainen mieliala, hänen syyksiluettavuutensa tahallisuutta tai tuottamuksellisuutta oli syntynyt jo ennen laiminlyöntihetkeä.⁵⁰

Thyrenin laiminlyönnin kausaalisuusteoria on siinäkin ristiriitainen, että kun siinä syyn ja seurauksen suhde on pyritty rakentamaan luonnontieteelliselle vaikutusyhteydelle, niin kriteriona on kuitenkin käytetty normatiivisia aineksia!

Näiden aineiden teoriaan sulattamiseen ovat ilmeisesti vaikuttaneet samanaikaisesti mannermaalla ja jossain määrin myös Pohjoismaissa vallinneet oikeus- eli kvasikausaalisuusteoriat, jotka olivat puhtaasti normatiivisia rakenteeltaan, sillä niissä oli kausaalisuuden edellytyksenä oikeusvelvollisuuden vastaisuus. Näiden teoriain edustajat, joista mannermaalla olivat tunnetuimmat *v. Bar*, *Josef Kohler*, *v. Rohland*, *Sigwart*, *Gand*, *Windelband* ja *Haupt* sekä Pohjoismaissa *Bornemann*, *Forsman*, *Goos*, *Getz* ja *Francis Hagerup*, luopuivat yleensä⁵¹ laiminlyönnin kausaalisuuden selvittämisessä turvautumasta edelläkävynee-

⁵⁰ Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 198, viite 24; *Livson*, *Honkasalo* 60-vuotisjulkaisu, s. 79–80.

⁵¹ Toisin *v. Bar*, joka asetettuaan tutkimuksessaan »Die Lehre vom Causalzusammenhange», s. 97 peruskysymyksensä: »Unter welchen Voraussetzungen macht ein der Regel des Lebens ausscheinend oder der Regel nach entsprechendes Verhalten dennoch ausnahmsweise für einen durch das Verhalten der betreffenden Person bedingten Erfolg verantwortlich?», vastaa tähän kysymykseensä (m.t., s. 99):

seen toimintaan tai muihin sellaisiin konstruktioneihin, joiden avulla laiminlyönnin kausaalisuus oli pyritty selvittämään luonnontieteellistä kausaalisuutta vastaavaksi, sillä he tulivat siihen tulokseen, että siihenastisten tai muiden samanaikaisten teoriain epäonnistuminen probleeman ratkaisemiseksi oli johtunut nimenomaan juuri siitä syystä, että ne näkivät kausaalisuuden yksinomaan luonnontieteellisenä vaikutusyhteytenä. Pulmasta selviytyäkseen oikeuskausalisuusteoriain edustajat puolestaan lähtevät siitä ajatuksesta, ettei laiminlyönnin ja seurausten välillä vallitse mekaanista vaikutusyhteyttä. Tästä huolimatta laiminlyöntiä voidaan pitää aiheuttamisen veroisena yhteiskunnalliseettillis- tai oikeusteleologiselta katsantokannalta, sillä myös passiivinen suhtautuminen voi olla niiden tarkoituksperien vastainen, johon oikeusjärjestys pyrkii.

Olemme jo edellä dogmaattisessa katsauksessa selostaneet mainittujen teoriain pohjoismaisten kannattajien ja v. Barin ja Kohlerin mieltä.⁵² Mainittujen teoriain pohjoismaiset edustajat katsovat laiminlyönnin kausaaliseksi, kun laiminlyöjällä oli erityinen oikeudellinen velvollisuus estää vahingollisen seurauksen syntyminen. v. Bar ja Kohler eivät sitävastoin pidä laiminlyöntiä kausaalisenä tämän käsitteen varsinaisessa merkityksessä, vaan kvasikausaalisena, mikä on ainoastaan rikosoikeudellisessa mielessä rinnastettavissa käsityskannan mukaan kausaalisuuteen. Niinpä v. Bar lausuu kosketellussa suhteessa, että laiminlyönti ainoastaan näyttää kausaaliselta, koska se on tapahtuvaksi mielletyn toiminnan vastaista suhtautumista.⁵³ Pelkkä laiminlyönnin oletttaminen kausaaliseksi riippuu näet v. Barin mukaan moraalisisista ja oikeudellisista käsityksistä ja vielä enemmän kausaalisuuskäsitteen laajentamisesta oikeusjärjestyksen ylläpitämiseksi.⁵⁴

Viimeksimainittu ajatus on mielestämme pelkkä fiktio.⁵⁵ Muuten ovat niinhysin v. Bar kuin teoriain muutkin edustajat tehneet sen kohdalokkaan virheen, että he ovat asettaneet kausaalisuuden riippuvaksi

»Es bedarf — — — besonderer Umstände, damit eine sog. Unterlassung als Ursache eines eingetretenen schädlichen Erfolges betrachtet werden könne. Diese Gründe kann ich nun nur finden: in einer vorausgegangenen positiven Thätigkeit, welche als eine der Regel des Lebens entsprechende nur angesehen werden kann, wenn der Handelnde eine andere positive Thätigkeit darauf folgen lässt.»

⁵² Ks. ed. s. 31 ja s. 61—63.

⁵³ v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 260.

⁵⁴ v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 268—269.

⁵⁵ Schwarz, s. 66; Rohland, Die strafbare Unterlassung, s. 41—44; Aldosser, s. 35—39.

oikeudenvastaisuuselementeistä.⁵⁶ Kun Kohler pitää siten laiminlyönnin kausaalisuuden tai oikeammin kvasikausaalisuuden edellytyksenä oikeudenvastaisuutta, mikä tosiasiaassa onkin rangaistavuuden eikä suinkaan kausaalisuuden edellytyksenä, niin on laajemmista selityksistä selvää, että hänen, niinkuin muidenkin samalla kannalla olevien laiminlyönnin kausaalisuuskäsitys on kestävä.⁵⁷

Myös v. Rohland näyttää pitävän laiminlyöntiä pelkästään kvasikausaalisena lausueksaan, että ainoastaan teko voi välittömästi aiheuttaa seurauksen, laiminlyönti sitävastoin välillisesti.⁵⁸ Laiminlyönnin kausaalisuuden edellytyksenä on mielipiteen mukaan velvollisuus ja mahdollisuus estää kriminalisoitu seuraus.⁵⁹ v. Rohlandin oppia vastaan voidaan tehdä samat huomautukset kuin edellä Kohlerin teoriaa vastaan. Teoria on jo siinäkin kestävä, että sen perusrakennelma on täysin virheellinen, sillä v. Rohland on ottanut lähtökohdaksi laiminlyönnin käsitteen, sensijaan että tarkastelun kohteeksi olisi tullut ottaa itse laiminlyönti-ilmiö, passiivinen tapahtumainkulku. Virheellinen lähtökohta näet johtaa tarkastelussa joko negatiivisiin tuloksiin tai pelkkiin fiktioihin kausaalisuuskysymyksessä, sillä kun kerran v. Rohland pitää laiminlyönnin kausaalisuutta vain mielletynä, asettuen siten kysymyksen tarkastelussa jo alunperin tavallaan kielteiselle kannalle, niin siitä päädytään joko kielteiseen tulokseen tai sitten ratkaisu joudutaan hakemaan keinotekoisista ajatusrakennelmista.⁶⁰

v. Rohlandin oppi perustui filosofi Windelbandin esittämiin ajatuksiin. Kysymys vastuusta, Windelband lausuu, ei perustu ainoastaan

⁵⁶ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 203—204; Sipilä, s. 145; v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 257, missä hän mainitsee, ettei lainkaan ilmene, mitä on ymmärrettävä Kohlerin mainitsemalla sosiaalisen aseman spesiaalisuudella. Kun Kohler on verrannut laiminlyöntiä rattaan poistamiseen yhteiskunnan koneistosta, niin tähän on v. Bar huomauttanut, että » — — — Unterlassen ist nicht gleich dem positiven Herausnehmen eines sozialen Rades». v. Bar katsoo Kohlerin teorian perustuvan pelkästään välittömään tunteeseen, sillä, sanoo v. Bar, Kohler oikeastaan olettaa näytetyksi sen, mikä olisikin ollut vielä todistettava.

⁵⁷ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 203—204; Sipilä, s. 145; Schwarz, s. 68.

⁵⁸ Rohland, Die Kausallehre, s. 55, käyttää laiminlyönnin kausaalisuudesta nimitystä »indirekte Kausalität».

⁵⁹ Vrt. Rohland, Die strafbare Unterlassung, s. 121—122, mistä on siteerattu ed. s. 33, viite 47. Ks. myös Rohlandin kirjoitusta »Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen», VDAT Bd. I, s. 363—367.

⁶⁰ Paul Merkel, s. 10 ja s. 56, missä hän vaatii, että oikeudenvastaisuus- ja kausaalisuuskysymykset on pidettävä tarkoin erillään toisistaan; Schwarz, s. 70; Guthmann, s. 14—15.

kausaalisuustarkasteluun, vaan ensisijassa ihmisessä vaikuttaviin logiikan, moraalien ja estetiikan sääntöihin, jotka ilmaisevat hänelle, millaisen asiointilan tulisi olla, jotta se saisi hänen hyväksymisensä tai vastaisi hänen käsitystään oikeasta. Ne eivät ole tosiasioita selittäviä, vaan ideaalisia normeja, joiden nojalla ihminen langettaa arvostelunsa tapahtumista ja ilmiöistä.⁶¹ Noiden sääntöjen mukaan arvostelemme myös kaikkea suhtautumista ja vastuuta siitä.⁶² Itseasiassa arvostelumme käsittelee kysymyksen siitä, onko määrätty suhtautuminen normin mukainen tai sen vastainen.⁶³ Myös Windelband sotkee siten toisiinsa kausaalisuuden ja oikeudenvastaisuuden käsitteet. Varsin sattuvasti lausuukin hänen esityksestään *Schwarz*, että »Windelband schreibt — — als Philosoph und zwar zu sehr als Philosoph und zu wenig als Jurist. Die Fragen nach der Verantwortlichkeit und die nach der Kausalität gehen deshalb bei ihm in einander über».⁶⁴

Juriidiselle tutkimukselle oli vielä kaukaisempi se lähtökohta, jonka Windelbandin aikalainen, filosoofi *Siegwart* otti laiminlyönnin kausaalisuuskysymystä selvitellessään. Inhimillinen teko (*Handlung*), sanoo *Siegwart*, muodostaa erikoisaseman syiden joukossa, sillä se ei vaikuta sokeasti, vaan ihmistahdon sanelemana määrätietoisesti, koska ihminen toimii tarkoituksiensa mukaisesti. Ihminen ei näet suinkaan ole tahdoton kivi tai pölkkö, joten hän tahdonsa mukaisesti vaikuttaa vallassaan oleviin ilmiöihin ulkonaisessa maailmassa. Niinhyvin toiminta kuin toiminnattomuuskin ovat yhtäläisesti suhtautumisena ihmistahdosta riippuvaisia, joten seurauksen estämättä jättäminen on yhtä hyvin kausaalinen kuin seurauksen aiheuttaminen. On näet pidettävä mielessä, lausuu *Siegwart*, että kokonaissyyt eivät muodosta ainoastaan vaikuttamassa olevat, vaan myös latentit voimat, joten kun ihminen sallii tahdonsa mukaisesti vaikuttamassa olevien voimien kehittyä seuraukseksi, niin hän siten samalla asettaa edellytysten kokonaiskompleksin syntyneen seurauksen syyksi.⁶⁵ Mutta kuinka laiminlyönti voi tällöin aiheuttaa seurauksen, kun sitä edustavat voimat syyksi asetetussa edellytysten kokonaiskompleksissa eivät mitenkään vaikuta?

Tähän kysymykseen ei teoria anna minkäänlaista vastausta.⁶⁶ Kun

⁶¹ *Windelband*, s. 286.

⁶² *Windelband*, s. 313.

⁶³ *Windelband*, s. 313—314.

⁶⁴ *Schwarz*, s. 62.

⁶⁵ *Siegwart*, s. 115 ja 190—192.

⁶⁶ *Redslob*, s. 12—13.

Siegwart puhuu tietoisesta ja tahdotusta (bewusster und gewollter) laiminlyönnistä, niin siitä seuraa käsittääksemme, ettei laiminlyönti teorian mukaan lainkaan voisi olla tuottamuksellinen!⁸⁷ Teoria on myös siinä kestävä, että se sekoittaa, kuten oikeuskausaalisuusteorian yleensäkin, toisiinsa velvollisuuden vastaisuuden ja kausaalisuuden käsitteet. Kun näet teoria kerran katsoo niinhysin suhtautumisen kuin seurauksenkin määräytyvän ihmisen teleologisten pyrkimysten mukaisesti, niin tästä voidaan johdonmukaisesti päätyä siihen tulokseen, että laiminlyönnin kausaalisuus edellyttää teorian mukaan velvollisuuden vastaista suhtautumista.⁸⁸

Siegwartin oppiin nojautuen *Haupt* lausuu, että niinhysin toiminta kuin toiminnattomuuskin johtuvat yhtäläisesti ihmisen tahdon vaikutuksesta. Ihmisen tahto vaikuttaa hänen pyrkimystensä mukaisesti joko toimintaa synnyttävästi tai sitä estävästi. Molemmissa tapauksissa tahto on kausaalinen.⁸⁹ Ottaen siten lähtökohdaksi Siegwartin ajatuksen ihmisestä tarkoituksellisesti toimivana, *Haupt* kehittää teoriaansa konstruoiden sen *Schopenhauerin* kausaalisuuskäsitteelle. *Schopenhauerin* mukaan kausaalisuus ilmenee luonnossa kolmessa erilaisessa muodossa: 1. syynä ahtaimmassa merkityksessään, 2. kiihoituksena ja 3. vaikuttimena (Motiv). Syy ahtaimmassa mielessä synnyttää muutokset epäorgaanisessa maailmassa. Kiihoitus taas vallitsee orgaanista elämää sellaisenaan, t.s. kasveja ja vegetatiivista elämää. Kolmannessa muodossaan eli motiivina kausaalisuus taas ohjaa varsinaista animaalista elämää, t.s. elimellisten olioiden tajuisesti tapahtunutta ulkonaista toimintaa (Aktionen). Tätä kausaalisuuskäsitettä hyväksikäyttäen *Haupt* katsoo, että laiminlyönti on kausaalinen *Schopenhauerin* kausaalisuuskäsitteen edellämainitussa kolmannessa muodossa, sillä kaikissa niissä tapauksissa, joissa ihminen jättää ryhtymättä toimintaan, vaikka hänen huomiomansa kausaalisen tapahtumainkulun tulisi moti-

⁸⁷ Redslob, s. 12–13; *Haupt*, ZStrW 1882, s. 541: »Die nach Sigwart auf Ruhe der Glieder gerichtete Willensaktion kann natürlich nur als »absichtliche« gedacht werden». Tuottamuksellinen laiminlyönti ei siten olisi mahdollinen, jos asetuttaisiin tämän Siegwartin ajatuksen kannalle.

⁸⁸ *Schwarz*, s. 61; *Paul Merkel*, s. 19; *v. Bar*, Gesetz und Schuld II, s. 170. — Teorian kannalle on asettunut *Gand*, s. 54–58. Siegwartiin liittyen *Gand* pitää laiminlyöntiä kausaalisena, kun tapahtumainkulku on ollut laiminlyöjän määrättävissä. Ihmisen tahto oli siis kausaalisuhteessa seuraukseen. Tahto on kausaalinen *Gandin* mukaan, kun se ilmenee joko teossa tai laiminlyönnissä »soit que le cours ordinaire des choses soit détourné, soit qu'il soit confirmé dans une intention criminelle».

⁸⁹ *Haupt*, ZStrW 1882, s. 533.

voida hänet toimintaan seurauksen estämiseksi, hänen passiivinen suhtautumisensa muodostaa syyn seuraukselle, mikäli hänellä olisi ollut mahdollisuus toiminnallaan estää seurauksen syntyminen.⁷⁰ Haupt esittää konstruoimansa teorian selittämiseksi ja todistamiseksi seuraavan esimerkin:

Jos joku sytyttää sikaarinsa; niin se seikka, ettei ole tuulta, joka olisi sammuttanut tulitikun, ei voi olla syynä sikaarin palamiseen, mutta jos sitävastoin joku näkee kynän kierivän pöydän reunaa kohden, eikä pysäytä sitä putoamasta lattialle, niin hänen toiminnattomuutensa on kausaalinen kynän putoamiselle, sillä »Das brennende Streichhölzchen kann nicht den Wind erregen, damit dieser es verlösche; aber der rollende Bleistift kann durch das Medium des Intellekts meinen Willen motivieren, seinen Fall abzuwenden».⁷¹

Tämä esimerkki, joka sinänsä hyvin selvittää itse teorian ajatusrakennelman, osoittaa samalla sen kohtalokkaan virheen, joka tekee sen kestäättömäksi. Haupt jättää näet kokonaan vastaamatta probleemamme peruskysymyksen: kuinka ihminen laiminlyönnillään voi aiheuttaa määrätyn seurauksen eli kuinka laiminlyönti voi olla kausaalinen seurauksen suhteen? Hänen tutkimuksensa tulos osoittaaakin hänen käsitelleen tosiasiaa sensijaan kysymystä siitä, kuinka ihmisen tahdontoimintaan voi vaikuttaa ulkonainen mekaaninen tai fyysillinen tapahtumainkulku. Itsessään niin mielenkiintoinen ajatusoperatio on johtanut liikuttavan onnettomaan tulokseen lähinnä siitä syystä, että tutkimuksen esineeksi on otettu luonnon suhde ihmiseen, eikä ihmisen suhde luontoon, tapahtumainkulku ihmisestä määräävänä, eikä ihminen tapahtumainkulkua määräävänä!

Oikeuskausaalisuusteoriain yhteisenä perusvirheenä oli oikeusvelvollisuuden vastaisuuden asettaminen kausaalisuuden edellytykseksi ja siitä johtunut oikeudenvastaisuus- ja kausaalisuuskäsitteiden osittainen samaistaminen. Oikeudenvastaisuudesta tuli kausaalisuuden edellytys, vaikka tosiasiaa kausaalisuus on yhtenä oikeudenvastaisuuden useammista eri edellytyksistä.

⁷⁰ Haupt, ZStrW 1882, s. 540: »— da wir jede einzelne Bestimmung, insofern sie unsere besondere Aufmerksamkeit erregt, aus dem Gesamtzustande herausheben und als Ursache im engeren Sinn bezeichnen dürfen, sind wir berechtigt, im gedachten Falle das Nichttun als Ursache der eintretenden Naturbegebenheit zu bezeichnen».

⁷¹ Haupt, ZStrW 1882, s. 539—540.

Laiminlyönnin kausaalisuusteoriain ajaututtua toinen toisensa jälkeen karille, pääsi valtaan suuntaus, joka kokonaan kiisti laiminlyönnin kausaalisuuden. Kaikkien siihenastisten yritysten epäonnistumisen selittää laiminlyönti kausaaliseksi, katsottiin vahvistaneen sitä ennestään tunnettua luonnontieteellistä tosiasiaa, että syynä seurausilmiöön voi olla ainoastaan positiivinen realiteetti. Kausaaliyhteyttä ei käynyt korvaaminen siihenastisilla eikä muunkaanlaisilla keinotekoisilla konstruktioineilla. Koko siihenastista teoretisointia laiminlyönnin kausaalisuuden osoittamiseksi pidettiin täysin hedelmättömänä.⁷²

Laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä oppi lähti siitä ajatuksesta, että joskaan laiminlyönti irreaalisena ilmiönä ei voinut olla kausaalisuhteessa seuraukseen, niin elämän vaatimuksen mukaisesti oikeusjärjestys kuitenkin määrättyjen edellytysten vallitessa rinnasti negatiivisen suhtautumisen positiiviseen. Seurauksen estämättä jättäminen perusti teorian mukaan vastuun, kun laiminlyöjällä oli erityinen oikeudellinen velvollisuus toimia seurauksen estämiseksi. Rangaistavuuden edellytyksenä oli siten oikeusvelvollisuuden vastaisuus. Ainoastaan positiivisen teon rangaistavuuden edellytyksiin kuului teorian mukaan aiheuttamismomentti. Nämä ajatukset olivat ydinoppeina niinhyvin edellämainitsemillamme *von Lisztillä* ja *Traegerillä*,⁷³ kuin muillakin teorian kannattajilla, joita olivat muun muassa *Radbruch*,⁷⁴ *Höpfner*,⁷⁵ *Kriegs-*

⁷² Vrt. v. *Liszt*, *Lehrbuch* 1919, s. 128.

⁷³ Ks. ed. s. 35—38.

⁷⁴ *Radbruch*, *Handlungsbegriff*, s. 132—142. S. 138 hän lausuu, ettei laiminlyöntiin kuulu enempää ruumiillista liikettä kuin seuraustakaan, puhumattakaan kausaalisuhteesta. Ks. myös hänen kirjoitustaan »Über den Schuldbegriff», *ZStrW* 1904, s. 346: »— — — die Unterlassung einer äusseren Handlung, einer dem Täter möglichen Körperbewegung, als kausal für den Erfolg nur dann angesehen wird, wenn man sie erwarten konnte, erwartet werden konnte nur, wenn sie vom Rechte geboten war — — —». Ks. myös *Kelsen*, s. 118; *Rittler*, s. 78; *Guthmann*, s. 22—23.

⁷⁵ *Höpfner* (*ZStrW* 1915, s. 106) pitää tosin laiminlyöntiä, mikäli se on vastuuseen nähden rinnastettavissa positiiviseen tekoon, kausaalisenä, mutta kuitenkin mielletyssä merkityksessä. Muuten kuuluu Höpfner siihen ryhmään tutkijoita (*Rümelin*, v. *Zahn*, *Beling* ja *Andenaes*), jotka pitävät epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen kausaalisuusoppia pelkkänä tulkintakysymyksenä. Niinpä Höpfner katsoo, että kun laki kieltää määrätyn suhtautumisen (määrätyn seurauksen aiheuttamisen), niin laiminlyönnin ollessa kysymyksessä on tutkittava, onko se kausaalinen lain merkityksessä. Kausaalisenä sitä on taas pidettävä Höpfnerin mielestä, jos seurauksen estämättä jättäminen osoittautuu oikeudellisesti samanarvoiseksi positiivisen teon aiheuttamisen kanssa. Laiminlyöntiä on pidettävä samanarvoisena positiivisen teon kanssa, kun laiminlyönti on oikeudenvastainen eli toisin sanoen, kun laiminlyöjällä on oikeudellinen velvollisuus toimia, minkä lisäksi seurauksen

mann,⁷⁶ *Hafter*⁷⁷ ja *Allfeld*.⁷⁸ Kun *Wilhelm Schwarz* niminen tutkija on kirjassaan »Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung» jo sangen seikkaperäisesti luetellut ne monet

syntymisvaaran tulee olla olennaisesti sama kuin vastaavasti positiivisen teon ollessa kysymyksessä. Höpfner toteaa itsekkin oppinsa toivottomuuden, sillä, kuten hän lausuu, niissä monissa tapauksissa, joissa laiminlyönti ei osoittautuisi samanarvoiseksi positiivisen teon kanssa, seurauksen estämättä jättämisestä edellämainitun tarkastelun perusteella täytyisi jättää rankaisematta, vaikka suhtautumisen ran- gaistavuus olisi aivan ilmeinen. Ks. tästä lähemmin Höpfner, m.k., 103—131.

⁷⁶ Ks. *Hermann Kriegsmannin* kirjallisuusarvostelua (ZStrW 1910, s. 444) Horst Kollmannin tutkimuksesta »Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem», jota selostaessaan Kriegsmann lausuu: »Wir stimmen dem Verf. in der Leugnung der Kausalität der Unterlassung durchaus zu; — — —».

⁷⁷ *Hafter*, Allg. Teil, s. 76. *Hafter* katsoo, ettei laiminlyönti voi olla kausaalinen luonnontieteellisessä merkityksessä, sillä ainoastaan positiivisesti vaikuttavat edellytykset voivat aikaansaada seurauksen. Positiivisilla edellytyksillä *Hafter* tarkoittaa inhimillistä positiivista tekoa. Seurauksen estämättä jättämistä ei voida mekaanisessa merkityksessä pitää seurauksen aiheuttamisena. Tästä hän päätyy siihen tulokseen, että »Beim Unterlassungsdelikt fehlt der äussere Kausalzusammenhang zwischen menschlichem Verhalten und Erfolg». Juriidisessa mielessä voidaan laiminlyönti kuitenkin mieltää kausaaliseksi, kun vahingollinen seuraus ei olisi syntynyt ilman oikeusvelvollisuuden vastaista suhtautumista. Tällöin on adekvaattista arvostelua käyttäen todettava, olisiko laiminlyöty toiminta voinut yleisen kokemussäännön mukaan estää vahingollisen seurauksen syntymisen. Tätä juriidista kausaalisuuskäsitystä *Hafter* pitää oikeana, koska se vastaa hänen käsityksensä mukaan jokapäiväisen elämän katsomusta ja tavallista kielenkäyttöä.

⁷⁸ *Allfeld* (s. 115—116) katsoo, että laiminlyöntiä voidaan pitää seurauksen syynä elämän yleisen käsitystavan mukaan, kun laiminlyöty toiminta olisi voinut estää vahingollisen seurauksen syntymisen, minkä torjumiseen laiminlyöjällä oli oikeudellinen velvollisuus. »Syynä» on siis oikeusvelvollisuuden vastainen käyttäytyminen. Sama ajatus esiintyy myös *Köhlerillä* (s. 215), joka kosketellussa suhteessa lausuu, että laiminlyöntiä on ilmiönä tarkasteltava intresentin näkökannalta, joka odottaa määrättyä toimintaa laiminlyöjältä. Tällöin toiminnan odotteisuus on oikeustahdon mukainen, jos on olemassa oikeudellinen velvollisuus toimintaan. Mainitulla edellytyksellä voidaan *Köhlerin* mielestä puhua laiminlyönnin kausaalisuudesta. Mutta laiminlyönti ei ole *Köhlerin* mukaan aina edes mielletysäkään merkityksessä kausaalinen. Niinpä *Köhler* katsoo (s. 217), ettei laiminlyöjää(?) voida pitää seurauksen syynä (Der Täter wird nicht zur Ursache), kun muut toiminnallaan estävät seurauksen syntymisen ja he ovat tavalla tai toisella velvollisia jatkamaan torjumistoimintaansa, kunnes siihen jatkamaan oikeudellisesti velvoitettu astuu heidän sijaansa. — Tämä itsessään sekava ajatus osoittaa nähdäksemme, ettei kysymyksessä lainkaan ole kausaalisuus- vaan oikeusvelvollisuuden vastaisuuden tarkastelu. Niinhyvin *Köhler* kuin *Allfeldkin* voidaan mielestämme lukea yhtähyvin oikeuskausaalisuusteorian kuin laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävän opin kannattajiin.

kymmenet tutkijat, jotka ovat asettuneet laiminlyönnin kiistävän teorian kannalle, niin tyydymme tässä ainoastaan sanotussa suhteessa viittaamaan mainittuun tutkimukseen.⁷⁹ Pohjoismaissa ovat laiminlyönnin kausaalisuuden kiistäneet, kuten jo dogmaattisessa katsauksessamme olemme maininneet, *Serlachius—Särkilahti, Estlander, Tulenheimo* ja *Ekström*⁸⁰ sekä *Lundstedt* ja *Hagerub Bull.*⁸¹ Kun mainituista Lundstedt hylkäsi niinhysin erityisen oikeudellisen velvollisuuden kuin oikeudenvastaisuudenkin käsitteet, niin ei seuraava teorian yleisarvostelumme ymmärrettävästikään koske hänen siltä osin esittämiään mielipiteitä, joihin käymmekin käsiksi vasta laiminlyönnin oikeudenvastaisuutta koskevassa luvussamme.⁸²

Laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä teoria on jo siinä täysin kestämaton, että se sotii sitä rikosoikeudessa ydinperiaatteena pidettyä oppia vastaan, jonka mukaan rikosoikeudellinen vastuu seurauksesta edellyttää kausaalisuhteen olemassaoloa suhtautumisen ja teon välillä. Teoriaa vastaan voidaan esittää muitakin varsin painavia muistutuksia. Jos näet asetuttaisiin sille teorian omaksumalle kannalle, että laiminlyönnin rangaistavuus riippuisi yksistään oikeusvelvollisuuden vastaisesta suhtautumisesta, niin kävisi sulaksi mahdottomuudeksi selittää millä perusteella silloin laiminlyöjää voitaisiin rangaista seurauksesta, sillä jos kerran oikeudenloukkaus käsittäisi erityisen velvollisuuden rikkomisen, niin kaiketi niinollen voitaisiin rangaista pelkästään velvollisuuden vastaisesta käyttäytymisestä seuraukseen katsomatta. Mutta tällöin päädyttäisiin siihen luonnottomaan tulokseen, että varsinainen ja epävarsinainen laiminlyöntirikos olisivat täysin identtisiä rangaistusvastuuseen nähden! Toisaalta on myös huomattava, että jos laiminlyönnin kausaalisuus kiistetään, niin myös oikeusvelvollisuuden vastaisuus menettää silloin vastuullistavan ominaisuutensa, sillä kun rikosoikeus ei arvostele inhimillistä suhtautumista subjektiivisten näkökohtien, vaan sen sosiaaliisiin intresseihin suuntautuvan vaikutuksen mukaan, niin laiminlyönti ei voisi olla koskaan oikeudenvastainen seurausta silmällä pitäen, koska yhteys laiminlyönnin ja seurauksen väliltä puuttuisi. Laiminlyöjältä tulisi puuttumaan myös syyksiluettavuus, sillä kun syyksiluettavuus edellyttää tietoisuutta suhtautumisen merkityksestä seurauksen syntymi-

⁷⁹ Ks. *Schwarz*, s. 89—92 ja 94—97.

⁸⁰ Ks. ed. s. 76—77.

⁸¹ Ks. ed. s. 71.

⁸² Ks. s. 152—154.

selle, niin tällaista tietoisuutta ei ymmärrettävästikään voisi olla laiminlyöjällä, jos kerran teorian mukaan lähdetään siitä ajatuksesta, ettei passiivinen suhtautuminen voi aiheuttaa seurausta.⁸³

Oikeusvelvollisuuden vastaisuus on tietysti laiminlyönnin rangaistavuuden edellytys, mutta se ei suinkaan, kuten näin olemme todenneet, voi käydä aiheuttamisesta. Oikeusvelvollisuudesta voimme ainoastaan päätellä, mitä kulloinkin on tehtävä, mihin toimenpiteisiin on ryhdyttävä, mikä itsessään muodostaa arvostamistodelman. Sitävastoin oikeusvelvollisuuden tai paremminkin oikeusvelvollisuuden vastaisuuden arvostaminen ei voi antaa minkäänlaista vastausta kysymykseen syystä, sillä arvostaa voimme ainoastaan sellaista, mikä itsessään muodostaa arvon. Syy sitävastoin on puhtaasti loogillisen tarkastelun objekti, joten siihen ei päästä oikeudellisen tarkastelun tietä.

Laiminlyönnin kiistävän teorian virheelliset päätelmät eivät tule korjatuiksi myöskään Traegerin konstruoimalla relevanssiopilla, jonka mukaan laiminlyönti on relevantti, kun laiminlyöjälle mahdollisena ollut toiminta olisi voinut estää vahingollisen seurauksen syntymisen. Kun Traeger samassa yhteydessä katsoo juuri tämän n.s. odotetun toiminnan olevan kausaalisen,⁸⁴ niin siitä voitaisiin tulla siihen lopputulokseen, että laiminlyönnin relevanssilla olisi ymmärrettävä odotetun toiminnan kausaalisuutta. Mutta kun Traeger toisaalta nimenomaan erikoisesti korostaa, ettei laiminlyönnin relevanssilla ole ymmärrettävä myöskään odotetun toiminnan kausaalisuutta, vaan ainoastaan sen miellettyä kausaalisuutta,⁸⁵ niin johtaa hänen oppinsa auttamattomasti samaan virheelliseen tulokseen kuin laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä teoria yleensä, sillä rangaistusvastuu seurauksesta jää silloin myös Traegerin mukaan riippumaan yksin oikeusvelvollisuuden vastaisuudesta. Vaikka

⁸³ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 203—204; Livson, Honkasalo 60-vuotiskokous, s. 82—83; Schwarz, s. 99—101; Liepmann, s. 61. Liepmann näyttää asettuneen kannattamaan loogillista kausaalisuuskäsitystä, mikä hänellä kuitenkin ilmenee vahvasti normatiivisesti väritettynä: »Bedingungen im Sinne des Strafrechts sind nur die durch zurechnungsfähige Menschen gesetzten, — — —». Vrt. myös Liepmannin lausumaa ajatusta s. 77—78, mikä mukaan kausaalisuus ilmenee laiminlyönnissä »in eine Beziehung gesetzmässig-logischer Abhängigkeit».

⁸⁴ Traeger, Das Problem, s. 21; Der Kausalbegriff, s. 71—72.

⁸⁵ Traeger, Der Kausalbegriff, s. 72, viite 1; Das Problem, s. 21: »Nur in einem übertragenen Sinn lässt sich — — — von der Kausalität der Unterlassung sprechen. Um jedoch die vielen mit solcher umgenauer Ausdrucksweise verknüpften Irrtümer zu vermeiden, ist es zweckmäßiger — — — statt von der Kausalität der Unterlassung von der Relevanz der Unterlassung — — — zu reden.»

hän pyrkiikin erontekoon myös laiminlyönnin relevanssin ja oikeusvelvollisuuden vastaisuuden välillä,⁸⁶ niin päättyy hän kuitenkin siihen lopputulokseen, että »Die Rechtspflichtwidrigkeit der Unterlassung bewirkt ihre Gleichstellung mit der positiven, den schädlichen Erfolg verursachenden Handlung».⁸⁷ Tästä voimme havaita, ettei (Traegerin) laiminlyönnin relevanssi- ja (v. Lisztin) analogiaopin välillä lopultakaan ole kuin terminologinen eroavaisuus.⁸⁸

Varsin lähellä laiminlyönnin kiistävää teoriaa on se ryhmä tutkijoita, joka tosin ei suorastaan ole kiistänyt laiminlyönnin kausaalisuutta, mutta on pyrkinyt johtamaan sen kausaalisuuden voimassa olevan lain sanonnasta yleisiä tulkintatapoja siinä hyväksikäyttäen. Se ei näe kausaalisuutta, kuten edellytysteoriat, puhtaasti deskriptiivisenä käsitteenä, vaan sisällyttää tuohon kansanomaiseen syykäsitteeseensä huomattavan joukon normatiivisia elementtejä. Siten tämän oppisuunnan voidaan katsoa pitävän laiminlyöntiä kausaalisena ainoastaan mielletyssä merkityksessä. Tähän ryhmään kuuluvat muun muassa *Rümelin*,⁸⁹ v. *Zahn*,⁹⁰ *Höpfner*⁹¹ ja *Beling*⁹² sekä *Andenaes*.⁹³ Koska olemme jo edellä selostaneet neljän ensinnämainitun esittämät näkökohdat pääpiirteissään, niin rajoitumme seuraavassa selostamaan *Andenaesin* mielipiteen.

Andenaes katsoo, että on tutkittava, mitä laki tarkoittaa aiheuttamisella. Oikeustieteen tulee itse muodostaa tarvitsemansa käsitteet puhtaasti juriidisten näkökohtien ja metodien mukaan. Siinä ei oikeustiede voi saada apua enempää filosofialta kuin luonnontieteiltäkään.⁹⁴ Lainkäyttäjän tehtävänä on selvittää, »hva l o v e n har ment med forårsakelse. Det er l o v e n s forårsakelsesbegrep en må bringe på det rene, ikke logikens, filosofins eller naturvitenskapens».⁹⁵ Lainkäyttäjää ei kuitenkaan saa antaa haluamaansa sisältöä laille, vaan hänen tulee mielipiteen mukaan käyttää yleisesti tunnustettuja tulkintasääntöjä ja

⁸⁶ *Traeger*, Der Kausalbegriff, s. 73; Das Problem, s. 26—27.

⁸⁷ *Traeger*, Das Problem, s. 65.

⁸⁸ Tähän lopputulokseen on päätenyt myös *Sipilä*, arvostellessaan v. Lisztin ja Traegerin oppeja. Vrt. *Sipilä*, s. 148—151. Ks. myös *Schwarz*, s. 93.

⁸⁹ Ks. ed. s. 43.

⁹⁰ Ks. ed. s. 44, viite 82.

⁹¹ Ks. viitettä 75, s. 103.

⁹² Ks. viitettä 89, s. 45.

⁹³ *Andenaes*, s. 132—170.

⁹⁴ *Andenaes*, s. 132—134 ja s. 152.

⁹⁵ *Andenaes*, s. 142—143.

huomioida tällöin ne momentit, joille kussakin yksittäistapauksessa on annettava erikoinen merkityksensä tulkinnassa. Tällaisia ovat muun muassa lain sananmuoto, lain perustelut, tarkoituksenmukaisuusharkinta ja oikeuskäytäntö. Tulkinnan tulee olla yksittäistävä, sillä puhumattakaan siitä, että kielen sanarikkaus uhmaa kaikkea yleistämistä, niin jopa sama ilmaisu voi sisältää niinhyvin kuvauksen itse teosta kuin aiheuttamisestakin, kuin myös samanaikaisesti niistä molemmista ja lisäksi vielä rikoksen karakteristiikasta.⁹⁶ *Andenaes* katsoo *Belingin* ja *Hellmuth Mayerin* suureksi ansioksi jäävän, että he ovat asettuneet vastustamaan klassillisen rikosoikeusdogmatiikan »liioiteltua pyrkimystä generalisointiin» ja tähdentäneet yksittäisten rikostyyppien individuaalista omalaatuisuutta.⁹⁷ *Conditio sine qua non* teoria on mielipiteen mukaan kelpaamaton syykäsitteen määrittelemiseen, sillä se kulkee kehässä, koska siihen perustuva arvostelma on oikea ainoastaan milloin »— — — en på förhånd går ut fra at det nettop er nødvendigheten som er avgjørende for årsakskvaliteten». Mutta tällainen syykäsitteen määrittely ei soinnu mielipiteen mukaan yhteen tavallisen kielenkäytön tarpeiden kanssa.⁹⁸

Ryhtyessämme tarkastamaan näiden oppien kantavuutta, joissa laiminlyönnin ongelmaan liittyvät peruskysymykset katsotaan voitavan selvittää pelkästään hakemalla niihin vastaukset tavallisia tulkintaperiaatteita käyttäen positiivisesta laista, lähdemme puolestamme siitä tosi-

⁹⁶ *Andenaes*, s. 139.

⁹⁷ *Andenaes*, s. 137—138. Vrt. myös *Hellmuth Mayer*, s. 194—223 ja erikoisesti s. 209—210 ja s. 215.

⁹⁸ *Andenaes*, s. 137—138. Mielipiteensä tueksi *Andenaes* viittaa *Leonhardin* teoksessaan »Allgemeines Schuldrecht des BGB», s. 147—148 lausumaan ajatukseen, jonka mukaan *conditio sine qua non* teoria ei kelpaa kausaalisuusarvosteluun käytettäväksi. Kosketellussa suhteessa *Leonhard* lausuu: »Wer nach der eigentlichen Ursache eines Erfolges fragt, will über den Zusammenhang der Dinge aufgeklärt werden. Und darauf ist es keine befriedigende, ja nicht einmal eine vernünftige Antwort, wenn man ihm irgendeine ganz belanglose Voraussetzung mitteilt. Wer wird als Todesursache eines Menschen angeben, dass sein Grossvater geheiratet hat, oder die Herstellung eines Messers als Ursache für die Verbrechen, die später damit begangen worden sind? Eine solch Antwort würde den eigentlichen Sinn der Fragestellung derart verfehlen, dass sie wie ein schlechter Scherz empfunden wird.» Siteerattu *Andenaesin* mukaan. Ks. *Andenaes*, s. 155. — Osoittaako sanottu ajatus sitten, että *conditio sine qua non* teoria on väärä? Sitä se ei mielestämme suinkaan osoita. Teoria on itsessään oikea, mutta on vallon eri asia, ettei se yksistään riitä rikosoikeudellisen seurauksen syyn määrittämiseksi. Mainitusta syystä käytetäänkin adekvaattisuus-arvostelua.

asiasta, että kausaalisuuden probleema on versionut filosofian viljelysaralta, mistä se on tuotettu oikeustieteeseen ja erittäinkin rikosoikeuteen. Filosofiasa, missä kysymys kausaalisuudesta muodostaa sen ehkä kaikkein keskeisimmän ongelman, ajattelun esineenä on muun muassa niinhyyin syyn ja seurauksen käsite, kuin kysymykset siitäkin, ovatko sielu ja ruumis toisiinsa vaikutusyhteydessä ja vallitseeko tapahtumain välillä kauko- vai kosketuksellinen vaikutusyhteys sekä perustuuko kausaalisuuslaki kokemukselle vai olisiko se ehkä apriorinen käsite. Juridiikassa sitävastoin tutkimus rajoittuu syysuhteen käsitteen selvittämiseen. Kun lainsäätäjällä on juuri rikoslaissa rangaistusseuraamuksilla uhannut määrättyillä tunnusmerkistöillä kuvaamiensa seurausten aiheuttamisen, niin jotta jonkun voitaisiin katsoa aiheuttaneen jonkun kriminalisoidun seurauksen, tulee hänen rikosoikeudellista merkitystä olevan suhtautumisensa olla syysuhteessa seuraukseen. Ja niinpä juristia yleensä kiinnostaakin käytännön vaatimusten mukaisesti kausaalisuuskysymyksessä sen selvittäminen, mikä tai mitkä edellytykset (antecedentiat) on katsottava määrätyn seurauksen syyksi, sillä juuri tällä on hänelle oikeudellista merkitystä määrättyä tapausta arvostellessaan.

Mainitessamme sen tosiasian, että kausaalisuusopilla on yleisesti katsoen merkitystä rikosoikeuden alalla vain sikäli, kuin se palvelee käytännön tarkoituksia, voinee sanottu helposti johtaa siihen ajatukseen, että kausaalisuus käsitteelle olisi juridiikassa olennaisinta kansanomaisen sanonta ja sen mukainen käsitys siitä. Tällaista ajatusta vahvistaa osaltaan jo rikoslakimme käyttämä kansanomaisen syysuhteen kuvaus. Elämän käytännön luomissa tunnusmerkistöissään rikoslaki kuvaa rangaistavan aiheuttamisen tavallista jokapäiväistä kielenkäyttöä vastaavasti, kuten lain terminologia osoittaa, »Joka — — toiselta ottaa hengen — —», »Joka on pidellyt toista niin pahoin, että tämä siitä on saanut — — — ruumiinvamman — — —», »Jos nainen, — — — on — — — surmannut sikiönsä — — laiminlyömällä mitä sen elossa pitämiseksi olisi ollut tarpeen; — — —», j.n.e.

Kieltämättä kansanomaisen sanonta ja sen mukainen käsitys syysuhteesta on terveen ihmisymmärryksen tuote, ja sellaisena sen merkitystä ymmärrettävästi ei ole suinkaan väheksyttävä, mutta kausaalisuus käsitteen tutkimusta ja selvittelyä se ei lainkaan edistä, vaan siihen turvautumalla poljemme paikallamme.⁹⁹ Sinänsä on tietysti sel-

⁹⁹ *Livson*, Honkasalo 60-vuotisjulkaisu, s. 84; vrt. *Traeger*, Der Kausalbegriff, s. 7. Toisin *Birkmeyer*, GS 1885, s. 264—265: »Welcher Jurist könnte im Ernst

vää, että ennenkuin kausaalisuuskäsitteestä esitettiin ainoatakaan teoriaa, jopa ennenkuin sitä edes aloitettiin tutkia, päästiin käytännössä oikeustapauksia tuomioistuimissa ratkaistaessa useimmissa tapauksissa arvatavasti kausaalisuuskysymyksessä oikeisiin tuloksiin. Mutta toisaalta hienorakenteisemmat deliktityypit, erilaiset räjätapaukset sekä monen monet rikosoikeudessa esiintyvät komplisoidut kysymykset eivät olleet eivätkä tule olemaan ratkaistavissa ilman teorian luomia kiinteitä peruskäsitteitä ja määritelmiä. Se käsitys, että rikosoikeudellisia tapauksia yleensä voitaisiin ratkaista tapaus tapaukselta lain sanontaa tulkitsemalla, osoittautuu jo siinäkin vääräksi, että sanonta voi johtaa sitä tulkittaessa erilaisiin tuloksiin, riippuen tulkitsijasta ja itsestään tulkittavan sanonnan täsmällisyysasteesta. *Andenaes* on itsekkin päätenyt siihen tulokseen, että kielenkäyttö on monissa tapauksissa äärimmäisen horjuvaa ja epävarmaa, mistä johtuukin, että »Det er derfor langt fra, at en i alle tilfælde kan komme fram til et sikkert resultat ut fra språkelige deduksjoner alene».¹⁰⁰ Kausaalisuuskysymys onkin käsittääksemme riippumaton epäselvistä kansanomaisista käsityksistä.¹⁰¹ Lainsäätäjä ei ole myöskään edes yrittänyt määritellä kausaalisuuskäsitettä, vaan on jättänyt niinhysin sen kuin monien muidenkin yleisten oppien luomisen ja edelleen kehittämisen tieteisopin tehtäväksi.

leugnen; das der vulgäre Ursachenbegriff zum criminalrechtswissenschaftlichen geworden ist? — — —». Birkmeyer viittaa vielä siihen, että rikoslaki puhuukin syysuhteesta niinkuin muistakin käsitteistä tavallista elämän kieltä käyttäen. Tätä vastaan on puolestaan *Mayer*, Causalzusammenhang, s. 24—25, aivan oikein huomauttanut, että koska laki puhuu käytännön kielellä, niin sen ei tarvitse käyttää teorian sanontaa. Mutta koska rikoslaki ilmaisee aiheuttamisen mitä yleisimmillä sanonnoilla, niin juuri siitä syystä kausaalisuuskäsite välttämättömästi tarvitsee tulla teoreettisesti täydennetyksi. Vrt. myös *Lammasch*, Handlung und Erfolg, s. 246—247: »Durch die Annahme einer Ursache in vulgären Sinne würde, — — — der Begriff der Ursache alle Bestimmtheit verlieren, — — —». Ks. myös *Zitelmann* (Irrtum und Rechtsgeschäft, s. 22): »— — — die Rechtsprechung hat sich nicht an die unrichtigen Rechtssätzen sondern an die Korrekturen der Wissenschaft zu halten». Sängen osuvasti on *Weber* kuvannut tieteellisen ajattelun ja n.s. terveen ihmisymmärryksen keskinäisen suhteen käsitteiden määrittelyssä, verrattessaan niiden suhtautuvan toisiinsa, kuten suureiden silmämääräinen arviointi on suhteessa niiden arviointiin harppia ja mittaa käyttäen. (*Zitelmannin* ja *Weberin* mielipiteet siteerattu *Traegeriltä*. Ks. *Traeger*, Der Kausalbegriff, s. 7—8.).

¹⁰⁰ *Andenaes*, s. 160.

¹⁰¹ *Sipilä*, s. 176, viite 139: »— — — yleinen kielenkäyttö toisessa tapauksessa puhuu laiminlyönnistä seurauksen syynä kuin itsestään selvästä asiasta, mutta toisessa vieroksuu tällaista sanontaa, vaikka teoreettisesti tarkastellen syysuhde puh-

Kausaalisuuskäsitteen omaksuminen luonnontieteellisessä merkityksessä muodostui kohtalokkaaksi laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen käsittelylle. Sittenkuin ne monet edelläselostamamme teorit, jotka olivat yrittäneet selittää laiminlyönnin ja seurauksen välisen suhteen vaikutusyhteyttä vastaavaksi, olivat auttamattomasti ajautuneet karille, kiistettiin laiminlyönnin kausaalisuus ja yritettiin selittää vastuun seurauksen estämättä jättämisestä johtuvan yksinomaan oikeusvelvollisuuden vastaisuudesta. Mutta kun tämäkin tie vei pääsemättömään umpikujaan, turvauduttiin pulmasta pääsemiseksi välittömästi positivistiseen lakiin ja katsottiin koko ongelma pelkästään tulkintakysymykseksi, johon vastaus oli haettava yksinomaan tulkitseamalla voimassa olevan lain yksityisiä säännöksiä. Mutta kuten tämän suunnan huomattavin edustaja (Andenæs) laiminlyönnin tutkimuksen alalla on itsekin voinut todeta, niin ei sitäkään tietä voida päästä edes läheskään tyydyttävään tulokseen probleeman käsittelyssä, puhumattakaan yleispätevästä ratkaisusta. Yksittäistävällä menettelyllä voidaankin ainoastaan todeta, mitkä positiivisella aiheuttamisella kuvatuista tekotunnusmerkistöistä sisältävät myös negatiivisen suhtautumisen. Itse aiheuttamisen käsite, joka on tietoteoreettinen kysymys, ei ole sitävästoin löydettävissä lain säännöksistä, vaan logiikan alalta.

Eberhard Schmidt lausuu von Lisztin oppikirjan 26. painoksessa, että »Bei allen denjenigen, die die Kausalität der Unterlassung leugnen, spielt der Gedanke eine Rolle, dass es in der Unterlassung an der real wirkenden Kraft fehle, die den Erfolg »herbeiführen« könne; verursachen wird im mechanischen — — — Sinne genommen — — —, obwohl es sich bei der Kausalität gar nicht um »Vorgänge«, mechanische Kraftentfaltungen, Entwicklungsreihen, sondern um nichts anderes als eine logisch-erkenntnistheoretische Verbindung zweier Gegebenheiten, nicht um ein physische Sein oder Werden; sondern um nichts anderes, als eine Form unseres Denkens und Erkennens handelt. Das mit aller Schärfe betont zu haben, gehört mit zu den vielen Verdiensten von M. E. Mayer; — — —.»¹⁰²

Näin Schmidt kertoo meille, kuinka katse oli avartunut näkemään ilmiöiden välisen suhteen ajatuksemme ja tietomme muotona. *Max*

taasti kausaalisena käsitteenä on kummassakin sama. — Laiminlyönnin kausaalisuuden tunnustaminen vain sillä perusteella, että se saa tukea yleisestä kielenkäytöstä, ei käsitä perusteltua kannanottoa sanottuun kysymykseen eikä niin sanoaksemme selitä mitään»; *Livson*, *Honkasalo* 60-vuotisjulkaisu, s. 85; *Schwarz*, s. 98—99; *Traeger*, *Der Kausalbegriff*, s. 7—9; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 123.

¹⁰² v. *Liszt-Schmidt*, s. 172.

Ernst Mayer ansaitseekin sen kiitoksen, jonka Sshmidt on hänelle omistanut, sillä kun laiminlyönnin kausaalisuuden siihenastisessa tutkimuksessa oli vallalla käsitys syystä metafyyssillisenä esineissä tai olioissa itsessään elävänä voimana, niin kaikki laiminlyönnin kausaalisuuden osoittamiseksi suunnattomalla ajatustyöllä luodut rakennelmat kaatoi tieteisopissa usein toistettu lause: *ex nihilo nihil fit*. Ajatuksen vapauttamiseksi tuosta lauseesta laiminlyönnin kausaalisuuden toteamiseksi, Mayer korostaa, että seurauksen syynä oleva edellytysten kokonaisuus käsittää niinhyvin ruumiillisen toiminnan kuin toiminnattomuudenkin, joka on seuraukseen kausaalisuhteessa yhtäläisesti kuin mikä muu seurauksen edellytys tahansa.¹⁰³

Mainitun väitteensä tueksi Mayer lausuu, etteivät ilmiöt muodosta kausaalisuhdetta, vaan sen tekee ilmiöitä järjestelevä tarkoitus (*die Erscheinungen ordnende Verstand*). Itse ilmiöiden funktio on luonnon salaisuus, josta juristi on vähiten kiinnostunut. Sen tähden jätämmekin, sanoo Mayer, lauseen »tyhjistä ei synny mitään» luonnontieteelle, joka voi käyttää sitä vaikuttavan voiman määrittämiseksi edellytysten kompleksista.

Tälle käsityskannalle asettuen *Mayer* pitää laiminlyöntiä kausaalisena, kun seurausta ei olisi syntynyt ilman laiminlyöntiä.¹⁰⁴ Pelkkä passiivisuus, sanoo Mayer, ei tosin voi aikaansaada seurausta, mutta se voi olla seurauksen syynä, jos se on seuraukseen johtaneessa edellytyskompleksissa välttämättömänä toiminnattomuutena (*eine mitbedingende Untätigkeit*).¹⁰⁵

Siten Mayer johti tutkimuksen oikealle tielle, ja hänen ansiokseen jää vielä lisäksi, että hän nimenomaan on korostanut laiminlyönnin kausaalisuus- ja oikeusvelvollisuusainesten eronteon välttämättömyyttä aineen käsittelyssä. Hän pitääkin kausaalisuus- ja oikeusvelvollisuuskysymysten toisiinsa yhdistämistä mitä pahimpana metodisena virheenä (*eine methodische Sünde allerersten Rangs*).¹⁰⁶

¹⁰³ *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 150. Ks. myös *Gottlieb*, Der Strafort, s. 36—37: »In kausalem Verhältnis kann alles stehen, was in der Zeit erscheint, also nicht zeitlose Begriffe, sondern Ereignisse oder exakter gesagt, Zustände. Kausal ist ein Zustand für einen anderen, zeitlich ihm folgend, wenn er nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der folgende Zustand entfällt».

¹⁰⁴ *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, 150—151.

¹⁰⁵ *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, 150.

¹⁰⁶ *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, 151—152, missä hän kosketellussa suhteessa vielä lausuu: »Ob eine Unterlassung mit einem Erfolg kausal verbunden ist und ob sie einer Rechtspflicht widerspricht, untersteht absolut getrennten Erwägungen».

Mayer näki siten probleeman lopulliseen ratkaisuun johtavan laiminlyönnin kausaalisuuden tarkastelun »im Sinne der allerstrengsten Erkenntnistheorie».¹⁰⁷ Pohjoismaissa tälle kannalle asettui *Honkasalo*, joka otti luomansa teorian lähtökohdaksi *John Stuart Millin* oikeustieteessä perustavaa merkitystä saaneen käsityksen kausaalisuudesta.¹⁰⁸ Mill, jonka mukaan syyn ja seurauksen suhde on ilmiöiden muuttumattoman ja välttämättömän seuraannon suhde, määrittelee syyn niiden positiivisten ja negatiivisten edellytysten kokonaisuudeksi, joita tapahtuma muuttumattomasti välttämättömästi seuraa.¹⁰⁹ Tästä on tehty se johtopäätös, että syynä on pidettävä jokaista edellytystä, joka on välttämätön seurauksen syntymiselle. Jos laiminlyöty positiivinen toiminta olisi seurauksen syntymisen estänyt, niin itse laiminlyönti on silloin se edellytys (conditio), jota ilman (sine qua) seuraus ei (non) olisi syntynyt.¹¹⁰ Conditio sine qua non teorian avulla laiminlyönnin kausaalisuutta ei kuitenkaan kävisi yksistään päättelemisen, sillä laiminlyöjän seurauksen syntymiselle asettama edellytys voi olla niin kaukainen, ettei relevanttia kausaalisuhdetta voida katsoa olevan laiminlyönnin ja seurauksen välillä. Laiminlyönti onkin kausaalisessa merkityksessä relevantti, kun tarkasteltavana olevaa tapahtumaa voidaan pitää

¹⁰⁷ *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 151, viite 10. Ks. myös *Sauer*, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, von Frank Festgabe I, s. 207: »Man übersieht — — —, dass die Kausalität nicht eine den Dingen innewohnende geheimnisvolle Kraft ist, wie sie sich in der menschlichen Muskeltätigkeit äussert, dass sie vielmehr in dem logischen Notwendigkeitsurteil besteht, das nicht allein an ein natürliches Etwas, sondern auch an ein natürliches Nichts angelegt werden kann — — —». Sauerin kannalle on asettunut m.m. *Kantorowicz*, s. 14—15.

¹⁰⁸ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 6; *Traeger*, Der Kausalbegriff, s. 16—17: »Ursache einer Veränderung ist also stets die Gesamtheit aller Faktoren oder Bedingungen, die zum Eintreten dieser Veränderung erforderlich waren. Das ist im wesentlichen die oft wiedergegebene Definition John Stuart Mill's»; *Hartmann*, s. 9, mainitsee m.m., että oikeusoppineiden enemmistö pitää Millin oppia oikeana ja turvautuu siihen.

¹⁰⁹ *Mill*, A System of Logic, s. 222: »We may define, — — —, the cause of a phenomenon to be the antecedent, or concurrence of antecedents, on which it is invariably and unconditionally consequent». (vastaava kohta *Schielin* saksal. käännöksessä s. 423). Edellytysten kokonaisuuden *Mill* tätä ennen määrittelee s. 217 seuraavasti: »The cause, then, philosophically speaking, is the sum total of the conditions positive and negative taken together; — — —». (vastaava kohta *Schielin* saksal. käännöksessä s. 413—414).

¹¹⁰ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 205; v. *Liszt-Schmidt*, s. 172; *Frank*, s. 16. *Frank* pitää kuitenkin laiminlyöntiä »als kausal im Sinne des Gesetzes».

laiminlyönnin adekvaattisena seurauksena.¹¹¹ Jos toisin sanoen seuraukseen johtavasta tapahtumainkulusta voidaan päätellä, että laiminlyöty positiivinen toiminta olisi ainakin todennäköisesti voinut estää seurauksen syntymisen, niin laiminlyönti on silloin kausaalisessa merkityksessä relevantti seuraukselle.¹¹² Mutta mitkä realiteetit on asetettava adekvaattisen kausaalisuusarvostelun perustaksi? Onko arvostelun perustaksi pantava yleistävästi ne tosiasiat, ne tekijät, jotka laiminlyöjä on tuntenut tai voinut tuntea,¹¹³ kuin nekin, joita enempää hän kuin kukaan muukaan laiminlyönnin aikana ei ole voinut tuntea, mutta jotka oikeudenkäynnissä tunnetaan eli mitkä tuomari tuntee?¹¹⁴

¹¹¹ Laiminlyönnin relevanssi kausaalisuusmerkityksessä on tieteisopissa tahdottu panna riippuvaksi myös laiminlyöjän mahdollisuudesta ryhtyä laiminlyömäänsä toimintaan. Niinpä *Traeger* (*Das Problem*, s. 21) lausuu tästä: »Relevant ist die Unterlassung jemandes, wenn eine zwar für ihn mögliche, aber von ihm nicht vorgenommene Handlung gewisser Art den Eintritt des Erfolgs verhindert hätte.» Näin myös *v. Hippel*, s. 159, viite 5; *Frank*, s. 17; *Kohlrausch*, *Strafgesetzbuch*, s. 12: »Kausal ist eine Unterlassung, wenn dem Unterlassenden die Abwendung des Erfolges möglich war». — Jos lähdemme siitä toteamuksestamme, että laiminlyönti on kausaalinen, jos laiminlyöty toiminta olisi estänyt seurauksen syntymisen, niin kausaalisuustarkastelumme johtaa meidät sanottuun tulokseen, vaikkei laiminlyöjällä olisikaan ollut minkäänlaista mahdollisuutta seurausta estävään toimintaan. Toimintavapaus ei nähdäksemme ole kausaalisuuden, vaan itse laiminlyönnin edellytyksenä, sillä siitä juuri riippuu, onko laiminlyönnin käsittävä suhtautuminen lainkaan edes olemassa määrättyssä konkreettisessa tapauksessa. — Ks. *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, 208—209; *v. Liszt-Schmidt*, s. 170, viite 2; *Sauer*, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, v. *Frank Festgabe I*, s. 213—214: »Die Frage der Handlungsfreiheit gehört weder zur Kausal-, noch zur Schuld-, noch zur Rechtspflichtfrage. Sie beschränkt sich auf das Gebiet der Tat selbst — — —». Ajatusta on pidettävä ehdottomasti oikeana, sillä jotta teko tai laiminlyönti ylimalkaan olisi olemassa, täytyy myös olla olemassa mahdollisuus määrättyyn suhtautumiseen.

¹¹² *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 206—208; *Sauer*, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, v. *Frank Festgabe I*, s. 210—212; *v. Bar*, *Gesetz und Schuld II*, s. 263: »Nur wo die Hinderung des schädlichen Erfolges der Tätigkeit adäquat ist oder dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entspricht, nur wo man darauf rechnet und darauf rechnen darf, die Tätigkeit werde den Erfolg vermeiden lassen, macht Untätigkeit für den Erfolg verantwortlich»; *Rümelin*, s. 162; *Traeger*, *Das Problem*, s. 23—25; *Der Kausalbegriff*, s. 159.

¹¹³ Näin *Kries*, *Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit*, s. 228—229.

¹¹⁴ *Rümelin*, s. 19—20. — *Rümelin*in yksittäistävän ja *Kries*in yleistävän adekvaattisuusteoriain suhteen välittävälle kannalle on asetunut *Traeger* (*Der Kausalbegriff*, s. 159). Hän vaatii, että kausaalisuusarviointi on perustettava kaikkeen kokemuseräiseen tietoon, minkä lisäksi arvioinnin tulee nojautua myös niihin kausaalisiiin tekijöihin, jotka ovat olleet olemassa tekohetkellä. Mittapuuna arvostelussa on käytettävä sitä tietoa, mikä mainituista kausaalisista tekijöistä on korkeinta tie-

Adekvaattisuusarvostelun perustaksi on otettava ihmisen mahdollisuus tuntea ja laskea tapahtuman kausaalinen kulku, sillä, kuten *Serlachius-Särkilähti* sanoo »Människan kan ej följa med orsaksräcken in i infinitum och betecknar därför med orsakande endast det förorsakande, han förmår öfverse, det mänskliga öfverskådliga, det beräknliga orsakandet».¹¹⁵ Adekvaattisen kausaalisuusarvostelun perustaksi on pantava ne kausaalisen tapahtumainkulun realiteetit, jotka passiivisen suhtautumisen hetkellä on yleisen elämänkokemuksen mukaan voitu tuntea, kuin myös nekin tekijät, jotka erityisesti laiminlyöjä on silloin tuntenut.¹¹⁶

Honkasalon laiminlyönnin kausaalisuusteoria on joutunut kotimaisessa tieteisopissamme arvostelun kohteeksi *Sipilän* väitöskirjassa »Deliktiperusteisen Vahingonvastuun Teoreettinen Rakennne». Tämän tutkimuksen I osan 2. luvussa, joka käsittelee laiminlyönnin kausaalisuutta, *Sipilä* on arvostelussaan muun muassa pyrkinyt osoittamaan, että *John Stuart Millin* syyn määritelmä, jolle *Honkasalo* on konstruoinut laiminlyönnin kausaalisuusteoriaansa, olisi siinä muodossa, missä *Honkasalo* on sen esittänyt, *Millin* katsantokantaa vastaamaton.

Sipilä lähtee arvostelussaan siitä, että joskin *Honkasalo* on käyttänyt

tämisen tasoa olevalla henkilöllä voinut olla. Lisäksi on myös huomioitava ne teko hetken kausaaliset tekijät, jotka erikoisesti tekijä itse on tuntenut. Tätä *Traegerin* kantaa on varsin lähellä v. *Hippelin* ajatus, jonka mukaan adekvaattisuusarvostelussa tulee käyttää mittapuuna tuomarin tietoa, jota tarvittaessa on täydennettävä asiantuntijain tiedolla. v. *Hippelin* käsitys ja *Traegerin* mielipiteet eroavat siinä, ettei v. *Hippel*, kuten *Traeger*, vaadi ideaali-ihmisen arvioimistaitoa, vaan tyytyy perustamaan kausaalisuusarvioinnin normaalin ja tarpeellisella kokemuksella varustetun ihmisen tietoon niistä seikoista, jotka kulloinkin otetaan arvioinnin kohteiksi. Ks. v. *Hippel*, s. 147—148. — *Kriesin*, *Traegerin*, *Rümelinin* ja v. *Hippelin* adekvaattisuusoppien arvosteluun nähden ks. *Honkasalon* seikkaperäistä esitystä »Kausaalisuuskysymys Rikosoikeudessa», s. 147—152.

¹¹⁵ *Serlachius-Särkilähti*, *Straff och Skadestånd*, s. 99; *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 150; *Honig*, v. *Frank Festgabe I*, s. 187 ja 188: »Erst mit der zur Kausalität hinzutretenden objektiven Zweckhaftigkeit ist — — — die Grundlage für die juristische Bedeutsamkeit des menschlichen Verhaltens gegeben».

¹¹⁶ *Honkasalo*, s. 152: »Adekvaattisuusasteorian perusajatuksen mukaisena on pidettävä se kanta, että kausaalisuusarvioinnin perustaksi on pantava ne kausaaliset tekijät, jotka tekotilaisuudessa on voitu tuntea, samoin kuin nekin, jotka erityisesti tekijä silloin on tuntenut». Ks. myös m.t., s. 158: »Muuta rajaa adekvaattisen ja inadekvaattisen välille ei voida vetää kuin minkä yleinen elämänkokemus asettaa»; vrt. *Traeger*, *Der Kausalbegriff*, s. 159; v. *Hippel*, s. 148; *Allfeld*, s. 109—110.

Millin määritelmää siinä muodossa, missä se usein esitetään,¹¹⁷ niin Honkasalon teoriassa »määritelmään sisältyvän negatiivisen edellytyksen käsite saa sängen keskeisen merkityksen, laiminlyönnin kausaalisuus kun perustuu juuri siihen».¹¹⁸ Millin itsensä kysymyksenkäsitteily kuitenkin osoittaa Sipilän mielestä, etteivät negatiiviset edellytykset Millin määritelmässä ole tasa-arvoisia positiivisten edellytysten kanssa, sillä joskin Mill lausuu ensin, että »The cause, — — philosophically speaking, is the sum total of the conditions positive and negative taken together; the whole of the contingencies of every description, wick being realised, the consequent invariably follows»,¹¹⁹ niin Mill »kehittelee aineenkäsittelyään huomauttamalla, että kun sellaisen syyn vaikutus, joka vaikuttaa toista syytä vastaan — — —, useimmissa tapauksissa voidaan katsoa sen omien ja erityisten vaikutusten laajentumaksi — — —, se tekee mahdolliseksi jättää negatiiviset edellytykset kokonaan huomiotta ja määritellä syyn käsitteen ilmiön positiivisten edellytysten kokonaisuudeksi».¹²⁰ Positiivisten ja negatiivisten edellytysten eriarvoisuus Millin aineenkäsittelyssä ilmenee Sipilän mielestä vielä siinäkin, että Mill määrittelee syyn myös positiivisten edellytysten summaksi, jota tapahtuma muuttumattomana (ja ehdottomasti) seuraa.¹²¹ Tästä Sipilä on tullut seuraavaan tulokseen: »Tässä on positiivisten ja negatiivisten edellytysten eriarvoisuus saanut erittäin selvän korostuksen. Katsoessaan seurauksen ehdottomuudella tarkoitettavan, ettei seuraus — ehdottomien positiivisten edellytysten ohella — ole minkään muun kuin negatiivisten edellytysten alainen, Mill nähdäksemme tarkoittaa, ettei negatiivisella edellytyksellä ole seurauksen syntymisedellytysten kannalta mitään merkitystä — muutoin kai ei olisi mahdollista rajoittaa syyn käsitettä

¹¹⁷ Sen mukaan syy on kaikkien niiden positiivisten ja negatiivisten edellytysten kokonaisuus, joita tapahtuma muuttumattomana välttämättömästi seuraa.

¹¹⁸ Sipilä, s. 179—180.

¹¹⁹ Mill, *A System of Logic*, s. 217 (vastaava kohta Schielin saksal. käännöksessä s. 413—414).

¹²⁰ Sipilä, s. 181—182. — Vastaava kohta Millin m.t., s. 218: » — — — the effects of any cause in counteracting another cause may in most cases be, — — — regarded as a — — — extension of its own proper and separate effects. This property — — — enables us — — — to dispense with the consideration of negative conditions entirely, and limit the notion of cause to the assemblage of the positive conditions of the phenomenon». (vastaava kohta Schielin saksal. käännöksessä s. 415—416).

¹²¹ Sipilä, s. 182, missä hän on ymmärrettävästi kuitenkin huomionut, että kun Mill on määritellyt syyn ainoastaan positiivisten edellytysten summaksi, niin Mill on samalla vaatinut, että määritelmässä tällöin sana »unconditionally» on korvattava sanonnalla »ei minkään muiden kuin negatiivisten edellytysten alaisena».

positiivisten edellytysten kokonaisuudeksi ja pitää negatiivista edellytystä sellaisena tekijänä, joka voi tulla lisäksi ehdottomuuden siitä muuksi muuttumatta». ¹²² Tämän käsityksen mukaisesti Sipilä sitten ehdottaa, että syyn määritelmä Honkasalon esittämässä muodossa on muutettava »sellaiseen Millin katsantokantaa vastaavaan asuun, jossa edellytysten summa (kokonaisuus) tulee korostetuksi vain positiiviselta puoleltaan». ¹²³ Kun Honkasalo on Millin määritelmästä tehdyn johtopäätöksen mukaisesti lausunut, että »syy on myös jokainen edellytys, jonka olemassaolosta seuraus konkreettisessa ilmenemismuodossaan on riippuva», ¹²⁴ niin Sipilä katsoo lisäksi voitavan tätä vastaan väittää, »ettei negatiivinen edellytys Millin mukaan ole mikään olemassaoleva edellytys». ¹²⁵

Millin kysymyksen käsittely ei kuitenkaan käsittääksemme anna minikäänlaista tukea enempää tehdyille väitteille edellytysten eriarvoisuudesta kuin siitäkään, etteivät negatiiviset edellytykset Millin mukaan olisikaan olemassaolevia edellytyksiä, sillä kun Mill ensin määrittelee syyn kaikkien niiden positiivisten ja negatiivisten edellytysten kokonaisuudeksi, joita tapahtuma muuttumattomana välttämättömästi seuraa, ¹²⁶ ja sen jälkeen määrittelee sen uudelleen yksinomaan positiivisten edellytysten summana, niin hän nimenomaan ensinnä toistaa aikaisemman määritelmänsä ja vasta sen jälkeen lausuu, että syy voidaan määritellä pelkästään positiivisten edellytysten summaksi, jos syy otetaan sen mukavammassa muodossaan (if we adopt the convenient modification of the meaning of the world cause), jolloin kuitenkin määritelmässä oleva sanonta »ehdottomasti» (tai välttämättömästi) tilalle on otettava varauslauseke siitä, että tapahtuma seuraa muuttumattomana syytä (pelkästään positiivisten edellytysten kokonaisuutena lausuttuna) negatiivisten edellytysten alaisena. ¹²⁷ Myöskään ei sovi unhoittaa, että Mill kysymyksessään olevan

¹²² Sipilä, s. 182.

¹²³ Sipilä, s. 182.

¹²⁴ Honkasalo, Kausaalisuuskysymys, s. 205.

¹²⁵ Sipilä, s. 183.

¹²⁶ Mill, A System of Logic, s. 217 (vastaava kohta Schielin saksal. käännök-
sessä s. 413—414). Ks. siteerausta ed. s. 116.

¹²⁷ Mill, A System of Logic, s. 222: »We may define — — —, the cause of phenomenon to be the antecedent, or the concurrence of antecedents, on which it is invariably and *unconditionally* consequent. Or if we adopt the convenient modification of the meaning of the world cause which confines it to the assemblage of

lukunsa alkupuolella lausuu, että jokainen tapahtuma, jokainen ilmiö seuraa positiivisten ja negatiivisten seikkojen yhteisvaikutuksesta.¹²⁸ Mutta ennenkaikkea seuraava Millin ajatus osoittaa mielestämme hänen todellisen käsityskantansa syyn käsitteestä: »Todellinen syy on näiden (positiivisten ja negatiivisten) antecedenttiain kokonaisuus, ja filosofian mielessä meillä ei ole minkäänlaista oikeutta nimittää yhtä niistä toiset poissulkien syyksi».¹²⁹ Tästä ajatuksesta ilmenee mielestämme ehdottomasti edellytysten samanaarvoisuus. Edelleen voimme vetää siitä sen johtopäätöksen, ettei negatiota voi olla yksistään olemassa, mutta negatiiviset edellytykset ovat olemassa kaikkien edellytysten kokonaisuudessa. Passiivista suhtautumista silmälläpitäen on käsittääksemme itsestään selvää, ettei laiminlyöntiä voi olla olemassa ilman positiivista tapahtumista! Seurausta ei ymmärrettävästikään voida jättää estämättä, ellei ole samanaikaisesti olemassa seuraukseen johtavaa positiivista tapahtumainkulkua.

Millin määritelmä onkin nähdäksemme esitettävä juuri siinä muodossa, missä Honkasalo on sen esittänytkin. Millin määritelmää Honkasalo ei myöskään ole käyttänyt, kuten Sipilä väittää,¹³⁰ tavallisen elämän käsityskantaan perustuvan kausaalisuuskäsitteen tukemiseksi, sillä kun Honkasalo viittaa siihen ehdottomasti kiistattomaan tosiasiaan, että »tavallisen elämän käsityskanta näkee myöskin laiminlyönnissä kausaalisien tekijän»,¹³¹ niin hän esittää tuon ajatuksensa ikäänkuin vastavetona välittömästi sitä ennen tekemälleen toteamukselle, että »Jos vaikutusyhteiden kannalta lähdetään, pitää laiminlyöntiin nähden epäilemättä paikkansa tieteisopissa usein toistettu lause: *ex nihilo nihil fit*».¹³² Viittamalla luonnolliseen katsantokantaan Honkasalo siten kiinnittää lukijansa huomioon, että joskaan laiminlyöntiä ei voida pitää mekaanisessa

positive conditions without the negative, then instead of »unconditionally» we must say, »subject to no other than negative conditions». (vastaava kohta Schielin saksal. käännöksessä s. 423).

¹²⁸ Mill, *A System of Logic*, s. 214: »For every event there exists some combination of objects or events, some given concurrence of circumstances, positive and negative, — — — of which is always followed by that phenomenon». (vastaava kohta Schielin saksal. käännöksessä s. 407).

¹²⁹ Mill, *A System of Logic*, s. 214: »The real cause is the hole of these antecedents; and we have, philosophically speaking, no right to give the name of cause to one of them exclusively of the others». (vastaava kohta Schielin saksal. käännöksessä s. 408).

¹³⁰ Sipilä, s. 178—179.

¹³¹ Honkasalo, *Kausaalisuuskysymys*, s. 204.

¹³² Honkasalo, *Kausaalisuuskysymys*, s. 204.

merkityksessä kausaalisena, metafyyssillisenä vaikutusyhteytenä, niin se voidaan sitävastoin ymmärtää loogillisena seuraantona. Ja kun Honkasalo lopuksi lausuu, että »Luonnollinen katsantokanta on yhdenmukainen J. Stuart Millin tietoteoreettisen käsityskannan kanssa»,¹³³ niin sanotusta ei käsittääksemme voida tulla suinkaan siihen tulokseen, että Millin määritelmää olisi käytetty »luonnollisen katsantokannan» tukemiseksi, vaan kysymyksessä on pelkkä toteamus siitä, että ne ovat yhdenmukaisia. Tämä toteamus vuorostaan perustuu siihen tosiasiaan, että niissä molemmissa kausaalinen tapahtumainkulku alistetaan normatiivisesti katsoen värittömän loogillisen tarkastelun kohteeksi.

Honkasalon tietoteoreettinen kausaalisuusteoria käsittää laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen ratkaisun. Sellaisenaan se kuitenkin välttämättömästi johtaisi siihen, että kenen tahansa toiminnattomuus voitaisiin katsoa kausaaliseksi seurauksen syntymiselle, kunhan vain laiminlyöjällä olisi ollut oikeudellisessa merkityksessä mahdollisuus ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi. Teoreettisesti tulos onkin oikea, mutta käytäntöä silmälläpitäen teoriaa on täydennettävä, sillä muuten se ei pystyisi osoittamaan kenen tai keiden passiivinen suhtautuminen muodostaa rikosoikeudellisesti relevantin syyn seurauksen estämättä jättämisestä. Mutta *Honkasalon* tutkimus sisältääkin sangen selvän viitteen siitä, miten teoriaa on täydennettävä, jotta se johtaisi myös käytännössä positiivisiin tuloksiin kausaalisuustarkastelussa.

Kehitettyään laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen ratkaisuunsa, *Honkasalo* välittömästi senjälkeen lausuu tieteisopissa vallitsevan käsityskannan mukaisesti, että seurauksen estämättä jättäminen on rangaistavaa suhtautumista, mikäli on olemassa erityinen seurauksen estämiseen velvoittava käskynormi, sillä kieltonormi ei yksin riitä perustamaan vastuuta laiminlyönnistä, koska se ainoastaan ilmaisee, mitä ei saa tehdä, mutta ei sitävastoin, mitä on tehtävä. Käskynormin luoma toimintavelvollisuus ei kuitenkaan, sanoo *Honkasalo*, suinkaan korvaa sitä kausaalista suhdetta, jota rikosoikeudellinen vastuu seurauksesta edellyttää, mutta joka tapauksessa toimintavelvollisuus ja lähemmin sen sisältö määrää, mihin positiivisiin toimenpiteisiin on ryhdyttävä vahingollisen seurauksen estämiseksi.¹³⁴ *Honkasalo* nimenomaan korostaa, että toimintavelvollisuuden sisällöllä on ratkaiseva merkitys sen toteamiselle, mihin toimintaan tai minkälaisiin toimenpiteisiin lai-

¹³³ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 205.

¹³⁴ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 210—213.

minlyöjän olisi tullut ryhtyä, sillä velvollisuus voi olla sinänsä laaja tai suppea, se saattaa käsittää toiminnan yhdessä ainoassa konkreettisessa tapauksessa, mutta se saattaa olla laajempikin, niinhyvin voimassaolo-aikaan kuin niihin toimenpiteisiin nähden, joilla seuraus on estettävä syntymästä.¹³⁵

Näitä oppeja seuraten tulemme johdonmukaisesti siihen ajatukseemme, että konkreettisessa tapauksessa on ensinnä todettava, onko syyte-tyllä ollut velvollisuus estää määrätyn seurauksen syntyminen. Jos täl-löin tulemme myönteiseen tulokseen, on meidän senjälkeen tutkittava, mihin toimintaan tai toimenpiteisiin syytetyn olisi tullut ryhtyä seu-rauksen estämiseksi. Vasta tämän jälkeen voimme loogillisella kausaa-lisuustarkastelulla päätellä, olisiko syytetty ryhtymällä velvoitettuun toimintaan voinut estää seurauksen syntymisen eli t.s. onko hänen lai-minlyöntinsä ja syntyneen seurauksen välillä olemassa kausaalisuhde.

Kiteyttäen tämän ajatuksemme teoreettiseen muotoon lausumme:

Velvollisuus ryhtyä toimintaan seurauksen es-tämiseksi muodostaa rajoittavan kriteerion, joka osoittaa, kenen laiminlyönti on otettava värittö-män loogillis-tietoteoreettisen kausaalisuustar-kastelun kohteeksi.¹³⁶

¹³⁵ Honkasalo, Rangaistava laiminlyönti II, DL 1942, s. 264; Yleiset opit I, s. 145—146.

¹³⁶ Livson, Honkasalo 60-vuotisjulkaisu, s. 88.

V. LAIMINLYÖNNIN OIKEUDENVASTAISUUS.

Luonteensa mukaisesti ihminen ei elä eikä vaikuta eristäytyneenä, vaan yhteisön (societas)¹ jäsenenä. Jokainen on olemassa maailmaa varten, ja maailma on olemassa jokaista varten.² Kansan ja valtion jäsenenä ihminen vaikuttaa elämäntehtävänsä puitteissa yhteiskunnan kulttuurikehityksessä. Ihmisten yhteiselämän menestyminen edellyttää yhteisöjärjestystä, joka määrää niinhyvin yhteisön ja sen jäsenten välisistä, kuin myöskin jälkimmäisten keskinäisistä oikeuksista ja velvollisuuksista. Oivallisen esimerkin tällaisen järjestysmuodon välttämättömyydestä antaa *Granfelt* lausuaan: »För att ett nybyggnadsarbete skall kunna utföras, erfordras byggnadsställningar. För att det nybyggnadsarbete människan, nationer och folk utföra i det stora kulturarbetet, individernas utveckling, skall kunna utföras, erfordras jämväl byggnadsställningar. Dessa utgöras af normer, — — i sin sammanfattning benämnda »rätten».³ Oikeus — oikeusjärjestyksen merkityksessä — onkin juuri se yhteiselämän järjestysmuoto,⁴ joka käsittää suhtautumisen normit.⁵

¹ Niinpä lausuu v. *Ihering* (Der Zweck im Recht I, s. 79): »Niemand ist für sich allein da, so wenig wie durch sich allein, sondern Jeder ist, wie durch Andere, so zugleich für Andere da, einerlei, ob mit oder ohne Absicht».

² v. *Ihering*, Der Zweck im Recht I, s. 92. — v. *Ihering*in mukaan yhteisö on olemassa tarkoituksiyhteisönä, sillä ihmiset ovat liittyneet yhteisöksi määrättyjen elämäntarkoitusten toteuttamista varten. v. *Ihering* lausuu (m.t. II, s. 192), että oikeudellisessa mielessä ei voida yhteisöä sellaisenaan pitää juriidisena henkilönä, mutta sitävastoin sitä voidaan pitää yleiseksi säännöksi muodostuneen velvoittavan tavanomaisuuden tarkoituksena. Tästä hän mainitsee yhteisökonseptin määrittelysään (m.t. II, s. 192): »Die Gesellschaft ist Zwecksobjekt des Sittlichen». — Vrt. myös m.t. II, s. 84—92 ja 177—192. — Itse konseptin »Sitt», jolla ei tietäksemme ole suomenkielistä vastinetta, v. *Ihering* (m.t. II, s. 24) määrittelee seuraavasti: »Sitt ist — — — die im Leben des Volks sich bildende verpflichtende gewohnheit».

³ *Granfelt*, s. 1—2. — Jopa luonnonoikeus, jossa lähtökohtana oli erillinen ihminen, totesi oikeuden syntyneen ihmisten yhteenliittyä. Tästä lausuu m.m. *Jellinek* (Allgemeine Staatslehre, s. 365): »Selbst das Naturrecht, das vom isolierten Menschen ausging, lässt das Recht erst in einer Mehrheit von Menschen entstehen».

⁴ *Wreden* määritelmän mukaan (Oikeus- ja Yhteiskuntajärjestys, s. 5) »Oikeus on — — — ihmisten keskinäisen yhdyselämän järjestys, yhteiskunnallinen järjestys».

Mainittujen normien lisäksi on olemassa normeja uskonnon, siveysopin, sövinnaisuuden, tieteen ja taiteen, eri ammattien ja muun erilaisen kanssakäymisen alalta. Erään mielipiteen mukaan nämä normit, jotka kulloinkin eri aikoina ja eri kansoilla ovat erilaisina olleet inhimillisessä yhteiselämässä suuntaa määräävinä ohjeina tunnustettuja, ovat muodostaneet sen raaka-aineen, mistä lainsäätäjät tai oikeuskäytäntö kulloinkin on muodostanut oikeusjärjestyksen normit.⁶ Tämän ajatuksen on esittänyt *Max Ernst Mayer*, joka on nimittänyt edellisiä kulttuurinormeiksi ja jälkimmäisiä oikeusnormeiksi.⁷

Oikeusnormit eroavat kulttuurinormeista *Mayerin* mukaan siinä, että oikeusnormien käsitteeseen kuuluu pakko: niitä on noudatettava valtion asettaman ulkonaisen pakon uhalla.⁸ Tämän käsityskantansa tueksi *Mayer* viittaa *Richard Schmidt*in, joka kosketellussa suhteessa lausuu: »Das Recht — — wird — — eine äussere formale Möglichkeit zur Durchführung des Inhalts der Pflichtgebotene geschaffen in Gestalt eines offiziellen Zwangs». Tätä ulkonaista pakkoa normien sisältämien kuuliaisuusvelvollisuuksien noudattamiseksi *Schmidt* nimittää »ulkonaiseksi takeiksi» (äussere Garantien).⁹ Myös *Jellinek* katsoo oikeusnor-

Ks. myös *Honkasalo*, Vahvistuskanne-oikeudesta, s. 1: »Oikeus on inhimillisen yhteiselämän järjestysmuoto». Näin myös *Anttila*, Loukatun suostumus, s. 3. Vrt. *Hermanson*, Statsförfattningsrätt, s. 3, jossa oikeusjärjestys on määritelty niiden oikeussääntöjen kokonaisuudeksi, mikä on voimassa määrättyllä alueella. — *Stammler*, joka perustaa määrittelynsä objektiivisen ja subjektiivisen oikeuden erolle, määrittelee oikeusjärjestyksen »määrätyn objektiivisen oikeuden kokonaisuudeksi». Ks. tästä *Stammler*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, s. 274—275. Meillä on *Stammler*in mukaan *Kaila* määritellyt oikeusjärjestyksen »kaikkien positiivisten oikeussääntöjen synteettiseksi kokonaisuudeksi». Ks. *Kaila*, Oikeuslogiikka I, s. 49. Kailan mukaan ovat määritelleet *Sipilä*, s. 30 ja *Brusin*, s. 1.

⁶ Ks. »norma» sanan merkityksen suhteen *Alanen*, Hätävarjelus, s. 31. — Normien käytöstä suhtautumisen arvottamisessa lausuu *Zimmerl*, s. 46: »Die Rechtsordnung ist eine Summe von Normen, welche das menschliche Gemeinschaftsleben regeln, an welchen wir menschliches Verhalten und solche Zustände messen, welche rechtlicher Regelung ihrer Natur nach zugänglich sind».

⁷ *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 49.

⁸ *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 37—50; Rechtsnormen und Kulturnormen, s. 16—18. — Kulttuuri (Cultura) käsitteen suhteen ks. *Mayerin* e.m. oppikirja, s. 38, viite 2.

⁹ *Max Ernst Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, s. 20: »ihr(normi) Symbol ist das Schwert, ihr Name äusserer Zwang. Die Normen, die die Handhabung physischer Zwangsmittel vorsehen, sind Rechtsnormen». Näin myös *Kohler*, Einführung in die Rechtswissenschaft, s. 1—2.

¹⁰ *Richard Schmidt*, Allgemeine Staatslehre, s. 169. Ks. myös *Hermanson*, Statsförfattningsrätt, s. 2—3.

mien eroavan muista normeista siinä, että niiden velvoittavuus on »ulkonaisten voimain garantoima». Kuitenkin hän aivan erikoisesti korostaa, ettei oikeutta voida ylläpitää yksistään pakolla, vaan sen pitävät voimassa samanaikaisesti monet muut sosiaaliset tekijät. Pakko on siten ainoastaan yhtenä näistä monista eri garantioista. Oikeusnormit eivät siis ole pakko- vaan pikemmin garantoituja normeja.¹⁰

Mayerin asettamaa tunnusmerkkiä normien erottamiseksi toisistaan ei voida pitää oikeana. Niinpä n.s. normiteorian luoja, *Binding* piti täysin virheellisenä sitä käsitystä, että normin käsitteeseen kuuluisi sen noudattamisen pakko, sillä pelkkään normiin ei lainkaan liity minkäänlaista viittausta sen rikkomisen seuraamuksesta. Kosketellussa suhteessa *Binding* lausuu: »Nicht ist der Norm wesentlich ein Hinweis auf die Folgen ihrer Uebertretung. Sie lautet: »ihr sollt nicht!» oder »ihr sollt!» — sie lautet nicht: »ihr sollt bei Strafe».¹¹

Mayer näyttää itsekin todenneensa asettamansa kriteerion vääräksi lausueessaan, että olisi virheellistä väittää, että normit, jotka eivät ole ulkonaisen pakon garantoimia, eivät olisi oikeusnormeja.¹² Rikosoikeudessa pakko liittyy normiin vasta silloin, kun lainsäätäjä on sanktionoinut normin sisältämän käskyn tai kiellon noudattamisen rangaistuksen uhalla. Välttämättömien elämänintressien suojelemiseksi lainsäätäjä on rangaistuksen uhalla velvoittanut valtion jäsenet noudattamaan määrättyjä elämänjärjestykseen kuuluvista normeista. Tällaisena elämänjärjestyksenä oikeus muodostaa käyttäytymisen minimisäännösten.¹³

¹⁰ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, s. 332—337.

¹¹ *Binding*, Handbuch I, s. 160; Normen I, s. 133. Ks. myös *Wrede*, Oikeus- ja Yhteiskuntajärjestys, s. 7: »Oikeusjärjestys on periaatteessa pakkojärjestys. Mutta ulkonainen pakko ei ehdottomasti kuulu oikeuden olemukseen. On oikeusaloja, joilla sellaista pakkoa ei voida käyttää». Ks. myös *Hemmer*, Till Frågan om Sedvanerättens Natur, s. 11—16, missä hän s. 16 tulee oikeuden, tavan ja moraalin keskinäistä suhdetta koskevassa tarkastelussaan seuraavaan tulokseen: »Det kan — — ej vara på tvång, som rättsordningen vilar. Bland de många på individens vilja verkande sociala maktfaktorer, vilka äga betydelse för rättsordningens bestånd, är statens tvångsmakt blott en. Dessa maktfaktorer kunna likväl icke i och för sig upprätthålla rättsordningen, utan utgöra endast garantier för dess bestånd; man har därför träffande kallat rättsnormerna garanterande normer». Mutta ei edes garantia-ominaisuuskaan voi muodostaa erottavaa tunnusmerkkiä, sillä, kuten *Hemmer* lausuu, »— — å andra sidan sakna ej heller seden och moralen dylika sociala garantier».

¹² *Max Ernst Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, s. 20, viite 8.

¹³ *Kaila*, Oikeuslogiikka I, s. 49. — Ihmisoikeuksien julistus 26 päivästä elokuuta 1789 lausuu 8. artiklassaan, että lain tulee sisältää ainoastaan välttämättömät rangaistukset.

Rikosoikeudelliset normit, jotka ovat joko kieltoja tai käskyjä,¹⁴ ovat objektiivista oikeutta.¹⁵ Normit eivät kuitenkaan ole identtisiä rikoslain rangaistussäännösten kanssa. Niinpä *Binding* sanookin, että on aivan väärin samaistaa toisiinsa normia ja rangaistussäännöstä.¹⁶ Virheellisestä identifioinnista johtuu näet se väärä käsitys, jonka mukaan rikoksentekijä suhtautumisellaan loukkaisi rangaistussäännöstä. Mikään rikos ei kuitenkaan tosiasiaassa loukkaa sitä rikoslakia, jossa siitä säädetään rangaistus, vaan rikos loukkaa ainoastaan sitä oikeuslausetta, normia, joka on määräävänä käyttäytymisohjeena.¹⁷ Rikoslaki sitä vastoin määrää, seuraako normin vastaisesta suhtautumisesta rangaistusvastuu vai ei.¹⁸ Tämä määre ei kuitenkaan ole kansalle osoitettu käsky, vaan ainoastaan juhlallinen julistus: *ita ius esto*.¹⁹ *Binding* on tullut siihen tulokseen normiopissaan, että normi osoittaa oikeuden vastaisen teon, kun taas rikoslaki puolestaan osoittaa rangaistavan teon. Tämän toteamuksensa perusteluina hän lausuu, että kun lainsäätäjät luovat rikoskäsitteen, niin aiheen siihen hänelle antaa itse kielletyn teon luonne. Jos hän haluaa reagoida kiellon rikkomista vastaan, niin hän voi muun muassa säätää siitä rangaistuksen. Sellaisia oikeudenvastaisia tekoja, joille rangaistavuus olisi »synnynäistä» (*angeboren*), ei näet ole olemassa.²⁰

Teon rikosoikeudellisesta olemuksesta on esitetty monia eri mielipiteitä.²¹ *Bindingin* mukaan teko on oikeudenvastainen, kun se loukkaa rikoslain ulkopuolella olevia käsky- tai kieltonormeja. Tämän mukaan rikos on käsitettävä muodollisesti kuuliaisuusvelvollisuuden loukkauksiksi.²²

¹⁴ *Binding*, Normen I, s. 45 ja 108—111; *Handbuch* I, s. 156; *Grundriss* I, s. 54.

¹⁵ *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 11: »Oikeusjärjestyksen muodostavat — — — oikeussäännökset, t.s. valtiovalan velvoittavat tahdonilmaisut, lähinnä käskyt ja kiellot»; *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 158—159; *Frank*, s. 1; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 162—163.

¹⁶ *Binding*, Normen I, s. 3—4 ja s. 133; *Handbuch* I, s. 155.

¹⁷ *Binding*, Normen I, s. 7; *Handbuch* I, s. 156—157; *Beling*, *Grundzüge*, s. 13.

¹⁸ *Binding*, Normen I s. 133; *Handbuch* I, s. 160.

¹⁹ *Malaniuk*, s. 112; *Binding*, Normen I, s. 134; *Handbuch* I, s. 162: »Die Norm will ein Recht auf Gehorsam, das Strafgesetz ein Recht auf Strafe begründen».

²⁰ *Binding*, Normen I, s. 134.

²¹ *Makarewiczin* mukaan voidaan monet erilaiset määritelmät rikoksen olemuksesta jakaa neljään eri ryhmään: 1. Rikos on katsottu pahaksi, hyljättäväksi tai synniksi, 2. Rikos on normin vastaista suhtautumista, 3. Rikos on yhteiskunnalle vahingollinen teko, ja 4. Rikos on teko tai laiminlyönti, josta valtio rankaisee. Ks. *Makarewicz*, s. 27—34.

²² *Binding*, Normen I, s. 225: »Jedes Verbot oder Gebot begründet für den Ver-

Bindingin konstruoimaa muodollista rikoskäsitettä vastaan asettui varsinkin *Franz von Liszt*, jonka mielestä Binding on jättänyt kokonaan huomioimatta oikeushyvän, jonka suojelemista varten normi on olemassa. Perusvirheenä v. Liszt pitää normiteorian puhtaasti formalistista käsitystä rikoksesta kuuliaisuusvelvollisuuden loukkauksena.²³ Kun Binding on tarkastellut rikosta ainoastaan keksimänsä normin valossa, lausuu v. Liszt, niin häneltä on kokonaan jäänyt havaitsematta, että normi ja norminvastaisuus ovat ainoastaan ajatusabstraktioita, pelkkiä käsitteitä. Todellisuudessa rikoksen käsitteeseen kuuluvat ihmisiin ja eläimiin sekä esineisiin kohdistuvat ulkonaiset tapahtumat, mitkä Binding on mielipiteen mukaan kokonaan jättänyt huomiotta.²⁴ Mainitusta syystä on Bindingiltä jäänyt ajatus rikoksesta oikeudellisesti järjestetyn yhteisön elinehtojen vastaisena suhtautumisena kokonaan taka-alalle.²⁵

v. Lisztin mukaan oikeudenvastaisuus on sekä muodollista että aineellista. Valtion säättämän normin, oikeusjärjestyksen kiellon tai käskyn rikkomisena teko on muodollisesti oikeudenvastainen. Aineellisesti oikeudenvastainen on teko silloin, kun se ilmenee yhteiskunnalle vahingollisena suhtautumisena, jolloin se on joko yhteiskunnan vastainen eli antisosiaalinen tai ainakin yhteiskunnasta piittaamaton, assosiaalinen.²⁶ Joskin oikeusnormin tehtävänä on suojella elinetoja, niin normien avulla ei täysin voida estää etuja joutumasta keskenään ristiriitaan. Inhimillisen yhteiselämän tarkoitus vaatii tällöin, että vähäpätöisempi eduista on uhrattava suuremmanarvoisen edun säilyttämiseksi. Tästä ajatuksesta v. Liszt on tullut siihen tulokseen, että oikeushyvän loukkaus tai vaaranalaiseksi saattaminen on aineellisesti oikeudenvastaista ainoastaan silloin, kun se on oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastainen.²⁷

Tätä v. Lisztin kahdenlaatuista oikeudenvastaisuusoppia vastaan on esitetty usealta taholta muistutuksia. Niinpä *Beling* on sitä vastaan huomauttanut, ettei aineellinen oikeudenvastaisuus lainkaan kuulu positiiviseen oikeuteen, minkä vuoksi sellaista käsitettä ei rikosoikeudessa

pflichteten eine Pflicht gegen das Gemeinwesen, dem sich der Einzelne nicht willkürlich entziehen kann: jede Norm ist desshalb öffentlich-rechtlicher Natur, jede Normverletzung eine Verletzung des öffentlichen Rechts. Vrt. m.t., s. 298—311; Handbuch I, s. 164.

²³ v. Liszt-Schmidt, s. 5, viite 3. — Vrt. myös *Merkel*, Lehrbuch, s. 15—16.

²⁴ v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, s. 221—222.

²⁵ v. Liszt-Schmidt, s. 5, viite 3.

²⁶ v. Liszt-Schmidt, s. 176.

²⁷ v. Liszt-Schmidt, s. 176.

olisi lainkaan käytettävä. Beling katsoo, ettei kysymyksessä lainkaan ole oikeudenvastaisuutta, vaan lainsäätäjälle osoitettu toivomus, »dass er die wirkliche, also die positivrechtliche formale Rechtswidrichkeit gewissen Erwägungen anpassen möge».²⁸

Alanen katsoo jopa, että v. Listzin aineellisen oikeudenvastaisuuden käsite ei ole lainkaan mikään lainopillinen käsite. Saman huomautuksen hän tekee myös *Sauerin* määritelmää vastaan, minkä mukaan teko on oikeudenvastainen, kun se yleiseltä tendensiltään enemmän vahingoittaa kuin hyödyttää valtiota ja sen jäseniä.²⁹

Yhtyen Belingin v. Listzin oikeudenvastaisuusoppia vastaan tekemään huomautukseen,³⁰ *Sundström-Salmiala* toteaa, ettei assosiaalisuus ole käsitteellisesti rikoksen tunnusmerkki, sillä vain empiirisesti voidaan todeta, onko teko yleensä assosiaalinen. Kosketellussa suhteessa hän perusteluinaan lausuu, että jos lainsäätäjällä oikeustajunnan tasalla pysyen säätää rangaistuksia vain sellaisista teoista, jotka kulloinkin vallitsevan käsityksen mukaan ovat assosiaalisia, niin silloin voidaan katsoa, että assosiaalisuus on rikoksen tunnusmerkki. Mutta jos sitävastoin lainsäätäjällä vieraita tarkoituseriä palvellessa säätää rangaistuksia teoista, jotka kysymyksessäolevassa yhteiskunnassa eivät ole assosiaalisia, niin ne siitä huolimatta ovat ehdottomasti rikoksia, koska ne loukkaavat normeja, joiden rikkomisesta on säädetty rangaistus.³¹ Mainittu perustelu osoittaa nähdäksemme eittämättömästi v. Listzin aineellisen oikeudenvastaisuusopin voivan joutua auttamattomaan ristiriitaan objektiivisen oikeuden kanssa.

Aineellinen oikeudenvastaisuus v. Listzin mukaan on oikeusjärjestyksen tarkoituksen vastaisuutta.³² Tähän n.s. tarkoitusteoriaan v. Listz

²⁸ *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, s. 137. — Vrt. myös *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 179, missä hän lausuu, että v. Listzin aineellinen oikeudenvastaisuuden käsite on de lege lata kelpaamaton käsite.

²⁹ *Alanen*, Häätävarjelus, s. 51. — *Sauerin* määritelmään nähden ks. *Sauer*, Grundlagen, s. 286 ja s. 391, missä hän lausuu: »Rechtswidrig ist ein Verhalten, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staat und seinen Gliedern gemäss dem Urteil der Rechtswissenschaft mehr schadet als nützt».

³⁰ *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 5.

³¹ *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 6.

³² v. Listz-Schmidt, s. 176: »die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts ist nur dann materiell rechtswidrig, wenn sie den Zwecken der das Zusammenleben regelnden Rechtsordnung widerspricht; — — —». — Oikeushyvä on tila, johon oikeusjärjestyksen huomioima intressi (oikeussubjektin ja oikeushyvän välinen sielullinen suhde) on olemassa. Ks. *Tulenheimo*, Luotto, s. 52—67; *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 162; *Mezger*, Strafrecht, s. 200: »Den Zustand — — —, an

johtuu n.s. intressivertailuopistaan.³³ Tarkoitusteorian huomattavimpana edustajana lienee pidettävä *Alexander Graf zu Dohna*, joka katsoo oikeudenmukaiseksi sen, mitä voidaan pitää oikeana keinona oikean tarkoituksen saavuttamiseksi. Tuomarin tuli käsityskannan mukaan käyttää tätä »muodollista maksimia» säännöllisenä tulkintakeinona kussakin konkreettisessa tapauksessa.³⁴ Intressivertailuteorian kannattajana tulokoon tässä yhteydessä mainituksi *Mezger*, joka kuten *Sauerkin*, asettaa etusijalle yhteiskunnan ja sen jäsenten edun, joten oikeudenvastaisiä ovat sen mukaan teot, joista yhteiskunnalle on enemmän vahinkoa kuin hyötyä. Tämän mukaan teko on oikeudenmukainen, kun pienempää etua on loukattu tai sitä vaarannettu suuremman edun pelastamiseksi. Oikeushyvien arvioiminen on tällöin laadultaan objektiivista. Niiden arvo ei lainkaan määräydy tekijän, vaan oikeusjärjestyksen ja tuomarin kannalta katsoen. Subjektiivisilla oikeudenvastaisuusaineiksilla ei siten ole intressienvertailussa minkäänlaista merkitystä.³⁵ *Mezgerin* mukaan oikeuden tarkoituksena on intressien tyydyttäminen, joten tämän pyrkimyksen vastainen toiminta on oikeudenvastaista suhtautumista.³⁶

Aineellisen oikeudenvastaisuusopin mukaan rikos on siis joko yhteiskunnalle vahingollista tai vaarallista suhtautumista. Tämän ajatuksen heikkous piilee siinä, että suhtautuminen saattaa osoittautua muodollisesti oikeudenvastaiseksi, olematta samalla yhteiskunnalle vahingolli-

welchem das vom Rechte berücksichtigte Durchschnittsinteresse besteht, nennen wir Rechtsgut»; ks. myös *Anttila*, Loukatun suostumus, s. 7—10.

³³ Vrt. v. *Liszt-Schmidt*, s. 176.

³⁴ *Dohna*, Rechtswidrigkeit, s. 54: »Ein rechtswidriges Verhalten — — — ist in erster Linie ein unrichtiges Verhalten, d.h. ein solches, welches nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zu rechtem Zweck; — — —». Kuten v. *Lisztillä*, niin myös *Dohnalla* oikeudenvastaisuuskäsite ilmenee kahdenlaisena: toisaalta aineellisena, toisaalta muodollisena. Niinpä hän lausuu m.t., s. 54 selostetun ajatuksensa jatkona: »eine weitere Bedingung der Rechtswidrigkeit bildet — — — eine — — — positivrechtliche Erklärung. — — —: rechtswidrig ist ein solches unrichtiges Verhalten, welches ausserdem den besonderen Tatbestand eines Delikts erfüllt». *Dohnaa* vastaan voidaan näinollen kohdistaa sama huomautus kuin v. *Lisztiiä* vastaan.

³⁵ Ks. *Mezger*, Strafrecht, s. 239—240.

³⁶ *Mezger*, GS 1924, s. 249: »Der materielle Gehalt allen Rechts wird hier zutreffend in dem Schutz menschlicher Interessen, der materielle Gehalt alles Unrechts in der Verletzung solcher Interessen erblickt. Das Endziel allen Rechts, mit anderen Worten die Idee der Gerechtigkeit bestimmt sich als das Streben nach dem komposiblen Maximum der Interessenbefriedigung. Was diesem Endziel zuwider ist, das ist materiell gesprochen »Unrecht«. Vrt. myös *Mezger*, Leitfaden, s. 46.

nen. Tämän tosiasian myöntää muun muassa v. Liszt lausueessaan: »Formelle und materielle Rechtswidrigkeit können sich decken; sie können aber auch auseinanderfallen».³⁷

Myös pohjoismainen rikosoikeustiede on halunnut antaa kehittämässään teoriassa ratkaisevan merkityksen aineelliselle oikeudenvastaisuudelle. Teorian huomattavimpia edustajia ovat muun muassa *Torp*,³⁸ *Getz*,³⁹ *Goos*,⁴⁰ *Serlachius—Särkilahti*,⁴¹ *Urbye*,⁴² *Hagströmer*⁴³ ja *Tryrén*.⁴⁴ Teoria lähtee siitä, etteivät normit kiellä jokaista toimintaa, mikä voi aiheuttaa oikeushyvien loukkaamisen. Tämän johdosta teoria pitää tekoa oikeudenvastaisena vain sillä edellytyksellä, että teko elämän kokemussäännön mukaan aiheuttaa huomattavaa vaaraa oikeushyville.⁴⁵ Kun oikeusjärjestys joissakin tapauksissa suo inhimilliselle toimintavapaudelle niin laajan suojan, ettei edes huomioitava vaara riitä tekemään suhtautumista oikeudenvastaiseksi, niin on teoriassa omaksuttu se näkökohta, että intressivertailun periaate muodostaa sen yleisen normin, jota on sovellettava kaikkiin käytännön luomiin tapauksiin niitä ratkaistaessa.⁴⁶

³⁷ v. *Liszt-Schmidt*, s. 177. Ks. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 6; *Anttila*, Loukatun suostumus, s. 12: »Tässä johtaa aineellinen oikeudenvastaisuusoppi ilmeiseen ristiriitaan objektiivisen oikeuden kanssa».

³⁸ *Torp*, s. 252, missä hän lausuu, että oikeudenmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden raja on määrättävä huomioimalla toisaalta yksilön toimintavapauden turvaaminen, toisaalta taas yhteiskunnan vaatimukset oikeushyvien tehokkaasta suojelamisesta, jolloin pääpaino on tapausta arvosteltaessa kiinnitettävä elämän yleiseen kokemussääntöön.

³⁹ *Getz*, s. 33: »— — — forbrydelse det samme som kraenkelse af et retsbeskyttet gode, — — —». Vrt. m.k., s. 51—52.

⁴⁰ *Goos*, alm. del II, s. 66: »Et Retsbrud er den Forstyrrelse i et retsbeskyttet Gode, som i retslig Forstand maa siges at vaere bevirket ved en Persons retstridige Handling».

⁴¹ *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja I, s. 100—101.

⁴² *Urbye*, Norsk Strafferet, s. 14, viite 5.

⁴³ *Hagströmer*, s. 99—104.

⁴⁴ *Thyrén*, Principerna II, s. 124—135. S. 125 hän lausuu: »Ett gifvet angrepp på ett samhällsintresse kan — — — förlora sin rättsstridighet, d.v.s. (icke sin egenskap att angripa enskild rättighet, men väl) sin egenskap att strida mot rättsordningen, derigenom att det uppbäres af ett intresse, som på denna punkt är det angripna intresset motsatt och i samhällets ögon spelar en tillräckligt stor roll för att utesluta egenskapen af brottslighet hos angreppet».

⁴⁵ *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja I, s. 100.

⁴⁶ *Torp*, s. 256: »Det er altsaa den paa Livets Erfaringer byggede almindelige

Tällaista intressien vertailua (yleistä oikeustajuntaa kaikissa käytännön tapauksissa mittapuuna käyttäen) vastaan ovat asettuneet muun muassa *Honkasalo*, *Wetter* ja *Knoph*.

Periaatetta vastaan on *Honkasalo* lausunut, että joskaan ajatus intressivertailusta, jonka mukaan pienemmän edun on väistyttävä suuremman tieltä, ei ole oikeusjärjestykselle vieras, vaan muodostaa lainsäädännössä noudatettavan normin ristiriitaisten intressien ratkaisemiseksi, niin siitä ei kuitenkaan voida vetää sitä johtopäätöstä, että ratkaisu oikeudenvastaisuuskysymyksessä olisi aina saatavissa intressivertailusta. Tällaiseen periaatteeseen turvautuminen merkitsisi näet niiden normien syrjäyttämistä, jotka vuosisatoja ovat olleet voimassa joko lakina tai kohtuulliseen maantapaan perustuvina tavanomaisina oikeuslauseina.⁴⁷ Oikeudenvastaisuuskysymys voidaan ratkaista aineellisten näkökohtien mukaan vain siinä tapauksessa, sanoo *Honkasalo*, ettei tapaukseen soveltuva normia ole, tai silloin, kun normien luomat oikeudelliset velvollisuudet ovat keskenään ristiriidassa.⁴⁸

Wetter lausuu kosketellussa suhteessa, että arbitraariseen oikeudenkäyttöön on suhtauduttava suurella varovaisuudella. Voimassaolevan oikeuden mukaan se ei ole ehdottomasti ja yleisesti käyttökelpoinen, vaan sen käyttäminen on perusteltua ainoastaan, mikäli lainsäädännössä todella on aukkoja.⁴⁹

*Knoph*⁵⁰ on pohjoismaista oikeudenvastaisuusoppia vastaan muun muassa huomauttanut, ettei se lainkaan ole pystynyt selvittämään, mikä merkitys on annettava intressivertailussa käsitteille »hyöty» ja »vahinko».⁵¹ Teoria on siinäkin kestämaton, että sen mukaan ainoastaan teon

fornuftige Dom om Handlingens Forsvarlighed under givne Forudsætninger, som er afgørende for dens Retmaessighet. Det er ogsaa en Betragtning af denne eller lignende Art, som allerede fik Udtryk i den romerske Rets Laere om diligentia riktig forstaaet»; *Hagströmer*, s. 102: »— — — om handlingen skall blifva rättsstridig, utsikten till skada skall vara sådan, att en på ett förståndigt sätt försiktig person — romarnes bonus paterfamilias — icke anser sig hafva rätt att lemna den alldeles utan afseende».

⁴⁷ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 89—90.

⁴⁸ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 92.

⁴⁹ *Wetter*, s. 10—11.

⁵⁰ *Knoph*, Hensiktens Betydning, s. 228—248.

⁵¹ *Knoph*, Hensiktens Betydning, s. 233.

seuraus voi olla yhteiskunnalle hyödyllinen tai vahingollinen.⁵² Teon yhteiskunnallinen hyödyllisyys tai vahingollisuus saattaa kuitenkin riippua myös siitä, missä tarkoituksessa se tehdään.⁵³ Knoph on asettunut sangen jyrkästi vastustamaan erittäinkin intressivertailun käyttämistä yleisenä oikeusohjeena, sillä sellainen johtaisi, kuten hän lausuu, oikeuden palaamiseen siihen anarkia-vaiheeseen, mistä se on vuosituhansia sitten lähtenyt kehityksen tielle. Sellainen »oikeusohje» ei pystyisi vähimmälläkään tavalla hallitsemaan oikeuselämää ja luomaan sitä oikeus-turvaa, joka on järjestäytyneen yhteiskunnan edellytyksenä. Oikeustiede on satoja vuosia työskennellyt saadakseen luoduksi oikeussääntöjä, jotka olisivat kiinteitä ja selviä sekä helppoja ymmärtää ja käyttää. Sinä aineena, jota se on käsitellyt tässä pyrkimyksessään, on ollut juuri nimenomaan intressien keskinäinen suhde. Pohjoismainen oikeudenvastaisuusoppi, niin lausuu terävästi sitä vastaan Knoph, on kuitenkin katsonut voivansa »sette en strek over alt det arbeide som har vært drevet ut fra dens teori gjennom årtusener, og inføre selve interesse-avveilingen som almindelig norm for retten». Knoph katsookin, ja käsittääksemme syystäkin, että »et værre misfoster av en rettsregel har vel aldri den juridiske teknikk sett for sine Øine».⁵⁴ Knoph on puolestaan tullut siihen tulokseen, ettei aikamme tiede ole pystynyt antamaan oikeudenvastaisuudesta tyydyttävää reaali-määritelmää, minkä vuoksi toistaiseksi on tyydyttävä määrittelemään oikeudenvastaisuus muodollisesti.⁵⁵

Pidämme ehdottomasti epämääräisinä oppeja, joiden mukaan suhtautumista on arvosteltava käyttäen yleisenä oikeusohjeena, kuten Dohna on vaatinut, »oikeata keinoa oikean tarkoituksen saavuttamiseksi» tai intressivertailua. On käsittääksemme melko vaikeata sanoa, mikä on »oikea keino» ja mikä on sitten kulloinkin »oikea tarkoitus». Miten

⁵² Knoph, Hensiktens Betydning, s. 239.

⁵³ Knoph, Hensiktens Betydning, s. 239. Kosketellussa suhteessa Knoph s. 288 lausuu: »For i og med at hensikten, som er et indre, psykologisk fenomen, tillegges relevans for rettsstridsgrensens bestemmelse, er dermed gitt at handlingens indre side tas i betraktning av rettsordnen under dens vurdering av denne.» Tämä johtuu Knophin mukaan siitä, että oikeusjärjestys ottaa arvosteltavakseen niinhyvin teon ulkonaisen kuin sisäisenkin puolen. Vrt. m.t., s. 280.

⁵⁴ Knoph, Hensiktens Betydning, s. 242–243.

⁵⁵ Knoph, Hensiktens Betydning, s. 20.

sitten voidaan luotettavasti selvittää, mikä on »pienempi etu» ja mikä »suurempi» etu, se on meille käsittämätöntä.

Oikeudenvastaisuuden ovat määritelleet muodollisesti muun muassa *v. Bar*,⁵⁶ *Beling*,⁵⁷ *Finger*,⁵⁸ *Nagler*,⁵⁹ *Allfeld*,⁶⁰ *Köhler*,⁶¹ *Frank*,⁶² *Sjögren*⁶³ ja *Assarsson*.⁶⁴ Kotimaisessa tietoisopissamme ovat ennen-

⁵⁶ *v. Bar*, Gesetz und Schuld I, s. 3—4.

⁵⁷ *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, s. 136, katsoo, että teko on oikeudenvastainen, silloin kuin se loukkaa normia. S. 127 hän lausuu, että normikäsitteettä oikeudenvastaisuuden käsite jakautuisi niin moneen oikeudenvastaisuuteen, kuin on olemassa erilaisia oikeusjärjestelmiä (esineoikeus, velvoiteoikeus, valtio-oikeus, kirkko-oikeus, rikosoikeus j.n.e.). S. 128 hän mainitsee, että normi opettaa, »dass das Verbrechen nicht durch Verstoss gegen einen oder anderen einzelnen Rechtsatz charakterisiert wird, sondern dass das Charakteristikum des Verbrechens, der Geist, der in ihm lebt, der Widerspruch gegen den staatlichen normativen Willen ist, also — — — ein Ungehorsam gegen die Rechtsordnung. Rechtswidrig ist = normwidrig = rechtsordnungswidrig — — —».

⁵⁸ *Finger*, s. 365, määrittelee rikoksen rangaistuksella uhatuksi norminvastaiseksi teoksi.

⁵⁹ *Nagler*, joka »Der Begriff der Rechtswidrigkeit» nimisessä kirjoituksessaan (v. Frank Festgabe I, s. 358) päättyy siihen tulokseen, että oikeus elää »formgebunden von der Form und zerflattert mit deren Zerstörung», asettuu jyrkästi aineellista oikeudenvastaisuusoppia vastaan: » — — — es gibt nur eine Art der Widerrechtlichkeit». Vrt. myös »Die Teilnahme am Sonderverbrechen», s. 47, missä hän lausuu, että yksilön kapina oikeusjärjestyksen kieltoja ja käskyjä vastaan muodostaa rikoksen ytimen ja erikoisluonteen. Varsin jyrkkää kieltä Nagler on käyttänyt kirjoituksessaan »Der Heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit» (Festschrift für Binding II, s. 345—346): »Die jetzt oft beliebte Trennung der sog. formellen und materiellen Widerrechtlichkeit, die bis dahin nur in den rechtsphilosophischen oder politischen Schriften ein Heimatsrecht hatte, darf für die Jurisprudenz überhaupt nicht existieren: es gibt nur eine Art der Widerrechtlichkeit. Jede solche Doppelspurigkeit verfälscht die Betrachtung; sie ist entweder ein überflüssiges Ornament oder führt direkt zur Verwirrung der Vorstellung. Sie ist unter allen Umständen ein Misstrauensvotum wider das Gesetz.»

⁶⁰ *Allfeld*, s. 120.

⁶¹ *Köhler*, s. 98.

⁶² *Frank*, s. 1. Frank kuitenkin katsoo (s. 6), että rikoskäsite on määriteltävä myöskin aineellisesti: »Allerdings bedarf es auch einer Realdefinition».

⁶³ *Sjögren*, s. 137.

⁶⁴ *Assarsson*, s. 195: » — — — handling bör betraktas såsom en kränkning af förpliktelser, — — —». Vrt. myös *Agge*, Straffrättens allmänna Del, s. 28: »Brottet är såsom juridisk företeelse främst att behandla ur synpunkten av normvidrighet, d.v.s. ööverensstämmelse i det mänskliga handlandet med de primära rättsregler som sanktioneras genom straffbud».

kaikkea *Tulenheimo*,⁶⁵ *Sundström—Salmiala*,⁶⁶ *Honkasalo*⁶⁷ ja *Alanen*^{67a} muodollisen oikeudenvastaisuuden kannalla.

Käsitteellisesti oikeudenvastaisuus voidaan nähdäksemme määritellä vain muodollisesti,⁶⁸ sillä rikollisen suhtautumisen perusominaisuus, yhteiskunnanvastaisuus, on todettavissa ainoastaan empiirisesti.⁶⁹ Aineellista oikeudenvastaisuutta edustavat reaalmääritelmät eivät itseasiassa voi antaa minkäänlaista kiinteätä tai luotettavaa käsitystä siitä, mitä oikeudenvastaisuudella on ymmärrettävä. Ajatelkaamme tässä suhteessa edellämainitsemaamme v. Lisztin määritelmää, jonka mukaan teko on ainellisesti oikeudenvastainen silloin, kun se ilmenee yhteiskunnalle vahingollisena suhtautumisena, tai Sauerin määritelmää, minkä mukaan teko on oikeudenvastainen, kun se yleiseltä tendensiltään enemmän vahingoittaa kuin hyödyttää valtiota ja sen jäseniä. Niinhyvin näissä kuin kaikissa muissakin reaalmääritelmissä kuvastuu ajatus suhtautumisesta yhteiskuntaa vahingoittavana tai vaarantavana. Mutta milloin sitten suhtautumisen voidaan sanoa olevan yhteiskuntavahingollinen tai yhteiskuntavaarallinen? Eikö käsityksemme siitä riipu juuri kulloinkin aikakauden elämänkatsomuksesta?

Vielä onnettomampaan tulokseen on päätenyt *Lundstedt*, joka kokonaan on kiistänyt oikeudenvastaisuuden käsitteen. Ainoana oikeusohjeena on käsityskannan mukaan pidettävä sitä oppia, jonka mukaan »kaikki oikeus palvelee yhteiskuntahyödyn intressejä» (all rätt till-

⁶⁵ *Tulenheimo*, Luotto, s. 24—25: »Oikeuden luonteeseen kuuluu voimassaolemisen tahto; sisäisen olemuksensa mukaan se vaatii normiensä ehdotonta voimassa pysymistä. Sen vuoksi, sikäli kun rikoksen kautta tämä tahto jätetään huomioonottamatta — — — on oikein sanoa rikoksen olevan — — — norminvastaisen».

⁶⁶ *Sundström—Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 1—35.

⁶⁷ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 91: »Oikeudenvastaista on — — — se, mikä on normin vastaista».

^{67a} *Alanen*, Hätävarjelus, s. 51: »Oikeudenvastaisuus on — — — lainsäätäjän tahdon kanssa ristiriidassa olevan teon predikaatti». — Myös *Kaila* on muodollisen oikeudenvastaisuusopin kannalla. Ks. Virallisen vastaväittäjän lausunto, LM 1938, s. 80.

⁶⁸ *Tulenheimo*, Luotto, s. 25; *Sundström—Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 10; *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 158; *Alanen*, Hätävarjelus, s. 51.

⁶⁹ *Tulenheimo*, Luotto, s. 60: » — — — rikoskäsitteeseen ei loogillisesti kuulu aineellinen loukkaaminen tai vaaranalaiseksi saattaminen, — — — päätelmä siitä on puhtaasti empiirinen»; *Sundström—Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 10: » — — — assosiaalisuus on rikoksena pidettävän teon vain empiirisesti todettavissa oleva säännönmukainen ominaisuus eikä niinollen rikoskäsitteen loogillinen essentiale, — — —».

godoser samhällsnyttans intressen). Mutta mikä on sitten tämä »yhteiskuntahyöty»?⁷⁰ Missään tapauksessa se ei ole enempää kuin »yhteiskuntavahingollisuuskaan» juriidinen käsite. Sellaiset käsitteet ovat pelkkiä hämääriä poliittisia iskusanoja, jotka tarjoavat erittäinkin valtiolisina mullistus- ja murroskausina erinomaisen asean mielivallan harjoittamiseen. Oikeusohjeina käytettyinä ne voivat johtaa täydelliseen oikeusturvattomuuteen.

Tähänastisesti on ainoastaan Neuvostoliiton rikosoikeustieteessä, jos niin voi sanoa, »sarvitta ja hampaatta» ilmaistu rikoskäsitteen aineellisen määrittelyn luonne. Niinpä Goljakovin toimittamassa rikosoikeuden oppikirjassa (Ugolovnoe Pravo) *Piontkowskij*, määriteltään Neuvostoliiton rikoslain mukaisesti rikoksen syyksiluettavaksi ja rangaistuksella uhatuksi yhteiskuntavaaralliseksi teoksi tai laiminlyönniksi, lausuu, että »Kun sosialistinen rikoslaki määrittelee aineellisesti rikoksen käsitteen, niin se siten avoimesti julkilausuu, että sosialistinen rikosoikeus on luonteeltaan luokkaoikeutta» (Sozialistsitseskij ugolovnij sakon, davaja materialjnoe opredelenie ponjatje pres-tuplenie, tjem samim otkrito provosglaschajet klassovij kharakter so-zialistsitseskovo ugolovnovo pravo).⁷¹

Käsityskantamme mukaan rikoksen käsitettä ei käy määrittelemäinen myöskään vetoamalla »yleiseen oikeustajuntaan». Tätä käsitettä on käyttänyt oikeudenvastaisuuden määrittelyssään *Bjerre*. Todettuaan, että *Getzin* ajatus, jonka mukaan intressivertailussa on turvauduttava yleiseen käsitykseen, »som igjen har sit Organ i Skik og Brug»,⁷² ja *Goosin* lausuma periaate, jonka mukaan intressivertailu on perustettava siveellis-käytännölliselle ratkaisulle,⁷³ sekä *Torpin* määritelmä: »Det er — — den paa Livets Erfaringer byggede, almindelige, fornuftige Dom om Handlingens Forsvarlighed under gifne Forudsætninger, som er

⁷⁰ *Lundstedt*, Principinledning I, s. 40. — »Yhteiskuntahyöty» oikeusohjeen oikeuskäytännössä soveltamista vastaan on esittänyt varsin huomioitavan ajatuksen Ruotsissa *Carlson*: »Eljest har jag — — — vissa betänkligheter emot en alltför omedelbar och rätlinjig tillämpning av samhällsnyttans princip. Jag är rädd att den kan leda till — vad som säkerligen ej är meningen — ett förbiseende av den historiska utvecklingen samt dess inverkan på rättsuppfattning och sedvänjor». Ks. *Carlson*, SvJT 1922, s. 361.

⁷¹ *Goljakov*, Ugolovnoe Pravo I, s. 100. Vrt. myös *Goljakov*, Kommentarij, s. 8—9.

⁷² *Getz*, s. 52.

⁷³ *Goos*, s. 165.

afgörende for dens Retmessighed»,⁷⁴ ovat oikeudenvastaisuutta määrittelevinä häilyviä ja osittain myös epäjohtonmukaisia, *Bjerre* määrittelee puolestaan teon oikeudenvastaiseksi, »om den fördömes af det allmänna rättsmedvetandet». Ja tämän määritelmänsä hän katsoo olevan »mest konsekventa formulering af rättsstridighetsbegreppet».⁷⁵ Jo edellä tekemämme huomautukset osoittanevat tämänkin määritelmän toivotomuuden.

Kun *Serlachius—Särkilahti* puolestaan katsoo aineellisen oikeudenvastaisuuden intressivertailuteoriansa mukaan perustuvan objektiiviseen vertailuun, jossa »lukuunottamalla vaaran läheisyys tahi kaukaisuus — — — verrataan toisiinsa toiselta puolen teon edistämän ja toiselta puolen sen vaaranalaiseksi saattaman inhimillisen edun tärkeyttä ja merkitystä»,⁷⁶ niin mainittu päätelmä, kuten *Sundström—Salmiala* aivan oikein toteaa, käsittääkin itseasiassa aineellisen arvostelman siitä, onko suhtautuminen normin mukainen vai ei.⁷⁷ Normin vastaisuus onkin rikoskäsitteen pysyvä ja ehdoton ominaisuus, joten oikeudenvastainen suhtautuminen on muodollisesti määriteltävissä.⁷⁸ Kuten olemme edellä maininneet,⁷⁹ on rikos käsitettävä muodollisesti kuuliaisuusvelvollisuuden loukkaamiseksi.⁸⁰ Suhtautuminen on siis oikeudenvastaista, kun se loukkaa oikeudellisia käsky- tai kieltonormeja. Juuri nämä oikeuslauseet muodostavat, kuten olemme edellä lausuneet,⁸¹ oikeusjärjestyksen. Kun rangaistuksen tarkoituksena on tehostaa oikeusjärjestyksen sisältämien

⁷⁴ *Torp*, s. 256.

⁷⁵ *Bjerre*, s. 33. — Sanotulla emme suinkaan ole pyrkineet väheksymään yleisen oikeustajunnan merkitystä. Onhan yleisesti tunnettu tosiasia, että jos kriminalisointi ei vastaa yleistä oikeuskäsitystä, niin vaikka rangaistussäännös olisikin voimassa jatkuvasti, niin todellisuudessa sen käyttäminen voi lakata, koska itse rangaistussäännöksen perustana oleva normi on lakannut vaikuttamasta suhtautumista määrävänä. Vrt. *Agge*, *Straffrättens Allmänna Del*, s. 57.

⁷⁶ *Serlachius—Särkilahti*, *Oppikirja I*, s. 101.

⁷⁷ *Sundström—Salmiala*, *Varsinaisesta osallisuudesta*, s. 5, viite 11.

⁷⁸ *Sundström—Salmiala*, *Varsinaisesta osallisuudesta*, s. 10—11; *Kelsen*, s. 92.

⁷⁹ Vrt. ed. s. 132.

⁸⁰ *Binding*, *Normen I*, s. 255, 298 ja 311; *Handbuch I*, s. 164. — Vrt. myös *Jellinek*, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, s. 197: »Wo — — — der Staat der individuellen Persönlichkeit, sei es auch dem Träger eines seiner Organe verpflichtend entgegentreten kann, da erwächst ihm aus der Pflicht ein von jener zu verwirklichender Rechtsanspruch. Und zwar geht dieser Anspruch in erster Linie auf Gehorsam.»

⁸¹ *Ks.* ed. s. 121.

tahdonilmaisujen, käskyjen ja kieltojen (oikeussääntöjen) noudattamista,⁸² niin sanottu rangaistuksen tarkoituskin tukee omiaan rikoksen käsittämistä muodollisesti oikeudenvastaiseksi suhtautumiseksi.⁸³

Teoksessaan »Hauptprobleme der Staatsrechtslehre» *Hans Kelsen* lausuu juriidisten käsitteiden muodostuksesta muun muassa, että ne voivat sisältää ainoastaan muodollisia elementtejä. On niinollen syytä torjua, hän jatkaa, se konstruktivisen oikeustieteen piirissä syntynyt pyrkimys yhdistää oikeuskäsitteissä muodolliset ja aineelliset elementit. mihin mainittu suuntaus on pyrkinyt sen »skolastisen formalismin» väistämiseksi, minkä se otaksuu olevan oikeustieteessä vallalla. Puhdasta muodollista metoodia vastaan on näet, sanoo Kelsen, uusiutuvasti huomautettu, että se johtaa epätydyttäviin tuloksiin, koska se on muka vieras elävälle elämälle, jättäen siten kokonaan selvittämättä oikeuselämän ilmiöt. Tämä käsitys johtuu kuitenkin Kelsenin mukaan yksinomaan siitä, että on kokonaan väärinymmärretty oikeustieteen olemus. Oikeustieteen tehtävänä ei suinkaan ole selvittää elämän tosiolevaisuutta, sen sisältöä. Tämän vuoksi puhtaasti muodollisten oikeuskäsitteiden arvottomiksi julistaminen sisällyksettömyytensä johdosta, olisi verrattavissa geometrian käsitteiden hylkäämiseen sillä perusteella, että ne käsittelevät ainoastaan esineiden muotoa, lausumatta mitään niiden sisällöstä.⁸⁴

Itse oikeudenvastaisuuskäsitteen määrittelyyn nähden voidaan hyvin yhtyä Kelsenin esittämään ajatukseen. Kuten olemme jo aikaisemmin edellä todenneet, on oikeudenvastaisuus määriteltävissä ainoastaan puhtaasti muodollisesti. Mutta sitävastoin lienee enemmittä perustelluita selvää, että Kelsen on ehdottomasti väärässä väittäessään, ettei oikeustieteen tehtävänä olisi selvittää elämän realiteetteja, sillä juriidis-

⁸² *Forsman*, Allm. läror, s. 33: » — — för brottet erfordras — — — straff. Och orsaken därtill är den, att förbrytaren utöfvar ett tvång, då han mot den rättsliga normen gör gällande en den samma motsatt»; *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 32: »Kaikkien rangaistusten yhteinen päätarkoitus on — — — ylläpitää oikeusjärjestystä — — —»; *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 11; *Honkasalo*, Yleiset opit I s. 14: »Rangaistukselle on — — — luonteenomaista, että oikeusjärjestys liittää sen seuraamuksena tekoon tai laiminlyöntiin, joka on soveltumaton voimaan saatettuun yhteiskunnalliseen järjestykseen»; *Goos*, s. 12: »Retshaandhaevelsen kan — — — sigte enten til Rettighedernes Beskyttelse eller til Lydighedsfordringens Gjennemførlse»; *Torp*, s. 13; *Hälschner*, s. 31; *Berner*, s. 3, lausuu, että n.s. relatiivisen rangaistusteorian mukaan kaiken rangaistuksen tarkoituksena on oikeusjärjestyksen ylläpitäminen.

⁸³ *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 11—12.

⁸⁴ *Kelsen*, s. 92 ja 68—69.

ten käsitteiden luominen edellyttää ehdottomasti yhteiskunnassa kulloinkin vallitsevien olosuhteiden perinpohjaista tuntemista. Onhan juuri normi, joka kokemusperäisesti määrää, mitä kunkin yksilön on yhteiskunnassa tehtävä tai tekemättä jätettävä, se mittapuu, jonka mukaan objektiivisesti arvostelemme, loukkaako yksilön ulospäin suuntautuva suhtautuminen yhteiskunnan elinehtoja vai ei.⁸⁵ Joskin siis käsitteellisessä mielessä voimme puhua oikeudenvastaisuudesta ainoastaan oikeusnormin, oikeuskäskyn- tai kiellon vastaisuutena, niin oikeudenvastaisuus on itsessään myöskin aineellista, jolloin sillä tarkoitetaan suhtautumisen inhimillisiä elinintressejä loukkaavaa tai vaarantavaa luonnetta.

Tieteisopissa on esitetty sellainenkin ajatus, että koko oikeudenvastaisuuden käsite olisi poistettava, koska se on muka »skolastisen formalismin pelkkä harhaoppi. Tällaisen ajatuksen on esittänyt Vilhelm Lundstedt.⁸⁶

Nojautuen *Axel Hägerströmin*⁸⁷ oppeihin, *Lundstedt* katsoo, että valitseva oppisuunta (n.s. oikeuspositivismi) lähtee siitä virheellisestä olettamuksesta, että imperatiivi (oikeudellinen käsky tai kielto) loisi oikeusvelvollisuuden. Siten imperatiivi perustaisi toisaalta myös subjektiivisen oikeuden. Tällaista imperatiivia ei kuitenkaan ole tosiasiassa olemassa, sanoo *Lundstedt*, sillä »Der Imperativ ist keinerlei Urteil darüber, dass ich befehle oder dass dir befohlen wird. Er ist nur ein Faktum, das vielleicht von dem Befehlsadressaten erfahren wird und ihn möglicherweise beeinflusst».⁸⁸ Tällainen »keksitty imperatiivi» ei voi käsityskannan mukaan perustaa velvollisuutta, sillä sellaisen voi luoda ainoastaan velvollisuudentunne. Oikeustiede on *Lundstedtin* mielestä pulmasta selviytyäkseen ajautunut vielä mielettömämpään oppiin, kun se on selittänyt, että on olemassa objektiivinen velvollisuus, sillä jos velvollisuus olisi objektiivinen, niin olisi se riippumaton tunteesta, mikä yksin voi luoda velvollisuuden.⁸⁹ Imperatiivioppi, tuo »pelkkä mielikuvituksen tuote» on puolestaan johtanut oikeudenvas-

⁸⁵ *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 18—19; *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 158—159.

⁸⁶ *Lundstedt*, *Principinledning* I, s. 51—57 ja 69—73. Mainitussa kirjassaan esittämänsä ajatukset oikeudenvastaisuudesta hän on toistanut myöhemmin kirjoittamissaan »Till Frågan Om Rätten Och Samhället», s. 24—51 ja 63—73, ja »Die Unwissenschaft der Rechtswissenschaft I», s. 171—183 ja s. 240—263.

⁸⁷ *Hägerström*, »Till frågan om den objektiva rättens begrepp».

⁸⁸ *Lundstedt*, Die Unwissenschaftlichkeit, s. 171.

⁸⁹ *Lundstedt*, Die Unwissenschaftlichkeit, s. 172 ja *Principinledning* I, s. 51—52.

taisuuskäsitteen konstruoimiseen. Teon oikeudenvastaisuus on katsottu teon rangaistavuuden edellytykseksi. Tähän tulokseen on tultu siitä virheellisestä ajatuksesta, että rikosta on pidetty velvollisuudenloukkauksena: valtion auktoritatiivisten käskyjen tai kieltojen vastaisena suhtautumisena.⁹⁰ Tähän johtopäätökseen on tultu siitä käsityksestä, että yhteisö ja yksilö muodostaisivat kumpikin toisistaan erilliset omat oikeuspiirinsä. Tätä vastaan Lundstedt esittää sen huomautuksen, että kun yhteisö itseasiassa on yksilöiden muodostama organisaatio, niin jos yksilöt häviävät olemasta, häviää myös yhteisö olemasta. Näinollen pitää Lundstedt sulana mahdottomuutena — yhteisön ja yksilön asettamista vastakain eri suureina. Jos näet abstrahoidaan pois yksilöt, niin — häviää myös valtio olemasta! Näinollen ei voida puhua oikeudellisista imperatiiveista, koska ei olisi olemassa sitä tahtoa, mikä käskisi tai kieltäisi. Oikeustiede on kuitenkin suvainnut, lausuu Lundstedt, luoda oikeusnormit. Nämä muodostavat hänen käsityksensä mukaan useiden tuhansien vuosien aikana kehittyneen erittäin monimutkaisen koneiston äärimmäisen primitiivisen yksinkertaistuttamisen.⁹¹

Inhimillisessä yhteiselämässä noudatettavan käyttäytymisen ovat kuitenkin aikojen alusta määränneet vallan muut tekijät kuin oikeusnormit, päättelee Lundstedt. Ihmiskunnan pitkän kehityskauden aikana ovat erilaiset tiettyä suhtautumista vastaan käytetyt reaktioonit (rangaistus ja vahingonkorvaus) luoneet velvollisuudentunteelle ja moraaliselle vaistolle perustuvan sosiaali-psykyllisen pakotteen, jota yhteiskunnan velvollisuustunne kokonaisuutena (die Gesamtheit der Pflichtgefühle des ganzen Milieus) on harjoittanut inhimilliseen käyttäytymiseen nähden. Kun siten todellisuudessa (Lundstedtin mukaan) velvollisuus on olemassa mainittujen reaktioonien seurauksena, niin oikeustiede päinvastoin luulee, että reaktioonien käytön oikeutus perustuu velvollisuuden vastaiseen suhtautumiseen.⁹² Jos taas katsottaisiin, lausuu Lundstedt, etteivät mainitut väitteet pidä paikkaansa, niin joka tapauksessa on huomattava, että oikeudellinen imperatiivi voi kohdistua vain siihen henkilöön, joka on sen vastaanottanut ja käsittänyt. Jos siis joku ei tunne normia, ei se myöskään voi olla häneen nähden olemassa. Esimerkkinä tästä Lundstedt mainitsee, että jos lapsi ei ole ymmärtänyt

⁹⁰ Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit, s. 174 ja Principinledning I, 12—13.

⁹¹ Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit, s. 176—177.

⁹² Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit, s. 177—178. Ks. myös Principinledning I, s. 52—53.

sille annettua käskyä, niin kukaan ei järjissään väittäne, että lasta olisi rangaistava käskyn noudattamatta jättämisestä. Mutta yleisesti kuitenkin tunnetaan se tosiasia, että poikkeustapauksia lukuunottamatta rangaistavuus ei ole riippuvainen siitä, onko käsky tai kielto ymmärretty oikein tai ei. Tästä seuraa Lundstedtin mukaan kiistattomasti, että rangaistavuus perustuu muuhun seikkaan kuin normien rikkomiseen.⁹³ Tästä Lundstedt päätelee, että koko oikeudenvastaisuuden käsite, joka hänen mielestään on pelkkä metafyyssillinen spekulatio, on yhtä turha, kuin »diskussion om påvens skägg, om det rena intet, alldeles icke mindre skolastisk än den gamla medeltidsdebatten om änglarnas kön».⁹⁴

Lundstedtin kannalle ovat asettuneet muun muassa *Astrup Hoel*,⁹⁵ *Karl Olivecrona*⁹⁶ ja *Sture Brück*.⁹⁷ Nämä ovat tyytyneet ainoastaan toistamaan Lundstedtin vallassaolevaa oppisuuntaa vastaan esittämän arvostelun. Vain itse sanonta on muuttunut. Siitä on hävinnyt se rehevä huumori, jolla Lundstedt on höystänyt muuten niin tautologian vaivaamat tuotteensa.

Hoelin mukaan oikeudenvastaisuus ja »muut sellaiset abstraktis-spekulatiiviset käsitteet» eivät ole vain loogillisesti virheellisiä, vaan osoittautuvat »ved en praktisk og nøgtern overveielse allerede paa forhaand at være aldeles hensigtsløse». Tekoa arvosteltaessa kysymys on ensisijassa siitä, onko teko rangaistava. Jos kuitenkin rangaistavaa tekoa halutaan nimittää »oikeudenvastaiseksi», niin siihen ei tietystikään ole mitään estettä. Tällöin on huomattava, sanoo Hoel, että koska syyksiluettavuus on *conditio sine qua non* teon rangaistavuudelle, niin on se sitä myöskin teon »oikeudenvastaisuudelle». Mistään »objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta» ei tällöin voi olla puhettakaan. Oikeudenvastaisuuden käsite voidaankin Hoelin mielestä poistaa kaipausta. Periaatteelliselta kannalta katsoen Hoel pitää sen poistamista myös taroituksenmukaisena.⁹⁸

Lundstedtin oppeihin vedoten *Brück* päätelee: koska oikeudellisen käskyn subjektia ei voida osoittaa, ja kun rangaistavuuden ei katsota edellyttävän tietoisuutta siitä, että teosta seuraa rangaistus, tai että ri-

⁹³ Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit, s. 179.

⁹⁴ Lundstedt, Kritik av Nordiska Skadeståndslärar I, TfR 1923, s. 56.

⁹⁵ Hoel, Den Moderne Retsmetode, erittäinkin s. 143—146.

⁹⁶ Olivecrona, Några synpunkter på de juridiska begreppen, s. 221—228; Om lagen och staten, s. 11—25 ja 28—61; Lagens imperativ, s. 5—36.

⁹⁷ Brück, Studier, s. 83—88.

⁹⁸ Hoel, Den Moderne Retsmetode, s. 144—145.

koksenteikijän tulisi pitää tekoa moraalisesti kiellettynä, niin — oikeudellisen käskyn rikkomisesta ei voida rangaista!⁹⁹

Olivecrona aloittaa polemiikkinsa huomauttamalla, ettei käsitteitä voida määritellä oikein, ellei oikeustieteestä poisteta »mystillisiä elementtejä». Eräänä näistä hän pitää vallassaolevan traditionaalisen oppisuunnan oikeusjärjestyskäsitettä, jonka mukaan oikeusjärjestys on määrätyn yhteiskunnan jäseniä velvoittavain sääntöjen kokonaisuus. Tämän mukaan rangaistusseuraamus johtuu velvoittavan säännöksen rikkomisesta. Säännöksen velvoittavuus katsotaan siis primääriseksi reaktioonin verrattuna.

Mutta mikä on tämä oikeuden velvoittava voima, kysyy *Olivecrona*. Ilmeisesti se ei ole mikään realiteetti. Sillä ei ole paikkaa enempää ajan kuin paikankaan maailmassa. Oikeustiede onkin asettanut sen ihmisten yläpuolelle. Sellainen ei kuitenkaan ole mahdollista, sillä oikeusjärjestyksen täytyy ehdottomasti olla »i förhållande till vissa fakta i denna världen».¹⁰⁰ On pidettävä mielessä, sanoo *Olivecrona*, että oikeussäännöt ovat ihmisten luomia, joten on turhaa puhua oikeusjärjestyksestä, mikä jollakin mystillisellä tavalla vaikuttaisi ihmiselämään sen yläpuolella olevana. Tämä totuus käy meille ilmeiseksi *Olivecronan* mukaan, jos torjumme »sen taikauskoisen käsityksen, että oikeus johtuu jumalasta».¹⁰¹

Myös käsitys siitä, että oikeus perustuisi valtion tahtoon, on pelkkää mielikuvitusta, sillä ainoastaan »mänskliga varelser ha en vilja och var och en har sin egen privata. Detta enkla sakförhållande borde vara uppenbart».¹⁰² Näinollen eivät normitkaan voi olla valtion tahdon julkilausumia käskyjä, sillä käsky edellyttää käskevää ja käskyn vastaanottavaa yksilöä. Käsky varsinaisessa merkityksessä edellyttää siis kahden henkilön välistä suhdetta.¹⁰³ Vaikkakaan oikeussäännöt eivät siis ole käskyjä varsinaisessa merkityksessään, on ne kuitenkin annettu (givna) imperatiivisessa muodossa. Jokainen saa tietysti käyttää käsitettä »käsky», kuten itse suinkin haluaa, kunhan vain itse sen ajatus selvitetään. Eri asiat on näet pidettävä erillään. Mutta juuri tämän oleellisen seikan imperatiiviteoria on laiminlyönyt. Se on käsitelty

⁹⁹ Brück, Studier, s. 85—86.

¹⁰⁰ *Olivecrona*, Om lagen och staten, s. 14—16.

¹⁰¹ *Olivecrona*, Om lagen och staten, s. 16—17: »Om vi avvisar den vidskep-liga föreställningen att rätten härrör sig från en gud, är det tydligt att varje rätts-regel är en skapelse av människor».

¹⁰² *Olivecrona*, Om lagen och staten, s. 22.

¹⁰³ *Olivecrona*, Om lagen och staten, s. 31; Lagens imperativ, s. 20.

lain imperatiivisia lauseita kuin olisivat ne todellisia käskyjä, ikäänkuin olisi olemassa käskysituatiooni lainsäätäjän ja niiden välillä, joihin laki kohdistuu. Tästä on tultu siihen absurdateettiin, että valtio ihmisten yläpuolella olevana tahtona antaisi oikeussääntöjensä kautta käskyjä alamaisilleen.¹⁰⁴ Lakien noudattaminen ei kuitenkaan perustu valtion tahtoon, sillä sellaista ei ole olemassa, vaan lakien noudattamiseen ihmiset pakoitetaan käyttämällä siihen kahta eri keinoa, toisaalta reaktioita loukkaajaa vastaan, toisaalta propagandaa sen laajimmassa merkityksessä ja suggestiivisia apukeinoja. Propaganda keinona käsittää järjestelmällistä käsitysten ja tunteiden ihmisten mieliin muokkaamista. Tällainen propaganda on välttämätön keino suhtautumissääntöjen systemin toteuttamisen turvaamiseksi.¹⁰⁵ Tämän psykologisen vaikutuksen johdosta meistä näyttää siltä, kuin laki velvoittaisi meitä suhtautumaan laissa määrättyllä tavalla. Tällainen velvollisuudentunne ei kuitenkaan johdu mistään käskystä, vaan tunteen refleksistä, sillä itseasiassa sisäisestä pakosta syntynyt tunne heijastuu meillä sääntöihin, jotka siten näyttäytyvät meille velvoittavina, käskevinä. Mutta todellisuudessa säännöt eivät ole välttämättömiä käskyjä, vaan julkilausumia, jotka vaikuttavat käskysituationista »vapaina imperatiiveina».¹⁰⁶ Tällaisen imperatiivikäsitteen valossa meille selviääkin, sanoo Olivecrona, että »I realiteten kan det icke vara så, att en handling har den beskaffenheten att den skall eller icke skall företagas. En sådan tanke innefattar en orimlighet. Vad som föreligger är ett psykologiskt samband mellan befallningsuttrycket och handlingsiden».¹⁰⁷ Todistelu päättyy lopuksi seuraavaan sääntöön: »Vapaa imperatiivi (fristående imperativ) on vapaa imperatiivi eikä mitään muuta».¹⁰⁸

Näitä »käänteentekeviä toteamuksia» vastaan on ensinnäkin huomautettava, että olkoonpa oikeusjärjestys sitten ihmisten yläpuolella oleva tai ei, niin joka tapauksessa se yhteiselämän järjestysmuotona määrää niinhyvin yhteisön ja sen. jäsenten välisistä, kuin myöskin jälkimmäisten keskinäisistä oikeuksista ja velvollisuuksista. Normistona se määrää, miten yhteisön (esim. valtion) on suhtauduttava jäseniinsä, ja miten näiden on suhtauduttava toisiinsa. Jos mainitut »modernin suuntauksen» edustajat, jotka ovat korostaneet realiteeteissa pysymi-

¹⁰⁴ Olivecrona, Om lagen och staten, s. 35–36.

¹⁰⁵ Olivecrona, Om lagen och staten, s. 37–38.

¹⁰⁶ Olivecrona, Om lagen och staten, s. 39–45; Lagens imperativ, s. 21.

¹⁰⁷ Olivecrona, Om lagen och staten, s. 45.

¹⁰⁸ Olivecrona, Om lagen och staten, s. 45.

sen välttämättömyyttä oikeuselämässä, olisivat itse huomioineet tuon vaatimuksensa, niin he eivät olisi asettaneet kysymyksenalaiseksi normien velvoittavaa luonnetta. *Lundstedt* on itse kyllä todennut sen tosiasian, että ihmiskunnan kehityskauden aikana yhteiskunnan velvollisuudentunne kokonaisuutena on sosiaalis-psykyllisellä painostuksella vaikuttanut ihmisten käyttäytymistä määräävä. *Lundstedtin* mukaan tämän pakotteen ovat luoneet käytetyt reaktionit (rangaistus ja vahingonkorvaus). Tämän väitteen mukaan rangaistus on primäärinen velvollisuudentunnetta luova tekijä. Sitä se ei kuitenkaan ole, sillä ennen kuin rangaistus on voitu edes määrätä, on täytynyt olla sitä ennen kokemustietä todettu inhimillisiä elin-ehtoja vaarantava tai vahingoittava suhtautuminen. Tämän suhtautumisen on yhteiskunnassa kulloinkin vallinnut kulttuuri kieltänyt jo ennen kuin se on liittänyt kieltönsä (tai käskynsä) noudattamisen tehostamiseksi kielto- tai käskynormiin reaktionin uhan.¹⁰⁹ Toisaalta on tietysti itsestään selvää, että jo käytetyt reaktionit ovat osaltaan vahvistaneet sitä velvollisuudentunnetta normien noudattamiseksi, mikä yhteiskunnan jäsenissä on aikojen kuluessa vaistomaisesti ja vähitellen pitkän kulttuurikehityksen aikana tietoisesti syntynyt yhteisön ja sen jäsenten elintärkeiden oikeushyvien suojelemiseksi.

Kuin taikasauvalla on *Rudolf von Ihering* loihittanut esille oikeuden todellisen olemuksen: »Das Recht ist nicht blosser Gedanke, sondern lebendige Kraft» (kor. meid.).¹¹⁰ Normin voimana on ihmisen sisintä määräävä oikeustunne. Sellaisena se on elämän realiteeteille perustuva normin muodossa elävä ihmistä velvoittava käsky tai kielto. Kuinka lattea onkaan vallitsevan oikeustieteen luomien arvojen rinnalla uusi »oikeusnäkemys». Vääryyden se näkee ainoastaan sellaisena suhtautumisena, josta laissa on säädetty rangaistus. Oikeudenvastaisuutta ei ole olemassa, sillä käsityskannan mukaan oikeudenvastaisuus on itseasiassa = rangaistavuus. Jos siis teko tai laiminlyönti menettäisi rangaistavuutensa esimerkiksi preskription johdosta, niin suhtautuminen ei olisi silloin — oikeudenvastainen.¹¹¹

¹⁰⁹ *Max Ernst Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, s. 20: »Eigentümlich ist dem Recht nur eine besondere Form, und dieses, dass es an normwidriges Verhalten seine Folgen, die Unrechtsfolgen des Rechts knüpft; aber es giebt kein Verhalten, welches der Staat verbietet, ohne dass es vor ihm die Kultur verboten hat».

¹¹⁰ *v. Ihering*, Der Kampf um's Recht, s. 1.

¹¹¹ *Thyrén*, Grundåskådningar, s. 42; *Kelsen*, s. 213.

Itse normiteoria on yritetty kaataa vielä silläkin väitteellä, että jos joku ei tunne normia, niin ei se myöskään voi olla häneen nähden olemassa. Jos siis esimerkiksi lapsi ei ole ymmärtänyt sille annettua käskyä, niin kukaan ei väittäne, sanoo Lundstedt, että lasta olisi rangaistava käskyn noudattamatta jättämisestä. Tämä väite perustuu normin ja rangaistussäännöksen virheelliseen identifiointiin. Olemme jo edellä Bindingin oppien mukaan selostaneet normin ja rangaistussäännöksen välisen eron. On hyvinkin mahdollista, ettei määrättyissä tapauksissa joku tuntisi rangaistussäännöstä, mutta sitävästoin on mahdotonta, ettei jokainen normaali yksilö tuntisi niitä inhimillistä kanssakäymistä määrääviä normeja, jotka vallitsevat hänen ympäristössään. »Der Zurechnungsfähige kennt seine Pflichten und erkennt sie an. Einen Menschen, der von den — — — moralischen Vorschriften nichts weiss, nennen wir einen Idioten».¹¹² Lasta ei nimenomaan rangaista normin vastaisesta suhtautumisesta, koska siltä puuttuu tietoisuus elämänjärjestyksestä ja sen velvoittavuudesta. Samasta syystä jätämme myös syyntakeettoman rankaisematta hänen norminvastaisesta suhtautumisestaan. Lapsen tai syyntakeettoman norminvastainen suhtautuminen ei sisällä kuuliaisuusvelvollisuuden loukkausta, sillä »kuuliaisuusvelvollisuuden loukkaus edellyttää aina tietoisuutta siitä, miten on toimittava, jottei kuuliaisuusvelvollisuutta loukattaisi».¹¹³ Norminvastainen suhtautuminen voi siis olla joko sekä objektiivisesti että subjektiivisesti norminvastainen, tai ainoastaan objektiivisesti norminvastainen. Kaikki norminvastainen suhtautuminen (myös syyntakeettoman) on objektiivista norminvastaisuutta, mutta subjektiivinen norminvastaisuus edellyttää sensijaan aina syyllisyyttä.¹¹⁴

Olemme jo edellä maininneet, että rikoslaki määrää, seuraako normin vastaisesta suhtautumisesta rangaistusvastuu vai ei. Yksilön turvaamiseksi mielivallalta lainsäätäjä onkin niinhyvin meillä kuin monessa muussakin maassa liittänyt rangaistusseuraamuksen vain sellaiseen vääryyteen, joka on laissa tunnusmerkein tarkalleen määritelty.¹¹⁵ Ran-

¹¹² Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, s. 18.

¹¹³ Sundström-Salmiala, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 20; Honkasalo, Yleiset opit I, s. 159—160.

¹¹⁴ Sundström-Salmiala, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 20. Ks. myös m.t., s. 20, viitteessä 29 mainittu kirjallisuus; Honkasalo, Yleiset opit I, s. 159.

¹¹⁵ Sundström-Salmiala, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 26; Honkasalo, Yleiset opit I, s. 162. — Syistä, jotka ovat johtaneet nullum crimen sine lege nulla poena sine lege poenali periaatteen tunnustamiseen rikosoikeudessa, ks. Honkasalo, Nulla Poena Sine Lege, s. 5—20.

gaistava onkin vain sellainen oikeudenvastainen suhtautuminen, joka toteuttaa lain sille asettamat tunnusmerkit. Oikeudenvastainen suhtautuminen on siten vain silloin rangaistava, kun se ilmenee tunnusmerkistön mukaisena.¹¹⁶

Rikoslakimme tarkastelu osoittaa meille, että passiivinen suhtautuminen on joutunut siinä varsin vähäisessä määrässä huomion kohteeksi. Niinpä lainsäätäjällä on tunnusmerkistöissään miltei yksinomaan kuvannut rikosoikeudellista merkitystä olevan suhtautumisen tekona tai toimintona. Niissäkin harvoissa lainkohdissa, joissa puhutaan laiminlyönnistä, käsittelee mainittu suhtautuminen valtaosaltaan n.s. varsinaisen laiminlyöntirikoksen.¹¹⁷ Sitä vastoin on epävarsinainen laiminlyöntirikos *expressis verbis* ilmaistu ainoastaan seuraavissa lainkohdissa; 22 luvun 1 §:n 1 kappaleessa, jonka mukaan lapsen surmaaminen voi tapahtua myös »laiminlyömillä mitä sen elossa pitämiseksi olisi ollut tarpeen»; saman luvun 3 §:ssä on kriminalisoitu kuoleman tuottaminen

¹¹⁶ Tunnusmerkistön käsitteen suhteen ks. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 28 ja *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 162—163 sekä mainituissa teoksissa siitä lueteltua kirjallisuutta. — Tunnusmerkistön mukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden välisestä suhteesta esiintyy kolme eri mielipidettä. Tieteisopissa varsin yleisen mielipiteen mukaan (esim. v. *Liszt-Schmidt*, s. 185; *Max Ernst Mayer*, *Lehrbuch* I, s. 10, viite 21) teon tunnusmerkistön mukaisuus on indicio sen oikeudenvastaisuudesta (*ratio cognoscendi*). Toisen mielipiteen mukaan (esim. *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 164; v. *Hippel*, s. 189; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 182) tunnusmerkistön mukaisuus olisi suorastaan oikeudenvastaisuuden reaalinen perusta, *ratio essendi*. Edellyttäen, ettei oikeudenvastaisuutta poistavaa perustetta ole olemassa, olisi tunnusmerkistön mukainen teko aina silloin käsityskannan mukaan oikeudenvastainen. Erään käsityskannan mukaan (esim. *Sundström-Salmiala*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 27; *Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, s. 37) tunnusmerkistö, rikoksen tosiasiallinen olemus on juriidisesti väritön käsite. Tunnusmerkistö ei siten ilmaisisi mitään sitä vastaavan teon oikeudenvastaisuudesta. Tätä käsitystä on muun muassa perusteltu vetoamalla siihen, ettei tunnusmerkistö semmoisenaan ilmaise, onko sitä vastaava teko oikeudenvastainen tai oikeudenmukainen. Käsityskannan mukaan suhtautumisen oikeudellisen »välöörin» määräävät sen ulkopuolella olevat seikat. Niinpä esimerkiksi ihmisen surmaaminen saattaa olla joko oikeudenmukainen tai oikeudenvastainen teko. Hätävarjeluksessa se on oikeudenmukainen, murhassa sensijaan oikeudenvastainen. — Vaikka tunnusmerkistö ei sitovasti ratkaise teon oikeudenvastaisuuskysymystä, niin joka tapauksessa se on, kuten v. *Liszt* (v. *Liszt-Schmidt*, s. 185, viite 14) varsin sattuvasti lausuu »— die erste Etappe auf dem Wege zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit». Sellaisena tunnusmerkistö muodostaa ikäänkuin todennäköisyysarvostelman oikeudenvastaisuudesta. Mielestämme onkin alussamainittua käsitystä, jonka mukaan teon tunnusmerkistön mukaisuus on indicio sen oikeudenvastaisuudesta, pidettävä oikeana.

¹¹⁷ Esim. rikoslain 16: 19 ja 20; 34: 20; 44: 2, 7, 10, 11, 15, 17 ja 23.

luvattomasti siitetylle lapselle siten, että joku sanotussa lainkohdassa lähemmin mainituista henkilöistä »ei ole antanut naiselle hänen synnyttäessään sitä hoitoa, jota hänen tilansa vaati»; edelleen säädetään mainitun luvun 8 §:ssä rangaistus naiselle, joka on heitteillepannut si-kiönsä muun muassa jättämättä sen avuttomaan tilaan; 25 luvun 3 §:n mukaan avuttoman ihmisen heitteillepano voi tapahtua myös avuttomaan tilaan jättämisellä; kotirauhan rikkominen on ilmaistu tunnusmerkistössä myös toiminnattomuutta merkitsevällä termillä: 24 luvun 1 §:n mukaan sanottu rikos voi tapahtua näet m.m. jättämällä ilman syytä noudattamatta käsky lähteä pois. Rikoslain 3 luvun 9 §:n 2 kapaleessa säädetään rangaistus sille, »joka laiminlyömällä velvollisuutensa vartioida omia tahi toisen elukoita, — — — on syynä siihen, että elukoita on luvattomasti päässyt syötölle toisen tiluksille». Mainittujen lainkohtien lisäksi 40 luvun 16 §:ssä säädetään, että siinä mainittu yleistä vaaraa aiheuttava virkarikos voi tapahtua myös laiminlyömällä, mitä toimen puolesta tulee vaarinottaa.

Kun seurauksen aiheuttaminen laiminlyönnillä on mainittu ainoastaan sanotuissa tapauksissa, eikä lakimme sisällä minkäänlaista yleissäännöstä passiivisesta suhtautumisesta, niin herää kysymys, onko komissiivideliktiin aiheuttaminen passiivisella suhtautumisella mahdollinen myöskin muissa tapauksissa?

Tämän kysymyksen tarkastelussa meidän on lähdettävä siitä tosiasiasta, että joskaan rikoslaissamme ei ole julkilausuttu legaliteettiperiaatetta (nulla poena sine lege), niin siitä huolimatta epäilystä ei voi olla siitä, etteikö sanottu periaate, jonka mukaan rangaistusta ei voida tuomita suhtautumisesta, josta laki ei rangaistusta määrää, sisältyisi oikeusjärjestykseemme.¹¹⁸ Voimassaolevan rikoslakimme valmistelutyöt sanotussa suhteessa osoittavat, että periaate aiottiin julkilausua rikoslaissa. Niinpä vuoden 1875 rikoslakiehdotuksen 1 luvun 6 §:ssä lausutaan: »Ej må handling såsom brott eller öfverträdelse straffas, om icke straff för sådan handling är stadgadt i lag eller laga författning hvilken i Finland kungjord blifvit innan handlingen föröfvades».¹¹⁹ Vuoden 1884 ehdotuksessa periaatetta ei ole julkilausuttu. Mainitun ehdotuksen mo-

¹¹⁸ *Serlachius-Särkilahden* ehdotuksessa uudeksi rikoslaiksi vuodelta 1922 on k.o. periaate julkilausuttu. Mainitun ehdotuksen I osan I luvun 3 §:ssä näet lausutaan: »Rangaistusta älköön tuomittako teosta, josta laki ei määrää rangaistusta». Ks. *Serlachius-Särkilähti*, Ehdotus Uudeksi Rikoslaiksi I Yleinen Osa, s. 3.

¹¹⁹ *Förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland*, s. 8.

tiiveissa mainitaan säännöksen poisjättämisen tapahtuneen siitä syystä, ettei itsestään selvän periaatteen julkilausumista pidetty tarpeellisena. Ilmeisesti juuri sanotusta syystä periaate on jätetty julkilausumatta myös vuoden 1884 ehdotuksen pohjalta säädetyssä rikoslaissamme.¹²⁰

Jos nulla poena sine lege periaate omaksuttaisiin siinä muodossa, ettei enempää laintulkinta kuin minkäänlainen analogiakaan olisi sallittu, niin silloin meidän olisi ehdottomasti vastattava kielteisesti asettamaamme kysymykseen. Tunnettu tosiasia on kuitenkin, että niinhyvin meillä kuin muissakin pohjoismaissa niinhyvin laintulkinta kuin lainanalogiakkin on sallittu oikeuskäytännössä. Meikäläinen tieteisoppi on kuitenkin pohjoismaisessa tieteisopissa yleensä vallitsevasta mielipiteestä poikkeavasti asettunut sille kannalle, ettei teon rangaistavuutta voida perustaa lainkaan analogialle.

Kosketelussa suhteessa lausuu *Forsman*, joka muuten on tullut siihen tulokseen, että tarpeen niin vaatiessa voidaan käyttää laajentavaakin tulkintaa, että »Ingen handling, hvars straffbarhet icke framgår av lagens tydliga ord eller af en tolkning af den samma, kan genom analogi göras straffbar».¹²¹ Samalla kannalla näyttää olevan *Alanen*. Kun ns. Kielin koulukunta vaati käsitejuridiikan hylkäämistä ja nimenomaan rikoslaissa kuvaannollisen ja plastillisen kielen käyttämistä, niin lausuu *Alanen* tätä vastaan, että »juridisessa ajattelussa vaaditaan oikeusvarmuuden ja lainkäytön yhtenäisyyden intressissä ennenkaikkea käsitteiden ja sanonnan täsmällisyyttä, joten »symbolinen» kielenkäyttö on tälle ajattelulle vähemmän tarkoituksenmukainen».¹²² *Serlachius—Särkilahden* kanta kysymyksessä ei käy selvästi ilmi. Hän näet lausuu, että » — — — tuomarin tehtävä ei — — — supistu vain kirjoitetun lain tulkitsemiseen», vaan hänen tulee »löytää lakia». Mutta käsitellessään välittömästi tämän jälkeen kysymystä siitä, voiko analoginen, yhdenmukaisuuteen perustuva lain tulkitseminen tulla kysymykseen rikosoikeudessa hän päätyy siihen tulokseen, että yhdenmukaisuustulkinta saattaa rikosoikeudessa tulla kysymykseen, »sikäli kuin yleistä oikeuskäsitystä, — — — voidaan käyttää rikosoikeudellisena oikeuslähteenä». Sellaisena sitä taas voidaan käyttää »lain tulkitsemislähteen» merkityksessä.¹²³ Tämän nojalla lienee katsottava, että *Serlachius—Särkilähti* on asettunut kielteiselle kannalle analogian käyttöön nähden, mikäli on kysymys

¹²⁰ *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 46.

¹²¹ *Forsman*, Allm. lärar, s. 473.

¹²² *Alanen*, Lainkäyttäjän harkintavalta, DL 1936, s. 294.

¹²³ *Serlachius—Särkilähti*, Oppikirja I, s. 51—54.

rangaistukseen tuomitsemisesta.¹²⁴ Kirjoituksessaan »Onko sähkön luvaton anastus rangaistava varkautena?», hän kuitenkin lausuu m.m. että »En hetkeäkään tahdo väittää, että yleinen oikeuskäsitys meillä loukkaantuisi siitä, että tuomioistuin rankaisisi sähkön luvaton anastamista varkautena», mutta katsoo, että »laajentamatta varkauskäsitettä yli äyräittänsä me emme voi häntä varkaudesta tuomita». Tästä huolimatta hän ei kuitenkaan olisi teon tekijää jättänyt rankaisematta, koska kuten hän lausuu, »ainakin useimmissa tapauksissa hänen tekonsa minun mielestäni on pidettävä petoksena».¹²⁵ Siten Serlachius—Särkilahti on kielteisestä kannastaan huolimatta itse turvautunut analogiaan. Samoin on tehnyt Forsman erinäisiä rikoksia koskevassa esityksessään.¹²⁶

Kielteistä kannanottoa vastaan analogia-kysymyksessä on meillä asetunut ensimmäisenä *Kaarlo Ignatius*. Hän katsoo, että analogian käyttö on sallittu rikosoikeudessaamme, semminkin kun nulla poena sine lege periaatetta ei ole lakiimme otettu.¹²⁷ Mainittu perustelu analogian käytön puolesta ei sellaisenaan mielestämme pidä paikkaansa, sillä joskaan legaliteettiperiaatteesta ei ole säännöstä rikoslaissamme, niin joka tapauksessa sen sisällyttämistä oikeusjärjestykseen ei ole meillä vähimmälläkään tavalla asetettu kysymyksenalaiseksi. Sitävastoin on Ignatius mielestämme siinä täysin oikeassa, ettei rikoslain käyttö voi tulla toimeen ilman analogiaa, nimenomaan lainanalogiaa.¹²⁸

Lainanalogian käytön on tietoisopissamme hyväksynyt myös *Honkasalo*, joka katsookin, ettei rikoslakimme luonne estä sen käyttöä. Hän lähtee puolestaan perusteluissaan siitä, ettei lainsäätäjällä voi hallita reaalisesta elämän ilmiöistä niin täydellisesti, että rikoslain määritelmät voitaisiin laatia niin poikkeuksetta tyhjentyviksi, että ne käsittäisivät kaikki ne tapaukset, »jotka säännöksen perustana olevan oikeusajatuksen mu-

¹²⁴ Samaan tulokseen on Serlachius—Särkilahden mielipiteeseen nähden päätynyt *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 47.

¹²⁵ *Serlachius—Särkilahti*, Onko sähkön luvaton anastus rangaistava varkautena?, LM 1914, s. 270—271.

¹²⁶ Esim. rikoslain 16 luvun 20 §:n säännöstä tulkitessaan. Ks. *Forsman*, De sarskilda brotten, IV painos, s. 233. — Ks. myös *Honkasalo*, Nulla poena sine lege, s. 67—68.

¹²⁷ *Kaarlo Ignatius*, Laki teon rangaistavuuden edellytyksenä, LM 1931, s. 267—268.

¹²⁸ Lain- ja oikeusanalogian käsitteistä ks. *Forsman*, Allm. lärar, s. 470; *Serlachius—Särkilahti*, Oppikirja I, s.54, viite 1; *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 48—49; Nulla poena sine lege, s. 70—71; *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa, s. 142—155.

kaan olisi niihin sisällytettävä».¹²⁹ Tämän lisäksi hän on vedonnut muun muassa siihen tosiasiaan, että vaikkei periaatteessa ole luovuttukaan siitä kannasta, että rangaistavuuden tulee perustua kirjoitettuun lakiin, niin lainanalogian käyttöä ei ole voitu välttää, mikä puolestaan on johtunut siitä, että sen käyttö perustuu oikeudelliseen ajatteluun. Kosketellussa suhteessa Honkasalo lausuu: »Yleisen oikeuskäsityksen on vaikea sopeutua siihen, että rikosoikeudellisessa suhteessa täysin samanarvoiset teot voisivat aiheuttaa yhdessä tapauksessa rangaistuksen, toisessa jäädä rankaisematta. Vaatimuksen lainanalogian käyttämisestä voidaan sanoa perustuvan siihen oikeudellisen ajattelun aksiomaattisesti omaksumaan lakiin, että yhtäläisistä teoista on tuleva yhtäläinen rangaistus».¹³⁰ Tämän ajatuksen oikeellisuus on mielestämme ilmeinen. Poikkeaminen mainitusta kansan oikeustajunnan mukaisesta oikeusperiaatteesta olisi omiaan horjuttamaan lainkäytön arvovaltaa, sillä kansan olisi mahdotonta ymmärtää, miksi samanlaisissa tapauksissa oikeudelliset ratkaisut olisivat erilaisia. Tällaisesta lainkäytön horjuvuudesta saattaisi kansan keskuudessa jopa sellainenkin väärinkäsitys syntyä, että lainkäytössä harjoitetaan puolueellisuutta.

Pohjoismaissa on oikeuskäytännössä asetettu sille kannalle, että lainanalogia, joka pysyttää lainkäyttäjän arbitriumien määrätyn rikoslain säännöksen oikeusajatuksessa, on tähdellisen oikeudellisen intressin vaatimana sallittu, jotavastoin oikeusanalogiaa, joka pyrkii lain hengen toteuttamiseen, ei voida yksilöllistä vapautta vaarantavana hyväksyä. Teko on siten niinhyvin meikäläisen kuin yleisen pohjoismaisen käsityksen mukaan rangaistavaa, kun sen rangaistavuus ilmenee lainsäädännöksestä, joko tavallisen sanamuotoon perustuvan tulkinnan tai lainanalogian avulla.¹³¹

¹²⁹ Tästä lausuu *Olivecrona* (Om dödsstraffet, s. 298—299): »Lagstiftaren må så omsorgsfullt och eftertänksamt som möjligt i lagen bestämma och uttala straffpåföljderna för lagöfverträdelser af allehanda slag, så skall dock alltid, förr eller senare, inträffa att dessa lagbestämmelser visa sig ofullständiga och bristfälliga — — —».

¹³⁰ *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 50—52.

¹³¹ Näin *Honkasalo*, *Serlachius-Särkilahden Oppikirjassa* I, s. 56 olevassa täydennysviitteessä; *Assarsson*, s. 68; *Hagströmer*, s. 48; *Wetter*, s. 11; *Agge*, Den svenska straffrättens allm. del, s. 43; *Torp*, s. 91—92; *Krabbe*, s. 21. — Norjassa on kysymys lainanalogian sallittavuudesta kiistanalainen. Sen ovat kieltäneet m.m. *Schweigaard* (Commentar over den Norske Criminallov I, s. 90) ja *Skeie* (Strafferett, Alm. del, s. 54). Enemmistö on kuitenkin vastakkaisella kannalla. Lainanalogian käytön hyväksyvät siten m.m. *Hagerup* (Strafferettens alm. del, s. 81), *Kjerschow* (Alm. borgerligstraffelov, s. 7), *Hoel* (Delaktighet i Forbrydelser, s. 162)

Kun lainsäätäjä on maininnut laiminlyönnin positiivisen teon ohessa ainoastaan niiden muutamien aniharvojen rikosten tunnusmerkistöissä, joissa seurauksen aiheuttaminen varsin yleisesti tapahtuu passiivisen suhtautumisen muodossa, niin jos lainanalogian käyttöä ei hyväksyttäisi, johtaisi sellainen kannanotto varsin arveluttaviin tuloksiin. Kun siten esimerkiksi murha on rikoslain sitä käsittelevässä tunnusmerkistössä kuvattu yksinomaan aktiivisena suhtautumisena, niin jos lainanalogian käyttö kiellettäisiin, seuraisi siitä johdonmukaisesti, että jos esimerkiksi äiti antaisi tahallisesti ja vakain tuumin pienen lapsensa kuolla nälkään, niin ei äitiä voitaisi rangaista murhasta. Portinvartija, joka panematta rikkaa ristiin tyytyväisin mielin katselisi varkaiden murtautumista vartioitavaan taloon, olisi vastaavasti jätettävä rankaisematta avunannosta murtoon tai törkeään varkauteen. Samoin olisi kuolemantuottamuksesta jätettävä rankaisematta lastenhoitaja, joka laiminlyönnillään on aiheuttanut hänen hoitoonsa uskotun lapsen kuoleman. Se, joka jättäisi toimittamatta vaarallisesti vahingoittuneen kotieläimensä asianmukaiseen hoitoon, olisi vastaavasti jätettävä rankaisematta ehkä mitä törkeimmästä eläinräkkäyksestä, kun kerran niinhyvin tämän kuin edellämainittujenkin rikosten aiheuttaminen on tunnusmerkistössä kuvattu ainoastaan aktiivisena suhtautumisena. Tällaiset esimerkit osoittavat kiistattomasti lainanalogian käytön välttämättömyyden. »Se tosiasiassa, että lainkäytössä on kuljettu toiseen suuntaan kuin maailmankatsomuksellisista syistä on pidetty suotavana, osoittaa», lausuu *Honkasalo*, että »analogian käyttäminen on jonkin vitaalisen intressin vaatima». ¹³²

Tämän tarkastelumme pohjalta saatamme vastata myöntävästi edellä asettamaamme kysymykseen. Passiivisella suhtautumisella voidaan toteuttaa komissiivideliktiin tunnusmerkistö muissakin kuin niissä tapauksissa, joissa lainsäätäjä on expressis verbis maininnut tekorikoksen tunnusmerkistössä seurauksen aiheuttamisen myös laiminlyönnillä. Jos sitävastoin kysymme, missä kaikissa tapauksissa tai milloin passiivisella suhtautumisella voidaan toteuttaa tekorikoksen tunnusmerkistö, niin sellaiseen kysymykseen emme saa, eikä siihen käsittääksemme ole pystytty antamaan teoreettisesti tai millään muullakaan tavoin tyhjentävää vastausta. Kysymykseen on *Nagler* yrittänyt vastata yleis-

ja *Andenaes* (s. 232 ja 241—242), joka kosketellussa suhteessa lausuu, ettei analogian käyttöön ole estettä, »så lenge det er et bestemt straffebud som er hjemmelen og gir strafferammen».

¹³² *Honkasalo*, Yleiset opit I, s. 52.

tävästi. Hän lähtee siitä itsessään oikeasta ajatuksesta, ettei jokaista tunnusmerkistöä voida toteuttaa passiivisella suhtautumisella. Niinpä hän katsoo, että kaikissa niissä tapauksissa, joissa tunnusmerkistön toteuttaminen edellyttää korkeimmanasteista henkilökohtaista aktiivista suhtautumista (ein höchstpersönliches Aktivverhalten), ei tekorikoksella kuvatun tunnusmerkistön toteuttaminen ole mahdollista passiivisella suhtautumisella.¹³³ Mutta milloin sitten suhtautuminen on »ein höchstpersönliches»? Antamatta tähän vähimmälläkään tavalla tyydyttävää selitystä, Nagler mainitsee sellaisesta esimerkkinä muun muassa väärän valan. Mutta juuri väärä vala on kuitenkin mahdollinen myöskin passiivisena suhtautumisena silloin, kun laki käyttää tunnusmerkistössään tästä rikoksesta sanontaa »salata». Todistaja näet voi salata asiaan vaikuttavan seikan jättämällä sen kertomatta.¹³⁴ Naglerin mainitsemat muut esimerkit ovat sensijaan mielestämme oikeita: kaksinnaiminen, molemminpuolinen aviorikos, sukurutsaus ja kaksintaistelu. Mikään näistä rikoksista ei ole aiheutettavissa passiivisella suhtautumisella.

Tämän kysymyksen osalta onkin pidettävä oikeana sitä muun muassa *v. Zahnin*, *Belingin*, *Helmuth Mayerin* ja *Andenæsin* mielipidettä, jonka mukaan vastaus kysymykseen voidaan saada ainoastaan in casu tapahtuvalla tarkastelulla. Lainkäyttäjän onkin kussakin konkreettisessa yksityistapauksessa yleisiä tulkintaperiaatteita, ja tarpeen vaatiessa lainanalogiaa käyttämällä tutkittava, toteuttaako passiivinen suhtautuminen pelkästään tekorikoksella kuvatun tunnusmerkistön.

¹³³ Nagler, Die Problematik, GS 1938, s. 56: »— — — es gibt zahlreiche Begehungsverbrechen, die nicht durch Unterlassung verübt werden können und zwar aus Gründen gerade der Tatbestandsmäßigkeit. Hier ist das »Vorstellungsbild«, das die Gesetzgebung von der tatbestandsmäßigen Angriffshandlung entworfen hat, so geartet, dass eine Unterlassung es niemals erfüllen kann. Dies gilt, wenn ich recht sehe, für alle Verbrechenstatbestände, die ein höchstpersönliches Aktivverhalten (zumal eine bestimmte) Körperbewegung, die körperliche Anwesenheit oder die Vornahme eines bestimmten Rechtsaktes) erfordern, — — —».

¹³⁴ Mikäli kysymyksessä on assertoorinen vala, niin väärä vala ei ole mahdollinen passiivisella suhtautumisella, sillä tällöin itse jonkin seikan todeksi vakuuttaminen on aktiivista suhtautumista. Jos sitävastoin vala tai sitä vastaava vakuutus käsittää lupauksen puhua totta (promissoorinen vala), niin silloin väärä vala voi toteutua myös jättämällä ilmaisematta oleellisia oikeudenkäyntiin vaikuttavia seikkoja. Kotimaisesta oikeuskäytännöstämme tulkoon mainituksi seuraava siinä esiintynyt tapaus, jossa väärä vala on tapahtunut laiminlyönnillä: Sittenkuin *Keuruun*

Jos seurauksen estämättä jättäminen osoittautuu mainittua menettelyä käyttäen (tai välittömästi) tunnusmerkistönmukaiseksi, niin siitä voidaan ainoastaan päätellä, että laiminlyönnin käsittämä suhtautuminen on laissa kriminalisoitu. Tämä toteamus oikeuttaa meidät ainoastaan siihen johtopäätökseen, että jos seurauksen estämättä jättämisenä ilmennyt suhtautuminen ei ole tunnusmerkistönmukainen, niin laiminlyönnistä ei ylimalkaan voida rangaista. Tunnusmerkistönmukaisuus kuuluu siis laiminlyönnin rangaistavuuden edellytyksiin.¹³⁵

Joskaan teon oikeudenvastaisuus ei kuulu sen tosiasiallisen olemuksen tunnusmerkkeihin,¹³⁶ niin kuten olemme jo aikaisemmin maininneet,¹³⁷ teon tunnusmerkistönmukaisuus muodostaa kuitenkin indicien sen oikeudenvastaisuudesta, sillä aktiivisella suhtautumisella aiheutettu tunnusmerkistönmukainen seuraus antaa oikeutetun aiheen ainakin olettaa, että teon oikeudenvastaiseksi tekevää kieltonormia on loukattu. Sitävastoin emme saa tunnusmerkistönmukaisuudesta sellaisenaan min-käänlaista vastausta kysymykseen laiminlyönnin¹³⁸ oikeudenvastaisuudesta, sillä kun lainsäätaja kriminalisoi normin kieltämän teon tunnusmerkistössään, niin hän kieltää silloin rangaistuksen uhalla seurauksen aiheuttamisen positiivisella toiminnalla, joten kiello ei lainkaan kohdistu

KO oli alistanut tutkimuksensa ja sen nojalla julistamansa päätöksen *Vaasan HO:n* tarkastettavaksi, HO lausui päätöksessään selvitetyn tulleen, että A. V. H., jota 8. 11. 1922 oli erästä varkausjuttua KO:ssa käsiteltäessä valallisesti kuulusteltu todistajana, oli tahallansa »jättänyt ilmoittamatta», että I. M. oli poliisikuulustelussa, jonka pitämiseen A. V. H. oli ottanut osaa, tunnustanut anastaneensa kysymyksesssäolevan 100 markan setelin. Tämän vuoksi HO rikoslain 17 luvun 1 §:n nojalla tuomitsi A. V. H:n väärästä valasta pidettäväksi 1 vuoden 6 kuukautta kuritushuoneessa ja menettäneeksi kansalaisluottamuksensa 3 vuodeksi yli tuomitun rangaistusajan. KKO katsoi, ettei oltu luotettavasti näytetty A. V. H:n tehneen tahallisesti väärää valaa, minkä vuoksi KKO vapautti hänet sanotusta rikoksesta tuomitusta rangaistuksesta. KKO:n päät. 18. 12. 1925, tied. n:o 1314. Ks. myös KKO:n päät. 10. 12. 1937, tied. n:o 598. — Edelläselostamamme tapaus on siinäkin suhteessa mielenkiintoinen, että siitä voidaan hyvin havaita, kuinka vaikeata saat-taa olla tahallisuuden käsittävän syyksiluettavuusasteen toteaminen laiminlyönti-rikoksessa.

¹³⁵ Kissin, s. 43: »Mit der Tatbestandmässigkeit der Unterlassung ist die erste Voraussetzung ihrer Strafbarkeit gegeben».

¹³⁶ Sundström-Salmiala, s. 27; Max Ernst Mayer, Lehrbuch I, s. 10; v. Liszt-Schmidt, s. 185; v. Hippel, s. 189.

¹³⁷ Ks. ed. s. 143.

¹³⁸ Varsinaisessa laiminlyöntirikoksessa sitävastoin tunnusmerkistönmukaisuus on kuten vastaavasti teossakin indicio sen oikeudenvastaisuudesta, Ks. v. Liszt-Schmidt, s. 189; Max Ernst Mayer, Lehrbuch I, s. 189—190.

tekemättä jättämiseen tai toiminnattomana olemiseen.¹³⁹ Kieltonormi kääntyy siten ainoastaan positiivista tekoa vastaan. Tunnusmerkkistöt, joissa kieltonormin noudattaminen on sanktionoitu, ilmaisevat, mitä ei saa tehdä, mutta eivät sitävästoin ilmaise, mitä on tehtävä. Seurauksen estämättä jättäminen on siten kielletty ainoastaan sillä edellytyksellä, että on olemassa seurauksen estämistoimintaan velvoittava käsky-normi.

Kuten olemme edellä dogmatiikasta havainneet, niin tieteisopissa on sitten *Feuerbachin* ajoista lähtien ollut vallitsevana se käsitys, että laiminlyönnillä tapahtuva aiheuttaminen on oikeudenvastainen ja sellaisena rikosoikeudellisen vastuun perustava, vain sillä edellytyksellä, että toimintaan tai toimenpiteisiin seurauksen estämiseksi tai sitä uhkaavan vaarantilan torjumiseksi on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus.¹⁴⁰ Tämä periaate on myös tunnustettu laiminlyönnin dogmatiikan johtavan maan, Saksan oikeuskäytännössä, minkä osoittavat lukuisat *Reichsgerichtin* ratkaisut, joissa periaate on julkilausuttu.¹⁴¹ Epäilemättä *v. Hippel* on oikeassa lausuessaan: »— Nicht jede Unterlassung begründet Strafbarkeit. Solche ist vielmehr nur dann gegeben, wenn für den Unterlassenden im Einzelfalle eine besondere Rechtspflicht bestand, den Eintritt des betr. Erfolges durch Handeln zu hindern. Dieser Grundsatz ist heute (1930) in Wissenschaft und Praxis anerkannt.¹⁴²

Kuten jo dogmatiikasta ilmenee, on laiminlyönnin oikeusvelvollisuusoppi joutunut tieteisopissa usealtakin taholta ankaran arvostelun kohteeksi. Niinpä *Sauer* katsoo, että laiminlyönti voi määrätyissä tapauksissa olla oikeudenvastainen, vaikkei mitään erityistä oikeudellista velvollisuutta olisikaan loukattu. Tästä hän mainitsee yleisluonteisena esimerkkinä, että jos positiivisella toiminnalla on pyritty aiheuttamaan vahinkoa, mutta rikosoikeudellinen tunnusmerkkistö onkin toteutettu laiminlyönnillä, niin laiminlyönti on tällöin rangaistavaa, vaikkei

¹³⁹ Näin *v. Liszt-Schmidt*, s. 189; *Sauer*, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, s. 214—215; *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 189—190; *Frank*, s. 17.

¹⁴⁰ Jo dogmatiikassa mainittujen lisäksi ks. *Frank*, s. 17—19; *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 191—192; *Gerland*, s. 168—170; *Wachenfeld*, s. 195—196; *Lammasch*, Grundriss des Strafrechts, s. 37—38.

¹⁴¹ Ks. *RG. E* 10,101; *E* 17,260; *E* 18,96; *E* 22,332; *E* 24,339; *E* 36,79; *E* 37,162; *E* 38,123; *E* 39,397; *E* 45,213; *E* 46,337. — Oikeustapauksissa *E* 22,332 ja *E* 39,397 nimenomaan ilmenee, ettei pelkästään moraalinen velvollisuus riitä perustamaan rangaistusvastuuta laiminlyönnistä. Ks. tässä suhteessa vielä *E* 40,166 ja *E* 58,245.

¹⁴² *Hippel*, s. 161.

olisikaan ollut erityistä oikeudellista velvollisuutta seurauksen estämiseen. Rangaistavuus edellyttää tällöin ainoastaan, että seurauksen estämättä jättäminen on intressivertailun perusteella materiaalisesti oikeudenvastainen.¹⁴³ Oltuaan alunperin sillä kannalla, että rangaistavuus seurauksen estämättä jättämisestä perustuu jokatapauksessa kuitenkin oikeudellisen toimintavelvollisuuden rikkomiseen,¹⁴⁴ Sauer eräässä myöhemmässä kirjoituksessaan lausuu, että on epätietoista, »— — ob man — — — eine Rechtspflicht zur Verhinderung anerkennen darf».¹⁴⁵ Muuttunut asennoituminen saa selityksensä siitä oikeuspositivismiin vastaisesta suuntauksesta, joka jo 1930-luvun alussa sai lujan jalansijan silloisessa Saksassa. Sitä Sauerin esittämää yleisluonteista esimerkkiä vastaan, jolla hän on pyrkinyt osoittamaan, ettei rangaistavuus seurauksen estämättä jättämisestä aina perustuisi erityisen oikeudellisen velvollisuuden rikkomiseen, on huomautettava, että mainitussakin tapauksessa laiminlyönnin rangaistavuus perustuu juuri spesiaalisen käskynormin rikkomiseen, sillä yleisen oikeusperiaatteen mukaan oikeudellisesti suojeltuja intressejä uhkaavan vaarantilan aiheuttaminen luo aiheuttajalleen erityisen oikeudellisen velvollisuuden torjua seurauksen syntymisen.

Kansallissosialistisessa oikeuskatsomuksessa moraalisten ja oikeudellisten velvollisuuksien välinen ero menetti kokonaan kaiken merkityksensä. Kun kuitenkin oltiin hyvin tietoisia siitä, että jos jokainen velvollisuuden vastainen suhtautuminen katsottaisiin sellaisenaan rangaistavaksi, kunhan laiminlyöjä vain olisi toiminnallaan voinut estää seurauksen syntymisen, päädyttäisiin sitä tietä mielettömään tulokseen oikeudenkäytössä, niin katsottiin välttämättömäksi luoda uusi kriteerio laiminlyönnin rangaistavuuden rajoittamiseksi. Tällaiseksi kriteerioksi yritettiin ottaa *Schafsteinin* luoma »Tätertypus»,¹⁴⁶ konstruktiooni, jota, kuten *Nagler* toteaa, ei ole lainkaan selvitetty. *Nagler* katsookin, että moista kriteriota käyttämällä päädytään täydelliseen oikeusturvatoimuteen.¹⁴⁷

Kaikkein kiihkeimmin on oikeusvelvollisuusoppiin ymmärrettävästi käynyt käsiksi *Lundstedt*,¹⁴⁸ joka on kokonaan kiistänyt oikeusvelvolli-

¹⁴³ Ks. ed. s. 41.

¹⁴⁴ Ks. ed. s. 41.

¹⁴⁵ *Sauer*, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, s. 225.

¹⁴⁶ Ks. ed. s. 50.

¹⁴⁷ Ks. ed. s. 55.

¹⁴⁸ Ks. ed. s. 70 ja *Lundstedt*, Till frågan, s. 52—53.

suuden käsitteen. Lundstedt tekee ensinnä sen »mullistavan toteamuksen», että kun vallitseva oikeustiede on asettanut laiminlyönnin rangaistavuuden edellytykseksi velvollisuuden, niin se jo siinä mielipiteen mukaan on tehnyt sen kohtalokkaan virheen, että se siten vaatii kaksinkertaista velvollisuutta: velvollisuuden olla aiheuttamatta rikollinen seuraus ja tämän lisäksi velvollisuuden ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi.¹⁴⁹ Väite on suorastaan nurinkurinen. Siitä voivat käsityksemme mukaan iloita ainoastaan ne, jotka ovat yliherkkiä sofistisille silmänkääntötempuille. Kun näet sanomme, että joku on aiheuttanut vahingollisen seurauksen jättämällä sen estämättä, niin ajatuksemme sisältää sen toteamuksen, että laiminlyöjä on velvollisuutensa vastaisella suhtautumisellaan aiheuttanut seurauksen. Rikkomalla seurauksen estämistoimintaan velvoittavan käskynormin, laiminlyöjä rikkoo samalla kieltonormin. Seurauksen estämättä jättäminen on niinollen oikeudenvastaista juuri sillä edellytyksellä, että on olemassa seurauksen estämistoimintaan velvoittava käskynormi. Kysymyksessä ei siis suinkaan ole kaksinkertainen velvollisuus.

Hyljättyään oikeusvelvollisuuden käsitteen, *Lundstedt* päätyy laiminlyönnin rangaistavuuskysymyksessä varsin mielenkiintoisiin tuloksiin. Kuten jo edellä havaitsimme, niin hän lähtee siitä ajatuksestaan, että kaikki oikeus palvelee yhteiskuntahyödyn (»samhällsnyttan») intressejä. Tästä hän vetää laiminlyönnin rangaistavuuteen nähden sen johtopäätöksen, ettei ketään voida velvoittaa toisen hyväksi toimimaan omien intressiensä kustannuksella, ellei hän ole sitoutunut toimintaan. Jos hänen käyttämänsä sanonnan »än då man åtagit sig en sådan handling; sijasta käytämme sanontaa »ellei sellaiseen ole erityistä velvollisuutta,» niin ajatus on ehdottomasti oikea. Mutta kun hän samaan

¹⁴⁹ Lundstedtia tukien *Hägerström* lausuu, että ajatus, jonka mukaan kieltonormi voitaisiin rikkoa käskynormia loukkaamalla, on »pelkkää sanoilla leikkimistä». Ks. *Hägerström*, SvJT 1939, s. 317. — *Sipilä* katsoo puolestaan, että jos laiminlyönnin oikeudenvastaisuus edellyttää tunnusmerkistön lisäksi sen ulkopuolella olevaa seurauksen estämistoimintaan velvoittavaa normia, niin siitä tultaisiin sellaiseen tulokseen, että laiminlyönnin oikeudenvastaisuus edellyttäisikin »kaksinkertaista kiellettyisyyttä». Tähän väitteeseen nähden viittaamme ajatuksemme Lundstedtin tekemästä samankaltaisesta väitteestä. — *Sipilä* on lisäksi katsonut, että jos laiminlyönnissä vaaditaan tunnusmerkistön lisäksi sen ulkopuolella olevaa normia, niin silloin tultaisiin sellaiseen ihmeelliseen tulokseen, että tunnusmerkistön toteuttaminen positiivisin teoin olisi vastaavasti oikeudenvastainen »vasta siinä tapauksessa, että on olemassa erityinen velvollisuus teosta pidättymiseen!». Tähän on huomautettava, että kun kieltonormi kohdistuu yhtäläisesti kaikkiin oikeusalamaisiin, niin erityinen kieltonormi on silloin tarpeeton.

hengenvetoon jatkaa, että »Om däremot en handling från en persons sida till förmån för en annan eller flera andra icke kräver någon nämnavärd uppoffring utan bevisligen underlåtes antigen av blott och bart indifferentism eller rent av med avsikt att skada, så är det rent orimligt att behandla straffbarheten i ett sådant fall efter andra principer, än då man av vårdslöshet eller med avsikt företager en positiv handling med samma slags effekt»,¹⁵⁰ niin Lundstedtin oppi johtaisi oikeusturvallisuutta silmälläpitäen suorastaan kammottaviin seurauksiin. Jos esimerkiksi A tulee sattumalta laivalaiturille ja näkee hänelle ventovieraan B:n olevan hukkumaisillaan, eikä ojenna hänelle laiturilla olevaa pelastusrengasta, niin A:ta on rangaistava tästä välinpitämättömydestään kuolemantuottamuksesta! Jos B vastaavassa tapauksessa oli A:n vihamies, niin A:ta on silloin rangaistava — murhasta, kun kerran ei voine olla vähintäkään epäilystä siitä, että A sanotussa tapauksessa on tahallisesti ja siinä tarkoituksessa, että B hukkuisi, laiminlyönyt hänen pelastamisensa.¹⁵¹ Laiminlyönnin rangaistavuudesta Lundstedt mainitsee vielä esimerkkinä tapauksen, jossa A pelkällä kädenliikkeellä voisi pelastaa toiselle kuuluvan arvokkaan käsikirjoituksen tuhoutumasta, jolloin rangaistavuus laiminlyönnistä on »i all rimlighets näm» täysin riippumaton siitä, oliko A ottanut huolehtiakseen käsikirjoituksesta tai ei.¹⁵² Puuttumatta tässä yhteydessä enemmälti tähän »käänteentekevään oikeuskatsomukseen», yhdymme varauksitta *Thyrénin* siitä lausumaan ajatukseen: »Enligt samma princip borde Dréyfus sitta kvar på sin ö, såvida samhällsnyttan krävde (»gjorde det nödigt») att rättskipningens misstag hölles dolt».¹⁵³

Vuonna 1910 julkaisemassaan kirjassa »Schema att användas vid föreläsningar i allmän straffrätt» *Thyrén* on katsonut laiminlyönnin olevan oikeudenvastaisen ja sellaisena rangaistavan, kun on olemassa »en på särskild rättsgrund hvilande plikt att handla».¹⁵⁴ Jo kahta vuotta

¹⁵⁰ *Lundstedt*, Principinledning I, s. 41. — *Knoph* (Rettslige Standarder, s. 275—277) pitää tällaista ajatustapaa niin itsestään selvänä, ettei se kaipaa minkäänlaista lähempää perustelua!

¹⁵¹ *Lundstedt*, Principinledning I, s. 17—18, mainitsema esimerkki, jonka olemme selostaneet ed. s.

¹⁵² *Lundstedt*, Principinledning I, s. 50.

¹⁵³ *Thyrén*, Den Moderna Straffrättens Grundåskådningar, s. 33. — Itse »samhällsnyttan» periaatteen soveltuvaisuudesta oikeuselämässä *Thyrén* lausuu (s. 45), että jos mainittua periaatetta ei tulkita intressivertailun merkityksessä, niin on se täysin mielivaltainen.

¹⁵⁴ *Thyrén*, Schema att användas vid föreläsningar i allmän Straffrätt, s. 13. —

myöhemmin hän kuitenkin hylkää tämän ajatuksensa¹⁵⁵ ja katsoo, ettei laiminlyönnin rangaistavuuden raja ole määrättävissä yleisellä säännöllä, esimerkiksi vetoamalla erityiseen oikeudelliseen velvollisuuteen, sillä mielipiteen mukaan laiminlyönti saattaa olla rangaistava — vaikkei tällaista velvollisuutta olisi olemassa, ja toisaalta ei voida olettaa, sanoo Thyré, että laiminlyönti olisi aina rangaistava, kun tällainen velvollisuus on olemassa. Käsityskannan mukaan kysymys rangaistavuudesta on ratkaistavissa ainoastaan tutkimalla kulloinkin in casu, onko velvollisuus siinä määrin intensiivinen, että se perustaa rangaistusvastuun laiminlyönnistä. Tämän ajatuksen virheellisyys ilmenee jo siinä, että Thyré on ratkaissut kysymyksen laiminlyönnin oikeudenvastaisuudesta sen rangaistavuuden perusteella, mikä ilmenee hänen lausuessaan, että » — — — det gällér — — att afgöra, när juridisk pligt föreligger, och detta kommer återigen i stor utsträckning just an på, huruvida lagen straffar eller icke straffar det gifna fallet af underlåtenhet».¹⁵⁶ Tästä Thyré sitten päätyy siihen toteamukseen, että »Om lagen straffar den, som underlåter att rädda en menniska ur lifsfara, då det lätteligen (?) kunnat ske, så har den just dermed konstituerat en (äfven juridisk) pligt att i dylikt fall handla; tiger lagen, så måste man deraf sluta, att ingen (juridisk) pligt föreligger».¹⁵⁷ Tämän mukaan laiminlyönti olisi rangaistava ainoastaan siinä tapauksessa, että seurauksen estämättä jättäminen on laissa rangaistuksella uhattu. Ajatusta johdonmukaisesti seuraten päädyttäisiin siihen mahdottomaan tulokseen, että laiminlyönnistä olisi rangaistava vain niissä aniharvoissa tapauksissa, joissa lainsäätäjät on rangaistuksella sanktionoinut velvollisuuden ryhtyä toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi!

Tällaiseen ratkaisuun Thyré ei kuitenkaan ole pyrkinyt, vaan hän on nimenomaan lausunut, että laiminlyönti on myös silloin rangaistava,

Tällaisina erityisinä oikeusperusteina Thyré mainitsee oikeusjärjestyksen käskyn ja laiminlyöjän oman tahdonilmaisun (sopimus ja vaaralliseen toimintaan ryhtyminen).

¹⁵⁵ Thyré, Principerna II, s. 18—19.

¹⁵⁶ Thyré, Principerna II, s. 18. — Myös Ross pitää rangaistavuutta oikeusvelvollisuuden edellytyksenä: »At A er »forpligtet» til en Adfaerd (et Forhold) F, vil — — — ikke sige andet, end at den kontradiktorisk bestemt Alfaerd, Ikke — F, er en af Betingelserne for, at Tvangsreaktion mot A maa forventes at indtraede». Ks. Ross, Virkelighed og Gyldighed I Retslaeren, s. 182—185. — Rossin kannalla on Andenaes, s. 201. — Gottlieb katsoo, että velvollisuus on eettinen tai psykologinen. Oikeudellista velvollisuutta näiden vastakohtana ei ole olemassa! Ks. Gottlieb, Der Strafort, s. 40.

¹⁵⁷ Thyré, Principerna II, s. 18.

kun velvollisuus on siinä määrin intensiivinen, että sen noudattamatta jättäminen perustaa vastuun seurauksen estämättä jättämisestä. Ja esimerkiksi tällaisista intensiivisistä velvollisuuksista hän mainitsee n.s. edeltävät faktat, jollaisia ovat huolenpitovelvollisuus ja vaarantila, jonka laiminlyöjä on itse aiheuttanut,¹⁵⁸ t.s. — erityinen oikeudellinen velvollisuus! Siten Thyren on tahtoen tai tahtomattaan päätenyt alunperin omaksumalleen kannalle, mikä myöskin ilmenee eräästä hänen myöhemmin lausumastaan ajatuksesta, jonka mukaan nimenomaisen rangaistussäännöksen puuttuessa laiminlyönti on rangaistava ainoastaan sillä edellytyksellä, että on olemassa erityinen velvollisuus ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi.¹⁵⁹

Myös Andenæs on yrittänyt osoittaa, ettei rangaistusvastuu seurauksen estämättä jättämisestä perustu aina erityiseen enempää kuin yleensäkin oikeusvelvollisuuteen, jolla rangaistavuutta silmälläpitäen on ainoastaan indisoiva merkitys.¹⁶⁰ Laiminlyönnin rangaistavuus on käsityskannan mukaan perustettava yksinomaan vapaaseen harkintaan, huomioimalla tarkoituksenmukaisuus- ja oikeellisuusnäkökohdat. Kussakin yksittäistapauksessa on tuomioistuimen yleisiä tulkintaperiaatteita käyttäen tutkittava, luoko faktillinen tilanteen rikosoikeudellisen vastuun seurauksen estämättä jättämisestä.¹⁶¹ Jos yleensä halutaan käyttää käsitettä oikeudellinen velvollisuus, niin »Slutningen må naturligvis — — skje fra straffbarheten til rettsplikten, ikke omvendt».¹⁶² Vaikkakaan mielipiteen mukaan yleisellä säännöllä ei ole määrättävissä kriteeriä vastuun rajoittamiseksi, niin voidaan kuitenkin todeta olevan määrättyjä tosiasiallisia olosuhteita, jotka luovat rikosoikeudellisesti relevantteja toimintavelvollisuuksia. Näitä Andenæs nimittää vastuuperusteiksi (ansvarsgrunnlag).¹⁶³

Olemme jo edellä¹⁶⁴ luetelleet Andenæsien konstruoimat vastuuperusteet. Ne eivät sellaisinaan kuitenkaan voi perustaa minkäänlaista velvollisuutta ryhtyä toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi, sillä faktillinen tilanne ei voi luoda minkäänlaista velvollisuutta, ellei oikeusjärjestys faktillisessa tilanteessa velvoita määrättyyn toimintaan. Yhtä vähän voi sopimus tai n.s. »edelläkäynyt toiminta», joka ei muu-

¹⁵⁸ Thyren, Principerna II, s. 21.

¹⁵⁹ Thyren, Den Moderna Straffrättens Grundåskådningar, s. 37.

¹⁶⁰ Andenæs, s. 201—204.

¹⁶¹ Andenæs, s. 210—211.

¹⁶² Andenæs, s. 211.

¹⁶³ Andenæs, s. 212.

¹⁶⁴ Ks. ed. s. 73.

ten lainkaan ole juriidinen käsite, perustaa sellaisenaan velvollisuutta toimintaan seurauksen estämiseksi, ellei itsestään oikeusjärjestyksestä johdu sellaista velvollisuutta mainituissa tapauksissa. Velvollisuus ryhtyä toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi voi perustua vain kirjoitettuun lakiin tai tavanomaiseen oikeuteen.¹⁶⁵ Laiminlyönti on siten oikeudenvastainen ainoastaan sillä edellytyksellä, että on olemassa erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen.

Laiminlyönnin oikeudenvastaisuuden edellytyksenä erityinen oikeudellinen velvollisuus muodostaa samalla myös kriteerion vastuun rajoittamiselle. Ellei siis erikoista oikeudellista velvollisuutta seurauksen estämiseen määrättyssä tapauksessa voida osoittaa olevan, niin seurauksen estämättä jättäminen ei missään tapauksessa voi perustaa rangaistusvastuuta seurauksesta.¹⁶⁶ Epätietoisissa tapauksissa on näinollen ehdottomasti sovellettava in dubio pro reo periaatetta.

Oikeudellinen velvollisuus yksistään ei kuitenkaan perusta rangaistavuutta. Kussakin yksittäistapauksessa on näet vielä lähemmin tutkittava, mihin toimenpiteisiin kulloinkin olisi velvollisuuden nojalla pitänyt ryhtyä.¹⁶⁷ Tällöin tulevat huomioonotettaviksi erilaiset tosiasia-

¹⁶⁵ Näin muun muassa v. *Liszt-Schmidt*, s. 190: »Die Pflicht, zur Verhinderung des Erfolges tätig zu werden, muss eine rechtlich begründete, eine Rechtspflicht sein. Niemals genügt es, dass nur die Sitte oder die Sittlichkeit das Tun erfordert. Die Rechtspflicht, zur Abwendung des Erfolges tätig zu werden, kann auf jeder beliebigen Rechtsnorm beruhen. Gleichgültig ist es, ob diese Norm dem geschriebenen Recht oder dem Gewohnheitsrecht angehört, — — —»; v. *Hippel*, s. 161; *Mezger* Strafrecht, s. 138 ja 146; *Rittler*, s. 90—91; *Frank*, s. 17; *Guthmann*, s. 32: »Nur die Unterlassung einer durch Rechtsatz gebotenen Handlung macht strafrechtlich verantwortlich — — —». Ks. *RG E* 58,131.

¹⁶⁶ *Honkasalo*, *Ernäiset rikokset*, s. 9: »Mikäli erityinen oikeusvelvollisuus on olemassa seurauksen estämiseen, on velvollisuuden laiminlyönti seurauksen positiivisen aiheuttamisen veroinen». — Jos laissa on säädetty yleinen velvollisuus ryhtyä siinä määrättyssä tapauksessa toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi, niin laiminlyönti perustaa rangaistusvastuun toimintaan ryhtymättömyydestä sinänsä, ei sitävästoin seurauksesta. Vrt. esim. *RL* 44 luv. 2 §.

¹⁶⁷ *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 213; *Rangaistava laiminlyönti II*, *DL* 1942, s. 264: »Velvollisuuden sisältö voi — — — olla laajempi tai suppeampi. Se saattaa tyhjentyä seurauksen estämiseen yhdessä ainoassa konkreettisessa tilanteessa. Mutta se saattaa olla ja tavallisesti onkin laajempi niinhyvin voimassaoloaikaan kuin torjumistoimintoihin nähden, jotka siihen sisältyvät. Sisältönä saattaa olla yksilöityjen tai vain lajiltaan määrättyjen seurausten estäminen»; *Thyrén*, *Principerna II*,

seikat, jotka liittyvät kulloinkin käsiteltävänä olevaan faktilliseen tilanteeseen. Juuri tässä merkityksessä esimerkiksi *Honkasalo* puhuu »oikeusvelvollisuuden sisällöstä».¹⁶⁸

Systematisoinnin kannalta on oikeusvelvollisuudet yleensä jaettu kulloinkin eri tavalla erilaisiin suurempiin yhtenäisiin ryhmiin. Seuraavassa luvussamme käsittelemmekin n.s. oikeusvelvollisuusryhmiä.

s. 19; *Mezger*, *Strafrecht*, s. 140; *Rittler* (*Lehrbuch*, s. 91) lausuu, että on huomattava, ettei toimintavelvollisuus suinkaan ole rajaton, joten tuomarin tulee kussakin yksittäistapauksessa huolellisesti tutkia, mihin toimenpiteisiin laiminlyöjän olisi tullut oikeusvelvollisuuden nojalla kulloinkin tarkasteltavana olevassa tapauksessa ryhtyä; v. *Hippel*, s. 166—167.

¹⁶⁸ *Honkasalo*, *Kausaalisuuskysymys*, s. 213.

IV. OIKEUSVELVOLLISUUSRYHMÄT.

Olemme edellisessä luvussamme päätyneet siihen tulokseen, että kriminalisoidun seurauksen estämättä jättäminen on oikeudenvastaista, jos seurauksen estämiseen on olemassa erityinen oikeudellinen velvollisuus. Legislatiivisesta historiikista olemme voineet havaita, että tällainen velvollisuus esiintyy joko huolenpito- ja valvontavelvollisuutena tai aiheutetun vaarantilan torjumisvelvollisuutena. Vallitseva oikeuskäytäntö osoittaa lisäksi, kuten tuonnempana voimme todeta, että oikeusjärjestys perustaa määrätyissä tapauksissa oikeusalamaiselle velvollisuuden ilmaista määrätyt tiedossaan olevat seikat vahingollisen seurauksen välttämiseksi. Niinpä esimerkiksi oikeustoimen tekijät ovat velvollisia ilmaisemaan toisilleen oma-aloitteisestikin sellaiset tiedossaan olevat seikat, joiden ilmaisematta jättäminen loukkaa sitä käskynormia, jonka mukaan oikeustoimi on tehtävä vilpittömässä mielessä (in bona fide). Vahingollinen seuraus syntyy näissä tapauksissa velvollisuudenvastaisesta ilmaisematta jättämisestä.

Mainitsemiemme näkökohtien perusteella jaamme puolestamme oikeusvelvollisuudet seuraaviin ryhmiin:

A. Huolenpito- ja valvontavelvollisuudet:

- a) Oikeusjärjestyksestä välittömästi johtuvat huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.
- b) Disponointiin liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.
- c) Ammatin- tai elinkeinonharjoittamiseen liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.
- d) Virkaan tai julkiseen palvelustehtävään liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.

B. Luvattomalla tai luvallisella teolla aiheutetun vaarantilan torjumisvelvollisuus.

C. Velvollisuus ilmaisuun vahingollisen seurauksen estämiseksi.

Tämä enempää kuin mikään muukaan systematisointi ei ymmärrettävästikään voi muodostaa tarkkaa rajaa eri ryhmien välille eikä sisältää läheskään kaikkia niitä erilaisia ajateltavissa olevia tapauksia, jotka elämässä voivat esiintyä. Tässä suhteessa yhdyimme *Andenaesiin* hänen lausuessaan, että »En — — oppregning kan imidlertid vanskelig bli uttømmende. En må alltid regne med muligheten av at der kan oppstå særlige kombinasjoner i livet — —. Ofte krysser — — — forskjellige synspunkter hverandre, slik at det kan være en skjønnsak hvilken gruppe en vil plasere et praktisk enkelttilfelle i».¹ Meidän on sitäpaitsi vielä rajoitettava esittämään ryhmityksemme puitteissa ainoastaan tyypillisimmät oikeuskäytännössä esiintyneistä tapauksista tässä yhteydessä. Siirrymmekin välittömästi seuraavassa niiden yksityiskohtaiseen tarkasteluun.

A. Huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.

a) Oikeusjärjestyksestä välittömästi johtuvat huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.

Tähän ryhmään luumme perheoikeudelliset velvollisuudet.² Huolenpito ja valvonta syntyy siihen velvoitetulle eo ipso välittömästi oikeusjärjestyksestä. Velvoitetujen henkilöiden piirin muodostaa perhe lähinnä tuon käsitteen ahtaimmassa merkityksessä. Siihen kuuluvat mies, vaimo ja heidän lapsensa tai ottolapsensa. Yhteiskunnan menestyminen edellyttää, että nämä kaikkein läheisimmässä elämänsuhteessa toisiinsa oleva toimivat toistensa hyväksi. Tämä ajatus on julkilausuttu köyhäinhoitolakimme 2 §:ssä: »Jokainen mies ja nainen on velvollinen pitämään huolta omasta ja aviopuolisonsa sekä alaikäisten lastensa ja ottolastensa elatuksesta ja hoidosta». Säännönmukaisesti perheenjäsenten kesken vallitsee voimakas yhteenkuuluvaisuuden tunne. Säännöstä poikkeavasti esiintyy kuitenkin tapauksia, joissa tällaista tunnetta ei ole. Mikäli tällöin perheenjäsenten välinpitämättömyys toisistaan ilmenee sellaisena passiivisuutena, josta aiheutuu vaarantila kaikkein vitalisimmille oikeushyville, reagoi yhteiskunta tällaista suh-

¹ *Andenaes*, s. 252.

² *Serlachius-Särkilähti*, Oppikirja I, s. 103; *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 214—215; *Yleiset Opit* I, s. 147—148; *Andenaes*, s. 339—361; *Mezger*, Lehrbuch, s. 139—140; *Traeger*, Das Problem, s. 80—81; *v. Hippel*, s. 161, viite 7.

tautumista vastaan rangaistusseuraamuksin. Tällaisia oikeushyviä ovat lähinnä henki ja terveys.

Rikosoikeudellisessa tietoisopissa on malliesimerkkinä noihin oikeushyviin kohdistuvista loukkauksista mainittu tapaus, jossa äiti, jättämällä lapsensa ravitsematta, aiheuttaa siten passiivisella suhtautumisellaan lapsensa kuoleman. Kysymyksessä voi tällöin olla tahallinen surmaaminen (murha, lapsenmurha tai tappo) tai kuolemantuottamus. Vastaavasti terveyteen kohdistuvana rikos voi käsittää joko tahallisen tai tuottamuksellisen pahoinpitelyn tai avuttomaan tilaan jättämisen. Huolenpito- ja valvontavelvollisuus ei kuitenkaan rajoitu ainoastaan huoltamiseen, vaan siihen sisältyy lapsen monenlainen vaaralta suojeleminen. Niinpä esimerkiksi kaupungeissa on lasta suojeltava liikennevaaralta.

Yhtäläinen huolenpito- ja valvontavelvollisuus kuin äidillä, on lapsestaan myös sen isällä, joten hän voi yhtäläisesti syyllistyä alussamainnituihin rikoksiin, lapsenmurhaa lukuunottamatta.³ Ajatelkaamme esimerkiksi seuraavaa tapausta: äiti on jättänyt kovan pakkasen vallitessa lapsensa ulos leikkimään. Isä, jolla on tarkoituksena vapautua velvollisuuksistaan perhettään kohtaan, jättää siinä tarkoituksessa avaamatta lapselle oven, kun tämä pyrkii sisälle. Lapsi paleltuu kuoliaaksi. Kukaan ei tällöin asettane kysymyksenalaiseksi, etteikö isää olisi rangaistava murhasta.

³ Rikoslain 22 luvun 1 §:n mukaan lapsenmurhan tekijänä voi olla vain nainen, »joka luvattomasta sekaannuksesta on tullut raskaaksi». Äidin tekoon osallinen rangaistaan murhasta (tai taposta). Tästä rikoksesta rangaistaan siten myös n.s. aviotonta isää (makaajaa), joka on tekoon osallinen. — Aviottoman isän oikeussuhde äitiin ja lapseen ei ole perheoikeudellinen. Oikeusjärjestys velvoittaa aviottoman isän ainoastaan suorittamaan elatusapurahaa äidille määrääjän ennen synnytystä ja sen jälkeen sekä lapselle siihen asti, kunnes tämä täyttää 17 vuotta. Ainoastaan siinä tapauksessa, että raskauden tilassa ja hädänaläisessä asemassa oleva nainen asuu makaajansa luona, velvoittaa laki makaajan antamaan hänelle tarpeellista apua ja hoitoa raskauden ja synnytyksen aikana. Rikoslain 22 luvun 3 §:ssä säädetään (raskaudenaikaa lukuunottamatta) sama velvollisuus myös isälle, äidille, isännälle tai emännälle, silloinkuin luvattomasta sekaannuksesta raskaana oleva nainen asuu heidän luonaan ja on heidän käskyvaltansa alainen (*Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 8—9). Isän ja äidin sanottua velvollisuutta on pidettävä perheoikeudellisena, kun sitävastoin isännälle ja emännälle tällainen velvollisuus johtuu heidän omasta disponinnistaan, sillä ottaessaan naisen asumaan luokseen ja alistaessaan hänet käskyvaltaansa, he siten saattavat hänet heistä riippuvaiseen asemaan, joten heille sen johdosta syntyy myös velvollisuus hänen huolenpitoonsa, semminkin synnytyksen hetkellä, jolloin hän on mitä avuttomimmassa tilassa. Makaajalle taas johtuu mainittu velvollisuus, katsottakoonpa sitten heidän suhteensa luvalliseksi tai luvat-

Samanlainen velvollisuus lasta kohtaan perheen puitteissa on myös äiti- tai isäpuolella kasvatustavan ominaisuudessa. Kuvaavana esimerkkinä on tästä seuraava kotimaisessa oikeuskäytännössämme esiintynyt tapaus.

Helsingin Raastuvanoikeus katsoi 9. 6. 1938 julistamassaan päätöksessä selvitetyn, että A. M. T. oli lähtiessään itse ravintoloihin ja huvitilaisuuksiin, laiminlyönyt hänen ja miehensä A. T:n hoidossa olleen, A. M. T:n avioliiton ulkopuolella syntyneen kuusivuotiaan tyttönsä huollon, jättämällä hänet yksin milloin kotiin milloin ulkosalle. Tämä avuttomaan tilaan jättäminen oli tapahtunut sellaisten olosuhteiden vallitessa, että ainakin vähäinen vaara oli ollut tarjona hänen hengelle ja terveydelleen, minkä lisäksi mainittu lapsi, ollessaan kerran suljettuna yksin huoneeseen, oli saanut avatuksi ikkunan ja päässyt kiipeämään ikkunalaudalle, joutuen siten hengenvaaralliseen asemaan. Sitävastoin katsoi RO jääneen luotettavasti näyttämättä, että A. T. olisi myös syyllistynyt mainittuun laiminlyöntiin. Tämän vuoksi RO, hyläten A. T:tä vastaan ajetun syytteen, tuomitsi A. M. T:n rikoslain 25 luvun 3 §:n 2 kappaleen ja 7 luvun 2 §:n nojalla sellaisen henkilön avuttomaan tilaan saattamisesta, jota hän oli velvollinen hoitamaan, 25:een 10 markan määräiseen päiväsaksoon. Turun Hovioikeus, jonka tutkittavaksi virallinen syyttäjä ja A. M. T. olivat saattaneet asian, katsoi päätöksessään, että A. M. T:n viaksi jäi, että hän oli, jättämällä RO:n päätöksessään mainituissa tilaisuuksissa lapsen huolenpitoa vaille, tahallaan saattanut tämän avuttomaan tilaan olosuhteiden ollessa sellaiset, että ainakin vähäinen vaara lapsen hengelle tai terveydelle oli ollut tarjona. Koska A. T., joka mennessään avioliittoon A. M. T:n kanssa oli ottanut luokseen mainitun lapsen, ja jonka siten oli katsottava myöskin tulleen velvolliseksi pitämään hänestä huolta, oli laiminlyönyt huolehtia lapsen turvallisuudesta, lähtiessään RO:n mainitsemissa tapauksissa yhdessä vaimonsa kanssa kotoaan, niin HO katsoi hänen sanotuissa olosuhteissa tahallaan saattaneen lapsen avuttomaan tilaan. Tämän vuoksi HO ennenmainittujen lainkohtien nojalla tuomitsi A. M. T:n RO:n hä-

tomaksi, siitä avuttomasta ja hädänalaisesta tilasta, johon hän on naisen saattanut. Laiminlyönti on rangaistava, silloinkuin sillä tuotetaan sikiölle kuolema. Huomioottaen se läheinen elämänsuhde, jossa avioton äiti ja isä joka tapauksessa ovat toisiinsa, täytyy mielestämme pitää perusteettomana lain kantaa, jonka mukaan maakaajalle on säädetty yhtä lievä rangaistus laiminlyönnistään kuin vastaavasti vanhemmille tahi isäntävälle. Jälkimmäisten suhtautuminen voi näet johtua esimerkiksi naiseen kohdistuneesta suuttumuksesta. Aviottomalla isällä ei sitä vastoin sel-laiseen ole aihetta.

nen syykseen lukemasta rikoksesta 4 kuukauden vankeusrangaistukseen ja A. T:n samanlaisesta jatketusta rikoksesta 25:een 40 markan määräiseen päiväsakoon. Korkein Oikeus katsoi puolestaan A. M. T:n ja A. T:n muutoksenhakemuksen johdosta, ettei A. M. T. ollut esittänyt syytä HO:n päätöksen muuttamiseen muun puolesta, kuin että hänet tuomittiin HO:n hänen syykseen lukemasta rikoksesta 50:een 10 markan määräiseen päiväsakoon, mutta vapautti sensijaan A. T:n hänelle tuomitusta rangaistuksesta, koskei A. T:n oltu näytetty HO:n päätöksessä mainituissa tapauksissa syyllistyneen mainitun lapsen saattamiseen avuttomaan tilaan.⁴ Joskin KKO periaatteessa hyväksyi sen kannan kysymyksessäolevassa tapauksessa, että myös kasvatusisällä oli huolenpitovelvollisuus lapsesta, sillä A. T. vapautettiin hänelle tuomitusta rangaistuksesta nimenomaan siitä syystä, ettei ollut näytöstä siitä, että hän olisi laiminlyönyt velvollisuutensa lasta kohtaan, niin KKO:n päätöstä ei voida nähdäksemme pitää A. T:n osalta oikeaan osuneena, sillä vaikkakaan ei olisi ollut näytöstä siitä, että A. T. olisi jättänyt lapsen avuttomaan tilaan laiminlyömällä itse huolenpitovelvollisuutensa, niin on joka tapauksessa katsottava, että A. T:n velvollisuutena olisi ollut valvoa, ettei lapsi jää huolenpitoa vaille. Hänen olisi t.s. pitänyt ryhtyä toimenpiteisiin sen vaarantilan torjumiseksi, jolla vaimonsa oli suhtautumisellaan saattanut lapsen alttiiksi. Mielestämme Hovioikeus on tullut päätöksessään täysin oikeaan tulokseen.

Mainittujen huolenpitovelvollisten lisäksi velvoitettuja ovat myös isovanhemmat lapsenlapsiaan kohtaan ja nämä vuorostaan vanhempiaan ja isovanhempiaan kohtaan, jotka vanhuutensa tai kivulloisuutensa johdosta eivät kykene huolehtimaan itsestään. Myös tämä periaate on ilmaistu ennenmainitussa köyhäinhoitolaissa, jonka 3 §:n 1 kappaleessa lausutaan: »Kukin on tarvittaessa velvollinen kykynsä mukaan pitämään huolta vanhemmistaan ja isovanhemmistaan, samoin vanhemmat lapsistaan ja lastensa lapsista näiden kuudentoista vuoden ikään tultua-kin sekä aviopuoliso, avioliiton aikana, myös toisen aviopuolison alaikäisistä lapsista». Saman §:n 3 kappaleen mukaan 1 kappaleessa olevaa säännöstä on sovellettava myös ottovanhempiin ja ottolapsiin.

Kun perhepiirin puitteissa sanottuun velvollisuuteen perustuva huolenpito on laiminlyöty siinä määrin, että laiminlyönnistä aiheutuu vahingollinen seuraus tai konkreettinen vaarantila, niin sellaisesta johtuu

⁴ Ks. KKO:n päät. 1939, tied. n:o 488.

laiminlyöjälle rikosoikeudellinen vastuu. Oikeuskäytännössämme esiintyneistä tapauksista mainittakoon Senaatin Oikeusosaston päätös 24. 2. 1908, jossa OO. katsoi selvitetyn, että M. A., joka oli ollut velvollinen hoitamaan vanhuuden ja kivulloisuuden takia huolellisen hoidon tarpeessa olevaa äitiään E. A.:ta, oli ajoittain jättänyt hänet niin avuttomaan tilaan, että E. A.:n henki oli joutunut vaaraan. Tämän vuoksi OO. tuomitsi M. A.:n rikoslain 25 luvun 3 §:n 2 kappaleen nojalla 3 kuukauden vankeusrangaistukseen.⁵ Sitävastoin hylkäsi OO. syyttäjän vaatimuksen M. A.:n tuomitsemisesta rikoslain 21 luvun 6 §:n nojalla, koska OO. katsoi selvitystä puuttuvan siitä, että M. A. mainitulla menettelyllään olisi saattanut E. A.:lle ennenaikaisen kuoleman.

Joskin oikeusjärjestys asettaa isovanhemmille velvollisuuksia lastenlapsia kohtaan, niin on luonnollista, että tuollaiset velvollisuudet ovat aktuelleja ainoastaan siinä tapauksessa, että lastenlapset ovat isovanhempiensa hoidettavina. Isovanhempien velvollisuudet sanotussa suhteessa ovat luonteeltaan toissijaisia, sillä ensisijaisesti ovat tietysti vanhemmat velvollisia huolehtimaan lapsistaan. Tässä suhteessa tulkoon mainituksi eräs varsin mielenkiintoinen tapaus oikeuskäytännöstämme.

H. K. T., joka oli synnyttänyt äitinsä A. A. J.:n luona lapsen, oli laiminlyönyt, mitä synnyttämistilaisuudessa olisi ollut vaarinotettava ja siten huolimattomuudellaan tuottanut lapselleen kohta sen syntymisen jälkeen kuoleman. Syyttäjänä toiminut V. V. R. vaati Kiikalan KO:ssa rangaistusta kuolemantuottamuksesta sekä H. K. T.:lle että hänen äidilleen A. A. J.:lle. KO antamassaan päätöksessä katsoikin, että molemmat olivat huolimattomuudellaan tuottaneet lapsen kuoleman, minkä vuoksi KO tuomitsi rikoslain 21 luvun 10 §:n nojalla kuolemantuottamuksesta H. K. T.:n 5 kuukauden ja hänen äitinsä A. A. J.:n samasta rikoksesta 3 kuukauden vankeusrangaistukseen. Turun HO vahvisti tämän päätöksen. Senaatin Oikeusosasto jätti HO:n päätöksen H. K. T.:n kohdalta pysyväksi, mutta katsoi, että koska hänen äidillään A. A. J.:llä »ei oltu näytetty k.o. lapsen synnytystilaisuudessa olleen sellaista tointa, josta hänelle olisi johtunut velvollisuuksia lapsen hoitoon nähden», niin ei lapsen kuolemaa, »jota ei oltu edes väitettykään tahallisesti aikaansaaduksi, voitu lukea hänen tuottamuksestaan johtuneeksi». Mainitusta syystä O. O. 4. 10. 1917 antamallaan päätöksellä vapautti A. A. J.:n hänelle tuomitusta rangaistuksesta.

⁵ J. F. T. 1909, bil. s. 49 a, n:o 54. Ks. myös J. F. T. 1916 bil. s. 105 a n:o 13 selostettua OO:n päätöstä 13. 4. 1915.

Lausueksaan, ettei A. A. J:llä ollut »sellaista tointa, josta hänelle olisi johtunut velvollisuuksia lapsen hoitoon nähden», korkeimman oikeusasteemme on katsottava siten julkilausuneen, että vain erityinen oikeudellinen velvollisuus kykenee perustamaan rangaistusvastuun laiminlyönnillä aiheutetusta seurauksesta.⁶ Viitattaessa tähän tapaukseen *Honkasalo* lausuu: »Rikosoikeudellisen vas-

⁶ Joskaan korkein oikeusasteemme ei ole mainittua päätöstä lukuunottamatta käyttänyt laiminlyöntirikosta koskeissa ratkaisuissaan sellaista sanontaa, josta välittömästi ilmeni, että rikosoikeudellisen vastuun laiminlyönnillä aiheutetusta seurauksesta perustaisi ainoastaan erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimintaan seurauksen estämiseksi, niin *OO:n* ja *KKO:n* päätöksistä voidaan todeta, että niissä on mainittua periaatetta johdonmukaisesti ja ehdottomasti noudatettu. Vuosien 1894—1944 väliseltä ajalta olemme todenneet vain yhdessä ainoassa tapauksessa poiketun sanotusta periaatteesta. Poikkeuksen on tehnyt seuraava *KKO:n* päätös 24. 5. 1928, tied. n:o 180:

Maskun KO:n toimitettua tutkimuksensa ja alistettuaan sen päätöksineen *Turun HO:n* tarkastettavaksi, *HO* 22. 6. 1927 lausui käyneen selville, että O. Levo ja F. A. Maikola olivat 15. 1. 1927 ajaessaan hevosella *Maskun* pitäjässä ja sittenkuin *Levon* reessä oleva J. E. Forsman oli juovuspäissään suistunut reestä maantien viereen hangelle, laiminlyöneet velvollisuutensa korjata J. E. Forsman sieltä, vaikka he tiesivät hänet tajuttomaksi ja huolimatta paikan etäisyydestä ihmisasunnoista, alkaneesta hämärästä ja vallinneesta kylmästä säästä, jättäneet hänet ilmeisesti hengenvaaralliseen tilaan seurauksin, että Forsman seuraavan helmikuun 4 päivänä siitä saamaansa tautiin oli kuollut, sekä siten huolimattomuudellaan tuottaneet Forsmanin kuoleman. Tämän vuoksi *HO* rikoslain 21 luvun 10 §:n nojalla tuomitsi O. Levon ja F. A. Maikolan kuolemantuottamuksesta pidettäväksi kummankin 6 kuukautta vankeudessa. *KKO* päät.: ei muutosta.

Koska Levo oli ottanut Forsmanin rekeensä kuljetettavaksi, niin hänen dispointiinsa liittyi erityinen oikeudellinen velvollisuus huolehtia Forsmanista tämän pudotessa reestä. Mutta sitävastoin sellaista velvollisuutta ei voida Maikolalle johtaa enempää kirjoitetusta laista kuin tavanomaisestakaan oikeudesta. Näinollen on vastuun mainitussa tapauksessa Maikolan osalta perustanut siveellinen velvollisuus auttaa matkatoveriaan tämän jouduttua avuttomaan tilaan. — Katsomme puolestamme, että kysymyksessäolevassa tapauksessa Levo, joka vastoin erityistä oikeudellista velvollisuutta oli jättänyt Forsmanin avuttomaan tilaan tietoisena siitä, että tämä jäi tajuttomana ollen kylmän sään vallitessa hengenvaaralliseen tilaan, seurauksin, että hän siitä saamastaan taudista kuoli, oli syyllistynyt siten sellaiseen kuoleman aiheuttaneeseen tahalliseen rikokseen, josta on säädetty rikoslain 21 luvun 6 §:ssä. Kun sitävastoin Maikolalla oli ainoastaan kaikille oikeusalamaisille säädetty yleinen velvollisuus auttaa todellisessa hengenvaarassa olevaa saattamatta itseään vaaralle alttiiksi, niin olisimme puolestamme tuominneet Maikolan tällaisesta velvollisuuden vastaisesta laiminlyönnistä rangaistukseen rikoslain 44 luvun 2 §:n mukaan.

tuun perustamaan kykenee vain oikeudellinen velvollisuus; siveellinen velvollisuus ei ole siinä suhteessa riittävä». ⁷

Usein voi tuottaa vaikeuksia rajan vetäminen oikeuden ja moraalin välille. Erittäinkin perheoikeudellisten velvollisuuksien ollessa kysymyksessä voi syntyä vaikeuksia sen ratkaisemiseksi, onko toimintaan velvoittavaa normia pidettävä oikeudellisena vaiko moraalisena. Vanhemmat ovat epäilemättä esimerkiksi velvollisia estämään varsinkin alaikäisten luonaan asuvien lastensa haureuden harjoittamisen. Mutta onko tätä velvollisuutta pidettävä pelkästään siveellisenä, vai onko se (samalla) oikeudellinen, jolloin olisi katsottava sen perustavan laiminlyönnistä rikosoikeudellisen vastuun? Ottakaamme tarkastelumme kohteeksi kysymys siitä, ovatko vanhemmat oikeudellisesti velvoitettuja estämään lapsensa salavuoteudesta?

Saksan oikeuskäytännössä on asetettu sille kannalle, että vanhemmilla on oikeudellinen velvollisuus estää lapsensa salavuoteuden käsitästä haureellisesta teosta. Tällaisen haureudenharjoittamisen estämättä jättämisestä *Reichsgericht* on säännönmukaisesti tuominut vanhemmat rangaistukseen parittelusta. Tyypillisimpinä tapauksina tästä lienevät *Reichsgerichtin* ratkaisut E. 8, s. 172 ja E. 16, s. 49. Edellisessä tuomittiin äiti, joka oli sallinut kodissaan naimattoman tyttärensä V:n ja tämän sulhasen asettua makuulle samaan vuoteeseen, rangaistukseen parittelusta. Perusteluissaan *Reichsgericht* lausuu, että »äidillä oli oikeudellinen velvollisuus estää tyttärensä kodissaan harjoittamasta lihallista yhteyttä». Jälkimmäisessä tapauksessa äitiä rangaistiin parittelusta, koska hän oli jättänyt estämättä kodissaan tilapäi-

⁷ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 214. — *Reichsgericht* on katsonut, että äidillä on mainitussakin tapauksessa oikeudellinen huolenpitovelvollisuus tyttärestään ja tämän lapsesta. Ks. E 64, s. 316: Tytär oli tullut synnyttämään kotiinsa. Äiti oli läsnä synnytystilaisuudessa, mutta lähti kohta synnytyksen jälkeen navettaan töihinsä. Äidin ollessa poissa tytär surmasi lapsensa. Glogaun valamiesoikeus katsoi, että jos äiti olisi velvollisuutensa mukaisesti hankkinut tyttärelleen kättilön, niin ei tyttärensä olisi päässyt surmaamaan lastaan. Valamiesoikeus tuomitsi tyttären St. GB. 217 §:n nojalla rangaistukseen lapsenmurhasta ja hänen äitinsä 222 §:n nojalla kuolemantuottamuksesta. *Reichsgericht* vahvisti valamiesoikeuden päätöksen, lausuen päätöksensä perusteluissa m.m.: »die Tochter hätte das Kind in anwesenheit eines Dritten nicht getötet. Das Verhalten der Angeklagten (Mutter), durch das sie eine Rechtspflicht verletzt habe, sei also ursächlich für den Tod geworden. Es müsse auch für schuldhaft erachtet werden». Ks. myös E 72, s. 373, jossa RG. lausuu, että äidillä on oikeudellinen velvollisuus mainituissa tiloissa tyttärtään ja tämän lasta kohtaan »kraft ihres Erziehungsrechtes» ja »vermöge ihrer Fürsorgepflicht».

sesti oleskellutta 24 vuotiasta poikaansa harjoittamasta sukupuoliyhteyttä luonaan vuokralaisena asuvan naisen kanssa.⁸

Joskin rikoslakimme salavuoteutta koskeva lainkohta on kumottu, joten salavuoteus meillä ei ole rangaistava teko, niin siitä ei voida vetää sitä johtopäätöstä, että oikeuskatsomuksemme hyväksyisi teon. Pikemmin on lähdettävä siitä, että kun yhteiskunnassa vallitseva normi kieltää yleensä kaiken kurittomuuden sukupuolielämässä, niin on sellainen myös kiellettyä salavuoteutena. Rangaistusuhka sellaisesta teosta onkin poistettu lähinnä siitä syystä, että se on osoittautunut tehottomaksi, ja lainkohta siitä on jäänyt esimerkiksi meillä jo aikoja ennen kumoutumistaan kuolleeksi kirjaimeksi. Salavuoteudesta rankaiseminen ei liene vähitenkään edistänyt sukupuolisiveyttä yhteiskunnassa. Pikemminkin on salavuoteudesta rankaiseminen heikentänyt rangaistuksen vaikutusta yleensä ennakoestävässä merkityksessään. Kun rangaistusuhan poistaminen on johtunut tällaisista syistä, ei sanotulla muutoksella ole voinut olla merkitystä itse normin kielletteisyydelle sinänsä. Näinollen on epäilemättä katsottava, että vanhempien velvollisuutena on estää lapsensa salavuoteudesta, semminkin kun vanhemmilla yleensä on velvollisuus siveellisten vaarojen torjumiseen kodissaan. Mutta kun nimenomaan salavuoteuden torjumisvelvollisuus ei meillä perustu enempää lakiin kuin tavanomaiseenkaan oikeuteen, niin tällaista velvollisuutta on pidettävä pelkästään moraalisenä, joten teon estämättä jättäminen ei voi perustaa rikosoikeudellista vastuuta.⁹

Mainitusta syystä ei myöskään sisaruksilla voida katsoa olevan erityistä oikeudellista velvollisuutta suojella toisiaan vaaralta, elleivät he nimenomaan ole velvoittautuneet toisistaan huolta pitämään. Mitä mie-

⁸ Saksan oikeuskäytännössä on asetettu jopa sille kannalle, että aviomiehellä on oikeudellinen velvollisuus estää vaimonsa harjoittamasta luonnollista tai luonnonvastaista haureutta. Niinpä E 22, s. 334 RG lausuu: Aus (der) Stellung des Ehemannes ergibt sich nicht nur sein Recht, sondern auch die rechtliche Verpflichtung, seine Ehefrau davon zurückzuhalten, aus der Verletzung der ehelichen Treue ein Gewerbe zu machen. Als Haupt der Gemeinschaft hat er für eine dem Gesetze entsprechende Gestaltung derselben zu sorgen». Samasta ratkaisusta ilmenee, että rangaistavuus ymmärrettävästi edellyttää, että aviomiehellä on ollut tosiasiallisesti mahdollisuus estää vaimonsa haureuden harjoittaminen. Ks. myös E 48, s. 197. — Kotimaisen oikeutemme kannalta aviomiehellä ei voida katsoa olevan tällaista oikeudellista velvollisuutta, semminkään kun aviopuoliset ovat lakimme mukaan oikeudellisesti yhdenvertaiset.

⁹ Honkasalo, Rangaistava laiminlyönti II, DL 1942, s. 269.

lenkiintoisin on tässä suhteessa »l affaire Monnier»,¹⁰ niminen Ranskassa käyty prosessi, joka aikanaan herätti siellä valtavaa huomiota.

Aiheen tälle prosessille, joka käytiin Poitiersissa, antoi seuraava taupaus:

Toukokuussa 1901 tavattiin Blanch Monnier niminen mielisairas nainen, joka ei lainkaan pystynyt huolehtimaan itsestään, kaikkea huolenpitoa vaille jätettynä ja mitä surkeimmassa tilassa. Häntä oli pidetty äitinsä talossa pitemmän aikaa erillisessä lukitussa kojussa, missä hän isänsä kuoleman jälkeen oli joutunut elämään hyljättynä ja sanoinkuvaamattomassa kurjuudessa. Hänet tavattiin syöpäläisten kiusaamana, petomaiseksi kynsistyneenä ja hengenvaarallisesti nälkiintyneenä. Hänen veljensä oli useampaan otteeseen kehoittanut heidän äitiään toimittamaan B. M:n sairaalaan, panematta itse rikkaa ristiin tämän aikeen toteuttamiseksi. Asian joutuessa tuomioistuimen käsiteltäväksi, kuoli B. M:n äiti, joka oli lyhyemmän ajan jo ennen viranomaisten asiaan puuttumista ollut vuoteenomana.

Le tribunal correctionnel lausui päätöksessään, että koska Blanche Monnierin veli oli varsinkin sinä aikana laiminlyönyt huolenpidon hänestä, jolloin heidän äitinsä oli sairaana, oli B. M:n veli siten menettelyllään syyllistynyt ruumiinvamman tuottamiseen B. M:lle. Tämän vuoksi Le tribunal correctionnel tuomitsi B. M:n veljen Code penal art. 31 nojalla pahoinpitelystä 15 kuukauden vankeusrangaistukseen. La Cour d'Appel puolestaan vapautti hänet. Päätöksensä perusteluissa La Cour d'Appel muun muassa lausui, että koska B. M:n veljen ei ole näytetty sitoutuneen huolehtimaan siskostaan, niin ei hänellä ollut sellaiseen oikeudellista velvollisuutta sinäkään aikana, jolloin hänen äitinsä oli sairaana, joten syytetyn laiminlyönti ei voinut perustaa rikosoikeudellista vastuuta seurauksesta.

La Cour d'Appelin päätöstä on pidettävä ehdottomasti oikeana. On tosin myönnettävä, että inhimillinen tunne vaatii tällaisessä tapauksessa ankaraa rangaistusta syytetylle. Mutta oikeudellista ratkaisua ei voida rakentaa tunteelle, vaan sen tulee perustua oikeusjärjestykseen. Lainsäätäjämme ei ole jättänyt oikeusturvallisuutta tunteen varaan, vaan on rakentanut sen laille: »Jokainen tuomio perustettakoon syihin ja lakiin eikä mielivaltaan».

¹⁰ Jurisprudence generale. Recueil periodique et critique. 1902. 2, s. 81.

b) Disponointiin liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.

Tärkein tähän ryhmään kuuluvista tapauksista on se, jossa joku tahdonilmaisullaan velvoittautuu huolenpitoon tai valvontaan. Tieteisopissa puhutaan tällöin yleensä velvollisuuksista, jotka perustuvat sopimukseen. Sopimus yksistään ei kuitenkaan voi perustaa velvollisuutta, jonka rikkomisesta seuraa rikosoikeudellinen vastuu. *Sauer* onkin täysin oikeassa lausuessaan, että » — *blosse vertragliche Übernahme einer Pflicht zur Abwendung bestimmter Gefahren (kann) noch keine Rechtspflicht (mit der Folge der Strafbarkeit bei ihrer Verletzung!) begründen, weil der Vertrag selbst nicht verbindlich, die Pflicht aber unerfüllbar und gar nicht in unserer Gesamtrechtsordnung begründet sein kann*». ¹¹ Kysymys laiminlyönnin rikosoikeudellisesta vastuusta ei voi jäädä riippuvaksi sopimuksen pätevyydestä tai tulkinnasta. Sopimuksella ei lainkaan voida sitoutua rikosoikeudelliseen vastuuseen. Varsin sattuvasti on tämän tosiasian ilmaissut *Kohlrausch* lausuessaan, että » — *Strafbarkeit aus Vereinbarung zu folgern, ist unmöglich. Nichterfüllung eines Versprechens kann nicht zum Mörder machen*». ¹²

Erään mielipiteen mukaan sopimuksen sisältämän velvollisuuden rikkomisesta seuraisi rikosoikeudellinen vastuu ainoastaan siinä tapauksessa, että velvoittautumiseen liittyy vaarantila. Niinpä *Mezger* katsoo, että » *Wo durch die Pflichtübernahme eine besonders gefährdete Lage oder eine Steigerung der vorhandenen Gefahr geschaffen wird und die Übernahme zwecks Abwendung dieser Gefahr geschieht, da besteht auch strafrechtliche Haftung für die Folgen der Pflichtverletzung, sonst nicht*». ¹³ Käsityskanta perustuu siihen ajatukseen, että kun velvoittautumalla on luvattu antamaan sopimuskumppanille apua, niin tämä siihen luottaen luopuu itse varovaisuustoimenpiteistä vahingollisen seurauksen estämiseksi, jolloin velvoittautuneen laiminlyönti kosketellussa suhteessa perustaa rikosoikeudellisen vastuun vahingollisen seurauksen estämättä jättämisestä.

On myönnettävä, että velvoittautumisen vastainen vaarantilan torjumatta jättäminen perustaa ehdottomasti laiminlyöjälle rikosoikeudellisen vastuun laiminlyönnistä. Tästä huolimatta alussamainittua käsitys-

¹¹ *Sauer*, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, s. 221.

¹² *Kohlrausch*, Strafgesetzbuch, s. 13.

¹³ *Mezger*, Strafrecht, s. 144; *Dahm*, ZStrW 59 1940, s. 176; *Frank*, s. 18; *Bergendal*, Avtalsbrott, s. 192—195.

kantaa ei voida pitää oikeana, sillä rikosoikeudellista vastuuta laiminlyönnistä ei voida rajoittaa tapauksiin, joissa velvoittautumisella on luotu vaarantila tai jo olemassaolevan vaarantilan enentyminen,¹⁴ sillä varsin usein tällaisia olosuhteita ei ole velvoittautuessa olemassa tai edes odotettavissa. Kysymys siitä, perustaako sopimuksen sisältämän velvollisuuden rikkominen rikosoikeudellisen vastuun, onkin ratkaistavissa ainoastaan tutkimalla kussakin yksityistapauksessa, perustaako oikeusjärjestys normin rikkomisesta sellaisen vastuun. Tällöin on tietysti samalla myös selvitettävä, mihin toimenpiteisiin velvoittautuneen oli velvollisuutensa nojalla pitänyt ryhtyä.¹⁵ Sopimuksen nojalla syntyneen velvollisuuden rikkominen saattaa perustaa rikosoikeudellisen vastuun, vaikka itse sopimus olisikin jo lakannut olemasta voimassa. Kuvaavana esimerkkinä tästä on *Reichsgerichtin* päätös maaliskuun 21 päivältä 1888.¹⁶ Aviopuolisot olivat kunnan kanssa tekemällään sopimuksella ottaneet hoidettavakseen mielisairaana B:n. Kun B:n huolenpidosta tehty sopimus päättyi 1. 1. 1887, laiminlöivät mainitut aviopuolisot siinä määrin huolenpidon B:stä, että tämä kuoli siitä saamastaan sairaudesta. *Reichsgericht* tuomitsi aviopuolisot laiminlyönnillään aiheuttamastaan vahingollisesta seurauksesta rangaistukseen kuolemantuottamuksesta. Mainittua päätöstä on ehdottomasti pidettävä oikeana, sillä joskaan sanotuilla aviopuolisoilla ei ollut sopimuksen lakattua olemasta voimassa sen nojalla velvollisuutta huolehtia B:stä, niin kun B. tosiasiallisesti oli mainitun sopimuksen nojalla joutunut heidän huollettavakseen, eikä hän mielisairaana itse kyennyt huolehtimaan itsestään, niin olivat syytetyt velvollisia toimittamaan B:n viranomaisten huostaan. Vapautuakseen velvollisuuksistaan, syytettyjen olisi siten tullut ryhtyä täydentäviin toimenpiteisiin vahingollisen seurauksen estämiseksi. Tällainen velvollisuus saattaa syntyä tilapäisenkin disponoinnin nojalla. Ajatelkaamme sanotussa suhteessa tapausta, jossa joku ottaa valvoakseen rautatieasemalla pientä lasta, sillä aikaa, kun tämän äiti käy sanomalehtien ostossa. Jos äiti ei tällöin nouda lasta sovittuna aikana, niin on itsestään selvää, ettei lapsen valvontaansa ottanut voi jättää lasta oman onnensa nojaan, vaan vapautuakseen velvollisuudes-

¹⁴ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 217—218.

¹⁵ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 218; *Thyrén*, Principerna II, s. 19; *Mezger*, Strafrecht, s. 140; v. *Liszt-Schmidt*, s. 190: »In allen Fällen ist zu beachten, dass niemals eine Pflicht zu irgendeinem Tätigwerden genügt, sondern dass die — — — Pflicht gerade auf Abwendung dieses konkreten, tatbestandsmäßigen Erfolges unter den konkreten Umständen des Falles gerichtet sein muss».

¹⁶ *Ks. E 17*, s. 260.

taan, on hänen ryhdyttävä täydentäviin toimenpiteisiin lapsen saattamiseksi turvaan, esimerkiksi jättämällä lapsi asemapoliisille.

Vaikeuksia saattaa joskus tuottaa sen kysymyksen ratkaiseminen, vapauttaako delegatio velvoittautuneen rikosoikeudellisesta vastuusta, kun se, jolle hän on huolenpidon tai valvonnan siirtänyt, on laiminlyönnillään aiheuttanut vahingollisen seurauksen?

Selviönä on ymmärtääksemme pidettävä, että kaikissa niissä tapauksissa, joissa velvoittautunut on oikeutettu siirtämään toiselle huolenpidon tai valvonnan, hän myös vapautuu vastaamasta siitä seurauksesta, jonka tehtävien vastaanottaja on laiminlyönnillään aiheuttanut, jos delegoitaessa on noudatettu kaikkea sitä huolellisuutta, jota tilanne kulloinkin edellyttää. Lukemattomissa tapauksissa delegatio on suorastaan olosuhteista johtuen välttämätöntä. Ajatelkaamme tässä suhteessa aikamme monia valtavia teollisuuslaitoksia tai muita suuryrityksiä. Tällaisten yritysten johdolla ei ole edes mahdollisuutta torjua niitä ajateltavissa olevia vaaroja, joiden kohteeksi heidän sadat ja tuhannet yrityksessä työskentelevät alaisensa voivat joutua. Näinollen on luonnollista, että he joutuvat siirtämään nämä tehtävänsä samoin kuin useasti erilaisen valvonnan toisille. Mutta monasti joutuu huolenpitoon tai valvontaan velvoittautunut siirtämään tehtävänsä toiselle jopa perhepiirisäkin. Oikeuskäytännöstä tulkoon tässä mainituksi Reichsgerichtin päätökset E. 10, s. 100 ja E. 69, s. 321.

Edellisessä tapauksessa Wiesbadenin maaoikeus katsoi näytetyksi tulleen, että I. W., joka oli ottanut huolehtiakseen sokeasta sukulaisestaan A. M. W:stä, oli kodissaan uskonut tämän lähemmän hoidon tyttärelleen, joka oli kuitenkin siinä määrin laiminlyönyt A. M. W:n hoidon, että tälle oli hoidon puutteesta aiheutunut niinhyvin ruumiillisesti kuin sielullisestikin hengen ja terveyden vaara. Tämän vuoksi maaoikeus tuomitsi sekä isän että tyttären rangaistukseen pahoinpitelystä. Reichsgericht vahvisti mainitun maaoikeuden päätöksen. Päätöksensä perusteluissa Reichsgericht lausui, että I. W. oli syyllistynyt sopimukseen perustuneen velvollisuutensa rikkomiseen ja hänen tyttärensä velvollisuutensa rikkomiseen, mikä hänellä oli kuuliaisuusvelvollisuutensa nojalla isäänsä kohtaan. Jälkimmäinen tapaus on vuodelta 1935. J. J. oli ottanut siskönsä K:n taloonsa palvelukseen. Palveluksessa ollessaan K. sairastui vaikeasti. J. J. uskoi hänen hoitonsa tyttärelleen K. J:lle. Tämä laiminlöi kokonaan K:n hoidon, joka kuoli hoidon puutteesta. Sekä isä että tytär tuomittiin kuolemantuottamuksesta. Päätöksensä perusteluissa Reichsgericht muun muassa lausui: »Gegenseitig für

einander einzustehen ist ein Gebot der Sittlichkeit, das sich — — — für einen engeren Kreis der Kameradschaft der Frantsoldaten und dem Nationalsozialismus entspringt, der innerhalb der Volksgemeinschaft Opferbereitschaft verlangt».

Niinhyvin edellisen kuin jälkimmäisenkin ratkaisun lopputulosta on pidettävä oikeana, mutta jälkimmäisen perustelua juriidisesti vääränä. Isää oli molemmissa tapauksissa rangaistava siitä, että hän oli aiheuttanut vahingollisen seurauksen laiminlyömällä velvollisuutensa valvoa, että tyttärensä olisi hoitanut hänen huolenpitoonsa uskottua henkilöä. Isään nähden on nimenomaan huomattava, että siirtäessään tehtävän tyttarelleen, hänellä oli kodin piirissä tosiasiallinen mahdollisuus valvoa, että huolenpitovelvollisuus tulisi täytetyksi.

Jos huolenpitovelvollisuus on asianmukaisesti siirretty, vapautuu siirtäjä vastaamasta siitä vahingollisesta seurauksesta, jonka tehtävän vastaanottaja on laiminlyönnillään aiheuttanut. Erinomaisen esimerkin tästä tarjoaa Tanskan oikeuskäytännössä sattunut seuraava tapaus:

M. G., joka aikoi ostaa auton P. B:n autoliikkeestä, ilmoitti haluvansa ensinnä suorittaa koeajon. Koska M. G.:llä, joka oli P. B:n autokoulun oppilas, ei ollut riittävää ajotaitoa suorittaakseen turvallisesti koeajon yksin, määräsi P. B. liikkeensä automekaanikon L. D:n, joka oli täysin ajotaitoinen, valvomaan koeajoa, antaen myös selvät ohjeet, joita matkalla oli noudatettava. L. D. laiminlöi valvonnan sillä seurauksella, että autoa ohjannut oppilas M. G. ajoi jalankulkija E. R:n yli, jolloin tämä kuoli yliajosta saamiinsa vammoihin. Højesteret tuomitsi L. D:n kuolemantuottamuksesta, mutta hylkäsi sensijaan P. B:tä vastaan nostetun syytteen. Päätöksensä perusteluissa Højesteret lausui: »Da Tiltalte Dahl (L. D.) førte Tilsyn med Kørslen og i Tide burde have været opmærksom paa Faren og sørget for denne var blevet afværget, har han paadraget sig Ansvar — — —». Hvad Tiltalte Büdtz (P. B.) angaar, vil der ikke kunne paalaegges ham Ansvar for den skete Paa-kørsel, da det ikke er godtgjort, at der fra hans Side har foreligget Forsømmelser med Hensyn til Anvisninger for Kørslen eller Bremsningen».¹⁷

Oikeudellinen velvollisuus huolenpitoon ja valvontaan vahingollisen seurauksen estämiseksi on usein myös sillä, joka ryhtyy toimeen tai ottaa määrätyn tehtävän suorittaakseen. Ellei lähempiä määräyksiä tai ohjeita toimen hoitamisesta tai tehtävän suorittamisesta ole annettu, saat-
taa syntyä vaikeuksia sen seikan ratkaisemiseksi, missä lajuudessa tai

¹⁷ Ks. U 1916, s. 983 selostettua päätöstä 5. 2. 1916.

mihin toimenpiteisiin kulloinkin olisi ryhdyttävä vahingollisen seurauksen estämiseksi. Varsin mielenkiintoisia ovat tässä suhteessa seuraavat kotimaisessa oikeuskäytännössä sattuneet tapaukset:

Marraskuun 22 päivänä 1913 julistamassaan päätöksessä katsoi *Valkealan KO* tulleen selvitettyksi, että kolmen henkilön ryhdyttyä käskystä puhdistamaan erästä höyrykattilaa Voikan paperitehtaan pannuhuoneessa, oli lämmittäjä P., jonka toimenä oli ollut lämmittäjän tehtävien valvominen pannuhuoneessa, tietäen mainittujen henkilöiden sinä päivänä alkavan työskennellä sanotussa höyrykattilassa ja ottamatta selvää siitä, oliko tämä eristetty muista kattiloista, antanut määräyksen laskea pohjahanan kautta höyry erästä toisesta samassa huoneessa käytössä olevasta kattilasta, jolla oli yhteinen ulospuhallusputki puhdistettavan kattilan kanssa, jolloin kuuma höyry oli päässyt tunkeutumaan puhdistettavaan kattilaan sillä seurauksella, että siinä olleet kattilanpuhdistajat olivat saamistaan palohaavoista vielä samana päivänä kuolleet. Tämän vuoksi *KO* tuomitsi P:n kolmen henkilön kuolemantuottamuksesta rikoslain 21 luvun 10 §:n ja 7 luvun 1 §:n nojalla 4 kuukauden vankeusrangaistukseen. *Viipurin HO*: Ei muussa suhteessa muutosta päätökseen, paitsi että P:lle tuomittu rangaistus alennettiin 1 kuukaudeksi vankeutta. *OO*: Ei muutosta. *OO:n* päätös ei kuitenkaan ollut yksimielinen. Koska näet oli käynyt selville, että ennen kysymyssääntöä tapahtumaa lämmittäjien katsastusmies aina, ennenkuin jotain höyrypannua oli ryhdytty puhdistamaan oli eristänyt tämän pannun käytössä olevista pannuista sekä erittäin ilmoittanut lämmittäjille, milloin puhdistettavan pannun pohjana oli avattavana, jotteivät lämmittäjät silloin laskisi höyryä heidän hoidettavinaan olevista pannuista, hylkäsi 1 jäsen P:tä vastaan ajetun syytteen, koska P:n viaksi ei voitu lukea, »ettei hän k.o. tilaisuudessa ollut vakuuttautunut, että lämmittäjien katsastusmies oli täyttänyt velvollisuutensa puhdistettavan pannun eristämiseen nähden, etenkin kun mitään määräyksiä hänen velvollisuuksistaan tässä kohden ei oltu annettu».¹⁸ — Vaikka onkin katsottava, että vahingollinen seuraus aiheutui lähinnä juuri katsastusmiehen laiminlyönnistä, niin oli myös P. laiminlyönyt velvollisuutensa valvoa yleensä alaitensa toimintaa pannuhuoneessa. Oikeinta olisikin mielestämme ollut tuomita heidät molemmat rangaistukseen puheenaolevan seurauksen aiheuttamisesta.

Virallisen syyttäjän y.m. syytteestä *Kemijärven KO* lausui selvitettyksi, että autonkuljettaja A. E. K. oli Kemijärven pitäjässä kul-

¹⁸ Ks. *OO:n* päät. 5. 2. 1916, tied. n:o 70.

jettanut juopuneena autoaan ja tällöin jättänyt kuljetettavanaan olleen työmies V. I. A:n, joka oli ollut kovasti päihtyneenä, avuttomaan tilaan maantien vieressä olevaan asumattomaan taloon seurauksin, että V. I. A., poistuttuaan sittemmin yöllä talosta, oli menehtynyt metsään. Tämän vuoksi KO tuomitsi A. E. K:n m.m. toisen avuttomaan tilaan jättämisestä rikoslain 25 luvun 3 §:n nojalla vuodeksi vankeuteen. V a a s a n H O katsoi antamassaan päätöksessä, että koska A. E. K:n, jättäessään sanottuna yönä vallinneessa ankarassa pakkasessa V. I. A:n kylmillään olleeseen asumattomaan taloon, oli täytynyt olla tietoinen V. I. A:n hengelle ja terveydelle olleesta suuresta vaarasta, niin HO jätti asian KO:n päätöksen varaan. K K O lausui puolestaan, ettei asiassa esitetyn selvityksen nojalla A. E. K:n voitu katsoa, jättäessään kysymyksessäolevassa tilaisuudessa V. I. A:n sanottuun taloon, heittäneen häntä avuttomaan tilaan. Tämän johdosta KKO vapautti A. E. K:n hänelle tällaisesta rikoksesta tuomitusta rangaistuksesta.¹⁹ — Tapaus on sitäkin mielenkiintoisempi, kun A. E. K. siinä vapautettiin subjektivi-sella perusteella.

Monissa yrityksissä saattaa huolenpito ja valvonta siitä kuulua useamman henkilön muodostamalle elimelle. Siten esimerkiksi osakeyhtiössä huolenpito ja erikoisesti valvonta yrityksen toiminnasta kuuluu sen hallitukselle. Tällöin voi vahingollisen seurauksen tapahtuessa herätä kysymys siitä, perustaako laiminlyönti rikosoikeudellisen vastuun seurauksesta hallitukselle kokonaisuudessaan, vaiko ainoastaan sille, joka lähinnä on laiminlyönyt huolenpito- tai valvontavelvollisuutensa mukaisen toiminnan? Ellei hallitus ole jakanut huolenpito- ja valvontatehtäviä jäsentensä kesken, niin on mielestämme katsottava, että hallitus kokonaisuudessaan on vastuussa huolenpidon tai valvonnan laiminlyömisellä aiheutetusta seurauksesta. Kysymykseen ei ymmärrettävästikään käy vastaaminen yleisen säännön puitteissa ehdottomalla varmuudella, sillä ratkaisuun vaikuttaa tietysti kulloinkin yksityistapauksen tosiasiallinen luonne. Niinpä jos hallituksen jäsen esimerkiksi yhtiössä olevan toimiasemansa nojalla on velvoitettu määrättyyn huolenpitoon tai valvontaan, niin laiminlyönti perustaa yksin hänelle rikosoikeudellisen vastuun siihen katsomatta, onko eri huolenpito- tai valvontatehtävät muuten jaettu hallituksen jäsenten kesken tai ei. Esimerkkinä tästä mainittakoon K K O:n päätös 1 päivästä marraskuuta 1935.²⁰

¹⁹ Ks. KKO:n päät. 12. 12. 1938, tied. n:o 664.

²⁰ KKO:n tied. 1935, n:o 500.

Sittenkuin osakeyhtiö X. oli asetettu konkurssitilaan, vaativat määrättyt konkurssipesän velkojat rangaistusta kaikille osakeyhtiön hallituksen jäsenille m.m. siitä, että nämä olivat »toimittaneet yhtiön kirjanpidon yleensä huolimattomasti». Kuortaneen KO lausui selvitettyksi, että konkurssitilaan asetetun yhtiön kirjanpito oli toimitettu huolimattomasti siten, ettei tilieriä oltu säännöllisesti päivittäin viety kirjoihin eikä erinäisiä suurempia tavaramyyntejä niihin merkitty, ja ettei yhtiön omaisuusluetteloja, mikäli niitä oli laadittu, oltu asianmukaisesti allekirjoitettuna ja sidottuina laissa määrättyllä tavalla säilytetty eikä kirjanpitoon kuuluvia tilitodisteita säädetyltä ajalta talletettu. Tämän vuoksi ja kun yhtiön kirjanpidosta huolehtiminen oli kuulunut hallituksen jäsen K. J. V:lle yhtiön toimitusjohtajana, niin KO, hyläten syytteen kokonaisuudessaan muita hallituksen jäseniä vastaan, tuomitsi K. J. V:n huolimattomana konkurssivelallisena rikoslain 39 luvun 3 §:n 2 kohdan ja 5 §:n nojalla 3 kuukauden vankeusrangaistukseen. Vaasan HO: Ei muutosta. KKO lausui päätöksessään, että koska K. J. V. oli kysymyksessäolevana aikana kiistämättä ollut mainitun osakeyhtiön toimitusjohtajana, niin oli katsottava hänen olevan vastuussa kirjanpidossa todetuista puutteellisuuksista. Kun sensijaan asiassa ei oltu näytetty, että muut hallituksen jäsenet olisivat ottaneet siten osaa yhtiön hoitoon, että hekin olisivat olleet vastuunalaiset yhtiön kirjanpidosta, niin KKO näillä ja alempien oikeuksien lausumilla perusteilla katsoi, ettei oltu esitetty syytä muuttaa HO:n lopputulosta, joka siis jäi pysyväksi.

Toimi- tai palvelussuhde perustaa yleensä rikosoikeudellisen vastuun laiminlyönnillä aiheutetusta seurauksesta kaikissa niissä tapauksissa, joissa toimeen tai palvelukseen sisältyy huolenpito ihmisistä, eläimistä tai esineistä.²¹ Joka ottaa hoitaakseen sairasta, joutuu vastuuseen vahingollisesta seurauksesta, jonka hän tälle aiheuttaa joko tuottamuksellisesti tai tahallisesti laiminlyönnillään. — Eläinten kaitsija, joka laiminlyö eläinten vartioimisen, joutuu näiden tuottamasta vahingosta (vahingonkorvausvelvollisuutensa lisäksi) rikosoikeudelliseen vastuuseen.²² — Mielenkiintoinen on kysymys siitä, mistä vahtia on rangaistava, joka laiminlyö vartiotehtävänsä esimerkiksi varkaiden murtautuessa vartiointavaan taloon? Jos vahti jättää estämättä teon, on häntä sanotussa

²¹ Andenaes, s. 399.

²² Vrt. rikoslain 33 luv. 9 §:n 2 kapp.: »Joka laiminlyömällä velvollisuutensa vartioida omia tahi toisen elukoita, taikka muulla tavalla on synnä siihen, että elukoita on luvattomasti päässyt syötölle toisen tiluksille, vetäköön sakkoa — —».

tapauksessa rangaistava avunannosta murtoon tai törkeään varkauteen.²³ Kussakin yksityistapauksessa on tietysti vielä lähemmin tutkittava, mihin toimintaan tai toimenpiteisiin vahdin olisi kulloinkin tullut ryhtyä tehtävänsä puitteissa. Jos kysymyksessä on esimerkiksi porttivahti, niin hänen vartioimistehtäviinsä tuskin voidaan katsoa kuuluvan muun kuin itse portin vartioimisen, ellei toisin ole sovittu. — Joka ottaa hoitaakseen sellaisia laitteita tai koneita, joista voi koitua vahinkoa muille, on velvollinen ryhtymään toimenpiteisin vahingollisen seurauksen estämiseksi.²⁴

Eräissä tapauksissa saattaa myöskin toiselle kuuluvan irtaimen omaisuuden hallinta perustaa rikosoikeudellisen vastuun sille, joka jättää estämättä hallinnassaan olevan irtaimen omaisuuden vahingoittamisen, tuhoamisen tai anastamisen. Ajatelkaamme tässä suhteessa esimerkiksi tapausta, jossa A. ottaa talletukseensa B:lle kuuluvia tavaroita. On itsestään selvää, että A:lla on talteenottajana siviilioikeudellinen velvollisuus huolehtia talteenottamistaan tavaroista, ja että A. on vahingonkorvausvelvollinen kaikesta vahingosta, minkä hän aiheuttaa tavaralle laiminlyömällä huolenpidon siitä. Vahingonkorvausvelvollisuus muodostaakin käytännössä yleensä riittävän takeen huolenpitovelvollisuuden noudattamisesta. Tapauksia saattaa kuitenkin sattua, joissa laiminlyöjälle syntyy vahingollisen seurauksen estämättä jättämisestä vahingonkorvausvelvollisuuden lisäksi myös rangaistusvastuu. Jos talteenottaja, joka havaitsee palvelusväkensä tai muiden tahallisesti vahingoittavan, tuhoavan tai anastavan talteenpantua tavaraa, jättää estämättä

²³ Ks. RG:n E 11, s. 153: Th., joka oli S:n maatilalla vahtina, oli luvannut kolmelle tilan rengille näiden pyynnöstä jättää estämättä aikeissa olevaa viljavarkautta. Lupauksensa mukaisesti Th. jätti ryhtymättä toimenpiteisiin nähdessään mainittujen renkien varastavan tilan vilja-aitasta viljoja. Kamarioikeus hylkäsi Th:ta vastaan nostetun syytteen avunannosta törkeään varkauteen, koska kamarioikeus tuli siihen tulokseen päätöksessään, ettei pelkkää estämättä jättämistä voitu pitää avunannon käsittävänä »neuvona tai toimenä». *Reichsgericht* lausui puolestaan, että joskaan pelkkää rikoksen estämättä jättämistä ei yleensä sellaisenaan voitu pitää avunantona rikokseen, niin kysymyksessäolevassa tapauksessa Th:n on katsottava syyllistyneen puhenaolevan rikoksen avunantoon, koska Th:lla oli oikeudellinen velvollisuus vahdin ominaisuudessaan estää varkauden tapahtuminen. Tämän vuoksi RG. tuomitsikin Th:n avunannosta törkeään varkauteen.

²⁴ Ks. KKO:n päät. 10. 1. 1927, tied. n:o 5: Koska sähkölaitoksen hoitaja J. N. oli laiminlyönyt korkeajännitejohdon varustamisen asianmukaisella tavalla suojalaitteilla, ja alaikäinen L. U. kuoli korkeajännitejohdosta saamastaan sähköiskusta, niin Helsingin RO tuomitsi J. N:n rikoslain 21 luvun 10 §:n nojalla rangaistukseen kuolemantuottamuksesta. Turun HO: Ei muutosta. KKO: Ei muutosta.

vahingonteon tai anastamisen, niin hän syyllistyy siten omaisuuden vahingoittamisen²⁵ tai varkauden avunantoon.²⁶ Sama vastuu johtuu vastaavasti laiminlyönnistä myös sille, jolla on hallinnassaan toiselta vuokraamiaan esineitä tai joka ottaa talteen löytöesineen.

Eläinten pito luo niiden omistajalle velvollisuuden niinhyvin huolehtia eläimistä kuin myös valvoa, etteivät ne aiheuta vahinkoa ympäristölle. Huolenpidon tai valvonnan laiminlyönti saattaa perustaa eläinten omistajalle rangaistusvastuun. Koti- ja ulkomaisesta oikeuskäytännöstä mainittakoon tästä seuraavat tapaukset:

Kruununnimismies E. T:n syytteestä *Pieksämäen* KO lausui 10. 10. 1919 tulleen selviteteksi, »että N. P. oli vuosina 1918 ja 1919 pitemmän aikaa pitänyt kahta hevostaan huonolla ruualla sekä käyttänyt niitä töissä ja jättänyt ne ilman tarpeenmukaista hoitoa, vaikka hevosten olkapääät olivat olleet perin puutteellisten valjaitten verille särkemät». Tämän vuoksi KO tuomitsi N. P:n rikoslain 43 luvun 5 §:n 1 kappaleen nojalla eläinrääkkäyksestä 2 kuukauden vankeusrangaistukseen. KKO: ei muutosta.²⁷

Høyesterett tuomitsi 22. 4. 1932 antamassaan tuomiossa G. H. F:n, joka paimentaessaan karjaansa oli jättänyt estämättä niinhyvin sen

²⁵ Vrt. rikoslain 35 luvun 3 §: »Sellaisesta tahallisesta ja ilman laillista oikeutta tehdystä toisen irtaimen tahi kiinteän omaisuuden hävittämisestä tai vahingoittamisesta, josta muualla laissa ei ole säädetty, tuomittakoon syyllinen — — —».

²⁶ Toisin *Andenaes*, s. 393, joka katsoo anastuksenkin estämättä jättämisestä voitavan rangaista vain toiselle kuuluvan irtaimen omaisuuden hävittämisestä. Mielipiteensä perusteluissa *Andenaes* lausuu: »Et praktisk tilfelle er, at (en) ikke griper inn mot sine folk som stjeler av de varer (en) har til oppbevaring. Underslagsbestemmelsen kan etter sin ordlyd ikke anvendes. Derimot kan det bli tale om å straffe (en) for medvirkning til folkenes forbrytelse. Dersom der foreligger en gjensidig forståelse, må passiviteten likestilles med et positivt samtykke; resultatet blir domfellelse for medvirkning til underslag. Om en kan betrakte unnlatelsen som en medvirkning — — — når folkene tror seg ouppdaget, er — — meget tvilsomt. Det ville i så fall bli medvirkning til tyveri, ikke til underslag. Og en står altså overfor det dilemma at en enten må bedømme forholdet strengere enn i det mer graverende tilfelle at der foreligger gjensidig forståelse, eller late det helt straffritt». Pidämme puolestamme tätä perustelua virheellisenä, sillä olipa palvelusväkeen kuuluva tai muu henkilö tavaroita anastaessaan tietoinen tai ei siitä, että anastus jätetään estämättä, niin jokatapauksessa anastus on varkautta eikä kavallusta. Näinollen ei mielestämme myöskään kosketellussa suhteessa esineen haltijan tuomitsemiseen avunannosta synny sitä vaikeutta, josta *Andenaes* mainitsee perusteluissaan.

²⁷ KKO:n päät. 14. 1. 1921, tied. n:o 20. Ks. myös OO:n päät. 8. 7. 1916, n:o 543 ja Norjan oikeuskäytännöstä *Rt.* 1934, s. 897 selostettua tapausta.

kulkeutumisen toisen tilukselle kuin myös sen vahingonteon siellä, Almindelig Borgerlig Straffelovin 396 §:n²⁸ nojalla 25 kruunun sakkoon. Tuomionsa perusteluissa Høyesterett m.m. lausui: »Retten legger vekt paa at — — — siktede ikke synes at ha lagt to pinner i kors for at kuene ikke skulde komme der (setervold), og naar de først var der sitter hun sig rolig ned og lar kuene systematisk avbeide volden, uaktet hun som jordbrukskyndig og forstandig menneske maa forstaa at volden er slaateland under kultur. En slik optreden finner retten ikke bare moralsk forkastelig, men ogsaa rettsstridig efter straffelovens § 396, uavsett hvad hun mener om — — — gjerdeplikt».²⁹

A., joka tiesi vihaisen koiransa olevan pahan puremaan, antoi koiransa liikkua vapaana. Koira hyökkäsi renki S:n kimppuun ja puri häntä niin pahoin, että hän muutamaa päivää myöhemmin kuoli puremasta. Reichsgericht tuomitsi A:n tästä eläimen vartioimatta jättämisellä aiheuttamastaan seurauksesta rangaistukseen kuolemantuottamuksesta.³⁰ RG:n ratkaisua on pidettävä oikeana, sillä A:lla oli oikeudellinen velvollisuus valvoa, ettei eläin, jonka hän tiesi vaaralliseksi, pääsisi tekemään vahinkoa. Normi, johon tällainen velvollisuus perustuu, on jo vuosituhansia sitten ollut lakina eri kansoilla.

c) Ammatin tai elinkeinon harjoittamiseen liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.

Kaikessa inhimillisessä toiminnassa on yleensä noudatettava riittävää varovaisuutta (»die im Verkehr erforderliche Sorgfalt»), jottei toiminnasta koituisi vahinkoa kanssaihminen oikeutetuille intresseille. Sille, joka harjoittaa määrättyä ammattia tai elinkeinoa, johtuu lisäksi erityinen oikeudellinen velvollisuus huolehtia ja valvoa, että se vaara, joka sanotusta toiminnasta voi syntyä, tulee torjutuksi tai neutralisoiduksi. Vahingollisen seurauksen estämättä tai torjumatta jättäminen

²⁸ Mainittu lainkohta kuuluu tapaukseen sovelletulta osin seuraavasti: »Med Bøder eller med Faengsel indtil 3 Maaneder straffes den, som uden Berettigelse — — — driver Husdyr ind. paa Grund i andens Besiddelse, eller som retsstridig til den berettigedes Skade eller mod dennes Forbud øver anden Raadighet over fast Eendom i andens Besiddelse, — — —».

²⁹ Rt. 1932, s. 395. — Ks. kotimaisesta oikeuskäytännöstä KKO:n päät. 19. 2. 1920, tied. n:o 159, KKO:n päät. 20. 8. 1920, tied. n:o 596 ja KKO:n päät. 19. 9. 1922, tied. n:o 991.

³⁰ E 6, s. 249. Ks. myös OO:n päät. 7. 12. 1917, n:o 628.

perustaa ammatin- tai elinkeinonharjoittajalle niinhyvin siviili- kuin rikosoikeudellisen vastuun.³¹

Vuosisatamme taloudelliselle kehitykselle on ollut luonteenomaista jatkuvasti kasvanut koneistuminen. Tästä on ollut seurauksena, että vaaramomentti on entisestään lisääntynyt niinhyvin tuotannon ja liikenteen palveluksessa oleville kuin ulkopuolisillekin. Vastaavasti ovat mainitusta syystä lisääntyneet ne erilaiset toimenpiteet, joihin yritysten toiminnan ja työn johdossa olevien on täytynyt ryhtyä moninaisten vaarojen torjumiseksi. Ennenkaikkea on syntynyt tarve varustaa koneet ja laitokset suojalaitteilla vahingollisten seurausten estämiseksi. Oikeuskäytäntö tarjoaa lukuisan joukon esimerkkejä laiminlyönnillä aiheutusta seurauksesta tässä suhteessa.

Helsingin RO lausui selvitetyn, että V. A., joka oli ollut laastin kannossa O. V:n johdolla rakennettavalla uudisrakennuksella, oli pudonnut välikatossa olleesta hissiaukosta ja loukkaantunut niin vaikeasti, että hän oli sen johdosta hoidettavana sairaalassa 4 kuukauden ajan. Koska niitä telineitä, joitten välissä mainittu hissiaukko oli ollut, ei voitu katsoa riittäviksi suojalaitteiksi, varsinkaan kun V. A:lle ei oltu ennen hänen ryhtymistään työhön huomautettu aukon olemassaolosta, niin RO katsoi niin muodoin O. V:n laiminlyöneen velvollisuutensa suojella työntekijöitään loukkaantumiselta. Tämän vuoksi RO rikoslain 21 luvun 10 §:n nojalla tuomitsi O. V:n vaikean ruumiinvamman tuottamuksesta. Turun HO alensi O. V:lle tuomittua sakko-rangaistusta, mutta pysytti RO:n päätöksen muussa suhteessa voimassa sellaisenaan. KKO: ei muutosta.³²

Lohjan KO katsoi selvitetyn, että A. A. S. oli tosin saanut surmansa kaivoksessa työskennellessään kaivoksen seinämästä irtautuneesta ja hänen päälleen pudonneesta jääkimpaleesta, mutta kun kaivoksen johtajan ja kaivosvouti L. A:n ei oltu näytetty laiminlyöneen tarpeellisia suojelutoimenpiteitä työn turvaamiseksi, niin KO hylkäsi heitä vastaan nostetun syytteen kuolemantuottamuksesta. Turun HO: Ei muutosta. KKO: Koska syytetyt, joiden velvollisuutena oli ryhtyä toimenpiteisiin kaivoksessa työskentelevien turvaamiseksi onnettomuustapauksilta, olivat laiminlyönnillään ajoissa irroituttaa jääkappaleet kaivoksen seinämästä, aiheuttaneet A. A. S:n kuoleman, niin KKO, muuttaen

³¹ Andenaes, s. 255—256; Torp, s. 277; Ussing, s. 53—54; Mezger, Strafrechts, s. 143; v. Hippel, s. 163—164.

³² KKO:n päät. 3. 5. 1929, tied. n:o 312.

HO:n ja KO:n päätöksen, tuomitsi syytetyt rikoslain 21 luvun 10 §:n nojalla rangaistukseen kuolemantuottamuksesta.³³

Viilaaja L. E. E. oli liikkeessaan osakeyhtiö C. V:n työmaalla lähellä teränsuojusta vailla olutta sirkkelisahaa kompastunut ja kaatunut käynnissä olleen sirkkelinterän päälle sillä seurauksella, että hän oli terän hänen kaulaansa viiltämästä haavasta heti kuollut. *Turun RO* katsoi selvitetyn, että mainitun yhtiön toimeenpaneva johtaja S. oli laiminlyönyt huolehtia siitä, että kysymyksessä oleva sirkkelisaha olisi ollut varustettu tarkoituksenmukaisella teränsuojuksella. Kun S. siten oli tuottanut L. E. E:n kuoleman, niin RO tuomitsi S:n 28. 3. 1930 annetun työturvallisuuslain 2 ja 11 §:n sekä rikoslain 21 luvun 10 §:n ja 7 luvun 1 §:n nojalla yksin teoin tehdystä kuolemantuottamuksesta ja työturvallisuuslaitteiden järjestämisen laiminlyönnistä 40:een 100 markan määräiseen päiväsakkoon. *Turun HO* jätti asian RO:n mainitsemien lainkohtien ja työturvallisuuslain 24 §:n nojalla RO:n päätöksen varaan, siltä osin kuin tuo päätös koski S:lle tuomittua rangaistusta. *KKO* katsoi, että koska S. ei ollut näyttänyt, että hänelle toimitusjohtajana kuuluva velvollisuus huolehtia yhtiön puheenaolevan sirkkelisahan varustamisesta tarkoituksenmukaisella teränsuojuksella olisi siirtynyt jollekin muulle yhtiön edustajalle, jolla siinä suhteessa olisi ollut oikeus käyttää työnantajalle kuuluvaa oikeutta ja valtaa, niin ei S. ollut esittänyt syytä muuttaa HO:n päätöstä, joka siis jäi pysyväksi.³⁴

Normi, joka luo työnantajalle tai hänen edustajalleen erityisen oikeudellisen velvollisuuden ryhtyä toimenpiteisiin työntekijäin suojelemiseksi itse työn tai laitoksen koneistuksen tahi laitteiden tarjoamilta vaaroilta, on statuoitu 28 päivänä maaliskuuta 1930 annetun työturvallisuuslain 2 §:ssä: »Työnantaja on velvollinen ottamaan varteen kaiken, mikä työn laatuun ja niihin olosuhteisiin katsoen, joissa sitä suoritetaan, kohtuudella voidaan pitää tarpeellisenä hänen työssään olevain työntekijäin suojelemiseksi joutumasta siinä alttiiksi tapaturmille tai saamasta työn johdosta vaurioita terveydelleen — — —». Työturvallisuuslaki kumosi 1914 annetun asetuksen ammattivaaralta suojelemisesta. Maamme ensimmäinen varsinainen työväensuojelulaki, asetus teollisuusammateissa olevain työntekijäin suojelemisesta, annettiin jo

³³ *KKO:n* päät. 9. 9. 1937, tied. n:o 404. Ks. myös *KKO:n* päät. 16. 8. 1937, tied. n:o 370.

³⁴ *KKO:n* päät. 11. 11. 1940, tied. n:o 335. Ks. myös *KKO:n* päät. 19. 2. 1937, tied. n:o 105; *KKO:n* päät. 7. 10. 1929, sel. n:o 45; *RG. E.* 3, s. 208 ja *E.* 10, s. 6.

vuonna 1889. Sekin sisälsi yleisiä suojelumääräyksiä työntekijäin turvaamiseksi työstä tai työkoneista aiheutuvilta vaaroilta.

Työnantaja tai hänen edustajansa on ymmärrettävästi velvollinen myöskin valvomaan, ettei yrityksestä tai siinä suoritetusta työstä aiheudu vaaraa ulkopuolisille tai heidän omaisuudelleen. Varsin mielenkiintoinen on tästä *Helsingin RO:n* 1. 10. 1935 ratkaisema tapaus, jossa RO katsoi selvitetyn, että I. A. F. rakennustyömaan vastuunalaisena työnsuorittajana oli laiminlyönyt valvoa, että sanotulla työmaalla louhintatöiden panostajana toiminut lataaja A. M., jolle I. A. F. oli toimitettavaa kallion louhintaa varten antanut turvallisuusmääräyksiä, olisi noudattanut sanottuja määräyksiä. Tämän vuoksi ja kun M:n suorittamasta kallion räjäyttämisestä oli ollut seurauksena, että työmaan ohi kulkeneet W., L., V. ja B. olivat ilmaan sinkoutuneista, heihin sattuneista kivistä saaneet vaikeata vähäisempiä vammoja, ja erinäinen irtain ja kiinteä omaisuus oli vahingoittunut, RO tuomitsi I. A. F:n rikoslain 34 luvun 7 §:n, 44 luvun 10 §:n, 21 luvun 11 §:n 2 kappaleen ja 7 luvun 1 §:n nojalla yhdellä teolla tehdystä laiminlyönnistä työnantajan ryhtyä tarpeellisiin varokeinoihin estääkseen vaaran ihmisiltä sekä ruumiinvamman tuottamuksesta yhden kuukauden vankeusrangaistukseen. *Turun HO* jätti asian RO:n päätöksen varaan, määräten kuitenkin, että I. A. F:lle tuomitun rangaistuksen täytäntöönpano oli lykkäytyvä 3 vuoden koetusajan. KKO, joka tuomitsi I. A. F:n hänen syykseen luetuista rikoksista sakkorangaistukseen, pysytti HO:n päätöksen muilta osin voimassa.³⁵ I. A. F. tuomittiin siis mainitussa tapauksessa laiminlyönnillä aiheutetusta vahingollisesta seurauksesta, konkreettisesta vaarantilasta ja abstraktisesta vaarantilasta.

Sääntönä voidaan yleensä pitää, että se, joka käyttää yrityksessään luonnonvoimia tai harjoittaa rakennustoimintaa, on velvollinen huoleh-

³⁵ KKO:n päät. 20. 7. 1937, tied. n:o 350. Ks. myös Rt. 1888, s. 670 selostettua *Høyesteretin* tuomiota 23. 4. 1888. Mylläri O. E. oli myllyn ollessa käynnissä asettunut lepäämään. Hänen nukkuessaan oli mylly syttynyt koneistossa tapahtuneen itsesytytyksen johdosta palamaan. Kun tulipaloa ei ajoissa torjuttu, pääsi tuli leviämään sellaisella voimalla, että koko mylly paloi poroksi. Mylläri tuomittiin tästä tuottamuksellisesti aiheutetusta vahingollisesta seurauksesta vankeusrangaistukseen. *Høyesteret* lausui tuomiossaan m.m.: »Naar han derfor, vidende om, at han er alene i Møllen, tager Hvile i Møllekammeret udover den tid, der vilde medgaa til Formaling af det paa Kvaernen vaerende Kvantum Korn, kan det neppe være tvivlsomt, at han gjør sig skyldig i Mangel paa den tilbørlige Agtpaagivenhed og at han, naar Ildebrand opstaar paa Grund af denne hans Forsømmelighed, maa baere ansvaret derfor.»

timaan rangaistusvastuun uhalla siitä, ettei toiminnasta aiheudu vahingollisia seurauksia.³⁶ Sääntöä voidaan soveltaa myös ennenkaikkea erilaiseen koneellistutettuun liikenteeseen. Erityisesti meri- ja yleensä laivaliikenteessä sekä rautatieliikenteessä, jossa tavallisesti suurempi joukko ihmisiä on kuljetettavana samassa kulkuneuvossa, laiminlyönti saattaa johtaa mitä kohtalokkaimpiin seurauksiin. Kotimaisessa oikeuskäytännössämme esiintyneistä tapauksista lienee tässä suhteessa järkevintä Louhi nimisen höyrylaivan uppoaminen 15 päivänä toukokuuta 1934, jolloin 33 matkustajaa hukkui.

Vehmersalmen KO katsoi puheenaolevassa tapauksessa selvitetyn, että (laivuri) A. O. oli laiminlyönyt vakuuttautua siitä, että höyrylaiva Louhessa oli ollut siihen määrätty 3500 kilon painolasti, ja ilmoitetussa tilaisuudessa laivan kulkiessa täydellä nopeudella varomattomasti liian äkkiä kääntänyt laivaa, ottamatta huomioon laivan kansilastin virheelistä sijoitusta, seurauksin että laiva oli kallistunut ja kohta sen jälkeen uponnut sekä siinä matkustajina olleet 33 henkilöä hukkuneet, että (perämies) S. V. F., joka oli ollut tietoinen siitä, että laivasta oli syksyllä vuonna 1933 poistettu osa painolastista, oli laiminlyönyt ilmoittaa sen vähenemisestä O:lle ja huolehtia määrätyn painolastin ottamisesta laivaan vuoden 1934 puhjehduskauden alussa ja jättänyt vaaralliseksi tietämässään käänteessä kehoittamatta O:ta varovaisuuteen laivan kääntämisessä sekä siten osaltaan ollut syypää laivan uppoamiseen ja sen mukana hukkuneiden matkustajien kuolemaan, ja että S. S., laiminlyöden hänelle merikelpoisuuden katsastajana kuuluvan velvollisuutensa tarkastaa, että höyrylaiva Louhessa oli ollut hänen tietämänsä mukaan sille määrätty 3500 kilon painolasti, oli umpimähkään merkinnyt laivan päällikölle antamaansa katsastuspäiväkirjanotteeseen painolastin määräksi 2200 kiloa ja hyväksynyt laivan liikenteeseen riittämättömin painolastein varustettuna sekä siten myötävaikuttanut laivan uppoamiseen ja siinä olleiden henkilöiden kuolemaan. Tämän vuoksi KO rikoslain 21 luvun 10 §:n, 34 luvun 13 §:n 3 kappaleen ja 7 luvun 1 §:n nojalla tuomitsi O:n, S:n ja F:n kunkin yksin teoin tehdyistä kuolemantuottamuksesta ja tuottamuksella aiheutetusta laivan uppoamisesta, O:n 5 ja F:n 3 kuukauden vankeusrangaistukseen sekä S:n sakorangaistukseen, määräten kuitenkin F:lle tuomitun rangaistuksen ehdolliseksi 3 vuoden koetusajoin. *Viipurin HO* jätti asian KO:n päätöksen varaan muun puolesta, paitsi että tuomitut rangaistukset koroitettiin O:lle 10 kuukaudeksi sekä F:lle ja S:lle 6 kuukaudeksi vankeutta

³⁶ Ks. *Andenaes*, s. 261—262.

ja F:lle tuomittu rangaistus määrättiin täytäntöönpantavaksi. KKO: ei muutosta.³⁷

Nykyajan talouselämässä muodostavat tuotannon ja liikenteen lisäksi lähinnä majoitus- ja ravitsemisliikkeet sen alan, jossa rangaistusvastuu laiminlyönnistä saattaa tulla ajankohtaiseksi. Kokemus on osoittanut, että huoneistot, joissa mainittua liikettä harjoitetaan, voivat riittävästi huolenpidotta tai valvonnatta muodostua epäjärjestyksen ja erilaisen lainvastaisen toiminnan tyyssijoiksi. Tämän estämiseksi majoitus- ja ravitsemisliikkeistä annettu asetus velvoittaa liikkeenharjoittajan tai hänen sijaisensa valvomaan, ettei yritykseen kuuluvassa huoneistossa tapahdu epäjärjestyä, väärinkäytöksiä tai rikollista toimintaa. Käytännön kannalta merkitystä vailla tässä suhteessa ei suinkaan ole kysymys siitä, syntyykö liikkeenharjoittajalle tai hänen sijaisenaan toimivalle vastuunalaiselle hoitajalle rikosoikeudellinen vastuu hänen tietien liikehuoneistossa tapahtuneen rikollisen toiminnan estämättä jättämisestä? Lähinnä ajateltavissa olevina rikoksina huomioimme varastetun tavarankätkemisen ja haureuden harjoittamisen. Käsityksemme mukaan hotellin, matkustajakodin ja yömajan tai ravintolan, ruokalan ja kahvilan omistaja tai vastuunalainen hoitaja, joka valvontavelvollisuutensa laiminlyöden sallii yritykseen kuuluvassa huoneistossa varastetun tavarankaupan, edistää siten passiivisella suhtautumisellaan rikoksen toteuttamista. Ajatelkaamme tässä suhteessa esimerkiksi seuraavaa Saksan oikeuskäytännössä esiintynyttä tapausta.

Majatalon isäntä, joka näki varkaiden majatalossaan kaupittelevan varastettua tavaraa, ei puuttunut vähimmälläkään tavalla näiden rikolliseen toimintaan sitä estääkseen. Majatalo-oikeuksien haltijana hänellä kuitenkin oli erityinen oikeudellinen velvollisuus estää laiton toiminta yrityksensä huoneistossa. *Reichsgericht* tuomitsi hänet tästä suhtautumisestaan avunannosta varastetun tavarankätkemiseen. Tuomionsa perusteluissa *Reichsgericht* muun muassa lausui: »Indem er den Dieben die Ausübung ihrer Verkaufstätigkeit in diesen Räumen gestattetete, hat er zum Absatz tätig mitgewirkt. Selbst wenn — — man in seinem Verhalten nur ein Geschehenlassen, das Unterlassung eines entschiedenen Einschreitens erblicken wollte, wäre die Verurteilung — — — begründet. Denn es ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, dass ein Mitwirken zum Absatz durch Unterlassung dann begangen werden

³⁷ KKO:n päät. 9. 1. 1936, tied. n:o 6. Ks. myös KKO:n päät. 31. 10. 1933, tied. n:o 425.

kann, wenn eine Rechtspflicht zum Einschreiten besteht. Eine solche Rechtspflicht erwuchs dem Angeklagten aus der Gewerbeordnung».³⁸ Omistajaa tai vastuunalaista hoitajaa tahi näiden sijaista onkin mielestämme rangaistava avunannosta varastetun tavaran kätkemiseen laiminlyönnistään estää varastetun tavaran kappittelu yrityksen huoneistossa. Suomalla valvontavelvollisuutensa vastaisesti varkaiden harjoittaa majatalossaan vapaasti liiketoimiaan, hän siten myötävaikuttaa edistävästi heidän valonarkoihin puuhiinsa.

³⁸ RG:n tuomio 10. 10. 1924, E. 58, s. 300. Ks. myös RG. E. 53, s. 179. — Saksan oikeuskäytännössä on esiintynyt myös kysymys siitä, onko talonmistajalla oikeudellinen velvollisuus estää vuokralaisiaan pitämästä vuokraamissaan suojissa tai huoneissa varastettua tavaraa? *Reichsgericht* on katsonut, ettei talonmistajalla ole tällaista velvollisuutta. Ks. E. 57, s. 242. — Käsityskantaa on pidettävä oikeana. (Näin myös *Andenaes*, s. 330). Mitään tällaista velvollisuutta ei näet oikeusjärjestyksestä talonmistajalla sanotussa suhteessa voida johtaa. Tässä yhteydessä lieinee paikallaan kosketella kysymystä siitä, onko talonmistaja rikosoikeudellisen vastuun uhalla velvollinen huolehtimaan, ettei rakennuksesta aiheudu vahingollisia seurauksia vuokralaisille tai sivullisille? Kysymykseen on mielestämme vastattava myöntävästi. Tällainen velvollisuus voidaan käsittääksemme johtaa rakennussäännön 81 §:ssä olevasta määräyksestä, jossa lausutaan, että »Rakennus on pidettävä sellaisessa kunnossa, että se tyydyttää terveellisuuden, kestävyiden ja tulenvarmuuden vaatimukset — — —». Jos rakennus on niin rappeutunut, että se tuottaa vaaraa ihmisille tai omaisuudelle, niin maistraatilla on mainitun lainkohdan nojalla oikeus määrätä se purettavaksi (Vanhemmassa oikeudessaamme (rikoskaaren 29: 3) oli säännös, jonka mukaan rakennuksen tai laitoksen omistaja vastasi vahingosta, joka johtui siitä, ettei rakennus tai laitos ollut päteväkuntoinen). Talonmistaja on kaupungeissa velvollinen pitämään myös katuosansa kunnossa. Ajatelkaamme tavallisimpia tapauksia, joissa laiminlyönnistä syntyy vahingollisia seurauksia: katot jätetään keväällä vapauttamatta jäistä, kadut jätetään liukkaaksi kelin aikana hiekoittamatta. Talonmistaja voi näissä tapauksissa joutua vastuuseen ruumiinvamman tai kuolemantuottamuksesta. Varsin mielenkiintoinen tapaus talonmistajan vastuusta on esiintynyt Saksan oikeuskäytännössä. Talonmistaja oli itse henkilökohtaisesti huolehtinut aina pimeän tultua vuokratalonsa käytävien ja rappujen valaisemisesta. Jätettyään eräänä iltana raput valaisematta, postintekantaja kompastui pimeässä ja sai kaatuessaan vaikeita vammoja. Talonmistaja tuomittiin ruumiinvamman tuottamuksesta. Tuomionsa perusteluissa *Reichsgericht* lausui muun muassa: »Wenn — — ein Hauseigentümer in Ausnutzung seines Eigentumes Mitbewohner aufnimmt und dadurch oder auf andere Weise einen Verkehr in dem Hause herstellt, so hat er die Pflicht dafür Sorge zu tragen, dass bei dem von ihm hergestellten Verkehre andere durch die Anlagen des Hauses an ihrem Körper nicht Schaden erleiden; denn niemand darf sein Eigentum zur Herstellung gemeingefährlicher Einrichtungen benutzen». Ks. E. 14, s. 262. — Kussakin yksityistapauksessa on tietysti vielä lähemmin tutkittava, oliko talonmistajalla tosiasiallisesti mahdollisuuksia huolehtia rakennuksesta sillä tavalla,

Kuvaavan esimerkin siitä, kuinka haureuden harjoittamisen estämättä jättäminen saattaa lopulta muuttaa ravintolan suorastaan ilotaloksi, antaa meille *Høiesteretin* tuomio 31. 1. 1882: Syytetty, joka piti Bergenissä ravintolaa (ja sen yhteydessä oluttupaa), tiesi, että niinhyyvin irtolaisnaiset kuin myöskin jotkut hänen tarjoilijattaristaan harjoittivat maksusta haureutta ravintolassa käyvien miesvieraiden kanssa siellä olevissa sivutarjoiluhuoneissa. Syytetty »ummisti silmänsä» eikä ryhtynyt minkäänlaisiin toimenpiteisiin. Vähitellen tuli paikkakunnalla yleisesti tunnetuksi, että syytetyn ravintola oli paikka, »hvor man kunde foo Fruentimmer». *Høiesteret* tuomitsi syytetyn parittelusta 8 kuukaudeksi pakkotyöhön.⁵⁹

Olemme edellä esittäneet joukon tyypillisimpiä tapauksia, joissa ammatin- tai elinkeinonharjoittajalle syntyy rikosoikeudellinen vastuu vahingollisen seurauksen estämättä tai torjumatta jättämisestä. Seuraavassa koskettelemme lopuksi vielä tähän ryhmään kuuluvana kysymyksenä lääkärin, opettajan ja asianajajan vastuusta laiminlyömällä aiheutetusta vahingollisesta seurauksesta.

Useimmissa tapauksissa lääkärintoimi sisältää velvollisuuden ryhtyä täydentävään toimintaan. Jos lääkäri on suorittanut sairaalle leik-

ettei siitä olisi johtunut vahingollista seurausta. Esim. sodan aikana tai senjälkeisissä poikkeuksellisissa olosuhteissa on hyvinkin ajateltavissa, ettei talonmestaja talossa olevien epäkohtien poistamiseksi saa enempää työvoimaa kuin varojakaan tarkoitukseen. Vaikean asunnonpuutteen aikoina kaikkein huonokuntoisimpiakaan taloja tuskin puretaan. Mutta periaatteessa on jokataapauksessa asetuttava sille kannalle, että talonmestaja on elinkeinonharjoittajana velvollinen rikosoikeudellisen vastuun, uhalla huolehtimaan ja valvomaan, ettei rakennuksesta aiheudu vahingollisia seurauksia ihmisille tai omaisuudelle. — Kutén olemme edellä (ks. s.) maininneet, on tietoisopissa esitetty sellainenkin ajatus, että sille, joka tosiasiallisesti vallitsee kiinteistöä, johtuu tästä vallinnastaan erityinen oikeudellinen velvollisuus estää vahingollisten seurausten syntyminen vallintapiirissään. Tämä *Traegerin* luoma velvollisuusperuste (n.s. *Herrschaftsbereich*) ei ole saanut tunnustusta osakseen edes *Traegerin* kotimaassa, Saksassa. Ks. *Sauer*, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, s. 222; *Die Unterlassung*, GS 1940, 114, s. 303; *Höpfner*, *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte*, ZStrW., 36, 1915, s. 124—125; v. *Hippel*, s. 164—165; *Mezger*, *Lehrbuch*, s. 143: »Eine allgemeine Haftung für den-eigenen Herrschaftsbereich ist — — nirgends anerkannt». *Traegerin* ajatukselle ei saada tukea enempää kirjoitetusta laista kuin tavanomaisestakaan oikeudesta. Mitään sellaista erityistä velvollisuutta vahingollisen seurauksen estämiseen ei yleensä voida asettaakaan kiinteistön vallitsijalle. Tällainen velvollisuus hänellä saattaisi olla vain siinä tapauksessa, että hän on vallinta-alueelleen asettanut vaarallisia laitteita tai muulla tavalla aikaansaanut konkreettisen vaarantilan.

⁵⁹ Rt. 1882, s. 576. Ks. myös RG. E. 11, s 4 ja U. 197, s. 487.

kauksen tai ottanut hänet muuten hoidettavakseen, on hänen huolehdittava tai valvottava, ettei sairastunut jättä sellaista jälkihoidotta, johon suoritettun leikkauksen tai muun hoidon johdosta on kulloinkin ryhdyttävä. Tämän lisäksi lääkäri on yleensä velvollisuus huolehtia siitä, että hänen hoidossaan oleva saa sellaista hoitoa tai käsittelyä, minkä lääkäritaito edellyttää. Jos lääkäri havaitsee, ettei hänellä ole sellaista taitoa, jota määrättyssä erikoistapauksessa vaaditaan, on hänen kehoitettava hoidettavaa kääntymään erikoislääkäriin puoleen. Laiminlyönnillä tuotetusta ruumiinvammasta tai kuolemasta lääkäri voi joutua vastuuseen tuottamuksellisesta ruumiinvamman tai kuoleman aiheuttamisesta. Lääkäriin velvollisuus huolenpitoon ja valvontaan on tietoisuudessa katsottu perustuvan hänen »sosiaalioikeudelliseen asemaansa».⁴⁰ Mutta yhtähyvin voitaisiin silloin sanoa, että kenen tahansa vastuu laiminlyönnillä aiheutetusta seurauksesta perustuu hänen sosiaalioikeudelliseen asemaansa, sillä jokaisella on oikeudellinen asemansa yhteisön jäsenenä. Tämän lisäksi on huomattava, ettei kenelläkään ole »sosiaalioikeudellisessa asemassaan» velvollisuutta ryhtyä vahingollisen seurauksen torjumiseen, ellei oikeusjärjestyksestä johdu kulloinkin sellaista velvollisuutta. »Sosiaalioikeudellinen asema» on kertakaikkiaan käsite, joka ei millään tavalla hedelmöitä oikeudellista ajattelua, joten sellaista käsitettä on mielestämme syytä olla käyttämättä juridiikassa. Lääkäriin niinkuin muidenkin ammatin- tai elinkeinonharjoittajain huolenpito- ja valvontavelvollisuus toimintansa puitteissa johtuu oikeusjärjestyksestä. Lääkäriin mainittu velvollisuus ei ilmene välittömästi oikeusjärjestyksestä, mutta välillisesti voimme päätellä sen olemassaolon siitä tosiasiasta, että kaikissa sivistysmaissa lääkärintointa on oikeutettu harjoittamaan vain se, joka on suorittanut siitä kussakin maassa säädetyn tutkinnon. Siten vain tällaiselle henkilölle on uskottu sairaan ihmisen lääkärihoito, joten hän on velvollinen sellaiseen huolenpitoon ja valvontaan hoidettavastaan, jota hänen lääkäritaitonsa edellyttää. Yleisellä säännöllä ei suinkaan ole määrättävissä, kuinka tehokkaasti huolenpidon tai valvonnan tulee olla. Kussakin yksityistapauksessa on lähemmin tutkittava, minkälaiset tosiasialliset mahdollisuudet lääkäriin on huolenpitoon ja valvontaan. Lisäksi on huomiotava myöskin, että meillä yksityislääkäri on lääkäritoimen harjoittamisesta annetun lain 13 §:n 4 kohdan mukaan velvollinen antamaan lääkäriinapua siihen katsomatta, saako hän antamastaan avusta korvausta

⁴⁰ Näin m.m. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, s. 159—169; Kissin, s. 113; Georgakis, s. 22—23.

vai eikö, ainoastaan sille, »joka vaikean vamman tai taudintapauksen vuoksi sitä pikaisesti tarvitsee, ellei sen lääkärin apu, joka asemaansa katsoen on häntä lähempi apua antamaan, ole ajoissa saatavissa». Hänen huolenpito- ja valvontavelvollisuutensa riippuu siis säännönmukaisissa tapauksissa myös siitä, maksetaanko hänelle korvaus antamastaan lääkärinavusta.

Opettajantoimeen liittyvästä huolenpito- ja valvontavelvollisuudesta tieteisopissa on tähänastisesti aina mainittu kouluesimerkkinä uimaopettaja, joka jättämällä oppilaansa oman onnensa nojaan, aiheuttaa tämän kuoleman. Tavallisimmin on tällöin kysymyksessä kuolemantuottamus, mutta myös tappo ja murha ovat ainakin teoreettisesti ajatellen mahdollisia. Käytännön kannalta katsoen ei esimerkiksi ole oleellista merkitystä. Tärkeitä ovat sitävastoin ne tapaukset, joissa opetustoimi käsittää ammattiopetuksen. Sääntönä voidaan tällöin pitää, että opettaja on velvollinen pitämään huolta ja valvomaan, ettei opetuksessa käytetyistä kojeista ja aineista aiheudu oppilaalle vahinkoa. Erittäin mielenkiintoinen on tästä *Andenaes*in selostama ranskalainen oikeustapa. Apteekkioppilaan valmistessa salvaa, retortti räjähti, jolloin hän sai vaikeita palohaavoja. Oikeus katsoi, että onnettomuus oli johtunut siitä, ettei salvaa valmistettaessa oltu noudatettu tavanomaisia varovaisuusohjeita. Koska asiassa myös tuli selvitettyksi, että apteekkari ja hänen apulaisensa olivat laiminlyöneet valvontavelvollisuutensa puheenaolevassa suhteessa, niin molemmat tuomittiin Code pénalin artikkeli 320 nojalla ruumiinvamman tuottamuksesta.⁴¹

Oikeudenkäymiskaaren 15 luvun 10 §:ssä lausutaan, että »Asiamies ajakoon rehellisesti ja kaikella ahkeruudella hänelle uskottua asiaa». Asiamiehen tulee siis hoitaa tehtävänsä tavalla, jota vastaavasti huolellinen ja tunnontarkka henkilö yleensä noudattaa toiminnassaan. Mainitun kaaren ja luvun 13 §:n mukaan asiamies on velvollinen korvaamaan kaiken päämiehelleen tuottamansa vahingon (*culpa levis in abstracto*).⁴² Kun oikeusjärjestys näin velvoittaa asiamiehen huolenpitoon asianajossa, vaikkei hän harjoittaisikaan sitä ammattimaisesti, niin tästä voidaan päätellä, että normi perustaa sitäkin laajemmassa mitassa huolenpito- ja valvontavelvollisuuden asiain hoidossa sille, joka harjoittaa asianajotoimintaa ammattinaan. Vahingonkorvausvelvollisuuden lisäksi asiainhoidon laiminlyönti saattaa perustaa asianajajalle rikosoi-keudellisen vastuun. Rikoslain 38 luvun 2 §:ssä säädetään näet, että

⁴¹ Ks. *Andenaes*, s. 265.

⁴² Ks. *Wrede*, *Civilprocessrätt* I, s. 209.

asianajajaa, joka hänelle uskotussa asiassa »tahallansa saattaa päämiehensä vahinkoon», rangaistakoon epärehellisyydestä. Epäilystä ei voi olla siitä, että »vahinkoon saattaminen» voi tapahtua yhtähyvin passiivisella kuin aktiiviselläkin suhtautumisella.

Saksalaisessa tieteisopissa on esitetty sellainen ajatus, että asianajajaa, joka tietoisesti jättää estämättä nimeämänsä todistajan antamasta valallaan väärää lausumaa, on rangaistava väärän valan avunannosta.⁴³ Mieli pidettä on perusteltu sillä, että asianajaja on yleensä vastuussa siitä, että totuutta noudatetaan oikeudenkäynnissä. Lisäksi on katsottu tällaisen velvollisuuden johtuvan asianajajalle, koska häntä on pidettävä oikeuden palvelijana («Diener am Recht»). Käsityskannan tueksi on vielä vedottu siviiliprosessilain (Zivilprozessordnung) 138 §:ään, jossa säädetään: »Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäss abzugeben». Mieli pidettä vastaan on huomautettu, että joskin mainittua säännöstä voidaan kieltämättä analoogisesti soveltaa asianajajaan, niin siitä ei kuitenkaan voida vetää sitä johtopäätöstä, että asianajaja olisi velvollinen estämään todistajaa tekemästä väärää valaa, sillä säännös »legt den Parteien ausdrücklich nur die Pflicht auf, ihre eigenen Erklärungen wahrheitsgemäss abzugeben».⁴⁴

Huomautusta on pidettävä oikeana, sillä asianajajan ei voida katsoa edistävän passiivisuudellaan väärän valan tekoa.⁴⁵ Toisaalta on kyllä pidettävä kysymyksenalaisena, voiko asianajaja nimetä rangastusvastuutta todistajan, jonka hän tietää tekevän väärän valan? Luovumme tässä yhteydessä tämän kysymyksen tarkastelusta, koska se ei sisälly aiheeseemme.⁴⁶

d) Virkaan tai julkiseen palvelustehtävään liittyvät huolenpito- ja valvontavelvollisuudet.

Oikeusjärjestys perustaa sille, joka ryhtyy virkaan tai julkiseen palvelustehtävään, määrättyjä velvollisuuksia (ja oikeuksia). Tärkein näistä velvollisuuksista on viran toimittaminen tai tehtävän hoitaminen siitä säädetyllä tavalla. Virka- tai palvelusmiehen on noudatet-

⁴³ Kohlrausch, ZStrW. 56, 1937, s. 179; Dahm, ZStrW. 59, 1940, s. 173.

⁴⁴ Näin Drost, GS 1937, s. 38. Drostin kannalle on asettunut Mezger, ZStrW. 57, 1938, s. 682—683.

⁴⁵ Näin Andenaes, s. 429.

⁴⁶ Tapaus koskee näet aktiivista myötävaikutusta väärän valan tekoon.

tava tätä velvollisuuttaan jopa rangaistusvastuun uhalla. Aiheemme kannalta herättää tässä suhteessa mielenkiintoa kysymys siitä, johtuuko virka- tai palvelusmiehelle, joka velvollisuutensa vastaisesti jättää estämättä vahingollisen seurauksen syntymisen, vastuu seurauksesta, jolloin häntä olisi rangaistava siitä, ja yksintein tehdystä virkarikoksesta, vai onko häntä seurauksen estämättä jättämisestä rangaistava pelkäämään virkarikoksesta?

Milloin virka- tai palvelusmiehellä on hoidettavanaan vastaavasti samanlaisia tehtäviä kuin yksityisellä toimessaan, niin on luonnostaan lankeavaa, että viran tai julkisen toimen haltijalle johtuu velvollisuuden vastaisesta seurauksen estämättä jättämisestä rangaistusvastuu seurauksesta, minkä lisäksi hänen rangaistustaan määrättäessä on huomiotava yksintein tapahtunut virkarikos. Valtion tai kunnan liike- tai teollisuuslaitoksen johtajalla on samanlainen huolenpito ja valvontavelvollisuus kuin vastaavasti yksityisen yrityksen johtajalla. Sama pitää vastaavasti paikkansa lääkäriin, sairaanhoitajaan,⁴⁷ opettajaan, työnjohtajaan ja muihin erilaisiin ammatinharjoittajiin nähden, jotka ovat virkamiehiä rikoslain 2 luvun 12 §:n mukaan. Jos sitävastoin virka- tai palvelustehtävä käsittää lähinnä julkisen yhdyskunnan omasta luonteesta johtuvan tarkoituksen toteuttamisen, niin johtuuko silloinkin laiminlyöjälle vastuu estämättä jättämisestä seurauksesta? Ottakaamme tässä suhteessa tarkasteltavaksemme poliisitoimi, koska nimenomaan siihen kuuluu laajassa mitassa erilaisten vahingollisten seurausten torjuminen.

Jos poliisimies virkansa puitteissa on saanut erittäin määrätyn tehtävän suorittaakseen,⁴⁸ niin on itsestään selvää, että määräys luo hänelle velvollisuuden torjua vahingollisen seurauksen syntymisen. Niinpä jos hänet on määrätty tutkimaan jokin tapahtunut rikos, ja hän saa selville rikoksentehtijän, mutta jättää tämän saattamatta teostaan edesvastuuseen, niin epäilystä ei voine olla siitä, että hän on tällä passiivi-

⁴⁷ Ks. E. 7, s. 118: Mielisairas J. K. oli yrittänyt useamman kerran tehdä itsemurhan. Mielisairaalan hoitajatar V., joka oli tästä tietoinen, hoiti siitä huolimatta leväperäisesti valvontatehtävänsä. Hoitajatar W:n jätettyä kerran lukitsematta kylpyhuoneen oven, J. K. hukuttautui kylpyammeeseen. *Reichsgericht* tuomitsi molemmat hoitajattaret rangaistukseen kuolemantuottamuksesta. Päätöksensä perusteluissa RG. W:hen nähden m.m. lausui, että joskaan W. ei ollut tietoinen J. K:n aikeista, niin W. oli jokatapauksessa laiminlyönnillään myötävaikuttanut vahingollisen seurauksen syntymiseen.

⁴⁸ Esim. *Andenaes* katsoo, että ainoastaan tällaisissa tapauksissa, joissa poliisimies on määrätty erityiseen tehtävään, hänet voidaan vastuullistaa estämättä jättämisestä seurauksesta. Ks. *Andenaes*, s. 414.

sella suhtautumisellaan syylistynyt rikoksen suosimiseen. Poliisimies, joka on määrätty pitämään huolta sairaasta, mutta jättää tämän huolenpitovelvollisuutensa vastaisesti oman onnensa nojaan, syylistyy laiminlyönnillään rikoslain 25 luvun 3 §:ssä mainittuun heitteillepanorikokseen. Jos hän joutuu saattamaan tai valvomaan mielisairasta, mutta laiminlyö valvonnan, ja mielisairas tekee esimerkiksi itsemurhan, niin joutuu poliisimies ilmeisesti vastuuseen kuolemantuottamuksesta. Kaikissa näissä tapauksissa erityinen oikeudellinen velvollisuus perustuu jo yksistään esimiehen virkansa nojalla antamaan käskyyn. Poliisimiehellä on kuitenkin virkansa nojalla velvollisuus estää vahingollisten seurausten syntyminen muutenkin kuin vain nimenomaisen käskyn perusteella. Erityinen oikeudellinen velvollisuus vahingollisten seurausten torjumiseen johtuu hänelle välittömästi kirjoitetusta laista. Poliisitoimesta Suomessa annetun asetuksen 1 §:ssä näet lausutaan: »Poliisin tehtävänä on voimassa pitää yleistä järjestystä ja turvallisuutta, vastustaa rikollisuutta ja saattaa rikoksiin syyvät lailliseen edesvastuuseen — — —». Kun normi siten perustaa poliisimiehelle erityisen oikeudellisen velvollisuuden mainittuun toimintaan, niin ei voi olla vähintäkään epäilystä siitä, että kaikissa niissä tapauksissa, joissa poliisimies on velvollisuutensa vastaisesti jättänyt estämättä seurauksen syntymisen, hän myös joutuu rangaistusvastuuseen seurauksesta, jos hänen laiminlyöntinsä on ollut kausaalisuhteessa seuraukseen, ja hänen oikeudenvastainen passiivinen suhtautumisensa on hänelle joko tahallisenä tai tuottamuksellisenä syyksiluettava. On mielestämme suorastaan käsittämätöntä, että poliisimiehen vastuullistamista seurauksesta yllämainitussa tapauksessa, on vastustettu väittämällä, että sellainen veisi mahdolltomiin tuloksiin, koska poliisimiehen passiivisuus virkansa toimittamisessa ei suinkaan osoita, että hän olisi mielialaltaan rinnastettavissa tavallisiin rikollisiin, vaan johtuu hänen passiivisuutensa mielipiteen mukaan joko välinpitämättömyydestä tai pelosta joutua ikävyvyyksiin.⁴⁹ Kysymys enemmästä tai vähemmästä assosiaalisuudesta tahi antisosiaalisuudesta ei ole tässä tarkastelun kohteena, eikä muuten lainkaan siihen vaikuta, joten sellaiseen ei käy myöskään vetoaminen.

Samoin kuin poliisimiehellä on myös vanginvartijalla, luotsilla, majakanvartijalla ja rautatievirkailijalla tai rautateiden palvelusmiehellä velvollisuus kullakin toimialallaan estää vahingollisen seurauksen syntyminen. Erinomaisen esimerkin tästä antaa rautatievirkailijan suhteen seuraava oikeuskäytännössämme esiintynyt tapaus:

⁴⁹ Näin *Andenaes*, s. 411.

Alavuuden y.m. pitäjään KO:ssa oli kruununnimismies K. L. lausunut, että kun vltjan kuljettava ylimääräinen juna matkalla Niinimaan vaihteelta Alavuuden rautatieasemalle oli tullut Hautamäki nimiselle ylikäytävälle, oli K. E:n omistama hevonen, jota hänen alaikäinen poikansa J. E. ajoi, pelästynyt ja juossut junaa kohden, jolloin K. E:n toinen alaikäinen poika E. E., joka reenkalikoista kiinnipidellen kulki suksilla hevosen vetämän reen perässä, oli joutunut junan alle ja ruhjoutunut kuoliaaksi. Siihen nähden, että rautatie vähän matkaa ylikäytävältä Niinimäen vaihteelle päin teki kaarron, olisi vltjan Rautatiehallituksen 13. 7. 1885 antaman ohjesäännön 14 §:n mukaan pitänyt ennen junan tuloa mainitulle ylikäytävälle antaa veturin höyryviheltimellä varoitusmerkki. Koska vltja oli jättänyt antamatta mainitun vihellysmerkin, ja J. ja E. E., »jos semmoinen varoitusmerkki olisi annettu, olisivat tietäneet hyvissä ajoin ennen junan tuloa ylikäytävälle pysäyttää hevosen ja tapahtuma olisi vältetty», niin kruununnimismies E. L. vaati, että vltja tuomittaisiin rangaistukseen kuolemantuottamuksesta. KO katsoi päätöksessään syytteen tulleen toteennäytetyksi ja tuomitsi vltjan rikoslain 21 luvun 10 §:n nojalla rangaistukseen kuolemantuottamuksesta. *Vaasan HO* ja *OO*: ei muutosta.⁵⁰

B. Luvattomalla tai luvallisella teolla aiheutetun vaarantilan torjumisvelvollisuus.

Selvionä voidaan pitää, että kaikissa niissä tapauksissa, joissa joku on aiheuttanut vaarantilan ⁵¹ l u v a t t o m a l l a toiminnallaan, hän on

⁵⁰ *OO*:n päät. 19. 1. 1904, J. F. T. 1905 bl. s. 8 a, n:o 20. Tapaus selostettu myöskin *Honkasalon* tutkimuksessa Kausaalisuuskysymys Rikosoikeudessa, s. 219. Ks. myös muut m.t., s. 219—220 mainitut tapaukset sekä *KKO*:n päät. 4. 2. 1926, tied. n:o 26; *KKO*:n päät. 18. 6. 1935, tied. n:o 293; *KKO*:n päät. 2. 11. 1938, tied. n:o 577; *KKO*:n päät. 19. 5. 1939, tied. n:o 482 ja *Østre Landretin* tuomio 3. 3. 1937 (*U.* 1937/639): Rautatieläinen oli laiminlyönyt puomin laskemisen pikajunan saapuessa, mistä oli seurauksena, että juna ja auto ajoivat yhteen, jolloin autossa olleet 5 henkilöä saivat surmansa. Rautatieläinen tuomittiin viiden henkilön (yksin teoin tapahtuneesta) kuolemantuottamuksesta 2 kuukauden vankeusrangaistukseen.

⁵¹ Kysymyksessä on tällöin konkreettinen vaarantila, jossa vaara on siis todella olemassa, eikä sitävastoin abstraktinen vaarantila, jossa vaara saattaa tulla mahdolliseksi. Loogilliselta kannalta katsoen ei abstraktinen vaara oikeastaan ole mahdollinen, sillä vaarantila joko on olemassa tai ei ole lainkaan olemassa. Abstraktinen vaarakäsite meillä on olemassa vain tarkoituksenmukaisuussyistä, koska meidän on vaikeata usein päätellä, kuinka läheinen vaara on. Ks. *Schulz*, s. 5—29.

myös velvollinen ryhtymään toimenpiteisiin sen neutralisoimiseksi.^{51a} Tämä sääntö pitää paikkansa siinäkin tapauksessa, että vaarantila olisi aiheutettu objektiivisesti oikeudenvastaisella, muttei syyksiluettavalla teolla.⁵² Tätä käsityskantaa vastaan on huomautettu, että se johtaisi dolus tai culpa subsequensin omaksumiseen,⁵³ jolloin loukattaisiin sitä rikosoikeudessa yleisesti tunnustettua periaatetta, jonka mukaan vastuu edellyttää kausaalisuuden ja syyksiluettavuisuuden samanaikaisuutta suhtautumisessa. Huomautus on kuitenkin perusteeton, sillä vastuuta ei ole edes pyritty perustamaan torjumisvelvollisuuden luovaan »edelläkäyneeseen toimintaan», vaan nimenomaan laiminlyöntiin. Vaarantilan aiheuttanut toiminta on ainoastaan, kuten *Traeger* sanoo, »der Entstehungsgrund für die Rechtspflicht zur Abwehr weiterer schädlicher Folgen».⁵⁴ Niinhyvin kausaalisuus kuin syyksiluettavuus huomioidaan siis toiminnan jälkeistä laiminlyöntiä silmälläpitäen. Kuvaavia ovat tässä suhteessa muun muassa seuraavat *Reichsgerichtin* ratkaisemat tapaukset:

Syytetty oli lukinnut rouva L:n huoneeseen, tietämättä tämän sisäläolosta. Saatuaan sitten tietää tästä, hän kehoituksista huolimatta jätti aukaisematta oven. *Reichsgericht* katsoi, että koska syytetty, vaikkakin tietämättään, oli sulkenut L:n huoneeseen, mikä sellaisenaan oli oikeudenvastainen teko, oli syytetyllä erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimenpiteisiin L:n vapauttamiseksi, minkä vuoksi ja kun syytetty oli laiminlyönyt vapauttaa L:n, *Reichsgericht* tuomitsi syyte-

^{51a} Näin *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 220: »Epäilystä tuskin voi olla siitä, etteikö oikeudenvastainen ja (vaikkakin vain tuottamuksellisenä) syyksiluettava toiminta perustaisi velvollisuutta niiden seurausten estämiseen, jotka toiminnan johdosta ovat uhkaamassa»; *Andenaes*, s. 279; *Mezger*, Strafrecht, s. 147; *Höpfner*, Zur Lehre von Unterlassungsdelikte, ZStrW. 36 B, s. 117; *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 192; *Traeger*, Das Problem, s. 96—97. — Tässä yhteydessä on syytä huomioda, ettei laiminlyönti voi tulla epävarsinaisenä laiminlyöntirikoksena rangaistavaksi, jos siitä tuleva rangaistus sisältyisi jo edeltävän toiminnan mahdollisesti muodostamaan tekorikokseen. Ks. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 221; *Max Ernst Mayer*, Lehrbuch I, s. 192; *Frank*, s. 19: »Zu beachten ist, dass wenn schon die Gefahr mit dem Vorsatze der Verletzung herbeigeführt wird, sich die gesamte (positive und negative) Tätigkeit unter dem Gesichtspunkte eines Begehungsdelikts beurteilt».

⁵² *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 221; *Traeger*, Das Problem, s. 98—104; *Mezger*, Strafrecht, s. 147, sillä rajoituksella, että on kussakin tapauksessa erikseen tutkittava lähemmin »velvollisuuden sisältöä». Niinpä hän m.m. lausuu: »Die Pflicht ist keine abstrakte, sondern eine durchaus konkret beinhaltet».

⁵³ *Frank*, Das Strafbuch, s. 18.

⁵⁴ *Traeger*, Das Problem, s. 100.

ty:n StGB:n 239 §:n 1 kappaleen⁵⁵ nojalla rangaistukseen vapaudenriistosta.⁵⁶

Syytetty oli havainnut permannolla olleiden heinien ja olkien alkaen kytä hänen piipustaan lentäneistä kipunoista, mutta oli siitä huolimatta jättänyt ryhtymättä toimenpiteisiin tulipalon estämiseksi. Alioikeus tuomitsi hänet vain tuottamuksellisesta tulipalon aiheuttamisesta, mutta Reichsgericht katsoi, että koska syytetty oli laiminlyönyt ryhtyä toimenpiteisiin, vaikka on katsottava hänen täytyneen olla tietoinen laiminlyöntinsä seurauksesta, niin oli syytetty siten syyllistynyt murhapolttoon, minkä vuoksi Reichsgericht kumoten alioikeuden päätöksen, tuomitsi syytetyn rangaistukseen murhapoltosta.⁵⁷

Aiheemme kannalta herättää aivan erikoista mielenkiintoa kysymys siitä, onko myös luvallisesta toiminnasta johtunut vaarantila torjuttava vahingollisen seurauksen estämiseksi?

Tieteisopissa on kysymykseen yleensä vastattu myöntävästi.⁵⁸ Velvollisuuden ryhtyä toimintaan vahingollisen seurauksen estämiseksi on tällöin katsottu perustuvan tavanomaiseen oikeuteen. Joskaan meillä ei ole säädännäisessä oikeudessamme suorastaan julkilausuttu mainittua periaatetta, niin sen ilmaisuna voidaan kuitenkin pitää moottoriajoneuvoliikenteestä 21. 5. 1928 annetun lain 6 §:ää, jossa muun muassa lausutaan, että milloin moottoriajoneuvo on aiheuttanut vahinkoa, on kuljettaja velvollinen pysäyttämään ajoneuvon, ja jos tällöin joku »on

⁵⁵ Mainittu lainkohta kuuluu seuraavasti: »Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlichen Freiheit beraubt, wird mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bestraft».

⁵⁶ Ks. E. 24, s. 339.

⁵⁷ Ks. E. 60, s. 77.

⁵⁸ Näin m.m. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys, s. 222; *Skeie*, Om Aerekraenkelser, s. 370: »Retsbevidstheden — — — spørger om handlingen var hans, og om han nu kan afverge eller formindske skaden. Den gamle skyldbevidsthed: hvor der er aarsag, er der ansvar, har endnu dypere rødder i vor opfatning, end vi gjør os rede for eller vil tilstaa»; *Traeger*, Das Problem, s. 104; *v. Hippel*, s. 165; »Wer im Einzelfalle durch aktives Handeln, wenn auch schuldlos, die Gefahr eines konkreten Erfolges erzeugt hat, ist verpflichtet, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu hindern, wenn er dazu imstande ist». *Paul Merkel*, s. 32; *Krug*, s. 39—40; *v. Burri*, GS 21, 1869, s. 197; *Finger*, s. 291; *v. Bar*, Gesetz und Schuld II, s. 267; *Franz v. Liszt*, Lehrbuch 1919, s. 127: »Die Rechtspflicht zum Tun kann sich ergeben aus einem vorangegangenen fremde Interessen gefährdenden Tun, das, auch wenn es nicht rechtswidrig war, den Gefährdenden zur Abwendung drohender Verletzungen verpflichtet». *Drost*, GS 109, 1937, s. 22, *Mezger*, *Eberhard Schmidt* ja *Andenaes* katsovat, ettei kysymystä voida ratkaista yleisellä säännöllä. Ks. *Mezger*, Strafrecht, s. 147; *v. Liszt-Schmidt*, s. 191—192; *Andenaes*, s. 279—291.

saanut rumiinvamman tai muuten joutunut avuttomaan tilaan, on moottoriajoneuvon kuljettaja velvollinen auttamaan vahingoittunutta ja tarvittaessa korvauksetta kuljettamaan hänet lähimpään paikkaan, missä hän voi saada tarpeellista apua». Kotimaisesta oikeuskäytännöstämme tulkoon mainituksi seuraava tapaus:⁵⁹

Toimitusjohtaja S. S. oli Helsingin RO:ssa lausunut, että hänen kävellessään 18. 5. 1945 Mannerheimintieellä Helsingissä, oli sanotun tien ja Simonkadun kulmauksessa olevan rakentamattoman tontin aitaan kiinnitetty Oy Continental Ab:n omistama mainoskilpi, jonka mainitun yhtiön toimeksiannosta ja sen piirustusten mukaan Puurakenne OY oli pystyttänyt, pudonnut hänen päälleen seurauksin, että häneltä oli murtonut kolme kylkiluuta ja kolme selkänikamaa, minkä vuoksi hän oli joutunut olemaan kauan sairaalassa hoidettavana. Sen vuoksi ja kun mainoskilpi oli ollut rakenteeltaan liian heikko, mihin seikkaan oli kiinnitetty huomiota jo ennen onnettomuuden sattumista, ja J. P. Oy Continental Ab:n toimitusjohtajana, sekä O. A., joka Puurakenne OY:n hallituksen jäsenenä oli huolehtinut kilven valmistamisesta, siten olivat huolimattomuudellaan ja varomattomuudellaan tuottaneet S:lle edellämainitun ruumiinvamman, S. oli vaatinut P:n ja A:n tuomitsemista rangaistukseen vaikean ruumiinvamman tuottamuksesta ja heidän velvoittamistaan yhteisvastuullisesti suorittamaan hänelle korvausta kivusta ja särystä 100.000 markkaa.

Kuultuaan Juhani P:tä ja Kosti Olavi A:ta syytteestä RO, jossa virallinen syyttäjä oli yhtynyt rangaistusvaatimukseen, oli 2. 5. 1946 julistamassaan päätöksessä lausunut selvitetyn, että J. P., hyväksyttyään puheena olevan, Puurakenne Oy:n valmistaman ja Oy Continental Ab:n edustajan läsnäollessa 24. 4. 1945 paikalleen asettaman mainoskilven sijoittamispaikan, oli tietoisena siitä, että kilpi oli ollut rakenteeltaan heikko, tosin vaatinut A:ta korjaamaan kilpeä, mutta laiminlyönyt poistaa sen paikaltaan kunnes se olisi ehditty vahvistaa, mistä oli ollut seurauksena, että kilven yläosa oli heikon rakenteensa johdosta kysymyksessäolevassa tilaisuudessa pudonnut S:n päälle syytteessä kerrotuin seurauksin. Sen vuoksi ja kun kilpi oli sen asentamisen jälkeen P:n tahdon mukaisesti saanut olla pitkän ajan paikoillaan, eikä A. näin ollen ollut vastuussa sen yläosan putoamisesta S:lle aiheutuneesta vahingosta, RO, hyläten A:han kohdistetut rangaistus- ja korvausvaatimukset, oli rikoslain 21 luvun 10 §:n nojalla tuominnut J. P:n vaikean ruumiinvamman tuottamuksesta sakkorangaistukseen ja velvoittanut

⁵⁹ Ks. mm. RG. E. 24,339; E. 17,260; E. 46,337 ja E. 58,245.

hänet suorittamaan S:lle korvaukseksi kivusta ja särystä 100.000 markkaa.

Turun Hovioikeus, jonka tutkittavaksi S. S. ja J. P. olivat valittamalla saattaneet asian, oli 29. 7. 1947 antamallaan päätöksellä jättänyt RO:n päätöksen voimaan muutoin paitsi että S:lle kivusta ja särystä tuomittu korvaus alennettiin 30.000 markaksi. — S. S. ja J. P. hakivat muutosta. — KKO jätti HO:n päätöksen pysyväksi muutoin paitsi että S. S:lle kivusta ja särystä tuomittu korvaus korotettiin 60.000 markaksi.⁶⁰

Ratkaisua on pidettävä ehdottomasti oikeana. Itsessään laiminlyöntiä edeltänyt toiminta, mainoskilven asettaminen, oli ymmärrettävästi luovallista toimintaa, mutta laiminlyönti ryhtyä täydentäviin toimenpiteisiin vahingollisen seurauksen estämiseksi perusti J. P:lle rangaistusvastuun seurauksesta.

Selostamassamme tapauksessa J. P. oli tietoinen toimintaan ryhtyessään, että siitä voi syntyä vahingollinen seuraus. Tapauksia saattaa kuitenkin esiintyä, joissa tällaista tietoisuutta ei ole toimintaan ryhdyttäessä. Siitä huolimatta johtuu sille, joka ryhtyy vaarantilan aiheuttaneeseen toimintaan, oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimenpiteisiin vahingollisen seurauksen torjumiseksi, mikäli hänellä siihen suinkin on mahdollisuus. Ajatelkaamme tässä suhteessa seuraavia tapauksia:

A. lähettää artikkelin sanomalehteen julkaistavaksi. Artikkelin lähetettyään hän huomaakin hänelle jääneestä kaksoiskappaleesta, että artikkeli on muuttunut konekirjoittajattarelle sattuneiden virheiden johdosta B:tä loukkaavaksi. Ellei A. ryhdy toimenpiteisiin virheiden korjauttamiseksi, vaikka sellaiseen vielä olisi ollut mahdollisuus, ei voine olla epäilystä siitä, että hän laiminlyönnillään syyllistyy kunnianloukausrikokseen. Tästä lausuu jossain määrin liioitellusti *Skeie*: »Enhver rettækende mand vill selvsagt føle det som en uafviselikt pligt at gjøre alt muligt for at rette feilen, øieblikkelig man blir opmerksom paa den; undlader han dette, vil han sikkerlig — og med rette — blive regnet for ligesaa strafværdig som den forsætlige injuriant».⁶¹

Siirtyäksemme pelkästä esimerkistä⁶² karuun todellisuuteen, selos-

⁶⁰ Tapaus selostettu *Defensor Legis* julkaisussa 1949, N:o 1—2.

⁶¹ *Skeie*, *Om Aerekraenkelser*, s. 369. Tästä lausuu *Andenaes* (s. 285) aivan oikein: »Så ubetinget som denne uttalelse gir uttrykk for, er den strafferettslige likeverdighet neppe. Men resultatet er nok riktig».

⁶² Tämä esimerkki muistuttaa oikeudelliselta luonteeltaan erästä Ranskan oikeuskäytännössä esiintynyttä tapausta, jossa lääkäri, joka julkaistuaan lääketieteellisen oppikirjan, havaitsi erään esimerkkinä mainitsemansa lääkkeen muuttu-

tamme erään Norjan oikeuskäytännössä esiintyneen tapauksen. — Pari kuorma-autonkuljettaja O:n tuttavaa pyysi O:ta ajamaan heidät Osloon lähistöllä olevalle Moss nimiselle paikkakunnalle, josta he ilmoituksensa mukaan halusivat noutaa itselleen kuuluvia tavaroita eräästä siellä olevasta talosta. O. kuljetti molemmat kyydittävänsä pyydettyyn paikkaan, minne saavuttua auto jätettiin metsään, josta kaikki sitten kolmisin jatkoivat jalan erään rakennuksen luokse, minne saavuttua kuljettiin vielä noin 100 metriä siitä sivulle. Tämän jälkeen he, vaihtamatta sanaakaan keskenään, palasivat mainitulle talolle, minne saavuttua kyydittävät ryhtyivät irroittamaan kittiä ikkunaruudusta, murtautuakseen sisälle. Kuljettaja, jolle tällöin selvisi, että hänen kyydittävänsä aikoivatkin suorittaa murtovarkauden, ei puuttunut millään tavalla asiaan, vaan katseli ainoastaan heidän puuhailuaan. Näiden hääriessä vielä ikkunan kimpussa, heidät yllätti paikalle saapunut talonväki. Tuomiossaan 30. 6. 1936 Moss'in KO tuomitsi autonkuljettaja O:n rangaistukseen osallisuudesta murronyritykseen. Tuomionsa perusteluissa KO katsoi selvitetyn, että täytyi katsoa O:n saaneen aiheen epäillä, ettei kaikki ollut paikallaan, heidän saavuttuaan metsään ja pysäköidessään auton sinne. Jos O. olisi tällöin ilmoittanut kyydittävilleen, ettei hän asettaisi autoaan heidän käyttöönsä varastetun tavarankuljettamiseksi, niin ei myöskään murronyritystä olisi tapahtunut. Sensijaan oli hän vastaväitteettä seurannut heitä talolle ja jäänyt katselemaan heidän puuhailuaan. Se seikka, ettei hän tällöin aktiivisella teolla osallistunut itse murronyritykseen, ei voinut vapauttaa häntä tällaisissa olosuhteissa osallisuudesta tekoon. Rangaistusta määrätessään KO kuitenkin huomioi O:lle lieventävänä asianhaarana, että hän »synes å være blitt med på innbruddet delvis uten egen skyld, og at hans forbrytelse derfor mere består i manglende vilje og evne til å løsrive sig fra de to andres innflytelse enn i direkte forbrytersk optreden». ⁶³ — Tapauksesta

neen painovirheen johdosta kokoonpanoltaan vääräksi, jätti virheen oikaisematta. Kun muuan praktisoiva lääkäri sitten kirjoitti lääkemääräyksen mainitun kirjassa olevan esimerkin mukaisesti, kuoli hänen potilaansa nauttimaan lääkkeestä. Oppikirjan julkaissut lääkäri tuomittiin tästä laiminlyönnillään aiheuttamastaan seurauksesta rangaistukseen kuolemantuottamuksesta. Ks. *Jurisprudence generale Recueil periodique et critique* 1920 I. s. 30. — Katsoisimme puolestamme, että myöskin lääkemääräyksen kirjoittanut lääkäri olisi pitänyt tuomita rangaistukseen kuolemantuottamuksesta, sillä kaiketi hän ammattinsa nojalla olisi ollut velvollinen tarkistamaan, että lääke-esimerkissä eri aineet olisivat olleet oikeassa kokoonpanosuhteessa toisiinsa.

⁶³ Selostettu *Andenaesin* mukaan. Ks. *Andenaes*, s. 289.

kuvastuu sellaisenaan käytännössä useasti toistuva ilmiö: rikoksenteijä käyttää toiminnassaan hyväkseen vilpittömässä mielessä olevaa henkilöä, joka tietämättään hankkii hänelle työkaluja, kulkuneuvon tai muulla tavalla avustaa tekoa. Tällöin on mielestämme ilmeistä, että jos hän, saatuaan tietää, kuten selostamassamme tapauksessa, oikean asianlaidan, jatkaa osallistumistaan tekoon, olkoonpa tämä osallistuminen sitten aktiivista tai passiivista suhtautumista, johtuu hänelle siitä luonnollisesti rangaistusvastuu, sillä joskaan hänellä ei ole velvollisuutta estää tekoa, niin on hänellä ehdottomasti oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimenpiteisiin oman toimintansa aiheuttaman vaarantilan neutralisoimiseksi. Selostamassamme tapauksessa O:n olisi tullut siis heti oikean asianlaidan havaittuaan ajaa tiehensä, jolloin hän olisi välttynyt rangaistukselta.

Tieteisopissa on esiintynyt erimielisyyttä siitä, onko sillä, joka hätävarjeluksessa on puolustautuessaan saattanut hyökkääjän vaarantilaan tai aiheuttanut hänelle vahingollisen seurauksen, oikeudellinen velvollisuus hätävarjelutilanteen lakattua ryhtyä toimenpiteisiin hyökkääjää uhkaavan vahingollisen seurauksen tai jo olemassaolevan seurauksen vaikeutumisen torjumiseksi? Kysymys on niinhyvin teorian kuin käytännönkin kannalta siinä määrin tärkeä, että se ansaitsee osakseen mielestämme lähemmän tarkastelun.

Kysymykseen ovat kieltävästi vastanneet muun muassa *Eberhardt Schmidt*,⁶⁴ *v. Hippel*,⁶⁵ ja *Mezger*.⁶⁶ Näistä *Schmidt* tyytyy ainoastaan toteamaan, että hyökkääjä voidaan hätävarjeluksen jälkeen huoletta jättää oman onnensa nojaan: »wenn A den B in Notwehr verletzt, darf er ihn getrost seinem Schicksal überlassen, obwohl er durch das vorangegangene Tun (die Notwehrhandlung) die Gefahr des Todes herbeigeführt hat».⁶⁷ *v. Hippel* puolestaan enemmittä perusteluitta vetoaa siihen, että hyökkääjä saa hätävarjeluksessa luvan kantaa hyökkäyksensä seuraukset: — — — der Verletzte ist in solchen Fällen eben verpflichtet, die Verletzung und deren Folgen zu tragen».⁶⁸ *Mezger* on yhtynyt tähän vetoomukseen sitä millään tavalla muuttamatta. Kun mainitun mielipiteen tueksi ei ole esitetty minkäänlaista perustelua, vaan se pohjautuu pelkästään subjektiivisiin tunnesyihin, joiden voi-

⁶⁴ *v. Liszt-Schmidt*, s. 191.

⁶⁵ *v. Hippel*, s. 166.

⁶⁶ *Mezger*, Lehrbuch, s. 147.

⁶⁷ *v. Liszt-Schmidt*, s. 191.

⁶⁸ *v. Hippel*, s. 166.

daan katsoa hätävarjelutilanteen jälkeenkin elävän puolustajassa hyökkääjää vastaan, niin voimme jättää sen, jos niin voi sanoa, ad a'cta, sillä subjektiivisilla syillä ei ole minkäänlaista merkitystä itse kysymyksen ratkaisulle, vaan ne on ymmärrettävästi huomioitava, mikäli kysymykseen vastataan myönteisesti. Tällöin ne luonnollisesti saattavat vaikuttaa lieventävinä asianhaaroina laiminlyönnistä rangaistusta määrittäessä.

Mainittujen rikosoikeusoppineiden käsityskantaa on varsin lähellä *Andenaes*. Hän lähtee tarkastelussaan seuraavasta esimerkistä: Eräänä talvi-iltana kimppuuni hyökätään maantiellä. Olen aseistettu ja teen hyökkääjän vaarattomaksi ampumalla häntä reiteen. Tekoni on, huomioonottaen, että se on tehty hätävarjeluksessa, oikeudenmukainen (rettmessig). Mutta samalla olen aiheuttanut sellaisen vaarantilan hyökkääjälle, että ellen toimita hänelle apua, niin hän kuolee kylmästä ja verenvuotoon. Jos jätän hänet oman onnensa nojaan, voidaanko minua silloin rangaista taposta tai kuolemantuottamuksesta? Tai onko kysymyksessä ainoastaan sen normin rikkominen, jossa säädetään, että jokainen on velvollinen, saattamatta itseään tai toista vaaraan, auttamaan todellisessa hengenvaarassa olevaa?⁶⁹ Näistä vaihtoehdoista hän valitsee jälkimmäisen, lisäten, ettei ole syytä käyttää enempää lainkohtaa avuttomaan tilaan jättämisestä kuin säännöksiä taposta ja kuolemantuottamuksestaakaan. Perustelunaan hän lausuu:

» Av — — — vekt er det at den følelse av uvilje som den overfalte gjerne vil ha overfor overfallsmannen, motvirker den normale følelse av ansvar for egen handling. Det avhenger av den personlige innstilling hvordan styrkeforholdet skal bli mellom de to momenter. Den som holder sterkt både på egen og andres rett, vil ha lett for å si: »Han ligger på sine gjerninger», og slå' til ro med det. Og selv ut fra en mindre individualistisk vurdering får en vel si, at forholdet ligger atskilligt nærmare, den unnløstelse som § 387 tar sikte på en den typiske

⁶⁹ *Andenaes* (s. 276) käyttää tässä sanontaa: »Eller er der bare § 387 det kan bli tale om å anvende?» Mainittu lainkohta, siltä osin kuin se oleellisesti vastaa rikoslain 44 luvun 2 §, kuuluu Norjan rikoslaisissa seuraavasti: »Med Bøder eller med Faengelse indtil 3 Maaneder straffes den, som undlader det var ham muligt uden saerlig Fare eller Opofrelse for ham selv eller andre, 1. efter Evne at hjælpe den, der er i øiensynlig og overhaengende Livsfare, — — —». Rikoslakimme vastaavasta säännöksestä mainittu lainkohta eroaa m.m. siinä, että sen loppuosassa määrätään ankarampi rangaistus, mikäli hengenhdässä oleva kuolee laiminlyönnin johdosta: »Saafremt paa Grund af Forseelsen nogen omkommer, kan Faengsel indtil 6 Maaneder anvendes».

drapshandling. Tenker vi oss at A og B er på reise sammen, at A blir overfalt og slår angriperen til jorda og at A og B deretter fortsetter reisen uten å bekymre seg om den tilskadekomnes videre skjebne, er der neppe noen slik forskjell i straffverdighet mellom de to at det med rimelighet kan begrunne anvendelsen av så forskjellige straffebestemmelser som det her er tale om.⁷⁰

Perustelun alkuosaan nähden, jossa kuvataan puolustajan tunteita hyökkääjää kohtaan, emme puutu, vaan viittaamme ainoastaan siihen, mitä olemme edellä lausuneet *Schmidtin*, *v. Hippelin* ja *Mezgerin* täysin samanlaisesta ajatuksesta. Kun *Andenæs* toisaalta on periaatteessa kuitenkin tullut siihen tulokseen, että hätävarjelutilanteen päätyttyä hyökkääjän hyväksi on tarpeen niin vaatiessa ryhdyttävä toimenpiteisiin seurauksen vaikeutumisen estämiseksi rangaistusvastuun uhalla, niin on käsittämätöntä, kuinka laiminlyöjä voi syyllistyä Almindelig Borgerlig Straffelovin 387 §:n kuvaamaan rikokseen, joka asettaa yleisen velvollisuuden ryhtyä toimintaan hengenhädässä olevan auttamiseksi? Kysymyshän on nimenomaan siitä, perustaako hätävarjelutilanne puolustautuneelle velvollisuuden ryhtyä täydentäviin toimenpiteisiin ennenmainitussa tarkoituksessa, eikä suinkaan, perustaako se yleensä kaikille velvollisuuden siihen. On itsestään selvää, että jokaisella on velvollisuus auttaa hyökkääjää, jos tämä on todellisessa hengenvaarassa hätävarjelutilanteen päätyttyä. Nekin, jotka, kuten *Andenæs*, katsovat oikeusvelvollisuuskäsitteellä olevan ainoastaan rangaistusvastuuta indisoivan merkityksen, eivät asettane kiistanalaiseksi, että puolustautunutta ei suinkaan voida rangaista samasta rikoksesta kuin sitä, joka ei ole ryhtynyt vaarantilan tai vahingollisen seurauksen luoneeseen edeltävään toimintaan, olkoonpa tämä toiminta siten luvallinen tai luvaton. *Andenæs*in mielipide osoittautuu jo siinäkin vääräksi, että esittämästään mielipiteestä poiketen hän katsoo puolustautuneen voivan joutua laiminlyönnistään vastuuseen jopa taposta siinä tapauksessa, että hätävarjeluteko käsittää pysyvän olotilan (varig tilstand), esimerkiksi hyökkääjän sisäänlukitsemisen. Tästä hän lausuu: »Hvis den angrepne ikke her sørger for at innesperringen opphører, når den ikke lenger er påkrevd for forsvaret, blir han ansvarlig for frihetsberøvelse, og, dersom den innesperrede omkommer, for drap».⁷¹ Näin on *Andenæs* kasuistiikassaan päätynyt varsin ihmeelliseen tulokseen: puolustautuneen laiminlyönti, josta on aiheutunut hyökkääjän

⁷⁰ *Andenæs*, s. 277.

⁷¹ *Andenæs*, s. 277.

kuolema, perustaa rangaistusvastuun seurauksesta (tappo) — tai pelkästään rangaistusvastuun laiminlyönnistä sinänsä seuraukseen katso-matta! Andenæs toteaa itsekin tuloksensa ristiriitaisuuden: »Rettsbevisstheten krever utvilsomt denne løsnin, men rasjonelt å begrunne forskjellen mellom de to tilfelle er ikke lett».⁷² Mistä muuten voidaan päätellä, että »oikeustajunta vaatii ehdottomasti» tällaista ratkaisua? Siinäkin on meidät jätetty vastausta vaille.

Niistä kriminalisteista, jotka ovat asettuneet sille kannalle, että hätävarjeluteko muodostaa sellaisen edeltävän toiminnan, joka perustaa puolustautuneelle erityisen oikeudellisen velvollisuuden ryhtyä tarpeen vaatiessa täydentäviin toimenpiteisiin hyökkääjän auttamiseksi hädänalaisesta asemastaan, mainittakoon *Traeger*⁷³ ja *Drost*.⁷⁴ Kosketellussa suhteessa *Drost* lausuu, että hyökkäyksen torjumiseksi saadaan ymmärrettävästi ryhtyä kaikkiin sellaisiin tekoihin, jotka kulloinkin ovat välttämättömiä sanotussa tarkoituksessa. Hätävarjeluksella ei siis lainkaan pyritä esimerkiksi siihen, että hyökkääjä kuolisi saamiinsa vammoihin. Tästä itsestään oikeasta ajatuksesta *Drost* vetää sen johtopäätöksen, että hätävarjelutilanteen päätyttyä puolustautunut on velvollinen seurausvastuun uhalla ryhtymään toimenpiteisiin sen vaarantilan tai vahingollisen seurauksen vaikeutumisen estämiseksi, minkä hän on joutunut aiheuttamaan hyökkääjälle hätävarjelutilanteessa.⁷⁵

Viimeksimainittua mielipidettä on pidettävä oikeana. Meidän on lähde-tävä siitä tosiasiasta, että jokainen teko, jolla hätävarjelutilanteessa hyökkääjä tehdään kykenemättömäksi jatkamaan hyökkäystä, on itsessään oikeudenvastainen. Mutta suhtautumisen oikeudenmukaisuus tai oikeudenvastaisuus riippuu viimekädessä sen suhteesta normiin.⁷⁶ Kun hätävarjelus on oikeusjärjestyksen mukaan luvallinen määrätyn edellytyksin, niin on myös kaikki sellainen suhtautuminen hyökkääjää vastaan oikeudenmukaista, mikä on välttämättömästi tarpeen hyökkäyksen torjumiseksi. Tästä voidaan päätellä, että jos puolustautuja »on tehnyt enemmän väkivaltaa kuin minkä hätä vaatii», niin on hänen suhtautumisensa siltä osin ollut oikeudenvastaista. Yhtäläisesti voidaan sanoa, että kaikki sellainen suhtautuminen, jolla hyökkääjälle aiheutetaan enemmän vahinkoa, kuin mikä hätävarjelutilanteessa teh-

⁷² *Andenæs*, s. 277.

⁷³ *Traeger*, *Das Problem*, s. 106. — *Traeger* ei ole perustellut kantaansa.

⁷⁴ *Drost*, GS 109, 1937, s. 22.

⁷⁵ *Drost*, e.m.k., s. 21.

⁷⁶ *Sundström-Salmilä*, Varsinaisesta osallisuudesta, s. 27.

dystä luvallisesta teosta on johtunut, on oikeudenvastaista. Tästä voidaan käsittääksemme täydellä syyllä tulla siihen tulokseen, että hyökkäyksen torjunut on velvollinen ryhtymään toimenpiteisiin sellaisen jälkiseurauksen estämiseksi, mikä ylittää hänen luvallisella toiminnallaan aiheuttamansa vahingollisen perusseurauksen. Hän on siis velvollinen seurausvastuun uhalla estämään luvallisella toiminnallaan (hätävarjeluksella) aiheuttamastaan vaarantilasta johtuvan vahingollisen seurauksen.

Rikosoikeusoppineistamme *Salmiala* ja *Honkasalo* ovat tietävästi luennoissaan erikoisesti korostaneet, että hätävarjelus perustaa siihen oikeutetulle erityisen oikeudellisen velvollisuuden estää seurausvastuun uhalla hätävarjeluteollaan aiheuttamansa vahingollisen seurauksen vaikeutuminen. Tälle käsityskannalle on asetettu myöskin oikeuskäytännössämme, kuten seuraava siinä esiintynyt tapaus osoittaa:

Parikkalan KO lausui 4. 12. 1941 selvitetyksi, että H. L. oli 21. 9. 1941 Parikkalan pitäjän Kinnarniemen kylässä asuntonsa pihamaalla, suojellakseen itseään M. S:n kohtapäätä uhkaavalta oikeudettomalta hyökkäykseltä, tahallansa ilman tappamisen aikomusta pahoinpidellyt S:ää lyömällä häntä nyrkillään vasempaan ohimoon seurauksin, että S:n pääkallo oli murtunut ja aivokalvoihin oli syntynyt verenvuoto, josta aiheutuneeseen aivokalvon tulehdukseen S. oli seuranneen lokakuun 10 päivänä kuollut. Koska kuitenkin L:n käyttämä väkivalta oli ollut S:n L:ää vastaan kohdistaman hyökkäyksen torjumiseksi välttämätön, niin KO hylkäsi L:ää vastaan pahoinpitelystä ajetun syytteen. Sitä vastoin KO lausui L:n syyksi jäävän, että hän lyötyään S:ää kerrotuin tavoin oli kantanut S:n, joka pahoinpitelyn johdosta ei itse ollut kyennyt liikkumaan, asuintalonsa vieressä olevan pellon laitaan ja jättänyt S:n sinne useiksi tunneiksi yksikseen sekä sitten noutanut S:n asuntoonsa, jossa S. saamatta tarpeellista hoitoa oli ollut seuraavan päivän iltapäivään asti. Tämän vuoksi KO rikoslain 25 luvun 3 §:n 1 kappaaleen nojalla tuomitsi H. L:n toisen henkilön avuttomaan tilaan jättämisestä 7 kuukaudeksi vankeuteen. — *Viipurin HO* ja *KKO* (presidentti *Neovius* sekä oikeusneuvokset *Gyllin*, *Molin* ja *Piipponen*): Ei muutosta.⁷⁷

⁷⁷ *KKO*:n päätös 25. 11. 1942, tied. n:o 172. — Eri mieltä *KKO*:n enemmistön kanssa oli oikeusneuvos *Stenström*, joka lausui: » — — — koskei H. L. käyttämällä puheena olevassa tilaisuudessa hätävarjelu-oikeutta M. S:n hyökkäyksen torjumiseksi ole tullut velvolliseksi hoitamaan S:ää eikä L:n niin ollen voida katsoa, jättäessään S:n edellämainitun pellon laitaan, heittäneen häntä avuttomaan tilaan, har-

C. VELVOLLISUUS ILMAISUUN VAHINGOLLI- SEN SEURAUKSEN ESTÄMISEKSI.

Ihminen ei herätä ympäristössään mielikuvia pelkästään tekemisellään ja puhumisellaan, vaan myös tekemättä jättämisellään ja vaikenemisellaan.⁷⁸ Joskaan vaikenemista sellaisenaan ei yleensä voida pitää tahdonilmaisuna, niin on se sitä sellaisissa tapauksissa, joissa ilmaise-matta jättäminen antaa säännönmukaisesti perustellun aiheen päätellä jonkin seikan positioista tai negatiosta. Niinkuin konkludenttinen teko voi määräytyissä tapauksissa käydä nimenomaisesta tahdonilmaisusta, niin myös vaikeneminen edellämainitsemallamme edellytyksellä voidaan rinnastaa nimenomaiseen tahdonilmaisuun. Ilmaise-matta jättämistä voitaneen tällöin nimittää konkludenttiseksi laiminlyön-niksi.⁷⁹ Aiheemme kannalta tällaisella passiivisella suhtautumisella on merkityksensä silloin, kun siitä aiheutuu kriminalisoitu seuraus tai konkreettinen vaarantila. Lähinnä joutuu tällöin tarkastelumme koh-

kitsen oikeaksi, muuttaen HO:n päätöstä, vapauttaa L:n hänelle tällaisesta rikoksesta tuomitusta rangaistuksesta — — —». — Tätä oikeustapausta kommentoidessaan *Salmiala* lausuu, että tuomioistuinten päätöksistä ilmenevää käsitystä, jonka mukaan H. L:lle oli syntynyt erityinen hoito- ja avunantovelvollisuus M. S:ää kohtaan hänen oman puolustuksensa perusteella, koska M. S. sen kautta oli tullut avuttomaksi ja joutunut terveydellisesti vaaranalaiseen tilaan, on pidettävä oikeana. Mutta kun tuomioistuimet ovat tuominneet H. L:n rikoslain 25 luvun 3 §:n 1 kapaleen nojalla, niin *Salmiala* katsoo, ettei rikoslakia ole sovellettu oikein, sillä kun kerran H. L:n laiminlyönti on adekvaattisessa syysuhteessa seuraukseen, niin olisi H. L. pitänyt tuomita rikoslain 21 luvun 6 §:n eikä 25 luvun 3 §:n mukaan. Perusteluinaan tähän *Salmiala* vetoaa siihen tosiasiaan, että sanottuun tapaukseen soveltuu subjektiivisessa suhteessa sama periaate, kuin seurausvastuurikoksiin yleensä: »Esirikoksesta aiheutuvan seurauksen, kuoleman tai vaikean ruumiinvamman ei tarvitse olla tekijälle syyksiluettava joko tahallisenä tai tuottamuksellisenä. Riittää, että se on adekvaattisessa syysuhteessa esirikokseen». Ks. *Salmiala*, Eräs laintulkintakysymys, DL 1945, s. 202—204.

⁷⁸ Ks. *Ekström*, s. 565; *Windscheid*, s. 178—179: »— — — der Wille wird als gehörig an den Tag gelegt angesehen, wenn ein Benehmen. (Thun oder Unterlassen) vorliegt, welches auf das Vorhandensein des Willens einen sicheren Schluss gewährt. Auch Schweigen kann unter Umständen als genügender Willensausdruck anzusehen sein».

⁷⁹ *Ekström*, s. 565. — Andenaes rinnastaa näin toisiinsa nimenomaisen ilmaisun, konkludenttisen teon ja konkludenttisen laiminlyönnin. Ks. *Andenaes*, s. 430. Eräät pitävät sitävastoin konkludenttista laiminlyöntiä positiivisena suhtautumisena. Näin m.m. *Dahm*, ZStrW. 59, 1940, s. 159—160: »Wer — — — bestimmte Punkte zur Sprache bringen müsste, dies aber nicht tut, der spricht, auch wenn er schweigt. Das bededte Schweigen ist positives Handeln».

teeksi kysymys siitä, voiko petosrikos tapahtua konkludenttisella lainminlyönnillä? Ennenkuin voimme vastata tähän kysymykseen, on meidän ainakin pääpiirteissään selostettava petosrikoksen teonolemus, sellaisena kuin se kuvataan rikoslakimme 36 luvun 1 §:n 1 kappaleessa.

Mainitussa lainkohdassa lausutaan muun muassa, että joka »hankiakseen itselleen tahi toiselle laitonta aineellista etua, saattaa jollekulle tavaran tahi rahan tappion siten, että hän, tuomalla esiin valheellisen asianlaidan, taikka vääristämällä tahi salaamalla todellisen, aikaan saa taikka vireillä pitää erehdyksen: — — —, tuomittakoon petoksesta — — —». Rikoksen tunnusmerkistöön kuuluu siis objektiivisessa suhteessa erehdyttäminen esiintuomalla valheellinen tai vääristämällä tahi salaamalla todellinen asianlaita, erehdytetyn ryhtyminen disponointiin ja tästä aiheutunut omaisuusvahinko. Subjektiivisessa suhteessa tulee suhtautumisesta ilmetä tahallinen pyrkimys oikeudettomaan aineelliseen hyötymiseen.⁸⁰

Ne keinot, joilla erehdyttäminen tapahtuu, on laissa kuvattu pelkästään tekorikosta osoittavalla sanonnalla: esiintuoda, vääristää ja salata. Viimeksimainitusta sanonnasta on nimenomaan huomattava, kuten *Forsman* korostaa, että lainsäätäjä on tuollakin sanonnallaan pääasiallisesti tarkoittanut positiivista suhtautumista.⁸¹ Salaaminen ei suinkaan ole identtinen vaikenemisen kanssa, sillä vaikeneminen edellyttää passivisuutta, kun sitävastoin salaaminen yleensä tapahtuu positiivisella toiminnalla.⁸²

Väärä asianlaita esiintuodaan väittämällä jonkin asianlaidan olevan toisenlaisen, kuin minkä sen todellisuudessa tiedetään olevan. Tälläin erehdyttäminen voi tapahtua joko suoranaisella selityksellä tai väitteellä tai epäsuorasti n.s. konkludenttisella teolla, jolloin erehdyttämisen aikaansaadaan tai vireilläpidetään pelkästään käyttäytymisellä sellaisenaan.⁸³ Niinpä esimerkiksi se, joka maksaa shekillä, jo itsessään

⁸⁰ *Forsman*, De Särskilda Brotten I, s. 373—378; *Serlachius-Särkilahti*, Oppikirja II, s. 233 ja 240; *Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 54: »Tekoon ei välttämättömästi kuulu hyötyminen, riittää, että se on tehty hyötymistarkoituksessa». v. *Liszt*, Lehrbuch (1919), s. 457—490; *Frank*, s. 581; *Kohlrausch*, Strafgesetzbuch, s. 445—446; *Ebermayerin* y.m. kommentaari, s. 695.

⁸¹ *Forsman*, De Särskilda Brotten I, s. 378: »att något värkligen bilfvit undandraget en annans kännedom».

⁸² *Forsman*, De Särskilda Brotten I, s. 378.

⁸³ Ks. tästä *Forsman*, e.m.t., s. 374—376; *Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 55; *Frank*, s. 582; *Kohlrausch*, e.m.t., s. 445. Toisin *Kohler* (Treu und Glauben im Verkehr, s. 23), joka katsoo väärän asianlaidan esiintuomisen edellyttävän, »dass

shekin luovuttamisella vakuuttaa sen olevan katteellisen. Samoin se, joka myy toiselle esineen, jo tuolla toiminnallaan herättää ostajassa sen mielikuvan, että esine on ollut myyjän omistama tai että ainakin myyjä on oikeutettu sen luovuttamaan kaupanteossa.⁸⁴ Tällaisissa tapauksissa on siis kysymys positiivisesta toiminnasta, vaikkei mitään selitystä tai vakuutusta annettaisikaan.

Erehdyttäminen oikean asianlaidan vääristämällä tapahtuu esittämällä se toisenlaisena, kuin se todellisuudessa on tai oli. Tavallisesti rikos toteutetaan tällöin siten, että oikeasta asianlaidasta jätetään tahallisesti mainitsematta joitakin siihen oleellisesti kuuluvia seikkoja tai siihen lisätään seikkoja, jotka todellisuudessa eivät siihen kuulu.⁸⁵ Erehdyttäminen saattaa siis tapahtua tässä passiivisella suhtautumisella, vaikenemalla määrätystä asiaan oleellisesti vaikuttavista seikoista. Myös oikean asianlaidan salaamalla tapahtuneessa erehdyttämisessä rikoksen toteuttaminen on mahdollista passiivisella suhtautumisella, sillä oikean asianlaidan ilmituleminen voidaan estää määrättyjen oleellisten seikkain ilmaisematta jättämisellä.⁸⁶

der Täter etwas getan habe, um seine Behauptung dem Getäuschten zu insinuieren, sei es durch Vorschützen falscher Beweise, sei es auch durch die Hartnäckigkeit und Sicherheit des Vorbringens».

⁸⁴ Konkluentisella teolla on mielestämme aiheutettu erehdyttäminen myös silloin, kun tilataan ravintolasta ruokaa ja juomaa, vaikkei ole rahoja maksuun, tai kun joku junailijan huomaamatta matkustaa matkalipputta (n.s. »sokea-matkustaja»). *Serlachius-Särkilahti* (Oppikirja II, s. 238) katsoo, että mainituissa tapauksissa erehdyttäminen tapahtuu oikean asianlaidan ilmaisematta jättämisellä, joten kysymyksessä olisi epävarsinainen laiminlyöntirikos. Käsittääksemme ei voida kuitenkaan katsoa erehdyttämisen sanotuissa esimerkeissä tapahtuneen vaikenemisella, vaan positiivisella teolla, sillä jos joku tilaa ravintolassa tai asettuu kulkuneuvon kuljetettavaksi, niin hän jo tällä käyttäytymisellään aikaansaa erehdytetyssä sen mielikuvan, että kykenee maksamaan laskunsa tai on lunastanut tahi voi lunastaa matkalippunsa. Erehdys on näissä tapauksissa aikaansaatu tai ylläpidetty konkluenttisesti. Ks. esim. KKO:n päät. 14. 6. 1923, tied. n:o 1065: A. W. K. oli myynyt K. E. E:lle 25 asunto-osakeyhtiön osaketta, jättämällä ilmoittamatta kaupantekotilaisuudessa, että osakeyhtiön omistama talo oli siihen aikaan ollut ulosmitattuna ja etteivät yhtiön osakkeet kaupantekotilaisuudessa olleet hänen hallussaan ja luovutettavissa. A. W. K. tuomittiin petoksestaan 3 kuukauden vankeusrangaistukseen. Ks. myös OO:n päät. 26. 7. 1916, n:o 580 ja OO:n päät. 19. 10. 1917, n:o 497.

⁸⁵ Ks. *Forsman*, De Särskilda Brotten I, s. 378—379; *Honkasalo*, Erinäiset rikokset, s. 58; *Estlander*, Bedrägeribrottet, s. 17.

⁸⁶ Esim. kaikissa niissä tapauksissa, joissa jätetään ilmoittamatta tavaraa myytäessä siinä olevasta oleellisesta »salaisesta» virheestä. Ks. esim. KKO:n päät. 17. 10. 1930, tied. n:o 516. *Haminan* RO lausui selvitetyn, että A. Y-S. tarjotessaan Haminan kaupungissa puolustuslaitokselle ostettavaksi hevosta oli, hankkiakseen itselleen

Vaikkakin itse erehdyttäminen voi tapahtua passiivisellakin suhtautumisella, niin petosrikosta ei voida toteuttaa pelkästään passiivisella suhtautumisella, sillä rikos täyttyy vasta silloin, kun oikeustoimi on tehty ja omaisuusvahinko aiheutunut disponoinnilla.⁸⁷ Rikoksen tunnusmerkistö täyttyy näinollen vasta silloin, kun erehdytetty on disponoinnillaan kärsinyt omaisuusvahingon.⁸⁸ Sitävastoin on petoksen yritys luonnollisesti mahdollinen yksinomaan passiivisella suhtautumisella, koska mitään aktiivista suhtautumista (disponointia) ei vielä yritysasteella välttämättömästi ole tarvinnut tapahtua. Tällöin on ymmärrettävästi kysymyksessä rikoksen yritys epävarsinaisena laiminlyöntirikok-

laitonta aineellista etua, saattanut valtiolle tappiota siten että hän, vaikka oli tietänyt hevosen sairaaksi, oli salaamalla tuon seikan saanut puolustuslaitoksen ostamaan hevosen 6300 markan hinnasta, sekä että Y-S. oli hankkiakseen itselleen hyötyä samassa tilaisuudessa ilmoittaen nimekseen Armas Koho tämän nimeen kuitannut hevosen hinnasta saamansa 6300 markan määräisen shekin ja sitten, kuittaamalla shekin Armas Kohon nimeen, nostanut pankista shekin määrän. Tämän vuoksi RO tuomitsi Y-S:n rikoslain 36 luvun 1 ja 5 §:n nojalla petoksesta 2 ja väärennyksestä samoin 2 kuukauden vankeusrangaistukseen eli rangaistukset yhdistettyä pidettäväksi yhteensä 3 kuukautta vankeudessa. Viipurin HO: koskei oltu luotettavasti näytetty, että Y-S. olisi tietänyt mainitun hevosen olleen sairaan eikä myöskään, että hän olisi hankkiakseen itselleen hyötyä antanut puolustuslaitokselle edellämainitun kuitin, HO, kumoten RO:n päätöksen vapautti Y-S:n hänelle tuomituista rangaistuksista. KKO harkitsi oikeaksi, kumoten HO:n päätöksen, jättää asian RO:n päätöksen varaan.

⁸⁷ Näin Forsman, De Särskilda Brotten, s. 377—378; Serlachius-Särkilahti, s. 238; Honkasalo, Erinäiset rikokset, s. 56.

⁸⁸ Sitävastoin voidaan pelkästään passiivisella suhtautumisella toteuttaa epärehellisyysrikoksen tunnusmerkistö. Esim. asianajaja A jättää tahallisesti ilmaisematta oikeudessa päämiehensä B:n jutussa päätökseen ratkaisevasti vaikuttavan asianlaidan, aiheuttaen siten päämiehelleen vahinkoa. — Joskin erehdytetyn ja disponoivan tulee olla sama henkilö, niin ei sitävastoin erehdytetyn ja disponoinnista vahinkoa kärsineen tarvitse olla sama henkilö. Niinpä esim. prosessipetoksessa omaisuusvahinko toiselle voidaan aiheuttaa siten, että tuomioistuimien erehdytetään ratkaisuun, josta toiselle aiheutuu välitön omaisuusvahinko. Prosessipetokseen nähden on muuten huomattava, että meikäläisen oikeuskäytännön mukaan erehdyttäminen prosessissa saattaa tapahtua vain käyttämällä oikeudenkäynnissä vääriä todistajia tai muita vääriä todistamiskeinoja. Pelkät todistamattomat väitteet eivät riitä. Ks. Honkasalo, Erinäiset rikokset, s. 57 ja Prosessipetos lainkäytön valossa, JFT 1937, s. 686—708. Kuten petos, niin myös prosessipetos voi tapahtua passiivisella suhtautumisella. Ks. tästä Ganske, s. 40—44. S. 40, Ganske lausuu: »Wann ein Verschweigen eine Unterdrückung darstellt, beantwortet sich daher lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verübung eines Begehungsdeliktes durch Unterlassung».

sena, eikä epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen yritys. Epävarsinainen laiminlyöntirikos esiintyy tässä konkreettisen vaarantilan aiheuttamisena.

Joskin erehdyttäminen voidaan aikaansaada ilmaisematta jättämisellä, niin siitä ei vielä sellaisenaan käy päättelyminen, onko vaikeneminen tällöin oikeudenvastaista. Jotta vaikeneminen passiivisena suhtautumisena olisi oikeudenvastainen, täytyy olla erityinen oikeudellinen velvollisuus ilmaisuun.⁸⁹ Erityinen oikeudellinen velvollisuus on olemassa, kuten olemme jo edellä useasti korostaneet, ainoastaan silloin, kun kirjoitetusta laista tai tavanomaisesta oikeudesta voidaan johtaa sellainen velvollisuus. Tällainen velvollisuus perustuu meillä kauppa-kaaren 1 luvun 4 §:ssä olevaan säännökseen,⁹⁰ jossa muun muassa lausutaan:

» Jos myydään tavaraa, joka sitten havaitaan virheelliseksi, ja jos laillisesti näytetään myyjän tietäneen virheen, eikä siitä ilmoittaneen, ottakoon omansa jälleen ja antakoon takaisin vastikkeen; korvatkoon myös kaiken vahingon ja vetäköön sakkoa kymmenen talaria».

Säännöksen voidaan katsoa perustuvan sille normille, joka velvoittaa yleensä noudattamaan vilpittömää mieltä oikeustoimia tehtäessä.⁹¹ Saksalaisessa tieteisopissa tästä periaatteesta on vuosisatamme vaihteesta

⁸⁹ Forsman, De särskilda brotten, s. 378: »Öfverhufvudtaget finnes — — — icke en rättslig plikt att uttala sig. Men en annan sak är, att ett förhemligande kan ske genom förtigande, på samma sätt som i allmänhet ett kommissivdelikt kan begås genom underlåtenhet. Förhemligande kan ske genom ett förtigande, då en plikt att uttala sig finnes.» Serlachius-Särkilähti, Oppikirja I, s. 238; Honkasalo, Erinäiset rikokset, s. 55; Estlander, s. 66—76; Thyrén, Utkast, s. 144: »Inkulpantens negativa handling (underlåtenhet at häva villfarelse) måste, jämlikt allmänstraffrättsliga regler, anses likvärdig med den positiva, därest inkulpanten — — — haft rättslig plikt at inskrida til villfarelsens skingrande»; Frank, Das Straffgesetzbuch, s. 584: »Die Verpflichtung muss eine rechtliche sein; eine bloss moralische genügt nicht»; Kohlrausch, Strafgesetzbuch, s. 446. Toisin Andenaes, s. 440: »Denne skjematiske fremgangsmåte er like uholdbar her som ellers».

⁹⁰ Näin Estlander, s. 66—70 ja 75—76. Estlander katsoo, että tätä ilmaisuun velvoittavaa säännöstä täydentää kauppakaaren 1 luvun 3 §:ssä oleva säännös irtaimen kaupanvastuusta. Tämä mielipide perustuu sille virheelliselle päätelmälle, että jos myyjä vaikenee saantonsa moitteenalaisuudesta, niin hän siten laiminlyönnillään erehdyttää ostajan. Kysymyksessä ei kuitenkaan ole passiivisella suhtautumisella tapahtunut erehdyttäminen, vaan konkludenttisella teolla, sillä myydessään esineen myyjä jo sillä konkludenttisesti lausuu, että hän on oikeutettu myymään esineen.

⁹¹ Periaate ilmenee meillä myös kauppakaaren 11 luvun 4 §:ssä ja 12 luvun 4 §:ssä.

lähtien käytetty sanontaa »Treu und Glauben».⁹² *Reichsgericht* on katsonut tämän periaatteen luovan erityisen oikeudellisen velvollisuuden ilmaisuun muissakin kuin oikeustointen alaan kuuluvissa tapauksissa. Kuvaavana tästä on seuraava tuomio:

Oikeus oli määrännyt asianajaja S:n toimimaan leski K:n oikeudenkäyntiavustajana. K. suoritti palkkion S:lle, joka otti sen vastaan, huomauttamatta lainkaan K:lle siitä, että hän oikeuden määräämänä oli maksutta velvollinen parhaan taitonsa ja tietonsa mukaan avustamaan K:ta oikeudenkäynnissä. *Reichsgericht* katsoi, että S. oli niinhyvin lakiin perustuvan velvollisuutensa kuin myöskin »Treu und Glauben» periaatteen nojalla oikeudellisesti velvoitettu ilmaisemaan K:lle, että asianajo oli maksutonta. Koska S. oli velvollisuutensa vastaisesti jättänyt ilmoittamatta tämän seikan K:lle maksua vastaanottaessaan, oli hän siten vaikenemisellaan vireilläpitänyt K:n erheellistä käsitystä siitä, että hän olisi ollut velvollinen suorittamaan oikeudenkäyntiavustajalleen palkkiota, minkä vuoksi RG. tuomitsi S:n petoksesta.⁹³

Mainittua perustelua on pidettävä oikeana. Kysymyksessä olevassa tapauksessa oikeudellisen velvollisuuden ilmaisuun luo jo yksin lain säännös maksuttomasta asianajosta. Meillä johtuu vastaavassa tapauksessa oikeudellinen velvollisuus ilmaisuun oikeudenkäymiskaaren 15 luvun 9 §:ssä olevasta säännöksestä, jossa lausutaan:

»Joka yleisesti asianajotointa harjoittaa, olkoon velvollinen maksutta auttamaan köyhiä oikeuden edessä, milloin tuomari määrää».

⁹² Mainittua iskusanaa lienee ensimmäisenä käyttänyt petosrikosta koskevassa kirjallisuudessa *Kohler* vuonna 1893 julkaistussa kirjoituksessaan »Treu und Glauben im Verkehr». Tässä kirjoituksessaan hän katsoo, että »Treu und Glauben» periaate velvoittaa ilmoittamaan oikeustointa tehtäessä oikeustoimen esineen laatua koskevat seikat, muttei sitävästoin spekulatioon kuuluvia seikkoja. Ks. *Kohler* m.k., s. 5—6. Ks. myös *Knoph*, *Rettslige Standarder*, s. 272—273.

⁹³ E. 4, s. 227.

DAS UNECHTE UNTERLASSUNGSDELIKT.

(Delictum commissivum per omissionem.).

Zusammenfassung.

VORWORT.

In dieser Untersuchung wird eine Frage behandelt, die eines der schwierigsten Probleme des Strafrechtes ist: Veranlassung einer kriminalisierten Folge durch passives Verhalten. Da die Erläuterung dieser Frage eine ausführlichere dogmatische Übersicht als gewöhnlich forderte, bin ich gezwungen gewesen, von der Behandlung mancher interessanten, sowohl allgemeinen als auch zu besonderen Theorien gehörenden Frage im Rahmen meiner Forschung Abstand zu nehmen. Aus besagtem Grunde habe ich meine Aufgabe darauf beschränkt, die aus der besonderen Art des Problems resultierenden Fragen, die Kausalität der Unterlassung und die Rechtswidrigkeit als Gegenstand der Untersuchung auseinanderzusetzen. Da die Forschungsarbeit betreffs des unechten Unterlassungsdeliktes ausser ihrer theoretischen Interessantheit auch erstklassige praktische Bedeutung hat, besonders wenn die während des letzten Vierteljahrhunderts erfolgte und immer weiter geschehende Mechanisierung von Produktion und Verkehr in Betracht gezogen wird, habe ich die Richtigkeit meiner theoretischen Ergebnisse im Lichte der Rechtspraxis prüfen wollen. Dies ist umso notwendiger gewesen, als die zu behandelnde Frage ihre sozialpolitische Tragweite hat. Es handelt sich nämlich um nichts geringeres als darum, unter welcher Voraussetzung und in welchem Grade das Individuum unter Androhung von Strafhaftung verpflichtet werden kann, die Initiative zur Abwendung einer schädlichen Folge zu ergreifen, ohne sich übermässig in die von unserer Rechtsordnung verbürgte individuelle Freiheit zu mischen.

I. TERMINOLOGIE.

Das menschliche Verhalten tritt für uns entweder passiv oder aktiv zutage. Von strafrechtlicher Bedeutung ist das Verhalten dann, wenn es ein Verbrechen, eine rechtswidrige und zurechenbare Tat oder Unterlassung ist, auf die im Gesetz eine Strafe steht. Begrifflich definieren wir die Unterlassung als Ungetanbleiben einer bestimmten erwarteten Handlung. Die Unterlassungsdelikte fixieren wir wie folgt, wobei die Qualität der verletzten Norm als trennendes Teilkriterium angesehen wird: durch das echte Unterlassungsdelikt wird die Gebotsnorm, mit dem unechten Unterlassungsdelikt gleichzeitig sowohl die Gebots- als die Verbotsnorm verletzt. In der Theorie sind die Unterlassungsdelikte auch demgemäss eingeteilt, ob sich Strafhaftung einzig und allein aus Unterlassung oder aus der durch Unterlassung verursachten Folge ergibt. In ersterem Falle ist das Unterlassungsdelikt echt, im letzteren unecht. Da bei der genannten Teilung die Grenzermittlung unter Berücksichtigung der Strafhaftung vorgenommen wurde, müssen wir das unechte Unterlassungsdelikt als passives Verhalten definieren, welches nur für die verursachte Folge oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen auch für den Versuch Strafhaftung begründet, weil nach der allgemein herrschenden Auffassung (so u.a. *Forsman*, *Grotenfelt*, *Serlachius-Särkilähti*, *Sundström-Salmiala*, *Honkasalo*, *Salovaara*, *Bornemann*, *Hagerup*, *Andenaes*, *v. Liszt*, *Mezger*, *Frank*, *Hippel* und *Finger*) der Versuch im unechten Unterlassungsdelikt möglich ist.

Eine Ausnahme von der angeführten Definition würde nach *Forsman* die in unserem Strafgesetz, Kap. 16 § 19 kriminalisierte Unterlassung bilden, der Behörde oder dem Verletzten gewisse, in der Vorschrift näher erwähnte geplante Verbrechen in der Zeit anzuzeigen, wo sich das Verbrechen noch verhindern liesse, wobei auf grund des 1. Stückes besagter Gesetzestelle Unterlassung nur strafbar ist, sofern das Verbrechen oder der strafbare Versuch erfolgt.

Wäre diese an sich interessante Hypothese richtig, so würde die begriffliche Teilung des genannten Unterlassungsdeliktens unhaltbar sein. In Wirklichkeit ist die behauptete Ausnahme jedoch nur scheinbar, denn es handelt sich keineswegs um eine durch Unlassung (durch unterlassene Anzeige) hervorgerufene Folge oder deren Versuch, sondern um die Folge oder den Versuch eines unangezeigt gebliebenen Verbrechens. Diese Tatsache offenbart sich uns, wenn wir beachten, dass das Unterlassen der Anzeige strafbar ist, obgleich konstatiert werden könnte, dass das Verbrechen selbst auch bei erfolgter Anzeige

geschehen wäre. Zudem müssen wir auch darauf aufmerksam machen, dass für den Schuldigen durchaus nicht Strafe angesetzt ist wegen begangenen Verbrechens oder wegen Versuchs dazu, sondern ausschliesslich wegen Unterlassens der Anzeige, also Nichtbefolgung des blossen Gebotes. Da der Gesetzgeber die Befolgung der vorerwähnten allgemeinen Pflicht unter Androhung von Strafe mit der Zusatzbedingung sanktioniert hat, dass das Verbrechen oder der strafbare Versuch tatsächlich erfolgt, dürfte diese Anordnung unseres Erachtens daraus resultieren, dass das an der Gesetzesstelle als strafbar erklärte passive Verhalten selbst keine in der Aussenwelt wahrnehmbare Realität erhalte, falls nicht die erforderliche Klarheit darüber vorläge, dass faktisch ein Verbrechen in Vorbereitung war.

Weiter haben wir das Verhalten der Einstellung zu dem Handlungs- und Unterlassungsdelikt auf grund der äusseren Erscheinungsform eingeteilt. Die Art des Verhaltens kann indessen nicht immer mit der blossen Zufluchtnahme zu objektiven Kriterien klargelegt werden. Oft beruht es nämlich auf subjektiven (seelichen) Umständen, ob ein bestimmtes Verhalten als Handlungs- oder Unterlassungsdelikt anzusehen ist. Die Verbrechensart kann in dieser Bedeutung vom Zeitpunkte des Beginns der Schuldigkeit abhängig sein.

II. LEGISLATIVE HISTORIK.

Wie *Alanen* in seiner Forschung gezeigt hat, war schon im römischen Recht der klassischen Zeit das Prinzip der Schadenersatzhaftung für eine durch passives Verhalten verursachte Folge bekannt. Ein solcher Grundsatz trat im *Lex Aquilia* zutage. Die Unterlassung als Delikt wurde erst Anfang des 18. Jahrhunderts Gegenstand der Untersuchung, zu welcher Zeit ein Rechtsgelehrter namens *Kress* seine Theorie über die Rechtspflicht als Voraussetzung der Strafbarkeit in Unterlassungsdelikten darlegte. Die *Krimanalogik* enthielt bis dahin nur Untersuchungen, welche das aktive Verhalten betrafen, während gleichzeitig die verschiedenen Rechtsordnungen eine geringere Menge Vorschriften über Strafhafung wegen der durch Unterlassung verursachten Folgen in sich schlossen. Solchen begegnen wir auch in dem *Missgiernings Balk* unseres Gesetzes vom Jahre 1734, das zum grössten Teil auf den Strafbestimmungen der *Landschaftsgesetze Schwedens* basiert.

Unter Einfluss der um 1700 begonnenen Forschungsarbeit und später des *nulla poene sine lege*-Prinzips wurde fast in allen Teilstaaten

Deutschlands Unterlassung als Deliktform in der Einleitung des allgemeinen Teiles der Strafgesetze angeführt. Solche Gesetze waren u.a. Codex juris Bavarium Criminalis und Constitutio Criminalis Theresiana, sowie später die Strafgesetze der Teilstaaten von Braunschweig, Hamburg, Hannover, Hessen, Württemberg, Sachsen u.a.m. Als sich dann Deutschland zu einem Bundesstaat vereinigte, kam jedoch in sein allgemeines Strafgesetzbuch keinerlei Allgemeinbestimmung wegen unechten Unterlassungsdeliktes. Diese wurde später in den Strafgesetzentwurf vom Jahre 1925 aufgenommen, aber da man in der Theoretik der gleichen Zeit zu dem Resultat gekommen war, dass das Problem des Unterlassungsdeliktes noch nicht endgültig gelöst sei (*Frank*), wurde die Allgemeinbestimmung in den folgenden Gesetzentwürfen weggelassen.

Sowohl das finnische Strafgesetz als auch dasjenige fast aller anderen Länder enthält über das unechte Unterlassungsdelikt nur äusserst wenig kasuistische Bestimmungen. Das unechte Unterlassungsdelikt ist in bezug auf Strafhaftung bekanntermassen in unserer Zeit nur in den Strafgesetzen von Italien und Sowjet der Tat (*Hadlung*) parallel gestellt. In Artikel 40 des italienischen Strafgesetzes wird bestimmt, dass niemand für eine Handlung, welche das Gesetz als Verbrechen erklärt, bestraft werden kann, wenn sich nicht eine schädliche oder gefährliche Folge, von der das Vorhandensein des Vergehens abhängig ist, aus seiner Tat Strafbarkeit zusätzlich verfügt, dass die Unterlassung, eine solche Folge abzuwenden, wozu jemand die Rechtspflicht hat, einer durch ein begangenes Verbrechen hervorgerufenen Folge als gleichgestellt erachtet wird. In dem gültigen Rechte des Sowjetbundes wiederum wird das Delikt als zurechenbare und strafbare sozialgefährliche Handlung oder Unterlassung definiert. Auch im norwegischen Strafgesetz wird des Begriff des Wortes »handling« im Gesetz in der Weise definiert, dass er auch Unterlassung (*Undladelse af at handle*) umfasst, aber hieraus geht noch nicht hervor, ob Handlung und Unterlassung unter Berücksichtigung der Strafbarkeit einander gleichgestellt sind. •

III. DOGMATISCHER ÜBERBLICK.

A. Die führenden kontinentalen Theorien.

Den Grund für die die Unterlassungsdelikte betreffende Forschung schuf *von Feuerbach*. Er meinte, dass die Rechtspflicht zur Ergreifung

von Massnahmen zwecks Abwendung einer schädlichen Folge entweder auf dem Gesetz oder auf einem Vertrag basierte. Mit der Kausalitätsfrage der Unterlassung hat er sich dagegen nicht befasst, sondern hielt die Kausalität der Unterlassung an sich für klar. Erst um das Jahr 1830 wurde die Kausalitätsfrage in den Forschungen *Ludens* näher Gegenstand der Betrachtung. Seine Kausalitätstheorie der Unterlassung »Theorie des Andershandelns« musste der von *Krug*, *Glaser* und *Merkel* vertretenen »Theorie der vorausgegangenen Handlung« weichen. Dieser folgten ihrerseits, wie bekannt, die Theorien der psychischen Kausalität von *Geyer*, *Aldosser* und *Finger*, sowie von *v. Buri*, *Ortmann*, *Binding* und *Hälschner*. Die Theorien der vier Letzgenannten sind näher unter dem Namen Interferenztheorie bekannt. Zu den Anhängern besagter Theorien zählt auch *von Bar*, dessen Lehre über die Rechtsnatur der Kausalität ihn andererseits jedoch gleichzeitig an *Rohland* und *Kohler* schliesst, welche die Rechts- oder Quasikausalitätstheorien vertreten. Den letztgenannten Theorien gemäss konnte Unterlassung namentlich unter Beachtung des teleologischen Charakters der Sozialfunktion für kausal gehalten werden.

Von der Auffassung, dass durch passives Verhalten ein Folgeverbrechen einzig im Rechtssinne verursacht werden konnte, war es nicht weit zu dem Gedanken, alle früheren Konstruktionen von der Kausalität der Unterlassung zu verwerfen und sie gänzlich in Abrede zu stellen. Es folgte auch eine die Kausalität der Unterlassung leugnende Richtung, welche wenigstens bis 1930 die herrschende Theorie war. Ihre bedeutendsten Vertreter waren *von Liszt*, *Traeger*, *Radbruch*, *Kriegsmann*, *Haft*, *Rittler* und *Allfeld*. Von diesen ist *Traegers* Theorie unter dem Namen Relevanztheorie bekannt. Hinsichtlich der Forschung von *Traeger* muss noch bemerkt werden, dass er ausser den schon früher bekannten Rechtspflichtgründen, dem Gesetz, Vertrag und der vorausgegangenen Handlung zusätzlich als Basis auch eine auf Verwaltung des Grundbesitzes beruhende besondere Rechtshandlungspflicht forderte. Diese sich auf den »Herrschaftsbereich« gründende *Traegersche* Theorie von der speziellen Rechtspflicht hat überhaupt keine Beistimmung gefunden.

von Liszt-Traegers Theorie, die naturwissenschaftliche Feststellungen als Ausgangspunkt hatte, wurde bald seitens der neueren Theorie Gegenstand einer strengen Kritik. Der Lehrrichtung stellten sich u.a. *Max Ernst Mayer*, *Sauer* und *Eberhard Schmidt* entgegen. Von ihnen betonte *Mayer* ganz besonders, dass die Prüfung der Unterlassungskausalität »im Sinne der allerstrengsten Erkenntnistheorie« erfolgen sollte:

Diese Lehrrichtung kann dann seit Beginn der 1930er Jahre als dominierend betrachtet werden.

In allen im Vorhergehenden von uns erwähnten Theorien spiegelt sich als gemeinsamer Zug der Versuch wider, rein spekulativ längs des entweder auf den Begriff der Philosophie oder der Rechtsphilosophie gebauten Weges das Problem der Unterlassung in seiner Gesamtheit zu lösen. Indessen traten bereits Anfang unseres Jahrhunderts einige damals beinahe unbemerkt gebliebene Bestrebungen auf, die Grundfragen des Unterlassungsproblems dadurch klarzulegen, dass die Antworten darauf unter Anwendung der üblichen Auslegungsprinzipien aus dem positiven Gesetz gesucht wurden. Zu der genannten Gruppe gehören u.a. *Rümelin*, v. *Zahn*, *Höpfner* und *Beling*. In den Nordischen Ländern schloss sich ihnen Anfang der 1940er Jahre *Andenæs* an. In den Teilen, wo sich die Untersuchung auf die Rechtspflicht richtet, ist *Mezger* den von *Rümelin* gewiesenen Weg ein Vierteljahrhundert später gegangen. Seiner Ansicht nach gründet die Rechtspflicht Strafhaftung für eine ungehindert gebliebene Folge, wenn eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung den erweislichen Sinn hat, eine strafrechtliche Haftung für den Erfolg begründen zu wollen. Um dies zu konstatieren, bedarf es der Gesetzesauslegung. Der Inhalt der Verpflichtung muss bei jedem einzelnen Fall in casu entschieden werden.

Während *Mezger* Beschränkung der strafrechtlichen Haftung bei Unterlassung fordert, verlangt *Kissin* in seiner 1933 veröffentlichten Dissertation Erweiterung der Unterlassungshaftung. Indem er seine Forschung auf *Sauers* Theorie von der Rechtsidee aufbaut, kommt *Kissin* am Ende zu dem Resultat, dass das Strafgesetz Abwehr schädlichen Erfolges mittels positiver Handlung dann fordern kann, wenn aus der Erfolgsabwendung für den Staat oder seine Mitglieder mehr Nutzen als Schaden erwächst. Bestimmend für das positive Recht ist in dieser Beziehung das »richtige Recht«. Während er so den Standpunkt der materiellen Rechtswidrigkeitstheorie einnimmt, strebt *Kissin* nach Erweiterung des Pflichtgrundbereiches, sodass dieser auch andere als auf dem positiven Recht basierende Rechte umfasst, indem *Kissin* verlangt dass die Frage über Strafbarkeit der Unterlassung nicht »unter, zu ängstlicher Berücksichtigung positiv-rechtlicher Gesichtspunkte« gelöst werden sollte.

In *Kissins* Einstellung gegen den Positivismus offenbarten sich schon Züge jener in gleicher Richtung gehenden Bestrebungen, welche in Deutschland während der Machterperiode des Nationalsozialismus zutage traten, und die dort allmählich bestimmend wurden. Das Recht wurde

nach dem gebrauchten Schlagwort »ethisiert«. Auch die Prüfung des Problems der Unterlassung geriet in eine neue Phase.

Die neue Rechtsanschauung erhielt ihren charakteristischsten Ausdruck in dem Artikel von *Schafstein*. »Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts«. Er meinte, die Rechtspflichttheorie habe ihre Zeit gelebt. Diesem Standpunkt gemäss war ein Verhalten strafbar, wenn es pflichtwidrig war, nicht nur, wenn es rechtspflichtwidrig war. Der Unterschied, den die zeitigeren Theorien zwischen moralischen und rechtlichen Pflichten machten, verlor somit in der Zeit der nationalsozialistischen Rechtsanschauung völlig seine Bedeutung.

Auf den Standpunkt Schafsteins stellten sich *Dahm* und *Niethammer*. Eine sehr vorsichtige Einstellung zu den damaligen Theorien nahm seinerseits *Drost*, welcher die Meinung vertrat, dass nur die Rechtspflicht für Folgen haftbar machen kann, die die Unterlassung verursacht hatte. Einzig und allein moralische Verpflichtung ist dazu nicht ausreichend. Die besonders Rechtspflicht gründete sich jedoch auf ein »ungeschriebenes Gesetz«, das »die Regel des volksgenössischen Zusammenlebens« bildete. Gegen genannte Richtung nahm *Nagler* entschiedene Stellung. Er konstatierte, dass die neue Schule keineswegs die von ihr geschaffenen neuen Begriffe klargelegt hatte. Wir hören viel von der »konkreten Lebensordnung« und vom »Tätertypus« sprechen, sagt Nagler, aber wir möchten nur wissen, was die neue Schule mit Pflicht und Pflichtwidrigkeit meint. Nagler war der Ansicht, dass, wenn Strafhaftung für Unterlassungsdelikte davon abhängig bleibt, ob der Richter auf grund seiner Erwägung den Schuldigen in jedem der verschiedenen Fälle als »Tätertypus« erachtet, auf diesem Wege einer unerhörten Rechtsschutzlosigkeit entgegengegangen wird. Nach Nagler war die Unterlassung strafbar, wenn sie tatbestandsgemäss war. Naglers Forschung bildete quasi eine Zusammenfassung von den bis dahin erzielten Ergebnissen in der kontinentalen Kriminaldogmatik. Seine Forschung verschmolz die Stoffe aus den alten und neuen Theorien und Bestrebungen zu einem Ganzen. Der fast hundert Jahre geführte Kampf um die Kausalität der Unterlassung schloss mit einem Waffenstillstand, nach welchem man sich in der Kausalitätsfrage auf den früheren Standpunkt Feuerbachs stellte: ohne näher darauf einzugehen wurde die Kausalität der Unterlassung als klar an sich erachtet. Die Rechtspflichttheorie bewahrte sich ihre hundertjährige Herrschaft, obwohl die Aptierung des Problems neue Züge erhielt. Es erwachte nämlich das Bestreben, eine Lösung zu begründen, wenn es sich um Relevanz der Rechtspflicht han-

delte, eine Entscheidung der Fälle in casu. De lege ferenda kann betrachtet werden, im allgemeinen für Unterlassung eine mildere Strafe als für begangene Tat gefordert zu haben.

B. Die führenden Theorien der Nordischen Länder.

a) Norwegen, Schweden und Dänemark.

Die Ursprungsworte der Dogmenlehre von der Unterlassung sprach im Norden *Anders Sandøe Ørsted* im zweiten Teil seines i.J. 1817 erschienenen Werkes »Eunomia«. Ørsted ist das Verdienst zuzuschreiben, dass er als Erster sowohl in den Nordischen Ländern als auch auf dem Kontinent den Gedanken vorstellte, nach welchem derjenige, der einen gefährlichen Zustand herbeiführte, auch verpflichtet war, ergänzende Massnahmen zur Abwendung des schädlichen Erfolges zu treffen.

Nach Ørstedt blieb die Forschung betreffs des Unterlassungsdeliktes beinahe 50 Jahre lang auf den Ergebnissen seiner Errungenschaften beruhend. Wesentlich Neues haben nämlich weder *Lasson* noch auch *Schweigaart* dargelegt. Erst *Frederik Christian Bornemann* brachte in seinen 1859—1861 gehaltenen Vorlesungen die Forschung weiter. Bei ihm kamen die Unterlassungsgruppen schon vollkommen deutlich zum Vorschein. Die Unterlassung war der Auffassung nach kausal, wenn der Schuldige die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung hatte. Indem er auf diese Weise die Kausalität der Rechtspflicht als Voraussetzung aufstellte, schuf er als Erster die Rechtskausalitätstheorie. Ganz interessant ist noch Bornemanns Wahrnehmung darüber, dass die Rechtspflicht auch aus sich selbst resultieren kann, ohne dass sich der Schuldige irgendwie die Erfolgsabwendung zur Aufgabe zu machen braucht. Als Beispiel hierfür erwähnt er die Pflicht der Mutter, für ihre Kinder zu sorgen. Für die Theorien Bornemanns traten *Goos* und *Getz* ein und vervollständigten dieselben. Auf den Standpunkt der von Letzterem vorgetragenen Gesichtspunkte stellten sich *Urbye*, *Kjerschow* und *Francis Hagerup*. Etwas wesentlich von der Forschung Bornemanns Abweichendes haben ihre Artikel nicht enthalten.

Auch die Theorie der Unterlassungskausalität als psychische Erscheinung fand ihre Anhänger in den Nordischen Ländern. So hat *Skeie* die früher erwähnte Theorie der psychischen Kausalität von *Geyer—Finger* --Aldosser anerkannt.

Recht nahe der Interferenztheorie war *Thyréns* Kausalitätsbegriff

der Unterlassung, laut welchem bei Unterlassung die Willensgefährlichkeit des Schuldigen die Ursache zur Folge bildet. Ihrem Ursprung nach kausale Momente sind Gründe, welche seine Wesensart antisozial gestaltet haben. Als solche nennt Thyren u.a. erbliche Degeneration und schlechte Erziehung. Die zur Folge führende Ursache war also die von antisozialen Willenselementen gebildete Willensgefährlichkeit. Über die Pflicht, an die Abwendung schädlichen Erfolgs zu gehen, führt Thyren an, dass in jedem einzelnen Falle in casu untersucht werden muss, ob die Pflicht in dem Grade intensiv ist, dass sie Strafhaftung für die Folgen begründet.

Thyrens Standpunkt hat sich in allem Wesentlichen *Bergendal* angeschlossen. Der Bereich der strafbaren Unterlassung muss der Ansicht nach wegen der Rechtssicherheit möglichst scharf begrenzt werden. Ist die Pflicht ihrem Charakter nach nur peripherisch, so ist der Strafbedarf erheblich geringer als bei dem Handlungsverbrechen. Ganz besonderes Interesse verdient der Gedanke Bergendals darüber, dass die Unterlassung der zugunsten eines Dritten gegründeten obligatorischen Pflichten ein Verbrechen nicht nur gegen den Kontrahenten, sondern auch gegen den Dritten umfassen kann.

Torp, *Krabbe* und *Hagströmer* haben den Standpunkt der Rechtspflichttheorie eingenommen. Mit Klarlegung der Kausalitätsfrage befassten sie sich dagegen nicht.

Wenigstens bis in den Anfang der 1920er Jahre entstand in den Nordischen Ländern keine besondere Polemik über die Kausalität der Unterlassung, ebensowenig wie auch über die anderen dazu gehörenden Theorien. Die Entwicklung ging ihre ruhige Bahn. Doch auf die Stille folgte unerwartet ein kurzer, aber umso heftigerer Sturm. Im Jahre 1920 machte nämlich *Lundstedt* den verzweifelten Versuch, die ganze bisherige Strafrechtswissenschaft umzustürzen.

Er geht davon aus, dass alles Recht den Interessen des Gemeinnutzens dient. Ohne sich auf falsche Konstruktionen der Rechtspflicht als Voraussetzung der Strafbarkeit stützen zu brauchen, kann nach der Anschauung aus vorgenanntem Gesichtswinkel ohne weiteres konstatiert werden, dass sich aus Unterlassung der Erfolgsabwendung dann Strafe ergibt, wenn sich der Schuldige die Erfolgsabwendung zur Aufgabe gemacht hat oder wenn die Handlung zugunsten Anderer kein nennenswerteres Opfer fordert. Wird im letzteren Falle die Handlung aus reiner Gleichgültigkeit oder geradezu in der Absicht zu schaden vernachlässigt, so ist es nach *Lundstedts* Meinung direkt unbillig, die Frage der Strafbarkeit anders zu behandeln, als unter Befolgung der Prinzi-

pien, welche entsprechend in bezug auf die positive Tat gelten. Auch die Behauptung von der Kausalität der Unterlassung ist aus der Luft gegriffen, denn niemand ist imstande gewesen, den Ausspruch ex nihilo nihil als falsch nachzuweisen. Die Kausalität ist also laut Opinion blosser Fiktion.

Sowohl in den Nordischen Ländern als auch auf dem Kontinent überhaupt wurde versucht, für das Problem der Unterlassung rein auf dem Wege der Abstraktion eine Lösung zu finden. Indessen zeigten sich auf dem Kontinent bereits Anfang des 20. Jahrhunderts und später um 1930 Bestrebung, von der generalisierenden Methode Abstand zu nehmen und die Behandlung des Themas auf der Untersuchung von Einzelfällen aufzubauen. In den Nordischen Ländern hat *Andenæs* in seiner umfangreichen Forschung den Gedanken dargetan, dass die Strafbarkeitsfrage der Unterlassung einzig durch Zufluchtnahme zu dem Wortlaut und dem Zweck der einzelnen Vorschriften unter Beachtung der Eigenartigkeit eines jeden Einzelfalles zu lösen ist: Der Anschauung zufolge ist das Kriterium der Strafbarkeit ebensowenig in der Kausalitäts- als in der Rechtspflichttheorie der Unterlassung zu finden. Die Rechtspflicht hat der Auffassung gemäss keine entscheidende sondern nur rein indizierende Bedeutung. In jedem der verschiedenen Fälle muss nämlich die einzelne Pflicht näher untersucht und festgestellt werden, ob pflichtwidriges Betragen für die Ursache der Folge gehalten werden kann, die mittels positiver Handlung hätte abgewendet werden können. Die Theorien sind im allgemeinen der Ansicht nach tauglich, wenn aus ihnen nur ihre generale und absolute Natur entfernt wird. Es muss der individualisierenden Methode vertraut und die Entscheidung eines jeden Einzelfalles in freier Erwägung unter Berücksichtigung des Spezialcharakters der einzelnen Strafkategorien begründet werden. *Andenæs'* Forschung enthält eine reiche Sammlung von Beispielen und Rechtsfällen. Zu irgendeiner anderen prinzipiellen Lösung als derjenigen, dass die Fälle von Fall zu Fall zu entscheiden sind, ist man in der Untersuchung nicht gekommen.

Eine nach Individualisierung strebende Methode tritt auch in den Vorlesungen von *Wetter* zutage. Anstelle der Unterlassungskausalität spricht er von der Relevanz der Unterlassung. Aber auch diese ist nicht von prinzipiellem Belang für die Strafbarkeitsfrage der Unterlassung. Ausschlaggebende Bedeutung hat die Frage darin, unter welcher Voraussetzung die Unterlassung, das Entstehen einer Folge abzuwenden, für eine Sozialgefährlichkeit in dem Sinne als gleichwertig mit dem positiven Herbeiführen der Folge zu halten ist. *Wetter* sieht diese De-

liktförmigen als gleichwertig an, da das Rechtsgebot den Schuldigen zur Handlung verpflichtet. In Ermangelung von Vorschriften muss die Strafbarkeit der Unterlassung mit der Handlung verglichen in jedem einzelnen Fall besonders untersucht werden, wobei die typische Sozialgefährlichkeit als Gesichtspunkt anzusehen ist.

b) Finnland.

In der finnischen Strafrechtswissenschaft ist die Theorie betreffs des Unterlassungsdeliktes bekanntermassen erst in den Vorlesungen von *Forsman* 1889—1892 Gegenstand der Aufmerksamkeit geworden. *Forsman* vertrat den Standpunkt der Rechtskausalitätstheorie. Die Unterlassung war dieser Ansicht gemäss rechtswidrig, wenn der Schuldige die Rechtspflicht hatte handelnd einzugreifen.

Nach *Forsman* haben *Serlachius-Särkilähti*, *Estlander* und *Tulenheimo* ihre Gedanken vorgebracht. Auch sie haben sich auf den Standpunkt der Rechtspflichttheorie eingestellt, aber die Kausalität der Unterlassung bestritten und sie für eine Idee gehalten.

In seiner 1926 veröffentlichten Forschung »Über die eigentliche Teilhaberschaft unter besonderer Berücksichtigung des Extraneus« bringt *Sundström-Salmiala* den Gedanken vor, dass Unterlassung in bezug auf das Kausalverhältnis der positiven Handlung gleichzustellen ist. Die Parallelisierung der positiven Handlung und der Unterlassung miteinander als identisch in genanntem Sinne erscheint recht klar in seiner Äusserung, dass »zu jeder Handlung eine Körperbewegung gehört — körperliche Tätigkeit oder Untätigkeit — und mit dieser eine im Ursachen- oder Kausalverhältnis stehende, mit dem Sinnen wahrnehmbare Veränderung in der äusseren Welt«. *Sundström-Salmiala* ist somit als Anhänger der logischen Kausalitätstheorie zu betrachten.

Die Unterlassung als Deliktform wurde in den Nordischen Ländern zum ersten Male Gegenstand ausgedehnter Forschung erst Anfang der 1930er Jahre in der Monographie von *Honkasalo* namens »Die Kausalitätsfrage im Strafrecht«. *Honkasalo* ist in genannter Untersuchung unserer Auffassung nach zu einem entscheidenden Resultat gelangt.

Als Ausgangspunkt der von ihm geschaffenen Theorie nimmt *Honkasalo* den Kausalitätsbegriff, welcher in der Rechtstheorie von John Stuart Mill grundlegende Bedeutung erhalten hat. *Mill*, nach welchem das Kausalverhältnis ein unveränderliches und unvermeidliches Sukzessionsverhältnis der Erscheinungen ist, definiert die Ursache als Gesamt-

heit jener positiven und negativen Voraussetzungen, denen das Geschehnis unverändert unvermeidlich folgt. Hieraus ist die Schlussfolgerung gezogen worden, dass man als Ursache jede Voraussetzung ansehen muss, welche unerlässlich für die Entstehung des Erfolges ist. Darauf gestützt hat Honkasalo den Gedanken weiter entwickelt: wenn eine unterlassene positive Handlung dem Aufkommen der Folge vorgebeugt hätte, so ist die Unterlassung selbst dann die Voraussetzung, ohne welche die Folge nicht entstanden wäre. Mit Hilfe der *conditio sine qua non*-Theorie wäre jedoch nicht allein das Folgern der Unterlassungskausalität angängig, äussert sich Honkasalo, denn die von dem Schuldigen für Erfolgsentstehung aufgestellte Voraussetzung kann so fern liegen, dass nicht mehr angenommen werden kann, zwischen Unterlassung und Folge bestünde ein relevantes Kausalverhältnis. Das Unterlassungsdelikt ist auch in kausaler Bedeutung der Auffassung nach relevant, da das zur Kontrolle vorliegende Geschehnis als adäquate Folge der Unterlassung angesehen werden kann. Wenn m.a.W. der aus dem Erfolg resultierende Verlauf der Ereignisse den Schluss zulässt, dass die unterlassene positive Handlung allem Anschein nach die Entstehung der Folge hätte verhindern können, so ist die Unterlassung dann in kausaler Bedeutung relevant für die Folge.

Für rechtswidrig hält Honkasalo durch Unterlassung erfolgende Herbeiführung in dem Falle, wenn der Schuldige die Rechtspflicht be sass, mit seiner Handlung der Erfolgsentstehung vorzubeugen. Honkasalo meint jedoch, dass rechtliche Relevanz nicht allein von der Besonderheit der Rechtspflicht abhängig gemacht werden kann, sondern dass in jedem der Fälle noch getrennt zu untersuchen ist, ob die Rechtspflicht in dem Grade intensiv ist, dass Strafhafung wegen pflichtwidrigen Betragens dem Rechtsgefühl entsprechend wäre. Er ist also der Ansicht, dass zum Kriterium der Haftung nicht nur die formell-juridische Spezialpflicht ausreicht, sondern ausserdem aus dem Inhalt der Pflicht selbst in casu geschlossen werden muss, ob die Unterlassung in jedem der verschiedenen Fälle die Haftung aus der entstandenen Folge begründet. Da Honkasalo in dieser Beziehung als beeinflussende Momente auf die Schätzung zusätzlich der Rechtspflicht Beachtung der Billigkeitserwägung des Lebens fordert, wobei Berücksichtigung der Lage des Schuldigen und seines Verhältnisses zu dem zu schützenden Interesse, sowohl der Interessen, deren Schutz die Pflicht einschliesst, aus auch derjenigen, welche durch die Handlung der Erfolgsabwendung gefährdet werden, so muss man ihn sachlich als nahe *Andenæs* stehend erachten. Zwischen den Auffassungen ist indessen eine we-

sentliche prinzipielle Verschiedenheit vorhanden: Honkasalo billigt die Rechtspflichthaftung als Kriterium (mit genannten Begrenzungen), wogegen Andenæs ihr Indizienwert bei Beurteilung der Unterlassungshaftung in casu zumisst.

IV. DIE KAUSALITÄT DER UNTERLASSUNG.

Zum Umstossen der Kausalitätstheorie *Ludens* genügt Krugs gegen diese dargestelltes klassisch gewordenes Beispiel von der strumpfstrickenden Mutter.

Gegen die »Theorie der vorausgegangenen Handlung« ist bemerkt worden, dass die Theorie zur Aneignung von *dolus* oder *culpa subsequens* führt. Zudem kann gegen die Theorie gesagt werden, dass im passiven Verhalten nicht immer von vorausgegangener Handlung auch nur die Rede ist. Gegen *Glaser's* Theorie kann besonders daran erinnert werden, dass die Menschen sich im allgemeinen in Gefahr gegeben, ohne zu untersuchen und sich auch nur zu orientieren, ob Massnahmen zur Abwendung derselben getroffen sind. Mit absoluter Sicherheit lässt sich auch nicht folgern, ob die anderen Personen (in derselben Lage wie der Schuldige) im entsprechenden Falle stets ihre Pflicht erfüllt hätten.

Die von *Geyer*, *Aldosser* und *Finger* vertretene Theorie vermochte nicht Aufschluss über die Kausalität der Unterlassung in solchen Fällen zu geben, wo überhaupt kein Empfänger für die psychische Wirkung vorhanden ist. Da *Aldosser* die Theorie damit ergänzte, dass Unterlassung dann kausal ist, wenn der Schuldige sein faktisches Bestimmungsrecht auf beeinflussende Voraussetzungen abgetreten hat, so bemerken wir gegen diese Gedankenoperation, dass, wenn einmal die Unterlassung selbst nicht für kausal gehalten wird, es dann unbegreiflich ist, wie das Zulassen der Wirkung blosser Voraussetzungen, auch dies eine passive Erscheinung, die Entstehung der Folge fördernd beeinflussen kann. Die Theorie hat ebenfalls nicht klargelegt, was unter faktischen Bestimmungsrecht zu verstehen ist. Wenn man sich ausserdem des Zulassens der Mitwirkung von Voraussetzungen bewusst sein soll, so käme man zu dem fehlerhaften Endergebnis, dass *nur absichtlichliche Unterlassung kausal sein könnte!*

Der Grundgedanke der Interferenztheorien von einem in der Seele des Menschen zwischen den Voraussetzungen stattfindenden Kampf muss für reine Annahme gehalten werden, denn ganz davon zu schwei-

gen, dass sich der Schuldige schon bei Entgegennahme der Aufgabe gleichgültig zu dieser einstellen konnte, ist auch eine solche Möglichkeit denkbar, dass er sogar von Anfang an beschliessen konnte, nichts zur Erfolgsabwendung zu tun. Die Vermutung eines Kampfes der psychischen Realitäten wird noch lückenhafter, wenn wir auf solche Fälle aufmerksam machen, in denen die Folge aus unbewusstem Verschulden des Schuldigen entsteht.

Den Interferenztheorien stand als Kausalitätstheorie recht nahe die Kausalitätstheorie von *Thyrén*, derzufolge bei Unterlassung die Willensgefährlichkeit des Schuldigen Urheber des Erfolgs ist. Sie ist nach *Thyrén* die Ursache der Folge, ohne darauf zu achten, ob zwischen den Antezedenzien ein Kampf vor sich ging oder nicht. Die Willensgefährlichkeit war jedenfalls der Grund, vorausgesetzt, dass im entsprechenden Falle Die sozialethisch normale Person zur Erfolgsabwendung gegriffen hätte.

Gegen *Thyréns* Theorie muss bemerkt werden, dass er darin völlig unerklärt liess, wie es zu verstehen ist, dass das von ihm konstruierte psychische Schuldmoment ausschlaggebende Voraussetzung für Erfolgsentstehung sein könnte, da doch im Augenblick des Geschehens der Unterlassung nicht nachgewiesen werden kann, ob eine sich von anderwärts richtende Voraussetzung zur Erfolgsabwendung vorhanden war, deren Einfluss die schon früher in der physischen Welt des Schuldigen existierende, als Unterlassung der Erfolgsabwendung objektivierte Willensgefährlichkeit (eine die Entstehung des Erfolgs fördernde psychische Voraussetzung) neutralisiert hätte. *Thyréns* Kausalitätstheorie der Unterlassung führt ausserdem unrettbar zu Widerspruch mit dem unbedingt strafrechtlichen Prinzip, laut welchem die objektive und subjektive Seite eines Verbrechens koexistent sein soll. *Dolus* oder *culpa antecedens* wäre somit unausweichbar in den Fällen, (beispielsweise gerade bei Gestaltung sozialfeindlicher Sinnesart, verursacht durch die von *Thyrén* angeführte vorhandene erbliche Degeneration oder schlechte Erziehung), wo die sozialfeindliche Gemütsart des Schuldigen, seine Zurechenbarkeit als absichtlich oder verschuldenmässig bereits vor dem Augenblick der Unterlassung entstanden wäre. *Thyréns* Kausalitätstheorie der Unterlassung ist auch darin widersprechend, dass, während gleichzeitig darin versucht wurde, das Verhältnis von Ursache von Folge der naturwissenschaftlichen Wirkungsgemeinschaft entsprechend zu konstruieren, die Ursache an sich aus normativen Stoffen gebildet worden ist. Dass die Theorie von *Thyrén* eine Niederlage erlitt, hat jedoch ihre tieferen Gründe. Es beruht zuinnerst auf

der Fehlerhaftigkeit seiner Kausalitätstheorie. Da es im Rahmen dieser Zusammenfassung nicht möglich ist, mehr von der Kausalitätstheorie Thyréns als die gegen sie gemachten Anmerkungen anzuführen, verweisen wir auf die von uns erwähnte Monographie Honkasalos, in welcher er vollkommen nachgewiesen hat, dass Thyréns in dessen Werke »Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie« dargelegte Kausalitätstheorie falsch ist. Als ganz besonderes Verdienst ist unseres Erachtens Honkasalo in dieser Beziehung der Punkt anzurechnen, dass er als Erster die Unrichtigkeit der von Thyréns beim Beweisen seiner Kausalitätstheorie angewendeten mathematischen Gleichungen gezeigt hat.

Einfluss auf die Verschmelzung der normativen Bestandteile mit der Kausalitätstheorie hatten offenbar die zur selben Zeit auf dem Kontinent herrschend gewesenen Rechts- oder Quasikausalitätstheorien, welche ihrer Konstruktion nach rein normativ waren, denn auch sie enthielten die Rechtswidrigkeit als Voraussetzung. Diese Theorien waren schon darin unhaltbar, dass in ihnen die Rechtspflichtwidrigkeit eine als kausal anzusehende Voraussetzung der Unterlassung bildete. Gegen die Kausalitätstheorie des Philosophen Siegwart ist besonders zu bemerken, dass, wenn Siegwart von bewusster und gewollter Unterlassung spricht, daraus folgt, dass Unterlassung gemäss der Theorie überhaupt nicht verschuldet sein kann!

Indem er seine Theorie auf den Kausalitätsbegriff des Philosophen Schopenhauer konstruiert, hält Haupt Unterlassung in allen den Fällen für kausal, in welchen der Mensch zu handeln unterlässt, obgleich der von ihm beobachtete kausale Gang der Geschehnisse seine Handlung zur Erfolgsabwendung motivieren würde. Haupt lässt jedoch die Grundfrage unseres Problems gänzlich unbeantwortet: wie kann der Mensch durch seine Unterlassung eine bestimmte Folge herbeiführen oder wie kann Unterlassung kausal in bezug auf die Folge sein? Das Ergebnis seiner Forschung zeigt auch, wie der äussere mechanische oder physische Verlauf der Ereignisse auf die Willenstätigkeit des Menschen einwirken kann. Die an sich so interessante Gedankenoperation hat zu einem rührend unglücklichen Resultat geführt gerade aus dem Grunde, dass zum Gegenstand der Forschung *das Verhältnis der Natur zum Menschen und nicht das Verhältnis des Menschen zur Natur genommen wurde, der Verlauf der Geschehnisse den Menschen bestimmend und nicht der Mensch den Gang der Dinge bestimmend!*

Nachdem eine Kausalitätstheorie nach der anderen gescheitert war, gelangte eine Richtung zur Macht, die die Kausalität der Unterlassung

ganz gar bestritt. Diese Theorie ihrerseits ist schon darin absolut unhaltbar, dass sie gegen die im Strafrecht als Kernprinzip angesehene Lehre streitet, laut welcher die strafrechtliche Haftung für die Folge das Vorhandensein eines Kausalitätsverhältnisses zwischen Verhalten und Handlung voraussetzt. Gegen die die Kausalität der Unterlassung bestreitende Theorie können auch andere recht gewichtige Anmerkungen vorgebracht werden. Würde nämlich der Standpunkt eingenommen, dass die Strafbarkeit der Unterlassung einzig von dem rechtspflichtwidrigen Verhalten abhinge, so würde es eine glatte Unmöglichkeit, zu erklären, mit welcher Begründung dann der Schuldige wegen der Folge bestraft werden könnte, denn wenn einmal die Rechtsverletzung Nichterfüllung der Pflicht umfasste, so könnte wohl demnach nur rein pflichtwidriges Betragen ohne Beachtung der Folge bestraft werden. Aber hierbei liefe es auf das unnatürliche Resultat hinaus, dass *das echte und das unechte Unterlassungsdelikt hinsichtlich der Strafhaftung völlig identisch wären!* Andererseits muss auch gesagt werden, dass, wenn die Kausalität der Unterlassung bestritten wird, auch die Rechtspflichtwidrigkeit dann ihre haftend machende Eigenschaft verliert, denn wenn das Strafrecht das menschliche Verhalten nicht gemäss subjektiver Gesichtspunkte, sondern nach dem auf seine sozialen Interessen zielenden Einfluss beurteilt, so könnte Unterlassung unter Berücksichtigung der Folge niemals rechtswidrig sein, weil der Zusammenhang zwischen Unterlassung und Folge fehlen würde. Dem Schuldigen würde auch die Zurechenbarkeit fehlen, denn wenn Zurechenbarkeit Bewusstsein der Bedeutung des Verhaltens für Entstehung der Folge voraussetzt, so könnte der Schuldige begreiflicherweise kein derartiges Bewusstsein haben, wenn man sich einmal auf den Standpunkt stellte, dass passives Verhalten keine Folge verursachen könnte.

Recht nahe der die Unterlassung bestreitenden Theorie waren *Rümelin, v. Zahn, Beling und Helmuth Mayer*. Sie haben nicht die Kausalität der Unterlassung in Abrede gestellt, strebten aber, ihre Kausalität aus dem Wortlaut des gültigen Gesetzes unter Ausnutzung allgemeiner Deutungsprinzipien herzuleiten. Auf genannte Theorierichtung stellte sich Anfang der 1940er Jahre *Andenæs*, welcher in seinen Ursachenbegriff eine Menge normativer Bestandteile aufgenommen hat. Somit kann man der Meinung sein, dass auch er die Unterlassung nur in vorgestellter Bedeutung für kausal hielt.

Es muss von der Tatsache ausgegangen werden, dass durchaus nicht zu leugnen ist, dass der volkstümliche Ausdruck und der dementspre-

chende Begriff von dem Kausalverhältnis das Produkt gesunden Menschenverstandes ist, als welches seine Bedeutung natürlich keineswegs unterschätzt werden darf, aber die Untersuchung und Auseinandersetzung des Kausalitätsbegriffs wird absolut nicht gefördert, wenn wir uns darauf stützen, sondern wir treten auf der Stelle. An sich ist es natürlich klar, dass man in der Praxis bei Entscheidung von Rechtsfällen vor Gericht in den meisten Fällen vermutlich zu richtigen Resultaten in der Kausalitätsfrage gelangte, bevor nur eine einzige Theorie über den Kausalitätsbegriff vorgestellt, ja sogar überhaupt begonnen war, diesen zu erforschen. Andererseits jedoch waren und sind die feiner konstruierten Delikttype und die verschiedenen komplizierten Grenzfälle ohne die von der Theorie geschaffenen Grundbegriffe und Definitionen nicht zu lösen. Die Anschauung, dass strafrechtliche Fälle im allgemeinen durch Auslegung des Gesetzwortlautes von Fall zu Fall entschieden werden könnten, erweist sich schon darin als falsch, dass der Ausdruck bei seiner Deutung zu verschiedenen Ergebnissen führen kann, von dem Erklärer und dem Genauigkeitsgrad des Wortlautes selbst abhängig. Dasselbe trifft auch in bezug auf die Begründungen des Gesetzes zu. Andenæs hat auch selbst gestehen müssen, dass der Sprachgebrauch in vielen Fällen ungeheuer schwankend und unsicher ist. Die Kausalitätsfrage ist ja auch unabhängig von undeutlichen populären Auffassungen. Der Gesetzgeber hat auch nicht einmal versucht, den Kausalitätsbegriff zu definieren, sondern die Schöpfung und Weiterentwicklung sowohl dieses als auch der anderen allgemeinen Theorien der Theoretik aufgetragen.

Bei Einstellung auf Honkasalos Kausalitätstheorie sehen wir das Verhältnis von Ursache und Folgen der Unterlassung als logische Sukzession. Die früher hier von uns referierte Theorie Honkasalos als solche würde unabweisbar dazu führen, dass das Nichthandeln eines jeden Beliebigen als kausal für Erfolgsentstehung erachtet werden könnte, wenn nur der Schuldige im Rechtssinne die Möglichkeit zur Erfolgsabwendung gehabt hätte. Theoretisch ist auch das Ergebnis richtig, aber unter Berücksichtigung der Praxis muss die Theorie vervollständigt werden, denn sonst vermöchte sie nicht nachzuweisen, wessen oder welcher passives Verhalten strafrechtlich die relevante Ursache zu Unterlassung der Erfolgsabwendung bildet. Die Forschung von Honkasalo enthält auch einen deutlichen Hinweis darauf, in welcher Weise die Theorie zu ergänzen ist, damit sie auch in der Praxis zu positiven Resultaten bei Prüfung der Kausalität führte. Unmittelbar nach seiner Kausalitätstheorie sagt er nämlich, dass Unterlassung der

Erfolgsabwendung strafbar ist, sofern eine verpflichtende Gebotsnorm zur Erfolgsabwendung existiert, denn die Verbotsnorm genügt nicht allein, Haftung für Unterlassung zu begründen, weil sie nur angibt, was man nicht tun darf, aber dagegen nicht, was zu tun ist.

Folgen wir den Lehren Honkasalos, so kommen wir in unseren Gedanken folgerichtig dazu, dass im konkreten Falle zuerst festzustellen ist, ob der Beschuldigte eine besondere Rechtspflicht gehabt hat, die Entstehung der Folge zu verhindern. Wenn wir hierbei zu einem positiven Ergebnis gelangen, so müssen wir danach untersuchen, zu welcher Handlung oder welchen Massnahmen er zwecks Erfolgsabwendung hätte greifen müssen. Erst hierauf können wir mittels logischer Kausalitätsprüfung schliessen, ob der Beschuldigte durch Inangriffnahme der obligaten Handlung der Erfolgsentstehung hätte vorbeugen können oder m.a.W. ob zwischen seiner Unterlassung und dem Aufkommen der Folge ein Kausalitätsverhältnis vorhanden ist.

Durch Kristallisierung dieses unseres Gedankens in theoretische Form sagen wir:

Die Pflicht, Massnahmen zur Erfolgsabwendung zu treffen, bildet ein begrenzendes Kriterium, welches zeigt, wessen Unterlassung zum Gegenstand neutraler logisch-wissenschaftlichtheoretischer Kausalitätsprüfung genommen werden muss.

V. DIE RECHTSWIDRIGKEIT DER UNTER- LASSUNG.

Gegen den von *Binding* konstruierten formellen Kriminalbegriff nahm u.a. *Franz von Liszt* Stellung, welcher die Rechtswidrigkeit auch materiell definierte: rechtswidrig ist eine Handlung dann, wenn sie als sozialschädliches Verhalten vorkommt, wenn sie entgegen dem Zweck des Gemeinwesens ist. Materiell haben die Rechtswidrigkeit u.a. auch *Sauer* bestimmt, dessen Ansicht zufolge eine Handlung rechtswidrig ist, wenn sie ihrer allgemeinen Tendenz nach dem Staate und seinen Mitgliedern mehr schadet als nützt, *Alexander Graf zu Dohna*, welcher das für rechtmässig erachtet, was als das rechte Mittel zur Erreichung des rechten Zweckes angesehen werden kann, *Mezger*, der eine Tat für rechtmässig hält, wenn der kleinere Vorteil zwecks Rettung eines grösseren verletzt oder befährdet worden ist und *Piontkowski*, welcher (dem Strafgesetz des Sowjetbundes gemäss) das Delikt als sozialgefährliche Tat oder Unterlassung definiert.

Indem er sich an die gegen diese Rechtswidrigkeitstheorie von *Beling* gemachten Einwürfe anschliesst, konstatiert *Sundström-Salmiala*, dass Asozialität nicht begrifflich das Kennzeichen eines Verbrechens ist, weil nur empirisch festgestellt werden kann, ob die Tat überhaupt asozial ist. In der behandelten Beziehung äussert er über seine Begründungen, dass, wenn der Gesetzgeber, der Entwicklung des Rechtsgefühls gewachsen bleibend, Bestrafung nur für solche Handlungen bestimmt, welche der jeweilig herrschenden Auffassung nach asozial sind, dann gesagt werden kann, dass Asozialität das Kriterium des Verbrechens ist. Wenn aber dagegen der Gesetzgeber, fremden Zwecken dienend, Strafen für Handlungen verordnet, die in dem respektiven Gemeinwesen nicht asozial sind, so sind sie dessen ungeachtet unbedingt Delikte, weil sie die Normen verletzen, für deren Übertretung Strafe bestimmt ist. Genannte Begründung von *Sundström-Salmiala* weist unseres Erachtens unbestreitbar nach, dass die materielle Rechtswidrigkeitstheorie mit dem objektiven Recht in Konflikt geraten kann.

Gegen die materielle Rechtswidrigkeitstheorie, welche unter dem Namen Interessenabwägungstheorie bekannt ist (*Torp, Getz, Goos, Serlachius-Särkilahti, Urbye, Hagströmer und Thyrén*), haben sich u.a. *Honkasalo, Wetter* und *Knoph* eingestellt.

• Von diesen meint *Honkasalo*, dass man in der Frage der Rechtswidrigkeit nicht immer eine Lösung aus der Interessenabwägung erhalten kann. Die Zufluchtnahme zu einem solchen Prinzip würde ein Verdrängen der Normen bedeuten, welche jahrhundertlang entweder als Gesetz oder als herkömmliche, auf vernünftiger Landessitte basierende Rechtssätze gültig sind. Die Rechtswidrigkeitsfrage kann den materiellen Gesichtspunkten nach nur in dem Falle entschieden werden, sagt *Honkasalo*, wenn es keine für den Fall anwendbare Norm gibt, oder dann, wenn die von den Normen geschaffenen Rechtspflichten untereinander im Widerspruch stehen.

Wetter hat betont, dass man sich zu der arbiträren Rechtsanwendung mit grosser Vorsicht verhalten soll. Diese ist nur begründet, sofern sich in der Gesetzverfassung faktisch Lücken zeigen.

Knoph hat sich schroff besonders der Anwendung der Interessenabwägung als Rechtsnorm widersetzt, denn eine solche führte, wie er ganz richtig bemerkt, zu einer Rückkehr des Rechtes in die Anarchie-Phase, von wo es sich vor Jahrtausenden auf den Weg der Entwicklung begeben hat. Er ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Wissenschaft unserer Zeit nicht imstande war, über die Rechtswidrigkeit eine

befriedigende Realdefinition zu geben, weshalb man sich vorläufig damit begnügen muss, die Rechtswidrigkeit formell zu bestimmen.

Formell bestimmt wurde die Rechtswidrigkeit u.a. von v. Bar, Belling, Finger, Nagler, Allfeld, Köhler, Frank, Sjögren, Assarsson und Agge. Von finnischen Rechtsgelehrten nehmen den Standpunkt der formellen Rechtswidrigkeit ein Tulenheimo, Sundström, Salmiala, Honkasalo und Alanen.

Begrifflich kann auch nach unserer Meinung die Rechtswidrigkeit nur formell festgestellt werden. Die die materielle Rechtswidrigkeit vertretenden Realdefinitionen können in Wirklichkeit keinerlei zuverlässigen Begriff davon geben, was unter Rechtswidrigkeit zu verstehen ist. Wann kann ein Verhalten für sozialschädlich oder gefährlich gehalten werden? Hängt unsere Auffassung davon nicht gerade von der Lebensanschauung der jeweiligen Zeitperiode ab?

Zu einem noch unglücklicheren Ergebnis kam Lundstedt, welcher den Begriff der Rechtswidrigkeit vollkommen abgestritten hat. Rechtswidrigkeit ist nämlich dasselbe wie Strafbarkeit, sodass der Rechtswidrigkeitsbegriff seiner Meinung nach unnötig ist. Diese Auffassung ist von fehlerhaftem Identifizieren der Norm und der Strafvorschriften gekommen. Die Reaktion schliesst sich jedoch an die Norm erst dann, wenn der Gesetzgeber unter Androhung der Reaktion Befolgung des in der Form enthaltenen Befehls oder Verbotes sanktioniert hat. Lundstedt meint, alles Recht diene den Interessen des Sozialnutzens. Aber was ist denn dieser Nutzen des Gemeinwesens? In keinem Fall ist es mehr als auch der juridische Begriff der Sozialschädlichkeit. Solche Begriffe sind bloss schleierhafte politische Schlagwörter, welche auch besonders in Umsturz- und Übergangsperioden eine vortreffliche Waffe zur Ausübung von Willkür bieten. Als Rechtsnorm angewendet würden sie zu entsetzlichen Ergebnissen führen.

Lundstedt hat gegen die Normentheorie die Behauptung aufgestellt, dass Norm nicht verpflichtet, weil in Wirklichkeit die angewendeten Reaktionen (Strafe und Schadenersatz) die Pflicht geschaffen haben. Diesen Behauptungen gemäss ist die Strafe ein primäres Pflichtgefühl schaffender Faktor. Das ist sie jedoch nicht, denn ehe die Strafe auch nur hat bestimmt werden können, musste erst zuvor auf dem Wege der Erfahrung das die menschlichen Lebensbedingungen gefährdende oder schädigende Verhalten konstatiert sein. Dieses Verhalten hat die im Gemeinwesen jeweilig herrschende Kultur in Abrede gestellt bereits ehe sie zwecks effektiveren Gestaltens der Befolgung ihres Befehls (oder Verbotes) Reaktionsandrohung an die Verbots- oder Befehlssnorm

gliederte. Andererseits ist es natürlich klar, dass die schon angewandten Reaktionen ihreits dieses Pflichtgefühl zum Befolgen der Normen bestätigt haben, was in den Mitgliedern des Gemeinwesens im Verlaufe der Zeiten instinktiv und allmählich während einer langen Periode der Kulturentwicklung bewusst zum Schutz der Lebenswichtigen Rechtsgüter entstanden ist.

Lundstedt hat versucht, die Normentheorie noch mit einer solchen Behauptung zu stürzen, dass, wenn jemand eine Norm nicht kennt, die in bezug auf ihn nicht vorhanden sein kann. Wenn z.B. ein Kind den ihm gegebenen Befehl nicht verstand, so behauptet wohl niemand, dass das Kind wegen unterlassener Befolgung des Befehls zu bestrafen wäre. Dagegen lässt sich sagen, dass es auch gut möglich ist, dass jemand in bestimmten Fällen die Strafvorschrift nicht kennen würde, doch ist es unmöglich, dass ein jedes normales Individuum jene den menschlichen Verkehr bestimmenden Normen nicht kennen würde, die in seiner Umgebung herrschen. Ausserordentlich treffend hat hierüber *Max Ernst Mayer* gesagt: »Der Zurechnungsfähige kennt seine Pflichten und erkennt sie an. Einen Menschen, der von den — — — moralischen Vorschriften nichts weiss, nennen wir einen Idioten«. Ein Kind wird ausdrücklich nicht wegen normwidrigen Verhaltens bestraft, weil ihm die Kenntnis von der Lebensordnung und ihrer Verpflichtung fehlt. Aus dem selben Grunde lassen wir auch den Unzurechnungsfähigen für sein normwidriges Verhalten unbestraft. Das normwidrige Verhalten des Kindes oder des Unzurechnungsfähigen birgt nicht Verletzung der Gehorsamspflicht in sich, denn Verletzung der Gehorsamspflicht setzt stets Kenntnis davon voraus, wie zu handeln ist, damit die Gehorsamspflicht nicht verletzt würde. Das normwidrige Verhalten kann also entweder sowohl objektiv als subjektiv normwidrig oder nur objektiv normwidrig sein. Alles normwidrige Verhalten (auch des Unzurechnungsfähigen) ist ja objektive Normwidrigkeit, aber subjektive Normwidrigkeit setzt dagegen immer Verschulden voraus.

Da das finnische Strafgesetz nur in einigen wenigen Vorschriften das unechte Unterlassungsdelikt erwähnt hat und auch unser Gesetz keinerlei Allgemeinbestimmung über das passive Verhalten enthält, so steht die Frage auf, ob die Herbeiführung des Kommissivdeliktes durch passives Verhalten auch in anderen Fällen möglich ist?

Wenn das nulla poena sine lege-Prinzip in der Form rezipiert würde, dass ebenso wenig Gesetzauslegung wie auch Gesetzanalogie gestattet wäre, dann müssten wir auf die uns gestellte Frage unbedingt verneinend antworten. Indessen ist es eine bekannte Tatsache, dass so-

wohl bei uns als auch in den übrigen Nordischen Ländern Gesetzauslegung wie auch Gesetzanalogie in der Gerichtspraxis zugelassen sind. Also können wir positiv auf die von uns gestellte Frage antworten. Fragen wir dagegen, in welchen allen Fällen oder wann mittels passiven Verhaltens das Tatbestandsmerkmal des Handlungsverbrechens geltend gemacht werden kann, dann ist das Antworten mit einer allgemeinen Vorschrift nicht anhängig. Hinsichtlich dieser Frage muss auch u.a. *Andenæs'* Meinung als richtig angesehen werden, wonach nur durch in casu erfolgende Prüfung Antwort auf die Frage erhalten werden kann.

Obzwar die Rechtswidrigkeit einer Tat nicht zu den Kennzeichen ihres faktischen Wesens gehört, so bildet die Tatbestandsgemässheit dennoch ein Indiz ihrer Rechtswidrigkeit, denn die durch aktives Verhalten verursachte tatbestandsmässige Folge gibt jedenfalls Anlass zu der Annahme, dass die Verbotsnorm, welche die Handlung rechtswidrig macht, verletzt wurde. Dagegen bekommen wir von der Tatbestandsgemässheit als solcher keinerlei Bescheid auf die Frage der Rechtswidrigkeit der unechten Unterlassung, denn da der Gesetzgeber im Tatbestand eine die Norm ablehnende Handlung kriminalisiert, so stellt er dann unter Androhung von Strafe die durch positive Handlung verursachte Folge in Abrede, wodurch sich das Verbot absolut nicht auf das Unterlassen oder auf das Untätigsein richtet. Nehmen wir den Standpunkt der reinen Rechtspflichttheorie ein, so sehen wir, dass das Herbeiführen der Folge durch passives Verhalten rechtswidrig ist, wenn die Handlung zwecks Erfolgsabwendung eine spezielle Rechtspflicht gewesen ist.

Die Rechtspflichttheorie hat *Lundstedt*, welcher den Begriff Rechtspflicht gänzlich bestritt, verständlicherweise am heftigsten angegriffen. *Lundstedt* glaubt nämlich die »umwälzende Feststellung« gemacht zu haben, dass da die herrschende Rechtswissenschaft als Voraussetzung der Strafbarkeit der Unterlassung die Rechtspflicht aufgestellt hat, sie schon darin der Auffassung gemäss den verhängnisvollen Fehler beging, somit doppelte Verpflichtung zu fordern: die Pflicht, eine strafwürdige Folge nicht zu verursachen und überdies die Pflicht, Massnahmen zwecks Erfolgsabwendung zu treffen. Diese Behauptung ist reiner Sophismus und ein Aufdenkopfstellen der Angelegenheiten. Wenn wir nämlich sagen, dass jemand eine schädliche Folge durch Unterlassen ihrer Abwendung verursacht hat, so enthält unser Gedanke die Feststellung, dass der Schuldige durch sein pflichtwidriges Verhalten die Folge herbeigeführt hat. Durch Übertretung der zu Er-

folgsabwendung verpflichtenden Befehlsnorm vergeht sich der Schuldige gleichzeitig gegen die Verbotsnorm. Die Unterlassung der Erfolgsabwendung ist somit pflichtwidrig gerade unter der Voraussetzung, dass eine Befehlsnorm existiert, welche zur Handlung zwecks Erfolgsabwendung verpflichtet. Es steht also durchaus keine doppelte Verpflichtung in Rede.

Lundstedts eigene Artikel sind ein guter Beweis für die wunderlichen Resultate, zu welchen er kam, nachdem er die Unterlassung der Rechtspflicht als begrenzendes Kriterium der Straffälligkeit bestritten hatte. Von den Anhängern Lundstedts seien *Hoel*, *Brück* und *Karl Olivecrona* erwähnt. Diese begnügten sich damit, einzig und allein die gegen Lundstedts herrschende Theorie vorgestellte Kritik zu konstatieren. Nur der Wortlaut selbst hat sich geändert: der üppige Humor, mit welchem Lundstedt seine sonst so an Tautologie kranken Produkte gewürzt hat, ist daraus verschwunden.

Thyrén und *Andenæs* waren der Meinung, dass die Grenze der Straffälligkeit für Unterlassung nicht mit allgemeinen Vorschriften bestimmbar ist, beispielsweise durch Appellieren an das Vorhandensein einer besonderen Rechtspflicht, denn der Auffassung gemäss kann Unterlassung strafbar sein, obgleich eine solche Pflicht gar nicht bestünde, und andererseits kann nicht angenommen werden, dass Unterlassung immer strafbar wäre, da eine solche Pflicht existiert. Der Auffassung nach muss gerade entschieden werden, wenn die Rechtspflicht dann vorhanden ist, aber dies hängt seinerseits davon ab, ob das Gesetz in dem bestimmten Falle die Unterlassung bestraft oder nicht. Die Rechtspflicht muss also aus der Straffälligkeit, und keineswegs die Straffälligkeit aus der Rechtspflicht gefolgert werden. Aber wenn dieser Standpunkt eingenommen wird, dann können wir wegen unechten Unterlassungsdelikten nur in den Fällen bestrafen, wo es im Gesetz *expressis verbis* als strafbar erklärt worden ist. Wir vermuten, dass auch ein solches Resultat nicht allzu befriedigend würde.

Die sonst so achtenwerte Arbeit von *Andenæs* hat unserer Meinung nach nicht zu einem annehmbaren Ergebnis geführt, weil sie rein kasuistisch geblieben ist. Er ist der Ansicht, die von ihm vorgestellten Fälle zeigen, dass die Rechtspflicht nicht in allen Fällen die Strafbarkeit der Unterlassung entscheiden kann. Freilich muss zugegeben werden, dass Fälle eintreffen können, wo es schwer ist, den Schluss zu ziehen, ob Rechtspflicht vorliegt oder nicht, und dass es andererseits auch so gehen kann, dass keine Rechtspflicht existiert, unser Rechtsgefühl aber dennoch Strafe fordert. *Andenæs* meint,

dass die Frage der Straffälligkeit von Unterlassung der freien Erwägung des Richters überlassen werden soll. Ebenso gut können wir völlig dann zum arbiträren Rechtsgebrauch übergehen, aber derartige Bestrebungen würden kaum die Rechtssicherheit verstärken.

Wir sind der Meinung, dass sich die Pflicht, Massnahmen zur Verhinderung einer kriminalisierten Folge zu treffen, nur auf das geschriebene Gesetz oder auf das herkömmliche Recht gründen kann. Die Verursachung der Folge durch Unterlassung ist somit rechtswidrig nur unter der Voraussetzung, dass eine besondere Rechtspflicht vorhanden ist, dem Entstehen der Folge vorzubeugen. Die besondere Rechtspflicht als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung bildet gleichzeitig auch das Kriterium zur Begrenzung der Haftung. Wenn also eine besondere Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung nicht als vorhanden nachgewiesen werden kann, *so kann das Ungehindertbleiben der Folge auf keinen Fall Strafhaftung aus der Folge begründen*. In ungewissen Fällen muss somit *unbedingt* das Prinzip *in dubio pro reo* angepasst werden.

Die Rechtspflicht allein begründet indessen nicht Strafbarkeit. In jedem einzelnen individuellen Falle muss nämlich noch mehr untersucht werden, zu welchen Massnahmen jedesmal an Hand der Pflicht hätte gegriffen werden sollen. Hierbei sind die verschiedenen Fakta zu berücksichtigen, die sich jeweils an die unter Behandlung befindliche faktische Situation schliessen. Die faktische Situation schafft nicht die Verpflichtung zur Erfolgsabwendung, wenn nicht aus der Rechtsordnung eine solche Verpflichtung in jeder faktischen Situation resultiert.

VI. DIE RECHTSPFLICHTGRUPPEN.

Vom Standpunkte des Systematisierens aus sind die unechten Unterlassungsdelikte im allgemeinen jedesmal auf verschiedene Weise dem Pflichtgrund gemäss in verschiedene grössere zusammenhängende Gruppen eingeteilt. Nach der Tradition gewordenen Einteilung werden drei Gruppen von einander unterschieden: Gesetz, Vertrag und vorausgegangene Handlung. Diese Einteilung ist unseres Erachtens unhaltbar, denn der Vertrag ist keinerlei Pflichtgrund, sondern nur ein Indizium von der Existenz der Rechtspflicht. Die vorausgegangene Handlung ist durchaus kein juridischer Begriff. Die vorausgegangene Handlung verpflichtet ebensowenig wie der Vertrag zu ir-

gend etwas, wenn sich nicht aus der Rechtsordnung eine solche Verpflichtung ergibt. Ebenso unhaltbar ist als Pflichtgrund die »sozialrechtliche Stellung«. Jeder von uns hat seine sozialrechtliche Stellung, die uns zu nichts verpflichtet, wenn nicht die Rechtsordnung unsere Stellung an die rechtliche Pflicht zum Handeln anschliesst.

Die legislative Historik und die Rechtspraxis zeigen uns, dass die Rechtspflicht entweder als Fürsorge- oder Überwachungspflicht oder als Abwehrpflicht einer hervorgerufenen gefährlichen Situation vorkommt. Ausserdem gründet die Rechtsordnung in bestimmten Fällen für den Rechtsuntertan die Pflicht, gewisse Umstände, von denen er Kenntnis hat, zwecks Abwendung schädlichen Erfolgs anzugeben. So sind z.B. die Subjekte des Rechtsgeschäftes verpflichtet, den Anderen auch aus eigener Initiative solche ihnen bekannte Umstände zu melden, deren Verschweigen die Befehlshorn verletzt, laut welcher ein Rechtsgeschäft in bona fide zu machen ist. Die schädliche Folge entsteht in diesen Fällen durch die pflichtwidrige Unterlassung der Äusserung.

Auf grund der von uns angeführten Gesichtspunkte teilen wir unsererseits die Rechtspflichten in folgenden gruppen ein:

A. Die Fürsorge- und Überwachungspflichten.

- a) Die aus der Rechtsordnung unmittelbar resultierenden Fürsorge- und Überwachungspflichten.
- b) Die sich an das Disponieren schliessenden Fürsorge- und Überwachungspflichten.
- c) Die sich an Ausübung des Berufes oder Erwerbs schliessenden Fürsorge- und Überwachungspflichten.
- d) Die sich an die Amts- oder offizielle Dienstaufgabe schliessenden Fürsorge- und Überwachungspflichten.

B. Abwendepflicht einer durch unerlaubte oder erlaubte Handlung verursachten gefährlichen Situation.

C. Äusserungspflicht zwecks Verhinderung einer schädlichen Folge.

Zu Punkt A. a) gehören die familienrechtlichen Pflichten. Die Norm, von welcher derartige herrühren können, ist in dem Gesetz für Armenpflege in Finnland kundgegeben.

A. b) umfasst solche Fälle, in denen die verschiedenen Normen des

geschriebenen Gesetzes oder des herkömmlichen Rechtes Pflichthandlungen an das Disponieren schliessen. Die Verpflichtung kann sich an einen Vertrag, ein Geschäfts- oder Dienstverhältnis, an das Halten von Tieren usw. gliedern. Interessante Fragen können im Delegationsfalle und in Fällen entstehen, in denen die Aufgaben nicht unter mehrere Verpflichtete verteilt sind.

A. c) Von den zu dieser Gruppe zählenden Fällen sind die wichtigsten die durch Unterlassung der Fürsorge und Überwachung herbeigeführten Folgen in Industrie und Verkehr. Das finnische Arbeitssicherheitsgesetz und die verschiedenen über den Verkehr gegebenen Verordnungen enthalten Normen die die Handlungspflicht gründen, oder von denen die Handlungspflicht hergeleitet werden kann. Auch die Unterkunfts- und Verpflegungsbetriebe bilden ein Gebiet, wo das unechte Unterlassungsdelikt in Frage kommen kann. Weiter sei noch in dieser Beziehung die Ausübung des Amtes eines Fachlehrers, Arztes und Juristen erwähnt.

A. d.) Die Handlungspflicht der Beamten und der Männer im öffentlichen Dienst muss von den verschiedenen Verordnungen und Gesetzen aus geleitet werden, welche für Pflege der Amts- und Dienstaufgaben gegeben sind. Von den verschiedenen Ämtern seien genannt Eisenbahnbeamter, Lotse, Leuchtturmwärter und Polizist. Von der durch Unterlassung verursachten Folge ist folgerichtig das mit der gleichen Tat begangene Amtsvergehen und die kriminale Folge strafbar. Wer ein Amt oder eine Stellung antritt, ist unter Androhung der Haftung für die Folgen verpflichtet, die Gefahren abzuwehren, welche er im Rahmen seines Amtes abzuwenden hat. So muss der Polizeibeamte *unbedingt* bestraft werden, wenn er unterlassen hat, eine solche Folge abzuwenden, die er an Hand der für Polizeitätigkeit gegebenen Verordnung abzuwenden verpflichtet ist. Im anderen Falle ist der Polizeibeamte unnötig. In Finnland wird der Polizist wegen Unterlassung zur Verantwortung für die Folge gezogen, welcher er vorsätzlich oder durch sein Verschulden entgegen seinen Amtspflichten vorzubeugen unterlassen hat.

In Punkt B. erscheint als eine der interessantesten Fragen, ob derjenige, welcher sich im Falle von Notwehr selbst verteidigt hat, für die Folge zur Verantwortung gezogen wird, die für den Angreifer aus der Unterlassung erwuchs, nach Abschluss der Notwehrlage Massnahme zur Abwehr der dem Angreifer drohenden Gefahr zu treffen. In der finnischen Theorie haben sich sowohl *Sundström-Salmiala* als auch *Honkasalo* auf den Standpunkt gestellt, dass die Unterlassung für den,

der sich verteidigte, in dieser Beziehung Strafhaftung für die durch Unterlassung herbeigeführte Folge gründet. Diese Auffassung ist für richtig zu halten. *Andenæs* hat sich auf Gefühlsgründe berufen. Solche beeinflussen nicht die Frage selbst, ob sich aus Unterlassung Haftung für die Folge ergibt oder nicht. Die Gefühlspunkte können als strafmildernde Umstände in Betracht gezogen werden. Mann muss davon ausgehen, dass nur die unbedingt zur Abwehr des Angriffs notwendige Handlung gerechtfertigt ist. Alles Verhalten, womit dem Angreifer mehr Schaden zugefügt wird, als sich aus der in Notwehr begangenen erlaubten Tat herleitete, ist rechtswidrig. Also hat der Verteidiger nach unserer Auffassung die Pflicht, Massnahmen zur Abwendung solcher Folgen zu treffen, welche die durch seine erlaubte Handlung verursachten schädlichen Grundfolgen überschreiten. — Der Oberste Gerichtshof von Finnland vertritt in dieser Frage denselben Standpunkt wie unsere obengenannten Rechtsgelehrten.

Als zu Punkt C. gehörende Fälle kommen in Frage der Meineid, der Prozessbetrug und der Betrug. Im letzteren ist in Deutschland auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte daran appelliert worden, dass der Rechtspflichtäusserung das »Treu und Glauben«-Prinzip zugrunde liegt. Der Gedanke ist als richtig anzusehen. Bei uns in Finnland kann die Pflicht von § 4 des Kap. 1 im Abschnitt des Gesetzbuches für Handel und Gewerbe hergeleitet werden, welcher Paragraph den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die in der Ware verborgenen Fehler anzugeben. Diese Gesetzesstelle enthält somit ausdrücklich das bona fide-Prinzip.

Die von uns beschriebenen Rechtsfälle aus der finnischen Rechtspraxis zeigen, dass, obzwar der Oberste Finnische Gerichtshof in seinen Beschlüssen nicht unmittelbar kundgegeben hat, dass die Unterlassung der Erfolgsabwendung Strafhaftung gründet, sofern die Handlung eine besondere Rechtspflicht gewesen ist, doch die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes zeigen, dass genanntes Rechtsprinzip mit Ausnahme eines Falles unbedingt befolgt worden ist. Die erwähnte Ausnahme war folgende:

A, B und C fuhren im Schlitten des A. Als C, welcher betrunken war, aus dem Schlitten fiel, so hoben ihn A und B nicht in den Schlitten zurück, sondern überliessen ihn seinem Schicksal, obgleich sie wussten, dass C ohne Besinnung war und in der kalten Frostnacht der Lebensgefahr preisgegeben würde. C starb auch an der Krankheit, die er sich durch die Kälte zugezogen hatte. Der Oberste Gerichtshof ver-

urteilte A wie B wegen Verschuldung am Tode zu einer Gefängnisstrafe von 6 Monaten.

Dieses Resultat verteidigen wir nicht als richtig. Da in bezug auf B nur die für alle Rechtsuntertanen allgemeine Pflicht vorgeschrieben ist, einem in Lebensgefahr Befindlichen zu helfen, ohne sich selbst in Gefahr zu bringen, so hätten wir unsererseits B nur wegen Nichtbefolgens dieser allgemeinen Pflicht zu Strafe verurteilt. Hinsichtlich des B handelte es sich also um das echte Unterlassungsdelikt. Für B's Vergehen wird im finnischen Strafgesetzbuch, Kap. 44, § 2 nur eine Geldstrafe verhängt.
