SUOMALAISEN LAKIMIESTEN YHDISTYKSEN
JULKAISUJA N:o 8

ARVO SIPILÄ

DELIKTIPERUSTEISEN VAHINGONVASTUUN TEOREETTINEN RAKENNE

SUOMEN VARALLISUUSOIKEUTTA SILMÄLLÄPITÄEN

OTAVA

SUOMALAISEN
LAKIMIESTEN YHDISTYKSEN
JULKAISUJA
№ 8

SUOMALAISEN LAKIMIESTEN YHDISTYKSEN JULKAISUJA

№ 8

ARVO SIPILÄ

DELIKTIPERUSTEISEN VAHINGONVASTUUN TEOREETTINEN RAKENNE

SUOMEN VARALLISUUSOIKEUTTA SILMÄLLÄPITÄEN

DIE THEORETISCHE KONSTRUKTION DER DELIKTISCHEN SCHADENSHAFTUNG MIT BERÜCKSICHTIGUNG DES FINNISCHEN VERMÖGENSRECHTS

ZUSAMMENFASSUNG

HELSINGISSÄ
KUSTANNUSOSAKEYHTIÖ OTAVA

DELIKTIPERUSTEISEN VAHINGONVASTUUN TEOREETTINEN RAKENNE

SUOMEN VARALLISUUSOIKEUTTA SILMÄLLÄPITÄEN

KIRJOITTANUT

ARVO SIPILÄ

LAKITIETEENKANDIDAATTI
FILOSOFIANMAISTERI
DISPASÖÖRI

HELSINGISSÄ
KUSTANNUSOSAKEYHTIÖ OTAVA

KUSTANNUS-
OSAKEYHTIÖ
O T A V A N
KIRJAPAINO
HELSINGISSÄ
I 9 3 6

ISBN 978-951-855-777-0 (PDF)

ALKULAUSE.

Deliktivastuun alaan kuuluvat vahingonkorvauskysymykset ovat käytännössä yleensä ratkaistavissa asian tietopuoliseen rakenteeseen puuttumatta. Olen siitä huolimatta rohjennut käydä käsiksi esilläolevaan työhön pelkästään teoreettisen tavoitteen kannustamana: yrittääkseni ehjän systematiikan vaatimusten mukaista vahingonvastuun yleisluonteista konstruointia mahdollisimman vähin perusaineksin. Tähän päämäärään pyrkiessäni olen joutunut jättämään ajatuksen tällaisen rakennelman aineksien etsinnästä oikeustapauksia tutkimalla. Olen vakuuttunut siitä, että käsilläoleva konstruktio on saavutettavissa yksinomaan spekulation tietä. Toinen asia on, että voidaan vaatia tällaisen konstruktion tulosten soveltamista käytäntöön oikeustapausten tarkasteluna teorian edellyttämästä näkökulmasta. Tämä tehtävä kuitenkin käsittäisi eri työn, joka on mielestäni siksi laaja, ettei siihen ryhtyminen tässä yhteydessä ole näyttänyt mahdolliselta.

Lausun kunnioittavat kiitokseni *Helsingin Yliopistolle* ja *Maaliskuun 25 päivän Rahastolle*, jotka myöntämillään apurahoilla ovat olennaisesti edistäneet työtäni, sekä *Suomalaiselle Lakimiesten Yhdistykselle*, joka on antanut apuaan tutkielmani julkaisemisessa. Tunnen suurta kiitollisuutta niitä henkilöitä kohtaan, jotka tässä yhteydessä ja muutoinkin ovat minua työssäni tukeneet. Erityisesti olen kiitollinen professori *El. Kailalle*, jolta olen saanut sangen arvokkaita neuvoja tutkielmani viimeistelemiseksi. Myöskin lausun parhaat kiitokset valtion tapaturmatoimiston johtajalle, varatuomari *Kaarlo Kallialalle*, joka on lukenut kirjani käsikirjoituksen.

Helsingissä, 4 päivänä joulukuuta 1936.

Tekijä.

SISÄLLYSLUETTELO.

Sivu

Alkulause V
Sisällysluettelo VII
Kirjallisuutta XI
Lyhennyksiä XXIII

JOHDANTO.

I. Tutkielman tehtävä ja rajoitus 1
II. Vahingon käsite 7
III. Vahingonkorvauksen ja sen sukulaissäännöstöjen erottavat tunnusmerkit 20
IV. Näkökohtia oikeudenvastaisen teon vastuun ja oikeudenmukaiseen toimintaan liittyvän vahingonkorvausvelvollisuuden suhteesta 25

Ensimmäinen osa.

OIKEUSALAN KAUSAALISUUSKYSYMYS.

Ensimmäinen luku.

KAUSAALISUUSTEORIAT.

A. Yksittäistävät (individualisoivat) teoriat.

1. Edellytysten samanarvoisuusoppi (ekvivalenssi- eli conditio sine qua non teoria) ja ns. kausaaliyhteyden katkeaminen 41
1. Kausaalisuus-käsitteestä yleensä 41
2. Conditio sine qua non teoria 45
3. Ns. kausaaliyhteyden katkeaminen 49
II. Edellytysten immanenttisen eriarvoisuuden teoriat 51
1. Binding 52
2. Thyrén 53
3. Birkmeyer 57
4. Kohler 59
5. M. E. Mayer 62

B. Yleistävät (generalisoivat) teoriat.

I. Krückmannin ja Hessin teoriat 63
II. Vastaavuus- eli adekvaattisuusteoriat 68
1. Adekvaattisuus ja seurauksen syntymismahdollisuuden määrittäminen (kvantifiointi) 68
a. Loogillinen mahdollisuus-käsite: Tapahtumanvaran periaate (Prinzip der Spielräume) 69
b. Loogillisen mahdollisuus-käsitteen ja tyypillisyys-käsitteen suhde 71
c. Tyypillisyysteoria oikeudellisena kausaalisuusteoriana 73
d. Seurauksen syntymismahdollisuuden määrittäminen muiden kriteerien kuin tyypillisyyden avulla 78
e. Edellytyksen seurauksensuosivuus relatiivisen mahdollisuus-käsitteen ilmaisijana 83
f. Eräät kotimaisessa tieteisopissa esitetyt adekvaattisuusteoriat 93
2. Adekvaattisuus ja seurauksen syntymismahdollisuutta koskevan arvostelman perusteen muodostaminen 96
a. v. Kries 97
b. Rümelin 99
c. Traeger 104
d. Honkasalo 107

C. Syyn ja seurauksen abstrahointikysymys.

I. Edellytyksen abstrahointi silmälläpitäen tekijän tiedon osuutta mahdollisuustodelman perusteen muodostamisessa ja sen suhdetta adekvaattisuusoppiin objektiivisen kausaalisuuden teoriana 109
II. Seurauksen abstrahointikysymys 119
1. Conditio sine qua non kriteerin kannalta 119
2. Adekvaattisuusopin osana 128

Toinen luku.

ERITYISESTI LAIMINLYÖNNIN KAUSAALISUUSKYSYMYS.

I. Laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen vaiheet 137
1. Katsaus laiminlyönnin kausaalisuuskysymykseen yleensä 137
2. Laiminlyönnin käsittely kirjallisuudessa 141
a. Krug, Glaser, A. Merkel 141
b. Aldosser, Geyer, Finger 142
c. Interferenssiteoriat, v. Buri, Binding 143
d. Oikeuskausaalisuusteoriat, v. Bar, Kohler, v. Rohland, Müller, v. Tuhr 144
e. Laiminlyönnin luonnollisen kausaalisuuden teoria 146
II. Laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä teoria 147
III. Laiminlyönnin kausaalisuuden myöntävät teoriat 153

1. Sauer 154
2. Mezger 160
3. Kissin 164
4. Laiminlyönnin kausaalisuuden suhde conditio sine qua non ja adekvaattisuusteorioihin 168
5. Laiminlyönti-käsitteen täydentäminen 171
6. Honkasalon teoria 177
7. Loppuhuomautus 184

Toinen osa.

OIKEUDENVASTAISUUSKYSYMYS.

Ensimmäinen luku.

OIKEUDENVASTAISUUS SUBJEKTIIVISENA JA OBJEKTIIVISENA KÄSITTEENÄ.

I. Yleisiä näkökohtia oikeudenvastaisuudesta 187
II. Oikeudenvastaisuuden psykologisen perustan teoriat ja imperativistinen oikeudenkäsitys 194
1. Adolf Merkel 195
2. Ihering 196
3. Thon ym. 197
4. J. Goldschmidt 201
III. Oikeusnormin arvottamisfunktion teoria 203
1. Löffler 204
2. Bienenfeld 206
3. Mayer, Nagler, Mezger ym. 208
IV. Oikeuslauseen perusnormi objektiivisen oikeudenvastaisuuden mittana 217

Toinen luku.

OIKEUDENVASTAISUUDEN JA VAHINKOSEURAUSTA EDELLYTTÄVÄN TUNNUSMERKISTÖN TOTEUTUMISEN SUHDE.

I. Oikeudenvastaisuus ja rikosoikeudellinen tunnusmerkistö 223
1. Teoriat tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden suhteesta 224
2. Onko tunnusmerkistö oikeudenvastaisuuden ratio essendi? 227
II. Oikeudenvastaisuus ja siviilioikeudellinen, vahinkoseurausta edellyttävä tunnusmerkistö 230

Kolmas luku.

AINEELLINEN OIKEUDENVASTAISUUS VAHINGONVASTUUN PERUSTEENA.

I. Muodollisen ja materiaalisen oikeudenvastaisuuden käsite 236
II. Aineellisen oikeudenvastaisuuden teoria 240
1. Graf zu Dohna 241
2. M. E. Mayer 244
3. Mezger 245
4. Sauer 245
5. Tilinteko positivistisen ja aineellisen oikeudenvastaisuuden teorian välillä 247
6. Intressienvertailu- ja tarkoitusteoria sekä laintulkinta ja oikeudensanonta 250
III. Aineellinen oikeudenvastaisuus normin pätemisalaa rajoittavien perusteiden kriteerinä 254
1. Kieltotunnusmerkistön mukaisen teon oikeudenmukaisuus 255
2. Kieltotunnusmerkistön mukaisen laiminlyönnin oikeudenvastaisuus 259
IV. Materiaalisesti oikeudenvastainen laiminlyönti vahingonvastuun perusteena 272
V. Aineellinen oikeudenvastaisuus vahingonvastuun perusteena 276
1. Syyllisyyskysymys ja objektiivinen oikeudenvastaisuus 277
2 Objektiivinen oikeudenvastaisuus ja kausaalisuuskysymys sekä vaarakäsite 291
3. Tarkoitus oikeudenvastaisuuden subjektiivisena elementtinä 299
a. Vahingoittamistarkoitus vastuutunnusmerkistön subjektiivisena oikeudenvastaisuustekijänä 299
b. Aineellinen oikeudenkäsitys subjektiivisen oikeudenvastaisuustekijän kriteerinä 305
4. Vastuutunnusmerkistön toteutuminen sen kausaalisuuteen liittyvän elementin osalta 309
a. Tuottamus objektiivisena oikeudenvastaisuutena 309
α) Yleisen huolellisuus-vaatimuksen karakteristiikka 310
β) Tapaukset, joissa vastuu voi määräytyä pelkästään adekvaattisuuden mukaisesti 315
b. Vaarantaminen vastuutunnusmerkistön toteutumiskysymyksenä 317
c. Suojeluobjektin laatu yleistä huolellisuusvaatimusta ja vastaavasti tuottamustunnusmerkistöä rajoittavana tekijänä 322

TUTKIELMAN SISÄLLYKSEN TIIVISTELMÄ. 325

ZUSAMMENFASSUNG. 351

KIRJALLISUUTTA

joka on otettu huomioon tutkielmaa laadittaessa.

ALANEN, A.: Hätävarjelus yksityisen käytettävänä oikeussuojakeinona. Hämeenlinna 1925.

v. ALBERTI, O.: Verbotsverletzende Unterlassungen, insbesondere ihre fahrlässige Begehung. Tübingen 1917.

ALDOSSER, C.: Inwieferne können durch Unterlassungen Strafbare Handlungen begangen werden? München 1882.

ALEXANDER, R.: Das verbrecherische Verhalten des Geisteskranken. Mannheim—Berlin —Leipzig 1926.

v. AMIRA, K.: Nordgermanisches Obligationenrecht I. Altschwedisches Obligationenrecht. Leipzig 1882.

AUGDAHL, P: Ret og Retskraenkelse. Kristiania 1921.

BACHE, N. H.: Nogle erstatningsretlige Bemaerkningar. Tidskrift för Retsvidenskap 1928.

v. BAR, L.: Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Zivilrecht, insbesondere auch von der Haftung des Schuldners für Handlungen Anderer. Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (GrünhZ). 4 Band.

— Die Lehre von Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte. Leipzig 1871.

— Gesetz und Schuld im Strafrecht I—III. Berlin 1906—1909.

BAUMHOER, K.: Die Fiktion im Straf- und Prozessrecht. Eine juristische und rechtsphilosophische Untersuchung. Berlin, Grünewald 1930.

BELING, E.: Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre. Der Gerichtssaal (GS) 101 (1932).

— Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

— Grundzüge des Strafrechts. Tübingen 1914.

BIENENFELD, R.: Die Haftungen ohne Verschulden. Typenlehre und System der aussergeschäftlichen Obligationen im deutschen, österreichischen und schweitzerischen Recht. Berlin und Wien 1933.

BIERLING, E. R.: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Erster Theil. Gotha 1877.

— Juristische Prinzipienlehre I—V. Freiburg i. B., Leipzig, Tübingen 1894—1917.

BINDER, J.: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Leipzig 1915.

— Philosophie des Rechts. Berlin 1925.

— Grundlegung zu Rechtsphilosophie. Tübingen 1935.

BINDING, Die Normen und ihre Übertretung I, II_1, II_2, III Leipzig 1916, 1914, 1916, 1918.

Das BÜRGERLICHE Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts I. Berlin und Leipzig 1934.

BIRKMEYER, K.: Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht. Der Gerichtssaal, B. 37 (1883).

— Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

BURCKHARDT, C. Chr.: Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersätzrecht. Zeitschrift für Schweizerisches Recht N. F. 22 (1903).

— — de Boot, H. O. = Bürgerliches Recht. Berlin u. Wien 1930.

v. BURI: Über Causalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.

— Die Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, Stuttgart 1885.

— Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche. Gesammelte Abhandlungen. Leipzig 1894.

— Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung. Der Gerichtssaal 21 (1867).

— Die sogenannte Commissivdelikte durch Unterlassung. Der Gerichtssaal, 45 (1891).

BÜRGI, W.: Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung. Bern 1927.

v. CAEMMERER: Haftung für Aufsichtsbedürftige. Rechtsvergl. Handwörterbuch, B. 4. 1932.

CASELIUS, I.: Sopimussakon suhteesta vahingonkorvaukseen. Defensor Legis 1929.

— Den Hägerström-Lundstedtska skolan i Finland. Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, vk. 1929.

CELICHOWSKI, S.: Die Bedeutung der Lehre vom adäkvaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln. Posen 1909.

CEDERBERG, LAURI: Om gäldenärs skadeståndskyldighet vid försummad penningbetalning, med särskild hänsyn till valutaförsämring. Förhandlingarna å det trettonde nordiska juristmötet i Helsingfors 1925. Helsingfors 1926 Bilaga N:o 1.

CHYDENIUS, W.: Skadeståndsläran från politirättslig synpunkt. Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, 1903.

— Lärobok i finsk Kontraktsrätt I—II. Helsingfors 1923—1925.

CLEMENS: Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Breslau 1912.

COHN, N.: Erstatningsretslige Spørgsmaal. Juridisk Tidskrift vk. 1923.

COSACK, K.: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. I. Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen. Jena 1910. 7 pain. 1922.

COSACK, K.—MITTEIS, H.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I—II. Jena 1927.

CROME, C.: System des deutschen bürgerlichen Rechts I—II. Tübingen und Leipzig 1900—1902.

DEGENKOLB: Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes. Zugleicht als kritischer Beitrag zu § 219 des Deutschen Civilgesetzentwurfes. Archiv für die civilistische Praxis 76 (1890).

DERNBURG, H.: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 2 B. Halle a. S. 1899.

— System des Römischen Rechts. Der Pandekten achte, umgearbeitete Auflage bearbeitet von Dr. Paul Sokolowski I—II. Berlin 1911—1912.

— Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens I—II. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reich und Preussens. II, 1, 2. Halle a. S. 1909, 1906.

DOHNA, A. Graf zu: Beitrag zur Lehre von der adäquaten Verursachung. Monatschrift für die kriminalistische Psychologie 2 (1906).
— Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle a. S. 1905.
ECCIUS, M. E.: Preussisches Privatrecht I. Die Grundbegriffe und die Grundlehren des Rechts der Schuldverhältnisse. Berlin 1887.
EDLIN, G.: Rechtsphilosophische Scheinprobleme und der Dualismus im Recht. Berlin—Grünewald 1932.
EHRENZWEIG, A. A.: Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht. Wien 1936.
EHRLICH, E.: Grundlegung der Soziologie des Rechts. München und Leipzig 1913.
EISLER: Wörterbuch der philosophischen Begriffe I—III. Berlin 1927—1930.
EKSTRÖM, F. W.: Privaträttens allmänna Läror, Helsingfors 1921—1924.
— Om borgen. Helsingfors 1927.
ELSTER, A.: Rechtswidrigkeit. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft IV. Berlin und Leipzig 1927.
— Kausalzusammenhang. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft III. Berlin u. Leipzig 1928.
— Rechtsnorm. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft IV. Berlin un. Leipzig 1927.
ENDEMANN, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Berlin 1903.
ENNECCERUS, L: Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts von L. Enneccerus, Th. Kipp, M. Wolff I, 1, 2. Marburg 1923. (Lyh. Enneccerus, Lehrbuch.)
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von L. Enneccerus, Th. Kipp und M. Wolff I, 2. Recht der Schuldverhältnisse von L. Enneccerus. Zehnte Bearbeitung. (26—27 Aufl.) Marburg 1927.
— Recht der Schuldverhältnisse. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts begr. von Ludvig Enneccerus, Theodor Kipp u. Martin Wolff. I, 2 Elfte Bearbeitung von Heinrich Lehman. Marburg 1930.
ENDEMANN, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Berlin 1903.
ENGELMANN, W.: Rechtsbeachtungspflicht, und rechtliche Schuld. Festschrift für L. Traeger. Berlin 1926.
ENGISCH, K.: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. Tübingen 1931.
— Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.
ERICH, R.: Suomen Valtio-oikeus I. Porvoo 1924.
v. FEUERBACH, A.: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Giessen 1832.
— Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen herausgegeben von C. J. A. Mittermaier. 12 Aufl. Giessen 1836.
FICK-SCHNEIDER: Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911. Titel 1—22. Zürich 1915.
FINGER, A.: Das Prinzip der Güterabwägung als Grundlage der Rechtswidrigkeit. Festgabe für Richard Schmidt. Leipzig 1932.
— Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit. Gerichtssaal 97 (1928).
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts I. Berlin 1904.
— Das Strafrecht I. Berlin 1902.

FISCHER, H. A.: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. O. Fischers Anhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess. XI, 1. Jena 1903.

— Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. O. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess. XXI, 2. München 1911.

— Grenzgebiete des Schadenersatzes und des Bereicherungsanspruchs. Bereicherung und Schaden. Festschrift für E. Zitelmann. München 1913.

FORSMAN, J.: Pakkotilasta kriminalioikeudessa. Helsinki 1874.

— Bidrag till Läran om skadestånd i Brottmål enligt finsk rätt. Helsingfors 1893.

— Straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1899. Föreläsningar, utgivna med tillstånd af föreläsaren af Lars Wasastjerna. Helsingfors 1900.

v. FRANCK, R.: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. Tübingen 1931.

FROMHERZ, P.: Ein Beitrag zur Lehre von den Verursachung vom Standpunkt der deutschen Rechtssprechung. Archiv für die civilistische Praxis 110 (1913).

— Haftpflichtrecht. Grundriss der ausservertraglichen Haftpflicht. München, Berlin 1913.

GEIGEL, R.: Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts. München und Berlin 1935.

v. GEMMINGEN, H. D. FREIHERR: Die Rechtswidrigkeit des Versuchs. Breslau 1932.

— Probleme der Strafrechtsanwendung. Tübingen 1934.

GETZ, B.: Om den saakaldte Delagtighed i Forbrydelser. Norsk Retstidende vk. 1876.

GEYER, A.: Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht I. München 1884.

GIERKE, O.: Deutsches Privatrecht I—III. Leipzig 1895—1917.

GLASER, J.: Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht I. Wien 1858.

GLASS, P.: Die Kausalität der Unterlassung. Borna—Leipzig 1908.

GMÜR, M.: Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe in Civil- und Strafrecht wunschenswert und durchführbar? Zeitschrift für Schweizerisches Recht 22. (1882).

GOLDMANN, E.—LILIENTHAL, L.: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903.

GOLDSCHMIDT, J.: Der Notstand ein Schuldproblem. Sonderabdruck aus der Oesterreichischen Zeitschrift für Strafrecht. Wien 1913.

— Das Verwaltungsstrafrecht. Berlin 1902.

GOLDSCHMIDT, W.: Die Schuld im Straf- und Zivilrecht. Breslau 1934.

GOOS, C.: Den danske Strafferet I. Strafferettens almindelige Del. Kjøbenhavn 1875.

GRAM—VOGT: Den nordiska Obligationsret. Nordisk Retsencyklopaedi II. Privaträtten. Kjøbenhavn 1888.

GROSSMANN, H.: Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Hamburg 1924.

GRÜNHUT: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Tübingen 1926.

GROTENFELT, J.: Kommentar till strafflagen. Helsingfors 1913.

GUHL, T.: Das Schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1933.

HAATAJA, K.: Vuokran käsite yksityismaan vuokrasta maalla nykyään voimassaolevan Suomen lainsäädännön mukaan. Vuokralakitutkimuksia I. Porvoo 1921.

— Näkökohtia lain ja oikeuden erosta ja sen merkityksestä nykyisessä yhteiskunnassa. Eripainos Teoksesta »Festskrift för Prof. Jur. Utr. Dr. Otto Hjalmar Granfelt.» Helsinki 1934.

HAATAJA, K.: Om några förändringar i rättsåskådningen under senare tider. Svensk Juristtidning 1934, 1.

HAFTER: Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. 1926.
HAGERUP, F.: Udvalgte mindre juridiske Afhandlingar. Anden Samling. Kristiania 1913.
HAKULINEN, Y. J.: Perusteettoman edun palautus, Helsinki 1931.
— Les règles générales de la responsabilité délictuelle dans le droit civil finlandais. Annales Academiae scientiarum Fennicae, B XXVIII, 6.
HARMS, W.: Apriorität des Rechts und materielle Rechtswidrigkeit auf der Grundlage der erkenntniskritischen Lehre Kants und des Rickertschen Erkenntnisbegriffes. Breslau-Neukirch 1933.
HARTMANN, E.: Das Kausalproblem im Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung des Verursachungsbegriffs des Strafgesetzbuchs. Breslau 1900.
HASS, C.: Ueber die Verwerthbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse. Zugleich ein Beitrag zur Lösung des Kausalproblems in der Rechtswissenschaft. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Zweite Folge 1 (37) (1897).
HECK, PH.: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.
— Grundriss des Schuldrechts. Tübingen 1929.
HEDEMANN, J. W.: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert I. Die Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin 1910.
— Schuldrecht des BGB. Berlin und Leipzig 1931.
— Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.
HEGEL, G. W. F.: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Berlin 1821.
HEGLER, A.: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs. Festgabe für R. Frank I. Tübingen 1930.
— Die Merkmale des Verbrechens. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 36 (1915).
HEILFRON, ED.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf dem Grundlage des BGB. Berlin 1909.
HEINITZ, E.: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. Breslau 1926.
HELMER: Über den Begriff der fahrlässigen Täterschaft. 1895.
HENCKEL, H.: Der Gefahrbegriff im Strafrecht. Breslau 1930.
HENLE, R.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Schuldrecht. Rostock 1934.
HERMANSON, R.: Den rätta och des samband med religiösa sanningar. Stockholm 1919.
HERNBERG, A.: Yleissiviilioikeus Suomen lain mukaan. Helsinki 1927.
HESS, A.: Kausalzusammenhang als projizierter Wunschzusammenhang. Archiv für die civilistische Praxis 97 (1905).
— Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate. Hamburg 1995.
— Das Märchen vom Causalzusammenhang oder im Banne des Zwecks. Eine Kritik des causalen Denkens. Hamburg 1902.
v. HIPPEL, R.: Deitsches Strafrecht I—II. Berlin 1925—1930. (Lyh. Hippel.)
— Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.
— Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 36 (1915).
HOBERG, T.: Der Begriff der Anstiftung und sein Verhältnis zu den sogenannten Teilnahmetheorien. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Breslau 1931.
HOEL, G. A.: Den moderne retsmetode. Oslo 1925.
HOFFMANN, F.: Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestands im Strafrecht. Breslau 1930.

HOHENLEITNER, S.: Werturteil und Tatbestand, Breslau-Neukirch 1933.
HOLD v. FERNECK, A. Freiherr: Die Rechtswidrigkeit I—II. Jena 1903—1905.
HONIG, R.: Kausalität und objektive Zurechnung. Festgabe für R. v. Frank I. Tübingen 1930.
— Die Entwicklungslinie des Underlassungsdelikts vom römischen bis zum gemeinen Recht. Festgabe für R. Schmidt. Leipzig 1932.
HONKASALO, B.: Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa. Helsinki 1933.
HUTHER: Der Causalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts. Der Gerichtssaal 52 (1896).
HÄLSCNER, H.: Das gemeine deutsche Strafrecht I. Bonn 1881.
— Die Lehre vom Unrechte und seinen verschiedenen Formen. Der Gerichtssaal 21 (1869).
— Nochmals das Unrecht und seine verschiedenen Formen. Der Gerichtssaal 28 (1876).
HÖHN, R.: Allgemeines Schuldrecht. Berlin 1934.
HÖPFNER, W.: Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 36 (1915).
v. IHERING, R.: Der Zweck im Recht. Leipzig 1877.
— Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867). Vermischte Schriften juristischen Inhalts. Leipzig 1879.
JERUSALEM, F. W.: Soziologie des Rechts. Jena 1925.
JUNG, E.: Rechtswidrige Schädigung fremden Vermögens und rechtloser Erwerb aus fremden Vermögen. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 69 (1920).
— Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des »rechtlichen Grundes». Ein Beitrag zur Kenntnis des neuen Rechts. Leipzig 1902.
KAILA, EL.: Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslauseoppi. Helsinki 1924.
KANTOROWICS, H.: Tat und Schuld. Zürich und Leipzig 1933.
KANTOROWICZ, M.: Unechtes Unterlassungs- und unbewusstes Fahrlässigkeitsdelikt. Breslau 1931.
KEKOMÄKI, P.: Ammattimaisten ja tavanomaisten rikosten käsitteistä. Helsinki 1933.
KELSEN, H.: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1923.
KIECKEBUSCH: Unerlaubte Handlungen. Handwörterbuch des Rechtswissenschaft VI. Berlin u. Leipzig 1929.
KIPP, T.: Ueber den Begriff der Rechtsverletzung. Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto Gierke, II. Berlin 1910.
KISSIN, S.: Die Rechtspflicht zum Handel bei den Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit. Breslau-Neukirch 1933.
KITZINGER, FR.: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Der Gerichtssaal 55 (1898).
— Die Rechtswidrigkeit. Halle 1905.
KIVIMÄKI, T. M.: Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu. Helsinki 1924.
— Työlakko yksityisoikeudellisilta vaikutuksiltaan. Porvoo 1927.
KLUCKHOHN: Zwei Fragen des Schadenersatzrechts? Arch. f. die Civilistische Praxis 111 (1914).
KNOPH, R.: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett. Kristiania 1921.
— Rettighet eller interesse som gjenstand for rettsbeskyttelse. Tidskrift for Retsvidenskap vk. 1922.
KOHLER, J.: Studien aus dem Strafrecht I—VI. Mannheim 1890—1897.

KOHLER, — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Berlin 1906.
— Über den Kausalbegriff. Archiv für Strafrecht und Strafprozess 51 (1904).
KOHLRAUSCH: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht I. Berlin 1903.
KOLLMANN, H.: Die Bedeutung der metaphysischen Kausaltheorie für die Strafrechtswissenschaft. Breslau 1908.
KRAUSS, W.: Die mittelbare Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht. Breslau-Neukirch 1935.
KRAUS: Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 23 (1903).
KRESS, H.: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
KRIEGSMANN, H.: Zur Lehre von der adäquaten Kausalität. Der Gerichtssaal 68 (1906).
KRÜCKMANN, P.: Das juristische Kausalproblem als Problem der passendsten Fiktion. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 37 (1916).
— Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 55 (1909).
KRUG: Abhandlungen aus dem Strafrechte. Zur Erläuterung des Strafgesetzbuchs für das Königsreich Sachsen vom 11 August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen IV. Leipzig 1855.
KRUSE, V.: Til Problemet om Erstatningsansvar uden Skyld. Tidskrift för Retsvidenskap vk. 1915.
KÖHLER, A.: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Leipzig 1917.
LAMMASH-RITTLER: Grundriss des österreichischen Strafrechts. Wien 1926.
LASSEN, J.: Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del. Kjøbenhavn 1917-1920.
LAUE, W.: Vermögen im Sinne des § 419 BGB. Archiv für die civilistische Praxis N. F. 20 (1935).
LEONHARD, F.: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Das Schuldrecht des BGB I. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft X. 2. I. München und Leipzig 1929.
— Besonderes Schuldrecht des BGB. Das Schuldrecht des BGB II. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft X. 2. II. München und Leipzig 1931.
LIEPMANN, M.: Zur Lehre von der »Adäquaten Verursachung». Archiv für Strafrecht und Strafprozess 52 (1905).
— Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
LINCKELMANN, K.: Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BGB für das deutsche Reich. Berlin 1898.
v. LISZT: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Kritische und dogmatische Randbemerkungen. Berlin 1898.
— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin 1911.
v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I. Berlin u. Leipzig 1932.
LITTEN, F.: Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Kausalität im Rechtssinne. Berlin 1905.
LUNDSTEDT, A. V.: Kritik av nordiska skadeståndsläror. Tidskrift for Retsvidenskap vk. 1923.
— Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten IV. Grundlinjer i skadeståndsrätten. Del I: Culparegeln. Uppsala 1935.
LÖFFLER: Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einen Revision der Lehre. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 21 (1901).

** — Sipilä, Väitöskirja.

MAUCZKA, J.: Der Rechtsgrund des Schadensersatzes ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse. Leipzig und Wien 1904.

MANDL: Zivilistischer Aufbau des Schadensersatzrechtes. Ein rechtstheoretischer Versuch. Breslau 1932.

MANIGK, A.: Ueber Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts 49 (1905).

MATTHIAS, B.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Berlin 1900.

— Lehrbuck des Bürgerlichen Rehts mit Berückshtigung des gesamtgn Reichsrechtes. Berlin 1910.

MAYER, M. E.: Rechtsphilosophie. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft I. Berlin 1933.

— Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch. Heidelberg 1915.

MAZEAUD, H. et L.: Traité theorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle. I—II. Paris 1931.

MERKEL, A.: Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundeintheilung des Unrechts und seiner Rechtsfolgen. Leipzig 1867.

— Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. 6 (1879).

— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

— Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Auf der Grundlage des »Lehrbuch des Strafrechts» in Verbindung mit den übrigen Schriften des Verfassers herausgegeben und mit einer Einteilung versehen von M. Liepmann. Stuttgart 1912.

MERKEL, R.: Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handungen. Strassburg 1895.

MEZGER, E.: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. pain. München und Leipzig 1933.

— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Festschrift für L. Traeger. Berlin 1926.

— Sein und Sollen im Recht. Tübingen 1920.

— Die subjektiven Unrechtselemente. Der Gerichtssaal 89 (1924).

MEYER-ALLFELD: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1922.

MEYER, H.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1895.

MIHURKO, M.: Verursachung, Begünstigung, Rechtswidrigkeit als Voraussetzungen der Schadenshaftung. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (GrünhutsZ) 42 (1916).

MILL, J. S.: A System of Logic ratiocinative and inductive. Being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation I. Seventh Edition. Lindon 1868.

— System der deductiven und inductiven Logik. Eine Darlegung der Principien wissenschaftlicher Forschung, insbesondere der Naturforschung I. In's deutsche übertragen von J. Schiel. Vierte deutsche, nach der achten des Originals erweiterte Auflage. Braunschweig 1877.

MONTGOMERY, R.: Handbok i Finlands allmänna Privaträtt. I. Helsingfors 1889.

MÜLLER, M. L.: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht. Tübingen 1912. (Lyh. Müller.)

MÜLLER, W.: Der Begriff der unerlaubten Handlung nach dem BGB für das deutsche Reich. Halle 1900.

MÜLLER-ERZBACH, R.: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, Archiv für die civilistische Praxis 106 (1910), 109 (1912).

MORING, K. A.: Arbetsgivares och fartygsredares ansvarighet för kroppskada, som drabbar arbetare och sjömän. Helsingfors 1914.

NAGLER, J.: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Festschrift für Binding II. Leipzig 1911.

— Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Festgabe für R. v. Frank. I. Tübingen 1930.

NEUNER, R.: Interesse und Vermögensschaden. Archiv für die civilistische Praxis, N.F. 13 (1931).

NOPONEN, V. K.: Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustoimiin naapurin maalla. Helsinki 1931.

OERTMANN, P.: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1901.

— Recht der Schuldverhältnisse I—II. Berlin 1928—1929. (Komm. II, 1, 2.)

— Schadenersatz. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft V. Berlin und Leipzig 1928.

— Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. Leipzig 1931.

v. OLSHAUSENS Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. II Aufl. neu bearbeitet von Karl Lorentz, Hans Freiesleben, Emil Niethammer, Carl Kirchner, Georg Gutjahr I. Berlin 1927.

OSER, H.: Das Obligationenrecht. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Zürich 1915.

PLANCKS Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz II_2. Berlin und Leipzig 1928.

PLATOU, O.: Forelaesninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del. Kristiania 1914.

PETERSEN, J.: Kausalität, Determinismus und Fatalismus. München 1909.

v. PETRAŽYCKI, L.: Die Lehre vom Einkommen, I—II. Berlin 1893—1895.

PIK, R.: Über die Notwendigkeit einer speziell kriminalistischen Kausalbegriffes. Eine methodologische Vorfrage zum strafrechtlichen Kausalproblem. Breslau 1912.

PUSTOROSLEW, P.: Kausalität und Konditionalität im Strafrecht. Der Gerichtssaal 68 (1906).

RADBRUCH, G.: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik. Berlin 1904.

— Die Lehre von der adäquaten Verursachung. Berlin 1902.

— Rechtsphilosophie. Leipzig 1932.

RANDA, A.: Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte. Wien 1913.

REGELSBERGER, F.: Pandekten I. Leipzig 1893.

REGELSBERGER: Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 41 (1900).

REINACH, A.: Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht. Strafrecht 1905.

RÜMELIN, G.: Culpahaftung und Causalhaftung. Archiv für die civilistische Praxis 88 (1898).

RÜMELIN, M.: Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen BGB:s zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg i. B. und Leipzig 1896.

— Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht. Archiv für die civilistische Praxis 90. (Lyh. Rümelin.)

RÜMELIN, M.: Die Billigkeit im Recht. Tübingen 1921.

v. ROHLAND, W.: Die strafbare Unterlassung. Erste Abteilung. Dorpat und Leipzig 1887.

— Die Kausallehre des Strafrechts. Leipzig 1903.

v. ROHLAND, W: Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen. Vergl. Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allg. Teil I. Berlin 1908.

ROSENFELD: Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung. Festgabe für Reinhard v. Frank II. Tübingen 1930.

RUMPF, M: Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Zweite Folge 13 (49), (1905).

— Die Teilnahme an unerlaubte Handlungen nach dem BGB. Oldenburg 1904.

SAINIO, V.: Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin Suomen yksityisoikeuden mukaan. Tampere 1929.

SAUER, W.: Gesetz und Rechtsgefühl. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 33 (1912).

— Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie. Berlin und Leipzig 1921.

— Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestandes. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 36 (1915).

— Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 51 (1931).

— Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Festgabe für R. v. Frank. I. Tübingen 1930.

SCHMIDT, EB.: Das Reichsgericht und der »übergesetzliche Notstand». Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 49 (1928).

SCHUMACHER, O.: Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.

SERLACHIUS, A.: Lainopin alkeet. Porvoo 1910.

— Suomen rikosoikeuden oppikirja. I. Yleiset opit. Helsinki 1919.

— Straff och skadestånd. 1901.

SERLACHIUS, J.: Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt. Helsingfors 1902.

— Suomen yleisen obligatsionioikeuden oppikirja. Suomentanut Rafael Erich. Uudemman lainsäädännön aiheuttamilla lisäyksillä täydentänyt Lauri Cederberg. Helsinki 1927.

SCHWARTZ: Die Kausalität bei den sogenanten Begehungsdelikten durch Unterlassung. Breslau.

SIBER, H.: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Zw. F. 14 (50), (1905).

— Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil. Planck's Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz $II_{,1}$. Berlin 1914.

SIEHR: Zur Lehre vom Kausalzusammenhange. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. (Gruch Beitr.) 41 (1897).

SIEVERTS, R.: Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht. Hamburg 1934.

SJÖGREN, W.: Om rättsstridighetens former med särskild hänsyn till skadeståndsproblemet. Uppsala 1894.

— Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 35 (1896).

SOMLO, F.: Juristische Grundlehre. Leipzig 1917.

SOHM, R.: Institutiot. Roomalaisen yksityisoikeuden historia ja järjestelmä. Porvoo 1924.

STAMMLER, R.: Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin 1902.
— Theorie der Rechtswissenschaft. Halle 1911.
STANG, FR.: Skade voldt av flere. Kristiania 1918.
— Erstatningsansvar. Kristiania 1919.
STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche I—II. München und Berlin 1912.
STRZODA, E.: Zur Lehre vom Kausalzusammenhang. Hirschberg 1912.
STURM, A.: Die Commissivdelicte durch Unterlassung und die Omissivdelicte. 1884.
— Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Berlin 1895.
SUNDSTRÖM, B. A.: Asianosaiskäsitteestä Suomen siviliprosessioikeudessa. I. Edellyttääkö Suomen siviliprosessioikeus, että asianosaisena oikeudenkäynnissä voi olla vain se, joka vaatii oikeusturvaa omalle yksityisoikeudelliselle intressilleen? Hämeenlinna 1923.
— Varsinaisesta osallisuudesta RL:n ja SRL:n rangaistaviksi julistamiin varsinaisiin erikoisrikoksiin erittäin silmälläpitäen extraneusta. Porvoo 1926.
TARNOWSKI, H.: Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs. Berlin und Leipzig 1927.
TESAR, O.: Die Überwindung des Naturrechts in der Dogmatik des Strafrechts. Ein Beitrag zur Problematik der Strafrechtswissenschaft. Halle 1928.
THIERFELDER, R.: Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage. Tübingen 1934.
THON, A.: Rechtsnorm und Subjektives Recht. Weimar 1878.
— Der Normenadressat. Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre. Iherings Jahrbücher, Zweite Folge 14 (50, 1905).
TITZE, H.: Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft VIII. Berlin 1932.
— Die Notstandsrechte im Deutschen BGB und ihre geschichtliche Entwickelung. Leipzig 1897.
TORP, C.: Nogle Bemaerkningar om Retstridighedsspørgsmaalet. Tidskrift for Retsvidenskap vk. 1928.
TORP, C.: Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 23, (1903).
TRAEGER, L.: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB. 2. pain. Marburg 1929. (Lyh. Traeger.) 1. pain. 1904.
— Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht. Festgabe für Enneccerus 1913.
v. TUHR, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. I—II. Tübingen 1924—1925.
— Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. München und Leipzig 1918.
TULENHEIMO, A.: Luotto rikosoikeudellisena suojelusobjektina. Helsinki 1911.
UNGER, J.: Handeln auf eigene Gefahr. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 30, 1891.
— Handeln auf fremde Gefahr. Iherings Jahrbücher 33 (1894).
USSING, H.: Skyld og Skade. København 1914.
WACHINGER, M.: Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgericht. Festgabe für R. v. Frank I. Tübingen 1930.
WALSMAN, H.: Compensatio lucri cum damno. Rostock 1900.

WARNEYER, O.: Kommentar zum BGB für das Deutsche Reich I. Tübingen 1923.
— Das BGB für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz mit den seit dem 9. August 1933 anzuwendenden Ergänzungen. Leipzig 1933.
v. WATTENWYL, R.: Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht. Zeitschrift für Schweizerisches Recht 48 (1929).
WEGNER, A.: Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburg 1925.
v. WEINRICH, A.: Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen nach den im Deutschen Reiche geltenden Rechten. Berlin 1902.
WENZEL, M.: Juristische Grundprobleme. Der Begriff des Gesetzes. Berlin 1920.
VERHANDLUNGEN des 34. Deutschen Juristentags zu Köln 1926. Berlin und Leipzig 1927.
WERNER, A.: Recht der Schuldverhältnisse. Staudingers Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz. II B, 1 Teil. 1930.
— Recht der Schuldverhältnisse. Staudingers Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz II B, 3 Teil 1929.
WEYL, R.: System der Verschuldensbegriffe im BGB für das Deutsche Reich. München 1905.
WIECHOWSKI K.: Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. Breslau 1904,
WINDSCHEID, B.: Lehrbuch des Pandektenrechts I, II. Frankfurt a. M. 1891, 1887.
WINROTH, A.: Strödda uppsatser IV. Om skadestånd. Uppsala 1907.
WOLF, ELIAS: Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze. Zeitschrift für Schweizerisches Recht 51 (1932).
WOLF, ERIK: Strafrechtliche Schuldlehre I. Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.
WOLTER, L.: Die Kriese der Rechtswidrigkeitslehre. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 48 (1928).
WREDE, R. A.: Anteckningar enligt Professor R. A. Wredes föreläsningar öfver Obligationsrättens Allmänna Del. Andra upplagan. Helsingfors 1909.
ZIMMERL, L.: Zur Lehre vom Tatbestand. Uebersehene und vernachlässigte Probleme. Breslau 1928.
ZITELMANN, E.: Lücken im Recht. Leipzig 1903.
— Ausschluss der Widerrechtlichkeit. Archiv für die civilistische Praxis 99. Sonder-Abdruck. Tübingen 1906.
— Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I. Leipzig 1900.
— Der Wert eines allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (GrünhZ) 33 (1906).

LYHENNYKSIÄ.

AL	=	Avioliittolaki 13. 6. 1929.
AlYhteentörmVahL	=	Laki alusten yhteentörmäyksestä johtuvasta vahingosta ja pelastuspalkkiosta 17. 2. 1923.
ArchBürgR	=	Archiv für bürgerliches Recht.
ArchZivPr	=	Archiv für die civilistische Praxis.
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch (Saksan).
DefLegis	=	Defensor Legis.
GruchBeitr	=	Beiträge zur Erleuterung des bürgerlichen Rechts.
GrünhZ	=	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
GoltdArch	=	Archiv für Strafrecht und Strafprozess.
GS	=	Der Gerichtssaal.
HWR.....	=	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
IheringsJahrb	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
IlmL	=	Ilmailulaki 25. 5. 1923.
JFT	=	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.
KrVJSchr	=	Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Lm.	=	Lakimies.
MoottVahVastL ..	=	Laki moottoriajoneuvoliikenteestä johtuvan vahingon vastuusta 28. 4. 1925.
NaapL	=	Laki eräistä naapuruussuhteista 13. 2. 1920.
NRT	=	Norsk Retstidende.
RautVahVastL ..	=	Laki rautatienkäytöstä johtuvan vahingon vastuusta 19. 2. 1898.
RG	=	Reichsgericht (Saksan).
RGRäte-Komm ..	=	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts.
RGStE	=	Saksan Reichsgerichtin ratkaisuja rikosasioissa.
StGB	=	Strafgesetzbuch (Saksan).
SvJT	=	Svensk Juristtidning.
SähkölL	=	Laki sähkölaitoksista 11. 5. 1928.
TapatVakL	=	Työntekijäin tapaturmavakuutuslaki 12. 4. 1935.
TfR	=	Tidskrift for Retsvidenskap.
VOL	=	Vesioikeuslaki 23 7. 1902.
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZSchwR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

Käytetyt lyhennysviittaukset kirjailijain teoksiin lienevät ymmärrettävissä lisäselityksittä. Viittauksena on usein vain tekijän nimi. Jos kirjallisuusluettelossa saman nimen kohdalla on enemmän kuin yksi teos, on luetteloon samalla merkitty, mitä niistä tietty lyhennys tarkoittaa.

Aikakauskirjojen vuosikertain numerot tarkoittavat, ellei muuta ole merkitty, järjestyslukua julkaisun alkamisvuodesta laskien siitä riippumatta, onko julkaisu jatkunut uutena sarjana (»Zweite Folge» [Zw.F.], »Neue Folge» [N.F.] tms.).

JOHDANTO.

I. TUTKIELMAN TEHTÄVÄ JA RAJOITUS.

Vahingonkorvaussäännöstö kokonaisuudessaan on — vertaus sallittakoon — aavojen ulappain kaltainen, jotka erottaa kulkuväyläksi kelpaamaton salmi. Purjehtija, joka pitkän matkansa jälkeen lähestyy tuota salmea iloiten kaikesta siitä, mitä hän on saanut oppia tuntemaan taakse jääneellä taipalella, helposti viehättyy eteen avautuvan näköalan ihailuun: hänestä näyttää kuin matka voisi jatkua samaa suuntaa uusille ulapoille — ja niin hän kenties suunnittelee sen ennakolta valmiiksi tietämättä, että purren pohja puuttuu salmen matalikkoon.

Tällainen ulapoiden valtavuuteen ihastunut purjehtija, joka uskoo tavoitteensa saavuttamiseen pohjaa luotaamatta, on se oikeustieteen tutkija, joka uusimman ajan kiihkeän kehityksen aallokossa, erityisesti taloudellisella alalla, luulee löytäneensä yhteisen johtoviitan kaikkien niiden kysymysten ratkaisulle, jotka viriävät elämänkäynnin aiheuttamien moninaisten vahinkojen korvauskysymyksinä. Kaikella tällä vahingonkorvausvelvollisuudella — nämä tutkijat [1]

[1] Näistä tutkijoista ks. Ussing, Skyld og Skade, s. 238 ss. ja Bienenfeld, Haftungen ohne Verschulden, s. 93 ss. Heistä mainittakoon Müller-Erzbachin (Gefährdungshaftung u. Gefahrtragung, ArchZivPr. 106, s. 309 ss., ArchZivPr. 109, s. 1 ss.) ohella erityisesti Sjögren. Edelläoleva maininta oikeustieteen tutkijasta, joka uskoo tavoitteensa saavuttamiseen pohjaa luotaamatta, ei suinkaan ole tarkoitettu — kaikki vertauksethan ontuvat — syytökseksi Sjögrenin pintapuolisuudesta. Päin vastoin tämä tutkija on erityisesti mainittava ajattelun syvällisyyden vuoksi. Sjögren näkee vastuuperusteen ykseyden tahdon kausaalisuudessa, joka ilmenee kahdessa muodossa: causa efficiens ja causa finalis. Tämä kahtiajako, jossa edellinen kausa liittyy syyllisyyteen ja jälkimmäinen toiminnan tarkoitukseen, johtaa, kuten Ussing, s. 261 s., huomauttaa, kuitenkin kahteen erilliseen vastuuperusteeseen ja niiden yhteinen käsite, tahdon kausaalisuus, jää epämääräiseksi. Voitaneen myös lisätä, että mikäli kausaalisuudella, kuten Sjögren esittää, on prinsiippinsä tahdossa, se voinee olla vain causa finalis eikä, kuten Sjögren konstruoi, myös causa efficiens. — Vrt. A. Serlachius, Straff och skadestånd, s. 82 ss., eritt. s. 102, 105, joka myöskin kallistuu kannattamaan vastuun oikeusperusteen samuutta.

sanovat — on oleva yhteinen peruste, joka osoittaa vastuusubjektin siitä riippumatta, onko hänen toimintansa ollut oikeudenmukaista vai oikeudenvastaista. Tällainen vastuuperusteen yhteisyyden konstruointi ei mielestämme kuitenkaan ole tarkoituksenmukainen. Vahingonvastuu, joka tieteisopissa on vanhastaan jaettu vastuuseen kulpasta ja ilman kulpaa, ei ole rakennettavissa sellaisen kriteerin varaan, joka syrjäyttää kulpaperusteen, siis tyytymättä olemaan vain sen täydennyksenä. Vastuu oikeudenvastaisesta teosta ja korvausvelvollisuus oikeudenmukaiseen käyttäytymiseen liittyvänä — jaoitus on täten ilmaistuna asiallisempi — edustavat kahta eri maailmaa, kahta ulappaa, joiden välinen salmi ei tule koskaan kulkukelpoiseksi.[2]

Tähän päätelmään on suhteellisen helppoa päästä: oikeudenmukaisuus ei voi olla käyttäytymisen vastuullistavana (haftungbegründend) tunnusmerkkinä samalla tavoin kuin oikeudenvastaisuus. Jos näin ollen konstruoidaan kriteeri, joka oikeudenvastaisuusperusteen ohella käsittää tietynlaisen oikeudenmukaisenkin käyttäytymisen, se samalla merkitsee, että oikeudenmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden ero on sille irrelevantti. Kriteeri, joka ilmaisee vain oikeusalamaisen käyttäytymisen suhteetta oikeusnormiin,[3] sisältämättä siis mitään oikeusnormin noudattamista tai noudattamatta jättämistä koskevaa predikaattia — kuten »toiminta omin vastuin», »intressintoteutus», vaarantaminen jne. —, on kuitenkin asian luonteesta johtuen siksi ylimalkainen, ettei se voi kelvata vahingonkorvauksen oikeusperusteeksi. Täten kaiken vahingonvastuun yhteisestä perusteesta riippuvaksi rakentaminen on nähdäksemme toivoton tehtävä.[4]

Tässä tutkielmassa pysytellään salmen toisella puolella; tutkimuksen kohteena on yksinomaan vahingonvastuu ex delicto. Tämä

---

[2] Tieteisopista ei puutu sellainenkaan mielipide, jonka mukaan »ethvert behof for et retsstridsbegrepp i erstatningsretten bare var av en rent illusorisk natur»; HOEL, Den moderne Retsmetode, s. 159. — Kun ne teoriat, jotka Hoel tuomitsee, nähdäksemme kuitenkin perustuvat tutkimukseen, jonka tuloksia mainitun kirjailijan aineenkäsittely ei kumoa, ei tässä tutkielmassa ole kiinnitetty lähempää huomiota Hoelin mielipiteeseen. — Samaan ryhmään on luettava LUNDSTEDT, Grundlinjer, s. 41, joka, kuten tunnettua, hylkää vallitsevan opin peruskäsitteet ja katsoo mm., että »Rättsstridighet» är endast ett ord utan något som helst tankeinnehåll.

[3] Oikeusnormista lähemmin s. 30 ss.

[4] Lisäksi tulee, että säädännäinen oikeutemme ei tunne oikeudenmukaisen käyttäytymisen vastuullistavuuden yhtenäistä tunnusmerkkiä. Vrt. SJÖGREN, Om rättsstridighetens former, s. 190.

vastuu on tieteisopissa vanhastaan asetettu sen korvausvelvollisuuden vastakohdaksi, joka syntyy ex contractu, tarkoittamaan nimenomaan sopimuksenulkoista vastuuta.[5] Sanottu jako on kuitenkin perimmältään puhtaasti muodollinen eikä vastaa vahingonkorvaamisen materiaalista perustetta, koska deliktivastuun raja ei periaatteellisesti kulje siinä, missä vahingon voidaan todeta syntyneen tehdyn sopimuksen täyttämiskysymykseen liittyvänä. Niinpä teolta tai laiminlyönniltä, joka sisältää sopimuksen rikkomisen, ei ole syytä kiistää oikeudenvastaisuusluonnetta enempää kuin siltäkään käyttäytymiseltä, joka käsittää vahingontuottamuksen sopimussuhteen ulkopuolella. Vaikka näin ollen katsomme deliktivastuun ulottuvan laajemmalle kuin mitä ex delicto rajoituksella yleensä, ainakin saksalaisessa tieteisopissa,[6] tarkoitetaan — siinä täysin yhdymme HAKULISEN kotimaisessa kirjallisuudessa esittämään käsitykseen[7] —, on tässä tutkielmassa kuitenkin tarkoitus käsitellä

[5] Suomenkielisessä lainopillisessa sanastossa ei ole tyydyttävästi konstruoitua termiä ilmaisemaan sopimuksensisäisen vastuun vastakohtaa. Tätä puutetta on pidettävä tuntuvana sanotunlaisen termin ilmeisen käytännöntarpeen vuoksi. Usein viljelty sana »ulkokontrahdillinen» (aussergeschäftlich, ausserkontraktlich) viittaa kielemme luonteen mukaisesti, päin vastoin kuin pitäisi, juuri »kontrahdillisuuteen», jota tarkoitetussa tapauksessa ei ole. (Vrt. oikein muodostettua termiä »ulkosuhteinen oikeus», joka ei tietenkään tarkoita suhteiden ulkopuolella olevaa oikeutta.) Sanat »sisäinen» ja »ulkoinen», jotka ovat yleisessä käytännössä ja joista ensinmainittu jo on sopeutunut yhdyssanoihinkin, ovat nähdäksemme molemmat saatettavissa yhdyssanakäytäntöön.

[6] Ks. esim. ENNECCERUS, Lehrbuch I, 1 s. 548 ss. Että oikeudenvastaisuus on »yleissitovan» eikä erityisestä oikeussuhteesta johtuvan velvollisuuden noudattamatta jättäminen, on laajalti levinnyt käsitys. Näin mm. Sveitsin tieteisopissa. Ks. WATTENWYL, ZSchwR 48, s. 426. Vrt. MAZEAUD, Traité de la responsabilité, s. 89: »La thèse classique qui veut ne voir dans la responsabilité contractuelle qu'un aspect de la question de l'effet des obligations est tout aussi erronnée.»

[7] HAKULINEN, Perusteettoman edun palautus, s. 345. Sopimuksen rikkomisen oikeudenvastaisuutta koskevan mainintamme johdosta huomautettakoon, ettei yhtymisemme Hakulisen käsitykseen sanotun rikkomisen deliktiluonteesta tarkoita Hakulisen objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta omaksuman kannan hyväksymistä, koska mainittu tutkija katsoo oikeudenvastaisuuden sopivan predikaatiksi muullekin kuin inhimilliselle käyttäytymiselle (mt. s. 105 ss.) ja muutenkin antaa tälle käsitteelle liian laajan sisällön (mt. s. 268). Viimeksimainitusta johtuu, että Hakulisen mukaan on olemassa oikeudenvastaisia tekoja, joista johtuva vahinko ei kuulu vahingonkorvauksen piiriin. Esimerkkinä H. mainitsee tapauksen, jota KuollJulL:n 16 §:n 2 mom. säännöstelee. Henkilö, joka hyvässä uskossa on ottanut haltuunsa kuolleeksi julistetun omaisuutta ja sitä käytellyt, ei nähdäksemme kuitenkaan ole tehnyt mitään objektiivisestikaan oikeudenvastaista tekoa, vaikka sittemmin osoittautuisikin, että kuolleeksi julistettu on elossa. — Tekstissä esitetystä käsityksestä poikkeavasti J. SERLACHIUS on sitä mieltä, että vahingon-

sanottua vastuukysymystä ainoastaan mainitun muodollisen rajoituksen piirissä, koska kirjoittajan käsityksen mukaan kysymyksen selvittelyn ulottaminen myöskin sopimussuhteiden alalle edellyttäisi tutkielman tarkoituksen kannalta liian laajan aineiston käsittelyä. Sopimussuhteessa syntyvän vahingon korvausperusteen on näin ollen katsottava tutkielmassamme jäävän periaatteellisesti koskemattomaksi. Myöskin vastuukysymys, joka liittyy käyttäytymiseen in contrahendo, on ollut tutkielmassa jätettävä käsittelyttä, koska se olisi vaatinut niiden erityisten olosuhteiden erittelyä, jotka ovat sanotussa tapauksessa olemassa ja jotka niiden läheisen sopimussuhteisiin liittymisen vuoksi niinikään olisivat edellyttäneet myöskin viimeksimainittujen suhteiden selvittelyä. Rajankäynti ex delicto ja ex contractu tapausten välillä taasen tapahtuu tämän tutkielman tarpeita silmällä pitäen sillä yksinkertaisella tavalla, että luemme ex delicto ryhmään ne vahingonkorvaussuhteet, jotka syntyvät oikeusalamaisten välillä ilman sellaista aikaisempaa sopimusta, jonka tarkoituksen toteutumatta jääminen voisi johtaa samansisältöiseen vastuuseen kuin minkä ensinmainittu korvaussuhde käsittää. — Edelleen tällä tutkielmalla on mainituista aineiston laajuutta koskevista syistä rajansa siinä, ettei se koskettele sellaisesta subjektillisen oikeuden [8] käytöstä johtuvaa vastuuta, joka — juuri mainitun ex delicto rajoituksen mukaisesti — on oikeusjärjestyksen negatiivisesti arvottama [9] (werten, bewerten). Täten sikaanioppi jää tutkiel-

korvausvelvollisuus kontrahtisuhteessa on vain tehdyn sopimuksen laajentuma; Oppikirja, s. 68, 110 s.

[8] Subjektillisen (eli subjektiivisen) oikeuden muodollisen määritelmän on asettanut KAILA, Oikeuslogiikka, s. 274 ss., 282 s. Sen aineellisesta määritelmästä on eri mieliä: Kysymykseen subjektillisesta oikeudesta ei tutkielmassamme ole aihetta puuttua, semminkään kun sitä on käsitelty useissa kotimaisissa väitöskirjoissakin. Periaatteellisena kannanottona vain mainittakoon, että tämän kirjoittaja yhtyy siihen mielipiteeseen, jonka mukaan objektiivinen oikeusjärjestys on subjektilliseen oikeuteen katsoen loogillisesti prius ja jonka pääedustajista mainittakoon WINDSCHEID (Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 37.). Toinen käsitys — sen edustajana mainittakoon DERNBURG (Pandekten, § 33) — edellyttää subjektillisen oikeuden itsenäisyyttä ja prioriteettia objektiiviseen oikeuteen katsoen. — Subjektillisen oikeuden nimitys — sitä on ehdottanut KAILA, Lm. 1934, s. 288 — on tarkoituksenmukainen siksi, että se viittaa oikeuteen, jolla on subjekti; ja samalla itsessään sisältää erottavan tunnusmerkin rajankäyntinä oikeuden ns. refleksivaikutuksia vastaan.

[9] Olemisen (Sein) selvittäminen sellaisenaan on deskriptiivistä eli eksplikatiivista asiankäsittelyä. Olemista voidaan kuitenkin tarkastella myöskin arvottavasti, jolloin tarkasteluobjektista lausutaan »hyvä» tai »paha» arvo tietyn arvonmitan kannalta (arvotodelma eli arvo-arvostelma). Arvonmittana on tällöin olemisen priukseksi asetettu pitäminen (Sollen) eli normi.

mamme ulkopuolelle ja huomio kohdistetaan sen sijaan etupäässä sellaisiin tunnusmerkistöihin, joissa tarkoituksen sallittuisuus on tunnustettu, mutta sen toteuttamisen välikappale negatiivisen arvottamisen alainen. Nämä luvallisen tarkoituksen toteuttamisessa esiintyvät »sivuilmiöt» ovatkin olennaisimpana osana tässä tutkielmassa käsiteltyä vahingonvastuuta.

Mainittu vastuu ei tule käsittelynalaiseksi erilaisissa ilmenemismuodoissaan. Vastuutapausten kasuistiikka — ja sen mukana erikoiskysymys useain yhteisesti tuottaman vahingon vastuusta — jää näin ollen syrjään tutkimustehtävästämme, jonka kohteena on vastuuperusteen yleinen rakenne. Sen selvittäminen edellyttää kajoamista kahteen laajakantoiseen ja vaikeaan kysymykseen: kysymyksiin oikeudellisesti (käsiteltävänäolevalla alalla) relevantista kausaalisuudesta[10] ja oikeudenvastaisuudesta. Viimeksimainittu seikka taasen vaatii uutta rajoitusta. Kausaalisuus- ja oikeudenvastaisuuskysymysten tavattoman laajuuden vuoksi niitä ei ole tässä tutkielmassa mahdollista käsitellä muulla tavoin kuin esittämällä asiasta vain ne pääkohdat, joiden selvittäminen on tarpeen pohjan luomiseksi mainitulle vastuun rakenteelle. Tästä huolimatta sanotut kysymykset anastavat tutkielmassamme melkein kaiken huomion, mikä kuitenkin on puolustettavissa sillä, että ne ovat käsilläolevan rakennelman ainoat peruskivet.

Seuraavat kolme kysymystä ovat erityisesti kiinnostaneet tämän kirjoittajaa.

1. Uusimman ajan taloudellinen kehitys, jolle koneistuminen on luonteenomaista, on virittänyt vahingonkorvausoikeuden alalla joukon uusia kysymyksiä, joiden ratkaisuun vanhastaan tunnustettu vahingonvastuuperuste, kulpa, on osoittautunut riittämättömäksi. Tästä johtuen onkin kulpattoman vahingonkorvausvelvollisuuden probleema herättänyt erikoisesti mielenkiintoa. Sen tutkimus on saanut ennen muuta oikeuspoliittisen sisällyksen. Tämä itsessään täysin oikeutettu tutkimuksen suunta on kuitenkin samalla merkinnyt sitä, että perustavaa laatua oleva oikeusteoreettinen selvitys vahingonkorvauksen luonteesta toisaalta oikeudenvastaisen käyttäytymisen tapauksessa, toisaalta silloin, kun vahingonkorvausta on suori-

[10] A. SERLACHIUS, Straff och skadestånd, s. 98, tosin sanoo, että »kausalitetsproblemet faller utom frågan om skadeståndets rättsgrund», mutta tällöin ei voitane tarkoittaa muuta kuin että oikeusperusteen olemassaolon edellytykset eivät kuulu tämän perusteen käsitepiiriin. Käsityksemme mukaan mainittujen edellytysten tutkiminen on itse perusteen luonteen selvittämiseksi ehdottoman välttämätöntä.

tettava oikeudenmukaiseen toimintaan liittyvästä vahingosta, on jäänyt syrjään. Se on esitetty osittain väärin, osittain se on jäänyt huomiotta. Tässä tutkielmassa, joka edellyttää rajankäyntiä sanottujen vahingonkorvaustapausten välillä, on pyritty periaatteellisesti ratkaisemaan mainittu oikeusteoreettinen peruskysymys.

2. Kotimaisessa tieteisopissa vallitsevan käsityksen mukaan tuottamus vahingonvastuun yleisenä perusteena on ns. siviilioikeudellista kulpaa. Tuottamus-käsitteelle ei mielestämme kuitenkaan näytä olevan aihetta antaa sanottua sisällystä. Tutkielman tarkoituksena on asettua puoltamaan sitä, niinikään tieteisopissamme edustettuna olevaa käsitystä, jonka mukaan tuottamus on oikeudenvastaista aiheuttamista, esittämällä tämän kannan tueksi oikeudenvastaisuus- ja kausaalisuuskysymysten erillääänpitovaatimusta vastaava konstruktio.

3. Se laajaa kannatusta saanut oikeusalan kausaalisuusteoria, joka käy adekvaattisuusopin nimellä, hyväksytään tässä tutkielmassa vahingonvastuuta ex delicto koskevien kysymysten alalla relevanttia syy-yhteyttä osoittavaksi. Vallitsevan opin mukainen konstruktio, joka edellyttää adekvaattisuuden määrittelemistä siten, että sellainen seurauksen syntymismahdollisuus, jota »jokapäiväisessä elämässä» ei sen vähäisyyden vuoksi oteta lukuun, joutuu relevantin kausaalisuuden ulkopuolelle, ei kuitenkaan ole tyydyttävä, koska se liiaksi rajoittaa sanottua kausaalisuutta. Mainitunasteinen ja teorian mukaan siis irrelevanttina pidettävä seurauksen syntymismahdollisuus, joka tahallisuudetta tapahtuneen vahingonaiheuttamisen yhteydessä voidaankin jättää huomiotta, on näet eräissä tapauksissa otettava relevanttina lukuun silloin, kun tekijä on tarkoittanut vahingon aikaansaantia. Adekvaattisuus siis on, mikäli sitä käytetään, kuten on asiallista, kausaalisuuskriteerinä, teoreettisesti välttämättä määriteltävä siten, että se on olemassa kummassakin sanotussa tapauksessa tämän määrittelyn silti ratkaisematta vastuukysymystä in concreto. Viimeksimainittu taasen edellyttää uutta konstruktiota käyttäytymisen vastuullistavuuden selvittämiseksi syyllisyys- ja kausaalisuuskysymyksiä toisiinsa sekoittamatta.

Muudan seikka on epäilyttänyt tämän kirjoittajaa: kausaalisuuskysymyksen käsitteleminen pian sen jälkeen kun tältä alalta on kotimaassa julkaistu erikoistutkimus. Honkasalon kausaalisuuskysymystä rikosoikeudessa käsittelevä teos (1933) täyttää kotimaisessa tieteisopissa tärkeän tehtävän, uuden, laajan aihepiirin liittä-

misen suomalaisen tieteellisen työn saavutuksiin tutkimuksessa, joka tulee kautta vuosien olemaan peruskirjana siinä käsitellyn vaikean kysymyksen ymmärtämiselle. Tähän katsoen saattaa tuntua tarpeettomalta, että kausaalisuuskysymykselle tässä tutkielmassa omistetaan sitä huomiota, jonka se on siinä saanut. Nämä epäilykset tämän kirjoittaja on kuitenkin voittanut lähinnä sen eron vuoksi, joka on olemassa Honkasalon konstruktion ja tässä tutkielmassa puolletun kannan välillä. Lähtökohta on tosin sikäli yhteinen, että kumpikin käsitys luopuu tyypillisyyskriteeristä relevantin kausaalisuuden ilmaisijana — Honkasalon osalta tämä luopuminen ei kuitenkaan tapahdu varmasti[11] —, mutta tiet eroavat tässä: Honkasalon teorian mukaan adekvaattinen aiheuttaminen on identtinen tunnusmerkistön kausaalisuustekijän kanssa. Tässä tutkielmassa esitetyltä kannalta taasen vastuutunnusmerkistön kausaalisuuteen kytkeytyvä elementti ei ole samaa kuin se, että teon ja seurauksen välillä vallitsee adekvaattinen syy-yhteys, minkä asiantilan selvittämiselle tässä tutkielmassa tullaan omistamaan erityistä huomiota. Konstruktio, joka lähtee viimeksimainitun käsityksen pohjalta, mielestämme oikeuttaa myöskin kausaalisuuskysymyksen uudelleen käsittelemiseen tieteisopissamme. — Toiseksi tämän kysymyksen uudestikäsittelyn perusteeksi voitaneen katsoa se teoreettinen ero, joka on Honkasalon mielipiteen ja tässä tutkielmassa puolletun kannan välillä laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen osalta.

II. VAHINGON KÄSITE.

Vahinko on sellainen oikeussubjektin ja hänen intressinsä toteutumisen välinen epäedullinen suhde, joka on aiheutunut vastoin hänen tahtoaan ja josta, mikäli muuttunutta olotilaa ei voida palauttaa täysin entiselleen,[12] voi tulla suoritettavaksi korvausta. Vahingon-

[11] HONKASALO, Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa, s. 152, 158, 161.

[12] Tämä asiantila on pidettävä erillään siitä korvauksesta in natura, joka käsittää luonnossa suoritetun vastikkeen. Jos esim. RakK 22: 1 mainitussa tapauksessa surmatun kotieläimen tilalle annetaan toinen, tällainenkin »naturaalirestitutio» siis on vahingonkorvausta eikä entisen olotilan palauttamista tekstissä tarkoitetussa mielessä. Vrt. KIVIMÄKI, Asianajajan vastuu, s. 233 s., joka katsoo WREDEN ja J. SERLACHIUKSEN tarkoittavan entisen olotilan palauttamisella sellaista luonnossa suoritettua korvausta, josta juuri mainittiin ja jota hän myös itse pitää sanottuna palauttamisena. Että Wrede kuitenkaan ei ole tarkoittanut luonnossa suoritetun korvauksen olevan entisen olotilan palauttamista, se käy nähdäksemme selvästi ilmi hänen obligatio-oikeuden luennoistaan

korvauksella tarkoitetaan tässä tapauksessa intressinrajoituksesta kärsimään joutuneelle suoritettavaa vastiketta. Vahingonkorvauksen käsite oikeusnormin noudattamiseen liittyvänä tullaan selvittämään IV kappaleessa.

Vahingon käsitteen lähtökohtana on subjektiivinen intressi, tuo vaikeasti määriteltävä yksilön suhde hänen tarpeittensa [13] tyydytyksen välikappaleisiin, joille siten syntyy arvo. Viimeksimainittu, useiden subjektien tuntemana, muodostuu objektiiviseksi hyödykkeeksi — käytämme tätä sanaa niin abstraktis- kuin konkreettisluonteistakin arvoa vastaavana —, joka on intressoidun yksilön ulkopuolella ja siten saa joltisenkin yleisen määriteltävyyden ja siihen liittyen oikeudellisen merkityksen. Tämä objektiivinen arvo — virhe ei liene suuri, jos sitä nimitetään myöskin objektiiviseksi intressiksi [14] — ei luonnollisestikaan voi käydä sen mittapuusta, kuinka suureksi yksityinen subjekti sanotun arvon kohdaltaan tuntee, mutta se on sen sijaan omansa olemaan ohjeena sen selvittämiseksi, missä määrin subjektiivinen intressi on oikeudellisesti suojelukelpoinen ja sen rajoitus korvattavissa.[15] Oikeushyödykkeeseen puuttuminen sinänsä ei ole nyt kysymyksessä olevalta kannalta relevantti. Korvattavaksi kelpoiselta vahingolta on vaadittava, että sen taloudellinen ekvivalentti on määriteltävissä tai että laki nimenomaan edellyttää (raha-) korvausta suoritettavaksi silloinkin, kun vahingolla ei ole tällaista ekvivalenttia.

1. Sanotusta käy selville, että *immateriaalista* vahinkoa ei periaatteellisesti voida erottaa vahingon käsitteen ulkopuolelle. Käsitteen piirissä sillä kuitenkin on erikoisasema, joka selvästi ilmenee positiivisesta oikeudestamme. Kun rikoslakimme säätää suoritettavaksi korvausta vahingosta, jonka rikos on aiheuttanut, se tarkoittaa, paitsi aineellista vahinkoa, samaa, jonka korvaaminen on tuottamuksen seuraamuksena yleensä, tosin myöskin immateriaalista

(1 pain. 1892, s. 40, toinen pain. 1909, s. 44 s.), joten hänen myöskin, toisin kuin Kivimäki edellyttää, on katsottava olevan oikeassa, kun hän sanoo, että naturaalirestitutio ei ole vanhingonkorvausta, vaan in integrum restitutio.

[13] EL. KAILA, Oikeuslogiikka, s. 82: »Tarve on puute ynnä tietoisuus siitä, ja siihen liittyy normaalitapauksessa pyrkimys poistaa puute ja halu poistamisen välikappaleisiin.» — Seuraavan esityksen osalta ks. Oikeuslogiikka, s. 61—68, 82—97 ja 110—114.

[14] Ks. kuit. TULENHEIMO, Luotto rikosoikeudellisena suojelusobjektina, s. 50 ss., eritt. s. 51, viite 2.

[15] »Der gemeine Wert ist ein rein objektiver, der Affektionswert ein rein subjektiver Begriff, das Interesse liegt in der Mitte zwischen beiden, es enthält eine Mischung genereller und individueller Wertbetrachtung»; H. A. FISCHER, Der Schaden s. 47.

vahinkoa, mutta viimeksimainitunlaisen vahingon korvaus rajoittuu lain sanonnan mukaan RL 9: 2_3 tarkoitetun kivun, säryn, vian, haitan ja kärsimisen korvaamiseen. Immateriaalisen vahingon korvaaminen ei näin muodoin ole sääntönä, kun sen sijaan aineellinen vahinko on aina korvattava.

Aineellisen vahingon olemassaolon asettaminen intressinrajoituksen korvattavuuden yleiseksi edellytykseksi merkitsee sellaista vahingon käsitepiirissä tapahtuvaa jakoa,[16] jonka mukaan mainittuja vahinkokategorioja ei voida pitää samanveroisina. Immateriaalisen vahingon korvattavuudessa vallitsee tyyppipakkoisuus: korvattavan vahingon tulee olla määrätynlaatuinen, kun sen sijaan aineellinen vahinko on korvattava sen laadusta riippumatta. Lisäksi tulee, että immateriaalinen vahinko on korvattava ainoastaan rikostapauksissa tai milloin se muutoin on erityisesti säädetty.[17] Jos, J. SERLACHIUKSEN tavoin, korostetaan taloudellisen ja immateriaalisen vahingon periaatteellista yhtäläisyyttä[18] ja vastaavasti pidetään kaiken vahingonkorvauksen olennaisena puolena myöskin aineettoman vahingon korvaamista, johdutaan päätelmään, jonka mukaan tällaisen vahingon korvaaminen koskee koko vahingonkorvausoikeutta eikä vain kriminalisoitua käyttäytymistä. Siihen katsoen, että 1734 vuoden lain rikoskaaressa säädetty korvaus kivusta ja särystä ei ollut ilmauksena vahingonvastuun ulottumisesta immateriaaliseen vahinkoon yleensä,[19] ei myöskään rikoslain vastaavaa säännöstä ole syytä tul-

---

[16] Immateriaalisen vahingon aineellisesta vahingosta erottamisen kannalla ovat mm. WREDE, Obligationsrätt, s. 48; EKSTRÖM, Privaträttens allmänna läror, s. 904; KIVIMÄKI, Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu, s. 232; SAINIO, Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin, s. 157; NOPONEN, Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustoimiin naapurin maalla, s. 250, viite 64.

[17] Ks. edell. viitteessä mainitut tutkijat. Toista mieltä näyttää olevan HAKULINEN, Responsabilité délictuelle, s. 20.

[18] J. SERLACHIUS, Obligatsionioikeuden oppikirja, s. 89 s. — A. SERLACHIUS, Straff och skadestånd, s. 89 s. ja FORSMAN, Skadestånd i brottmål, s. 126, eivät myöskään pidä aiheellisena tehdä eroa sanottujen vahinkolajien välillä. Forsman kuitenkin puhuu vahingosta ahtaammassa ja laajemmassa mielessä.

[19] Siitä, ettei immateriaalisen vahingon, esim. vapauden- ja kunnianloukkauksen korvaaminen ollut sääntönä edes rikoskaaren soveltamispiirissä, voitaneen tehdä se johtopäätös, ettei laki yleensä ollut taipuvainen myöntämään korvausta sanotusta vahingosta, joten ei myöskään tunnu asialliselta edellyttää, että korvaus kivusta ja särystä olisi tarkoitettu yleistettäväksi. Jos immateriaaliseen oikeushyvään kohdistunut loukkaus aiheutti myöskin taloudellisen vahingon, oli sen sijaan siitä suoritettava korvausta. FORSMAN, mt. s. 92, 96. J. GROTENFELT, Kommentar, s. 249. Vrt. myös Forsmanin mainitsemaa sitaattia NEHRMANin teoksesta Jurisprudentia criminalis, s. 324; edelleen SCHREVELIUS,

kita toisin, kuin että se tarkoittaa vain rikostunnusmerkistön toteuttavaa, mainitunlaista immateriaalisen intressin loukkausta, sillä rikoslaki ei enempää kuin muukaan lainsäädäntö sisällä mitään viittausta tässä kohdin tapahtuneeseen periaatteelliseen muutokseen.

Immateriaalisen vahingon korvaamisen rajoittuminen rikosperusteiseen vastuuseen ja niihin tapauksiin, joissa se muutoin on erityisesti säädetty, on poikkeukseton sääntö. Onko RL 9: 2 mainittu aineettoman vahingon tyyppi niinikään poikkeukseton edellytys sille, että immateriaalinen vahinko — sanotussa vastuupiirissä — ylimalkaan voi tulla korvattavaksi, on sen sijaan kysymys, jonka ratkaisu ei ole yhtä selvä. Tämän kirjoittaja on kysymystä harkitessaan johtunut tulokseen, jonka mukaan RL:ssa nimenomaisesti ilmaistu

---

Civilrätt II, s. 391. Vrt. J. SERLACHIUKSEN toiseen suuntaan käyvää perustelua, Oppikirja s. 90—91.

Immateriaalisen ja muun vahingon erottamisessa on tärkeätä kiinnittää erityistä huomiota siihen, koskeeko immateriaalisen intressin loukkaus oikeusalamaista myöskin hänen varallisuusasemassaan ja, jos niin on, todeta korvattava vahinko taloudelliseksi. Tätä eroa ei A. SERLACHIUS, Straff och skadestånd, s. 89—91, ole tehnyt. Se epäselvyys, joka tällaisesta käsittelytavasta johtuu, ilmenee mm. siinä, että mainittu tutkija, myöntäessään immateriaalisen loukkauksen aiheuttaman vahingon olevan usein ylen vaikeasti arvioitavissa rahana, samalla huomauttaa, ettei materiaalinenkaan vahinko ole aina täysin täsmällisesti laskettavissa, joten hän siis johtuu kytkemään toisiinsa todistus- ja harkintakysymyksen ja periaatteellisen kysymyksen siitä, onko taloudellista vahinkoa syntynyt. Asian näin esittäessään Serlachius pitää immateriaalisena vahinkona esim. sitä, joka syntyy lääkärin tai asianajajan luotettavuuden ilkimielisestä epäilyksen alaiseksi saattamisesta, jonka vahingon korvauskysymys tietenkin riippuu näytön esittämisestä, mikä — se myönnettäköön mielellään — on sangen vaikea, mutta ei suinkaan muuta sitä tosiasiaa, että tällaisessa tapauksessa on kysymys, mitä korvattavaan vahinkoon tulee, taloudellisesta eikä immateriaalisesta vahingosta. Myöskin EKSTRÖM, Privaträttens allmänna läror, s. 901, käyttää nimitystä »ideell skada» taloudellisesta vahingosta silloin kun *loukkaus* primäärisesti on kohdistunut immateriaaliseen hyödykkeeseen, esim. ruumiilliseen koskemattomuuteen.

J. SERLACHIUKSEN esityksestä, mt. s. 89—90 (Lärobok, s. 84 s.), olemme niinikään saaneet sen käsityksen, että hän, samoin kuin A. Serlachius, jättää tekemättä selvän eron toiselta puolen arvioimis- ja todistuskysymyksen ja toiselta puolen sen kysymyksen välillä, onko mitään taloudellista vahinkoa syntynyt. On syytä päättävästi vastustaa sitä kantaa, jonka mukaan käytännöllisen elämän luomista vaikeuksista johtuva vahingonarvioinnin luonnollinen likimääräisyys kelpaa ainekseksi kaiken vahingon samanluonteisuutta puoltavaan todisteluun, sillä tästä huolimatta jää eittämättömäksi se *ojennainen ero*, joka toisaalta aineellisen, toisaalta aineettoman vahingon osalta on arvioinnin *perusteella*. Tähän liittyvänä huomautettakoon, että aineellisen vahingon korvauksessa on aina kysymys olemassaolevasta vahingosta, kun taasen korvaus immateriaalisesta vahingosta tulee kysymykseen silloinkin, kun tätä vahinkoa ei enää ole olemassa. — Vrt. J. GROTENFELTin, Kommentar. s. 249, 251, puheenaolevassa suhteessa selvää esitystä.

vahinkolaji koskee erityisesti sellaista immateriaalista vahinkoa, jonka suuruuden määrittämiselle ei voida saada perustetta taloudellisista arvoista ja jonka piirissä myöskään mikään ekstensiivinen tulkinta ei voi tulla kysymykseen. Kunnianloukkauksen herättämä mielipaha, lapsen menetyksestä johtuva suru, joka saattaa olla monin verroin kipeämpi kuin käteen isketty haava, jää RL:n säätämän rajoituksen ansiosta ehdottomasti korvattavuuden ulkopuolelle. Mutta mielestämme ei ole selvää, ettei RL:n tarkoitus ulottuisi muunkinlaisen kuin erityisesti nimetyn vahingon korvaamiseen, jos vahingolla on taloudellisin perustein laskettavissa oleva vastike. Esimerkkinä ajateltakoon vapaudenriistoon liittyvää, taidetilaisuuteen pääsyn esteen käsittävää intressinloukkausta. Tällöin ei ole kysymys intressistä, jolla on vain pelkkä affektioarvo, siinäkään tapauksessa, että pääsylippu oli saatu vaikkapa lahjaksi tai että se oli henkilökohtainen, jota ei käynyt siirtäminen toiselle. Päin vastoin on todettavissa, että tällaisella immateriaalisella vahingolla on taloudellinen ekvivalentti, joka on jotensakin tarkoin laskettavissa. Vasta subjektiivisten momenttien huomioonottaminen yli intressiä vastaavan objektiivisen raha-arvon johtaa tällaisessa tapauksessa affektioarvoon ja samalla korvattavuuden ulkopuolelle. Joka jonakin iltana on halunnut »hinnasta mistä tahansa» kuulla kuuluisaa taiteilijaa, ei voi saada korvausta tästä affektiointressistään, mutta hänen intressinsä on kyllä korvattava pääsylipun hintaa vastaavalla rahamäärällä. Nimenomaan sanotun objektiivisen mitan olemassaolo näin ollen erottaa korvattavan intressin affektioarvosta; eikä tällöin ole asiaanvaikuttavaa, onko vahingonkärsinyt tehnyt taloudellisen uhrauksen intressinsä takia vai ei. v. Tuhr[20] on käsilläolevasta kysymyksestä toista mieltä katsoen puheenaolevanlaisen intressin affektiointressiksi, joka tulee korvattavaksi ainoastaan sikäli kuin siihen liittyy taloudellinen uhraus — pääsylipun ostaminen —, joka v. Tuhrin mukaan tekee tällaisesta intressinloukkauksesta varallisuusvahingon. Tällaista konstruktiota ei nähdäksemme voida hyväksyä. Ei ole oikein, että sellaisista vahingon ennakkotapahtumista, jotka ovat normaalia ja vapaaehtoista varojen käyttöä, konstruoidaan se tekijä, joka muka antaa vahingolle, so. tässä affektiointressille, taloudellisen arvon.[21]

[20] Schw. Obligationenrecht, s. 99.

[21] Väitteemme selitykseksi huomautettakoon, että pääsylipun ostaminen ei ole sellainen kustannus, joka on syntynyt intressinloukkauksesta — se on kustannus, jonka ostaja uhrasi vapaaehtoisesti ja joka pysyy tässä suhteessa sanotunluonteisena, käytti hän lippuaan tai ei ja oli sen käyttämättä jääminen vapaaehtoista tai pakollista.

Tässä on kysymyksessä immateriaalisen intressin loukkaus, joka on riippumaton pääsylipun ostamisesta.[22] — Tulemme kosketellun kysymyksen osalta siihen tulokseen, että korvattavan immateriaalisen vahingon käsite olisi syytä määritellä laajemmin asteikoin, kuin mitä rikoslain sanonta välittömästi kuvastaa. Kun rikoslain nimenomaisen säännöksen mukaan sellainenkin immateriaalinen vahinko, jolla ei ole mitään taloudellista ekvivalenttia, on korvattava, ei nähdäksemme olisi estettä sellaiselle päätelmänteolle, jonka mukaan korvausvelvollisuus sitä suuremmalla syyllä ulottuu sellaiseen immateriaaliseen vahinkoon, jolla on sanottu vastike. Tällaisen vahingon korvattavuuden ehdottomana edellytyksenä tietysti myöskin on, että vahinko syntyy rikostunnusmerkistöstä ilmenevän suojeluobjektin loukkaukseen olennaisesti liittyvänä. Korvattavan immateriaalisen vahingon tyyppipakkoisuus näyttäisi niin muodoin olevan määriteltävissä siten, että sanotunlaisella vahingolla tarkoitetaan RL 9: 2 mainittua kipua, särkyä, vikaa, haittaa tai kärsimistä taikka sellaista intressinloukkausta, joka on objektiivisesti taloudellisin arvoin mitattavissa.

2. Se objektiivinen mittapuu, joka tulee sovellettavaksi *taloudellisen* vahingon vastiketta arvioitaessa, on sikäli subjektiivisten näkökohtien värittämä, että vahinko — ajateltakoon aluksi esinevahinkoa — on arvosteltava sen varallisuuskompleksin kannalta, jonka piirissä se on tapahtunut. Tässä kohdin mainitulla mittapuulla on kahdenlainen tehtävä. Sen avulla on ensiksikin objektiivisesti selvitettävä, mikä arvo vahingoittuneella tai tuhoutuneella varallisuusesineellä on sitä käyttelemään oikeutetun yksilön kannalta ja mitä rahamäärää näin ollen vastaa se, että esineen käyttökelpoisuus tarkoitukseensa vähenee tai lakkaa. Tällä pohjalla tapahtuva vahingon arvioiminen käsittää vahingonkärsineen yksilöllisen intressin huomioonottamisen (pretium singulare, id quod interest). Tämä objektiivinen arvostelu on pidettävä erillään siitä niinikään objektiivisesta arvioinnista, jonka mukaan määritetään esineen markkinahinta, mikäli sillä se on, tai muu objektiivinen arvo, johon johdutaan esinettä erillään yksilöllisestä intressipiiristä arvioitaessa (pretium

[22] Sillä, miten vahinko puheenaolevassa tapauksessa konstruoidaan, on olennainen merkitys perinnän kannalta. v. Tuhrin teorian pohjalta lähdettäessä vahingonkärsineen perilliset voivat vaatia korvausta varallisuusvahingosta, jos tilaisuuteen oli ostettu pääsylippu. Puoltamamme kannan mukaan taasen vahinko ilmenee (objektiivisesti taloudellisin arvoin mitattavissa olevan) immateriaalisen intressin loukkauksena, joka on olennaisesti persoonallinen eikä näin ollen myöskään voi tulla korvausvaatimuksen kohteeksi sen jälkeen kun vahingonkärsinyt on kuollut.

commune, vera rei aestimatio, verum rei pretium). Viimeksimainittu arvo — tässä on objektiivisen vahinkokriteerin toinen tehtävä — taasen tulee korvattavan vahingon suuruutta määrääväksi silloin, kun olosuhteet ja vahingonkärsineen tarkoitukset huomioonottaen asianhaaroista voidaan todeta käyvän ilmi, että vahingonkärsineen yksilöllinen intressi ei vastaa edes sanottua objektiivista arvoa. Vahingon ekvivalentiksi on tällöin katsottava mainittu objektiivinen arvo. Huvilanomistaja, joka on päättänyt purkaa talonsa rakentaakseen sijaan uuden ja upeamman, voi vaatia tuhopolttajan velvoittamista suorittamaan korvauksen, joka vastaa objektiivisen arvioinnin kautta selville saatavaa arvoa, siitä riippumatta, että huvilalla hänelle itselleen oli vain purkamiskustannusten ja purkamisen jälkeen käsilläolevien rakennusaineiden arvon välistä eroa vastaava arvo.

Konkreettisen varallisuusesineen vahingoittuminen, jota edellä on käytetty taloudellisen vahingon laatukuvaa ilmaisemassa, ei tietenkään ole ainoa tällaisen vahingon ilmenemismuoto. Se saattaa esiintyä olemassaolevan varallisuuden vähentymisenä, johon on luettava sekä aktiva-puolen vähennys että passiva-puolen kasvu, tai edunsaannin estymisenä siitä riippumatta, onko mikään yksityinen varallisuusesine vahingoittunut. Tällaisessa tapauksessa vahinko niin sanoaksemme irroittuu konkreettisesta alustastaan ja saa abstraktisin laskutoimituksin selvitettävän sisällyksen. Tämä asiantila on vaikuttanut sen vallitsevaksi tulleen mielipiteen muodostumiseen, jonka mukaan (taloudellisena) vahinkona on pidettävä erotusta varallisuuden vahinkotapahtuman jälkeisen tilan ja sen tilan välillä, joka varallisuudella olisi, jos vahinkotapahtumaa ei olisi sattunut.

Tämän, differenssiteorian nimellä käyvän opin[23] voitaneen katsoa pääasiassa oikein määrittelevän taloudellisen vahingon käsitteen. Ei liene kuitenkaan kiistettävissä, että tämä käsite, joka jossakin määrin syrjäyttää vahinkotapahtuman sen konkreettisessa ilmenemismuodossa, edustaa monimutkaisempaa ja joissakin tapauksissa vaikeammin hallittavaa konstruktiota kuin mikä näyttäisi johtuvan itse konkreettisen vahingon tarkastelusta. Tältä pohjalta onkin virinnyt se verrattain yksinäiseksi jäänyt vastustus, jota differenssiteoria on saanut osakseen. WALSMANN asettuu puolustamaan vahingon konkreettista käsitystapaa, joka hänen määritelmänsä mukaan merkitsee

[23] Ks. OERTMANN, Recht der Schuldverhältnisse I, s. 44. ENNECCERUS, Lehrbuch I, 2 (1923), s. 27 s. EKSTRÖM, s. 907 ja siinä mainitut kirjailijat sekä FORSMAN, mt. s. 126 s.

sitä haittaa, jonka oikeussubjekti on kärsinyt yksityisen varallisuudenosan menettämisen tai vahingoittumisen muodossa,[24] esittämällä perusteita, jotka osittain ovat leimattavissa liioitteluksi. Sitä on väite, että differenssiteoria muka yksityisen varallisuusesineen vahingoittuessa edellyttää vahingonkärsineen koko varallisuusaseman laskemista ja vahinkotapahtuman merkityksen arvostelemista koko tämän kompleksin muutoksena. Walsmannin opin silmäänpistävin puutteellisuus lienee kuitenkin siinä, että se, keskittyessään konkreettisen vahingon tarkkailuun, syrjäyttää sen tosiasian, että muukin damnum kuin corpori datum kuuluu vahingon käsitepiiriin. Ettei konkreettisen vahingon käsitettä vastakohtana abstraktiselle — viimeksimainitulla Walsmann tarkoittaa samaa kuin differenssiteoria varallisuusdifferenssillä — johduttaisi ymmärtämään niin ahtaasti, että se edellyttää konkreettista esinevahinkoa,[25] OERTMANN, joka on mainittava arvovaltaisimpana konkreettisen vahingonkäsitteen kannattajana, nimenomaan korostaa sanotunlaisella vahingolla tarkoitettavan myöskin oikeuden riistämistä tai vahingoittamista sekä niinikään varallisuuden vähentämistä rasittamalla sitä negatiivisella erällä (velalla).[26]

OERTMANN, samoin kuin WALSMANN, katsoo konkreettisen vahingon käsitteellä saavutettavan sen edun, että vahingon voidaan todeta ilmenevän *jo* itsessään varallisuusesineen oikeussubjektilta riistämisessä tai sen tarkoitukseensa käytettävyyden vähentämisessä sekä — kuten Oertmann varovasti sanoo — *ehkä* myös henkilövahingossa itsessään ilman sellaisia laskutoimituksia, joita differenssiteoria muka tarpeettomasti edellyttää vahingon olemassaolon ja suuruuden selville saamiseksi. Tälle väitteelle voitaneen tunnustaa vain sangen rajoitettu oikeutus. Yksittäisen varallisuusesineen tuhoutuessa vahinko tosin voidaan todeta jo siinä, mutta tämä tosiasia ei liene erityisesti konkreettisen vahingonkäsityksen ansiota, koska differenssiteoriankin kannalta vahingon toteaminen ja arvioiminen voidaan rajoittaa siihen varallisuuspiiriin, joka on kysymykseen tulevassa tapauksessa relevantti. Toisaalta konkreettinenkaan käsitys ei voi jättää huomiotta vahingon vaikutuspiiriin joutuneen varallisuudenosan suhdetta vahingonkärsineen muuhun varallisuuteen — kuten Oertmannin oma esitys edun ja vahingon tasoituksesta osoit-

[24] WALSMANN, Compensatio lucri cum damno, s. 10.

[25] Kumma kyllä Walsmann ei mainitse myöskään henkilövahinkoa.

[26] OERTMANN, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, s. 7.

taa —, vaan sekin joutuu asian laadun mukaan turvautumaan myös abstraktiseen laskutapaan. Mitä tulee mainintaan, jonka mukaan vahinko voisi ilmetä jo itsessään henkilövahingossa, voitaneen sen kestämättömyyttä pitää ilmeisenä, sillä sikäli kuin on kysymys taloudellisesta vahingosta, se ei suinkaan ilmene itsessään ruumiinvammassa. Konkreettisen vahingon käsitteen kannattajille on tässä vastustetun mielipiteen omaksuminen luontevaa, he kun välttelevät immateriaalisen ja aineellisen vahingon erottamista ja suuntaavat vallitsevaa teoriaa vastaan nimenomaan sen muistutuksen, että se sulkee immateriaalisen vahingon varsinaisen vahinko-käsitteen ulkopuolelle.

Differenssiteorian on katsottu väärin luonnehtivan vahingon käsitettä myöskin sikäli, että aineellisenkin vahingon osalta varallisuusdifferenssi jää liian ahtaaksi käsitteeksi. Teoria muka edellyttää vain rahasuorituksin tapahtuvaa vahingon korvaamista, joten muu vastike jää käsitteen ulkopuolelle. Muistutus ei ole aiheeton siltä osalta kuin differenssidefinitiota pidetään itse vahingon käsitteen määritelmänä,[27] mutta sen perustelu, jonka mukaan vahinko differenssiteorian edellyttämänä arvoerona on korvattavissa ainoastaan rahamäärällä, käsittää nähdäksemme sellaisen arvo-käsitteen ja rahasuorituksen yhteenkytkennän, jota ei voida hyväksyä, koska arvodifferenssi on tasoitettavissa kaikella, millä on arvoa.[28] Suomen oikeuden osalta sanotulla muistutuksella ei ole mainittavaa merkitystä, koska vahingonkärsinyt lakimme mukaan säännöllisesti on oikeutettu vaatimaan vain rahakorvausta.

Niitä vastaväitteitä, joita perustellusti voidaan tehdä konkreettisen vahingon käsitteen kannattajien differenssiteoriaa vastaan esittämien muistutusten johdosta — näistä muistutuksista on edellä mainittu vain osa —, ei kuitenkaan ole syytä merkitä viimeksimainitun teorian täydellisyyden tunnustamiseksi. Korvattavan aineellisen vahingon kytkeminen varallisuusdifferenssin olemassaoloon käsittää kiistämättä rajoituksen, joka joissakin tapauksissa supistaa vahingon käsitteen liian ahtaaksi. Emme suinkaan tarkoita immateriaalista

[27] Näin mm. H. A. Fischer, Der Schaden, s. 21, 33.

[28] Degenkolb, jonka vahingonkorvausta koskeva tutkimus (ArchZivPr. 76, s. 1 ss.) on katsottava differenssiteorian kehittelyn kannalta sangen merkityksselliseksi, huomauttaa nimenomaan, että »ob das Aequivalent in Geld oder in anderen Aequivalenten erfolge, hängt schliesslich von mitbestimmenden wirtschaftlichen Zuständen ab: zur Geldwirtschaft passt nur der Schadensersatz in Geld, die Naturalwirtschaft mag sich mit naturalen Aequivalenten behelfen».

vahinkoa, jonka kriteeriksi varallisuusdifferenssi ei tietenkään kelpaa, vaan tapauksia, joissa intressinloukkauksella on aineellisia arvoja käsittävä sisällys. Tällaista vahinkoa koskevana mainittakoon saksalaisessa kirjallisuudessa käsitelty esimerkki leipurista, joka anastaa työnantajaltaan taikinaa ja tekee leivokset vastaavasti pienempiä viimeksimainitun saadessa niistä saman hinnan.[29] Tässä ei ole kysymyksessä immateriaalinen vahinko, ammattimaineen loukkaus, jolla on taloudellinen vastike, vaan anastetun varallisuusesineen objektiivista arvoa (verum rei pretium) vastaava aineellinen vahinko, joka on korvattava sanotun arvon mukaan siitä huolimatta, että mitään varallisuusvahinkoa differenssiteorian mielessä ei ole syntynyt. — Jos taasen tarkastellaan vahinkoa, joka syntyy koroillaaneläjän invaliidisuuden aiheuttamasta ansiokyvyn vähentymisestä ja jota niinikään on käytetty esimerkkinä differenssiteoriaa vastaan,[30] voitaneen taloudellisen vahingon katsoa olevan kysymyksessä vasta siinä tapauksessa, että vahingonkärsinyt käyttää työkykyään ansiolähteenä.[31] Kun NEUNER tämän esimerkin mainitessaan huomauttaa, että tänä työethoksen aikana on hyväksyttävä vahingonkärsineen väite, jonka mukaan tämä olisi tullut hyväkseen käyttämään työkykyänsä, ja kun hän siten katsoo differenssiteorian vain puutteellisesti täyttävän tehtävänsä aineellisen vahingon määrittelijänä, hän nähdäksemme erehtyy edellyttäessään mainitun työntekomahdollisuuden sinänsä merkitsevän taloudellisen vahingon käsilläoloa. Vahinko on käsityksemme mukaan taloudellinen vain siinä tapauksessa, että vahingonkärsinyt todella kärsii taloudellista haittaa vammastansa, toisin sanoen tavoittelee muitakin kuin korkotuloja.[32] Ellei niin ole asianlaita — esimerkki on tietenkin teoreettinen —, vahinko nähdäksemme on luonteeltaan immateriaalinen, mutta kuitenkin sellainen, että sillä on taloudellisin arvoin objektiivisesti määriteltävissä oleva ekvivalentti.[33] Milloin ruumiilliseen koskemattomuuteen puuttumisena ilmenevä immateriaalinen vahinko samalla käsittää taloudellisen vahingon, differenssiteorian soveltaminen nähdäksemme johtaa oikeaan tulokseen. Väite, ettei differenssiperuste ole sovellettavissa tähänkään tapaukseen,[34] perustuu käsitykseen, joka tulkitsee diffe-

[29] FISCHER, Bereicherung und Schaden, s. 52 s.; NEUNER, ArchZivPr.N.F. 13, s. 290.

[30] NEUNER, ArchZivPr.N.F. 13, s. 313.

[31] Vrt. HAKULINEN, Perusteettoman edun palautus, s. 135.

[32] Esimerkkimme ei tietenkään ole koskenut vamman hoitokustannuksena ilmenevää vahinkoa.

[33] ja lisäksi sellainen, jollaista RL 9: 2 nimenomaisin sanoin tarkoitetaan.

[34] NEUNER, mt. s. 287—289.

renssiteoriaa — sanoisiko — liian kirjanpidollisesti. Vaikk'ei oikeussubjektin ansioasema, kuten useat tutkijat huomauttavat,[35] kuulu hänen varallisuuteensa eikä sitä niin sanoaksemme voida merkitä varallisuustaseeseen, mainitunlainen vahinko kuitenkin ilmenee varallisuusdifferenssinä sikäli, että varallisuuden aktiva-puolelta jäävät pois ne erät, jotka todennäköisesti olisivat siihen tulleet, ellei ansiokyvyn menettämiseen tai vähenemiseen johtanutta tapahtumaa olisi sattunut.

Edellämainittujen tapausten lisäksi differenssiteorian rajoittuneisuus — vielä yhden esimerkin mainitaksemme — käy ilmi niissä sopimussuhteissa, joissa kontrahentti toimii tertiuksen välillisenä edustajana. Nämäkään transitoorisen intressin tapaukset — ajateltakoon esim. ostokomissiota — eivät voi jäädä vahinko-käsitteen ulkopuolelle sillä perusteella, että varallisuusdifferenssiä ei ole syntynyt. Ei ole oikein, että sopijapuoli, joka on rikkonut sopimuksen, saisi tertiuksen edustajana toimineen toisen sopijapuolen korvausvaatimukseen — REGELSBERGERin sanoja käyttääksemme[36] — vastata väittein: tua non interest, samalla kun hänellä olisi tertiuksen kanteeseen tarjona: tecum non contraxi. Yksimielisyys vallitseekin tieteisopissa siitä, että tällaisessa tapauksessa on suoritettava korvausta. Eri mieliä on ilmennyt vain siitä perusteesta — verum rei pretium vai id quod interest[37] — jonka mukaan korvattava vahinko on määräytyvä.

Merkittävän ryhmän taloudellisen vahingon piirissä muodostaa se intressinrajoitus, joka käsittää edunsaannin estymisen. Tästä vahingonlaadusta käy ilmi, että se varallisuus-käsite, jonka piirissä oikeudellisesti relevantti vahinko ilmenee, ei ole juriidinen, jonka mukaan sanottu varallisuus on rahanarvoisten subjektillisten oikeuksien muodostama, vaan taloudellinen käsite, jonka sisällyksenä on oikeussubjektin vallinnassa ja vallintamahdollisuuden ulottuvilla olevien taloudellisten hyödykkeiden kokonaisuus. Tässä, kuten monesti muulloinkin, oikeusalan sellaisen käsitteen sisällys, joka on täytynyt jättää laissa määrittelemättä, on täytettävä sen elämän

[35] v. LISZT, Deliktsobligationen, s. 63; v. TUHR, Schweizerisches Obligationenrecht, s. 70; HAKULINEN, Perusteettoman edun palautus, s. 40.

[36] Iherings Jahrb. 41. s. 253.

[37] Milloin sopijapuolella itsellään ei ole intressiä siinä, että sopimus täytetään, intressiarvon korvaaminen liittyy kysymykseen välillisesti intressoidun tertiuksen kärsimän vahingon korvattavuudesta. Tätä mielenkiintoista ja eri mielipiteitä virittänyttä kysymystä ei tässä voida käsitellä.

suhteista ja muodoista, jota edistämään oikeus on syntynyt. Minkä juriidinen täsmällisyys tällaisesta asiankäsittelystä ehkä kärsii, sen korvaa kiinteä kosketus elävään, sosiaaliseen elämään. Juurisanottu koskee erityisesti sitä yksilön varallisuusaseman puolta, jonka muodostaa vielä toteutumatta oleva edunsaanti. Mikä osa tästä edusta käsittää vahinkona korvattavan intressinrajoituksen, on kysymys, jonka määritteleminen tuo mieleen vanhan sananparren siitä, kuinka omnis definitio in iure civili periculosa est. Yksilön varallisuusasemaa on käsiteltävä sellaisena, joksi se asianomaisessa elämänpiirissä on sen luonteen mukaisesti muodostunut. Nämä elämänsuhteet taasen esiintyvät siksi monin vivahduksin, että täsmällisen määritelmän rakentaminen tuottaa siihen katsoen suuria vaikeuksia. Tarkka määrittely saattaisi toisissa tapauksissa osoittautua liian ahtaaksi, toisissa taasen tuoda haittaa liian laajuutensa vuoksi. Definitiosta, joka edellyttää yksityistapauksen välitöntä subsumointimahdollisuutta, on näin ollen luovuttava — asenne, johon tämän tutkielman aihe, valitettavasti, pakottaa esittäjänsä monessa muussakin kysymyksessä.

Kaksi yleisluonteista tunnusmerkkiä on kuitenkin voitava asettaa lucrum cessansin korvattavuudelle. Toinen on se, että saamatta jäänyt etu on oleva tietyssä mitassa todennäköinen, ja toinen, että se lähde, josta etu olisi ollut tuleva, on lain ja hyvien tapojen mukaan hyväksyttävissä.[38] Ensinmainitusta tunnusmerkistä on eri-

[38] Kysymys edunsaannin lähteen hyväksyttävyydestä ei ole ratkaistavissa vain sen mukaan, olisiko etu ollut kielletyn toiminnan tulosta. Nähdäksemme voidaan korvattavan edunmenetyksen rajoittamisessa mennä niin pitkälle, että sellainenkaan etu, joka olisi jopa kohtuudella asianomaiselle tuleva, ei aina kuulu korvattavan intressinrajoituksen piiriin, vaikka se olisi vaadittavassa määrässä todennäköinenkin. Ratkaisevana näkökohtana tällaisissa tapauksissa on nähdäksemme se, onko katsottava sopivaksi ja hyvien tapojen mukaiseksi, että sanotunlaista odotettavissa olevaa etua käytetään laskelmien tekoon tulevasta hyödystä. Esimerkkinä mainittakoon, että morsian, joka olisi saanut varakkaan aviomiehen, joutuu hylätyksi väärän panettelun takia (vrt. AL:n säätämä rajoitus 8 §) tai että henkilö, joka loppuaan lähestyvän vanhuksen testamentissa on määrätty miljoonaomaisuuden perijäksi, menettää tuon edun testamentin tullessa muutetuksi valheellisen korvaankuiskuttelun vaikutuksesta. Mainitut esimerkkitapaukset voitaneen ratkaista kielteisesti, sillä ei liene hyvien tapojen mukaista käsitellä varallisuusasemaan kuuluvina sellaisia mahdollisuuksia, joiden toteutuminen riippuu niin arkaluontoisista asioista kuin naimisiinmenosta tai kuolemasta ja viimeisestä tahdosta. (Vinding Kruse, TfR 1919, s. 201, näyttää olevan taipuvainen tekemään korvausvelvolliseksi sen, joka on syypää testamentin muuttamiseen.) Että testamentti voidaan milloin hyvänsä muuttaa, se ei ole ratkaisevaa siihen perustuvaa etua odottavan henkilön aseman arvostelemiseksi — pankkikin voi olla antamatta luottoa, jonka saanti on ollut mitä todennäköisin —, vaan määrääväksi muodostuvat ne elämänsuhteet, jotka ovat edunsaannin lähteenä.

tyisesti syytä huomauttaa, että sitä ei ole sekoitettava kysymykseen intressinrajoituksen käsittämän vahingon adekvaattisuudesta vahingonkärsineen kannalta. Korvattavuuden piiriin kuuluva lucrum cessans ei määräydy sen mukaan, mikä edunsaanti asianomaisen yksilön olosuhteet huomioonottaen on näyttänyt adekvaattiselta. Oikeudellisesti relevantti vahinko on määriteltävä erikseen ja erikseen selvitettävä, mikä *läten määritelty* vahinko on teon adekvaattinen seuraus. Vaatimus, joka näin asetetaan edunsaannin objektiiviselle todennäköisyydelle, tuskin on täsmällisemmin esitettävissä, kuin että etu asianomaisessa elämänpiirissä käyvän käsityksen mukaan on voitava ottaa lukuun joltisenkin *luotettavana*[39] tekijänä. Kysymyksemme kannalta on tällöin merkitystä ennen muuta todennäköisyysasteen alarajalla, joka siis on luonnehdittavissa vain ylimalkaisin tunnusmerkein. Ylärajan asettamisella on pääasiallisesti teoreettinen arvo sen arvostelemiseksi, mitä on lucrum cessans erotukseksi positiivisesta damnumista. Kun Suomen oikeus yleensä ei tee eroa mainittujen vahinkolajien korvaamisessa, ei myöskään ole aihetta — varsinkaan tällaisessa johdannoksi tarkoitetussa yleisluonteisessa esityksessä — puuttua mainitun erottelun lähempään käsittelemiseen.[40]

Edelläesitetyn pohjalla voitaneen vahingon käsitteestä antaa seuraava määritelmä.

Oikeussubjektin kärsimällä vahingolla tarkoitetaan sellaista hänen tahdostaan riippumatonta intressinrajoitusta, joka ilmenee epäedullisena varallisuusaseman muutoksena joko siten, että olemassaoleva varallisuus pienenee tai konkreettisen varallisuusesineen tarkoitukseensa käytettävyys vähenee tai lakkaa, taikka siten, että asianomaisessa elämänpiirissä vallitsevien suhteiden perusteella luotettavan todennäköinen ja lain ja hyvien tapojen mukaan aineellisen hyödyn lähteeksi ja taloudellisen laskelmoinnin kohteeksi hyväksyttävä edunsaanti estyy, niin myös sellaista rikoslaissa tunnustetun oikeushyödykkeen loukkaamiseen liittyvää immateriaalisen intressin loukkausta, joka mainitaan rikoslain 9 luv. 2 §:ssä tai jolla on taloudellisin perustein laskettavissa oleva ekvivalentti.

[39] Luotettavuus-kriteerillä on tarkoituksemme ilmaista edunsaannin todennäköisyyden sitä ominaisuutta, joka tekee sen soveliaaksi olemaan asialliseksi tunnustettavan taloudellisen laskelmoinnin pohjana ja sikäli yksilön varallisuusaseman kannalta relevanttina tekijänä.

[40] Ettei rajankäynti lucrum cessansin ja damnum emergensin välillä ole itsestään selvä, siitä on esimerkkinä Itävallassa vallitseva käsitys, jonka mukaan esim. ansiokyvyn menettäminen tai vähentyminen, jota yleensä pidetään ensinmainittuna vahinkolajina, katsotaan positiiviseksi damnumiksi. (WOLFF, Klangin kommentaareissa 1293 §:n kohdalla.)

Täten määritelty vahinko on, ellei laissa muuta säädetä, laskettava ensinmainitussa tapauksessa vera rei aestimatiota miniminä pitäen siksi määräksi, joksi se vahingonkärsineen yksilölliset olosuhteet huomioonottaen osoittautuu, ja jälkimmäisessä tapauksessa siksi arvoksi, jota intressi objektiivisesti edustaa tai, milloin intressinloukkauksella ei ole taloudellisin perustein laskettavissa olevaa ekvivalenttia, arvoksi, jonka määrittäminen on periaatteellisesti mielivaltainen, mutta kuitenkin oikeuskäytännön ohjaama.

III. VAHINGONKORVAUKSEN JA SEN SUKULAISSÄÄNNÖSTÖJEN EROTTAVAT TUNNUSMERKIT.

Vahingonkorvauksella on eräitä sukulaissäännöstöjä, joiden erottavat tunnusmerkit on syytä lyhyesti selvittää. Näitä instituutteja ovat sopimussakko, kustannustenkorvaus ja perusteettoman edun palautus,[41] joiden yhteisenä erottavana tunnusmerkkinä on, että ne toisin kuin vahingonkorvaus aina vaativat varallisuusekvivalenttia edellyttävän intressin olemassaoloa kantajan puolella. Siltä osin kuin vahingonkorvauksessakin on kysymys sanotunlaisesta intressistä huomautettakoon muista eroavaisuuksista seuraavaa.

---

[41] Tähän ryhmään emme lue rangaistusta, koska se ei käsitä mitään kantajalle (asianomistajalle) tulevaa taloudellista korvausta, joka on kaikkien mainittujen säännöstöjen yhteinen tunnusmerkki, emmekä myöskään elatusta, koska se ei edellytä tapahtunutta intressinrajoitusta. HERNBERG, s. 358, pitää avioliiton ulkopuolella syntyneelle lapselle v:n 1922 lainsäädännön mukaan suoritettavaa elatusapua vahingonkorvauksena.

Tästä huomautuksesta johdutaan välittömästi vahingon- ja kustannustenkorvauksen, edunpalautuksen ja sopimussakon yhteiseen yläkäsitteeseen, joka siis on oikeussubjektin intressinrajoituksesta annettava, taloudellisen arvon käsittävä vastike.

Rangaistus on vahingonkorvauksen sukulaiskäsite kyllä sikäli, kuin kummatkin ovat sanktioita, mutta tästä tunnusmerkistä on huomattava ensinnäkin, että se ei ole se, jonka kannalta asiaa on tekstissä käsitelty, ja ennen muuta, että vahingonkorvauksen suorittamisvelvollisuus ei *aina* ole sanktio (ks. s. 33 ss.), joten sanktio-ominaisuus ei mitenkään voi käydä kysymyksessäolevien käsitteiden yhteisestä tunnusmerkistä. Tähän liittyy preventio-tarkoituksen asettaminen, kuten usein tapahtuu, rangaistuksen ja vahingonkorvauksen yhteistunnusmerkiksi, mikä ei ole asiallista sen vuoksi, että vahingonkorvauksella ei myöskään aina ole tätä tarkoitusta, jonka olemassaolon edellyttäminen on loogillisesti järjetöntä silloin, kun vahingon korvaaminen on oikeuslauseen perusnormin mukainen velvollisuus. (Vrt. tästä seur. s. 35.) — Huomautettakoon tässä yhteydessä, että vahingonkorvaus, silloin kun se on sanktio, on luonteeltaan siviilitehoste siitä huolimatta, että se prosessioikeutemme mukaan usein on saatettava voimaan rikosasioista säädetyssä järjestyksessä. Muiden maiden kuin Ruotsin osalta on yleinen sääntö, että vahingonkorvausta koskeva oikeudenkäynti on aina siviiliprosessia.

Sopimussakko, joka tietenkin voi tulla kysymykseen ainoastaan sopimussuhteissa tämän rajoituksen kuitenkaan käsittämättä tarkoitettua tunnusmerkillistä eroa sen ja vahingonkorvauksen välillä, eroaa viimeksimainitusta ennen muuta siinä, että se ei käsitteellisesti edellytä tappion syntymistä in concreto kantajan varallisuuspiirissä eikä, jos tappiota on syntynyt, ole riippuvainen vahingon todellisesta arvosta,[42] joka aina on vahingonkorvauksen suuruutta määräävä, ellei laki tässä kohdin tee jonkin tunnusmerkistön osalta nimenomaista poikkeusta.[43] Lisäksi on sopimussakon ja vahingonkorvauksen eroksi merkittävä, että ensinmainittu voi olla *ainoastaan* sopimusperusteinen — mikä tietenkin on eri asia kuin että se voi tulla kysymykseen vain sopimussuhteissa —, kun sen sijaan vahingonkorvaus säännöllisesti kuuluu lakiperusteisiin suorituksiin.

Kustannustenkorvaus- ja kondiktiosäännöstöt ovat sopimussakkoon verraten sikäli vahingonkorvausta lähempänä, että ne kumpikin ehdottomasti edellyttävät kantajalle koitunutta varallisuusvahinkoa in concreto. Kun vahinko-käsitteelle on tunnusomaista, että vahinkona ilmenevä intressinrajoitus ei ole asianomaisen oikeussubjektin

---

[42] Kysymyksestä lähemmin CASELIUS, Sopimussakon suhteesta vahingonkorvaukseen, DefLegis 1929, s. 356 ss. — Eri mieltä on HERNBERG, s. 351, 444 s.

[43] Esim. NaapL 14 § 3 mom. ja 15 §; VOL 1: 5, KK 9 luv. 8 ja 10 §. Viimeksimainittujen lainkohtien tulkinnasta CEDERBERG, Om gäldenärs skadeståndsskyldighet vid försummad penningbetalning, med särskild hänsyn till valutaförsämring. Förhandlingar å det trettonde nordiska juristmötet, bilaga N:o 1. Vrt. CHYDENIUS, Kontraktsrätt I, s. 206 ss. — HAKULINEN, Responsabilité délictuelle, s. 21, on esittänyt mielipiteen, jonka mukaan KK 13: 3 tarkoitetussa erikoistapauksessa korvaus on määrätty yksinomaan sen perusteettoman edun arvon määräksi, jonka toisen tavaran vuokralle antaja on saanut, vaikka tavaran omistaja, jonka suostumuksetta vuokralleanto on tapahtunut, ei olisi kärsinyt mitään vahinkoa. Käsityksemme mukaan mainittu lainkohta, jonka sanamuoto on seuraava: »joka antaa vuokralle toisen tavaraa, ilman omistajan tietoa ja tahtoa, maksakoon vuokran ja kaiken vahingon sekä vetäköön sakkoa kuusi talaria», on syytä tulkita siten, että saatu vuokra siinä edustaa sitä vahinkoa, jonka omistaja on kärsinyt, koska vuokramäärä itse on todistuksena sen intressinloukkauksen arvosta, joka on tapahtunut edunsaannin estymisenä (lucrum cessans). Tässä siis nähdäksemme ei ole kysymyksessä tapaus, jossa omistaja ehkä ei ole kärsinyt mitään vahinkoa. Mainitun vahingon lisäksi on muukin ehkä koitunut vahinko korvattava. — Tässä yhteydessä mainittakoon myöskin siitä Hakulisen mielipiteestä (mt. s. 16), joka koskee lapsi-ikäisen ja syyntakeettoman henkilön vastuuta ja jonka hän konstruoi kondiktiovastuuksi. Mielestämme rikoslain asiaa koskeva säännös (9: 5) on tieteisopissamme vallitsevan käsityksen mukaisesti, jota säännöksen sanamuotokin tukee, tulkittava siten, että tässä on kysymys *vahingon*vastuusta. Ks. esim. EKSTRÖM, Privaträttens allmänna läror, s. 870 s., ja siinä mainitut kirjailijat.

vapaaehtoisesta varojenkäytöstä riippuva,[44] on sen sijaan kustannustenkorvaus sikäli vahingonkorvauksesta eroava, että siihen sisältyy sellaisen varallisuustappion korvaaminen, joka on syntynyt kantajan vapaaehtoisesta toimesta. Kustannustenkorvauksesta on säännön mukaan kysymys silloin, kun kantajalla on ollut oikeus tehdä tai teettää se, minkä suorittaminen olisi kuulunut vastaajalle,[45] joka on laiminlyönyt tämän (luontoissuoritus)velvollisuutensa, ja edelleen, kun kantaja muulla perusteella voi vaatia kärsimiensä kustannusten arvoa toiselta henkilöltä.[46] Vahingon ja kustannusten ero ilmenee myöskin niiden oikeudellisesti relevantin arvon erimääräisyydessä. Jos esim. joku on tiluksiltaan ottanut talteen kotieläimen, jonka takaisin hallintaansa lunastamiseen sen omistajalla on oikeus korvaamalla eläimen tekemän vahingon ja sen hoitokustannukset, on vahinko korvattava sen enimmän hinnan mukaan, mikä vahingoittuneella tai tuhoutuneella esineellä on vahingon tapahtumisen jälkeen ollut,[47] kun sen sijaan eläimen hoitoon ja ruokintaan käytettyjen esineiden korvaaminen on tapahtuva sen hinnan mukaan, joka niillä oli kustannukseksi luettavan käytön aikana myöhemmin tapahtuneen arvon-

---

[44] Milloin vapaaehtoisesti tehtyjä kustannuksia voidaan pitää vahingon käsitepiiriin kuuluvina, on joka tapauksessa vahinkona ilmenevä intressin rajoitus niitä välittömästi vaatinut. Niinpä ruumiinvamman parantamiseen käytetyt varat ovat korvattavaa vahinkoa, vaikka tarvittavat lääkkeet hankitaankin vapaaehtoisin oikeustoimin. Sen sijaan kustannukset tarpeettoman kalliiden tai lääkkeeksi kelvottomien aineiden hankinnasta eivät ole relevanttia vahinkoa enempää kuin yleensä impensae voluptuariae.

[45] Esim. eräistä naapuruussuhteista annetun lain 12 §:n mukaan naapuri on oikeutettu saamaan korvauksen niistä kustannuksistaan, jotka hän on pannut sen vahingon estämiseen, joka uhkaa syntyä muurin tai muun laitoksen luhistumisvaaran vuoksi, jos laitoksen omistaja tai haltija kehoituksesta huolimatta jättää ryhtymättä toimenpiteisiin vaaranuhan poistamiseksi. Tässä vaaranuhkana ilmenevä intressinrajoitus tosin on syntynyt vastoin kustannustenkärsijän tahtoa, mutta se ei riitä tekemään mainittuja kustannuksia vahingonluonteisiksi, koska itse vahinkoa ei ole vielä syntynyt eivätkä kustannukset siis liity siihen, vaan ovat vapaaehtoisen toimenpiteen tulos. On näet huomattava, että mainittu 12 § ei lainkaan koske sitä mahdollisuutta, että luhistumisvaara sinänsä synnyttää varallisuustappion.

[46] Esim. lain tilusten rauhoittamisesta 39 ja 40 §:ssä mainitussa tapauksessa. Talteenotetun eläimen hoitokustannukset tosin saattavat syntyä vastoin talteenottajan tahtoa sikäli, että hän kenties mielellänsä jättäisi eläimen hoidotta, mutta ei kuitenkaan uskalla laiminlyödä lain säätämää hoitovelvollisuutta (39 § 3 mom.). Täten »vastoin tahtoa» syntynyt varallisuustappio ei kuitenkaan lähenny vahingon käsitettä eikä etäänny kustannusten tunnusmerkistä sillä perusteella, että eläimen hoito tai hoidotta jättäminen ei ole talteenottajan ehdonvallan asia, sillä kustannusten vapaaehtoinen luonne perustuu hänen vapaaehtoiseen talteenottamistoimeensa.

[47] Id quod interest arvon suuremmuus kohdannee käytännössä näyttövaikeuksia.

nousun asiaan vaikuttamatta. Henkilöllä, joka vapaaehtoisesti ryhtyy uhraamaan kustannuksia, ei ole oikeutta vaatia niiden korvaukseksi enempää kuin uhratun arvo oli, koska hän ei ole menettänyt mitään, minkä hän olisi tahtonut pitää, ja koska hän näin ollen ei myöskään voi vedota siihen etuun, jonka esineen jatkuva omistaminen olisi käsittänyt.

Erityisen lajin kustannustenkorvausta muodostaa oikeudenkäyntikulujen korvaaminen, mikä tässä erikseen mainittakoon siksi, että se kotimaisessa tieteisopissamme on luettu vahingonkorvaukseksi.[48] Sanotun katsantokannan perusteluna on mm. huomautettu tällaisen vahingonkorvauksen viime kädessä perustuvan siihen, että »asianosainen on yhdellä tai toisella oikeudenvastaisella menettelyllään antanut vastapuolelleen laillisen aiheen tai pakottanut hänet oikeudenkäyntiin».[49] Tältä pohjalta lähtien olisi näin muodoin asianosaiselle koituneita kustannuksia pidettävä vastoin hänen tahtoansa syntyneinä ja sikäli vahingon tunnusmerkin käsittävänä tappiona. Nähdäksemme on kuitenkin epäilyksenalaista, missä määrin korvattavat oikeudenkäyntikustannukset säännöllisestikään, saati poikkeuksetta, ovat sanotun luonteisia. Myöskään ei voitane johtaa jokaisen oikeudenkäynnin syntymistä siitä, että kulujen korvaamiseen velvoitettu vastapuoli on tavalla tai toisella toiminut oikeudenvastaisesti.[50] Kysymys oikeudenkäyntikustannuksista kuuluu, mainituista seikoista riippumatta, oikeusjärjestyksen ylläpitoon yleensä ja on siinä yhteydessä saanut itsenäisen järjestelynsä.

Vahingonkorvaus- ja kondiktiokanne ovat toisiaan sangen lähellä: ne edellyttävät yhteistä lähtökohtaa, kantajan kärsimää varallisuustappiota, ja ne ovat käytettävissä kilpailevina kannekeinoina, joista viimeksimainittu, siis kondiktiokanne, kuitenkin voi periaatteellisesti kohdistua ainoastaan sitä etua vastaavan arvomäärän palauttamiseen, joka vastaajalle on koitunut samasta vastuullistavasta seikasta, josta kantajan vahinko on syntynyt.[51] Vahingonkorvauskanne on näin ollen kondiktiokannetta periaatteellisesti laajempi. Kotimaisessa

[48] FREY, Skiljemannainstitutet, s. 21. SUNDSTRÖM, Asianosaiskäsitteestä, s. 26.

[49] SUNDSTRÖM, mt. ms.

[50] SIBER, Planckin kommentaareissa, s. 76: »Die Herbeiführung einer Prozessentscheidung ist das gute Recht jedes Schuldners, der über seine Schuld ernstliche Zweifel hat.»

[51] Täten voidaan vertauksin vahingonkorvaukseen puhua lucrum emergensistä ja damnum cessanssita, jotka nimitykset kuvastavat puheenaolevien instituuttien eroa: ensinmainittu tarkoittaa sitä etua, jonka vastaaja on perusteettomasti (saanut ja) pidättänyt, jälkimmäinen taasen koskee sen varallisuudenvähennyksen poisjääntiä, joka olisi vastaajalle syntynyt, ellei hän olisi perusteettomasti siltä säästynyt.

tieteisopissa HAKULINEN luonnehtii mainittujen säännöstöjen eroa jossakin määrin toisin selittäessään, että »vastuun *lähtökohta* [korostus Hakulisen] on — — — erilainen vahingonkorvauksessa ja erilainen kondiktiossa. Kondiktiossa lähdetään siitä, että toinen on saanut perusteetonta hyötyä, vahingonkorvauksessa taasen siitä, että toinen on kärsinyt oikeudetonta vahinkoa.»[52] Vaikka ei voitane kiistää oikeutusta siltäkään käsitykseltä, jonka mukaan kanteen objektin erilaisuus ratkaisee kysymyksen lähtökohdankin yhteisyydestä tai erilaisuudesta, on mielestämme kuitenkin paremmin paikallaan pitää mainitut asiat erillään ja katsoa kantajan kärsimä varallisuustappio sekä vahingonkorvauksen että kondiktiovastuun *yhteiseksi* lähtökohdaksi, koska kondiktiokanteessakin, vaikka se kohdistetaan edun arvon palautukseen, sanottu tappio on oikeudellisen relevanssin kannalta prius: toisen saama *perusteetonkaan* etu ei koske ketään, jonka *kustannuksella* se ei ole syntynyt. Kantajan varallisuustappio käsittää sekä edellytyksen että rajoituksen edunpalautuskanteelle. Näin ollen kondiktiokanteessakin on *lähdettävä* siitä, että kantaja on kärsinyt varallisuustappion, samalla kun korvausvaatimus kohdistuu sen edun arvon palautukseen, jonka vastaaja on tästä tappiosta itselleen saanut. Milloin sekä kondiktio- että vahingonkorvauskanne ovat käytettävissä samaa vastaajaa vastaan — tietty vastuullistava seikka ei suinkaan aina oikeuta molempien kannekeinojen käyttämiseen — sanottu lähtökohdan yhteisyys on sikäli silmäänpistävä, että ensinmainittu kanne, kuten sanottu, esiintyy vain lievempänä, pidätetyn edun arvon määräämänä, kun sen sijaan vahingonkorvaus periaatteellisesti koskee koko kärsityn tappion korvaamista ilman sanottua rajoitusta. Kysymyksessäoleva kondiktiovastuun ja vahingonkorvauksen ero näin ollen ilmenee kanteen objektin erilaisuudessa, johon liittyy vastuuperusteen rakenteen erilaisuus.[53]

---

[52] HAKULINEN, mt. s. 37 s. Rinnastus, jonka mukaan *perusteetonta* etua kondiktiossa vastaan *oikeudeton* vahinko vahingonkorvauksessa, on paikallaan ainoastaan sikäli kuin rinnastus tahdotaan supistaa oikeudenvastaisen vahingonaiheuttamisen alaan. Siitä yhteydestä, jossa rinnastus on tehty, ei mainitunlainen rajoitus kuitenkaan käy ilmi, joten Hakulisen esittämää vahingonkorvauksen karakteristiikkaa ei tältä osin voida pitää oikeana.

[53] Vaarantamisvastuun ja kondiktion suhteista HAKULINEN esittää, mt. s. 37, seuraavaa: »Objektiiviseen vaarantamisvastuuseen perustuvan vahingonkorvauskanteen ja kondiktion välinen ero on kuitenkin tärkeässä kohdassa varsin tuntumaton. Kun näet vaarantamisvastuu koskee ainoastaan toimintaan tyypillisesti liittyvää vahinkoa, sisältyy siihen, että vahinko on vain toiminnasta lähtevän kokonaishyödyn adekvaattinen edel-

IV. NÄKÖKOHTIA OIKEUDENVASTAISEN TEON VASTUUN JA OIKEUDENMUKAISEEN TOIMINTAAN LIITTYVÄN VAHINGONKORVAUSVELVOLLISUUDEN SUHTEISTA.

1. Oikeusvaikutuksiset seikat eli *oikeusilmiöt* ovat joko inhimillistä käyttäytymistä eli *oikeustekoja* laajassa merkityksessä (tekosanaa käytetään tässä teon ja laiminlyönnin yhteistä yläkäsitettä ilmaisevana) taikka *oikeustapahtumia*. Muut ilmiöt ovat faktillisia tekoja ja faktillisia tapahtumia. Oikeustapahtumat voidaan edelleen jakaa toisaalta sellaiseen tapahtumankulkuun, jonka teleolooginen mielentäminen (Sinngebung) kohdistuu eläimen liikunnasta syntyvään seuraukseen, toisaalta siihen, jonka tarkasteluobjektina on esineen tilassa tapahtuneen muutoksen vaikutus. *Oikeusteot* laajassa mielessä taasen ovat kahdenlaisia: *oikeustoimia* ja *oikeustekoja* varsinaisessa merkityksessä.[54] Oikeustoimi edellyttää oikeusvaikutuksen syntymiseksi sitä tarkoittavan tahdonilmauksen olemassaoloa. Oikeustoimia ovat esim. sopimus ja okkupatio. Oikeusteko taasen aikaansaa oikeusvaikutuksen sanotusta tahdonilmaisusta riippumatta. Tämä vaikutus voi ilmetä tekijän intresseihin ja oikeusasemaan faktillisesti vaikuttamattomana tai olla hänelle edullinen taikka vahingollinen. Oikeustekoja ovat esim. löytötavaran haltuunotto, spesifikatio ja vahingontuottamus.

---

lytys ja että vahinko siis tulee hyvitetyksi sen kautta, että vastuusubjekti saa pitää sen hyödyn, mikä vaarallisesta toiminnasta koituu.» Mainituilla johtopäätöksillä voidaan katsoa olevan kantavuutta ainoastaan sikäli kuin hyväksytään lainauksessa esitetyt näkökohdat vaarantamistunnusmerkistön tarkoittaman toiminnan kokonaishyödyn kuulumisesta vastuusubjektille. Käsityksemme mukaan ei tällaista mielipidettä kuitenkaan ole syytä omaksua, koska vaarallisen toiminnan kokonaishyöty ei in concreto kytkeydy sillä tavoin vastuusubjektiin, että maininta vastuun ja kondiktion erityisestä lähentymisestä tässä kohdin tulisi kyllin perustelluksi. Vrt. FISCHER, Bereicherung und Schaden, s. 15 s.

[54] ENNECCERUS, Lehrbuch I, 1 (1923) s. 335, jakaa oikeusteot viiteen ryhmään: Willenserklärungen (oikeustoimet), Rechtshandlungen (welche Rechtswirkungen auch ohne daraus gerichtet zu sein, hervorbringen, s. 336), Realakte (esim. spesifikatio), unerlaubte Handlungen ja schuldlose, zu Ersatz verpflichtende Handlungen. Tämän ryhmityksen jäsenet eivät kuitenkaan ole loogillisesti rinnakkaissuhteessa, vaan kolme viimeistä ryhmää muodostavat sellaisen disjunktiivisen sarjan, jonka yhteinen yläkäsite, oikeusteko varsinaisessa merkityksessä, vasta on rinnakkaissuhteessa ryhmityksen ensimmäiseen jäseneen, oikeustoimeen, joten jako: oikeustoimet, oikeusteot ja oikeustapahtumat, on katsottava asiallisemmaksi. Ennecceruksen jaoituksen kolmea viimeistä ryhmää on siis pidettävä oikeustekojen genuksen alalajeina ja siten puoltamamme kolmijaon alajakona.

Viimeksimainitunlainen oikeusteko on kvalifioitunutta vahingon aiheuttamista. Vahingonaiheuttaminen voi näin ollen ilmetä myöskin sellaisena, pelkästään faktillisena käyttäytymisenä,[55] jolla ei ole oikeusvaikutuksia ja jollaisena se on rinnastettavissa faktilliseen tapahtumiseen. Tutkielmaamme ei tietenkään kuulu vahingonaiheuttamisen käsitteleminen »faktillisuutena», vaan »tyypillisyytenä», jolloin vasta on kysymys *oikeusteosta*, käyttäytymisestä, joka realisoi vastuu*tunnusmerkistön*.[56] Tutkielman rajoitus supistaa asiankäsittelymme sen tunnusmerkistön alalle, joka koskee sopimussuhteiden ulkopuolella syntyvää siviilideliktisen oikeusteon vastuuta. Tämän vastuun asema varallisuusoikeuden systeemissä puolestaan antaa aiheen sanotun oikeuden ja vahingonkorvausoikeuden jaon lyhykäiseen esittelyyn.

Varallisuusoikeuteen luetaan tässä tutkielmassa esine-, velvoite- ja immateriaalisia oikeusobjekteja koskeva oikeus. Sen rinnakkaisinstituutteja ovat henkilö-, perhe- ja jäämistöoikeus ja lähin yläkäsite siviilioikeus yleisenä yksityisoikeutena,[57] minkä genus proximum taasen on yksityisoikeus vastakohtana julkiselle oikeudelle, joilla suurilla rinnakkaisryhmillä viimein on yhteisenä yläkäsitteenä oikeusalan ylin kategoria, objektiivinen oikeus eli oikeusjärjestys. Vahingonkorvausoikeus laajimmassa merkityksessä ulottuu oikeuden mainittujen eri ryhmien alalle. Tässä tutkielmassa sitä kuitenkin käsitellään vain varallisuusoikeudellisena instituuttina. Tässä piirissä vahingonkorvausoikeus voidaan jakaa kahteen pääryhmään: vahingonkorvaukseen, jolla on yhteys oikeussubjektien väliseen sopimukseen, ja vahingonkorvaukseen, joka on suoritettava sopimussuhteiden ulkopuolella. Sopimussuhteisessa vahingonkorvausoikeudessa taasen on

[55] Tämä on pidettävä tarkoin erillään sellaisesta *oikeusteosta*, jonka oikeusvaikutus on tekijän oikeusasemaan faktillisesti vaikuttamaton. Niinpä esim. tuottamustunnusmerkistön toteuttava teko voi olla tällainen siitä syystä, että vahingonkärsinyt ei vaadi korvausta. Ja asianlaita on sama silloinkin, kun vahingontuottamustunnusmerkistön toteutuminen säädännäisestä oikeudesta riippuen jää vahingontuottajan intresseihin vaikuttamattomaksi. Erikoisuuden vuoksi mainittakoon tällaisesta tapauksesta esimerkkinä, että tuottamuksellisesti ilman törkeää huolimattomuutta aiheutetusta tulipalosta kärsimään joutunut on perinyt täyden korvauksen sellaiselta vakuutusyhtiöltä, jonka kanssa hän on tehnyt vakuutussopimuslain palovakuutusta koskevan naturalia tunnusmerkistön mukaisen palovakuutussopimuksen. Tällöin vahingontuottajan sanottu oikeusteko jää hänen oikeusasemaansa ja intresseihinsä vaikuttamattomaksi, koska vastuuta ei ole olemassa, muuttumatta silti faktillisen teon luonteiseksi, sillä vahingonkärsinyt olisi ollut oikeutettu kääntymään korvausvaatimuksin myös vahingontuottajan puoleen.

[56] Tunnusmerkistöstä ks. s. 32 ja toisen osan toista lukua.

[57] Yleisen yksityisoikeuden rinnakkaisryhmänä on erikois-yksityisoikeus.

kaksi alalajia. Toisessa vahingonkorvaus on sen suorittamista koskevan sopimuksen täyttämisen sisällyksenä, toisessa sitä on suoritettava tehdyn sopimuksen täyttämättäjäännin takia. Vahingonkorvauksen suorittaminen sopimussuhteen ulkopuolella tulee kysymykseen niinikään kahteen eriluonteiseen tapausryhmään kuuluvana: korvauksena oikeudenvastaisesti aiheutetusta vahingosta ja oikeudenmukaiseen toimintaan liittyvän vahingon korvaamisena.

Viimeksimainittu jako vastaa sitä ryhmitystä, joka johtavassa tietoisopissa esitetään vastuuna luvattomasta teosta (unerlaubte Handlungen) ja tuottamuksetta erityisellä perusteella syntyvänä vahingonkorvausvelvollisuutena (schuldlose zu Schadenersatz verpflichtende Handlungen). Tämä jako on peräisin roomalaisen oikeuden vastaavasta jaosta delikti- ja kvasideliktiobligatioihin.[58] Siviilideliktinen vastuu juontaa alkunsa siitä kuuluisasta plebiskiitistä, josta lex aquilia syntyi. Tuottamukseton vastuu taasen on selvä sukulainen sellaisille kvasidelikteille kuin esim. actio in factum ja actio noxalis. Roomalaisen oikeuden quasi delicta eivät kuitenkaan olleet aineksiltaan homogeenisia — niinpä esim. actio de effusis vel dejectis ja actio de posito vel suspenso olivat usein, verrattuna varsinkin de pauperie aktiona tehtyyn noxalis kanteeseen, luonteeltaan deliktipitoisia,[59] samalla kun viimeksimainitun aktion mukaisesta vahingonkorvausvelvollisuudesta käsittääksemme puuttuu kaikki oikeudenvastaisuuteen vivahtava elementti, ellei siksi katsota eläimen käyttäytymistä contra naturam suam! Tämä, toisaalta deliktisen ja kvasideliktisen vastuun sukulaisuus, toisaalta mainittujen ryhmien käsittämien tapausten eriluonteisuus ei ole ollut vaikuttamatta tieteisopin käsityskantaan nykypäiviin asti. Mainituin nimityksin ilmaistut ryhmät luetaan vieläkin läheisesti yhteenkuuluviksi ottamatta huomioon, että vahingonkorvaus on toisessa ryhmässä luonteeltaan kokonaan toinen kuin toisessa. Sanottu tieteisopin suuntaus on, mikäli olemme huomannut, yleinen koko alaa koskevassa kirjallisuudessa ja se saanee selityksensä tuottamuksettoman vahingonkorvausvelvollisuuden tutkimisen ohjautumisesta ennen muuta oikeuspoliittiselle alalle. Ennen niiden näkökohtien selvittämistä, jotka on tarkoituksemme tässä luvussa esittää oikeusteoreettisen rajankäynnin toteuttamiseksi deliktiperusteisen vastuun ja oikeuden-

[58] Edelläkäyneen esityksen osalta vrt. esim. ENNECCERUS, Lehrbuch I, 1 s. 169 ss., 559 ss., I,2 s. 27 ss. DERNBURG, Pandekten II, s. 821 ss. HERNBERG, Yleissiviilioikeus, s. 11.

[59] Ks. SOHM, s. 574 ss.

mukaiseen toimintaan liittyvän vahingonkorvausvelvollisuuden välillä, mainittakoon muutamin sanoin siitä erosta, joka mainituissa tapauksissa on asian oikeuspoliittisessakin puolessa.

2. Oikeudenmukaiseen toimintaan liittyvä vahingonkorvausvelvollisuus on erityisesti perusteltava ja sen tunnusmerkistöt systemaattisesti järjestettävä niiden rakenteen mukaisesti. Viimeksimainittu tehtävä koskee asian oikeusteoreettista puolta, kun taas ensinmainittu, korvausvelvollisuuden oikeutuksen perusteleminen, käsittää vähintään yhtä tärkeänä pidettävän oikeuspoliittisen kysymyksen. Tämä »oikeutuskysymys» onkin alan tutkijain teoksissa saanut keskeisen aseman — jopa niin, että se on tapahtunut oikeusteoreettisen, tunnusmerkistöjä selvittelevän tutkimuksen kustannuksella.[60] Tässä kohdin deliktivastuun asema on olennaisesti toinen. Kirjallisuudessa, joka käsittelee vastuuta kulpan perusteella, tämän vastuun oikeutus selitetään usein itsestään selväksi tai pidetään riittävänä, että tässä kohdin viitataan oikeusalamaisten intressinturvan tarpeeseen ja katsotaan oikeamielisyyden vaativan vastuun olemassaoloa silloin, kun vierasta intressiä loukataan. Viimeksimainittu käsityskanta nähdäksemme onkin oikea.

On harhateille eksymistä kysyä, missä oikeamielisyys on silloin, kun elämässään huolellisuutta noudattanut yksilö kerran sattuvan varomattomuuden takia saa kannettavakseen hänet taloudellisesti tuhoavan vahingonvastuun,[61] sillä tuollainen kova kohtalo ei toki riitä perusteluksi mielipiteelle, joka eittää vastuun olemassaolon oikeutuksen varomattoman vahingonaiheuttamisen tapauksissa ja siten suosii kanssaihmisten intresseistä piittaamatonta käyttäytymistä. Jokaisen oikeussäännöksen soveltamisesta voitaneen sanoa, että se

---

[60] Tämä käy selvästi ilmi johtavien tutkijain teoksista, kuten esim. PLANCKin ja STAUDINGERin kommentaareista ja ENNECCERUKSEN, LISZTin, LEONHARDin, HECKin ja v. TUHRin kirjoista. (PLANCK, 4 pain. II, 2 s. 1709 s., STAUDINGER, 9 pain. II,3 s. 1747; ENNECCERUS, Lehrbuch, (1923), I,1 s. 559 ss.; LISZT, Deliktsobligationen, s. 108; LEONHARD, Schuldrecht, II s. 645 ss.; HECK, Grundr. des Schuldrechts, s. 460; v. TUHR, Allg. Teil. d. BGB II,2, s. 472 s.) — Enneccerus edustaa jaoittelua, joka käy osaksi oikeuspoliittisten, osaksi oikeusteoreettisten perusteiden merkeissä; hänen kannalleen ovat asettuneet mm. v. Tuhr, Planck ja OERTMANN, kommentaarien 5 pain., II,2 s. 1369.

[61] Niinpä esim. BIENENFELD, Haftungen ohne Verschulden, s. 53, huomauttaa: »Worin sollte auch die von selbst einleuchtende Gerechtigkeit gelegen sein, wenn ein kleiner selbstlenkender Fuhrwerksunternehmer, der dreissig Jahre lang aufgepasst, dann aber durch einmalige Sorglosigkeit einen Unfall herbeigeführt hat, sein Vermögen und damit seine Existenz völlig vernichtet sieht —?» Vastaus on yksinkertainen: oikeamielisyys on yleisessä korvausperiaatteessa.

in concreto saattaa johtaa kohtuuttomuuteenkin, mutta tämä tosiasia ei riitä säännöksen oikeamielisyyden kiistämisperusteeksi, mikäli säännös yleisenä normina vastaa yhteiskunnan ja valtion etua. Vahingonvastuu varomattoman vahingonaiheuttamisen seuraamuksena on juuri niitä oikeussäännöksiä, joista epäilyksittä voidaan antaa mainittu hyödyllisyyden arvosana, sillä harkittaessa kysymystä sen vaihtoehdon kannalta, kumman, vahingonkärsineenkö vai sen aiheuttajan kannettavaksi vahinko on sanotunlaisissa tapauksissa jäävä, ei yhteiskunnan edun vaatimuksesta voine viritä eri mieltä. Sen yleisen intressin nimessä, joka käsittää normien johdonmukaisen soveltamisen [62], niihin on yksittäistapauksessa nojauduttava silloinkin, kun se tuntuu kohtuuttomalta asianomaisten yksilöiden asemaa ajatellen.[63]

3. Mitä edellä on sanottu varomattomuudella aiheutetun vahingon vastuusta, on sovellettavissa kaikkeen siihen vahingonvastuuseen, joka tämän tutkielman tuloksien mukaan on oleva seuraamuksena oikeudenvastaisesta käyttäytymisestä siitä riippumatta, onko vahingonaiheuttajassa kulpaa. Mikäli sitä ei ole, on näin muodoin kysymyksessä vastuu objektiivisesti oikeudenvastaisen käyttäytymisen perusteella, vastuu, jonka perusteen teknillinen termi suomalaisessa lakikielessä on tuottamus.[64] Sanotun sisällyksen antaminen tuottamuksen käsitteelle merkitsee kielteistä kannanottoa siihen tieteisopissa esiintyneeseen[65] käsitykseen, jonka mukaan siviilideliktit muka eivät ole oikeudenvastaisia tekoja, vaan ainoastaan

[62] Ks. myös II os. 3 luv. II 6.

[63] Tässä ei ole tilaisuutta kajota kysymykseen »kohtuuspoikkeuksien» sallinnasta. Mainittakoon vain, että niiden innokkaimmankaan puoltajan ei sovi unohtaa mainittua periaatetta oikeussäännöksen yleisen luotettavuuden pyhänä pitämisestä. Kaikkein vähimmin on paikallaan, että jonkinlainen kohtuuden sanelema oikeustajunta korotetaan sovellettavaksi yleisperiaatteeksi. »Der Hinweis auf die Billigkeit gibt keinerlei positive Grundsätze an die Hand», sanoo MAX RÜMELIN (Die Billigkeit im Recht, s. 64) ja jatkaa: »Es liegt nichts anderes vor als ein Verzicht auf die Aufstellung inhaltlich bestimmter Regeln, nur eben ein unter Umständen unvermeidlicher Verzicht. Es ist gerade so, wie wenn man den Richter anweisen würde, er solle gerecht urteilen. Deshalb ist auch mit den sog. Billigkeitsprinzipien nichts anzufangen.» Tähän lausumaan on täysi syy yhtyä.

[64] Tietysti vain sikäli kuin ei ole kysymyksessä (tahallisuus taikka) tuottamus subjektiivisessa (rikosoikeudellisessa) merkityksessä.

[65] Ks. mm. HENLE, Lehrbuch II, s. 202 s. EHRENZWEIG, Schuldhaftung, s. 64: »Die fahrlässige Schädigung, die keiner anderen Sanktion als der Schadenersatzpflicht unterliegt, wie etwa die fahrlässige Sachbeschädigung, kann der Schuldhaftung nicht unterstellt werden, weil ihr die Wiederrechtlichkeit fehlt.» Siitä huolimatta, että tarvitaan sanktioita, ei oikeudenvastaisuutta siis muka ole olemassa!

tekoja, joista seuraa vahingonvastuu. Tämä käsitys, jonka mukaan nähdäksemme kaikki vahingontuottamus, joka ei ole kriminalisoitu, olisi oleva luvallista — mitään velvoitusta huolellisuuden noudattamiseen vieraiden intressien loukkaamisen välttämiseksi ei siis tässä piirissä olisi olemassa —, on mielestämme päättävästi hylättävä.[66] Mutta tuottamuksen ja objektiivisesti oikeudenvastaisen teon samantaminen merkitsee muidenkin periaatteellisten kysymysten vireilletuloa, ennen kaikkea kysymystä oikeusnormin ja vahingonkorvauksen keskinäisestä suhteesta oikeudenvastaisen ja oikeudenmukaisen käyttäytymisen tapauksissa. Tämän kiintoisan kysymyksen tutkiminen edellyttää oikeuden käsitteen ja oikeuslauseen rakenteen lyhykäistä selvittelyä.

4. Oikeus objektiivisessa merkityksessä on autoritatiivisesti velvoittavien heteronoomisten normien kokonaisuus, jonka muodollisena tarkoituksena on ihmisten motivointi yhteiskuntarauhan ylläpitoon[67] ja jonka aineellinen tarkoitus tähtää yhteiskunnan ja sen jäsenten intressien mahdollisimman tyydyttävään[68] toteutumiseen.[69,70]

---

[66] Saman periaatteen alaisuuteen kuuluu mm. kuuluisa BGB:n 826 §, joka säätää vastuun toisen varallisuuden tahallisesta vahingoittamisesta hyviä tapoja vastaan sotivin teoin. Vastoin vallitsevaa mielipidettä, jonka mukaan tällaista tekoa ei ole pidettävä oikeudenvastaisena, on mainitunlainen teko epäilyksittä leimattava luvattomaksi ja siis oikeudenvastaiseksi. Sveitsin lakiteksti nimenomaan erottaa mainitunlaisen ja oikeudenvastaisen teon! FICK-SCHNEIDER, Obligationenrecht, s. 99.

[67] Oikeuden muodollisen tarkoituksen täten KAILAN tapaan määritteleminen yhteiskuntarauhan (Kaila: oikeusrauhan) toteuttamiseksi saattaa herättää epäilyjä sikäli, että tämä määritelmä perimmältään ulottuu puhtaasti muodollista tarkoitusta etäämmälle. Kun puhtaasti muodollinen tarkoitus, oikeusalamaisten motivointi, ei kuitenkaan voi tähdätä bellum omnium contra omnes tilan aikaansaamiseen eikä edes mihinkään epämääräiseen »sodan ja rauhan välitilaan», voidaan yhteiskuntarauhakin vielä katsoa oikeuden muodollisen tarkoituksen piiriin kuuluvaksi, koska tämä määritelmä ei sano mitään siitä, missä suhteessa sanottu rauha on intressientyydytykseen.

[68] Tyydyttävä-attribuutti on mielestämme tässä määritelmässä erityisen sopiva sen vuoksi, että se on asiallisesti suhteutettavissa oikeuden alkuperään, joksi katsomme oikeuden nauttiman kannatuksen. — Eri »alkuperäteorioita» emme pidä tarpeellisena selostaa.

[69] KAILA, Oikeuslogiikka, s. 41 s. Iso Tietosanakirja, hakusanan »Oikeus» kohdalla. — Olemme, toisarvoisin eroin, omaksuneet Kailan määritelmän, jonka mukaan »objektiivinen oikeus eli oikeusjärjestys on yhteiskunnassa voimassaolevien, ihmisten yhteiselämää velvoittavasti järjestävien säännösten kokonaisuus. — Oikeudella on kaksi tarkoitusta: muodollinen, oikeusrauhan, oikeusturvallisuuden toteuttaminen, ja aineellinen, taloudellisten ja aatteellisten hyvien sijoittaminen tyydyttävällä tavalla.» (Iso Tietosanakirja.)

[70] Logistinen, erityisesti KELSENin edustama oikeusoppi kiistää oikeuden tarkoituksen. Tätä oppisuuntaa emme katso voitavan hyväksyä, vaan pidämme tarkoitusta kaiken oikeuden erottamattomana osana. Yhtä vähän olemme tässä tutkielmassa voinut kiin-

Normi sanotussa mielessä on sama kuin oikeuslause, kaksoisnormi, joista toinen, perusnormi, käskee, kieltää tai sallii tietyn käyttäytymisen, ja toinen, tehostusnormi, tarkoittaa oikeussuojan aikaansaantia perusnormin noudattamatta jäämisen varalta. Koska vain käsky (imperatiivi) ja kielto (vetitiivi) voivat vaatia noudattamista, puuttuu sallivalta oikeuslauseelta (permissiiviltä) loogillisista syistä tehoste (sanktio). Faktillisesti se puuttuu lex imperfectasta. Tehosteen olemassaolo ei näin ollen ole ehdottomasti ratkaiseva sen kannalta, onko käyttäytyminen oikeudenmukainen vai oikeudenvastainen. Mainitut predikaatit puolestaan ovat ainoat, jotka voidaan käyttäytymiselle antaa luonnehdittaessa sen suhdetta oikeusnormiin. Kolmatta rinnakkaiskategoriaa, käyttäytymisen irrelevanssia, ei ole olemassa siitä huolimatta, että volitio voi esiintyä myös lupana, sillä luvan mukainen käyttäytyminen on loogillisesti oikeuden hyväksymä ja siten välttämättömästi myös oikeudenmukainen. Oikeudenvastaisuuden määrittelemisessä on kiinnitettävä huomiota kysymykseen, onko se vain perusnormin vaiko myös tehostusnormin vastaista käyttäytymistä. Siihen katsoen, että juuri perusnormi käskee tai kieltää tietyn tekemisen tehostusnormin tarkoittaessa vain oikeuden sisällyksen täyttämistä (käskyn tehoste), oikeustilan ennalleen palauttamista (kiellon tehoste) tai, kun se ei ole enää mahdollista, sen sijaan tulevaa suoritusta tai hyvitystä — vahingonkorvauksessa tällöin aina vastiketta siitä, mikä perusnormin noudattamatta jäämisen vuoksi on ennalleen saattamattomissa —,[71] on tästä nähdäksemme tehtävä se johtopäätös, että tehostusnormi, jota ei voi olla olemassa itsenäisenä, ilman perusnormia, ei myöskään käsitä perusnormia vastaan rikkoneelle oikeusalamaiselle adressoitua itsenäistä vaatimusta. Kun tehosteen kannalta lisäksi on samantekevää, onko oikeusadressaatti valmis vapaaehtoisesti täyttämään oikeuden sisällyksen tai suorittamaan vastikkeen vai toteutetaanko oikeussuoja virallistäytännön, eksekution,[72] avulla, ei tehostusnormi nähdäksemme edellytä

nittää huomiota Kelsenin oikeuden luonteesta omaksumaan hypoteettisen arvostelman teoriaan, se kun eittää oikeuden imperatiiviluonteen ja siten joutuu sovittamattomaan ristiriitaan sen periaatteen kanssa, joka on tässä tutkielmassa puolletun konstruktion kulmakivenä. Siitä, miten Kelsen on modifioinut tätä teoriaansa, ks. KAILA, s. 218.

[71] KAILA, Oikeuslogiikka, s. 113 s. Iso Tietosanakirja, hakusanan »Sanktio» kohdalla.

[72] KAILA, Oikeuslogiikka, s. 114, jakaa virallistäytännön »kahteen kategoriaan: siviili- ja hallinto-oikeudelliseen täytäntöönpanoon (Exekution) ja rikosoikeudelliseen rangaistukseen (Repression)». Siihen katsoen, että ensinmainittu virallistäytäntö on Kailan jaossa ilmaistu formaalisena kategoriana ja jälkimmäinen taas mainitsemalla oikeussuojan materiaalinen sisällys, voidaan nähdäksemme ottaa harkittavaksi, käykö

noudatusvelvollisuutta sen puolelta, jota asianomaisen tunnusmerkistön *perusnormi* on koskenut ja joka ei ole noudattanut *sitä*, joten tehostusnormia vastaan ei myöskään ole mahdollista rikkoa.[73] Tunnusmerkistössä ilmaistulla perusnormilla eli lyhyesti normilla tarkoitetaan sitä (sääntönä sovellettavaksi tarkoitettua) vaadintaa (tai sallintaa), jonka lainsäätäjä ilmaisee tunnusmerkistön kautta. Tunnusmerkistö taasen on abstraktio, johon oikeudellisesti relevanttien seikkojen eri ilmenemismuodoista sisältyy se, mikä niille on yhteistä tietyn tapahtumatyypin kannalta.

Juurisanotusta käy selville, että ainoastaan perusnormi kuuluu vastuutunnusmerkistöön, tehosteen jäädessä sen ulkopuolelle, koska se vain ilmaisee oikeusseuraamuksen. Kysymyksenkäsittelymme, jonka oikeuslausetta koskeva esitys katkaisi, tulee näin ollen koskemaan vahingonkorvauksen suhdetta perusnormiin toisaalta oikeudenvastaisen, toisaalta oikeudenmukaisen käyttäytymisen tapauksessa.

Aluksi on tarkasteltava, onko vahingonkorvaus niissäkin tapauksissa, joissa vastuu nojautuu pelkästään objektiiviseen oikeudenvastaisuuteen oikeusadressaatin ollessa kykenemätön normin käsittä-

---

lainkaan päinsä pitää mainittuja virallistäytännön lajeja yhteisen yläkäsitteen alaisina rinnakkaisjäseninä ja eikö pikemminkin ole katsottava, että eksekutio edustaa kaikkien eri virallistäytäntöjen yhteistä yläkäsitettä rangaistuksen ollessa rinnakkaissuhteessa restitutioon, vahingonkorvaukseen, toiminnan jatkamisen estämiseen (kieltotuomio) ja muihin oikeussuojan toteuttamislajeihin sekä julkisen että yksityisoikeuden alalla.

[73] Sanktio käsittää käskyn tai luvan menetellä rikkonutta kohtaan tietyllä tavalla ja siten kohdistuu perimmältään tehosteen toteuttajiin. Mutta vaikka sen »tehostussäännöksenä» katsottaisiin kohdistuvan oikeusalamaiseenkin, se ei ole enää sellainen primäärinen vaadelma, joiden noudattamisesta oikeusjärjestys syntyy, vaan se käsittää säännöksen, joka koskee niitä toimenpiteitä, joihin jo tapahtunut järjestyksen häiriytyminen antaa aihetta, joten se ei myöskään ole sellainen normi, jonka noudattamatta jättäminen olisi oikeudenvastaisuutta varsinaisessa mielessä. — Tässä yhteydessä huomautettakoon niistä teorioista, joita etenkin saksalaisessa tieteisopissa on esitetty velvoitteen ja vastuun (Schuld und Haftung) toisistaan erotettavuudesta ja jotka eivät ole saaneet kannatusta kotimaisessa kirjallisuudessa. (»Schuld gleich Leistensollen des Schuldners —. Haftung gleich Bestimmung der Person oder Sache, dem Gläubiger als Ersatzobjekt zur Genugtuung oder Schadloshaltung wegen Nichterfüllung der Schuld zu dienen.» SIBER, Iherings Jahrb. Zw. F. 14, s. 61.) Ryhtymättä tässä näiden teoriain selostamiseen vain huomautettakoon, että ainakin siinä tapauksessa, että on kysymys tuottamukselliseen vahingon aiheuttamiseen liittyvästä vahingonkorvausvelvoitteesta, tämä velvoite on ehdottomasti sama kuin vastuu, koska edelläsanotun mukaisesti sanottu velvoite on sanktio eikä näin ollen edusta oikeuslauseen perusnormin mukaista velvollisuutta. Siten sanottu »korvausvelvoitekin» on korvaus*vastuuta*. Eipä edes ole täysin asiallista puhua vahingonkorvausvelvollisuudesta tai -velvoitteesta silloin, kun sanottu korvaus ei ole perusnormin mukainen velvollisuus. Ks. lähemmin s. 37 s.

män vaadelman vastaanottamiseen, sanktion asemassa ja voidaanko siis katsoa normin tällöinkin kieltävän sen vieraan intressin rajoittamisen, josta vahingonvastuu syntyy. Vastaus on epäilemättä myöntävä. Erittäinkin imperatiiviteorian kannattajien objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta yleensä omaksuman käsityksen mukaan, joka edellyttää oikeusjärjestyksen tahtoa saada syyntakeettomatkin oikeusalamaiset toimimaan normin säätämällä tavalla, on kysymykseen ilman muuta vastattava myöntävästi. Mutta siinäkin tapauksessa, että tässä tutkielmassa omaksutun käsityksen mukaan edellytetään oikeustahdon alistuvan siihen tosiasiaan, että osa adressaateista on kykenemätön sen käskyjen ja kieltojen vastaanottamiseen, mutta vaativan tällaisten oikeusalamaisten käyttäytymisen arvostelemista samanlaisten perusteiden mukaan, jotka ovat määrääviä adressaattien käyttäytymistä *yleensä* arvosteltaessa, tullaan vahingonkorvauksen luonteesta samaan johtopäätökseen: vahingonkorvaus on tällöin oikeussuoja, jonka tarkoituksena on vastikkeen antaminen siitä, mitä perusnormin noudattamatta jäämisen takia on menetetty ja mitä ei voida enää palauttaa entiselleen.

Vahingonvastuun sanktioluonne on yhteinen kaikelle vahingonvastuulle ex delicto siitä riippumatta, käsittääkö käyttäytyminen in concreto kulpaa vai ei.[74] Oikeudenmukaisesta käyttäytymisestä johtuva korvausvelvollisuus on tässä kohdin kokonaan toisessa asemassa. Mainittu korvausvelvollisuus näet on perusnormin mukainen velvollisuus, joten sen tehoste ei ole oikeusloogillisesti vastiketta, vaan oikeuden sisällyksen täyttämistä, siis luontoissuoritusta. Tähän tärkeään tunnusmerkkiin on syytä lähemmin kajota varsinkin sen vuoksi, että — mikäli tämän kirjoittaja on voinut panna merkille — sitä ei ole alan kirjallisuudessa käsitelty, vaikka viitattua eroa nähdäksemme on pidettävä vastuutunnusmerkistöjen systematiikankin kannalta huomiota ansaitsevana.

Normi, joka säätää korvausvelvollisuuden määrätynlaisesta, in abstracto sallitusta toiminnasta, ei suinkaan ole ilmauksena siitä lainsäätäjän tarkoituksesta, jonka mukaan *kaikki* tämän tunnusmerkistön tarkoittama toiminta on katsottava oikeudenmukaiseksi. Tosin ne tunnusmerkistöt, joiden tarkoituksen toteutumiseen kuuluu olennaisena osana yksilön »oikeudellisesti suojattuun intres-

[74] BIENENFELD, Haftungen, s. 428 s., näyttää asettavan kulpattoman vastuun aina samaan asemaan, liittyypä se oikeudenvastaiseen tai oikeudenmukaiseen käyttäytymiseen. Bienenfeldin konstruktiosta ks. s. 36.

siin» (Ihering) puuttuminen,[75] minkä itse tunnusmerkistötarkoitus tekee oikeutetuksi,[76] poikkeuksetta edellyttävät sanotun vahingonaiheuttamisen oikeudenmukaisuutta (esim. lastin mereenheitto yhteiseksi pelastukseksi), mutta samaa ei suinkaan voida sanoa niistä tunnusmerkistöistä, joiden tarkoitus ei välittömästi edellytä vahingon aiheuttamista. Viimeksimainittujen tunnusmerkistöjen käsittämän toiminnan piirissä — esim. rautatie- ja moottoriajoneuvoliikenteen harjoittamisessa — esiintyy runsaasti tapauksia, joissa vahinko on johtunut jonkun henkilön tuottamuksesta ja joissa vastaavasti hänen osaltaan on kysymys vahingonkorvauksesta, joka on vastiketta, mutta erotettaessa nämä tapaukset niiden deliktiluonteen mukaisesti eri ryhmäksi[77] on jäljellejäävien vastuutapausten katsottava kuuluvan niihin, joissa vahingonkorvausvelvollisuus ei ole edellyttänyt vahingon välttämismahdollisuutta, vaan joissa päinvastoin vahingonaiheuttamista on pidettävä oikeuden kieltonormin ulkopuolelle jäävänä. Tällainen vastuutunnusmerkistö, joka ilmaisee sen tarkoittaman toiminnan sallittuisuuden, voi siis toteutua sellaisten vahinkojen syntymisenä, joita kaikkea vaadittavaa huolellisuutta noudattaenkaan ei voida välttää.[78] Tällaisen vahingon syntymiseen liittyy korvausvelvollisuus oikeuden perusnormin käsittämänä vaatimuksena, koska tunnusmerkistön ei sanotulta osin voida katsoa sisältävän sellaista vahingon välttämisvaatimusta, jonka noudattamatta

[75] Mm. mainitut tunnusmerkistöt osoittavat, että on asiallisempaa puhua »oikeudellisesti *yleensä* suojatuista intresseistä», mikäli sanotunlaisella intressinsuojalla tarkoitetaan tietyn tilan muuttumattomuusvaatimusta. Kun normin tarkoituksena kuitenkin on osaksi intressin koskemattomuus, osaksi korvauksen suominen intressiin puuttumisesta silloin, kun intressiä sellaisenaan ei katsota voitavan varjella, on riittävää määritellä oikeushyödyke vain oikeudellisesti turvatuksi intressiksi. Vrt. Hägerström-Lundstedt'ilaisen koulun ja SAINION kantaa, Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin, s. 15.

[76] Esim. pakkolunastus, yhteinen haveri.

[77] Eri asia on, että korvausvelvollisuuden sisällys saattaa tuottamuksellisenkin vahingon aiheuttamisen tapauksessa laajentua siitä, mitä se yleisen lain mukaan on, jos tuottamus tapahtuu spesiaalivastuuta tarkoittavan tunnusmerkistön soveltamispiirissä. Ainoa tällainen tapaus Suomen oikeudessa koskee moottoriajoneuvoliikenteestä johtuvan vahingon vastuuta. L 28. 4. 1925.

[78] LUNDSTEDT on pohjoismaisiin vahingonkorvausoppeihin kohdistamassaan kiivaassa kritiikissä (TfR 1923, s. 55 ss.) asettunut puoltamaan kantaa, jonka mukaan vaarantamisvastuun säätämisen tarkoituksena on ohjata vaarallisen toiminnan harjoittajia kaikinpuoliseen huolellisuuteen, käyttämiensä apulaisten tarkkaan valintaan ja valvontaan jne., tällaisesta toiminnasta johtuvien vahinkojen välttämiseksi. On hyvä, jos tällä vastuulla on sanottua vaikutusta, mutta se on kaukana vaarantamisvastuun juriidisesta konstruktiosta.

jättämisestä korvaus sitten olisi suoritettava sanktion sisältämänä vastikkeena. Sellaisten vahinkojen aiheuttamiskielto, joita ei voida välttää, olisi lex ad impossibilia exigens. Vahingonkorvauksen käsittäminen sanktion sisältämäksi vastikkeeksi ensinmainituissa tapauksissa, joissa vieraan intressin rajoitus olennaisesti kuuluu positiivisesti arvotetun tunnusmerkistötarkoituksen toteutumiseen, taasen edellyttäisi perusnormia, joka olisi järjetön, absurda.[79]

Se oikeus, jonka suojeluun sanktio tähtää silloin, kun korvausta on suoritettava oikeudenmukaiseen toimintaan liittyvästä vahingosta, on *oikeus saada korvausta* eikä suinkaan »oikeus säästyä vahingolta». Puheenaoleva konstruktio on asiaa teoreettisesti tarkasteltaessa rohkeasti paljastettava siksi, mitä se on: luvaksi aiheuttaa vahinkoa. Asian ytimeen pääsemiseksi on syytä huomauttaa siitäkin, että vahingonkorvauksen faktillinen suorittaminen ei suinkaan ole tämän vahingoittamisluvan essentiaalinen edellytys, vaan että normin tarkoituksena näissä tapauksissa vain on vahingonkorvausvelvollisuuden konstituoiminen siitä huolimatta, että vastuun yleisluonteista perustetta, sellaista käyttäytymistä, joka normatiivisten näkökohtien mukaan arvostellen on katsottava oikeudenvastaiseksi, ei ole olemassa. Kun vahingonkorvausta käsitellään kirjallisuudessa säännöllisesti — ettemme sanoisi aina — vastikkeen luonteisena,[80] ottamatta huomioon, että sen maksaminen kontrahtisuhteiden ulkopuolellakin saattaa olla myös oikeuden sisällyksen täyttämistä eli siis luontoissuoritusta,[81] on hyvin ymmärrettävissä, että normin ja

[79] Järjetön siksi, että se edellyttäisi oikeudenmukaisen toiminnan oikeudenvastaisuutta.

[80] Kotimainen kirjallisuus ei tee siinä poikkeusta.

[81] Asian esimerkillä valaisemiseksi mainittakoon, että kun RakK 8: 1 säädetty oikeus saada vahingonkorvausta siten, että velallinen korvaa »viljan viljalla ja heinät heinillä», edellyttää vahingonaiheuttamisen oikeudenvastaisuutta ja vastaavasti perusnormia, joka käsittää toisen viljelyksiin kajoamiskiellon, on sanotunlainen korvaus aina vastiketta siitä huolimatta, että luonnontuotteet korvataan luonnontuotteilla. Tällainen korvaus in natura ei siis ole luontoissuoritusta varsinaisessa mielessä. Vrt. s. 7, viite 12.

Jos taas joku on oikeutettu saamaan korvausta heinistään sellaisella spesiaaliperusteella, joka ei edellytä oikeudenvastaisuutta, on tämän oikeuden sisällyksen täyttäminen luontoissuoritusta siitä huolimatta, että se tapahtuu rahana ja on vahingonkärsineen kannalta vastiketta, sillä tällöin ei ole ollut olemassa mitään oikeusnormin vaatimusta, jonka mukaan mainitunlaisen vahingon aiheuttaminen on ollut kielletty, eikä siis oikeuden sisällyksen täyttäminen tarkoita sen tilan aikaansaamista, joka on vallinnut ennen vahingon tapahtumista, vaan ainoastaan korvausvelvollisuuden täytetyksi tulemista. Tällöin siis ei myöskään mainitussa lainkohdassa säädetty oikeus vaatia korvausta muuna kuin rahana voi tulla kysymykseen.

Se, että vahingonkorvaus vallitsevan käsityksen mukaan luetaan aina vastikkeeksi,

vahingonkorvauksen suhde oikeudenvastaisesta ja oikeudenmukaisesta toiminnasta johtuneen vahingon korvaamisen erottavana tunnusmerkkinä on jäänyt selvittämättä. BIENENFELD, joka kirjailijoista poikkeuksena kiinnittää huomiota tarkoittamamme luonteiseen erontekoon ottamalla sen perusteeksi vahingonkorvauksen suhteen »tunnusmerkistölliseen velvollisuuteen» (tatbestandliche Pflicht) ja »oikeusseuraamusvelvollisuuteen» (Rechtsfolgepflicht) ja joka siten käyttää perimmältään samaa kriteeriä, jota tämän kirjoittaja tarkoittaa puhuessaan vahingonkorvauksen suhteesta perus- ja tehostusnormiin, on kuitenkin johtunut tässä selvittelyssään kokonaan harhaan. »Oikeusseuraamusvelvollisuudesta» ei, kuten edelläkäyneestä esityksestä on selvinnyt, voida puhua samassa merkityksessä kuin käyttäytymisen suhteesta perusnormiin, joka yksin synnyttää velvollisuuden tietynlaiseen käyttäytymiseen. Tästä Bienenfeldin lähtökohdan virheellisyydestä johtuu koko konstruktion kestämättömyys. Bienenfeld näet johtuu siihen tulokseen, että on olemassa tunnusmerkistöjä, joista »tunnusmerkistöllinen velvollisuus» kokonaan puuttuu ja jotka samalla edellyttävät itsenäisen »oikeusseuraamusvelvollisuuden» olemassaoloa.[82] Tämä merkitsee samaa kuin että tehostusnormilla olisi itsenäinen eksistenssi ilman perusnormia, mikä on mahdotonta. Bienenfeldille on kuitenkin annettava se tunnustus, että hän on itsenäisesti käsitellyt tunnusmerkistössä ilmaistua normin ja vahingonkorvauksen suhdetta ja sikäli myötävaikuttanut puheena olevien vahingonkorvaussäännöstöjen luonteen selventämiseen.

---

johtunee »oikeuden henkisen vallan» konstruoimisesta suhteeksi vahingonkärsineen ja hänen intressiensä välillä, jolloin vahingon tapahtuminen aina käsitetään »intressinloukkaukseksi» ikäänkuin se olisi määriteltävissä vahingon objektin puolella. Tällaista intressinloukkausta ei kuitenkaan ole olemassa; se syntyy vain siitä, että joku on tehnyt oikeudenvastaisen teon. — Tässä yhteydessä huomautettakoon myöskin sen teorian harhautuneisuudesta, jonka mukaan korvausvelvollisuuden edellytyksenä yleensä on vahinkoseurauksen oikeudenvastaisuus. Näin esim. LEONHARD, Schuldrecht II, s. 673. v. TUHR, Schw. Obligationenrecht, s. 357, katsoo, että »Eingriff in fremden Besitz» sinänsä sisältää oikeudenvastaisuutta. Ks. myös II os. 1 luv. I.

[82] BIENENFELD, mt. s. 429: »Während daher viele Fälle des Zivilrechts — die Haftungen ohne Verschulden — einer tatbestandlichen Pflicht ermangeln, aber eine Rechtsfolgeplicht gleichzeitig mit Realisierung des Tatbestandes existent wird, ist umgekehrt bei den strafrechtlichen Tatbeständen die Übertretung einer tatbestandlichen Pflicht Voraussetzung der Haftung, wogegen im Rechtsfolgeteil hier nur eine Haftung, keine Rechtspflicht zu finden ist.» — Bienenfeldin esityksestä saa sen käsityksen, että »Rechtsfolge» siinä tarkoittaa sanktiota, joten tekstissä tehdyt johtopäätökset nähdäksemme ovat täysin oikeutetut.

Edelläolevasta esityksestä saadaan siis tulokseksi, että niissä tapauksissa, joissa on säädetty vahingonkorvausvelvollisuus oikeudenmukaisesta toiminnasta, se on oikeuslauseen perusnormin mukainen velvollisuus,[83] jonka tehoste käsittää luontoissuorituksen, so. oikeuden sisällyksen täyttämisen. Vastiketta tähän tehosteeseen sisältyy vain sikäli kuin vahingonkorvauksen viipymisestä on maksettava korkoa. Siinä tapauksessa taasen, että normi on kieltänyt vahingon aiheuttamisen, vahingonkorvaus on vastiketta, joka on tuleva sen sijaan, mitä ei voida saattaa ennalleen.[84]

On asiallista, että vahingonkorvauksen erilaista luonnetta vastaavasti sanotuissa tapauksissa käytetään eri nimitystä sen vahingonkorvauksen suorittamisesta, jota on maksettava perusnormin vaatimuksen mukaisesti, ja eri nimitystä siitä, joka on sanktion sisällyksenä. Kun tämä ero on tehtävä vahingonkorvauksen suorittajan kannalta — eikä vahingonkärsineen, jolle vahingonkorvaus aina on intressinrajoituksen vastiketta — on tarkoitettujen nimitysten valinnassa otettava huomioon nimenomaan perusnormin vaatimus ja

[83] Kuinka etäällä johtavan tieteisopin käsitys on esittämästämme konstruktiosta, käy ilmi mm. siitä, että ENNECCERUS, Lehrbuch I,1 (1923), s. 335, sanoo tästä korvausvelvollisuuden ryhmästä, että se »den unerlaubten Handlungen nahesteht und daher am besten nach diesen besprochen wird», ja että HECK, Grundriss, s. 460, tällöinkin puhuu sanktiosta, joka muka on »eine schwächere und eine indirekte».

[84] Käsitellyn peruseron huomiotta jääminen johtaa helposti harhapäätelmiin. Siitä on esimerkkinä NOPOSEN esitys ns. vaarantamisvastuusta (vaarasta ks. II. os. 3 luv. V 2.) hänen teoksessaan »Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustoimiin naapurin maalla». Teoksen sivulla 238 mainitaan seuraavaa: »Kun näet 'vaarantamisvastuusta' on kysymys, tulee muistaa, ettei kiinteistön omistaja ole velvollinen sietämään sitä, että rautatiestä aiheutunut kipinä sytyttää hänen talonsa palamaan, lentokone pudotessaan vahingoittaa hänen rakennuksiaan, auto törmää hänen rattaansa vialliseksi tai sähköjohdoista johtunut sähköisku surmaa hänen karjaansa. On vain olemassa velvollisuus sietää tällaisten onnettomuuksien vaaranuhkaa (Gefährdung), ei sitävastoin itse näitä onnettomuuksia. Sensijaan naapuruusoikeuden nojalla rakennetusta tiestä, sähköjohdosta, ojasta, vesijohdosta jne. tulevaa vahinkoa kiinteistön omistaja tai nauttija todella on velvollinen sietämään. Vahingontuottaminen ei ole oikeudenvastainen teko.» Tästä esityksestä tuskin voi saada muuta käsitystä kuin että mainitunlaisen »vaarantamisvahingon» aiheuttaminen on tekijän mielestä aina oikeudenvastainen. Mutta kuinka tämä konstruktio on sopusoinnussa sen kanssa, että itse vahingonvaaran synnyttäminen on oikeudenmukainen, se jää nähdäksemme käsittämättömäksi. NOPOSEN selitys onkin loogillisesti ristiriitainen, koska se, joka on »velvollinen sietämään» sallitun vaarantamisen, on velvollinen sietämään myöskin sen puhkeamisen konkreettiseksi vahingoksi silloin kun vaarantaminen ei tapahdu oikeudenvastaisen teon kautta. Itse vahingon sietämisvelvollisuuden eittäminen sanotussa tapauksessa näin ollen merkitsee vaarantamisenkin sallittuisuuden kiistämistä, joten NOPONEN sanotussa väitteessään joutuu hylkäämään oman lähtökohtansa.

vahingonkorvauksen suhde siihen. Vahingonkorvaus*velvollisuus* tai -velvoite on tällöin nähdäksemme tarkoituksenmukainen sana vastaamaan oikeudenmukaiseen käyttäytymiseen liittyvän vahingon korvaamista, koska juuri perusnormi määrää oikeusalamaisen käyttäytymisen ja siinä mielessä konstituoi velvollisuuksia, kun taasen sen vahingonkorvauksen suorittaminen, joka tulee kysymykseen vahingonaiheuttamiskieltona ilmenevän perusnormin noudattamatta jättämisen seuraamuksena, on paraiten nimitettävissä vahingonkorvausvastuuksi tai lyhyesti vain vahingon*vastuuksi*, koska se käsittää vastikesanktion, joka ei synnytä itsenäistä velvollisuutta. — Vahingonkorvausvelvollisuuden ja vahingonkorvausvastuun yhteisnimitys on saatavissa luontevasti siten, että suhdetta perus- ja tehostusnormiin osoittava mainittujen sanojen loppuosa jätetään pois, jolloin siis vahingonkorvauksella voidaan tarkoittaa sekä perusnormin mukaista suoritusta että vastikkeen luonteista sanktiota. Ehdottamamme selventävä terminologia on otettu huomioon jo tutkielmamme nimessä, jossa ehkä voitaisiin katsoa olevan pleonasmia sikäli, että siinä mainitaan deliktiperusteisen vahingonvastuun rakenteesta, vaikka olisi riittävää puhua vain vahingonvastuusta, jolla sanotun mukaan sinänsä on katsottava ymmärrettävän vain oikeudenvastaisesta käyttäytymisestä johtuvaa vahingonvastuuta. Selvyyden vuoksi ja koska ehdottamamme eronteko ymmärrettävästi vielä on tuntematon eikä sitä varsinkaan vahingonkorvaamista yleensä ilmaisevassa sanonnassa liene syytä toteuttaakaan, tutkielman nimi kuitenkin on pantu siksi, mikä se on.[85]

[85] Kun vahingonkorvaus kielellisesti ilmaisee lähinnä konkreettisen suorituksen, lienee sallittava, että korvauksen suorittamisuhan alaisena oleminen tietyissä olosuhteissa ilmaistaan vastuu-sanalla siitä riippumatta, tarkoittaako kysymyksessä oleva tunnusmerkistö korvausvelvollisuutta vai vahingonvastuuta vai molempia. Niinpä esimerkiksi sellainen termi kuin vaarantamisvastuu olisi syytä säilyttää, edelleen työnantajan vastuu jne., milloin on kysymys vastuunalaisuudesta in abstracto. Samoin esim. vastuusubjekti, vastuutunnusmerkistö, vastuukysymys.

ENSIMMÄINEN OSA

OIKEUSALAN KAUSAALISUUSKYSYMYS

ENSIMMÄINEN LUKU.

KAUSAALISUUSTEORIAT.

A. YKSITTÄISTÄVÄT (INDIVIDUALISOIVAT) TEORIAT.

I. EDELLYTYSTEN SAMANARVOISUUSOPPI (EKVIVALENSSI- ELI CONDITIO SINE QUA NON TEORIA) JA NS. KAUSAALIYHTEYDEN KATKEAMINEN.

1. Jokainen inhimillistä tekoa[1] ja vahinkoilmiötä koskeva tunnusmerkistö, jossa teko ja vahinko on suhteutettu siten, että teon tekijän on suoritettava vahingosta korvausta, edellyttää ehdottomasti syysuhdetta teon ja vahingon välillä. Tätä vastaavasti ja huomioonottaen muutkin tunnusmerkistöt kausaalisuuskysymys on tieteisopissa saanut osakseen suurta huomiota. Siitä on syntynyt, kuten TRAEGER[2] jo vuosisadan vaihteessa totesi, »fast unübersehbare juristische Literatur». Tästä kirjallisuudesta rikosoikeuden tutkijain teokset muodostavat merkittävimmän osan. Koska kausaalisuuskysymys on yhteinen koko oikeustieteelle ja sen tutkimuksen tulokset siten arvokkaita laajalti ulkopuolella rikosoikeuden alan, erityisesti vahingonkorvaussäännöstön kannalta, on rikosoikeudellisesta kirjallisuudesta saatavissa suurta apua sanotun kysymyksen siviilioikeudellisen merkityksen selvittämiseksi. Siksi tässäkin tutkielmassa on käytetty sanottua kirjallisuutta enemmän kuin yksityisoikeudellisissa tutkimuksissa on tapana. Aineenkäsittely on, kuten johdannossa viitattiin, ollut pakko supistaa pääkysymyksiin, mihin oikeuttanee sekin, että kotimaisella kirjallisuudella nyttemmin on tältä alalta

[1] Teko on lyhyesti määriteltynä tahdon ilmentymä.

[2] Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, s. 1.

tarjottavana valaiseva teos, johon seuraavassa on tilaisuus usein viitata.[3]

STAUDINGERin Saksan siviililakikoonnosta koskevien kommentaarien uusimmassa painoksessa (9:s, 1930) WERNER[4] arvostelee kommentaarien obligatio-oikeudellisen osan aikaisemman esittäjän KUHLENBECKin kantaa, jonka mukaan kausaalisuuskysymyksen tutkimuksen vastoinkäymiset ovat johdettavissa siitä, että useimmat tutkijat jättävät tekemättä alkeellisen eron filosoofisen syy-käsitteen ja kausaalisuus-käsitteen välillä siinä mielessä, joka käsittää sanotun kysymyksen inhimillisenä tietoperusteena. Kuhlenbeck katsoo, ettei kausaalisuusprobleemi koske causa fiendi'n selvittämistä; tällainen causa vain kuuluu in concreto niihin premisseihin, joista tehdään *oikeusvaikutusta* koskeva päätelmä. Jokaiseen juriidiseen kausaalisuussuhteeseen sisältyy näin muodoin yksistään causa cognoscendi, koska oikeusvaikutus voi olla olemassa ainoastaan inhimillisen arvostelman tuloksena.[5] Viimeksimainitun päätelmän Werner myöntää oikeaksi, mutta lisää, ettei juriidinen kausaalisuuskysymys tarkoita oikeusvaikutuksen olemuksen selvittelyä, vaan kysymystä siitä, milloin oikeus tunnustaa, että kahden tapahtuman välillä on olemassa syy-yhteys. »Nicht wann eine *Rechtswirkung* gegeben ist, ist die Frage, sondern, wann eine *tatsächliche Wirkung* im Rechtssinne vorliegt.»[6] Wernerin arvostelua tuskin voidaan pitää oikeutettuna, sillä Kuhlenbeckin käsitys sisältää todella arvokkaan metodoloogisen viitteen tämän kysymyksen syventämiseksi nimenomaan oikeusopilliseen suuntaan — luonnontieteellis-filosoofisen kausaalisuus-käsitteen rajoittuneisuuden huomioonottaen. Niin sattuvalta kuin Wernerin juuri mainittu huomautus kuulostaakin, on sen johdosta syytä sanoa, että käsitteeseen »tatsächliche Wirkung im Rechtssinne» saattaa sisältyä contradictio in adiecto, koska »Wirkung im Rechtssinne» ei aina ole »tatsächlich», mikäli sillä, niinkuin tässä, on tarkoitettu luonnontieteellis-kausaaliseksi katsottavaa seurausta. Tällä ei tahdota kiistää, että kausaalisuuskysymys nimenomaan oikeusalankin kysymyksenä kohdistuu, kuten Werner huomauttaa, antecedensin ja subsequensin välisen yhteyden selvittämiseen, mutta tämä suhde

---

[3] HONKASALO, Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa, 1933.

[4] II, 1 s. 124.

[5] KUHLENBECK nojaa MANIGKin tutkimukseen »Ueber Rechtswirkungen und juristische Tatsachen», Jherings Jahrb. 49 (1905), s. 465. Vrt. MANDL, s. 80.

[6] Mk., ms.

ilmenee silloin loogillis-tietoteoreettisena kysymyksenä. — Oikeusvaikutusmomenttiin tällaisella kausaaliyhteyttä koskevalla kysymyksellä on kosketusta mm. sikäli, että jokaisen kausaalisuusteorian perimmäisenä tarkoituksena on osoittaa, että ne oikeusvaikutukset, joihin sen rakentamaa kausaalisuus-käsitettä soveltaen johdutaan, vastaavat lakia ja oikeustajuntaa.[7]

Kausaalisuuskysymys koskee inhimillistä tietämistä yleensä. Se on filosofian keskeisimpiä ja myös vaikeimpia kysymyksiä, jolla on yleisluonteinen kantavuus. Oikeustieteen tehtävänä ei kuitenkaan ole punnita kausaalisuuskysymystä kaikilta niiltä puolilta, jotka askarruttavat filosoofista ajattelua. Sille ei kuulu ratkaista, onko kausaalisuus apriorista vai kokemusperäistä, onko se inhimillisen ajattelun muoto vai kokemuksen tulos vai kuuluuko sen olemukseen kenties vain muutos vaiko substanssi. Sen sijaan kausaalisuuskysymyksen oikeustieteellisessä käsittelyssä siitä asti, kun se viime vuosisadalla joutui oikeusoppineiden huomion kohteeksi, on pidetty tärkeänä sen toteamista, milloin antecedens on katsottava tietyn tapahtuman syyksi, koska juuri sillä on oikeudellista merkitystä. Kun tämänkin kysymyksen ratkaisu tietoteoreettisena tehtävänä kuuluu filosofian alaan, on ymmärrettävää, että oikeustiede on kysymyksen käsittelyssä joutunut työskentelemään mitä läheisimmässä kosketuksessa ensinmainittuun tieteeseen ja sen vaikutuksen alaisena.[8] Siitä johtuukin, että vielä myöhäisessäkin oikeustieteellisessä kirjallisuudessa, joka kausaalisuuskysymyksen käsittelyssä selvästi irroittuu sanotun tieteen holhouksesta, yhtäkaikki monin kohdin tuntuvat filosoofisen asiankäsittelyn pihtien pitämät.

Kysymys kausaalisuudesta siinä mielessä, miten ilmiö vaikuttaa

---

[7] Vrt. TRAEGER, s. 115, MÜLLER, s. 3.

[8] Moni tutkija korostaa kausaalisuus-käsitteen samuutta oikeudessa ja filosofiassa. Ks. mm. MÜLLER, G., Das Causalitätsproblem im Strafrecht, s. 18; HUTHER, Der Causalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts, s. 4. HASS, IheringsJahrb. 37, s. 336: »Wir behaupten: Das Kausalitätsproblem kann auf allen Gebieten der Wissenschaft nur einheitlich gelöst werden, denn der Ursachenbegriff ist überall derselbe». LINCKELMANN, s. 53: »Der Begriff der Ursache im Rechtssinne — ist überhaupt genau derselbe wie in allen anderen Wissenschaften —». PLATOU, Privatret, s. 534: »Kausalitätsproblemet (er) det samme for alle Videnskaber, aarsagsbegrepet er overalt det samme. Kausalitetsloven er en Verdenslov og icke kun gyldig for bestemt afgraendede Feldter. Kausaliteten, som ligger til Grund for alt hvad der sker i Verden, er fulstaendig objektiv, den er uafhaengig af det Standpunkt, hvorfra man anskuer den; den er den samme for Filosofien og Naturvidenskaben som for Retten.» PUSTOROSLEWin mielestä tämänsuuntaisen käsityksen paikkansapitävyys on yhtä ehdoton kuin että kaksi kertaa kaksi on neljä. GS 68, s. 236.

toiseen, jollaisen vaikutusyhteyden ihminen kokemusperäisen tietonsa nojalla edellyttää olemassaolevaksi, on juriidisen tutkimuksen kannalta hedelmätön.[9] Sikäli kuin sanotun yhteyden olemassaoloa ja laatua koskeva todistelu joskus onnistuisikin, se vain toisi selvyyttä niin sanoaksemme siihen prosessiin, josta seuraus edellytysten vaikutuksesta syntyy, antamatta arvattavasti mitään lisää siihen käsitykseen, joka meillä on kausaalisuudesta ilmiöiden vaikutusyhteydestä syntyvänä *seuraantona* ja joka ratkaisevasti vaikuttaa arvosteluumme syyn ja seurauksen olemassaolosta siitä riippumatta, miten »an sich» edellytyksistä seuraus kehkeytyy. Kausaalisuuskysymyksen tämä tietokriitillinen puoli onkin se filosofian ja oikeustieteen yhteistyön ala, jolla ensinmainittu tiede on jättänyt pysyvimmän jälkensä juriidiseen ajatteluun. Suhteellisesti vähälukuiset ovat tänäkin päivänä ne oikeusoppineet, jotka eivät sanottua kysymystä käsitellessään vetoaisi JOHN STUART MILLin määritelmään kausaalisesta syystä, joka mainitun filosoofin mukaan on niiden antecedentiain kokonaisuus, joita tapahtuma muuttumattomana ehdottomasti seuraa.[10] Kun kausaalisen syyn käsite täten kasvaa kaikki edellytykset käsittäväksi, se kuitenkin samalla antaa vakavan aiheen epäillä siten saavutettavan kausaalisuus-käsitteen merkitystä kaikille empiirisille tieteille, jotka sanotulta käsitteeltä odottavat syiden rajoittamista siten, että ne suhteessa tarkastelunalaiseen seuraukseen erottuvat muista, in infinitum ulottuvista edellytyksistä. Onkin väitetty, että Millin määritelmä vastaa kausaalisuus*lakia*, jolle edellytysten kokonaisuus välttämättömyys-seurauksineen on ominaista, mutta ettei sen tarkoittama edellytysten kaikkeus voi olla määräävä kausaalisuus*käsitteelle*.[11] Mainitut käsitteet, kausaalisuuslaki ja kausaalisuus-käsite, on tosin pidettävä toisistansa erillään ja niiden ero määriteltävä luonnontieteellisen välttämättömyyden ja realiteettien välisen suhteen ilmentämisen eroksi; mutta viimeksimainittu, siis kausaalisuus-käsite, ei periaatteellisesti voine sisältää mitään immanenttista kriteeriä kausaalisten edellytysten rajoittamiseksi, joten — kaikesta erilläänpidosta huolimatta — edellytysten *kokonaisuuteen* ja niistä syntyvän seurauksen ehdottomaan välttämättömyyteen nojautuva kausaalisuus-käsite sisältää koko maailmankaikkeuden menon olemisen seurauksen syynä: seuraus on syntynyt sen takia, että luonnon kulku siihen asti on

---

[9] Tästä vallitsee tieteisopissa suuri yksimielisyys.

[10] MILL, Logic I, s. 370, 377.

[11] LEONHARD, Schuldrecht I, s. 146. Vrt. v. BAR, GrünhZ 4, s. 36; THYRÉN, s. 136.

ollut se mikä se on ollut.[12] Tähän tulokseen johdutaan kuitenkin vain siitä, että kausaalisuus-käsite suhteutetaan luonnonmaailmaan ja sen konkreettisiin realiteetteihin. On huomattava, että kausaalisuus-käsite oikeusalalla ei ole tämän rajoituksen alainen, vaan se ulottuu abstraktistenkin realiteettien alalle.

Kausaalisuus-käsitteen kaikinpuolista erottamista kausaalisuuslaista ei näin muodoin voitane tehokkaasti toteuttaa pelkästään sanottuun käsitteeseen sisältyvään selittävään *relatioon* viittaamalla;[13] ellei samalla oteta huomioon kausaalisuus-käsitteen *relatiivisuutta* vastakohtana kausaalisuuslain absoluuttisuudelle.[14] Vasta tämän askelen kautta juriidinen kausaalisuuskysymys joutuu itsenäiselle pohjalle, minkä tarpeellisuuden ja oikeutuksenkin vielä moni tutkija kiistää — ja vasta se tekee täysin selväksi, ettei viittaus Millin määritelmään, jonka sisäinen olemus on niin kokonansa toinen kuin mitä oikeustiede tarkoituksiinsa tarvitsee, merkitse perimmältään mitään olennaista opastusta juriidisesti relevantin kausaalisuussuhteen selvittämiseksi.[15]

2. Aikana, jolloin käsitys kausaalisuuden ehdottomasta objektiivisuudesta ja kausaalisuuskysymyksen samuudesta kaikilla inhimillisen tietämisen aloilla hallitsi tutkijain mielipidettä, oli oikeustieteen kiinteä nojautuminen filosoofisen ajattelun tuloksiin mitä luonnollisin. Jo tällöin oli kuitenkin selvää, ettei oikeustiede voinut katsoa ilmiön syyksi kaikkien sen edellytysten *kokonaisuutta*. Seurauksen aiheuttaminen tämän vaatimuksen puitteissa käsittää suoranaisen mahdottomuuden. Kun seurausta kuitenkin täytyi pitää kaikkien edellytysten tuloksena, ei jäänyt muuta ratkaisua kuin kaikkien kausaalisten edellytysten tunnustaminen tässä suhteessa samanarvoi-

[12] BIRKMEYER, Ursachenbegriff, s. 261: »Der Causalzusammenhang im philosophischen Sinne ist mit dem Weltzusammenhang identisch.» — Omituiselle kannalle asettuu MANDL, s. 23, joka pitää kausaalisuus-käsitettä fiktiona päästyään määrittelemästä (s. 22), että fiktio on »eine bewusste Abweichung von der Wirklichkeit», ja sanomasta, että itse kausaalisuus ei ole fiktio.

[13] TRAEGER, s. 16.

[14] Vrt. KRÜCKMANN, IheringsJahrb. 55, s. 51: »Es gibt nichts Subjektiveres und Relativeres als den Zufall, und darum gibt es auch nichts Subjektiveres und Relativeres als den ursächlichen Zusammenhang.» Tämä, ehkä tarkoituksellisesti jyrkennetty lausuma osoittaa johdatuksensa »Zufall — darum — Zusammenhang» kautta, että kausaaliyhteyden tässä korostettu relatiivisuus johtuu välittömästi sen vastuunedellytys-luonteesta. Oikeustieteen irroittuminen filosofiasta tapahtuu juuri tätä tietä.

[15] PETERSEN, Kausalität Determinismus und Fatalismus, s. 4 s., sanoo MILLin määritelmästä jyrkästi: »Im Gebiete des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts lässt sich mit ihr nichts anfangen —.» Vrt. TESAR, s. 197.

siksi. Kausaaliseksi edellytykseksi katsottiin jokainen sellainen antecedens, jota ei voida ajatella ennakkotapahtumien joukosta poistetuksi poistamisen johtamatta päätelmään seurauksenkin syntymättä jäämisestä — määritelmä, joka vastasi Millin definition muuttumattomuusvaatimusta. Tämä määritelmä on ollut ns. conditio sine qua non teorian runkona sen syntysanoista asti,[16] minkä lisäksi nekin oikeusoppineet, jotka eivät hyväksy sanottua teoriaa, säännöllisesti katsovat oikeudellisesti relevantin edellytyksen olevan löydettävissä ainoastaan conditio sine qua non ryhmästä.[17]

Johdonmukaista conditio sqn. teorian soveltamista ohjaa periaate, jonka mukaan kausaaliyhteys mainituin tavoin todettuna samalla merkitsee — tietysti muiden vastuullistavien seikkojen myötävaikuttaessa — oikeudellisesti relevantin vastuun käsilläoloa.[18] Jo tämä periaate edellyttää luopumista conditio sqn. vaatimuksesta puhtaasti geneettiskausaalisessa merkityksessä. Seurausta ei tarkastella yksinomaan konkreettisena ilmiönä, vaan myöskin niiltä puolilta, jotka ovat olennaisia kysymyksessäolevalle oikeudelliselle tapahtumatyypille. Täten kausaalisuus-käsitteeseen teleoloogisesti sisällytetään kriteeri, jonka tehtävänä ennen muuta on erottaa kausaalisuuden piiristä *juriidisesti* irrelevantit conditiones sine quibus non. Etteivät ne tulokset, jotka conditio sqn:n edellyttämän eliminoimismenettelyn[19] kautta saavutetaan, enää tämän jälkeen tarjoa samanveroista varmuutta antecedensin kausaalisuuden määrittelyssä kuin jos olisi kysymys seurauksesta in concreto, on mitä luonnollisinta. Vaikeudet, jotka täten kysymyksessäolevassa teorian soveltamisessa syntyvät, eivät kuitenkaan ole niitä, joihin varsinaiset muistutukset teoriaa vastaan voidaan perustaa. Näiden muistutusten

---

[16] v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873; Die Causalität und ihrestrafrechtlichen Beziehungen, 1885; ynnä kymmeniä muita julkaisuja. — v. Burin perustama teoria on saanut erittäin laajan kannatuksen.

[17] Niinpä Traeger, s. 38, aivan oikein pitää kausaalisuuskysymyksen ymmärtämisen arvokkaana voittona sitä, että käsitys conditio sqn. teorian olemisesta jokaisen juriidisen kausaalisuusteorian lähtökohtana on saanut yhä enemmän kannattajia.

[18] Vastuun syntymiseen katsoen, kuten sanottu, vain muiden vastuullistavien seikkojen ohella. Mezger, Lehrbuch, s. 121.

[19] Koska jokainen antecedens, jota ei voida ajatella ennakkotapahtumien joukosta poistetuksi poistamisen johtamatta päätelmään seurauksenkin syntymättä jäämisestä, on katsottava seurauksen kausaaliseksi edellytykseksi, on antecedensin edellytys-luonne selvitettävä siten, että ennakkotapahtumien joukosta ajatellaan vuorotellen eliminoiduksi jokin antecedens tai niiden ryhmä ja samalla tarkastellaan, mikä vaikutus sanotulta kannalta tällaisella eliminoinnilla on.

oikeutus on toisella taholla: relevantin kausaalisuuden liiassa laajuudessa.

Conditio sqn. teoriaa vastaan on sen käsittämän syy-yhteyden rajoittamattomuudesta muka johtuvina päätelminä usein esitetty sellaisiakin näkökohtia, joille ei voitane antaa ratkaisevaa arvoa oikeudelliselta kannalta. Niinpä on mainittu sanotun teorian johtavan mm. siihen, että rikoksentekijän vanhempien ja esivanhempien olisi katsottava asettaneen ratkaisevan edellytyksen rikoksen syntymiselle ja sikäli olleen jälkeläisen toimesta sittemmin tapahtuneiden rikosten tekijöinä.[20] Ettei tällaisten edellytysten teorian mukaista kausaalisuutta voida lukea conditio sqn. teorian epäkohdaksi, on kuitenkin ilmeistä, sillä sanotun teorian kannattajien taholta ei ole koskaan väitetty pelkän kausaalisen edellytyksen luomisen olevan oikeudellisesti merkityksellistä ilman muita myötävaikuttavia seikkoja. Rikoksen osalta syyllisyysvaatimus käsittää rajoituksen, jota ekvivalenssiteorian innokkaimmankaan vastustajan ei ole lupa jättää huomiotta; ja jos on kysymys esim. sellaisesta vahingonkorvausvelvollisuudesta, joka ei edellytä edes kulpaa eikä oikeudenvastaisuutta, ilmaisee vastuutunnusmerkistö (Haftungstatbestand) saman rajan, jota varhaisemmin vastuu ei voi tulla kysymykseen. Näin ollen ei sanottuun suuntaan muka conditio sqn. teorian mahdottomuuden osoittamiseksi esitettyjä perusteluja voitane pitää kestävinä.[21] Tätä käsitystä tukee sekin, että teoria on — rikosoikeudellisena kausaalisuusoppina — osoittautunut erittäin elinvoimaiseksi.[22]

Ne kohtuuttomat tulokset, joihin conditio sqn. teorian tarkasta soveltamisesta johdutaan, ovatkin poikkeuksetta toisaalla: vastuu tiettyyn tunnusmerkistöön kuuluvasta seurauksesta sen sangen etäisine ja ennalta arvaamattomine toteutumismahdollisuuksineen ei ole teorian mukaan rajoitettavissa oikeustajuntaa vastaavaksi.[23]

---

[20] Mm. HENLE, s. 214. Henle viittaa (ms. viite 8) myös siihen, että syyksiluettavuus conditio sqn:n korrektiivina hänen mielestään on tieteellisesti epätyydyttävä ja käytännössä varsinkin vahingonkorvausoikeudessa riittämätön, joten teorian heikkouksia ei sillä voida paikata.

[21] Toista mieltä HONKASALO, s. 135 s.

[22] Vrt. MIHURKO, s. 311. — Rikosasioissa Saksan Reichsgericht on tänäkin päivänä kysymyksessäolevan teorian kannalla: v. GEMMINGEN, Probleme s. 37, viite 3, tosin väittää, että »Sieht man nämlich näher zu, so entdeckt man, dass das RG zwar officiel auf dem Boden der Bedingungstheorie steht, in Wahrheit aber Adäkvanzbetrachtung da einschmuggelt, wo das Ergebnis es erfordert und wo der Tatbestand des Besonderen Teils es zulässt».

[23] ENGISCH, s. 47, pitää puheenaolevassa suhteessa tärkeänä, että adekvaattisuus-

Rikosoikeuden osalta tämä koskee ennen muuta seurauksen kvalifioimia rikoksia ja lisäksi eräitä sellaisia tapauksia, joissa kausaaliyhteyden rajoitus on välttämätön, vaikka seuraus on syntynyt symptomaattisesti syyksiluettavasta teosta. Kummassakaan tapauksessa ei syyllisyys, jonka korrektiivina soveltamisesta conditio sqn. teorian käyttökelpoisuus rikosoikeudessa johtuu, sisällä ohjetta vastuun rajoittamiseen. Ensinmainitusta ryhmästä mainittakoon esimerkkinä, että conditio sqn. teorian mukainen vastuu ulottuisi RL 21 luvun 4 §:n 2 mom:n tarkoittamassa tapauksessa myöskin sellaisen kuoleman aiheuttamiseen, joka ei ole missään suhteessa riippuvainen pahoinpitelyllä tuotetun vamman vaikutuksesta ihmisruumiiseen. Toinen ryhmä taas käsittää sellaiset tapaukset, joissa tahallisen teon seuraus yleistettynäkin on täysin sattumanvarainen.[24]

Siviilioikeudellisen vastuun osalta conditio sqn. teoria johtaa kohtuuttomuuksiin, joilla on huomattavasti merkityksellisempi kantavuus, kuin minkä mainitut rikosoikeuden alaan kuuluvat tapaukset käsittävät. Tämä asiantila käy selville jo siitä, että vahingon kehittyminen sen jälkeen kun vahingon synnyttävä oikeudenloukkaus on tapahtunut saattaa ulottua kauas objektiivisen ennalta-arvattavuuden ulkopuolelle. Myöskin oikeudenmukaiseen toimintaan liittyvä vahingonkorvausvelvollisuus tulee tarkoituksettoman laajaksi, jos sen ainoana kausaalisena rajoituksena on conditio sine qua non.

Nämä tulokset, joihin conditio sqn. teoria vie, ovatkin peloittaneet useita teorian puoltajia pysymästä johdonmukaisella kannalla. Luopuminen on tapahtunut — kysymyshän on melkein yksinomaan kriminalisteista — erityisesti edellämainittuja, syyllisyydestä riippumattoman seurauksen kvalifioimia rikoksia käsiteltäessä, jolloin vastuu on tahdottu rajoittaa vain määritetyssä mitassa mahdollisiin seurauksiin.[25,26]

---

teorian puolesta on esitettävissä »Nachweis, dass in der Adäkvanztheorie insofern eine notwendige Ergänzung der Bedingungstheorie liege, als diese *auch bei Berücksichtigung der übrigen Verbrechensmerkmale* nicht in der Lage sei die vom Gesetzgeber mutmasslich angestrebte befriedigende Entscheidung aller Rechtsfälle an die Hand zugeben. In der Tat wird man dieser Methode der Begründung vor allen anderen den Vorzug zu geben haben. Sie scheint mir insbesondere gewichtiger als die billige Berufung auf den regressus in infinitum, zu dem die Bedingungstheorie führe.»

[24] Esim. A lähettää B:n ukkosilmalla taivasalle siinä tarkoituksessa, että salama hänet surmaisi — ja tarkoitus toteutuu. RADBRUCH, s. 39, TRAEGER, s. 170, HIPPEL II, s. 145 s., ENGISCH, s. 49.

[25] Reichsgericht ei ole yhtynyt tähän käsitykseen.

[26] Siitä, ettei tämän luopumisen puolustaminen muka teorian pohjalla pysyen ja lei-

3. Luonteeltansa ja merkitykseltään toinen on se, niinikään rajoituksen tarpeesta syntynyt oppi, jonka mukaan kausaalisuus on, tarkastelunalaisen edellytyksen ratkaisevuudesta [27] riippumatta, eräissä tapauksissa »katkennut».[28] Tämä oppi, joka jo on täysin menettänyt merkityksensä, mikäli sen mukaan muukin edellytys kuin ihmisen vapaan ja tahallisen teon synnyttämä voi olla teorian tarkoittamassa mielessä kausaalisuuden katkaiseva,[29] etsii vastuun rajoitusta juurimainitunlaisesta inhimillisestä teosta, silloin kun tällainen teko sisältyy sen seurauksen edellytyksiin, jota arvostellaan toisen, varhaisemman teon kannalta. Tämä teoria katsoo, lähinnä positiiviseen rikosoikeuteen viitaten, lainsäätäjän julkilausuneen sen periaatteen, ettei aikaisempaa tekoa voida näissä olosuhteissa pitää seuraukseen katsoen kausaalisena.[30] Ainakaan Suomen rikosoikeudesta

---

maamalla näissä tapauksissa kysymykseentuleva vastuu vähämerkityksiseksi poikkeukseksi ole vakuuttava, ks. HONKASALO, s. 81 ss.

[27] so. siitä ominaisuudesta, että edellytyksen eliminointi johtaa päätelmään seurauksen syntymättä jäämisestä.

[28] Jo v. BURI, Die Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, s. 9, on huomauttanut tämän sanonnan epäonnistuneisuudesta.

[29] HONKASALO, s. 101.

[30] Kysymyksestä lähemmin HONKASALO, s. 97—134. Näin muodoin siis ei yllytyksessä eikä avunannossakaan olisi kausaaliyhteyttä seuraukseen — saati muissa tapauksissa. — Honkasalo, s. 112, mainitsee, asialliseksi tunnustettavana johtopäätöksenä, että »jos oppi kausaaliyhteyden katkeamisesta tai regressikiellosta [jolla tarkoitetaan FRANKin esittämää, kausaaliyhteyden eittämisestä pidättyvää teoriaa, minkä mukaan tekijänvastuuseen riittäväksi ei ole katsottava edellytyksen luomista seuraukselle, joka syntyy toisen henkilön vapaan ja tahallisen teon kautta] hyväksyttäisiin, olisivat yllytys ja avunanto sanojen teknillisessä merkityksessä ainoat toisen tahallisen tahdontoiminnan takana olevat rikoksentekomuodot». Toisessa kohdassa Honkasalo (s. 130—131) katsoo LISZT-SCHMIDTin olevan sillä kannalla, että tahallisen teon muodostama edellytys toisen henkilön tahalliselle teolle voi perustaa vastuun viimeksimainitun teon seurauksesta. Tämä käsitys käy selville maininnasta, että kysymys, »voiko tahallisen teon edellytyksenä oleva tahallinen teko perustaa tekijänvastuun, riippuu juuri kysymyksestä, edellyttääkö tahallisuus tietoisuutta kausaalisuuden kulusta, ja jos edellyttää, kuinka yksityiskohtainen mainitun tietoisuuden tulee olla», ja sitä seuraavasta huomautuksesta, että Liszt-Schmidtin mukaan »tahallisuuteen puheenaolevassa suhteessa kuuluu ainoastaan tietoisuus seurauksen syntymisestä tekijän teon kautta, joten enempi tietoisuus kausaalisuuden kulusta, ellei laki mainitse joitakin yksityiskohtia siitä rikostunnusmerkistöissä, on irrelevantti». Tällaista tulkintaa Liszt-Schmidtin suhtautumisesta kausaalisuuden katkeamisoppiin emme katso voitavan hyväksyä. Schmidt ei ole valmis menemään sen rajan taakse, jonka Lisztin oppikirja on tässä kohdin, positiiviseen oikeuteen viitaten, vetänyt (Liszt, Lehrbuch, 18 pain., s. 133), joten oppikirjan uusimpainkin painosten on katsottava olevan sillä kannalla, ettei vastuu toisen henkilön tahallisen teon seurauksesta voi tulla kysymykseen yllytyksen ja avunannon ulkopuolella. (Vrt. myös Liszt-Schmidt

ei voitane saada tukea sanotulle käsitykselle, vaan tekijänvastuu saattaa, periaatteellisesti, tulla kysymykseen sellaisestakin rikoksesta, joka olematta yllytystä tai avunantoa käsittää edellytyksen toisen henkilön tahallisen teon kautta syntyvälle seuraukselle.[31] Viimeksimainitussa tapauksessa vallitseva conditio sqn. teoria, joka periaatteellisesti on katsottava relevantin kausaalisuuden kannalta laajimmaksi, osoittautuu näin ollen syy-yhteyden katkeamisopin ansiosta ahtaammaksi kuin sen kohtuuttomuuksien korjaamiseksi muodostettu adekvaattisuusoppi, jonka mukaan tekijänvastuu voi ulottua toisen henkilön tahallisen teon taakse. Tämä asiantila osoittaa samalla conditio sqn. teorian joustavuuden puutetta. Conditio sqn. edellytyksestä lähtiessään ja sen äärimmäisiä johtopäätöksiä kausaaliyhteyden katkeamisopin avulla vältellessään teoria joutuu ennakolta määrätyn joko — tahi-ratkaisun eteen silloinkin, kun olosuhteet eivät edellyttäisi yksittäistapausten käsittelyä saman kaavan mukaan.

Siviilioikeudellisessa kirjallisuudessa termi »kausaaliyhteyden katkeaminen» esiintyy vielä viimeisimpien tutkimusten yhteydessä. Siinä sillä kuitenkin tarkoitetaan antecedensin ja subsequensin sellaista suhdetta, joka on katsottava kausaaliyhteyden puuttumiseksi, milloin väliintullut seikka on estänyt sen seurauksen syntymisen, jonka aiheutuminen näytti ex ante arvostellen todennäköiseltä. Tällaisena väliintulleena uutena kausaalisena antecedensinä voi olla yhtä hyvin luonnontapahtuma tai elollisen luontokappaleen luoma edellytys kuin ihmistekokin. Kysymys ei tällöin olekaan luonteeltaan samanlaisesta rajoituksesta, kuin minkä edellämainittu oppi kausaaliyhteyden katkeamisesta käsittää, vaan, kuten sanottu, tapauksista, joissa ex post voidaan todeta seurauksen syntyneen muusta syystä kuin ex ante oli odotettavissa.

Edelleen on mainittua termiä käytetty siviilioikeudellisessa kirjallisuudessa tarkoittamaan niitä tapauksia, joissa useat edellytykset yhdessä ovat aiheuttaneet seurauskategorian toteutumisen sellaisissa

§ 29 IV in fine, Liszt (18 pain.), vastaava kohta ja Liszt-Schmidt § 48 I in fine ja II.) Muunlainen tulkinta merkitsisi Liszt-Schmidtin oppikirjan siirtymistä kokonaan toiselle pohjalle, kuin millä Liszt on ollut, ja conditio sqn. teorian soveltamisen kohtuuttomuuksien kärjistämistä, joka juuri on välttynyt mainitun, syy-yhteyden lakiperusteiseksi edellytetyn katkeamisrajoituksen kautta. Katsommekin, että tässä Honkasalon puolelta ei ole kysymys tarkoitetusta Liszt-Schmidtin mielipiteen tulkinnasta, vaan huomaamattomuudessa tapahtuneesta sanonnasta, joka on johtunut Liszt-Schmidtin tahallisuuskäsitettä koskevan mielipiteen esittämisestä kausaalisuuden katkeamisoppiin liittyvänä.

[31] Ks. HONKASALO, s. 130—134.

olosuhteissa, että ne yksinkin olisivat pystyneet sen aikaansaamaan. SIBER, joka tätä sanontaa mainitunlaisista tapauksista käyttää,[32] ei pidä asiallisena puhua tällöin edellytysten konkurrenssista. Antecedensia, jota ilmankin seuraus olisi syntynyt, ei Siberin mukaan ole lainkaan pidettävä seurauksen kausaalisena edellytyksenä — enintään voidaan tällaisessa tapauksessa, jos kausaalisuuden katkeaminen on tapahtunut mainitunlaisten edellytysten osalta yhtäaikaisesti, puhua *oletetusta* konkurrenssista.[33] Siberin esittämää kausaaliyhteyden katkeamisoppia, jota ei liene syytä hyväksyä, koska mainitun tutkijan mielipide rakentuu väärälle käsitykselle conditio sqn. kriteerin oikeudellisesta merkityksestä,[34] ei tietysti myöskään ole pidettävä conditio sqn. teorian soveltamisrajoituksiin kuuluvana. Viimeksimainittuun ryhmään on luettava ainoastaan conditio sqn. teoriaa kannattavien vanhempien sivilistien esittämät mielipiteet relevantin kausaaliyhteyden rajoittamisesta sanotun opin avulla suppeammaksi, kuin teorian periaatteellinen kanta edellyttää. Näillä mielipiteillä ei enää ole merkitystä nykypäivien tieteisopissa. Kuitenkin huomautettakoon, että vielä PLANCK puhuu katkenneesta kausaaliyhteydestä varsinaisessa mielessä.

II. EDELLYTYSTEN IMMANENTTISEN ERIARVOISUUDEN TEORIAT.

Edellytysten samanarvoisuusopin (ekvivalenssiteorian) täten tultua edelläolevassa esityksessä pääpiirtein luonnehdituksi on siirryttävä lyhyesti tarkastamaan niitä teorioja, jotka ovat sille sikäli vastakohtana, että ne perustuvat edellytysten kausaaliseen eriarvoisuuteen. Nämä teoriat pyrkivät relevantin kausaaliyhteyden rajoittamiseen siitä, mikä se conditio sqn. teorian mukaan on. Tässä pyrkimyksessään ne, lähtökohdasta riippuen, ovat olennaisesti erilaisella pohjalla, mitä vastaavasti ne voidaan jakaa kahteen pääryhmään. Toisen ryhmän teoriat lähtevät yksittäistapauksesta ja ovat deduktiivisia, toiset, induktiiviset, taasen nojautuvat yleistykseen.[35]

[32] PLANCKS Kommentar, II, 1 sel. 4c 249 §:ään, s. 78.

[33] SIBER ilmeisesti tarkoittaa, vaikkei hän sitä sanaa käytä, fiktiota, koska tässä Siberin mukaan on kysymyksessä asian edellyttäminen toiseksi kuin minkä fiktion asettaja katsoo sen olevan.

[34] Siitä lähemmin s. 119 ss.

[35] Letaalisuusteoria, joka supistaa relevanttia kausaalisuutta vieläkin enemmän kuin

Individualisoivista teorioista[36] lienee tunnetuimpina pidettävä BINDINGin tasapainoteoriaa ja sen pohjalla kehiteltyä THYRÉNin teoriaa, BIRKMEYERin teoriaa vaikuttavimmasta syystä, KOHLERin oppia syyn ja edellytyksen kvalitatiivisesta erilaisuudestä ja MAYERin generati-teoriaa.

1. BINDING on keskitetysti esittänyt kuuluisaksi tulleen tasapainoteoriansa lyhyenä, vain parin sivun mittaisena selvityksenä, jonka olennaisimmaksi osaksi voitaneen katsoa seuraavat lauseet: »Verursachung einer Veränderung ist ——— identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts Zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zugunsten der letzteren. Ursache sind die positiven Bedingungen in ihrem Übergewicht über die negativen.»[37] Tämän lausuman kantavuuden arvostelemiseksi on huomattava, että Binding, puhuessaan edellytysten seurausten estävästä ja edistävästä (hinwirkend) ominaisuudesta, tarkoittaa itsessään kausaalisuuden käsitteellisissä aineksissa piilevää ominaisuutta — mikä lähtökohta luonnollisesti onkin välttämätön teorialle, joka selvittää relevanttia syytä yksittäistapauksen pohjalta. Jo v. KRIES[38] on huomauttanut, että tällöin kuitenkin on kysymys asioista, jotka saavat selvityksensä yksinomaan yleistyksen kautta. Kun maljakko putoaa lattialle — kirjallisuudessa usein mainittua esimerkkiä käyttääksemme — voidaan kysymys siitä, oliko lattian laatu estävä vai edistävä edellytys, ratkaista vasta vertaamalla sitä muihin pintoihin, joita vastaan maljakon ajatellaan liikkeestään pysähtyvän. Yksittäistapauksesta, erikseen käsiteltynä, sen sijaan ei voida saada ohjetta sen arvostelemiseksi, mikä edellytys on positiivinen, mikä taas negatiivinen. Täten — Bindingin teorian saamaa arvostelua lyhyesti luonnehtien — voidaan perustellusti väittää, ettei teoria sisälläkään mitään kriteeriä relevantin syyn erottamiseksi muista edellytyksistä. Tosin on sanottu teorian johtavan siihen, että relevanttina

---

tekstissä tarkoitetut teoriat ja siten muodostaa conditio sqn. opille vastineen toisen äärimmäisyyden tulkitsijana, on jo saanut osakseen unohduksen rauhan, jota ei ole syytä häiritä.

[36] Kirjallisuudessa yleensä käytetään — arvatenkin TRAEGERiä seuraten — yksittäistävien (individualisoivien) teoriain nimitystä ainoastaan seuraavassa käsiteltäväksi tulevista opeista. Kun kuitenkin myös conditio sqn. teoria käsittelee kausaalisuuskysymystä yksittäistapausta tarkastellen, on yksittäistävyys näille teorioille yhteinen. (Ks. aineenjakoa sisällysluettelosta.)

[37] BINDING, Normen I (1916), s. 116. TRAEGER, Kausalbegriff, s. 81.

[38] Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie, B 12, s. 398. TRAEGER, s. 81.

syynä olisi pidettävä viimeistä edellytystä,[39] ja sillä perusteella katsottu voitavan osoittaa teorian kestämättömyys, mutta tätä johtopäätöstäkään ei voitane tunnustaa oikeaksi, koska edellytysten »tasapaino» ei suinkaan ole riippuvainen siitä realiteetista, joka viimeksi vaikuttaa.[40] Lopputulokseksi jää, että Binding, tavoitellessaan immanenttista kriteeriä relevantin syyn muista edellytyksistä erottamiseksi, ei itse asiassa pääse pitemmälle kuin conditio sqn. tulokseen. Positiivisten edellytysten »Übergewicht» pelkistyy oikeudellisesti merkityksellisen seurauksen ratkaisevaksi edellytykseksi conditio sqn. mielessä.

2. Thyrén on kehittänyt Bindingin teoriaa juuri viimeksimainitulta pohjalta. Hän lähtee siitä, että kausaalisuhteen tutkimiseksi tarpeellinen edellytysten jakaminen seurauksen syntymistä edistäviin, sitä estäviin ja siihen katsoen irrelevantteihin antecedentioihin voi tapahtua vain sopivan vertauskohdan avulla siten, että seurauksesta muodostetaan abstraktio (W), joka vastakohtineen (non-W) luo pohjan edellytysten edistävyys- tai ehkäisevyysominaisuuden arvostelemiselle. Kun täten on todettu, millä edellytyksillä on tarkastelunalaisen seurauskvaliteetin syntymiseen katsoen »suosiva suunta», toimitetaan näihin edellytyksiin kohdistuva vuorottainen eliminointi sitä silmällä pitäen, mitä minkin edellytyksen ajatteleminen poistetuksi antecedentioiden joukosta vaikuttaa päätelmään konkreettisen seurauksen pysymisestä kategoriassa W tai joutumisesta sen ulkopuolelle. Jos eliminointi johtaa tulokseen non-W tai päätelmää puoleen tai toiseen ei voida tehdä, edellytys on *ratkaiseva* ja synnyttää rikosoikeudellisen vastuun. Johtopäätös, johon täten tullaan, ei kuitenkaan teorian mukaan ole kaikin puolin oikea, koska sellainenkin antecedens, joka ei ole juurimainitussa merkityksessä ratkaiseva, voi kuitenkin olla rikosoikeudellisesti relevantti sen perusteella, että on kysymys sellaisten edellytysten konkurrenssista, jotka ilman toisiaan olisivat ratkaisevia. Tämän teorian sisäisen rakenteen kannalta herättää enemmän mielenkiintoa kuitenkin se, ettei

---

[39] Näin Liszt-Schmidt, s. 168. Tämän johtopäätöksen on myöskin katsottava olevan ristiriidassa Bindingin esittämien näkökohtien kanssa. Vrt. Sundström, Osallisuudesta, s. 15. Honkasalo, s. 30.

[40] Tämän tosiasian havainnollistamiseksi Ttaeger, s. 83, mainitsee esimerkin vaa'asta, joka voidaan saada kallistumaan puoleen tai toiseen sekä siten, että toiseen vaakakuppiin, vaa'an tasapainoiseksi kuormittamisen jälkeen, lisätään paino, että yhtä hyvin siten, että se pannaan vaakakuppiin *ennen* yhtä suuren kuormituksen molemmille puolin asettamista.

Thyrén relevanttien edellytysten erottelussaan pääse sen pitemmälle kuin Bindingkään. Seurauksen abstraktio ei auta erottamaan edistävää edellytystä estävästä, vaan siihen tarvitaan generalisatiota. Ylivoimaisen tehtävän edessä Thyrén onkin joutunut teoriansa kehittelyssä turvautumaan juriidis-teleoloogisiin jakokriteereihin, vaikka lähtökohtana oli kausaalisuuden immanenttisen rajan määrääminen.[41] Täten perimmältään Thyrénkin aivan samoin kuin Binding joutuu toteamaan edellytyksen ratkaisevuuden sellaisen menettelyn kautta, jossa edellytysten seurauskvaliteetin syntymistä »suosiva suunta» jää vaille itsenäistä erikoisominaisuutta. Se tulee merkitsemään vain edellytyksen myötäoloa (Beteiligtsein) juriidisesti merkityksellisen seurauksen syntymisessä, mistä voidaan saada selko selostetun hypoteettisen eliminointimenetelmän avulla.[42]

---

[41] HONKASALO, s. 37 s.

[42] TRAEGER (s. 54) mainitsee THYRÉNin esittämän ja conditio sqn. määrittelemistä koskevan menettelyn asiallisen eron kysymyksessäolevissa suhteissa supistuvan siihen, että viimeksimainittu koskee *ainoastaan* »edistäviä» edellytyksiä, joilla silloin tarkoitetaan niitä lähempiä antecedentioita, jotka kiinnostavat meitä konkreettisen seurauksen oikeudelliselta puolelta. Mainittujen läheisten edellytysten erottaminen muista taas nähdäksemme tapahtuu perimmältään subjektiivisten perusteiden nojalla, oli kysymys Thyrénin menetelmästä tai conditio sqn. teoriasta. Huomauttaessaan tällaisen erottelun tapahtumisesta myös viimeksimainitun teorian soveltamisessa Thyrén siis käsittääksemme on oikeassa. Toista mieltä on tässä kohdin HONKASALO (s. 37), joka katsoo Thyrénin tässä väitteessään erehtyvän: »Kun mainittu teoria lähtee siitä, että kausaalisia ovat *kaikki* (korostus meidän) ne realiteetit, joita määrätty ilmiö välttämättömästi muuttumattomana seuraa, asettavat seuraannon kriteeriot välttämättömyys ja muuttumattomuus objektiivisen rajan kausaalisten ja ei-kausaalisten antecedentioiden välille.» Että conditio sqn. teoriassakin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien mukainen erottelu lienee tarpeen, käy ilmi mm. Traegerin esityksestä (mt. s. 18), jossa hän puolustaa MILLin kausaalisuus-käsitettä niitä huomautuksia vastaan, joita on tehty väittämällä Millin määritelmän viittaavan kaiken tapahtumisen loputtomaan yhteyteen, ja jossa hän sanoo mm.: »Mill definiert zwar die Ursache als die Summe (oder besser als die Gesamtheit) aller Bedingungen, aber nichts zwingt zu der *Annahme* (kor. meid.), dass hierunter nicht nur die nächsten Bedingungen, sondern auch alle entfernten und entferntesten bis in Unbegrenzte zurückreichenden gerechnet werden müssten. Die Ursache wird vielmehr lediglich aus den *Bedingungen*, dh. den nächsten Bedingungen gebildet, aber nicht aus den Bedingungen der Bedingungen oder gar aus den Bedingungen der Bedingungen der Bedingungen usw. Da, wo es *erforderlich* (teleoloogisesti! kor. meid.) ist, entferntere Bedingungen mit in den Kreis der Betrachtungen zu zeihen, muss zu weiteren Kausalzusammenhängen aufgestiegen werden. Nur die *Gesamtheit der nächsten Bedingungen* (kor. meid.) bildet also die eigentliche, die unmittelbare Ursache eines Geschenisses, nicht aber die causae remotae.» Causa proxima, non remota esiintyy siis conditio sqn. teoriassakin osoittamassa sitä erottelua, joka on tehtävä edellytysten conditio sqn. ominaisuuden

Selostetulla tavalla todettujen ratkaisevien edellytysten kausaalinen eriarvoisuus, joka on THYRÉNin teorian lähtökohta,[43] ei teorian mukaan voi tulla huomioonotetuksi silloin, kun on kysymys seurauksesta rikostyyppinä, joka on jaoton, mutta kylläkin silloin, kun tunnusmerkistössä tarkoitettu seuraus on jaollinen. Thyrén huomauttaa siitä erosta, joka puheenaolevassa suhteessa voidaan tehdä rikoksen ja vahingonkorvauksen välillä, ja katsoo, että edellytysten erilainen kausaalisuusaste voi tulla viimeksimainitussa huomioonotetuksi sen kvantifiointimahdollisuuden ansiosta, joka tähän seurauskvaliteettiin kuuluvan varallisuusmomentin osalta on olemassa.[44] »Vom civilrechtlichen Standpunkt aus werden demnach die verschiedenen Bedingungen einer Explosion, einer Körperverletzung usw. so viel wie möglich nach der Quantität des von jeder Bedingung verursachten Schadens gegen einander abzuschätzen sein.»[45] Sikäli kuin Thyrénin mukaan täten edellytyksessä piilevästä kausaalisuuden asteesta olisi, vaikkapa vain »so viel wie möglich», voitava tehdä suoranaisesti vahingon kvantiteettia koskeva päätelmä,[46] sikäli vaaditaan ihmiseltä, juristiltakin, enemmän kuin mihin hän pystyy. Tämän tosiasian tunnustamisen lienee myöskin katsottava sisältyvän siihen järjestelyyn, jonka meidän säädännäinen oikeutemme on omaksunut yhteisesti tuotetun vahingon korvaamisessa. Yhtä ainoaa poikkeusta lukuunottamatta [47] — joka sekin johtuu erään kansainvälisen sopimuksen [48] sisältämien ja osittain meille vieraalta pohjalta syntyneiden

kokeilupiirin määräämiseksi ja joka ei nojaudu kausaalisuuden itsensä objektiiviseen rajoitukseen. (Vrt. FINGER, s. 277, APPELIUS, KrVJ Schr. 38, s. 457.)

Edelläselostetun TRAEGERin esityksen johdosta on syytä huomauttaa, ettei siinä ilmaistu käsitys MILLin määrittelemästä kausaalisuus-käsitteestä vastanne viimeksimainittua käsitettä, jolle Traegerin puolustama erottelu on vieras. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että Traeger olisi tulkinnut väärin conditio sqn. teoriaa, vaan se vain osoittaa, ettei Millin kausaalisuus-käsite sovellu oikeustieteen tarpeisiin. Vrt. LIEPMANN, Zur Lehre von der »adäkvaten Verursachung» Goltd Arch 52 s. 337. FINGER, Lehrbuch, s. 277.

[43] THYRÉN edellyttää maailmankaikkeuden kokoonpannuksi atoomeista, jotka vaikuttavat toisiinsa vaikutusasteen ollessa sitä vähäisempi, mitä etäisempiin atoomeihin vaikutus ulottuu.

[44] THYRÉN, s. 147 s.

[45] THYRÉN, s. 146.

[46] v. KRIES, Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft 9, s. 533, on mm. huomauttanut, ettei ole mahdollista punnita, minkä verran yksittäiset kausaaliset momentit ovat myötävaikuttaneet seurauksen syntymisessä, »und man kann daher auch nicht etwa die Zurechnung davon abhängig machen, dass jemandes Handlung zu einem verletzenden Erfolge mehr als andre Umstände beigetragen habe . . .».

[47] L. alusten yhteentörmäyksestä johtuvasta vahingosta ja pelastuspalkkiosta, 2§ 2 mom.

[48] Brysselissä 23. 9. 1910 tehdyn.

säännösten hyväksymisestä Suomessakin noudatettavaksi — on sanotuissa olosuhteissa syntyneen vahingon korvaaminen tapahtuva siten, että kunkin sen aiheuttamiseen osallisen on vahingonkärsinyttä kohtaan vastattava *koko* vahingosta, mikä tietenkin olisi väärin, jos esim. vahingosta, jonka kokonaismäärä on damnum, joka taasen olisi jaettavissa osiin d+a+m+n+u+m, todellakin voitaisiin määrittää kysymyksessäolevan vastuusubjektin aiheuttamaksi vain esim. d+a. Että oikeutemme säätää jaon korvausvelvollisten kesken tapahtuvaksi kunkin osuutta vastaavan määrän mukaan (RL 9: 1), ei ole lainkaan samaa kuin vahingon kvantiteetin määrittäminen syy-yhteyden gradation avulla. Tämän osoittamiseksi viitattakoon jälleen Thyrénin omaan esitykseen, jonka mukaan hän katsoo välttämättömäksi asettaa kausaalisuusasteen erottelulle sen olennaisen rajoituksen, ettei se voi tulla kysymykseen varallisuusvahingonkaan edustamassa seuraustyypissä, mikäli vertailun kohteeksi joutuisivat negatiivisesti ratkaisevat edellytykset, joilla Thyrén tarkoittaa sellaisia, muusta edellytysryhmästä tarkastelun alaiseksi erotettuja edellytyksiä, jotka vain yhdessä (mutta eivät erikseen) pystyvät aikaansaamaan seurauksen.[49] Tähän rajoitukseen Thyrén johtuu siitä, että sanotunlaisen edellytyksen erillisenä aikaansaama seuraus ei ole *kvalitatiivisesti* samanlainen kuin se kokonaisseuraus, joka ilmenee tällaisten edellytysten yhteisvaikutuksen tuloksena, eikä niin muodoin myöskään *kvantitatiivisesti* siihen verrattavissa.[50] Tästä johtopäätöksestä riippumatta tosiasia on kuitenkin se, että negatiivisestikin ratkaisevien edellytysten puheena ollen vahingonkorvaus saattaa tulla tekijäin kesken jaettavaksi kunkin osuutta vastaavassa suhteessa. Tästä taasen johdutaan siihen, ettei edellytysten kausaalisuusasteen erilaisuus ole se kriteeri, jota on käytettävä kunkin korvausvelvollisen osuuden määrittämiseksi jaollisesta seurauksesta. Säädännäinen oikeutemme lausuukin julki perusteita, joiden mukaan sanottu jako on tapahtuva,[51] ja vaikka sellaistakin

[49] Ero on tietenkin vain suhteellinen. Liittämällä eliminointimenettelyssä muut negatiivisesti ratkaisevat edellytykset kuin yksi niistä muuhun edellytysryhmään voidaan tämä yksi edellytys — ja siten vuorottain jokainen negatiivisesti ratkaiseva edellytys — todeta positiivisesti ratkaisevaksi.

[50] THYRÉN, s. 99.

[51] Mm. RL 9: 1, ; RautVahVastL 8 §; AlYhteentörmVahL 2 § 2 ja 4 mom; IlmL 6 § 2 mom. MoottVahVastL 5 ja $6_{,1}$ §. Mainitut lainkohdat ilmaisevat yleisen periaatteen mukaisen järjestelyn. Siitä poiketen, mutta ei kuitenkaan Thyrénin teorian suuntaan, SähköIL 11 §, TapatVakL 7 §. Vrt. MoottVahVastL $6_{,2}$ §.

sanontatapaa käytetään kuin, että kukin on osallistuva korvaukseen tekemänsä virheen laadun ja sen seurausten mukaisessa suhteessa, ei tällä kuitenkaan tarkoiteta kausaalisuusasteen ja vahinkokvantiteetin verrannollisuusyhtälön asettamista — sitäkin vähemmän, kun sellainen yksipuolinen ja käytännöllisten toteuttamismahdollisuuksiensa puolesta toivoton vaatimus joutuisi ristiriitaan mm. sen tärkeän periaatteen kanssa, joka koskee tuottamuksen varteenottamista sanotussa suhteessa.[52] — Tässä tutkielmassa ei kuitenkaan ole tilaisuutta omistautua niiden näkökohtien käsittelyyn, jotka tulevat ratkaiseviksi useiden vahingontuottajain korvausosuuksia määritettäessä. Toistettakoon vain lopuksi, että kun Thyrén, käsittäessään realiteettien kausaalisen erilaisuuden ikäänkuin konkreettisen realiteetin sisäiseen luonteeseen kuuluvaksi,[53] tahtoo siitä tehdä johtopäätöksiä jaollisen seurauksen vastuukysymyksestä, hän tässäkin on väärällä pohjalla — sillä pohjalla, jolta kausaalisuuskysymyksen ratkaisua ylimalkaan ei ole onnistuttu edistämään. Tapahtumankulku in concreto, jota Thyrén tarkastelee, ei immanenttisesti sisällä sitä kriteeriä, jota korvauskysymyksen arvostelemiseen tarvitaan. Tämä kriteeri saadaan selville ainoastaan sellaisen generalisation avulla, josta myöhemmin tulee puhe adekvaattisuusteoriain yhteydessä.

3. Teoria, joka — samoin kuin THYRÉNin konstruoima — erityisesti koskettaa myös kausaalisuuskysymyksen siviilioikeudellista puolta, on BIRKMEYERin oppi vaikuttavimmasta syystä.[54] Tällaisella syyllä Birkmeyer tarkoittaa edellytystä, joka on vaikuttanut seurauksen syntymiseen enemmän kuin muut ja jollaista hän katsoo positiivisen oikeudenkin syystä puhuessaan tarkoittavan.[55] Tämän causa efficiensin vaikuttavammuus todetaan Birkmeyerin mukaan vertaamalla sitä kuhunkin muuhun edellytykseen, siis ottamatta vertauskohdaksi muita edellytyksiä kokonaisuudeksi katsottuna. Tällainen vertailu sisältää ilmeisen tähdellisen edellytyksen huomiotta jäämisen vaaran, mistä Birkmeyer itsekin on ollut tietoinen, koska hän nimenomaan »väärinkäsitysten välttämiseksi»[56] mainitsee, että useam-

[52] Ks. edell. viitteessä mainitut lainkohdat.

[53] Mt. s. 13—14.

[54] Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht. GS 37, s. 257. Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts (1890), s. 6 ss., 79 ss.

[55] Ursachenbegriff, s. 72, Teilnahme u. Rechtspr. d. RG, s. 79.

[56] Ursachenbegriff, s. 320.

pikin kuin yksi sanotunlainen edellytys voi olla seurauksen syynä. Tällainen tapaus on se, että edellytykset a ja b tosin ovat vaikuttaneet seurauksen syntymiseen enemmän kuin muut edellytykset, mutta kumpikin yhtä paljon. Mutta Birkmeyer menee pitemmällekin samaan suuntaan: vaikuttavimpien syiden useammuus voidaan hyväksyä silloinkin, kun a ja b ovat myötävaikuttaneet seurauksen syntymiseen eri määrässä, mutta kuitenkin enemmän kuin muut edellytykset. Tämä myönnytys kuitenkin vie pohjan teorian tärkeimmältä periaatteelta, sillä, kuten TRAEGER[57] sattuvasti huomauttaa, edellytysten välinen vertailu tällä laajennetulla perusteella johtaa lopuksi siihen, että vain vähiten myötävaikuttanut antecedens jää pelkäksi edellytykseksi muiden ollessa syitä Birkmeyerin tarkoittamassa mielessä. Tämä johtopäätös vahvistaa sen hylkäävän arvostelun, joka Birkmeyerin teorian osaksi on tullut nimenomaan sen takia, ettei teoria, vaikka sen lähtökohtana on vaikuttavimman syyn merkitys kausaaliyhteyden arvostelemiselle, kuitenkaan sisällä kriteeriä tällaisen syyn erottamiseksi muista edellytyksistä. Sikäli kuin vaikuttavimpana syynä, muun kriteerin puuttuessa, pidetään lähinnä sillä ymmärrettävää energiamäärän enemmyyttä muiden edellytysten vastaavaan ominaisuuteen verraten, johdutaan tuloksiin, jotka ovat seurauksen edellytyksiä oikeudellisesti arvosteltaessa kestämättömät. Tämä pitää erityisesti paikkansa rikosoikeudelliseen vastuuseen katsoen, mutta vahingonkorvausoikeudenkin kannalta, jossa Birkmeyerin teoria on saanut huomiota ehkä enemmän kuin muut individualisoivat kausaalisuusteoriat[58] ja jossa sillä on katsottu olevan merkitystä nimenomaan useain henkilöiden vahingontuottamusta kunkin aiheuttaman vahingon *määrän* mukaan arvosteltaessa,[59] voitaneen sitä vastaan tehdä samat muistutukset, jotka edellä Thyrénin teorian yhteydessä on esitetty. Ainoastaan niissä, suhteellisen harvoissa tapauksissa, joissa vahinkokokonaisuudesta voidaan erottaa eri edellytysten vaikutusmäärät,[60] tulee »vaikuttavin

[57] Kausalbegriff, s. 89—90.

[58] Niinpä esim. HESS, ArchZivPr. 97, s. 61—62 ja MIHURKO, s. 316, katsovat, että BIRKMEYERin teoria on vaikuttanut BGB 254 §:n sanamuotoon, jonka mukaan tuottamuksesta ja myötäsyyllisyydestä kysymyksen ollen korvausvelvollisuus ja korvauksen suuruus »hängt — — — von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist».

[59] TRAEGER, s. 95.

[60] BIRKMEYER itse sanoo (Ursachenbegriff, s. 273): »Wohl kann es unter Umständen ausserordentlich schwierig und wird meist für die schwachen menschlichen Kräfte ganz unmöglich sein, mit absoluter Bestimmtheit das verschiedene Mass der Wirk-

syy» vastaavasti korvausvelvollisuutta määrättäessä huomioonotettavaksi. Vähintään epäilyksenalaista kuitenkin on, käsittääkö Birkmeyerin teoria tässäkään kohdin mitään erityisesti sen ansiosta käyttökelpoista kriteeriä korvattavan vahingon määrän selvittämiseksi, koska sellaisessa tapauksessa jokainen edellytys, jonka voidaan todeta aiheuttaneen tietyn seurauksen, joutuu käsiteltäväksi — muut vastuun edellytykset huomioonottaen — *lämän* seurauksen relevanttina syynä. Lienee kuitenkin myönnettävä, että tällaisessa tapauksessa, joka on pidettävä erillään yhteisesti tuotetusta vahingosta varsinaisessa merkityksessä, ja muutenkin vastuun ulottuvaisuutta arvosteltaessa Birkmeyerin oppi, toisin kuin conditio sqn. teoria, voi merkitä relevantin kausaalisuuden rajoittumista siten, etteivät satunnaiset ja ennalta arvaamattomissa olevat seuraukset joudu sen piiriin.

4. Kun edelläselostetut immanenttiset teoriat nojautuvat kausaalisten edellytysten kvantitatiiviseen erilaisuuteen, pyrkii KOHLER[61] erontekoon edellytysten kesken niiden *laadun* pohjalla. Causa vastakohtana edellytykselle on »die Existenz erregende und darum für Art und Intensität wesentlich bestimmende Element».[62] Tätä causan ominaisuutta ei kuitenkaan ole ymmärrettävä sillä tavoin kausaalisia antecedentioita erottavaksi, että tekijänvastuu voisi — kuten BIRKMEYERin mukaan oli oleva — liittyä vain tällaiseen, toisiin edelly-

---

samheit der einzelnen Bedingungen für den Erfolg zu erkennen. Aber dass alterirt nicht die Richtigkeit des Begriffs, sondern betrifft nur die Subsumtion einzelner Fälle unter den Begriff». Mutta jos yksittäistapausten subsumtio on »meist für die schwachen menschlichen Kräfte unmöglich», niin tällaisiin tuloksiin johtavalla periaatteella ei liene ainakaan oikeustieteessä mainittavaa merkitystä, koska tärkeitä käytännöllisiä tarpeita tyydyttämään tarkoitettu käsite täten perimmältään paljastuu varmoja tuloksia tarjoavaksi vain sikäli, että se osoittaa meille ihmisvoimien vajavaisuuden. Tätä tulosta Birkmeyer (mt. s. 326—327) erityisesti siviiliasiain osalta yrittää välttää sillä, että hän selittää tuomarin vapaan harkinnan korvaavan kaiken. Tässä ei ole paikallaan ryhtyä pohtimaan kiistakysymystä tuomarin vapaasta harkinnasta ja sen soveltamisen ulottuvaisuudesta; riittää, kun vastahuomautuksena mainitaan kausaalisuusteorian tarkoituksena toki pikemmin olevan, että tuomari saa siitä *ohjetta* arvostelulleen, kuin että hänet teorian soveltamisen mahdottomuuden takia osoitetaan vapaan harkinnan lavealle tielle.

Edelläsanottua arvostelua olisi syytä lieventää, jos edellytyksen voimakkuutta vastaavan vahinkomäärän toteaminen olisi mahdotonta ainoastaan »mit absoluter Bestimmtheit», kuten BIRKMEYER sanoo. Tosiasia kuitenkin on, ettei useinkaan, kun on kysymys yhteisesti tuotetusta vahingosta, rajoja puheenaolevassa suhteessa voida lainkaan vetää.

[61] Studien aus dem Strafrecht I, s. 83 ss. Laiminlyönnistä, s. 45 ss.

[62] KOHLER, Studien, s. 83.

tyksiin verraten määräävään syyhyn.[63] Päinvastoin on Kohlerin mukaan mahdollista, että muunkin kuin määräävän syyn synnyttänyt henkilö on katsottava tekijäksi, niin pian kun hän on luonut seuraukselle vain pelkän edellytyksenkin, jonka myötäolo tekee mahdolliseksi causan vaikutuksen. Edellytys on tällaisessa tapauksessa tavallansa välikappale ihmisen kädessä; ihmisestä, jonka tekoja on arvosteltava toisin kuin luonnonvoimia, tulee dominus causae.[64] Hänen täten luomansa edellytys on samanarvoinen kuin causa causae, mutta sen siksi tulemiseen vaaditaan kulpaa, jota määräävän causan (erregende causa) synnyttäminen ei Kohlerin mukaan edellytä.

Kohlerin konstruktio on tosin mielenkiintoinen ja itsenäinen, mutta — niinkuin jo edelläsanotusta on arvattavissa — vailla käytännöllistä arvoa. Sen teoreettinenkin arvo on lähinnä rakennelman omalaatuisuudessa, jota jo lähtökohta kuvastaa. Mutta jos edellytysten kvaliteetille annetaan sillä tavoin määräävä asema kuin Kohler esittää, voitaneen sanoa johduttavan siihen, että esim. tapon syynä on itse surmansa saanut henkilö, joka on muodostanut laadun puolesta määräävän causan (Existenz erregende Element) seurauksen syntymiselle. Että kirveeniskusta tulee tappo, se johtuu siitä, että isku kohdistuu ihmiseen eikä halkoon.[65] Kohlerin lähtökohtaa täytyneekin pitää epäonnistuneena. Mutta teorian kehittelykään ei tuo tarkoitettuja tuloksia. Jotta pelkästä edellytyksestä tulisi ihmistä palveleva tekijä ja itse yksilöstä dominus causae, on, kuten mainittu, tarpeen *syyllisyys* tekijän puolelta. Puuttumatta lähemmin siihen,

---

[63] Tästä merkillepantavasta puolesta Kohlerin teoriassa on tarpeellisella korostuksella ensimmäisenä huomauttanut Traeger, s. 95—96.

[64] Kohler, Studien, s. 88.

[65] Kun Traeger, s. 99, on esittänyt Kohlerin teorian johtavan siihen, että tapon uhria itseään olisi teorian mukaan pidettävä surmaamisen syynä teorian mielessä, on tämä päätelmä arvatenkin kehitetty näin paradoksaaliseksi nimenomaan Kohlerin kannan kestämättömyyden kouraantuntuvaksi tekemisen tarkoituksessa, jolloin Traeger myöskin on jättänyt huomiotta sen eron esimerkkinsä ja Kohlerin esityksen välillä, että hän, Traeger, sanotussa päätelmässään puhuu teon *objektin* kvaliteetista, kun sen sijaan Kohler tarkoittaa kvaliteettikriteerin soveltamista sellaisiin edellytyksiin, joita on tutkittava suhteessa käsillä olevaan, tiettyyn objektiin. Kun Kohler, Kausalbegriff, s. 328, katsoo tällä perusteella voivansa pitää Traegerin johtopäätöstä arvottomana vakavasti varteenotettavaksi, hän nähdäksemme kuitenkin liiaksi luottaa oman oppinsa kykyyn oikein erotella kausaalisia edellytyksiä, sillä myöskin objektissa itsessään piilee seuraukseen olennaisesti vaikuttavia syitä, joiden myötäoloa koko edellytyskompleksia arvosteltaessa ei voitane jättää Kohlerin tarkoittaman kvalitatiivisen erottelun ulkopuolelle pelkästään sillä perusteella, että on kysymys tekojen kohdistumisesta tiettyyn objektiin. Vrt. Kohler, mt. s. 337.

että lain asettama kulpa-vaatimus näyttää tekevän rikosoikeudelliselta kannalta tarpeettomaksi koko Kohlerin erottelun causan ja pelkän edellytyksen välillä, jää vaikeaksi ymmärtää, miten *syyllisyys* voi muuttaa pelkän edellytyksenkin *causaksi*, kun syyllisyyskysymys yleensä Kohlerin [66] omankin mielipiteen mukaan on pidettävä tarkoin erillään kausaalisuuskysymyksestä.[67] Jos taas jollakulla sanotun syyksiluettavuuden ansiosta on dominus causae asema, mikä konstruktio ei muuten tunnu lainkaan luontevalta silloin kun joku juuri sen takia, ettei hän ole ollut »tilanteen herrana», on joutunut varomattomuudellaan vahingon tuottamaan,[68] se tosin vaikuttanee, ettei odottamaton ja satunnainen vahinkoseuraus joudu vastuupiiriin, mutta tämä rajoitus jää vain osittaiseksi, yksinomaan dominus causae tapauksia koskevaksi, kun sen sijaan varsinaisen causan luominen merkitsee rajoittamatonta vastuuta kaikista sen seurauksista.[69]

---

[66] Studien, s. 85.

[67] Asiaa KOHLER, Kausalbegriff, s. 329, selittää seuraavasti: »Wenn ich sage: A ist Ursache und B Bedingung; und wenn ich weiter sage: eine gesetzliche Verantwortung kann bei A ohne Schuld stattfinden, bei B aber nur mit Schuld, so ist die Frage, ob Ursache oder Bedingung vorliegt, in einer von der Schuldfrage völlig unabhängigen Weise gelöst, denn dass in den meisten Fällen nur bei Vorhandensein der Schuld gestraft wird, das 'steht auf einem anderen Blatt'.»

[68] KOHLER, s. 88, näet esittää asian mm. seuraavaan tapaan: »Nach der Anschauung aber, welche das rationale Thun des Menschen (vastakohtana fyysilliselle kausaaliyhteydelle, johon causa »luonnollisine» syy-yhteyksineen kuuluu, s. 87) in Betracht sieht, muss der Mensch als rationaler Urheber betrachtet werden weil er durch tendensiöse Lagerung der Bedingungen der causa eine vorausnestimmte Beziehung gegeben und daher die causa sich dienstbar gemacht hat.»

[69] Tämän johtopäätöksen, jonka mukaan dominus causae asema aikaansaa sellaisen vastuun rajoituksen, joka sulkee pois satunnaisen vahingon vastuun silloinkin, kun itse se oikeudenloukkaus, josta vahinko johtuu, ei ole satunnainen, olemme tehneet epäröiden, sillä KOHLERin esityksestä ei enempää kuin hänen teoriaansa käsitelleiden toisten tutkijain kirjoituksista nähdäksemme voi saada varmaa vastausta kysymykseen, tarkoittaako Kohler, niinkuin me asian käsitämme, dominus causae tapauksen koskevan kulpaa koko seuraukseen nähden vaiko vain oikeudenloukkauksen osalta. Ensinmainittua käsitystä nähdäksemme tukee se Kohlerin periaatteellinen lähtökohta, jonka mukaan vasta kulpa antaa pelkälle edellytykselle sen causa-ominaisuuden, joten katsomme, että tämä relevanssi lakkaa siinä, missä kulpakin, samoin kuin sen syntyminen on siitä riippuvainen. Se tulos, mihin täten johdutaan, merkitsee ahtaampaa vahingonkorvausvastuuta kuin RG:n tulkinta ja tieteisoppi edellyttävät (esim. RG. 66, s. 251; 69, s. 344. ENNECCERUS II, s. 48; ENNECCERUS 1930 (LEHMANN) II, s. 51; PLANCKS Komm. II, 2 s. 1734—1735), joten vastakohta tämän tuloksen ja sen välillä, että laadullisesti määräävän kausan synnyttanyt henkilö on vastuussa siitä johtuvista seurauksista rajattomasti, muodostuu hyvinkin jyrkäksi. Tämä epäkohta on sitä tuntuvampi, kun vastuun kuuluminen causa causae tai dominus causae ryhmään määräytyy oikeudellisesti epäolennaisten seikkojen

Kun tällainen vastuun erilaisuus lisäksi Kohlerin mukaan syntyisi sellaisilla perusteilla, joilla ei ole mitään oikeudellista merkitystä, täytynee teoriaa pitää tarkoitusta vastaamattomana.[70]

5. M. E. Mayerin[71] teorialla on sukulaisuutta Kohlerin opin kanssa sikäli, että sekin edellyttää antecedentioiden laatueroa eräässä mielessä. Mayer jakaa conditiones sine quibus non syihin varsinaisessa mielessä sekä oikeudellisesti merkityksellisiin ja oikeudellisesti merkityksettömiin edellytyksiin. Syy varsinaisessa mielessä on vain liike, muutoksena ilmenevä edellytys, ja muiden edellytysten relevanssi on riippuvainen niiden suhteesta sanottuun varsinaiseen syyhyn. Tämä relevanssi saattaa syntyä vain tietynlaatuisten edellytysten, joita Mayer nimittää generatioiksi,[72] suhteesta varsinaiseen syyhyn. Tuollaiselle generatiolle on luonteenomaista, että siihen sisältyy voima, jonka kautta seuraus tapahtuu. Ryhtymättä tässä selvittämään niitä virheellisyyksiä, joiden on katsottu rasittavan Mayerin teoreettista konstruktiota, tyydymme toteamaan, ettei teorialla ole käytännöllisestikään mainittavaa merkitystä. Yhtä vähän kuin liikkeenä ilmenevillä edellytyksillä on rikosoikeudellista erikoismerkitystä vastakohtana liikkumattomille,[73] yhtä vähän voidaan siviilioikeudellisesti relevantti syy selvittää sanotun jakoperus-

---

mukaan, Joka sytyttää tulipalon, vastaa siitäkin, että jokin henkilö erityisten seikkain (esim. heikkouden) myötävaikuttaessa saa sen takia surmansa, mutta jos hän »vain» järjestää vetoa, niin että kytevä hehku pääsee ilmiliekkiin ja siten sytyttämään palon, on vastuu paljon rajoitetumpi. Edellisessä tapauksessa on kysymyksessä laadullisesti määräävä syy, jälkimmäisessä vain dominus causae tapaus. Vrt. Traeger, Kausalbegriff, s. 100—101.

[70] Saamastaan vastustuksesta huolimatta Kohler on myöhemminkin pysynyt kannallaan, vieläpä valitellut, ettei teoria ole saanut kylliksi huomiota: »Ich muss dagegen protestieren, dass Zivilisten die Kausalitätstheorien Aufzählen, ohne die meinige zu nennen»(!). Zeitschr. f. d. Zivilprozess B 29, s. 9. Traeger, s. 97. Teorialle tunnustukseksi sanottakoon, ettei sitä tässä tutkielmassa ole kosketeltu mainitun protestin takia, vaan siitä syystä, että teoria itse asiassa saa siviilioikeudellisessa kirjallisuudessa huomiota suhteellisesti paljon enemmän kuin eräät muut individualisoivat teoriat, esim. Ortmanin, joka tässäkin tutkielmassa on sivuutettu.

[71] Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. 1899.

[72] ne kun yhdessä varsinaisen syyn kanssa synnyttävät seurauksen.

[73] Tilassa piilee yhtä hyvin kuin liikkeessäkin seurausta määrääviä edellytyksiä. Liike ei ole se, joka »omasta voimastaan» (Mayer, s. 31) pystyy aikaansaamaan seurauksen, vaan viimeksimainittua on pidettävä edellytysten yhteisvaikutuksen tuloksena. Yhtä vähän kuin luonnossa on syyn ja seurauksen oikeudellisessakaan arvostelussa perustusta sillä, että seuraukselle tunnustetaan vain Mayerin tapaan konstruoitu »varsinainen syy». — Honkasalo, s. 28.

teen avulla.[74] Eri asia on, että Mayerin tarkoittamien edellytysryhmien (generatioiden) käsitteellisen erotteluun kätkeytyy adekvaattisen kausaalisuusteorian siemen sikäli, että tässä erottelussa tehdään ihmistekona ilmenevän syyn relevanssi riippuvaiseksi siitä, missä määrin edellytykset teorian tarkoittamin tavoin ryhmittyneinä ovat kausaalisuuden käsitteellisten momenttien *ulkopuolelta* saatujen arvosteluperusteiden mukaan omansa aikaansaamaan tarkastelunalaisen seurauksen syntymisen.[75]

B. YLEISTÄVÄT (GENERALISOIVAT) TEORIAT.

I. KRÜCKMANNIN JA HESSIN TEORIAT.

Jo edellä on huomautettu, ettei individualisoivien kausaalisuusteoriain ole onnistunut edistää käsittelynalaisen kysymyksen ratkaisua. Oikeudellisesti relevantin syyn määrittelemiseksi tarvittavaa kausaaliyhteyden rajoitusta ei ole pystytty aikaansaamaan yksittäistapauksesta dedusoiden eikä kausaalisuuden käsitteellisiä aineksia eritellen, vaan kysymyksen tuloksellisin kehittely on jäänyt toisella pohjalla tapahtuvan tutkimustyön tehtäväksi. Tämä toinen lähtökohta, josta siitäkin jo on mainittu, edellyttää syy-yhteyden tutkimusta yleistyksen näkökulmasta. Yksittäistapauksen tarkastelusta luopuen syyn ja seurauksen suhdetta tällöin käsitellään objektiivisena, kokemusperäisenä mahdollisuutena, jota koskeva arvostelma nojautuu käsilläolevien edellytysten eri kombinatioihin. Tällä pohjalla ovat ns. adekvaattisuusteoriat, joista muovautunut kausaalisuus-käsite, jossakin määrin eri tavoin luonnehdittuna, mutta johtavalta sisällykseltään jotensakin yhtenäisenä, on tullut siviilioikeudellisessa kirjallisuudessa vallitsevaksi. Seuraavana tehtävänämme on pääkohdittain kosketella tätä oppirakennelmaa. Sitä ennen kuitenkin selostettakoon paria muuta kausaalisuusteoriaa, joiden voitaneen katsoa tavallansa edustavan siirtymistä yksittäistävistä opeista yleistäviin teorioihin. Tarkoitettuina teorioina esittelemme lyhyesti KRÜCKMANNin ja HESSin teoriat.

---

[74] Tämä väite ei nähdäksemme tarvitse mitään todistelua, ennenkuin esitetään perusteluita, jotka tekevät todennäköiseksi, että edellytyksen liike-luonteella vahingonkorvausoikeudessa, *toisin kuin rikosoikeudessa*, on erityinen merkitys.

[75] TRAEGER, s. 104. HONKASALO, s. 28.

KRÜCKMANNin [76] opilla on nähdäksemme yhteyttä toisaalta KOHLERin, toisaalta MAYERin teoriaan. Viimeksimainitulla yhteydellä, joka supistuu ainoastaan edellytysten liike-luonteen korostamiseen, ei kuitenkaan ole katsottava olevan merkitystä edellytysten kausaalisen relevanssin kannalta siinä mielessä, mitä Mayer on tarkoittanut — Krückmann, mikäli olemme huomannut, ei edes mainitse Mayerin nimeä —, vaan hänen oppinsa lähentyy tässä kohdin nimenomaan ja tietoisesti Kohlerin teoriaa. Aiheuttaminen oikeudellisessa merkityksessä voi tulla kysymykseen ainoastaan sikäli kuin »oma liike» (Eigenbewegung) hallitsee »vierasta liikettä» (Fremdbewegung).[77] Siten Krückmannin käsityksen mukaan, samoin kuin Kohlerin opissa, on edellytyksen kausaalisuuden kannalta ratkaisevaa, että seurauksen aiheuttajalla on siihen johtaneisiin edellytyksiin katsoen dominus causae asema. Tämä kausaaliyhteyden hallinta (Beherrschung) on Krückmannin mukaan riippuvainen seurauksen ennaltalaskettavuudesta, joka puolestaan perustuu kokemusperäiseen tietoon[78] ja

[76] Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit, IHERINGS Jahrb. 55, s. 1 ss. Das juristische Kausalproblem als Problem der passendsten Fiktion, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 37, s. 353 ss.

[77] Verschuldensaufrechnung etc., s. 35. — KRÜCKMANN erottaa, paitsi vastakohdat kausaalinen ja ei-kausaalinen, myös vastakohdat: itsenäisesti ja epäitsenäisesti kausaalinen. Jälkimmäisessä erottelussa määräytyy kausaalisuuden itsenäisyys ja epäitsenäisyys deliktikelpoisuuden edellytysten ja rajojen mukaan (mt. s. 95, 102). Sanotun erottelun lähemmästä käsittelystä on tässä luovuttava.

[78] Mt. s. 46, 62. KRÜCKMANNin esityksestä olemme saaneet sen käsityksen kuin hän pitäisi myös KOHLERia yleistykseen perustuvan kausaalisuus-käsitteen kannattajana. Krückmannin viittaus Kohlerin esitykseen (Kausalbegriff, s. 330, 335) nähdäksemme ei kuitenkaan oikeuta sellaisiin yhtäläisyyden mainintoihin, joita Krückmann käyttää, sillä Kohler, puhuessaan tekijän rangaistavuuden yhteydessä todennäköisyydestä ja mahdollisuudesta (Kausalbegriff, s. 335, Studien aus dem Strafrecht I, s. 71), ei sillä tarkoita luopumista immanenttisesta relevantin syyn määrittelystä. Krückmannin kausaaliyhteyden käsitys on tässä kohdin olennaisesti toisella pohjalla kuin Kohlerin, mikä selvästi ilmenee seuraavasta määritelmästä (Verschuldensaufrechnung etc., s. 62): »Kausalzusammenhang zwischen der Eigenbewegung des Täters und der Erfolgsbewegung liegt vor, wenn die zum Erfolge notwendigen sonstigen Eigen- und Fremdbewegungen im Sinne des eingetretenen Erfolges beherrscht wurden vor der verursachenden Eigenbewegung des Täters. Eine solche Beherrschung ist anzunehmen, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Bewegungen eintreten werden.» Kuten lainauksesta näkyy, on tämä kausaalisuusteoria adekvaattisuuden pohjalla. Ei liene liikaa sanoa, että määritelmässä muu paitsi toinen lyhyt lause on perimmältään tarpeetonta painolastia, sillä sekin etu, jonka Krückmann (Verschuldensaufrechnung etc., s. 54 ss., Kausalproblem, s. 353 ss.) katsoo adekvaatisuusteorioihin verraten saavutettavan Beherrschung käsitteen asettamisella individuaalisen ja objektiivisen arvattavuuden yläkäsitteeksi, jolloin muka voidaan väistää syytös *yhtenäisen* kausaalisuus-käsitteen puutteesta, on käsittääksemme vain näennäinen, — sanoisimmeko — nimitykseen supistuva.

joka myöskin on omansa rajoittamaan relevantiksi katsottavaa kausaaliyhteyttä oikeustajuntaa tyydyttävällä tavalla. Viimeksimainittu seikka lähentää kausaalisuuskysymyksen käsittelyä syyllisyyskysymykseen, mutta näiden asiain toisiinsa sekoittamisen Krückmann[79] on välttänyt. Krückmannin teorian heikkous ilmenee erityisesti sen soveltumattomuudessa varomattomuudella aikaansaatujen seurausten arvostelemiseen. Tässä kohdin teorialla on katsottava olevan samat heikkoudet kuin Kohlerinkin opilla, heikkoudet, joita Krückmannin nimenomaan tähän kysymykseen kohdistuva puolustelukaan ei pysty kestäviksi pönkittämään.[80]

Kausaaliliikkeen (Kausalbewegung) ja seurausliikkeen (Erfolgsbewegung) suhteeseen KRÜCKMANN liittää omalaatuisia johtopäätöksiä erityisesti siviilioikeudellisen vastuun kannalta. Seurausliikkeen alkamishetkestä lukien, jona on pidettävä ajankohtaa, mistä oikeudenvastaisuus alkaa,[81] on Krückmannin mukaan voimassa vastuu seurauksesta siitä riippumatta, tapahtuuko seuraushäiriö (Erfolgsstörung) vai ei.[82] Tällaisella häiriöllä Krückmann tarkoittaa väliintullutta tekijää, joka seurausliikkeen alettua aiheuttaa sen seurauksen pois jäämisen, joka sanotusta liikkeestä muutoin olisi syntynyt, joten ns. kausaaliyhteyden katkeaminen osoittautuu seuraushäiriön alalajiksi. Kun Krückmann, leimatessaan seuraushäiriön vastuun kannalta merkityksettömäksi, ilmeisesti johtuisi kohtuuttoman laajan vastuun hyväksymiseen, mikäli seurausliikkeen alkamishetki määriteltäisiin aikaiseksi, ja kun hän toisaalta, arvatenkin juriidista täsmällisyyttä tavoitellen, on katsonut seurausliikkeen alkamishetken samaksi, mistä oikeudenvastaisuuden on katsottava alkavan, hän johtuu siihen tulokseen, ettei »siviilioikeudellinen oikeudenloukkaus ala vielä kiväärin panostamisella, kohottamisella eikä

[79] Verschuldensaufrechnung, s. 47.

[80] Mt. s. 147—149. KRÜCKMANNin perustelun pääasiallisimpana sisältönä on väite, ettei kausaaliliikkeen hallintaan tarvita tietoista edellytysten hallitsemista. Sattuvasti huomauttaa SIBER, s. 73: »Leugnet man die dem Täter günstige Kausalität bei einem Zufallstreffen, der trotz der unberechenbaren Entfernung das Ziel trifft (Krückmann, mt. s. 45) so müsste man auch die ihm ungünstige ablehnen, wenn er unter den gleichen Voraussetzungen versehendlich einen Treiber ausschiesst. In beiden Fällen beherrscht der Täter offenbar nur das Abdrücken des Gewehres, nicht den weiteren Lauf der Kugel; man kann den letzteren aber nicht, wenn das Ziel getroffen wird, als nicht beherrschte und daher nicht kausale Erfolgsbewegung, dagegen, wenn ein falsches Ziel getroffen wird, als beherrschte Kausalbewegung ansehen.»

[81] Verschuldensaufrechnung etc., s. 69.

[82] Mt. s. 74.

suuntaamisella, eipä edes vielä laukaisemisellakaan, vaan vasta sinä silmänräpäyksenä, jona kuula koskettaa loukkauksenalaisen vaatetusta tai otsaa».[83] »Dies ist ein Beispiel für viele. Näheres Eingehen ist nicht nötig.»[84] Puuttumatta tässä lähemmin siihen, millaisiin mahdottomuuksiin oikeudenvastaisuusopin kannalta Krückmann täten antaa kausaalisuusteoriansa itseään johdattaa, huomautettakoon ainoastaan niistä johtopäätöksistä, joita hänen »seuraushäiriöoppinsa» vastuun kannalta sisältää. Krückmannin mukaan on tekijän vastattava seurausliikkeen siitä kehityksestä, joka seurauksen alkamishetkenä käsilläolevien olosuhteiden nojalla oli *odotettavissa*.[85] Tämän faktillisesta tapahtumisesta piittaamattoman määritelmän mukaan esim. A joutuu tuomittavaksi murhasta, jos hänen vakain tuumin kuolettavasti haavoittamansa henkilö matkalla sairaalaan saa surmansa rakenteilla olevan talon telineiltä putoavasta tiilestä,[86] ja samoin B, joka on kuolettavasti haavoittanut laivuria, joka haavoittumisesta kokonaan riippumattoman laivan uppoamisen takia menettää henkensä hukkumalla, on vastuussa samoin kuin jos kuolema olisi johtunut puukoniskusta.[87] Tulos Krückmannin konstruktiosta onkin se, että hän jotensakin yksin [88] on joutunut puoltamaan päätelmiä, jotka vallitseva tieteisoppi yksimielisesti hylkää ja jotka näyttävät johtavan ristiriitaan tosiasiallisen tapahtumisenkin kanssa.

---

[83] Mt. s. 70.

[84] Mt. ms. Oletettakoon esim. että A ja B vaanivat C:tä tappaakseen tämän sapeliniskulla päähän. He hyökkäävät hämärässä C:n kimppuun ja antavat kumpikin hänelle iskun. B:n aseen sattuessa A:n aseeseen seurauksin, että se katkeaa koskettamatta C:n päätä, A on katsottava murhaajaksi, jos ase kuitenkin ehti hipaista C:n päähinettä, mutta vain yrityksenä rangaistava, jos isku kävi sanotusta syystä tehottomaksi sitä ennen! Tietenkin KRÜCKMANNin esimerkkiin sisältyvä maininta vaatteista on lähinnä »havainnollistavaa» laatua tarkoittamatta muuta kuin seurausliikkeen — ja oikeudenvastaisuuden! — alkamisen määrittelemistä mahdollisimman myöhäiseksi ajankohdaksi, mutta siitä huolimatta lienee esimerkillämme tässä yhteydessä oikeutuksensa, koska se on omansa osoittamaan Krückmannin kannan keinotekoisuuden.

[85] Mt. s. 77.

[86] KRÜCKMANN, Verschuldensaufrechnung, s. 74.

[87] KRÜCKMANN, mt. s. 74 (eritt. muist. 1). Mikäli Krückmann tahdottaisiin »vaatia tilille jokaisesta sanasta», kävisi myöskin päinsä väittää hänen esityksensä mukaisen vastuun ulottuvan jopa sellaiseen tapaukseen, että A:n ampuma kuula, jonka suunta on ollut suoraan B:n sydämeen, on B:n rintataskussa olleen kellon aiheuttaman »seuraushäiriön» vaikutuksesta (seurausvaikutuksen alkamisen jälkeen! mt. s. 70) kulussaan pysähtynyt — ainakin jos pysähtyminen kellonkin huomioonottaen oli odottamaton!

[88] Mikäli olemme huomanneet, vain ELSTER, s. 520, on yhtynyt periaatteessa kannattamaan KRÜCKMANNia.

HESS [89] kausaalisuuskysymyksen teoreetikkona on huomattava ennen muuta kysymyksenkäsittelyn rohkean omalaatuisuuden vuoksi. Hess korostaa syyn ja edellytyksen eroa, mikä on antanut OERTMANNille aiheen mainita hänet individualisoivien teoriain kannattajien joukossa, kuitenkin huomauttamalla Hessin teorian itsenäisyydestä.[90] Sanottua eroa Hess pitää objektiivisena, mutta siitä johtuen, että Hess ratkaisee koko kausaalikysymyksen tapahtumaa tarkastelevan subjektin kannalta ja asettaa viimeksimainitun arvostelun tärkeiltä osin subjektiivisista seikoista riippuvaksi, jää mainittu erontekokin vastaavasti subjektiiviseksi. Syyn Hess erottaa edellytyksestä sen mukaan, mikä merkitys sillä on tarkastelevan subjektin kannalta seurauksen syntymisen arvostelulle. Edelläkäyneistä edellytyksistä *syy* erottuu voimakkaamman objektiivisen vaikutuksensa kautta tarkastelevaan subjektiin, myöhemmistä taasen siten, että tapahtuman tarkastelija käsittää nämä myöhemmät edellytykset muuttumattomiksi, inhimillisestä toiminnasta riippumattomiksi seikoiksi, jotka sinänsä sisältävät vain seurauksen mahdollisuuden, kun taas syy varmistaa seurauksen syntymisen ja samalla käsittää antecedentioiden joukossa sen tekijän, joka inhimillisenä toimintana on ajateltavissa ja toivottavissa toiseksi kuin mikä se on ollut.

HESSin konstruktion tarkastelussa kiintyy huomio teorian ahtaaseen yksipuolisuuteen: Hess leimaa kausaaliyhteyden tarkoitusyhteydeksi ja katsoo tarkoituksenmukaisen syy-yhteyden käsitteen syntyvän ainoastaan syyllisyysarvostelmasta. Ei liene liikaa sanoa, että Hess suorastaan korottaa kulpan kausaaliyhteyden ylimmäksi kriteeriksi. Tätä vastaavasti hänen oppinsa jättää vastausta vaille kaikki ne kysymykset, jotka viriävät kulpattoman korvausvelvollisuuden tapauksissa. Hess, joka katsoo löytäneensä erityisesti oikeustieteelle ominaisen kausaalisuus-käsitteen, on siten tässä kohdin pahasti erehtynyt.[91] Siitä huolimatta, että Hessiä voidaan syyttää

[89] Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate. — Neue Thesen. Das Märchen vom Causalzusammenhang oder im Banne des Zwecks. — Kausalzusammenhang als projizierter Wunschzusammenhang. ArchZivPr. 47, s. 45 ss.

[90] TRAEGER, Kausalbegriff, s. 147, taas lukee HESSin teorian adekvaattisuusoppeihin kuuluvaksi.

[91] Osoituksena siitä, kuinka pitkälle harhateille HESS rakennelmissaan joutuu, lainattakoon seuraava pala hänen esityksestään (Kausalzusammenhang als Wunschzusammenhang, s. 66): »Wenn es somit doch wahr bleibt, dass Kausalzusammenhang der Handlung eine irrige und unmütige Abstraktion aus dem Schuldzusammenhang ist, so braucht man deshalb doch nicht zu fürchten, dass dadurch die Einheitlichkeit des Kausalbegriffs für die verschiedenen Wissenschaften verloren geht. Kausalzusammenhang ist vielmehr

kausaalisuuskysymystä koskevan kirjallisuuden huomiotta jättämisestä ja näkökulman ahtaudestakin, vieläpä konstruktion pahasta virheellisyydestä, on hänelle tässä tutkielmassa tahdottu omistaa huomiota niiden piirteiden vuoksi, joita hänen oppinsa sisältää vastuukysymyksen teoriana. Se tarkoitusyhteys, joksi Hess kausaaliyhteyden leimaa, sisältää tässä kohdin joustavamman kriteerin kuin minkä se adekvaattisuusoppi, joka nojautuu objektiiviseen »normaalisuuteen» ja tapahtumankulun yleisen säännön mukaiseen menoon, voi tarjota. Tämä kohta Hessin opissa ikäänkuin kurkottautuu kuilun yli lähentyäkseen tässä tutkielmassa puollettavaa konstruktiota — mutta itse oppien välistä kuilua ei mikään voi täyttää.

II. VASTAAVUUS- ELI ADEKVAATTISUUSTEORIAT.

1. ADEKVAATTISUUS JA SEURAUKSEN SYNTYMISMAHDOLLISUUDEN MÄÄRITTÄMINEN.

Adekvaattisen kausaalisuusopin perustajina pidetään v. Baria ja v. Kriesiä, joista kuitenkin vain viimeksimainitun on katsottava laskeneen sen tieteellisen pohjan, jolle sanottu teoria rakentuu ja jolla sitä myöhemmin on edelleen kehitetty.[92] Tämän perustavan työn v. Kries on tehnyt tutkimuksillaan mahdollisuuden käsitteestä, jonka selvittelystä adekvaattisuuden ajatus kehkeytyy. Edellytyksen ja seurauksen välisissä suhteissa mahdollisuudella on sikäli

---

in allen Wissenschaften projizierter Wunschzusammenhang, eine Abstraktion aus diesem. In der Jurisprudenz muss dies aber dazu führen, dass dieser Wunschzusammenhang mit dem Schuldzusammenhang identisch wird. Denn das Wünschen des den Erfolg Verwünschenden richtet sich nur scheinbar gegen die Handlung des Täters allein. Es hat sich, bevor es dahin gelang, schon gegen seinen Willen gerichtet.» — Hessin todistelun erikoisena piirteenä mainittakoon väite, jonka mukaan hänen esittämänsä kanta doluksen ja kulpan olemisesta itse kausaaliyhteyden perusteena on oikea, vaikka ymmärryksemme ei sitä tajua! Mt. s. 65.

[92] Useat kausaalisuuskysymyksen teoreetikot mainitsevat adekvaattisuusteorian varsinaisena perustajana vain v. Kriesin, jonka kysymystä koskevat tutkimukset on julkaistu aikakauskirjoissa Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie XII (1888), s. 179, 287 ss., 383 ss. (Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben) ja Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft B 9, s. 528 ss. (Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht). Ensinmainittuun tutkimukseen tämän kirjoittaja on tutustunut sen eripainoksesta [Leipzig, Fues's Verlag (R. Reisland). 1888], jonka sivuja siis viitteet seuraavassa tarkoittavat.

antecedensin conditio sine qua non luonteesta poikkeava sisällys, että siinä jää sijaa asteistamiselle (gradatiolle). Mahdollisuudesta — toisin kuin itsestään syy-yhteydestä — puhutaan sen erimääräisyyden merkeissä,[93] mikä taasen osoittaa, että tällöin on kysymys yleistävästä näkökohdasta, jonka kannalta in concreto samanarvoiset edellytykset osoittautuivat in abstracto eriarvoisiksi.[94] Juuri tähän seikkaan kohdistuvassa mahdollisuus-käsitteen selvittelyssä on v. Kriesin tutkimuksen painopiste. *Objektiivisesta mahdollisuudesta*, joka on tietyssä suhteessa seuraukseen, tulee oikeudellisesti relevantin adekvaattisen syy-yhteyden ilmaisija.

a. Mahdollisuutta ei ole olemassa sille, joka käyttelee kaikkea sekä ontoloogista että nomoloogista [95] tietoa.[96] Hänelle näyttäytyy kaikki välttämättömyytenä. Mahdollisuusarvostelma tulee kysymykseen vasta, kun jokin osa käsilläolevista konkreettisista edellytyksistä yksityiskohtaisen nimeämisen asemesta otetaan lukuun yleistettynä edellytyksenä, joka siis käsittää vaihtelevia tekijöitä, realiteettien eri yhdistelmiä, joiden välillä ei arvostelijan kannalta tehdä mitään eroa.[97] Seurauksen syntymisen mahdollisuusaste määräytyy

[93] Vrt. v. Kries, Begriff der obj. Möglichkeit, s. 7.

[94] Vrt. Radbruch, s. 336.

[95] Ontoloogginen tieto edustaa kausaalisten faktain, nomoloogginen kausaalisten lakien tuntemusta.

[96] v. Kries, Begriff der obj. Möglichkeit, s. 5: »Unter der Voraussetzung ganz genau bestimmter Bedingungen ist - - für den Begriff der objektiven Möglichkeit keine Anwendung denkbar.»

[97] Tällainen yleistys voi — luonnollisesti — tulla kysymykseen sekä silloin, kun arvioidaan tulevaisuudessa odotettavan seurauksen mahdollisuutta, että myös jo tapahtuneen seurauksen todennäköisyyden arvostelussa, ja se voi olla riippuvainen joko siitä, että eräitä konkreettisia edellytyksiä ei tunneta, tai siitä, että ne tietoisesti generalisoidaan. — Tekstissä on tarkoituksellisesti vältetty mainitsemasta mahdollisuus-käsitettä sellaiselta pohjalta syntyvänä, jonka mukaan seurauksen edellytyksistä sanotun käsitteen kannalta ilmaistaan vain *osa*. v. Kries huomauttaa nimenomaan, että mahdollisuusasteen suuruutta koskevan arvostelman oikea käsittäminen vaatii *yleisen edellytyksen* luonteen ymmärtämistä: »Die Erkenntnis dieser ungemein wichtigen Thatsache ist bisher — — — auch dadurch erschwert worden, dass man bei dem Begriff der objektiven Möglichkeit, wenn man ihn überhaupt statuirte, lediglich an eine *partielle* Bestimmung der Bedingungen zu denken pflegte, daher erklärte man dann die Möglichkeit, welche gewisse Bedingungen für einen Erfolg darstellen, meist nur dahin, dass diese bei *Hinzutreten* irgend welcher weiterer Umstände den Erfolg verwirklichen. Um die Grössenbestimmung der objektiven Möglichkeit zu verstehen, muss man streng daran festhalten, dass die Verwirklichung des Erfolges an die *besondere Gestaltung eines Allgemeinen* geknüpft ist» (Obj. Möglichkeit, s. 9). Vrt. Honkasalo, s. 138.

Traeger, s. 120—121, huomauttaa nimenomaan, että mikäli seurauksen edellytyksistä mainitaan vain osa, sekin käsittää yleisen edellytyksen asettamisen. — Eri asia on,

tällöin tapahtumanvaran periaatteen (»Princip der Spielräume») pohjalla. Jos ne eri yhdistelmät, joissa sanotunlaisena yleisenä edellytyksenä ilmenevät tekijät voivat esiintyä ja jotka näin ollen muodostavat tapahtumanvaran, jaetaan kahteen ryhmään, joista toinen käsittää kaikki seurauksen syntymiseen välttämättömästi johtavat kombinatiot ja toinen kaikki ne, joiden yhteisvaikutuksesta tarkoitettua seurausta ei synny, on mahdollisuuden määrän mittana se suhde, joka ensinmainituilla yhdistelmillä on koko tapahtumanvaraan.[98] Tämä suhde voidaan numerollisesti ilmaista luvulla, joka on 0:n ja 1:n välillä tai jompikumpi mainituista luvuista. Mahdollisuusaste on 0 = mahdottomuus, jos kaikki edellämainitut yhdistelmät johtavat siihen tulokseen, ettei seurausta synny, ja se on 1 = välttämättömyys, jos sanotuista yhdistelmistä aina johtuu tarkastelunalainen seuraus.[99] Muissa tapauksissa mahdollisuuden aste on ilmaistavissa sen suuruutta osoittavalla murtoluvulla. Valaisevana esimerkkinä tästä mainittakoon kirjallisuudessa usein esitetty noppakuution heitto, jossa mahdollisuus esim. tuloksen 6 saavuttamiseen osoittautuu edelläsanotun mukaan määräksi 1/6, koska heiton yksittäiskohdat — käden ote, nopan asento, sen saama vauhti jne. — generalisoidaan yleiseksi heittämisen edellytykseksi ja nopan muodosta ja painopisteen keskeisyydestä todetaan, että tapahtumanvara nopan kunkin loppuasennon osalta on yhtä suuri ja siis tuloksen 6 mahdollisuusaste sitä vastaavasti mainitun suuruinen siitä riippumatta, miten heittäminen tapahtuu.[100]

Sanotun loogillisen mahdollisuus-käsitteen käyttökelpoisuus elävässä elämässä on kuitenkin joltisenkin vähäinen. Siltä voitaneen suorastaan eittää käytännöllinen merkitys, sillä tarkastelunalaisessa

että adekvaattisuus-käsitteen kehittämisen kannalta ei voitane pitää tarpeellisena sellaista koko edellytyskompleksin korostamista yleisen edellytyksen luonteiseksi, jota v. KRIES käyttää ja jota vastaa seurauksen syntymisen käsittäminen yleisyyden erikoisilmentymäksi. Siksi onkin myöhemmässä tekstissä pyritty erottamaan konkreettisesti ilmaistut edellytykset yleistyksen tietä muodostetuista.

[98] KRIES, Begriff der obj. Möglichkeit, s. 7—8, 14; lähemmin Principien der Wahrscheinlichkeits-Rechnung (Freiburg 1886), s. 24—36, 157. — Lyhyesti voidaan siis sanoa: seuraus on sitä todennäköisenpi, mitä suurempi seuraukseen johtava tapahtumanvara on.

[99] Objective Möglichkeit, s. 8—9, viite 2; s. 39.

[100] v. KRIES, s. 13: »Die Umständen des concreten Falles sind in der That und zwar nach einem ganz bestimmten Principe generalisirt gedacht: es wird die Gesammtheit derjenigen Fälle zusammengefasst, welche bezüglich der Bedingungen für unsere Auffassung und Beobachtung sich nicht mehr Unterscheiden, es wird abstrahirt von denjenigen feinsten Besonderheiten des Verhaltens, welche sich unserer Einsicht schlechthin entziehen.»

yksittäistapauksessa on useimmiten mahdotonta tarkoin määrittää seurauksen mahdollisuusaste kysymyksessäolevan edellytyksen relevanssin toteamiseksi.[101] Tämä tosiasia käy selväksi ajateltaessa esim. sellaista tapausta, jossa jo tunnetut konstantit edellytykset sisältävät suuren mahdollisuuden seurauksen syntymiseen ja jossa niin muodoin kysymyksessäolevan edellytyksen osuus seurauksen synnyttävässä tosiasiallisessa tapahtumankulussa ei ole johdettavissa tapahtumanvaran periaatteeseen pohjautuvasta mahdollisuus-käsitteestä. Mikä mahdollisuusaste on tarpeen konkreettisen edellytyksen oikeudellisen relevanssin toteamiseksi, jää täten esitetyllä pohjalla selvittämättä. Toisaalta juuri tämä kysymys, tarkastelunalaisen edellytyksen käsittämän mahdollisuusasteen määrittäminen oikeudellisesti merkityksellisen edellytyksen tämän perusteella erottamiseksi muista edellytyksistä, on adekvaattisen kausaalisuusopin keskeisimpiä. Siihen liittyy adekvaattisuusteorioille olennaisen seurauksensuosivuus-käsitteen määrittely, ja sen tuomista vaikeuksista vastaavasti johtuu se ratkaisujen moninaisuus, joka teorian kannattajain tutkimuksista on todettavissa.

b. v. KRIES itse on lausunut sen ajatuksen, ettei edellytyksen adekvaattisuuteen tarvittava mahdollisuusaste ole tarkoin määritettävissä, vaan että tapauksissa, joissa tarkka rajankäynti ei ole mahdollinen, voidaan etsiä apua yleisestä käyvästä käsityksestä, joka puolestaan hahmottuu tyypillisyysvaatimuksen varteenottamisesta.[102] Tätä kokemusperäistä arvosteluperustetta ovat useat v. Kriesin seuraajat suositelleet sovellettavaksi loogillisen mahdollisuus-käsitteen asemesta, jonka tilalle näin muodoin olisi asetettava tyypillisyyden tunnusmerkki. Voitaneen kuitenkin epäillä, saatetaanko tätä tietä saavuttaa teoreettisesti täsmällisempää tai käytännöllisestikään ratkaisevasti arvokkaampaa kriteeriä relevantin edellytyksen erottamiseksi muista, koska sitä aineistoa, josta tyypillisyys — esim. tilastosta — käy ilmi, ei useinkaan ole tarpeellisin määrin käsillä juuri sellaisen yksittäistapauksen arvostelemiseksi, josta kulloinkin on kysymys. Että perimmältään tulos on sama ja — kuten edempänä osoitetaan — melkein yhtä epätyydyttävä, käytettiinpä käsilläolevaan tarkoitukseen selostettua loogillista mahdollisuus-käsitettä tai tyypillisyyden tunnusmerkkiä, johtuu mainittujen käsitteiden sukulaisuu-

[101] Vrt. v. KRIES, Obj. Möglichkeit, s. 16, TRAEGER, s. 118. TARNOWSKI, s. 191.

[102] Mt. ms. Jo tässä yhteydessä mainittakoon, että v. KRIESin kehittelemä adekvaattisuusoppi sisältää toisenkin kriteerin kuin mikä sisältyy seuraavassa käsiteltäväksi tulevaan tyypillisyystunnusmerkkiin.

desta, joka, kuten TARNOWSKI [103] on osoittanut, on sangen läheinen. Mainittu tulos taasen johtaa, kuten useain adekvaattisuusteorian kannattajain tutkimuksesta käy ilmi, ratkaisun jättämiseen erinäisin ylimalkaisin evästyksin tuomarin huoleksi, mikä asiantila ei ole omiaan kohottamaan adekvaattisuusopin arvovaltaa juriidisena *kausaalisuus*teoriana.

Tapahtumanvaran periaatteen mukaisen mahdollisuus-käsitteen, jota TARNOWSKI nimittää absoluuttiseksi mahdollisuus-käsitteeksi, ja tyypillisyys-käsitteen suhde saa selvityksensä erilaisesta suhtautumisesta toisaalta konstantteihin, toisaalta vaihtelunalaisiin edellytyksiin, joihin kahteen ryhmään jokaisen mahdollisuusarvostelman kohteena olevan seurauksen edellytykset jakautuvat. v. KRIES on mahdollisuus-käsitettä selvitellessään säännöllisesti puhunut *yleisestä edellytyksestä* ja sen merkityksestä seurauksen kannalta. Mahdollisuus-käsite oikeustieteessä taasen edellyttää *konkreettisen* edellytyksen kausaalisuuden tutkimista kussakin yksittäistapauksessa. Sanotun v. Kriesin käsittelytavan Tarnowski edellyttää johtuneen hänen filosoofisesta katsantokannastaan ja tämän tieteen suosimasta vaihtelunalaisten tekijäin tarkkailusta. Tästä asenteestaan huolimatta v. Kries, erinäisiä epäjohdonmukaisuuksia lukuunottamatta, käsittelee mahdollisuus-käsitteen muodostamista edellyttämällä konkreettisesti ilmaistut edellytykset konstanteiksi ja yleistetyt vaihtelunalaisiksi tekijöiksi.[104] Ne tutkijat taas, jotka ovat tahtoneet asettaa sanotun käsitteen tilalle tyypillisyys-käsitteen, ovat johtuneet v. Kriesin teoriasta siihen, että he juriidisen mahdollisuus-käsitteen tutkimisen keskittyessä konkreettiseen, konstanttiin edellytykseen ovat asettaneet v. Kriesin käsittelemän yleisen edellytyksen *konstantin* tekijän asemaan ja samalla saattaneet konkreettiset edellytykset vaihtelunalaisiksi. Tämä menettely ei johda tapahtumanvaran periaatteen mukaisen mahdollisuusasteen määritykseen, vaan juuri siihen, jota tarkoitetaan tapahtumisen tyypillisyydellä. Näiden, yleisessä muodossa sanottuina jossakin määrin vaikeatajuisten suhteiden selvittä-

[103] Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, s. 189 ss.

[104] Vrt. LIEPMANN, Goltd Arch 52, s. 340. v. KRIESin esityksen oikein ymmärtämiseksi on syytä panna merkille, että vaikka Kries yleisellä edellytyksellä usein tarkoittaa koko sitä edellytysten kokonaisuutta, jonka kannalta mahdollisuusarvostelma on lausuttava, joten konkreettisesti ilmaistut edellytykset sulautuvat tähän käsitteeseen, niin hän *tässä piirissä* käsittelee konkreettisia edellytyksiä konstantteina ja abstrahoituja vaihtelunalaisina.

miseksi valaistakoon asiaa edellämainitulla esimerkillä noppakuutiosta, jonka heitossa tapahtumanvaran periaatteen pohjalla laskettu tuloksen 6 mahdollisuusaste osoittautui murtoluvuksi 1/6. Yleisenä, vaihtelunalaisia tekijöitä käsittävänä edellytyksenä oli tällöin nopan heittäminen ja konstanttina edellytyksenä sen kuutio-ominaisuus ja painopisteen keskeisyys, mistä puolestaan oli tuloksena *tietty* mahdollisuusarvostelma 1/6 siitä riippumatta, miten ja kuinka monesti heitto tapahtuu. Jos taas heittämistä sinänsä pidetään konstanttina edellytyksenä ja vaihtelunalaisiksi tehdään heitossa ilmenevät eri tekijät, ruumiinliikkeet, nopan asennot kädessä jne., tulos on toinen. Jos heittäjän on kymmenellä heitolla onnistunut saada tulos 6 viisi kertaa, todennäköisyysarvostelma on tältä pohjalta 1/2, jos 24 heitolla 3 kertaa, se on vain 1/8. Ennenkuin viimeksimainitun menetelmän avulla voidaan saavuttaa tyypillisyysvaatimuksen kannalta merkityksellisiä tuloksia, tulee heiton tapahtua niin monesti, että tuloksen voidaan katsoa määräytyvän ns. suurten lukujen lain mukaan. Toisin sanoen tulee tyypillisyysteorian mukaan konstantiksi katsottuun yleiseen edellytykseen sisältyvien eri tekijäin useiden kombinatiomahdollisuuksien päästä toteutumaan mahdollisimman monina eri yhdistelminä, jolloin tuloksena on mahdollisimman täydellinen kokemusperäinen tieto objektiivisesta todennäköisyydestä. Tyypillisyysvaatimus täten lopulta johtaa samaan kuin loogillinen mahdollisuus-käsite. Kun edellytyksen tyypillisyydestä seuraukseen katsoen voi olla puhetta vain mikäli se yhdessä tietyn edellytyskompleksin kanssa monilukuisissa tapauksissa johtaa seuraukseen, se samalla osoittaa, että tyypillisyystunnusmerkin mukainen mahdollisuusarvostelma on käytännön kannalta melkeinpä yhtä vähämerkityksinen, kuin miksi tapahtumanvaran periaatteeseen nojautuva mahdollisuus-käsite on täytynyt todeta, koska tarkastelunalainen yksittäistapaus vastuukysymyksen kannalta relevantteine, usein sangen yksittäiskohtaisesti spesialisoituine tunnusmerkistöineen ei useinkaan tarjoa tilaisuutta sellaiseen, lukuisia vaihtelunalaisten tekijäin kombinatioita käsittävään yhdistelyyn, josta kävisi päinsä tehdä objektiivisen mahdollisuuden astetta koskeva täsmällinen johtopäätös.[105]

c. Mahdollisuusasteen yksittäistapauksessa määrittämisen vaikeudet ovat johtaneet adekvaattisen kausaalisuusteorian kannattajia sellaisen määrittelyn etsintään, jonka avulla kävisi päinsä yleisesti

[105] TARNOWSKI, s. 202.

todeta, millaiset edellytykset ovat teorian mukaan relevantteja. Tyypillisyys tällaisena määritelmänä, ei, kuten sanottu, merkitse tämän kysymyksen ratkaisua. Mikäli näin muodoin tyypillisyys-tunnusmerkki yleisenä kriteerinä asetetaan edellytyksen relevanssi-mittapuuksi in concreto, se myöskin usein merkitsee tällaisen kausaalisuusteorian uskoutumista tuomarin oikeamieliseen harkintaan, joka joutuu perustumaan kohtuulliseen olosuhteiden arvosteluun. Tämän toteamisella ei kuitenkaan ole tarkoitus eittää tyypillisyys-tunnusmerkin yleisluonteista arvoa edellytysten erottelulle puheena-olevassa suhteessa. Päinvastoin on sanottava, että se kuitenkin paremmin kuin tapahtumanvaran periaatteen pohjalla määritelty mahdollisuus-käsite on omansa antamaan oikean viitteen sen selecta antecedentia ryhmän löytämiseen, jolla on kriteerinsä kokemusperäisessä säännönmukaisuudessa ja sitä tietä kosketuskohtansa käytännöllisen tarpeen asettamiin vaatimuksiin. Tyypillisyysteorian tunnettu edustaja KRIEGSMANN [106] julkilausuu teorian tämän merkityksen sanomalla, että »es ist — — — unbestreitbar, dass wir einen Schatz nomologischer Kenntnisse, und zwar auch über die Typik kausaler Zusammenhänge, besitzen, Kenntnisse, die auf selbstgemachten Erfahrungen beruhen oder uns überliefert sind. Sie werden überall verwertet bei jeder Handlung, die wir vornehmen. Wer einen Zweck erreichen will, schreibt der Handlung, die er um des Zweckes willen vornimmt, Mittelsqvalität zu; und sie dient ihm nicht nur in concreto als Mittel zum Zweck, sondern wird von ihm als das geeignete Mittel betrachtet. Zu dieser Annahme gelangt er aber nur auf Grund einer — vermeintlichen oder wirklichen — Kenntnis gesetzmässiger Zusammenhänge; diese beruht ihrerseits auf der Erfahrung, dass eine solche Handlung solche Erfolge häufig oder regelmässig zur Folge gehabt habe.» Eri asia on, että tämän merkityksen tyypillisyysteorialle tunnustaminen ei, toisin kuin Kriegsmann ja muut teorian kannattajat edellyttävät, käsitä teorian tunnustamista tyydyttäväksi kausaalisuusteoriaksi.

Että tyypillisyys-tunnusmerkin avulla käy päinsä erottaa edellytyksiä, joita ei voida pitää relevantteina, on eittämättömän selvää, mutta samalla on myönnettävä yhtä kiistattomaksi, että tyypillisyyteen vetoaminen virittää uuden kysymyksen tämän käsitteen määrittelystä, jossa puolestaan jälleen ilmenee sama rajankäynnin vaikeus, mistä edellä on ollut puhe. Jos edellytyksen tyypillisyy-

[106] Zur Lehre von der adäkvaten Kausalität, s. 148 s.

deksi on tarpeen, että sellaisella edellytyksellä on »usein» tai »säännöllisesti» — edelläolevasta Kriegsmannin esityksestä sanat ottaaksemme — tietynlainen seuraus, ei relevanttien ja irrelevanttien edellytysten välinen raja teorian tarkoittamassa mielessä ole todettavissa ilman »usein» ja »säännönmukaisesti» tapahtumisen tarkempaa määrittelyä. Tähän liittyen on huomautettu — tarkoitamme erityisesti LITTENin ja LIEPMANNin [107] kritiikkiä —, että tyypillisyys relevantin kausaalisuuden tunnusmerkkinä lisäksi johtaa horjuvaan konstruktioon sen takia, ettei voida välttää atyyppisenkin tapahtumisen sisällyttämistä tällaisen syy-yhteyden piiriin eräissä tapauksissa, joissa oikeustajunta välttämättä vaatii vastuun olemassaolon tunnustamista. Tyypillisyysteorian kannattajat, ottaessaan huomioon yleisen kokemusperäisen tiedon ja normaali-ihmisen havaittavissa olevien olosuhteiden lisäksi ne erityiset tiedot, joita tekijällä on ja joista yleensä ei voida ajatella oltavan selvillä, ja täten muodostaessaan mahdollisuusarvostelmansa atyyppisiin momentteihin nojautuen, joutuvat tämän arvosteluperusteensa kaksinaisuuden takia olemaan uskottomia itse sille teorialle, jota he edustavat. Tämän arvostelun mukaan adekvaattisuutta tyypillisyyden perusteella määrittelevä teoria itse langettaa oman tuomionsa. Sanotun kritiikin oikeutus on toisaalta tahdottu eittää huomauttamalla, ettei se menetelmä, jota noudatetaan edellytysten tyypillisyyden toteamiseksi, suinkaan ole itse mahdollisuusarvostelman tai tyypillisyys-käsitteen sanelema, vaan että se käsittää siitä riippumattoman esikysymyksen, jonka ratkaisemisesta sekä sanottu arvostelma että edellytyksen tyypillisyyden toteaminen puolestaan ovat riippuvaiset. TARNOWSKI, joka ei ole tyypillisyysteorian kannattaja, tätä näkökohtaa korostaen katsoo, ettei tiettyjen seikkain arvostelman perusteeksi ottamisesta koskaan voida tehdä johtopäätöstä tapahtumankulun tyypillisyydestä tai sen atyyppisestä luonteesta. Mikäli jotkin seikat, jotka tekijä on tuntenut tai jotka olivat hänen tunnettavissaan, voidaan ottaa huomioon mahdollisuusarvostelman perustetta (Basis) määritettäessä, ei ole mitään estettä olemassa sille, että seurausta, joka niiden jäädessä huomiotta on atyyppinen, pidetään tyypillisenä, niin pian kun sanotut seikat luetaan mahdollisuustodelman muodostamisperusteiden joukkoon kuuluviksi. [108, 109] Tarnowskin perustelu

[107] LITTEN, Ersatzpflicht des Tierhalters, s. 55, LIEPMANN, Zur Lehre von der »adäkvaten Verursachung», eritt. s. 348—349, 359—360.

[108] TARNOWSKI, s. 206.

[109] Mahdollisuusarvostelman lausumiseen ja adekvaattisuuden toteamiseen tarvitta-

viimeksimainittujen huomautusten kumoamiseksi kestää tai kaatuu sen mukana, mikä vastaus annetaan kysymykseen tyypillisyysarvostelman perusteeksi pantavien edellytysten valintavapaudesta, eikä mielestämme ole ehdonvallan asia, miten mahdollisuustodelman sisällyksen kannalta olennainen esikysymys arvostelman perusteen muodostamisesta ratkaistaan silloin, kun tämä ratkaisu on kytkettävä nimenomaan tyypillisyys-käsitteen yhteyteen. Päinvastoin katsomme voivamme väittää, että tyypillisyysvaatimus in se ipso edellyttää mahdollisuusarvostelman perusteeksi tietyllä tavalla valittua edellytyskompleksia, jollaisen olemassaolo yksin tekee mahdolliseksi puhumisen tyypillisestä tapahtumisesta. Tällaiselle edellytysryhmälle nähdäksemme on ominaista juuri yleisen säännönmukaisuuden silmälläpito, sellaisten seikkain mukaanottaminen mahdollisuusarvostelman lähtökohdaksi, jotka ovat normaaliyksilön tunnettavissa, ja niiden faktojen huomiotta jättäminen, jotka poikkeuksellisesti ovat vain joidenkin harvojen — esim. vain tekijän — tiedossa. Mikäli viimeksimainitunlaisetkin seikat otetaan lukuun, johdutaan nähdäksemme teoreettisesti konstruoituun tyypillisyys-käsitteeseen, joka ei vastaa yleistä käsitystä siitä, milloin seurausta on pidettävä tyypillisenä, ja joka nähdäksemme samalla kadottaa oikeutensa käydä sanotusta käsitteestä. Tyypilliseksi katsottavaa kausaalisuhdetta koskeva mahdollisuusarvostelma nähdäksemme nojautuu sen edellyttämällä tavalla muodostettuun arvostelmaperusteeseen, joka täten lakkaa olemasta sanotun arvostelman täysin itsenäisenä esikysymyksenä.[110, 111]

---

vaa kysymystä, missä määrin edellytykset on generalisoitava, käsitellään lähemmin myöhemmässä tekstissä, alakappaleessa 2.

Eri asia on, että LIEPMANN ja useat muutkin adekvaattisuusteorian arvostelijat, esim. RADBRUCH, kritiikissään jättävät huomiotta, ettei adekvaattisuusteoria ole ilman muuta samannettavissa tyypillisyys-tunnusmerkin luonnehtiman kausaalisuusteorian kanssa.

[110] Vrt. KRIEGSMANN, s. 161—163.

[111] Väärinkäsityksen välttämiseksi korostettakoon, että se johtopäätös, johon tekstissä on tultu, tarkoittaa yleisesti käyvästä käsityksestä johdettua mahdollisuustodelman ja sen muodostamisperusteen yhteenkytkemistä, jolloin siis väitämme, että yleinen käsitys tyypillisyydestä nimenomaan edellyttää tällaista riippuvaisuussuhdetta. Sen sijaan ei tarkoituksenamme suinkaan ole ollut sen kiistäminen, että tyypillisyys, sikäli kuin tällä sanalla tahdotaan ilmaista objektiivisen mahdollisuuden astetta sinänsä ilman yhteyttä siihen aineistoon, joka on mahdollisuustodelman pohjana, saattaa edellytysten generalisoinnista riippuen edustaa poikkeuksellistakin tapahtumankulkua. — Seuraavassa esityksessä käsittelemme tyypillisyysteorioihin olennaisesti lähentyvinä kaikkia niitä oppeja, joiden mukaan tietyn edellytyksen kausaalinen relevanssi arvostellaan yleisen säännönmukaisuuden pohjalta, siitä riippumatta, otetaanko tekijän erityinen realiteettien

Kun täten nähdäksemme on osoitettu tyypillisyys-käsitteen mukaisen kausaalisuuden edustavan sitä objektiivista todennäköisyyttä, jonka yleinen säännönmukaisuus ilmaisee, on syytä lyhyesti tarkastaa niitä johtopäätöksiä, joihin tästä lähtökohdasta tullaan.

Edellä on jo viitattu siihen etuun, jonka sanotulla pohjalla oleva kausaalisuus-käsite tuo mukanaan. Yksittäistapauksessa käsilläolevan edellytyksen kausaalisuus joutuu arvosteltavaksi sen mukaan, mitä kokemusperäinen käsitys syyn ja seurauksen suhteesta säännöllisenä ilmiönä osoittaa. Tämä »historiallinen todennäköisyysarvostelma»,[112] jolla loogillinen mahdollisuus-käsite korvataan empiirispsykoloogista tietä, pitää silmällä vain niitä syy-yhteyksiä, joilla on jossakin mitassa tietyn säännöllisyyden luonne. Tällaisessa tyypillisyydessä on teorian sekä voima että heikkous. Voima sikäli, että se on omansa rajoittamaan relevantin kausaalisuuden alaa ja sulkemaan siitä pois ne kohtuuttomat tulokset, joihin conditio sine qua non pohjalla pysyminen johtaa, milloin edellytyksellä on odottamattomia, epätavallisia seurauksia, ja heikkous siinä, että se karkea tähtäin, jonka läpi edellytysten aikaansaamia seurauksia tämän teorian mukaan tarkastellaan, jättää näkökulman ulkopuolelle sellaisen seurauksen, jonka tekijä on tarkoittanut ja oikein laskenut epätavallisen syy-yhteyden tietä syntyväksi, joten teoriaa on tarpeen paikata poikkeustäydennyksillä, mitkä puolestaan eivät ole sopusoinnussa tyypillisyyskriteerin kanssa.

Täten tyypillisyysteoria johdonmukaisesti kehitettynä ahtautensa takia vie samalla tavoin epätyydyttäviin tuloksiin kuin conditio sqn. oppi liian laajuutensa vuoksi. Tällaisista tuloksista mainittakoon esimerkki, jota kirjallisuudessa on usein viljelty ja jota vielä seuraavassa tullaan käyttämään adekvaattisuusteorian virittämiä kysymyksiä käsiteltäessä: A, jolla ei ole ampumisen taitoa, tähtää ja laukaisee aseensa B:tä kohti välimatkalta, jolta tottuneen ja taitavankaan ampujan ei voida odottaa osaavan vastaavanlaiseen maaliin. Jos kuula kuitenkin sattuu B:hen, ei tällainen tulos ilmeisestikään ole sanotuissa olosuhteissa tapahtuneen ampumisen tyypillinen seuraus. Siitä huolimatta on oikeustajunnan vaatimusten mukaista, että A:n on vastattava laukauksensa seurauksesta — edellyttäen, että muutkin vastuun edellytykset kuin kausaaliyhteys ovat olemassa.

---

tuntemus lukuun lisäkriteerinä ja onko se sopusoinnussa nimenomaan tyypillisyydeksi määritellyn yleisen kriteerin kanssa.

[112] RADBRUCH, s. 363.

d. Kausaalisuuden relevanssia osoittavan mahdollisuusasteen määrittäminen muiden yleisluonteisten kriteerien kuin tyypillisyyden avulla ei sekään ole toistaiseksi tuonut ratkaisevia tuloksia. Kun v. BAR — mikäli häntä ei ole luettava tyypillisyysteorian kannattajiin — esittää tällaiseksi kriteeriksi seurauksen varteenotettavuuden (Beachtlichkeit),[113] ei sellainen yleisluonteinen määrittely ilmeisestikään sisällä mitään tarkempaa kriteeriä kuin se »elämän yleinen sääntö» tai »säännönmukaisuus», jota hän aikaisemmin[114] oli suositellut. Käytännössä se ei myöskään voine merkitä muuta kuin kysymyksen jättämistä kussakin yksittäistapauksessa tuomarin omaan oikeustajuntaan nojautuvasta harkinnasta riippuvaksi. Samaa on sanottava LIEPMANNin[115] määritelmästä, jonka mukaan seurauksen on oltava ennalta laskettavissa (berechenbar), varsinkin kun siitä puuttuu selvitys, miltä kannalta laskettavuus on arvosteltava — kysymys, johon vielä palataan. Olennaisesti toiseen tulokseen ei myöskään voitane tulla sellaisesta rajankäynnistä, jossa täsmällisen erottelun tekeminen tunnustetaan mahdottomaksi ja esim. RÜMELINin tapaan tyydytään ratkaisemaan kysymys adekvaattiseksi tarpeellisen mahdollisuuden asteesta siten, että vain ne edellytykset, joiden seurauksensuosivuus on kvantitatiivisesti hyvin vähäinen (minimale Begünstigung) ja joita ei sen vuoksi oteta lukuun, suljetaan pois relevantin kausaalisuuden piiristä.[116]

Samaan ryhmään täytynee edelleen lukea eräät varsinkin adekvaattisuusoppia kannattavien sivilistien esittämät määritelmät kysymyksessäolevasta rajankäynnistä, määritelmät, joille ylimalkaisuus on ymmärrettävästi sitäkin luonteenomaisempaa, kun nimenomaan näiden tutkijain piirissä, vaikka adekvaattisuusoppi siinä on sangen yleisesti vallalla, on ilmennyt suhteellisen vähän harrastusta kausaalisuusteorian tarkempaan tutkisteluun.[117] ENNECCERUS katsoo

---

[113] Gesetz und Schuld im Strafrecht II, s. 201.

[114] Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte, s. 11 ss.

[115] Einleitung in das Strafrecht, s. 72. LIEPMANNiin yhtyy WIECHOWSKI, s. 6 ss. Samaan ryhmään on luettava muutkin vain ylimalkaisin määritelmin luonnehditut kriteerit, esim. ROHLANDin, Die Kausallehre des Strafrechts, s. 52, käyttämä »voraussehbar».

[116] RÜMELIN, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, s. 221. Samaan tapaan FROMHERZ, Haftpflichtrecht, s. 32.

[117] Tästä sivilistien asemasta kausaalisuuskysymyksen tutkimuksessa KOHLER, Goltd Arch 51, s. 327, sanoo hieman myrkyllisesti, mutta asiallisesti, että »die Zivilisten sind lange genug in dieser Beziehung unselbständig gewesen und haben bei ihrer Abneigung gegen philosophische Fragen mehr oder minder an den Resten gezehrt, die ihnen die Kriminalisten übrig liessen».

edellytykselle välttämättömäksi vain conditio sqn. luonteen, joka kuitenkaan ei ole riittävä sen oikeudellisen relevanssin toteamiseksi, vaan »Selbst beim Vorliegen des Bedingungsverhältnisses kann aber der Schaden im Rechtsinne dann nicht als Folge der Tatsache betrachtet werden, wenn diese ihrer allgemeinen Natur nach für die Entstehung eines derartigen Schadens ganz indifferent war und nur infolge anderer aussergewöhnlicher Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurde».[118] Ennecceruksen opista on erityisesti huomattava, että se suhde, johon edellytyksen conditio sqn. ominaisuus siinä asetetaan edellytyksen »yleisen luonteen mukaiseen» seuraukseen, saattaa johtaa epäilyksiin, voidaanko mainittua oikeusoppinutta lainkaan pitää adekvaattisen kausaalisuusteorian kannattajana, sillä tämän suhteen mukaan todistustaakka, milloin seuraus on poikkeuksellinen, on oleva toinen kuin mitä yleinen periaate vaatii siinä tapauksessa, että relevantin kausaalisuuden katsotaan olevan adekvaattisuutta. Enneccerus näet on sitä mieltä, että kantajan asiana vain on näyttää edellytyksen conditio sqn. ominaisuus ja että vastaajalle kuuluu näytön esittäminen siitä, ettei seuraus ole ollut edellytyksen yleisen luonteen mukainen, mikä vaatimus puolestaan ei ole sopusoinnussa sen periaatteen kanssa, että (relevantin) syy-yhteyden olemassaolo vastuullistavan seikan ja seurauksen välillä on kantajan näytettävä — tarkoitamme tietenkin yleistä sääntöä. Tämän tosiasian pohjalta Ennecceruksen teoriaa tarkasteltaessa voidaan todeta, että se raja, josta edellytyksen conditio sqn. luonne muuttuu oikeudellisesti relevantiksi edellytykseksi, jää riippuvaiseksi ei ainoastaan ylimalkaisesta »edellytyksen yleisen luonteen» ja sitä rajoittavien »epätavallisten olosuhteiden» tunnusmerkistä, vaan lisäksi myös prosessuaalisista seikoista,[119] joten esitetyltä kriteeriltä puuttuu tarpeellinen täsmällisyys. Samaa on sanottava edelleen KUHLENBECKin, CROMEN ja ENDEMANNin — joitakin huomattavampia tutkijoita mainitaksemme — asiaa koskevista esityksistä, joissa vain ylimalkaisesti luonnehditaan edellytyksen adekvaattisuusominaisuudelle asetettavia vaatimuksia.[120]

Skandinaavisista oikeusoppineista — sivilistejä silmällä pitäen — ovat PLATOU[121] ja etenkin STANG[122] lähemmin kosketelleet kysymystä

[118] ENNECCERUS, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I, 2 (1923), s. 32; (1927) s. 43.
[119] Tämä muistutus ei koske niin paljon asian käytännöllistä kuin teoreettista puolta.
[120] STAUDINGERS Komm. II,1 (1912), s. 54. CROME, System I, s. 476. ENDEMANN, s. 735.
[121] Privatretten, s. 534 ss.
[122] Erstatningsansvar, s. 544—549.

siitä rajasta, joka erottaa relevantin mahdollisuusasteen irrelevantista. Ensinmainittu, joka tunnustautuu v. KRIESin teorian kannattajaksi, käsittelee mahdollisuusastetta lähinnä v. Kriesin selvittelemän loogillisen mahdollisuus-käsitteen kannalta ja päätyy siitä suurten lukujen lain soveltamisesta johdettuun mahdollisuusasteen määrittämiseen.[123] Ettei tätä tietä ole onnistuttu tyydyttävästi määrittämään adekvaattisuudeksi tarpeellista mahdollisuusastetta, siitä on myöskin Platoun esitys osoituksena. Niinpä hän tästä adekvaattisuusopin kannalta hyvinkin tärkeästä kysymyksestä johtuu vain mainitsemaan,[124] että »Det är klart nok, at med Formelen er Afgjørelsen ikke uden videre given; thi Tilfaeldene gaar over i hinanden, og det maa i hvert konkret Tilfaelde afgjøres ved Dommerens judicium — hans Livserfaring og praktiske Skjøn — hvor Graendsen skal traekkes». Tulos on juuri se, johon tällä pohjalla kehitellyn mahdollisuuskäsitteen on edellä mainittu johtavan: turvautuminen tuomariin, jolle yleisen kokemuksen soveltamiskehoituksena annettu ohje on liian ylimalkainen käydäkseen riittävästä kausaalisuusteorian perustelusta.

STANG käsittelee adekvaattisuusoppia laajassa monografiassaan Erstatningsansvar, josta kuitenkin vain suhteellisen pieni osa on omistettu kausaalisuuden ja adekvaattisuuden käsitteelliselle selvittelylle.[125] Siitä huolimatta, että Stang nimenomaisesti korostaa adekvaattisuusoppinsa vastuuteoria-luonnetta[126] ja jopa väittää virheeksi sitä, että useimmat tutkijat käsittelevät adekvaattisuusteoriaa kausaalisuuskysymyksen alaan kuuluvana,[127] on nähdäksemme Stangin teorian sijoittaminen tähän yhteyteen puolustettavissa, koska teorian sisäinen rakenne ei mahdollisuus-käsitteen kannalta näytä olevan riippuvainen mainitusta Stangin mielipiteestä. Kausaalisuus- ja adekvaattisuuskysymykset eivät myöskään ole sillä tavoin toisistaan erotettavissa, että edellinen aidataan oikeustieteen ulkopuolelle »ajatuksen maailmaan, missä kaikki edellytetään tunnetuksi»[128] ja vain

[123] PLATOU, Privatretten, s. 547.

[124] PLATOU, mt. s. 550.

[125] STANG, s. 64—98.

[126] STANG paheksuu sitä, että kirjallisuudessa tavallisimmin esitetään hänen adekvaattisuusteoriansa juriidiseksi *kausaalisuus*opiksi, vaikka hän aina on korostanut sen vastuuteoria-luonnetta. Vastuuteoriaksi se kuitenkin on keskeneräinen. Se on esim. aivan avuton laiminlyönnin vastuullistavuuden selvittäjänä. — Karakteristiikan, joka ei ole oikea, antaa Stangin teoriasta SAINIO, s. 151.

[127] Mt. s. 69.

[128] STANG, s. 75.

jälkimmäiselle tunnustetaan sija oikeustieteessä. Kausaalisuus ei toki ole sellainen käsite, jota oikeus ei voisi käyttää hyväkseen. Tämä tosiasia käy ilmi itse siitä esityksestä, jonka Stang adekvaattisuusopistaan antaa, sillä senkin lähtökohtana on yleinen periaate »uten aarsaaksforhold intet ansvar»[129] ja jatkona — loogillinen mahdollisuusarvostelma numerollisine 0—1 ilmaisuineen,[130] minkä käsitteen pohjalta Stang, samoin kuin PLATOUkin, tahtoo ratkaista kysymyksen adekvaattisuudeksi tarpeellisen mahdollisuusasteen suuruudesta. Se yleistys, joka teorian kehittämiseksi on tarpeen, rakentuu Stangin opissa selvästi tyypillisyyden ja adekvaattisuuden samantamiselle[131] ja lopputulos rajankäynnistä relevantin ja irrelevantin edellytyksen välillä on niinikään sama kuin Platoun. Vastatessaan kysymykseen, »hvilken grad av sandsynlighet[132] skal man regne med», Stang katsoo voivansa antaa vain yhden *varman* säännön, jonka mukaan »Adekvansen er utelukket, naar man paa forhaand maatte anta, at følgen likesaa gjerne vilde indtrae, om den kjendsgjering, det spørres om, ikke hade foreligget»[133] Tämä selvitys ei kuitenkaan vielä anna mitään

---

[129] STANG, s. 73. »Helt undtagelsesfri», Stang jatkaa, »er reglen ikke. Der gives tilfaelde, hvor en streng opretholdelse av kravet paa aarsaksforhold vilde lede til subtile avgjørelser eller endog til resultater, som fra praktiskretslig synspunkt er uantagelige. Den som her drept en anden, skulde saaledes, on man fulgte aarsakslaeren helt ut, ikke pligte at erstatte begravelsesomkostningene.» Että poikkeus sanotusta säännöstä kävisi tähän suuntaan, tuntuu kiistämättä yllättävältä, ja käsittämättömäksi jää, miten vaatimus syy-yhteyden olemassaolosta voisi saada sellaisen sisällyksen kuin Stangin esimerkki osoittaa. Jos rakennus tykkitulella särjetään niin kelvottomaksi, että sen pystyynjääneet osat täytyy uuden rakennuksen aikaansaamiseksi purkaa, on rakennuksen häviäminen ampumisen seuraus siitä huolimatta, että talo olisi joka tapauksessa täytynyt parinkymmenen vuoden kuluessa repiä. Sillä, että ihmisen hautaamisesta — mikäli hänet haudataan — joka tapauksessa myöhemmin on kustannuksia, ei ole mitään tekemistä sen tosiasiallisen syy-yhteyden kanssa, joka tapon ja hautauksen välillä on. Sen vuoksi ei olekaan asian ytimeen osuva se huomautus, joka Stangia vastaan tässä kohdin on tehty sillä perusteella, etteivät kaikki ihmiset joudu haudattavaksi, vaan Stangin päätelmän virheellisyys nähdäksemme riippuu kahden eri asian, kausaaliyhteyden olemassaolon ja vahinkoseikaston alaan kuuluvan differenssikysymyksen toisiinsa sekoittamisesta siten, kuin kysymys varallisuuserotuksesta voisi vaikuttaa arvostelman syy-yhteyden olemassaolosta. Lisäksi tulee, että tämäkin yhteenkytkentä on tapahtunut väärin johtopäätöksin.

[130] Mt. s. 83.

[131] Mt. s. 75.

[132] Mainittakoon, ettei STANG käytä sandsynlig-sanaa erotukseksi mulighet-sanasta tarkoittamaan mahdollisuusarvostelman perusteen subjektiivisuutta, vaan ensinmainittu käsite hänen terminologiassaan toisinaan merkitsee suurempaa mahdollisuusastetta kuin jälkimmäinen, toisinaan korvaa sen (ks. esim. s. 75, 83).

[133] Mt. s. 82—83.

positiivista ohjetta sen arvostelemiseksi, mistä rajasta adekvaattisuuden on katsottava alkavan. Enemmän sisältää jo se — edelleen negatiivisessa muodossa lausuttu — sääntö, jonka Stang täsmällisempään tulokseen päästäkseen asettaa ja jonka mukaan adekvaattisuutta ei ole olemassa vielä silloinkaan, kun »kjaendsgjerningen i ganske uvaesentlig grad har begunstiget følgen».[134] Tällä määrittelyllä on suoranainen liittymäkohta TRAEGERin edellytyksen adekvaattisuudesta antamaan määritelmään, johon mm. kuuluu vaatimus seurauksen syntymismahdollisuuden kasvamisesta »in nicht unerheblicher Weise».[135] Ettei Stang kuitenkaan ole sanotulla säännöllään tarkoittanut samaa kuin Traeger, jonka lähtökohtana on relatiivinen mahdollisuuskäsite — mistä enemmän seuraavassa —, selviää mm. siitä, että hän jatkaa rajankäyntiä mainitsemalla *tilastollisesti* todettavissa olevan vaaran jäävän huomioonottamatta, milloin se on pieni.[136] »Kommer man til større sandsynligheter end disse, naermer man sig til de vanskelige skønsavgjørelser. Og de maa overlates til dommeren, uten at, saavidt jag ser, teorien kan gi synderlig veiledning.»[137] Täten Stanginkin teoria on vahvistuksena sille väitteelle, että tyypillisyystunnusmerkin ilmaisema raja mahdollisuusasteen relevanssin määrittelemiseksi säännöllisesti sulautuu siihen epämääräiseen alueeseen, jonka tuomarin kohtuullinen harkinta käsittää.[138]

Ne teoriat, joissa tyypillisyyden, varteenotettavuuden, ennaltalaskettavuuden tai hallittavuuden tunnusmerkein pyritään käymään adekvaattisten ja inadekvaattisten edellytysten välistä rajaa, merkitsevät ylimalkaisuudestaan huolimatta arvokastakin apua tämän vaikean kysymyksen ratkaisemiseksi, jota tähän mennessä ei ole voitu — jos koskaan voidaankaan — toteuttaa niin täsmällisin määri-

---

[134] Mt. s. 84.

[135] TRAEGER, s. 159.

[136] STANG, s. 84. Se, että kausaalisuuden relevanssi tehdään riippuvaiseksi sanotusta tilastollisesta seikasta, ei ole hyväksyttävää, kuten edellä tekstissä mainittu esimerkki taitamattoman ampujan laukauksesta osoittaa, mutta täysin samaa on sanottava Stangin tällä perusteella tekemästä vastuun rajoituksesta, varsinkin kun Stang esittää rajoituksensa näin kategoorisessa muodossa viittaamatta tekijän syyllisyyteen, jolla hän yleensä katsoo olevan merkitystä adekvaattisuuden rajan vetämisessä. Pienikin tilastollisesti todettavissa oleva mahdollisuus *voi* tulla relevanttina huomioonotetuksi, vaikka niin ei suinkaan aina ole asian laita.

[137] STANG, s. 84.

[138] On kuitenkin myönnettävä, että STANGin teorialle *vastuuteoriana* on luvallista turvautua tuomarin harkintaan. Se ei kuitenkaan kumoa sitä arvostelua, joka siihen voidaan kohdistaa sen tyypillisyysteoria-luonteen takia.

telmin, että yksittäistapaus olisi välittömästi sen alaiseksi sijoitettavissa ilman harkinnanvaraisuuden apua. Tähän katsoen ei ole paikallaan se LIEPMANNin sinkoama syytös, jonka mukaan adekvaattisuusopin kannattajat ovat ottaneet päätehtäväkseen edellytysten yleistämiskysymyksen ja useat jääneet yksimielisiksi vain siinä, etteivät he käsittele pääkysymystä, objektiivisen mahdollisuuden suuruutta.[139] Päin vastoin on sanottava, että tämäkin kysymys on alati ollut näiden tutkijain selvitysten kohteena, joskin toisaalta täsmällisen määrittelyn suuren vaikeuden takia, mutta ennen kaikkea asian luonnosta johtuen kysymykset edellytysten yleistyksestä ovat saaneet heidän tutkimuksissaan suhteellisesti suuren sijan.[140] Eri asia on, että kausaalisuuskysymyksen kehittelylle on syytä asettaa se vaatimus, että vetoomus tuomarin harkintaan yksittäistapauksen ratkaisussa saa tulla kysymykseen vasta sen jälkeen, kun adekvaattisuuskäsitteen määrittelemisessä ensin on saavutettu mahdollisimman suuri täsmällisyys. Tässä kohdin adekvaattisuusteoria esitetyissä muodoissaan jättää toivomisen varaa.[141]

e. Edistysaskelta adekvaattisuuden määrittelemisessä merkitsee se kausaalisuuskriteeri, joka seurausta suosivan edellytyksen (begün-

---

[139] GoltdArch 52, s. 360 ss., eritt. s. 362. — Eri asia on, että LIEPMANNin pääkysymykseksi mainitsemaa seikkaa ei loppujen lopuksi olekaan pidettävä adekvaattisuusteorian pääkysymyksenä.

[140] Kun LIEPMANN, mt. ms. syyttää adekvaattisuusteoriain kannattajia siitä, että »die Feststellung ob eine Bedingung 'typisch', 'adäkvat', 'generell geeignet' ist, einen Erfolg herbeizuführen, ist gar nicht die 'Hauptfrage' für die Theorien, die sich nach jenen Bezeihnungen nennen», täytynee hänen sanojaan pitää liian kovina — Liepmannkin sanoo olevan 'ein starkes Stück', die Behauptung, dass Männer, wie Kries oder Rümelin, nicht wissen sollten, wie ihre eigenen Kinder aussehen» —, sillä v. Kries'in tutkimuksissa, joihin adekvaattisuutta kannattavat oikeusoppineet nojautuvat, voitaneen objektiivisen mahdollisuuden käsitteen kehittämistä erotukseksi todennäköisyyden käsitteestä pitää yhtä olennaisena puolena kuin konsanaan mahdollisuuden asteen määrittämistä. Tämä juriidisen kausaalisuuden kriteeri taasen edellyttää nimenomaan mahdollisuusarvostelman perusteen määrittelyä ja siten välittömästi kysymystä edellytysten generalisoinnista, joten Liepmannin syytös on tähänkin katsoen olennaisilta osin aiheeton.

[141] Tämä huomautus, lisäksi korostettuna, voidaan täysin oikeutetusti kohdistaa niihin oikeusoppineisiin — hekin ovat löydettävissä pääasiallisesti sivilistien piiristä — jotka, hylätessään conditio sqn. teorian, luopuvat asettamasta mitään, edes ylimalkaisesti hahmoteltua edellytysten relevanssin kriteeriä sen tilalle ja jättävät kysymyksen ratkaisun kokonaisuudessaan tuomarin tehtäväksi. Tähän ryhmään voidaan lukea mm. DERNBURG, Das bürgerliche Recht I (1900), s. 66, MATTHIAS, Das bürgerliche Recht I (1900), § 76; ZITELMANN, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I, s. 154; WINROTH, Om skadestånd, s. 96; aikaisemmin OERTMANN, Kommentar, I pain. esihuomautukset pykäliin 249—254.

stigender Umstand) eli edellytyksen seurauksensuosivuuden käsitteeseen sisällyttää olennaisena puolena *suhteellisuustekijän*. Tämän sisällyksisenä käyttelee sanottua käsitettä adekvaattisuusteorian kuulu teoreetikko TRAEGER, jonka esitys ei kuitenkaan kaikin kohdin tee selvää eroa niiden eri mahdollisuus-käsitteiden välillä, jotka tieteisopissa on pantu adekvaattisuusoppien pohjaksi. Tässä eronteossa, toisaalta tyypillisyyden ja »absoluuttisen» mahdollisuus-käsitteen, toisaalta relatiivisen mahdollisuus-käsitteen erottamisessa ja tämän erottelun merkityksen korostamisessa on TARNOWSKILLA — kriminalisti hänkin — huomattava sija. Etupäässä hänen ansiotansa on sen osoittaminen, että adekvaattisuusopin ankarimpain arvostelijain, kuten RADBRUCHIN ja LIEPMANNIN (joka viimeksimainittu itse on luettava adekvaattisuusteorian kannattajiin), kritiikki suureksi osaksi perustuu siihen, etteivät he ole ottaneet huomioon sitä käsitteiden erilaisuutta, joka adekvaattisuusteorian edustajain opeissa on olemassa, joten arvostelu, joka toisiin kohdistettuna on paikallaan, on joutunut aiheettomasti suuntautumaan siihenkin, missä sen oikeutus täytyy torjua.

Sanottu jakautuneisuus adekvaattisuusteoriain kannattajain keskuudessa juontanee juurensa teorian perustajan tutkimuksista, joissa seurausta suosivan seikan käsitettä on käytetty kahdessa eri merkityksessä. v. KRIESIN ensimmäisessä tutkimuksessa, joka koski todennäköisyyslaskennan periaatteita, on pantu erityistä painoa tapahtumanvaran prinsiippiin ja siihen nojautuvaan mahdollisuus-käsitteeseen. Tätä vastaavana seurausta suosivan seikan käsitteenä voidaan pitää sitä v. Kriesin määritelmää, jonka mukaan sanotunlaisiksi seikoiksi on yleisesti sanoen katsottava sellaiset edellytykset, jotka tekevät jonkin seurauksen syntymisen todennäköisemmäksi kuin jonkin muun.[142] Tämä käsite, jota v. Kries käyttää myöskin tutkimuksessaan »Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben», ei kuitenkaan ole sama kuin se toinen käsite, joka niinikään esiintyy viimeksimainitussa tutkimuksessa ja jota v. Kries — nähtävästi — tarkoittaa silloin kun hän käsittelee tämän käsitteen merkitystä rikosoikeudessa kirjoituksessaan »Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte».[143] Viimeksimainitussa merkityksessä sanotulla käsitteellä on nimenomaan suhteellista mahdollisuutta tarkoittava

[142] Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, s. 14. TARNOWSKI, s. 208.

[143] Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 9 B. (1889), s. 528 ss., eritt. s. 532.

sisällys, jonka selvittämiseksi on syytä jälleen palata usein mainittuun noppakuutioesimerkkiin, johon liittyvänä kysymyksessäolevien käsitteiden ero havainnollisesti ilmenee. Kun puhutaan siitä, että painopisteen eksentrisyys tällaisessa kuutiossa suosii määrätuloksen, esim. 6, saantia, se merkitsee, että sanotunlaisen edellytyksen mukaantulo tekee mainitun heittotuloksen saavuttamismahdollisuuden suhteellisesti suuremmaksi kuin se ilman sitä, siis ilman painopisteen eksentrisyyttä, olisi. Seurausta suosiva seikka siten lisää seurauksen syntymismahdollisuutta siitä, mikä se olisi normaalitapauksessa.[144] Sanotunlaiselle seikalle siis on ominaista, että sen myötäolo yksittäistapauksessa aiheuttaa sellaisen seurauksen syntymismahdollisuuden *kasvamisen*, joka saa selityksensä nimenomaan tästä seikasta ja joka merkitsee seurauksen syntymistä olennaisesti lukuisammassa määrässä tapauksia (joissa edellytyskombinatiot voivat vaihdella) kuin muutoin, ilman mainitunlaisen edellytyksen mukanaoloa.

Mainitulle pohjalle rakentuvan adekvaattisuus-käsitteen on TRAEGER luonnehtinut määrittelemällä teon tai muun realiteetin seurauksen adekvaattiseksi edellytykseksi silloin, kun se, ollen seurauksen conditio sqn., samalla on tapahtuneenlaista seurausta yleensä[145] suosiva seikka, so. kun se *lisää* sanotunlaisen seurauksen objektiivista mahdollisuutta tavalla, joka ei ole vähäinen (in nicht unerheblicher Weise).[146] Erityisesti erotukseksi tapahtumisen tyypillisyydestä TARNOWSKI selventää tyypillisyyden ja adekvaattisuuden eroa sanomalla ensinmainitusta, että teko on katsottava seurauksen tyypilliseksi edellytykseksi, kun se on seuraukseen sellaisessa kvantitatiivisessa

[144] Asian valaisemiseksi täydennettäköön mainittua esimerkkiä vielä huomauttamalla siitä, että painopisteen eksentrisyys saattaa merkitä esim. suurempaa tuloksen 3 saantimahdollisuutta kuin tuloksen 5 tämän tosiasian sisältämättä sitä, että painopisteen eksentrisyys käsittää suosivan edellytyksen ensinmainitun seurauksen syntymiselle, mikäli tämän tuloksen saantimahdollisuus normaalia kuutiota heitettäessä on yhtä suuri tai suurempi.

[145] MÜLLER, s. 31, joka tekee tarkan eron tyypillisen ja adekvaattisen edellytyksen välillä, katsoo, että TRAEGERin määritelmään sisältyvä vaatimus edellytyksen olemisesta seurauksen objektiivista mahdollisuutta *yleensä* (generell) lisäävä on tarpeeton. Sana »generell» tässä määritelmässä on Müllerin mielipiteen mukaan pikemminkin vain omansa antamaan aihetta väärinkäsityksiin, koska sen käyttöön läheisesti liittyy adekvaattisuus- ja tyypillisyys-käsitteiden sekoittamismahdollisuus. Lienee katsottava, että mainittu määrittely, vaikka se tunnustettaisiinkin sanotussa suhteessa vaaralliseksi, kuitenkin on paikallaan, kun on kysymys generalisoivasta kausaalisuusteoriasta, jolle yksittäistapauksessa esiintyvien edellytysten generalisointi mahdollisuustodelman muodostamiseksi on olennaista.

[146] TRAEGER, s. 159.

suhteessa, jonka mukaan teko tietyn edellytyskompleksin myötäollessa aiheuttaa seurauksen syntymisen lukuisissa tapauksissa (in einer gewissen, grossen Zahl von Fällen), kun taasen edellytystä voidaan pitää adekvaattisena silloin, kun juuri se vaikuttaa sen suhteen muodostumiseen, jossa muu edellytyskompleksi on seuraukseen, tämän syntymismahdollisuutta lisäävästi.[147] Täten edellytyksen seurauksensuosivuudesta annettu määritelmä tavallansa korostaa sanotunlaisen edellytyksen kvalitatiivista eroa niistä edellytyksistä, joiden määritteleminen riippuu tapahtumanvaran periaatteen ja edellytyksen tyypillisyyden mukaisesta mahdollisuustodelmasta. Viimeksimainituissa arvostelmissa tarkastelunalainen edellytys muodostaa muun edellytyskompleksin kanssa yhdistelmiä, joissa sen erikoislaatu seurauksen syntymismahdollisuuden kasvamisen kannalta ei pääse esille. Aikaisemmin on jo viitattu siihen, että »absoluuttinen» mahdollisuus-käsite, johon johdutaan loogillisesti tapahtumanvaran periaatteen pohjalla, ei sinänsä anna mitään ohjetta sen selvittämiseksi, mikä osuus tietyllä konkreettisella edellytyksellä on ollut tarkastelunalaisen seurauksen syntymisessä, koska konkreettisen edellytyksen ja muun edellytysryhmän keskinäinen suhde siinä, minkä verran kumpikin on suosinut seurauksen syntymistä, jää tämän mahdollisuus-käsitteen kannalta koskemattomaksi.[148] Mutta myöskin tyypillisyystunnusmerkin karakterisoima kausaalisuus-käsite, jolle, toisin kuin absoluuttiselle mahdollisuus-käsitteelle, on sangen yleisesti tunnustettu käyttökelpoisen käsitteen asema, kätkee konkreettisen edellytyksen erikoislaadun siihen kokonaisuuteen, jonka tämä edellytys ja muu edellytysryhmä yhdessä muodostavat. Kun taasen konkreettisen edellytyksen osuutta seurauksen syntymisessä tarkastellaan *relatiivisen* mahdollisuus-käsitteen kannalta, on edellytyksen adekvaattisuuden kriteerinä nimenomaan se seurauksen syntymismahdollisuuden lisääntyminen, jonka tietyn konkreettisen edellytyksen myötäolo muuhun edellytyskompleksiin verraten tuo mukanaan, mikä

[147] TARNOWSKI, s. 214—215.

[148] v. KRIES, Obj. Möglichkeit, s. 9, mainitsee edellytysten yleistyskysymykseen liittyvänä mm. seuraavaa, josta käy päätteleminen, että yksittäinen konkreettinen edellytys ei absoluuttisen mahdollisuus-käsitteen kannalta erottaudu muusta edellytysryhmästä: »Auch da, wo eine partielle Bestimmung der Bedingungen vorliegt, ist das Hinzutreten gerade dieser oder jener ganz Bestimmten Umstände ein Besonderer Fall innerhalb einer grösseren Allgemeinheit.» Ja edelleen: »Dass auch hier bestimmte Spielraums-Verhältnisse stattfinden können, wird deutlich, wenn man erwägt, dass *diese Allgemeinheit alle Fälle in sich begreift, welche durch die systematische Variirung der hinzutretenden Umstände* (kor. meid.) erhalten werden würden.»

taasen merkitsee toisaalta tämän edellytyksen, toisaalta muun edellytysryhmän käsittelemistä niin sanoaksemme toisistansa erillään, jolloin on tarkasteltava, mikä osuus kummallakin on sen seurauksen syntymisessä, jonka adekvaattisuudesta on kysymys. Täten syntyy arvostelma sellaisesta objektiivisen mahdollisuuden suhteellisuudesta, joka edellyttää vertauskohtaa *normaalitapaukseen*, mikä ei suinkaan merkitse tyypillisen tapahtuman etsintää, vaan objektiivisen mahdollisuuden arvostelemista sen syykompleksin kannalta, jossa tarkastelunalainen edellytys ei ole mukana. Täten myöskin osoittautuu mahdolliseksi, että edellytys, joka säännön mukaan ei ole seurauksen syntymistä suosiva, vaan jopa atyyppinen, yhtäkaikki *voi* olla *yleensä*[149] seurauksen syntymismahdollisuutta lisäävä ja siis adekvaattinen. Se vastakohta, jonka adekvaattisuus ja inadekvaattisuus sisältävät, ei näin muodoin ole ilman muuta samannettavissa seurauksen säännönmukaisuuden ja satunnaisuuden käsitevastakohdan kanssa.[150]

---

[149] Että edellytys on *yleensä* seurauksen syntymismahdollisuutta lisäävä, ei — kuten tekstistä toivottavasti tarpeeksi selvästi ilmenee — tarkoita tässä mitään sellaista »elämän säännön mukaisuutta», joka perimmältään sisältää tyypillisyysvaatimuksen. Jos »yleensä» sana käsitettäisiin siten, se myöskin merkitsisi sisäistä ristiriitaa siinä väittämässä, jonka mukaan atyyppinenkin aiheuttaminen voi osoittautua adekvaattiseksi. Mainittu sana esitetyssä yhteydessä käytettynä tarkoittaa ymmärrettävästi sitä kaikille adekvaattisuusteorioille olennaista seikkaa, että arvostelmaperustetta muodostettaessa jokin osa yksittäistapausta luonnehtivista olosuhteista abstrahoidaan ja otetaan mahdollisuustodelman pohjaksi generalisoituna »yleisenä edellytyksenä», joka sisältää useita yhdistelymahdollisuuksia. Näihin kaikkiin kombinatioihin katsoen tarkastelunalaisella edellytyksellä on sama suunta: se on seurauksen syntymistä suosiva, muuhun edellytysryhmään verrattuna seurauksen syntymismahdollisuutta lisäävä. — Se, että TRAEGER eittää adekvaattisuuden identifioinnin tapahtuman tyypillisyyden kanssa, aiheuttaa LIEPMANNin puolelta (GoltdArch 52, s. 357) seuraavan lausunnon, joka todistaa Liepmannin lähtökohdan erilaisuudesta: »Traeger bestreitet allerdings, dass adäkvate Verursachung typische, normale Verursachung gleichzusetzen sei, sie bedeutet vielmehr lediglich *generelle Erhöhung der objektiven Möglichkeit* 'eines Erfolges von der Art des eingetretenen'. Er übersieht dabei, dass ein anormales, atypisches Geschehen die Möglichkeit eben niemals 'generell' erhöhen kann!» Näistä väärinkäsitystä ilmaisevista sanoista päätellen näyttää siltä, kuin edellämainittu MÜLLERin huomautus »generell» sanan vaarallisuudesta siinä määritelmässä, jossa Traeger sitä käyttää, olisi oikeutettu.

[150] v. KRIES, Obj. Möglichkeit, s. 25 ss., käyttelee sanoja *adäkvat* ja *zufällig* osoittamaan sitä vastakohtaa, joka edelläsanotun mukaan siis on asiallisempaa ilmaista sanoilla adekvaattinen ja inadekvaattinen. Myöskään TRAEGER, s. 166, ei tee tässä kohdin mitään tarkkaa terminologista eroa. Sitä ei ole pidetty tarpeellisena ylläpitää tässäkään tutkielmassa, semminkin kun sellaiset sanonnat kuin »täysin sattumanvarainen», »satunnainen» jne. ovat omansa elävöittämään inadekvaattisuuden sisällystä.

Se adekvaattisuus, joka pohjautuu selostettuun relatiiviseen mahdollisuus-käsitteeseen, on tämän kautta saanut oman erikoisluonteensa, joka puuttuu sekä loogillisesta että tyypillisyyttä korostavasta mahdollisuus-käsitteestä.[151] Voidaanko tällä adekvaattisuuden määrittelyllä — on tällöin lähin kysymys — hälventää sitä epämääräisyyttä, jonka on osoitettu rasittavan muita adekvaattisuusteorioita, kun on virinnyt kysymys siitä mahdollisuusasteesta, joka on tarpeen edellytyksen relevanssin toteamiseksi? Tätä kysymystä tarkasteltaessa ensinnäkin todettakoon, että sitä koskeva kysymyksenasettelu on oleva toinen kuin se, joka liittyi »tyypilliseen adekvaattisuuteen». Kun viimeksimainitun mukaan oli määräävää, että edellytyksen seurauksensuosivuus ilmeni jonkinasteisena useintapahtumisena, tulee edellytyksen adekvaattisuutta relatiivisen mahdollisuuden kannalta arvosteltaessa ratkaistavaksi, minkä vertaista seurauksen syntymismahdollisuuden lisääntymistä vaaditaan, ennenkuin konkreettista edellytystä voidaan pitää seurauksen syntymistä suosivana teorian mielessä. Ilmeistä on, että relatiivinen mahdollisuus saattaa olla eri suuri ja siis samalla tavoin asteistamisen alainen kuin absoluuttinenkin mahdollisuus. Tästä näyttäisi olevan tehtävissä se johtopäätös, että kysymys adekvaattisuudeksi tarpeellisesta mahdollisuusasteesta, jonka määrittämisen edellä on osoitettu tuottaneen haittaa teorian täsmällisyydelle, viriää samanlaisena silloinkin, kun on määritettävä, minkäasteista seurauksen syntymismahdollisuuden lisääntymistä konkreettisen realiteetin tulee edustaa käydäkseen adekvaattisesta edellytyksestä. v. KRIES onkin asettunut sille kannalle, että tarkkaa rajaa adekvaattisen ja muun edellytyksen välille ei yleensä voida vetää, vaan että ratkaisun avuksi on otettava yleinen kielenkäyttö sen selvittämiseksi, mikä oikeutettu sisällys seurausta suosivan seikan käsit-

[151] ENGISCH, Die Kausalität als merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, s. 46, sanoo TRAEGERin, MÜLLERin ja TARNOWSKIN edellyttämän, relatiivisen mahdollisuuden käsitteestä ilmenevän tyypillisen tapahtumisen vastakohdan olevan vain näennäistä laatua, koska adekvaattisuudessa aina on kysymys seurauksen syntymismahdollisuuden lisääntymisestä. Tällaiseen johtopäätökseen voidaan nähdäksemme aina päästä sitä paremmin, mitä »suuremmin piirtein» asiaa tarkastellaan. Eri mieltä voidaan sen sijaan olla siitä, onko tarkoituksenmukaista, että adekvaattisuus palautetaan sellaisiin »suuriin piirteisiinsä», joissa »Berechenbarkeit», »Beachtlichkeit», »Wahrscheinlichkeit», »relative Möglichkeit» jne. kaikki merkitsevät samaa, jotakin objektiivista mahdollisuutta, jonka sopivaa käyttöä kohtuullinen harkinta ohjailee. — Tämä kanta on luonteva sellaiselle tutkijalle, kuten Engischille, joka ei pidä adekvaattisuutta kausaalisuusteoriana, vaan näkee siinä *pelkän* vastuuteorian: hänen tutkimusaiheensa kannalta katsoen rikoksen tunnusmerkistönmukaisuuteen kuuluvan tekijän.

teellä on jokapäiväisessä elämässä. TARNOWSKI on tämän v. Kriesin käsityksen johdosta, joka adekvaattisuusteorian kannattajien esityksissä on muuttunut melkein aksioomaksi, asiallisesti huomauttanut, että v. Kries sanotunlaisella kannanotollaan joutuu jättämään sen pohjan, jolla hän liikkuu relatiivista mahdollisuus-käsitettä selvitellessään. v. Kries näet ei rajoita kielenkäytöstä saatavan ohjeen soveltamista siten, että hän sillä vain osoittaisi seurauksensuosivuus-kriteerin asiallisuuden, vaan hän muodostaa siitä itse adekvaattisuus-käsitteen korrektiivin, jolla sanottua käsitettä supistetaan sen mukaan, mitä yleinen kielenkäyttö seurausta suosivalla seikalla yleensä tarkoittaa. Tällöin kuitenkin johdutaan kokemusperäiseen, yleisen säännön mukaiseen mahdollisuustodelmaan, joka mahdollisuusasteen numerollisen määritettävyyden puutteessa ilmaisee tapahtuman tyypillisyyden.[152] Myöskin TRAEGER pitää mahdottomana tarkkaa rajankäyntiä, joka osoittaisi, mikä seurauksen syntymismahdollisuuden lisääntymisen määrä on edellytyksen adekvaattisuusominaisuudelle tarpeen. »Die Erhöhung der Möglichkeit darf nicht allzu unerheblich sein; sie muss sich als eine Begünstigung nach der Regel des Lebens darstellen. Schärfer kann die Grenze nicht angegeben werden, das ist schon von Kries erkannt und mustergültig erörtert worden.»[153] Traegerin esityksestä ei kuitenkaan voi saada sitä käsitystä, että »elämän sääntö» mainitussa yhteydessä tarkoittaisi tyypillisyystunnusmerkin avuksi ottamista — siksi selvästi hän torjuu adekvaattisuuden ja tyypillisyyden samantamisen. Mainittu lausuma voitaneen näin ollen merkitä lähinnä vain suuren oppi-isän seuraamiseksi siinä, että tarkan rajankäynnin mahdottomuutta pidetään sel-

[152] TARNOWSKI, s. 217—218. — Yleisestä kielenkäytöstä saatavissa olevan kriteerin on lisäksi katsottava olevan liian epämääräinen kelvatakseen adekvaattisuus-käsitteen täydentäjäksi. Tutkijain kesken ei näet edes ole yksimielisyyttä siitä, tarkoittaako — niinkuin v. KRIES on esittänyt — yleis enkielenkäytön kausaalisuus-käsite suppeampaa kuin conditio sqn. luonnehtimaa kausaalisuutta. Niinpä esim. MIHURKO, GrünhZ 42, s. 309, katsoo syyllä yleisessä kielenkäytössä tarkoitettavan pelkkää edellytystä (conditio sqn.). Tähän on lisättävä, että sikäli kuin yleinen kielenkäyttö todella on katsottava v. Kriesin tarkoittamaa suuntaa osoittavaksi, se tällöin ei tarkoittane pelkästään kausaalisuhteen olemassaoloa, vaan siihen sisältyy myös vastuuta koskevia aineksia, erityisesti syyllisyyskysymyksen värittäminä. HONKASALO, s. 54—55, näyttää olevan taipuvainen antamaan ohjaavaa merkitystä »tavallisessa elämässä vallitsevalle käsitykselle», joka Honkasalon mukaan poikkeaa conditio sqn. rakennelmasta. Vrt. kuit. Honkasalon esitystä laiminlyönnin osalta, s. 204 s., jonka alalla H. katsoo, että »tavallisen elämän käsityskanta» ja »luonnollinen katsantokanta» ovat yhdenmukaiset conditio sqn. kriteeriin nojautuvan kausaalisuusarvostelman kanssa.

[153] TRAEGER, s. 165.

viönä, joka ei kaipaa enempää käsittelyä, vaan enintään puolustelua niitä vastaan, jotka ovat teorian tästä kohdasta löytäneet kiitollisen hyökkäysobjektin.[154]

Mikäli niitä adekvaattisuuden rajoituksia, joita luonnehditaan mainitsemalla, että edellytyksen aikaansaama seurauksen syntymismahdollisuuden lisääntyminen on oleva elämän säännön mukainen tai ettei se saa olla aivan vähäinen, pidetään samalla tavoin epämääräisinä kuin muissa, edelläesitetyissä adekvaattisuusopeissa käytettyjä kriteereitä, ei relatiiviseen mahdollisuuteen nojautuvaa adekvaattisuus-käsitettä kysymyksessäolevalta kannalta arvosteltaessa voitane johtua muuhun tulokseen, kuin että on tunnustettava adekvaattisuusteorian tässäkin muodossaan ajautuvan samanlaisiin vaikeuksiin, joista edellä on useasti mainittu. Yksi pääsy tästä umpikujasta kuitenkin on: asettuminen sille kannalle, että edellytyksen seurauksen syntymismahdollisuutta lisäävä ominaisuus on riippumaton siitä määrästä, jossa se edellytyksessä ilmenee. Tälle kannalle, joka saattaa tuntua rohkealta, onkin TARNOWSKI[155] asettunut. Tarnowskin mukaan jokainen todettavissa oleva seurauksen syntymismahdollisuuden kasvaminen on oleva edellytyksen adekvaattisuudeksi riittävä. Näin muodoin ei sellainenkaan suosivuus, joka on aivan vähäinen, voi jäädä irrelevantiksi, mikäli kysymyksessäolevan edellytyksen myötäolosta voidaan muuhun edellytyskompleksiin verraten tehdä se johtopäätös, että viimeksimainitusta johdettavissa oleva seurauksen syntymismahdollisuus nimenomaan ensinmainitun mukaantulon takia kasvaa — siis siitä riippumatta, onko tarkastelunalainen edellytys yhdessä muun edellytysryhmän kanssa yleiseen säännönmukaisuuteen liittyvän kokemuksen mukaan omansa (useasti) synnyttämään seurauksen.[156]

---

[154] Ks. TRAEGER, s. 163 ss.

[155] Mt. s. 227.

[156] Tämän tutkimuksensa tuloksen TARNOWSKI (s. 220—221) katsoo voivansa vahvistaa osoittamalla, että sellaiset esimerkit, joiden mukaan vähäinen seurauksensuosivuus ei riitä synnyttämään adekvaattista syysuhdetta, eivät ole tarkoitukseensa sopivia. v. KRIES esittää kantansa tueksi usein käytetyn kouluesimerkin rautatieonnettomuudesta, joka aiheuttaa matkustajan viipymisen paikkakunnalla, missä hän saa taudin tartunnan, siinä muodossa, että onnettomuus tapahtuu seudulla, jolla tarttuvaa tautia on runsaasti liikkeellä. Tästä v. Kries katsoo voivansa tehdä sen johtopäätöksen, että rautatieonnettomuudet pakottavat matkustajat vastoin suunnitelmia oleskelemaan paikkakunnalla, joita he muutoin voisivat välttää, ja että tämän takia sanotunlaiset onnettomuudet ovat omansa lisäämään tarttuvaan tautiin sairastumisen mahdollisuutta. Sellainen seuraus on kuitenkin katsottava siinä määrin satunnaiseksi rautatienkäytön seuraukseksi, ettei

Sitä tulosta, joka täten on saavutettu, TARNOWSKI katsoo voitavan pitää käsilläolevan vaikean kysymyksen ratkaisuna. Esitetyin tavoin määritelty relatiivinen mahdollisuus sisältää deduktiivisesti johdetun adekvaattisuus-käsitteen, joka Tarnowskin mukaan tämänkin takia on tieteellisessä tutkimuksessa asetettava niiden päätelmien edelle, joihin voidaan johtua induktiivista, kokemusperäistä tietä ja jotka sen mukaisesti jäävät tarpeellista täsmällisyyttä vaille. Katsomme kuitenkin, ettei rajankäynnin vaikeuksia ole vielä tälläkään täysin voitettu. Viriää kysymys, milloin ylipäänsä seurauksen syntymismahdollisuuden lisääntyminen esitetyssä mielessä on todettavissa olemassaolevaksi. Että tällainen toteaminen, kuten Tarnowskikin[157] huomauttaa, käy ilmeisesti tarpeelliseksi, se on tietysti kiistatonta, ja samalla osoittautuu selväksi, että sanottuun toteamiseen voi kätkeytyä vaikeuksia, jotka saattavat olla verrattavissa niihin, joita tyypillisyyteen pohjautuvan kokemussäännön avulla tapahtuva mahdollisuusasteen määrittäminen tuottaa. Tarnowski ei ole lähemmin käsitellyt kysymystä, milloin mahdollisuuden kasvu saavuttaa sen rajan, että se on todettavissa. Tälle kysymykselle omistautuminen olisi nähdäksemme tuonut esille sen, että Tarnowskin »deduktiivinen metoodi» on esillä olevassa kysymyksessä johtanut tulokseen vain sen kautta, että se useissa tapauksissa siirtää ratkaisun painopisteen niin sanoaksemme pois näkyvistä: verrattaessa tarkastelunalaisen edellytyksen seurauksensuosivuutta siihen muuhun edellytysryhmään, jonka kannalta niinikään on lausuttava seurauksen syntymismahdollisuutta koskeva arvostelma, on edellytyksen adekvaattisuuden toteaminen ymmärrettävästi riippuvainen siitä

sitä voida pitää adekvaattisena. Tällaista päätelmäin tekoa Tarnowski ei katso voitavan hyväksyä, sillä tartunnansaannin mahdollisuus, joutuminen seudulle, jolla tarttuvaa tautia on liikkeellä, on yhtä suuri myös silloin, kun mitään rautatieonnettomuutta ei tapahdu. A, jonka tarkoituksena on matkustaa X:stä Y:hyn paikkakuntien Z_1, Z_2 ja Z_3 kautta, on saman tartunnansaantimahdollisuuden alainen kaikilla näillä paikkakunnilla, koska sanottu mahdollisuus on tarkan tiedon puutteessa katsottava joka paikassa yhtä suureksi. Ainoastaan siinä tapauksessa, että tarttuvan taudin liikkuminen paikkakunnilla Z_1, Z_2 ja Z_3 ja normaalien terveydellisten olosuhteiden vallitseminen paikkakunnalla Y otetaan mahdollisuustodelman perusteeksi, voi viritä kysymys rautatieonnettomuuden, aiheuttamasta epidemian uhriksi joutumismahdollisuuden lisääntymisestä. Viimeksimainittu huomautus osoittaa sitä läheistä yhteenkuuluvaisuutta, joka on toiselta puolen kysymyksellä seurauksen syntymismahdollisuuden määrittämisestä ja toisaalta mahdollisuusarvostelman perusteeksi pantavien edellytysten generalisatiolla. Viimeksimainittu kysymys edellyttää yhtenäistä ratkaisua, ennenkuin voi olla puhetta yhtenäisestä adekvaattisuuskäsitteestä.

[157] Mt. s. 221.

mahdollisuusarvostelmasta, joka nojautuu tuohon muuhun edellytyskompleksiin. Tarnowski ei kuitenkaan tässä yhteydessä kiinnitä huomiota niihin perusteisiin, joiden mukaan viimeksimainittu todelma on määräytyvä. Että tähän arvostelmaan taas johdutaan vain induktiivista tietä, lienee puolestaan pidettävä selviönä, joten adekvaattisuuskysymys joka tapauksessa jää vaikeasti ratkaistavaksi, koska konkreettisen, tarkastelunalaisen edellytyksen ja muun edellytysryhmän keskinäinen suhde seurauksensuosivuuden kannalta on täten suhteellisesti suuressa määrässä »vapaan arvostelun» asia.[158] Tämä Tarnowskin teoriaan kohdistamamme arvostelu ei kuitenkaan ole tarkoitettu vähentämään sitä tunnustusta, jonka mainittu tutkija ansaitsee siitä, että hän — käsityksemme mukaan — on päässyt pisimmälle adekvaattisuusteorian käsitteellisessä selvittelyssä puheenaolevassa suhteessa. Ei näet voitane kiistää sitä, että se epämääräisyys, joka adekvaattisuuden rajankäynnissä on ollut teorian silmäänpistävänä piirteenä ja vastustajien ainaisena muistutusten aiheena, Tarnowskin tutkimusten ansiosta on ainakin teoreettisesti katsoen olennaisesti vähentynyt. Ettei tämä tulos jää käytännöllisestikään merkityksettömäksi, johtuu siitä erikoisasemasta, jossa tarkastelunalainen konkreettinen edellytys on muuhun edellytyskompleksiin verraten. Tämä edellytys, tavallisimmin ihmisteko, saa relatiivisen mahdollisuuden käsitteen korostumisen kautta sen ominaisuuden, joka vapauttaa etsimästä adekvaattisuuden alkamisrajaa säännönmukaisuus- eli tyypillisyyskriteerin avulla. Tämän kirjoittaja pitää Tarnowskin ratkaisua teoreettisesti parhaana.

Tämän adekvaattisuus-käsitteen havainnollistamiseksi tarkasteltakoon edellämainittua esimerkkiä huonosta ampujasta, joka sellaisen välimatkan päästä, mistä hyväkään aseen käyttäjä ei voi toivoa osaavansa vastaavanlaiseen maaliin, ampuu toista, joka kuulan satuttamana kuolee. Seurauksen absoluuttinen mahdollisuus sanotuissa olosuhteissa on katsottava mitättömän pieneksi. Niiden edellytyskombinatioiden luku, jotka eivät johda seuraukseen, on välimatkan pituuden, siihen liittyvien moninaisten eri tekijöiden ja lisäksi ampujan taitamattomuuden takia tavattoman suuri, kun taas niiden yhdistelmien määrä, joista seuraus syntyy, edustaa häviävän pientä murtolukua. »Ein besseres Schulbeispiel für einen 'Zufall' lässt

---

[158] Tällä ei tarkoiteta väittää, ettei kysymyksellä tarkastelunalaisen edellytyksen *suhteesta* muuhun edellytyskompleksiin olisi omaa erikoismerkitystään. Sanotun suhteen korostuminen kiistämättä vähentää säännönmukaisuus-kriteerin haitallista vaikutusta.

sich gar nicht finden», TARNOWSKI[159] huomauttaa sitä ennen mainittuaan, että mikäli mahdollisuusarvostelman tulisi antaa tuomarille ratkaisun ohjetta kohtuusharkinnoista riippumatta, olisi esitetyssä tapauksessa todettava, että tarpeellisen suurta mahdollisuusastetta ei ole ollut olemassa. Samaan tulokseen johdutaan tapahtuman tyypillisyydestä. Se kokemus, joka on olemassa vastaavalta etäisyydeltä ampumisesta, osoittaa, että maaliinosumatapaukset ovat hyvin harvinaiset. Relatiivisen mahdollisuus-käsitteen kannalta on asiaa sen sijaan arvosteltava toisin. Tällöinkin tosin on todettava laukauksen käsittävän vain aivan vähäisen seurauksen syntymismahdollisuuden, mutta arvosteltaessa, mikä seurauksen mahdollisuus on olemassa sen edellytyskompleksin kannalta, joka pannaan mahdollisuustodelman perusteeksi ennen laukauksen ampumista, voidaan nähdä laukauksen mukaantulon merkitsevän joko vasta sen kautta tapahtuvaa seurauksen mahdollisuuden syntymistä tai ainakin mahdollisuusastetta ilmaisevan murtoluvun suurentumista siitä, mikä se ilman sitä on.[160] Täten valittu tapaus samalla sopii esimerkiksi v. KRIESin ja TRAEGERin kannattaman mahdollisuusasteen määrittämisvaatimuksen tarpeettomuudesta.[161]

f. Kotimaisessa tieteisopissa kysymys edellytyksen relevanssin toteamiseksi tarvittavasta mahdollisuuden määrästä ja siihen liittyvästä adekvaattisuuden määrittelystä on yleensä tullut käsitellyksi kokemusperäisen säännönmukaisuuden merkeissä. Sivilisteistämme tosin EKSTRÖM, selostaessaan v. KRIESin kehittelemää objektiivisen mahdollisuuden käsitettä, esittää siitä sen puolen, joka seurausta suosivalla seikalla tarkoittaa sen suhteellisuus-ominaisuutta,[162] mutta ryhtyessään käsittelemään sen mahdollisuuden määrää, joka on adekvaattisuudeksi tarpeen, hän mainitsee yhtyvänsä niihin STANGin

[159] Mt. s. 211.

[160] Tätä ampumisesimerkkiä on käyttänyt TRAEGER, s. 170—171, perustellessaan kantaansa RADBRUCHin adekvaattisuusteoriaan kohdistamaa kritiikkiä vastaan.

[161] TARNOWSKI adekvaattisuusteoriaa kehitellessään rakentaa sille pohjalle, jonka TRAEGERin (ja v. KKRIESin) on katsottava laskeneen. Mainittujen tutkijain kannassa on kuitenkin — juuri käsiteltyä kysymystä lukuunottamatta — nähdäksemme huomattavissa jonkinvertaista eroavaisuutta siinä, että kun Traeger nimenomaan mainitsee katsovansa v. Kriesin perinpohjaisesti käsittelemän absoluuttisen (tapahtumanvaran periaatteeseen nojautuvan) mahdollisuuden käsitteen adekvaattisuusteorian kannalta jotensakin merkityksettömäksi, Tarnowski sen sijaan, vaikka hänkin pitää sanotun mahdollisuus-käsitteen käyttökelpoisuutta hyvin vähäisenä, näyttää kuitenkin nojautuvan tähän käsitteeseen, hän kun johtaa relatiivisen mahdollisuuden käsitteen edellyttämän suhteellisuustodelman loogillisten mahdollisuusarvostelmain keskinäisestä vertailusta.

[162] EKSTRÖM, s. 845—846. Eritt. viite 3, s. 845.

esittämiin rajoituksiin, joita jo on edellä kosketeltu, ja siten ilmaisee lukeutuvansa niiden adekvaattisuusteoriain kannattajiin, joiden mukaan adekvaattisuus on määräytyvä tyypillisyysvaatimuksen mukaisesti.[163] J. SERLACHIUKSEN kantaa puheenaolevassa suhteessa on vaikeampi arvostella, sillä siinä yhteydessä — tuottamus-käsitettä selviteltäessä[164] —, jossa asia tulee esille, kausaalisuuskysymykselle on annettu suhteellisesti vähän sijaa, mistä käsityksemme mukaan osittain myöskin johtuu esityksen merkillepantava vaikeatajuisuus. Serlachius ei ole esittänyt nimenomaista kannanilmaisua adekvaattisuusteorian osalta, mutta kun hän tuottamuksella tarkoittaa »erikoisesti kvalifioitua lajia aiheuttamista», jonka kriteerinä on arvattavuus, voitaneen katsoa hänen periaatteessa yhtyneen sen kausaaliyhteyden rajoituksen kannattajiin, jota adekvaattisuusteoria »suurin piirtein» edustaa. Millainen määrä arvattavuutta on tarpeen, jotta syy-yhteys olisi relevantti, se on kysymys, johon Serlachius ei halua antaa mitään yleisluonteista vastausta. »Todennäköisyyden astesarjassa ei ole mitään määräkohtaa, josta arvattavuus alkaa. Rajapiste vaihtelee elämän vaihtelevien suhteitten mukaan, ollen milloin ylempänä milloin alempana.»[165] On ymmärrettävää, että sellainen aiheuttamisen kvalifiointi, jonka rajat ovat sanotussa määrin liikkuvat, ei varsinaisesti voi merkitä filosoofisesta syy-käsitteestä materiaalisesti erottuvan juriidisen kausaalisuusteorian määrittelyä, jolle on asetettava suuremman täsmällisyyden vaatimus. Lisäksi tulee, ettei Serlachius perimmältään näytä antavan täten luonnehtimalleen kvalifioidulle aiheuttamiselle itsenäisen kausaalisuuskysymyksen merkitystä, vaan tekee sen riippuvaiseksi seikoista, joilla ei ole mitään merkitystä puhtaasti kausaaliselta kannalta katsoen. Serlachius näet katsoo, että se todennäköisyysaste, joka tulee huomioonotettavaksi arvattavuuden olemassaoloa arvosteltaessa, on määräytyvä »elämän antaman säännön» mukaan, noudattaen »vallitsevaa käsitystä siitä tarkkaavaisuusmäärästä, mikä eri olosuhteissa omia etujaan valvovalta on odotettavissa», jolloin »erityinen merkitys on tässä kohden toiselta puolen menettelyn suuremmalla tai vähemmällä yleisvaarallisuudella, toiselta puolen kyseessäolevan edun eli intressin suuremmalla tai vähemmällä arvolla. Kuta suurempi on vaarallisuus

[163] On myöskin pääteltävissä — EKSTRÖMIN esitys tuntuu antavan siihen aihetta — että Ekström, jonka teoksen laatu ei edellytä yksittäiskohtiin puuttumista, ei ole lainkaan ajatellut kysymykseentulevia erotteluja.

[164] Obligatsionioikeuden oppikirja, s. 91 ss.

[165] SERLACHIUS, s. 94.

ja kuta vähempi arvo on intressillä, sitä suurempaa huolellisuutta tulee käyttää ja sitä alemmaksi tulee vaadittava todennäköisyyden aste; ja päinvastoin kasvaa jälkimmäinen sikäli kuin intressin arvo on suurempi tahi toiminnan vaarallisuus vähempi.»[166] Kuten lainauksesta käy ilmi, siinä määritellään relevanttia arvattavuutta vaarallisuus-käsitteen avulla, joka viimeksimainittu itse puolestaan edellyttää ensinmainittua, minkä lisäksi asiaanvaikuttavaksi katsotaan myöskin se intressienpunninta, joka on oikeudenvastaisuusopin keskeisiä käsittelyaiheita. Täten Serlachius kvalifioitua aiheuttamista selvitellessään luopuu kysymyksen eksplikatiivisesta käsittelystä ja antaa kausaalisuusopissaan sijan normatiivisille aineksille. Toiselta puolen juuri viimeksimainittu seikka, normatiivisten näkökohtien mukaanotto, tekee ymmärrettäväksi sen pidättymisen tarkemmasta määrittelystä, joka on Serlachiuksen esitykselle tässä kohdin ominaista.

HONKASALOlla on tutkijaimme joukossa kausaalisuuskysymyksen alalla erikoisasema. Hänen monografiassaan, joka on verrattavissa TARNOWSKIN tutkimuksiin siinä, että sen tarkoituksiin kuuluu adekvaattisuusajatuksen osoittaminen voimassaolevaksi oikeudeksi, ei kuitenkaan ole omistettu erityistä huomiota kysymykselle adekvaattisuudeksi tarpeellisesta edellytyksen suosivuusasteesta. Arvattavasti tästä johtuen Honkasalon kanta käsilläolevassa kysymyksessä ei mielestämme käy teoksesta ilmi täysin selvänä. Tosin Honkasalo eräässä viitteessä (34, s. 152) merkitsee oman kantansa mainitsemalla, että »tieteisopissa käytetään toisinaan käsitteitä 'adekvaattinen' ja 'tyypillinen' samassa merkityksessä, mikä ei ole suinkaan oikein», ja samassa kohdin nimenomaan ilmaisee yhtyvänsä Tarnowskiin, mutta lukuunottamatta sitä, että Honkasalo toisessa yhteydessä, seurauksen generalisointikysymystä käsitellessään, mainitsee kannattavansa TRAEGERIä, jota hän siteeraa siten, että lainauksesta käy ilmi myöskin Traegerin kannanotto relatiivisen mahdollisuuden käsitteen puolesta, ei Honkasalon muusta esityksestä nähdäksemme voi saada sitä käsitystä, että hän epäilyksittä olisi asettunut viimeksimainitun käsitteen kannattajaksi, vaan pikemminkin näyttää siltä, kuin hänen erinäiset adekvaattisuusteoriaa puoltavat perustelunsa viittaisivat tyypillisyystunnustermin mukaiseen kannanottoon. Niinpä Honkasalo mm. mainitsee, että »muuta rajaa adekvaattisen ja inadekvaattisen välille ei voida vetää kuin minkä yleinen elämänkokemus asettaa. Seuraus ei ole adekvaattinen, jos *mahdollisuus sen syntymiseen* (kor.

[166] Mt. s. 94.

meid.)[167] on niin pieni, ettei sitä elämän lain mukaan voida huomioonottaa».[168] Huolimatta näistä maininnoista, jotka viittaavat välittömästi tyypillisyyskriteerin käyttöön, lienee kuitenkin tehtävä se johtopäätös, että tekijä lähinnä yhtyy Traegerin kantaan ja että se hänen mainitsemansa edellytyksen relevanssin tunnusmerkki, joka sisältyy vaatimukseen edellytyksen olemisesta »seurauksen syntymistä edistävä»[169] on katsottava relatiivista mahdollisuus-käsitettä tarkoittavaksi. Mitä sen sijaan tulee kysymykseen siitä edellytyksen seurauksensuosivuusasteesta, joka on tarpeen adekvaattisuuden syntymiseksi, voidaan pitää ilmeisenä, ettei Honkasalo katso täsmällistä määrittelyä tässä kohdin mahdolliseksi, joten se hänen kantansa mukaan on jääpä »käytännöllisen elämän»[170] asiaksi. Honkasalo tässä kohdin siis täysin yhtyy v. Kriesin ja Traegerin esittämään mielipiteeseen.[171]

2. ADEKVAATTISUUS JA SEURAUKSEN SYNTYMISMAHDOLLISUUTTA KOSKEVAN ARVOSTELMAN PERUSTEEN MUODOSTAMINEN.

Kysymystä edellytyksen sisältämästä seurauksen syntymismahdollisuudesta voidaan tarkastella erillään siitä, millä tavoin mahdollisuustodelman perusteena oleva edellytyskompleksi muodostetaan. Se mahdollisuus-käsite, jota adekvaattisuusteoria käyttelee ja jonka kehittelyssä on v. Kriesin suurtyö, nojautuu, kuten jo usein on mainittu, sellaiseen yksittäistapauksen tarkastelutapaan, jonka mukaan siihen kuuluvia konkreettisia edellytyksiä tarkastellaan niiden suh-

[167] Tarkoitetussa suhteessa ansaitsee huomiota, että Honkasalo näin ollen puhuu pienestä seurauksen syntymismahdollisuudesta eikä syntymismahdollisuuden lisääntymisestä, joten tämän määritelmän mukaan ampumisesimerkissämme mainittua laukausta ei olisi katsottava adekvaattiseksi edellytykseksi, koska seurauksen syntymismahdollisuus »yleisen elämänkokemuksen» nojalla (hyvin lukuisiakin tällaisia laukauksia ammuttaessa) on sangen pieni.

[168] Honkasalo, s. 158.

[169] Honkasalo, s. 161.

[170] Honkasalo, s. 161.

[171] Honkasalo, mainitessaan (s. 161), »ettei oikeusjärjestys voi tunnustaa relevantiksi kausaaliyhteyttä, ellei teko ole ollut siinä määrin seurauksen syntymistä edistävä, että seurauksen syntymisen mahdollisuus käytännöllisessä elämässä voidaan huomioonottaa», viittaa mm. Tarnowskiin, mutta tällä viittauksella ei voine olla yhteyttä Tarnowskin mielipiteeseen edellytyksen seurauksensuosivuudesta, koska Honkasalo ei mainitse mitään siitä erosta, joka tässä kohdin on olemassa toisaalta Tarnowskin ja toisaalta v. Kriesin ja Traegerin välillä. Vrt. Honkasalo, s. 138—139.

teessa yleiseen edellytykseen, johon sisältyy joukko edellytysten kombinatiomahdollisuuksia. Täten mahdollisuustodelman pohjaksi pantavan edellytyskompleksin määritteleminen muodostaa sanotun arvostelman esikysymyksen, joka on ratkaistava ennen kuin kysymys mahdollisuusasteen suuruudesta, joka viimeksimainittu on määritettävissä vain tietyllä tavalla muodostetun mahdollisuusarvostelman piirissä. Niinpä — puhtaasti teoreettisen esimerkin mainitaksemme — mahdollisuusaste, joka todelmaperusteen X mukaan on A-tapauksessa 1/4 ja B-tapauksessa 1/2, voi todelmaperusteen Y pohjalta arvostellen olla kummassakin tapauksessa yhtä suuri. Ennenkuin siis saattaa viritä kysymys määräasteisen mahdollisuuden tunnustamisesta jossakin suhteessa merkitykselliseksi, tulee mahdollisuustodelman perusteen olla määritelty kaikkiin tarkasteltaviin tapauksiin katsoen samalla, yhtenäisellä tavalla. Oikeudellisesti relevantin edellytyksen määrittelyssä tämä tosiasia merkitsee käytännöllisesti katsoen välttämätöntä molempien mainittujen kysymysten yhteenliittämistä erottamattomaksi kokonaisuudeksi. Adekvaattisuusopin yhtenäinen käyttö relevanttien edellytysten erottamiseksi irrelevanteista on näin muodoin kiinteästi kytkeytynyt mainitun esikysymyksen määrittelyyn. Syystä on voitu sanoa, että adekvaattisuusteorioita on yhtä monta kuin niitä määritelmiä, jotka, sisällykseltään erilaisina, koskevat mahdollisuusarvostelman perusteeksi pantavien edellytysten yleistämiskysymystä. Näin ollen myöskin kannanotto sanottuun generalisointikysymykseen määrää, minkä sisällyksistä tai ehkä suorastaan *mitä* adekvaattisuusteoriaa mikin tutkija edustaa.

a. Sille, joka vallitsee kaikkea sekä ontoloogista että nomoloogista tietoa, ei, kuten aikaisemmin jo on huomautettu, tapahtuminen merkitse edellytyksen kannalta seurauksen syntymiseen katsoen mitään mahdollisuutta, vaan välttämättömyyttä. Ihmistieto ei ole tällä asteella. Niin hyvin nomoloogisessa suhteessa, tapahtumisen lakien tuntemisessa, kuin ontoloogisista seikoista, kausaalisista realiteeteista, selvilläolemisen osalta se on vajanaista. Sikäli kuin ne edellytykset, joiden pohjalta seurauksen syntymistä on arvosteltava, pannaan — kuten säännöllisesti on asianlaita — arvostelman pohjaksi siinä muodossa, että vain osa edellytyksistä ilmaistaan konkreettisesti ja loput jätetään abstrahoinnin varaan, voidaan enää puhua vain seurauksen syntymisen mahdollisuudesta, joka tällöin näyttäksen sitä pienempänä, mitä useampi edellytys jää vaille täsmällistä määrittelyä ja siten joutuu yleistettynä ilmaistavaksi. Se mahdollisuusarvostelma, joka adekvaattisuusteoriain mukaan on nojautuva kon-

kreettisesti ja generalisoiden ilmaistujen edellytysten suhteisiin, sisältää näin ollen sitä vähäisemmän mahdollisuusasteen, mitä enemmän tarkastelunalaisen tapauksen edellytykset yleistetään.[172] Adekvaattisuusteoriain kannattajien esittämistä, generalisointikysymystä koskevista eri mielipiteistä voitaneen tämän oppisuunnan perustajan kantaa pitää enintä yleistystä edustavana. v. KRIESin mukaan mahdollisuusarvostelman peruste on muodostettava siten, että kausaalisista realiteeteista joutuvat yleistyksen alaisiksi kaikki ne, joita itse tekijä ei ole tuntenut eikä voinut tuntea. Tämä lähtökohta, tekijän yksilöllisen laadun asettaminen käsilläolevaa kysymystä määrääväksi, on antanut v. Kriesin edustamalle kannalle subjektiivisen adekvaattisuusteorian nimen ja samalla virittänyt sitä vastaan moitteen syyllisyys- ja kausaalisuuskysymysten toisiinsa sekoittamisesta.[173] Teoria käytännöllisesti katsoen merkitseekin edellytyksen adekvaattisuuden ulottamista vain siihen, mikä seuraus oli tekijän arvattavissa.[174] Tämä johtopäätös puolestaan on nimenomaan v. Kriesin teorian osalta tavallansa yllättävä. Kun juuri v. Kriesin ansioksi on luettava sen opin perustaminen, jonka tarkoituksena on korvata conditio sqn. teorian käsittämä puhtaasti geneettinen kausaalisuuden selvittely sellaisella teleoloogis-kausaalisella kriteerillä, jonka on määrä edustaa suurempaa tarkoituksenmukaisuutta ja käyttökelpoisuutta, tuntuu tästä näkökulmasta kiistämättä köyhältä, että, TRAEGERin[175] kritiikkiin yhtyen, käy päinsä todeta

[172] EKSTRÖM, s. 846, viite 1, mainitsee edellytysten yleistämisestä seuraavaa: »Ju mindre man generaliserar fallet, dvs. betingelserna, dess högre blir graden av objektiv möjlighet, och tvärtom (v. Kries l. c. 219). Är detta riktigt? Se v. Kries' exempel å s. 217 f: B. kan hava ovanligt stor eller ovanligt liten motståndskraft. Kan generaliseringen i båda fallen hava samma verkan?» Lainauksessa mainituista kysymyksistä, joihin tietysti on vastattava myönteisesti, ei nähdäksemme voi tulla muuhun käsitykseen, kuin että Ekström ei kaikin kohdin ole oivaltanut v. KRIESin oppia oikein.

[173] v. KRIESin opin sellaisenaan on vain harva tutkija hyväksynyt. Niin G. RÜMELIN, ArchZivPr. 88, s. 285 ss., eritt. s. 296.

Kirjoituksessaan Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 9 B) v. Kries jättää mainitsematta, kenen kannalta katsoen mahdollisuustodelman peruste on muodostettava — seikka, joka saattaa johtua hänen subjektiivisen kantansa jo silloin saamasta kritiikistä.

[174] LITTEN, s. 48, huomauttaa, että »J. v. Kries kommt bei der Ausgestaltung seiner Lehre dem rein individuellen Standpunkte ex ante mindestens sehr nahe». BÜRGI, s. 86, katsoo v. KRIESin kannan suorastaan sulautuvan syyllisyyskysymykseen. Bürgi väittää sen johtavan siihen, että »jede adäkvate Verursachung würde so zum mindesten auf fahrlässigem Verschulden beruhen».

[175] S. 133—134.

v. KRIESin adekvaattisuus-käsite tarpeettomaksi silloin, kun on kysymys kulpaa käsittävästä teosta, ja toisaalta riittämättömäksi, milloin pelkkää conditiota sqn. ahtaampi kausaalisuuskriteeri on välttämätön vastuun rajoittamiseksi sine culpa tapauksissa.[176]

Näistä sanotussa suhteessa vähäisistä tuloksista huolimatta v. KRIESin teorialle on jäävä pysyväinen arvonsa mm. nimenomaan sen perussäännön asettamisessa, jonka mukaan kausaalisuuden arvosteleminen adekvaattisuuskriteerin avulla aina on tapahtuva tekohetkellä vallinneita olosuhteita silmällä pitäen. Vain se arvostelma, jossa teon ja seurauksen suhde ilmaistaan prognoosin kannalta, luo oikean lähtökohdan inhimillisen käyttäytymisen arvottavalle tarkastelulle. Yksin seurauksen arvosteleminen tulevaisuuden asiana,[177] siis ex ante, on se pohja, jolta oikeusalamaisten käyttäytyminen on arvosteltavissa sen suhteena oikeusnormin noudattamiseen.[178] Tämä teorian lähtökohta käsittää tärkeän periaatteen, jota nähdäksemme ei ole missään tapauksessa uhrattava silloin, kun edellytysten yleistystä koskevaa kysymystä pyritään ratkaisemaan tavalla, joka, paremmin kuin v. Kriesin esittämä, tarjoaa tilaisuuden adekvaattisuusajatuksen käyttöön syyllisyyskysymyksestä erillisenä oikeudellisena kausaalisuusteoriana. Sanottu lähtökohta on syytä korottaa suorastaan adekvaattisuusteoriain yhteiseksi tunnusmerkiksi, jonka hyväksymisestä tai hylkäämisestä riippuu, onko jotakin kausaalisuusteoriaa pidettävä varsinaisiin adekvaattisuusoppeihin kuuluvana.

b. Kun RÜMELIN, jonka tutkimus »Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf- und Zivilrecht»[179] on taannut hänelle maineikkaan sijan kausaalisuuskysymyksen tutkijain ensimmäisten joukossa, on ryhtynyt korjaamaan v. KRIESin opin puutteellisuuksia esittämällä adekvaattisuuden kriteeriksi näkökohtia, joiden mukaan mahdollisuustodelma on lausuttava sellaisen seikaston pohjalta, johon otetaan mukaan muitakin kuin tekohetkellä tunnettavissa olleita tekijöitä, on nähdäksemme täten muodostettuun kausaalisuusteoriaan suhtauduttava vakavin epäilyksin.[180] Rümelinin oppi, joka käy objektiivi-

[176] Vrt. RÜMELIN, Die Verwendung der Causalbegriffe, s. 260—261.

[177] Tietysti silloinkin kun on kysymys menneisyyteen kuuluvasta tapahtumasta.

[178] Oikeusnormi, käyttäytymistä koskevana, tähtää aina tulevaisuuteen, koska sen tarkoituksena on oikeusalamaisten motivointi.

[179] ArchZivPr. 90, s. 171 ss. Virkaanastujaispuheessaan »Der Zufall im Recht» (1896) RÜMELIN jo esittää samoja mielipiteitä.

[180] Tämä arvostelu kohdistuu nimenomaan siihen periaatteelliseen kysymykseen, josta

sen adekvaattisuusteorian nimellä, pyrkii määrätietoisesti suppeampaan edellytysten yleistykseen, kuin minkä v. Kries ottaa lähtökohdakseen, ja siten johtuu tuloksiin, joiden mukaan seurauksen syntymismahdollisuus on arvosteltava vastaavasti suuremmaksi. Ensinnäkään ei Rümelinin mukaan ole tyydyttävä siihen, että edellytyksistä otetaan konkreettisesti ilmaistuina huomioon ainoastaan ne, jotka tekijä on tuntenut tai jotka olivat hänen tunnettavissaan, vaan myös kaikki ne, jotka ylimalkaan oli mahdollista tuntea. Mutta Rümelinin vaatimus edellytysten generalisoinnin supistamisesta ei pysähdy tähän. Hän katsoo tarpeelliseksi myöskin niiden edellytysten huomioonottamisen, joiden tuomari ex post havaitsee olleen olemassa tekohetkellä, vaikka niitä ei silloin olisikaan ollut mahdollista tuntea. Ja vielä tästäkin jatkuu yleistyksen rajoittaminen siten, että myöhemminkin mukaantulleet edellytykset pannaan mahdollisuustodelman perusteeksi, mikäli — edelleen ex post arvostellen — niiden jälkiperäinen ilmeneminen on yleisen kokemustiedon nojalla katsottava sellaiseksi tapahtumankuluksi, jota tekohetken edellytyskompleksi on suosinut.[181] Täten muodostettava, seurauksen syntymismahdollisuutta koskevan arvostelman peruste, joka tekohetkestä seurauksen aikaantulemiseen asti käsittää kaikki ne edellytykset, joista johtunut tapahtumankulku ex post arvattavissa olleine uusine realiteetteineen vie seurauksen syntymiseen, ymmärrettävästi olennaisella tavalla laajentaa relevantin kausaalisuuden piiriä — jopa niin paljon, että syystä voidaan HONKASALOON[182] yhtyen sanoa Rümelinin kannan lähenevän conditio sine qua non teoriaa.[183] Niiden johtopäätösten välttämiseksi, joihin teorian poikkeukseton noudattaminen veisi ja jotka selvästikin käsittäisivät oikeudellisesti merkityksellisen syy-yhteyden ulottamisen liian laajalle, Rümelin onkin pitänyt tarpeellisena rajoittaa teoriansa soveltamista kahden »kohtuussovittelun» avulla. Kun sinänsä vastuullistava seikka (an sich haftungsbegründender Vorgang) ainoastaan on aiheuttanut loukkauksen kohteeksi tulleen henkilön joutumisen tiettyyn suhteeseen johonkin

---

tekstissä juuri on mainittu. Muuten on RÜMELININ mainitun tutkimuksen ansiot arvioitava suuriksi ja adekvaattisuuskysymyksen myöhemmän tutkimuksen kannalta merkittäviksi.

[181] RÜMELIN, Die Verwendung der Kausalbegriffe, 254 ss., s. 218 ss.

[182] Kausaalisuuskysymys, s. 151. Samoin mm. MIHURKO, s. 321 ja TRAEGER, s. 137 s., 141.

[183] RADBRUCH, s. 41, johon BÜRGI, s. 65, tässä kohdin yhtyy, katsoo RÜMELININ konstruktion johtavan takaisin conditio sqn. teoriaan. Vrt. KRIEGSMANN, s. 159.

toiseen ilmiöön (josta sitten seuraus on syntynyt), on toisen modifikation mukaan viimeksimainitun ilmiön edellytykset abstrahoitava siinäkin tapauksessa, että ne olivat olemassa jo tekohetkellä, jos näitä edellytyksiä ei ollut mahdollista tuntea eikä tekijäkään niitä tiennyt tai voinut tietää.[184] Toinen modifikatio, jota on pidettävä ensinmainitun korrelaattina, sisältää yleisluontoisen poikkeuksen mahdollisuustodelman perusteen muodostamista koskevasta säännöstä sikäli, että *pelkästään* tekohetkellä yleensä tunnettavissa olleet edellytykset otetaan huomioon *vain* silloin, kun tekijä on ne tuntenut tai hänen olisi pitänyt ne tuntea.[185, 186]

Näistä sovittelusäännöistä lienee ensinmainitun katsottava johtuvan siitä, että olisi kohtuuttoman ankaraa, jos *poikkeuksella kaikki* edellytykset, jotka ovat olleet olemassa tekohetkellä, otettaisiin mahdollisuusarvostelmassa huomioon siitä riippumatta, missä määrin ne ylimalkaan lainkaan olivat tunnettavissa. Toisen modifikation tehtävänä nähdäksemme on vain korostaa sitä, ettei ensinmainitun modifikation mukainen abstrahointisääntö suinkaan tarkoita ex ante periaatteen tunnustamista, vaikka sen mukaan jälkiperäisen objek-

---

[184] RÜMELIN, Die Verwendung der Causalbegriffe, s. 300. Että vastuullistava seikka ainoastaan on aiheuttanut loukkauksen kärsineen henkilön joutumisen määrättyyn suhteeseen johonkin toiseen ilmiöön, tietenkin tarkoittaa viimeksimainitun ilmiön kehittymistä siksi seuraukseksi, jonka syiden tarkastelusta on kysymys. Mainittu Rümelinin kohtuusmodifikatio sopii näin ollen sovellettavaksi erityisesti niihin vahingonkorvauksen tapauksiin, joissa vastuullistavan seikan, itse oikeudenloukkauksen, relevanssi on tutkittava vahinkoseikastossa ilmenevien etäisempien vaikutusten kannalta.

[185] RÜMELIN, s. 301. — Tieteisopissa yleensä puhutaan Rümelinin kohtuusmodifikatiosta monikollisesti, jolloin juurimainitut kaksi modifikatiota ovat tarkastelun kohteena. Itse asiassa Rümelinin omasta esityksestä — ja ensinmainitun modifikation lähemmästä tarkastelusta — saa sen käsityksen, että tämä ensinmainittu modifikatio yksin on tarkoitettu käsittämään ja myöskin käsittää kaikki ne poikkeukset pääsäännöstä, jotka Rümelinin mukaan tulevat kysymykseen.

[186] Tosin RÜMELIN viimeksimainitusta modifikatiosta mainitsee ainoastaan, ettei mahdollisuustodelman perusteeksi missään tapauksessa panna pelkästään tekohetkellä olemassaolleita toisten henkilöiden *päätöksiä tai taipumuksia*, ellei ole niin, että tekijä on ottanut tai että hänen olisi tullut ottaa ne huomioon (jolloin siis voidaan tyytyä ex ante arvosteluun), mutta tämä lausuma täytynee voida katsoa tekstissä mainitun yleisen säännön ilmaisuksi.

RÜMELIN — ja moni muu tutkija — käyttää edellytysten tuntemuksesta sanontaa, jonka mukaan asian arvostelulle on merkityksellistä se, mitä tekijän *olisi pitänyt* tuntea. Täten määritelty kriteeri ei kuitenkaan ole puhtaasti kausaalisia kysymyksiä koskevassa esityksessä asiallinen, vaan se on korvattava kysymyksellä siitä, mikä oli tekijän tunnettavissa. Tekstissä on, Rümelinin esitykseen liittyen, käytetty kumpaistakin sanontaa viimeksimainitussa mielessä.

tiivisen prognoosin avulla selville saatu edellytys joutuukin abstrahoitavaksi. Toiselta kannalta katsoen tämä toinen modifikatio on mielenkiintoinen siksi, että se nähdäksemme ilmaisee RÜMELININ mielipiteen mahdollisuustodelman perusteen muodostamisesta silloin, kun hänen käsityksensä mukaan käy päinsä asettua yksinomaan ex ante arvostelun kannalle. Voitaneen näin ollen sanoa, että tämä sääntö osoittaa, mitä Rümelinin kausaalisuusteoria on *varsinaisena adekvaattisuusteoriana*. Kysymystä tästä näkökulmasta tarkasteltaessa johdutaan siihen, tavallaan odottamattomaan tulokseen, että Rümelin pysähtyy samaan kuin v. KRIES,[187] sillä hänen esityksestään ei voitane saada muutä käsitystä kuin että luopuminen ex ante asenteesta on tapahtuva samalla kun tekijän faktillinen tieto tai se tieto, joka hänellä olisi pitänyt edellytyksistä olla, eroaa siitä, mitä niistä ylimalkaan oli mahdollista tuntea.[188] Mikäli siis on kysymyksessä mahdollisuuden määritteleminen yksinomaan ex ante, on tämän periaatteen mukaisen mahdollisuustodelman perusteeseen kuuluvat edellytykset yleistettävä muulta osalta kuin siltä, jonka tekijä on tuntenut tai voinut tuntea. Kun tällöin, samoin kuin v. Kriesin teorian osalta, tullaan siihen, että nomoloogista tietoa lukuunottamatta[189] vain syyksiluettava seuraus osoittaa relevanttia syy-yhteyttä, on myöskin ilmeistä, ettei Rümelinin teoria varsinaisten, ankarassa mielessä

[187] Siihen katsoen, että kaikessa kausaalisuusteorioita koskevassa kirjallisuudessa RÜMELININ katsotaan edustavan v. KRIESIIN verraten toista äärimmäisyyttä eikä suinkaan jäävän samoille linjoille kuin viimeksimainittu, lienee syytä korostaa, että tekstissä lausuttu käsitys tarkoittaa yksinomaan niitä tuloksia, joihin johdutaan, kun Rümelinin oppia tarkastellaan adekvaattisuusteoriain tunnusmerkiksi asetetun ex ante arvostelun kannalta.

[188] RÜMELIN, s. 301: »Keinesfalls wird bei Anlegung des Masstabs der nachträglichen objektiven Prognose gerechnet mit blossen zur Zeit der Tat vorliegenden Entschlüssen oder Neigungen anderer Menschen, soweit sie nicht vom Täter mit in die Berechnung gezogen waren oder hätten gezogen werden sollen.»

HONKASALO, s. 146, viite 40, on esittänyt RÜMELININ teorian kohtuusmodifikatiot osittain toisensisällyksisiksi kuin tekstissä on mainittu. Viimeksi käsitelty modifikatio on Honkasalon mukaan seuraava: »Niinikään ei ole kausaalisuusarvioinnissa otettava huomioon teon tekoaikaan olemassa olleita ihmisten päätöksiä tai aikeita, mikäli tekijä ei ole niitä ottanut tai hänen olisi pitänyt ottaa ne huomioon.» Kun nähdäksemme Rümelin ei ole saattanut tarkoittaa tekohetkellä olemassaolevien edellytysten sanotuin tavoin huomioonottamatta jättämistä, vaan scire debuisse tässä tapauksessa päinvastoin suorastaan merkitsee *pelkästään* tekohetkellä olemassaolleiden edellytysten panemista mahdollisuusarvostelman perusteeksi, lienee Honkasalon lausuma luettava erheellisestä sanonnasta johtuneeksi.

[189] Nomoloogisesta tiedosta v. KRIESKIN on sitä mieltä, että kausaalisuusarvostelman pohjaksi on pantava se tieto, joka on olemassa asian tuomitsemishetkellä.

adekvaattisiksi tunnustettavien oppien kannalta ole muuta kuin v. Kriesin oppien toistamista. Sen sijaan on kiistatonta, että se siltä osin, kuin se hylkää ex ante periaatteen, on olennaisessa määrässä omansa kehittämään relevantin syy-yhteyden alaa laajemmaksi, kuin v. Kriesin teorian mukaan on asianlaita, samalla kun se edellämainittujen kohtuusmodifikatioiden kautta pyrkii välttämään sitä edellytysten yleistyksen liiallista supistamista, jota teorian lähtökohta muutoin merkitsisi. Kokonaisuutena katsoen Rümelinin oppi on kuitenkin liian monimutkainen voidakseen saada yleistä kannatusta. Erityisesti teorian lähtökohta, jonka mukaan relevantin kausaalisuuden määritteleminen, kuten sanottu, vaatii luopumista mahdollisuusarvostelman muodostamisesta ex ante tunnettavissa olleiden edellytysten pohjalla, on katsottava vakavia vastaväitteitä virittäväksi rakennelmavirheeksi.[190]

---

[190] RÜMELIN ei suinkaan ole ainoa, joka luopuu mahdollisuusarvostelman muodostamisesta sanotulla pohjalla ja joka siitä huolimatta on luettu adekvaattisuusopin kannattajiin kuuluvaksi. Tarkoitetuista tutkijoista mainittakoon RUMPF, joka käyttää puhdasta ex post tarkastelua tai sen ja ex ante arvostelun yhdistelmää sen mukaan, onko kysymys välittömästä vai välillisestä vahingosta: »1. Ob adäkvater Kausalzusammenhang zwischen einem menschlichen Verhalten und dem unmittelbaren Schaden vorliegt, entscheidet der Richter auf Grund der ihm zu Gebote stehenden Kenntnis der Gesetze des Geschehens, die sich mit dem derzeitigen Erfahrungswissen der Menschheit überhaupt deckt, und auf Grund aller ihm *zur Zeit der Entstehung des unmittelbaren Schadens* (kor. meid.) bekannt gewordenen Bedingungen des konkreten Falls. 2. Ob adäkvater Kausalzusammenhang zwischen einem menschlichen Verhalten und dem mittelbaren Schaden vorliegt, entscheidet der Richter, indem er *ausserdem* noch die von dem unter 1 gekennzeichneten Standpunkte aus (im voraus) erkennbaren Bedingungen des nachträglichen Kausalverlaufs in Betracht zieht.» (Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäkvaten Verursachung im Zivilrecht, Iherings Jahrb. 49, s. 345.) Edelleen FROMHERZ hyväksyy Rümelinin periaatteen kausaalisuusarvioinnista ex post, mutta pyrkii teorian yhtenäistämiseen välttämällä sen monimutkaisia kohtuusmodifikatioita, joiden tilalle hän asettaa vaatimuksen tekohetken jälkeen ilmenneiden realiteettien panemisesta mahdollisuusarvostelman perusteeksi sikäli kuin »ihre Berücksichtigung im Zusammenhang mit der als Ursache anzusprechenden Handlung oder Tatsache noch irgendwie der Erfahrung der Auffassung des Lebens oder der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entsprach». Kun otetaan huomioon, että Fromherz, hyläten ex ante arvostelun, nimenomaan vaatii sanottujen seikkojen arvioimista niiden edellytysten nojalla, jotka ovat tiedossa tuomitsemishetkellä, tuntuu käsittämättömältä, miten kriteerinä voidaan käyttää mm. kanssakäymisessä vaadittavaa huolellisuutta, jota koskeva käyttäytymisen arvottaminen puolestaan ehdottomasti edellyttää kausaalisuusarvostelmaa ex ante. Kotimaisessa kirjallisuudessa on Rümelinin kannalla A. SERLACHIUS, Straff o. skadestånd, s. 100. Rümelinin teoriasta HONKASALO, s. 150, sanoo sattuvasti, että »ennakolta näkeminen ex post on loogillinen mahdottomuus. Teoria on näin ollen ristiriidassa adekvaattisuusteorian pääperiaatteen kanssa.» Mainitulla loogillisella ristiriidalla on Fromherzin ex post asetetussa huolellisuus-

c. Suuri merkitys edellytysten yleistämistä koskevan kysymyksen käsittelylle on ollut TRAEGERin tutkimuksilla, jotka edustavat pitäytymistä kausaalisuusarvostelun ex ante kannalla ja siitä kehittävät relevantin syy-yhteyden käsitettä tavalla, joka irroittuu subjektiivisistä tekijöistä ja vastaavasti vapautuu siitä ahtaudesta, jonka on katsottava rasittavan v. KRIESin konstruktiota. Traeger, joka nomologisen tiedon osalta on samalla kannalla kuin v. Kries ja RÜMELIN puoltaen kokemustiedon käyttämistä ex post kausaalisten lakien arvostelussa, katsoo ontoloogisten edellytysten abstrahoinnin alkavan siitä, mitä eniten tietävä yksilö ei ole voinut niistä tuntea.[191]

---

vaatimuksessa vastaavaisuutensa käytännölliseltä kannalta. — »Ex ante — das ist geradezu der Standpunkt der Vernunft», sanoo BÜRGI, s. 80, ja lisää: »Die Rümelinsche nachträgliche prognose hat das eigentliche Wesen adäkvater Beurteilung überhaupt nicht erfasst.»

Välittävällä kannalla puheenaolevassa periaatteellisessa kysymyksessä on moni adekvaattisuusopin kannattaja sikäli, että huomioonotettavista edellytyksistä ontoloogiset ja nomoloogiset seikat asetetaan eri asemaan. Kun tämän kannan mukaan ensinmainittuihin edellytyksiin nojautuva mahdollisuusarvostelma on lausuttava ex ante, on sen sijaan nomoloogisen tiedon mahdollisuustodelman perusteeksi paneminen tapahtuva sellaisena, jollainen tämä tieto on asian ratkaisun ajankohtana. Tällainen osittainen luopuminen ex ante arvostelusta ei kuitenkaan ole periaatteellisesti hyväksyttävissä. Samalla on huomattava, että ontoloogisten ja nomoloogisten seikkain erottaminen perimmältään on tarpeetonta niin pian kun asian arvostelussa asetutaan kokonaan ex ante kannalle. Tällä kannalla on mm. STANG, Erstatningsansvar, s. 80, joka nimenomaan mainitsee, ettei ole syytä ontoloogisen ja nomoloogisen tiedon toisistansa erottamiseen.

Nomoloogisen tiedon sanotulla tavalla käsitteleminen on tieteisopissa niin yleistä, että sen mahdollisuusarvostelman perusteeksi paneminen sellaisena, joksi se osoittautuu ex post, lienee suorastaan vallitsevan mielipiteen mukaista. (Mainittujen Rümelinin, TRAEGERin ja FROMHERZIN lisäksi mm. MÜLLER, s. 28, MIHURKO, GrünhZ 42, s. 326 ja KIVIMÄKI, Asianajajan vastuu, s. 93, viite 1.) Teoreettiselta ja periaatteelliselta kannalta, kuten sanottu, tällainen adekvaattisuuden määrittely on katsottava virheeksi. Lisäksi mainittu kanta tavallisimmin omaksutaan lähemmittä perusteluitta. Kivimäki, mt. ms., mainitsee kantansa perusteluna, että »kausaaliyhteyttä ei ole, jos kokemustieto ex post katsoo ex ante adekvaatin tuottamuksen inadekvaatiksi». Tämä näkökanta ei kuitenkaan ole asiassa ratkaiseva, koska vapauttava ex post arvostelu aina on otettava huomioon faktillisen tapahtumankulun toteamisena. Ratkaisevaa on päin vastoin se, että ex post arvostelu, jos se asetetaan määräämäksi, saattaa osoittaa relevantiksi sellaisen edellytyksen, joka ex ante käsilläolevan tiedon mukaan ei ole lisännyt vahinkoseurauksen syntymismahdollisuutta. Juuri tästä syystä »jälkiperäisen prognoosin» teoria on hylättävä. Honkasalo, s. 152, viite 53, aivan oikein huomauttaa, ettei poikkeusta nomoloogisen tiedon osalta voida periaatteelliselta kannalta perustella.

[191] TRAEGER, s. 161, on ilmaissut tätä koskevan mielipiteensä jossakin määrin epäselvässä muodossa, joka saattaa antaa aihetta eriäville tulkinnoille. Lähin teksti tarkoittaa sitä tulkintaa, jonka mukaan tuomarin on kausaalisuuskysymystä arvostellessaan

Tämän lisäksi Traeger vaatii, että sanotunlaisen olosuhteiden tunnettavuuden (Erkennbarkeit) ohella on otettava huomioon se tieto, joka itse tekijällä on edellytyksistä ollut. Tällaisen generalisoinnin pohjalta käy ilmeiseksi, ettei siten määritelty adekvaattisuus missään suhteessa lankea yhteen subjektiivisen arvattavuuden kanssa, paitsi milloin tapahtumankulku on ollut vain tekijän itsensä arvattavissa. Viimeksimainitussa tapauksessa herättää mielenkiintoa se suhde, johon Traeger määritelmässään asettaa toisaalta enintä olosuhteiden tunnettavuutta edustavan yksilön, toisaalta tarkastelunalaisen teon tekijän. Eräiden tutkijain mukaan[192] jää vaikeasti ymmärrettäväksi, mikä merkitys Traegerin teoriassa on sillä, että tekijän ontoloogisten seikkain tuntemus erotetaan siitä tiedosta, joka on enintä tietoa edustavalla yksilöllä, koska tämän mielipiteen mukaan täydellisempää edellytysten tuntemista ei voi olla olemassa kuin se on, joten eniten tietävä voi vallita. Tällöin on muka tarpeetonta, että *sen lisäksi* puhutaan siitä, mitä tekijä on tiennyt. Tämä käsitys on tavallansa oikea, mutta se ei ota lukuun sitä mahdollisuutta, että Traeger eniten tietävän yksilön tuntemuksella tarkoittaa tekijästä riippumattoman objektiivisen kriteerin asettamista.[193] Traeger tarkoituksellisesti erottaakin toisistaan sen tiedon, joka lankeaa tietävimmän henkilön edustaman tunnettavuuden piiriin, ja sen, joka tekijällä tosiasiallisesti on. Traegerin sanottua generalisointikriteeriä vastaan voidaan kuitenkin esittää huomautus, ettei siinä ole tarpeellisessa määrässä seulottu kaikkea sitä tosiasiallista tietoa, joka voi sisältyä mainitunlaisen enimmän ontoloogisen tunnettavuuden edustamaan mittapuuhun. Kiistatonta näet lienee, että vaikka sanotunlaiseen tunnettavuuteen ei aina sisältyisikään se, mitä tekijä on tiennyt, siihen ainakin sisältyy se, mikä toiselle enintä tunnettavuutta

---

pantava lausuttavan mahdollisuusarvostelman perusteeksi se ontoloogisten seikkojen tuntemus, jonka hän tietää enintä tuntemusta edustavalla yksilöllä faktillisesti olleen tarkastelunalaisen edellytyksen ilmenemisaikana.

[192] MÜLLER, s. 31; MIHURKO, s. 323.

[193] TRAEGER, Kausalbegriff, s. 161, mainitsee mm.: »Da der Täter diesen einsichtigsten Menschen im besonderen Falle an ontologischen Wissen überfreffen kann, so sind ferner vorauszusetzen diejenigen Bedingungen, die dem Täter zur Zeit der Begehung der Handlung bekannt waren» ja jatkaa: »Die Hinzuziehung dieser Bedingungen rechtfertigt sich deshalb, weil andernfalls jemand, der durch Zufall die Kenntnis von Bedingungen, die selbst für den einsichtigsten Menschen nicht erkennbar waren, erlangt hat, ein Verbrechen begehen könnte, ohne zur Verantwortung gezogen werden zu können, da es ja an den Verursachung im Rechtssinne fehlen wurde — allerdings ein Fall, der sich äusserst selten ereignen dürfte, immerhin aber denkbar ist.»

edustavalle yksilölle on faktillisesti ollut tunnettua.[194] Tähän liittyen voidaan huomauttaa, että yhtä hyvin kuin Traegerin mukaan on vältettävä sitä, että tekijän sattumanvaraisesti saamat tiedot voisivat vaikuttaa mainitussa tapauksessa tekijän eduksi, yhtä hyvin voidaan vaatia, etteivät jonkun muun henkilön aivan satunnaiset tiedot saa aiheuttaa relevantin kausaaliyhteyden laajentumista tekijän vahingoksi. Kun Traeger ei kuitenkaan viimeksimainitussa suhteessa tee nimenomaista rajoitusta, vaan päinvastoin vaatii enintä olosuhteiden tunnettavuutta edustavan yksilön tiedon huomioonottamista mahdollisuusarvostelmaa muodostettaessa, täytynee tästä tehdä se johtopäätös, että sanottu arvostelma voi joutua määräytymään osittain sattumanvaraisesti.

Edelläoleva TRAEGERin generalisointiopin kritiikki on oikeutettu ainoastaan sikäli kuin kysymyksessäolevan tutkijan on katsottava teoriallaan tarkoittaneen mahdollisuustodelman perusteen muodostamista sen mukaan, mitä enintä ontoloogista tuntemusta edustava yksilö tosiasiallisesti on tiennyt. Se käsitys, että teoria on täten ymmärrettävä, onkin helposti Traegerin esityksestä saatavissa ja se esiintyy myöskin tieteisopissa.[195] Toisaalta voitaneen Traegerin kanta käsilläolevassa kysymyksessä tulkita siten, ettei se itse asiassa sisälläkään sellaista eniten tietävän yksilön tuntemuksen huomioonottamista, jonka konsekvenssejä edellä on arvosteltu. Kun Traeger mainitsee, että »die Erkennbarkeit ist zu beurteilen vom Standpunkte des erfahrensten und einsichtigsten Menschen», niin hän tämän jälkeen heti jatkaa: »d. i. vom Standpunkte des Richters, der, falls er sich selbst diese Einsicht nicht zutraut, Sachverständige zurate ziehen kann und soll». Tämä lisäys nähdäksemme osoittaa, ettei olekaan kysymys siitä, minkä tuomari katsoo voineen olla tunnettua eniten tietävälle yksilölle, vaan siitä, mitä *tuomari itse*, tarvittaessa asiantuntijan avuin, katsoo *voineensa* tietää, toisin sanoen siitä, mitä *tuomari yleistä olosuhteiden tuntemismahdollisuutta edustavana henkilönä katsoo olleen tekohetkellä tunnettavissa.* Juuri tällaiselle tulkinnalle nähdäksemme antaa tukea Traegerin maininta, että olosuhteiden

---

[194] ENGISCHkään, s. 55—56, joka on pannut merkille sen, että tekijä on voinut tosiasiallisesti tuntea sellaista, mikä ei ole ollut tietävimmänkään yksilön tunnettavissa, ei näytä kiinnittäneen huomiota siihen epäselvyyteen, joka sisältyy olosuhteiden tunnettavuuden määrittelemiseen sen mukaan, mikä on ollut »einem einsichtigsten Menschen erkennbar».

[195] MIHURKO, GrünhZ 42, s. 323 ss. Mihurko, mt., s. 324, väittää, että vastakkainen mielipide, siis TRAEGERin teorian käsittäminen edellä kritikoidussa muodossa, on »ainoa mahdollinen tulkinta».

tunteminen arvostellaan »vom Standpunkte des Richters», ja samaa suuntaa voitaneen katsoa osoittavan senkin, että tuomarin tietoa on täydennettävä asiantuntijain avulla, sillä ei liene luontevaa ajatella asiantuntijalla tässä tarkoitettavan sellaista henkilöä, jolla on tekohetkellä ollut poikkeuksellisen tarkka tieto satunnaisista konkreettisista faktoista.[196]

d. TRAEGERin generalisointimittapuun on kotimaisessa tieteisopissamme periaatteellisesti hyväksynyt HONKASALO, joka kuitenkin katsoo, että käytännöllisessä elämässä on *tyydyttävä* sen tiedon huomioonottamiseen, joka, tarvittaessa asiantuntijan avuin, on tuomarin *käytettävänä*. Tämän kannan johdosta on huomautettava, että tässä ei ole kysymys vain siitä, mihin käytännöllisessä elämässä on tyydyttävä, vaan myös siitä, millainen faktillisesti tuomarin käytettävänä oleva tieto *saadaan* panna mahdollisuustodelman perusteeksi.[197] Honkasalon kannaksi on joka tapauksessa merkittävä, että hän yleisestä tiedosta ja huomiokyvystä riippuvan ontoloogisen tiedon

[196] »Das Wissen der einzelnen Umstände eines bestimmen Falles ist reines Zufallswissen» (MIHURKO, GrünhZ 42, s. 323).

[197] Käsitys, jonka mukaan enintä tietoa edustavan henkilön tuntemus adekvaattisuusarvostelman pohjana merkitsee samaa kuin sanotun arvostelman lausuminen tuomarin kannalta, on nähdäksemme peräisin siitä, että ontoloogiseen tietoon sisältyvää konkreettisten faktojen tuntemista ei ole tarpeeksi otettu huomioon. Myöskin LITTEN, s. 48, näyttää olevan sitä mieltä, että sanottu mittapuu ja tuomarin tieto ovat samannettavissa.

Ettei sanottu samantaminen ole paikallaan, mikäli tahdotaan välttää yllättäviä konsekvenssejä, käy, kuten sanottu, ilmi siitä, että mahdollisuustodelman peruste mainitulta pohjalta lähdettäessä voi tosiasiallisesti jäädä vaille sitä tunnusmerkkiä, jota *yleensä* sovellettavissa oleva tieto ja kokemus edustavat. Asian valaisemiseksi konstruoitakoon esimerkki, joka on omansa osoittamaan, ettei edes se TRAEGERin suositteleman mittapuun käytön rajoitus, joka sisältyy adekvaattisuusarvostelman lausumiseen tuomarin itsensä kannalta, käsitä käyttökelpoista ontoloogisen tiedon mittaa, jos sitä määrääväksi muodostuvat satunnaiset tiedot konkreettisista tosiasioista. Kulkumiehet A ja B ovat maantiellä toisensa tavatessaan lyöttäytyneet yhteen ja päättäneet yöpyä nuotion ääressä, jota on määrä vuorotellen valvoa. A, jonka vuoro on ensin paneutua levolle, riisuu saappaansa, jotka B, niitä kuivaillakseen, siirtää niin lähelle nuotiota, että ne B:n huolimattoman tulenhoidon takia pääsevät palamaan piloille. A:n saappaiden pohjiin on ollut piilotettuna tuhannen markan seteleitä, jotka samalla suurimmaksi osaksi tuhoutuvat. Jos tuomari ottaa mahdollisuusarvostelman pohjaksi huomioon oman ontoloogisen tietonsa, jonka hän on saanut siten, että hän samana päivänä, jonka iltana vahinko tapahtui, ollessaan metsästysmatkalla oli huomannut kulkumies A:n erään puun juurella sovittelevan tuhatmarkkasia saappaittensa pohjiin, on rahojen palamista pidettävä B:n varomattoman menettelyn adekvaattisena seurauksena. Tulos on nähdäksemme toinen ja oikea, jos mahdollisuusarvostelman perusteeksi pannaan se tuomarin omasta satunnaisesta tiedosta riippumaton olosuhteiden tunnettavuus, jota yleinen kokemus ja tieto edustavat:

osalta on tahtonut lausua sen ohjeen, että adekvaattisuusarvostelman perusteen muodostaminen on tapahtuva siihen tietoon nojautuen, joka on tuomarin käytettävänä.[198] Täten määritellyn mittapuun edellyttämän tiedon lisäksi on Honkasalon — kuten muidenkin adekvaattisuusopin kannattajien — mielipiteen mukaan otettava huomioon se tuntemus, joka tekijällä itsellään on ollut.[199]

[198] HONKASALO, s. 153—154, asettuessaan sille kannalle, jonka mukaan enintä ontologista tietoa vallitsevan yksilön edustama ideaalinen mittapuu ei ole tarkoitukseensa sovelias, mainitsee, että »kun siinäkin tapauksessa, että mainitunlainen ideaalinen mittapuu asetettaisiin, käytännöllisessä elämässä olisi tyydyttävä siihen, mitä tuomari katsoo tekotilaisuudessa voidun tuntea, olisi ideaalisen mittapuun asettaminen ristiriidassa käytännöllisen elämän kanssa. Oikeinta on senvuoksi asettaa periaatteellisestikin määrääväksi se, mikä käytännöllisessä elämässä yksin voi olla määräävä, nim. tuomarin tieto, jota asiantuntijain tieto tarvittaessa täydentää.» Edelleen hän sanoo, että »käytännöllisesti katsoen asia ei ole autettu sillä, että asetetaan periaatteellisesti ideaalinen mittapuu, kun joka tapauksessa *tuomarin käytettävänä oleva tieto* (kor. meid.) on määräävä». Näitä perusteluja ja huomautuksia esittäessään Honkasalo on joutunut esittämään kantansa tavalla, josta ei selvästi käy ilmi hänen mielipiteensä itse pääasiasta, sillä mitään Honkasalon väittämää ristiriitaa käytännöllisen elämän kanssa ei ole siinä, että tuomarin adekvaattisuusarvostelma määrätään muodostettavaksi enimmän tietävän yksilön olosuhteiden tuntemuksen nojalla sinänsä, jos se on tullut tuomarin tiedoksi ja tarvittaessa siis on tuomarin *käytettävänä*, vaikka tuomari itse (enempää kuin asiantuntijatkaan) ei katsoisi *voineensa* tekohetkellä vallita yhtä suurta ontologista tietoa. (Tällöin vielä on kysymys siitä, mitä tuomari katsoo *voidun* tuntea, koska asia koskee faktillisesti tunnettua.) Eri asia on, että tuomari adekvaattisuusteorian periaatteiden mukaan *ei saa* panna sanottua tietoa arvostelmansa perusteeksi. Tässä on näin muodoin kysymys myöskin siitä, millaista arvostelmaperustetta tuomarin on käytettävä, eikä vain siitä, mitä hän pystyy käyttämään, mutta vain viimeksimainitusta Honkasalo esittää käsityksenään, että tuomarin käytettävänä oleva tieto muodostuu määräväksi, siis itse asiassa koskettelematta sitä, mitä tuomari saa katsoa olosuhteiden tunnettavuuteen sisältyvän.

Että Honkasalo tarkoittaisi tuomarin käytettävänä olevan ontologisen tiedon panemista adekvaattisuusarvostelman perusteeksi silloinkin, kun se sisältää aivan poikkeuksellisen tiedon konkreettisista faktoista, ei kuitenkaan ole hänen esityksensä hengen mukaista. Honkasalon esitys päinvastoin viittaa enintä ontologista tietoa edustavan mittapuun *hylkäämiseen silloinkin, kun se on tuomarin käytettävänä*, jos tällaisen tiedon pohjalta lausuttu mahdollisuusarvostelma tulisi sisältämään aivan poikkeuksellisia ja yleisen tunnettavuuden ulkopuolelle lankeavia konkreettisia faktoja. Tämä päätelmä voidaan tehdä mm. siitä, että Honkasalo puhuu »tietämisen korkeinta tasoa edustavan henkilön *kyvystä*» ja siten osoittaa tarkoittavansa muuta kuin mainitunlaisia faktoja.

[199] Sveitsiläisessä tieteisopissa on TRAEGERiin yhtynyt BÜRGI, s. 88 ss., eritt. s. 93 ja 99, jonka asiaa koskeva perustelu ei kuitenkaan vaikuta loppuun mietityltä. Bürgin perustelun pääasiallisena sisällyksenä on väite, että »Was der einsichtigste Mensch noch voraussehen kann, ist nicht zufällig, sondern objektiv möglich; darin liegt die Rechtfertigung dieses von Traeger gesetzte Momentes» (s. 93). Bürgi näyttää ajatelleen myös senlaatuista määrittelyä, jonka mukaan mittapuuksi olisi teoreettisesti määrättävä »ylikeskimittaisen» (überdurchschnittlich) yksilön edustama tieto: »Es wäre auch denkbar,

C. SYYN JA SEURAUKSEN ABSTRAHOINTIKYSYMYS.

I. EDELLYTYSTEN ABSTRAHOINTI SILMÄLLÄPITÄEN TEKIJÄN TIEDON OSUUTTA MAHDOLLISUUSTODELMAN PERUSTEEN MUODOSTAMISESSA JA SEN SUHDETTA ADEKVAATTISUUSOPPIIN OBJEKTIIVISEN KAUSAALISUUDEN TEORIANA.

Vaatimus ontoloogisen tiedon asettamisessa adekvaattisuusarvostelman perusteeksi sellaisena, jota ideaaliyksilö edustaa, on herättänyt arvostelua muun muassa sen takia, että täten määritellyn mittapuun on katsottu merkitsevän käytännöllisesti epävarmaa ja sovellettavuuden kannalta vaikeasti käsiteltävää perustetta. Mitä tuomarin on kulloinkin pidettävä ymmärtäväisimmän ja tietävimmän yksilön edustamana mittapuuna, ei tämän kannan vastustajien mielestä ole selville saatavissa sellaisella varmuudella eikä siinä määrin yhtenäisen soveltamisen vaatimuksia vastaavasti, että sanottu mittapuu voitaisiin tunnustaa periaatteellisestikaan hyväksyttäväksi. Se peruste, joka paremmin tyydyttää käytännöllistä tarvetta ja myöskin vakuuttavammin takaa yleisen olosuhteiden tunnettavuuden oikean soveltamisen, onkin useain adekvaattisuusopin kannattajien käsityksen mukaan saatavissa siitä, mitä keskimittaisen yksilön on katsottava voineen ontoloogisista seikoista tuntea.[200]

Kysymys, kummalle perusteelle, tuomarin käytettävänä olevaa ideaalista mittapuuta vastaavalle tiedolle vaiko keskimittaisen yksilön edustamalle tuntemukselle, on periaatteellisesti annettava etusija adekvaattisuusarvostelman muodostamisessa, ei ole ilman muuta selvä. Asian ratkaisun helpottamiseksi viitattakoon seuraaviin näkökohtiin.

Kun edelläesitetyn mukaisesti sattumanvarainen konkreettisten faktojen tuntemus tulee jäämään mahdollisuusarvostelman perusteen abstrahoiduksi osaksi silloinkin, kun adekvaattisuusarvostelma on lausuttava ideaaliyksilön edustaman tiedon kannalta, voidaan näin ollen sanoa, että enintä ontoloogista tietoa edustavan yksilön olo-

---

den Begriff des einsichtigsten Menschen zu ersetzen durch den eines überdurchschnittlich begabten oder des erfahrensten» (s. 99). KRÜCKMANN, s. 153, puhuu ideaalisesta keskimitan yksilöstä.

[200] Tähän tapaan mm. v. BAR, Gesetz u. Schuld II, s. 202; LITTEN, s. 105; KRIEGSMANN, s. 160; CELICHOWSKI, s. 93; MIHURKO, s. 326; HIPPEL, Deutsches Strafrecht II, s. 148.

suhteiden tuntemus ei *sinänsä* kelpaa sanottuun tarkoitukseen ilman rajoittavaa määrittelyä. Tarvittava rajoitus puolestaan on saatavissa siitä, mitä ontoloogisen tiedon satunnaisuudella edellämainitussa mielessä tarkoitetaan. Tästä on huomattava, että koska ontoloogiseen tietoon kuuluvaksi ei ole katsottava sellaista kokemustietoa, joka kohdistuu kausaalisten lakien tuntemiseen, jää tässä tarkastelun alaiseksi vain kysymys siitä, mistä kausaalisista realiteeteista eniten tietävä yksilö on ollut tai voinut olla tietoinen ja miten tämä, määrättyyn yksityistapaukseen kytkeytyvä tieto suhtautuu *vastaavantasoiseen yleiseen* tietoon. Tämä kysymyksenasettelu taasen antaa aiheen johtopäätösten tekoon kahteen eri suuntaan. Ensiksi voidaan todeta, että tällä pohjalla määritelty arvostelmaperuste ei edellytä lisämäärittelyä siitä, mitä kulloinkin kysymyksessäolevalla alalla on pidettävä yleisen tunnettavuuden piiriin kuuluvana, sillä *enintä* tuntemusta vastaava *yleinen* tieto on aina parasta *asiantuntijantietoa*. Toiseksi on tehtävissä se johtopäätös, että enintä tuntemusta edustavan yksilön tieto, verrattuna vastaavantasoiseen yleiseen tietoon, saattaa sisältää erikoispiirteitä, joita asiantuntemus ei katso voitavan ottaa huomioon ja jotka silloin johtuvat mainitunlaisen henkilön puhtaasti *persoonallisista suhteista* tarkastelunalaiseen ilmiöön. Täten enintä tietoa edustavan yksilön tuntemus adekvaattisuusarvostelman perusteena saa rajoituksensa siitä, mitä muutkin yksilöt, jotka edustavat vastaavantasoista tuntemusta, katsovat olleen tunnettavissa ja seurauksen syntymismahdollisuuteen katsoen huomioonotettavissa, joten siis sanottu rajoitus käsittää *enimmän käytettävissä olevan tiedon vähimmän mahdollisen*[201] *generalisation*. Se tulos, johon täten päädytään ideaalista mittapuuta sen yleisen käytettävyyden mukaan soveltaen, ei perimmältään eronne siitä, mitä tuomari, tarvittaessa asiantuntijain avuin, katsoo voidun olosuhteista yleensä tietää, siis ottamatta huomioon sellaista, vaikkapa hänen itsensä tai kenties jonkun asiantuntijana kuullun henkilön tai jonkun muun yksilön edustamaa tietoa, jonka asianomainen on saanut erikoisen henkilökohtaisen suhteensa kautta tarkastelunalaiseen asiaan. Tämä rajoitus siis käsittää sellaiset, jonkun tai joidenkuiden tiedoksi tulleet konkreettiset faktat, joiden käsilläoloa asiantuntemus ja sen edellyttämä perehtyminen kysymyksessäoleviin olosuhteisiin ei edellytä huomioonotettavaksi.[202]

[201] »Vähin mahdollinen» tietenkin silmälläpitäen adekvaattisuudeksi välttämätöntä yleistystä.

[202] Huomautettakoon, että esitys ei tältä osin koske *tekijän* tietoa.

Kun ideaalisen mittapuun käytettävyys adekvaattisuusarvostelman muodostamisperusteena täten ehdottomasti edellyttää eräiden yleisten tunnusmerkkien mukaista rajoitusta siihen tietoon, jota enintä ontoloogista tuntemusta vallitseva henkilö edustaa, viriää kysymys, täytyykö tämän jälkeen vielä vaatia sellaista lisärajoitusta, joka on tarkoitus saavuttaa keskimittaisen yksilön edustaman mittapuun käytön kautta. Vastaus tähän adekvaattisuusteorian generalisointiopin tärkeään kysymykseen on tavallansa jo tullut annetuksi siinä kehittelyssä, jossa edellä on johduttu ideaalisesta mittapuusta asiantuntijamittaan ja josta käy ilmi, että ideaalinen peruste jo itsessään edellyttää olennaista rajoitusta. Mikäli sanotun mitan asemesta tahdotaan vaatia sovellettavaksi keskimittaa, on nähdäksemme tällöin kysymys jostakin, joka käsitteellisesti on ensinmainitun mitan alapuolella ja siis in casu ehkä poikkeava käytettävänä olevasta enimmästä yleisestä tiedosta. Tällaisen mitan käytettävyys on kuitenkin katsottava vähäisemmäksi kuin edellämääritellyn ideaalisen mitan, sillä se virittää kysymyksen, onko tuomarin adekvaattisuusarvostelmansa muodostamiseen sovellettava sitä korkeatasoista asiantuntijatietoa, joka hänellä ehkä on käytettävänään, vai onko hänen tyydyttävä vähäisemmän — jonkinlaisen keskimittaisen — tiedon panemiseen arvostelman perusteeksi. Jälkimmäisen vaihtoehdon mukainen ratkaisu nähdäksemme johtaisi tuomarin kohtuusharkinnan määrääväksi jättämiseen, harkinnan, jonka omalaatuisena ohjeena tulisi olemaan, että esitettyyn asiantuntijantietoon on suhtauduttava sitä suuremmalla varovaisuudella, mitä parempi se on! Mikäli määrääväksi asetetaan keskimitan tieto, tulee tuomarin kussakin yksittäistapauksessa asiantuntijain pätevyyttä arvostellen ratkaista, minkäasteista tietoa keskimittaan verrattuna asiantuntijat edustavat, ja hänellä on tällöin sitä suurempi aihe lievemmän perusteen soveltamiseen, mitä enemmän hänellä on syytä olettaa asiantuntemuksen kuuluvan korkeimpaan luokkaan. Tästä harkinnasta, joka helposti siirtyy kognitiivisen toteamisen piiristä normatiivisen tarkastelun alalle ja siten suistuu syrjään kysymyksen kausaalisesta käsittelystä, hänet vapauttaa se puoltamamme periaate, jonka mukaan enin yleinen tieto on oleva adekvaattisuusarvostelman perustetta määräävä.

Mikäli keskimittaisen yksilön edustaman tiedon soveltaminen asetetaan ohjeeksi mainitsematta mitään siitä elämänalasta, jolla toimivaksi hänet ajatellaan,[203] ei ole epäilystä siitä, että siten saavu-

[203] Näin mm. MIHURKO, s. 326. Samaan tapaan SAUER, Grundlagen, s. 435, 438. Vrt. ENNECCERUS, Lehrbuch I, 2 s. 34, joka sanoo tekijän tiedon lisäksi olevan huomioon-

tettu generalisointikriteeri on edellä puollettua perustetta olennaisesti huonompi. Se yleistys, joka enimmänkin tiedon osalta on tarpeen ja jonka huomiotta jättäminen johtaa, kuten edelläsanotusta on käynyt ilmi, epätyydyttäviin tuloksiin, on epäilyksettä liian suuri, jos se ilmaistaan ainoastaan keskimittaisuuden kautta. Tällainen mittapuu, ilmeisesti liian laajaan generalisointiin johtavana, avaa mahdollisuuden relevantin syy-yhteyden eittämiseen silloinkin, kun konkreettinen edellytys puoltamamme perusteen mukaan arvostellen on täysin adekvaattinen, jopa yksittäistapauksessa kulpankin alaan kuuluva. Asia muodostuu toiseksi, jos HIPPELin tapaan vaatimukseksi asetetaan »normaalin, asianomaisella alalla tarpeellista kokemusta vallitsevan arvostelijan tieto».[204] Tällaisen yksilön edustama tieto käsittänee *käytännössä* useasti saman yleistyksen, jonka edellä on esitetty johtavan enimmän tiedon määräytymiseen tuomarin tuntemuksen mukaisesti. Määritelmää nimenomaan Hippelin esittämässä muodossa kuitenkin rasittaa se nähdäksemme aiheettomasti aikaansaatu epätäsmällisyys, joka syntyy »tarpeellisen kokemuksen» käsitteen siihen sisällyttämisestä,[205] minkä lisäksi yleisesti on huomioonotettava, että kaikki keskimittainen tieto tietyllä alallakin on teoreettisesti epätäsmällisempää ja kognitiivisesti todettavaksi epävarmempaa kuin enin käytettävänä oleva yleinen tieto, joten ei liene olemassa perusteltua syytä generalisoinnin määrittelemiseen keskimitan avulla. Etusijalle on siten voitava asettaa se enin yleinen tieto,

---

otettava »alles, was zu jener Zeit überhaupt (dem einsichtigen Menschen) erkennbar war».

[204] HIPPEL, Deutsches Strafrecht II, s. 148: »das Wissen eines normalen, mit der nötigen Erfahrung auf dem betr. Gebiet ausgerüsteten Beurteilers».

[205] Muutenkin HIPPEL on taipuvainen definitioon, jossa vältellään täsmällistä määrittelyä — piirre, joka on adekvaattisuusteoriain kannattajain piirissä yleinen. Niinpä Hippel II, s. 149, lausuu seuraavat, Honkasalon (s. 147, viite 43) siteeraamat sanat: »Nicht adäkvat verursacht ist danach der Erfolg, wenn der tatsächlich eingetretene Kausalverlauf für verständiges Urteil zur Zeit der Tat entweder *völlig unvorhersehbar* oder doch dermassen *unwahrscheinlich* war, dass seine Möglichkeit für das praktische Verhalten verständiger Menschen im sozialen Leben als gleichgültig erscheint» ja siten — muunkin esityksen huomioonottaen — osoittautuu määräasteisen mahdollisuus-kriteerin kannattajaksi, kuitenkin, mikäli olemme hänet oikein ymmärtäneet, sellaisin reservatioin, jotka viittaavat kausaalisuus-käsitteen niin sanoaksemme venymiseen sen mukaan, mitä »verständiges Urteil» (s. 147—148) vaatii. Mikä seurauksen mahdollisuus on »für das praktische Verhalten verständiger Menschen im sozialen Leben als gleichgültig», ei kuitenkaan riipu adekvaattisuudesta *kausaalisuusteoriana*, vaan muista tekijöistä, jotka tulevat käsittelyn alaiseksi kolmannessa luvussa. — Hippelin kanta ansaitsee huomiota mm. siksi, että sen mukaan on vaadittava myöskin nomoloogisen tiedon arvostelulta ex ante asennetta.

jonka edellä on osoitettu vastaavan sekä teoreettista että käytännöllistä tarvetta ja joka — periaatteellisesti ideaalisesta mittapuusta luopumatta — on voitu induktiivisesti johtaa sanotusta perusteesta soveltamalla siihen vähintä adekvaattisuuden yleisluonteisuuden kannalta välttämätöntä generalisointikriteeriä. Täten saavutettu edellytysten abstrahoinnin yleinen ohje, joka samalla sopii sekä nomologiseen että ontologiseen tietoon sovellettavaksi, nähdäksemme myöskin paraiten täyttää kysymyksessäolevalle määritelmälle asetettavan täsmällisyysvaatimuksen.

Jo TRAEGERin puoltaman yleistysperusteen puheena ollen mainittiin siitä erikoisasemasta, jossa tekijän vallitsema tieto kaikkien adekvaattisuusteoriain mukaan on muuhun mahdollisuusarvostelman perusteeksi pantavaan tietoon verraten. Sanotuille teorioille on yhteistä, että niiden määrittelemän generalisointiperusteen lisäksi huomioonotetaan se tieto, joka tekijällä itsellään on ollut, esitettäköön tämä periaate lisänä yleiseen määritelmään tai siten, kuten esim. ENGISCH [206] katsoo olevan luontevampaa, että määritelmässä lähdetään siitä, mitä tekijä on tiennyt tai voinut tietää, ja täten saavutettua arvostelmaperustetta täydennetään sillä, mitä yleisen säännön mukaan on varteenotettava. Arvostelmaperusteen sanotuin tavoin määritteleminen on antanut aiheen syytökseen kaksinaisen kannan omaksumisesta kysymyksessä, joka koskee objektiivisen, conditio sine qua non teoriasta materiaalisesti poikkeavan kausaalisuusopin luomista.[207] Että »die logische Richtigkeit des Satzes, dass das einmal Berechnete auch *objektiv* berechenbar ist, kann gar nicht bestritten werden»,[208] ei voine poistaa sanotun syytöksen aihetta yhtä vähän kuin sekään näkökohta, että »mainittujen [tekijän tuntemien] seikkojen huomioonottaminen ei tapahdu sen vuoksi, että tekijä niiden tuntemisen kautta on tekonsa seuraukset arvannut tai voinut arvata, vaan niiden mukaanottamisen kautta on tahdottu laajentaa se perusta, jonka nojalla tuomarin on tehtävä ratkaisunsa, onko käytännöllisessä elämässä huomioonotettava mahdollisuus seurauksen syntymiseen ollut olemassa».[209] Ensinmainittu huomautus kohdistuu

[206] ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtl. Tatbestände, s. 56.

[207] LISZT, Lehrbuch 18 pain. s. 136. Vrt. THYRÉN, s. 137, RADBRUCH, s. 373 ss.

[208] LITTEN, s. 5.

[209] HONKASALO, s. 155. KRIEGSMANN, johon Honkasalo tässä yhteydessä viittaa, sanoo (Zur Lehre von der adäquaten Kausalität, s. 164) tekijän erityisen tiedon huomioonottamisesta lisäksi, että »es gründet sich diese Berücksichtigung demnach nicht darauf, dass die Möglichkeit des Verschuldens für den Täter wegen der ihm zu Gebote stehenden

sitä johtopäätöstä vastaan, jonka mukaan tekijän erityisen tiedon huomioonottaminen saattaisi merkitä luopumista kausaalisuusarvostelman objektiivisuusvaatimuksesta; jälkimmäisen tarkoituksena lienee sen osoittaminen, että adekvaattisuuden edellyttämä kausaalisuuskysymys ei ole tässä kohdin *vastuu*kysymyksen värittämä eikä sen vaikutuksen alainen.

Mitä ensinmainittuun huomautukseen tulee, ei sen asiallisuutta voida eittää. Mahdollisuusarvostelman perusteen muodostamistapa ei suinkaan muuta itse arvostelmaa subjektiiviseksi sen takia, että se lausutaan yksittäistapauksessa vaikkapa vain yhden henkilön tuntemien konkreettisten seikkojen pohjalta. Silloinkin on tapahtuman tarkastelijan objektiivisesti arvosteltava, onko määrätty edellytys tämän perusteen mukaan ollut seurauksen syntymismahdollisuutta yleensä lisäävä. Eri asia sen sijaan on, että tästä tosiasiasta riippumatta adekvaattisuusarvostelman perusteen muodostaminen tapahtuu sekä sen mukaan, mikä yleensä oli tunnettavissa, että myöskin tekijän yksilöllisen tiedon perusteella, joten, koska arvostelma määräytyy perusteensa mukaisesti, teoria tällöin tavallaan joutuu omaksumaan »kaksinaisen kannan». Kysymykseen, oikeuttaako tällaisen kaksinaisuuden olemassaolo kiistämään adekvaattisuusopin arvon juriidisena kausaalisuusteoriana, palataan tuonnempana.

Nimenomaan viimeksimainittuun kysymykseen liittyy mainittu toinen adekvaattisuusarvostelman muodostamisperustetta koskeva selitys, ettei tekijän erityisesti tuntemien seikkain paneminen mainitun arvostelman perusteeksi tapahdu sen takia, että tekijä on arvannut tai voinut arvata tekonsa seurauksen, vaan siksi, että sen kautta »on tahdottu laajentaa se perusta, jonka nojalla tuomarin on tehtävä ratkaisunsa, onko käytännöllisessä elämässä huomioonotettava mahdollisuus seurauksen syntymiseen ollut olemassa». Nähdäksemme käytännöllisessä elämässä huomioonotettava mahdollisuus seurauksen syntymiseen kuitenkin merkitsee juuri sellaista huomioonotettavuutta, joka johtuu vastuun välttämättömyydestä

übernormalen ontologischen Kenntnisse gesteigert ist; sie gründet sich, im Vorbeigehen bemerkt, auch nicht auf die Erwegung, dass die besonderen Kenntnisse die Gefährlichkeit der Täters für die von ihm angegriffenen Rechtsgüter erhöht; die Individualität des Täters ist nur deshalb herangezogen, weil die praktischen Interpretation eines objektiven Massstabes auf die Notwendigkeit ihrer Berücksichtigung fürte». Kriegsmannin perustelu, joka nähdäksemme ikäänkuin kiertää pääasiaa, saanee selityksensä hänen tarkoituksellisesta pyrkimyksestään kaikin tavoin välttää syyllisyys- ja adekvaattisuuskysymysten kosketuskohtia Vrt. Kriegsmann, s. 138.

sellaisissa tapauksissa, joissa tekijä erityisen tietonsa ansiosta on voinut ennakolta laskea sellaisen tapahtumankulun, joka yleisen mittapuun mukaan arvostellen olisi pidettävä adekvaattisuuden ulkopuolelle jäävänä. Muutoin ei käsittääksemme olisi mitään syytä tuomarin tehtävän ratkaisun perustan laajentamiseen eikä poikkeamiseen säännöstä, jonka tarkoituksena on muodostaa yleisluonteinen pohja yleispätevälle juriidiselle kausaalisuusteorialle.

Juurikäsitellyt selitykset eivät olekaan varsinaisesti torjuneet sitä arvostelua, jonka syytös kaksinaisesta kannasta sisältää. Että adekvaattisuusarvostelma joka tapauksessa on objektiivinen, se ei kosketa arvostelman perustetta; mistä syystä tätä perustetta millä-kin tavalla muutetaan, ei myöskään merkitse enempää kuin tämän tosiasian selittämistä tai puolustelua. Siten niihin selityksiin, jotka koskevat adekvaattisuusteoriaan kuuluvaa mahdollisuusarvostelman perusteen muodostamisoppia, ei varsinaisesti sisälly teorian kannan sanotun kaksinaisuuden kiistämistä.[210] Se lieneekin katsottava tosiasiaksi, jota ei voida ja jota ei myöskään ole syytä eittää.

Voidaanko adekvaattisuusopin puheenaoleva piirre katsoa olennaiseksi sen *kausaalisuusteoria*-luonteen kannalta, on sen sijaan kysy-

---

[210] LIEPMANN, Einleitung, s. 72 ss.; GoltdArch 52, s. 335 s., s. 354, katsoo ennaltalaskettavuus-kriteerin (Berechenbarkeit) korvaavan sen vastakohdan, jota Liepmannin mukaan v. KRIESin oppi tyypillisistä ja atyyppisistä edellytyksistä tarkoittaa. Tämä vastakohta, joka johtuu juuri puheenaolevasta generalisointikysymyksestä, ei kuitenkaan voine hävitä sillä, että samalle asialle annetaan eri nimityksiä, mikä myöskin käy ilmi itse siitä perustelusta, jolla Liepmann (GoltdArch 52, s. 354) tahtoo osoittaa aiheettomaksi sen syytöksen (Thyrén, Liszt), jonka mukaan johdonmukainen adekvaattisuusteoria edellyttäisi atyyppisen tapahtumisen poissulkemista relevantin kausaalisuuden piiristä silloinkin, kun tekijä on sen arvannut. Liepmann näet selittää Berechenbarkeit-kriteerinsä tarkoittaneen, että »es sollte nicht entscheidend sein, ob der Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg für *gewöhnliche* Einsicht und Kenntniss der Bedingungen des Einzelfalls, sondern *ob* er *überhaupt* berechenbar war, sei es auch nur für einen Ausnahmstäter und den über die gleiche Kausaleinsicht verfügenden Nachbeurteiler». — Liepmann sanoo — mikä tulkoon sivumennen mainituksi — mainitun perusteen merkitsevän, että »damit war allerdings wie es Radbruch richtig erkannte und präzisierte: Berechenbarkeit des Erfolgseintritts aus den »bei denkbar höchster Aufmerksamkeit und Einsicht (ex ante) erkennbaren Bedingungen» gefordert», ja nimenomaan huomauttaa (viite 83, s. 354) että tällä »luonnollisesti» tarkoitetaan myös yksittäistapauksen edellytysten tuntemista. Jos tämä huomautus »otetaan täydestä», niinkuin oikeastaan syytä olisi, koska sillä on tahdottu antaa erityinen selvennys sääntöön, voidaan sanoa Liepmannin teorian tarkoittavan sellaistakin ennaltalaskettavuutta, jota ei tekijä eikä asiantuntijantietokaan olisi voinut ottaa huomioon, mutta joka on tullut in casu mahdolliseksi jonkun henkilön sattumanvaraisesti jostakin seikasta saaman tiedon johdosta. Liepmann ei nähtävästi itse ole käsittänyt huomautuksensa kantavuutta.

mys, joka ei liene unohdettavissa niin vähäiselle osalle, kuin minkä se usein on sanotun opin kannattajain tutkimuksissa saanut. Se täydellinen objektiivisuus, jota yleiseltä kausaalisuusteorialta syystä voidaan vaatia, on tuskin saavutettavissa sillä, että arvostelma, joka toisessa tapauksessa perustuu vain yhden ainoan yksilön vallitsemaan tietoon, todetaan itsessään objektiiviseksi, samalla kuin toisessa tapauksessa yleinen olosuhteiden tunnettavuus tulee arvostelmaa määräväksi, milloin tarkastelunalaisen edellytyksen luoneen henkilön tieto ei vastaa sanottua objektiivista tunnettavuutta. Kun viimeksimainitussa tapauksessa voidaan todeta, että adekvaattisuusteorian edellyttämällä kausaalisuudella on objektiivinen, yleisluonteinen tunnusmerkki ja kantavuus, ei sensijaan ensinmainitun tapauksen osalta voitane välttää sitä johtopäätöstä, että relevantti kausaalisuus arvostellaan sen mukaan, mikä käy selville tekijän henkilökohtaisten olosuhteiden perusteella. Tämän johtopäätöksen kanssa on täysin sopusoinnussa se edellä esitetty, KRIEGSMANNIN[211] ja HONKASALON[212] mielipiteestä eroava väite, jonka mukaan juuri seurauksen arvattavuus tekijän kannalta on se peruste, joka pakottaa adekvaattisuusteorian luopumaan sellaisesta objektiivisesta mahdollisuusarvostelman muodostamisperusteesta,[213] joka on riippumaton tekijän tiedosta.

Adekvaattisuusoppien saama laaja kannatus on luettava, kuten tunnettua, niiden konsekvenssien kohtuuttomuuden ansioksi, joihin conditio sine qua non teoria johdonmukaisesti kehitettynä vie. Nimenomaan vastuun rajoittamisen tarve on ollut ohjeena niille opeille, jotka tarkoittavat relevantin kausaalisuuden alan supistamista siitä, mitä juurimainittu conditio kaava osoittaa. Jo tämä lähtökohta todistaa niin sanoaksemme sen syvimmän perustan koskemattomuudesta, jolle adekvaattisuusteoria rakentuu. »Uutta kausaalisuutta» haetaan vanha pohjalta: missä ei ole vanhaa, siinä ei ole myöskään uutta;[214] mutta conditio sine qua non voi olla siinä, mistä adek-

---

[211] KRIEGSMANN, s. 163—164.

[212] HONKASALO, s. 155.

[213] Ks. TRAEGER, s. 161. Vrt. myös HONKASALO, s. 153.

[214] HONKASALO, s. 168, tosin mainitsee, että »Tapauksia voi sattua, joissa ihmisen teko on in concreto kausaalinen olematta sitä yleistävältä näkökannalta katsottuna, ja *päinvastoin*» (kor. meid.), mutta ei liene paikallaan käyttää kausaalisuuden käsitettä muussa merkityksessä kuin edellytyksen ja seurauksen syy-yhteyttä osoittavana. Näin muodoin mielestämme ei käy päinsä sanoa, että ihmisen teko on yleistävältä näkökannalta katsottuna kausaalinen olematta sitä in concreto, sillä tällaisessa tapauksessa on kysymys vain teon vaarallisuudesta, jolla on oikeudellinen merkitys pelkästään sillä perusteella.

vaattisuus puuttuu. Relevantti kausaalisuus on näin muodoin vain osa siitä syy-yhteydestä, jonka me juristeinakin tunnustamme olemassaolevaksi ulkopuolella adekvaattisuuden alan. Tämä tosiasia sinänsä synnyttää epäilyksen adekvaattisuuden kelvollisuudesta yleiseksi koko oikeusalan kausaalisuuskriteeriksi.[215] Epäilystä vahvistaa se, että lähempi tarkastelu osoittaa adekvaattisuuden edustaman objektiivisen kausaalisuuden eräissä tapauksissa riippuvan yhden yksilön ajatus- ja tietomaailmasta, jolle rakentuva, sanottua kausaalisuutta koskeva arvostelma on toinen kuin mitä yleinen sääntö edellyttäisi. — Koko adekvaattisuusopin kehitys ja rakenne viittaa eräänlaiseen *vastuuteoriaan* vastakohtana pelkälle *kausaalisuusteorialle*.[216]

Eikö vastuuteoriakin voi olla kausaalisuusteoria, on silloin lähin kysymys. Vastaus on selvästi myöntävä, mutta se ei kosketa asian ydintä. Juriidiselta kausaalisuusteorialta yleisimmässä mielessä voitaneen vaatia, että se riittää selittämään syy-yhteyden kaikkialla, missä edellytetään sen olemassaoloa. Ainoastaan sellaista syy-yhteyttä koskeva teoria kuuluu systemaattisesti oikeustieteen yleiseen kausaalisuusoppiin. Muilla kausaalisuusteorioilla on silloin systemaattinen sijansa sillä rajoitetummalla alalla, jolla niiden pätevyys vaaditaan tunnustettavaksi tämän alan tunnusmerkistöihin liittyvänä. Tämän periaatteellisen käsityksen ei suinkaan tarvitse merkitä adekvaattisuusopin kausaalisuusteoria-luonteen katoamista, sen niin sanoaksemme »alentamista» pelkäksi vastuukriteeriksi ja siihen liittyen normatiivisten näkökohtien ja niille ominaisten kohtuusharkintojen määräiltäväksi.[217] Päinvastoin voidaan tässäkin tapauksessa kysymyksen kausaalinen luonne säilyttää etualalla — pidämme sitä oikeana metoodina — jolloin adekvaattisuusteorian tehtäväksi jää relevantin kausaalisuuden mahdollisimman täsmällinen selvittäminen yhtenä sen tunnusmerkistön esikysymyksenä, joka edellyttää sanotunlaista kausaalisuutta. Tältä pohjalta arvostellen on myöskin luonnollista, että mikäli, niinkuin tässä tutkielmassa, on kysymys oikeudenvastaisen teon vastuusta, sen selvittäminen aloitetaan teki-

[215] Voidaan esim. sopia vastuusta, joka ulottuu adekvaattisuuden ulkopuolelle, luopumatta kuitenkaan syy-yhteyden vaatimuksesta.

[216] Vrt. LIEPMANN, GoltdArch 52, s. 342, 355; TRAEGER, s. 161, 166. KUHLENBECK, Staudingers Komm. 6—7 painos, II B. I Teil, s. 48. MEZGER, Lehrbuch, s. 128. — Kun COSACK, Lehrbuch I, s. 385, väittää, että adekvaattisuusteorian kannalta on vaikeaa perustella vastuuta tapauksessa, jossa tekijällä oli asianhaaroista poikkeuksellinen tieto, hän ei lainkaan ota huomioon sitä »vapautta», joka vallitsee mahdollisuustodelman perusteen valinnassa.

[217] Toista mieltä ELSTER, s. 524.

jästä itsestään, tutkimalla, mitä hän on olosuhteista tiennyt tai voinut niistä tietää ja missä suhteessa tämä tieto on siihen huolellisuusvaatimukseen, jonka oikeusnormi seurauksen syntymismahdollisuuteen katsoen adressaatilleen asettaa.

Täten adekvaattisuuskriteeri periaatteellisesti edustaa ainoastaan sitä kausaalisuutta, jonka relevanssi johtuu syy-yhteyden ex ante arvostelusta. Sitä vastaavasti se ei myöskään olennaisimmalta sisällykseltään käsitä syy-yhteyden selvittämistä ja kaikinpuolista valaisemista;[218] se vain kausaalisuuden katkeamattomasta ja ennalta näkemättömän monisäikeisestä yhtenäisyydestä erottaa osan, jonka raja kulkee siinä, missä ex ante näköpiiri loppuu ja missä ei myöskään mikään oikeusnormi enää voi motivoida oikeusalamaisia säännöksin, joiden noudattaminen edellyttää tapahtumainkulun ennalta-arvattavuutta. Tällainen kausaalinen vastuun edellytys nähdäksemme on omansa rajoitettuun käyttöön niillä oikeuden aloilla, joilla tällaisen perusteen soveltaminen voidaan katsoa asian luonteesta johtuvaksi,[219] samalla kun sen rinnalla ja sen korrektiivina sekä yleisenä kausaaliyhteyttä koskevana kriteerinä on syy-yhteyden tarkasteleminen ex post. Ainoastaan ex post arvostelma voi todeta antecedensin ja subsequensin tosiasiallisen kausaalisen yhteyden, vain conditio sine qua non voi ilmaista, mitä itsestään syy-yhteydestä on tunnettavissa — adekvaattisuus tuo esille vain sen, mitä tapahtuman tarkastelija kausaalisuuden itsensä ulkopuolelta valitun arvosteluperusteen mukaan katsoo kuuluvaksi relevanttiin tapahtumiseen, vain sen, minkä tuo peruste oikeuttaa hyväksymään tunnusmerkistötarkoituksen kannalta merkitykselliseksi edellytyksen ja seurauksen yhteydeksi. *Pelkkä* kausaalisuusteoria ei adekvaattisuusoppi näin muodoin ole juriidisessakaan mielessä.[220]

---

[218] Vrt. KRÜCKMANN, IheringsJahrb. 55, s. 46 ss.; LEONHARD, Schuldrecht I, s. 142 ss., eritt. s. 164 ss. Leonhard ei katso voivansa hyväksyä adekvaattisuusoppia, jota korvaamaan hän konstruoi oman teorian. Tämä teoria, jonka ydinajatuksena on kausaalisuuskriteerin »generelle Erklärung» tehtävä, ei kuitenkaan tässä pyrkimyksessään saavuta mitään, mikä ei olisi adekvaattisuusopin ulottuvilla. Siltä vain näyttää puuttuvan se täsmällisyys, joka adekvaattisuusopin avulla joltisessakin määrin voidaan saavuttaa.

[219] Eräät tutkijat huomauttavat nimenomaan, ettei syy-yhteyden käsite oikeuden alalla rajoitu vain niihin tapauksiin, joissa on kysymys rikos- tai kulpavastuusta, joten jo tämän vuoksi on väärin esittää yleiseksi juriidiseksi kausaalisuus-käsitteeksi se käsite, joka on johdettu vain sanotun vastuukysymyksen käsittelystä.

[220] Mikään ei tietenkään estä puhumasta juriidisesta kausaalisuus-käsitteestä silloinkaan, kun se on sovellettavissa vain rajoitetulla oikeuden alalla Koko oikeustieteen yleinen kausaalisuus-käsite se ei silloin kuitenkaan voi olla. Tämän tosiasian jättävät usein

II. SEURAUKSEN ABSTRAHOINTIKYSYMYS.

1. Edellytysten yleistyskysymykseen liittyy läheisesti kysymys seurauksen abstrahoinnista, kysymys, jota on kirjallisuudessa käsitelty suhteellisen vähän — ehkä, kuten TRAEGER[221] arvelee, sen takia, että sitä voidaan pitää verrattain helppona. Seurauksen abstrahointikysymys tarjoaa erityistä mielenkiintoa siinä, että se periaatteellisessa lähtökohdassaan on yhteinen sekä conditio sine qua non että adekvaattisuusteorioille.

THYRÉN on edellämainitussa syvällisessä tutkimuksessaan rikosoikeudellisista kausaalisuusteorioista korostanut sitä merkitystä, joka edellytysten kausaalisen relevanssin kannalta on seurauksen juriidisella kategorialla.[222] Kysymys edellytysten ratkaisevuudesta, joka Thyrénin teorian samoin kuin conditio sine qua non opinkin mukaan on todettavissa hypoteettisen eliminointimenettelyn tuloksista sen nojalla, mitä edellytyksen poisjäämisen on katsottava vaikuttavan päätelmään seurauksen syntymisestä, voi Thyrénin mukaan viritä vasta silloin, kun sitä seurausta, jonka osalta edellytyksen ratkaisevuus on määrättävä, tarkastellaan abstraktisena kategoriana, tyyppinä, joina seurauksia oikeudessa käsitellään.[223] Tämä kanta

varsinkin kriminalistit huomiotta. Niinpä esim tämän tutkimuksen alalla ansioitunut H. TARNOWSKI, s. 7, yhtyen lukuisiin alansa tutkijoihin (RADBRUCH, KRIEGSMANN, MERKEL ym.) määrittelee juriidisen kausaalisuusteorian nimenomaiseksi tehtäväksi sen toteamiseen, onko tiettyä inhimillistä tekoa pidettävä syntyneen seurauksen syynä, ja katsoo, että filosoofisen kausaalisuus-käsitteen täten rajoittaminen muodostaa pääasiallisimman erotuksen viimeksimainitun ja juriidisen kausaalisuudenkäsityksen välillä. Tämän, sanottujen kausaalisuus-käsitteiden *aste-erotuksen* rinnalla esiintyy laadullinenkin ero viimeksimainitun »muodollis-juriidisen» ja siitä materiaalisesti poikkeavan juriidisen kausaalisuusteorian välillä, jolla viimeksimainitulla, kausaalisuusteorialla ahtaammassa mielessä, Tarnowski tarkoittaa adekvaattisuusoppia. Sanotusta erottelusta voitaneen mainita, että mikäli filosoofisella käsityksellä tarkoitetaan pelkästään loogillis-tietoteoreettista käsitystä, joka soveltuu kulloinkin kysymyksessäoleviin ja tässä siis oikeusalan tarkoituksiin, ei mainittua aste-eroakaan ole olemassa, koska kausaalinen tarkastelu kohdistuu muuhunkin kuin ihmistekoihin. Mitä sen sijaan tulee materiaalisesti toisensisältöiseen juriidiseen kausaalisuus-käsitteeseen, jota siis ei ole syytä pitää yleisluonteisena koko oikeusalan käsitteenä, on tämä käsite, kuten tuonnempana tarkemmin esitetään, kytkettävissä nimenomaan oikeusadressaattien norminnoudatukseen. Huomautettakoon lisäksi, että kun RÜMELIN, s 320, näyttää hyväksyvän puoltamansa adekvaattisuuden yleiseksi siviilioikeudelliseksikin kausaalisuusteoriaksi, tämän kannan omaksuminen käy jotenkuten päinsä siksi, että hänen adekvaattisuusoppinsa olennaisesti lähentyy conditio sine qua non teoriaa.

[221] TRAEGER, Kausalbegriff, s. 126—127.

[222] THYRÉN, Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, s. 79 ss.

[223] THYRÉN, s. 79—80.

ansaitsee esilläolevassa yhteydessä mainitsemista sen erittäin voimakkaan korostuksen vuoksi, jonka juriidisesti relevantin seurauksen abstraktinen luonne saa siinä osakseen. Tässä lähtökohdassa, seurauksen tarkastelussa oikeudellisena, lain tunnusmerkistöjen mukaisena ilmiönä, piilee muuan niitä juriidisten kausaalisuusteoriain hämäriä pulmakysymyksiä, jotka vuosikymmeniä ovat saaneet odottaa seestymistään. Tutkijat, jotka loogillisesti virheettömän conditio sine qua non kriteerin avulla ovat selittäneet tarkastelunalaisen edellytyksen suhdetta siihen seuraukseen, jonka abstraktista kategoriaa asian oikeudellinen tarkastelu koskee, ovat voineet tehdä sen huomion, että edellytyksen eliminoinnista tehtävissä oleva päätelmä seurauksen jäämisestä samaan seurauskategoriaan ei aina riitä todistukseksi tämän edellytyksen irrelevanssista. Tämä huomio taasen on johtanut conditio sine qua non käsitteen »laajentamiseen» mm. sikäli, että konkreettiset edellytykset, jotka kukin erikseen olisivat pystyneet aikaansaamaan tarkastelunalaisen seurauksen, katsotaan relevantisti kausaalisiksi siitä huolimatta, että ne conditio sqn. kriteerin mukaan arvostellen eivät näyttäisi sitä olevan. Tämän conditio sqn. kriteerin soveltamistuloksen on samalla yleisesti katsottu merkitsevän sanotun kriteerin riittämättömyyttä siihen kysymyksen selvittämiseen, jota se tarkoittaa. Niinpä on oltu sitä mieltä, että mainitussa tapauksessa — HONKASALON[224] sanoja käyttääksemme — »pulasta voidaan selviytyä vain siten, että conditio sine qua non periaatteesta *luopuen* (kor. meid.) *tunnustetaan relevanteiksi kaikki positiivisesti ratkaisevat edellytykset*».[225] Luopumista conditio sqn. kriteeristä sillä perusteella, ettei se muka täytä tarkoitustaan, ei eräs oppisuunta, jonka ensimmäisiä edustajia on M. L. MÜLLER, tunnusta oikeutetuksi, koska se katsoo — tässä kohdin oikeassa ollen — mainitun kriteerin puutteellisuuden johtuvan siitä, että tarkastelunalaisen seurauksen osalta pidetään silmällä sen abstraktista juriidista merkityksellisyyttä,[226] sekä luulee — siinä taas erehtyen — kysymyksen juriidisenkin ratkaisun löytyvän yksin siitä, että konkreettinen asiantila asetetaan määräävästi.[227] Itse asiassa Müller on täysin oikeassa väittäessään, että mikäli on kysymys luonnontieteelliskausaalisesta seurauksesta sen konkreettisessa ilmenemismuodossa, conditio sine

[224] HONKASALO, s. 63. Ks. myös mm. s. 62, viite 20 in fine ja s. 64.

[225] Samaan tapaan mm. KUHLENBECK, Staudingers Kommentar, 5—6 painos, II Band I Teil, s. 46; Vrt. TRAEGER, s. 43 ss., ENNECCERUS, Lehrbuch (1923), s. 30 ss.

[226] MÜLLER, s. 11.

[227] MÜLLER, s. 14.

qua non kriteeri on katsottava ehdottomasti oikeaa tulosta osoittavaksi, koska vain määrätty edellytyskompleksi luonnonlainmukaisuudesta saavuttamamme käsityksen mukaisesti synnyttää seurauksen tarkalleen sellaisena, jona se konkreettisessa muodossaan ilmenee. Sen sijaan ei yksin tästä tosiasiasta voida tehdä mainitunlaisen condition oikeudellista relevanssia koskevaa johtopäätöstä.

Sen asiantilan valaisemiseksi, miten on ollut mahdollista, että loogillisesti täysin pätevä conditio sqn. kriteeri on voinut oikeudellisiin kysymyksiin sovellettuna osoittautua siinä määrin epävarmaksi, että siitä on katsottu täydyttävän luopua, tarkasteltakoon aluksi erästä esimerkkiä, jota HONKASALO käyttää edellämainitun MÜLLERin mielipiteen kumoamiseksi: »A ja B ovat kumpikin toisistaan tietämättä päättäneet aikaansaada junain yhteentörmäyksen rautatieasemalla. Tarkoituksensa toteuttamiseksi A antaa semafoorilyhdyn vartijalle C:lle voimakkaan unipulverin. B, joka ei tiedä tästä mitään, sitoo C:n vartijakojuun ja asettaa hänelle suukapulan. Silloin kun vartijan tulisi antaa ohjesäännönmukainen merkki saapuvalle junalle, hän on sekä unipulverin että sitomisen vaikutuksesta siihen kykenemätön, minkä vuoksi junain yhteentörmäys tapahtuu. Seuraus olisi sama, vaikka toinen vartijan kykenemättömyyden aikaansaaneista teoista eliminoitaisiin, joten kumpikaan niistä erikseen ei ole conditio sine qua non yhteentörmäyksen syntymiselle.» Honkasalo mainitsee esittävänsä tämän esimerkin sen osoittamiseksi, ettei conditio sine qua non teorian järkähtämättömyyttä onnistuta säilyttämään siinäkään tapauksessa, »että seurausta tarkastetaan ei ainoastaan rikostunnusmerkistönmukaisilta relevanteilta vaan myös irrelevanteilta ominaisuuksiltaan».

Honkasalo onkin nähdäksemme täysin oikeassa sikäli kuin on kysymys *tunnusmerkistönmukaisista* seurauksen ominaisuuksista — mutta tällaisin edellytyksin on liikaa vaatia conditio sqn. kriteeriltä muuta kuin mitä se tietoteoreettisena kriteerinä voi ilmaista, koska konkreettiseen realiteettiin kohdistettu eliminatio voi ilmaista muutoksen vain konkreettisessa tapahtumankulussa eikä tunnusmerkistönmukaisessa, siis abstraktisluonteisessa seurauksessa. Tästä konkreettisesta tapahtumankulusta taasen käy sanottua kriteeriä sovellettaessa ilmi, että tunnusmerkistönmukainen seuraus olisi, jos A:n teko eliminoidaan, tapahtunut siksi, että vartija vain sitomisen vuoksi ei voinut täyttää tehtäviään, kun taasen B:n teon poisjäädessä tuo kykenemättömyys johtui pelkästään unipulverista. Tärkeämpää kuin tämä on kuitenkin conditio sqn. kriteerin kannalta sen toteaminen,

että yhteentörmäystä ei olisi sattunut, jos molemmat mainitut teot olisivat jääneet tekemättä. Juuri tältä osalta Honkasalo nähdäksemme ei ole oikeassa, kun hän huomauttaa (viite 21, s. 63), että »conditio sine qua non ominaisuus puuttuu niiltä juuri senvuoksi, että kumpikin korvaa toisensa». On näet huomattava, että juurimainitun kriteerin loogillinen sitovuus on niin suuri, että mikäli todella käy selville, ettei edellytys ole conditio sqn., se ei ole myöskään kausaalinen. On siis näin ollen pyrittävä selvittämään itse sanotun condition luonne oikeusalalla.

Konkreettisen edellytyksen oikeudellisen relevanssin selvittämistä tarkoittavassa eliminointimenettelyssä tehdään yleisesti se virhe, että tarkasteltaessa edellytyksen A ratkaisevuutta pidetään B:tä conditiona sine qua non, vaikka sanottu ominaisuus ensin olisi todettava, ja päin vastoin edellytystä B tutkittaessa katsotaan A sanotunlaiseksi conditioksi, jolloin kumpikin antecedens joutuu conditio sqn. kriteerin kannalta leimatuksi kausaalisessa suhteessa irrelevantiksi sellaisen konklusion tietä, jossa irrelevanssipäätelmä tehdään vuorottain kummastakin edellytyksestä presumoimalla toinen edellytys conditio sqn. luonteiseksi.[228] Nämä harhapäätelmät lienee luettava sen ansioksi, että tietoisesta seurauksen käsittelystä sen abstraktiomuodossa ei ole tehty johtopäätöksiä edellytysten tarkastelutapaan katsoen, vaan kausaalisuuskysymystä on pidetty conditio sqn. periaatteen avulla ratkaistavana silloinkin, kun *abstraktisen* seurauksen edellytyksiä arvostellaan *konkreettisina* realiteetteina. On mielenkiintoista panna merkille, että kausaalikysymystä koskevan tutkimuksen monipuolisuudesta ja syvällisyydestä huolimatta vasta joitakin vuosia sitten on tehty ne puheenaolevaa probleemaa olennaisesti selventävät johtopäätökset, jotka osoittavat virheen olevan siinä, ettei edellytysten relevanssia tutkittaessa ole tarkasteltu seurausabstraktiota vastaavaa edellytys*kategoriaa* eikä arvosteltu conditio sine qua non periaatetta *sen* kannalta. Vasta TARNOWSKI on adekvaattisuusoppia koskevassa syvällekäyvässä tutkimuksessaan korostanut sen vaatimuksen välttämättömyyttä, joka seurauksen abstraktisesta käsittelystä johtuvana on asetettava edellytysten abstrahoinnille.[229] Tarnowskin esittämät näkökohdat merkitsevät käsilläolevan kysymyksen teoreettista selventämistä ja siltä kannalta kausaalisuuskysymyksen tutkimuksen perusteen lujittamista. Niihin

[228] TARNOWSKI, s. 46.

[229] TARNOWSKI, s. 45 ss. Viitteitä siihen antoi jo MÜLLER, s. 15 ss.

nojautuen conditio sine qua non periaatteen on katsottava käsittävän loogillisesti ehjän rakennelman edellytyksen kausaalisen luonteen selvittämiseksi.[230] — Sanotun kriteerin oikeudelliselle käyttökelpoisuudelle ei tällä teoreettisella selvityksellä kuitenkaan ole merkitystä, mikä asiantila selvinnee seuraavasta.

Konkreettinen ilmiö voi, ymmärrettävästi, syntyä ainoastaan yhden tietyn edellytyskompleksin seurauksena. Sen kunkin edellytyksen kausaalisuus on, kuten sanottu, todettavissa siitä seurauksen muuttumispäätelmästä, johon johdutaan edellytyksen hypoteettisesta eliminoinnista. Abstraktisen seurauksen luonteeseen sen sijaan kuuluu, että se voi toteutua suuresta määrästä edellytysten yhdistelmiä, jolloin jokin edellytys, joka yhdessä määrätyn muun edellytyskompleksin kanssa synnyttää sanotunlaisen seurauksen, voi tulla korvatuksi muilla edellytyksillä, joilla niinikään on sama ominaisuus. Tällöin on tietenkin kysymyksessäolevan seurauskategorian toteutumisen kannalta merkityksetöntä, onko mainitunlaisia toisensa korvaavia edellytyksiä yksittäistapauksessa vaikuttamassa vain yksi vaiko useampia. Conditio sqn. ominaisuus voidaan tällöin todeta ainoastaan sellaisen *abstraktisen* edellytyksen osalta, joka muun tietyn edellytyskompleksin myötäollessa synnyttää tarkastelunalaisen seurauksen.[231] Kun tällainen abstrahoitu edellytys, kuten mainittu, saattaa ilmetä mitä moninaisimmissa muodoissa, voitaneen siitä tehdä se johtopäätös, ettei conditio sine qua non kriteerin yleispätevyyden teoreettinen perustelu sisällä varsinaisesti mitään ohjetta sen selvittämiseen, mitkä konkreettiset edellytykset on katsottava seurauskategoriaa vastaavaan edellytysabstraktioon kuuluviksi ja mitkä sen mukaisesti on käsitteellisesti kytkettävä siihen eliminatioon, joka conditio sqn. kriteeriä sovellettaessa on toimitettava antecedentiain osalta. Sanottu perustelu ei myöskään sisällä mitään kriteeriä, jonka mukaan edellytysabstraktioon sisältyvissä kombinatioissa ilmenevien yksittäisten tekijäin kausaalinen merkitys olisi oikeudellisesti arvosteltava, joten oikeudellisen arvostelun vaatima konkreettisen edellytyksen (esim. avunantajan osuuden) kausaalisuuden määrittely tällöin jää sanotun kriteerin avulla saavuttamatta. Täten voidaan sanoa conditio sine qua non käsitteen teoreettisen selvittelyn samalla osoittavan, että niillä teorioilla, joilla on tahdottu laajentaa ja täydentää sanottua kriteeriä, on kiistaton käy-

[230] Eri asia on, että conditio sqn.kriteerin soveltamisesta ei aina saada vastausta kausaalisuutta koskevaan kysymykseen.

[231] TARNOWSKI, s. 47.

tännöllinen ja juriidisteoreettinen arvonsa, koska ne omistautuvat nimenomaan viimeksimainitulle, konkreettisen edellytyksen kausaalisuuden tarkastelulle. Kun juriidinen kausaalisuustutkimus, saavuttaakseen käytännöllistäkin merkitystä, on ollut kohdistettava olennaisesti konkreettiseen edellytykseen, on tästä tutkimuksesta saavutettujen tulosten rinnalla toisarvoista, että niissä voidaan osoittaa teoreettista virheellisyyttä, varsinkin kun sanotun virheellisyyden aineellinen puoli on vailla käytännöllistä merkitystä, se kun supistuu vaatimukseen conditio sine qua non kriteerin »materiaalisesta laajentamisesta». Konkreettisen edellytyksen relevanssia tutkittaessa, mikä joka tapauksessa on oleva keskeisintä, vain on lähdettävä siitä, että conditio sine qua non periaate oikeudellisen seurauksen kausaalisuuskriteerinä ei koske konkreettista edellytystä ja että mikäli sitä siitä huolimatta tahdotaan tällaiseenkin edellytykseen soveltaa, tämä soveltaminen samalla vaatii erityisiä täydennys- ja lisäkriteereitä, joiden tehtävänä on mainitunlaiseen menettelyyn sisältyvän virheen oikaiseminen ja ennen muuta sen osoittaminen, mitkä konkreettiset edellytykset on tunnustettava juriidisesti relevanteiksi. Koska juriidisesta seurauskategoriasta kysymyksen ollen conditio sine qua non loogillisena kriteerinä käsittää edellytysabstraktion, olisi asiallisempaa, ettei konkreettisen edellytyksen merkitystä oikeudellisen seurauksen kannalta selvitettäessä puhuttaisi tällaisen edellytyksen conditio sine qua non ominaisuudesta, vaan sen relevanssista, jolla silloin on tarkoitettava tietynlaatuista kuulumista sanotunlaisen condition käsittämiin konkreettisiin edellytyksiin. Tällaista terminoloogista erontekoa on tuskin kuitenkaan syytä vaatia käytäntöönotettavaksi, kunhan tunnusmerkistön toteutumiseen suhteutetun conditio sqn. kriteerin sisällys pidetään selvänä.

Kriteeri, joka saattaa tulla kysymykseen konkreettisen edellytyksen relevanssin selvittämiseksi, ei voine olla muu kuin conditio sine qua non *konkreettiseen seuraukseen* katsoen.[232] Ainoastaan tätä tarkastelutapaa noudattaen voitaneen käsittely pysyttää kausaalisella pohjalla, josta juuri on kysymys. Tätä konkreettisen edellytyksen relevanssin määräämisperiaatetta ei kuitenkaan ole samannettava sen käsityksen kanssa, jonka mukaan edellytyksen eliminoinnista johtuvaksi päätelty muutos konkreettisessa seurauksessa aina on oikeudelliseltakin kannalta katsottava riittäväksi osoitukseksi edellytyksen kausaalisesti relevantista luonteesta. Päin vastoin

[232] Vrt. TRAEGER, s. 55; MÜLLER, s. 10 ss.

voitaneen kysymyksen oikeudellisesta laadusta johtaa se arvostelun ohje, jonka mukaan konkreettisen edellytyksen muutoksen, tullakseen huomioonotetuksi, tulee edustaa *oikeudellisella näkökannalla merkityksellistä* muutosta, jonka tietenkään ei silti tarvitse koskea itse seuraus*kategoriaa*. Tämän kriteerin hyväksyminen samalla kuitenkin merkitsee luopumista puhtaasti kausaalisista näkökohdista, joten sitä teleoloogista ainesta, jolla kausaalisuusteoriaa tässä kohdin »höystetään», on syytä käyttää varovaisuudella — sitäkin suuremmalla syyllä, kun yleispätevää määritelmää siitä, milloin muutos on juriidisesti varteenotettava, ei voitane esittää.

Erityisesti näyttää mielestämme tämän teleoloogisen kriteerin käytössä olevan huomioonotettava, että sellainen konkreettisen seurauksen muuttuminen, jonka juriidisesta merkityksettömyydestä teleoloogisten näkökohtien perusteella on kysymys, on voitava katsoa irrelevantiksi vain objektiivisen vähäpätöisyytensä takia, riippumatta varsinkin syyllisyyskysymyksestä.[233] Jos taas konkreettisessa seurauksessa tapahtunut muutos on sen laatuinen, että se on helppo jättää oikeudellisen merkityksensä puolesta huomioonottamatta, milloin sen aiheuttanut edellytys ei käsitä syyllisyyttä, mutta epäilystä ratkaisusta syntyy niin pian kun syyllisyys on asiaa värittämässä, on nähdäksemme teleoloogisen kriteerin käyttökelpoisuuden raja sivuutettu. Mikäli muutoksen oikeudellinen merkityksettömyys sanotunlaisista seikoista johtuen käsitetään laajahkosti, kuten esim. TRAEGER ja HONKASALO sen käsittävät, joudutaan helposti vaarallisille alueille, joilla nähdäksemme myöskin mainitut tutkijat jo liikkuvat.[234] »On

[233] Esim. A kaataa sangollisen vettä lisää siihen tulvaan, jonka B on aiheuttanut räjäyttämällä padon.

[234] TRAEGER, s. 57, tarkastelee erästä BRÜNNECKIN (s. 17) esittämää esimerkkiä — jossa hän, samoin kuin HONKASALOkin, s. 53, eittää edellytyksen kausaalisuuden — sellaisesta näkökulmasta, joka nähdäksemme antaa aiheen huomautukseen johdonmukaisuuden puutteesta: A:n hyökätessä veitsi kädessä hänet raivostuttaneen B:n kimppuun C koettaa ehkäistä verityötä huutamalla hyökkääjälle, että tämä antaisi B:lle vain selkäsaunan, jonka viimeksimainittu sitten saakin. Traeger sanoo, että »die Verantwortlichkeit des C muss schon deshalb geleugnet werden, weil es an dem Bedingungscharakter seines Handels bezüglich des juristischen Erfolgs fehlt», mutta on kuitenkin samalla sitä mieltä, että jos A, joka vihan kiihkossa B:tä vastaan aikoo polttaa tämän tavarat, jotka muodostavat B:n koko omaisuuden, C:n kehoituksesta antaakin B:lle aimo selkäsaunan, C:n teko on katsottava kausaalisesti relevantiksi edellytykseksi, jolloin C:n mahdollinen vastuusta vapautuminen johtuu oikeudenvastaisuuden puutteesta. Kun mielestämme ensimmäisessä esimerkissä voi olla kysymys seurauksen joutumisesta toiseen kategoriaankin, on nähdäksemme rohkeata Traegerin ja Honkasalon tavoin supistaa juriidisesti relevantin edellytyksen käsitettä edelläsanotussa määrässä. Niin suuri teleoloogisten kri-

näin muodoin syytä niin sanoaksemme herkästi huomioonottaa konkreettisen seurauksen muutos myöskin kausaalisesti merkityksellisenä muutoksena.

Vaatimus, jonka mukaan konkreettisen edellytyksen relevanssi on oleva riippuvainen sen eliminointia vastaavan, konkreettisessa seurauksessa tapahtuvan muutoksen oikeudellisesta merkityksellisyydestä, voidaan tietyissä tapauksissa supistaa sangen vähään. Näin on asianlaita silloin, kun on kysymys seikoista, joissa syy-yhteyden toteaminen on vaikeaa ja joissa samalla edellytysten *keskinäinen* suhde vaatii erityistä huomiota. Sellaisia antecedentioita ovat useain henkilöiden luomat tunnusmerkistöseurauksen edellytykset. Tällaisessa tapauksessa seurauksen muutoksen ei tarvitse käsittää mitään oikeudellisen seurauksen kannalta olennaista muutosta, vaan konkreettisen edellytyksen relevanssi on tällöin pikemminkin johdettavissa itsestään tapahtumankulun tarkastelusta ja siihen sovellettavista tarkoituksenmukaisuusnäkökohdista.[235] Tähän ryhmään kuuluvista antecedentioista jo edellä mainittiin ns. itsenäisvaikutuksiset ratkaisevat edellytykset, jotka kukin kohdaltaan pystyvät toteuttamaan kysymyksessäolevan seurauskategorian, seurauksen mainitta-

---

teerien käyttö vain vähentää kausaalisen määrittelemisen täsmällisyyttä tuomatta mitään tätä uhrausta vastaavaa etua. Ja kun Traeger, johon Honkasalo (s. 55—56) yhtyy, edelleen on sitä mieltä, että se, joka tarttuu kuolettavaa iskua toisen päähän tähtäävän henkilön käteen ja siten saa lyönnin sattumaan hartioihin, tosin on luonut edellytyksen seuraukselle sen konkreettisessa, mutta ei juriidisesti kiinnostavassa muodossa, tulee tällainen rajankäynti nähdäksemme sangen lähelle syyllisyyskysymystä, sillä miten on sanotussa tapauksessa ratkaisu tapahtuva, jos esimerkkiin lisätään, että käteentarttuja kyllä oli valmis vakavastikin — vaikkapa puukoniskulla hartioihin —pahoinpitelemään henkilöä, johon isku kohdistettiin, mutta ei halunnut murhaa tapahtuvaksi. »Tavallisessa elämässä vallitseva käsitys», jonka Honkasalo, s. 54—55, mainitsee edellytyksen kausaalista relevanssia määrääväksi, arvatenkin tällöin näkisi C:n teossa seurauksen relevantin edellytyksen — C:n *syyllisyyden* perusteella eikä sen mukaan, mikä konkreettinen *seuraus* on juriidisestikin merkityksellinen, mikä ei. Vrt. RÜMELIN, s. 283. MÜLLER, s. 13. ENGISCH, s. 11. — Huomautettakoon erityisesti, että vaikka hyväksymme *kausaalisesti* huomioonotettavaksi sellaisen seurauksenmuutoksen, jonka Traeger katsoo voitavan jättää huomiotta, emme sillä suinkaan tarkoita *vastuu*kysymyksen samansuuntaista ratkaisemista.

[235] Tällaiseen menettelyyn on pakko usein siitäkin syystä, että tapahtumasarja kulkee inhimillisen sielunelämän kautta, jossa ei voida *osoittaa* ainakaan sellaista mekaaniskausaalista syy-yhteyttä kuin konkreettisessa luonnossa.

Tässä tutkielmassa ei ole tarkoitus puuttua osallisuuskysymykseen, semminkään kun sitä on kotimaisessa kirjallisuudessa valaisevasti tutkittu. Mainittakoon vain, että puheenaolevissa suhteissa kausaalisuuskriteeri ei tule olemaan määräävänä tekijänä, vaan osallisten käyttäytymisen arvottava ja normatiivinen käsittely.

vasti muuttumatta siitä, että useampia tällaisia edellytyksiä on myötävaikuttamassa samanaikaisesti. Edelleen on tähän ryhmään luettava ne tapaukset, joissa millään yksityisellä konkreettisella edellytyksellä ei ole juurisanottua merkitystä, joka sen sijaan saattaa olla joillakin yksityisten edellytysten yhdistelmillä kaikkien näiden edellytysten käsittäessä kunkin toimivan yksilön osalta sellaisia tekoja, jotka on katsottava välittömäksi ryhtymiseksi tunnusmerkistön toteuttamistoimeen. Rikoksesta kysymyksen ollen, mikä tässä lienee tavallisin tapaus, konkreettisen edellytyksen relevanssiksi tällöin riittää, että se muodostaa siihen täytäntöönpanotoimeen kuuluvan teon, missä muutkin edellytykset ovat myötävaikuttamassa.[236] Kolmannen ja viimeisen ryhmän muodostavat paljon pohdintaa aiheuttaneet avunannon tapaukset, joissa avunantajan osuuden vähäisyys seurauksen kannalta ilmenee ehkä paraiten siitä, että eräs laajaa kannatusta saanut oppisuunta kokonaan kiistää tällaisen myötäolleen tekijän kausaalisuuden. Sellaiseen kiistämiseen ei kuitenkaan ole aihetta, koska se ennen kaikkea periaatteellisena kannanottona olisi arveluttava. Sen sijaan on syytä tunnustaa, että kausaaliyhteyden olemassaolo avunantoteon ja toimeenpanoteosta syntyneen seurauksen välillä saattaa olla sangen vaikeasti selvitettävissä, so. conditio sine qua non kriteerin käyttö tällaisen edellytyksen ja konkreettisenkaan seurauksen välillä vallitsevan suhteen selvittämiseksi ei aina anna vastausta kausaalisuuskysymykseen.[237] Onko tällöin sovellettava presumtiota

---

[236] HONKASALO, s. 64—65, antaa käsilläolevasta asiasta seuraavan määritelmän: »Relevanttien edellytysten ryhmään on luettava myös *kaikki samaan täytäntöönpanotoimeen kuuluvat teot, vaikk'ei niistä kukin erikseen vaan ainoastaan kaikki yhdessä ovat muodostaneet ratkaisevan edellytyksen rikoksen olemukseen kuuluvan seurauksen syntymiselle.*» Tätä määritelmää nähdäksemme olisi täydennettävä siten, että relevanttien edellytysten ryhmään luetaan ne, samaan täytäntöönpanotoimeen kuuluvat teot, jotka muunlaisinkin ryhmityksin kuin ainoastaan kaikki yhdessä ovat muodostaneet tarkoitetun ratkaisevan edellytyksen. Tätä Honkasalon määritelmä tarkoittaakin. Esimerkkinä ajateltakoon tapausta, että viidestä miehestä, jotka ovat pudottaneet telineiltä raskaan rakennushirren alempana olevan henkilön päälle ja siten hänet tarkoituksensa mukaisesti surmanneet, kolme olisi riittänyt sellaisen hirren liikutteluun, joka olisi taannut seurauskategorian samanlaisen toteutumisen. Ks. Honkasalon esimerkkiä s. 64 ja sitä seuraavaa määritelmää, s. 65, viitteineen 24. Vrt. myös s. 40—41.

[237] SUNDSTRÖM, Varsin. osallisuudesta, s. 47 ja HONKASALO, s. 67, ovat esittäneet tästä asiasta mielipiteen, jonka mukaan avunantajan luoma edellytys voi olla relevantti silloinkin, kun se ei ole conditio sine qua non konkreettiselle seuraukselle. Samalla kannalla näyttää olevan ENGISCH, s. 76. Sanotun kannan täten ilmaiseminen ei mielestämme ole teoreettiselta eikä periaatteelliselta kannalta suotava. Milloin hypoteettinen eliminointimenettely edellytyksen conditio sine qua non luonteen selville saamiseksi ei asian laadun

edellytyksen relevanssin puolesta, on kiistämättä mitä vaikein kysymys, johon kuitenkin lienee syytä vastata myöntävästi, koska ne tapaukset, joissa tosiasiallinen myötävaikutus *ei* ole lainkaan todennäköinen, säännöllisesti ovat ratkaistavissa kielteisesti nimenomaan conditio sqn. kriteerin avulla.[238, 239]

2. Adekvaattisuusteoriassa seurauksen abstrahointikysymys on

---

vuoksi näissä tapauksissa anna varmaa tulosta, on teleoloogisten näkökohtien katsottava puoltavan sanotunlaisen conditio ominaisuuden olemassaolon presumointia. Sellainen »myötävaikutus konkreettisen seurauksen aikaansaamisessa», joka kuitenkaan ei aikaansaa muutosta seuraukseen (Honkasalo), samoin kuin »sellainenkin toiminta, joka ei ole ollut conditio sine qua non rikoksen tosiasialliseen olemukseen kuuluvan seurauksen syntymiselle sen konkreettisessa muodossa» (Sundström), merkitsee nähdäksemme siteerattujen sanontojen mukaan vaikutuksen ja toiminnan sellaista »myötäoloa» tapahtumankulussa, jolla ei ole lainkaan kausaalista merkitystä eikä siis syy-yhteyttä seuraukseen, joten mielestämme tällaisen määrittelyn linjalle ei olisi syytä lähteä niin kauan kun on mahdollista pitäytyä avunannon kausaalisuuden periaatteessa. Tässä vastustetulla käsityskannalla on sekin varjopuolensa, että se — ainakin teoreettisesti katsoen — haittaa rajankäyntiä relevantin ja irrelevantin avunannon välillä, kun kummassakin tapauksessa joudutaan liikkumaan alalla, jossa conditio sqn. kriteerillä ei katsota olevan merkitystä. Mielestämme conditio sqn:n olemassaolo ja *samalla edellytyksen relevanssi* on kiistettävä vasta silloin, kun ajateltu eliminatio antaa siihen todella aihetta, esim. Honkasalon esimerkissä sellaisen aseen tekijälle tuomisesta, jota tämä ei kuitenkaan käytä (s. 68—69). Vrt. RÜMELIN, Kausalbegriffe, s. 246—247, 283. — Näyttää siltä kuin ENGISCHIN kannan eroavaisuus tämän kirjoittajan mielipiteestä olisi karakterisoitavissa lähinnä siten, että Engisch kiistää edellytyksen ratkaisevuuden konkreettiseen seuraukseen katsoen siinä, missä edellytyksen eliminointi ei näytä vaikuttavan seuraukseen, kun puoltamamme kannan mukaan taasen tällaisessa tapauksessa voidaan kiistää vain se, että conditio sqn. kriteeri antaa varman vastauksen kausaalisuuskysymykseen.

[238] Huomautettakoon uudelleen, että vaikka conditio sqn. kriteeri osoittaa oikeaa tulosta, se ei aina anna varmaa vastausta, sillä se on absoluuttinen vain sikäli kuin tietomme on täydellinen.

[239] Sitä tulosta, johon avunannon kausaalista relevanssia koskeva selvittely täten johtaa, ei ole syytä tehdä riippuvaiseksi syyllisyyskysymyksestä — muistutus, jonka toistaminen ei ole aiheeton siitäkään huolimatta, että huomattavimmat kausaalisuusteoreetikot ovat kyllin usein pontevasti korostaneet kausaalisuus- ja syyllisyyskysymysten täydellisen erillääpidon välttämättömyyttä. Huomautuksemme uudistamiseen antaa erityistä aihetta se, että juuri avunannon kausaalisuuskysymys on sanotun erillääpidon pätevimpiä koettimia. Niinpä sellainenkaan kuulu kausaalisuuskysymyksen teoreetikko kuin TRAEGER, jota voitaneen pitää adekvaattisuusopin merkityksellisimpänä uranuurtajana, ei tässä kohdin voine välttyä samalta syyllisyys- ja kausaalisuuskysymysten toisiinsa kytkemistä koskevalta huomautukselta, jonka hän itse on joutunut kohdistamaan moneen muuhun tutkijaan, sillä hänen esityksensä mukaan edellytyksen eliminoinnista päätteltävän konkreettisen seurauksen muutoksen oikeudellinen arvostelu joutuu riippumaan siitä, onko kysymyksessä avunanto (teon syyllisyyspitoinen tahallinen tukeminen). Nimenomaan *tässä tapauksessa* on Traegerin mukaan vähäisinkin seurauksen muutos huomioonotettava edellytyksen kausaalista relevanssia osoittavana.

ollut melkoisen mielenkiinnon kohteena. Kysymys on tällöin siitä, millaista seurausta silmällä pitäen edelläselvitettyjen perusteiden mukaan muodostettava adekvaattisuusarvostelma on lausuttava. Seurauksen abstrahointikysymys, suhteessa määrätyn edellytyskompleksin kannalta lausuttavaan suosivuusarvostelmaan, on täten sekin mahdollisuusarvostelman sisällystä määräävä samaan tapaan kuin kysymys edellytysten abstrahoinnista, sillä saman arvostelmaperusteen pohjalta näytäksen adekvaattisuus erilaisena sen mukaan, millaisesta seurauksesta on kysymys, ja ymmärrettävästi sitä ilmeisempänä, mitä yleisemmin piirtein seuraus karakterisoidaan. Mitä laajempi yleistys, sitä suurempi objektiivinen todennäköisyys siis — ja päin vastoin.

Seurauksen tarkastelusta oikeudellisena ilmiönä johtuu, että kysymyksessäoleva generalisointi ei periaatteellisesti saata ulottua laajemmalle kuin mihin se tunnusmerkistössä ulotetaan. Seuraus, joka luonnehditaan vielä yleisemmässä muodossa, kuin minkä laki on asettanut tunnusmerkistössä ilmaistua normia vastaavaksi, ei enää tarjoa mielenkiintoa oikeudelliselta kannalta. Kun seurauksen generalisointi lain sisältämien kategoriain mukaisesti näin ollen muodostaa periaatteellisesti tärkeän tapauksen, on syytä aluksi tarkastella, voiko juuri tällaisten mittojen mukainen abstraktio täyttää adekvaattisuuskriteerin käytölle asetettavat vaatimukset.

Engisch vastaa kysymykseen myöntävästi. Kun adekvaattisuusarvostelman tehtävänä hänen käsityksensä mukaan on teon sellaisen laadun toteaminen, joka osoittaa, että se on tunnusmerkistönmukaisen seurauksen välttämiseksi säädetyn normin vastainen, tulee myöskin adekvaattisuuskysymyksen koskea edellytyksen merkitystä, vaarallisuutta, juuri tähän seuraukseen katsoen, joten seurauksen generalisointi tämän mukaan on tapahtuva tunnusmerkistön mukaisesti.[240] Siten on, Engischin oman esimerkin mainitaksemme, tulituksen polttaminen aivan lähellä toista henkilöä adekvaattinen sille seuraukselle, joka johtaa tämän henkilön kuolemaan sellaisissakin olosuhteissa, että hän, saatuaan tulen vaatteisiinsa ja siitä ruu-

[240] Engisch, s. 54: »Für die Generalisierung des Erfolges ist davon auszugehen, dass das Verbrechensmerkmal der Rechtsnormidrigkeit (in dem die adäkvanz beschlossen liegt) die Verletzung *derjenigen* Rechtsnorm bedeuten muss, die dem gesetzlichen Tatbestand entspricht, unter den das spezielle strafbare Verhalten fallen soll. Diese Rechtsnorm kann aber auf nichts anderes lauten als auf die Vermeidung des Erfolges, der im gesetzlichen Tatbestand als schädlich namhaft gemacht ist, also auf die Vermeidung des tatbestandlichen Erfolges.»

miiseensa palohaavoja, menettää henkensä narkoosin takia, joka hänelle sairaalassa annetaan terveen ihon palaneelle paikalle siirtämiseksi tehtävää operatiota varten sen jälkeen, kun kaikki hengenvaara palohaavojen johdosta jo on ohi. »Sillä varomaton tulituksen polttaminen toisen ihmisen läheisyydessä on *hengen*vaarallista»[241] ja siten tämän adekvaattisuusarvostelman nojalla todettuna oikeudenvastaista. Tätä teon oikeudenvastaisuutta ei voi poistaa se, ettei teon luoma edellytys ehkä ole adekvaattinen siihen seuraukseen katsoen, joka määrätyllä erityisellä tavalla toteuttaa kysymyksessäolevan tunnusmerkistön. Kun kuitenkin sanotunlaisen adekvaattisuuden nojalla todettava vastuu, mikäli muutkin vastuun edellytykset ovat olemassa, paisuisi, kuten esimerkkikin osoittaa, sangen laajaksi ja aivan poikkeuksellisenkin tapahtumankulun käsittäväksi, Engisch katsoo, että tätä adekvaattisuutta on rajoitettava sellaisen kriteerin avulla, jonka soveltamisessa otetaan huomioon yksittäistapauksessa ilmenevät erikoiset olosuhteet. Täten hän johtuu erityisen oikeudenvastaisuusyhteyden konstruoimiseen, mitä yhteyttä määrääväksi on asetettava sellainen adekvaattisuus ahtaammassa mielessä, jota ei enää käy päinsä luonnehtia varsinaisesti kausaaliseksi tunnusmerkiksi ja joka kohdistuu seuraukseen siinä muodossa, minkä tapahtumankulku in concreto on saanut.

Seurauksen generalisoinnin määräytymiseen abstraktisen kategorian mukaisesti ENGISCH ilmeisesti on johtunut sen kantansa perusteella, jonka mukaan adekvaattisuus on oleva oikeudenvastaisuuden yleinen kriteeri. Tästä kannasta voidaan kylläkin tehdä sellainen johtopäätös, joka vaatii seurauksen käsittelyä kaikessa tunnusmerkistön edellyttämässä yleisyydessä. Mitä etua täten syntyneestä seurauksen yleistysvaatimuksesta voi olla, on sen sijaan vaikeampaa huomata, varsinkin kun siten saavutettua adekvaattisuuskriteeriä täytyy kuitenkin täydentää erityisen oikeudenvastaisuusyhteyttä koskevan kriteerin avulla. Näyttää näin ollen siltä, kuin Engischin oppi merkitsisi pakollista kiertotietä, jonka »asemakaava», so. adekvaattisuuskysymyksen kytkeminen normia vastaavan seurauskategorian mukaiseen generalisatioon, vaatii johdettavaksi kulkemaan seurauskategorian kautta, mutta joka sen jälkeen palaa niihin asemiin, missä olosuhteita on käsiteltävä sellaisina kuin »maasto» osoittaa. Tämän kiertotien tilalle on nähdäksemme rakennettavissa suora yhteys päämäärään niiden ohjeiden avulla, jotka voidaan

[241] ENGISCH, s. 55.

johtaa seurauskategorian abstraktisesta luonteesta muina johtopäätöksinä, kuin mitkä Engisch on tehnyt, ja joita hyväksi käyttäen voidaan välttää mielestämme tarpeettomana pidettävä normin suhteuttaminen yksittäistapauksessa abstraktiseen seurauskategoriaan.

Kuten edellä on selvitetty, on sanotulle abstraktiolle luonteenomaista, että sen tarkoittama seuraus saattaa syntyä lukuisista eri edellytyksistä ja niiden yhdistelmistä, jotka kaikki muun tietyn edellytyskompleksin myötävaikuttaessa toteuttavat kysymyksessäolevan kategorian. Toisaalta on edellytysten oikeudellisen relevanssin tutkimiselle ominaista, että tarkastelu kohdistetaan konkreettiseen edellytykseen, siihen, jonka relevanssista kulloinkin on kysymys, eikä siihen edellytysabstraktioon, joka mitä moninaisimmat edellytysten kombinatiomahdollisuudet käsittävänä on seurauskategorian conditio sine qua non. Kun näin muodoin konkreettisen edellytyksen tutkiminen käsittää vain *sen* edellytysten yhdistelmän, joka tarkastelunalaisessa tapauksessa on aikaansaanut seurauskategorian toteutumisen, on nähdäksemme myöskin seurauksen adekvaattisuutta arvosteltava nimenomaan siltä kannalta, *mikä kategorian toteutumismuolo* vastaa sitä *yksittäistapauksessa käsilläolevaa* edellytyskompleksia, johon sanottu toteutumismahdollisuus on kätkeytynyt. Voitaneen näin ollen sanoa, että *yksi* edellytys monista mahdollisista on suhteutettava *yhteen* niistä monista seurauksista, jotka seurauskategoria käsittää. Engischin katsantokantaan sovellettuna tämä näkökohta merkitsee normin suhteuttamista abstraktiseen seuraukseen siten, että käsilläolevan yksittäistapauksen, sen teon, joka »sillä kertaa» oli norminvastainen, ja sen konkreettisen, oikeudellisesti huomioonotettavan seurauksen, joka *tästä* edellytyksestä syntyi, annetaan edustaa kysymyksessäolevaa tunnusmerkistöä ja adekvaattisuuskysymys asetetaan mainitunlaista seurausta koskevaksi sen edellytyskompleksin kannalta, josta in concreto on kysymys.

Kun adekvaattisuusarvostelma siis on lausuttava määrätyn konkreettisen edellytyksen kannalta, ei ole mielestämme tarvetta verrata täten todettavaa seurauksen syntymismahdollisuutta koko seurauskategoriaan, joka, kuten sanottu, käsittää lukemattoman määrän erilaisia yksityistapauksia. Tämä lähtökohta samalla merkitsee luopumista seurauksen generalisoinnista kategorian edellyttämässä laajuudessa. Adekvaattisuusarvostelman liian ulottuvaisuuden välttämiseksi on seurauksen yleistystä näin ollen supistettava siitä, mitä seurausabstraktio osoittaa.

Mainitun supistuksen, so. seurauksen abstrahoinnin rajoittamisen, äärimmäisenä rajana taasen on seurauksen käsitteleminen in concreto ja adekvaattisuusarvostelman lausuminen tähän seuraukseen katsoen. Tällaisen lähtökohdan soveltumattomuus käsilläolevaan tarkoitukseen on kuitenkin vielä ilmeisempi kuin tunnusmerkistön seurauskategorian mukaisen generalisation. On »sula mahdottomuus» ehdottoman tarkalleen ennakolta tietää, millainen seuraus, aivan yksittäiskohdin ilmaistuna, teosta syntyy. Täten objektiivinen todennäköisyysarvostelma konkreettista seurausta koskevana käsittää seurauksen syntymismahdollisuuden niin vähäisenä, että adekvaattisen aiheuttamisen tapaukset supistuisivat käytännöllisesti katsoen olemattomiksi.[242]

Käsiteltävänä olevan generalisointikysymyksen ratkaisu on näin muodoin etsittävä mainittujen rajatapausten väliltä. Seuraus *on* yleistettävä, sitä siis ei voida käsitellä in concreto, mutta abstrahointia *ei* saa ulottaa tunnusmerkistön seurau*skategoriaa* vastaavaksi. Miten tarpeellinen yleistys on tapahtuva, on sen sijaan kysymys, jolle on vaikeata, ellei mahdotontakin antaa sellainen määritelmä, joka täsmällisenä, yleispätevänä definitiona on sovellettavissa kulloinkin esiintyvään yksittäistapaukseen. LITTEN on tämän määritelmän muodostamisohjeeksi asettanut säännön, jonka mukaan in casu syntyneen seurauksen laadun arvostelemisessa ei enää ole otettava huomioon niitä seikkoja, jotka muodostavat seurauksen differentia specifican vaikuttamatta mitään muutosta seurausta koskevassa oikeudellisessa arvo-arvostelmassa.[243] Tällainen seurauksen *differentia specifica* ominaisuus Littenin mukaan tarkoittaa sellaisia seurauskategorian yksittäisiä toteutumismuotoja, joiden nojalla lausuttava, seurausta sinänsä koskeva arvotodelma jää samaksi sanottujen muotojen vaihtelusta riippumatta. Tässä määritelmässä siis ilmaistaan vain kaikelle generalisatiolle ominainen piirre yleistykseen sisältyvien yksittäistapausten samanarvoisuudesta sellaisin lisäyksin täsmällistettynä, jonka mukaan sanottua samanarvoisuutta on tarkasteltava seurausta koskevan arvotodelman kannalta. Sanottu arvostelma pelkästään seuraukseen kohdistettuna ei kuitenkaan anna käsilläolevan kysymyksen ratkaisulle olennaista ohjetta. Tällainen arvostelma voi pysyä samana tai muuttua kokonaan riippumatta siitä, millaisista edellytyksistä seuraus on syntynyt, kun seurausta arvotetaan suh-

[242] Vrt. RÜMELIN, s. 282. TRAEGER, s. 125 s.

[243] LITTEN, s. 46. Vrt. RÜMELIN, s. 282—283. Littenin esitykseen on nimenomaan yhtynyt RUMPF, Adäquate Verursachung im Zivilrecht, s. 352.

teuttamatta sitä oikeusalamaisten käyttäytymiseen. Siten saattaakin kysymykseentulevalla arvo-arvostelmalla olla merkitystä ainoastaan sikäli kuin se liittyy seurauksen synnyttäneeseen inhimilliseen tekoon, joka juuri sen johdosta tulee karakterisoitavaksi arvotodelman kautta. Käsilläolevan asian kannalta tulee näin ollen relevantiksi kysymys siitä, käsittääkö seurauksen laatu sellaisen differentia specifican, joka ei vaikuta *tekoa* koskevaan arvotodelmaan. Vastaus tähän kysymykseen, josta seurauksen yleistyksen mitta riippuu, on taasen saatavissa yksinomaan siitä, minkälaatuista seurauskategorian toteutumismahdollisuutta yksittäistapauksessa esiintyvä edellytyskompleksi objektiivisen todennäköisyyden mukaan edustaa, joten seurauksen generalisatio on tehtävä riippuvaiseksi siitä yleistyksestä, jonka alaisiksi edellytykset, edelläselostettujen periaatteiden mukaisesti, ovat yksittäistapauksessa tulleet, ja tällä pohjalla muodostetun mahdollisuusarvostelman suhteesta seurausabstraktioon. Yksittäistapauksessa esiintyvä edellytyskompleksi, tietynlaista seurauksen toteutumismahdollisuutta edustavana, sisältää tältä kannalta katsoen ihmisteon, joka joutuu oikeudellisen arvottamisen alaiseksi suhteessaan määrätynlaatuisen seurauksen syntymismahdollisuuteen, arvostelman muuttumatta siitä, mikä differentia specifica lähemmin kuvaa seurauksen laatua. Se genus proximum, jonka piirissä mainitulla erikoiserotuksella ei enää ole merkitystä, edustaa tällöin sellaista seurauksen syntymismuotoa, joka relevantista edellytyksestä loppuseuraukseen asti muodostaa adekvaattisen yhdenjaksoisuuden, joten seurausta tällöin on tarkasteltava kaikkien lopulliselle seuraukselle edellytysluonteisten väliseuraustenkin kannalta ja seurauksen generalisointi toimitettava kaikkiin niihin väliseurausten vaihtelumahdollisuuksiin katsoen, jotka ex ante lankeavat objektiivisen arvattavuuden piiriin.

Tätä tarkastelutapaa tarkoittaa myöskin TRAEGERin generalisatiomääritelmä, johon HONKASALO[244] yhtyy ja jonka mukaan adekvaattisuus on arvosteltava suhteessa seurauksen *laatuun*. Edellytyksen, ollakseen adekvaattinen, tulee lisätä senlaatuisen kuoleman, haavoittumisen tai esinevahingon syntymismahdollisuutta, josta yksittäistapauksessa on kysymys.[245] Vaikka Traeger ei olekaan lähemmin perustellut asiaa koskevaa lyhyttä esitystään eikä nimenomaisesti selittänyt, mitä seurauksen laadulla tässä yhteydessä on ymmärrettävä, voitaneen hänen katsoa sillä tarkoittaneen sellaista *tapahtuman-*

[244] HONKASALO, s. 141.

[245] TRAEGER, s. 126.

kulkua, joka kaikilta osiltaan teosta loppuseuraukseen asti käsittää edellytyskompleksin kannalta objektiivisesti arvattavissa olleen seurauskehityksen.[246] Differentia specifica edelläsanotussa mielessä merkitsee tällöin konkreettisissa toisarvoisissa yksittäiskohdissa erilaista seurauksenkehitystä, joka niinikään on ollut kysymyksessäolevissa olosuhteissa objektiivisesti arvattavissa eikä näin ollen myöskään vaikuta siihen arvostelmaan, joka kohdistuu tekoon sen sisältämän seurauksen syntymismahdollisuuden vuoksi.

Edelläkäynyt seurauksen generalisointikysymyksen kehittely saattaa virittää sen vastahuomautuksen, että siinä on sen yleistyksen määrittelemiseksi, mistä adekvaattisuusarvostelma on riippuva, käytetty itse sitä adekvaattisuutta, minkä valossa seurausta tarkastellaan. Ensi silmäykseltä näyttääkin siltä, että tämä seurauksen yleistysvaatimusta koskeva todistelu on probatio circularis. Vasta lähempi tarkastelu osoittaa, että tässä perimmältään *on kysymys kokonaan muusta kuin adekvaatlisen mahdollisuuden määrittelemisestä sen mukaan, miten seuraus generalisoidaan.*

Aina siitä asti kun TRAEGER kausaalisuuskysymystä koskevassa laajassa tutkimuksessaan käsitteli seurauksen generalisointia adekvaattisuusteoriaan liittyvänä itsenäisenä kysymyksenä, huomauttaen yleistyksen laajentamisen tässä, toisin kuin edellytysten generalisoinnissa, merkitsevän seurauksen syntymismahdollisuuden kasvua, ja vaati esittämänsä esimerkin nojalla abstrahoinnin supistamista siitä, mitä seurauskategoria osoittaa, aina tästä asti seurauksen generalisointikysymys on saanut adekvaattisuusopin kannattajien tutkimuksissa sijan sellaisena itsenäisenä kysymyksenä, joka vaatii oman definitionsa. Tämän kysymyksen tärkeyden rinnalla ei ole herättänyt huomiota se helppous, jolla se on ratkaistu, eikä se merkillepantavan suuri yksimielisyys, joka asiasta on vallinnut niiden kesken, jotka ovat olleet suurin piirtein yhtä mieltä edellytysten generalisoinnista. Traegerille itselleen seurauksen generalisointi on ikäänkuin ilman muuta selvä asia — hän nimenomaan pitää tätä kysy-

[246] Tämä lienee pääteltävissä, paitsi TRAEGERin omasta esityksestä, mm. siitä, että Traegerin on katsottava pääasiallisesti yhtyneen RADBRUCHiin, joka, s. 341, nimenomaan huomauttaa koko tapahtumankulun seuraamisen tarpeellisuudesta.

Sanotun tarkastelutavan ei tarvitse merkitä eikä se saakaan merkitä sitä, että yksittäsiä kohtia seuraustapahtuman kulussa tarkastellaan suhteessa lähimpään edelliseen »väliseuraukseen», jonka kannalta lähintä myöhempää seurausta arvostellaan. Tällaisesta tarkastelutavasta syyttää RADBRUCH, s. 342, HELMERIä. Ks. Helmer, s. 49—50. Koko tapahtumankulku on arvosteltava vastuullistavan teon tapahtumishetken kannalta. Samaan tapaan BÜRGI, s. 82—85.

mystä helppona edellytysten yleistyskysymyksen rinnalla, asiana, joka ei kaipaa enempiä perusteluja.[247] Tällä asiantilalla on nähdäksemme selityksensä siinä, että seurauksen generalisatio ei pohjaltaan olekaan sillä tavoin itsenäinen kysymys, joksi se tähän päivään asti näyttää Traegerin esimerkkiä seuraten käsitetyn tai — ehkä paremminkin — jollaisena sitä on adekvaattisuusoppia koskevissa tutkimuksissa käsitelty. Päinvastoin voidaan mielestämme täydellä syyllä sanoa, että seurauksen abstrahointi välittömästi riippuu siitä generalisatiosta, joka tulee edellytysten osaksi. Kun edellytykset ilmaistaan sillä tarkkuudella, jota niitä koskeva generalisointi osoittaa, se myöskin merkitsee objektiivisesti arvattavaa *tietynlaisen* seurauksen syntymismahdollisuuden käsilläoloa, seurauksen, jonka juriidisesti kiinnostava puoli koskee sen suhdetta tunnusmerkistön tarkoittaman seurauskategorian toteutumiseen. Kysymyksessäolevan edellytyskompleksin kannalta arvostellen kategorian toteutuminen saattaa tällöin tapahtua monissa eri muodoissa, jotka eivät ole ennalta arvattavissa yksittäiskohtiaan myöten sen takia, että yksittäiskohdan aiheuttanut edellytys on sisältynyt mahdollisuusarvostelman perusteeseen abstrahoidussa muodossa, mutta joissa kaikissa on yhteistä se, mikä konkreettisesti ilmaistujen edellytysten nojalla voidaan todeta *tietynlaista tapahtumankulkua* suosivaksi.

Seurauksen generalisatiosäännöksi voitaneen näin ollen asettaa määritelmä, jonka mukaan yleistys on tapahtuva sellaisten seurauksen yksittäiskohtien osalta, joiden syntymistä vastannut edellytys on sisältynyt mahdollisuustodelman perusteeseen abstrahoidussa muodossa.

Tämän määritelmän soveltaminen edellyttää, että se tietynlaisen seurauksen syntymismahdollisuus, joka on sisältynyt konkreettisesti ilmaistuihin edellytyksiin, myöskin on toteutunut. Ellei niin ole tapahtunut, mutta siitä huolimatta seurau*skategoria* on realisoitunut, on tällöin kysymys sellaisesta, abstrahoituun edellytykseen sisältyneen realiteetin synnyttämästä seurauksesta, jonka syntymismahdollisuutta tarkastelunalaisen konkreettisen edellytyksen ei voida katsoa lisäävän ja joka siis on inadekvaattinen.

Edellämainitusta seurauksen generalisointimääritelmästä käynee päinsä sanoa, että se on luonteeltaan muodollinen eikä näin ollen sisällä mitään »materiaalista» sääntöä, jota voitaisiin soveltaa käytännöllisen elämän tapauksiin.[248] Kun esittämämme definitio kuiten-

[247] Ks. TRAEGER, mt. s. 125—126.

[248] Toisaalta eivät myöskään »materiaaliset» määritelmät voine esiintyä täsmällisyyden tunnustamisvaatimuksin.

kin osoittaa seurauksen yleistykselle niin sanoaksemme käsitteelliset rajat, joita tähänastiset määritelmät tietääksemme eivät ole asettaneet, se puolustanee paikkaansa kirjallisuudessa esiintyvien määritelmien joukossa.

Edelläkäyneen selvittelyn kautta on adekvaattisuusoppi kokonaisuudessaan tullut pääkohdin käsitellyksi[249] — kuitenkin vain sikäli kuin on ollut kysymys positiivisena tekona ilmenevästä edellytyksestä ja sen oikeudellisesti merkityksellisestä seurauksesta. Tähän mennessä on tarkoituksellisesti pidätytty kajoamasta kysymykseen, mikä oikeudellinen merkitys saattaa olla toimimattomuudella, sillä, että oikeusalamainen ei puutu tapatumankulkuun tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen syntymisen estämiseksi. Seuraavana tehtävänä on katsauksen luominen tähän probleemaan rajoittamalla käsittely kausaalisuuskysymyksen alalle.

---

[249] KELSEN, Hauptprobleme, s. 73 ss., epää merkityksen kausaalisuudelta oikeusalalla ja asettaa tilalle oikeudellisen vastuullistavuuden. (Käytämme tätä sanaa Kelsenin Zurechnung-käsitettä vastaavana siltä osin kuin on kysymys vastuusta.) Tämä Kelsenin kriteeri käsittää niiden eri tekijäin yhdistelmän, joiden tulosta Zurechnung osoittaa, joten se ei voi myötävaikuttaa niiden vaikeain kysymysten selvittämisessä, jotka sisältyvät itse vastuullistavuuteen. Kun Kelsen katsoo, että »bei der Zurechnung fragt es sich niemals, was das Subjekt getan oder unterlassen hat, sondern lediglich, was *gesollt* und wer *gesollt* hat» (Hauptprobleme, s. 73. Sollen ei tässä tarkoita volitiivista, vaan yleensä vastuullistavaa normia), ja kun hän esimerkkinä mainitsee vastuun talosta kadulle pudonneen esineen aiheuttamasta vahingosta esitellen, ettei tässä ole kysymys mistään kausaalisuhteesta vastuussaolevan talonomistajan käyttäytymisen ja vahingon välillä, hän ei ota huomioon, ettei kausaalisuus vallitsevankaan opin mukaan ole vastuullistavuuden kriteeri, mutta ettei se myöskään ole mikään tarpeeton käsite vastuullistavuuden selvittämiseksi. Vastuukysymys vahingonvastuuna *sisältää aina kausaalisen momentin*, jonka osuuden selvittäminen on oikeudellisen tutkimuksen tehtävä. Kelsenin esimerkkitapauksessakin on olemassa relevantti kausaalinen tekijä, vaikkakaan ei itse talonomistajan ja vahingon välillä. Vahinkotapahtuman vastuullistavuus talonomistajaan katsoen käy selville siitä tapahtumatyypin elementistä, joka käsittää *suhdetunnusmerkistön* (Beziehungstatbestand. Ks. v. TUHR, Allg. Teil d. bürg. Rechts II, s. 11. MANDL, s. 134 ss. BIENENFELD, s. 166). Siihen katsoen, että kausaalisuhde on muuan vastuullistavuuden tärkeimpiä tekijöitä, on myöskin seuraavassa käsiteltäväksi tuleva kysymys laiminlyönnin kausaalisuudesta tarkoin tutkittava eikä sivuutettava sitä sillä, ettei laiminlyönti voi olla kausaalinen, joten tästäkin pulasta on selvittävä Zurechnung-käsitteen avulla. (Hauptprobleme, s. 74 s.) Vrt. KAIRA, Nordisk Tidsskrift for international Ret 1936, s. 130.

TOINEN LUKU.

ERITYISESTI LAIMINLYÖNNIN KAUSAALISUUSKYSYMYS.

I. LAIMINLYÖNNIN KAUSAALISUUSKYSYMYKSEN VAIHEET.

Laiminlyönti on tiettyyn toimintaan ryhtymättömyys, joka kausaalisuuskysymyksen tutkijan kannalta ilmenee tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen estämättä jättämisenä.

1. v. FRANKin kommentaarien 17. painoksessa lausutaan seuraavassa tutkittavaksi tulevasta asiasta käsitys, jonka mukaan »on varmaa, ettei laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksestä vielä ole lausuttu viimeistä sanaa».[1] Teoksen seuraavassa painoksessa esiintyy sama lause — kuitenkin sikäli muutettuna, että siinä kausaalisuuskysymyksen asemesta puhutaan vastuukysymyksestä.[2] Tämä yhden sanan ero ero sopii lähtökohdaksi seuraavalle käsittelylle, jonka tarkoituksena on laiminlyönnin tarkasteleminen tiukasti kausaalisesta näkökulmasta, siis ottamatta tässä yhteydessä tutkimuksen alaiseksi, milloin laiminlyönti muodostaa vastuullistavan käyttäytymisen.[3]

---

[1] FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 1926, s. 21. Frank jatkaa mm.: »Vorläufig handelt es sich um ein ungelöstes Problem. — Eine befriedigende Lösung ist es nicht, wenn Entw. § 14 der Verursachung schlechthin die rechtswidrig unterlassene Abwendung gleichstellt und eine Rechtspflicht zur Abwendung auch bei dem Verursachen einer Gefahr annimmt.» Se systemaattisesti oikea vaatimus, ettei laiminlyönnin kausaalinen verrattavuus positiiviseen aiheuttamiseen saa olla riippuvainen oikeudellisen toimintakäskyn olemassaolosta, esiintyy Frankin kommentaareissa selvänä. Vrt. SAUER, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, s. 203.

[2] FRANK, Strafgesetzbuch, 18 pain. 1931, s. 19.

[3] Laiminlyönti-sana on kausaalisen käsitteen ilmaisijaksi huono; parempi olisi »tekemättä jättäminen», jolla ei ole arvottamisväritystä. Puhumme kuitenkin laiminlyönnistä tämän sanan saavuttaman yleisen käytännön perusteella ja siksi, että tekemättä jättäminen silloin, kun se on relevanttia, esiintyy juuri laiminlyönti-merkityksessä.

Samoin kuin edellisessä luvussa kausaalisuuskysymystä on pyritty käsittelemään eksplikatiivisesti silloinkin, kun se — adekvaattisuusteorian muodossa — on joutunut vastuunäkökohdista riippuvaksi, samoin on seuraavassa oleva asianlaita myös sen erikoiskysymyksen osalta, jonka laiminlyönti käsittää. Vastuukysymys syyllisyys- ja oikeudenvastaisuustekijöineen on eri tutkimusobjekti, jonka periaatteellinen erilläänpito kausaalisuusmomentista on muuan menestyksellisen aineenkäsittelyn olennaisimpia edellytyksiä. Kausaaliyhteyden olemassaolo niin laiminlyönnin kuin teonkin osalta on ensin oleva selvitetty, ennenkuin voi viritä kysymys vastuusta.

Teoreettisesti oikea ja konstruktiivisesti ehjä näkökohta — voitaneen ajatella vallalla olevan mielipiteen taholta tähän huomautettavan —, ellei siinä olisi sitä vikaa, että vaaditaan selvitettäväksi sellaista, jota ei ole olemassa: laiminlyönnin merkityksellisyyshän riippuu nimenomaan sen vastuullistavasta ominaisuudesta eräissä tapauksissa, ominaisuudesta, joka juuri laiminlyönnillä on siitä huolimatta, että se ei ole kausaalinen. Tämä huomautus johdattaa suoraan keskeisinten kiistakysymysten pariin. Onko laiminlyönti kausaalinen? Voidaanko itsestään laiminlyönnistä sanoa, että se on syyyhteydessä seuraukseen?

Kun FRANK — kuten sanottu — kommentaariensa viimeisessä painoksessa [4] on muuttanut mainintansa laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen ratkaisematta olemisesta huomautukseksi laiminlyönnin *vastuu*kysymyksen käsittelyn keskeneräisyydestä, hän sillä selvästi ilmaisee käsityksen, jonka mukaan laiminlyöntikysymystä koskeva epäselvyys on hälventynyt tämän kysymyksen kausaalisuusprobleeman osalta tai ainakin haihtunut suuremmassa määrin kuin sen vastuukysymykseen katsoen on asianlaita. Tähän v. Frankin käsitykseen on syytä yhtyä — jopa myöntämällä, että mainittu kausaalisuuskysymys on nyttemmin katsottava ratkaistuksi. Toistaiseksi kuitenkin laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävä mielipide on vallitsevana ja uusin kirjallisuus, joka jo on päässyt periaatteelliseen ratkaisuun, osittain vielä hapuilee konstruoitavan käsitteen lopullisessa muodostelussa, joka lujittaisi uudet asemat.

Kun kysymystä laiminlyönnin oikeudellisesta merkityksestä on pidetty oikeustieteen vaikeimpiin kuuluvana, se varmaankin tästä maineestaan saa kiittää osittain sitä oppiriitaa, joka virisi LUDENin hyökkäyksestä FEUERBACHin esittämiä mielipiteitä vastaan ja jonka

[4] Edellämainitussa 18:nnessa.

keskeisimpänä kohteena oli laiminlyönnin kausaalisuuden käsitteleminen, ja osittain sitä kiistatonta tosiasiaa, että positiivinen teko oikeudellisena edellytyksenä säännöllisesti[5] käsittää luonnonkin maailmassa sellaisen tekijän, joka on osoitettavissa määrätyn seurauksen syyksi, kun taas toimimattomuus, tekemättä jättäminen, laiminlyönti edustaa sellaista suhtautumista ympäristöön, joka on luonnehdittavissa puuttumattomuudeksi tapahtumankulkuun ja jonka seurauksesta luonnontieteelliskausaalisessa merkityksessä ei näin muodoin ole mahdollista puhua. Feuerbach,[6] joka ensimmäisenä mainitsee laiminlyönnin yleisluonteisena kysymyksenä[7], näkee siinä yksinomaan velvollisuudenvastaisuuden. Hän ei kajoa kausaalisuuskysymykseen, jonka commissio per omissionem tapaukseen liittyvänä virittää vasta Luden.[8] Pitäen Feuerbachin oppia kestämättömänä, koska syy-yhteyttä ei voida johtaa velvollisuudenvastaisuudesta, Luden ponnistelee sellaisen konstruktion aikaansaamiseksi, josta kävisi päinsä johtaa laiminlyönnin kausaalisuus. Kun laiminlyönti sinänsä, pelkkä toimimattomuus, ei näyttänyt tarjoavan otollista lähtökohtaa — Luden oli täysin selvillä siitä, ettei laiminlyönnistä *synny* mitään seurausta —, Luden johtui sen etsintään siitä positiivisesta toiminnasta, joka tapahtuu laiminlyönnin *rinnakkaisilmiönä*. Oikeudellisesti on ihminen olemassa — hän opetti — vain toimivana olentona. Juriidisesti on todettavissa toimintaa silloinkin, kun tavallinen kielenkäyttö puhuisi toimettomuudesta. Laiminlyönnissä käsittää kausaalisen realiteetin se positiivinen toiminta, joka tapahtuu tarkastelunalaisen seurauksen estämisteon asemesta.[9] Tästä kannastaan, jonka kestämättömyys on ilmeinen, lienee Luden itsekin luopunut,[10] mutta hänen tutkimuksensa oli antanut virikkeen laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen käsittelylle samoissa merkeissä: positiivisen edellytyksen kausaalisuudessa pitäytyen alettiin etsiä varsinaista syy-yhteysmomenttia laiminlyönnin *edellä* tapahtuneesta toiminnasta. Samasta lähtökohdasta ovat peräisin edelleen

[5] Ei ehdottomasti aina.

[6] FEUERBACH, Lehrbuch (1832), s. 43, 46.

[7] Laiminlyöntideliktin aikaisemmista vaiheista eritt. roomalaisessa oikeudessa ks. HONIG, Die Entwicklungslinie des Unterlassungsdelikts, Festgabe f. R. SCHMIDT, s. 3 ss.

[8] LUDENin ansioksi on luettava ensimmäinen eronteko varsinaisten ja epävarsinaisten laiminlyöntirikosten välillä.

[9] LUDEN, Abhandlungen I, s. 467 ss. ROHLAND, Unterlassung, s. 6. HONKASALO, s. 190, viite 7.

[10] LUDEN, Handbuch des deutschen Strafrechts (1847) I, s. 359. TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 13. SCHWARZ, s. 10.

niin sanotut interferenssiteoriat, joiden mukaan kausaalisuuden syntymiseen tarvittava positiivinen edellytys on löydettävissä psykologisesta maailmasta. Täten syntyy pitkä tutkimusten sarja, joka lopuksi johtaa siihen, että laiminlyönnin kausaalisuus *kiistetään* ja sen sijaan puhutaan sen relevanssista, joka on samanveroisena rinnastettavissa syy-yhteyteen. Kun tämäkään ratkaisu ei tyydytä — se paljastaa erityisesti metodoloogisia ja systemaattisia virheellisyyksiä —, tutkimus saa uutta vauhtia vasta viimeisimmässä kirjallisuudessa, jossa edellämainituista näkökohdista luopuen määrätietoisesti pyritään perustelemaan laiminlyönnin itsenäistä kausaalisuutta siitä huolimatta, että siihen ei sisälly luonnontieteelliskausaalista edellytystä. Tämän virtauksen rinnalla esiintyy kirjallisuudessa laiminlyönnin kausaalisuuden periaatteellisesti hyväksyvä suunta, joka kuitenkin pidättyy kantansa perustelusta tai vain viittaa käypään käsitykseen ja kielenkäyttöön, jonka mukaan eräissä tapauksissa yleisesti puhutaan laiminlyönnin olemisesta jonkin seurauksen syynä.

On luonnollista, että kysymys, joka täten pitkät ajat on ollut oikeustieteellisen maailman kiinteän mielenkiinnon kohteena saamatta tyydyttävää ratkaisua, joutuu vaikean ja toistaiseksi selvittämättömän probleeman maineeseen. Tällaista taustaa vasten saattaa näyttää tarpeettomalta, että sitä uudistetusti käsitellään samoja kysymyksiä selostaen ja vanhoja asioita vatvoen. Tälle näkökohdalle lieneekin myönnettävä oikeutuksensa, joka seuraavassa selvityksessä on otettu varteen siten, että käsilläolevan kysymyksen tutkimusvaiheiden kuvaamiselle on omistettu yhtä niukka esitys kuin mikä aikaisemmin on tullut edellytysten immanenttista kausaalista eriarvoisuutta koskevien oppien osaksi. Näin sitäkin suuremmalla syyllä, kun asiasta on tarjona useita selostuksia, jotka hyvin täyttävät tarkoituksensa ja joista tässä mainittakoon Clemensin,[11] Traegerin,[12] Liszt-Schmidtin,[13] Hippelin,[14] Schwarzin,[15] Kissinin,[16] Mezgerin[17] ja Honkasalon[18] esitykset. Toisaalta lienee tarkastelunalaisen

[11] Clemens, Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum RStGB.

[12] Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, eritt. s. 27—66.

[13] Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 163—166.

[14] Hippel, Deutsches Strafrecht II, s. 154—156.

[15] Schwarz, Die Kausalität bei den sogenannten Begehungdelikten durch Unterlassung, s. 3—102.

[16] Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, s. 13—42.

[17] Mezger, Lehrbuch, s. 130—135.

[18] Honkasalo, Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa, s. 188 ss.

kysymyksen käsittelylle luettava eduksi, ettei sitä rajoiteta vain yleisluonteiseksi katsaukseksi, vaan että ainakin joidenkuiden, vaikkapa harvojenkin, kirjailijain tutkimuksille omistetaan sellaista lähempää huomiota, joka on omansa valaisemaan käsiteltävää asiaa kokonaisuudessaan. Näin on nähdäksemme asianlaita eräisiin sellaisiin kirjailijoihin nähden, joiden mielipiteet eivät vielä ole joutuneet tarkemman arvioinnin alaisiksi tai joiden edustamasta kannasta on esitettävissä uusia näkökohtia. Tällaisina tutkijoina on nähdäksemme mainittava SAUER, jonka näkökohdat tosin jo on ehditty leimata kysymyksen ratkaisuksikin ja johon kaikin olennaisin kohdin on yhtynyt Schwarz, laiminlyöntikysymystä äskettäin itsenäisenä tutkimuksena käsitellyt Kissin, edelleen Mezger, jonka oppikirjan laiminlyöntiä ja koko kausaalisuuskysymystä koskeva osa on — kirjan yleisluonteisuudesta huolimatta — katsottava erittäin runsassisällyksiseksi, sekä kotimaisen kirjallisuutemme edustajana Honkasalo. — Käsilläolevan kysymyksen ratkaisuun pyrittäessä on nähdäksemme pidettävä silmällä sitä monesti todeksi havaittua väitettä, jonka mukaan monimutkaisilta näyttävät kysymykset ovat usein paraiten ratkaistavissa yksinkertaisella tavalla. »Die Lösung dieser verzweifelten Frage»[19] saavutetaankin juuri tällä tiellä.

2. a. Palataksemme alulle pantuun kysymyksen vaiheiden käsittelyyn on mainittava, että suunta, joka osoitti LUDENin kannan kestämättömyyden, ei kuitenkaan oivaltanut mainitun käsityksen perusvirhettä, laiminlyönnin korvaamista positiivisella toiminnalla, vaan jatkoi yrityksiä laiminlyönnin kausaalisen momentin konstruoimiseksi positiivisiin edellytyksiin nojautuen siten, että laiminlyönnin edellä käynyttä toimintaa pidettiin sinä tekijänä, joka muodosti syy-yhteyden laiminlyönnin ja syntyneen seurauksen välillä. Kytkiessään kausaaliyhteyden edelläkäyneeseen toimintaan tämä käsityskanta, jonka edustajina mainittakoon KRUG,[20] GLASER[21] ja ADOLF MERKEL,[22] ei kuitenkaan voinut välttää culpa subsequens konstruktiota[23] eikä saada oikeata suhdetta tekotunnusmerkistön eri aines-

[19] MEZGER, Lehbruch s. 136.

[20] KRUG, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1855 (Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen Bd. IV), s. 21 ss.

[21] GLASER, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht I, s. 289 ss., ks. eritt. s. 392 ss.

[22] A. MERKEL, Kriminalistische Abhandlungen I, s. 76 ss., erit. s. 81.

[23] GLASER, s. 301, on koettanut välttää sanottua syytöstä vetoamalla siihen, että edelläkäynyt toiminta ja laiminlyönti muodostavat yhtenäisen kokonaisuuden — konstruktio, joka osoittautuu rikosoikeudellisesti mahdottomaksi, semminkin kun siinä ei ole

ten kesken.[24] Edelläkäynyt toiminta merkitsi Krugin kannalta sitä momenttia, joka velvoitti laiminlyötyyn toimintaan,[25] Glaser ja Merkel sen sijaan näkivät siinä ennen muuta kausaalisen tekijän.[26]

Teorian kantokykyä ei voida tunnustaa suureksi edes niin sanoaksemme ulkonaisten mittojen puolesta: sen soveltamismahdollisuuksien ulkopuolelle jäävät kaikki ne tapaukset, joissa seurauksen syntymistä edistävää edelläkäynyttä tekoa ei voida todeta olleen olemassa. Asia ei suinkaan parane siitä, että GLASER lukee sanotunlaisiin tekoihin myöskin sitoumisen tiettyihin tehtäviin.[27] Kun teorian kannattajain mielipiteen mukaan edelläkäyneen toiminnan tulee olla seurauksen syntymistä edistävä, näyttää päin vastoin käsittämättömältä, miten esim. radanvartijan toimeen ryhtyminen on saattanut synnyttää tällaisen edellytyksen, jos vartijan laiminlyönnin johdosta tapahtuu rautatieonnettomuus. Niin rikos- kuin siviilioikeuden alalla teoria joutuu voittamattomiin vaikeuksiin pyrkiessään sanotulla tavoin todistamaan sitä, mikä asiassa on ydinkysymys: laiminlyönnin tunnusmerkistönmukaisuutta silloin, kun laki puhuu *tietyistä tekemiseistä*. Voidaan pitää varmana, että laiminlyöntiä täytyy voida käsitellä siviilioikeudellisestikin teon veroisena myös muulloin kuin vain edelläkäyneen toiminnan tapauksissa.[28] Näihin seikkoihin ei WINDSCHEID,[29] joka on yhtynyt kannattamaan Glaseria, näytä kiinnittäneen huomiota.

b. ALDOSSERin aikanaan melkoista huomiota herättänyt laiminlyönnin tutkimus[30] käsittää mielenkiintoisen kokeen itsessään seurausta synnyttämään kykenemättömän laiminlyönnin ja positiivisten edellytysten psykoloogiseksi yhdistämiseksi siten, että laiminlyönti sen kautta saisi kausaalisen ominaisuuden. Sanottu ominaisuus tulee laiminlyönnille Aldosserin mukaan siitä, että laiminlyöjä luopuu saavuttamastaan, vaikuttamassa olevien edellytysten

---

määritetty mitään aikarajoja. MERKEL koettaa kiertää asian selittämällä, että culpa on ehdollisena sisältynyt jo edelläkäyneeseen toimintaan.

[24] Ks. v. ROHLAND, Unterlassung, s. 10 ss.

[25] KRUG, s. 43.

[26] SCHWARZ, s. 23, huomauttaa, kuinka tästä johtuen tulee ex post sen mukaan, syntyikö seuraus vai ei, pääteltäväksi, oliko laiminlyöjässä kulpaa.

[27] GLASER, s. 305 s., s. 313.

[28] Tämä *vastuu*perustetta koskeva kritiikki kohdistuu eo ipso myös kausaalisuuskysymykseen.

[29] WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 8 pain. s. 911.

[30] ALDOSSER, Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? München 1882.

herruudesta tietoisesti antamalla niiden kehittyä seuraukseksi.[31] Tämä laiminlyönnin kausaalisuuden konstruktio, jolla Aldosser laajentaa GEYERIN[32] esittämää oppia laiminlyönnistä psyykillisesti vaikuttavana kausaalisena tekijänä, luhistuu kuitenkin jo siihen tosiasiaan, ettei laiminlyönnin suinkaan tarvitse käsittää tietoista edellytysten vaikutuksen sallimista. Samaan ryhmään on luettava FINGERIN[33] teoria, jonka mukaan laiminlyönnin kausaalisuus on johdettavissa nimenomaan siitä, miten se vaikuttaa ihmiseen, joka on luontoon verraten erikoisasemassa siinä suhteessa, että ihmisen odottaman seikan tapahtumatta jääminen voi vaikuttaa hänen käyttäytymiseensä siten, että hän toimii toisin kuin jos laiminlyönnin johdosta tapahtumatta jäänyt seikka olisi tapahtunut. Fingerin oppi jää, kuten jo sanotustakin selviää, kovin ahtaaksi, koska se koskee vain tapauksia, joissa laiminlyönti vaikuttaa toisen ihmisen toimintaan. — Tämän suunnan teorioille on nähdäksemme omistettava huomiota ennen muuta siksi, että niissä ilmenee pyrkimys laiminlyönnin itsenäisen kausaalisuuden konstruointiin nimenomaan sen suhteen kautta, jossa ihminen on häntä ympäröivään tapahtumiseen.

c. Samalla pohjalla ovat myöskin ns. interferenssiteoriat,[34] joiden perustajana on pidettävä v. BURIA[35] ja toisena huomattavimpana edustajana BINDINGiä.[36] Näidenkin teoriain tarkoituksena on kausaalisuustekijän löytäminen itsestään laiminlyönnistä, mutta niiden lähtökohta on kuitenkin lähempänä KRUGin ja GLASERin oppia kuin ALDOSSER-GEYERin suuntaa.[37] Edelläkäynyt toiminta, joka Krugin ja Glaserin

[31] ALDOSSER, s. 111 s., s. 123. Vrt. TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 29 s. ROHLAND, Unterlassung, s. 51. — Korostettakoon, että juuri edellytysten vaikutusten tietoinen salliminen, tapahtumankulun herruudesta *luopuminen* oli A:n mukaan laiminlyönnin kausaalinen momentti. Sanotun herruuden saavuttaminen käsitti vain mahdollisuuden myöhempään, laiminlyöjän vallinnassa olevien edellytysten vaikutuksen sallimiseen.

[32] GEYER, Grundriss zu Verlesungen über gemeines deutsches Strafrecht I, s. 124.

[33] FINGER, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I, s. 285 ss.

[34] Nimitys on tullut käytäntöön LANDSBERGin toimesta, jonka laajassa tutkimuksessa, »Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht», sitä viljellään. SCHWARZ, s. 31. — TRAEGER, Unterlassungsdelikte s. 44, näyttää nimittävän KRUGin, GLASERin ja MERKELinkin oppeja interferenssiteorioiksi.

[35] v. BURI mm. Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung, GS 21 (1869), s. 189 ss.; Über die Kausalität der Unterlassung, Z. f. ges. Strafrechtswissenschaft 1 (1881), s. 400 ss.; Die Causalität und ihre Strafrechtlichen Beziehungen, Beilagehelt zum Gerichtsaal Band XXXVII (1885), s. 14 ss.

[36] BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, 2 pain. Zweiter Band, Erste Hälfte, s. 546 ss.

[37] Vrt. TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 44, KISSIN, s. 19.

teoriassa muodosti kausaalisen tekijän, on interferenssiteoriain mukaan vain välttämätön edellytys laiminlyönnin syntymiselle. Laiminlyönti ei johda kausaalisuuttaan tuosta toiminnasta, vaan tulee itse kausaaliseksi sen kautta, että laiminlyöjä, luotuaan seurauksen syntymistä estävän negatiivisen edellytyksen, jälleen syrjäyttää sanotun edellytyksen vaikuttamasta, mikä syrjäyttäminen, ollakseen laiminlyöntiä, samoinkuin negatiivisen edellytyksen luominenkin, tapahtuu yksinomaan psyykillisessä maailmassa.[38] Mainittu syrjäyttäminen saa kausaalisen luonteensa siitä, että se käsitetään positiiviseksi teoksi, joka muodostaa itsenäisen sisäisen suhtautumisen siihen edellytykseen, joka on seurauksen syntymistä ehkäisevä. Teoria kiistattomasti käsittää kekseliään ajatusrakennelman. Mutta sen ratkaisevat käänteet jäävät vaille vastinetta elävässä elämässä. Kun teoria — ajateltakoon esimerkkiä, jonka mukaan metsässä kulkija, huomattuaan kanervikon kämmenenleveydeltä väkevästi kytevän, kuitenkin kulkee palonalun ohi sitä sammuttamatta — pitää seurauksen syntymistä estävänä edellytyksenä sitä, että kulkijassa herää sammuttamisen ajatus, ja jälleen tämän edellytyksen positiivisena syrjäyttämisenä, että hän ei sammuttamiseen ryhdykään, niin tällaisella konstruoinnilla ilmeisesti luodaan asioita, joita ei aina edes ole olemassa. Mutta siinäkin tapauksessa, että ihmisen mielessä aina tuollainen impulssien kamppailu tapahtuisi, tuntuisi keinotekoiselta leimata negatiivisen edellytyksen syrjäyttämiseksi sitä, mikä on paraiten luonnehdittavissa pelkäksi *aikeen toteuttamalta jäämiseksi*.[39] Teoria ei myöskään voi selvittää tuottamuksellista laiminlyöntiä.

d. Uutta vaihetta kysymyksen käsittelyssä merkitsevät ns. oikeuskausaalisuusteoriat, joiden kannattajiin on luettava mm. v. BAR,[40] KOHLER,[41] v. ROHLAND,[42] MÜLLER[43] ja v. TUHR[44] ja joiden ydin-

[38] Vrt. BINDING, Normen, B 2, 1, s. 552 ss. FRANK, Strafgesetzbuch, 18 pain. s. 16, tulkitsee Bindingin opin siten, että sen mukaan edelläkäyneenä tekona (Vorhandlung) voi olla myöskin positiivinen »ulkonainen» toiminta. Vrt. TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 17 s., s. 44 ss.

[39] Vrt. LANDSBERG, s. 54 ss. TRAEGER, s. 51, 55, SCHWARZ, s. 46.

[40] v. BAR, Lehre vom Kausalzusammenhang, s. 90 ss.; Grünhuts Z 4, s. 49 ss. Gesetz und Schuld im Strafrecht II, s. 269 ss.

[41] KOHLER, Studien aus dem Strafrecht, s. 44 ss.; Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen, s. 365 ss.

[42] ROHLAND, Die Kausallehre des Strafrechts, s. 44 ss. Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen, s. 365 ss.

[43] MÜLLER, s. 26 ss., s. 41 s.

[44] v. TUHR, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts II, 1, s. 5, s. 16, viite 59 ja II, 2, s. 460.

oppina on laiminlyönnin kausaalisuuden yhteiskunnallis-eetillinen ja oikeudellinen luonne. v. Bar, jonka kanta käsilläolevassa kysymyksessä ei ole saanut kyllin kiinteätä muotoa, samalla edustanee jonkinlaista siirryntää interferenssi- ja oikeuskausaalisuusteoriain välillä.[45] Puheenaolevien teoriain suuri etu on siinä, että ne näkevät kausaalisuuden muussa valossa kuin pelkästään luonnontieteellisenä syyn ja seurauksen suhteena hakematta laiminlyönnin kausaalisuudelle selitystä tai edes tukea laiminlyönnin edellä käyneestä toiminnasta. Tässä kohdin ne tulevat hyvinkin lähelle sitä ratkaisua, jota tässä tutkielmassa tullaan pitämään oikeana. Mutta samalla teorian lähtökohta sisältää koko kausaalisuuskysymyksen oikein käsittämisen kannalta kohtalokkaan virheen: kausaalisuus- ja oikeudenvastaisuuskysymysten täydellisen toisiinsa sekoittamisen tai ehkä paremminkin sanoen kausaalisuuden saattamisen välittömään riippuvaisuussuhteeseen oikeusvelvollisuuden olemassaolosta. Vaikka Kohlerin oppi vertauksineen yhteiskunnan jäsenestä suuren koneiston rattaana, jonka moitteettomasta toiminnasta virheetön käynti riippuu,[46] sangen sattuvasti kuvaa yksilön asemaa yhteiskuntakoneiston osana, se kuitenkin muodostuu oikeudellisena kausaalisuusteoriana systemaattisesti virheelliseksi siinä, että vain sen toiminnan laiminlyöminen, jota yhteiskunta *vaalii*, joutuu merkitsemään luonteeltaan *kausaalista* laiminlyöntiä.[47] Siten oikeudenvastaisuus muodostuu kausaalisuuden edellytykseksi, vaikka asianlaidan tietenkin tulisi olla päin vastoin.[48]

---

[45] v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 216 ss. Ks. Traeger, Unterlassungsdelikte, s. 63. Vrt. myös v. Rohland, Unterlassung, s. 41 ss.

[46] Kohler, Studien I, s. 46.

[47] v. Rohlandille näyttäytyy laiminlyönnin kausaalisuus enemmän ajatusrakennelmana kuin Kohlerille; se on »indirekte Kausalität» (Kausallehre, s. 55 ss.), jolla Rohland tarkoittaa myös positiivisella toiminnalla aikaansaatua negatiivisen, so. seurauksen syntymistä estävän edellytyksen poistamista. Ks. Schwarz, s. 69.

v. Bar, Gesetz und Schuld II, s. 263, kirjoittaa: »Nur wo die Hinderung des schädlichen Erfolges der Tätigkeit adäqvat 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. Eine Rechtspflicht begründet daher an sich noch nicht einen Kausalzusammenhang.» Viimeisestä lauseesta näyttäisi voitavan päätellä, että kausaaliyhteyttä ei Barin mukaan ole johdettava oikeusvelvollisuudesta. Lauseella ei kuitenkaan tarkoiteta muuta kuin että oikeusvelvollisuuden lisäksi vaaditaan adekvaattisuutta.

[48] Oikeuskausaalisuusteorian yhteydessä voitaneen mainita Hessin teoria (Über Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate I, s. 44 ss.), joka — aikaisemmin selostetulla pohjalla pysyen — luonnehtii laiminlyönnin ajatellun kausaalisuuden objek-

e. Niiden tulosten heikkous, joita laiminlyönnin itsenäisen kausaalisuuden teoriat tarjosivat, oli johtamassa kehitystä sille kannalle, jolla tutkijain enemmistön lienee vielä katsottava olevan:[49] laiminlyönnin kausaalisuuden kiistämiseen. Ennen vallalla olevan käsityksen esittelyä mainittakoon kuitenkin vielä LANDSBERGIN[50] teoriasta laiminlyönnin *luonnollisen* kausaalisuuden todistamiseksi.

Ryhtyessään laiminlyönnin kausaalisuuden perustelemiseen luonnon maailmassa esiintyvien ilmiöiden avulla LANDSBERG jo lähtökohdassaan on asettanut itselleen ylivoimaisen tehtävän. Tämä lähtökohta johtaakin siihen ristiriitaan, että laiminlyönnistä katsotaan voitavan löytää myötävaikuttava tekijä, vaikka se julistetaan kykenemättömäksi itse synnyttämään seurausta.[51] Ei näin muodoin ole ihme, että Landsberg mietelmissään johtuukin antamaan merkitystä sille tapahtumankululle, joka laiminlyöjän osalta on ollut olemassa *ennen* laiminlyöntiä,[52] ja siten perimmältään tunnustamaan todistelunsa toivottomuuden.

Sanotusta perusvirheestä huolimatta LANDSBERGin tutkimus sisältää paljon varteenotettavaa ainesta, josta erityisesti on mainittava

---

tiksi ja arvostelee sitä — syyllisyyden ja kausaalisuuden toisiinsa kytkien — sen mukaan, liittyykö siihen negatiivinen arvostelu. Hessin teoriallc ei enää ole syytä omistaa enempää huomiota, kuin minkä se jo on aikaisemmassa tekstissä saanut.

[49] LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, 26 pain., § 30.

[50] LANDSBERG, Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht, 1890, s. 92 ss. Landsbergin oppia kannattaa mm. GLASS, Die Kausalität der Unterlassung, s. 62 ss.

[51] Ks. ilmapuntariesimerkkiä (LANDSBERG, s. 93): »dass — das Zwecksilber in dem andern Schenkel höher steigt — dazu ist auch nötig, dass in diesem anderem Schenkel ein luftleerer Raum, ein Nichts wird die Kraft-Entfaltung jenes Etwas erst ermöglicht». Iskulause »Aus Nichts wird Nichts» ei Landsbergin mukaan enää ole oikea muodossa: »*Durch* Nichts wird Nichts.» — Mainittua esimerkkiä täytynee pitää epäonnistuneena siihen terävyyteen verraten, mitä kirja kokonaisuudessaan edustaa. TRAEGER, Ursachenbegriff, s. 66 ss.

[52] LANDSBERG, s. 116 s. »Diese Betrachtung ergibt, dass es uns lange gestattet und geboten ist, mit Nicht-Wirken oder Nicht-Vorhandensein als Glieder objektiver Causalität zu operieren, wie *diese Negationen bloss menschlicher Kurtzsichtigkeit entsprechende Abkürzungen für die Wirkungen zahlloser rückliegender positiver Ursachen sind*, d. h. so lange wir nicht aus dem Gebiete der realen Phänomene und ihrer Kombination hinausschweifen. — Die Unterlassung dieses Menschen erscheint dann als das uns greifbare Resultat zahlloser früherer Ereignisse, welche den empirischen Chrarakter des Menschen so geformt haben, dass er jetzt unterlässt; *unter der »Causalität der Unterlassung» fassen wir die Causalität aller dieser zahllosen früheren Ereignisse zusammen*, welche sich uns als einzelne entziehen. *Das ist der letzte und innerste Grund*, weshalb einer reinen Nicht-Veränderung Causalität zukommt . . .» (Korostukset meid.)

se todistelu, jolla hän osoittaa laiminlyönnin olevan käsitteellisesti rajoitettavissa niiden voimien piiriin, jotka »so wie sie sind, den fraglichen Erfolg in passender Weise am passenden Ort zu passender Zeit zu hemmen vermögen».[53] Tässä todistelussa esitetyt näkökohdat[54] antavat viitteitä laiminlyönnin kausaalisuuden selitysperusteen löytämiseksi. Landsberg vain tekee sen virheen, että hän asettaa laiminlyönnin *kausaalisuuden* riippuvaiseksi seurauksen estämismahdollisuudesta,[55] vaikka sanotun mahdollisuuden olemassaolosta riippuu, onko *itse laiminlyöntiä* olemassa.

II. LAIMINLYÖNNIN KAUSAALISUUDEN KIISTÄVÄ TEORIA.

Se tulos, mihin vallitseva mielipide on laiminlyönnin kausaalisuuden tutkimuksesta tullut, merkitsee niin sanoaksemme juristin alistumista luonnon edessä. Se luonnontieteellinen tosiasia, ettei »tyhjästä synny mitään», ettei luonnonilmiön puuttuminen voi käsittää *siitä* johdettavan seurauksen syntymistä, vaan että seurausilmiö aina vaatii edellytyksekseen konkreettista realiteettia, muutosta olevaisessa, on antanut aiheen niiden teoriain hylkäämiseen, jotka yrittävät taistella laiminlyönnin kausaalisuuden puolesta, ja kausaaliyhteyden korvaamiseen muulla konstruktiolla. Tätä käsityskannan kehitystä vahvisti, kuten sanottu, se heikko menestys, joka kausaalisuuden olemassaolon puoltajilla oli ollut.

Joskin kysymyksessäolevan suunnan lähtökohta oli varma ja oikeaksi tunnustettava: laiminlyönti ei voi synnyttää luonnontieteelliskausaalista seurausta, oli sen sijaan kysymyksen kehittäminen tästä eteenpäin erityisesti oikeudellisen systematiikan kannalta vaikeaa. Se uhraus, jonka juristi teki luonnontieteilijän hyväksi, alistuminen tunnustamaan, ettei laiminlyönti voinut olla kausaalinen, merkitsi luopumista suuriarvoisesta aseesta tien raivaamiseksi laiminlyönnille tekotunnusmerkistön piiriin, aseesta, jonka hallussa-

[53] LANDSBERG, s. 106.

[54] LANDSBERG, s. 103—109.

[55] Samaan ryhmään kuin LANDSBERGin teoria on luettu myöskin KRÜCKMANNin oppi laiminlyönnin kausaalisuudesta, IheringsJahrb. 55, s. 150 ss. Näin SCHWARZ, s. 78. On myönnettävä, että Krückmannin asiaa koskevasta esityksestä on saatavissa tukea tälle käsitykselle. Toisaalta Krückmannin esitys antaa aihetta käsitykseen, että varsinainen kausaaliyhteys on peräisin laiminlyönnin edelläkäyneestä toiminnasta.

pitämiseksi aikaisemmat teoriat olivat olleet valmiit »keksimään vaikka mitä». Niinpä tämän teorian luonnontieteelle omistettu lähtökohta johtaakin siihen, että juristi joutuu tinkimään.

Vain ylen harvat tutkijat — sivilisteistä kai ei kukaan — ovat laiminlyönnin kausaalisuuden kiistäessään katsoneet voivansa soveltaa tätä periaatetta ankaran johdonmukaisesti. Tällainen tutkija on KRAUS, joka katsoo, ettei laiminlyönti koskaan voi toteuttaa ns. seurausrikoksen tunnusmerkistöä. Hän pitää laiminlyöntiä rangaistavana ainoastaan silloin, kun sen rangaistavuus on laissa nimenomaan säädetty.[56] Jo pelkästään rikosoikeudelliselta kannalta tämä mielipide synnyttää vakavia epäilyksiä — Kraus itse myöntää, että käytäntö on osittain toisella kuin hänen puoltamallaan kannalla — ja samalla tavoin täysin kestämättömiin tuloksiin johduttaisiin siitä, että siviilioikeudellisenkaan tekotunnusmerkistön ei koskaan voitaisi katsoa koskevan laiminlyöntiä silloin, kun laki puhuu seurauksen aiheuttamisesta. Niinpä laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävät teoriat mieluummin ovat tahtoneet karttaa tällaisia johtopäätöksiä kuin pysyä kaikin kohdin uskollisina lähtökohdalleen.

Kun näin muodoin on osoittautunut välttämättömäksi tunnustaa laiminlyönti tekotunnusmerkistön mukaiseksi, se myöskin on edellyttänyt tätä vastaavan suhteen rakentamista positiivisen aiheuttamisen ja laiminlyönnin välille. Luonnollinen ratkaisu on tällöin ollut se, että laiminlyönti on katsottu *samanveroiseksi* kausaalisen aiheuttamisen kanssa. Niinpä v. LISZT määrittelee laiminlyönnin olevan »willkürliche Nichthinderung des Erfolgs»[57] ja saavan positiiviseen aiheuttamiseen rinnastettavan merkityksensä siitä, että on ollut olemassa oikeudellinen *velvollisuus* seurauksen estämiseen. Laimin-

[56] KRAUS, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, s. 790—791. Korvaamaan v. LISZTin muodostamaa sääntöä: »Der Verursachung eines Erfolges steht dessen Nichthinderung gleich, soweit nicht durch besondere Vorschrift des Gesetzer eine abweichende Behandlung der Unterlassung vorzeichnet ist», Kraus tahtoo asettaa päinvastaisen määritelmän: »Der Verursachung eines Erfolges steht dessen Nichthinderung nur insofern gleich, soweit die gleiche Behandlung durch besondere Vorschrift des Gesetzes geboten ist.» Edellä olevassa lainauksessa ilmaisunsa saanut v. Lisztin mielipide on omansa herättämään jyrkkää vastustusta — Liszt onkin siitä myöhemmin luopunut —, mutta myöskin Krausin vastakkainen kanta, jossa kyllä johdonmukaisuus ansaitsee täyden tunnustuksen, johtaa oikeustajuntaa vastaan mitä selvimmin sotiviin tuloksiin.

[57] v. LISZT, Lehrbuch, 18 pain., s. 136 v. Lisztin sanottua määritelmää ei voida pitää oikeana, koska laiminlyönnin käsitteen piiriin kuuluu yhtä hyvin sellainenkin käyttäytyminen, jossa ei ole kysymys seurauksen estämättä jättämisestä. Eri asia on, että käsillä olevassa tutkimuksessa vain seurauksen estämättä jättäminen tarjoaa kausaalisuuskysymyksen kannalta mielenkiintoa.

lyönnin juriidinen merkityksellisyys näin muodoin kytkeytyy — kuten ymmärrettävää onkin — sen oikeudenvastaisuuteen ja määräytyy sen mukaan; sen rangaistavuus — yleisesti puhuen laiminlyönnin vastuullistavuus — ei ole riippuvainen sen kausaalisuudesta. Tämä konstruktio — luopuminen kausaaliyhteyden vaatimuksesta tässä erityisessä tapauksessa ja sen korvaaminen analoogisella suhteella — tosin voi muodollisesti katsoen säästyä kausaalisuus- ja oikeudenvastaisuuskysymysten toisiinsa sekoittamissyytökseltä,[58] mutta moitteettomana tätä rakennelmaa ei voitane pitää. Kysymys, joka toiseen nähden selitetään analoogiseksi asiaksi, lienee lupa vaatia myöskin analoogisen käsittelyn alaiseksi. Tämä näkökohta paljastaa sen teorian ristiriidan, että samalla kun positiivisen teon puheena ollen kausaalisuus katsotaan oikeudenvastaisuudesta riippumattomaksi, samalla kausaalisuuden sanottu analogon teorian mukaan on olemassa vain sikäli kuin oikeusalamaisen käyttäytyminen selitetään oikeudenvastaiseksi.

TRAEGER, joka niinikään on kysymyksessäolevan käsityskannan kaikkein huomatuimpia edustajia, on täysin selvillä siitä, että laiminlyönnin kausaalisuuskysymys on periaatteellisesti ratkaistava oikeudellisesta toimintavelvollisuudesta riippumatta, mutta — niinkuin KISSIN[59] sattuvasti sanoo — hän erehtyy luullessaan välttävänsä näiden kysymysten sekoittamiseen sisältyvän virheen sillä, että hän kiistää laiminlyönnin kausaalisuuden loogillisin perustein, jotka eivät käsitä normatiivisia aineksia. Ja hän erehtyy — voitaneen lisätä — myös siinä, että hän katsoo nyt tarkasteltavan kysymyksen, positiivisen aiheuttamisen ja laiminlyönnin analogian, tulevan olennaisesti luonnehdituksi sillä, että sanotaan laiminlyönnin vastuun riippuvaisuuden oikeuden *vaatimasta* seurauksen estämisteosta olevan yhtä luonnollista kuin että vahinkoseurauksen aiheuttamisesta voi syntyä korvausvelvollisuus vain silloin, kun aiheuttaminen on *kiellelty*.[60] Niin totta kuin tämäkin on, se kuitenkin kätkee huomiolta kysymyksen ytimen, jonka esiin saamiseksi ei ole kysyttävä, milloin teko

---

[58] Sen sijaan sitä vastaan voidaan tehdä ne väitteet, jotka HONKASALO, s. 203 s., on esittänyt ns. oikeuskausaalisuusteorioja vastaan.

[59] Rechtspflicht zum Handeln, s. 22—23.

[60] TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 66. — Itse laiminlyönnin käsitteen Traeger määrittelee seuraavasti (mt. s. 8 s.): »Unterlassung ist — die Nicht-Vornahme einer von einem anderen erwarteten oder doch als möglicherweise geschehend vorgestellten Handlung, die vorzunehmen in der Willensmacht des Unterlassers stand, oder kürzer: die Nicht-Vornahme einer erwarteten möglichen Handlung.»

on vaadittu tai kielletty, vaan milloin oikeusalamaisen käyttäytyminen käsittää sellaisen suhteen tekotunnusmerkistön ja vahinkoseurauksen välillä, jota lain soveltaminen edellyttää. Tämän suhteen selvittelyssä on Traegerin teorian arka kohta, joka ei korjaudu sillä, että Traeger puhuu laiminlyönnin relevanssista sen kausaalisuuden asemesta. Traegerin konstruktio on antanut aiheen useahkolta taholta tulleisiin moitteisiin, joiden mukaan Traegerin teoria — samoin kuin v. Lisztin — voidaan tulkita jopa oikeuskausaalisuusteorioja lähentyväksi sikäli, että viimeksimainittujen teoriain viljelemä kausaalisuus-nimitys, jos sitä Traegerin käsityksen mukaisesti pidetään pelkkänä nimityksenä, jolla ei ole tekemistä »oikean kausaalisuuden» kanssa, voidaan vaihtaa Traegerin relevanssi-käsitteeseen ja viimeksimainitusta siis sanoa, että se saa tunnusmerkistönmukaisuudeksi tarvittavan »kausaalisen» luonteensa vasta oikeusvelvollisuudenvastaisuudesta.

v. Lisztin teoriaan voitaneen hyvinkin oikeutetusti kohdistaa sanottu syytös, sillä Lisztin mukaan laiminlyöntinä ilmenevä positiivisen teon rinnastuma jää riippuvaiseksi nimenomaan siitä, että on kysymys oikeudenvastaisesta käyttäytymisestä.[61] Sen sijaan saattaa herättää epäilyksiä, voidaanko Traegerinkin oppi ilman muuta lukea samaan ryhmään, jonka perusvirheenä on laiminlyönnin kausaalisuuden tai relevanssin johtaminen sen oikeudenvastaisuudesta. Näitä epäilyksiä on omansa virittämään se selvä eronteko, jota Traeger kausaalisuus-käsitettä koskevassa teoksessaan[62] vaatii yhtä hyvin laiminlyönnin relevanssin ja oikeudenvastaisuuden välillä kuin viimeksimainitun ja kausaalisuudenkin suhteissa. Sanotun relevanssin käsitettä selostaessaan ja määritellessään Traeger tarkoin välttää sellaisia sanontoja, jotka oikeuttaisivat väitteisiin tämän käsitteen tekemisestä riippuvaiseksi oikeudellisen toimintakäskyn olemassaolosta. Päinvastoin hän mainitussa teoksessaan, samoinkuin kymmenisen vuotta myöhemmin ilmestyneessä tutkimuksessaan laiminlyöntirikoksista, nimenomaan korostaa sanotun relevanssin

[61] Samaa on sanottava Meyer-Allfeldin kannasta (Lehrbuch, s. 115) sillä erotuksella, että sen mukaan on kysymys laiminlyönnin kausaalisuudesta eikä siis vain siihen rinnastettavasta asiasta, jonka kausaalisuuden *edellytyksenä* kuitenkin on erityisen toimintavelvollisuuden olemassaolo. Kissin, s. 25.

Gmürin toimittamissa Sveitsin siviililakikoonnoksen kommentaareissa Becker, B. VI, 1, s. 167 s., esittää mielipiteen, jonka mukaan niinikään oikeudellinen toimintavelvollisuus tekee laiminlyönnin kausaaliseksi, mikäli seurausta ei olisi syntynyt, jos vaadittuun toimintaan olisi ryhdytty.

[62] Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, s. 7 s.

riippuvaisuutta vain siitä, että asianomaisen henkilön oli mahdollista ryhtyä sellaiseen toimeen, joka olisi estänyt seurauksen syntymisen.[63] Mainitussa myöhemmässä tutkimuksessaan Traeger kuitenkin esittää sellaisia näkökohtia, jotka oikeuttavat toteamaan, ettei hän ole johdonmukaisesti kehittänyt laiminlyönnin relevanssi-oppiaan siten, että se kävisi positiivisen tekemisen rinnakkaiskäsitteestä, jonka tunnusmerkistönmukaisuus on riippumaton oikeudenvastaisuuskysymyksestä. Kysymykseen, mikä laiminlyönnin ominaisuus aiheuttaa sen pitämisen samanveroisena positiivisen aiheuttamisen kanssa, Traeger vastaa nimenomaan viittaamalla oikeusvelvollisuudenvastaisuuteen: »Nur die rechtspflichtwidrige Unterlassung ist der positiven Handlung gleich zu achten.»[64] Edelleen Traeger, v. Barin kantaa selostaessaan, lausuu mm. seuraavat kysymyksessäolevassa suhteessa vakavia epäilyksiä herättävät sanat: »Der grundsätzliche Standpunkt Bars ist also der gleiche wie der hier vertretene: Die Rechtspflichtwidrigkeit der Unterlassung bewirkt ihre Gleichstellung mit der positiven, den schädlichen Erfolg verursachenden Handlung.»[65] Barin esityksen vikana vain on — Traeger jatkaa — ettei hänen ole onnistunut selvästi ryhmitellä velvollisuudenvastaisten laiminlyöntien lajeja.[66] Näistä ja muista samaan suuntaan käyvistä maininnoista voitaneen johtaa riittävää perustetta edellämainitulle arvostelulle, jonka mukaan Traegerin teoria laiminlyönnin relevanssista perimmältään johtaa samaan virheeseen, joka on katsottu erityisesti oikeuskausaalisuusteoriain pahimmaksi periaatteelliseksi kompâstukseksi ja jota vastaan siinä muodossa, jossa jo Feuerbachin teoria sen käsitti, Luden aikanaan nousi taisteluun.[67]

Traeger näkee oikeusvelvollisuudenvastaisuudessa sen momentin, joka oikeuttaa laiminlyönnin ja *positiivisen aiheuttamisen* rinnastamiseen, vaikka teorian lähtökohtana olevan relevanssiopin mukaan olisi paikallaan puhua vain *relevantin laiminlyönnin oikeudenvastaisuudesta* silloin, kun se käyttäytymisenä vastoin käskyä on rinnastettavissa käyttäytymiseen vastoin kieltoa. Tämäkään näkökohta ei ole ollut Traegerille vieras,[68] mutta ratkaisevaksi hänen opissaan

---

[63] Traeger, Unterlassungsdelikte, s. 7 ss.; s. 13 ss.

[64] Traeger, Unterlassungsdelikte, s. 61.

[65] Traeger, Unterlassungsdelikte, s. 65.

[66] Mt. ms.

[67] Vrt. Landsberg, s. 22; Kissin, s. 23—24.

[68] Vrt. Traeger, s. 62—63, 73. — On siis huomattava, että relevanssin tulisi Traegerin teoriassa vastata kausaalisuutta.

kuitenkin muodostuu laiminlyönnin rinnastaminen positiiviseen aiheuttamiseen ainoastaan silloin, kun se on oikeusvelvollisuudenvastainen.[69] Täten Traeger — se lienee lopputulos hänen teoriansa tarkastelusta käsilläolevan kysymyksen osalta — ratkaisevassa kohdassa menettää sen otteen, jolla hän on aineenkäsittelyynsä tarttunut korostaessaan kausaalisuus-(relevanssi-) ja oikeudenvastaisuuskysymysten erillään pitämisen tärkeyttä.

Vaikuttavin este TRAEGERin tutkimusten menestyksen tiellä on hänen lähtökohtansa yksipuolisuus: luonnontieteelliskausaalisen yhteyden tunnustaminen ainoaksi oikeaksi syy-yhteydeksi. Tämä lähtökohta tekee ymmärrettäväksi sen epätasaisuuden, jonka alaiseksi oppi laiminlyönnin relevanssista hänen teoriassaan on tullut. Ehkä juuri tällä lähtökohdalla on yhteyttä siihen väärään kannanottoon, joka Traegerin opissa on tapahtunut laiminlyödyn teon merkityksen osalta laiminlyöntirakennelmassa. Tästä teosta — ei itsestään laiminlyönnistä — käy Traegerin mukaan päinsä sanoa, että sen tulee olla omansa yleisesti estämään seurauksen syntymistä![70] Asian esittäminen tältä kannalta kuitenkin nähdäksemme vain synnyttää epäselvyyttä siitä, mistä laiminlyönnissä on kysymys, koska tarkoitetulle (laiminlyödylle) teolle on voitava asettaa se vaatimus, että sen kautta *varmasti* — so. käytännön kannalta katsoen mitä todennäköisimmin — seurauksen syntyminen olisi voitu ehkäistä. Mikään adekvaattisuudeksi tarvittava objektiivinen mahdollisuus ei tässä kohdin ole riittävä eikä näin muodoin myöskään laiminlyöntikysymyksen kannalta huomionarvoinen asia. Seurauksen adekvaattisuus — sen Traeger on kyllä oikein oivaltanut[71] — on arvos-

[69] TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 26—27.

[70] TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 21, 24: »Die Kausalfrage beschränkt sich bei der Unterlassung auf die Frage nach der Kausalität der *vorgestellten Handlung*. Die Unterlassung wäre also als adäquat zu bezeichnen, wenn die vorgestellte (für den Unterlasser mögliche) Handlung die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise verhindert hätte — eine Denk- und Ausdrucksweise, die nicht falsch genannt werden kann, die aber in Wahrheit zurückführt auf die Frage nach dem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem zur Zeit der vorzunehmenden Handlung tatsächlich vorhandenen realen Bedingungskomplex und dem Erfolge.» Katsomme voitavan väittää, ettei ajatellun teon mainitunlaisesta kausaalisuudesta kulje sellaista siltaa käsilläolevan edellytyskompleksin kausaalisuuteen kuin edelläolevassa lainauksessa edellytetään. Päin vastoin on sanottava, että ellei vaaditusta teosta voida todeta enempää kuin että se »die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise verhindert hätte», ei laiminlyönti ole ollut lainkaan kausaalinen.

[71] TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 25.

teltava sen, niin sanoaksemme vaikuttamassa olevan edellytyskompleksin kannalta, mihin vaaditun toiminnan on puututtava objektiivisesti arvattavissa olevan seurauksen estämiseksi.

Lisztin—Traegerin ryhmään kuuluvista tutkijoista, joiden perimmältään toisarvoisia oppieroavaisuuksia ei ole syytä tässä selostaa, mainittakoon mm. Enneccerus,[72] Zitelmann,[73] Schlossmann,[74] Crome,[75] Marx,[76] Eccius,[77] Lindemann-Soergel,[78] R. Merkel,[79] Radbruch,[80] Ekström[81] ja Hernberg.[82]

III. LAIMINLYÖNNIN KAUSAALISUUDEN MYÖNTÄVÄT TEORIAT.

Ne tulokset, joita laiminlyönnin kausaalisuuden kiistävällä opilla on ollut tarjottavana, eivät ole voineet tyydyttää varsinkaan kysymyksen käsittelylle asetettavia systemaattisia vaatimuksia. Alistuminen laiminlyönnin kausaalisuuden kiistämiseen, joka tämän teorian kannattajista näytti välttämättömyydeltä, on uudemman tieteisopin kannalta päinvastoin periaatteellinen erehdys, joka on syntynyt luonnontieteellisen kausaalisuus-käsitteen yksinvaltiaaksi asettamisesta ja aiheuttanut suhteettomasti teräväajatuksisen työn hukkaa ja vaivannäköä niiden vaikeuksien voittamiseksi, joita sanottu lähtökohta tutkijan tielle kerää. Niinpä uusin tutkimus on jälleen

---

[72] Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, 23—27 pain., 1927, s. 49 s., eritt. viite 26.

[73] Zitelmann, Das Recht des bürg. Gesetzbuches, Allgem. Teil, s. 161 ss.

[74] Schlossmann, Der Vertrag, s. 320 s.

[75] Crome, System, I s. 480: »Eine reine Unterlassung kann an sich nie einen *Erfolg* im hier besprochenen Sinne haben. Dennoch ist für die Rechtsordnung nicht selten auch eine blosse Unterlassung kausal; — dann nämlich, wenn ein umgekehrtes Thun nach Lage der Sache geboten war bezw. erwartet werden konnte.» Samalla Crome kuitenkin pitää laiminlyöntiä negatiivisen edellytyksen luomisena.

[76] Marx, Kausalität der Unterlassung und Schadensersatzpflicht aus Unterlassungen nach § 823 BGB, s. 11 ss.

[77] Eccius, Preuss. Privatrecht, s. 138, 206 s., 544 s.

[78] Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3 pain., mm. s. 768.

[79] R. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, s. 187.

[80] Radbruch, s. 74 ss.; Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, s. 131 ss.

[81] Ekström, Privaträttens allmänna läror, s. 852 s.

[82] Hernberg, Yleissiviilioikeus, s. 353.

palannut sille kannalle, jonka puolustaminen jo oli näyttänyt toivottomalta: laiminlyönnin kausaalisuuden tunnustamiseen.

1. Sen, joka tekoa ja laiminlyöntiä toisiinsa verratessaan tarkastelee niitä yksinomaan luonnonilmiöinä, ei ole mahdollista tunnustaa laiminlyönnille kausaalista merkitystä. SAUER, jonka oppi laiminlyönnin kausaalisuudesta tulee seuraavassa arvostelun alaiseksi, pitää tärkeänä ilmiöiden tarkastelun yhteiskunnallisen luonteen korostamista. Tähän tarkastelutapaan kuuluu oikeudellinen arvottaminen. Juuri arvottaminen, ilmiöiden tarkastaminen niiden suhteessa teleologisesti määrättyyn arvoon, on Sauerin mukaan ominaista oikeudelliselle ajattelulle, joka vastakohtana luonnontieteelliselle tähtää muuhun kuin pelkkään ilmiöiden selittämiseen: arvottamisen kautta saavutettavaan normatiiviseen käsittelyyn, jonka kohteena on pitäminen (Sollen), ei oleminen (Sein). Tämä arvottava tarkastelutapa luo myöskin tarkasteluobjektiin omaa sisällystään, se on loogillinen prius käsiteltävään objektiin katsoen, jolta se vaatii niin sanoaksemme yhteismitallisuutta.[83] Tähän katsoen ei myöskään yhteiskunnan piirissä tapahtuvia ilmiöitä, jotka edellyttävät omaa juriidista mittapuutansa, käy päinsä arvostella luonnollisen teko-käsitteen kannalta.[84] Täten Sauer — siinä kohdin BINDINGiin ja Graf zu DOHNAan yhtyen — hylkää luonnollisen teon käsitteen ja katsoo sillä oikeudellisessa merkityksessä voitavan ymmärtää ainoastaan arvopitoista (bewertet, gewertet, werterfüllt) käsitettä, joka on sovellettavissa niin hyvin laiminlyöntiin kuin ruumiinliikkeeseen.

SAUERin lähtökohdassa on tärkeätä katsantokannan määräävyys tarkastelunalaiseen objektiin nähden. Vaikk'ei käsitys kausaalisuus-

[83] SAUER, Grundlagen, s. 243, 451.

[84] SAUER, Grundlagen des Strafrechts, s. 244: »Es kann eben nicht jedes beliebige Objekt rechtlich gewertet werden, sondern nur ein solches, das gewisse, dem Masstab genügende Eigenschaften aufweist. Daher ist der Masstab das logische Prius gegenüber dem zu messenden Gegenstand (dem Verhalten, der Handlung); daher ist der sog. natürliche Handlungsbegriff, ein Vermeintliches logisches Prius, abzulehnen, und so erklärt sich letzten Endes die Gleichsetzung der Unterlassung mit der Handlung wie diejenige der Fahrlässigkeit mit dem Vorsatz: ein natürliches Nichts (Nichttun, Nichtwissen) gewinnt für die rechtliche Wertung die Bedeutung eines juristischen Etwas, eines Wertungsobjekts, und an die Stelle der natürlichen, d. i. der eigentlichen Kausalität tritt die juristische, die sog. adäquate Kausalität, das Objekt muss nämlich an sich geeignet sein, dem juristischen Unwerturteil zu genügen.» — Näiden Sauerin mietelmien johdosta on syytä huomauttaa, että niissä adekvaattisuusajatukselle annettu merkitys on katsottava liioitelluksi, koska conditio sqn. teorian käsittämä kausaalisuus yhtä hyvin kuin adekvaattinenkin voi irroittua luonnonkausaalisuudesta, ja että näistä näkökohdistä ei ole johduttava laiminlyönnin kausaalisuuden normatiiviseen käsittelyyn.

kysymyksen relatiivisuudesta suinkaan ollut Sauerin tutkimusten ilmestyessä uusi, lienee hänen ansiokseen kuitenkin luettava merkillepantava myötävaikutus tämän käsityksen muokkaamisessa oikeudellisen arvostelun vaatimuksia vastaavaksi. Sauer on korostanut sitä eroa, mikä tässä suhteessa on olemassa luonnontieteellisen ja oikeudellisen käsityksen välillä, joka viimeksimainittu koskee yhteiskunnallisia ilmiöitä ja tosiasioita, ja tehnyt siitä erityisesti laiminlyöntikysymyksen osalta systemaattisesti selvät ja sikäli koko kysymyksen kehittelyn kannalta arvokkaat johtopäätökset. Siten Sauer on ollut luomassa sitä pohjaa, jolta käsitys laiminlyönnin kausaalisesta merkityksestä kulkee lopullista voittoansa kohti.

Tämä SAUERin työ on jo saksalaisessa tieteisopissa ehditty leimata laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen ratkaisuksikin[85] — mutta mielestämme syyttä. Päin vastoin voidaan — se on tämän kirjoittajan käsitys — Sauerin opissa todeta sellaista vakavaa virheellisyyttä, jonka jääminen näihin asti vaille vastakritiikkiä suorastaan herättää huomiota.[86]

SAUERin opin olennaisimpiin puoliin kuuluu luonnontieteellisen ja oikeudellisen käsityksen toisistaan erottaminen mm. sen mukaan, että ensinmainitussa on kysymys ilmiöiden selvittämisestä ex post ja vastaavasti *varmuuden* tavoittelusta, jälkimmäisessä sen sijaan arvostelusta ex ante, jonka sisällyksenä voi olla vain (objektiivinen) *todennäköisyys*.[87] Vain viimeksimainittuun nojaava arvostelu ilmiöiden syy-yhteydestä, vain inhimillisestä käyttäytymisestä lausuttava arvotodelma käsittää juriidisen kausaalisuuskysymyksen.[88] Conditio

[85] SCHWARZ, Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung, s. 103 ss. Vrt. KISSIN, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, s. 30 ss.

[86] Suosiollisen arvostelun ohella (MEZGER, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie 16, s. 334 ss.) on SAUERin teos Grundlagen des Strafrechts erityisesti oikeusfilosoofisena tutkimuksena saanut osakseen kirpeäänkin kritiikkiä. Niinpä BAUMGARTEN (Deutsche Literaturzeitung 44, s. 34) mainitsee, Sauerin laiminlyöntiopistakin huomauttaen, että »auch in den Lehren der Unterlassung, des Versuchs und der Teilnahme, der Einheit und Mehrheit von verbrechen bringt uns der ganze philosophische Apparat des Verf:s nicht um Fingersbreite weiter». Baumgartenin arvostelun pohjana on lähinnä se Sauerin teoksen puutteellisuus, ettei se B:n mielestä lainkaan täytä, mitä lupaa, nim. rikosoikeuden perusteiden selvittelyä »korkeammasta», oikeusfilosoofisesta näkökulmasta, vaan jää »hyvän oppikirjan» tasolle.

[87] SAUER, Grundlagen, s. 434 s.

[88] SAUER, mt. s. 422 s. Tästä kaikessa jyrkkyydessään mahdottomasta kannasta on Sauerin ymmärrettävästi täytynyt tinkiä sikäli, että hänkin on myöntänyt ex post tarkastelulle merkityksen niin sanoaksemme ex ante arvostelman kontrollina. Tämä puoli

sine qua non sen sijaan kuuluu luonnontieteellisen kausaalisuuskäsitteen alaan, joka edustaa varsinaista kausaalisuutta,[89] »das Sein nicht das Sollen, die Natur nicht die Werte».[90] Ottamatta tässä yhteydessä lähemmän käsittelyn alaiseksi sitä, että Sauer arvottamismahdollisuuden liittymisestä ex ante näkökantaan[91] tekee johtopäätöksiä oikeudellisen kausaalisuuden muodostumisesta saman näkökohdan mukaan, huomautettakoon siitä Sauerin konstruktion erityisestä piirteestä, jonka mukaan laiminlyönnin kausaalisuusprobleema on ratkaistavissa nimenomaan ja ainoastaan adekvaattisen syy-yhteysteorian avulla. Sauer tahtoo osoittaa, että tämän kysymyksen edessä conditio sine qua non kriteeri muka joutuu voittamattomiin vaikeuksiin ja että laiminlyönnin kausaalisuus paljastuu vain silloin, kun sitä tarkastellaan adekvaattisuuden kannalta.[92]

Tämä käsitys adekvaattisuusnäkökohdan merkityksestä saattaa olla ymmärrettävissä sikäli kuin adekvaattisuuden mukaan määräytyvää kausaalisuutta pidetään ainoana oikeudellisena kausaalisuuskäsitteenä ja conditio sine qua non kriteeriltä evätään juridinen käyttökelpoisuus. Tältä pohjalta osoittautuu mahdolliseksi, että laiminlyönti ainoastaan adekvaattisuusperiaatteen mukaan arvosteltuna on kausaalinen. SAUER ei kuitenkaan — ymmärrettävästi — mene näin pitkälle, vaikka hänen esityksensä näyttäisikin siihen viittaavan. Conditio sine qua non merkitsee hänellekin oikeudellisesti käyttökelpoista kriteeriä. Siitä huolimatta Sauer katsoo sanotun kriteerin johtavan umpikujaan, josta vain adekvaattinen kausaalisuuskäsitys voi auttaa toivotuille perille.[93] Tätä väitettä, jonka Sauer toistaa vielä myöhemmin erityisesti laiminlyönnin kausaalisuuskysymykselle omistetussa tutkielmassaan FRANKin juhlajulkaisussa (1930, I, s. 209 s.), hän perustelee seuraavaan tapaan: »Wie hat sie

---

kausaalisuuskysymyksessä on kuitenkin sivuseikka: »Dem Gesetz, jedem Gesetz liegt die adäquate Theorie als die allein juristische zugrunde» (s. 427).

[89] SAUER, mt. s. 244.

[90] SAUER, mt. s. 423.

[91] SAUER, mt. s. 421 s.: »Der Ausgang von dem Verhalten als dem zeitlich Frühereren deutet schon auf die teleologische Verknüpfung in Gegensatz zu der Kausalen. Erstere wendet den Blick in die Zukunft, letztere in die Vergangenheit, erstere urteilt ex ante, letztere ex post. Erstere fragt: was soll sein?, letztere: was ist gewesen? Erstere ist die rechtlich-soziale, letztere die naturwissenschaftliche Frage. Irreführend ist daher für juristische Untersuchungen das Gegensatzpar: Ursache-Erfolg. Hier trifft mehr das andere zu: Mittel-Zweck.»

[92] SAUER, mt. s. 450 ss.

[93] SAUER, Grundlagen, s. 453 s.

(Bedingungtheorie) denn von ihren ex-post-Standpunkt aus die für die Bejahung der Kausalität entscheidende Frage zu stellen? Für das Tun müsste ihre Frage — um den Gegensatz möglichst zuzuspitzen — etwa so lauten: Hätte das Unterlassen dieses Tuns den unerwünschten Erfolg nicht herbeigeführt? Für das Unterlassen dagegen müsste bei strenger Parallelität die Frage umgekehrt also lauten: Hätte das Tun den unerwünschten Erfolg nicht herbeigeführt? Diese Frage gibt nun aber erst Sinn, wenn statt Tun gesagt wird gebotenes Tun — womit jedoch jene berüchtigte Verschiebung des Kausalproblems in die Rechtswidrigkeitslehre eintritt.»[94] Tämä todistelu, jolle Sauer itse tuntuu antavan suuren arvon, järkkyy juuri siinä perustelussa, jonka tarkoitus on musertavana kohdata conditio sine qua non teorian edustamaa ajatustapaa syyttämällä sitä kausaalisuus- ja oikeudenvastaisuuskysymysten sekoittamisesta ikäänkuin sanottu teoria *sinänsä*, käsitteellisesti, johtaisi sanottuun sekoittamiseen. Väite, että vain käsketyn tekemisen tarkoittaminen voi antaa edelläolevassa lainauksessa mainitulle kysymykselle järjellisen sisällyksen, on yhtä perustelematon kuin vääräkin. Siten Sauer itse luo sen virheen, johon viitaten hän katsoo voivansa väittää conditio sine qua non periaatteen itsessään johtavan siihen tulokseen, »womit jedoch jene berüchtigte Verschiebung des Kausalproblems in die Rechtswidrigkeitslehre eintritt».[95]

[94] SAUER, Grundlagen, s. 453. Sauer jatkaa esitystä mainitsemalla, että »fügt man nämlich das Wort 'geboten' nicht hinzu, so lässt sich die Frage auch dahin verstehen: Hätte ein (!) Tun, also irgendein Tun des Täters, ein anderes Verhalten als eben das von dem Täter beobachtete passive den unerwünschten Erfolg nicht herbeigefürt? Diese Frage ist aber sinnlos; denn es kommt doch gewiss nicht auf die Feststellung alles dessen an, was nicht getan sein darf, etwa gar von beliebigen Dritten in entferntem Lande.» Näin väittäessään Sauer ei huomaa, ettei ole mitään estettä jonkun »kaukaisessakin maassa» olevan henkilön *kausaaliselle* suhteuttamiselle nimenomaan johonkin *tiettyyn*, tunnusmerkistössä tarkoitettuun seuraukseen. Tästä lähemmin myöhemmässä tekstissä. On sangen perustelematonta puhua siitä, että conditio sqn. muka tässä merkitsee »irgend ein Tun des Täters», sillä koko kausaalisuuskysymyshän koskee tunnusmerkistössä mainitun seurauksen estämistä tarkoittavaa tekoa siitä riippumatta, mikä kausaalisuusteoria omaksutaan.

[95] Vrt. SAUER, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, s. 210, missä syytös on esitetty varovaisemmassa muodossa. KISSIN, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, s. 31, viite 87, huomauttaa Sauerin menevän liian pitkälle väitteessä, että ekvivalenssiteorian mukaan laiminlyönnin kausaalisuutta koskeva kysymys ylimalkaan saa järkeä vasta siitä, että se formuloidaan käskettyä tekemistä koskevaksi. Mutta KISSINKÄÄN ei ole korostanut sitä, niin sanoaksemme perusvirhettä, joka sisältyy Sauerin siihen väitteeseen, että laiminlyönnin *kausaalisuuskysymys* muka on ratkaistavissa vain adekvaattisuusopin avulla.

SAUERin todistelun päämäärä onkin loogillisesti mahdoton, joten sen (näennäisen) saavuttamisen täytyy tietää päätelmänteon virheellisyyttä. On voitava katsoa varmaksi, että mikäli tiettyä ilmiötä saatetaan pitää laiminlyönnin adekvaattis-kausaalisena seurauksena, sen tulee olla kausaalinen myöskin conditio sine qua non periaatteen kannalta katsoen. Adekvaattisuusoppi siinä muodossa, joka on taannut sille suuren menestyksen juriidisena kausaalisuusteoriana (tai oikeudenvastaisuusopin osana), merkitsee poikkeuksetta relevantin syy-yhteyden supistamista siitä, mikä conditio sqn. teorian mukaan *on olemassa*, eikä nähdäksemme sanotun teorian perusteita horjuttamatta ole mahdollista luopua tästä lähtökohdasta. Niinpä Sauer on epäsuorasti itsekin kumonnut sen todistelunsa, jonka hän laiminlyöntikysymykseen liittyen esittää adekvaattisuuden puolesta ex post arvostelua vastaan, kun hän korostaa sen käsittelyn yhdenmukaisuuden tärkeyttä,[96] joka on tuleva yhtäläisesti sekä laiminlyönnin että positiivisen aiheuttamisen osaksi. Tämän kanssa on nähdäksemme hyvinkin jyrkässä ristiriidassa se erikoisasema, jonka laiminlyönnin kausaalisuuskysymys Sauerin opissa saa, ristiriidassa, joka ilmenee sitä selvempänä, kun juuri Sauer ei ole säästänyt sanoja ruoskiakseen niitä käsityksiä kysymyksessäolevasta asiasta, jotka johtavat laiminlyönnin erikoiskäsittelyyn.[97] Sanottu Sauerin konstruktion virheellisyys on näin muodoin siksi kouraantuntuva, että juuri sitä koskevan kritiikin puute muuten perinpohjaisessa ja pieniäkin yksityisseikkoja käsittelevässä kirjallisuudessa mielestämme ansaitsee erityisen mainninnan.[98]

Kritiikki jää usein yksipuoliseksi sen takia, ettei arvostelija saa huomaamiltaan virheiltä tunnustetuksi olemassaolevia ansioita. Tällaisesta yksipuolisuudesta arvostelua ei kuitenkaan voitane syyttää, jos se SAUERin tutkimusten merkityksestä käsilläolevan kysymyksen kannalta esittää sen mielipiteen, etteivät ne sisällä sellaista asian ratkaisua, joka asettaisi hänet toisten tutkijain rinnalla erikoisasemaan. Tähän katsoen SCHWARZin Sauerille omistama huomio nähdäksemme on enemmän Sauerin oppien alttiin omaksumisen kuin kriitillisen tarkastelun tulos. Toiselta puolen olisi juurisanottua ansioiden unohtamista, jos BAUMGARTENin tavoin väitettäisiin, etteivät Sauerin tutkimukset ole vieneet laiminlyöntikysymystä eteenpäin

[96] SAUER, Grundlagen, s. 448 s., s. 445 s.

[97] SAUER, Grundlagen, s. 449 s. 456.

[98] Huomautettakoon, että teos, Grundlagen des Strafrechts, jossa kosketeltuja näkökohtia on esitetty, on julkaistu jo v. 1921.

edes »sormenleveyden vertaa». Baumgarten tosin lienee oikeassa tarkoittaessaan tällä väitteellään ehkä vain sitä asian edistymistä, jota Sauerin filosoofinen ote viritti odottamaan — tällä filosoofisella linjalla myöskin tapahtuu se adekvaattisuusopin yliarviointi, josta kysymyksen ratkaisun asemesta muodostuu kohtalokas virhe —, mutta mikäli käsilläolevaa kysymystä tarkastellaan filosofian korkeuksiin kurkottamatta ja systemaattiselta kannalta, on Sauerin ansioksi luettava laiminlyönnin käsitteen puhdistaminen paljosta painolastista, jota oppisuuntien runsaus oli aikojen kuluessa sen vaiheille kerännyt.

Tutkimustyössään on SAUERilla tässä kohdin ollut kirkas johtotähti: teon ja laiminlyönnin käsittelyn täysi yhdenmukaisuus. Vaikka Sauer — kuten edelläolevasta on käynyt ilmi — ei kaikin kohdin ole jaksanutkaan täysin johdonmukaisesti seurata tätä tienviittaansa, se kuitenkin on auttanut hänet siksi pitkälle, että niin sanoaksemme laiminlyönnin pohjakäsite on Sauerin ansiosta selventynyt. Tältä osin on hänen tutkimustyölleen annettava ansaittu tunnustus erityisesti siinä, että sen kautta seurauksen estämismahdollisuuden merkitys laiminlyönnin arvostelussa on saatettu oikeaan valoon. Periaate, ettei laiminlyönti saa teon rinnalla anastaa mitään merkitysopillista erikoisasemaa, johtaa Sauerin perusteleman mielipiteen mukaan siihen, ettei myöskään sellainen määrittely, joka tekee *erityisesti laiminlyönnin* käsitteen riippuvaksi seurauksen estämismahdollisuuden olemassaolosta, ole oikea, koska laiminlyödyn teon tekemismahdollisuus vain käsittää teon ja laiminlyönnin *yhteisen* perustunnusmerkin: toimintavapauden. Tätä vastaavasti Sauer pitää ilmeisenä virheenä, että laiminlyönti laajaa kannatusta nauttivan mielipiteen mukaan katsotaan *kausaaliseksi* (tai relevantiksi) ainoastaan silloin, kun laiminlyöntiin syyllistyneen oli ollut mahdollista suorittaa seurauksen estävä teko.[99] Sen tuomion, jonka Sauer mainitulle mielipiteelle antaa, se myöskin ansaitsee. Laiminlyödyn teon suorittamismahdollisuus on samassa suhteessa laiminlyönnin kausaalisuuteen kuin positiivisen teon tekemismahdollisuus tällaisen teon kausaalisuuteen: toimintavapaus ei ole syy-yhteyden tunnusmerkki. Edelleen on Sauerin mielestämme katsottava oikealla tavalla selventäneen laiminlyönnin käsitettä korostamalla sitä, ettei tekemättä jääneen teon odotettuisuutta ole pidettävä laiminlyönnin kausaalisuuden tunnusmerkkinä.[100] Laiminlyönnin *käsitesisällykseen*

[99] SAUER, Grundlagen, s. 425 s., 445 s.

[100] Kun SAUER, Grundlagen, s. 449, moitittuaan sitä, että laiminlyönnin kausaalisuus

tällainen tunnusmerkki ei kuulu.[101] Tämä näkökohta on voittanut tunnustusta hyvin hitaasti. Monien johtavien oikeusoppineiden puolelta ei vieläkään katsota mahdolliseksi luopua siitä konstruktiosta, jonka mukaan tietynlaisen teon odotettuisuus on laiminlyönnin kausaalisuuden tunnusmerkki. Kaikkein uusimmassakin johtavassa kirjallisuudessa, niinpä mm. sellaisessa teoksessa kuin MEZGERin suurta tunnustusta saaneen rikosoikeuden oppikirjan toisessakin painoksessa (1933), esiintyy vielä mielipide, jonka mukaan mainittua odotettuisuutta on pidettävä olennaisena tekijänä laiminlyönnin kausaalisuuden konstruoimiseksi.[102]

2. Mainittuun teon ominaisuuteen MEZGER arkailematta liittää teon käskettyisyyden, kun on kysymys laiminlyönnin käytännöllisestä käsittelystä. »Wir scheuen also nicht 'jene berüchtige Verschiebung des Kausalproblems in die Rechtswidrigkeitslehre', weil wir uns *theoretisch* durchaus klar über die Unterscheidung sind, aber wissen, dass *praktisch* jede 'gebotene' Handlung auch 'erwartet' ist, eine bloss 'erwartete', aber nicht 'gebotene' Handlung jedoch für das Strafrecht kein weiteres Interesse bietet.»[103] Itse asiassa ei siinä metoodissa, jota Mezger laiminlyöntikysymyksen käsittelyssä noudattaa, ole mitään sellaisen käsitesekoituksen vaaraa, johon Mezger

---

on kirjallisuudessa tehty riippuvaiseksi oikeudenvastaisuudesta, tekstissä mainitusta odotettuisuusvaatimuksesta huomauttaa, että »das Erwartetwerden ist aber offenbar wieder eine Voraussetzung der Rechtswidrigkeit!», ei tällä huomautuksella ole sitä kantavuutta, jota Sauer näyttää sillä tarkoittaneen. Odotettuisuuden tekeminen oikeudenvastaisuuden edellytykseksi ei sisällä samanluonteista virhettä kuin viimeksimainitun asettaminen edellytykseksi kausaalisuudelle. Päinvastoin on odotettuisuus, jos kausaalisuus tehdään siitä riippuvaiseksi, tällöin luonnollisesti myöskin oikeudenvastaisuuden edellytys. Että odotettuisuus ei kuulu laiminlyönnin käsitteeseen, ei perimmältään ole sen enempää kuin ettei odottamattomuuskaan ole teon käsitetunnusmerkki. Odotettuisuuden suhteesta laiminlyönnin kausaalisuuteen on sanottava samaa.

[101] Sana »laiminlyönti» suomen kielessä sisältää negatiivisesti arvottavaa väriä; se viittaa sellaiseen käyttäytymiseen, jolla on »paha arvo» ja siitä johtuen myöskin sellaisen teon tekemättä jättämiseen, joka olisi pitänyt tehdä. Tähän katsoen olisikin parempi, kuten jo aikaisemmin olemme viitanneet, välttää laiminlyönti-sanan käyttöä, koska se viittaa laiminlyödyn teon odotettuisuuteen. Tämän sanan käytön vakiutuneisuuden vuoksi sitä kuitenkin viljellään tässäkin tutkielmassa kaikkia sellaisiakin tapauksia tarkoittavana, joissa on kysymys tekemättömyyden ja seurauksen välisestä syy-yhteydestä — kokonaan riippumatta siitä, oliko tekemättömyys oikeudenvastaista tai laiminlyöty teko edes odotettu.

[102] Vanhemmasta kirjallisuudesta mainittakoon mielipiteen huomattavana edustajana TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 7.

[103] MEZGER, Lehrbuch, 2 pain. s. 137.

viittaa SAUERin sanoja lainatessaan. Sellaiseen sekoittamiseen on Mezgerin konstruktio liian selväpiirteinen: kausaalisuus edellyttää odotettuisuutta, vasta vastuullistavuus käskettyisyyttä. Laiminlyödyn teon odotettuisuus-ominaisuudella on Mezgerin teoriassa nähdäksemme kahdenlainen tehtävä. Toisaalta se tarjoaa tilaisuuden laiminlyönnin niin sanoaksemme vetämiseen lähemmäksi positiivisia tekoja[104] — tällöin, samoin kuin Traegerin opissa, ajatellun teon kausaalisuus astuu etualalle —, toisaalta tällä odotettuisuudella on Mezgerin kannalta olennainen tehtävänsä siinä, itsessään pääasiassa, että juuri se johdattaa laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen ratkaisuun. Tämä ratkaisu syntyy näet Mezgerin mukaan sen selvillesaamisesta, että laiminlyönnin kautta tapahtuva niin kommissiokuin omissiorikoskin voi syntyä (begründet werden kann) vain »ulkoa käsin» (extern, normativ), ei koskaan »sisältä päin» (intern),[105] »und dass insofern 'nicht der Unterlassende, sondern der Beurteiler die Unterlassung zustande' bringt».[106]

MEZGER ei ole tarkemmin selittänyt, mitä hän tarkoittaa vaatimallaan teon odotettuisuudella, jota ilmaisevaa sanaa hän paikoin käyttää lainausmerkein varustettuna, paikoin ilman ja jonka tilalla toisinaan on *ajatellua* tekoa koskeva maininta. On mahdollista, että sanotun käsitteen merkitys supistuu yksinkertaisesti sen ajatusoperation kuvaamiseen, joka on tarpeen sen selville saamiseksi, mikä teko olisi pystynyt seurauksen estämään. Tälle ajatustoiminnalle Mezger antaa laiminlyönnistä kysymyksen ollen konstitutiivisen merkityksen. »Dass eine Handlung vom Beurteiler 'gedacht' wurde, ist konstitutiv für den Begriff und für das Wesen der Unterlassung.»[107] Aikaluokkien käytöstä juurilainatussa lauseessa ja erinäisistä Mezgerin esityksen muista kohdista[108] käynee kuitenkin päätteleminen, että Mezger teon

[104] MEZGER, Lehrbuch, s. 136, viite 22, huomauttaa oman käsityksensä ja SAUERin kannan eroavaisuudesta seuraavaa: »Mit SAUER — — — verbindet uns der Asgangspunkt im Normativen; nur betonen wir stärker als er die Wirklichkeits*bezogenheit* des Kausalitätsgedankes (sei es auch nur die Bezogenheit auf eine »gedachte» Wirklichkeit) und die Scheidung zwischen normativen *Denken* (»gedachte Handlung» = wesen der Unterlassung — —) und normativer *Wertung* (»gebotene Handlung» = *Rechtswidrigkeit* der Unterlassung). Kausaalisuusajatuksen todellisuussuhteisuuden korostamisesta Mezgerin teoriassa nähdäksemme kuultaa luonnontieteellisen kausaalisuuskäsityksen väritys.

[105] MEZGER, Lehrbuch, s. 136.

[106] MEZGER, Lehrbuch, s. 132.

[107] MEZGER, s. 132.

[108] Esim. maininnasta (s. 132 s.), että joku jättää ilmoittamatta rikoksen, joka olisi

odotettuisuudella tarkoittaa enemmän kuin pelkkää arvostelijan ajatustoimintaa laiminlyönnin ja seurauksen loogillisen kausaaliyhteyden selville saamiseksi. Konstitutiivista ei ole se, »dass eine Handlung vom Beurteiler 'gedacht' *wird*», vaan että se »gedacht» *wurde*.

Tällainen konstruktio ei voine olla kestävä. Yhtä vähän kuin positiivisen teon faktilliselle kausaalisuudelle on mitään merkitystä sillä, ajatteliko kukaan mitään muuta tekoa tapahtuvaksi, yhtä vähän on laiminlyönnin loogilliselle kausaalisuudelle relevanttia, että tekemättä jättämisen aikana ajateltiin (odotettiin) tekemistä. Laiminlyödyn teon odotettuisuus on kiistämättä käytännössä alituiseen ilmenevä tunnusmerkki silloin, kun on kysymys vastuullistavasta laiminlyönnistä, mutta se ei oikeuta tekemään siitä teoreettisesti tarpeellista laiminlyönnin käsitetunnusmerkkiä — yhtä vähän kuin voidaan vastuullistavan positiivisenkaan teon *kausaalisuuteen* käsitteellisesti sisällyttää sitä, ettei sen suorittamista odotettu. Odotettuisuus on kummassakin tapauksessa samassa asemassa — ja kausaalisuus-käsitteen ulkopuolella; samassa sikäli, että kielletyn teon tapauksessa odotetaan sen tekemättä jättämistä juuri samalla tavoin kuin käsketyn kysymyksessä ollen teon tekemistä.[109] Että viimeksimainittu seikka voi näyttäytyä MEZGERin kannalta konstitutiiviseksi itse laiminlyönnin kausaalisuudelle, se lienee selitettävissä yksinomaan siten, ettei Mezgerkään ole voinut vapautua siitä laiminlyönnin erikoisluonteen muka vaatiman erikoiskäsittelyn ajatuksesta, jonka luonnonkausaalisuusajatuksen värittämänä voidaan sanoa hallitsevan vallalla olevaa mielipidettä siitäkin riippumatta, miten se suhtautuu laiminlyönnin kausaalisuuden tunnustamiseen.[110]

---

rangaistuksen uhalla ollut ilmoitettava, ellei sellaista erityistä, oikeudenvastaisuutta poistavaa perustetta (rippisalaisuus tms.) olisi ollut olemassa, jonka mukaan ilmoitus ei ollut käsketty, vaikkakin se oli odotettu.

[109] Vrt. ROHLANDin »Das Prinzip der Erwartung» (Kausallehre, s. 19 ss.), BINDING, Normen II, s. 99 ss.

[110] MEZGERin käsittelytavalla voi olla yhteytensä myös siihen, että hän pitää tekemättömyyden kausaalisuutta sinänsä kriminalistia kiinnostamattomana kysymyksenä ja tätä asennetta vastaavasti johtuu korostamaan niitä tapauksia, joissa on kysymys käsketyn teon laiminlyömisestä. Täten oikeudenvastaisuuskysymys, jonka Mezger kyllä pitää tarkoin erillään kausaalisuuskysymyksestä, kuitenkin pääsee värittämään tekijän katsomusta ja sitä tietä vaikuttamaan siihen, että sellainen oikeudenvastaisuuteen *viittaava* tekijä kuin laiminlyödyn teon odotettuisuus määritellään laiminlyönnin kausaalisuuden kannalta konstitutiiviseksi. Lienee myönnettävä mahdolliseksi, että — vastuukysymysten puheena ollen — kausaalisuuteen lisätään sellainen käsitetunnusmerkki, jonka mukaan positiivisessa toiminnassa tekemättä jättäminen ja laiminlyönnissä tekeminen oli »odo-

Kun täten on todettu teon odotettuisuuden jäävän kausaalisuuskäsitteen ulkopuolelle, on syytä MEZGERin teoriasta lopuksi tarkastaa sitä, kausaalisuuskysymyksen kannalta siinä tärkeäksi selitettyä laiminlyönnin ominaisuutta, jonka mukaan tekemättömyyden kausaalinen luonne syntyy — ei siinä itsessään olevasta aineksesta, vaan — »ulkoa käsin» laiminlyönnistä lausutun arvostelman tuloksena. Tämä laiminlyönnin eksterni käsittely sisältää, mikäli olemme Mezgerin oikein ymmärtänyt, juuri odotettuisuus-momentin korostamisen; tämä käsite muodostuu keskeiseksi ja määrääväksi sen rinnalla, että kausaalisuuspäätelmä tosiaankin on laiminlyöntiin »ulkoa päin» sovelletun ajatusrakennelman tulos. Kun kuitenkin on osoitettu, ettei odotettuisuus, kuten sanottu, ole hyväksyttävissä kausaalisuuden käsitteelliseksi tunnusmerkiksi, kannanotto Mezgerin teoriaan näin ollen edellyttää vielä sen tutkimista, eroaako laiminlyönnin kausaalisuutta koskeva arvostelma mainitussa kohdin olennaisesti positiivisen tekemisen kausaalisuuden arvostelusta.

Asian tarkastelu osoittaa, että positiivisesta teosta kysymyksen ollen sen kausaalisuutta koskeva päätelmä riippuu sellaisen hypoteettisen eliminointimenettelyn tuloksesta, josta aikaisemmin on ollut puhe. Tässä yhteydessä ja asian oikeaksi rinnastamiseksi laiminlyöntiin on mainitusta eliminointimenettelystä syytä erityisesti huomauttaa, ettei se suinkaan — positiiviseenkaan tekoon liittyvänä — koske pelkästään luonnon maailmassa tapahtuneiden ilmiöiden tarkastelua. Se ei ole — kuten esim. SAUER katsoo sen olevan — yksinomaan luonnontieteellisen kausaalisuuden kriteeri. Myöskin positiivisesta toiminnasta voi johtua seuraus, jonka kausaalisuus tulee sanotuin tavoin tarkasteltavaksi ex post, mutta jota ei voida käsittää seuraukseksi luonnontieteelliskausaalisessa mielessä. Juuri tämä yksinkertainen tosiasia, joka kysymystä koskevassa kirjallisuudessa säännöllisesti sivuutetaan huomiotta, riittää todistukseksi siitä, että luonnontieteistä riippumattoman loogillisjuriidisen syy-käsitteen tarpeellisuus ei suinkaan ilmene vain silloin, kun on kysymys *laiminlyönnin* kausaalisuudesta. Sosiaalisten ja oikeudellisten ilmiöi-

---

tettu». Kuinka tarpeeton ja asiallisesti tyhjä tällainen rakennelma kuitenkin olisi ja kuinka paljon turhaa vaivaa tällaisen odotettuisuuden tarkka erilläänpito oikeudenvastaisuuskysymyksestä aiheuttaisi kysymysten sekoittumisen vaaran sittenkään häviämättä, se lienee enemmittä perusteluitta ilmeistä. Näitä asian puolia MEZGER ei ehkä ole ajatellut julistaessaan teon odotettuisuuden ja käskettyisyyden eron siksi selväksi rajaksi, joka estää kaiken vaarallisen häilymisen kausaalisuuden ja oikeudenvastaisuuden välillä. — Odotettuisuusmomentille antaa merkitystä myöskin TULENHEIMO, s. 4.

den maailma osoittaa luonnonkulusta erottuvan erikoisluonteensa myöskin silloin, kun oikeusalamainen positiivisella teolla aiheuttaa sellaisen oikeudellisesti relevantin seurauksen, jossa tämän seurauksen ja tarkastelunalaisen teon välillä ei ole mitään mekaanis-naturalistista syy-yhteyttä. Tällaisista tapauksista nähdäksemme ei voida sen paremmin kuin laiminlyönnistäkään sanoa, että kausaalisuus piilisi teossa itsessään ja että vain laiminlyönnille olisi ominaista sen kausaalisuuden syntyminen »ulkopuolisen» arvostelun kautta. MEZGERin korostama »ulkoa käsin» tulevan tekijän konstitutiivisuus laiminlyönnin kausaalisuuden kannalta täten pelkistyy niin sanoaksemme jonkinlaiseksi objektiivisen arvostelman »ruumiillistumaksi»; se ei perimmältään sisällä sen enempää »ulkoapäin» tulevaa ainesta kuin kausaalisuusarvostelma yleensäkään, milloin se on objektiivinen. Tässä mielessä niin hyvin positiivisen teon kuin laiminlyönninkin kausaalisuus syntyy »ulkoapäin», tarkastelijan objektiivisesta arvostelusta.

Edelläkäynyt esitys on siis vienyt siihen tulokseen, että odotettuisuusmomentin mukana laiminlyönnin kausaalisuuskonstruktiosta katoaa myöskin se erikoispiirre, jonka mukaan tekemättömyyden kausaalisuus, toisin kuin teon, syntyy eksternisti, kysymyksen tarkastelijan ulkoapäin luomana. MEZGERin tässä vastustettu kanta onkin nähdäksemme perimmältään ilmauksena luonnontieteellisen kausaalisuudenkäsityksen jatkuvasta voimasta — siitä käsityksestä, jossa yhä vieläkin tuntuu JOHN STUART MILLin vaikutus.

3. KISSINin laiminlyöntiopin tarkasteluun siirtyessämme on tarkoitus tämän SAUERin kannattajan kysymyksenkäsittelyyn liittyen osoittaa sen käsitteenmuodostuksen asiallisuus, jonka hän ja Sauer hylkäävät: conditio sine qua non teorian keskeinen asema niin hyvin laiminlyönnin kuin positiivisen teonkin puheena ollen — adekvaattisuuskriteerin tarpeellisuutta tietenkään vähäksymättä. Conditio sine qua non periaatteen asemasta tietoteoreettisena kriteerinä on todettava, että laiminlyöntitapauksissakin — toisin kuin Kissin katsoo voitavan asiaa arvostella — mainittua periaatetta on pidettävä yleisen juriidisen kausaalisuusteorian avaimena.

KISSIN kuuluu niihin uusimman kirjallisuuden edustajiin, jotka mahdollisimman selvästi ilmaisevat mielipiteensä syyn metafyysillisen käsitteen kelvottomuudesta juriidisen kausaalisuusteorian luomiseen. Voiman käsitteen tilalle on kausaalisuusarvostelussa asetettava seuraanto, ilmiöiden ominaisuuksien tutkinnan tilalle ajatusoperatio,

joka koskee ilmiöiden keskinäistä yhteyttä. »Im Verstande, nicht in der Dingen selbst, liegt dasjenige, was die aufeinanderfolgenden Erscheinungen miteinander verknüpft.»[111] Asiaa näin arvosteltaessa voidaan seuraannon toinen jäsen suhteuttaa toiseen yhtä hyvin silloin, kun ajallisesti varhaisempi tarkasteluobjekti on laiminlyönti, kuin jos se on positiivinen teko. Tätä arvostelun kulkua vastaa inhimillisen käyttäytymisen merkitys sosiaalisessa tapahtumisessa: laiminlyönti voi, yhtä hyvin kuin tekokin, inhimillisenä käyttäytymisenä muodostaa relevantin tekijän, jolla on seurauksensa yhteiskunnan elämässä.[112]

Lähtiessään tältä oikealta pohjalta tarkastelemaan laiminlyönnin kausaalisuuskysymystä toisaalta conditio sine qua non ja toisaalta adekvaattisuusteorian valossa KISSIN katsoo voivansa tehdä sen huomion, ettei ensinmainittu teoria ole laiminlyöntiin sovellettuna tyydyttävä, vaan että ainoastaan adekvaattisuusopin kautta voidaan saavuttaa kelvolliset tulokset laiminlyönnin kausaalisuuden käsittelyssä.[113] Kissinin kanta on näin muodoin sukua SAUERIN käsitykselle kysymyksessäolevasta asiasta. Siitä se kuitenkin ratkaisevasti eroaa nimenomaan siinä kohdassa, joka antoi aiheen ankaraan arvosteluumme Sauerin opista: Kissin ei väitä itse kausaalisuuskysymyksen olevan ratkaistavissa vain adekvaattisuusteorian avulla, vaan päinvastoin tunnustaa, ettei conditio sine qua non periaate laiminlyönninkään puheena ollen vie loogillisiin mahdottomuuksiin eikä myöskään sellaiseen kausaalisuus- ja oikeudenvastaisuusaineksen sekoittamiseen kuin Sauer oli väittänyt. Joskin Kissin täten tunnustaa, että laiminlyönnin kausaalisuuskysymystä käy päinsä käsitellä conditio sine qua non teoriankin näkökulmasta, hän toisaalta erityisesti korostaa niitä varjopuolia, joita sanotun teorian soveltamisella on. Siten Kissinin esitys johtaa siihen käsitykseen, että vain adekvaattisuusteoria voi laiminlyönnin kausaalisuusoppina käydä tyydyttävästä teoriasta. Sikäli kuin tällä tuloksella tarkoitetaan perimmältään samaa, mikä on sanottava conditio sine qua non periaatteen liiallisesta väljyydestä adekvaattisuuskriteeriin verraten yleensä, siis positiivisenkin teon puheena ollen, on tulos tietenkin aivan oikea.

---

[111] KISSIN, s. 29.

[112] KISSIN, s. 29: »So in seiner Beziehung zu der Gesantheit des sozialen Geschehens betrachtet, ist die Unterlassung nicht mehr ein Nichts, wie vom Standpunkt der Naturwissenschaft, sondern ein (juristisch-soziales) Etwas und als solches gleich dem Handeln imstande, Ursache eines rechtlich relevanten Erfolges zu sein.»

[113] KISSIN, s. 34 s.

Mutta koska — niinkuin näyttää — Kissin on tahtonut tutkimuksensa tuloksena esittää todistuksen conditio sine qua non teorian oikeudellisesta tarkoituksettomuudesta erityisesti laiminlyöntiopin osalta,[114] on syytä lähemmin tarkastella hänen esittämiään näkökohtia sanotun mielipiteen perustelemiseksi.

Conditio sine qua non teorian täytyy Kissinin mukaan johtaa tavattoman laajaan kausaalisuus-käsitteeseen. Tätä sinänsä oikeaksi tunnustettavaa johtopäätöstä Kissin valaisee Richteriltä[115] lainaamallaan esimerkillä vaihdemiehestä, jonka tehtäviin kuuluu vaihteen kääntäminen klo 5:n ja 6:n välillä, mutta joka mentyään tunnin matkan päässä olevaan majataloon jää istumaan korttipelin ääreen klo 6:een asti.[116] Mikäli tässä esimerkissä tarkastellaan vaihdemiehen käyttäytymistä pelkästään klo 5:n ja 6:n välillä, ei tältä osin ole kysymys laiminlyönnistä, koska vaihdemieheltä silloin puuttui toimintavapaus.[117] Laiminlyöntiä — lisäksi vastuullistavaa laiminlyöntiä — on sen sijaan siinä, ettei vaihdemies lähtenyt ravintolasta ennen klo 5:tä säilyttääkseen mahdollisuutensa vaihteen ajoissa kääntämiseen.[118]

[114] Kissin, s. 34 s.: »Man wird — fragen müssen, welchen Zweck es noch hat, bei einer Unterlassung die Kausalität des Verhaltens für den Erfolg zu prüfen, wenn sich regelmässig ohne weiteres das Nichttun aller oder fast aller Menschen als ursächlich herausstellt.»

[115] Richter, Die Strafrechtliche Bedeutung der Rechtspflicht zum Handeln, s. 103.

[116] Kissin, s. 32.

[117] Hänen ei enää ollut sanottuna aikana mahdollista ehtiä kääntämään vaihdetta ennen klo 6:ta.

[118] Kissinin muutoin sangen selväpiirteisessä esityksessä on mielestämme tässä kohdin pieni virheellisyys, joka tulkoon oikaistuksi. Kissin katsoo rikosoikeudellisen vastuun olevan johdettavissa siitä laiminlyönnistä, »dass der Weichensteller verliess, um sich an den Ort zu begeben, an dem die Weiche zu stellen war, — dass er also eine Handlung nicht vornahm, die ihm in Hinblick auf das Stellen der Weiche die Handlungsfreiheit wieder verschafft hätte.» Vaihdemiehen ajoissa majatalosta lähteminen ei kuitenkaan — toisin kuin Kissin mainitsee — käsittänyt mitään toimintavapauden uudelleenhankkimista, vaan olemassaolevan toimintavapauden pysyttämistä. Kissinin lapsus ei ansaitsisi erityisen huomautuksen käsittämää korostusta, ellei asia koskisi periaatteellista kysymystä: määrätyn laiminlyönnin edellyttämä toimintavapaus voidaan niin sanoaksemme menettää vain ikuisesti; se ei ole ollut menetettynä, jos se »saavutetaan uudelleen».

Toisen virheen Kissin nähdäksemme tekee siinä, että hän v. Albertiin (Verbotsverletzende Unterlassungen, s. 63 ss.) yhtyen katsoo laiminlyönnin rangaistavuuden olevan puheenaolevassa tapauksessa arvosteltava *actio libera in causan* analogiana: »Die Strafbarkeit tritt ein, wenn der Weichensteller rechtlich verpflichtet, sich das Weichenstellen zu ermöglichen — und wenn ihn zur Zeit jener ersten (freien) Unterlassung ein subjektives Verschulden traf.» (s. 33.) Tässä nähdäksemme laiminlyönti kuitenkin koskee pelkästään vaihteen kääntämättä jättämistä olemassaolleesta tuon teon tekemismahdollisuudesta huolimatta. Käsilläolevassa tapauksessa ei lainkaan ole kysymys siitä, ettei toiminta-

Kausaalisessa suhteessa tämä vaihdemiehen aloilleen jääminen ei Kissinin mukaan millään tavoin eroa muiden, tunnin matkan päässä vaihdepaikalta olleiden ihmisten käyttäytymisestä siinä, etteivät he klo 5:een mennessä lähteneet sanotulle paikalle ja ennen klo 6:ta toimittaneet vaihteen kääntämistä. Ne seikat, jotka asettavat vaihdemiehen erikoisasemaan, ovat muita kuin kausaalisuuden tunnusmerkkejä, ne kun koskevat sitä, ettei mainituilla muilla henkilöillä ollut velvollisuutta vaihteen kääntämiseen ja etteivät he tienneet eikä heidän pitänyt tietää vaihteen olevan mainittuna aikana käännettävän ja ettei vaihteenhoitaja itse sitä kääntäisi. Näiden henkilöiden käyttäytymisestä puuttuvat oikeudenvastaisuus ja syyllisyys, siis sellaiset momentit, jotka eivät kuulu kausaalisuuteen eivätkä saa tulla siihen sekoitetuiksi.[119] Tämän kausaalisen katsantokannan johdonmukainen soveltaminen johtaa näin muodoin siihen tulokseen, että kaikkien niiden ihmisten käyttäytymisen, jotka olisivat voineet seurauksen ehkäistä, ja sanotun seurauksen välillä on olemassa syyyhteys. »Wenn also irgendwo ein Zug entgleist, weil eine Weiche nicht gestellt worden ist, dann haben nach der Äquivalenztheorie den Unfall *alle Menschen* verursacht, die nicht körperlich ausserstande waren, sich rechtzeitig an die Weiche zu begeben und sie zu stellen.»[120]

Tämä tulos, johon KISSIN päätyy loogillisesti moitteettomien johtopäätösten tietä, on hänen mielestään epätyydyttävä, vaikkakaan conditio sine qua non teorian ei voida katsoa johtavan »järjettömyyksiin»,[121] koska sanotun teorian kannattajain asettama syyllisyysvaatimus olennaisesti rajoittaa niiden henkilöiden piiriä, joiden käyttäytyminen voi oikeudellisesti relevanttina tulla laiminlyöntitapauksissa huomioonotetuksi.[122] Tämän rajoituksen käyttökelpoisuudesta huolimatta Kissin katsoo conditio sine qua non periaatteelta puhtaasti kausaalisena teoriana puuttuvan siltä vaadittavaa kykyä tarpeellisen rajoituksen aikaansaamiseen kausaalisesti seuraukseen suhteutettavien henkilöiden piirissä. Kissinin käsityksen mukaan

---

vapautta olisi ollut, eikä niin muodoin myöskään mikään erottelu »ensimmäisen, vapaan» ja myöhemmän, toimintavapauden ulkopuolelle jäävän laiminlyönnin välillä ole tarpeen enempää kuin siihen liittyvä mainitun analogiankaan tavoittelu.

[119] KISSIN, s. 33.

[120] »— so dass ihnen die Handlungsfreiheit fehlte», KISSIN lisää viitteessä 92, s. 33.

[121] KISSIN, s. 34.

[122] Samaa on sanottava oikeudenvastaisuudesta, jota koskeva kysymys tulee käsiteltäväksi tuonnempana, II os. 3 luv. III 2 ja IV.

koko laiminlyönnin kausaalisuuskysymys näyttää kadottavan merkityksensä ja tulevan tarkoituksettomaksi, kun conditio sine qua non teoriaa sovellettaessa voidaan lähteä siitä, että melkein koko ihmiskunta kuuluu niiden henkilöiden piiriin, joiden käyttäytymisen on katsottava olevan syysuhteessa tarkastelunalaiseen seuraukseen. Kun Sauer sanoo, että conditio sine qua non teoria laiminlyöntiin sovellettuna voi saada mieltä vasta silloin, kun tietynlaisen tekemättömyyden kausaalisuutta sanotun teoria mukaan tutkittaessa puhutaan käsketystä tekemisestä, tämä mainitussa teoriassa muka piilevä järjellisyyden puute saa puolestaan Kissinin esityksessä ilmaisunsa siinä muodossa, että sen mukaan kausaalisuuden piirin objektiivinen rajoittaminen sen alaisuuteen joutuvien henkilöiden osalta katsotaan ylimalkaan järjelliseksi vasta sitten, kun laiminlyönnin kausaalisuutta koskeva kysymys asetetaan adekvaattiseen syy-yhteyteen kohdistuvaksi.[123] Se kysymyksenasettelu, jonka kautta Kissin, kuten SAUERkin katsoo saavutettavan olennaista etua conditio sqn. teoriaan verraten, on nähdäksemme kuitenkin laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen selvittämisen kannalta sangen vähän suositeltava, sillä tämä kysymys kohdistuu siihen, keiden yksilöiden käyttäytyminen on seurauksen syntymistä suosiva. vaikka itse kausaalisuuden adekvaattisuutta koskeva kysymys on varsinaisesti toinen, nimittäin se, oliko laiminlyönti (käsilläolevan edellytyskompleksin momenttina) omansa lisäämään senlaatuisen seurauksen syntymismahdollisuutta,[124] joka yksittäistapauksessa siitä syntyi, laiminlyönnin kausaalisuuden yleensä ollessa riippuvainen siitä, että tapahtumankulkuun puuttuminen olisi (teoreettisesti katsoen varmasti) estänyt seurauksen syntymisen.

4. Että adekvaattisuuskriteerin käyttö laiminlyönnissä — samoin kuin positiivisen teon puheena ollen — on täysin paikallaan, siitä ei ole epäilystä. Epäilys, vieläpä sangen vahva, sen sijaan koskee sitä, onko mahdollista käsittää conditio sine qua non periaatteen oikeutus niin vaillinaiseksi ja sen käyttökelpoisuus niin sanoaksemme siten

[123] KISSIN, s. 35: »Soll daher diese Feststellung überhaupt Sinn haben, so darf man nicht fragen, wann ein menschliches Verhalten conditio sine qua non für den Eintritt eines Erfolges ist, sondern nur, wann ein Verhalten die *adäquate Ursache* des Erfolges bildet.»

[124] Adekvaattisuusteorian kysymyksessäolevalta osalta käsittämän rajoituksen kannalta on sivuseikka, että KISSIN määrittelee adekvaattisuuden jossakin määrin toisin kuin tekstissä on tapahtunut. Kun Kissinin tutkimuksessa kosketellaan adekvaattisuusteoriaa vain aivan yleisluonteisesti hahmotellen, ei nähdäksemme ole syytä asiaan lähemmin puuttua.

toispuoleiseksi, että mainittu periaate kelpaa oikeudellisen kausaalisuuskäsityksen *pohjaksi* ainoastaan positiivisen teon seurauskysymystä pohdittaessa, mutta menettää tämän yleismerkityksisen arvonsa silloin, kun tarkastelu kohdistetaan laiminlyönnin syy-luonteen selvittämiseen.[125] Asia on kuitenkin esitetty näin.

Siten on uusin laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen käsitys — emme tarkoita tällöin yksin KISSININ johtopäätöksiä — joutunut sangen mielenkiintoiseen vaiheeseen: conditio sine qua non ja adekvaattisuusteoriat näyttävät tämän käsityksen mukaan edustavan laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen kehityksen eri asteita. Näyttää siltä kuin adekvaattisuusoppi voisi viitata pitemmälle päässeisiin laiminlyönnin olemuksen tutkimustuloksiin kuin conditio sine qua non teoria. Tämä asiantila, jonka ensinmainitun opin kannattajat käsittävät edustamansa suunnan etevämmyyden kannalta ja jota conditio sine qua non periaatteen puoltajat eivät tunnustane olemassaolevaksi, on kuitenkin vain näennäinen. Adekvaattisuusopin edistyneisyys conditio sqn. teorian rinnalla näytäksen todelliselta etupäässä kahdesta eri syystä: osittain sen takia, että mainittujen teoriain välille rakennetaan harhaanjohtaviakin vertauskohtia, ja osittain siksi, että adekvaattisuuskriteerin moninainen käyttökelpoisuus — niinkuin me asian käsitämme — on ollut omansa peittämään niitä puutteellisuuksia, joita itsellään adekvaattisuusopin kannattajilla on laiminlyöntikysymyksen käsittelyssä ollut.

Ensiksi edelläviitatuista conditio sqn. ja adekvaattisuusteoriain vertauskohdista mainitaksemme huomautettakoon niistä mielipiteistä, joita KISSIN tässä kohdin esittää. Todettuaan, että conditio sqn. teorian käsittämä kausaalisuuden ala, kuten sanottu, on sangen laaja, hän katsoo mainitun teorian soveltamisessa jouduttavan siihen, että kausaalisuuden tutkiminen ei *laiminlyöntitapauksessa* täytä varsinaista tarkoitustaan, joksi Kissin mainitsee rikoksen tekijänä kysymykseentulevien henkilöiden luvun objektiivisen rajoittamisen. Conditio sine qua non kriteeri on tähän tarkoitukseen — se myönnettäköön — hyvinkin soveltumaton, mutta — sitä on erityi-

[125] Täten voidaan sanoa KISSININ tutkimustuloksen perimmältään koskettavan samaa teoreettista ydinkysymystä, jonka käsittelyssä katsomme SAUERIN pahasti horjahtavan. Kissinin esityksessä ei hänen asenteensa sanottuun kysymykseen kuitenkaan paljastu niin räikeäksi kuin Sauerin teoriassa. Hän päinvastoin, kuten sanottu, myöntää conditio sqn. periaatteelle oikeutuksen sikäli, ettei se johda järjettömyyksiin, mutta — voitaneen sanoa — supistaakin sanotun teorian arvon siihen! Tässä kohdin Kissinin oppia rasittaa tuntuva epätasaisuus.

sesti korostettava — se ei olekaan tämän kausaalisuusteorian varsinainen tehtävä: *sinänsä*, puhtaasti kausaalisena kriteerinä se ei ole koskaan merkinnyt mitään käytännöllisesti arvokasta objektiivista rajoituksensaantia niiden henkilöiden piiriin, joiden käyttäytyminen on syy-yhteydessä tarkastelunalaiseen seuraukseen. Mitään erityisesti laiminlyönnille ominaista ei siis conditio sqn. teorian moititussa soveltamistuloksessa ole. Conditio sqn. teorian rajoitustehtävä saa olennaista käytännöllistä merkitystä vasta siinä kausaalisten edellytysten ryhmässä, jonka löytämiseen *muut* vastuullistavan teon tunnusmerkit kuin kausaalisuus ovat arvostelijan opastaneet. Conditio sine qua non teorian asemaa oikeustieteessä ei näin muodoin myöskään voida luonnehtia siten, että sanotaan tämän teorian nimenomaan laiminlyönnin osalta osoittautuvan tähän tehtäväänsä kelvottomaksi. Tällainen asiankäsitys on sitäkin epäoikeutetumpi, kun conditio sine qua non oppi, jota ilman ei toistaiseksi ole voitu tyydyttävää kausaalisuusteoriaa rakentaa, myöskin positiivisen teon tapauksissa — mikäli asiaa tarkastellaan puhtaasti kausaalisesta näkökulmasta — käsittää tavattoman lukuisan ihmismäärän kausaalisen suhteuttamisen tarkastelunalaiseen seuraukseen.

Joskaan ei näin muodoin ole juurisanotulta kannalta mitään oikealta tolalta suistunutta siinä, että kausaalisuuden ulottuvaisuus sen käsittämään ihmismäärään katsoen tulee conditio sine qua non teorian mukaan arvostellen tavattoman laajaksi, ei kuitenkaan ole syytä kummeksua sitä KISSININ kantaa, jonka mukaan sanotun teorian merkitys nimenomaan laiminlyönnistä kysymyksen ollen näyttää vähäiseltä. Loogillisesti oikein johdettu tulos, jonka mukaan melkein kaikkien elävien ihmisten käyttäytyminen (mikäli he olisivat pystyneet seurauksen estämään) on syysuhteessa tiettyyn seuraukseen, kiistämättä tuntuu oudolta.[126] Kissin, kuten sanottu, on koettanut vahvistaa tätä vaikutelmaa väittämällä, että sanotunlainen tulos merkitsee todistusta teorian kyvyttömyydestä täyttää kau-

[126] TRAEGER, Kausalbegriff, s. 63, ei arvatenkaan ole tehnyt johtopäätöksiä toimintamahdollisuuden käsittämän rajoituksen merkityksestä, koska hän kirjoittaa mm. seuraavaan tapaan: »Das nicht jede irgendwie erdenkliche Unterlassung zu einem bestimmten Erfolge in Beziehung gesetzt werden kann, zB. nicht die Unterlassung meines Antipoden, mich aus Lebensgefahr zu retten, ist ohne weiteres (!) einleuchtend; nur dort, wo ein den Erfolg vereitelndes Handeln möglich war — — — einen Erfolg zu verhindern, kann die Frage nach der Kausalität der Unterlassung auftauchen.» Tässä Traeger nähtävästi on antanut ratkaisuvallan »luonnolliselle tunteelle» ryhtymättä asian lähempään tarkasteluun. Tekstissämme on juuri osoitettu, että antipoodilla hyvinkin voi olla mahdollisuus mainittuun pelastamiseen ja ettei asia siis suinkaan ole »ohne weiteres» selvä.

saalisuusopille asetettavia yleisiä perusvaatimuksia ja että näin ollen ainoa apu on saatavissa adekvaattisuusteoriasta. Tämän teorian käyttö Kissinin ja Sauerin tapaan[127] ei kuitenkaan ole oikeassa suhteessa *kausaalisuuskysymykseen*, joka on eri asia kuin se, millä tavoin adekvaattisuuskriteeri on käytettävissä seuraukseen suhteutettavan henkilöpiirin supistamiseen. Viimeksimainitussa tapauksessa on kysymys siitä, kenen *toiminta* olisi ollut omansa estämään seurauksen, kun sen sijaan laiminlyönnin kausaalisuus perustuu siihen, että toiminta olisi sen *estänyt*, joten *tekemättömyys juriidiskausaalisena käsitteenä koskee samaa henkilöpiiriä sekä conditio sqn. että adekvaattisuusteorian kannalta.*[128]

Kun SCHMIDT epäilyksittä asettuu rajoituksettoman laiminlyönnin kausaalisuuden puoltajaksi ja kun v. FRANK, puolestaan epäröiden, päätyy samaan tulokseen, tämä kannanotto on todettava niin sanoaksemme järjen voitoksi tunteesta: koska laiminlyönnin kausaalisuuteen kuuluu, että tietty seuraus on ollut estettävissä, täytyy tämän mukaisesti kausaalisina pitää kaikkien niiden ihmisten käyttäytymistä, joiden olisi ollut mahdollista estää seurauksen syntyminen. Tällainen käyttäytyminen saa kausaalisuussisällyksensä siitä katsantokannasta, jonka mukaan tekemättä jättäminenkin on inhimillisenä käyttäytymisenä yhteiskunnassa merkityksellinen kausaalisuuden ollessa tämän relevanssin ehdoton edellytys. Ei näin ollen ole epäilystä käyttäytymisen kausaalisuudesta, kun vain voidaan selvittää, että tietty tekeminen todella olisi voinut ehkäistä seurauksen syntymisen. Täten sanotut tutkijat loogillisella välttämättömyydellä johtuvat siihen, että — voidaan hiukan liioitellen sanoa — melkeinpä kaikkien maapallolla elävien ihmisten käyttäytyminen on syysuhteessa johonkin tarkasteltavaan seuraukseen, esim. junan raiteilta suistumiseen vaihteen kääntämättä jäämisen vuoksi, sillä kysymys siitä, kenen piti huolehtia vaihteesta, ei kuulu kausaalisuussuhteeseen. Täten määräytyvään *kausaalisuuteen* tämä uudempi tieteisoppi ei rakentele rajoituksia — ja onkin siis *siinä* oikeassa.

5. Mutta onko *laiminlyönnin käsite* oikein määritelty silloin, kun mainittu kausaalisuuden tutkimustulos loogillisesti oikeana johtopäätöksenä käsittää kerrotun asiantilan, se on puolestaan kysymys,

[127] Tällä suunnalla on useita muitakin kannattajia.

[128] Conditio sqn:n »täyden laajuuden» kannalla ovat mm. KISSIN ja EB. SCHMIDT. Lehrbuch, Liszt-Schmidt, § 30. Samaan kallistuu myös v. FRANK, Strafgesetzbuch, 18 pain. s. 16 s.

jota tieteisopissa huomataksemme ei tähän asti ole edes asetettu, saati käsitelty. On ilmeisestikin pidetty selviönä, että toimintavapaus laiminlyöntiäkin koskevana on määriteltävä luonnontieteellisesti, mekaanisen ja fysioloogisen pakon negationa. Tämän käsityskannan syntymiseen on luullaksemme myötävaikuttanut SAUER,[129] joka — kuten sanottu — kyllä muutoin julistaa luonnollisen käsityskannan hylättävyyttä. Se että hän — ja monet muutkin tutkijat — näkee laiminlyöntikysymyksen ratkaisun yksin adekvaattisuusopissa ja siten niin sanoaksemme suoraa tietä pääsee päämäärään, on hyvinkin saattanut vaikuttaa laiminlyönnin käsitemäärittelyn enemmättä huomiotta jäämiseen. Tässä samassa muodossa, toimintavapauden *ruumiillisten*[130] edellytysten korostamisena, on laiminlyönnin käsite nyttemmin vallalla kaikkialla siinä adekvaattisuusopissa, joka seurauksen estämismahdollisuudessa näkee itsensä laiminlyönnin edellytyksen. Myöskään periaatteellisesti conditio sqn. teorian kannalla olevat tutkijat eivät ole virittäneet kysymystä laiminlyönti-käsitteen määrittelystä muulla pohjalla kuin minkä edellämainittu luonnontieteellinen perusta tarjoaa.

Mielestämme tämä asiantila ei ole täysin tyydyttävä. Vaikkakin voitaneen sanoa, että laiminlyönnin kausaalisuuskysymys, jota on pidetty yleisen oikeustieteen (ja rikosoikeuden) kaikkein vaikeimpiin kuuluvana, on uusimmassa tieteisopissa viimeinkin saanut ratkaisunsa, on tämän ratkaisun esikysymys itsensä laiminlyönnin edellytyksiä koskevana nähdäksemme vielä lopullisesti selvittämättä.

Johdannoksi niille näkökohdille, joita seuraavassa on tarkoitus esittää laiminlyönnin käsitteen täydentävästi määrittelemiseksi, tarkasteltakoon esimerkkiä, jossa edellytetään vaalilautakunnan — puhumme asiasta yksinkertaisuuden vuoksi kollektiivisesti — laiminlyöntinsä kautta aiheuttaneen paikkakunnalla uusien kunnallisvaalien toimittamisen siitä johtuvine kustannuksineen.[131] Mikäli tässä

[129] SAUER, Grundlagen, s. 426.

[130] »Ruumiin ja sielun vuorovaikutus» mukaan luettuna. — KISSININ opissa tämä kanta käy erittäin selvästi ilmi hänen edellämainitun vaihteenkääntämisesimerkin yhteydessä lausumastaan johtopäätöksestä (s. 33), jonka mukaan — missä ikinä juna suistuneekin kiskoilta sen takia, ettei vaihde ollut oikein asetettu — tämän suistumisen ovat conditio sine qua non teorian mukaan aiheuttaneet kaikki ihmiset, »die nicht *körperlich* (kor meid.) ausserstande waren, sich rechtzeitig an die Weiche zu begeben und sie zu stellen».

[131] Usein mainittu vaihteenkääntämisesimerkki kelpaisi vielä tähänkin tarkoitukseen, mutta asian saattamiseksi erityisesti siihen valaistukseen, joka ikäänkuin paljastaa kysymyksen uudelta puoleltaan, on käsittelyn lähtökohdaksi valittu esimerkki tapauksesta, jolla on niin sanoaksemme erityinen *juriidinen* kantavuus. Tämä esimerkki on mainit-

tapauksessa tarkoitetun tekemisen laiminlyönti tehdään riippuvaiseksi fyysillisestä toimintamahdollisuudesta, joka siis yksin asetetaan laiminlyönnin käsitteen edellytykseksi, seuraa siitä, että tavaton lukumäärä ihmisiä, joille olisi ollut sanotussa mielessä mahdollista ryhtyä laiminlyötyyn tekoon, on kausaalisesti suhteutettava uusien vaalien toimittamiseen sen perusteella, etteivät he tehneet tekemättömäksi jäänyttä tekoa. Tämä johtopäätös[132] on kuitenkin juriidisen kausaalisuusteorian soveltamistuloksena erityisesti esimerkkitapauksessamme omansa virittämään epäilyksiä laiminlyönnin käsitemäärittelyn asiallisuudesta. Tämän kirjoittajan käsitys onkin se, ettei toimintavapaus laiminlyönnin oikeudellisena edellytyksenä ole sidottu yksinomaan yksilön fyysilliseen olemiseen, vaan että laiminlyönnin erikoislaadusta, jota ei missään tapauksessa sinänsä voida kiistää, on johdettavissa ja täytyy johtaa juriidis-sosioloogiseen katsantokantaan — eikä fyysilliseen liikehtimiseen — suhteutettu laiminlyönnin käsite, aivan samoin kuin oikeusalan kausaalisuus-käsite on saavutettu suhteuttamalla inhimillinen käyttäytyminen sosiaaliseen elämään sen sijaan, että tekoa tarkasteltaisiin luonnonilmiönä.

Puoltamamme käsityksen perustelemiseksi on nähdäksemme kiitollista käyttää lainausta SAUERin esityksestä, vaikka siitä ei ole tehtykään tarkoittamiamme johtopäätöksiä. »Der Rechtsordnung steht es frei», Sauer sanoo,[133] »sich ihre eigenen Objekte zu schaffen; sie ist nicht an das Kraft betrachtet; sie greift aus dem sozialen Geschehen[134] gewisse Punkte heraus, die ihr rechtserheblich erscheinen und

---

semisen arvoinen myöskin erityisesti sen vuoksi, että siinä positiivinenkin teko, jos se ajatellaan uusien vaalien määräämisen ja toimittamisen syyksi, edellyttää muuhun kuin luonnontieteelliseen käsityskantaan nojautuvan kausaalisuusarvostelman lausumista. Seuraus, uudet vaalit kustannuksineen, ei positiivisesta teostakaan puheen ollen ole mekaanis-naturalistisessa syy-yhteydessä tekoon. Vaalilautakunnan menettely, oli se tekoa tai laiminlyöntiä, on oikeudellisesti samalla tavoin seurauksen syynä.

[132] Muistettakoon, että mikäli mainittu seuraus olisi johtunut lautakunnan positiivisesta toimesta, conditio sine qua non teorian mukainen kausaalisuuspiiri niinikään olisi ulottunut sangen laajalle tuottamatta haittaa kysymyksen oikeudelliselle arvostelulle.

[133] Grundlagen, s. 451.

[134] Tämän sanan kohdalla SAUER viittaa aikaisempaan esitykseensä sosiaalisesta tapahtumisesta. Kun täten etsimättä tarjoutuu tilaisuus kaunokirjallisenkin palan saamiseen juriidisen tekstin joukkoon, lainattakoon tähän kohta sanotusta esityksestä (s. 410 s.): »Innerhalb der Gemeinschaft fliesst das soziale Leben dahin gleich einem niemals rastenden Strom; es ist ein endloses Fluten und Rauschen der Geschehnisse, oft gleichmässig in ruhigem Ebenmass ohne Wellen und Wogen wie ein silberklares Band zwischen freundlichen Ufergestanden, oft aber mit Stromschnellen zwischen engen Felsen eingezwängt, in jähem Gefälle, vom Sturme aufgepeitscht mit sich überschlagenden Wellen. So greift auch der

an die sie ihren rechtlichen Massstab anlegen will; das kann das Nichttun des Menschen nicht anders sein wie das Tun. Das Verhalten als ein rechtlich erhebliches Objekt ist also ein Werk nicht nur des Täters, sondern auch der Rechtsordnung; der kritische Beurteiler erzeugt die Dinge.» Näitä näkökohtia laiminlyönnin käsitemuodostukseen sovellettaessa on syytä uudelleen erityisesti korostaa sitä, että laiminlyönti oikeudellisena käsitteenä *aina* tarkoittaa *tiettyä* tekemättä olemista, siihen käsitteellisesti kytkeytyvine tietyn teon tekemismahdollisuuksineen. Laiminlyöntiin tällöin tosin kuuluu »ihmisen mekaanisesta ja fysiologisesta pakosta vapaa suhtautuminen»,[135] mutta tällaisen määrittelyn kautta sitä nähdäksemme ei vielä ole luonnehdittu juriidis-sosioloogisena käsitteenä. Tietty tekemättömyys tietyn[136] teon tekemismahdollisuuden karakterisoimana on, SAUERin sanoja käyttääksemme, sosiaalinen tosiasia. Tätä sen ominaisuutta vastaavasti laiminlyöntiä on arvosteltava sosiaalisena ilmiönä ja laiminlyödyn teon tekemismahdollisuutta yhteiskunnallisena ja samalla *oikeudellisena* mahdollisuutena — eikä ihmisyksilön kykynä vapaaseen ruumiinjäsenten liikutteluun. Tietyn teon tekemismahdollisuus laiminlyönnin edellytyksenä merkitsee näin ollen paitsi fyysillisen ja mekaanisen pakon poissaoloa myöskin teon oikeudellista mahdollisuutta eli sen sallittuisuutta. Toimintavapauden käsitteen määritteleminen laiminlyöntikysymyksen osalta siten, että sen tunnusmerkiksi luonnollisen toimintavapauden lisäksi asetetaan

---

Menschen Wirken und Streben ineinander; der Mensch gleicht der Welle. Bald fügt sich alles in Eintracht und Harmonie zusammen, bald verläuft es nur unter Reiben und Stossen, mit Schlägen und Gegenschlägen; die Menschen jagen hintereinander her, einer den anderen überholend, um später selbst überholt zu werden. Stets bleibt aber der Mensch von dem Mitmenschen ebenso abhängig wie von den äusseren Dingen. Diese letzteren nehmen ohne menschliches Zutun ihren Gang durch die Welt; sie bestimmen die Menschen, wie sie umgekehrt auch von ihnen bestimmt werden können. Für die Zwecke der sozialen Wissenschaften sind die Menschen den Dingen voranzustellen; rein tatsächlich genommen sind die Dinge wichtiger als die Menschen — das will die soziale Tragik.

So gelangen wir zu dem Begriff der sozialen Tatsache. — *Soziale Tatsachen* sind äussere Vorgänge, die auf menschliches Wirken zurückführen sind oder umgekehrt auf dieses Einfluss haben können. Von diesen beiden Gliedern gewinnt für uns Intresse das erstere. — — — Die sozialen Tatsachen aber wiederum sind nur ein Ausschnitt aus dem *sozialen Geschehen*, jenem ewigen Strome; dieses ist daher der ursprüngliche soziologische Grundbegriff.»

[135] HONKASALO, s. 209.

[136] Merkityksessä »viss», mistä huomautettakoon erityisesti sen vuoksi, että laiminlyönti sosiaaliseksi ilmiöksi ajateltuna helposti saattaa kytkeytyä ajatukseen vaaditusta teosta.

myöskin laiminlyödyn teon oikeudellinen sallittuisuus, on mielestämme asian luonteesta johtuva. Oikeudelliselta kannalta katsoen on järjetöntä kysyä, olisiko tietty A:n teko estänyt seurauksen syntymisen, jos samalla oikeusjärjestys kieltää A:ta tekemästä tuota tekoa.[137] Oikeudelliselta näkökannalta ei näin ollen kielletyn teon tekemättä jättäminen mielestämme koskaan voi käsittää laiminlyöntiä (juriidisen) toimintavapauden puutteen vuoksi.

Edelläkäyneen esityksen perusteella voitaneen laiminlyönti näin ollen määritellä tietyn teon tekemättä jättämiseksi, jolloin laiminlyönnin edellytyksenä oleva toimintavapaus[138] on katsottava tosiasialliseksi mahdollisuudeksi ja oikeudelliseksi sallittuisuudeksi tarkoitetun teon tekemiseen. Laiminlyönti on kausaalisuhteessa tiet-

[137] On myönnettävä, että »kielletty teko», jos se tehtäisiin, ehkä useimmissa tapauksissa (ei aina!) osoittautuisi oikeudenmukaiseksi. Jos sivullinen, jonka ei ole lupa liikutella vaihdetta, kääntää sen oikein ja siten estää rautatieonnettomuuden tapahtumisen, ei hänen voida katsoa toimineen oikeudenvastaisesti. Laiminlyönnin käsitemäärittelyssä on kuitenkin kysymys siitä, olisiko »sivullinen» vaihteenkääntäjä siinäkin tapauksessa, että asianomainen palvelusmies ei olisi jättänyt velvollisuuttaan täyttämättä, ollut oikeutettu vaihteen kääntämään, sillä harkittaessa, kenen yksilöiden teot voidaan oikeudellisesti mahdollisina ottaa sanotussa suhteessa huomioon, ei mainittu mahdollisuus voi *edellyttää* laiminlyönnin olemassaoloa.

Ehdottamamme määritelmä ehkä voisi virittää epäilyksen, että sekin johtaa laiminlyönnin kausaalisuuden oikeudenvastaisuudesta riippuvaan konstruktioon. Epäilys olisi kuitenkin aiheeton, sillä ainoastaan itse kausaalisuuden tekeminen riippuvaiseksi oikeudenvastaisuudesta on se konstruktiovirhe, jota on varottava. Laiminlyönnin *käsitteen* määritteleminen oikeudenvastaisuus-käsitettä hyväksi käyttäen, mikä tässä ei tapahdu edes siten, että ensimainittu edellyttäisi viimeksimainitun olemassaoloa, on kokonaan toista; se vain on sellaisen tekemättömyyden *pakollisena* pitämistä, joka on sitä *oikeuden* kannalta, ja vastaavasti toimintavapauden puutteen toteamista. Tässä yhteydessä ilmenee laiminlyönnin erikoisluonne, jonka olemassaoloa ei voida kiistää eikä ole pyrittäväkään kiistämään. Siinä suhteessa SAUERIN parallellismi teon ja laiminlyönnin välillä mielestämme kaipaa oikaisevaa täydennystä. Samalla kun luonnontapahtuman kannalta arvostellen on olemassa perinpohjainen ero tekemisen ja tekemättömyyden välillä, jotka molemmat kuitenkin edustavat syy-käsitettä oikeudellisessa mielessä, samalla tätä »luonnollista eroa» ei saa pusertaa »luonnolliseksi yhtäläisyydeksi», vaan sen on voitava säilyä ja samalla muodostua oikeudellista luonnettaan vastaavaksi. Laiminlyönti on osa sosiaalista tapahtumista, sen elementit ovat sosiaalista elämää; laiminlyönnin käsitemuodostus ei ole riippuvainen yksin fyysillisestä vapaudesta, vaan se vaatii, tietystä tekemättömyydestä puheen ollen, sitä vastaavan tekemisen oikeudellistakin sallittuisuutta. — Sanotusta käy selville myöskin se, ettei ehdottamamme määrittely käsitä sitäkään virhettä, että oikeudenvastaisuuden edellyttämä normatiivinen tarkastelu ulottuisi koskemaan kausaalisuuskysymystä.

[138] Toimintavapaus on sekä positiivisen teon että laiminlyönnin yhteinen tunnusmerkki, eikä siis erityisesti laiminlyönnin käsitteeseen kuuluva. Sen sisällys on kuitenkin laiminlyönnissä toinen kuin positiivisen teon osalta.

tyyn seuraukseen silloin, kun tekemättä jätetty teko olisi estänyt seurauksen syntymisen.

Laiminlyönti-käsitteen sillä tavoin sosiaaliseen suuntaan kehittäminen, kuin tässä tutkielmassa on tapahtunut, saattaa vaatia jatkoa. Helposti herää kysymys, eikö toimintavapauden määritteleminen siten, että sitä rajoitetaan vain oikeudellisen mahdollisuuden käsitteellä, ole yhä tarpeettoman laaja ja eikö näin muodoin yhteiskuntaelämästä olisi johdettavissa lisärajoitusta toimintavapauden käsitteeseen siinä mielessä, missä sitä on laiminlyönnin yhteydessä käytettävä. Eikö »sosiaalista mahdottomuutta» määrättyyn toimintaan ole johdettavissa siitä, millä paikkakunnalla oleskeluun ja millaisiin tehtäviin elämä sitoo yksilön, ja eikö näistä olosuhteista voida konstruoida sääntöjä, joiden mukaan oikeusalamaisen »sosiaalinen mahdollisuus» teon tekemiseen määräytyy?

Kysymys on vaikea ja arkaluontoinen ja sen harkinta voi helposti horjahtaa mielivallan vaarallisille teille. Ei liene kiistettävissä, että laiminlyönnin edellytyksenä olevan toimintavapauden käsitteelle voitaisiin asettaa lisärajoitusta, joka soveltamisen kannalta mitään vaaraa tuottamatta saattaisi olennaisesti supistaa laiminlyönnin kausaalisuuden piiriä siihen kuuluvien yksilöiden osalta. Mutta olisiko tällöin mahdollista pysytellä kyllin täsmällisten käsitteiden piirissä, näyttää sangen epävarmalta samoin kuin sekin, koituisiko tällaisesta rakennelmasta olennaista teoreettistakaan hyötyä. Päinvastoin juuri teoreettiset näkökohdat mielestämme puhuvat sellaisen määrittelyn suotavuutta vastaan, jonka mukaan laiminlyönnin edellytyksenä oleva toiminnan mahdollisuus tehdään epämääräisten rajoitusten alaiseksi. Ainoa oikeusjärjestyksestä itsestään johdettavissa oleva rajoitus on nähdäksemme se, joka kieltää kysymyksessäolevan teon tekemisen. Siten tosiasiallinen (luonnollinen) toimintakyky ja oikeudellinen teon sallittuisuus nähdäksemme ovat sen toimintavapauden tunnusmerkit, josta laiminlyönnin olemassaolo riippuu. Että laiminlyönnin kausaalisuuden niin sanoaksemme henkilöllinen ulottuvaisuus jää tällöinkin erittäin laajaksi, ei vaikuta asiaan. Siinä se enintään törmää yhteen jokapäiväisen käsityksen kanssa, joka laiminlyönnin niinkuin positiivisen teonkin puheena ollen helposti höystää kausaalisuusajatusta vastuuaineksilla.[139]

[139] Tästä saa selityksensä, että yleinen kielenkäyttö toisessa tapauksessa puhuu laiminlyönnistä seurauksen syynä kuin itsestään selvästä asiasta, mutta toisessa vieroksuu tällaista sanontaa, vaikka teoreettisesti tarkastellen syysuhde puhtaasti kausaalisena käsitteenä on kummassakin sama. — Laiminlyönnin kausaalisuuden tunnustaminen vain

6. Laiminlyönnin kausaalisuuskysymys on täten kehittynyt ratkaisuunsa. Lopuksi vielä tarkasteltakoon kotimaisen tieteisopin edustajana HONKASALON laiminlyöntiteoriaa.

HONKASALO johtuu oman mielipiteensä esittämiseen ns. oikeuskausaalisuusteorian arvostelusta, jonka keskeiseksi aiheeksi hän asettaa mainittujen teoriain edellyttämästä kausaalisuussuhteen puuttumisesta tehtävissä olevat johtopäätökset. Tämä Honkasalon asenne mainittuihin teorioihin viittaa varsinaiselle juriidiselle syy-yhteydelle asetettavaan luonnonkausaalisuuden vaatimukseen tai ainakin luonnontieteellis-kausaalisesti värittyneeseen loogillis-tietoteoreettiseen kannanottoon, koska kritikoidut tutkijat (v. BAR, ROHLAND, KOHLER) ovat kausaalisuuden puutteesta laiminlyönnin ja seurauksen välillä puhuessaan tarkoittaneet luonnontieteellisen syy-suhteen puuttumista. Viimeksimainitunlaisen syy-yhteyden tilalle mainitut tutkijat tahtovat asettaa niin sanoaksemme tarkoituksenmukaisuuskausaalisuuden, jonka virheellisestä kytkemisestä oikeudenvastaisuuskysymykseen edellä on ollut puhetta. Kun Honkasalo kääntyy tätä konstruktiota vastaan asein, joiden kärki suuntautuu kausaalisuussuhteen puuttumiseen panematta pääpainoa teorian systemaattiseen harhautuneisuuteen, sitä on vaikea ymmärtää muutoin kuin että Honkasalo vaatii kausaaliyhteydeltä luonnollista syy-yhteyttä. Tällaisella yhteydellä hän ei kuitenkaan tarkoita vaikutusyhteyttä,[140] mutta — käsittääksemme — kylläkin »aiheuttamista», koska hän nimenomaan mainitsee, että »oikeusvelvollisuus ei voi käydä aiheuttamisesta, joka merkitsee muutoksen aikaansaamista

---

sillä perusteella, että se saa tukea yleisestä kielenkäytöstä, ei käsitä perusteltua kannanottoa sanottuun kysymykseen eikä niin sanoaksemme selitä mitään. Tällä kannalla olevista sekä niistä tutkijoista, jotka mainittavampaa perustelua esittämättä tunnustavat kysymyksessäolevan kausaalisuuden, mainittakoon mm.: MATTHIASS (Lehrb. d. bürg. Rechts I, s. 269 s.), COSACK (Lehrb. d. Deutschen Bürg. Recht, 7 pain. s. 367), ENDEMANN, Lehrbuch, s. 752 s., DERNBURG (Bürg. Recht II, 1, 4 painos, s. 78), PLANCK (Bürgerl. Gesetzbuch II, 3 pain. s. 975), v. GIERKE (Deutsches Privatrecht III, s. 883 s.), COSACK-MITTEIS (Lehrbuch I, 8 pain. s. 393s.), NAGLER (Teilnahme am Sonderverbrechen, s. 137) ja KOHLRAUSCH (Strafgesetzbuch, 27 pain. s. 9 s.).— OERTMANN, Kommentar II, 1, 5 pain., s. 56, näyttää olevan kahden vaiheilla. Mainittuaan varmaksi, että laki käsittelee laiminlyöntiä tekemisen veroisena, hän kuitenkin huomauttaa, että »es kann — dahingestellt bleiben, ob sie in strengem Sinne als Ursache eines eingetretenen Erfolges angesehen werden darf». Lopuksi Oertmann kuitenkin kallistuu TRAEGERin kannalle. DERNBURG, mt. ms., esittää kantansa sellaisin värityksin, että hänen voidaan katsoa kytkevän laiminlyönnin kausaalisuuden sen oikeudenvastaisuuteen.

[140] HONKASALO, s. 204: »— — — yritykset selittää laiminlyönnin ja seurauksen välinen suhde vaikutusyhteydeksi, ovat täysin epäonnistuneet.»

ulkomaailmassa, joten oikeuskausaalisuusteorioja on pidettävä harhaanosuneina».[141]

HONKASALO esittää laiminlyönnin kausaalisuusominaisuuden puolesta »että tavallisen elämän käsityskanta näkee myöskin laiminlyönnissä kausaalisen tekijän. Luonnollinen katsantokanta panee seurauksen määrätyn seikan syyksi[142] aina, kun seuraus (b) ei olisi syntynyt ilman tätä seikkaa (a). Arvostelu on sama, olipa a positiivinen tai negatiivinen edellytys. Jälkimmäisessä tapauksessa kausaalisuusarvostelu kuuluu: seuraus b olisi jäänyt syntymättä, jos laiminlyöntiä ei olisi ollut olemassa, jos ts. negatiivisen suhtautumisen sijassa olisi ollut vastaava positiivinen.» Tämän »tavallisen elämän käsityskannan» teoreettiseksi perusteluksi Honkasalo viittaa JOHN STUART MILLin syyn määritelmään, mikä viittaus nähdäksemme vahvistaa oikeaksi sen käsityksemme, että Honkasalon teoriassa on kysymys luonnontieteellisesti värittyneestä tietoteoreettisesta konstruktiosta.[143]

»Luonnollinen katsantokanta on yhdenmukainen J. STUART MILLin tietoteoreettisen käsityskannan kanssa», HONKASALO sanoo ja jatkaa: »Millin määritelmän mukaanhan syy on kaikkien niiden positiivisten ja negatiivisten antecedentioiden summa, joita tapahtuma muuttumattomana välttämättömästi seuraa. Mainitusta määritelmästä on, kuten aikaisemmin on mainittu, tehty johtopäätös, että syy on myöskin jokainen edellytys, jonka olemassaolosta seuraus konkreettisessa ilmenemismuodossaan on riippuva. Laiminlyönnistä voidaan yhtä hyvin kuin positiivisesta teosta sanoa, että se on conditio sine qua non seurauksen syntymiselle,[144] jos laiminlyöty posi-

[141] Mt. ms. — Myöskin HELLSTRÖM, JFT 1925, s. 307, näyttää olevan sitä mieltä, että laiminlyönti edellyttää »naturlig kausalität».

[142] Painovirhe lienee tässä sotkenut sanajärjestyksen, jonka tietenkin tulee olla: panee määrätyn seikan seurauksen syyksi jne.

[143] HONKASALO, MILLin teoriaa selostaessaan, sanoo (mt. s. 6), että »Seuraannon muuttumattomuus ja välttämättömyys merkitsevät sen *luonnonlainmukaisuutta*» (kor meid.). Huomattakoon myöskin, että Mill logiikkansa 8. painoksesta alkaen kirjansa nimessä mainitsee, että hänen tutkimuksensa on suhteutettu erityisesti luonnontieteeseen. (Ks. kirjallisuusluetteloa.)

[144] Tällaisesta määritelmästä sanotaan OLSHAUSENin kommentaareissa Saksan rikoslakiin, 11 pain. s. 193: »Dieser Satz stellt sich schon um deswillen als verfehlt dar, weil die Unterlassung, also das nicht Geshehene, aus dem grossen Bilde des Geshehenen nicht weggedacht werden kann; niemand vermag das Nichts wegzunehmen.» Tämä kritiikki ei ole täysin paikallaan, koska conditio sqn. kaavan käyttäminen laiminlyöntitapauksessa korostaa sitä laiminlyönnin tärkeää tekijää, jonka mukaan seurauksen estymisen tulee olla toiminnan varma tulos. HONKASALO itse ei kuitenkaan ole tullut mainitusta määri-

tiivinen toiminta olisi seurauksen syntymisen estänyt. Laiminlyönti ei näet merkitse ylimalkaista tekemättä olemista, vaan määrättyä tekemättä jättämistä.»

Käsiteltävänä oleva teoria, joka perusteluineen sisältyy edellätehtyihin lainauksiin, on mielenkiintoinen ja omaperäinen sikäli, että siinä pelkästä negatiivisen edellytyksen käsitteestä MILLin määritelmän mielessä katsotaan voitavan johtaa se syysuhde, josta laiminlyönnissä on kysymys, käyttämällä täten saavutettavan kausaalisuuskonstruktion tukena »tavallisen elämän käsityskantaa», jota HONKASALO nimittää myöskin »luonnolliseksi katsantokannaksi».[145] Ennenkuin ryhdymme käsittelemään sitä pohjaa, jonka Millin määritelmä negatiivisen edellytyksen osalta tarjoaa laiminlyönnin kausaalisuuden konstruoimiseksi, on syytä huomauttaa siitä suuresta ylimalkaisuudesta, joka rasittaa mainittua »tavallisen elämän käsityskannan» käsitettä ja joka samalla — mielipiteemme mukaan — tekee sen tieteellisen kriteerin tehtävään kelpaamattomaksi kaikkialla, missä asia voidaan muullakin tavalla määritellä. Tavallisen elämän käsitykseen vetoaminen ei siten perimmältään sisällä mitään luotettavaa kiinnekohtaa teoreettiselle tarkastelulle eikä edes sellainen elävään todellisuuteen pohjautuva tiede kuin oikeusoppi saa siitä mielestämme kyllin arvokasta ohjetta. Sanotun katsantokannan sopivaisuus mitä erilaisimpien käsitysten ilmaisemiseen nähdäksemme selvästi ilmenee mm. siitä, että samalla kuin Honkasalo tässä selittää tavallisen elämän käsityskannan *yhdenmukaiseksi* STUART MILLin määrittelemän syyn käsitteen kanssa, samalla sanottu käsityskanta jotensakin yleisesti esitetään *vastakkaisena* sille, jota Millin määritelmään liittyvä conditio sine qua non teoria edustaa. Katsomme näin ollen, ettei »luonnollinen» tai »tavallisen elämän» katsantokanta riitä luomaan oikeudellisesti perusteltua syy-yhteyttä laiminlyönnin ja seurauksen välille. Näin suurta merkitystä Honkasalo ei tahtonekaan sille tunnustaa. Käypä käsitys saa syntynsä syvemmältä: sillä on teoreettinen perustelunsa filosoofisessa syyn käsitteessä.

STUART MILLin kuulu määritelmä esitetään usein siinä muodossa, jossa HONKASALOkin sitä käyttää ja jonka mukaan syy on kaikkien

---

telmästään tässä kohdin oikeana pitämäämme tulokseen. Ks. mt. s. 205, 58 ja tämän tutkielman s. 273, viite 115.

[145] Vaikka HONKASALO, s. 204, ikäänkuin ratkaisevana perusteena laiminlyönnin kausaalisuuden puolesta esittää sen tosiasian kiistämättömyyden, »että tavallisen elämän käsityskanta näkee myöskin laiminlyönnissä kausaalisen tekijän», lienee kuitenkin katsottava, että konstruktion painopiste on STUART MILLin teorian puolella.

niiden positiivisten ja negatiivisten antecedentiain kokonaisuus, joita tapahtuma muuttumattomana ehdottomasti[146] seuraa.[147] Honkasalon teoriassa tähän määritelmään sisältyvän negatiivisen edellytyksen käsite saa sangen keskeisen merkityksen, laiminlyönnin kausaalisuus kun perustuu juuri siihen. Kun negatiivinen edellytys Millin määritelmässä merkitsee ainoastaan seurauksen syntymistä estäväin edellytysten poissaoloa (the absence of preventing or counteracting causes)[148] ja kun Honkasalo, vedoten mainitusta määritelmästä tehtyyn johtopäätökseen, että syy on myöskin jokainen edellytys, josta seuraus in concreto riippuu, katsoo laiminlyönnistä yhtä hyvin kuin positiivisesta teosta voitavan sanoa, että se on conditio sine qua non seurauksen syntymiselle, jos laiminlyöty teko olisi sen estänyt, tämä Honkasalon kanta merkitsee niin laajan syy-käsitteen omaksumista, ettei mielestämme ole mahdollista sanoa sillä olevan yhteyttä ainakaan tavallisen elämän syy-käsitteen kanssa. Negatiivinen edellytys yleensä, seurausta estävän edellytyksen pelkkänä poissaolona, käsittää tietysti kaiken ajateltavissa olevan, mikä voisi seurauksen estää: kun metsämies ampuu karhun, on mesikämmenen kuoleman syynä, ettei metso lentänyt luodin radalle ja suistanut sitä sivuun, ettei puunoksa pudonnut ampujan kädelle, kun hänen piti laukaista, ettei hän eräretkelle sonnustautuessaan saanut tärkeätä sanomaa, joka olisi pakottanut luopumaan karhunkaatomatkasta jne. Laiminlyöntikysymystä oikeusalalla käsiteltäessä poissaolevien estävien edellytysten piiri tosin supistuu ihmistekoihin, mutta tämäkään olennainen rajoitus, kuten sanottu, ei käsitä sellaisen syy-käsitteen saavuttamista, joka olisi yhdenmukainen elämän käyvän käsityksen kanssa — Honkasalon vertauskohdassa pitäytyäksemme.

Kun se seikka, ettei tavallisen elämän katsantokanta vastaa mainituita johtopäätöksiä, ei suinkaan merkitse teorian kelvotto-

---

[146] HONKASALO käyttää sanaa »välttämättömästi», joka tietenkin merkitsee samaa ja on oikea sana. »Ehdoton» on mielestämme kuitenkin »unconditionally»-sanaa vastaavana sikäli parempi, että se nimenomaan viittaa kaiken ehdollisuuden eliminointiin syyn käsitteestä. Voitaneen sanoa, että päivää välttämättömästi seuraa yö ja yötä päivä, koska silloin ei ajatella tällaisen välttämättömyyden ehtoa, jona on auringon lasku ja nousu (maan pyöriminen), mutta sen sijaan ei saman asian esittäminen käyne yhtä hyvin päinsä sanomalla, että päivää *ehdottomasti* seuraa yö ja päin vastoin, koska tällainen sanonta välittömästi viittaa siihen, että näin olisi asianlaita ilmankin sitä ehtoa, että aurinko laskee ja nousee. Päivä ei ole yön edellytys eikä yö siis päivän seuraus, koska mainitusta tapahtumain yhteydestä puuttuu ehdottomuus. Ks. MILL, Logic I, s. 375 ss.

[147] MILL, Logic I, s. 370, 377.

[148] MILL, mt. s. 371.

muutta oikeusalan kausaalisuusoppina, on syytä tarkastaa, minkä aseman MILL itse antaa sille negatiivisen edellytyksen käsitteelle, jonka hän yleisesti luonnehtii estävien edellytysten poissaoloksi. Jo siitä, että negatiivisten edellytysten merkitys supistuu pelkkään »non-existence»,[149] voidaan tehdä päätelmä tällaisten edellytysten eriarvoisuudesta positiivisten rinnalla. Syyn käsite positiivisena tekijänä värittyy siltä tietoteoreettiselta pohjalta, joka tässä käsitteessä sisältää esineiden ajallispaikallisen suhteen syyn ja seurauksen välillä, kun taas negatiiviselta edellytykseltä ei-eksistenssinä tämä suhde puuttuu sanotunlaisen edellytyksen saadessa syy-käsitteessä sijan vain sikäli kuin se kuvastaa tiedettyjen edellytysten suhdetta tuntemattomiin ja siltä kannalta aiheuttaa, että myöskin negatiivinen edellytys katsotaan seurauksen syyksi.[150] Vaikka viimeksimainittu seikka paljastaakin tarkastelunalaisesta syyn käsitteestä sen puolen, joka edellyttää negatiivisten momenttien mukaanottamista sanotun käsitteen piiriin ja antaa niille eräänlaisen itsenäisen merkityksen käsitteen määrittelyssä, se ei kuitenkaan poista sitä, nyt tarkoitetussa mielessä tärkeätä Millin määritelmän ominaisuutta, että negatiiviset edellytykset eivät tässä määritelmässä ole tasa-arvoiset positiivisten kanssa. Millin itsensä kysymyksenkäsittely on tästä parhaana todistuksena. Mainittuaan ensin,[151] että »the cause — — — is the sum total of the conditions, positive and negative taken together; the whole of the contingencies of every description, wich being realized, the consequent invariably follows», Mill kehittelee aineenkäsittelyään huomauttamalla,[152] että kun sellaisen syyn vaikutus, joka vaikuttaa toista syytä vastaan (the effects of any cause in counteracting another cause), useimmissa tapauksissa voidaan katsoa sen omien ja erityisten vaikutusten laajentumaksi (extension of its own proper and separate effects), se tekee mahdolliseksi jättää negatiiviset edellytykset kokonaan huomiotta ja määritellä syyn käsitteen ilmiön positiivisten

[149] MILL, Logic I, s. 369.

[150] MILL, Logic I, s. 371, viite: »If the only condition which can be supposed to be unknown is a negative condition, the negative condition may be spoken of as the cause. It might be said that a person died for want of medical advice: though this would not be likely to be said, unless the person was already understood to be ill, and in order to indicate that this negative circumstance was what made the illness fatal, and not the weakness of his constitution, or the original virulence of the diease. It might be said that a person was drowned because he could not swim; the positive condition, namely, that he fell into the water, being already implied in the word drowned.»

[151] MILL, Logic I, s. 370.

[152] MILL, mt. s. 371.

edellytysten kokonaisuudeksi.[153] Kun Mill sitten esittää määritelmänsä siinä muodossa, jossa sitä tavallisesti siteerataan, ja sanoo:[154] »We may define — — — the cause of a phenomenon, to be the antecedent, or the concurrence of antecedents, on which it is invariably and *unconditionally* consequent» (kor. Millin), hän tähän määritelmäänsä heti lisää: »Or if we adopt the covenient modification of the meaning of the word cause, which confines it to *the assemblage of positive conditions without the negative*, then instead of »unconditionally», we must say, »subject to no other than negative conditions» (kor. meid.). 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 negatiivisen edellytyksen alainen, Mill nähdäksemme tarkoittaa, ettei negatiivisella edellytyksellä ole seurauksen syntymisedellytysten kannalta mitään merkitystä — muutoin kai ei olisi mahdollista rajoittaa syyn käsitettä positiivisten edellytysten kokonaisuudeksi ja pitää negatiivista edellytystä sellaisena tekijänä, joka voi tulla lisäksi ehdottomuuden siitä muuksi muuttumatta.

Syyn määritelmä Honkasalon esittämässä ja korostamassa muodossa, jonka mukaan »syy on kaikkien niiden positiivisten ja negatiivisten antecedentioiden summa, joita tapahtuma muuttumattomana välttämättömästi seuraa», on näin muodoin muutettavissa sellaiseen Millin katsantokantaa vastaavaan asuun, jossa edellytysten summa (kokonaisuus) tulee korostetuksi vain positiiviselta puoleltaan.

Negatiivisen edellytyksen edelläkuvatusta luonteesta voidaan tehdä johtopäätöksiä kahteenkin suuntaan. Mikäli olisi kysymys nega-

[153] Mill, mt. s. 372 s.: »This property, which causes of all descriptions possess, of preventing the effects of other causes by virtue — of the same laws according to which they produce their own, enables us, by establishing the general axiom that all causes are liable to be counteracted in their effects by one another, 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: *one negative condition* invariably understood, and the same in all instances (namely, the absence of counteracting causes) being sufficient, *along with the sum of the positive conditions, to make up the whole set of circumstances on which the phenomenon is dependent.*» (kor. meid.) — Mill siis puhuu *yhdestä* negatiivisesta edellytyksestä, jolla ei ole positiivisten edellytysten veroista merkitystä. Vrt. Bierling, Prinzipienlehre III, s. 82: »Eine blosse Unterlassung stellt in der Tat niemals eine jener Bedingungen dar, deren Gesamtheit wir im philosophischen oder ontologischen Sinne als Ursache bezeichnen.»

[154] Mill, mt. s. 377.

tiivisen edellytyksen luomisesta — HONKASALO ei puhu sanotusta edellytyksestä nimenomaan tässä mielessä — voitaisiin tällaista sanontaa käyttää ainoastaan positiivisesta edellytyksestä, joka siis poistaa estävän (positiivisen) edellytyksen.[155] Negatiivisen edellytyksen »asettaminen» ei siis ole samannettavissa negatiivisena edellytyksenä olemiseen nyt tarkoitetussa mielessä, joten sanotunlainen edellytys jää Millin määritelmää oikeuden alaan sovellettaessakin pelkästään estävän edellytyksen poissaoloksi, sellaiset edellytykset käsittäväksi ei-eksistenssiksi, »a special enumeration of which» — Millin sanoja käyttääksemme[156] — »would generally be very prolix». Honkasalon soveltaessa Millin määritelmää laiminlyönnin kausaalisuuskysymykseen sen määritelmästä tehdyn johtopäätöksen nojalla, että »syy on myöskin jokainen edellytys, jonka *olemassaolosta* (kor. meid.) seuraus konkreettisessa ilmenemismuodossaan on riippuva»,[157] voidaan kysymystä selostettua taustaa vasten tarkasteltaessa välittömästi tehdä se vastaväite, ettei negatiivinen edellytys Millin mukaan ole mikään *olemassaoleva* edellytys. Tämä huomautus ei ole vain dialektinen käänne; sillä on syvempi perusteensa Millin teorian koko rakenteessa. Millin syyoppi — täten tulemme ratkaisevaan vaiheeseen Honkasalon teorian tarkastelussa — on tietoteoreettisena rakennelmana luonnontieteelliseen katsantokantaan pohjautuva, ja vaikka siinä syyn definitioon (toisarvoisena) sisältyy myöskin negatiivinen edellytys, sen käsite ei kuitenkaan ole oikeudellisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien eikä oikeudellisen käsityksen hedelmöittämä voidakseen käsittää sen »sosiaalisen tosiasian», jota laiminlyönti juridisesti merkityksellisenä ja yhteiskuntaelämässä todellisesti olemassaolevana tekijänä edustaa. Niin positiivinen kuin negatiivinenkin

[155] MILL, Logic I, s. 372, viite, mainitsee esimerkkinä sulun pidättämästä vedestä, että »opening the floodgates merely supplies a negative condition».

[156] MILL, mt. s. 371.

[157] HONKASALO, s. 205.

Edelleen voidaan huomauttaa, että kun seurauksen syynä on positiivisten edellytysten summa ja lisäksi yksi, vain positiivisten edellytysten poissaoloksi määriteltävä negatiivinen edellytys, tämä MILLin määritelmän mukainen tosiasia ei ole luontevasti yhdistettävissä sääntöön, jonka mukaan syy oikeudellisessa mielessä on jokainen edellytys, jonka olemassaolosta seuraus konkreettisessa ilmenemismuodossaan on riippuva. Laiminlyönnissä tämä edellytys aina tulee olemaan vain se, joka »loistaa poissaolollaan» ja josta tehty johtopäätös, että seuraus konkreettisessa ilmenemismuodossaan aina on riippuva siitä, mitä ei ole olemassa, kiistämättä jättää jälkeensä tyhjyydentunteen, koska, kuten sanottu, negatiivinen edellytys ei muodosta sellaisten eri positiivisten tekijäin kokonaisuutta, joista voidaan sanoa, että ne tiettynä edellytyskompleksina merkitsevät tietyn seurauksen syntymistä.

edellytys on Millin teoriassa suhteutettu luonnonilmiöihin, mistä myöskin mainittujen edellytysten eriluonteisuus Millin määritelmässä johtuu. Negatiivisen edellytyksen käsite tässä definitiossa ei näin muodoin sovi perusteeksi laiminlyönnin kausaalisuuden todistelulle.[158] Ettei laiminlyönnin kausaalisuuden olemassaoloa voida perustaa Millin määritelmään, siitä ovat osaltaan todistuksena myöskin niiden kirjailijain tutkimukset, jotka Millin kausaalisuus-käsitteeseen ja sen juriidiseen vastineeseen, conditio sine qua non teoriaan, nojautuen ovat käsitelleet oikeusalan kausaalisuuskysymystä laiminlyönnin syyluonteen kokonaan kiistäen.

7. Laiminlyönnin kausaalisuuskysymystä koskevan käsittelymme loppuhuomautuksena mainittakoon vielä siitä, että seuraus, jonka estämisestä on kysymys, tietenkin on oleva adekvaattinen sen edellytyskompleksin kannalta, josta se syntyy. Asian tähän puoleen emme edelläkäyneessä esityksessä ole katsoneet olevan aihetta erityisesti puuttua. Sen sijaan on mielestämme ollut tärkeätä, että on voitu osoittaa niiden teoriain kestämättömyys, joiden mukaan laiminlyönnin kausaalisuuskysymys on ratkaistavissa ainoastaan adekvaattisuusopin avulla. Se, että conditio sine qua non teorialle on tässä yhteydessä omistettu niin paljon huomiota, kuin se on edelläkäyneessä esityksessä osakseen saanut, johtuu siitä, että olemme katsonut koko laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksen ratkaisun perimmältään riippuvan siitä, että osoitetaan conditio sqn. kriteerin käyttökelpoisuus laiminlyönninkin alalla. Se suunta, jonka tiennäyttäjänä on SAUER ja joka on saavuttanut laajan kannatuksen, on nähdäksemme johtanut laiminlyöntikysymyksen käsittelyn vääräl̈le tolalle.

---

[158] Mikäli HONKASALON tarkoituksena olisi ollut negatiivisen edellytyksen syyominaisuuden supistaminen vain sellaisiin tapauksiin, joissa kielenkäyttö sallii laiminlyönnin mainitsemisen seurauksen syyksi sen tietyn suhteen nojalla, jossa tunnetut ja tuntemattomat edellytykset ovat toisiinsa, on kiistatonta, että MILLin määritelmä ja yleinen kielenkäyttö voivat lähetä toisiaan. Mill mainitsee, mt. s. 368 s., että »tavallinen syyn käsite» *voi* käydä yhteen sekä positiivisen että negatiivisen edellytyksen kanssa. Tällainen yhdenmukaisuus kuitenkin riippuu seikoista, joita on sangen vaikea käsittää juriidiseksi negatiivisen edellytyksen käsiterajoitukseksi. Mill itse, negatiivisen edellytyksen syy-luonnetta selvitellessään, asettaa tarkastelunalaiseksi sen suhteen yleiseen kielenkäyttöön. Honkasalon kantaa taas nähdäksemme ei voida tulkita siten, että sen mukaan laiminlyönnin kausaalisuus on kielenkäytöstä riippuva.

TOINEN OSA

OIKEUDENVASTAISUUSKYSYMYS

ENSIMMÄINEN LUKU.

OIKEUDENVASTAISUUS SUBJEKTIIVISENA JA OBJEKTIIVISENA KÄSITTEENÄ.

I. YLEISIÄ NÄKÖKOHTIA.

Oikeudenvastaisuuskysymyksen osaksi on tullut sama kohtalo kuin kausaalisuuskysymyksenkin: tiede ei ole päässyt siitä yksimielisyyteen. Nykypäivienkään tieteisopin ei voitane katsoa saavuttaneen edes sikäli samanlaisia tuloksia, että kävisi päinsä puhua vallitsevan mielipiteen muodostumisesta. Oikeudenvastaisuusprobleemasta on kehittynyt muuan oikeustieteen kaikkein kiistaisimpia kysymyksiä. Se jakaa tämän maineen — vieläpä voitokkaasti — kausaalisuuskysymyksen kanssa ja kilvoittelee enimpien erimielisyyksien aiheena olemisen kunniasta.

Tämä asiantila, joka tietenkin on haitannut oikeudenvastaisuusopin seestymistä, johtuu suureksi osaksi itse oikeuden luonnetta koskevista erimielisyyksistä, mutta siinäkin tieteisopissa, jolla on tässä kohdin yhteinen lähtökohta, esiintyy eri suuntia. Sivuutamme tässä näkökantojen kirjavuuden emmekä myöskään puutu siihen filosofointiin, johon oikeudenvastaisuuskysymyksen käsittely helposti johtaa, vaan pyrimme pysyttämään kysymyksenkäsittelyn oikeustieteellisellä pohjalla.[1] Tämän pohjan oikealla tavalla vahvista-

[1] »Die Rechtswissenschaft hat weder nach dem letzten Zwecke des Rechtes zu fragen, noch etwa den »Rechtsgrund» des Rechtes anzugeben.» (HOLD v. FERNECK, I, s. 30). — Tosin voidaan katsoa Holdin historiallisen koulun vaikutuksen alaisena yleensä liian yksipuolisesti korostaneen empiiristä käsitystä oikeustieteen tehtävistä — itse oikeuden perimmäisen tarkoituksen selvittely on kuitenkin katsottava oikeusopin käytännöllistenkin päämäärien kannalta merkitykselliseksi —, mutta mainittu mielipide osoittaa kuitenkin oikeata suuntaa liiallisen filosofoinnin välttämiseen *oikeus*tieteessä. Tältä kannalta katsoen oikeudenvastaisuuskysymystä ei ole tarpeen tutkia niiltä periltä asti, joihin oikeuden alkulähde ja perustus viittaavat, joskaan sen tarkoitus ei saa jäädä huomiotta.

miseksi katsomme olevan syytä erityisesti huomauttaa eräästä oikeudenvastaisuusopin pääsuunnasta, jota pidämme ennen muita sekaannuksen syntymiseen syypäänä, suunnasta, joka ulottuu aina muinaisen pohjoisgermaanisen oikeuden piiristä hamaan nykyhetkeen asti. Tarkoitamme oikeudenvastaisuuden konstruointia vieraaseen intressipiiriin, erittäinkin subjektilliseen oikeuteen puuttumiseksi sinänsä tai sen määrittelemistä ainakin osittain sanotun intressinrajoituksen kautta. Vahingon aiheuttaminen toiselle oli mainitussa muinaisessa oikeudessa sinänsä »paha teko»; se oli »bryta i lagh manna» siitä riippumatta, miten vahinko oli aiheutunut.[2] Viime vuosisadan kirjallisuus — pandektisteista mainitaksemme WINDSCHEIDin[3] — esittää usein »oikeudenloukkauksen» sinänsä »kielletyn käyttäytymisen» rinnalla oikeudenvastaisuutta edustavaksi. Vuosisadan vaihteessa tämä käsitys säilyy — sen omaksuneista mainittakoon esim. ENDEMANN[4] — ja kaikkein nuorimpienkin, vahingonkorvausoikeuteen erikoistuneiden tutkijain joukossa sama suunta näyttää yhäti elinvoimaiselta. Muudan tällainen tutkija[5] sanoo oikeudenvastaisuudesta, että »hier jede Beziehung zu dem aktiven Subjekt, dem Urheber des Schadens fehlt und das Wort »Unrecht» nur den Gesichtspunkt des Geschädigten ausspricht».

Siitä huolimatta, että sanotulla käsityssuunnalla jatkuvasti on runsaasti kannattajia eri oikeudenalojen tutkijain keskuudessa, on oikeudenvastaisuusprobleemasta sanottava, ettei sitä koskevaa kysymystä ole lupa lainkaan tehdä oikeussubjektin ja hänen intressinsä välistä suhdetta tarkoittavana — vain vahinko-käsite koskee tätä piiriä — jättämällä oikeustahdon ja oikeusadressaatin keskinäinen suhde syrjään. Oikeudenvastaisuus on loogillisesti oikein tarkasteltavissa ainoastaan kahdesta eri näkökulmasta: toisaalta *normin ja sen adressaatin* välisenä suhteena, toisaalta tällä pohjalla oikeuden *tarkoituksen* kannalta. Kun kysymys asetetaan siten, että ensinmainitun suhteen osalta vaaditaan selvitystä siihen, onko asiaa arvosteltava adressaatin subjektiivisten olosuhteiden kannalta vai ei, ja jälkimmäisessä odotetaan vastausta oikeudenvastaisuuden suhteesta

[2] v. AMIRA I, s. 368 ss.

[3] Pandekten I, s. 284 s. Puheenaolevassa suhteessa selvemmin ja oikeaan suuntaan REGELSBERGER, Pandekten I, s. 643 s.

[4] Lehrbuch I, s. 426: Das BGB führt wiederholt die Widerrechtlichkeit als Thatbestandserforderniss auf. *In Wahrheit handelt es sich dabei nicht um eine selbständige besonders zu beweisende Haftungsvoraussetzung; die Wiederrechtlichkeit ergibt sich vielmehr bereits aus dem Eingriff in ein befriedetes Rechtsgut.* (Kor. meid.)

[5] MANDL, Aufbau des Schadenersatzrechtes, s. 89.

oikeuden muodolliseen ja aineelliseen tarkoitukseen, voidaan oikeudenvastaisuuden määritelmä antaa ainoastaan neljältä eri kannalta. Että niitä todellisuudessa on esitetty monin kerroin enemmän, on eri asia, joka ei järkytä sitä kysymyksenasettelua, jota pidämme tässä kohdin loogillisesti tyhjentävänä, enempää kuin se myöskään muuksi muuttaa sitä tosiasiaa, että oikeudenvastaisuus-käsitettä vallitsee ykseyden periaate — se voi olla vain norminmukaisuuden vastakohta.

Tässä luvussa koskettelemme kysymystä siitä, onko normin ja sen adressaatin välinen suhde arvosteltava adressaatin subjektiivisten olosuhteiden vaiko objektiivisen mitan mukaan. Kysymys muodollisesta ja materiaalisesta oikeudenvastaisuudesta tulee käsiteltäväksi kolmannessa luvussa.

Kun oikeus on luonnehdittavissa velvoittavaksi käyttäytymissäännöstöksi, jonka suhde oikeusalamaisiin tyhjentyy käskyksi, kielloksi ja sallinnaksi, se samalla virittää kysymyksen oikeudenvastaisuuden suhteesta siihen henkilökohtaiseen asenteeseen, joka oikeusadressaatilla on vaatimuksena ilmenevään oikeusnormiin. Onko oikeudenvastaisuus tottelemattomuutta, eetilliseenkin moitteeseen oikeuttavaa syyllisyyttä vaiko jotakin muuta, joka on riippumaton yksilön persoonallisista kyvyistä ja ominaisuuksista, säännöllisestä vaikutinten määrättävyydestäkin, jota viimeksimainittua oikeus motivointipyrkimyksessään kuitenkin edellyttää? Rikosoikeuden alalla näyttää ensimmäisen vaihtoehdon mukainen vastaus läheiseltä, kun sen sijaan silmäys siviilioikeuden säännöksiin virittää viimeksimainittuun kallistuvan ajatuksen. Vertailua seuraa kysymys, onko oikeudenvastaisuuden käsitesisällys kenties erilainen sen mukaan, mistä oikeudenalasta on kysymys. Voidaanko lainkaan puhua oikeudenvastaisuuden ykseydestä, sen periaatteellisesta samuudesta kaikilla oikeusjärjestyksen aloilla?

Vastaus on ilmeisesti eittävä sen kannalta, joka v. TUHRin[6] tavoin

[6] v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1918, II, 2, s. 455: »Jedoch sind einige Teile der Rechtsordnung zweischichtig konstruiert, so dass eine Handlung oder ein Zustand im Verhältnis zu gewissen Rechtsnormen rechtmässig ist und zugleich von einem enderen standpunkt aus sich als rechtswidrig darstellt. So steht neben der die dauerne Herrschaft über Sachen regelnden Eigentumsordnung das provisorische Besitzrecht: der Besitzer ist als solcher gegenüber allen, auch dem Eigentümer, zur Herrschaft über die Sache berechtigt und in dieser Herrschaft durch Notwehr und provisiorische Klagen geschützt; sein Besitz kann aber nach der im petitorischen Prozess zur Geltung kommenden definitiven Rechtsordnung dem Eigentümer gegenüber unrechtmässig sein.»

näkee oikeudenvastaisuuden saavan eri sisällystä sen mukaan, mistä inhimillisten intressien sovitteluista on kysymys, ja riippumatta siitäkin, kuuluvatko oikeudenvastaisuuteen suhteutettavat tunnusmerkistöt eri oikeusdisipliineihin. v. Tuhrin kanta on kuitenkin oikeudenvastaisuuden ykseyden kiistäväksi käsitettynä sangen yksinäinen. Käsitys, jonka mukaan saman oikeussäännöstön puitteissa olisi olemassa erilaista oikeudenvastaisuutta, ei ole voittanut alaa. Riitakysymyksen painopiste onkin ennen muuta siviilisen ja kriminaali- sekä hallinto-oikeudenvastaisuuden toisistaan erottamisessa, jollaisena oikeudenvastaisuuden ykseyden kiistävä oppi sen sijaan on saanut melkoista kannatusta. On siis kysymys samalla siitä, onko yksityisen ja julkisen oikeuden vastaisuus sama vai eri asia. Siitä asti kun HEGEL oikeusfilosofian oppikirjassaan[7] teki oikeudenvastaisuuden olemusta koskevaksi tarkoitetun eron siviilioikeudellisen vääryyden, jolle hän antoi nimityksen »Unbefangenes Unrecht»[8] ja rikoksen välillä (välilajia edusti petos), on käsitys oikeudenvastaisuuden erisisällyksisyydestä sen mukaan, minkä säännöstön[9] soveltamisesta on kysymys, ollut nykypäiviin asti kirjallisuudessa edustettuna.

Viimeksimainittukaan käsityskanta ei kuitenkaan ole ollut erityisen elinvoimainen. Jyrkimmässä muodossaan, joka myöntää oikeudenvastaisuuden käsitteellisen erilaisuuden eri tapauksissa, tämä oppi ei enää uusimmassa kirjallisuudessa mainittavasti esiinny.[10] Nekin, jotka — niinkuin HÄLSCHNER,[11] v. BAR,[12] BINDING,[13] HEGLER[14] ja LOBE[15,16] — puhuvat oikeudenvastaisuuden eriluonteisuudesta

[7] HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechtes, s. 88 ss. Eronteon kannalla myös mm. FEUERBACH, Lehrbuch, § 22.

[8] HEGEL, Grundlinien, s. 89.

[9] Siitä yhteydestä, jossa säännöstö-sanaa tekstissä käytetään, käy ilmi, että sillä tässä tarkoitetaan objektiivisen oikeuden pääjakoja.

[10] J. GOLDSCHMIDT, ZStW 52, s. 497 ss., on kuitenkin sitä mieltä, että hallinnonvastaisuuden ei tarvitse merkitä oikeudenvastaisuutta. Vrt. myös Verwaltungsstrafrecht, s. 548, 566, 577.

[11] Gerichtssaal 21 (1869), s. 11 ss., 81 ss.

[12] Gesetz und Schuld im Strafrecht III, s. 6.

[13] Normen I (1872), s. 299.

[14] ZSW 36, s. 19 ss.

[15] Frank's Festgabe I, s. 33 ss., RGRäte-Komm. (1929), Einleitung, s. 6.

[16] Hälschneriä, GS 21, s. 11 ss., 81 ss., joka niinikään tekee selvän eron siviili- ja rikosoikeudenvastaisuuden välillä, lienee pidettävä tämän eronteon *käsitteelliseksi* tunnustamisen kannattajana. Hälschner—Hegeliin yhtyen — pitää kriminaalioikeudenvastaisuutta välittömänä hyökkäyksenä oikeusjärjestystä vastaan, mikä tunnusmerkki, ymmärrettävästi, ei ole luotettava. Samaan ryhmään lienee edelleen luettava KITZINGER (GS 55,

eri tapauksissa, tunnustanevat sen *sisimmän* samuuden kaikkialla, missä sitä ilmenee, sikäli kuin se *käsitteellisesti* on oikeudenmukaisuuden vastakohta. Oikeudenvastaisuuden hyväksyminen eri tapauksissa käsitteellisesti erilaiseksi näet samalla sisältäisi itse oikeuden yhtenäisyysajatuksen hylkäämisen ja siten joutuisi vaikeaan ristiriitaan oikeuden olemuksesta vallitsevan käsityksen kanssa. Niinpä voitaneenkin sanoa, että oikeudenvastaisuuden erisisältöisyyden hyväksyvä suunta vain tahtoo korostaa niiden erilaisten katsantokantojen olemassaoloa, joita eri oikeudenalat edellyttävät.[17] Siten olisi oikeudenvastaisuuden laatua arvosteltaessa tämän mukaan otettava huomioon, että esim. julkinen oikeus ilmaisee sen alan, jolla etupäässä julkiset intressit ovat määräävinä, ja yksityisoikeus sen, jolla yksityiset intressit saavat muodostua ratkaiseviksi julkisten intressien toteutumisen suomissa rajoissa,[18] ja sen nojalla pääteltävä oikeudenvastaisen käyttäytymisen mainituilla eri aloilla merkitsevän sisällykseltään *tässä kohdin* erilaista oikeusnormin noudattamatta jättämistä. Onko tällainenkaan näkökulman erilaisuuden korostaminen käsilläolevassa yhteydessä perimmältään täydessä sopusoinnussa oikeudenvastaisuuden käsitteellisen ykseyden kanssa, siitä nähdäksemme voidaan kuitenkin olla eri mieltä, sanottu korostaminen kun voi johtaa käsitykseen oikeudenvastaisuuden itsenäisestä laadusta tietyllä oikeuden alalla ja siten oikeudenvastaisuuden itsensä jaoittelemiseen eri ryhmiksi — ja jopa siihenkin, kosketellussa kohdin erittäin arveluttavaan tulokseen, että selitetään tietty teko oikeusalamaista kohtaan oikeudenvastaiseksi, mutta valtioon katsoen päinvastoin oikeudenmukaiseksi.[19]

---

s. 17), jonka mukaan »jedem Rechtsgebiet entspricht eine Unrechtsart und jeder Unterabtheilung in jenem Rechtsgebiet eine Unterart des Unrechts». Ks. myös TITZE, Notstandsrechte, s. 7 s. Vrt. zu DOHNA, Rechtswidrigkeit, s. 20 s., s. 26, WEGNER, s. 39.

[17] HEGLER, joka rikoksen tunnusmerkkejä koskevassa tutkimuksessaan ZStW 36 (1915), s. 19—44, 184—332), minkä voitaneen katsoa olevan perustavaa laatua myöhemmin tekstissä käsiteltäväksi tulevalle kysymykselle oikeudenvastaisuuden subjektiivisista tekijöistä, on esittänyt oikeudenvastaisuuden ykseyttä vastustavan mielipiteen (s. 29, viite 31), näyttää FRANKin juhlajulkaisussa (I, s. 274, viite 2) viimeksimainittua kysymystä käsitellessään luopuneen mainitusta aikaisemmasta kannastaan ja siirtyneen sen sijaan korostamaan oikeuskokonaisuuden eri osien muka vaatimaa näkökannan erilaisuutta oikeudenvastaisuuden olemusta arvosteltaessa.

[18] KAILA, Oikeuslogiikka, s. 78.

[19] Niinpä ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (1929), s. 567, esittää virallistäytännön (ulosoton) sanotunluonteiseksi, mikäli velkoja, joka jo on saanut suorituksen tai jolla ei alun perin ole tosiasiallisesti mitään saatavaa ollutkaan, yhtäkaikki panettaa tuomion täytäntöön. Myöskin BIENENFELD, Haftungen, s. 358, katsoo voi-

Eri oikeudenaloilla kysymykseentulevan katsantokannan erilaisuuden korostaminen joka tapauksessa johtanee helposti siihen, että oikeusdisipliinien katsotaan oikeudenvastaisuuskysymystä arvosteltaessa muodostavan sellaisia itsenäisiä oikeuspiirejä, joissa sanotun kysymyksen ratkaiseminen käsitetään niiden niin sanoaksemme sisäiseksi asiaksi. Tämä tulos taasen merkitsee käytännöllisestikin varteenotettavaa kysymystä oikeudenvastaisuuskriteerin hyväksymisestä jakamattomaksi, koko oikeusjärjestystä koskevaksi kriteeriksi.[20] Puheenaolevan käsityksen mukaan käyttäytymisen arvottaminen oikeudenvastaiseksi tietyllä oikeudenalalla ei näet vielä tulisi sisältämään mitään teon sanottua ominaisuutta koskevaa ratkaisua toisen disipliinin kannalta, joten tämä kysymys olisi käsiteltävä erikseen.

Tutkijat, jotka edellämainituin tavoin tahtovat tehdä eron eri oikeudenvastaisuuslajien välillä sen mukaan, mistä oikeusdisipliinistä oikeudenvastaisuus johdetaan, ovat saaneet aiheen tähän erotteluunsa etupäässä sen seuraamuksen tarkastelusta, joka oikeudenvastaisella teolla kulloinkin on. Niinpä v. BAR katsoo kysymyksessäolevassa suhteessa merkitykselliseksi juuri sen, että jonkin disipliinin piirissä teosta on määrätynlainen seuraamus, jota toisessa ei ole.[21] Samaa on sanottava LOBESTA, jonka mukaan niinikään teon oikeudenvastaisuus on arvosteltava kunkin oikeusalan kohdalta erikseen,[22] sillä hänkin tekee johtopäätöksensä siitä, mitä seuraamuksia oikeudenvastainen teko missäkin oikeusdisipliinissä synnyttää. Kun Lobe perustaa käsityksensä kunkin oikeudenalan erilaiseen tarkoitukseen ja siten — HEGELIÄ lähentyen — johtaa oikeudenvastaisuudenkin erilaisuuden tästä tarkoituserosta, sekin eronteko merkitsee vain samaa oikeudenvastaisuuden seuraamuksen korostamista, josta edellä on ollut puhe.

---

tavan pitää samaa tekoa toiselta kannalta oikeudenmukaisena, toiselta oikeudenvastaisena.

[20] Vrt. NAGLER, s. 360.

[21] v. BAR, Gesetz und Schuld III, s. 9.

[22] Tähän liittyy kysymys myöskin normin pätemisalaa supistavien perusteiden arvostelemisesta samalla tavoin. Vastaus senkin osalta on LOBEN mukaan tapahtuva vain mainitussa rajoitetussa mielessä (Franks Festgabe I, s. 561). Tässä yhteydessä Lobe viittaa ZITELMANNIIN, joka tosin käyttää sanottuun suuntaan viittaavia lausetapoja, mutta sillä ilmeisestikin tarkoittaa pelkästään eri oikeusaloilla kysymykseentulevien seurausten erilaisuutta tarkoittamatta tällä, tietysti aivan oikealla eronteolla oikeudenvastaisuuden laadun kytkemistä seuraukseen siten, että viimeksimainittu olisi ensinmainitun sisällystä määräävä. Tuenhaku Zitelmannista on näin muodoin mielestämme harhaanjohtava. Zitelmann, Ausschluss der Wiederrechtlichkeit, s. 11: »Bei der Einheit der gesamten Rechtsordnung muss der Begriff der Rechtswidrigkeit insofern ein einheitlicher sein.»

sillä mainitusta tarkoituserosta on sanottava, että — niin tosi kuin se onkin — oikeusjärjestyksen kehityksen vaatima oikeuden jakautuminen eri disipliineihin ei suinkaan merkitse oikeuden yhtenäisyyden hajoamista erillisiksi säännöstöiksi ilman oikeuden ykseyden kaikkea koossapitävää vallintaa, vaan sanottu erikoistuminen on ymmärrettävä pelkästään inhimillisen yhteiselämän intressejä vastaavaksi tarkoituksenmukaisuusjärjestelyksi, joka mm. sisältää oikeuslauseen käsittämän, kulloinkin tarpeelliseksi katsotun tehosteen sen johdosta, että perusnormia vastaan rikotaan.[23] Oikeudenvastaisuuden käsitteeseen ei kosketa se, että laki tietyissä tapauksissa uhkaa oikeudenvastaisen teon tekijää rangaistuksella ja toisissa taas tyytyy muunlaiseen tehosteeseen. Oikeudenvastaisuus on kummassakin tapauksessa käsitteellisesti ja sisimmältä olemukseltaan sama: norminvastaisuus.[24] Oikeudenvastaisuus on, milloin käyttäytyminen ei ole oikeudenmukainen,[25] olemassa siitä riippumatta, seuraako siitä rangaistus vai vahingonkorvaus vaiko jokin muu tehoste, vai puuttuuko, poikkeuksellisesti, sanktio kokonaan.[26] Se, että tietystä toiminnasta syntyvä

[23] BIERLING, Prinzipienlehre, I, s. 133 ss., joka jo erityisesti huomauttaa siitä, ettei itsessään oikeudenvastaisuudessa voida tehdä mitään erotteluja, vaan että vasta ne sekundääriset normit, joiden tarkoituksena on oikeudenvastaisuuden vastustaminen, erottuvat siviili-, rikos-, hallinto- jne. oikeudellisiksi säännöksi. Vrt. ELSTER, Rechtswidrigkeit, s. 739 ss.

[24] Mm. HIPPEL, Strafrecht II, s. 185, nimenomaan huomauttaa, että »Das strafbare Unrecht unterscheidet sich vom übrigen nicht begrifflich, sondern allein durch die Rechtsfolge» ja edelleen (s. 187), että »Das Wesen des Unrechts lässt sich niemals aus der Unrechts*folge* herleiten, sondern einzig und allein aus dem Wesen des Rechts, als dessen Verneinung es erscheint».

[25] Teko, joka ei ole oikeudenmukainen, on oikeudenvastainen. Emme, kuten jo johdannossa esitettiin, katso voitavan hyväksyä niitä mielipiteitä, joiden mukaan on olemassa oikeudellisesti indifferenttejäkin (ks. tämän laatusanan sopimattomuudesta KAILA, s. 278 ss.), paremmin sanoen irrelevantteja tekoja, jotka siis eivät ole oikeudenvastaisia, mutta eivät myöskään oikeudenmukaisia. Oikeudellisen vaadelman luonteesta johtuu vain joko — tahi; välimuotoa ei ole. Tätä kantaa NAGLER, Begriff der Rechtswidrigkeit, s. 341, katsoo voitavan nimittää naiviksi! — Mielestämme on täysi syy yhtyä Kailaan siinä, että irrelevanssi-sanaa on käytettävä ilmaisemaan tarkoitettua suhdetta normin noudatukseen. Jos taasen asiaa tarkastellaan oikeuden aineellisen tarkoituksen kannalta, siis arvottamisnäkökulmasta, lienee indifferenssi-sanakin sallittava.

[26] Teko, joka on oikeudenvastainen, on myöskin kielletty. Mikäli on kysymys tällaisen teon aiheuttamasta vahingonvastuusta, se merkitsee sanottua seuraamusta myöskin teon kiellettyisyyden takia. Näin muodoin ei myöskään käy päinsä LOBEN (RGRäte-Komm. (1929) s. 3.) tapaan pitää mahdollisena, että teon, jota oikeus ei hyväksy, ei silti tarvitse olla kielletty. Nähdäksemme Loben konstruktio, jonka mukaan oikeus saattaa tekoa kieltämättä vain osoittaa moitteensa tekoa kohtaan ja vaatia sen aiheuttaman vahingon korvaamista, on kokonansa mahdoton. Oikeudellisesti ei-hyväksyttäviä tekoja

vahinko on korvattava, ei sinänsä riitä todistukseksi käyttäytymisen oikeudenvastaisuudesta — mainitsemme tästä erityisesti siksi, että asialle on eräissä teorioissa annettu tämä merkitys —, vaan on oikeudenvastaisuuskysymyksen selvittämiseksi tutkittava, onko vahingonkorvaus tarkastelunalaisessa tapauksessa tehosteen luonteinen vastike vai perusnormin mukainen velvollisuus, jolloin sanktion sisällyksenä siis on luontoissuoritus. Ainoastaan ensinmainitussa tapauksessa se on *ilmauksena* oikeudenvastaisuuden olemassaolosta, mistä asiantilasta myöskin käy selville, ettei vahingonkorvauksen olemassaolosta sinänsä voida tehdä *johtopäätöstä* oikeudenvastaisuuteen katsoen, vaan päinvastoin käyttäytymisen laadusta johtuu, mikä luonne vahingonkorvauksella on.[27]

II. OIKEUDENVASTAISUUDEN PSYKOLOOGISEN PERUSTAN TEORIAT JA IMPERATIVISTINEN OIKEUDENKÄSITYS.

Palataksemme takaisin siihen kysymykseen oikeusalamaisen suhteesta normin noudatukseen, joka aiheutti edelläluodun katsauksen oikeudenvastaisuuden ykseysprobleemaan, on seuraavana tehtävänämme tarkastella niitä eri mielipiteitä, joita oikeudenvastaisuudesta on tältä kannalta esitetty.

Jo edellä huomautettiin siitä katsantokannan erilaisuudesta, johon oikeudenvastaisuuden tarkastelu toisaalta rikos-, toisaalta

---

salliva oikeus on contradictio in adiecto. Myös ZITELMANN (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, s. 5, viite 5) näyttää edustavan sitä kantaa, jonka mukaan oikeuden paheksunnan ei aina tarvitse merkitä moitteenalaisen teon kiellettyisyyttä. Samoin HENLE, Lehrbuch II, s. 202 s. — KAILA, Oikeuslogiikka, s. 248, osoittaa, että BGB 138 ja 826 §, joista kysymyksessäolevilta osin on ollut eri mieliä, selvästi tarkoittavat oikeudenvastaista käyttäytymistä.

[27] Esimerkin siitä, millaisiin tuloksiin oikeudenvastaisuuden johtaminen vahingonkorvauksesta vie, tarjoaa F. LEONHARDin käsitys pakkotilateon oikeudellisesta luonteesta. Leonhardin mukaan sanotunlaista tekoa on pidettävä oikeudenmukaisena — mutta myöskin oikeudenvastaisena sikäli kuin tekijän tulee suorittaa korvausta aiheuttamastaan vahingosta. Schuldrecht II, s. 673. — Kotimaisessa kirjallisuudessa HAKULINEN, Perusteettoman edun palautus, s. 285, edustaa kantaa, jonka mukaan lakimme selittää varallisuuteen kohdistuvan pakkotilateon luvattomaksi. Kun laki tietääksemme ei missään kohdin sisällä tällaista selitystä — se, että pakkotilateon kautta toisen omaisuutta vahingoittamalla saatu hyöty ei ole katsottava kausalisoiduksi, on eri asia — herää kysymys, onko Hakulinen johtunut käsitykseensä siitä, että tappion kärsijä on tarkoitetussa tapauksessa oikeutettu korvauksensaantiin.

siviilioikeuden kannalta johtaa. Kriminalisti kuin luonnostaan taipuu tarkastelemaan oikeudenvastaisuutta suhteessa siihen yksilöön, jonka teosta on kysymys, kun taas sivilististä yleistävä, objektiivinen arvosteluperuste tuntuu läheisemmältä. Kysymystä koskeva tieteisoppi liikkuukin juuri näiden kahden näkökohdan välillä, eri vivahduksin ehdottomasta subjektivismista puhtaaseen objektivismiin asti.

1. Subjektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen teoriaan on ehkä syvimmät jäljet jättänyt ADOLF MERKEL,[28] joka hegeliläisen idealismin pohjalla, mutta oikeudenvastaisuuden ykseyttä voimakkaasti korostaen näkee oikeudenvastaisuuden ytimen ja sisällyksen oikeusalamaisen suhtautumisessa siihen henkiseen valtaan, jota oikeus edustaa. Kun on kysymys oikeudenloukkauksesta, on Merkelin mukaan varottava sekoittamasta tätä kysymystä oikeusobjektin loukkaamiseen.[29] Vieraan intressin loukkaaminen sinänsä ei kosketa oikeudenvastaisuuden käsitettä, joka on löydettävissä yksin siitä henkisestä piiristä, jonka oikeustahdon oikeusalamaiselle osoittama käsky käsittää. Tämän käskyn olemukseen kuuluu, että oikeusalamainen voi sen vastaanottaa; vastoin oikeustahtoa voi toimia vain se, jolla on ollut kyky käsittää oikeuden käsky ja kielto. Siten muodostuu Merkelin kannalta oikeudenvastaisuudelle olennaiseksi, että vain syyntakeisen yksilön teko voi saada tämän predikaatin.[30]

Näin syntyvä rajoitus, oikeustahdon käsittäminen pelkästään syyntakeisiin yksilöihin kohdistuvaksi, merkitsee käsilläolevassa kysymyksessä periaatteellista rajankäyntiä, joka kysymyksen dogmihistoriassa esiintyy erittäin selvänä. Näkökohta, että oikeus henkisenä valtana edellyttää sellaista oikeusadressaattia, johon imperatiivi voi järjellisesti kohdistua, vallitsee tutkijain mieltä siinä määrin, että myöskin useat objektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen puoltajat pitävät välttämättömänä rajoittaa sanotun käsitteen syyntakeisen toiminnan alalle.[31]

Tämä rajoitus sisältää itsessään sen toisen rajoituksen, jonka

[28] Kriminalistische Abhandlungen I, s. 42 ss.

[29] A. MERKEL, mt. s. 45 ss.

[30] MERKEL, I, s. 430: »— augenscheinlich hat es keinen Sinn, Befehle an jemandem zu richten, von dem wir wissen, dass er sie nicht verstehen und befolgen kann, und Verletzungen dieser Befehle durch solche Personen anzunehmen.» Merkel, Grünhuts Z 6, s. 383. Sit. THON, Jherings Jahrbücher 50, s. 35. Vrt. MEZGER, GS 89, s. 212.

[31] Mm. IHERING, Vermischte Schriften, s. 201 ss. WINDSCHEID, Pandektenrecht I, s. 284 ss. II, s. 751. DERNBURG, Schuldverhältnisse I, § 66. II, § 384, ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit s. 7.

mukaan ainoastaan ihmisteko voi olla oikeudenvastainen. Eläinten ja luonnonvoimien aiheuttamat tapahtumat eivät näin ollen koskaan voi saada sanottua sisällystä. Ellei oikeudenvastaisuutta suhteuteta oikeusadressaatin ymmärrykselliseen tahtoon ja yksin siihen, johdutaan MERKELin mukaan pitämään luonnonvoimiakin oikeudenvastaisuuden subjekteina. Merkel ei näet tee eroa luonnonvoimain ja syyntakeettoman oikeusalamaisen välillä, kun on kysymys oikeudenvastaisuuden olemuksen selvittämisestä, sillä kummaltakin puuttuu se ominaisuus, jota oikeus henkisenä valtana noudatusvaatimuksessaan edellyttää.[32] Tämän vallan loukkaaminen näin ollen saattaa tapahtua ainoastaan oikeuden käskyjä vastaanottamaan kelvollisen ihmistahdon puolelta — ja vasta tällainen negatiivinen suhtautuminen sisältää sen oikeudenvastaisuuden ytimen, joka muodostaa siviili- ja rikosoikeudellisen oikeudenvastaisuuden yhteisen yläkäsitteen.

Mutta MERKEL ei rajoita oikeudenvastaisuuden käsitettä vain sille alalle, jota syyntakeinen tahto edustaa. Syyntakeisuuden ja syyntakeettomuuden tunnusmerkki on Merkelin mukaan liian karkeatekoinen mitta punnitsemaan oikeudenvastaisuutta in casu. Oikeudenvastaisuus-käsitteen rajoittamisessa Merkel astuu vielä askelen eteenpäin ja vaatii kaikelta oikeudenvastaiselta toiminnalta subjektin syyllisyysmomenttia. Siten loppujen lopuksi Merkelin opissa oikeudenvastaisuus ja syyllisyys samantuvat. Samaa kantaa edusti BINDING teoksensa »Die Normen und ihre Übertretung» ensimmäisessä painoksessa vuodelta 1872, kääntyäkseen sittemmin — ehkä THONin vaikutuksesta — objektivistiksi.[33]

2. MERKELin mielipide edustaa tyypillistä kriminalistin kannanottoa käsilläolevaan kysymykseen. On mielenkiintoista todeta, kuinka pelkästään niin sanoaksemme siviilioikeudellinen oppineisuus synnyttää saman oikeuskäsityksen pohjalta lähtevässä tutkijassa toiseen suuntaan käyviä ajatuksia. IHERING, joka samoin kuin Merkel on luettava HEGELin idealismin oppisuuntaan kuuluvaksi, on samana vuonna, jona Merkelin puheenaoleva teos ilmestyi (1867), esittänyt kuulussa tutkielmassaan »Das Schuldmoment im römischen Privatrecht»[34] ajatuksia »objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta», korostaen

---

[32] Krim. Abh. I, s. 47, 54.

[33] BINDING, Normen I, s. 245 s. Binding puhuu myös oikeudenvastaisista tiloista (s. 248.). Muista huomattavimmista MERKELin opin kannattajista mainittakoon KOHLRAUSCH, Irrtum und Schuldbegriff I, s. 50 ss. ZSchwR 34, s. 157 ss.

[34] FISCHER, Rechtswidrigkeit, s. 120 s., nimittää tämän teoksen ilmestymisvuotta »siviilioikeudellisen objektiivisen oikeudenvastaisuuden» syntymävuodeksi ja pitää nimen-

tällä, silloin ensi kertaa esitetyllä termillä[35] subjektiivisen syyllisyyden ja oikeudenvastaisuuden eroa ja samalla kantansa eroavaisuutta Merkelistä käsilläolevassa kysymyksessä.

IHERINGin käsitys oikeuden olemuksesta on, kuten MERKELinkin, sosiaalipsykoloogisella pohjalla. Oikeus henkisenä valtana on Iheringinkin lähtökohta ja tästä tehtyjen johtopäätösten tulos se, että vain syyntakeisesta yksilöstä voidaan puhua oikeudenvastaisuuden subjektina. Eroavaisuus näiden tutkijain käsityksessä ilmenee vasta syyllisyyskysymyksen merkityksessä oikeudenvastaisuudelle. Ihering, päin vastoin kuin Merkel, katsoo, että on olemassa syyllisyydestä riippumatonta objektiivista oikeudenvastaisuutta, jota siviilioikeuden säännökset suorastaan edellyttävät. Mutta näissäkin oikeudenvastaisuuden tapauksissa on kysymys (syyntakeisen) oikeusadressaatin tahdosta ja sen suhteesta oikeutena ilmenevään yhteisötahtoon, joskaan ensinmainitun tahdon ristiriidan viimeksimainitun kanssa ei tarvitse sisältää syyllisyystekijää.[36] Tällaisissa tapauksissa ovat vastakkain oikeus ja ei-oikeus, kun sen sijaan luonnonvoimien aikaansaamista muutoksista kysymyksen ollen ei voida puhua, vaikkakin yksilön intressi olisi joutunut kärsimään, mistään sellaisesta oikeuden henkiseen valtaan koskettavasta seikasta, joka oikeuttaisi käsittämään intressinloukkauksen[37] oikeudenvastaisuudeksi. Tämä Iheringin välittävä kanta on saanut osakseen melkoista kannatusta, eritoten vanhempien sivilistien joukossa, josta mainittakoon sellaiset tunnetut nimet kuin WINDSCHEID,[38] DERNBURG[39] ja REGELSBERGER.[40]

3. Se pohja, jolla MERKEL ja IHERING liikkuivat, käsitti, kuten sanottu, oikeuden henkisen herruusaseman oikeusalamaisiin katsoen ja siitä johtuen oikeudenvastaisuus-käsitteen rajoituksen kahteen eri suuntaan: toisaalta ei pelkästään jotakuta kohdannut intressinrajoitus sisältänyt oikeudenvastaisuutta eikä toisaalta myöskään pelkkä psyykillinen tosiasia, vaikka se yksilössä ja hänen edesottamuksis-

---

omaan vääränä sitä, että objektiivinen oikeudenvastaisuus siviilioikeuden osalta johdetaan HEGEListä asti.

[35] IHERING, Vermischte Schriften, s. 159, eritt. viite 1.

[36] Esim. bona fide haltijan kieltäytyminen antamasta esinettä sen oikealle omistajalle, Vermischte Schriften, s. 160.

[37] Oikeastaan olisi puhuttava *intressinrajoituksesta,* milloin oikeudenvastaisuutta ei ole olemassa. Ihering kuitenkin käyttää silloinkin sanaa »Verletzung». Vermischte Schriften, s. 161.

[38] Pandektenrecht I, s. 248 ss. II, s. 751.

[39] Schuldverhältnisse I, § 66, II, § 384.

[40] Pandekten I, s. 644.

saan ilmenevänä näytti joutuvan ristiriitaan oikeuden kanssa, riittänyt vetämään tapahtunutta tekoa oikeudenvastaisuuden käsitepiiriin ilman tiettyjen subjektiivisten edellytysten olemassaoloa. Tämä kysymys oikeudenvastaisuuden sisällyksestä ei kuitenkaan tullut sanottujen oikeusoppineitten osalta tarkemman perustelun alaiseksi. Sen työn suoritti sivilisti THON, joka teoksensa »Rechtsnorm und subjektives Recht» (1878) kautta on tullut ns. imperatiiviteorian perustajaksi ja samalla — tosin runsaasti syytöksiä epäjohdonmukaisuudesta osakseen saaneena — objektiivisen oikeudenvastaisuus-käsitteen kehittäjäksi yhä suurempaan yleistykseen, jossa kysymys oikeuden imperatiivin suhteesta adressaattiin saa periaatteellisesti toisenlaisen ratkaisun kuin edellä on Merkelin ja Iheringin kannasta esitetty.[41]

Koska oikeus on yhteisön tahto, THON sanoo, se myöskin kääntyy adressaattinsa puoleen tahdonilmaisuin, joina ovat sen käskyt ja kiellot. Oikeuden sisällys tyhjentyy täten imperatiiveiksi. »Das gesamte Recht einer Gemeinschaft ist nichts als ein Complex vom Imperativen.»[42] Oikeuden tahtosisällyksestä Thon ei kuitenkaan tee sitä johtopäätöstä, joka saattoi edellämainitut tutkijat rajoittamaan oikeusadressaattien piirin vain syyntakeiset yksilöt käsittäväksi, vaan hän päin vastoin katsoo oikeuden imperatiivien kohdistuvan kaikkiin ihmisiin kysymyksessäolevan oikeusjärjestyksen soveltamisalalla, niin syyntakeettomiin kuin syyntakeisiinkin. »Auch der vom Wahnsinn Ergriffene bleibt Mensch»;[43] hän on yhtäkaikki valtioyhteisön jäsen, jota oikeus sekä suojelee että velvoittaa. Tässä suhteessa nimenomaan ihminen, yksilöllisestä laadustaan riippumatta, on erikoisasemassa luontokappaleiden rinnalla. Oikeus, joka on ihmisistä peräisin, myöskin kohdistuu ihmisiin, heihin kaikkiin, mutta myös vain heihin.[44] Inhimillinen toiminta voi joutua ristiriitaan oikeustahdon kanssa silloinkin, kun se ei sisällä syyllisyyttä, ja tällöin myös siinä tapauksessa, että tekijänä on syyntakeeton yksilö. Viimeksimainitussa suhteessa Thon kuitenkin myöntää, että oikeus tuskin

[41] MERKELIÄ ei voida pitää varsinaisena imperatiiviteorian kannattajana syystä, että hän tunnustaa sallivan oikeuslauseen. Tämä eroavaisuus ei kuitenkaan kosketa kysymystä oikeudenvastaisuudesta, joka on johdettavissa yksin oikeusalamaisen suhteesta oikeuden sisältämään käskyyn ja kieltoon, siis imperatiiviin (ja vetitiiviin). Ks. GrünhZ VI, s. 367 ss.

[42] THON, Rechtsnorm, s. 8. Thon korostaa erityisesti, että näin on asian laita sekä primäärisiin että sekundäärisiin normeihin katsoen. S. 7.

[43] Rechtsnorm, s. 92.

[44] Rechtsnorm, s. 3.

voi odottaa kuuliaisuutta niiltä, jotka ovat ymmärrystä vailla,[45] joten hän tässä kohdin joutuu vaikean pulmakysymyksen eteen yrittäessään perustella kantaansa oikeusadressaatin määrittelyssä Vaikeus piilee siinä, että imperatiivi, jonka Thon nimenomaan mainitsee kohdistuvan syyntakeettomaankin,[46] samalla tunnustetaan ymmärrettävistä syistä tehottomaksi sellaiseen yksilöön kohdistuvana, jolta puuttuu kyky käskyn vastaanottamiseen. Ei ole näin muodoin kummeksuttavaa, että Thonin kantaa on syytetty epäjohdonmukaisuudesta juuri siksi, että sen mukaan imperatiivi *velvoittaa* myöskin syyntakeetonta oikeusalamaista, koska se selitys, jonka Thon tämän kantansa puolustukseksi esittää ja jonka mukaan oikeuden velvoitus ei välittömästi tarkoita käskyn *noudattamista*, vaan oikeuden tarkoittaman tilan toteutumista,[47] vaatii lähempää valaisua. Thonin konstruktiosta sanoo paradoksaalisesti NAGLER,[48] että se on loogillisesti kestämätön, mutta tosi, millä viimeksimainitulla hän tarkoittaa sitä, että oikeus, eritoten siviilioikeudellisissa säännöksissään, edellyttää puhtaasti objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemassaoloa, joten muunlainen oikeudenvastaisuuden määrittely joutuu ristiriitaan positiivisen oikeuden kanssa. Itse asiassa Thon on johtunut objektiivisen oikeudenvastaisuus-käsitteensä rakentamiseen juuri siitä, ettei siviilioikeus useinkaan kiinnitä huomiota siihen, onko se yksilö, jonka oikeuksia ja velvoitteita se sääntelee, syyntakeinen vai ei, vaan käsittelee kaikkia samalla tavalla,[49] mikä asiantila Thonin mukaan on selvillesaatavissa teon oikeusseuraamuksesta, joka osoittaa, että teko on ollut oikeudenvastainen. Thon näet nimenomaan huomauttaa, ettei oikeudenvastaisuus-käsitteen tutkinnassa ole lähdettävä itse tästä käsitteestä, koska se — Thonin lähtökohtaan katsoen ymmärrettävästi kylläkin — sisältää läheisenä mahdollisuutena syyllisyystekijän mukaanottamisen käsitteen piiriin,[50] vaan että on tarkoituksenmukaisempaa tutkia, liittyvätkö normin rikkomisesta johtuvat oikeusseuraamukset ainoastaan syyllisyyspitoiseen rikkomiseen vai kohtaavatko ne myöskin syytöntä. »Sollten wir letzteres, wenig-

[45] »Bezwecken die Normen, menschliche Interessen gegen verschuldete, wie gegen schuldlose Verletzung durch Menschen zu schützen, so wird doch die Rechtsordnung auf eine Befolgung inrer Imperative Seitens Unzurechnungsfähiger kaum rechnen dürfen.» Rechtsnorm, s. 96.

[46] Rechtsnorm, s. 92, 92, 104.

[47] Rechtsnorm, s. 97 ss.

[48] Rechtswidrigkeit, 336.

[49] Rechtsnorm, s. 5.

[50] Rechtsnorm, s. 76.

stens hinsichtlich eines Theils dieser Rechtsfolgen, bejahen müssen, so wäre im praktischen Ergebnisse das erwiesen, was mit der Annahme eines objectiven Unrechts erzielt werden soll.»[51] Tästä Thonin metoodista on erityisesti huomautettava, että se edellyttää tarkkaa sen seikan selvilläpitämistä, onko vahingonkorvaus, joka liittyy eri tunnusmerkistöihin, tarkastelunalaisessa tapauksessa todella tehosteen (sanktion) luonteinen. Tätä seikkaa Thon ei nähdäksemme ole lainkaan ottanut huomioon.

Thonin imperatiiviteorialla — hänen rinnallaan voidaan mainita myös Ihering — on ollut huomattava merkitys. Useat oikeudenvastaisuuskysymyksen teoreetikot ovat tutkimuksissaan lähteneet tältä pohjalta,[52] joka perustuu sanotun kysymyksen arvosteluun oikeusnormin määräämisfunktion kannalta. Tämä lähtökohta, joka kytkee toisiinsa imperatiivin ja sen adressaatin oikeustahdolle ominaisen motivointitehtävän merkeissä, ei kuitenkaan sellaisenaan täysin tyydyttävästi ratkaise oikeudenvastaisuus-käsitteen määrittelyä siihen objektiiviseen suuntaan, jota Thon tavoittelee. Osoituksena sanotusta lähtökohdan epäkiitollisuudesta on Bierlinginkin[53] teoria, joka tuloksiltaan täysin yhtyy Thonin kantaan: oikeuden imperatiivin ulottumiseen syyntakeettomaankin adressaattiin. Tätä, mielestään välttämätöntä lopputulosta, johon sivilistin on pyrittävä ja päästävä, Bierling perustelee mm. selittämällä, että oikeuden käsky voi kohdistua syyntakeettomaan oikeusalamaiseen siksi, että tällaisellakin adressaatilla on tahto, vaikka siitä järkevyys puuttuukin! Tällaiseenkin tahtoon oikeus voi kohdistaa vaatimuksensa ja taivutella sitä tottelevaisuuteen niissä rajoissa kuin se on mahdollista.

Imperatiiviteorian sanotuin tavoin rakentelema suhde oikeuden käskyn ja sen adressaatin välillä ei, kuten esitetyt esimerkitkin osoittavat, ole omansa luontevasti johtamaan objektiiviseen oikeudenvastaisuus-käsitteeseen. On näin muodoin hyvin ymmärrettävää, että oikeudenvastaisuuskysymyksen käsittely erityisesti niiden tutkijain osalta, jotka ovat tunnustautuneet imperatiiviteorian kannattajiksi, osoittaa taipumusta subjektiivisen teorian mukaiseen kannanottoon.[54] Niinpä oikeudenvastaisuuskysymykselle laajan mono-

---

[51] Thon, mt. ms.

[52] Mm. Sundström, Osallisuudesta, s. 18, näyttää nimenomaisesti yhtyneen Thoniin.

[53] Bierling, Juristische Prinzipienlehre III, s. 170 ss., eritt. s. 176.

[54] Niinpä esim. Thonin ja Bierlingin teorialla ei liene ainuttakaan kannattajaa nuorempien pandektistien joukossa.

grafian omistanut HOLD V. FERNECK[55] tehostaa subjektiivisten tekijäin merkitystä oikeudenvastaisuuden olemukselle siinä määrin, että hän suorastaan yhtyy niihin näkökohtiin, joita MERKEL oli tässä kohdin esittänyt. Väite, jonka usein näkee kirjallisuudessa esitettävän ja jonka mukaan puhdas imperatiiviteoria sinänsä johtaa subjektiivisten näkökohtien korostumiseen,[56] ei ole aivan aiheeton, joskin se tavallisesti esitetään liian kategoorisessa muodossa.

4. Uusimmassa kirjallisuudessa on puhtaan imperatiiviteorian pohjalta sanotuin tavoin lähtevällä oikeudenvastaisuuskäsityksellä kuitenkin edelleen kannatusta. Merkittävin, mutta samalla jokseenkin yksinäiseksi jäänyt puoltajansa sillä on JAMES GOLDSCHMIDTissä,[57] joka samoin kuin THON ja BIERLING katsoo objektiivisen oikeudenvastaisuuden ulottuvan syyntakeettomankin henkilön käyttäytymisen alalle. Goldschmidt, joka on selväpiirteinen imperatiiviteorian kannattaja,[58] katsoo oikeusnormin nimenomaan määräämistehtävässään (Bestimmungsfunktion) — vastakohtana arvottamisfunktiolle (Bewertungsfunktion), josta enemmän tuonnempana — riittävän selvittämään kysymyksen objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta.[59] Mutta Goldschmidtkään, tunnustetusta nerokkuudestaan huolimatta, ei ole voinut konstruoida ratkaisua, joka olisi voittanut yleisempää kannatusta.[60]

---

[55] Die Rechtswidrigkeit I, II, 1903—1905. Puheenaolevassa suhteessa on sangen valaiseva HOLDin lause: »Würde der Gesetzgeber das voraussichtlich Unerreichbare (mielisairaan motivointi) trotzdem wollen, so müsste ihm das Prädikat der Vernünftigkeit unweigerlich abgesprochen werden» (II, s. 29). Vrt. WENZEL, Begriff des Gesetzes, s. 45 ss., joka erottaa toisistaan imperatiivin adressoimisen ja syyntakeettoman käyttäytymistä koskevan *arvostelman*.

[56] Niinpä mm. SIEVERTS, s. 95, sanoo: »Für jede reine Imperativtheorie ist die Deutung des objektiv rechtswidrigen Handelns Zurechnungsunfähiger die grösste Klippe», ja edelleen: »Jede rein imperativistische Rechtsauffassung muss zu logischen Folgewidrigkeiten oder doch zu komplizierten bewussten Fiktionen greifen, um gewissen Rechtserscheinungen gerecht zu werden, die den Begriff des schuldlosen Unrechts erfordern.» (s. 95 s.)

[57] Notstand — Schuldproblem; Prozess als Rechtslage, s. 229 ss.; Festgabe f. FRANK I., s. 436 ss.; Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags II, s. 426 ss.

[58] »Das Recht deklariert nirgends, es befiehlt immer, auch da, wo seine Gebote oder Verbote an einen bezwecken, einem anderen zu gewähren oder zu erlauben.» Verhandlungen des 34. Juristentags II, s. 429. — Kun oikeus käskyin vaatii toista oikeusalamaista olemaan loukkaamatta toista siinä, missä tällä on vapaa toiminta-ala, sisältää oikeuden tahdonilmaisu viimeksimainitulle oikeusalamaiselle loogillisesti sallinnan. Vrt. KAILA, Oikeuslogiikka, s. 269 s.

[59] Prozess als Rechtslage, s. 229; Festgabe f. Frank I, s. 428 ss.

[60] Vrt. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, 26 pain. s. 224 s.

Oikeusnormi, joka GOLDSCHMIDTin katsantokannan mukaan on identtinen imperatiivin kanssa, saa suhteessaan oikeusadressaattiin niin sanoaksemme kaksinaisen sisällyksen. Sen loogillisen ristiriidan, jonka kuuliaisuuden vaatiminen syyntakeettomalta käsittää, Goldschmidt välttää selittämällä, ettei pelkkä oikeusnormi kohdistu muuhun kuin määrätynlaisen ulkonaisen suhtautumisen vaatimiseen siinä mielessä, että siitä poikkeamalla aiheutettu seuraus on oikeudenvastainen, kun sen sijaan vasta oikeusnormin ohella olemassaoleva ja siitä johdettu velvollisuusnormi käskyineen ja kieltoineen vaatii adressaatilta sellaista sisäistä suhtautumista, joka on sopusoinnussa oikeusnormin edellyttämän ulkonaisen käyttäytymisen kanssa. Normaalitapauksessa oikeudenvastaisuus näin ollen käsittää kahdenlaisen norminvastaisuuden: oikeusalamaisen *ulkonainen* suhtautuminen sotii sitä vastaavaa *oikeusnormia* ja hänen *sisäinen* asennoitumisensa *velvollisuusnormia* vastaan. Mutta oikeudenvastaisuus voi esiintyä myös muodossa, josta viimeksimainittu suhde puuttuu, kuten on asian laita syyntakeettoman oikeusalamaisen väärinteon tapauksissa. Toisaalta teko saattaa olla ulkonaiseen suhtautumiseen kohdistuvan oikeusnormin vastainen olematta silti oikeudenvastainen: kun on kysymyksessä oikeutusperuste, esim. arvonsa takia oikeutettu intressin toteuttaminen. Ja myöskin se mahdollisuus on olemassa, että teko on velvollisuusnormia vastaan, sisältämättä syyllisyyttä:[61] kun tekijän toimintaa on määrännyt subjektiivisesti ratkaisevan painava ja samalla objektiivisesti hyväksyttävissä oleva motiivi, josta voidaan edellyttää, ettei se väisty velvollisuusnormin tieltä. Tämän, velvollisuusnormin vaikutusta vähentävän ja sen syrjäyttävän vastamotivoinnin Goldschmidt johtaa »kohtuusoikeuden» normeista, joista siis ekskulpatioperusteiden olemassaolo riippuu. Mutta välttämällä poikkeamisen syyllisyyskysymyksen alalle, jonne Goldschmidtiin tutustuminen välittömästi johtaa,[62] on syytä erityisesti huomauttaa siitä kannasta, johon puheenaoleva tutkija tästä konstruktiostaan johtuu ns. subjektiivisiin oikeudenvastaisuustekijöihin katsoen, joille tässä tutkielmassa tulee annettavaksi erityinen

[61] GOLDSCHMIDTin mukaan teko myöskin voi sisältää syyllisyyttä olematta siltä oikeudenvastainen: velvollisuusnormia vastaan voidaan rikkoa oikeusnormin joutumatta loukkauksen kohteeksi. Puuttumatta lähemmin tähän kysymykseen, joka johdattaa syyllisyysteoriain alalle, vain mainittakoon, että vallitseva mielipide ei tunnusta oikeudellisesti relevanttia syyllisyyttä ilman oikeudenvastaisuutta.

[62] GOLDSCHMIDT esittää oikeudenvastaisuusoppinsa syyllisyyskysymystä koskevassa teoksessa (Der Notstand — ein Schuldproblem, 1913).

merkitys. Kysymys subjektiivisista oikeudenvastaisuuden elementeistä merkitsee — yleispiirtein luonnehtien — kysymystä siitä, onko oikeudenvastaisuuden olemassaolo katsottava riippuvaksi paitsi oikeusalamaisen määrätystä ulkonaisesta käyttäytymisestä myöskin hänen subjektiivisesta suhtautumisestaan arvostelunalaiseen tekoon ja sen seurauksiin, ja tähän kysymykseen Goldschmidt puolestaan vastaa jyrkästi eittäen. Tämä kanta taasen, kuten jo viitattiin, johtuu Goldschmidtin teorian rakenteesta, johon kuuluu tarkka eronteko toisaalta ulkonaisten, toisaalta sisäisten teon tunnusmerkkien ja vastaavasti oikeus- ja velvollisuusnormin välillä. Teon ulkonainen ilmenemismuoto ja oikeusnormi kuuluvat kiinteästi yhteen, kun taasen tekijän sisäinen asennoituminen velvollisuusnormiin koskee syyllisyyskysymystä. Tästä tiukasta parallellisuudesta seuraa, että subjektiivisten oikeudenvastaisuustekijäin olemassaolon tunnustaminen tulisi Goldschmidtin teorian mukaan merkitsemään oikeudenvastaisuus- ja syyllisyyskysymysten toisiinsa sekoittamista, sillä mikäli Goldschmidt hyväksyisi jonkin subjektiivisen momentin oikeudenvastaisuuden elementiksi, sikäli hänen täytyisi myöskin tunnustaa oikeusnormille pätevyyttä ulkopuolella sen alan, jonka oikeusalamaisten ulkonainen suhtautuminen käsittää. Oikeusnormi ulottuisi yksilön sisäiseenkin suhtautumiseen ja Goldschmidtin konstruktion perusteet siten joutuisivat teorian tällaisessa kehittelyssä hylätyiksi.[63]

III. OIKEUSNORMIN ARVOTTAMISFUNKTION TEORIA.

Sekä subjektiivisten oikeudenvastaisuustekijäin kiistäminen[64] että objektiivisen oikeudenvastaisuus-käsitteen kehittelyn vastoinkäimiset[65] on kirjallisuudessa usein pantu nimenomaan imperativistisen oikeudenkäsityksen tilille. Oikeusnormin samantaminen imperatiivin kanssa — sanotaan — antaa oikeuden olemuksesta yksipuolisen kuvan. Käsitys, jonka mukaan oikeus kääntyy adressaattinsa puoleen käskyin ja kielloin siten, että käskynantajan ja adressaatin suhde

[63] Vrt. HEGLER, Festgabe f. FRANK I, s. 299; v. LISZT-SCHMIDT 26 pain. I, s. 184, viite 12; SIEVERTS, s. 79.

[64] SIEVERTS, ms.

[65] NAGLER, Stand der Lehre v. d. Rechtsw., s. 336. TULENHEIMO, s. 32, kuten moniaat muut tutkijat, katsonee imperativistisen oikeudenkäsityksen sinänsä johtavan subjektiiviseen oikeudenvastaisuus-käsitteeseen.

saa selityksensä psykoloogiselta pohjalta, ei ole omansa edistämään objektiivisen oikeudenvastaisuuden tutkimusta, koska sellaisessa konstruktiossa ei jää tarpeeksi tilaa oikeuden arvottamistehtävälle (Bewertungsfunktion). Viimeksimainittu tehtävä taasen on objektiivisen oikeudenvastaisuuden kannalta kaikkein olennaisimpia. Arvottamisnormi on määräämisnormiin katsoen prius ja oikeusnormin tehtävä näin ollen kahdenlainen: ensiksi siihen sisältyy arvostelunalaisen teon punnitseminen sen normin kannalta, joka antaa vastauksen kysymykseen, mitä imperatiivin tulee sisältää, ja vasta tähän arvottamiseen, jonka kognitiivisena osana on arvotodelma, liittyy siitä johtuva volitio: määräämisnormi. Siten oikeudenvastaisuuden sisällys tämän katsantokannan mukaan määräytyy olennaisesti oikeuden arvottamistehtävän puitteissa. Tarkastelunalaisen seikan arvottaminen tapahtuu sen normin avulla, joka ilmentää yhteiskunnallista tarkoituksenmukaisuutta ja joka tässä mielessä on adressaatiton, joten myöskään oikeudenvastaisuus objektiivisessa mielessä ei ole riippuvainen normista sen määräämisominaisuudessa, sen imperatiiviluonteen suhteesta adressaattiin. Täten yleisesti luonnehditun oikeudenvastaisuudenkäsityksen ovat omaksuneet useat uudemman tieteisopin edustajat, ja se näyttää olevan jatkuvasti voittamassa kannatusta. — Juurimainittuun lähtökohtaan liittyy oikeuden imperatiiviluonteen vähäksyminen, joka ei ole voinut olla vaikuttamatta haitallisesti puheenaolevan oppisuunnan tutkimustuloksiin.

1. Hyvänä esimerkkinä niistä tuloksista, joihin kannanotto viimeksimainittuun suuntaan johtaa, on LÖFFLERin[66] oikeudenvastaisuusoppi, jonka mukaan mainitun käsitteen piiriä on laajennettava siitäkin, mitä mm. THON ja BIERLING ovat esittäneet. Oikeusjärjestyksen käsittämällä tahdolla Löffler ei tarkoita vain sitä, mitä oikeuden käskyt ja kiellot sisältävät, vaan hänen käsityksensä mukaan voi ristiriitaa tämän tahdon kanssa ilmetä muullakin tavalla. »Unrecht ist — — — alles, was mit dem Willen der Rechtsordnung in Widerspruch tritt; nicht nur die Verletzung der äussern Verhältnisse, die ihren 'anerkennenden' Sätzen widerspricht. Rechtswidrig ist also nicht nur der schuldhafte; sondern auch der schuldlose Angriff des Zurechnungsfähigen auf Rechtsgüter, und ebenso der Angriff des Kindes, des Wahnsinnigen, des *Tieres*, der *leblosen Sache*» (kor. meid.).[67] Oikeuden tahdosta puhuminen sillä tavoin kuin Löffler tätä

[66] Unrecht und Notwehr, ZStW 21, s. 537 ss.; eritt. s. 545—565.

[67] ZStW 21, s. 564.

käsitettä käyttelee lienee ymmärrettävä perimmältään oikeuden imperatiiviluonteen täydelliseksi kiistämiseksi, koska täten määritellyn »tahdon» sisällys ei tule ilmi sellaisena määräämisnormina, jonka noudattaminen edes jonkinlaisena sääntönä olisi mahdollista. Oikeus ei voi käskynomaisesti ilmaista sellaista tahtoaan, jonka sisällyksenä esim. on, ettei salama saa lyödä maahan, ettei vuorille kasaantunut lumi saa vyöryä alas, ettei vesikauhuinen koira saa purra jne. Kun Löffler kuitenkin selittää viimeksimainitunlaisetkin ilmiöt luonteeltaan sellaisiksi, että ne saattavat joutua ristiriitaan oikeuden tahdon kanssa, se samalla merkitsee oikeuden tahtosisällyksen käsittämistä toisin kuin sen »henkisen vallan» luonne edellyttää.[68] Lähdettäessä tälle tielle, jolle Löffler on astunut, olisi nähdäksemme lopuksi tunnustettava oikeudenvastaiseksi kaikki, mihin oikeus vaatii muutoksia tapahtuvaksi siitä riippumatta, miten muutoksen alaiseksi tuleva tila on syntynyt. Löfflerin mielipide ei lienekään etäällä tästä kannasta: kun on kysymyksessä muutos sellaiseen tilaan, jonka toteuttaminen on oikeuden tarkoituksena, tällainen tapahtuma Löfflerin mukaan[69] on — mikäli olemme tekijän oikein käsittänyt — *aina* oikeudenvastainen. Sanotunlaisen tapahtuman tämä ominaisuus ei muutu siitä, että itse oikeus on usein voimaton tällaisia ilmiöitä vastaan — se saa tuntea tehottomuutensa erityisesti silloin, kun luonnonvoimat puuttuvat tapahtumien kulkuun tavalla, joka sotii oikeuden tahtomaa järjestystä vastaan —, vaan oikeus lausuu tällöinkin paheksumisensa tapahtuneesta, vaikka se jäisikin vain teoreettiseksi arvotodelmaksi. Lisäksi oikeus usein tällaisten ilmiöiden varalta säätää ryhdyttäväksi toimenpiteisiin häiriintyneen asiantilan korjaamiseksi — siten myöskin valtion järjestysviranomaiset toimivat *oikeus*järjestyksen eliminä.

Puuttumatta tässä niihin kiivaisiin vastalauseisiin, joita Löfflerin viimeksimainittu väite on herättänyt, vain huomautettakoon Löfflerin konstruktion heikkoudesta siinä, että se niin sanoaksemme laiminlyö oikeusjärjestyksen olennaisimman edellytyksen huomioonottamisen, sen, että oikeusjärjestys voi muodostua yksinomaan *ihmisyhteisön* piirissä, vain sen jäsenten noudatettavana järjestyksenä. Inhimillisen valtapiirin ulkopuolella tapahtuva ei voi olla sen vastaista, mikä on säädetty ihmisiä varten ja tarkoitettu olemaan heidän ylläpidettävänään järjestyksenä.[70]

[68] Ks. Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, s. 56. Mezger, Unrechtselemente, s. 218.

[69] ZStW 21, s. 558 s.

[70] Jos näin ollen esim. salama sytyttää kaupungissa tulipalon, saattaa tässä yhtey-

2. LÖFFLERin opin yhteydessä voidaan mainita uusinta tieteisoppia edustavan RUDOLF BIENENFELDin[71] teoria, jolla on olennaisia kosketuskohtia Löfflerin konstruktioon siitä huolimatta, että Bienenfeld expressis verbis mainitsee pitävänsä väärinä niitä oppeja, joiden mukaan luonnonilmiö yksilön oikeudenrajoituksen (Rechtsbeschränkung) aiheuttavana on katsottava oikeudenvastaiseksi.[72] Sanotusta maininnasta huolimatta Bienenfeldin oppi, kuten seuraavasta tulee ilmenemään, suuresti lähentyy Löfflerin teoriaa luonnonilmiöiden oikeudenvastaisuudesta, samalla kun se asettuu nimenomaisesti kielteiselle kannalle imperatiiviteoriaan.[73]

BIENENFELD perustaa oikeudenvastaisuusoppinsa yksinomaan normin arvottamisfunktioon, joka saa merkityksensä vastuun tunnusmerkistön tarkastelussa. Samalla kun hän asettaa tutkimuksensa päätehtäväksi vastuun tyyppitaulukon luomisen — vieläpä niin laajassa mitassa, että se käsittää muunkin kuin *vahingon*vastuun —, hän katsoo voivansa ratkaista oikeudenvastaisuusprobleeman tämän tutkimuksen pohjalta: osoittamalla ne tunnusmerkistöntekijät, jotka ilmaisevat objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemassaoloa. Tämä erottelu taasen tapahtuu tunnusmerkistön kausaalisten tekijäin tarkastelussa teleoloogisesta näkökulmasta, soveltamalla geneettiseen tapahtumaketjuun teleoloogista tarkoitussarjaa. Viimeksimainittu, tarkoituksen ja sen toteuttamiskeinon käsitteistä kasvava kausaalisen seuraannon mielentäminen — erotuksena pelkästä syyn ja seurauksen toteamisesta — luo pohjan tarkastelunalaisen objektin arvottamiselle ja myöskin itse sisältää arvoa: mikä ei ole arvottamisen alaista, ei myöskään voi käydä tarkoituksesta eikä sen välikappaleesta.[74] Se tunnusmerkistön arvopitoisuus, johon tällä tavoin johdutaan, on

---

dessä olla oikeudenvastaista se menettely, johon järjestysviranomaiset tai tulensammutukseen velvolliset syyllistyvät, mutta ei suinkaan se muutos, jonka itse salamanisku aiheuttaa.

[71] Die Haftungen ohne Verschulden (1933), eritt. s. 398 ss.

[72] Haftungen, s. 403.

[73] BIENENFELD, s. 431: »Das objektive Recht ist nicht ein Komplex von Imperativen, sondern Ordnung und Wirken; nicht in geboten und Verboten liegt sein Wesen, sondern in der Ordnung von Sachenverhalten durch Bildung von Tatbeständen, in denen Imperative wie Bewertungsnormen, genetische und teleologische Kausalreihen, äussere und seelische Zustände enthalten sein können und an die als Rechtsfolge eine Haftung geknüpft ist, das Einstehen eines Subjekts mit seinem Vermögen oder seiner Person als Mittel für die Verwirklichung eines durch das Wirken des Staates zu realisierenden Zustands.»

[74] BIENENFELD, s. 312.

tarkoin erotettava sen arvosuhteisuudesta; vain arvopitoiseen (bewertet, werterfüllt) tunnusmerkistöön saattaa sisältyä oikeudenvastaisuustekijä, kun sen sijaan pelkästään arvosuhteinen (wertbezogen) tunnusmerkistö osoittaa vain tunnusmerkistön relevanssia, sisältämättä mitään lausumaa itsessään tunnusmerkistössä piilevästä oikeudenvastaisuus-ominaisuudesta (tarkoituksesta tai välikappaleesta, jota oikeus ei hyväksy ja jonka se siis arvottaa negatiivisesti).[75]

Selostettujen näkökohtien johdattamana BIENENFELD joutuu etsimään oikeudenvastaisuutta arvottamisen alaisina olevista tunnusmerkistöntekijöistä. Vain arvopitoiset tunnusmerkistöt ovat, kuten jo viitattiin, oikeudenmukaisia tai oikeudenvastaisia[76] — viimeksimainittuja sikäli kuin tunnusmerkistötarkoitus tai sen toteuttamiskeino jäävät vaille oikeuden hyväksymistä. Tässä tapauksessa oikeuden moite saattaa Bienenfeldin mukaan kohdistua sellaisiinkin tunnusmerkistöelementteihin, joissa negatiivisen arvottamisen objektina ei ole itse teko tai toiminta, vaan sillä tavoitellun tarkoituksen esineellinen välikappale. Niinpä Bienenfeldin mukaan oikeudenvastaisuus-ominaisuus voi kuulua esim. puutteelliselle moottoriajoneuvolle, jota käytetään liikenteessä ja jossa oleva vika on omansa vaarantamaan liikenneturvallisuutta, vaikk'ei puutteellisuus, esim. ainesvika, olisi huolellisimmallakaan tarkastuksella huomattavissa. Että Bienenfeldin käsityksen mukaan esine yhtä hyvin kuin ihmistekokin voi olla oikeudenvastaisuutta osoittavan arvottamisen kohteena, nähdäksemme merkitsee olennaista lähentymistä LÖFFLERin käsitykseen oikeudenvastaisuuden olemuksesta. Eroa Bienenfeldin ja Löfflerin välillä on vain siinä, että ensinmainittu nimenomaisesti eittää luonnontapahtumien oikeudenvastaisuuden sillä perusteella, että ne eivät voi olla arvottamisen alaisia, »eivät oikeudenvastaisia eivätkä oikeudenmukaisia».[77] Se, ettei tämäkään ero käsitä selviä rajoja Löfflerin teoriaa vastaan, käy mielestämme kuitenkin ilmi siitä, että Bienenfeld, samalla kun hän selittää itse luonnonilmiön oikeudellisesti värittömäksi, yhtäkaikki myöntää, että vahinkoseuraus voi tällaisessa tapauksessa merkitä »ristiriitaa oikeusjärjestyksen kanssa».[78] Viimeksimainittu lausuma nähdäksemme jättää itse oikeudenvastai-

[75] BIENENFELD, s. 404 ss.

[76] Muut tunnusmerkistöt eivät BIENENFELDin mielipiteen mukaan ole kumpaakaan. Bienenfeld näin ollen edellyttää oikeudenmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden rinnalla myöskin oikeudellisen irrelevanssin olemassaoloa.

[77] BIENENFELD, s. 403.

[78] BIENENFELD, ms.

suuden olemusta koskevan kysymyksen Bienenfeldin opissa epäselväksi, semminkin kun sanottu tutkija toisaalta on sillä — oikeana pidettävällä — kannalla, että vahinkoseuraus sinänsä, joka kaikissa sopimuksenulkoista vastuuta koskevissa tunnusmerkistöissä on yhteinen, ei ole leimattavissa oikeudenvastaiseksi.[79] Se seikka taasen, että Bienenfeldin opissa pelkästään esineillekin omistetaan oikeudenvastaisuus-predikaatti, mielestämme osoittaa, että Bienenfeld, samoin kuin Löffler, on laajentanut sanotun käsitteen piirin luonnonmaailmaan ja — mikä juuri on mainittujen tutkijain opeissa yhteistä — etäännyttänyt oikeudenmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden inhimillisen valinnan ulottuvilta sekä antanut negatiivisen arvottamisen yksinään muodostua tässä kohdin ratkaisevaksi.

Yksittäisen tunnusmerkistöntekijän BIENENFELDin tapaan käsitteleminen oikeudenvastaisena nähdäksemme johtaa siihen, että oikeuden kannalta olisi pidettävä luvallisena sellaistakin tekoa, jonka välikappale on oikeudenvastainen! Siten Bienenfeldin oppi käsityksemme mukaan johtaa vaikeihin ristiriitoihin, joiden syynä pidämme perimmältään sanotun oikeusoppineen noudattamaa tutkimusmetoodia: oikeudenvastaisuuden analysointia vastuun tunnusmerkistöistä sen sijaan että siihen johduttaisiin yleisluonteisista periaatteista. Tällaiselta analyysiltä ei ole syytä kiistää käytännöllistä arvoa, mutta sen menestymisen edellytyksenä on sen yhtenäisyyden vaatimus, jonka yksin yleinen, koko oikeusjärjestyksen käsittävä näkökohta voi täyttää. Ettei Bienenfeldin oikeudenvastaisuusoppi hänen tutkimuksensa tavattomasta laajuudesta ja perinpohjaisuudesta huolimatta tuo tyydyttäviä lopputuloksia, on nähdäksemme luettava mainittujen yleisten näkökohtien — sanoisimmeko — vähäksymisestä johtuvaksi. Bienenfeld näet pitää yleistä oikeudenvastaisuus-käsitettä siksi epämääräisenä, ettei se tarjoa tutkimukselle tarpeellista ohjetta eikä tukea, mutta sen sijaan että hän ottaisi tehtäväkseen tyydyttävän oikeudenvastaisuus-käsitteen konstruoimisen, hän syventyy tunnusmerkistöoppiin ja sen selvittelyssä kadottaa tarpeellisen kosketuksen oikeuden peruskäsitteisiin, mihin tulokseen käsityksemme mukaan myöskin on myötävaikuttanut tarkoituksellinen oikeuden imperatiivi-luonteen kiistäminen ja vastaavasti normin arvottamistehtävän korostaminen ja korottaminen oikeuden tärkeimmäksi funktioksi.

3. Viimeksimainittu käsityksen suunta: oikeusnormin arvotta-

[79] BIENENGELD, s. 371 ss., eritt. s. 375 s.

misfunktion ensisijaisuus ja tärkeys on, tunnusomaista yleensäkin sille vallitsevaksi pyrkivälle katsomukselle, jonka mukaan oikeudenvastaisuus-käsitteen yhtenäisyyteen sekä rikos- että siviilioikeuden alalla voidaan päästä vain objektiivisen määrittelyn avulla. Tässä objektiivisessa määrittelyssä ei ole mahdollista ottaa huomioon oikeusalamaisen käyttäytymisessä ilmeneviä tahto- ja syyllisyysmomentteja, joilla on merkitystä vain oikeusseuraamusta koskevissa kysymyksissä. Sanotut momentit ilmentävät yksilön suhdetta oikeuden määräämisnormiin, kun sen sijaan oikeudenvastaisuus sinänsä on todettavissa ainoastaan arvottamisnormiin sisältyvän arvotodelman tuloksena kokonansa siitä riippumatta, millainen oikeusalamaisen yksilöllinen suhtautuminen käskynormiin on ollut. Tämän oikeudenvastaisuuden tiukasti objektiivisen määrittelyn leimaa M. E. MAYER oikean metoodin vaatimukseksi.[80] Oikeudenvastaisuuden erotteleminen toisaalta subjektiiviseksi, toisaalta objektiiviseksi oikeudenvastaisuudeksi ei ole sallittua, koska ensinmainitun käsitteen hyväksyminen merkitsee syyllisyysaineksen sijoittumista oikeudenvastaisuuden edellytysten joukkoon ja siten sen yhtenäisyyden vaarantamista. Tämä objektiivinen määrittely ei kuitenkaan merkitse subjektiivisen aineksen täydellistä syrjäyttämistä oikeudenvastaisuuden olemassaoloa koskevasta arvostelusta. Mayer huomauttaa, että on kokonaan eri kysymys, onko oikeudenvastaisuus todettavissa pelkästään objektiivisten tunnusmerkkien nojalla vaiko ottamalla huomioon myöskin tekijän subjektiiviset tarkoitukset. Tässä kysymyksessä Mayer asettuu jälkimmäisen vaihtoehdon puoltajaksi — mielipide, joka nykyisin muodostaa vallitsevan käsityksen. Subjektiivisten oikeudenvastaisuustekijäin merkitykseen oikeudenvastaisuuskysymyksen käsittelyssä ei ole tarkoitus vielä tässä lähemmin kajota; Mayerin mielipiteen yhteydessä siitä ennakolta mainittakoon vain sen osoittamiseksi, ettei objektiivisen oikeudenvastaisuuden käsite suinkaan sinänsä merkitse *pelkästään* objektiiviseen, *ulkonaiseen* tapahtumiseen nojautuvaa käsitystä oikeudenvastaisuuden olemuksesta.[81]

Oikeudenvastaisuuden käsittämistä puhtaasti objektiivisessa mielessä pitää NAGLER, jonka puheenaolevaa kysymystä käsittelevä

[80] Lehrbuch, s. 10 ss.

[81] Tosin ei tieteisopista puutu päinvastaistakaan mielipidettä, jonka edustajista mainittakoon RITTLER (mm. KrVJSchr. 1935, s. 429) ja ennen muita — aikaisemmin mainitun GOLDSCHMIDTin lisäksi — BELING (Lehre vom Verbrechen, s. 140 s.), joka lukee subjektiiviset oikeudenvastaisuuselementit syyllisyyden piiriin kuuluviksi.

tutkimus[82] on saavuttanut suurta huomiota, suorastaan loogillisena välttämättömyytenä. Oikeudenvastaisuus merkitsee ristiriitaa objektiivisen oikeuden kanssa, joten sen itsensä täytyy olla laadultaan objektiivista.[83] Oikeudenvastaisuudeksi on merkittävä se, mikä ei ole hyväksyttävissä oikeusjärjestyksen kannalta, se mikä joutuu negatiivisen arvottamisen alaiseksi häiriöntuojana objektiivisten oikeustarkoitusten toteutumiseen. Oikeus on »objektiivinen elämänjärjestys», oikeudenvastaisuus on tämän järjestyksen vastaista. Oikeusjärjestyksen vastaisuus ei täten edellytä syyllisyyttä eikä syyntakeisuutta — perimmältään ei oikeusadressaattiakaan. Viimeksimainittua näkökohtaa ovat korostaneet mm. Eb. Schmidt,[84] Heinitz,[85] Sieverts[86] ja erityisesti Mezger,[87] joka tähdentää adressaatittoman normin (adressenlose Norm) merkitystä hänen oppinsa mukaan oikean käsityksen muodostamiseksi objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta. Kun Mezgerin esittämät näkökohdat ovat valaisevia sen uudemman oikeudenvastaisuusteorian osalta yleensä, joka näyttää olevan muodostumassa jopa vallitsevaksi käsitykseksi, on nähdäksemme syytä niitä lähemmin selostaa, semminkin kun tässä on kysymys sellaisesta arvovaltaisesta oppisuunnasta, jonka perustuksia on pidettävä kestämättöminä ja jonka vastustamiseen niin muodoin on syytä kiinnittää vakavaa huomiota.

Mezger katsoo, että oikeuden lähin yläkäsite, genus proximum, on vallitsevan mielipiteen mukaisesti normi,[88] joka antaa leimaa kaikelle oikeudelle siitä riippumatta, noudatetaanko normia vai ei ja

---

[82] Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift f. Binding, s. 273 ss.

[83] Nagler, mt. s. 332.

[84] Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 172.

[85] Materielle Rechtswidrigkeit, s. 18.

[86] Subj. Unrechtselemente, s. 97.

[87] GS 89, s. 239 ss.

[88] Mitä Mezger tarkoittaa sanoessaan, että vallitsevan mielipiteen mukaan normi on »das genus proximum des Rechts» (GS 89, s. 242), sitä emme ole täysin käsittäneet, sillä tämän lausuman puolustamiseksi Mezger vain polemikoi sitä käsitystä vastaan, joka on tahtonut kiistää oikeudelta sen normiluonteen. »Bestätigung des Normcharakters alles Rechts» (GS 89, s. 243) merkitsee Mezgerin kannalta sen väitteen vahvistumista, että normi on oikeuden lähin yläkäsite — muuta käsitystä emme ole voineet Mezgerin esityksestä saada. Kun Mezger sitten katsoo vallitsevan käsityksen virheellisyyden alkavan siitä, että »Mit dem Normcharakter des Rechts hat man nun aber auch den Begriff des Normadressaten als notwendig gegeben angesehen», katsomme olevamme oikeutetut käsittämään asian siten, että Mezgerin — mutta tuskin vallitsevan mielipiteen — mukaan oikeuden genus proximum on adressaatiton finaalinormi.

onko se edes ehtinyt käytännössä muuttua »todellisuudeksi». Normille ominainen todellisuuspitoisuus on pelkästään sen pitämismerkityksessä (Sollensbedeutung),[89] joka tarkoittaa tietyn sosiaalisen tilan toteutumista (es soll). Kun normin käsitteelle on pidetty olennaisena, että se samalla on oleva adressoitu (du sollst), on Mezgerin mukaan tässä kohdin johduttu harhaan; normin on päin vastoin katsottava olevan vailla suunnattuisuusominaisuutta. Normi ja normin toteuttamiskeino, joka on imperatiivi, eivät ole samannettavissa, vaan ne on tarkoin erotettava toisistaan ottamalla huomioon, että normin abstraktinen käsite on riippumaton normin konkreettisesta kohdistamisesta oikeusalamaiseen. Tällainen kohdistaminen ei kuulu normin tunnusmerkkeihin; käsitteellisessä selvyydessään normi on ajateltavissa vain persoonattomaksi pitämiseksi, arvottamisnormiksi, josta vasta seuraa sen toteuttamistehtävä: määräämisnormi eli imperatiivi.[90] Oikeudenvastaisuuden määrittelyssä ei kuitenkaan ole kysymys normin abstraktisesta käsitteestä sinänsä, vaan myös tarkoituksenmukaisuusnäkökohdista. Käsittäessään oikeusnormin apriorisesti oikeusalamaiselle adressoiduksi imperatiiviteoria Mezgerin mukaan vielä liikkuu loogillisesti hyväksyttävällä pohjalla, koska oikeuden ja oikeudenvastaisuuden käytännöllisesti tarkoituksenmukaisessa määrittelyssä on mahdollista lähteä sekä loogillisesti määräävästä (bedingend) että loogillisesti määrätystä (bedingt) näkökohdasta,[91] mutta samalla juuri tämän tarkoituksenmukaisuuden tarpeet edellyttävät oikeuden ja vastaavasti oikeudenvastaisuuden orientoimista adressaattivaatimuksesta riippumattomien objektiivisten näkökohtien mukaisesti. Tämä orientoiminen myöskin vastaa kognitiivisen oikeus-käsitteen muodostamisvaatimuksia loogillis-tietoteoreettisella pohjalla. Imperatiiviteoriaa vastaan virinneen kritiikin ydin, joka usein on nähty nimenomaan positiiviseen oikeuteen perustuvissa

[89] MEZGER leimaa olemis- ja pitämis-käsitteiden toisiinsa sekoittamiseksi sen, että oikeudelta vaaditaan tosiasiallista pätemistä muodossa tai toisessa. »Immer wird der grundlegende erkenntnistheoretische Unterschied von Sein und Sollen verkannt, wenn 'Recht' erst dort existent angenommen wird, wo statt Rechtssätzen und Rechtsnormen 'Rechtsgewohnheiten' nachweisbar sind (FRENZEL), wo 'die Normen aus der papierenen Existens heraustreten, um sich im menschlichen Leben als eine Macht zu bewähren' (HOLD V. FERNECK), wo 'ein System tatsächlich geltender Regeln des gesellschaftlichen Lebens' unterschieden werden kann (KORNFELD) oder wo wirkliche 'Interessenausübungen' erfolgt sind (JUNG).» GS 89, s. 243.

[90] MEZGER, GS 89, s. 242 ss. — Imperatiivi käsittää tässä myös vetitiivin.

[91] Loogillisesti määräävä on tässä tietysti adressaatiton normi ja loogillisesti määrätty on imperatiivi.

epäilyksissä tämän teorian pätevyydestä, ei Mezgerin mukaan pohjimmaltaan kuitenkaan ole niin paljon tällä alalla kuin siinä, että normin tuleminen imperatiiviksi tietoteoreettisesti edellyttää sen perusteena olevaa normin arvottamisfunktiota, joten oikeuden tunnustaminen määräämisnormiksi, mitä se Mezgerinkin mukaan kiistattomasti on, ei suinkaan merkitse sen käsittämistä *vain* siksi. Määräämisnormi on oikeuden johdannosfunktio oikeuden ollessa *myös* arvottamisnormi ensinmainitun loogillisena priuksena.[92] Viimeksimainittu käsitys siten vastaa sekä käytännöllistä tarkoituksenmukaisuutta että kognitiivisen oikeus-käsitteen oikeaa rakentamista.

Objektiivisen oikeudenvastaisuuden-käsitteen asema tässä rakennelmassa on ilman muuta selvä: sanotun käsitteen pohjana on adressaatiton normi; oikeudenvastaista on se, mikä on sen vastaista. Siten objektiivinen oikeudenvastaisuus MEZGERin mukaan osoittautuu *yksinomaan* oikeuden primäärisen arvottamistehtävän tulokseksi, jossa määräämisnormilla ei ole mitään osaa.[93] Vaikka oikeus Mezgerin mukaan ei ole pelkästään arvottamisnormi eikä myöskään vain määräämisnormi, vaan molempien funktioiden yhdistymä, Mezger kuitenkin katsoo objektiivisen oikeudenvastaisuuden käsittävän ristiriitaa ainoastaan ensinmainitun normin kanssa, koska se oikeuden perusfunktiona on asetettava vain rajoitettuun käyttöön kelvollisen määräämisnormin edelle. Viimeksimainittu näet vaatii erinäisten subjektiivisten edellytysten olemassaoloa, jotka mahdollistavat oikeuden käskyfunktion toteutumisen, kun sen sijaan arvottamisnormi adressaatittomana on riippumaton kaikista yksilöllisistä aineksista.

---

[92] Väärinkäsitysten — joihin tekstin lyhyt esitys helposti voi antaa aiheen — välttämiseksi huomautettakoon, että maininta normin arvottamisfunktion olemisesta oikeuden määräämisfunktion loogillisena priuksena ei sisällä ristiriitaa sen, tekstissä aikaisemmin mainitun MEZGERin myönnytyksen kanssa, että viimeksimainitun, siis määräämisnormin, käsittäminen oikeuden aprioriseksi tunnusmerkiksi on loogillisesti hyväksyttävissä. On näet huomattava, että näiden suhteiden selvittelyssä ei ole kysymys pelkästään tietoteoreettisesta, vaan myös käytännöllisestä tarkoituksenmukaisuuskysymyksestä, jonka viimeksimainitun lähtökohtaa ei määrää oikeudellisen imperatiivin edellytysten tutkimus. »Denn so unbedingt notwendig das Recht als Bewertungsnorm feststeht, bevor es Bestimmungsnorm wird, so klar ist die *Möglichkeit*, das Recht — in abgeleiteter Form — als 'Bestimmungsnorm' zu erfassen. Und es steht der *praktischen* Rechtsgestaltung vollkommen frei, nicht an jenen logisch bedingenden, sondern an diesen logisch bedingten Gesichtspunkt anzuknüpfen. Denn mit der Frage der praktisch zwäckmässigen Gestaltung des Rechts stehen wir nicht mehr im Problemkreis des kognitiven Rechts*begriffs*, sondern in demjenigen der normativen Rechtsidee.» Sein und Sollen im Recht, s. 24 ss. GS 89, s. 241.

[93] MEZGER, GS 89, s. 245 s.

Siten ei myöskään jokainen arvottamisnormi ole kehitettävissä määräämisnormiksi eikä vastaavasti objektiivinen oikeudenvastaisuuskaan ulotettavissa viimeksimainitun funktion alalle.

Adressaatittoman normin asettaminen oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisuperusteeksi merkitsee vastaavasti oikeuden henkisen vallan luonteen vähäksymistä. MEZGER nähdäksemme on itse tuntenut tämän johtopäätöksen läheisyyden ja kantavuuden ryhtyessään oppirakennelmansa pohjalla perustelemaan henkisen valtasuhteen olemassaoloa siinäkin oikeudenvastaisuuskonstruktiossa, jota hän edustaa.[94] Kun MERKEL ei katsonut voivansa hyväksyä oikeudenloukkauksen samantamista oikeusobjektiin puuttumisen kanssa sen takia, että henkinen valtasuhde oikeuden olemuksessa silloin olisi joutunut oikeudenvastaisuuden käsitemäärittelyssä syrjäytetyksi, tämä mielipide Mezgerin mukaan johtui osaksi siitä, että Merkelin edustama käsitys näkee oikeuden ja inhimillisen tahtopiirin välisen ristiriidan yksinomaan velvoitetun yksilön puolella, osaksi siitä, että Merkel muka ei tee kyllin selvää eroa toisaalta teko-objektin (Handlungsobjekt), toisaalta oikeuden suojeluobjektin (Schutzobjekt) välillä. Vain ensinmainittu on konkreettinen, kun sen sijaan suojeluobjektina on aina inhimillinen intressi, joka puolestaan edustaa tietynlaista tahdon osallistumista ilmiöihin ja siis on henkistä laatua. Tästä lähtökohdasta Mezger kehittelee objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemusta suhteeksi oikeuden ja vääryyttä kärsineen välillä, sen sijaan että sitä pidettäisiin oikeustahdon suhteena väärin tekijään. Oikeudenvastaisuus on »oikeudellisesti suojatun intressin» loukkaamista. »Unrecht ist die Störung einer vom Rechte gewollten (gebilligten) Willensbestätigung. Damit ist die 'geistige' natur des Unrechts gewahrt.»[95]

---

[94] GS 89, s. 246 ss. — MEZGERin esityksestä käy päätteleminen, että hän antaa suuren arvon oikeuden henkisen luonteen säilymiselle edustamassaan oppirakennelmassa. Sitä mahdollisuutta, että tämä oikeuden olemuksen puoli joutuisi siinä syrjäytetyksi, hän näyttää pitävän sangen merkityksellisenä ja vastaavasti kiinnittää sen kumoamiseen vakavaa huomiota. Sen sijaan hän pitää helppona sen väitteen kumoamista, jonka mukaan puhtaasti objektiivinen oikeudenvastaisuus tulisi merkitsemään sanotun käsitteen ulottamista luonnonvoimienkin piiriin. Tämä väite osoittautuu Mezgerin mukaan kevyeksi niin pian kun se on riisuttu MERKELin logiikan asusta. Kukaan ei johdu siihen groteskiin ajatukseen, että tuuli tai salama olisi oikeudenvastaisuuden subjekti, ilman sitä käsitystä, että oikeudenvastaisuudella välttämättä aina on oleva subjekti. »Darin aber besteht gerade der Grundfehler, dass man sich das Unrecht, d. i. die Verletzung rechtlich geschützter Interessen, nicht ohne ein unrecht handelndes Subjekt zu denken vermag.»

[95] MEZGER, GS 89, s. 248.

MEZGER pitää oikeudenvastaisuuden määrittelemistä loukkauksen kohteeksi joutuneen yksilön kannalta ainoana oikeana lähtökohtana oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden metoodillisesti virheettömäksi erottamiseksi toinen toisestaan. Vain tätä tietä Mezgerin mielestä oikeudenvastaisuus saadaan esille puhtaasti objektiivisena käsitteenä, joka määräytyy oikeudenloukkauksen objektin mukaan ja siten ratkaisevasti erottuu oikeudenvastaisuuden subjektiin kytkeytyvästä syyllisyyskysymyksestä. Niin kiitollinen kuin tällainen syyllisyys- ja oikeudenvastaisuuskysymysten erottaminen saattaakin olla siltä kannalta, että se asettaa mainitut kysymykset niin sanoaksemme vastakkaisista pooleista lähteviksi ja siten korostaa niiden olennaista eroavaisuutta, täytyy mielestämme kuitenkin tällaisen konstruktion tarjoama houkutus torjua siitä johtuvien arveluttavien konsekvenssien takia. Kun Mezger, lähtökohdalleen uskollisena, mainitsee, että »Unrecht ist Widerspruch gegen das Recht als Bewertungsnorm, Veränderung eines rechtlich gebilligten bzw. Herbeiführung eines rechtlich missbilligten Zustandes, *nicht* rechtlich missbilligte Veränderung eines Zustandes»,[96] on tämä johtopäätös nähdäksemme paraana todistuksena hänen kantansa kestämättömyydestä, koska se — niinkuin Mezger itse mainitsee[97] — leimaa teon oikeudenvastaiseksi sen vuoksi, että se »aiheuttaa oikeudenvastaisuuden». Mikäli näet viimeksimainitulle lausumalle tahdotaan antaa todistusarvoa, so. mikäli se voidaan käsittää muuksi kuin kehässä kulkemiseksi, sen sisällykseksi on nähdäksemme katsottava väite, että teko on oikeudenvastainen siksi, että siitä syntyy »die Störung einer vom Rechte gewollten (gebilligten) Willensbestätigung».[98] Tosiasia kuitenkin on, että yksilön juurimainittuna toimintana ilmenevä intressi ei suinkaan nauti ehdotonta oikeusturvaa, vaan päin vastoin intressinrajoituksen leimaaminen oikeudenvastaisuudeksi on riippuvainen juuri siitä, *millä tavoin ja missä tarkoituksessa* intressinrajoitus aiheutetaan. Oikeudenvastaisuus siis on, päin vastoin kuin Mezger opettaa, todettavissa nimenomaan oikeusalamaisen käyttäytymisestä eikä suinkaan siitä johtuvasta seurauksesta.[99] Katsomme näin

[96] GS 89, s. 245 s.

[97] Mt. s. 246.

[98] Ks. MEZGER, GS 89, s. 248.

[99] Edellämainittu viittaus kehässä kulkemiseen voidaan myöskin esittää oikeutettuna muistutuksena MEZGERin todistelua vastaan sikäli, että Mezger käyttää oikeudenvastaisuus-käsitteensä perusteluna »oikeudellisesti turvatun intressin» käsitettä, josta hän johtuu objektiivisen oikeudenvastaisuuden »henkisen luonteen» määrittelyyn siitä kärsimään

ollen, että Mezgerin yritys objektiiviseen oikeudenvastaisuuteen kuuluvan oikeuden »henkisen vallan» luonteen johtamiseksi oikeudenvastaisuuden objektin intressipiiristä ei ole osunut oikeaan.

Ettei oikeuden edellyttämän »henkisen suhteen» MEZGERin tavoin perusteleminen tuo hyväksyttäviä tuloksia, se on pääteltävissä jo siitäkin, että Mezger asettaa lähtökohdakseen adressaatittomaksi määritellyn arvottamisnormin ja katsoo objektiivisen oikeudenvastaisuuden määräytyvän yksinomaan sen mukaan. Tällainen lähtökohta, jolla on uudemmassa kirjallisuudessa kasvava kannatus (mm. EB. SCHMIDT, LOBE, BIENENFELD, HEINITZ, SIEVERTS), jo itsessään sulkee pois kaiken »henkisen suhteen» oikeuden ja oikeusalamaisen väliltä, sikäli kuin on kysymys oikeudenvastaisuudesta objektiivisena ilmiönä. Kun ristiriita oikeusjärjestyksen kanssa tehdään riippumattomaksi siitä, mikä tätä järjestystä ylläpitää — sitä kysymyksessäoleva oppi nähdäksemme merkitsee — ei myöskään ole mahdollista puhua oikeudenvastaisuudessa piilevistä »henkisen vallan» tekijöistä. — Mutta arvottamisnormin sanotuin tavoin adressaatittomaksi määritteleminen virittää myöskin kysymyksen tällaisen normin soveltamisalasta, joka nähdäksemme on riippuvainen juuri siitä, käsitetäänkö normi imperatiiviksi vai vain »puhtaaksi arvottamisnormiksi». Oikeuden imperatiivi-tekijää arvostelunalainen katsantokanta tosin ei kiistäkään, se vain erityisesti korostaa sitä, että normi arvottamisena on olemassa *ennen* kuin sen funktio imperatiivina. Mutta mikäli arvottamisnormi täten käsitetään imperatiivin esikysymykseksi, joka itse ei ole imperatiivi, sikäli tällainen normi perimmältään on vain arvoarvostelman lausumiseksi välttämätön arvonmitta,[100] joka ei käsitteellisesti ole rajoitettu tahtosisällyksisten normien alalle. Sanotunlainen arvottaminen tällöin vain käsittää tarkastelunalaista ilmiötä koskevan arvotodelman, johon ei vielä ole liittynyt arvon sanomi-

joutuneen kannalta. Tästä perustelusta on huomattava, että se välittömästi viittaa siihen, mistä sanottu intressinturva on peräisin ja siten oikeustahdon ja oikeusalamaisen väliseen suhteeseen. Syyttäessään imperativistisen oikeuden-käsityksen kannattajia siitä, etteivät he ota huomioon sitä, mikä on imperatiivin prius, Mezger itse unohtaa »oikeudellisesti turvatun intressin» loogillisen priuksen ja myöskin sen, että intressinturva ei suinkaan ole absoluuttinen, vaan päin vastoin oikeus tietyin edellytyksin nimenomaan sallii oikeusalamaisen intressipiiriin puuttumisen. Viimeksimainitussa tapauksessa vahinkotunnusmerkistö on aivan sama kuin oikeudenvastaisen vahingontuottamuksen tapauksessa tämän asiantilan kuitenkaan oikeuttamatta sanomaan, että tällöin on »aiheutettu oikeudenvastaisuus», kuten Mezgerin mukaan olisi sanottava.

[100] Vrt. HEINITZ, s. 17 s., FRANK, Kommentar, 16 pain., einleitende Bestimmungen I.

sesta johtuvaa volitiota.[101] »Die Norm lautet: 'Es soll' sc. ein bestimmter sozialer Zustand sein»,[102] mutta nähdäksemme jää epäselväksi, mikä tällaisen normin ala on silloin, kun pitäminen (»es soll») on ymmärrettävä impersonaalioksi.

Huolimatta MEZGERin nimenomaan lausumasta mielipiteestä, ettei oikeudenvastaisuus ole ulotettavissa luonnonilmiöitä koskevaksi — käsitys, jonka BIENENFELDkin expressis verbis tuo julki — voidaankin väittää Mezgerin adressaatittoman normin avulla luonnehtiman oikeudenvastaisuus-käsitteen päin vastoin jättävän tiet avoimiksi juuri tällaiselle käsitteen laajentumiselle. Adressaatittoman arvottamisnormin kannalta on yhdentekevää sekä se, millä tavoin vaadittu tila toteutetaan,[103] että myöskin se, mikä on muutoksenalaiseksi saatettavan (negatiivisesti arvotetun) asiantilan aiheuttanut. Viimeksimainitulla on vastaavaisuutensa siinä, mitä Mezger opettaa oikeudenvastaisuuden subjektista, joka sekin hänen mielestään on eliminoitava oikeudenvastaisuus-käsitteestä. Kun siinä arvostelmassa, jonka mukaan jokin on oikeudenvastaista,[104] kuitenkin loogillisesti välttämättä on oleva subjekti, täytyy mainittu mielipide ymmärtää siten, että oikeudenvastaisuus, so. oikeudellisesti suojatun intressin loukkaaminen, on ajateltavissa ilman toimivaa subjektia.[105] Täten tulee *itse toiminta tai tila* olemaan subjektina siinä arvostelmassa, jossa tästä subjektista lausutaan arvo, jolloin nähdäksemme ei myöskään voida välttää sitä johtopäätöstä, että muukin kuin inhimillinen käyttäytyminen ja niinikään yleensä tila — siitä riippumatta, onko se ihmisteon aikaansaama[106] — voidaan leimata

---

[101] GS 89, s. 245.

[102] Kotimaisessa kirjallisuudessa SUNDSTRÖM (Varsin. osallisuudesta, s. 14) käsitellessään kysymystä, »onko se normi, jota rikos loukkaa, katsottava persoonalliseksi imperatiiviksi — vai vain adressia vailla olevaksi auktoritatiiviseksi, velvoittavaksi julkilausumaksi», asettuu jälkimmäisen vaihtoehdon puolelle, mutta hänen ei liene tällä kannanilmaisullaan katsottava tarkoittaneen samaa, mikä on tekstissä käsiteltävänä olevan mielipiteen sisällyksenä. Adressia vailla olevalla velvoittavalla julkilausumalla on nähdäksemme Sundströmin mukaan ymmärrettävä kollektiivisesti suunnattua normia, joka siis ei ole adressaatiton siinä mielessä kuin tekstissä on ollut puhe.

[103] »Es soll» vaatimuksen toteuttaminen kuuluu vasta määräämisnormille, joka MEZGERin mukaan on adressoitu yksilöllisesti.

[104] Tällöin on kysymys arvottamisesta kognitiivisena funktiona: arvotodelmasta, jonka subjektina voi olla muukin kuin inhimillinen käyttäytyminen.

[105] MEZGER nimenomaan näin GS 89, s. 246. Samoin HEINITZ, s. 15.

[106] Oikeudenvastaisuusarvostelman lausuminen *tilasta* sinänsä onkin tämän oppisuunnan mukaan täysin asiallista. Tässä kohdin on valaiseva NAGLERin lausunto (Festschr. f. Binding II, s. 325): »— — — die — Debatte darüber, ob rechtswidrige Zustände auch auf

oikeudenvastaiseksi. Kun nyt tarkastelunalaisena oleva oppisuunta yleisesti puhuukin oikeudenvastaisista tiloista ja siten omistaa sanotun predikaatin tilalle sinänsä, se samalla sisältää myönnytyksen niille opeille, joiden mukaan käy päinsä pitää myöskin luonnonilmiöitä oikeudenvastaisina.[107] Tämän johtopäätöksen Mezgerin tapaan torjuminen sillä, että »groteskiin ajatukseen» sanottujen ilmiöiden oikeudenvastaisuuden subjektina pitämisestä voidaan johtua vain siitä, muka perusvirheeksi katsottavasta käsityksestä, joka ei voi konstruoida oikeudenvastaisuutta ilman väärin toimivaa subjektia, on nähdäksemme vain sanonnan käänne, joka jättää kysymyksen ytimen koskemattomaksi.

IV. OIKEUSLAUSEEN PERUSNORMI OBJEKTIIVISEN OIKEUDENVASTAISUUDEN MITTANA.

Objektiivista oikeudenvastaisuutta koskevan kysymyksen selvittäminen siten, ettei sen kautta johduta sanotun käsitteen ulottamiseen inhimillisen valtapiirin ulkopuolelle, on nähdäksemme oleva kysymyksenkäsittelyn päätehtäviä. Tämä päämäärä, jonka saavuttamiseen asiankäsittelyä siis on ohjattava, saa oikeutuksensa oikeuden yhteiselämän järjestyksenä olemisen tarkoituksesta.[108] Tämä tarkoitus taasen on toteutettavissa yksinomaan oikeusadressaattien avulla — joten vastaavasti se, mikä on katsottava oikeudenvastaiseksi, voi käsittää niinikään vain oikeusadressaattien käyttäytämisen. Tämä katsantokanta tuo objektiivisen oikeudenvastaisuuden määrittelyyn

---

andere Gründe als menschliches Verhalten zurückgehen können, (hat) geringe praktische Bedeutung. Die Frage hat im wesentlichen nur Erkenntnisswert. Ihre Bejahung ist bei folgerichtiger Entwicklung der leitenden Grundsätze jedenfalls unumgänglich.»

[107] Ks. edell. viitettä ja esim. HEINITZin seuraavaa esitystä: »Im Zusammenhang mit der erörterten Frage (että oikeudenvastaisuus on määriteltävä objektiivisesti) steht die weitere in der Literatur vielfach behandelte, ob es auch rechtswidrige Zustände gibt, oder ob das Prädikat 'rechtswidrig' nur auf menschliches Verhalten gelegt werden kann. M.E. besteht dann, wenn man primär von der bewertenden und nicht der bestimmenden Funktion der Norm ausgeht, kein Bedenken, auch von rechtswidrigen Zuständen zu sprechen. Damit ist der Entscheidung noch nicht vorgegriffen, ob nicht auch rechtswidrige Zustände nur in Beziehung auf menschliches Verhalten vom Rechte betrachtet werden, sodass Objekt der Bewertung letzten Endes doch überall menschliches Verhalten bildete. Mir scheint es jedoch *nur konsequent, hier weiterzugehen und von der Rechtswidrigkeit ohne Rücksicht auf das Subjekt derselben zu sprechen.*» (Kor. meid.) Materielle Rechtswidrigkeit, s. 15.

[108] Vrt. SOMLÓ, s. 236 ss.

sen rajoituksen, jonka mukaan mikään sellainen järjestyksen häiriytyminen, joka ei käsitä inhimillistä käyttäytymistä, ei myöskään ole leimattavissa oikeudenvastaiseksi, vaikka se käsittäisikin sellaisen asiantilan, jonka johdosta oikeus vaatii ryhtymistä toimenpiteisiin muutoksen saamiseksi siihen.[109]

Edelläolevasta esityksestä on käynyt selville, että tietty ilmiö sinänsä voi oikeusjärjestyksen kannalta joutua negatiivisen arvottamisen alaiseksi, mutta arvottamisnormi — tätä nimitystä edelleen käyttääksemme — ei, kuten sanottu, ole enempää kuin arvonmitta.[110] Tämän mitan oikeudellinen merkityksellisyys suhteessa oikeudenvastaisuuden käsitteeseen kasvaa esiin vasta arvottamisen nojautumisesta sellaiseen mittaan, jolla on volitiivisen normin luonne. Tämä normi ei enää ole adressaatiton, vaan edellyttää arvonmittana olevan vaadinnan toteuttamista oikeusalamaisten toimesta. Vasta oikeusnormista tässä oikeassa mielessä, vasta sen kollektiivisesti[111] kohdistamisesta oikeusadressaatteihin voidaan tehdä johtopäätöksiä objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemassaolosta — ja vasta tällä pohjalla tapahtuva oikeudenvastaisuuden määritteleminen rajoittaa sanotun käsitteen yksinomaan *ihmistekojen* predikaatiksi. Samaan tulokseen oikeudenvastaisuuden olemuksesta voidaan nähdäksemme johtua myöskin muodollis-loogillista tietä siitä edelläarvostellun opin lähtökohdasta, jonka mukaan oikeusnormi ei ole pelkkä määräämisnormi eikä myöskään vain arvottamisnormi, vaan kumpaakin. Oikeu-

---

[109] Vrt. KAILA, Oikeuslogiikka, s. 119, joka huomauttaa TULENHEIMON johtopäätöksestä, minkä mukaan »empiirisesti laista itsestään täytyy kuitenkin tulla siihen tulokseen, että oikeudenvastaisuus voi olla predikaattina muullekin kuin toiminnalle», että »ei mikään lainpykälä pysty kumoamaan logiikan sääntöjä». Kotimaisessa kirjallisuudessa näyttää myöskin HAKULINEN, Perusteettoman edun palautus, s. 105 ss., olevan taipuvainen samaan kannanottoon kuin Tulenheimo.

[110] MEZGER, GS 89, s. 245: »Die Normen des Rechts sind Bewertungsnormen, gerichtet auf einen bestimmten objektiven sozialen Zustand, *bevor* sie in einem weiteren logischen Verfahren den Charakter von *Bestimmungs*normen erhalten.» Ks. myös Mezgerin sitaattia LOBEN esityksestä (RGRäte-Komm. s. 2), jonka mukaan »Gegenstand des ordnenden Rechtswillens ist zunächst immer nur die Feststellung dessen, was der das Gemeinschaftsleben bedingenden Ordnung gemäss und was ihr zuwider ist —. Jede Äusserung eines Rechtswillens enthält daher die Erklärung, dass ein Sein oder Geschehen innerhalb der Gemeinschaft rechtmässig oder rechtswidrig sei. Diese auktoritative Feststellung des Ordnungsgemässen ist an sich ein rein objektiver Vorgang. Sie ist durchaus von einem *Gebot* oder *Verbot* zu unterscheiden.»

[111] Normin kollektiivisesti kohdistamisella oikeusalamaisiin emme tässä tarkoita muuta kuin että kunkin on oikeuskäskyistä ja -kielloista »vastaanotettava» ne, jotka koskevat häntä.

denvastaisuus oikeudenmukaisuuden vastakohtana tällöin loogillisesti edellyttää ristiriitaa oikeuden kummankin normifunktion kanssa.

Mutta merkitseekö tälle kannalle asettuminen, kuten kritikoitu oikeudenvastaisuusoppi väittää, oikeudenvastaisuuden orientoimista subjektiivisten näkökohtien mukaisesti ja sen sekoittumista syyllisyyskysymykseen? Ja johtaako — kuten myöskin on väitetty — puoltamamme lähtökohta loogillisesti kestämättömään konstruktioon, jos sanottuun kysymykseen vastataan eittävästi? Tässä tutkielmassa ei ole mahdollista puuttua normiadressaattikysymykseen enempää kuin käsilläoleva asia vaatii. Tässä kohdin riittänee, että muutamiin ratkaiseviin näkökohtiin nojautuen torjumme viitteen oikeudenvastaisuus- ja syyllisyyskysymysten sekoittumisesta silloin, kun oikeudenvastaisuuden käsite konstruoidaan oikeuslauseen perusnormin pohjalla, ja että osoitamme tälle perustalle rakennetun käsitemääritelmän loogillisesti virheettömäksi.

Syytös imperativistiseen oikeudenkäsitykseen perustuvan objektiivisen oikeudenvastaisuus-käsitteen loogillisesta heikommuudesta[112] sen konstruktion rinnalla, joka vaatii tällä pohjalla määritellyltä oikeudenvastaisuudelta oikeusadressaatin subjektiivisten edellytysten huomioonottamista, erityisesti sielullista kykyä oikeuskäskyn vastaanottamiseen, nojautuu imperatiivin adressointia koskevan kysymyksen kytkemiseen käskyn vastaanottamisen psykologisiin tekijöihin. Arvosteltaessa oikeudenvastaisuutta tästä näkökulmasta on ratkaisevaa, keneen oikeusadressaattiin käsky on kohdistettu ja voiko käsketty sen sisällyksen käsittää. Ellei käskyn vastaanottajalla — väitetään tällöin — ole tätä kykyä, ei hänen myöskään voida katsoa menetelleen oikeudenvastaisesti silloin, kun hän ei ole tätä käskyä noudattanut. Mikäli kysymys asetetaan siten, että oikeudenvastaisuutta määrääväksi muodostuu oikeusnormin mahdollisuus motivoida yksityistä oikeusalamaista, ei tosin ole epäilystä siitä, että oikeudenvastaisuuden ulottamista esim. syyntakeettoman henkilön teon predikaatiksi voidaan syystä pitää loogillisesti kestämättömänä. Mutta tämä myönnytys ei merkitse sitä, että olisi loogillisesti välttämätöntä tunnustaa oikeudenvastaisuus-käsite mainitusta käskijän ja yksityisen käskettävän välisestä suhteesta riippuvaksi. Vaikka onkin myönnettävä, että oikeuden tarkoituksena on oikeusadressaattien motivointi ja että tältä kannalta on loogillisesti ristiriitaista puhua normin kohdistamisesta syyntakeettomaan yksilöön sanotussa

[112] Näin mm. NAGLER, Rechtswidrigkeit, s. 336. MEZGER, GS 89, s. 222 s. WEGNER, Kriminelles Unrecht, s. 41.

tarkoituksessa, on toisaalta huomattava, että oikeudenvastaisuuden käsitteellinen määritteleminen on sellainen oikeusteoreettinen ja lainsäädännöllinenkin tehtävä, joka on voitava pitää periaatteellisesti erillään siitä kysymyksestä, kenet oikeuskäsky *yksittäistapauksessa* »tavoittaa», ketä ei. Sen sijaan sitä ei voida erottaa kysymyksestä, mikä oikeusnormien tarkoitus *yleensä* on. Näin ollen ei ole syytä korostaa kysymystä, onko imperatiivi osoitettu myöskin syyntakeettomalle, lapsi-ikäiselle jne., vaan kysymyksen on katsottava koskevan *mittapuun* määräämistä inhimillisen käyttäytymisen arvostelemiselle yleensä. *Tämä mittapuu taasen on saatavissa siitä, mitä oikeuden on katsottava tarkoittavan saavuttaa käskyjensä ja kieltojensa kautta oikeusjärjestyksen toteutumiseksi;*[113] *tämän tosiasiana ilmenevän mahdollisuuden kannalta on arvosteltava, mikä on »objektiivisen elämänjärjestyksen» mukaista, mikä ei.* Se, että oikeus ei voi odottaa käskyjensä noudattamista niiden puolelta, joilla ei ole edellytyksiä käskyn vastaanottamiseen, ei siis merkitse oikeudenvastaisuus-käsitteen rajoittumista vastaavassa määrässä. Tämä oikeuden »resignatio» on asia sinään, joka on riippumaton oikeudenvastaisuuden mittapuun määräämisestä.[114]

Objektiivisen oikeudenvastaisuuden käsite on, kuten jo viitattiin, nähdäksemme välittömästi riippuvainen säädännäisestä oikeudesta sikäli, että siitä voidaan katsoa ilmikäyvän, onko normin vastaanottamiseen kykenemättömänkin oikeusadressaatin käyttäytymistä pidettävä oikeudenvastaisena vai ei. Oikeus tältä osin nähdäksemme suorastaan määrää, miten oikeudenvastaisuus-käsite on muodostettava.[115] Niinpä lienee katsottava, että subjektiivista oikeudenvastaisuusteoriaa vastaan tehtävissä olevat muistutukset sellaisen oikeusjärjestyksen kannalta, joka edellyttää objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemassaoloa syyllisyydestä ja syyntakeisuudesta riippumatta, saavat painavimman perusteensa — toisin kuin MEZGER katsoo asian olevan — nimenomaan siitä ristiriidasta, joka täten syntyy teoreettisen konstruktion ja positiivisen oikeuden välillä. Erityisesti Suomen oikeuden osalta käsilläolevaa kysymystä tarkasteltaessa voidaan varmuudella väittää, että positiivinen oikeutemme pitää oikeu-

[113] Siis oikeusnormin vastaanottamiseen kykenevien oikeusadressaattien kautta.

[114] Vrt. WENZEL, s. 42 ss.

[115] Jos jonkin oikeusjärjestyksen mukaan normin vastaanottamiseen in concreto kykenemättömän oikeusalamaisen käyttäytymisestä ei koskaan olisi mitään oikeusseuraamusta, voitaisiin kaiketi katsoa, että oikeudenvastaisuus olisi »subjektiivista oikeudenvastaisuutta».

denvastaisuutta objektiivisena käsitteenä, joka on riippumaton oikeusalamaisen yksilöllisestä kyvystä oikeuskäskyn (ja -kiellon) vastaanottamiseen. Tässä kohdin viitattakoon siihen, että oikeusnormin vastaanottamiseen kykenemättömänkin henkilön käyttäytymisestä syntyy vahingonvastuu silloin, kun sanottu vastuu on normaalin oikeusalamaisen vastaavanlaisen käyttäytymisen seuraamuksena (RL 9: 5), ja että rikoslain 3 luvun 6 ja 7 §:n säännöksiä — eikä pakkotilapykälää RL 3: 10 — on katsottu olevan sovellettava silloinkin, kun hyökkäyksen tai vastarinnan tekijänä on syyntakeeton henkilö.[116] Säädännäinen oikeutemme toisin sanoen määrittelee oikeudenvastaisuuden mittapuun siten, että siksi on otettava se tarkoitus, joka sisältyy oikeusnormiin silloin, kun se kohdistetaan oikeusjärjestyksen ylläpidon mahdollistaviin adressaatteihin. Sen sijaan ei oikeuden tarkoitukseksi ole tässä kohdin katsottava kieltoa, ettei mielipuoli saa tehdä hullun töitä — eronteko, joka usein laiminlyödään, mutta joka objektiivisen oikeudenvastaisuuden määrittelyn ja normin adressointikysymyksen välisen suhteen selvittämiseksi on hyvinkin huomion arvoinen.[117]

Kun puoltamamme katsantokanta täten edellyttää poikkeamista siitä imperatiiviteorian kannattajain yleisestä käsityksestä, jonka mukaan objektiivinen oikeudenvastaisuus kytkeytyy kysymykseen oikeusnormin kohdistumisesta myöskin niihin, jotka eivät voi sitä vastaanottaa, ja kun oikeudenvastaisuus-käsitteen esittämällämme tavalla konstruoiminen siten »alentaa» sanotun käsitteen inhimillistä käyttäytymistä koskevaksi negatiiviseksi arvotodelmaksi — ja siinä kohdin lähentyy edelläkritikoitua oikeudenvastaisuusoppia (NAGLER, MEZGER, EB. SCHMIDT, BIENENFELD ym.) — on syytä lopuksi tarkastella, mikä suhde tällä kannallamme on oikeuden »henkisen vallan»

---

[116] Ks. esim. A. SERLACHIUS, Straff och skadestånd, s. 52.

[117] Niinpä mm. ALANEN, joka oikein korostaa imperatiiviin käsitteellisesti kuuluvan adressaattivaatimuksen riippumattomuutta siitä, tuleeko imperatiivi adressaatin tietoon vai ei, tekee kysymyksen syyntakeettomankin henkilön olemisesta normiadressaattina riippuvaksi siitä, »tahtooko oikeusjärjestys tietyissä tapauksissa velvoittaa syyntakeettomiakin käyttäytymään määrätyllä tavalla», ja katsoo, että »aivan epäämätöntä on, että Suomen oikeuden samoinkuin yleensäkin nykyaikaisen oikeuden kannalta tähän kysymykseen on myönteisesti vastattava». (Hätävarjelus, s. 44 s.) Syyntakeettoman vahingonvastuu ei nähdäksemme ole ilmauksena siitä, että oikeus »tahtoo syyntakeettomia käyttäytymään määrätyllä tavalla»; päin vastoin oikeus alistuu siihen välttämättömään tosiasiaan, että sen tahto on tässä tehoton, mutta samalla säätää määrätynlaisen seuraamuksen siitä käyttäytymisestä, jota se asettamansa mittapuun kannalta pitää objektiivisesti oikeudenvastaisena.

luonteen säilymiseen puoltamassamme konstruktiossa. Edelläolevasta esityksestä on käynyt ilmi, että oikeudenvastaisuuden määrittäminen oikeuden primäärisen arvottamisfunktion nojalla sinänsä ilman yhteyttä sen adressoituun määräämistehtävään johtaa sanotun henkisen valtasuhteen etsintään muualta kuin oikeusnormin suhteesta adressaattiin. Kysymys on tällöin siitä, eikö myöskin puoltamamme käsitys oikeudenvastaisuuden luonteesta johda samaan tulokseen, koska sen mukaan objektiivinen oikeudenvastaisuus ei edellytä persoonallisesti adressoitua normia. Kysymykseen on vastattava eittävästi sen takia, että oikeudenvastaisuus-käsitteen konstruointi sen mukaan, mitä oikeus objektiivisesti tarkoittaa käskyjensä ja kieltojensa kautta saavutettavaksi, edelleen säilyttää sanotun käsitteen normin määräämisfunktion alaan kuuluvana eikä siten johdata etsimään oikeuden henkisen luonteen tekijöitä vahingonkärsineen intressipiiristä. *Juuri tässä kohdin ilmenee perusero meidän puollamamme ja edellä kritikoidun uudemman tieteisopin välillä*, ero, joka nähdäksemme sinänsä käy perustelusta ensinmainitun mielipiteen puolesta, sillä objektiivinen oikeudenvastaisuus on objektiivisen oikeusjärjestyksen vastaisuutta vain sikäli kuin se ilmentää ristiriitaa niiden säännösten kanssa, joiden tehtävänä on tämän järjestyksen ylläpitäminen. Mittapuu, jolla ilmiöitä oikeudenvastaisuusarvostelman lausumiseksi mitataan, ei näin muodoin ole se, mikä tarkoittaa positiivisesti arvotetun sosiaalisen tilan toteutumista yleensä, vaan se, joka tähtää inhimillisestä käyttäytymisestä riippuvan järjestyksen aikaansaamiseen. Tämä prius, jonka kannalta ilmiöitä tarkastellaan arvotodelman lausumiseksi niistä, näin ollen myöskin rajoittaa arvottamisobjektien alaa tavalla, joka on sopusoinnussa logiikan vaatimusten kanssa. Oikeuslauseen perusnormin asettaminen siksi arvonmitaksi, jonka pohjalta arvotodelma lausutaan, takaa tämän tuloksen.

TOINEN LUKU.

OIKEUDENVASTAISUUDEN JA VAHINKOSEURAUSTA EDELLYTTÄVÄN TUNNUSMERKISTÖN TOTEUTUMISEN SUHDE.

I. OIKEUDENVASTAISUUS JA RIKOSOIKEUDELLINEN TUNNUSMERKISTÖ.

Norminvastaisuus pelkkänä muodollisena kategoriana ei anna mitään kuvaa oikeudenvastaisuuden aineellisesta sisällyksestä. »Wer jemanden zu etwas 'bestimmen' will: er muss zuvor wissen, zu *was* er ihn bestimmen will: er muss jenes Etwas zuvor in bestimmtem positivem Sinn 'bewerten'.» Tämä MEZGERin lause,[1] joka on tarkoitettu selvittämään normin arvottamisfunktion olemista sen määräämisfunktion edellytyksenä, viittaa myöskin norminvastaisuus-käsitteen materiaalisen sisällyksen tarpeellisuuteen oikeustieteessä. Oikeudenvastaisuuskysymyksestä paljastuu sitä viimeksimainitusta näkökulmasta tarkasteltaessa uusi puoli, joka koskee kysymystä, mistä objektiivisen oikeudenvastaisuuden olemus on etsittävissä. Tämä kysymys on samalla systematiikan ja käytännön kysymys, jonka ratkaisemisen tarve ilmenee erityisesti silloin, kun oikeusalamaisen teko toteuttaa kriminaalisen tunnusmerkistön ja kun samalla on olemassa asianhaaroja, joihin katsoen tekoa ei kuitenkaan voida pitää oikeudenvastaisena. Kun säädännäiseen oikeuteen ei sisälly mainintaa kaikista näistä asianhaaroista, on tieteisopissa virinnyt vilkas mielipiteiden vaihto ja myöskin erimielisyyttä siitä, miten kysymys tällaisissa tapauksissa on ratkaistava. Tämän kysymyksen käsittely puolestaan edellyttää tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden suhteen alustavaa selvittelyä, josta seuraavassa esitettäköön muutamia olennaisimpia näkökohtia.

[1] GS 89, s. 241.

1. Tunnusmerkistö on abstraktio, johon sisältyy oikeudellisesti relevantien seikkojen erilaisista konkreettisista ilmenemismuodoista se, mikä niille on yhteistä sellaisen tapahtumatyypin kannalta, johon oikeus liittää tietyn vaadinnan tai sallinnan. Tunnusmerkistö näin ollen ilmaisee oikeusnormin (perusnormin) olemassaolon. Tavallisimmin tunnusmerkistön yhteydessä silloin, kun se tarkoittaa tietyn käyttäytymisen kieltämistä, on ilmaistu myöskin se sanktio, joka tulee sovellettavaksi siinä tapauksessa, että perusnormia ei noudateta, mutta sanktio ei kuulu käsitteellisesti tunnusmerkistöön.[2] Kun tunnusmerkistö yleisen oikeusopin käsitteenä tavallisesti määritellään siksi edellytykseksi, jonka käsilläoloon liitetään tietty oikeusseuraamus,[3] on tästä määritelmästä huomattava — sen epätarkkuus jääköön tässä sillensä —, että se ei ilmaise normin ehdotonta sovellettavuutta in concreto, vaan tämä kysymys on ratkaistava erikseen.

Tunnusmerkistön tyyppiluonteeseen kuuluu, että kaikki se käyttäytyminen, joka vastaa tunnusmerkistöä, so. toteuttaa, realisoi sen, ei voi olla oikeudenvastaista siinäkään tapauksessa, että normi ilmaisee kysymyksessäolevan käyttäytymisen yleisen kiellettyisyyden. Tunnusmerkistön konstruoiminen niin yksittäiskohtaisesti, että sen ilmaiseman normin olisi katsottava koskevan poikkeuksettomasti kaikkea sitä käyttäytymistä, joka on sijoitettavissa tunnusmerkistön alaisuuteen, olisi jo lakiteknillisistäkin syistä mahdotonta. Tunnusmerkistön ja konkreettisen tapauksen suhteista sanotussa tapauksessa on siis huomattava, että on »normin pätemisalaa supistavia» perusteita, joiden olemassaolo osoittaa, että käyttäytyminen on oikeudenmukainen, vaikka se on myöskin tunnusmerkistönmukainen. Tähän asiantilaan ovat erityisesti rikosoikeudentutkijat kiinnittäneet suurta huomiota.

1. Rikosoikeudellinen tunnusmerkistö laajassa merkityksessä tarkoittaa rikoskokonaisuutta, so. kaikkia niitä tunnusmerkkejä, joiden

---

[2] Tunnusmerkistöoppia mielipide-eroavaisuuksineen emme katso voivamme tässä yhteydessä ryhtyä selvittelemään Siitä lähemmin mm. KAILA, Oikeuslogiikka, s. 43 ss. ja hänen mainitsemansa tutkijat (WILDHAGEN, SCHULZE, THÖL, JOERGES, SCHREIER, ELGE ym.) sekä REGELSBERGER, Pandekten, s. 436. ENNECCERUS, Lehrbuch I, (1923) s. 331. KELSEN, Hauptprobleme, s. 259. K. WOLFF, Verbotenes Verhalten, s. 149. SJÖGREN, Iherings Jahrb. 35, s. 349 ss. MEZGER, Lehrbuch, 2 pain. s. 175. — SCHREIER, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts: Oikeuden peruskäsitteitä on neljä, Tatbestand, Person, Leistung, Sanktion. Oikeuslauseen muoto on seuraava: Wenn der Tatbestand vorliegt, soll die Person bei Sanktion die Leistung vollbringen (s. 70).

[3] KAILA, Oikeuslogiikka, s. 46, viite, huomauttaa näiden teoriain todellisuudessa pitävän silmällä vain tehostusnormia.

olemassaolo konstituoi rikoksen. Tämä tunnusmerkistö-käsite ei kuitenkaan ole se, jota tunnusmerkistöllä tarkoitetaan silloin, kun sen ja oikeudenvastaisuuden suhde on tutkimuksen kohteena. Tunnusmerkistö ahtaammassa ja varsinaisessa mielessä on se käyttäytymistyyppi, joka osoittaa ne eri rikosten tunnusmerkit, joiden toteutuessa kustakin rikoksesta säädetty rangaistusseuraamus syntyy. Tunnusmerkistö tässä merkityksessä ilmaisee nimenomaan sen tarkoittaman käyttäytymisen oikeudenvastaisuuden, joten syyllisyyskysymys jää sen ulkopuolelle. Mutta, kuten sanottu, käyttäytymisen tunnusmerkistönmukaisuus ei aina osoita edes sen oikeudenvastaisuutta. Tämä tosiasia on johdattanut rikosoikeudellisen tunnusmerkistöopin uranuurtajan v. BELINGin määrittelemään tunnusmerkistön siksi tyypiksi, joka on »rein von allen Rechtswidrigkeitsmomenten».[4] Tunnusmerkistö siten Belingin mukaan on arvottamaton. Se käsittää vain niin sanoaksemme käyttäytymiskuvan, jonka sisällys on selvitettävissä deskriptiivisesti ja joka siis ei myöskään käsitä oikeudenvastaisuustekijää.[5] Tästä Belingin tunnusmerkistö-käsitteestä on sanottava, että tunnusmerkistön toteutuminen ei ylimalkaan ole selvitettävissä pelkästään eksplikatiivisesti ja vain ulkonaista tapahtumankulkua tarkkaillen, ellei tahdota kokonaan kiistää sitä, että tunnusmerkistössä on arvopitoisia, normatiivisia elementtejä ja että

[4] BELING, Die Lehre vom Verbrechen, s. 145. — Vastakkainen tälle käsitykselle on BINDINGin käsitys, jonka mukaan tunnusmerkistö nimenomaan ilmentää oikeudenvastaisuutta. GS. 76, s. 11. Kun normi Bindingin mukaan on ennen rikoslakia, joka viimeksimainittu vain määrää norminvastaisuuden seuraamuksen, merkitsevät oikeudenvastaisuuden puuttumistapaukset poikkeusta itse normista. — TULENHEIMON, s. 15 s., voitaneen katsoa yhtyneen Belingin käsitykseen.

BINDINGin tunnusmerkistö-käsitteeseen liittyvänä sikäli, että tunnusmerkistö ja oikeudenvastaisuus muodostavat yhteenkuuluvan kokonaisuuden, mutta samalla sille kuitenkin täysin vastakkaisena voidaan pitää BAUMGARTENin oppia (Aufbau der Verbrechenslehre, s. 210 ss.), jonka mukaan oikeudenvastaisuudella ei ole erityistä merkitystä tunnusmerkistönmukaisuuden ohella. Viimeksimainittuun voi sisältyä negatiivinen tunnusmerkistöelementti, joka vastaa oikeudenvastaisuuden poistavaa perustetta. Täten laajennettu tunnusmerkistö-käsite tekee mainittujen perusteiden kategorian teoreettisesti tarpeettomaksi. Ellei käyttäytyminen kuulu normin alaisuuteen, ei tunnusmerkistö myöskään ole toteutunut. Ks. HEINITZ, s. 20 s. Samaan tapaan kuin Baumgarten myös RADBRUCH, Festgabe f. FRANK I, s. 158 ss., eritt. s. 164 s.

[5] BELING, Lehre v. Verbrechen, s. 2, ei tällä määrittelyllä tahdo leimata vääräksi sitä yleistä tunnusmerkistö-käsitettä, joka tarkoittaa kaikkien niiden tunnusmerkkien kokonaisuutta, joiden toteutuminen merkitsee rikoksen käsilläoloa. Tällainen tunnusmerkistö vain on Belingin mukaan sellainen muodollinen käsite, joka on hedelmätön rikosoikeudellisen dogmatiikan kannalta. Samaa mieltä mm. LISZT-SCHMIDT, 25 pain., s. 167. MAYER, Lehrbuch, s. 8, viite 17. FISCHER, Rechtswidrigkeit, s. 97.

tunnusmerkistöön voi kuulua subjektiivisia aineksia, jolle eittävälle kannalle Beling onkin asettunut. Sanotuin tavoin luonnehtimansa tunnusmerkistö-käsitteen rinnalla, joka on pelkästään metoodillinen järjestyskäsite, Beling puhuu myöskin rikostyypistä, joka on oikeudellisen arvottamisen alainen.[6] Tunnusmerkistönmukaisuudella onkin erityinen merkitys nimenomaan arvottamiskysymyksen kannalta: on, kuten sanottu, selvitettävä, mikä tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden keskinäinen suhde on. Tämä selvitys vaatii kannanottoa kahteen eri suuntaan. Mitä tunnusmerkistönmukaisuus sinänsä ilmaisee oikeudenvastaisuudesta? Ja mikä suhde oikeudenvastaisuudella on tunnusmerkistöön silloin, kun (tunnusmerkistönmukainen) käyttäytyminen *on* oikeudenvastainen?

Ensinmainitusta suhteesta sanoo M. E. Mayer, Belingin kantaa modifioiden, että tunnusmerkistönmukaisuus on oikeudenvastaisuuden indisio:[7] tunnusmerkistönmukainen käyttäytyminen on säännöllisesti, so. kun erityisiä oikeutusperusteita ei ole olemassa, oikeudenvastainen. v. Frankin,[8] Mezgerin,[9] ja Hippelin[10] mukaan tämäkin tunnusmerkistönmukaisuuden luonnehtiminen on liian — sanoisiko — mieto, koska mainitut tutkijat näkevät tunnusmerkistössä nimenomaan oikeudenvastaisuustyypin erityisine oikeudenvastaisuuden puuttumistapauksineen. Itse asiassa tämä eronteko on vailla käytännöllistä merkitystä, koska kummankin kannan mukaan tunnusmerkistönmukaisuudella ja oikeudenvastaisuudella on se suhde, että ne eivät kuulu erottamattomasti yhteen. Teoreettisesti sille sen sijaan

---

[6] Beling, Lehre v. Tatbestande, s. 2 s., 5, 15 s., 22.

[7] Mayer, Lehrbuch, s. 9 s., 182, 184 s. Samoin Heinitz, s. 24. Samaan tapaan myös Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25 pain., s. 175 ss., joka kuitenkin näyttää puoltavan jossakin määrin kiinteämpää oikeudenvastaisuuden ja tunnusmerkistönmukaisuuden välistä yhteyttä tarkoittavaa määrittelyä ja siten lähentyvän Mezgeriä. Ks. Mezger, Lehrbuch, 2 pain., s. 183. Myös Sauer lienee luettava lähempänä Mezgeriä olevaksi kuin Mayer ja Heinitz. Ks. Sauer, Grundlagen, s. 201 ss., 244. Sauerin mukaan tunnusmerkistön indisoiva tehtävä laajentuu ilmaisemaan aineellisen oikeudenvastaisuuden tyypillistymää, jonka tarkoituksena on korostaa po. kysymyksen oikeustieteellistä laatua vastakohtana teknilliselle. Kun Sauerin kannan mukaan sanotusta oikeudenvastaisuustyypistä ei ole olemassa poikkeusta sen takia, että poikkeus sisältyy itse tyypin käsitteeseen, täytyy kysymyksen käsittelyn nähdäksemme samassa määrin kuin muiden konstruktioiden turvautua siihen oikeusteknilliseen apukeinoon, jonka sääntö-poikkeus-vastakohta tarjoaa. Vrt. Wolter, ZStW 48, s. 42 ss. Vrt. myös Heinitz, s. 23 s., joka katsoo Sauerin teorian lähentyvän »kaksinkertaisen oikeudenvastaisuuden» konstruointia.

[8] Komm. 18 pain., s. 1 ss.

[9] Lehrbuch, 2 pain., s. 182. Vom Sinn d. Strafr. Tatb. s. 8 s. Samoin Sieverts, s. 117.

[10] Hippel, Strafrecht I, s. 28 ss. II, s. 186, 189.

kuuluu merkitys oikeudenvastaisuuden syntymisen selitysperusteena vastattaessa kysymykseen, mistä, kun käyttäytymisen oikeudenvastaisuus on todettu, tämä sen ominaisuus on peräisin. Mayerin kannanottoa vastaa silloin käsitys, jonka mukaan tunnusmerkistö on vain oikeudenvastaisuuden *ratio cognoscendi*, kun taasen mainittujen muiden tutkijain mielipide käsittää tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden keskinäisen suhteuttamisen siten, että ensinmainittu on viimeksimainitun olemassaoloperuste, *ratio essendi*.

2. Puhtaalle indisio-kannalle asetuttaessa ja lähdettäessä siis siitä, että tunnusmerkistö vain on oikeudenvastaisuuden ratio cognoscendi, olisi nähdäksemme samalla myönnettävä, että oikeudenvastaisuus on peräisin normista, joka on riippumaton itsestään tunnusmerkistöstä. Mutta tätä johtopäätöstä puheenaolevan teorian kannattajat eivät kuitenkaan näytä — ainakaan selvästi — tekevän. He tyytyvät käsittelemään tunnusmerkistöä niin sanoaksemme normin olemassaoloa koskevana tiedonlähteenä vastaamatta ratkaisevasti kysymykseen. MEZGER sen sijaan selvästi kiistää sanotun riippumattomuuden mm. mainitsemalla, että jokaisen rikosoikeudellisen tunnusmerkistön säätäminen käsittää — poikkeuksetta — uuden, *rikosoikeudellisesti* merkityksellisen oikeudenvastaisuustyypin[11] syntymisen. Että niin on, ei voidakaan pätevästi kiistää, koska se jo johtuu nullum crimen sine lege periaatteesta. Mutta sillä ei vielä ole ratkaistu, onko rikosoikeudellinen tunnusmerkistö samalla itsensä oikeudenvastaisuuden ratio essendi. Mezger myöntääkin,[12] ettei rikostunnusmerkistön säätäminen aina merkitse *uuden oikeudenvastaisuus*tyypin luomista, vaan ainoastaan uuden rikostyypin syntymisen. Kun toisaalta rikos ei merkitse käsitteellisesti erilaista norminvastaisuutta kuin muu oikeudenvastaisuus, ei tunnusmerkistön säätämisen se puoli, joka merkitsee uuden *rikoksen* syntymistä, siis vielä ratkaise

[11] Selvyyden vuoksi huomautettakoon, ettei tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden kiinteämpää kuin BELINGIN ja MAYERIN puoltamaa yhteyttä kannattava oppisuunta suinkaan pidä oikeudenvastaisuutta tunnusmerkistöntekijöihin (Tatbestandsmerkmal) kuuluvana. Eri asia on se, mihin oikeudenvastaisuus perustuu silloin, kun teko on tunnusmerkistönmukainen ja oikeudenvastainen, ja eri se, onko teko, joka toteuttaa tunnusmerkistön, lainkaan oikeudenvastainen. Koska se ei sitä aina ole, ei oikeudenmukaisuus myöskään ole tunnusmerkistöntekijä. Oikeudenvastaisuus ei kuulu tunnusmerkistöön silloinkaan, kun se poikkeuksellisesti on nimenomaan lausuttu siinä julki (esim. RL 25: 9, 10), se kun silloin vain lienee ilmauksena siitä, että tunnusmerkistön toteutuminen oikeudenmukaisesti tapahtuu sellaisen tunnusmerkistön osalta tavallista useammin.

[12] MEZGER, Lehrbuch, 2 pain. s. 184.

esilläolevaa kysymystä. Mutta jos asian tarkastelussa lähdetään siitä kiistattomasta tosiasiasta, että käyttäytyminen, joka ei ole ollut oikeudenvastainen, saati kriminalisoitu, uuden, tällaista käyttäytymistä koskevan tunnusmerkistön säätämisen kautta tulee oikeudenvastaiseksi, on kuitenkin myönnettävä, että oikeudenvastaisuudella tässä mielessä on syntymisperusteensa, ratio essendi, juuri tässä tunnusmerkistössä.[13] Tätä myöntämistä on kuitenkin hieman modifioitava huomauttamalla tunnusmerkistön ja normin olemuksen erilaisuudesta. Itse tunnusmerkistö sellaisena abstraktiona, joka se on, ei muodosta oikeudenvastaisuuden olemisperustetta, vaan sinä on normi. Tunnusmerkistö on käsitettävä sellaiseksi oikeusnormin ilmaisuksi, jota oikeuden heteronomia käsitteellisesti edellyttää, joten oikeudenvastaisuuden ratio essendinä loogilliselta kannalta on tällöin norminvastaisuus, joka taasen on olemassa ainoastaan silloin, kun tunnusmerkistössä ilmaistu normi todella koskee sitä tapausta, josta on kysymys. Milloin käyttäytyminen *on* oikeudenvastainen, sen ratio essendi on tunnusmerkistö ainoastaan siinä mielessä, että tunnusmerkistönmukaisuus ja norminvastaisuus silloin ovat yksi ja sama asia. Se tulos, johon täten päädytään, näin ollen jossakin määrin eroaa Mezgerin ja HIPPELin kannasta, mutta ero ei syvimmältään ole periaatteellista laatua, koska tunnusmerkistö on normin ilmaisumuoto. Tässä merkityksessä normi myöskin on tunnusmerkistön loogillinen prius, minkä ei kuitenkaan tarvitse merkitä sitä, ettei oikeudenvastaisuutta voitaisi luoda nimenomaan rikostunnusmerkistöllä.[14] Tarkoittamamme eronteon tarpeellisuus nähdäksemme osoitaksen siinä, että toisaalta oikeusnormi, toisaalta tunnusmerkistö siinä teknillisessä merkityksessä, jossa sitä tässä yhteydessä käytetään, ovat perusolemukseltaan erilaiset. Normi on tahdonilmaus, jonka noudattamatta jättämisestä silloin, kun se vaatii määrätynlaista käyttäytymistä, ei voi olla oikeudenmukaista poikkeusta. Tällainen poikkeus olisi loogillisesti mahdoton: oikeudenvastaisuus olisi silloin samaa kuin oikeudenmukaisuus. Tunnusmerkistö taasen on tyyppi. Tunnusmerkistönmukaisuus on *sen* mukaista, sääntönä

---

[13] MEZGER, mt. ms., on tässä kohdin oikeassa sanoessaan, että ratio essendi opin vastustajat »verkennen die wahre Bedeutung des gesetzgeberischen Aktes bei der Schaffung der Strafgesetze».

[14] Vrt. BINDING, Normen I, s. 132 ss. »Notwendige Voraussetzung des Strafgesetzes ist ein ihm vorauf gehendes Verbot der verpönten Handlung, welches dem Strafrecht nicht gehört.» (s. 134.) — Tässä tutkielmassa emme katso voitavan lähemmin puuttua Bindingin normioppiin. Ks. siitä KAILA, s. 245 ss.

ajateltua oikeudenvastaisuutta, kun sen sijaan oikeudenvastaisuus norminvastaisuutena on olemassa ainoastaan konkreettisessa yksittäistapauksessa. Kun näin ollen viriää kysymys tunnusmerkistönmukaisen käyttäytymisen oikeudenvastaisuuden perusteesta, tämä peruste on siinä, että on olemassa myöskin normi, joka kieltää kysymyksessäolevan käyttäytymisen; tunnusmerkistö on oikeudenvastaisuuden ratio essendi sikäli, että tunnusmerkistössä ilmaistu normi on sovellettavissa käsilläolevaan tapaukseen.

Sitä asiantilaa, että normia ei, tunnusmerkistönmukaisuudesta huolimatta, ole olemassa, nimitetään tieteisopissa — asiallisesti epätarkasti — normin pätemisalaa supistavaksi perusteeksi, oikeudenvastaisuuden poistavaksi perusteeksi ja lyhyesti vain oikeutusperusteeksi, mikä siis merkitsee sitä, että tunnusmerkistössä ilmaistua käskyä tai kieltoa käsitellään tunnusmerkistönmukaista käyttäytymistä *yleensä* koskevana, jolloin samalla edellytetään *poikkeusten* olemassaoloa tästä yleisestä normista. Systemaattisista ja esitysteknillisistä syistä onkin syytä käyttää normin käsitettä tässä merkityksessä ja edellyttää sen pätemisalaa supistavien perusteiden olemassaoloa. Lähdettäessä selvitellyltä pohjalta tarkastelemaan tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden keskinäistä suhdetta on pidettävä tarkasti selvillä se, että milloin yksittäistapauksessa erityisen oikeutusperusteen todetaan olevan käsillä, sen on katsottava ilmentävän sellaista oikeusalamaisen käyttäytymistä, joka alun perinkään ei ole ollut oikeudenvastainen. Tunnusmerkistönmukaisen käyttäytymisen osoittautuminen erityisen oikeutusperusteen alaiseksi ei näin ollen suinkaan tarkoita sellaista asiankehitystä, jonka mukaan jo olemassaollut oikeudenvastaisuus sanotunlaisen perusteen nojalla poistuu. Tämän mukaisesti ei myöskään tunnusmerkistön indisiomerkityksellä ole oikeudenvastaisuuskysymyksen kannalta mitään materiaalista sisällystä.

Kun edelläolevan selvityksen mukaisesti oppi tunnusmerkistönmukaisuuden olemisesta oikeudenvastaisuustyyppinä tai -indisiona — vastaavine ratio essendi ja cognoscendi oppeineen — osoittautuu pelkästään oikeudenvastaisuuskysymyksen käsittelyn muotoa[15] koskevaksi asiaksi, jossa lisäksi mainitulla mielipiteenerolla ei ole merkitystä, voidaan kysyä, eikö oikeudenvastaisuuden erottaminen tunnusmerkistönmukaisuudesta siten, että sitä ei lainkaan lueta tunnusmerkistöön kuuluvaksi, sekin ole tarpeeton ja eikö olisi syytä tyytyä

[15] SAUER, Grundlagen, s. 213 ss. v. HIPPEL, Strafrecht II, s. 190. MEZGER, Lehrbuch, s. 184.

sellaiseen yleiseen tunnusmerkistö-käsitteeseen, johon kuuluvat kaikki rikoksen tunnusmerkit. Tähän on vastattava, että sanotunlaisesta tunnusmerkistö-käsitteestä oikeudenvastaisuus- ja syyllisyystekijöineen on syytä luopua nimenomaan tarkoituksenmukaisen käsittelymuodon saavuttamiseksi oikeudenvastaisuusopin esittämiselle. Tämä käsittelymuoto, joka järjestelee tutkimusaineistoa säännön ja poikkeuksen vastakkainasettelun avulla, on välttämätön apukeino käsillä-olevan kysymyksen systemaattisesti esittämiseksi.[16] Tunnusmerkistökäsitteen ja sen merkityksen määritteleminen siten, että sen mukaiseen käyttäytymiseen sisältyy oikeudenvastaisuuden *indisio* — näin katsomme voitavan sanoa ratio essendi opinkin kannalta — itse oikeudenvastaisuuden jäädessä tunnusmerkistön ulkopuolelle, juuri edellyttää sanottua käsittelyn muotoa ja nimenomaan siinä kohdin sisältää olennaisen edun sen katsantokannan rinnalla, jonka mukaan tunnusmerkistön toteutuminen ja oikeudenvastaisuuden olemassaolo on kytkettävä kiinteästi yhteen. Ellei tehdä eroa niiden kysymysten välillä, onko tietty käyttäytyminen tunnusmerkistön mukainen ja onko se in concreto kielletty, vaikeutuu myöskin oikeudenvastaisuuden poistavien perusteiden systemaattinen käsittely. *Tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden toisistaan erottaminen on sanalla sanoen etupäässä esitysteknillinen kysymys.*

II. OIKEUDENVASTAISUUS JA SIVIILIOIKEUDELLINEN, VAHINKOSEURAUSTA EDELLYTTÄVÄ TUNNUSMERKISTÖ.

Mainitun metoodin soveltaminen rikosoikeudessa ja oikeudenvastaisuuden indisiomerkityksen antaminen tämän alan tunnusmerkistöille on katsottava kaikin puolin asialliseksi. Mutta voidaanko — siviilioikeuden alalle siirryttäessä — sanottua indisio-oppia soveltaa myöskin sellaisiin tapauksiin yleensä, joissa tietystä inhimillisestä käyttäytymisestä on johtunut vahinkoseuraus? Useat tunnetut sivilistit vastaavat kysymykseen myöntävästi, he kun katsovat, että vahingonaiheuttamista on pidettävä aina oikeudenvastaisena, ellei oikeusjärjestys erityisesti tunnusta sitä oikeutetuksi.[17] Tällainen konstruktio ei mielestämme ole tyydyttävä. Siinä asetetaan yleinen

[16] MEZGER, Lehrbuch, s. 184.

[17] Näin mm. PLANCK, Komm. II, 2 s. 1730. STAUDINGER, Komm. II, 3 s. 1780. OERTMANN, Komm. II, 2 s. 1394. FROMBERG, Haftpflichtrecht, s. 152.

»vahingonaiheuttamistunnusmerkistö» oikeudenvastaisuusindisioineen, joten sääntö-poikkeus-käsittely tulisi koskemaan juurimainitunlaisen tunnusmerkistön ja erityisten oikeutusperusteiden sellaistakin keskinäistä suhdetta, jossa mm. lain positiivisesti arvotetut »vahingonaiheuttamistunnusmerkistöt» joutuvat olemaan erityisinä oikeutusperusteina ja siten esiintymään indisiovaikutuksen poistajina, vaikka tällaisessa tapauksessa ei voi olla kysymys mistään provisoorisesta negatiivisesta arvottamisesta. Asian esimerkillä valaisemiseksi ajateltakoon vahinkoa, joka aiheutetaan merihädässä laivan ja lastin pelastamiseksi. Jos tällöin lastia heitetään mereen, on kysymyksessä sellainen tapaus, jota tarkoitimme mainitessamme positiivisesti arvotetusta »vahingonaiheuttamistunnusmerkistöstä». Objektiivinen tunnusmerkistötarkoitus[18] ei tosin tällöinkään kohdistu itse vahingon aiheuttamiseen — tämä tarkoitus on laivan ja lastin pelastaminen —, mutta vahingonaiheuttamisen ja tunnusmerkistötarkoituksen suhde on kuitenkin se, että ensinmainittu ilmenee *sallittuna keinona tarkoituksen saavuttamiseen;* se liittyy itse tarkoitukseen[19] eikä ole sen toteuttamisen sivuilmiö niinkuin esim. rautatieonnettomuuden aiheuttama vahinko on tätä liikennettä koskevan tunnusmerkistön tarkoituksen kannalta. Olemme tähän katsoen sitä mieltä, että edellämainittua kantaa, jonka mukaan pelkkä vahingon aiheuttaminen saisi oikeudenvastaisuusindisio-merkityksen, ei ole syytä hyväksyä, koska se on omansa systemaattisesti enemmän sekoittamaan kuin selventämään asiankäsittelyä. Että oikeudenvastaisuusindisio rakennetaan pelkän vahingon aiheuttamisen varaan, se ei vastaa sitä täsmällisyyttä, joka tunnusmerkistöltä on vaadittava silloin kun sen toteutumiseen liitetään oikeudenvastaisuuden indisiomerkitys.

Kun sellainen tunnusmerkistö, jonka tarkoitukseen olennaisesti liittyy vahingon aiheuttaminen, välittömästi viittaa viimeksimainitun oikeudenmukaisuuteen, on siis selvää, että kaikkinainen provisoorinen negatiivinen arvottaminen on keinotekoista. Mutta onko asianlaita samoin silloin, kun vahinko syntyy tunnusmerkistötarkoituksen

---

[18] BIENENFELDin (s. 350) mielestämme asiallisen määritelmän mukaan »Tatbestandlicher Zweck ist jenes Kausalglied des objektiven verursachenden Zielgerichteten Tatbestandes, das der Staat als bewertender Beurteiler aus der unendlichen Reihe möglicher Zweckglieder als Endglied hervorhebt und bewertet».

[19] *Teon* primäärisenä tarkoituksena on tällöin vahingonaiheuttaminen ja sekundäärisenä jokin »ylempi» päämäärä, jonka lainsäätäjä tekee tunnusmerkistötarkoitukseksi. Ks. BIENENFELD, s. 353 ss.

toteuttamiseen kuulumattomana sivuilmiönä?[20] Onko näin ollen vahingon johtuminen esim. rautatien, moottoriajoneuvon, ilma-aluksen tai sähkölaitoksen käytöstä katsottava oikeudenvastaisuusindisiota edellyttäväksi tapahtumaksi? Vastauksemme on tässäkin tapauksessa eittävä: vahingon aiheuttaminen sinänsä ei oikeuta oikeudenvastaisuusindision asettamiseen, ellei vahingon aiheuttamiseen prima vista liity huolimattomuutta. Tällainen indisio tässäkin tapauksessa merkitsisi sellaisen yleisen »vahingonaiheuttamistunnusmerkistön» konstruointia, joka vahingonkorvauskysymysten moninaisuuden kannalta katsoen on systemaattisesti vieras ja keinotekoinen. Mainittujen tunnusmerkistöjen piirissä on näet olemassa korvausvelvollisuus sellaisestakin vahingosta, jonka aiheuttaminen ei ole ollut oikeudenvastainen, vaikkakaan se ei ole kuulunut tunnusmerkistötarkoituksen toteuttamiseen. Viimeksimainittu korvausvelvollisuus on lisäksi rakenteeltaan sellainen, ettei se edellytä vahingonaiheuttamisen oikeudenmukaisuuden osoittamista erityisen oikeutusperusteen avulla -- väite, jonka oikeisuus osoitetaan seuraavassa luvussa.

Olemme näin ollen johtuneet siihen tulokseen, että vahingon aiheuttamisen sinänsä indisointi oikeudenvastaiseksi edellyttää sellaista »yleistä vahingonaiheuttamistunnusmerkistöä», jonka konstruointi ei ole systemaattisesti suotava, koska sellainen sääntöpoikkeus-käsittely, joka rikostunnusmerkistön osalta on asiallinen, ei tällaiseen tunnusmerkistöön sovellettuna vastaa tarkoitustaan.

Tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden suhdetta käsiteltäessä ei ole asiallista lähteä myöskään päinvastaiselta pohjalta ja selittää yleiseen toimintavapauteen viitaten jokainen teko periaatteellisesti oikeudenmukaiseksi, ellei jostakin oikeusnormista käy ilmi, että se on in concreto kielletty.[21] Tällaisen lähtökohdan johdonmukainen kehittäminen tuhoaisi sen systematiikan, johon pyritään käsiteltäessä tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden suhteita säännön ja poikkeuksen vastakkainasettelun avulla.

---

[20] Vrt. BIENENFELD, s. 360 ss. SJÖGREN, s. 210.

[21] Tähän suuntaan ELIAS WOLFF, ZSchwR 51, s. 81 ss., eritt. s. 83 s. Wolff sanoo: Die Auffassung über die Freiheit muss sich auch in der Wiederrechtlichkeitstheorie wiederspiegeln; besteht grundsätzlich Freiheit, insoweit der Rechtsordnung nicht eine einschränkende Vorschrift zu entnehmen ist, so muss auch *jede Handlung an und für sich als erlaubt* und daher nicht rechtswidrig erscheinen, *insofern sich nicht aus irgend einer Rechtsnorm deren Unzulässigkeit ergibt.*» (Kor. meid.) Vrt. myös OSER, Obligationenrecht, 2 pain. I, s. 280 ss.

Ajatus, että hengen ottaminen toiselta vakain tuumin on jollakin tavalla ilmauksena yleisestä toimintavapauden periaatteesta silloin, kun se tapahtuu laillisena mestauksena,[22] tuntuu jo sinänsä luonnottomalta. Mutta tällaisista johtopäätöksistä riippumatta on mainitusta lähtökohdasta sanottava, että se samoin kuin edelläkritikoitu »yleisoikeudenvastaisuusindisio» johtaa liialliseen yleistykseen, jonka johdonmukaisesta soveltamisesta, kuten jo viitattiin, päädytään sellaiseen »yleiseen oikeudenmukaisuusindisioon», jonka mukaan nykyisen systematiikan edellyttämät normin pätemisalan perusteetkin lopuksi ilmaisevat vain yleisen toimintavapauden nojaista käyttäytymistä. Oikeutusperusteiden systematiikka olisi tähän systeemiin *teoreettisesti* sopeutumaton.

Edelläesitetyt kannanotot eivät näin ollen ole osoittautuneet asiallisiksi. Oikeudenvastaisuuden ja tunnusmerkistönmukaisuuden suhteista on sen sijaan todettava seuraavaa.

Jos syntynyt vahinkoseuraus liittyy positiivisesti arvotetun tunnusmerkistötarkoituksen toteuttamiseen siihen olennaisesti kuuluvana, on tunnusmerkistö oikeuden*mukaisuuden* indisio vahingonaiheuttamisesta huolimatta eikä sillä seikalla, että teko mahdollisesti realisoi myöskin rikostunnusmerkistön, ole mitään asiaanvaikuttavaa merkitystä.[23] Ennenkuin voi kuitenkaan olla kysymys siitä, että mahdollinen rikostunnusmerkistön realisoituminen jää kaiketta indisiovaikutuksetta, tulee tarkastelunalaisen, vahingon aiheuttamista edellyttävän käyttäytymisen tunnusmerkistöntekijäin (Tatbestandsmerkmale) olla laissa tyypeiksi *koonnettuina* siten, että tunnusmerkistötarkoitus sen toteuttamiseksi tapahtuvine vahingonaiheuttamisineen käy tunnusmerkistöstä selville. Tällaisen tunnusmerkistön tulee olla jonkin instituutin »normaalitunnusmerkistö» eikä siis sellainen »poikkeustunnusmerkistö», jollainen esim. pakkotilaa tarkoittava positiivisen oikeuden säännös on.[24] Ellei asianlaita ole näin, on kysymys

---

[22] Tällöin sanotun teon kiellettyisyys ei tietenkään käy ilmi mistään oikeusnormista.

[23] Tätä seikkaa rikosoikeudentutkijat eivät ota huomioon, vaan katsovat tunnusmerkistön sanotuissakin tapauksissa oikeudenvastaisuuden indisioksi, joka on poistettava toteamalla käyttäytymisen sallittuisuus. Sanottu kanta nähdäksemme johtuu yksinomaan rikostunnusmerkistön silmällä pitämisestä ja vastaavasti sen seikan huomiotta jättämisestä, että tällainen tunnusmerkistö saattaa sisältyä toisen oikeudenalan »normaali»-tunnusmerkistöön, jonka luonne ei lainkaan edellytä mainitunlaisen indision olemassaoloa.

[24] Kieltotunnusmerkistön mukainen teko, joka yhtäkaikki on oikeudenmukainen, on, kuten tekstissä on selvitetty, normin pätemisalaa supistavien perusteiden alaista toimin-

sellaisesta rikosoikeudellisen tunnusmerkistön realisoitumisesta, joka asian luonteen mukaisesti kuuluu oikeudenvastaisuusindision alaan ja vastaavasti erityisten oikeutusperusteiden ryhmään.[25] Jos taasen on kysymys vahingosta, jonka aiheuttaminen ei kuulu positiivisesti arvotetun tunnusmerkistötarkoituksen toteuttamiseen, vaan joka on sen sivuilmiö, eikä mikään rikosoikeudellinen tunnusmerkistö prima vista näytä toteutuneen eikä — »ulkonaisesti» katsoen — käyttäytyminen ilmaise selvää varomattomuutta, on tunnusmerkistöä tarkasteltava ilman mainittua indisiolähtökohtaa sen selville saamiseksi, onko vahingon aiheuttanut käyttäytyminen ollut oikeudenvastainen. — On myönnettävä, että kysymyksessäolevalla sääntö-poikkeusnäkökohdalla ei ole siviilioikeuden alalla samaa merkitystä kuin rikosoikeudessa nimenomaan esitysteknillisenä apukeinona. On kuitenkin huomattava, että myös tunnusmerkistön realisoitumiskysymys yksittäistapauksessa on otettava lukuun sääntö-poikkeus-systeemiin liittyvänä, kuten seuraavasta luvusta (s. 317 ss.) käy selville.

Vahinkoseurausta edellyttävän tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden suhteiden tarkastelua silmällä pitäen tunnusmerkistö on jaettavissa kahteen eri osaan: aiheuttamis- ja seuraustunnusmerkistöön, jolloin ensinmainitulla tarkoitetaan tyypillistettyä tekoa

---

taa. Tällöin se on samalla »oikeudenmukaisuustunnusmerkistön» (jota usein ei ole laissa lainkaan ilmaistu) mukaista käyttäytymistä. Oikeutusperusteet siis nekin ovat tunnusmerkistöjä, vaikka niitä käsitellään vain poikkeuksina siitä säännöstä, että kieltotunnusmerkistön mukainen käyttäytyminen on oikeudenvastaista. »Poikkeustunnusmerkistöstä» voi olla kysymys vain silloin, kun »oikeuden ja kohtuuden» mukainen käyttäytyminen yksittäistapauksessa on *yleistettynäkin* katsottavissa oikeudenmukaiseksi oikeusvarmuutta vaarantamatta. Intressienpunninta in concreto ei saa muodostua ratkaisevaksi. Se voi in concreto osoittaa sellaista tulosta, jonka yleisenä poikkeusperusteena soveltaminen johtaisi oikeusepävarmuuteen.

[25] Mainitunlainen oikeutusperuste ilmenee sellaisena teon perimmäisenä tarkoituksena, joka osoittaa »vahingoittamisteon» oikeudenmukaiseksi materiaalisesti samalla tavoin kuin tunnusmerkistössä nimenomaan esille tuotu tunnusmerkistötarkoitus. Käsillä-olevassa tapauksessa tämä tarkoitus on kuitenkin »haettava» niiden perusteiden joukosta, jotka »poistavat oikeudenvastaisuuden». Tällöin siis syntyy se rikosoikeudellisen tunnusmerkistön indisiovaikutus, joka ei tule kysymykseen silloin, kun teon tarkoitus on ilmaistu itse tunnusmerkistössä tunnusmerkistötarkoituksena.

Teon positiivisesti arvotettu perimmäinen tarkoitus esiintyy säännöllisesti oikeutusperusteen luonteisena, poistamassa teon »primäärisen vahingontekotarkoituksen» oikeudenvastaisuutta. Negatiivisesti arvotettuna teon tarkoituksen normaalin sallittuisuuden poistavana tekijänä perimmäinen tarkoitus voi ilmetä ainoastaan šikaanissa. - Ks. BIENENFELD, s. 366.

(käyttäytymistä) ja jälkimmäisellä tunnusmerkistössä tarkoitettua seuraustyyppiä. Tämän jaoituksen on ensiksi tehnyt FRIEDRICH MOMMSEN[26] ja sen ovat pääasiallisesti omaksuneet mm. TRAEGER, M. L. MÜLLER,[27] M. RÜMELIN,[28] LITTEN,[29] ENDEMANN[30] ja v. LISZT.[31] — Tämän tutkielman tärkeimpiin konstruktioehtoihin kuuluu, että oikeudenvastaisuuselementti on olemassa ainoastaan tekotunnusmerkistön puolella.

[26] Beiträge z. Obligationenrecht II, s. 138 s., TRAEGER, Kausalbegriff s. 192.
[27] Bedeutung des Kausalzusammenhanges, s. 8.
[28] ArchZivPr. 90, s. 235, 325.
[29] Haftung d. Tierhalters, s. 19.
[30] Lehrbuch I, s. 732 s.
[31] Deliktsobligationen, s. 60.

KOLMAS LUKU.

AINEELLINEN OIKEUDENVASTAISUUS VAHINGONVASTUUN PERUSTEENA.

I. MUODOLLISEN JA MATERIAALISEN OIKEUDENVASTAISUUDEN KÄSITE.

Vahingonvastuutunnusmerkistö ja rikostunnusmerkistö ovat suhteessa oikeudenvastaisuuteen sikäli samanlaiset, että niissä tämän suhteen kannalta on tarkasteltava toisaalta teko-, toisaalta seuraustunnusmerkistöä.[1] Rakenteellista eroa niiden välillä on etupäässä siinä, että useimmat rikostunnusmerkistöt koskevat teon tarkoituksen kiellettyisyyttä, kun sen sijaan pelkät vahingonvastuutunnusmerkistöt tavallisesti ovat tuottamustunnusmerkistöjä, joissa lainsäätäjä ei arvota negatiivisesti toiminnan tarkoitusta, mutta kylläkin tarkoituksen toteuttamiskeinon. Kysymys on silloin siitä, millainen menettely luvallisessa intressintoteuttamisessa on sallittu. Tämä sama tarkoituksen ja sen toteuttamiskeinon arvosteleminen, jonka kriteerinä on se vaara, minkä sanottu keino tuo oikeudellisesti suojatuille intresseille, viittaa välittömästi oikeudenvastaisuuden aineelliseen sisällykseen. Kysytään, mihin perustuu se arvotodelma, jossa toinen käyttäytyminen leimataan oikeudenmukaiseksi, toinen oikeudenvastaiseksi. Vastaus, jonka mukaan viimeksimainittu riippuu teon norminvastaisuudesta, ei voi täysin tyydyttää, koska näiden tapausten oikeudenvastaisuuskysymys usein keskittyy juuri sen selvittämiseen, mitä normi vaatii. Formaalinen oikeudenvastaisuudenkäsitys jättää tällöin päämäärän tavoittelijan viitattomalle tielle. Tosin tällä tiellä eteneminen silloin, kun tarkastelunalainen seikasto toteuttaa rikostunnusmerkistön, käy vielä jotenkuten päinsä:

[1] Huomautettakoon, että seuraustunnusmerkistö tarkoittaa tunnusmerkistöön kuuluvaa seuraustyyppiä (teon seurausta) eikä suinkaan tunnusmerkistön ulkopuolella olevaa seuraamusta (sanktiota).

normin sanotaan saaneen kyllin selvän ilmaisunsa itsessään tunnusmerkistössä. Kriminalisti voi siihen viitaten määritellä oikeudenvastaisuuden vain norminvastaisuudeksi ja pitää kysymystä siitä, mikä on viimeksimainitun aineellinen perusta, varsinaisen oikeustieteen ulkopuolelle jäävänä oikeusfilosoofisena kysymyksenä, jota juristin ei ole syytä ryhtyä ratkomaan. Mutta rikosoikeudentutkijakin, kuten seuraavat näkökohdat osoittavat, joutuu tämän kannan soveltamisessa suuriin vaikeuksiin.

Formalistinen oikeudenvastaisuudenkäsitys ahtaimmassa muodossaan kytkeytyy ankaraan lakipositivismiin: samoin kuin norminvastaisuus käy ilmi lain tunnusmerkistöistä, on niistä saatava selville myös oikeudenmukaisuus in concreto. Tämä kanta johdonmukaisesti kehitettynä merkitsisi sitä, että samalla tavoin kuin rikostunnusmerkistöt muodostavat tyhjentävän luettelon niistä tapauksista, joissa käyttäytyminen on katsottava kriminalisoiduksi oikeudenvastaisuudeksi, samalla tavoin on myöskin niitä poikkeustunnusmerkistöjä, joissa oikeudenmukaisuus on tyypillistetty, pidettävä vastaavanlaisena luettelona.[2] Käytännössä tätä kantaa ei kuitenkaan ole mahdollista puolustaa niiden oikeustajuntaa loukkaavien tulosten takia, joihin se johtaa. Analogiatulkinta, joka ei ole mahdollinen rikostyypin konstruoimiseksi,[3] on oikeudenmukaisuustyyppien osalta osoittautunut päin vastoin välttämättömäksi. Siten positivistinen käsitys luopuu puhtaan lakipositivismin kannasta korvatakseen sen — eräiden tutkijain osalta hyvinkin väljällä — oikeuspositivismilla, so. etsiäkseen oikeaan tulkintaan pääsemiseksi sellaista ohjenuoraa, joka on saatavissa säädetyn lain ulkopuolelta. Tämä kannanotto puolestaan johtaa lopulta tuloksiin, jotka ovat aivan lähellä niitä, joita aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen omaksuneet tutkijat tavoittelevat, joten kysymys materiaalisesta oikeudenvastaisuudesta varsinaisessa mielessä *käytännöllisesti* katsoen tuskin ollenkaan eroaa siitä, mitä tämän suunnan vastustajien taholla on

[2] Ks. ed. s.

[3] Emme tietenkään tarkoita teoreettista emmekä edes käytännöllistä mahdottomuutta — rangaistavan oikeudenvastaisuuden tyypillistämisvaatimus on vain liberalistisen käsityksen luoma oikeusvarmuuden ja oikeusalamaisen henkilökohtaisen turvallisuuden lisäämiseksi —, vaan ainoastaan oman maamme ja useimpien muiden maiden rikoslainsäädännön kantaa puheenaolevassa kysymyksessä. Maassa, jossa — kuten Venäjällä — kriminaalisen oikeudenvastaisuuden tyyppipakkoisuus on poistettu, on oikeudenvastaisuuden formalistinen käsittely toivoton tehtävä vielä suuremmassa määrässä kuin siellä, missä kysymyksen yhteydessä voidaan käytellä erityisiä tunnusmerkistöjä.

asiasta esitetty.[4] Jopa voitaneen sanoa, että useiden oikeudenvastaisuuden formaalidefinitiota ainoana oikeana pitävien oikeusoppineiden esilläolevalle kysymykselle omistama käsittely melkeinpä oikeuttaa lukemaan heidät aineellisen oikeudenvastaisuus-käsitteen kannattajien joukkoon — siinä määrin he yleisten periaatteiden etsinnässä ja perustelussa etääntyvät lähtökohdastaan.[5] Mutta ettemme ehättäisi asiain edelle, tarkasteltakoon kysymystä hieman lähemmin.

Formalistisen käsityksen turvana ovat, kuten sanottu, ne lain »poikkeustunnusmerkistöt», joiden realisoituessa rikostunnusmerkistön toteutuminen ei merkitse oikeudenvastaisuuden käsilläoloa. Tällaisia tunnusmerkistöjä sisältävät RL 3 luvun 6—8 ja 10 § sekä moniaat RVpA:n pykälät. Oikeutusperusteiden muodostamisen kannalta erityisen antoisa on se RL:n säännös, joka koskee pakkotilaa (3:10) ja joka näyttää tarjoavan tilaisuuden kiitolliseen analogiankäyttöön. Kysymyksessäolevan säännöksen sanamuoto on sikäli väljä, ettei se tee pakkotilateon sallittuisuutta[6] riippuvaksi siitä, kuka tai kenen omaisuus on uhattuna, enempää kuin siitäkään, onko kysymyksessä defensiivinen vai agressiivinen pakkotilateko. Saksan säädännäinen oikeus on tässä kohdin tuottanut suurempia tulkintavaikeuksia. StGB sisälsi säännöksiä ainoastaan tekijän itsensä tai hänen omaisensa (Angehörig) henkeä tai ruumiillista koskemattomuutta uhkaavan vaaran varalta, joista niukoista säännöksistä jo R. MERKEL ja STAMMLER etsivät tukea »intressikollisioteorialle».[7] Tieteisopissa esitetyt teoriat lienevätkin vaikuttaneet BGB:n pakkotilasäännösten sisällykseen. Agressiivisen pakkotilan

---

[4] SAUER, Grundlagen, s. 288, pitää eroa perimmältään metoodin perustetta koskevana.

[5] Niinpä BELING, joka tiukasti vaatii oikeudenvastaisuuden muodollista määrittelyä, tunnustaa oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisussa sallituksi, että sen ohjeeksi otetaan perimmältään koko kulttuuriyhteys ja oikeuden tarkoitus. ZSTW 44, s. 220 ss. Ks. myös NAGLER, Rechtswidrigkeit, Festschr. f. BINDING, s. 377 ss.

[6] Tieteisopissamme on edustettuna myös mielipide, jonka mukaan tällainen teko ei olekaan sallittu, mutta kyllä rankaisematta jäävä. Ks. J. FORSMAN, Pakkotilasta kriminalioikeudessa. HAKULISEN tähän suuntaan käyvästä mielipiteestä ks. s. 194, viite 27.

[7] RUDOLF MERKEL, Die Kollision rechtmässiger Intressen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen (1895), s. 15 s. STAMMLER, Notstand (1878), s. 78 s. — Sanottuja tunnusmerkistöjä, joiden ulottuvaisuus on melko rajoitettu, alettiin pitää ilmauksena yleisestä intressikollision periaatteesta, jonka mukaan luvallisten intressien vastakkain joutuessa arvokkaampi oli voitava toteuttaa vähäisemmän kustannuksella. Tämän yleisesti luonnehditun periaatteen soveltamisalasta virisi runsaasti erimielisyyttä, jota ei ole paikallaan ryhtyä tässä selostamaan, mutta johon tässä viitattakoon ennen kaikkea siksi, että keskustelu mainitusta periaatteesta osoitti selvää pyrkimystä sen aineellisen pohjan löytämiseen, jolta normi niin sanoaksemme oli lähtevä.

käsite laajentui riippumattomaksi siitä, kenen omaisuutta — BGB puhuu vain omaisuusesineestä — vaara uhkasi.[8] Täten säädännäisestä oikeudesta johdettavien oikeutusperusteiden ala yhä laajeni. Samaan suuntaan oli omansa vaikuttamaan se, että vahingonkärsineen omaan suostumukseen nojautuva oikeutusperuste voitiin säädännäiseen oikeuteen viitaten ulottaa niihinkin tapauksiin, joissa suostumusta tosiasiallisesti ei ollut saatu, mutta joissa teon oikeudenmukaisuus oli puolustettavissa edellyttämysperusteisen suostumuksen (mutmassliche Einwilligung) konstruktiolla. Negotiorum gestio[9] säännöstö oli näet tällöin omansa poistamaan niitä vaikeuksia, joita suostumusperiaatteen ulottaminen faktillisen suostumuksen ulkopuolelle muutoin olisi tuonut mukanaan. Mutta kysymyksen pohjiin asti ei tällä tavoin voitu luodata. Emme tarkoita niin paljon sitä, että moni detalji oli ratkaistava vapaampaa tulkintaa käyttäen kuin mihin siviilioikeudellisetkaan säännökset antoivat aihetta,[10] kuin sitä, että tälläkin tiellä lopuksi johdutaan sellaiseen kysymyksenkäsittelyn vaiheeseen, jossa periaatteellinen kannanotto materiaalisen oikeudenvastaisuus-käsitteen puolesta ykseysperiaatteen pohjalla on väistämätön tehtävä. Vahingonkärsineen oman suostumuksen merkitystä koskeva kysymys on siitä sattuvana todistuksena.[11] Joskin negotiorum gestio instituutin turvin käy päinsä selvittää sellaisia oikeutusperusteita, joiden johtaminen laista ei muutoin näyttäisi mahdolliselta, ei tällä, edellyttämysperusteiseen suostumukseen kohdistetulla tutkimuksella voi olla laajempia liikkuma-aloja kuin itse tosiasiallisen suostumuksen käsite tarjoaa. Siis täytyy tällä pohjalla olevan suostumusperäisen oikeutusperusteen määräytyä sen mukaan, mistä intressistään yksilö yleensä on oikeutettu luopumaan.[12] Tämä kysymys puolestaan ei liene selvitettävissä ilman oikeudenvastaisuus-

[8] Vrt. StGB 54 § ja BGB 904 §.

[9] BGB 677—687 §. KK 18: 10.

[10] Niinpä asiainhuoltosäännöstön soveltamisesta ei käy päinsä tehdä sitä johtopäätöstä, että suostumuksen antajan tulee olla siviilioikeudellisesti oikeustoimikelpoinen (ZITELMANNin ns. oikeustoimiteoria), vaan voidaan suostumuksen oikeudellista relevanssia tulkita väljemmin. Viimeksimainitulla kannalla ovat mm. kaikki huomattavimmat uudet oppikirjat ja kommentaarit, myös FRANKin kommentaariteos, jossa aikaisemmin (15. painokseen asti, muttei enää siinä, s. 133) kannatettiin Zitelmannin teoriaa.

[11] Ks. HEINITZ, Materielle Rechtswidrigkeit, s. 43, 46. Vrt. HONIG, Einwilligung des Verletzten.

[12] Vrt. Ehdotus v:lta 1927 Saksan uudeksi rikoslaiksi 264 §: »Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstösst.»

kysymyksen periaatteellista tutkimista, ilman sellaisen yhteisen prinsiipin etsintää, joka pohjautuu oikeuden aineelliseen tarkoitukseen.

Normin pätemisalaa supistavien perusteiden määrittelemisessä ero positivistisen ja materiaalisen oikeudenkäsityksen välillä ilmenee siinä, että ensinmainittu suunta ohjautuu useammanlaatuisten eri perusteiden etsintään sen mukaan, mitä viitettä laista voi milloinkin tässä kohdin saada, kun sen sijaan jälkimmäinen hakee *yhtä* perustetta, josta kaikki sanotut perusteet ovat vain erilaisten olosuhteiden mukaisia ilmauksia. Tosin positiivinen oppirakennelma on mainitulta osin kehittynyt yleisen periaatteen etsintään sekin ja sikäli niin sanoaksemme tullut mukaan materiaalisen oikeudenvastaisuuden määrittelyyn, mutta tässäkään vaiheessaan se ei voi vapautua lähtökohdastaan, jona on tunnusmerkistöjen tarkkailu periaatteellisesti yksittäisten oikeutusperusteiden luettelona.[13] Teknillisenä menetelmänä tällä metoodilla on täysi oikeutuksensa — teorian soveltamiskeinona se on välttämätön, mutta se ei luo sitä lujaa pohjaa, jonka yksin materiaalisen lähtökohdan löytäminen, yksin oikeusjärjestyksen aineelliseen tarkoitukseen nojautuva näkökohta voi tarjota.[14]

II. AINEELLISEN OIKEUDENVASTAISUUDEN TEORIA.

Asettamalla positivistinen käsitys materiaalisen vastakohdaksi joudutaan ratkaisemaan kysymys, mistä oikeuden sisällys käy selville ja mikä niin muodoin ilmaisee käyttäytymisen oikeudenvastaisuuden tai oikeudenmukaisuuden. Positivistisen käsityksen mukaan sanottu seikka ilmenee itsestään normin säännelmä-luonteesta niin selvästi ja tyhjentävästi, että muunlainen mielipide muka merkitsee oikeudenvastaisuuden ykseysperiaatteen hylkäämistä. Niinpä NAGLER[15] — hänen voitaneen tässä katsoa pääasiassa edustavan koko positivistista suuntaa — katsoo, että materiaalisen oikeudenvastaisuuden hyväksyminen merkitsee toisaalta oikeudenvastaisuuden hajoittamista kahdeksi eri ainekseksi, toisaalta emansipoitumista positiivisesta oikeudesta. Ensinmainittu väite osoittaa, että Nagler

[13] Vrt. KOHLER, Rechtsphilosophie und Universalgeschichte. Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. pain. s. 1902 ss. »Einheitlichkeit des Grundprinzips» on Kohlerin mukaan kiistettävä.

[14] Vrt. TARNOWSKI, s. 256 ss.

[15] NAGLER, Rechtswidrigkeit, Festschr. f. BINDING, s. 345.

pitää oikeudenvastaisuuden formaalista määrittelyä (oikeudenvastaisuus = norminvastaisuus) ainoana periaatteellisesti oikeana — muutoin on vaikeata käsittää, miksi materiaalisen määritelmän asettaminen sinänsä merkitsisi oikeudenvastaisuuden hajoittamista toisaalta muodolliseksi, toisaalta materiaaliseksi[16] — ja jälkimmäinen sisältää edellisen yhteydessä sen kannanoton, että positivismi nojautuu »muodollisjuriidiseen» oikeudenvastaisuus-käsitteeseen.

Merkitseekö näin ollen materiaalisen oikeudenvastaisuuden tunnustaminen luopumista asian juriidisesta käsittelystä? Kysymykseen voitaneen vastata myöntävästi sikäli kuin muodollisjuriidisen oikeudenvastaisuus-käsitteen *rinnalle* asetetaan sosioloogisesti värittynyt oikeudenvastaisuus-käsite, joka saattaa olla ristiriidassa positiivisen normin kanssa.[17] Samalla tavoin ei sen sijaan ole syytä suhtautua siihen oikeudenvastaisuusoppiin, joka pitäytyy sanotun käsitteen *ykseydessä*, mutta tunnustaa sille materiaalisen sisällyksen. Tämän käsityksen ensimmäisiin merkittävimpiin tienraivaajiin kuuluu Graf zu Dohna.[18]

1. Kun Bindingin normiteoria piti kieltoa rikosoikeudellisessa tunnusmerkistössä lausutun rangaistusuhan edellytyksenä, Graf zu Dohna puolestaan asetti tutkimustensa kohteeksi itse kiellon edellytyksen, joksi hän totesi oikeudenvastaisuuden,[19] mikä siis, jos mieli välttää kehässä kulkemista, ei ollut määriteltävissä vain kiellon-

[16] Mezger, Lehrbuch, 2. pain. s. 203, esittää sen merkillisen väitteen, ettei Nagler muka vastusta materiaalisen oikeudenvastaisuus-käsitteen konstruointia, vaan ainoastaan muodollisen ja aineellisen oikeudenvastaisuuden toisistaan erottamista, sekä huomauttaa erityisesti (viite 5), että Heinitz, mainitessaan Naglerin aineellisen oikeudenvastaisuuden innokkaaksi vastustajaksi (Rechtswidrigkeit, s. 96) on erehtynyt. On myönnettävä, että Nagler Bindingin juhlajulkaisussa kohdistaa kritiikkinsä pääasiassa mainittuun erontekoon eri »oikeudenvastaisuuslajien» välillä, mutta toisaalta on ilmeistä, että Naglerin esityksen mukaan — muuta käsitystä emme ole voineet siitä saada — materiaalisen oikeudenvastaisuus-käsitteen tunnustaminen sinänsä merkitsee mainitunlaista erontekoa, joten katsomme Heinitzillä olleen perusteltua aihetta mainintaan Naglerin kuulumisesta materiaalisen oikeudenvastaisuuden vastustajiin. Naglerin tutkimus Frankin juhlajulkaisussa (I, s. 339 ss., eritt. s. 344, 346) lopullisesti vahvistaa tämän käsityksen oikeaksi.

[17] Tähän tapaan v. Liszt, Lehrbuch, 18 pain., s. 143 s.

[18] Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. 1905.

[19] Dohna, Rechtswidrigkeit, s. 29. — »Wann nun aber eine Handlung normwidrig — *und deshalb* rechtswidrig ist, danach fragen wir vergebens», Dohna huomauttaa (s. 28) tarkoittaen vastausta, jota turhaan saa odottaa muodollisen oikeudenvastaisuuden teorialta.

vastaisuudeksi. Oikeudenvastaisuus sekä kieltonormin että rangaistuksen edellytyksenä merkitsi tämän käsitteen johtamista niin sanoaksemme kauempaa kuin muodollisjuriidisesta ajatusmaailmasta: sen kriteeriksi muodostui »oikea oikeus» STAMMLERin filosofian mielessä. Uuskantilaisiin oppeihin nojautuen Dohna rakensi oikeudenvastaisuusmääritelmänsä suhteeksi »sosiaaliseen ihanteeseen», joka Stammlerin mukaan on »die Gemeinschaft frei wollender Menschen».[20] Dohna ei enempää kuin hänen oppi-isänsäkään kuitenkaan tarkoittanut tällaisen yhteiskunnan tahdolla mitään oikeussisällyksisesti määriteltävää, so. aineellisesti toteutettavaa oikeusideaa — se olisi merkinnyt palautumista luonnonoikeuden oppeihin —, vaan sanotusta sisällyksestä irrallaan olevaa abstraktiota, jonka oli määrä ilmentää kaikessa oikeudessa olevaa immanenttista tarkoitusta. Samoin kuin Stammler katsoo ehdottoman pätevyyden kuuluvan ainoastaan muodolliselle määritelmälle, samoin Dohna pitää oikeudenmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden käsitteisiin katsoen mahdollisena ainoastaan muodollisen maksiimin asettamista: oikeudenmukaista on se, mikä voidaan tunnustaa oikeaksi keinoksi oikean tarkoituksen toteuttamiseen.[21] Sellainen inhimillinen käyttäytyminen, joka on »rechtes Mittel zu rechtem Zwecke», ei siis tämän mukaan voi olla ristiriidassa »oikean» normin kanssa — mikä kuitenkin on eri asia kuin se, että »vääränkin» lain säätäminen on mahdollista ja että oikeusalamaisen käyttäytyminen saattaa olla ristiriidassa sen kanssa ja samalla myös oikeudenvastainen. Lain säännöksen pätevyys ei näet ole riippuvainen sen suhteesta »oikeaan oikeuteen», vaan yksinomaan siitä, että se täyttää sen laiksi tulemisen muodolliset vaatimukset.[22] Sanotuin tavoin määritelty »oikea» normi ei Dohnan mukaan täten sinänsä ole mittapuuna oikeudenvastaisuuden määrittelemiselle tietyn oikeusjärjestyksen kannalta katsoen, vaan se vain on — puhtaasti muodollisesta laadustaan huolimatta — materiaalisena perustana sille, mitä

[20] STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte, s. 198. »Frei» sanalla on tässä yhteydessä omalaatuinen merkitys, osta Stammler (s. 197 s.) sanoo seuraavasti: »— das Ziel der rechtlichen Gemeinschaft [kann] bloss eine Verbindung der einzelnen Verbundenen in ihrem Wollen als *Selbstzwecke* sein. Der abstrakte Gedanke einer unbedingten Gesetzmässigkeit des gesellschaftlichen Daseins fordert die Verschmelzung dessen, was an den Bestrebungen der Gemeinschafter selbst als allgemeingültig eingesehen werden kann: Es ist das in dem *Inhalte* seiner Ziele *freie* Wollen, das in dem abgezogenen Begriffe einer Gemeinschaft verbunden gedacht wird.» — Tällaista yhteiskuntaa ei tietenkään todellisuudessa ole.

[21] DOHNA, Rechtswidrigkeit, s. 53.

[22] Rechtswidrigkeit, s. 50 s.

positiiviseen oikeuteen katsoen on pidettävä oikeudenvastaisena. Tarvitaan näet positiivisen oikeuden myötävaikutusta, jotta tietty käyttäytyminen jonkin oikeusjärjestyksen piirissä voidaan leimata oikeudenvastaiseksi.[23] »Oikean» normin oleminen positiivisen oikeuden perustana sisältää edellyttämyksen, että lainsäätäjä on tahtonut luoda »oikeaa» oikeutta. »Bis zum Beweise des Gegenteils»[24] on muunlainen mahdollisuus kiistettävä. Tuomarin on rikosoikeudellista tunnusmerkistöä tarkastellessaan tämän mukaan tutkittava, onko sen tarkoittama käyttäytyminen paitsi tunnusmerkistönmukainen myös »väärä» edellämainitun kriteerin kannalta. Ellei niin ole, on katsottava, ettei normi koske kysymyksessäolevaa käyttäytymistä. Objektiivisesti oikean oikeuden käyttö oikeudenvastaisuuden arvostelemiseksi täten Dohnan mukaan tulee kysymykseen säännöllisenä laintulkintakeinona — mielipide, jota tämänkin kirjoittaja periaatteellisesti kannattaa,[25] — kun taas Stammler tahtoi säästää sen vain lain aukkotapausten varalle.[26] — Vaikka mainitulta Dohnan konstruktiolta ei puutu käytettävyyttäkään,[27] se ymmärrettävästi kuitenkin on antanut arvostelun aihetta erityisesti siinä, mikä koskee tuomarin harkinnan osuutta oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisussa. Tämän harkinnan kytkeminen muodolliseen maksiimiin ja sellaiseen abstraktiseen asiaan kuin (olemattoman) »ihanteellisen yhteiskunnan» keskuudesta kasvavaan oikeusaatteeseen on yleisesti katsottu liian epämääräiseksi ja positiivisesta oikeudesta liiaksi irroittuvaksi katsantokannaksi.[28] Dohnan tutkimuksilla, joille viime aikoina on omistettu lisääntyvää huomiota, on pysyvä arvonsa siinä,

---

[23] Graf zu DOHNA, Rechtswidrigkeit, s. 54: »Ein rechtswidriges Verhalten im Sinne unserer Reichsgesetzgebung ist in ersten Linien ein unrichtiges Verhalten, dh. ein solches, welches nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zu rechtem Zwecke; eine weitere Bedingung der Rechtswidrigkeit bildet dann eine dahingehende positivrechtliche Erklärung.»

[24] DOHNA mt. s. 52.

[25] Lähemmin s. 252 ss.

[26] HEINITZ, s. 63. WEGNER, s. 56.

[27] Sen puolesta puhuvat teorian soveltamistulokset (Rechtswidrigkeit, s. 80 ss.), jotka samoin kuin STAMMLERin (Lehre v. richtigen Rechte, s. 311 ss.) Praxis des richtigen Rechtes ovat osoituksena teorian käytettävyydestä — kunhan käyttäjä vain on teoriansa mittainen. — SAUER, Grundlagen, s. 242, tosin huomauttaa, ettei Stammlerin-Dohnan lähtökohdasta voida saavuttaa käytännöllisiä tuloksia, ja HEINITZ, s. 66, pitää Dohnan muodollisen maksiimin käytettävyyden puutetta painavimpana muistutuksena hänen oppiaan vastaan, mutta omasta puolestamme luulemme näissä kysymyksissä jo liikuttavan alalla, missä määritelmä ei milloinkaan sisällä *välitöntä* soveltamisarvoa.

[28] Ks. esim. BINDING, Normen II, 1, s. 155 s.

että ne periaatteellisesti ovat asettaneet oikeudenvastaisuuden materiaalisen sisällyksen etualalle ja tähdänneet yksittäisten oikeutusperusteiden kokoamiseen yhden ainoan näkökohdan hallittaviksi.

2. Viimeksimainitun näkökohdan DOHNAN tapaan yhdistäminen kriitilliseen subjektivismiin ei ole saavuttanut yksimielistä kannatusta. Materiaalisen oikeudenvastaisuuden käsitteen kannattajien joukosta erottuu erityisesti M. E. MAYERin[29] nimi objektiivisen koulukunnan johtajanasemaan, kun taas SAUER[30] ja MEZGER[31] — pääsuuntien huomattavimpia edustajia vain mainitaksemme — rakentavat periaatteellisesti samalle pohjalle kuin Dohna. Kahden viimeksimainitun tutkijan kanta oikeudenvastaisuuden selvittämisessä nojautuu tuomarin omaan kriitilliseen harkintaan, josta ratkaisu on saatava silloin, kun sille ei ole muuta ohjenuoraa tarjona. Mayer sen sijaan näkee aineellisen oikeudenvastaisuuskysymyksen ytimen sen selvittämisessä, mitä tuomari eksplikatiivisesti — ei arvottavasti — aineistoansa käsitellen voi todeta kulttuurinormeista tässä kohdin käyvän ilmi. Mayerin kulttuuriobjektivismi näin muodoin kiistää tuomarin oman arvottamisen ja asettaa sen tilalle valtion tunnustamien kulttuurinormien deskriptiivisen selvittämisen.[32] Siten on Mayerin mukaan materiaalisesti oikeudenvastaista se, mikä on näiden kulttuurinormien vastaista,[33] jolloin Mayer sanotuilla normeilla tarkoittaa niiden käskyjen ja kieltojen kokonaisuutta, jotka kohdistuvat yksilöön uskonnon, moraalin ja vallitsevien tapojen asettamina vaatimuksina.[34] Tässä ei ole paikallaan kosketella sitä vilkasta mielipiteiden vaihtoa, jota Mayerin oppi on virittänyt. Teorian saamasta arvostelusta mainittakoon vain se päähuomautus, joka koskee Mayerin konstruktion sisäistä epämääräisyyttä: oikeudenvastaisuuden sisällys tulee sen mukaan olemaan riippuvainen siitä, mille kulttuurinormeille valtion on katsottava antaneen tunnustuksensa,[35] joka tieto tuskin edes on pelkän kognitiivisen tarkkailun avulla aina saatavissa.[36]

[29] Rechtsnormen und Kulturnormen.

[30] Die Möglichkeit eines juristischen Grundbegriffes, Z.f. Rechtsphilos. II, s. 336 ss.; Grundlagen des Strafrechts. 1921.

[31] Sein und Sollen im Recht. 1920.

[32] MAYER, Lehrbuch, s. 181. HEINITZ, s. 80 s.

[33] MAYER, Lehrbuch, s. 51, 179 s.

[34] MAYER, Rechtsnormen und Kulturnormen, s. 17. Tässä teoksessa, jonka olennainen osa on omistettu normiadressaattikysymykselle, Mayer opettaa — siinä IHERINGiin yhtyen — *oikeus*normien kohdistuvan ainoastaan valtion viranomaisiin; vain kulttuurinormit kohdistuvat valtion kansaan. S. 6 ss., s. 30 ss.

[35] SAUER, Grundlagen, s. 272; vrt. MEZGER, Sein und Sollen im Recht, s. 46.

[36] Muista kulttuuriobjektivismin kannattajista mainittakoon HEINITZ, s. 84—100;

3. MEZGERin[37] pyrkimyksenä on IHERINGin empirismin ja STAMMLERin tietoteorian sisältämien ainesten sulattaminen sellaiseksi oikeudenvastaisuus-käsitteeksi, jonka materiaalinen sisällys enemmän kuin STAMMLERin—DOHNAN filosoofisen spekulation muodostuu inhimillisen yhteiselämän reaalisten intressien pohjalla. Oikeuden perimmäinen tarkoitus ei ilmene Mezgerin kannalta sellaisena formaalisena ideana, joka, kuten Stammlerin opissa, on kaiken tieteellisen käsitteenmuodostuksen ainoa yleispätevä muoto, vaan se saa nimenomaan sosioloogista väritystä siitä tehtävästä, joka oikeudella on yhteiskunnallisen elämän piirissä. Tämä tarkoitus tähtää mahdollisimman täydellisen intressientyydytyksen aikaansaamiseen: Das Endziel allen Rechts, mit anderen Worten die Idee der *Gerechtigkeit* bestimmt sich als das Streben nach dem kompossiblen Maximum der Interessenbefriedigung. Was diesen Endziel zuwider ist, das ist materiell gesprochen »Unrecht».[38] Tätä vastaavasti ne tapaukset, joissa rikosoikeudellisen tunnusmerkistön toteutumisesta huolimatta ei ole katsottava olevan oikeudenvastaisuutta, voidaan jakaa kahteen suureen pääryhmään: niihin, joissa muutoin olemassaolevaksi edellytetty intressi yksittäistapauksessa puuttuu, ja niihin, jotka on ratkaistava intressin arvokkaammuusperiaatteen (Prinzip des überwiegenden Interesses, Güterabwägungsprinzip) pohjalla siten, että arvokkaamman intressin toteuttaminen vähäisemmän kustannuksella on katsottava sallituksi.[39] Milloin positiivinen oikeus ei anna ohjetta tällä pohjalla tehtävälle ratkaisulle, tuomarin on kriitillisesti oman käsityksensä varassa tutkittava, mitä on pidettävä oikeana. Tämä tutkimus tapahtuu tarkasteluobjektin arvottamisena mainitun, oikeuden perimmäisen tarkoituksen kannalta.[40]

4. SAUERin konstruktiossa on arvo-oppi teorian a ja o; alku sikäli, että arvottamiskysymys muodostaa perustan oikeudenvastaisuuden

---

WEGNER, s. 57 ss.; RITTLER (LAMMASCH-RITTLER, Grundriss des österreichischen Strafrechts, s. 32); J. GOLDSCHMIDT, Prozess als Rechtslage, s. 160. SIEVERTS, s. 136 ss.

[37] MEZGER, Sein und Sollen im Recht, s. 79.

[38] MEZGER, GS 89, s. 249.

[39] MEZGER, Lehrbuch, 2 pain. s. 206, 207, 225. Vrt. BELING ZSTW 44, s. 236, Grundzüge, 11 pain. s. 15; WACHINGER, Festgabe f. FRANK I, s. 475; FRANK, Komm. 18 pain. s. 153. v. LISZT, Lehrbuch (1911), s. 144.

[40] Materiaalisen oikeudenvastaisuudenkäsityksen tienraivaajiksi luetut HERTZ (Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts 1880) ja KESSLER (Die Einwilligung des Verletzten 1884) asettivat intressin aineellisen oikeudenvastaisuusopin keskeiseksi käsitteeksi. Jo BIRNBAUM, Archiv f. Kriminalrecht 1834, s. 149 ss., esitti tähän suuntaan käyviä ajatuksia. Ks. HEINITZ, s. 55 s. Vrt. BINDING, Normen I, 3 pain., s. 353 ss.

olemusta koskevalle tietoprobleemalle,[41] ja loppu sikäli, että Sauer, kuten MEZGERkin, näkee oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisun silloin, kun positiivinen oikeus ei anna siihen ohjetta, tuomarin arvottavassa, omaan käsitykseen nojautuvassa harkinnassa. Sauerin lähtökohtana oleva arvottamiskysymys koskee oikeudenvastaisuus-käsitteen kelpoisuutta lainsäätäjän ja lainkäyttäjän arvonmitaksi,[42] mikä puolestaan edellyttää oikeudenmukaisuus-käsitteen määrittelemistä siten, että sillä on yhteiskunnallis-oikeudellista merkitystä. Täten Sauer johtuu juriidiseen peruslakiin, jonka voidaan sanoa syntyvän siten, että oikeuden aineellista sisällystä kuvastamaan asetetaan STAMMLERin oikeusidean asemesta sen yhteiskunnan tarkoitusperät, jonka oikeusjärjestystä sanottu peruslaki koskee.[43] Näitä tarkoitusperiä tavoitteleva yhteistahto on se arvonmitta, objektiivinen arvo, jolla yhteiskunnassa ilmeneviä yksityisiä arvopyrkimyksiä (Wertbestrebungen), subjektiivisia arvoja, mitataan.[44] Oikeudenmukainen on se oikeusalamaisen käyttäytyminen, joka vastaa valtion oikeusjärjestyksellä tavoittamia tarkoituksia, oikeudenvastainen se, joka on näiden tarkoitusten vastainen.[45] Viimeksimainittu on selvillesaatavissa niiden keinojen arvottamisella, joita käyttäen valtioyhteiskunnan jäsenet yksityisten pyrkimystensä toteuttamisessa samalla toteuttavat valtion tarkoitusta. Positiivisen ja negatiivisen arvon rajaksi muodostuu tällöin, että mainitunlainen yksityispyrkimys ei ainakaan ole yhteiskunnalle vahingoksi, ja vaaka kallistuu viimeksimainitulle puolen niin pian kun on kysymys sellaisesta käyttäytymisestä, joka yleensä on yhteiskunnalle enemmän vahingoksi kuin hyödyksi.[46] Oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisu saa näin ollen sosioloogista väriä sen kautta, että sitä arvostellaan yhteiskunnan elämässä välttämättömän yksilöiden keskinäisen vuorovaikutuksen kannalta vaatimalla yksityisiltä pyrkimyksiltä mahdollisimman suurta yhdenmukaisuutta valtioyhteiskunnan tarkoituksen kanssa, mikä vaatimus sanottua tarkoitusta edustavana muodostaa sen normin, sen pitämisen (Sollen), sen ylempiasteisen objektiivisen arvon, jolla mitattavaa arvoa, yksilön käyttäytymistä, punnitaan. Oikeudenvastaisuus on täten Sauerin mukaan sosioloogisesti orien-

[41] SAUER, Grundlagen des Strafrechts, s. 233.
[42] SAUER, mt. s. 235.
[43] Z. f. Rechtsphilosophie II, s. 348; HEINITZ, s. 73.
[44] SAUER, Grundlagen, s. 263.
[45] SAUER, mt. s. 273.
[46] Z. f. Rechtsphilosophie II, s. 348; Grundlagen, s. 286, 391.

toidun arvottamisen tulos. Sen aineellinen pohja siten myöskin ulottuu positiivisen oikeuden ulkopuolelle.[47]

Ennen niiden käytännöllisten tulosten esittelyä, joihin aineellisen oikeudenvastaisuus-käsitteen hyväksymisen kautta johdutaan, on syytä periaatteellisesti kosketella sanotun käsitteen soveltamisen yleisiä ohjeita sekä samalla materiaalisen oikeudenvastaisuuden käsitteen puolesta tapahtuneen kannanoton lopputilitykseksi selvitellä sitä eroavaisuutta, joka on positivistisen ja materiaalisen oikeudenkäsityksen välillä.

5. Viimeksimainittuun kysymykseen ensiksi puuttuaksemme viitattakoon siihen perusteluun, jonka NAGLER esittää positivistisen käsityksen puolesta oikeudenvastaisuutta koskevassa tutkielmassaan v. FRANKin juhlajulkaisussa.[48] Nagler katsoo, että sikäli kuin on kysymys oikeudenvastaisuusprobleeman käytännölliselle oikeuselämälle suuntaa näyttävästä käsittelystä, sikäli vain positiivisen oikeuden tarjoama empiirinen mittapuu voi täyttää tämän tehtävän. Jos taas tarkoituksena on viitoittaa tietä tulevalle oikeudelle, on paikallaan etsiä ohjetta positiivisen oikeuden yläpuolella olevista filosoofisista näkökohdista, joihin sisältyy kokemusperäisen aineksen ulkopuolella olevia arvoja. Voimassaolevan oikeuden pohjalla päätelmiä tekevän juristin ei ole lupa liikkua »filosoofisten spekulatioiden eetterissä», vaan häntä odottaa vaikeampi tehtävä: hänen tulee objektiivisen yhteistahdon ilmauksia tutkimalla vaivalloisen induktion kautta johtua määriteltävän käsitteen konstruoimiseen.[49] Positivistin kanta kysymyksen käsittelyssä Naglerin mukaan siten osoittautuu juriidiseksi, *oikeustieteen* vaatimuksia vastaavaksi kannaksi, kun taas materiaalisen oikeudenvastaisuuden käsitteeseen tähtäävä oppirakennelma luopuu tästä perusteesta antautuakseen »suurpiirteisten ideaalien dedukointiin».[50]

Se argumentti, jonka NAGLER esittää positivistisen käsityksen puolesta aineellisen oikeudenvastaisuuden teoriaa hienoisesti — ja aiheettomasti — ivaten, tuntuu päällisin puolin vakuuttavalta, koska toisen kannan edustajiin kohdistettu oikeudelliselta pohjalta

---

[47] Vaatimuksesta, että oikeuden tulee olla kulttuurin mukaista, saadaan KANTOROWICSin, Tat und Schuld, s. 312, mukaan kiittää M. E. MAYERin ja v. LISZTin perustamaa oppia matriaalisesta oikeudenvastaisuudesta.

[48] Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Festgabe für REINHARD v. FRANK I, s. 339 ss., eritt. s. 345 ss.

[49] NAGLER, mt. s. 345 s.

[50] NAGLER, mt. s. 346.

luopumisen syytös näyttää perustellulta. Tätä syytöstä on joka tapauksessa käsiteltävä vakavasti. Varsinaisen oikeustieteen tehtäviin kiistattomasti kuuluu oikeusmaailmassa esiintyvien ilmiöiden käsitteleminen siten, että käsilläolevasta materiaalista niiden yhteisiä tunnusmerkkejä tutkistellen muodostetaan oikeudellisia käsitteitä,[51] mutta eri asia on, kuuluuko oikeudenvastaisuus-käsite niihin, jotka ovat sanotuin tavoin induktiivisesti johdettavissa. Lainan tai talletuksen käsite on empiirisen aineiston yhteisten tunnusmerkkien mukainen abstraktio; tällainen käsite on tietystä näkökulmasta tarkasteltujen ilmiöiden koonnos.[52] Oikeudenvastaisuuden määritteleminen sen sijaan asettaa asian tutkijan toisenluonteisen kysymyksen eteen. Oikeudenvastaisuus oikeudenmukaisuuden konträärisenä vastakohtana edellyttää itsensä oikeuden tarkoitukseen nojautuvaa määrittelyä, se koskettaa kysymykseen, josta ei vielä ole pystytty tyhjentävää ja pätevää, yleisesti oikeaksi tunnustettua selvitystä antamaan, mutta josta joka tapauksessa käynee päinsä sanoa, että se on in se ipso myös oikeusfilosoofinen kysymys, johon ei saada lopullista ratkaisua säädännäisen oikeuden tunnusmerkistöjen tarkastelusta. Oikeus, oikeudenmukaisuus ja oikeudenvastaisuus ovat juriidisen tutkimusalan ylimmät kategoriat, joiden määrittelyssä tuskin voidaan tulla toimeen vain synteettisen definition avulla, sillä samalla niihin sisältyy transcendenttista ainesta sikäli, että mainitut kategoriat viittaavat johonkin oikeusalan ilmiöiden ulkopuolella olevaan »perimmäiseen tarkoitukseen».[53] Oikeudenvastaisuuden käsitettä tältä pohjalta tarkasteltaessa ei ole tärkeintä se, *miten* oikeuden käsite määritellään — tyydytäänkö RADBRUCHin tapaan puhumaan oikeudesta vain yhteiselämän järjestelyjen kokonaisuutena (Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben)[54] vai annetaanko siitä STAMMLERia seuraten vaikeasti tulkittava definitio, jonka mukaan oikeus on »das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen»,[55] vai katsotaanko MAYERin oppeihin tunnustautuen oikeuden luonteen selvittämiseksi tarvittavan useampiakin määri-

[51] Oikeustiede ei kuitenkaan operoi vain oikeudellisilla käsitteillä, vaan se tarvitsee tarkoituksiinsa muitakin käsitteitä. Ne ovat silloin kaikki oikeusalan käsitteitä.

[52] Vrt. STAMMLER, Theorie der Rechtswissenschaft, s. 361. Stammler huomauttaa, ettei tällainen käsite ole mikään »puhdas käsite» samaan tapaan kuin miksi oikeuden käsite on katsottava.

[53] Vrt. WEGNER, s. 52; STAMMLER, Rechtswissenschaft, s. 439 s.

[54] RADBRUCH, Rechtsphilosophie (1932) s. 33.

[55] Lehrbuch, s. 89. Theorie der Rechtswissenschaft (1911), s. 109 ss.

telmiä[56] vai arvellaanko, että tässä tutkielmassa omaksuttu määritelmä[57] on paras tai että on pysähdyttävä Somlón[58] resignatioon, jonka mukaan kaikki oikeuden käsitetunnusmerkit ovat epätarkkoja —; myöskään riitakysymys oikeuden alkuperästä[59] ei ole tässä tähdellinen enempää kuin sekään, kuinka oikeuden tarkoituksen määritteleminen onnistuu, vaan pääasiana on pidettävä sitä asteeroa, joka on olemassa mainittujen kategorioiden määrittelyn ja positiivisen oikeuden tunnusmerkistöistä johdettavan definioinnin välillä.[60] Tästä erosta käy ilmi, että aineellisella oikeudenvastaisuudenkäsityksellä on suurempi olemassaolon oikeutus kuin positivistit ovat valmiit tunnustamaan: oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisun tulee nojautua »spekulatioon», joka loogillisesti on niin sanoaksemme astetta ylempänä kuin positivistien suosittelema oikeusilmiöiden tarkastelu. Ellei »varsinainen oikeustiede» tällaisena ilmiöiden tarkasteluna pysty ratkaisemaan kysymystä oikeudenvastaisuuden olemuksesta, ei tämä seikka nähdäksemme kelpaa käytettäväksi muka

[56] Mayer, Rechtsphilosophie, s. 56:

»Recht im weitern Sinn ist die Gesamtheit von Handlungen, die eine organisierte Gesellschaft vornimmt, um die Pflege ihrer gemeinsamen Interessen durch Aufstellung und Durchführung eines Normensystems zu sichern.

Recht engern Sinn ist die Gesamtheit von Handlungen, die ein Staat vornimmt, um durch Aufstellung und Durchführung eines Systems von Normen, die durch Zwang garantiert, und von Zwangsmassnahmen, die an Normen gebunden sind, die Pflege von gemeinsamen Interessen zu sichern.

Rechtsnormen im weitern Sinn sind die von einer organisierten Gesellschaft aufgestellten allgemeinen Bestimmungen über Dürben und Sollen der Gesellschaftsorgane und Gesellschaftmitglieder.

Rechtsnormen in engern Sinn sind die von einem Staat aufgestellten, letzten Endes durch Zwang (im aktiven und passiven Sinn) garantierten allgemeinen Bestimmungen über das Dürfen und Sollen der Staatsorgane und Staatsbürger.»

[57] Ks. s. 30.

[58] Juristische Grundlehre, s. 106 s. »Recht bedeutet die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht.» (s. 105.)

[59] joksi lienee katsottava oikeusjärjestyksen osaksi tullut kannatus — tai, kaiken alkua ajateltaessa, ihmisajatuksen ykseyspyrkimyksen ilmaisuna Jumala.

[60] Niinpä oikeuden käsitteen määrittelemiseksi on tarpeen niiden tunnusmerkkien selvittäminen, jotka ovat ominaisia oikeustahdolle erotukseksi muusta tahdosta, kun taas oikeusidea käsittää sen tarkoituksen, joka sisältyy oikeustahtoon. Vrt. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, s. 439 ss. — »Der *Begriff* besagt die Einheit eines stofflich bedingten Wollens, er ist die gleichmässige Art und Weise, ein begrenztes Streben zu erfassen, das nun in diesem seinem Bestimmtsein jenes allgemeingültige Verfahren im besonderen tuftreten genau erfüllt. Die Idee dagegen bedeutet die Einheit, die den Gedanken der Vollständigkeit aller jemals möglichen Rechtsvorstellungen bezeichnet.» (s. 441.) Vrt. Binder, Grundlegung, s. 162 s., ja Rechtsbegriff und Rechtsidee, s. 195.

musertavana aseena aineellisen oikeudenvastaisuuden käsitteen kannattajia vastaan.

6. Kun positivistien ja aineellisen oikeudenvastaisuus-käsitteen kannattajien mielipiteeneroavaisuuksien periaatteellinen pohja on täten selvitetty, on syytä lyhyesti tarkastaa niitä yleisen ohjeen muotoon saatettuja perusteita, joita soveltaen aineellisen oikeudenvastaisuuden periaatetta on toteutettava. Tältä osin voidaan tieteisopissa erottaa kaksi pääsuuntaa: toinen,[61] jota voitaneen nimittää hyödykkeidenpunninnan tai intressienvertailun periaatteeksi, kiinnittää päähuomion kollisiotapauksissa tarkasteltavien oikeushyödykkeiden arvoon,[62] toinen,[63] jonka käypänä nimityksenä on tarkoitusteoria, kehittelee oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisuksi periaatetta, jonka mukaan sanottua kysymystä arvosteltaessa on otettava huomioon tarkoituksen sallittuisuus ja käytetyn välikappaleen soveltuvaisuus tarkoituksen saavuttamiseen.

Mainittujen oppisuuntien eroavaisuutta tuskin voidaan pitää niinkään olennaisena kuin miksi se kirjallisuudessa silloin tällöin leimataan. Erittäinkin sitä syytöstä, jonka mukaan tarkoitusteoria osoittaisi taipumusta periaatteeseen: tarkoitus pyhittää keinot, on pidettävä aiheettomana.[64] Mutta sekin, sinänsä paikkansa pitävä huomautus, että intressienvertailun periaate pysyy niin sanoaksemme aineellisemmalla pohjalla kuin muodolliseksi ohjeeksi tyhjentyvä tarkoitusteoria, lienee katsottava viimeksimainitun teorian kannalta vaarattomaksi, koska oikeudenvastaisuuskysymyksen arvostelu ei voi liikkua pelkästään sillä perustalla, minkä oikeushyödykkeiden keskinäinen arvonvertailu tarjoaa,[65] vaan sen on otettava huomioon seikkoja, joiden yleispätevästi ilmaiseminen muussa kuin muodollisen ohjeen muodossa tuottaa suuria vaikeuksia. Tämä tosiasia käy

---

[61] MEZGER, Lehrbuch, s. 239 ss.

[62] Väärinkäsitysten välttämiseksi huomautettakoon, ettei arvonvertailu ole siinä mielessä intressien kesken tapahtuva, että yksityisen intressin suuremmuus oikeuttaa uhraamaan vähäarvoisemman, vaan vertauskohtana on aina »yleinen etu», so. oikeuden immanenttinen tarkoitus, jonka huomioonottaminen ei aina suinkaan johda samaan kuin intressienpunninta in concreto. Tässä kohdin esittää asian harhaanjohtavasti A. SERLACHIUS, Straff och skadestånd, s. 78. STANG, Erstatningsansvar, niinikään vaarallisessa määrin korostaa intressienpunnintaa in concreto — ja moni muu.

[63] EB. SCHMIDT, ZStW 49, s. 370 ss. GRÜNHUT, ZStW 51, s. 460 ss.

[64] EB. SCHMIDT, ZStW 49, s. 382 s.

[65] MEZGER, Lehrbuch, s. 240, tunnustaakin, että myös intressienvertailun periaate on perimmältään muodollinen prinsiippi. — Näissä maininnoissa on muodollisuus-käsitettä käytetty ahtaampana kuin mihin esilläolevassa yhteydessä on syytä.

ilmi erityisesti niistä tapauksista, joissa arvokkaamman oikeushyödykkeen säilyttämistä vähempiarvoisen kustannuksella ei tästä arvosuhteesta huolimatta voida tunnustaa oikeudenmukaiseksi sen takia, että mainitun tarkoituksen toteuttamisen välikappaletta ei voida pitää hyväksyttävänä.[66] Että mainittuun muodolliseen ohjeeseen on ammennettava sisällystä ennen kaikkea positiivisesta oikeudesta ja että, milloin arvosteluperustetta ei ole tältä pohjalta saatavissa, välikappaleen ja tarkoituksen kriteerinä käyttäminen on tapahtuva tuomarin arvottavan harkinnan kautta, ne ovat seikkoja, joita ei liene tarpeen erityisesti korostaa. Täten tarkoitusteorian mukainen kysymyksen käsittely sisältää myöskin sen intressienvertailun, jota viimeksimainittua kysymyksen puolta korostava teoria tarkoittaa.[67] Intressienvertailuteorian näin muodoin voitaneen katsoa sisältyvän siihen oikeudenvastaisuuskysymyksen ratkaisua tarkoittavaan oppiin, joka mainittua teoriaa yleisemmässä muodossa on saanut ilmaisunsa vaatimuksena soveliaan välikappaleen käyttämisestä oikeaksi tunnustettavaan tarkoitukseen.[68]

MEZGERin ja SAUERin aineellista oikeudenvastaisuutta koskevat määritelmät ovat perimmältään hyvinkin samanlaiset. »Das kompossible Maximum der Interessenbefriedigung» oikeuden tarkoitusta kuvastavana ymmärrettävästi sisältää kielteisessä muodossaan saman, mikä »nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt».[69] Mezgerin määritelmä eroaa Sauerin definitiosta kuitenkin siinä, että se asettaa intressi-käsitteen keskeisempään asemaan kuin viimeksimainittu. Intressi-sanaa, jolla on yksilön kannalta tapahtuneen arvottamisen väritys, Mezger ei kuitenkaan käytä tässä merkityksessä — HERTZ[70] ja KESSLER[71] olivat

---

[66] Asian valaisemiseksi ajateltakoon esimerkkiä, että potilaan henki katsotaan voitavan pelastaa ainoastaan siten, että häneen siirretään verta toisesta henkilöstä. Kuka rohkenisi intressin arvokkaammuuteen viitaten väittää meillä oikeudenmukaiseksi sitä, että joltakin oikeusalamaiselta vastoin hänen tahtoaan otetaan verta kanssaihmisen hengen pelastamiseksi? Asia tuntuu vielä ilmeisemmältä, jos verensiirron asemesta ajatellaan ihon transplantatiota.

[67] SIEVERTS, s. 132 s.

[68] EB. SCHMIDT, ZSTW 49, s. 381: »Soweit die Güterabwägungstheorie durch die aus der Zwecktheorie sich ergebenden Momente eingeschränkt, modifiziert unt damit für die praktische Anwendung brauchbar gemacht ist, stellt sie in der Tat einen gegenüber der Zwecktheorie speziellen Grundsatz dar.»

[69] SAUER, Grundlagen, s. 286.

[70] Das Unrecht I, s. 20.

[71] Einwilligung, s. 48; GS 38, s. 571.

taipuvaisia tulkitsemaan sen subjektiivisesti —, vaan hän tarkoittaa sillä valtion suojaamaa objektivoitunutta, positiivista arvoa. Täten *oikeushyödykkeenä ilmenevä intressi* on se materiaalinen pohja, josta oikeudenvastaisuus saa sisällyksensä.[72] Sauerin oikeudenvastaisuusmääritelmä on Mezgerin oikeushyödykeopin rinnalla — sanoisiko — yhteiskunnallisempi. Ne oikeusarvot, jotka joutuvat ohjaamaan Sauerin oikeudenvastaisuusteoriaa, irroittuvat enemmän kuin Mezgerin konstruktiossa yksilöllisaineellisesta alustastaan tullakseen itsensä yhteiskunnan ja valtion arvoiksi. Tämän Sauerin konstruoiman oikeudenvastaisuusdefinition voitaneen katsoa hyvin vastaavan aineellista oikeudenkäsitystä ja tarkoitusteoriaa. Oikeusalamaisten tarkoitusten toteuttamisen oikeudellinen arvottaminen tapahtuu oikeusjärjestyksen immanenttisen tarkoituksen kannalta siten, että ensinmainittujen tarkoitusten arvottamisen ohella myös niiden toteuttamiskeinot arvotetaan saman mittapuun mukaan. Tässä arvottamisessa tuomarin tulee yhteiskunnan johtavien piirien keskuudessa vallitsevaa käsitystä tutkistellen asettaa ratkaistava kysymys osaksi sitä kulttuurikokonaisuutta, jonka piirissä se ilmenee, tarkastella sitä etsimällä positiivisesta oikeudesta kaikki se arvostelun ohje, joka siitä on saatavissa, ja tällä pohjalla omaan arvottavaan harkintaansa nojautuen antaa tuomio oikeuden aineellisen tarkoituksen mukaisesti, ellei laki suorastaan ole sille esteenä.[73]

Tämä mielipiteemme merkitsee samalla laintulkintaoppeja koskevaa kannanottoa rationalismin puolesta. Positivismi edustaa tällä linjalla suuntaa, joka on lain syntyhistorian ja occasio legiksen liiaksi sitoma vastatakseen elämän vaatimuksia. Sen sijaan sille kyllä on annettava tunnustus oikeusvarmuuden kunnioittamisesta: subjektiivinen tulkintaoppi lainsäätäjän (aikanaan olleen) tarkoituksen korostamisineen katsoo laintulkinnan ja siis oikeudenkäytön päämääräksi tämän tarkoituksen toteutumisen. Se teleolooginen, rationalistinen näkökanta taasen, joka elävöittää objektiivista tulkintaa ja jonka tarkoituksena on oikeussäännöksen soveltaminen tosin käsillä olevan muodon puitteissa, mutta sen sisällyksisenä kuin lainkäytön

---

[72] MEZGER, Lehrbuch, 2 pain. s. 199 s.

[73] Tämä kantamme menee oikeuden aineellisen tarkoituksen korostamisessa muodollisesti pitemmälle kuin Sveitsin siviililakikoonnoksen kuuluisa I artikla: »Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde; er folgt dabei bewährter Kehre und Überlieferung.» — Asiallisesti ero ei liene mainittava.

aikaisten elämäntarpeiden huomioonottaminen edellyttää, tarjoaa tuomarille verrattoman välikappaleen vaikeuksien voittamiseksi: elämänymmärryksen ja joustavuuden, joka ei kuitenkaan koskaan saa mennä niin pitkälle, että intressiensovittelun yleistä suuntaa sääntelevät normit hämärtyvät ja oikeusvarmuus vastaavasti vaarantuu. Tästä vaarasta on syytä varoittaa erityisesti niitä aineellisen oikeudenvastaisuusopin kannattajia, jotka etsivät lain ylimalkaisille ohjeille — erityisesti vahingonkorvausoikeuden alalla — selvennystä vahingon ja hyödyn keskinäisestä suhteesta konkreettisessa yksittäistapauksessa. Tällainen »kohtuus in concreto» ei ota kylliksi huomioon *yleistä periaatetta*, jonka ylläpitäminen on oleva se rationalistisen laintulkinnan *memento*, joka velvoittaa tämän positivismin arvokkaimman aineksen oikeaan soveltamiseen teleologismin hengessä.[74]

---

[74] Kun H. KANTOROWICZ vuosisadan ensimmäisellä vuosikymmenellä — GNAEUS FLAVIUS nimimerkein — julkaisi kirjoitelmansa »Der Kampf um die Rechtswissenschaft», josta sitten tuli ns. vapaaoikeudellisen koulukunnan alku, hän pani historiallisen koulun syyksi melkein kaikki ne oikeuskäytännön virheet, joiden moittimiseen silloin näytti olevan aihetta. Se reaktio historiallisen koulun ylivaltaa vastaan, joka tällöin syntyi (E. FUCHS ym.), meni toiseen äärimmäisyyteen, joka tuli kohtalokkaaksi itselleen »vapaaoikeudelle». Se rationalismi, joka edustaa positivismin ja vapaaoikeuden välimuotoa ja jonka vivahduksia on moniaita, pyrkii positiivisen normin ja oikeuden aineellisen tarkoituksen keskinäiseen sovittamiseen siten, että oikeuskokonaisuus pysyy samalla sekä tarkoituksenmukaisena että periaatteiltaan ehjänä. Sen käsityksen mukaan, jonka tämän kirjoittajakin on omaksunut, tuomarin on annettava ratkaisunsa oikeuden aineellisen tarkoituksen mukaisesti, ellei säädännäisestä oikeudesta selvästi muuta ilmene. Tämän periaatteen on SAUER (ZStW 33, s. 795) ilmaissut hieman jyrkemmässä muodossa sanomalla, että »laki on otettava huomioon ainoastaan sikäli kuin se on sopusoinnussa materiaalisen oikeuden kanssa, ellei laki selvästi ilmaise vastakkaista tahtoaan».

Kun täten olemme joutuneet kosketukseen laintulkintaperiaatteiden kanssa, mainittakoon niistä lyhyenä tiivistelmänä seuraavaa. Laintulkinta varsinaisessa mielessä tarkoittaa laissa ilmaistun normin tulkintaa. Sen periaatteet jakautuvat kahteen pääryhmään. Toinen, joka käy subjektiivisen suunnan nimellä ja joka on kehittynyt historiallisen koulun piirissä, asettaa määräävälsi laista ilmenevän lainsäätäjän tahdon. Tämä suunta on positivistinen, lainsäätäjän tarkoituksen toteutumista päämääränä pitävä. Toinen, objektiivinen oppisuunta, joka edustaa rationalismia, vaatii lainsäännöksen täyttämistä sen soveltamisajan vaatimalla sisällyksellä. Normi on tämän mukaan tulkittava teleoloogisesti siten, että lain sisällys alituisesti pysyy nuorena ja ajan vaatimuksia vastaavana. Kumpikin suunta tietenkin ottaa huomioon tavanomaisen oikeuden. Teknillisesti tulkinta tapahtuu siten, että lähdetään lain sanonnasta suhteuttamalla se (erittäinkin juriidisteknilliseen) kielenkäyttöön, edetään systemaattisten (ja historiallisten) seikkojen huomioonottamiseen, loogilliseen tulkintaan (johon kuuluu mm. argumentum e contrario) ja viimein ratio legikseen. Tuloksena on lainsäännöksen väljä tai ahdas taikka laajentava tai supistava tulkinta, mikäli säännöksen laissa saama ilmaisu ei vastaa sen mielekkään soveltamisen vaatimuksia. Mutta laintulkinta tässä mielessä ei ole riittävä,

Tunnustautuessamme kriitillisen subjektivismin kannattajaksi emme suinkaan tarkoita lähtemistä mielivallan tielle, vaan päinvastoin rationalistisen objektivismin omaksumista siinä mielessä, jonka mukaan tuomarin on sekä normin ilmaisemaa yleisperiaatetta että yksittäisratkaisun kohtuutta silmälläpitäen ja aukkotapauksessa niinikään oikeuden aineellista tarkoitusta tutkien luettava laki valistuneen, omantunnontarkan ja vakavan harkintansa perusteella ex pectore suo.[75]

III. AINEELLINEN OIKEUDENVASTAISUUS NORMIN PÄTEMISALAA RAJOITTAVIEN PERUSTEIDEN KRITEERINÄ.

Aineellisen oikeudenvastaisuuden käsitteen hyväksyminen[76] ei teoreettisenakaan kannanottona käsitä mainittavaa edistysaskelta, ellei sillä ole merkitystä oikeudellisen systematiikan kannalta. Se esitys, joka seuraavassa tullaan omistamaan mainitun käsitteen sovellettavuudelle laiminlyönnin tunnusmerkistönmukaisuutta ja

koska laissa on aukkoja. Tarvitaan lisäksi laintulkintaa laajemmassa merkityksessä, oikeudensanontaa in concreto. Luonnonoikeudellisen rationalismin aukottomuusdogmi ei vastaa todellisuutta. (Saksalaisen tieteisopin terminus tecnicus »Rechtsfindung» ei ole suositeltava käännettäväksi, koska se »oikeudenlöydäntänä» viittaa sellaiseen, joka jo on olemassa ja joka vain on etsittävä käsille, ja sitä tietä oikeuden aukottomuusajatukseen.) Oikeudensanonta on se yksittäistapausta koskeva tuomarin ratkaisu, joka tosin tavallisesti ei käsitä oikeusnormia varsinaisessa merkityksessä, mutta kuitenkin lain säätämiseen verrattavan toimen yksittäistapauksen osalta. Tällainen tuomarin tehtävä tulee kysymykseen silloin, kun laista saatava ohje on ylimalkainen tai puuttuu kokonaan ja se on pääasiassa analogiankäyttöä (joka on pidettävä erillään laajentavasta tulkinnasta) joko siten, että lainsäännös ulotetaan muihinkin kuin laissa nimenomaan mainittuihin olosuhteisiin, mikäli niillä on tarpeellista yhtäläisyyttä laissa mainitun kanssa, taikka siten, että useista lainsäännöksistä tehdään induktiopäätelmä, joka niiden yhteisperiaatetta osoittavana sovelletaan sellaiseen seikastoon, joka ei ole subsumoitavissa minkään yksittäisen tunnusmerkistön alaisuuteen. Viimeksimainitunlaista lakianalogiaa, vieläpä yleispätevän normin asettamisena, on nähdäksemme se, että v. 1734 lain yksittäisistä tuottamustunnusmerkistöistä tehdään päätelmä yleisen tuottamustunnusmerkistön olemassaolosta lain soveltamispiirissä. Tällaisen analogian rajoista ks. tämän luvun V 4 c. — Lopuksi huomautettakoon, että milloin analogiapäätelmäkään ei täytä laissa olevaa aukkoa, tuomari on velvollinen koko asianomaisen oikeusjärjestyksen periaatteet ja yksittäistapauksen olosuhteet huomioonottaen itse asettamaan käsittelynalaiseen tapaukseen sovellettavan normin.

[75] Vrt. HEDEMANN, Generalklauseln, s. 60 ss.

[76] Kirjailijoita luettelee LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, s. 177, viite 12.

oikeudenvastaisuutta koskeviin kysymyksiin, on tarkoitettu olemaan osoituksena käsitteen systemaattisestakin merkityksellisyydestä. Lisäksi materiaalinen oikeudenvastaisuudenkäsitys tulee aineenkäsittelyn edistyessä osoittautumaan asiaanvaikuttavaksi myöskin jokaisen vahinkoseurausta edellyttävän tekotunnusmerkistön selvittelyssä. Siten aineellisen oikeudenvastaisuuden periaate nähdäksemme sanotultakin osin saavuttaa oikeutuksensa.

Mainitun käsitteen osuus laiminlyönnin tunnusmerkistönmukaisuutta ja oikeudenvastaisuutta koskevissa kysymyksissä on syytä selostaa samassa yhteydessä, jossa on tehtävä selkoa rikosoikeudellisen tunnusmerkistön oikeudenvastaisuuden poistavista perusteista, joiden esittelyyn täten päästään edelläkäyneen periaatteellista laatua olleen selvityksen jälkeen. Näiden perusteiden ulottuminen oikeuden itsensä perimmäiseen tarkoitukseen on kuitenkin teoreettinen kysymys, joka ei koske niiden järjestelmällistä esittämistä. Mainittuja perusteita koskeva systematiikka näet lähinnä tavoittelee käytännöllisiä tarkoitusperiä ollakseen lainsoveltajan ohjeena sen selvittämiseksi, milloin oikeudenvastaisuutta ei tunnusmerkistönmukaisuudesta huolimatta ole olemassa. Tätä vastaavasti näiden perusteiden järjestelmä myöskin voidaan rakentaa siitä riippumatta, ratkaistaanko oikeudenvastaisuuskysymys muodollisella vaiko aineellisella pohjalla. Tästä tosiasiasta onkin ollut seurauksena, että lähtökohdan periaatteellisesta eroavaisuudesta huolimatta yksimielisyys mainittujen oikeutusperusteiden esittämisessä on sangen suuri.[77] — Seuraava selonteko niistä perusteista, jotka supistavat kieltonormin pätemisalaa ja jotka siis samalla osoittavat rajaa oikeudenvastaisen ja oikeudenmukaisen käyttäytymisen välillä, on asian laadusta johtuen ollut pakko supistaa pelkästään pääryhmien esittelyksi.[78]

1. Vanhastaan tunnustettuna perusteena, johon katsoen rikosoikeudellisen tunnusmerkistön toteutumisesta huolimatta oikeudenvastaisuutta ei ole olemassa, on pidetty vahingonkärsineen suostumusta, joka, tällaisen vaikutuksen synnyttääkseen, on oleva annettu tekohetkellä, mutta jolta ei kuitenkaan ole vaadittava nimenomaisesti ilmaistuna olemista. Suostumusta tarkoittava tahdonsuunta on

[77] Eri asia on, että positivistit tällöin puolustavat perusteita, joita on vaikea johtaa positiivisen oikeuden säännöksistä. Sikäli voidaan mainittuja perusteita pitää aineellisen oikeudenvastaisuuden periaatteen »käytännöllis-systemaattisena» ilmaisuna.

[78] Sanottujen perusteiden seuraavassa esittelyssä nojaudumme lähinnä MEZGERin rikosoikeuden oppikirjaan (s. 207 ss.).

katsottava tässä kohdin riittäväksi.[79] Kysymys siitä, milloin tämänluonteinen suostumus voidaan osoittaa olemassaolevaksi, on asia erikseen. Volenti non fit iniuria periaatteen soveltamisen edellytyksenä on edelleen, että vahingonkärsinyt on ollut oikeutettu määräämään niistä seikoista, joista on kysymys. Tämä vaatimus merkitsee toisaalta kysymystä siitä, *kuka* on oikeutettu suostumuksen antamaan, toisaalta siitä, *mistä* suostumuksen antaja on oikeutettu luopumaan. Ensinmainittu kysymys lienee — ainakin siviilioikeudellisen toimikelpoisuuden ehdosta luopuen — ratkaistava yleisluonteisesti siten, että suostumusta on pidettävä relevanttina silloin, kun sen antajan voidaan huomioonottamalla hänen asemansa ja henkinen kehityksensä katsoa pystyvän arvostelemaan suostumuksensa kantavuutta ja merkitystä yleensä. Jälkimmäisen kysymyksen ratkaisu puolestaan riippuu siitä, onko vahingonkärsineellä oikeus luopua siitä, mitä suostumus koskee, onko toisin sanoen — MEZGERin formulointia noudattaaksemme — teko-objektista ja suojeluobjektista[80] määräävä henkilö sama. Ellei niin ole asianlaita, ei myöskään suostumuksen antamisella ole asiaanvaikuttavaa merkitystä.[81] Suostumusperiaatteen käytännöllinen soveltaminen vaatii mainitun oikeutusperusteen ulottamista sellaisiinkin tapauksiin, joissa ei ole kysymys suostumuksen tosiasiallisesta olemassaolosta, mutta joissa tuomarin objektiivinen todennäköisyysarvostelma sisältää edellyttämyksen, että vahingonkärsinyt asianlaidan tuntien omasta puolestaan olisi antanut suostumuksensa häntä kohdanneeseen intressinrajoitukseen.[82]

---

[79] Ns. »tahdonsuuntateoria» (Willensrichtungstheorie) vastakohtana »tahdonilmaisuteorialle» (Willenserklärungstheorie), joka vaatii suostumuksen ilmaisemista, mutta joutuu siinä vaikeuksiin, kun siviilioikeudellisten perusteiden välitön soveltaminen ei tule kysymykseen. Ks. MEZGER, Lehrbuch, s. 211.

[80] Teko-objekti on teon konkreettinen kohde, kun sen sijaan suojeluobjektilla ymmärretään sitä oikeushyödykettä, jonka turvaamista normi tarkoittaa.

[81] Varmana voidaan pitää, että ihmishenki ei oikeutemme mukaan kuulu niihin intresseihin, joista voidaan relevantisti luopua. RL 21: 3. Yhtä varmasti ei ole kiistettävissä, ettei yksilö ole dominus membrorum suorum. Että valtiolla on tässä kohdin yksilön vapautta rajoittava intressi, sen osoittaa selvästi sotaväen rikoslain (1919) 90 §. Kysymystä ei voitane ratkaista muuten kuin kussakin yksittäistapauksessa erikseen huomioonottamalla asian ja loukkauksen laatua. Ks. K. KAILA, Yllytys ja avunanto itsemurhaan. Lm. 1913, s. 244 ss.

[82] Tämän perusteen soveltaminen saattaa tulla kysymykseen jopa vastoin vahingonkärsineen nimenomaisesti julkilausumaa tahtoa. Vahingonkärsineen tahdonilmaisu näet saattaa perustua sellaiseen erehdykseen tai asiantilan tuntemattomuuteen, jonka korvaaminen oikealla tiedonsisällyksellä, asianhaarain mukaan, johtaa edellyttämykseen päinvastaisen tahdonsuunnan olemassaolosta. MEZGER, GS 89, s. 291. Lehrbuch, s. 221.

Tämän edellyttämysperusteisen suostumuksen soveltamisrajat määräytyvät, kuten edellä on toisessa yhteydessä huomautettu, tietenkin faktillisen suostumuksen pätevyysalan mukaan.

Selostetut oikeutusperusteet koskevat tapauksia, joissa oikeushyödykkeen muodostava intressi puuttuu. Muut oikeutusperusteet voitaneen ryhmittää intressin arvokkaammuuden periaatteen alaisuuteen, jolloin periaatteen soveltamiselle samalla on asetettava vaatimus sopivan keinon käyttämisestä hyväksyttävään tarkoitukseen. Tähän ryhmään kuuluvat teot, jotka perustuvat erityiseen toimintavelvollisuuteen — kuten toiminta virka- tai palvelusaseman perusteella tai sitovan käskyn nojalla — tai erityiseen toiminnan oikeutukseen, kuten esimerkiksi erityisen luvan varassa olevan vaarallisen toiminnan harjoittaminen tai kuritusoikeuden käyttö.[83] Edelleen on näihin perusteisiin luettava se teon oikeutus, joka johtuu hätävarjeluksesta tai pakkotilasta tai muusta oikeusjärjestyksen suomasta toimintaoikeudesta,[84] niin myös sellainen tunnusmerkistönormin soveltamisalaa supistava seikka, joka ei ole selvillesaatavissa välittömästi positiivisesta oikeudesta, vaan oikeuden tarkoituksesta, soveliaan keinon hyväksyttävään tarkoitukseen käyttämisen periaatteesta, jonka käytännöllinen soveltamistapaus usein ilmenee oikeushyödykkeiden arvonvertailuna. Tämän vertailuperiaatteen on Saksan Valtakunnanoikeus nimenomaan tunnustanut sellaiseksi perusteeksi, joka normien kollisiotapauksessa saattaa poistaa tunnusmerkistönmukaisuuden indisiovaikutuksen. Tällainen »übergesetzlicher Notstand»[85] on siten tunnustettu säädännäisen oikeuden ulkopuolella olevaksi oikeutusperusteeksi,[86] joka samalla viittaa oikeuden aineelliseen tar-

[83] MEZGER, Lehrbuch, s. 226 ss., lukee myöskin viimeksimainitut ryhmään »Die besonderen Handlungspflichten». Ryhmityksellä ei tietenkään ole perusteiden soveltamisen kannalta materiaalista merkitystä.

[84] Tällainen oikeutus voi, tietysti, käydä ilmi mistä oikeusinstituutista hyvänsä. Asian arvostelemiseksi siis on — siitä riippumatta, että on kysymys rikosoikeudellisen tunnusmerkistön indisiovaikutuksen kumoamisesta — otettava huomioon oikeusjärjestys kokonaisuudessaan eikä suinkaan ainoastaan rikosoikeuden osalta. — Vrt. s. 192.

[85] EB. SCHMIDT, ZSTW 49, s. 350 ss. WACHINGER, Der Übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichgerichts, Festgabe f. FRANK I, s. 469 ss. MEZGER, Lehrbuch, 2 pain. s. 241 ss.

[86] Tässä suhteessa ovat suuren kuuluisuuden saavuttaneet RG:n rikossenaatin päätökset 11. p:ltä maaliskuuta 1927 (E. 61, s. 242, ss.), 20. p:ltä huhtikuuta 1928 (E. 62, s. 137), joista ensinmainitussa tunnustetaan abortin oikeudenmukaisuus äidin hengen pelastamiseksi — käsillä oli itsemurhan vaara — ja jälkimmäinen sisältää erinäisen rajoituksen niiden henkilöiden piiriin, joiden teko täten voidaan tunnustaa oikeudenmukaiseksi. RG mainitsee ensinmainitun päätöksensä perusteluissa (E. 61, s. 254) mm. seuraavaa:

»In Lebenslagen, in welchen eine den äusseren Tatbestant einer Verbrechensform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmässig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden — Grundsatz der Güter-und Pflichtenabwegung.» Kuten perustelun sanonnasta näkyy, RG kokee pysytellä tässäkin, välittömästi aineelliseen oikeudenvastaisuuteen viittaavassa päätöksessä positivistisella pohjalla — seikka, joka ei tässä yhteydessä meitä enemmälti kiinnosta. Sen sijaan huomio kiintyy siihen tapaan, jolla mainittu prinsiippi esitetään laintäydennyksen perusohjeeksi, vaikka se, tämän tehtävän täyttääkseen, edellyttää periaatteellista rajoitusta tarkoitusteorian suuntaan (Eb. Schmidt, ZSTW 49, s. 370 ss., eritt. 377. Vrt. Mayer, Lehrbuch, s. 285 ss.) tai — ehkä paremminkin sanoen — vaikka sitä voidaan pitää vain yhtenä oikeuden perustarkoituksen ilmaisijana silloin, kun se vastaa sanottua tarkoitusta. »Selbst in den Fällen wo *anscheinend* die Güterabwägungstheorie *allein* den Wertmasstab objekt, dürfen wir uns nicht darüber Täuschenden, dass wir, genau gesehen, mit ihr zugleich auch immer die Zwecktheorie sprechen lassen», Schmidt huomauttaa (mt. s. 379 ss.) korostaessaan, että ensinmainittu teoria on viimeksimainitun johdannos ja että sikäli myöskin ensinmainittu valtakunnanoikeuden päätös käsittää sisäisen ristiriidan siinä, että se hylkää tarkoitusteorian ja yhtäkaikki nojautuu siitä johdettuun periaatteeseen. Että RG tässä kohdin liikkuu kestämättömällä pohjalla, käy Schmidtin mielestä ilmi myös siitä, että se tekee hyväksymäänsä periaatteeseen rajoituksia, jotka ovat sen luonteeseen soveltumattomia. Kun valtakunnanoikeus näet kytkee oikeushyödykkeiden punninnan prinsiippiin subjektiivisia tekijöitä rajoittaessaan niiden henkilöiden piiriä, jotka ovat oikeutetut tekemään abortin, Schmidt (mt. s. 390 ss.) katsoo täten samalla luovuttavan siltä objektiiviselta perustalta, jolla pysymistä sanottu periaate hänen mielestään vaatii. Tätä huomautustaan Schmidt ei kuitenkaan tee siinä tarkoituksessa, että hän tahtoisi osoittaa tarkoitusteorian johtavan toisiin tuloksiin: mainitun subjektiivisen rajoituksen hyväksymiseen. Hän päin vastoin katsoo, että mainitunlainen rajoitus on periaatteellisesti väärä, koska se esittää pakkotila-käsitteen tyypillisesti rikosoikeudellisena, subjektiiviseen motiiviperustaan pohjautuvana kysymyksenä. Olemme viitanneet tähän kiistakysymykseen ennen muuta sen takia, että se mielestämme on osoituksena sen edellätekemämme (s. 243, viite 27) huomautuksen paikkansapitävyydestä, että aineellisen oikeudenvastaisuuden ilmaisijaksi tarkoitetulla, yleiseen muotoon laaditulla ohjeella asian laadusta johtuen ei ole välitöntä soveltamisarvoa. Esilläolevassa tapauksessa tämä tosiasia ilmenee siinä, että oikeudenvastaisuuskysymyksen aineelliseen prinsiippiin katsoen samalla periaatteellisella kannalla pysyen voidaan — hyvin perustellusti — omaksua mainitusta subjektiivisten tekijäin huomioonottamisesta täysin vastakkainen mielipide kuin minkä Schmidt on esittänyt. Vain yksittäistapauksia ajateltaessa voitaneen yhtyä niihin perusteluihin, joita Schmidt esittää puheenaolevan pakkotilan täysin objektiivisten näkökohtien mukaisen ratkaisun puolesta. Jos sen sijaan, niinkuin asiallista on, arvosteluperusteeksi otetaan se, minkä on katsottava hyödyttävän yhteiskuntaa ei ainoastaan yksittäisinä ratkaisuina (jollaisen kannalta mainittu hyöty on usein hyvin vaikeasti selvitettävissä), vaan myöskin tällaisten ratkaisujen *yleistämisenä*, ei liene suurta epäilystä siitä, että abortin muidenkin kuin lääkäreiden toimitettavaksi salliminen — olkoonkin, että pakkotila on pätevästi todettu — herättää vakavan epäilyksen siitä, onko tällainen sallinta sovelias keino hyväksytyn tarkoituksen toteuttamiseksi. Vrt. Wachinger, mt. s. 515 s.

koitukseen. Saman perusteen nojalla on ratkaistavissa mm. kysymys terveyden turvaamista ja sairaudentilan parantamista tarkoittavien toimenpiteiden oikeudenmukaisuudesta niissä tapauksissa, joissa tällainen toimenpide toteuttaa rikosoikeudellisen tunnusmerkistön,[87] sekä kysymys vaikenemisvelvollisuuden »rikkomisen» sallittuisuudesta silloin, kun ammatin harjoittamisessa saadun, muutoin salassa pidettävän tiedon soveliaalla tavalla ilmaiseminen on omansa pelastamaan suurempia arvoja kuin mitä säilyttämään vaikenemisvelvollisuus on säädetty — muita tapauksia tässä mainitsematta.[88]

2. Tarkasteltaessa juurimainittuja perusteita, joita jo edellä olemme lyhyesti nimittäneet oikeutusperusteiksi, niille omistetun tehtävän kannalta, voidaan panna merkille, että tässä säännön ja poikkeuksen vastakkain asettelun kautta tapahtuvassa tunnusmerkistöjen käsittelyssä ei ole otettu huomioon sitä tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden välistä suhdetta, joka tulee kysymykseen silloin, kun arvostellaan laiminlyönnin suhdetta tunnusmerkistön toteutumiseen. Viimeksimainittu suhde onkin saanut tieteisopissa osakseen erikoiskäsittelyn, jonka lähtökohtana on ollut käsitys laiminlyönnin kautta tapahtuvan tunnusmerkistön toteutumisen kuulumisesta kokonaan toiseen ryhmään kuin mikä syntyy positiivisen teon ja tunnusmerkistönmukaisuuden välisistä suhteista. Tämä lähtökohta, se myönnettäköön mielellään, on materiaalisesti oikea, mutta sen sijaan kysymyksen tällä pohjalla tehty teoreettinen konstruktio ei vastanne niitä vaatimuksia, joita asianomaisen normin ja konkreettisen käyttäytymisen väliselle suhteelle on asetettava. Vallitseva käsitys näet omaksuu sen mielipiteen, että laiminlyönti on oleva erityisesti kielletty, ennenkuin se on sijoitettavissa tunnusmerkistön alaisuuteen.[89] Tämän lähtökohdan ansiosta laiminlyönnin kausaalisuuden myöntävä oppi joutuu samoille linjoille, joilla sanotun kausaalisuuden eittäjätkin liikkuvat. Viimeksimainituille tällainen konstruktio lienee sallittu, he kun rinnastavatkin laiminlyönnin positiiviseen tekoon vasta silloin, kun on ollut olemassa

[87] MEZGERin mukaan ruumiinvamman aiheuttamista koskevan tunnusmerkistön ei voida katsoa toteutuneen silloin, kun tapahtunut toimenpide on käsittänyt taudinaiheen menestyksellisen poistamisen ruumiista. Jos sen sijaan toimenpide, esim. leikkaus, on epäonnistunut, on vamman aiheuttamista koskeva seikasto ulkonaisesti katsoen toteutunut. Eri mielipiteistä ks. GS 89, s. 281, viite 1; LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, 26 pain. s. 201, viite 6.

[88] Niitä luettelee HEINITZ, Mat. Rechtswidrigkeit, s. 27 ss. SAUER, Grundlagen, s. 375, 379.

[89] Ks. esim. HONKASALO, s. 210.

erityinen toimintavelvollisuus. Mutta mikäli laiminlyönti tunnustetaan kausaalisen ominaisuutensa osalta samanveroiseksi positiivisen aiheuttamisen kanssa, sikäli myöskin on vaikeata kiistää, että juuri tunnusmerkistössä ilmaistu normi koskee myöskin laiminlyöntiä. Tämä huomautus ei suinkaan tarkoita sitä, että laiminlyönnin ja teon sanotusta samanveroisuudesta olisi tehtävä niin pitkälle menevä johtopäätös, että jokaista laiminlyöntiä olisi pidettävä oikeudenvastaisena samoin (ulkonaisin) edellytyksin kuin tekoa ja että rikoslain siis olisi katsottava vaativan jokaisen tunnusmerkistönmukaisen seurauksen estämistä samoin kuin se kieltää seurauksen aiheuttamisen. On päin vastoin pidettävä varmana, että lain tarkoitus ei ole se. Tuollainen tulkinta merkitsisi oikeudellisen prinsiipin neminem laede sijasta asetettavaa lähimmäisrakkauden vaatimusta immo omnes, quantum potes, iuva.[90] Kysymys koskee sen sijaan sitä konstruktiota, joka rakennetaan tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden suhteiden selvittämiseksi.

Teon ja laiminlyönnin käsittelyn yhdenmukaisuusvaatimus merkitsee sellaisen rakennelman välttämistä, jonka mukaan — kuten vallitsevasta mielipiteestä on pääteltävissä — tunnusmerkistönmukainen laiminlyönti, ollakseen oikeudenvastainen, edellyttää niin sanoaksemme kaksinkertaista kiellettyisyyttä: ensinnäkin, että laiminlyönti on tunnusmerkistön mukainen (ilman oikeutusperusteen käsilläoloa), ja toiseksi, että laiminlyönti sen lisäksi on erityisesti kielletty, so. että on olemassa erityinen seurauksen estämisvelvollisuus. Koska lakimme ei sisällä erityistä säännöstä teon ja laiminlyönnin suhteesta ja koska tunnusmerkistön on katsottava voivan toteutua sekä laiminlyönnin että positiivisen teon kautta, olisi tämän konstruktion kannalle asetuttaessa yhtä hyvin voitava sanoa, että tunnusmerkistön toteuttaminen positiivisin teoin on oikeudenvastainen vasta siinä tapauksessa, että on olemassa erityinen velvollisuus teosta pidättymiseen! Tässä vastustettu konstruktio näin ollen jättää vastausta vaille kysymyksen, miksei tunnusmerkistönmukaisen positiivisen teon oikeudenvastaisuus ole riippuvainen siitä, että tekijä oli *erityisesti* velvollinen jättämään teon tekemättä, jos laiminlyönnille tässä kohdin asetetaan vaatimus, jonka mukaan laiminlyöjä oli erityisen perusteen nojalla velvollinen tekemään laiminlyödyn teon.[91] Tämä todistelu ei suinkaan ole sananasettelulla sokaisemista; se päinvastoin

[90] KISSIN, Rechtspflicht zum Handeln, s. 44.

[91] REDSLOB, Die kriminelle Unterlassung, s. 24 s. KISSIN, s. 48.

paljastaa sen kohdan, jossa vallitseva konstruktio näyttää olevan korjaamisen tarpeessa. Tässä konstruktiossa näet jää huomiotta, että ainoastaan niissä tapauksissa, joissa tunnusmerkistönmukainen käyttäytyminen *ei* ole oikeudenvastainen, tämän asiantilan peruste on tarkastellun tunnusmerkistön ulkopuolella olevassa oikeusnormissa. Ellei tällaista perustetta ole olemassa, on siis kysymys juuri tunnusmerkistössä ilmaistun normin soveltamisesta tarkastelunalaiseen tapaukseen ja käyttäytymisen leimaamisesta sillä perusteella oikeudenvastaiseksi. On lähdettävä siitä, että kysytään, *milloin juuri tämä normi* koskee tiettyä tapausta, milloin ei. Että se sitä koskee tai ettei se koske sitä, se riippuu oikeusnormista in concreto. Se, että oikeusnormi yksittäistapauksessa ilmaisee käyttäytymisen (laiminlyönninkin) oikeudenvastaisuuden, ei siis merkitse sitä, että käyttäytyminen (laiminlyönti) olisi kaksin kerroin kielletty, vaan sitä, että juuri tunnusmerkistössä ilmaistu normi tarkoittaa kysymyksessäolevaa tapausta.[92] — Tämän kirjoittaja on alan kirjallisuudesta saanut sen vaiku-

[92] Tämä on eri asia kuin se, että käyttäytyminen voi merkitä usean eri normin noudattamatta jättämistä. *Oikeudenvastaisuus on olemassa vain tunnusmerkistöittäin ja kussakin tapauksessa in concreto.* Tämä on sama asia kuin se, josta tieteisopissa usein on käytetty epätarkkaa sanontaa oikeudenvastaisuuden suhteellisuudesta luonnehtimalla se siten, että tietty käyttäytyminen on oikeudenvastainen suhteessa A:han, mutta ei B:hen. Kun KNOPH, Hensiktens Betydning, s. 26, kääntyy tällaista määrittelyä vastaan korostamalla oikeudenvastaisuuden absoluuttisuutta, hän ei ota huomioon oikeudenvastaisuuden ja tunnusmerkistönormin suhdetta siten kuin pitäisi. Tämän asiantilan paljastaa hänen esimerkkinsä miehestä, joka kaataessaan luvattomasti puuta toisen metsästä tulee aiheuttaneeksi toisen henkilön kuoleman, viimeksimainitun ilmestyessä aivan ennaltaarvaamattomasti kaatuvan puun alle. Edellytettäessä, että kuolemantapaus oli pelkkä tapaturma, ei Knophin mukaan saa sanoa, että puunkaatajan teko ei ollut oikeudenvastainen surmansasaaneeseen, vaan vain puun omistajaan katsoen, koska teko kerta kaikkiaan oli oikeudenvastainen ja koska muka relevantin kausaalisuuden rajoituksesta johtuu, ettei vastuuta kuolemantapauksesta ole. Vaikka Knoph tavallaan on oikeassa, hän ei kuitenkaan ole tehnyt sitä, puheenaolevassa suhteessa tärkeätä eroa, että tässä perimmältään olisi juriidisesti katsoen kysymys kahdesta eri käyttäytymisestä, jos mainittu kuolemantapaus kuuluisi puunkaatajan tuottamuksen piiriin: olisi kysymys siitä oikeudenvastaisuudesta in concreto, joka toteuttaa luvattoman viljelyksen, ja siitä, joka realisoi kuolemantuottamuksen tunnusmerkistön. Käyttäytyminen sotisi kahta normia vastaan ja *siinä mielessä* olisi kaksinkertaisesti kielletty. Tietyn tunnusmerkistön toteutumisessa (laiminlyönnin kautta) on taasen kysymys nimenomaan *tämän tunnusmerkistön* normin sovellettavuudesta tarkastelunalaiseen tapaukseen, joten ne muut normit, joita vastaan käyttäytyminen ehkä rikkoo, ovat tämän kysymyksen ulkopuolella.

Selvitys siitä oikeudenvastaisen käyttäytymisen ominaisuudesta, jonka mukaan se on tunnusmerkistöittäin yksittäistapauksina ilmenevää oikeudenvastaisuutta, nähdäksemme sisältyy myöskin siihen esitykseen, jossa J. SERLACHIUS käsittelee vahingon korvaamiskysymystä ja jossa hän sanoo: »Kysymystä ei yleensä voida tehdäkään niin, onko

telman, kuin myönteinen kanta laiminlyönnin kausaalisuuskysymyksessä ei vielä olisi tullut teoreettisessa konstruktiossa tarpeellisessa määrin toteutetuksi silloin, kun tätä kantaa on sovellettava laiminlyönnin oikeudenvastaisuusrakennelmaan.

Normin pätemisalaa supistavien perusteiden etsinnässä on nimenomaan laiminlyönnin oikeudenvastaisuuskysymyksen osalta saatavissa ohjetta aineellisen oikeudenvastaisuuden käsitteestä kysymyksen teoreettisen konstruktion perustelemiseksi.

Ne edelläselostetut oikeutusperusteet, joiden käsilläolo merkitsee käyttäytymisen oikeudenmukaisuutta sen tunnusmerkistönmukaisuudesta huolimatta, juontuvat tämän käyttäytymisen aineellisesta oikeudenmukaisuudesta, so. siitä, että sanotun käyttäytymisen on yleisen tendenssinsä mukaisesti katsottava koituvan yhteiskunnalle enemmän hyödyksi kuin vahingoksi. Kysymys käyttäytymisen oikeudenmukaisuudesta tulee näin ollen tutkittavaksi sen merkityksen mukaan, joka sillä itsellään on. Mutta täten viriävä kysymys »oikeasta oikeudesta» voidaan asettaa myöskin kysymyksenä siitä, mikä *normi* on oikeaa oikeutta. Tällöin samaa asiaa vain tarkastellaan niin sanoaksemme toiselta puolelta. Koska aineellisen oikeudenvastaisuuden käsite tähtää oikeusjärjestyksen tarkoitukseen sanotun käsitteen sisällystä selvitettäessä, on itsestänsä selvää, että tämä tarkoitus on sama kuin se, jonka mukaan oikeusalamaisen käyttäytymistä arvotetaan: oikea normikin on vain se, joka yleisen tendenssinsä mukaisesti on omansa enemmän hyödyttämään kuin vahingoittamaan yhteiskuntaa.[93] Milloin tietty tunnusmerkistön toteut-

---

hän [vahingonaiheuttaja] toiminut oikeudenvastaisesti ja mikä vahinko hänen on korvattava, ei edes niinkään, onko hän ollenkaan tuottanut vahinkoa ja mikä vahinko hänen on korvattava, vaan voidaan ainoastaan kysyä, onko hän tuottanut erään määrätyn vahingon.» Oppikirja, s. 105.

[93] Ei liene epäilystä siitä, että normi hyödyllisten vaikutustensa ohella voi aikaansaada vahingollisiakin seurauksia. Viimeksimainitut ovat kuitenkin — edellyttäen, kuten on edellytettävä, että normi ei ole ristiriidassa oikeusidean kanssa — tällöin sellaisena vähemmistönä, joka ei kumoa normin oikeamielisyyttä. Tapaukset, joissa norminvastainen teko yksittäistapauksessa on hyödyllinen, voivat olla kahdenlaatuisia: sanotunlainen teko saattaa yleisen tendenssinsäkin mukaan olla omansa enemmän hyödyttämään kuin vahingoittamaan yhteiskuntaa — silloin on kysymys oikeutusperusteen olemassaolosta —, mutta se voi myöskin olla sellainen, jonka yleistäminen on enemmän vahingoksi kuin hyödyksi. Viimeksimainitussa tapauksessa on kysymys normin sellaisesta yksittäisestä vahingollisesta vaikutuksesta, joka paralysoituu oikeusvarmuuden vaatimusten toteuttamisen kautta. Tällöin on normia pidettävä »oikeana» siitä riippumatta, että sen soveltaminen näyttää yksittäistapauksessa olevan vahingoksi. — Viimeksimainittua seikkaa ei varsinkaan ns. pohjoismainen oikeudenvastaisuusteoria, kytkiessään oikeudenvastaisuus-

tava käyttäytyminen on oikeudenmukainen, voidaan täten olemassaolevaksi ilmennyt normin pätemisalan rajoitus esittää myöskin siinä muodossa, että normi, joka kieltäisi tällaisenkin käyttäytymisen, olisi materiaalisesti väärä. Toisaalta ei käyttäytymisen oikeudenmukaisuus in concreto suinkaan merkitse tällaista käyttäytymistä vaativan normin oikeisuutta, vaan se on eri kysymys, joka vaatii itsenäisen, itse ajateltua normia arvottavan ratkaisunsa. Kysymystä selvitelleen KISSININ[94] esimerkin mainitaksemme ei almun antamista pyytäjälle voida pitää materiaalisesti oikeudenvastaisena, mutta tämän käyttäytymisen mukaista käskynormia, joka velvoittaisi oikeusalamaisia antamaan apua jokaiselle, joka sitä anoo, tuskin olisi mahdollista pitää oikeuden tarkoitusta vastaavana. Tiettyä käyttäytymistä vaativaksi ajatellun normin olemassaolo sinänsä näin ollen voi tulla arvottamisen alaiseksi aineellisen oikeudenvastaisuuden pohjalla.[95] Juuri tämä arvottamisperuste tulee sovellettavaksi silloin, kun viriää kysymys tunnusmerkistössä ilmaistun yleisluonteisen normin mahdollisesta ulottumisesta sekä laiminlyöntiin että positiiviseen tekoon. Ellei tunnusmerkistöstä nimenomaan käy ilmi, että se tarkoittaa yhtä hyvin molempia, on materiaalisen oikeudenvastaisuuden periaatetta laiminlyönnin oikeudenvastaisuuden arvostelemiseksi sovellettava näin ollen laajemmalti, kuin varsinaiset oikeutusperusteet osoittavat, ja harkittava, onko tunnusmerkistössä ilmaistu normi kysymyksessäolevaan laiminlyöntiin kohdistettuna omansa vastaamaan oikeusjärjestyksen tarkoitusta, so. enemmän hyödyttämään kuin vahingoittamaan yhteiskuntaa.[96]

Oikeuden tarkoitus oikeudenvastaisuuden kriteerinä on katsottava siinä määrin ylimalkaiseksi, että sen *välilön* soveltaminen yksittäistapaukseen tuottaa vaikeuksia. Näiden vaikeuksien vähentämistä tarkoittaa niiden lähemmin määriteltyjen olosuhteiden selvittely, joiden vallitessa tunnusmerkistönmukaisuuden ei ole katsottava käsittävän oikeudenvastaisuutta. Tällainen selvittely, kuten sanottu, sisältyy erityisesti positiivisten tekojen osalta niiden oikeutusperusteiden ryhmittelyyn, joista edellä on tehty selkoa. Myöskin laiminlyönnin oikeudenvastaisuuskysymyksen käsittely on syytä

kysymyksen liiaksi intressienvertailuun in concreto, ole ottanut kylliksi huomioon. Vrt. esim. HONKASALON, s. 89 ss., tämän teorian kritiikkiä ja edelläkäynyttä esitystä s. 253 s.

[94] Rechtspflicht zum Handeln, s. 74 s.

[95] KISSIN, mt. s. 75.

[96] SAUER, Grundlagen des Strafrechts, s. 457 ss. Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, s. 214 ss.

kytkeä vastaavanlaisiin perusteisiin, jotka enemmän kuin aineellisen oikeudenvastaisuuden käsite sinänsä tarjoavat välitöntä ohjetta yksittäistapauksen arvostelemiselle.

Sanottujen perusteiden etsinnässä on tähdellisimpänä näkökohtana pidettävä sitä rajoitusta oikeusalamaisten toimintavapauteen, jonka tunnusmerkistönmukaisen seurauksen estämisvelvollisuus käsittää. Tämä rajoitus saa puheenaolevassa suhteessa merkityksellisen sisällyksen siitä olennaisesta eroavaisuudesta, joka on olemassa laiminlyönnin ja positiivisen teon välillä. Kun viimeksimainitusta kysymyksen ollen oikeusadressaatin itsensä on ollut aiheutettava se vaara, joka on puhjennut vahingoksi, ilmenee laiminlyönti puolestaan puuttumattomuutena sellaiseen tapahtumankulkuun, jossa vaarantila olisi käsillä jopa siitäkin riippumatta, olisiko oikeusadressaattia edes ollut olemassa. Kielto, joka ulottuu laiminlyöntiin, mikä siis on samaa kuin käsky tietyn teon tekemiseen, rajoittaa adressaatin toimintavapautta olennaisesti enemmän kuin tietyn teon kieltäminen.[97] Sen oikeushyödykkeen arvo, joka on seurauksen syntymisen johdosta vaarassa tuhoutua, ei voi sinänsä tulla yksin määräääväksi seurauksen estämisvelvollisuuden olemassaololle, siksi syvältä voi seurauksen estämiskäsky vaikuttaa ehkäisevästi niihin yhteiskunnan elinetuihin, joita yksilöiden toimintavapaus edustaa. Kun oikeushyödykkeistä arvokkain, ihmishenki, on kaikissa sivistysmaissa turvattu toisen kuoleman tuottamista koskevan kieltonormin kautta kenenkään johtumatta edes ajattelemaan, että tällainen normi liiaksi rajoittaisi yksilön toiminnan vapautta, voidaan viimeksimainitun toimintavapausnäkökohdan sen sijaan todeta useiden valtioiden lainsäädännössä johtaneen siihen, ettei edes mainitun arvokkaimmankaan oikeushyödykkeen säilymistä ole katsottu voidun kriminalisoiduin normein turvata silloin, kun se olisi lunastettava yleisellä tällaisen seurauksen estämiskäskyllä.[98] Ne näkökohdat, jotka tulevat olemaan määräävinä seurauksen estämisvelvollisuuden olemassaololle, ovatkin toisella taholla: niissä perusteissa, jotka vähentävät seurauksen estämiskäskyn mainitulta kannalta epäedullista

[97] Käsky, jonka mukaan adressaatin esim. olisi estettävä vierasta omaisuutta vahingoittamasta, rajoittaa hänen toimintavapauttaan olennaisesti suuremmassa määrässä kuin kielto, ettei hän saa itse vahingoittaa toisen omaisuutta. Vrt. STANG, Erstatningsansvar, s. 111 s.

[98] Kuten tunnettua on Suomen oikeus ihmishengestä kysymyksen ollen voittanut ne epäilykset, joita seurauksen estämisvelvollisuus oikeusalamaisten toimintavapauden rajoituksena saattaa herättää. RL 44: 2.

vaikutusta. Tämä epäedullinen vaikutus puolestaan on sitä vähäisempi, mitä enemmän se kompensoituu sellaisten erityisten olosuhteiden kautta, joiden piirissä seurauksen estämiskäsky ei saavuta yleiseen kanssakäymiseen ulottuvaa haitallista vaikutusta. Tietystä rajasta alkaen sanottu vaikutus päinvastoin voi osoittautua siksi vähäiseksi, että seurauksen estämisvelvollisuuden säätävän normin on — samoin kuin positiivisen teon kieltämisen osalta — katsottava koituvan enemmän hyödyksi kuin vahingoksi ja vastaavan valtion ja oikeusalamaisten yhteistä intressiä.

Kun tätä tietä tullaan laiminlyönnin oikeudenvastaisuuden käsittelyssä kysymykseen siitä, milloin seurauksen estämistä voidaan vaatia yhtä hyvin kuin kielletään sen positiivinen aiheuttaminen, on yleisluonteinen vastaus jo edelläkäyneestä esityksestä valmiina: silloin, kun olosuhteet oikeuttavat vaatimaan tunnusmerkistöseurauksen estämistä, kun siis on olemassa velvollisuus seurauksen estämiseen. Tätä velvollisuutta ei, kuten sanottu, ole pidettävä sellaisena lisänormina, jonka on saatava erityinen sijansa tunnusmerkistössä ilmaistun normin rinnalla; se on vain sellainen yhteiselämässä vallitsevia suhteita ilmaiseva kriteeri, joka osoittaa, milloin normi on sovellettavissa laiminlyöntiin.

On ilmeistä, ettei toimintavelvollisuus viimeksimainitussa tapauksessa, siis silloin kun sen on katsottava sopeutuvan yhteiskunnan elämää edistävän kanssakäymisen vaatimuksiin, voi ulottua laajalle alalle. »Die Rechtsordnung kann zwar allgemein verbieten, eine gefährliche Handlung zu unterlassen; aber sie kann nicht ebenso allgemein gebieten, eine nützliche Handlung vorzunehmen.»[99] Oikeusalamaisille asetettava vaatimus rajoituksettomaan avunantoon, jolla tarkoitamme rikostunnusmerkistöjen tarkoittamien seurausten yleistä estämisvelvollisuutta, merkitsisi sietämätöntä olotilaa. Toimintavaatimuksen tuoma haitta lieventyy jo olennaisesti siitä, että se rajoitetaan niitä tapauksia koskevaksi, joissa tunnusmerkistön toteutumisen vaara on syntynyt oikeusalamaisen oman toiminnan seurauksena. Seurauksen estämisvelvollisuuden säätäminen tällöin ikäänkuin liittyy siihen elämänpiiriin, jota oikeusalamaisen toiminta edustaa; se on ikäänkuin refleksivaikutus, jonka hänen omien intressiensä tyydytys, hänen oma toimintansa yhteiskunnassa saa aikaan.[100,101]

[99] SAUER, Kausalität u. Rechtswidrigkeit der Unterlassung, s. 215.

[100] Vrt. KISSIN, s. 117: »Darauf, dass jemand eine Tätigkeit ausübt, die ganz aus den Rahmen seiner sonstigen Beschäftigung fällt, vertraut die Gemeinschaft nicht und richtet sie sich nicht ein. Das Verlangen nach Beobachtung eines derartigen Verhaltens wäre

Vaaran synnyttävä ennakkoteko onkin rikosoikeudellisessa tieteisopissa merkitty yhdeksi tärkeimpiä perusteita seurauksen estämisvelvollisuuden olemassaololle. Kysymys tällaisen teon laadun merkityksestä sanotussa suhteessa on virittänyt keskustelua siitä, onko oikeudenmukainenkin ennakkoteko katsottava seurauksen estämisvelvollisuuden synnyttäväksi. On kiistattomasti olemassa tapauksia, joissa vaarantilan syntyminen on sellaisessa suhteessa oikeusalamaisen käyttäytymiseen, ettei velvollisuutta seurauksen estämiseen voida pitää yleisen toimintavapauden[102] haitallisena rajoittamisena siinäkään tapauksessa, ettei edelläkäynyt toiminta käsitä oikeudenvastaisuutta, mutta myöntävän vastauksen antaminen yleisenä sääntönä veisi epäilemättä liian pitkälle, erityisesti sikäli kuin on kysymys rikostunnusmerkistön realisoitumisesta. Harkittaessa kysymystä, milloin laiminlyönti toteuttaa siviilioikeudellisen vahingontuottamuksen tunnusmerkistön, on ennakkoteon relevanssi ratkaistava nähdäksemme se huomioonottaen, ilmeneekö vahinkoseurauksen adekvaattisuus ennakkotoiminnan kestäessä vai ei.[103] Viimeksimainitussa tapauksessa

---

daher gewöhnlich ein zu tiefer Eingriff in die Handlungsfreiheit. Dagegen ist die Freiheitsbeschränkung verhältnismässigt nicht grösser als bei der Verbotsnorm, wenn dass Gebot die Vornahme einer Handlung zum Inhalt hat, die zu dem sozialen Wirkungskreis des Rechsunterworfenen gehört.»

[101] Vrt. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, 26 pain. s. 191. Schmidt huomauttaa, ettei ennakkoteko sinänsä synnytä toimintavelvollisuutta, jonka on katsottava johtuvan vasta velvoittavasta oikeussäännöksestä. Ero lienee kuitenkin lähinnä vain sanontaa koskeva, sillä tässä on tietenkin kysymys vain niistä — sanoisiko — ulkonaisista perusteista, joista voidaan tehdä päätelmiä materiaaliseen oikeudenvastaisuus-käsitteeseen nojautuvan normin olemassaolosta.

[102] Viittaus yleiseen toimintavapauteen koskee kysymystä tekstissä tarkoitetun tapauksen yleistämisestä ja siis kysymystä siitä, mikä vaikutus seurauksen estämisvelvollisuudella on kaikkiin mainitunlaisiin tapauksiin sovellettuna.

[103] On selvää, että aina silloin, kun toimimisvelvollisuus saattaa tulla kysymykseen, vältettävä seuraus on ilmenevä adekvaattisesti odotettavissa olevana seurauksena siitä edellytyskompleksista, jonka viittaamaan tapahtumankulkuun toimimisvelvollisen on tartuttava. Tähän edellytyskompleksiin taasen tekstissä tarkoitettu ennakkoteko voi sisältyä niin sanoaksemme kahdella tavalla. Se joko voi osoittautua vältettävän seurauksen syntymiselle adekvaattiseksi tai se on vain sen conditio sine qua non olematta tekohetken kannalta arvostellen seurauksen syntymismahdollisuutta lisäävä. Tavallaan sanottujen tapausten välimuotona voidaan pitää sitä tapahtumankulkua, jossa seurauksen adekvaattisuus ilmenee välittömästi ennakkoteon tapahtumisen jälkeen ja siten, että tapahtuman tarkastelija voi — teon jälkeen, mutta ennen seurauksen syntymistä — ilman muuta käsittää seurauksen syntymisen olevan kausaalisessa yhteydessä ennakkotekoon. Viimeksimainituissa tapauksissa, niinkuin yleensäkin laiminlyönnin vastuullistavuutta tutkittaessa, on erityistä huomiota kiinnitettävä yksittäistapauksessa ilmeneviin

olosuhteisiin ja sillä pohjalla arvosteltava, onko edellytyksiin sisältyvä ennakkoteko laadultaan sellainen, että siihen voidaan — tutkittavat erikoiset olosuhteet yleistäen — haitatta kytkeä velvollisuus seurauksen estämiseen..

Tekstissä mainittujen kysymysten ratkaisulle ei juuri ole saatavissa ohjetta säädännäisestä oikeudesta — Saksan oikeuden osalta huomauttaa samasta asiantilasta Eb. Schmidt (Liszt-Schmidt, Lehrbuch, s. 191). Moottoriajoneuvoliikenteestä 21. 5. 1926 annetun lain 6 §:ää voitaneen kuitenkin pitää esitettyjen periaatteiden ilmaisuna. Sanottu pykälä on seuraava: »Milloin moottoriajoneuvo on aiheuttanut vahinkoa, on kuljettaja velvollinen pysähdyttämään ajoneuvon, sekä vaadittaessa ilmoittamaan nimensä ja osoitteensa; niin myös ajoneuvon rekisteripaikkakunnan ja numeron ynnä sen omistajan nimen ja osoitteen. Jos joku tällöin on saanut ruumiinvamman tai muuten joutunut avuttomaan tilaan, on moottoriajoneuvon kuljettaja velvollinen auttamaan vahingoittunutta ja tarvittaessa korvauksetta kuljettamaan hänet lähimpään paikkaan, missä hän voi saada tarpeellista apua.» *On huomattava, että täten säädetty velvollisuus on olemassa siitä riippumatta, onko vahinko syntynyt kuljettajan oikeudenvastaisesta teosta vai ei.* Mainitun pykälän kohdalla ovat lakikirjan (Suomalaisen Kirjallisuuden Seuran Toimituksien, 99 osa) toimittajat viitanneet RL 21 luvun 10 §:ään, joka, kuten tunnettua, koskee kuoleman tai vaikean ruumiinvamman tuottamusta. Tällä viittauksella toimittajat ovat — aivan oikein — huomauttaneet siitä yhteydestä, joka on olemassa moottoriajoneuvoliikennelain 6 §:ssä tarkoitetun politiarikkomuksen ja RL 21: 10 tarkoitetun tunnusmerkistön laiminlyönnin kautta realisoitumisen välillä. Paitsi sitä, että ensinmainittu laiminlyöntirikkomus voi ilmetä puhtaana omissiodeliktinä, se myöskin — mainitussa 6 §:ssä tarkoitettujen erikoisten olosuhteiden ansiosta — voi osoittautua epävarsinaiseksi laiminlyöntirikokseksi, so. toteuttaa sellaisen rikostunnusmerkistön, jonka kieltonormi on (sanallisesti tulkiten) kohdistettu ainoastaan teon kautta syntyvän seurauksen aiheuttamiseen. Toisaalta on tässä yhteydessä huomattava seuraavaa: mikäli katsotaan, että lainsäätäjän sanotussa 6 §:ssä asettama toimintavelvollisuus ei ole yksinomaan sen tarkoituksen ilmaisuna, että laiminlyöntiä on rangaistava lievemmin kuin positiivisin toimin tehtyä rikosta, on harkittava myöskin kysymystä, eikö mainitussa pykälässä tarkoitettu laiminlyönti voi toteuttaa muutakin, esim. tapon, RL 21: 2, tunnusmerkistöä — tietysti edellyttäen, että vaaditut edellytykset ovat olemassa ja että siis mm. asianhaaroista voidaan todeta käyvän ilmi, että laiminlyönnin sijasta tapahtunut avunanto olisi estänyt seurauksen syntymisen, so. vahingoittuneen kuoleman. (Viimeksimainittu vaatimus on tietenkin asetettava edellytykseksi myös RL 21: 10 soveltamiselle, koska laiminlyönnin kausaalisuus on siitä riippuva.) Mainitun kysymyksen viriäminen ilmentää niitä vaikeuksia, joita laiminlyöntikysymyksen käsittelyllä on voitettavanaan. Ratkaisua puolen tai toiseen ei ilmeisesti ole selvänä saatavissa positiivisesta oikeudesta, vaan se täytyy tällöinkin perustaa oikeusideaan, niin epämääräiseksi kuin sanottu kriteeri onkin tunnustettava. Tämän kriteerin soveltaminen johtanee esilläolevassa tapauksessa kielteiseen tulokseen, ainakin sikäli kuin ennakkoteko ei ole käsittänyt kuljettajan huolimattomuutta. Tällöin asian arvostelemiselle ei kuitenkaan ole määräävänä yksin se näkökohta, joka tarkoittaa oikeusalamaisten toimintavapauden vaarinottamista, vaan myöskin ne haitat, joita voidaan katsoa koituvan siitä, että puheenaoleva laiminlyönti asetetaan niin ankaran rangaistuksen ja saman siveellisen tuomion alaiseksi, kuin tapon tunnusmerkistö edellyttää. Jos taasen vahingon aiheuttanut ennakkoteko käsittää huolimattomuutta, voinee sitä seuraava laiminlyönti ilmetä myöskin sellaisessa muodossa, joka synnyttää RL 21: 2 tarkoitetun vastuun. (Vrt. Kissin, s. 118.) — Käsitys, jonka mukaan ennakkoteko voi synnyttää sellaisen toimintavelvollisuuden, jonka laiminlyöminen on katsottava

laiminlyöntiä tuskin voidaan pitää oikeudenvastaisena, kun sen sijaan ensinmainitun ryhmän osalta seurauksen estämisvelvollisuus voineé jolloinkin tulla kysymykseen samoin kuin rikostunnusmerkistön toteutuminen laiminlyönnin kautta saattaa tapahtua oikeudenmukaisenkin (adekvaattisen) ennakkoteon ansiosta. Myönteisessä ratkaisussa on nähdäksemme kuitenkin noudatettava mitä suurinta varovaisuutta ja epävarmoissa tapauksissa asetuttava pro reo kannalle.

Objektiivisesti oikeudenvastaisella ennakkoteolla — teon adekvaattisuus ei vielä merkitse ennakkoteon joutumista tähän kategoriaan — on laiminlyönnin oikeudenvastaisuuskysymyksen kannalta tärkeä merkitys. Voitaneen sanoa, että tällainen ennakkoteko on asetettava ensi sijoille niiden perusteiden joukossa, jotka oikeuttavat soveltamaan normia myöskin laiminlyöntiin. Se oikeusadressaattien piiri, jota tällainen soveltaminen koskee, käsittää yksinomaan niitä henkilöitä, jotka omalla, objektiivisesti oikeudenvastaisella toiminnallaan ovat synnyttäneet sen vaaran, jonka välttämiseen toimintavelvollisuus tähtää, joten sanotun velvollisuuden säätäminen ei tällöin voine koitua yhteiskunnalle vahingoksi. Tällä tapausten ryhmällä ei kuitenkaan tämän kirjoittajan käsityksen mukaan ole Suomen oikeuden osalta merkitystä muiden kuin puhtaasti rikosoikeudellisten kysymysten käsittelylle, siis sen selvittelylle, milloin laiminlyönti toteuttaa rikostunnusmerkistön, kun positiivinen ennakkoteko ei vielä ole synnyttänyt *rikosoikeudellista* vastuuta. Varsinaisen tutkimuksemme aiheen kannalta tämä kysymys ei herätä mielenkiintoa. Käsilläoleva ennakkotekojen ryhmä jääkin — niin tärkeänä kuin sitä muutoin on pidettävä — kokonaan puheenaolevien perusteiden ulkopuolelle, koska tällainen ennakkoteko sinänsä synnyttää vahingonvastuun ja koska näin ollen ei ole lainkaan tarpeen pohtia sitä, onko laiminlyöntiä näissä tapauksissa käsiteltävä samoin kuin positiivisen teon kautta tapahtuvaa vahingontuottamusta. Kun vahingonvastuu syntyy jo objektiivisesti oikeudenvastaisen positiivisen teon kautta,[104] sen mahdollista laiminlyöntiperustetta ei ilmeisestikään ole asiallista ottaa tutkittavaksi.[105]

RL 21: 10 soveltamistapaukseksi, on tullut tunnustetuksi oikeuskäytännössämme, kuten HONKASALON (s. 222, viite 91) mainitsema oikeustapaus osoittaa.

[104] Seikka, jonka lähempi perustelu esitetään tuonnempana.

[105] Oppi ennakkoteon merkityksestä laiminlyönnin oikeudenvastaisuudelle viittaa aikaisemmin selostettuun, KRUGIN, GLASERIN ja MERKELIN teoriaan ennakkoteon olemisesta laiminlyönnissäkin seurauksen kausaalisena syynä. Tätä teoriaa vastaan tehty huomautus culpa subsequens konstruktiosta ei kuitenkaan ole kohdistettavissa tekstissä

Toisena tärkeänä ryhmänä niitä tapauksia, joissa seurauksen estämisvaatimuksen on katsottava olevan sopusoinnussa oikeusjärjestyksen tarkoituksen kanssa, on mainittava sellainen oikeusalamaisen oikeudellis-sosiaalinen asema,[106] jonka nojalla hänellä on erityinen velvollisuus tunnusmerkistönmukaisen seurauksen estämiseen. Tässä ryhmässä on etualalla sellainen oikeudellinen huolenpitovelvollisuus toisesta, joka perustuu sukulaisuussuhteisiin, kuten vanhempien velvollisuus huolehtia lapsistaan ja päin vastoin. Edelleen on tähän ryhmään luettava virka- ja palvelussuhteeseen sekä ammatinharjoittamiseen liittyvä toimintavelvollisuus, niin myös sellainen velvollisuus, joka syntyy tehdystä sopimuksesta.[107]

Kysymys tunnusmerkistön toteuttavan laiminlyönnin oikeudenvastaisuudesta, jota on tässä tutkielmassa ollut mahdollista käsitellä vain yleisluonteisia suuntaviivoja esittäen, on oikeustieteen vaikeimpia erityisesti sen vuoksi, että säädännäisestä oikeudesta saatavissa oleva ohje on tässä kohdin ylen niukka — tärkeiltä osin on asian käsittelyssä turvauduttava, kuten edellä on huomautettu, yksinomaan oikeuden tarkoituksesta johdettaviin perusteisiin. Yleisenä ohjeena kysymyksen käsittelylle voitaneen kuitenkin esittää se näkökohta, jonka mukaan yksittäistapauksen käsittely edellyttää tarkkaa sen seikan tutkimista, onko velvollisuudella seurauksen estämiseen nimenomaan se kantavuus, että seurauksen syntymisestä on johtuva

tarkoitettuun toimintavelvollisuusoppiin. »Denn der gefahrbegründende Vorakt ist nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit der Unterlassung, weil er für den schädlichen Erfolg kausal ist, sondern weil er die Unterlassung materiell rechtswidrig macht.» Rikosoikeudellisen seurauksen kausaalinen edellytys on laiminlyönnissä, joten myöskin subjektiiviset rangaistavuuden edellytykset on katsottava täyttyneiksi vasta laiminlyönnin hetkellä. KISSIN, s. 107.

[106] Oikeudellis-sosiaalisena laajemmassa mielessä voitaneen pitää myös sitä velvoitetta joka syntyy laiminlyönnin edelläkäyneestä toiminnasta. Tekstissä mainitunlaisella perusteella kuitenkin tarkoitetaan ennakkoteosta riippumatonta oikeudellista velvoitusta, joka johtuu niin sanoaksemme sellaisesta erikoisasemasta yhteiskunnassa, joka asettaa velvollisuuksia tietynlaisten seurausten estämiseen. Viimeksimainitulla ei tällöin tarkoiteta kaikelle kommissiolaiminlyönnille ominaista tunnusmerkkiä, joka juuri on tietyn seurauksen estämisvelvollisuudessa, vaan sitä, että virka- tai ammattiasema viittaa erityiseen tunnusmerkistöseurausten ryhmään, joiden estäminen läheisesti liittyy sanotunlaiseen asemaan. Vrt. MEZGER, Lehrbuch s. 142. TRAEGER, Unterlassungsdelikte, s. 75.

[107] Yksityisoikeudellisen sopimuksen rikosoikeudellinen relevanssi on expressis verbis tunnustettu rikoslaissamme. RL 25: 3. Myöskin konkludenttisin toiminnoin ja negotiorum gestio suhteesta voi sanotunlainen velvollisuus syntyä. Ratkaisu on kuitenkin — seikka, jota on syytä korostaa kaiken laiminlyöntikysymyksen käsittelyn osalta — aina tehtävä tarkasti yksittäistapauksen laatua arvostellen.

tunnusmerkistön edellyttämä vastuu,[108] ja jonka mukaan epävarmoissa tapauksissa ratkaisu on tapahtuva pro reo. Ne rikoslain ja muun lainsäädännön, säännökset jotka näyttävät viittaavan laiminlyönnin lievempään rankaisemiseen[109] kuin mikä on säädetty positiivisesta teosta, ovat tässä suhteessa kehoituksena varovaisuuden noudattamiseen laiminlyöntikysymyksen käsittelyssä. Tätä vastaavasti on syytä välttää edellämainittujenkin perusteiden soveltamista ilman tarkkaa, yksittäistapauksen tarkasteluun syventyvää harkintaa.[110]

Edelläselostetuissa laiminlyönnin oikeudenvastaisuuden tapauksissa on ollut kysymys sellaisesta laiminlyöjän erikoisasemasta, josta on katsottu voitavan johtaa velvollisuus tietyn seurauksen estämiseen. Käsittelemättä ovat vielä ne tapaukset, joissa toimintavelvollisuus on säädetty yleiseksi. Sellaista yleistä käskyä, joka tarkoittaisi tietyn seurauksen estämistä ja jonka sanktio riippuisi laiminlyönnin ja sen seurauksen välisen kausaalisuhteen olemassaolosta, lakimme ei kuitenkaan tunne. Milloin rikoslakimme säätää yleisen toimintavelvollisuuden, kuten on asianlaita silloin, kun joku

---

[108] MEZGER, Lehrbuch, s. 140 s. »Es bedarf in allen Fällen, in denen ein Kommissivverbrechen durch Unterlassung mit strafrechtlicher Haftung für den Erfolg angenommen werden will, des besondern, im Wege der Auslegung des Gesetzes usw. zu gewinnenden Nachweises, das sie Begründung der Pflicht zugleich ein strafrechtliches Haftbarmachen für den Erfolgseintritt in sich schliesst.» Tämän asiantilan selvittämisen Mezger katsoo olevan »äusserst schwierige und bisher noch nicht befriedigend gelöste Frage».

[109] Mitään suoranaista todistusta siitä, että laki tarkoittaisi laiminlyönnin positiiviseen tekoon verraten lievempää rankaisemista, ei rikoslakimme sisällä. Ei ole olemassa kahta tunnusmerkistöä, joista toinen tarkoittaisi yksinomaan positiivisin teoin tapahtuvaa seurauksen aiheuttamista ja toinen kohdistaisi lievemmäksi säädetyn rangaistusuhkansa saman seurauksen estämisen laiminlyömiseen. Toisaalta ei ole epäilystä siitä, että seurauksen estämättä jättämistä yleensä arvostellaan lievemmin kuin sen positiivista aiheuttamista — eritotenkin silloin kun vaarantila on syntynyt laiminlyöjästä riippumatta. Tästä asiantilasta on osoituksena myöskin RL 44: 2, jonka mukaan sitä, »joka, tietäen toisen olevan todellisessa hengenvaarassa, on tälle antamatta tahi hankkimatta sellaista apua, minkä hän saattamatta itseään tahi ketään muuta vaaraan, voi aikaansaada», rangaistaan sakolla.

[110] SAUER (Kausalität und Rechtsw. der Unterlassung, s. 228 s.) on viitannut erityisten »oikeutusperusteiden» konstruoimiseen myöskin laiminlyöntirikoksen piirissä. Tällaisille perusteille hän ehdottaa seuraavaa yleisluonteista määritelmää: »Jedoch entfällt für den Täter die Pflicht zur Abwendung der Gefahr, wenn ihm nach der Sachlage, insbesondere wegen eigenen erheblichen Nachteils, der Eingriff nicht zugemutet werden kann.» Niin kauan kun laiminlyönnin oikeudenvastaisuuskysymys on nykyisessä tutkimusvaiheessaan, lienee laiminlyönnin »oikeutusperusteiden» konstruointi ennenaikaista, sen kun korvaa po. kysymyksen käsittely in casu. Epäilystä ei kuitenkaan liene siitä, että Sauerin rakennelma on oikealla pohjalla.

tietää toisen olevan todellisessa hengenvaarassa (RL 44: 2) tai »valtiopetoksen, maanpetoksen, murhan, ryöstön tahi jonkun 25 luvun 1 §:ssä, tahi 37 luvun 1, 2 tahi 4 §:ssä mainitun rikoksen, taikka 34 luvussa mainitun toisen hengelle tahi terveydelle vaarallisen rikoksen, olevan hankkeissa» (RL 16: 19), on rangaistus toimintavelvollisuuden laiminlyönnistä säädetty siitä riippumatta, olisiko vaadittu toiminta todella estänyt seurauksen syntymisen.[111, 112] Nämä delicta omissionis kuitenkin herättävät kysymyksen, voidaanko muun, tietyn seurauksen syntymistä edellyttävän tunnusmerkistön tällaisen laiminlyönnin kautta toteutuessa laiminlyöntiä pitää myöskin epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena ja sitä siis rangaista viimeksimainitun tunnusmerkistön mukaisesti. Mikäli ei ole olemassa sellaisia *erityisiä* olosuhteita, joista edellä on tehty selkoa ja joihin katsoen laiminlyöntiä on voitava rangaista samoin kuin positiivista tekoa, on lain sanottuja omissiosäännöksiä pidettävä sen tarkoituksen ilmaisuna, jonka mukaan niissä säädetty rangaistus koskee kaikkea näiden tunnusmerkistöjen piiriin kuuluvaa käyttäytymistä, siis sitäkin, joka toteuttaa ulkonaisesti jonkin »seurаustunnusmerkistön», joten kysymykseen on vastattava eittävästi. Tämä johtopäätös on tehtävissä puheenaolevien laiminlyöntitunnusmerkistöjen rakenteesta, josta käy ilmi, että ne säännöllisesti edellyttävät samaa rangaistusta niin hyvin siinä tapauksessa, että vältettäväksi tarkoitettu seuraus on syntynyt, kuin siinä, että niin ei ole tapahtunut.[113] Näin ollen ei myös-

[111] Tosin RL 16: 19 säätää siinä mainitun laiminlyönnin rangaistavaksi vain siinä tapauksessa, että tässä lainkohdassa tarkoitettu rikos tapahtuu, mutta se on asia erikseen. Pykälä ei näet koske seurauksen estämisvelvollisuutta varsinaisessa mielessä, vaan ainoastaan vaatii ilmoituksen tekemistä »ajoissa, kun rikosta vielä kävisi estäminen, — viranomaiselle tahi sille, jota vaara uhkaa». — RL 44: 2 edellyttää laiminlyönnin rankaisemista silloinkin, kun hengenvaarassa ollut pelastui.

[112] Erityisesti liikennettä koskevissa säännöksissä on runsaasti määrätynlaiseen toimintaan velvoittavia käskyjä. Myöskin niiden noudattamatta jättäminen on periaatteellisesti rangaistava siitä riippumatta, onko tällaisesta laiminlyönnistä syntynyt vahinkoseuraus (jonka välttämistä säännökset lähinnä tarkoittavat) vai ei, vaikka käytäntö on johtanut siihen, että nämä rikkomukset tavallisesti pannaan syytteeseen vain sanotunlaisen seurauksen syntyessä. Mainitunlaisten laiminlyöntien puheena ollen on pantava merkille, että ne usein ovat käsiteltävissä positiivisina tekoina, jolloin niiden laiminlyöntiluonne tietenkin jää esilläolevan esityksen ulkopuolelle. Niinpä esim. vastaantulijan väistämisen laiminlyöminen on useimmiten katsottava ajoneuvon kuljettajan oikeudenvastaisen positiivisen toiminnan seuraukseksi. Tällaisten tapausten osalta on sanottava samaa, mitä edellä on esitetty objektiivisesti oikeudenvastaisen ennakkoteon merkityksestä puheenaolevassa suhteessa.

[113] Ks. kuit. RL 16: 19. Vrt. RL 22 luvun 3 ja 8 §.

kään omissiorikosta silloinkaan, kun se kausaalisesti toteuttaa muun, tiettyä seuraamusta edellyttävän tunnusmerkistön, voida pitää viimeksimainittuun tunnusmerkistöön kuuluvana epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena, koska, kuten sanottu, siinäkin tapauksessa, että tällaisen tunnusmerkistön edellyttämä seuraus syntyy, omissiorikoksen tunnusmerkistö tämänkin tapauksen käsittävänä säätää rangaistuksen vain viimeksimainitun tunnusmerkistön mukaisesti. Tällaisesta tunnusmerkistöstä voidaan täten tehdä se, muutoinkin ilmeinen johtopäätös, ettei tekoa ja laiminlyöntiä voida käsitellä samanveroisina rikoksen aineksina. Toisaalta ei omissiotunnusmerkistöjen myöskään voida katsoa olevan esteenä sille käsitykselle, että nullum crimen sine lege periaate ei vaadi laissa nimenomaisesti mainitsematta jääneen laiminlyönnin sulkemista tunnusmerkistön ulkopuolelle sillä perusteella, että tarkoitetussa tunnusmerkistössä puhutaan vain positiivisesta tekemisestä. Tämä päätelmä puolestaan voidaan tehdä omissiotunnusmerkistöjen käsittämän toimintavelvollisuuden yleisyydestä, joka ei edellytä sellaista erityistä toimintavelvollisuutta, jota commissio per omissionem tapaus edellyttää.

IV. MATERIAALISESTI OIKEUDENVASTAINEN LAIMINLYÖNTI VAHINGONVASTUUN PERUSTEENA.

Mitä edellä on sanottu omissiodeliktin käsittelemismahdollisuudesta kommissiorikoksena, ei koske syntyneen vahingon korvaamiskysymystä. RL 9: 1 säädetty vastuu, joka käsittää rikoksen kautta toiselle saatetun vahingon korvaamisen, koskee poikkeuksetta kaikkia (rikosoikeudellisia) tunnusmerkistöjä[114] ja on näin muodoin sovellettavissa myöskin silloin, kun omissiorikoksesta on johtunut vahinkoseuraus. Eri asia on, että kausaalisuhteen olemassaolon toteennäyttö, joka on vahingonvastuun edellytyksenä, erityisesti omissiodeliktin yhteydessä — ja yleensä epävarsinaisenkin laiminlyöntirikoksen kysymyksessä ollen — tuottaa vaikeuksia, koska on voitava osoittaa, että vaadittu toiminta todella olisi estänyt seurauksen syntymisen.[115] Mutta

[114] Tässä jätetään huomiotta se — kohtuuttomana pidettävä — rajoitus, joka on säädetty RL 9: 3 ja jonka mukaan korvausvelvollisuus on olemassa vain mikäli surmatun vaimo tai lapset jäävät tarpeellista elatusta vaille. Sanotun rajoituksen alkuperä lienee siinä, että varhaisempi käsitys vahingosta kytkeytyi kiinteästi *konkreettiseen* vahinkoon.

[115] Periaatteellisesti ei tässä toteennäytössä riitä se, että osoitetaan seurauksen todennäköisesti — vaikkapa hyvin todennäköisesti — jääneen syntymättä, vaan siitä on vaa-

milloin tämä asiantila voidaan katsoa toteennäytetyksi, ei nähdäksemme ole arasteltava sen johtopäätöksen tekemistä, jonka mukaan laiminlyöjä on vastuussa syntyneestä vahingosta.

Juurimainitut omissiotunnusmerkistöt edellyttävät rikosoikeudellisen vastuun synnyttääkseen subjektiivisen syyllisyyden olemassaoloa. Niihin nojautuva vahingonvastuu ei näin ollen kytkeydy kysymykseen laiminlyönnin objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta muulla tavoin kuin että viimeksimainittu on kulpan prius. Mutta laimin-

---

dittava varmuus. Koska kuitenkin laiminlyönnin puheena ollen ei voida nojautua objektiiviseen varmuuteen, tällöin kun asian luonteesta johtuen joudutaan käsittelemään kysymystä, mitä *olisi* tapahtunut, *jos* vaadittu teko olisi tehty, täytyy periaatteellisesti vaadittava varmuus käytännössä korvata sillä, mikä inhimillisesti katsoen olisi ollut ilmeistä, mutta tämä tosiasia ei oikeuta teoreettisesti tinkimään sanotusta varmuuden vaatimuksesta eikä formuloimaan sitä siten, kuin olisi kysymys vain tietynasteisesta objektiivisesta todennäköisyydestä. Mainitulla näkökohdalla on tärkeä merkitys mm. vahingonkorvausta koskevan tuomion stilisoimisessa.

Sanotussa kohdin HONKASALON (s. 205, s. 58) ja tässä esitetyn kannan välillä on erimielisyyttä. Honkasalo näet katsoo, että *sen* teon, jonka tarkoitus on estää seurauksen syntyminen, ja estämistuloksen välinen kausaalinen suhde on käsiteltävä todennäköisyysarvostelman pohjalla ja samaan tapaan kuin positiivisen teon ja sen seurauksen välinen suhde. »Olisiko laiminlyöty positiivinen teko» — Honkasalo sanoo — »in concreto estänyt seurauksen syntymisen, ei tietysti aina ole varmuudella ratkaistavissa, vaan useissa tapauksissa on tyydyttävä todennäköisyysarvosteluun». Tämän mainintansa yhteydessä Honkasalo viittaa aikaisempaan esitykseensä, joka koskee nimenomaan positiivisen teon seurauskysymyksiä ja jossa hän mainitsee tällöin usein jouduttavan nojautumaan todennäköisyysarvosteluun. Honkasalon kanta, jota ei voida hyväksyä, merkitsee nähdäksemme kahden periaatteellisesti eriluonteisen asian toisiinsa kytkemistä siten, että laiminlyönnin käsite sen takia helposti hämärtyy. Positiivisen teon seurauksen ja seurauksen estämistä tarkoittavan teon tuloksen toisiinsa vertaaminen yhteisellä todennäköisyyspohjalla johtaa helposti harhaan, koska tällainen kysymyksenasettelu jättää huomiotta asian ytimen, sen, että *teko* ja *laiminlyönti* (eikä seurauksen estämistä tarkoittava teko) ovat ne rinnakkaisilmiöt, joita on käsitettävä periaatteellisesti samalla tavoin, joten myöskin todennäköisyyden puheena ollen on oleva kysymys teon ja laiminlyönnin seurausten todennäköisyydestä, siis laiminlyönnin osalta siitä tietyn seurauksen syntymisen todennäköisyydestä, joka sisältyy laiminlyönnin hetkellä olemassaolevaan edellytyskompleksiin, eikä siitä, missä määrin seurauksen estämisteon onnistuminen on todennäköinen. Laiminlyönnin seurauksen todennäköisyydellä ei näin muodoin ole vertauskohtaansa siinä todennäköisyydessä, joka on seurauksen estämisteon tuloksella, vaan seurauksen estymisen on laiminlyönnin käsitteellisen sisällyksen mukaisesti oltava (teoreettisesti) varma. Viimeksimainittu on välttämätön edellytys sille, että laiminlyönti on kausaalinen. Minkä verran tästä on käytännössä pakko tinkiä, on edellä selvitetty.

Saksan RG on käsilläolevassa asiassa omaksunut sen kannan, jota tässä tutkielmassa on puollettu (mm. RGStE 63, 392; 64, 263, 273). Vrt. HONKASALON esittämää oikeustapausta (s. 206, viite 48) ja siinä yhteydessä mainittua KKO:n presidentin käsilläolevassa suhteessa huomiota ansaitsevaa lausuntoa.

lyöntikysymyksen periaatteellisesti tyhjentävä käsittely vaatii myöskin kulpatonta vastuuta koskevan asianpuolen selvittelyä ja siis vastausta siihen, missä määrin sellaisissa tapauksissa, joissa toimintaan velvoittavan normin adressaatti in concreto on kykenemätön käskyä vastaanottamaan, vahingonvastuu on yhtäkaikki oleva olemassa RL 9: 5 julkilausutusta säännöksestä johtuvana. Tämä kysymys on — edelläesitettyä periaatetta soveltaen — käsiteltävä kysymyksenä siitä, voidaanko sanotun lainkohdan soveltamista yhtä hyvin laiminlyöntiin kuin tekoon pitää oikeuden aineellista tarkoitusta vastaavana.

Kysymyksen selvittämiseksi viitattakoon uudelleen siihen olennaiseen eroon teon ja laiminlyönnin välillä, josta edellä on ollut puhe ja jonka mukaan laiminlyönnille on erityisesti ominaista, että vältettävän seurauksen syntymisen vaara jo on käsillä sillä hetkellä, jolloin laiminlyönti tapahtuu, kun taas positiivisen teon puheena ollen teko tavallisesti vasta synnyttää tuon vaaran tai ainakin lisää seurauksen syntymisen objektiivista todennäköisyyttä. Laiminlyönti ei siis periaatteellisesti edellytä mitään sellaista oikeusalamaisen käyttäytymistä, joka olisi omansa synnyttämään sen vaaran, jonka puhkeaminen vahingoksi on vältettävä. Tästä laiminlyönnin erikoisluonteesta johtuu, ettei sitä, kuten sanottu, voida pitää oikeudenvastaisena aina silloin, kun tietyn teon tekemättä jättäminen ulkonaisesti realisoi jonkin tunnusmerkistön, vaan että laiminlyönnin oikeudenvastaisuus on rajoitettava niihin tapauksiin, joissa oikeusalamaisesta riippumattomaan tapahtumankulkuun tarttumisvelvollisuus voidaan osoittaa perustein, joista käy ilmi, ettei sanottu velvollisuus muodostu yhteiskunnan kannalta haitaksi. Asia on ilmeisesti sama, kun rikoksen tunnusmerkkinä tarpeellisen subjektiivisen syyllisyyden puuttuessa herää kysymys laiminlyönnistä johtuneen vahingon korvausvelvollisuudesta objektiivisen oikeudenvastaisuuden perusteella: sitäkään ei voida katsoa olemassaolevaksi aina silloin, kun, jos olisi kysymys positiivisesta teosta, syyntakeettoman[116] oikeusalamaisen käyttäytyminen synnyttäisi korvausvelvollisuuden. Päinvastainen ratkaisu johtaisi yhteiskunnan kannalta vahingollisiin tuloksiin pelkästään sen takia, että sen kautta ilman kulpaa vahingon aikaansaaneet oikeusalamaiset asetettaisiin epäedullisempaan asemaan kuin subjektiivisesti syylliset vahingon aiheuttajat. Ei näin

[116] Samassa asemassa on luonnollisesti myöskin sellainen henkilö, jota ei voida pitää syyntakeettomana, mutta jonka käyttäytyminen in concreto ei sisällä syyllisyyttä.

ollen voi olla epäilystä siitä, että pelkästään vahingonvastuuta käsiteltäessä oikeudenmukaisen ja oikeudenvastaisen tekemättäjättämisen välillä on todettava samanlainen ero, josta edellä on ollut kysymys.

Objektiivisesti oikeudenvastainen laiminlyönti on periaatteessa kytkettävä samoihin edellytyksiin, joiden vallitessa katsottiin voitavan puhua rikostunnusmerkistön oikeudenvastaisesta toteutumisesta. Jotta vahingonvastuu objektiivisen oikeudenvastaisuuden pohjalla voisi laiminlyöntiin perustuvana tulla kysymykseen, tarvitaan siis erityinen peruste, joka osoittaa, että tunnusmerkistössä ilmaistu normi on tapaukseen sovellettavissa. Näitä perusteita ei ole syytä tässä uudelleen selostaa. Sen sijaan on aihetta erityisesti korostaa, että niitä sääntöinä sovellettaessa on syytä noudattaa paljon suurempaa varovaisuutta kuin mikä osoittautui tarpeelliseksi edelläselostettujen laiminlyöntitapausten käsittelyssä. Tämä varovaisuus koskee koko alaa, mutta erityisesti niitä tapauksia, joissa on kysymys laiminlyöjän toimenpiteistä riippumattoman vahingon syntymisestä. Se intressi, joka yhteiskunnalla on tiettyjen tekojen vaatimisessa silloin, kun yksilön oikeudellis-sosiaalinen asema yhteiskunnassa edellyttää tiettyä toimintaa, ei ilmene lainkaan samana sellaisten yksilöiden osalta, joiden ei voida psykoloogisten syiden vuoksi odottaa ryhtyvän vältettävien seurausten estämiseen. Tätä intressin puutetta tai vähemmyyttä vastaavasti vahingonvastuun olemassaolo niissä tapauksissa, joissa laiminlyöjällä ei ole osuutta vahingonvaaran syntymiseen, säännöllisesti merkinnee sellaista vahingon vierittämistä toiselta oikeusalamaiselta toiselle, jonka ei voida katsoa olevan yhteiskunnan edun mukaista. *Laiminlyönniltä kysymyksessäolevissa tapauksissa puuttuu se piirre, joka on ominainen syyntakeettoman*[117] *oikeusalamaisen positiiviselle vahingonteolle ja joka ilmenee siinä, että vahinko syntyy oikeusalamaisen omasta toiminnasta, että se on seuraus hänen yhteiskunnallekin vahingollisissa muodoissa esiintyvästä eksistenssistään.*

Viimeksimainitut näkökohdat ovat määräävinä siinä kannanotossa, johon esilläolevan kysymyksen osalta katsomme olevan aihetta erityisesti omissiodeliktejä vastaavan kulpattoman laiminlyönnin käsittelyssä. Onko sanotunlainen laiminlyönti oikeudenvastainen

[117] tai muutoin oikeuskäskyn vastaanottamiseen kykenemättömän. Mikäli adressaatti on kykenemätön oikeuskäskyn vastaanottamiseen, ei velvollisuus tietenkään kohdistu häneen henkilökohtaisesti; normi on silloin vain mitta.

ja syntyykö siitä vahingonvastuu silloin, kun lainsäätäjä on asettanut yleisen toimintavelvollisuuden tietyissä tapauksissa, on tällöin kysymys, johon edellämainittujen näkökohtien mukaisesti on uskaltauduttava vastaamaan aina eittävästi.[118]

V. OBJEKTIIVINEN OIKEUDENVASTAISUUS VAHINGONVASTUUN PERUSTEENA.

Laiminlyönnin vastuullistavuuden konstruktion katsomme edelläkäyneessä esityksessä saaneen teoreettisen selvityksensä. Seuraava aineenkäsittely tulee koskemaan ainoastaan positiivisen toiminnan vastuullistavuutta. Kun vasta tässä käsittelyssä selostetaan ne näkökohdat, jotka ovat ratkaisevia vastuutunnusmerkistön toteutumisen kannalta, on siis ne perusteet, joiden mukaan positiivisen teon vastuutunnusmerkistön realisoituminen määräytyy, laiminlyöntiä koskevassa esityksessä edellytetty selvitetyiksi. Että tällainen ennakkoasenne on ollut mielestämme käsittelyn systematiikkaa vaarantamatta mahdollinen, riippuu laiminlyöntikysymyksen siitä omalaatuisuudesta, että se virittää erikoiskysymyksiä tunnusmerkistön toteutumisen oikeudenvastaisuudesta siinäkin tapauksessa, että sanottua realisoitumista voitaisiin positiivisen teon osalta pitää selvitettynä. Edelläkäyneen, laiminlyöntiä koskevan esityksen ja seuraavan, positiivisen teon vastuullistavuutta käsittelevän selvityksen oikein yhdistämiseksi on huomattava, että se, mitä seuraavassa sanotaan positiivisen teon oikeudenvastaisuuskysymyksen kannalta relevantista vieraiden oikeushyödykkeiden vaarantamisominaisuudesta, on laiminlyönnin alalle siirryttäessä, huomioonottamalla laiminlyönnin erikoislaatu,[119] vastaavasti sovellettava siihen edellytyskompleksiin, josta syntymässä olevan seurauksen estäminen on laiminlyöty.

Tutkielmamme tarkoituksena on sen osoittaminen, että objektiivisesti oikeudenvastainen teko sinänsä on vastuullistava. Se merkitsee toisaalta, että tieteisopissa vallitseva mielipide ns. siviilioikeudellisen syyllisyyden olemisesta vahingonvastuun perusteena on korvattavissa vaatimuksella teon (objektiivisesta) oikeudenvastaisuudesta,

---

[118] Vrt. ENDEMANN, Lehrbuch, s. 748 s. Siitä, että oikeudenvastaisuus voi syntyä subjektiivisten tekijäin myötävaikutuksesta, ks. seur. lukua, s. 299 ss.

[119] Vrt. esitystä adekvaattisen, mutta ei oikeudenvastaisen, ennakkoteon merkityksestä laiminlyönnin oikeudenvastaisuudelle, s. 266 ss.

toisaalta se edellyttää oikeudenvastaisuuden määrittelemistä sen suhteessa adekvaattiseen aiheuttamiseen.

1. Syyllisyyskysymys tässä yhteydessä käsiteltynä voi saada osakseen vain sellaisen selvityksen, joka on tarpeen sen ja objektiivisen oikeudenvastaisuuden suhteen valaisemiseksi. Tätä vastaavasti ne monet mielipiteeneroavaisuudet ja oppisuunnat, joita tässä asiassa on esiintynyt erityisesti rikosoikeudellisen tutkimuksen piirissä, on tässä — joitakin pääkohtia lukuunottamatta — sivuutettava ja huomio sen sijaan kohdistettava kysymykseen rikos- ja siviilioikeudellisen kulpan keskinäisestä suhteesta sekä niihin johtopäätöksiin, joihin tämän kysymyksen käsittely antaa aihetta.

Oikeaksi myönnettävän vallitsevan opin mukaan syyllisyys edellyttää oikeudenvastaisuutta.[120] Viimeksimainittu on aina oleva olemassa ennenkuin voi viritä kysymys syyllisyyden olemassaolosta. Syyllisyys sisältää tekijän henkilöön oikeudenvastaisen teon takia kohdistuvan moitteen.[121] Se on näin muodoin henkilökohtaisten tekijäin värittämää oikeudenvastaisuutta, jolle, kuten aina oikeudenvastaisuudelle, on ominaista sen arvottava ja normatiivinen käsittely. Tämän arvottamisen kohteena on tekijän psykoloogginen asennoituminen hänen aiheuttamaansa seuraukseen: moitteenalainen teko on hänen persoonallisuutensa negatiivisesti arvotettu ilmentymä.[122] Tätä vastaavasti syyllisyyden käsite ei tyhjenny tahallisuuden ja tuottamuksen käsitteisiin, joiden *lajisena* syyllisyyttä on tieteisopissa osittain käsitelty, vaan nämä käsitteet vain ilmentävät syyllisyyden *tekijöitä*, joiden lisäksi syyllisyydeltä vaaditaan syyntakei-

---

[120] Tietenkin objektiivisessa merkityksessä, koska syyllisyys ei muutoin olisi eri käsite kuin oikeudenvastaisuus. Syyllisyyskysymyksen käsitteleminen vastuuperusteena ennen oikeudenvastaisuuskysymystä käy päinsä sen vuoksi, että se osoittautuu henkilökohtaisten tekijäin värittämäksi oikeudenvastaisuudeksi, joissa mainitut tekijät ovat vahingonvastuun kannalta irrelevantteja. Tämän toteamisesta kehittyy oikeudenvastaisuuden lähempi luonnehtiminen vastuuperusteena.

[121] Syyllisyys on oikeudellinen käsite, joka on pidettävä erillään tahdonvapauden probleemasta ja myöskin uskonnon ja etiikan vastaavista käsitteistä.

[122] Se ei kuitenkaan ole — kuten eräs rikosoikeudellinen suunta opettaa — pääasiallisesti luonnesyyllisyyttä, vaan yksittäiseen tekoon liittyvää ja siinä ilmenevää syyllisyyttä. Syyllisyyden systemaattisen merkityksen etualalle asettaminen merkitsee lujan perusteen, oikeudenvastaisuuden, hylkäämistä. Tällä perustalla pysyminen puolestaan edellyttää syyllisyyden kytkemistä yksittäistapaukseen, jollaisena oikeudenvastaisuuskin vain voi ilmetä. »Ohne Unrecht gibt es keine Schuld. Daher muss, da alles strafrechtliche Unrecht Einzel-Tat ist, auch alle strafrechtliche Schuld Einzel-Tat-Tchuld sein.» MEZGER, Lehrbuch, s. 254.

suuden olemassaoloa ja »syyllisyyden poistavien perusteiden» puuttumista.[123,124]

Syyllisyyden tahallisuusmuodon[125] puheena ollen ei subjektiivisiin tekijöihin liittyvän moitearvostelman perusteen selvittely ole tuottanut vaikeuksia; vaikeudet ovat tällöin esiintyneet vasta tahallisuuden selvittelyssä psykoloogisena kysymyksenä, erityisesti rajankäynnissä dolus indirectuksen ja tietoisen tuottamuksen välillä. Teko tahtoilmiönä, jota luonnetta siltä eivät kiistä senkään suunnan edustajat, jonka mukaan seurauksen mieltäminen on tahallisuudessa olennaisinta, on yhteinen lähtökohta tämän psykoloogisen kysymyksen selvittämiselle. Tahallisuuden emotionaalis-volitiivinen tekijä, so. tosiasiain ja niiden arvotettuisuusmerkityksen[126] tuntemisen oleminen tekotahdon sisällyksenä, ja sen intellektuaalinen aines, so. pelkästään sanottu tunteminen, eivät eri oppisuuntien eri tavoin korostamina aiheuta olennaisia soveltamisvaikeuksia niin kauan kun tahallisuus ilmenee joko siinä muodossa, että seuraus on ollut tekijän tarkoittama, tai siinä, että tekijä on pitänyt sitä teostaan välttämättömästi johtuvana. Sekä tahto- että mieltämisteorian turvin päästään näissä tapauksissa hyväksyttävään tulokseen.[127] Vaikeudet alkavat vasta, kun tulee kysymys tahallisuuden määrittelemisestä sen suhteessa tekijän vain mahdollisena pitämään seuraukseen. Mieltämisteoria on kokenut ratkaista tahallisuuden ja tuottamuksen rajankäyntikysymyksen nojautumalla siihen todennäköisyyteen, joka seurauksella tekijän mielestä on ollut. Sellainen subjektiivinen todennäköisyys, joka edustaa suurehkoa seurauksen syntymismahdollisuuden astetta, käsittää tahallisuuden, kun taas vain vähäinen mahdollisuus osoittaa teon tuottamuksen piiriin (vaikka tekijä onkin

---

[123] Tämä syyllisyys-käsitteen selvennys on vasta uusimman tutkimuksen tulos. Sille uraauurtava on v. Frankin tutkielma v:lta 1907: »Über den Aufbau des Schuldbegriffs». Mezger, Lehrbuch, s. 267. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26 pain. s. 224 s.

[124] »Syyllisyyden poistavat perusteet» vastaavat edelläesitettyjä »oikeudenvastaisuuden poistavia perusteita». Niidenkin selvittely käsittää vain esitysteknillisen kysymyksen, jolla ei ole aineellista merkitystä. Milloin sanotunlainen peruste on käsillä, se merkitsee, ettei syyllisyyttä alun perinkään ole ollut tarkastelunalaisessa tapauksessa olemassa.

[125] Tahallisuuden käsite ei, niinkuin roomalaisten dolus, ilmennä »pahan» tahdon olemassaoloa. Vasta tahallisen toiminnan negatiivinen arvotettuisuus tekee tahallisuudesta »pahan». Persoonallinen moite tahallisuuden nojalla edellyttää tekijän tietoisuutta sanotusta arvottamisesta.

[126] Vrt. Liszt-Schmidtin »die Kenntnis der antisozialen Bedeutung der Tat», Lehrbuch, 26 pain. s. 258, 276.

[127] Mezger, Lehrbuch, s. 306 s., s. 342.

tällaisen mahdollisuuden mieltänyt). Sanottu eronteko ei tyydytä sen takia, että se ei sisällä selvitystä tekijän henkilökohtaisesta asennoitumisesta enemmän tai vähemmän todennäköisenä ilmenneeseen seuraukseen.[128] Tätä selvitystä tavoittelevat lähinnä tahtoteorian piiriin sijoitettavat ns. positiivinen ja hypoteettinen hyväksymisteoria[129] (Einwilligungstheorie), joista ensinmainittu selittää tahallisuuden rajan kulkevan siinä, missä tekijä ryhtyy seurauksen aiheuttavaan tekoon ajatuksin, että seuraus saa syntyä tai olla syntymättä, ja joista jälkimmäinen, hypoteettinen teoria määrittelee sanotuksi rajaksi sen, että tekijä olisi teon suorittanut silloinkin, kun seuraus — vain mahdollisena pitämisen asemesta — olisi näyttänyt hänestä varmalta.[130] Viimeksimainittu erottelu, joka käy v. FRANKin säännön[131] nimellä, on ymmärrettävästi — niinkuin yleensäkin tässä kysymyksessä — ennen muuta teoreettinen, sillä sen tarkoittama tahallisuuden

[128] Tähän katsoen ei voitane hyväksyä myöskään A. SERLACHIUKSEN (Oppikirja I, 2. pain. s. 125) esittämää niin sanoaksemme käytännön teoriaa, jota nähdäksemme kävisi päinsä nimittää objektiiviseksi mieltämisteoriaksi ja jonka mukaan tuomarin on perustettava teon tahallisuutta koskeva ratkaisunsa »siihen suurempaan tahi pienempään todennäköisyyteen, jolla — — seuraus tekotilaisuudessa oli odotettavissa». Se puutteellisuus, joka Serlachiuksen mukaan sekä tahto- että mieltämisteorialla on ja joka ilmenee siinä, että »tuomarin tehtäväksi jätetään — sekä toisen että toisenkin oppisuunnan mukaan sellaista, jota hänen on mahdoton täyttää», ei nähdäksemme tule korjatuksi sillä, että tuomari perustaa ratkaisunsa arvioimaansa seurauksen mahdollisuusasteen suuruuteen. Tämä todennäköisyyden aste on sellainen objektiivinen mitta, jolla perimmältään ei ole mitään välitöntä yhteyttä tekijän henkilökohtaiseen suhtautumiseen tekoonsa. Syyllisyyden volitiivinen aines saattaa hyvinkin ulottua seuraukseen, jonka todennäköisyys on melko vähäinen, eikä tuomaria tämän takia voida vapauttaa tutkimasta tekijän psykoloogista kokonaistilaa sen selvittämiseksi, eikö siitä — muutkin olosuhteet huomioonottaen — ehkä ilmene sellaisia seikkoja, jotka oikeuttavat pitämään tahallisuutta in concreto vähemmänkin todennäköiseen seuraukseen ulottuvana. Toisaalta ei melkoinen todennäköisyyskään oikeuta tahallisuuspäätelmään, jos asianhaaroista yleensä voidaan katsoa käyvän ilmi, että tekijä on luullut seurauksen jäävän syntymättä. Ne asianhaarat, jotka kysymystä arvosteltaessa on otettava huomioon, eivät tyhjenny todennäköisyyskysymykseen silloinkaan, kun on oikeus epäillä tässä tarkoitetun teoreettisen rajankäynnin yleistä toteutettavuutta käytännössä.

[129] Eräät mieltämisteorian kannattajiin luetut tutkijat — mm. FRANK — ovat olleet hyväksymisteorian puoltajia, mutta se ei oikeuttane sijoittamaan viimeksimainittuja teorioja erityisesti mieltämisteoriain joukkoon, koska volitiivinen aines on niin positiivisessa kuin hypoteettisessakin hyväksymisteoriassa olennaisesti etualalla. Niinpä MEZGER, Lehrbuch, s. 344, nimenomaan lukee viimeksimainitut teoriat tahtoteoriaan kuuluviksi. Toisin mm. A. SERLACHIUS, Oppikirja I, s. 124.

[130] Tällä kannalla mm. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, 26 pain., s. 262.

[131] FRANK, ZStW 10 (1890), s. 169 ss. Säännön nimitys on peräisin HIPPELin tutkielmasta Die Grenze von Vorsazt und Fahrlässigkeit (1903), s. 55.

tunnusmerkki ei käytännössä juuri liene todettavissa, mutta teoreettisenakin rakennelmana se on virheellinen, koska voidaan ajatella tapauksia, joissa seurauksen varmana pitäminen olisi pidättänyt tekoon ryhtymästä, mutta joissa siitä huolimatta voi olla kysymys tahallisuudesta.[132] Positiivinen hyväksymisteoria, jonka v. Frankkin on myöhemmin omaksunut,[133] välttää tämän virheen ja muutenkin paraiten vastannee kysymyksen teoreettiselle ratkaisulle asetettavia vaatimuksia. Missä määrin täten selvitetty kriteeri on käyttökelpoinen elävässä elämässä, on kysymys, jota ei ole syytä ryhtyä ratkaisemaan poikkeamalla mainitulta teoreettiselta pohjalta pelkästään siksi, että käytännössä ei useinkaan ole mahdollista päästä käsiksi puoltamamme teoreettisen ratkaisun ydinkysymykseen, millaisin ajatuksin tekijä on ryhtynyt siihen tekoonsa, jonka todennäköisestä seurauksesta on kysymys. Kysymyksen käytännöllinen käsittely on lujimmalla pohjalla silloin, kun se *mahdollisimman* kiinteästi nojautuu teoreettiseen perustaansa. Tuomarin on — hänen ratkaisustaanhan tässä perimmältä on kysymys — tarkkaan yksittäistapausta tutkimalla ja huomioonottaen tekijän psykoloogineen kokonaislaatu ja sen ilmaantuminen tarkastelunalaisella tavalla pyrittävä päätelmäntekoon siitä, onko tekijän motiiveihin ja tarkoituksiin sisältynyt sellainen henkilökohtainen asenne seuraukseen, jonka mukaan teon tekeminen on hänen mielikuva- ja tahtomaailmassaan merkinnyt sellaista ratkaisua, jonka tekijä on asettanut seurauksen syntymisen edelle — hyväksyen seurauksen, milloin hän ei ole sitä tarkoittanut taikka pitänyt sitä teostaan välttämättömästi johtuvana, niin sanoaksemme kaupanpäällisiksi, jos se on syntyäkseen.[135]

[132] Huomautuksen oikeutus käy ilmi LÖFFLERin esittämästä esimerkistä, joka koskee venäläisten kerjäläisten toimittamaa lasten silpomista niiden kerjuutarkoituksiin käyttöä varten. FRANKin säännön mukaan tekijöitä ei tällöin koskaan voitaisi tuomita tahallisesta taposta, vaikka useat samanlaiset silpomiset aikaisemmin olisivat johtaneet kuolemaan ja vaikka silpominen olisi tapahtunut jättämällä lopputulos — lapsen invaliidiksi parantuminen tai kuolema — sattuman varaan. Silpomisen tarkoitus tällaisessa tapauksessa edellyttää, että tekoa ei olisi tehty, jos tekijät olisivat pitäneet lapsen kuolemaa varmana. MEZGER, Lehrbuch, s. 347 s.

[133] FRANK, Komm. 18 pain. § 59 V.

[135] Vrt. FRANK. Komm. 18 pain., § 59 V. MEZGER, Lehrbuch, s. 345 ss. LEONHARD, Allg. Schuldrecht des BGB, s. 433. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II, s. 306 ss. — Tahallisuuden lähempään selvittelyyn erityisesti rikosoikeudessa merkityksellisenä käsitteenä emme katso tässä olevan aihetta, koska sillä on vahingonkorvausoikeudessa toisarvoinen asema sen takia, että kulpakin riittää aikaansaamaan saman oikeusseuraamuksen. Teko, jolta suhteessa rikostunnusmerkistöön puuttuu tahallisuus, saattaa hyvinkin olla tuottamusluonteensa vuoksi vahingonvastuun synnyttävä. Esim. vieraan esineen haltuunotto siinä käsityksessä ollen, että se on oma.

Sellainen erottelu syyllisyyden volitiivisen tekijän osalta, josta edellä on ollut puhe, saattaa tulla kysymykseen ainoastaan tahallisuudessa. Niitä tekotahdon asteita, joita dolus directus ja indirectus edustavat, ei voi olla olemassa tuottamuksessa, jonka tunnusmerkkinä on nimenomaan se, että sanottu tahto ei ole ulottunut itse tarkastelunalaiseen seuraukseen.[136] Sen sijaan on viimeksimainitun syyllisyysmuodon intellektuaalisessa puolessa eronteko mahdollinen sen mukaan, onko tekijä ajatellut seurauksen syntymismahdollisuutta vai ei. Mikäli tekijä on mieltänyt seurauksen, mutta ollut siinä käsityksessä, ettei se tule syntymään, tuottamus on tietoinen, kun taasen itsetiedoton tuottamus edellyttää mainitun mieltämisenkin puuttumista.

Mitä edellä on sanottu syyllisyysarvostelman perustelun helppoudesta silloin, kun on kysymys tahallisesta teosta, se on vastaavasti sovellettavissa myöskin tietoiseen tuottamukseen. Käsitetyn seurauksen syntymismahdollisuuden tarjoaman vastamotivation puute on tällöin se tekijä, johon henkilökohtaiseksi moitteeksi muodostuva negatiivinen arvottaminen nojautuu. Mutta asia ei ole enää sama silloin, kun tekijä ei ole mieltänyt seurauksen syntymismahdollisuutta. Kysymys itsetiedottoman tuottamuksen sijoittamisesta syyllisyyskäsitteen piiriin onkin tuottanut melkoisia vaikeuksia juuri sen takia, että in concreto faktillisen tietoisuuden ulkopuolella olevan seurauksen ja tekijän henkilökohtaisen tekoonsa suhtautumisen välillä ei ilman muuta kehkeydy sellaista suhdetta, joka oikeuttaa persoonalliseen moitteeseen.[137] Sanottu asiantila on johtanut sellaisiin itsetiedottoman kulpan konstruointeihin, joissa suorastaan on luovuttu sellaisesta persoonallisen suhtautumisen vaatimuksesta, joka voidaan panna henkilökohtaisen moitearvostelman perusteeksi, tai jotka rakentavat negatiivisen arvottamismahdollisuuden sellaisten tunnusmerkkien varaan, jotka tosin nojautuvat tekijän persoonalliseen laatuun yleensä, mutta eivät sen nimenomaan syyllisyyttä ilmentävään puoleen.[138] Kysymyksen oikea ratkaisu taasen edellyttää tekijän

[136] BINDING, Normen IV, s. 357 ss., tosin puhuu itsetiedottomasta tahtomisesta (unbewusstes Wollen), jota kuitenkaan ei voitane hyväksyä tahto-käsitteen piiriin siinä mielessä kuin syyllisyysoppi tätä käsitettä käyttelee. MEZGER, Lehrbuch, s. 355, huomauttaakin, että Binding sekoittaa toisiinsa tahdon*vaikutuksen* ja tahdon*sisällyksen*, joka viimeksimainittu ennen muuta on relevantti syyllisyysopin kannalta.

[137] LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, s. 275.

[138] Viitatuista LÖFFLERin, TESARin, EXNERin, KÖHLERin ja ENGISCHin konstruktioista ks. MÜLLER, s. 42 ss.; LEONHARD, Schuldrecht I, s. 436 ja MEZGER, Lehrbuch, s. 352 ss.

sellaisen psykoloogisen asennoitumisen toteamista, joka *yksittäisessä teossa* ilmenevänä oikeuttaa moitearvostelman lausumiseen tekijästä sinä yksilönä, joka hän persoonallisen rakenteensa mukaisesti on. Tällaisin edellytyksin lausuttavaa moitearvostelmaa ei tee — niinkuin prima facie ehkä saattaa tuntua — perusteettomaksi se, että tarkastelunalainen seuraus ei ole tullut tekijän tietoisuuteen; hänen tahdontoimintansa suhde siihen normiin, jonka tarkoitus on suhteutettavissa syntyneeseen seuraukseen, tarjoaa vielä moitearvostelmalle alttiin objektin tällaisessakin tapauksessa. Tarkemmin sanoen on varsinaisen persoonallisen syyllisyyden tunnukseksi todettava paitsi sitä, että tekijän on — hänen yksilöllisen laatunsa suomin edellytyksin — *ollut mahdollista* tuntea seurauksen syntymismahdollisuus, myöskin se, että hän *on tuntenut* sen normin, joka määrää tietynlaisen käyttäytymisen, ja *lisäksi ollut tietoinen* siitä, että normin noudattaminen tarkoittaa *senlaatuisten* seurausten välttämistä,[139] jollaisen tekijä on tarkastelunalaisessa tapauksessa tullut käyttäytymisellään aiheuttaneeksi, vaikkakaan seuraus ei tekohetkellä sisältynyt hänen tietoisuuteensa.[140] Se sielullinen vire, jota tekijän tunteman normin edellyttämä varovaisuus vaatii, ei ole itsetiedottoman tuottamuksen tapauksessa vastannut sitä, mihin tekijä tässä suhteessa olisi pystynyt: huomiokykynsä herkistämiseen siten, että juurisanotusta tietoisuudesta johtuva mainitunlaisen seurauksen ennalta-arvattavuus olisi subjektiivisesti realisoitunut nimenomaan senkaltaisen seurauksen osalta, jonka aiheuttamiseen tekijä käyttäytymisellään on syyllistynyt.[141] Vain sanotunlaisissa olosuhteissa on kysymys varsinaisesta syyllisyydestä, negatiivisen arvottamisen kohdistamisesta oikeusalamaiseen henkilökohtaisesti hänen yksittäistapauksessa ilmenneen käyttäytymisensä takia.[142]

---

[139] Tähän sisältyy tällöin samalla seurauksen aiheuttamisen negatiivisen arvotettuisuuden tunteminen. Mikäli tekijä ei ole sitä tuntenut, ei myöskään ole kysymys syyllisyydestä.

[140] Vrt. MEZGER, Lehrbuch, s. 356 ss. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, s. 278, viite 13, pitää jossakin määrin arveluttavana sitä, että kaikkeen tuottamukseen sisällytetään tietoisen velvollisuudenvastaisen tahtomisen momentti. Itsetiedottoman tuottamuksen määritteleminen Mezgerin mukaan siten, kuin tekstissä on tapahtunut, ei kuitenkaan korostane tahtomiskysymystä enempää kuin mikä on tarpeen syyllisyyden henkilökohtaista moitittavuutta edellyttävän käsitteen puitteissa pysymiseksi.

[141] Vrt. s. 133 ss.

[142] Itsetiedottomalle tuottamukselle on, kuten sanottu, ominaista tietyn henkisen virityksen laiminlyöminen. Ei liene sattuma, että tällaisen tuottamuksen selvittelyssä esiintyy samanlaisia piirteitä kuin relevantin laiminlyönnin konstruoinnissa. Niinpä LISZT-SCHMIDTin, Lehrbuch, s. 275 s., erityisesti asian normatiivista puolta korostava esi-

Tuottamuksessa tehdään sen tietoisen ja itsetiedottoman muodon välisen erottelun lisäksi myöskin ero lievän ja törkeän tuottamuksen välillä. Mainitut tuottamuslajit eivät ole siten ryhmitettävissä, että itsetiedoton tuottamus vastaisi lievää ja tietoinen törkeää tuottamusta. Tietoinen tuottamus saattaa hyvinkin ilmetä laadultaan lievänä, varsinkin milloin tekijän mieltämä seuraus objektiivisesti arvostellen on kuulunut pienehkön todennäköisyyden piiriin, kun taas seurauksen läheisen arvattavuuden takia törkeäksi katsottava tuottamus voi tekijän subjektiivisista olosuhteista riippuen osoittautua itsetiedottomaksi.[143] Mainittujen tuottamusmuotojen määrittely tapahtuu subjektiivisia tekijöitä varteenottamattakin tehtävänä erotteluna lähinnä sen suhteen mukaan, joka vallitsee teon ja vahinkoseurauksen välillä erityisesti seurauksen syntymisen objektiivisen arvattavuuden kannalta, minkä lisäksi lienee asiaanvaikuttavana tekijänä otettava huomioon myöskin se, onko teko ristiriidassa vain yhden vaiko useiden normien kanssa[144] ja missä määrin tuottamus subjektiivisesti lähentyy dolus indirectuksen rajaa.[145]

tys on verrattavissa siihen, mitä vallitsevan käsityksen mukainen tieteisoppi sanoo laiminlyönnin oikeudenvastaisuudesta. »Wenn A nicht vorausgesehen hat», Schmidt sanoo, »dass sein Schuss einen Menschen töten werde, so hat es nur dann einen Sinn, im Hinblick auf das Tötungsverbot die Fehlerhaftigkeit (Pflichtwidrigkeit) seiner zur Abgabe des Schusses führenden Motivation zu prüfen wenn sie zuvor sagen lässt: A hätte die Tötung des Menschen voraussehen *sollen* und *können*. Mit anderen Worten: Neben das der Fahrlässigkeit eigene, in einem Voraussichtmangel bestehende psychologische Schuldelement muss, damit von der Fahrlässigkeit als einer Schuldart gesprochen werden kann, ein *zweifaches normatives Schuldelement* (kor. meid.) gesetzt werden; zunächts ein solches, das jenen Voraussichtmangel als solchen als fehlerhaft, als pflichtwidrig, als »Unvorsichtigkeit» erscheinen, sodann das allgemeine, auch dem Vorsatz eigene normative Schuldelement, das den gesamten, mit jenem fehlerhaften Voraussichtmangel behafteten Motivationsprozess des Täters als fehlerhaft (pflichtwidrig) erscheinen lässt.»

[143] Vrt. room. määritelmää, jonka mukaan kulpa ei ole »non velle quod omnes volunt», vaan »non intelligere quod omnes intellegunt». Kevytmielisyys — törkeän tuottamuksen kaksoissisar — usein ilmeneekin itsetiedottoman tuottamuksen muodossa.

[144] Jos esim. liikennöitsijä on aiheuttanut vahingon rikkomalla samalla kertaa useita liikenneohjeita vastaan, lienee tämän seikan sinänsä katsottava vaikuttavan arvosteluun tuottamuksen laadusta. Vrt. W. GOLDSCHMIDT, s. 108.

[145] Viimeksimainitulla kriteerillä ei liene suurtakaan käytännöllistä arvoa. Tuottamus voinee *yksin* tällä perusteella osoittautua törkeäksi vain silloin, kun seurauksen todennäköisyys on ollut pienehkö eikä asianhaaroista käy tarpeellisella varmuudella päätteleminen, että teko oli tehty »kävi-miten-kävi»-ajatuksin, vaikka näyttäisikin olevan aihetta sitä aavistella. — Kirjallisuudessa yleensä kartellaan törkeän tuottamuksen tarkempaa määrittelyä. LEONHARD (Schuldrecht I, s. 446) väittää, että »Sie lässt sich aber nicht anders bestimmen, als dass es sich um besonders starke Fälle der Nachlässigkeit handelt». Vrt. WREDE, Obligationsrätt, s. 40.

Mainittu subjektiivisen syyllisyyden piirissä esiintyvä objektiivisen mittapuun käyttäminen johdattaa välittömästi kysymykseen, onko itse tuottamuskin määriteltävissä objektiivisten kriteerien nojalla ja onko erityisesti lievä — mutta periaatteellisesti myöskin törkeä — tuottamus siviilioikeudellisena käsitteenä katsottava toiseksi kuin minä (henkilökohtaisen moitearvostelman osoittamaa) syyllisyyttä sisältävä tuottamus ilmenee. Saksalaisessa tieteisopissa vallitsee asiasta erimielisyys. Rikos- ja siviilioikeudellisen syyllisyyden identtisyyden puolesta ovat esittäneet mielipiteensä mm. ENNECCERUS,[146] COSACK,[147] ZITELMANN,[148] LISZT,[149] J. GOLDSCHMIDT,[150] DÖLLE,[151] KITZINGER,[152] LEONHARD,[153] BRODMANN,[154] LITTEN,[155] ja W. GOLDSCHMIDT[156] ja sitä vastaan mm. TRAEGER,[157] M. RÜMELIN,[158] HEINSHEIMER,[159] EB. SCHMIDT,[160] KADECKA,[161] H. A. FISCHER,[162] P. MERKEL,[163] LINCKELMANN,[164] V. MANDL[165] ja ENDEMANN.[166] Objektii-

[146] ENNECCERUS, Lehrbuch I, 1 (1923), s. 558 s., I, 2 s. 38 s.

[147] COSACK, Lehrbuch I, s. 248 ss.

[148] ZITELMANN, Recht des BGB I, s. 158.

[149] Deliktsobligationen s. 46, 55.

[150] Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags (Köln, 1926) II, s. 430 ss.

[151] Verhandlungen I, s. 116, II, s. 50.

[152] Juristische Aphorismen, s. 33.

[153] Allgemeines Schuldrecht (Das Schuldrecht des BGB I), s. 425 s., 435 s. LEONHARD tosin itse katsoo olevansa välittävällä kannalla (Verhandlungen 34 Jur. Tag. II, s. 494), mutta hänet voitaneen kuitenkin lukea subjektivistien joukkoon.

[154] ArchZivPr. 99, s. 345 ss., 371 ss.

[155] Ersatzpflicht des Tierhalters, s. 68 s.

[156] Die Schuld im Straf- und Zivilrecht, s. 12.

[157] Kausalbegriff, s. 195.

[158] Verschulden im Straf- und Zivilrecht, s. 34, 52.

[159] ArchZivPr. 95, s. 234 ss., eritt. s. 250.

[160] Verhandl. 34. D. Jur. Tags II, s. 250.

[161] Verhandl. 34. D. Jur. Tags II, s. 469 ss.

[162] Verhandl. 34. D. Jur. Tags II, s. 504.

[163] Verhandl. 34. D. Jur. Tags II s. 507.

[164] Schadenersatzpflicht, s. 55 ss., ArchBürgR. 13, s. 90 s.

[165] Zivilistischer Aufbau des Schadenersatzrechtes, s. 87, 90 ss. MANDLin konstruoima siviilioikeudellinen kulpa on omalaatuinen sikäli, että se toisaalta edellyttää tekijän yksilöllisten ominaisuuksien täydellistä huomiotta jättämistä, mutta toisaalta kuitenkin eetillisen arvottamisen olemassaoloa tunnusmerkistön osalta. »Der Zivilrichtler [geht] auf die Erforschung der Individualität der Schädigers nicht ein, er sagt einfach, dass aus dem Tatbestande der ethischen Fahrlässigkeit ein Schadenwollen ersichtlich ist, weil ein normalmensch eine derartige Handlung nur beim Schadenwollen vorgenommen hätte . . .» (s. 97). Mandlin kanta tuntuu merkilliseltä ja vaikeatajuiselta senkin vuoksi, että hän ei näe siviilioikeudessa mitään sellaista oikeudenvastaisuutta, joka perustuisi pitämiseen

visen oppisuunnan vastustajat — milloin he eivät tyydy vain edellyttämään rikos- ja siviilisyyllisyyden samuutta tai vain viittaamaan yhtenäisen perusteen suotavuuteen — näkevät kantansa vahvimman tuen kohtuuden vaatimuksessa, jonka mukaan yksilön kannettavaksi muka ei voida sälyttää seurauksia sellaisesta käyttäytymisestä, jossa toisintoimiminen olisi ollut ultra posse. Subjektiivisenkaan teorian kannattajat eivät yleensä määrittele vaadittavaa huolellisuutta siten, että varomattomuudeksi luettava käyttäytyminen BGB:n 276 §:ssä mainitun määritelmän »fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt» mukaan olisi arvosteltava sen diligentian perusteella, jota kukin noudattaa in suis rebus. Päin vastoin vaadittu huolellisuus määräytyy abstraktisesti,[167] mutta subjektiivisen teorian kannalta kuitenkin siten, että oikeusalamaisen tietynlaisten yksilöllisten (ruumiillisten ja henkisten) kykyjen rajoittuneisuutta tai puutetta ei voida jättää huomioonottamatta, joten siviilioikeudellista syyllisyyttä siis ei olisi katsottava olevan olemassa silloin, kun vahingon välttäminen on ollut yksilölle tosiasiallisesti ylivoimaista. Tätä syyllisyyden rajoitusta ei kuitenkaan ole sovellettava kaavamaisesti kaikkiin olosuhteisiin ja tekijää vastaavasti vapautettava vahingonvastuusta kaikissa niissä tapauksissa, joissa hän sanottujen yksilöllisten ominaisuuksiensa takia ei ole pystynyt noudattamaan yleisessä kanssakäymisessä vaadittavaa huolellisuutta. Tekijän yksilöllisyys päinvastoin on jätettävä huomiotta silloin, kun tekijä on ryhtynyt sellaiseen vierasta oikeushyödykettä vaarantavaan toimeen, jonka »onnelliseen» suorittamiseen häneltä puuttuu edellytyksiä. Likinäköinen polkupyöräilijä, joka on ajollaan aiheuttanut vahinkoa, ei voi vedota näkökykynsä heikkouteen syyttömyytensä todisteena, eikä teknillisten tietojensa ja taitojensa vähyyteen se, joka ryhtyy käyttämään hänelle tuntematonta konetta. Tämä subjektiivisen koulukunnan piirissä tehty rajoitus samalla kuitenkin merkitsee myönnytystä objektiivisen käsityksen hyväksi, koska rajankäynti syyllisyyden määrittelemiseksi mainittujen yksilöllisten seikkojen pohjalla olennaisesti muuttuu sen kautta, että on olemassa

(Sollen); oikeudenvastaisuus siviilioikeudessa muka ilmaisee vain »ein Eingriff in die Sphäre des Beschädigten, welcher dem Wollen dieses Subjektes zuwiederlief». Tätä emme mitenkään katso voitavan hyväksyä. Vrt. ed. s. 188.

[166] Lehrbuch I (1902), s. 641 s. Ks. edelleen ENDEMANNin mainitsemia kirjailijoita (ms.) viitteessä 8.

[167] Lukuunottamatta erityisesti säädettyjä poikkeuksia, jotka eivät kuitenkaan ulotu sopimuksenulkoisen vahingonkorvausoikeuden alalle.

— vieläpä runsaasti — yksilöitä, »jotka eivät tiedä, että he eivät tiedä». »Gerade sie» — sanoo ehkä vähin liioitellen Kadecka[168] — »sind aber für die Rechtssicherheit am gefährlichsten. Gerade sie richten in der Welt das meiste Unheil an.»

Rikos- ja siviilioikeudellisen syyllisyys-käsitteen eriluonteisuutta korostava objektiivinen oppisuunta, joka voi vedota BGB:n valmistelutyössä esitettyihin näkökohtiin asiasta,[169] panee pääpainon sille tehtävien erilaisuudelle, joka syyllisyysvaatimuksen asettamisella on toisaalta rikos-, toisaalta siviilioikeuden alalla. Samalla kun nykyaikaisen rikosoikeuden ei voida ajatella luopuvan siitä rangaistavuuden perusteesta, jonka syyllisyys siveellisenä moitittavuutena käsittää, samalla on siviilioikeuden tarkoitusten katsottava selvästi viittaavan syyllisyys-käsitteen käyttöön ennen muuta taloudellisten oikeushyödykkeiden turvaajana. Tämä funktioero esiintyy selvänä myöskin vahingonkorvausoikeutta rikosoikeuteen verrattaessa. Joskaan rangaistukselle ominainen preventiotarkoitus ei saa olla vieras sille vahingonkorvausoikeuden osalle, jonka piiriä siviilioikeudellinen »syyllisyys» osoittaa,[170] ei siitä suinkaan voida tehdä rangaistuksen ja vahingonkorvauksen perusteen samuutta koskevaa johtopäätöstä, koska vahingonkorvaus taloudellisena instituuttina tarkoittaa ennen muuta varallisuusintressin varjelua, sellaista vahingonkärsineen edunturvaa, jota ei ole asiallista rajoittaa ainoastaan vahingonaiheuttajan siveellisesti moitittavasta käyttäytymisestä syntyväksi. Päin vastoin on viimeksimainitun, asiassa tärkeimpänä pidettävän näkökohdan katsottava johtavan siihen, että sanottu intressinturva teh-

[168] Verhandlungen 34. Jur. Tags II, s. 473.

[169] Saksan siviililakikoonnosta valmistelleen II komission pöytäkirjoissa toisesta lukemisesta sanotaan (s. 2735) mm.: »Die aus dem Erfordernisse des Verschuldens zu gewinnende Abgrenzung der beiderseitigen Rechtskreise versage, wenn durch einen in der Person des Handelnden liegenden Umstand die Erkenntnis der Wirkungen, die sein Handeln auf den Rechtskreis des andern habe, gehindert sei. Die Pflicht zur Anwendung ordnungsmässiger Sorgfalt, welche die feste, nach einem objektiven Merkmale bestimmte Grenzlinie bilden solle, werde durch ein solches Hinderniss gegenstandslos, und damit entfalle gegenüber dem Irrenden und dem Deliktsunfähigen der Schutz, welcher die Schadensersatzpflicht dem Rechte des Anderen gewähre. Das Verschuldungsprinzip lasse hier eine Lücke, welche nur durch die Aufstellung einer gesetzlichen Garantiepflicht ausgefüllt werden könne. Die Aufstellung einer Garantiepflicht sei eine Fortentwicklung des Gedankens, welcher der Aufstellung eines objektiven Massstabes für die Fahrlässigkeit zu Grunde liege, damit sei schon eine gewisse Garantiepflicht ausgesprochen.»

[170] Tieteisopissa vallitsee asiasta erimielisyys. Toiset korostavat vahingonkorvausvelvollisuuden preventiivistä luonnetta tai ainakin myöntävät sillä sellaisen tehtävän olevan, toiset kiistävät sen.

dään riippumattomaksi vahingonaiheuttajan yksilöllisistä ominaisuuksista, joihin juuri henkilökohtainen moitearvostelma nojautuu. Siviilioikeudellisen kulpan täten objektiivisesti määritteleminen merkitsee tällöin mainitun käsitteen irroittumista varsinaisen syyllisyyden käsitteestä rikosoikeuden tarkoittamassa mielessä ja sen käyttämistä kriteerinä sen rajan vetämiseksi, jonka toisella puolella vahingonkärsinyt voi vedota vahingonaiheuttajan yleisen kanssakäymisen asettamia objektiivisia vaatimuksia vastaamattomaan käyttäytymiseen — ja jonka toisella puolen casus a nullo prestantur.[171]

Kotimaisessa tieteisopissa vallitsee siviilioikeudellisesta kulpakäsitteestä nykyisin joltinenkin yksimielisyys objektiivisen tulkinnan merkeissä. MONTGOMERY[172] tosin vielä asettui hyvinkin selvästi sub-

[171] Objektiivisen kulpa-käsitteen soveltamisesta on olemassa erimielisyyttä, jonka lähempään selostamiseen ei liene tässä aihetta. Riittänee, kun mainitsemme, että muuan keskeisimpiä kysymyksiä koskee toisaalta lasten, toisaalta henkisesti tai ruumiillisesti vajavaisten käsittelyä puheenaolevalta kannalta. Ikä — esitetään toiselta taholta — kuuluu *tyypillisiin* eroihin ihmisten välillä, eikä huolellisuusvaatimusta voida ulottaa tyypin piirissä asetettavan ulkopuolelle. Sairaus taas on sellainen *yksilöllinen* ominaisuus, joka täytyy jättää huomioonottamatta. Toisen käsityksen mukaan taas ei tällaista erottelua tehdä. Henkisen ja ruumiillisen vajavaisuuden välillä taasen on katsottu voitavan tehdä ero viimeksimainitun hyväksi asettamalla kriteeriksi se, missä määrin jokin vajavaisuus on omansa yleisen käsityksen mukaan aiheuttamaan yksilön osaksi tulevan arvonannon alentumista. Ruumiillisella puutteellisuudella (ja nuoruudella tai korkealla iällä) ei ole tällaista merkitystä, kun sen sijaan henkinen vajavaisuus kuuluu sanottuun ryhmään. Viimeksimainittua näkökohtaa vastaan taas on huomautettu mm., että se jättää liiaksi huomiotta BGB:n ns. kohtuusvastuusäännöksen (829 §), jonka mukaan mm. syyntakeettoman periaatteellisesta vastuuvapaudesta (827 §) huolimatta tällainen vahingonaiheuttaja »hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesgemässen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf.»

Suomen oikeuden osalta ei nähdäksemme ole aihetta mainitunlaisiin erotteluihin. Se ei myöskään, kuten tunnettua, ole syyntakeettoman periaatteellisen vastuuvapauden kannalta. Vrt. KIVIMÄKI, Asianajajan vastuu, s. 79 s.

[172] Handbok, s. 666 s.; s. 690: »Men om nu vållande, i den begränsning strafflagen givit detta begrepp, utgör den subjektiva förutsättningen för skadeersättningsskyldighet i brottmål, kan det, i saknad numera af varje positivt stöd derför, rimligtvis icke antagas att för skadegörande rättskränkningar, som icke äro belagda med straff, den subjektiva grunden för ansvarigheten och ersättningsförpligtelsen vore en annan, naturligtvis såframt icke i följd af rättsärende eller speciel lag för något förhållande vore annorlunda bestämdt.» — SAINIO, s. 148, huomauttaessaan »vallitsevana mielipiteenä olevan, että syyllisyyttä on arvosteltava objektiivisen mittapuun mukaan», viittaa WREDEN, CHYDENIUKSEN ja EKSTRÖMIN ohella myös MONTGOMERYin, erityisesti niihin hänen yksityis-

jektiivisen syyllisyysvaatimuksen kannalle ja J. FORSMANkin katsoo,[173] että »culpa i civilrätten kan till sin natur ej vara något annat än samma begrepp i straffrätten», mutta lisää kuitenkin heti käsillä-olevan kysymyksen kannalta hyvin merkittävän huomautuksen siviilioikeudellisen kulpa-käsitteen laajemmuudesta rikosoikeudellisen rinnalla. Tämän käsitteen laajemmuuden Forsman aikaisemmassa esityksessään luonnehtii siten, että siviilioikeudellinen kulpa eroaa rikosoikeudellisesta sekä määränsä että laatunsa puolesta.[174] Kun ero kulpan määrässä ilmeisesti koskee syyllisyyden intensiivisyyttä, lienee sen sijaan laatuero katsottava sellaiseksi tekijäksi, joka oikeuttaa pitämään siviilioikeudellista syyllisyyttä periaatteellisesti eetillisen moitearvostelman ulkopuolelle lankeavana. Tämän johtopäätöksen lienee Forsmankin tehnyt, koska hän näiden huomautusten jälkeen mainitsee sanotun yksilöllisen kulpan yleistämisen itse asiassa merkitsevän luopumista syyllisyysteoriasta (ett brytande med skuldteorin).[175]

Rikos- ja siviilioikeudellisen kulpan eroavaisuuden ydinkysymys on siinä, ulottuuko viimeksimainittu tekijään persoonallisesti kohdistettavan moitteen ulkopuolelle. Jos niin on, ei siviilioikeudellinen kulpa myöskään käsitä syyllisyyttä varsinaisessa mielessä eikä edellytä tämän käsitteen asettamista siviilioikeudellisen vahingonvastuun perusteeksi. Useimmat niistäkin tutkijoistamme, jotka periaatteellisesti luopuvat rikos- ja siviilioikeudellisen tuottamuksen samuusvaatimuksesta, käyttävät kuitenkin kulpakäsitettä »objektiivisen syyllisyyden» ilmaisijana ja siten tietoisesti turvautuvat terminologiaan,

---

oikeuden yleisiä oppeja käsittelevän teoksensa sivuihin (s. 690 ss.), jotka koskettelevat diligens paterfamilias käsitettä kulpa-asteiden mittana. Että mitaksi asetetetaan osittain »den vanliga hvardagsmenniskan», jonka edustaman huolellisuuden noudattamatta jättäminen käsittää suuremman syyllisyysasteen, osittain »den erfarne, samvetsgranna, följderna af sina handlingar noga övervägande, omsorgsfulle husfadern», jonka edustamaan mittaan liittyy lievempi kulpa, se ei kuitenkaan vielä merkitse *syyllisyyden* arvostelemista objektiivisesti, koska Montgomeryn lähtökohdan mukaan kummankin kriteerin käytössä on edellytettävä, että tekijän on ollut mahdollista käsittää tekonsa kantavuus ja että huolellisuusvaatimus näin ollen ei ole suurempi kuin minkä täyttämiseen tekijän yksilölliset kyvyt riittävät.

[173] Bidrag till läran om skadestånd i brottmål, s. 172.

[174] »— det [är] ingalunda nödvändigt, för att skadeersättningen skall kunna utdömas, att den skuldart eller det skuldmått skall förefinnas, som erfordras för att handlingen i kriminelt hänseense skall kunna beläggas med straff.» (Mt. s. 136) »— den skuld hos skadegöraren, som ansetts erforderlig för att ådraga denne förpligtelsen att prestera skadestånd, är i alla händelser till mått och art en annan än den kriminella» (s. 137).

[175] FORSMAN, mt. s. 172.

jonka käänteisiin sisältyy contradictio in adiecto — tietenkin edellytyksin, että syyllisyyden ei katsota hajoavan erisisältöiseksi. Mutta lähdettäessä siitäkin, että syyllisyys-käsitteellä on kaksi eri merkitystä, on siviilioikeudellisesta syyllisyys-käsitteestä joka tapauksessa syytä esittää kysymys, onko sillä itsenäisen olemassaolon oikeutus objektiivisen oikeudenvastaisuuden rinnalla. EKSTRÖM näyttää — tosin epäröiden — kallistuvan myöntävän vastauksen puolelle,[176] jonka kannalla tuntuvat olevan myöskin mm. WREDE,[177] MONTGOMERY,[178] CHYDENIUS,[179] MORING,[180] KIVIMÄKI,[181] HERNBERG,[182] SAINIO[183] ja NOPONEN.[184] Tieteisopissamme vallitsevana käsityksenä voidaan näin ollen pitää sitä, että vahingonvastuun yleisenä oikeusperusteena on siviilioikeudellinen syyllisyys.[185] Tällaisen syyllisyyden yksittäistapauksessa toteaminen edellyttää samalla syyllisyyttä sisältäväksi katsotun teon oikeudenvastaisuutta, joten vastuutunnusmerkistön tekijöinä tulevat täten olemaan sekä oikeudenvastaisuus että kulpa, kumpikin objektiivisessa merkityksessä. Mitä lisäväriä sanotuin tavoin määritelty kulpa-käsite antaa objektiivisesti oikeudenvastaiselle aiheuttamiselle, se ei kuitenkaan ole saanut vallitsevan teorian kannattajain puolelta lähempää selvittelyä.[186] Sanottujen käsitteiden välinen ero

[176] EKSTRÖM, Privaträttens allmänna läror, s. 854.

[177] Obligationsrätt, (1909), s. 74.

[178] Handbok, s. 669.

[179] JFT 1903, s. 433 ss.

[180] Arbetsgivares ansvarighet, s. 1.

[181] Asianajajan siviilioik. vastuu, s. 79.

[182] Yleissiviilioikeus, s. 354 ss.

[183] Suhteet naapureihin, s. 148. SAINION käsitystä, jonka mukaan oikeutemme erikoisvastuutunnusmerkistöistä käy ilmi, »että tuottamukseen katsotaan sisältyvän syyllisyyden», ei nähdäksemme voida pitää perusteltuna.

[184] Oikeudesta rakennustoimiin, s. 237 s.

[185] Tarkoituksena ei tietenkään ole sen väittäminen, ettei vastuuta ilman kulpaa olisi olemassa.

[186] Kulpan ja oikeudenvastaisuuden välinen ero käy kuitenkin selvästi ilmi silloin, kun ei ole kysymys täysin objektiivisesta, syyntakeettomuudenkin käsittävästä kulpan määrittelystä. Mikäli tällöin oikeudenvastaisuus määritellään objektiivisesti, tulevat juuri syyntakeettoman teot muodostamaan sanotun eron. — Suomen oikeuden kannalta abstraktisen kulpa-käsitteen käyttö syyntakeettomuusrajoituksin kuitenkin mielestämme johtaa epätyydyttäviin tuloksiin. Jos asetutaan sille kannalle, jolle mm. KIVIMÄKI, Asianajajan siviilioik. vastuu, s. 75, asettuu ja jonka mukaan sopimuksen ulkopuolellakin syntyneen vahingonvastuun edellytyksenä on tuottamus juurimainitussa kulpa-merkityksessä, se nähdäksemme käsittää vastuun epätasaisen rajoittamisen. Siihen katsoen, että sellainen syyntakeettoman teko, joka syyntakeisen tekemänä olisi ollut rikos, lain nimenomaisen säännöksen mukaan synnyttää vahingonvastuun, tuntuu vastuuperusteen yhte-

käsilläolevassa yhteydessä ei saa, mikäli olemme huomannut, yleensä osakseen edes erityistä mainintaa, ja milloin siihen viitataan — kuten Ekströmin huomautuksessa, että asiallinen ero on »ingen eller *nästan* ingen» (kor. meid.)[187] — se tapahtuu sen enemmättä selityksettä. Tämän asiantilan perimmäisen syyn onkin nähdäksemme katsottava olevan siinä, että siviilioikeudellisen kulpa-käsitteen selvittely, tämän käsitteen tultua roomalaisen oikeuden vaikutuksesta vastuukysymyksessä olennaisesti etualalle, on joutunut korvaamaan oikeudenvastaisuus-kriteerin käytön vahingonvastuuperusteena.[188] Kulpakäsitteen koskettaessa kysymystä siitä, mitä oikeusalamaisen olisi *pitänyt* tietää sen vahinkoseurauksen syntymismahdollisuudesta, jonka aiheuttamista on vältettävä, ei oikeudenvastaisuuskysymys ole erikseen kiinnittänyt huomiota. Täten on tultu siihen, että siviilioikeudellisen tuottamuksen käsitettä, jolla vahingonvastuun syntymisperusteena itse asiassa ilmaistaan teon objektiivinen oikeudenvastaisuus, on, sitä rikosoikeudellisen tuottamuksen käsitteeseen lähentäen, niin sanoaksemme rasitettu sellaisilla lisäaineksilla, joiden käyttö on tarpeeton ja merkitsee käsitteen liikakonstruktiota. Jos siviilioikeudellisen syyllisyys-käsitteen käyttö oikeudenvastaisuuskäsitteen asemesta olisi — kuten Ekström katsoo — pelkästään muodollista laatua, se ei antaisi aihetta muistutukseen muulta osalta

näisyyden kannalta tarkoitusta vastaamattomalta, että vastuuta ei olisi olemassa silloin, kun teko syyntakeisen tekemänä tosin ei olisi rikos, mutta kuitenkin vastuullistava. Epäkohta tuntuu sitäkin ilmeisemmältä, kun vähäinenkin varomattomuus eräissä tapauksissa on kriminalisoitu, toisissa taas ei. Tuottamuksen objektiivisen oikeudenvastaisuuden merkityksessä asettaminen vahingonvastuun edellytykseksi nähdäksemme johtaa tässäkin tapauksessa paraaseen ratkaisuun. Viimeksimainittua käsitystä edustavia tutkimustuloksia vastustavaa mielipidettään KIVIMÄKI, s. 80, ed. siv. viite 3, tavallansa lieventää mainitsemalla, »etteivät ne missään tapauksessa sovellu sopimusvelvoituksen rikkomisesta johtuvaan vastuuseen. Kun mielipuolen tekemä välipuhe ei ole pätevä, ei hän ole vastuussa sen loukkaamisestakaan». Siirtymättä asian käsittelyyn sopimussuhteiden alalla tässä vain viitattakoon siihen, että syyntakeettomuus saattaa tietysti syntyä myös välipuheen tekemisen jälkeen.

[187] EKSTRÖM, mt. s. 854.

[188] Asiassa lienee merkittävä osansa myöskin saksalaisella tieteisopilla, jossa abstraktisen mitan mukaisen kulpa-käsitteen rajoittaminen siten, ettei se ulotu syyntakeettomuuteen, on säädännäisen oikeuden mukaista sikäli, että Saksan oikeus periaatteellisesti vapauttaa syyntakeettoman vahingonaiheuttajan korvausvelvollisuudesta säätäen hänen osaltaan vain erityisen »kohtuusvastuun.» (BGB 827, 829 §.) Objektiivisen oikeudenvastaisuuden yleiseksi vahingonvastuuperusteeksi hyväksymistä on ehkä vielä suuremmassa määrin estänyt se, että vallitseva tieteisoppi ei ole tunnustanut deliktiperusteen olemassaoloa sopimussuhteisissa vahingonvastuutapauksissa. Käsilläolevasta kysymyksestä voitaneen syystä sanoa, että virhe yhtäällä synnyttää virheen myöskin toisaalla.

kuin siinä, ettei ole asiallista turvautua sellaiseen syyllisyys-käsitteeseen, jolta kuitenkin on tarkoituksenmukaisuussyistä pakko riistää varsinaisen syyllisyyden tunnusmerkit. Mutta tällaisen käsitteen käyttö ei ole suotava senkään takia, että se saattaa aiheuttaa epävarmuutta vastuukysymyksen ratkaisussa sellaisissa tapauksissa, joissa erityisen »syyllisyyden poistavan perusteen» vuoksi kulpaa ei ole katsottava olevan olemassa, mutta joissa sanotunlainen peruste ei riitä poistamaan teon objektiivista oikeudenvastaisuutta eikä siis myöskään sen vastuullistavuutta.

2. Tässä tutkielmassa puollettu mielipide, jonka mukaan siviilioikeudellinen tuottamus ei ole kulpaa, vaan oikeudenvastaista aiheuttamista,[189] edellyttää adekvaattisuuden ja oikeudenvastaisuuden suhteen selvittämistä.

Tuottamus ilmenee erityisesti kvalifioituneena lajina aiheuttamista. Mutta se ei ole vain sitä. Tuottamuksen käsite sisältää sen lisäksi rajankäynnin sen kausaalisen erikoislaadun ja oikeudenvastaisuuden välille. Tämä rajankäynti, jota tuottamuksen käsitesisällyksen metoodillisesti selvä erittely vaatii, on meillä jäänyt tarpeellisetta huomiotta, mistä puolestaan on ollut seurauksena tuottamuksen kausaalisuus- ja oikeudenvastaisuustekijäin toisiinsa sekoittuminen ja sitä vastaava epäselvyys toisaalta kausaalisuuskysymyksen teleologis-eksplikatiivisessa, toisaalta oikeudenvastaisuuden arvottamis-normatiivisessa käsittelyssä.[190] Tämän tutkielman tarkoituksena on,

[189] Periaatteellisesti samalla kannalla ovat J. SERLACHIUS, Oppikirja, s. 91 ss., Lärobok, s. 86 ss. ja A. SERLACHIUS, Straff och skadestånd, s. 91 ss., eritt. s. 102 s. Jyrkkä ero tässä tutkielmassa puolletun ja A. Serlachiuksen kannan välillä on kuitenkin siinä, että mainittu tutkija kallistuu kannattamaan yhteistä oikeusperustetta sekä oikeudenmukaisen että oikeudenvastaisen toiminnan vastuulle ja siten tässä tärkeässä kohdassa menettää oikean otteen käsiteltävään aineeseen.

[190] Lukuunottamatta mainittua asian huomiotta jäämistä esiintyy tieteisopissamme expressis verbis lausuttuna myös se mielipide, jonka mukaan kausaalisuuskysymys voi tulla riippuvaiseksi syyllisyyskysymyksestä. KIVIMÄKI, Asianajajan vastuu, s. 91, käsitellessään adekvaattisen aiheuttamisen teoriaa ja mainitessaan esimerkin, jossa vastuu voi tulla kysymykseen »anormaalisestakin seurauksesta», huomauttaa (viite 4), että »mainittu myönnytys parhaiten osoittaa, ettei kausaliteetti ole niin riippumaton tuottamuksesta kuin yleisesti oletetaan». Kausaalisuuden konstruoiminen riippuvaiseksi tuottamuksesta (kulpasta tai oikeudenvastaisuudesta) ei kuitenkaan saa tulla kysymykseen silloin, kun tahdotaan selvittää syy-yhteyden käsitettä. Kannanotto Kivimäen tapaan merkitsee sellaisen periaatteellisen rajankäynnin hylkäämistä, jota ilman ei enempää kausaalisuus- kuin oikeudenvastaisuuskysymyksenkään käsittelyä saada metoodillisesti eikä systemaattisesti selvälle pohjalle. — Itsetiedotonta kausaalisuus- ja oikeudenvastaisuuskysymysten toisiinsa sekoittamista taasen edustaa J. SERLACHIUKSEN esitys mm. siinä, että puhuttaessa (Obligatsionioikeus, s. 94 s.) seurauksen *ennalta-arvattavuudesta* ja sen

kuten jo aikaisemmin on huomautettu, korostaa niitä näkökohtia, joiden mukaan tuottamuksen *kausaalinen* edellytys on selvitettävä sellaisena, mahdollisimman täsmällisesti ja ylimalkaista harkinnanvaraa välttäen määriteltävänä syy-yhteyden alana, jonka rajojen sisäpuolelle mahtuu kaikki oikeudellisesti merkityksellinen aiheuttaminen, samalla kun tuottamuksen *oikeudenvastaisuus*-luonteen selvittämiseksi on otettava huomioon ne tekijät, jotka määräävät, milloin mainittu kvalifioitu aiheuttaminen ilmenee in concreto relevanttina. Tähän selvitykseen kuuluu kysymys »vastuukausaalisuuden» periaatteellisesta määrittelystä ja sen suhteesta oikeudenvastaisuuskriteerin kannalta merkitykselliseen vaara-käsitteeseen.

Kausaalisuuden geneettinen tarkastelu, jonka tarkoituksena on selvittää kysymys syysuhteesta kahden ilmiön välillä, on luonteeltaan puhtaasti toteava. Sille on ominaista asian arvosteleminen ex post; sen kohteena on tapahtunut tosiasia, jonka käsittämistä ilmiöistä sen on osoitettava syy ja seuraus. Tämän tarkastelutavan mukainen kausaalisuussuhteen loogillinen kriteeri on conditio sine qua non, jonka käyttö näin ollen ei kosketa sitä, mitä tietyllä hetkellä odotetaan tai voidaan odottaa tulevaisuudessa tapahtuvaksi. Kun oikeudenvastaisuus puolestaan — yleisesti sanoen — on sen negatio, minkä voidaan katsoa käsittävän oikean keinon käyttämisen oikean tarkoituksen saavuttamiseen, on juurisanotusta tehtävissä se johtopäätös, ettei conditio sine qua non sisällä mitään selvitystä välikappaleen ja tarkoituksen suhteesta. Kaikki päämääräisyys ja siis oikeusjärjestyksenkin tarkoitus viittaa joka hetki tulevaisuuteen; keino tarkoituksen välikappaleena niinikään aina käsittää prognoosin. Kausaaliselta kannalta tämä merkitsee generalisoinnin välttämättömyyttä.[191]

arvostelemisessa noudatettavasta objektiivisesta mittapuusta asiaa valaistaan esimerkillä, jonka mukaan, »kun joku, joka ei ole lääkäri, antaa apua haavoittuneelle, joka lääkärinavun puutteessa on henkensä heittämäisillään, ei hänen toimintaansa voida arvostella samalla mitalla kuin lääkärin toimintaa».

Sanottujen kysymysten itsetiedotonta sekoittamista edustaa myöskin HERNBERGin (s. 352 s.) esitys, jonka mukaan adekvaattisuusopin osalta on kysymys *sosiaalisesta* näkökannasta individuaalisen vastakohtana. Tämä maininta olisi vielä käsitettävissä oikeinkin, mikäli sillä tarkoitettaisiin kieltonormien mielekkyyttä yleensä, ellei Hernberg menisi niin pitkälle, että hän katsoo edellytysten generalisoinnin olevan määrättävä »sosialisesti». Hernbergin esitys tuntuu adekvaattisuusteorian osalta ristiriitaiseltakin, sillä toisaalla (s. 356) hän sanoo adekvaattisuusperiaatteen merkitsevän sitä, että »kukin vastaa näet siitä vahingosta, mikä *hänen näkökannaltaan katsoen* (kor. meid.) oli arvattavissa —».

[191] Tulevaa tapahtumista koskeva arvostelma edellyttää ehdottomasti, että mahdollisuustodelman perusteeseen, tunnettujen realiteettien ohella, sisällytetään abstrahoiden ilmaistuja edellytyksiä.

Kysymys on vain siitä, millaiselle pohjalle rakentuva edellytysten yleistys vastaa oikeusjärjestyksen olemusta: riittääkö tässäkin puhtaasti deskriptiivinen metoodi, joka kyllä on mahdollinen yhtä hyvin prognoosin käsittävänä kuin geneettisenä kausaalisuuskysymyksen selvittelynä, vai onko avuksi otettava myöskin teleoloogisia näkökohtia? Vastaus on viimeksimainitun vaihtoehdon mukainen, sillä telos hallitsee itse oikeusjärjestyksen toteutumista. Ajateltaessa erityisesti sitä huolellisuutta, jota oikeusjärjestys vaatii keskinäisessä kanssakäymisessä noudatettavaksi ja jonka tarkoituksena on yhteiskunnan menestykselle välttämättömän toimintavapauden säännösteleminen siten, ettei siihen sisälly vahingolliseksi muodostuvaa vieraan intressipiirin loukkausta, on tämän tarkoituksen katsottava voivan toteutua ainoastaan sellaisin kielloin, joilla ylimalkaan voidaan katsoa olevan mieltä tiettyjen seurausten aiheuttamiskieltona. Tällöin ei tule kysymykseen kiellon mielekkyys tietyn yksilön osalta, vaan sellaisen yleisen näkökohdan kannalta, joka osoittaa kiellon toteutumismahdollisuutta yleensä. Se kausaalisuuskriteeri, joka täyttää tämän vaatimuksen, on kuitenkin samalla oleva sikäli yksilöllinen, että se käsittää kielletyn seurauksen syntymismahdollisuuden arvostelemisen pelkästään senkin tiedon perusteella, joka on yksin tekijällä, kunhan tähän tietoon nojautuva objektiivinen arvostelma sisältää sellaisen suhteen teon ja seurauksen välillä, joka oikeuttaa pitämään tekoa kiellettynä. *Tämä luonne voi teon ja sen seurauksen suhteella olla vain silloin, kun teko on omansa lisäämään seurauksen syntymismahdollisuutta.* Vain silloin tietynlaisen seurauksen aiheuttamiskiellolla on mieltä, kun seuraus on sanotuin tavoin tekohetkellä ennalta arvattavissa; ja myöskin vain silloin voidaan teosta säätää vastuu. Tämän »vastuukausaalisuuden» lähempi selvittely on tapahtunut edellä adekvaattisen aiheuttamisen tunnusmerkkien tarkastelussa, jossa sanotun kausaalisuuden rajat on määritetty. Se syy-yhteyden piiri, jota adekvaattisuus osoittaa, on näin muodoin sellaista kausaalisuutta, jonka rajoissa sopimuksenulkoinen vastuu ylimalkaan saattaa tulla kysymykseen.

Adekvaattisuus ei ole samaa kuin oikeudenvastaisuus, kuin tuottamus. Ne normatiiviset näkökohdat, jotka kussakin tapauksessa määräävät oikeudenvastaisuuden olemassaolon, edellyttävät sellaista joustavuutta yksittäistapauksen käsittelyssä, johon kausaalinen katsomus, vieraana arvottamisnäkökohdille, ei voi taipua. Määrätyn kriteerin mukainen syy-yhteys teon ja seurauksen välillä joko on olemassa tai sitä ei ole. Teon ja seurauksen välillä on syy-yhteys sekä

silloin, kun vahingon aiheuttanut teko on oikeudenmukainen erityisen oikeutusperusteen nojalla, että silloin, kun adekvaattisen seurauksen syntymismahdollisuus on ollut niin vähäinen, ettei sitä jokapäiväisessä elämässä oteta lukuun. Se mielipide, jonka mukaan itse adekvaattisuus vaihtelee käytännöllisen elämän tarpeiden mukaisesti, merkitsee perimmältään luopumista adekvaattisuuden kausaalisesta käsittelystä ja siihen sisältyvän teleoloogisen momentin vaihtamista normatiiviseksi näkökohdaksi, toisin sanoen adekvaattisuuden käyttämistä puhtaasti vastuukriteerinä, mihin tarkoitukseen se ei kuitenkaan kelpaa.[192] Mikäli tahdotaan pitäytyä adekvaattisuuden kausaalisuusteoria-vaatimuksessa, on luovuttava viimeksimainitusta käsityksestä, jonka luopumisen ei kuitenkaan — kuten aikaisemmin on osoitettu — tarvitse merkitä mainitun teorian vastuuaineksen kiistämistä kokonaisuudessaan.[193]

Adekvaattisuuden ja vastuullistavuuden, kausaalisuuden ja oikeudenvastaisuuden erillääpitovaatimus tehostuu erityisesti silloin, kun samoissa olosuhteissa tapahtuvasta ulkonaisesti samanlaisesta teosta toisinaan voi johtua vastuu, toisinaan ei. Tällainen tapaus on olemassa, kun teko on vastuullistava vain tarkoituksellisena, mutta ei muutoin. J. SERLACHIUS[194] mainitsee siitä seuraavaa: »Suurempi tai vähempi tieto saattaa — — laajentaa tahi supistaa in concreto arvattavan alaa. Mutta progressiivinen laajennus tapahtuu myös itse arvaamisella. — Milloin toimiva henkilö — — tarkoittaa määrättyä seuraamusta, joka sellaisenaan muutenkin olisi ollut arvattavissa, sattuu in concreto arvattavien seuraamusten piirissä muitakin seurauksia, jotka mainitun seikan puuttuessa lankeavat tuon alan ulkopuolelle.» Serlachius tosin on formuloinut sanottavansa

[192] Jyrkästi toista mieltä on mm. v. HIPPEL II, s. 147, joka menee jopa niin pitkälle, että hän katsoo adekvaattisuusteorian olevan laiminlyöntirikosten rangaistavuuden perustana! Tässä Hippel nähdäksemme pahasti erehtyy. Hän konstruoi laiminlyönnin kausaalisuuden riippuvaksi siitä, olisiko estämisteko todennäköisesti (voraussichtlich) johtanut tarkoitettuun tulokseen. Ennen muuta on kuitenkin kysyttävä, kuinka Hippel katsoo voitavan adekvaattisuuskriteerin avulla saada selville, milloin tunnusmerkistössä mainitun seurauksen estämättä jättäminen on oikeudenvastainen.

[193] Vrt. MÜLLER, Bedeutung d. Kausalzusammenhanges, s. 21. TRAEGER, Kausalbegriff, s. 159: »Diese adäquate Verursachung bezeichnet in den Fällen, in denen zur Verantwortlichkeit Verschulden bezüglich des rechtlich relevanten Erfolgs in seinem ganzen Umfange verlangt wird, die äusserste Grenze der Verschuldens*möglichkeit*, in den übrigen Fällen, wo Verschulden nicht überhaupt oder nicht im ganzen Umfange des rechtlich bedeutsamen Erfolgs zur Haftbarkeit verlangt wird, die äusserste Grenze der Haftbarkeit selbst.»

[194] Oppikirja, s. 95. Lärobok, s. 90.

tässä siten, että sillä on katsottava tarkoitetun vastuun synnyttävien seurausten alan laajentumista muultakin osalta kuin mihin tarkoitus on tähdännyt, mutta tästä voidaan sitä suuremmalla syyllä tehdä se johtopäätös, että myöskin itse tarkoitettu seuraus lankeaa in concreto arvattavan piiriin etäämpää kuin mihin arvattavuuden olisi katsottava muussa tapauksessa ulottuvan. Kuinka *arvattavuuden* progressiivinen laajennus voi tapahtua *itse arvaamisella*, on nähdäksemme kuitenkin käsittämätöntä, sillä arvattavuus on objektiivinen kausaalinen kriteeri, jonka käyttö nojautuu tekijän tarkoituksesta riippumattomaan mahdollisuustodelman perusteen muodostamiseen. Itse tosiasiallinen arvaaminen on kausaaliselta kannalta irrelevantti silloin, kun todennäköisyysarvostelman perusteeseen sisältyy se, mitä tekijä on ontoloogisista ja nomoloogisista seikoista faktillisesti tietänyt, ja kun tältä pohjalta lausuttu objektiivinen mahdollisuustodelma sisältää seurauksen syntymismahdollisuuden. Käsitys, että itse arvaaminen vaikuttaa in concreto objektiivisesti arvattavissa olevaan, nähdäksemme johtuukin siitä, että arvattavuus, so. kausaalisuuskysymys, kytkeytyy normatiiviseen tekijään: teon tarkoituksellisuuden merkitykseen oikeudenvastaisuuden kannalta. Mikäli arvattavuuden, seurauksen syntymistä tarkoitettaessa, katsotaan laajenevan siitä, mitä se muutoin on, se samalla, kuten sanottu, merkitsee luopumista käsittelyn kausaaliselta pohjalta.

Vastuun ulottaminen seurauksen tarkoittamisen tapauksissa etäämmälle kuin mihin se muutoin ulottuu on oikeuspoliittisesti täysin oikeutettua, koska teon sosiaalisen vahingollisuuden kannalta ei ole yhdentekevää, pyritäänkö tarkoituksellisesti vieraan oikeushyödykkeen loukkaamiseen, vaikka sellainen seurauksen syntymismahdollisuus olisikin vähäinen, vai onko tällainen etäinen seuraus syntynyt muunlaisesta oikeusalamaisen käyttäytymisestä. Viimeksimainitussa tapauksessa voidaan sellaisen seurauksen aiheuttamista, joka on adekvaattinen, mutta vain vähän todennäköinen, hyvällä syyllä pitää oikeudenmukaisena, jos tällaisen seurauksen välttäminen edellyttäisi niin suurta varovaisuutta, että sen yleiseksi vaatimukseksi asettaminen koituisi tarpeelliselle toimintavapaudelle haitaksi ja vastaavasti yhteiskunnalle vahingoksi. Tämä ajatus on saanut tieteisopissa yleisluonteisen ilmaisunsa siinä kannanotossa, jonka mukaan adekvaattisena ei ole pidettävä sellaista seurauksen syntymismahdollisuutta, jota sen vähäisyyden takia ei oteta jokapäiväisessä elämässä lukuun. Mutta — ja sen jättää vallitseva teoria huo-

miotta — jos adekvaattisuuden alaraja *kausaalisena* kriteerinä määritellään tällä tavoin, ei enää käy päinsä edellyttää relevanttia kausaalisuutta olemassaolevaksi siinäkään, missä jokapäiväisessä elämässä huomiotta jäävää seurauksen syntymismahdollisuutta vastaava mahdollisuusaste nimenomaisen vahingoittamistarkoituksen tapauksessa on katsottava kyllin suureksi edustaakseen sellaista sosiaalista vahingollisuutta, joka vaatii vastuuta. *Adekvaallisuus kausaalisena kriteerinä on näin ollen määritellävä siten, että se käsittää yhtä hyvin kummatkin tapaukset.* Vasta normatiivinen näkökohta määrää, että toisessa tapauksessa teosta on vastuuseuraamus, toisessa ei, että teko toisessa tapauksessa on oikeudenvastainen, toisessa oikeudenmukainen.

Mainittu arvottamis-normatiivinen tapahtumankulun tarkastelu kohdistuu yksittäistapaukseen lähinnä oikeushyödykkeen *vaarantamiskysymyksenä*. Vieraan intressin vaarantaminen on sellainen olosuhde, jonka on täytynyt olla olemassa, ennenkuin teosta faktillisesti johtunut vahinkoseuraus voidaan katsoa *tuoteluksi* (tai tahallisesti aiheutetuksi) tämän sanan oikeudellisesti relevantissa, vastuullistavassa merkityksessä. Se, mikä tietyn hetken kannalta on tai minkä voidaan katsoa olleen vaarantamista, käsittää näin ollen sellaisen *vaaran*, jolla konkreettisessa yksittäistapauksessa on relevantti merkitys. Vaarasta, praesens periculumista, tällaisena käsitteenä on ensinnäkin huomattava, että se ilmaisee kineettisen ilmiön niin sanoaksemme sen staattiselta puolelta; vaara on tapahtumankulun »pysähtymä» tietyn (»äärettömän lyhyen») hetken kannalta ja siten *tila*. Vaaran määritteleminen tilaksi ei kuitenkaan ilmaise enempää kuin yläkäsitteen. Kysymys on juuri siitä, minkälainen tila vaara on.[195]

[195] Vaara, praesens periculum, josta tekstissä on puhe, on pidettävä erillään siitä rinnakkaiskäsitteestä, jota vaara tarkoittaa silloin, kun siitä puhutaan sopimussuhteisiin kuuluvassa erikoismerkityksessä, esim. periculumina morassa. Viimeksimainitun vaaratilan ei tarvitse sisältää vahingon syntymisen objektiivista mahdollisuutta sinä hetkenä, jona sanotunlainen vaara kuitenkin on olemassa. Tällaista tilaa käynee päinsä nimittää abstraktiseksi vaaraksi, jolla nimityksellä voidaan ilmaista kolmaskin rinnakkaiskäsite: sellainen sopimuksenulkoinen vaara, joka itsessään, ilman tiettyä lisätekijää, ei sisällä sen seurauksen syntymismahdollisuutta, johon katsoen abstraktisesta vaarasta puhutaan, mutta jonka käsittäminen vaaraksi perustuu siihen, että tarkoitetun tilan käsilläollessa on syytä odottaa mainittujen lisätekijäinkin ilmaantumista. — Esimerkiksi tällaisesta vaarasta sopii esim. suurta väenkokoontumista edellyttävä tapahtuma, joka mainitunlaista vaaraa edustavana saattaa antaa ehkäisevälle poliisitoiminnalle paljon työtä. Preventiivinen poliisihallinto joutuukin tekemisiin nimenomaan abstraktisen vaaran kanssa. Viimeksimainitun vaara-käsitteen läheinen sukulainen on sellainen yleisvaara, jonka sisällyksenä on joko praesens periculum sen luonteisena, että vaaranalaiset objektit

Mikäli tämä tila luonnehditaan siten, että sen paneminen tiettyä seurausta koskevan mahdollisuustodelman perusteeksi johtaa arvostelmaan seurauksen objektiivisesta todennäköisyydestä, sikäli vaara on sama kuin sanottu objektiivinen mahdollisuus. Erityisesti adekvaattisuusopin kannalta vaara on tällöin samannettava seurauksensuosivuuden kanssa. Tälle kannalle, jolla on paljon kannatusta, on mm. HONKASALO asettunut.[196] Siitä huolimatta, että varaa-käsitteen kausaalisluonteinen määritelmä lienee jotensakin yleisesti hyväksytty, on asiassa nähdäksemme erimielisyyden vaara. Vaaran määritteleminen sellaiseksi tilaksi, jonka paneminen seurausta koskevan mahdollisuusarvostelman perusteeksi, johtaa adekvaattisuusarvostelmaan, syrjäyttää sen arvottamispitoisen elementin, joka vaara-käsitteeseen sisältyy. Tästä vaaran arvotettuisuudesta on ensinnäkin huomattava, että vaara-käsite itsessään sisältää arvottamistuloksen. Koska arvottaminen tällöin on kohdistunut tilaan — vaarahan, kuten sanottu, on tila —, se merkitsee, ettei se normi, jonka kannalta tilaa arvotetaan, suinkaan ole oikeusnormi.[197] Se on sen sijaan adressaatiton finaalinormi, jonka kannalta se seuraus, jonka syntymisvaarasta on kysymys, merkitsee negatiivisen arvottamisen alaiseksi joutuvaa ilmiötä. Tämä vaara-käsitteen arvopitoisuus ei kuitenkaan sinänsä ole esteenä vaaran pelkästään kausaalisluonteiselle määrittelemiselle, koska tietty negatiivisesti arvotettu seikka voi joutua tarkasteltavaksi yksinomaan sen kannalta, kuinka suurta sen syntymismahdollisuutta jokin tila edustaa. Saattaa niin muodoin olla käytännölliseltä kannalta haitatonta, että vaara rikosoikeuden tarpeita silmällä pitäen määritellään v. LISZTIN ja v. FRANKIN[198] tapaan läheiseksi mahdollisuudeksi — tällaisen definition suoma tulkinnanvara

---

voivat olla yksittäisesti tuntemattomina, vaikka ne yleistettyinä tunnetaan, tai sellainen abstraktinen vaara, jolle annetaan relevantti merkitys, vaikkei praesens periculumia in concreto ole olemassa. Vrt. KITZINGER, Gemeingefährliche Verbrechen, Vergl. Darst. d. Deutschen und Ausl. Strafrechts. Besonderer Teil IX, s. 4 ss; ROSENFELD, Gefährdungsdelikte, HRW II, s. 605 ss.; HIPPEL II, s. 100, 417 ss., 425 ss.; KEKOMÄKI, s. 135 s.

[196] HONKASALO, s. 169 ss., eritt. s. 178, 187. — Honkasalo (s. 169, viite 5) huomauttaa HENCKELin (Der Gefahrbegriff im Strafrecht, s. 17) edustavan mielipidettä, jonka mukaan »vaara on tosiasialliseen tilaan perustuva arvostelma». Henkelin käsitys onkin omituinen. Vaara on hänen mielestään lisäksi tila. Ks. sitaattia sanottussa viitteessä.

[197] Oikeusnormin kannalta voi muun normin perusteella negatiivisesti arvotettu seikka olla positiivisen arvottamisen alainen.

[198] Tässä ei kiinnitetä huomiota v. FRANKin määritelmän siihen omalaatuisuuteen, jonka mukaan vaara on abnormi tila.

on ilmeinen. Varmaa kuitenkin on, että esim. v. KRIESin,[199] HIPPELin[200] ja Honkasalon kannanoton mukainen määritelmä vaara-käsitteen olemisesta adekvaattisuus-käsitteen määräämä vastaa paremmin sanottua käsitettä niissä eri olosuhteissa, joissa se tämän tutkielman alalla tulee esille.[201] Mutta sekään ei nähdäksemme tuo ratkaisua. Pelkkä vahinkoseurauksen syntymisen adekvaattinen mahdollisuus sellaisena, joksi se tässä tutkielmassa on määritelty, ei ole samaa kuin vaara. Sellaisesta tilasta, jonka paneminen mahdollisuustodelman perusteeksi johtaa seurauksen adekvaattisen mahdollisuuden arvostelmaan, voidaan ainoastaan sanoa, että se on vaaran loogillinen prius. Vain se voidaan sanoa, että ilman adekvaattista vahinkoseurauksen syntymismahdollisuutta ei ole myöskään mitään vaaraa praesens periculum merkityksessä. Mutta sen sijaan ei käy sanominen, että vaara on aina siinä, missä sanotunlainen mahdollisuuskin on, koska sama seurauksen syntymismahdollisuuden aste katsotaan toisissa olosuhteissa vaaraksi, toisissa ei. Vaara-käsite kytkeytyy siksi kiinteästi konkreettisessa yksittäistapauksessa ilmeneviin olosuhteisiin, ettei mahdollisuus-käsite sinänsä voi kelvata sen kriteeriksi. Vaaran olemassaolo joutuu tällöin tutkittavaksi sellaisena arvottamiskysymyksenä, jonka ratkaisuun muutkin kuin kausaaliset tekijät ovat myötävaikuttamassa. Olosuhteiden, joissa elämän kulku edellyttää adekvaattista vahinkoseurauksen syntymismahdollisuutta, *voidaan* tällöin katsoa edustavan sellaista normaalia tilaa, jota ei predikoida vaaraksi, kun taasen toisissa olosuhteissa sama mahdollisuusaste, vallitsevat olosuhteet huomioonottaen, arvostellaan vaaraa edustavaksi. Nämä mukaantulevat arvottamisainekset eivät liene yksittäiskohdin selvitettävissä, mutta erityisesti ihmistekojen synnyttämän vaara-tilan osalta ne kiinteästi liittyvät sosiaaliseen tarkoituksenmukaisuuteen olematta kuitenkaan kokonaan samannettavissa oikeudenvastaisuusarvostelman langettamiseen johtavien arvottamisnäkökohtien kanssa. Vaara-käsitteen arvottamiselementtien merkitys on nähdäksemme täsmällisesti määriteltävissä vain siten, että ne osoittavat, ettei sanottua käsitettä voida aina definioida yksinomaan kausaalisluonteisesti.

Vaara-käsitteestä on lopuksi syytä toistaa — siihen jo edellä viitattiin —, että se, samoin kuin adekvaattisuus, on oikeudenvastai-

[199] ZStW 9, s. 533 ss.

[200] Deutsches Strafrecht II, s. 146 s.

[201] Tässä emme käsittele vaara-käsitettä sen mahdollisissa erikoismerkityksissä, kuten esim. yritysrikoksen elementtinä.

suuden edellytys yleisen tuottamustunnusmerkistön piirissä. Teko ei voi olla oikeudenvastainen, ellei se ole synnyttänyt intressinloukkauksen vaaraa. Sen sijaan ei vahingon vaara suinkaan samalla merkitse oikeudenvastaisuuden olemassaoloa senkään vuoksi, että ensinmainittu on käsitteellisesti riippumaton inhimillisestä käyttäytymisestä.

Eräissä tapauksissa vaara kausaalisesti katsoen ulottuu yhtä etäälle kuin adekvaattisuus, toisissa, kuten sanottu, ei. Mutta tällöinkin, siis ensinmainitussa tapauksessa, muut kuin kausaaliset tekijät ovat myötävaikuttamassa siihen, että adekvaattisesta mahdollisuudesta muodostuu vaara. Seuraava esitys koskettelee juuri erästä tällaista tapausta: kysymystä siitä, miten käyttäytymisen objektiivinen oikeudenvastaisuus ja siis vastuullistavuus on teoreettisesti konstruoitava silloin, kun edellä tässä kohdassa esitettyjen näkökohtien mukaisesti on syytä saattaa tekijä vastuuseen sellaisesta tarkoitetusta etäisen vahinkoseurauksen aiheuttamisesta, jossa käsilläoleva adekvaattisuus sinänsä ei muissa olosuhteissa johda oikeudenvastaisuusarvostelmaan.

3. Se arvostelma, joka tekijän nimenomaan tarkoittaessa etäisen (adekvaattisen) seurauksen aiheuttamista sisältää teon oikeudenvastaiseksi julistamisen, joutuu nyt käsiteltäväksi tulevissa tapauksissa nojautumaan subjektiivisiin momentteihin. Käsityksemme mukaan — kirjallisuudessa ei tällaista konstruktiota tietääksemme ole kosketeltu — voidaan sanotussa tapauksessa teon oikeudenvastaisuusluonteen selvittämiseksi turvautua oppiin oikeudenvastaisuuden subjektiivisista elementeistä. Konstruktiomme perustelemiseksi mainittakoon tässä muutamin sanoin tästä teoriasta.

a. Kysymys oikeudenvastaisuuden subjektiivisista tekijöistä on nuori. Sen herättäjänä on pidettävä H. A. Fischeriä, jonka tutkimuksessa »Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts», vuodelta 1911 korostetaan mainittujen tekijöiden merkitystä. Objektiivisen oikeudenvastaisuuden tultua tieteessä tunnustetuksi[202] oli vallitsevan mielipiteen mukaan oikeudenvastaisuuden määritteleminen tapahtuva yksinomaan ulkonaisten tunnusmerkkien nojalla. Fischer tahtoi tästä käsityksestä poiketen osoittaa, että rajankäynti sen ja syyllisyyden välillä ei ole toteutettavissa vain ulkonaisten ja sisäisten tunnusmerkkien parallellisuuteen viit-

[202] Sanottu tunnustaminen on tietenkin välttämätön edellytys sille, että ylimalkaan saattaa viritä kysymys oikeudenvastaisuuden subjektiivisista tekijöistä.

taamalla, vaan että päinvastoin oikeudenvastaisuuden kannalta konstitutiivista voi olla muukin kuin pelkästään ulkomaailman tapahtuma. Fischerin mukaan tekijän psyykillinen suhtautuminen tekoonsa voi ratkaisevasti vaikuttaa siihen, että teko, joka muutoin ei ole oikeudenvastainen, saa tämän luonteen Samoin voi teon oikeudenmukaisuus riippua subjektiivisista tekijöistä. Fischer näin muodoin kiistää sen, että objektiiviselle oikeudenvastaisuudelle olisi ominaista yksinomaan ulkonaisin tunnusmerkein todettavissa oleva yhteiskunnan edun vastaisuus, mutta hänen teoriansa jättää systemaattisessa suhteessa toivomisen varaa sikäli, että kysymys niistä subjektiivisista elementeistä, joilla on oikeudenvastaisuuden kannalta perustava merkitys, jää selvityksettä suhteessa syyllisyysarvostelmaan. Oikeudenvastaisuus- ja syyllisyyskysymykset siten Fischerin rakennelmassa kytkeytyvät yhteen.[203] Niin oikeudenvastaisuudelle kuin syyllisyydellekin on ominaista, että niitä koskevaan arvostelmaan sisältyy moite, mutta minkä luonteinen tämä moite-elementti on toisaalta oikeudenvastaisuuden, toisaalta syyllisyyden osalta, jää Fischerin esityksessä selvityksettä.

FISCHERin tutkimus ei ole saanut seuraajia sivilistien keskuudessa.[204] Työn jatkajina ovat yksinomaan kriminalistit, joista HEGLER[205] ja MAYER[206] — kumpikin toisestaan riippumatta aihettaan käsitellen (v. 1915) — loivat pohjan kysymyksen kehittämiselle erityisesti rikosoikeuden osalta. Tämän jälkeen asia on ollut vilkkaan mielenkiinnon kohteena kriminalistien puolelta, joiden tutkimuksissa kysymystä on monipuolisesti valaistu.[207] Näissä tutkimuksissa huomio

---

[203] Jo MAYER, Allg. Teil. d. Deutschen Strafrechts, s. 186, viite 8, 12, huomauttaa siitä FISCHERin teorian puutteellisuudesta, ettei hän lainkaan tutki oikeudenvastaisuus- ja syyllisyystunnusmerkkien eroa.

[204] FISCHER tarkastelee käsiteltävää kysymystä — kuten edellämainitusta teoksen nimestä käy ilmi — erityisesti siviilioikeuden kannalta. Šikaanikielto (BGB 226 §, s. 138), hyvien tapojen vastaisuus (s. 140.ss.) ja omanavun tapaukset (229 §, s. 258), niin myös negotiorum gestio (s. 288) ovat asioita, joissa tekijän subjektiivisella tarkoituksella on ratkaiseva merkitys. Tätä teon laadun merkityksellisyyttä Fischer — vastoin vallitsevaa käsitystä — korostaa jopa hätävarjeluksenkin osalta (s. 244 ss.), vaatien sen oikeudenmukaisuuden edellytykseksi puolustautumistarkoitusta ja syyllisyyden puuttumista.

[205] ZStW 36, s. 19 ss. Myöhemmin: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, FRANKin juhlajulkaisussa v. 1930.

[206] Allg. Teil. d. Deutschen Strafrechts.

[207] Erityisesti on mainittava MEZGER GS 89, s. 207 ss., Festschrift für TRAEGER, s. 187 ss.; SAUER, Grundlagen des Strafrechts, s. 344; EBERHARD SCHMIDT, Lehrbuch, 26 pain., s. 183 s., FRANK, Komm. huom. VI 59 §:ään; ZIMMERL, Zur Lehre vom Tatbestand, s. 33 ss.; ROSENFELD, Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungs-

kohdistetaan ymmärrettävästi vain rikosoikeudellisiin tunnusmerkistöihin ja kysymykseen siitä, onko ja missä määrin näiden tunnusmerkistöjen määrittely tapahtunut tekijän psyykkillistä tekoonsa suhtautumista silmällä pitäen. Tähän laajaan kysymykseen ei meillä ole tässä tilaisuutta puuttua. Käsiteltävän kysymyksen yleisen luonteen selvittämiseksi on kuitenkin syytä esittää siitä muutamia yleisiä näkökohtia.

Syyllisyys samoin kuin oikeudenvastaisuuskin lankeaa varsinaisen tunnusmerkistön ulkopuolelle. Syyllisyyselementtien kuulumattomuus itse tunnusmerkistöön ei kuitenkaan ole poikkeukseton. Vaikka tunnusmerkistöjen muodostamisessa onkin useimmissa tapauksissa katsottava lähdetyn siitä, että se suojeluobjekti, joka käy ilmi tunnusmerkistön teleoloogisesta tarkastelusta, on todettava vaarannetuksi pelkästään ulkonaisten tunnusmerkkien nojalla, on kuitenkin olemassa tapauksia, joissa tunnusmerkistönmukaisuuden sijoittaminen yksin ulkonaisten tunnuksien maailmaan ei pidä paikkaansa. Subjektiivisten oikeudenvastaisuuselementtien olemassaolon tunnustajat katsovat, että tällaisen ulkonaisen ryhmityksen käsittävä naturalistis-deskriptiivinen erottelu ei vastaa oikeustieteessä käytettävää arvottamisnormatiivista katsantokantaa.[208] Oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden suhde tunnusmerkistönmukaisuuteen ei näin muodoin ole määriteltävissä siten, että viimeksimainittu tyypillisenä oikeudenvastaisuutena merkitsee ainoastaan teon ulkonaisen puolen negatiivista arvottamista syyllisyysarvostelman kohdistuessa tekijään henkilökohtaisesti hänen omakohtaisen tekoon suhtautumisensa takia, vaan tunnusmerkistön oikeudenvastaisuusluonteelle voi olla määräävää sekin, missä tarkoituksessa arvottamisen alainen teko tehdään. Milloin näin on asianlaita, mainitun objektiivisen aineksen on katsottava ensi kädessä kuuluvan sen arvottamisen piiriin, joka — tekijän henkilöstä riippumatta — kohdistuu tunnusmerkistönmukaiseen toimintaan yhteiskunnalle vahingollisena ilmiönä; sen lisäksi tulee, että tämä aines *samalla* voi olla perusteena varsinaiselle syyllisyysarvostelmallekin. Tunnusmerkistön luonteeseen kuuluu, että se *aina* ilmaisee ulkomaailman tapahtuman, mutta sen käsittely arvottavalta ja normatiiviselta kannalta ei edellytä, että se aina tarkoittaisi *ainoastaan* sitä. Tunnusmerkistön tarkoittaman arvottamisobjektin

handlung, Festgabe f. FRANK II, s. 161 ss.; Erik WOLFF, Strafrechtliche Schuldlehre, s. 52, 110, 132, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit, Festschrift f. PAPPENHEIM; SIEVERTS, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht.

[208] HEGLER, Festgabe f. FRANK I, s. 301 s.

voidaan päinvastoin — kuten sanottu — eräissä tapauksissa todeta sisältävän sellaisia subjektiivisia elementtejä, jotka vasta yhdessä puhtaasti objektiivisten kanssa muodostavat tunnusmerkistökokonaisuuden.

Sanottu subjektiivisten tekijäin merkitys korostuu erityisesti silloin, kun on kysymys rangaistavasta oikeushyödykkeen *vaarantamisesta* ja tällaisten tekojen tyyppeinä määrittelemisestä. Tässä määrittelyssä lainsäätäjällä on ollut edessään vaikea oikeusteknillinen tehtävä, jonka ratkaisussa on turvauduttu milloin »konkreettisen», milloin »abstraktisen» vaarantamisrikoksen konstruktioon[209] — milloin taas päädytty siihen, että viimeksimainitun rakennetta, pelkästään objektiivisiin tunnusmerkkeihin liittyvän vaarantamisen ollessa rangaistusperusteeksi riittämätön, on täydennetty vaatimuksella tietyn seurauksen aikaansaamistarkoituksen olemassaolosta.[210] Samaa merkitystä ei subjektiivisilla elementeillä ole katsottu olevan silloin, kun laki määrittelee toteutetun oikeushyödykkeen loukkaamisen sinänsä. Tällaisissa tapauksissa on tekijän aivoituksista riippumattoman ulkonaisen tapahtumankulun katsottu säännöllisesti riittävän kysymyksessäolevan oikeudenloukkauksen luonnehtimiseen.[211] Tekijän psykoloogista suhtautumista tekoonsa on tällöin vastaavasti pidetty tunnusmerkistön konstruoinnissa tarpeettomana. (Se että tällaisen teon rangaistavuus edellyttää syyllisyyttä, on tällöin asia, jolla ei ole mitään yhteyttä tunnusmerkistön rakenteen kanssa.)

Viimeksimainittu käsityskanta on nähdäksemme kuitenkin tar-

---

[209] Konkreettinen vaarantamisrikos on kysymyksessä silloin, kun tunnusmerkistöelementtinä esiintyy vaara, jonka käsilläolo yksittäistapauksessa on tuomarin ratkaistava. Abstraktisesta vaarantamisrikoksesta voidaan puhua niissä tapauksissa, joissa faktillinen vaarantaminen ei ole rikoksen tunnusmerkistöntekijänä. Lainsäätäjä on tässä tapauksessa tahtonut luonnehtia teon, joka — kuten MAYER (Lehrbuch, s. 129) sanoo — »*regelmässig* gefährlich ist, aber *ausnahmslos* strafbar sein soll, selbst wenn sie einmal ungefährlich war». Edellisen ryhmän rikoksista voidaan mainita esim. RL 34: 9. »Jos joku, aikoen saada vaaran aikaan rautatien käyttämisessä, on sellaisen vaaran matkaansaattanut tahallansa vahingoittamalla — —». Jälkimmäiseen ryhmään kuuluu mm. murhapolton tunnusmerkistö 34: 1. MEZGER (GS 93, s. 142) on kiinnittänyt huomiota siihen, että abstraktisten vaarantamisrikosten ryhmä on suurempi kuin yleensä edellytetään.

[210] Esim. anastustarkoitus varkaudessa (Rl 28: 1), rahan oikeasta tai käyvästä liikkeeseen panemisen tarkoitus (37: 1).

[211] SIEVERTS, Subj. Unrechtselementen, s. 125: »Die Verletzung des Rechtsguts, der Integrität des menschlichen Lebens z. B. wird an dem äusseren Tatbild, dass jemand einen Menschen getötet hat (§ 212 StGB), zweifelsfrei erkennbar. Eines Blickes in die Seele des Täters bedarf es zur Umschreibung dieser Rechtsgutsverletzung nicht.» Tätä kantaa sellaisenaan emme katso voitavan hyväksyä.

kistöksen tarpeessa — ei itse tunnusmerkistöopin osalta, sikäli kuin se koskee *eri* tunnusmerkistöjen teleoloogista tulkintaa ja niiden rakennetta, vaan subjektiivisen oikeudenvastaisuusmomentin merkityksen kannalta yleensä sen suhteessa oikeudellisesti relevanttiin aiheuttamiseen *kaikkien* tällaista aiheuttamista edellyttävien tunnusmerkistöjen osalta. Teon objektiivisen oikeudenvastaisuuden riippuvaisuus tekijän subjektiivisesta tarkoituksesta silloin, kun tämä riippuvaisuus ilmentää ulkonaisen (kausaalisen) tapahtumankulun täydennykseksi tarvittavaa oikeudenvastaisuus-kriteeriä, on tällöin luonteeltansa perimmältään sama kuin subjektiivisen tekijän osuus sellaisen yksittäisen tunnusmerkistön konstruoinnissa, joka on kokoonpantu sekä objektiivisista että subjektiivisista elementeistä. Samoin kuin sellaisessa tunnusmerkistössä, johon sisältyy subjektiivinen oikeudenvastaisuusaines, oikeusalamaisen käyttäytyminen sinänsä objektiivisessa ilmenemismuodossaan ei ole riittävä synnyttämään sellaista oikeushyödykkeen vaarantamista, jonka olisi katsottava vastaavan sitä käyttäytymistä, jonka oikeusnormi tahtoo kieltää, ja samoin kuin tällaisessa tapauksessa vasta lisäksi tullut tekijän subjektiivinen tarkoitus aikaansaa sanotun vaikutuksen, samoin on subjektiivisen tekijän synnyttämän oikeudenvastaisuuden suhteesta adekvaattiseen aiheuttamiseen todettava, ettei viimeksimainittu tarkoittamissamme tapauksissa yksinään riitä sillä tavoin vaarantamaan oikeushyödykettä, että se sinänsä oikeuttaisi käyttäytymisen negatiiviseen arvottamiseen. Viimeksimainittu tapaus eroaa, kuten sanottu, ensinmainitusta siinä, että se ei koske yksittäisen tunnusmerkistön rakennetta, vaan sellaista yleistä subjektiivisen oikeudenvastaisuuselementin soveltamista, jolla on merkitystä aiheuttamistunnusmerkistöjen tulkinnalle yleensä.[212]

---

[212] Tällä seikalla on syvällisempi yhteys kysymykseen materiaalisesta oikeudenvastaisuudesta kuin positivistisen käsityksen pohjalta voi tulla esille. Oikeudenvastaisuuden muodollisen määrittelyn kannattajat — kuten edellä on selvitetty — välttävät yhtenäisen oikeudenvastaisuus-käsitteen definitiota, mikä erityisesti rikosoikeuden osalta merkitsee luopumista sanotun käsitteen asettamisesta rikos-käsitteen pohjaksi ja kysymyksen käsittelyn ohjaamista »oikeudenvastaisuuden poistavien perusteiden» alalle. Oikeudenmukaisuus täten tulee esille poikkeuksena tunnusmerkistönmukaisuuden säännöllisesti käsittämästä oikeudenvastaisuudesta. Poikkeuksista kasvaa mahtava kasuistiikka, joka »taistelee» tunnusmerkistön indisiovaikutusta vastaan. Siten itse oikeudenvastaisuuskysymys läheisesti liittyy yksittäisten tunnusmerkistöjen rakenteeseen ja yksittäisiin poikkeusperusteisiin — ja periaatteellinen kannanotto siihen jää syrjään. Se kysymys oikeudenvastaisuuden subjektiivisista tekijöistä, jota tekstissä tarkoitamme, ei voi saada ratkaisuaan tunnusmerkistökysymyksenä juurisanottuun tapaan, koska se

Tämän konstruktiomme voidaan ajatella antavan aihetta huomautukseen, että siinä on kysymys puhtaasti subjektiivisesta oikeudenvastaisuuden konstitutiosta, jollaista konstruktiota objektiivisen oikeudenvastaisuuden prioriteettivaatimuksen vuoksi ei voida hyväksyä. Tällainen syytös kuitenkin olisi aiheeton. Niin mielellämme kuin myönnämmekin, että oikeudenvastaisuuden tunnustaminen *pelkästään* subjektiivisista seikoista syntyväksi ei ole hyväksyttävissä, niin ilmeistä on nähdäksemme samalla, että esittämässämme konstruktiossa ei ole kysymys tällaisesta tapauksesta. Subjektiivinen aines tarkoittamassamme oikeudenvastaisessa aiheuttamisessa on olemassa objektiivisen aineksen ohella ja sellaisessa suhteessa siihen, että oikeudenvastaisuuden ilmenemismuoto ei suinkaan ole yksinomaan psyykillinen. Tällaisesta tapauksesta voidaan päin vastoin todeta, että sen »ulkonainen aines» kyllin selvästi erottuu psyykillisestä maailmasta vahinkoseurauksen adekvaattisuuden ansiosta.

Oikeudenvastaisuuden kannalta relevantin aiheuttamisen riippuvaisuus subjektiivisista elementeistä tietysti voidaan periaatteellisesti eittää. Tälle kannalle asettuminen on luonnollista varsinkin sen opin kannattajain taholta, jonka mukaan oikeudenvastaisuuden subjektiivisia elementtejä ylimalkaan ei ole tunnustettava olemassaolevaksi. Mutta periaatteellisesti myönteisellekin kannalle asettuneiden tutkijain katsomuksessa voi nähdä runsaasti piirteitä, joista käy päätteleminen, että heidän mielestään oikeudenvastaisuus negatiivisesti arvotettuna aiheuttamisena sinänsä ei ole riippuvainen subjektiivisista tekijöistä. Niinpä SAUER, joka samoin kuin HEGLER kiistää subjektiivisten tekijäin merkityksen »oikeutusperusteen poista-

---

koskee jokaisessa vahingonaiheuttamistunnusmerkistössä olevaa kausaalisuuspitoista elementtiä ja sen piirissä tapahtuvaa erottelua oikeudellisen arvottamisen kannalta relevanttiin ja irrelevanttiin aiheuttamiseen. *Ennenkuin siis saattaa viritä kysymys tunnusmerkistön toteutumisesta, sen oikeudenvastaisuusluonteesta ja erityisistä oikeutusperusteista, on periaatteellisen kannanoton avulla oikeudenvastaisuuteen ratkaistava, milloin on kysymys sellaisesta aiheuttamisesta, jota tunnusmerkistössä tarkoitetaan. Tässä kannanotossa kysymys oikeudenvastaisuuden subjektiivisista elementeistä ei enää ole kysymys yksityisen tunnusmerkistön rakenteesta erotukseksi muista.* Niin kauan kun käsittely koskee viimeksimainittua, siis yksittäisen oikeudenvastaisuustyypin konstruktiota, voivat niin muodollisen kuin aineellisenkin oikeudenvastaisuus-käsitteen kannattajat liikkua samoilla linjoilla ja tunnustaa subjektiivisten oikeudenvastaisuustekijäin olemassaolon, mutta siirryttäessä tarkoittamaamme tunnusmerkistökysymyksen ulkopuolella olevaan kontsruktioon on formaalidefinition kannattajain nähdäksemme vaikeata seurata mukana, koska säädännäisestä oikeudesta saatava ohje silloin häviää.

misperusteena» (negatio negationis),[213] näkee viimeksimainitussa esteen subjektiivisten elementtien tunnustamiselle siinä, että oikeudenvastaisuusarvostelman subjektina on ennen muuta ulkonainen käyttäytyminen yleisine vahingonaiheuttamistendensseineen. Arvottamisobjektina ei ole tekijän yksilöllinen tarkoitus, vaan teon immanenttinen reaalinen tarkoitus, jonka arvo käy selville vastauksesta kysymykseen, onko tarkastelunalaisen laatuinen käyttäytyminen yleensä omansa enemmän hyödyttämään kuin vahingoittamaan yhteiskuntaa vaiko päin vastoin. Tällainen kannanotto on nähdäksemme mahdollinen ainoastaan sillä pohjalla, jolla teon ja seurauksen suhdetta arvostellaan adekvaattisuuden ja tyypillisyyden samantamisen merkeissä. Teoria, jonka mukaan teon ulkonainen ilmenemismuoto tarjoaa riittävän perusteen oikeudenvastaisuusarvostelmalle kokonaan riippumatta vahinkoseurauksen aiheuttamistarkoituksesta, ymmärrettävästi nojautuu käsitykseen teon ja seurauksen sellaisesta suhteesta, jonka mukaan adekvaattisuusarvostelma sinänsä ilmaisee teon yleisen[214] vahingoittamistendenssin. Mutta mikäli Sauerin — ja monen muun — tapaan juriidisesti relevantti kausaalisuus kytketään sanottuihin edellytyksiin, sikäli myöskin — jos adekvaattisuutta pidetään, niinkuin asiallista on, *kausaalisena* tekijänä — tehdään teoreettisesti mahdottomaksi se joustavuus, joka on tarpeen oikeudenvastaisuus- ja vastuukysymyksen käsittelyssä silloin, kun toisaalta on kysymys tarkoitetusta oikeudenloukkauksesta, toisaalta luvallisen tarkoituksen toteuttamisessa ilmenneestä »sivuseurauksesta».

b. Konstruktiomme subjektiivisten oikeudenvastaisuustekijäin olemassaolosta adekvaattisen aiheuttamisen piirissä on olennaisessa yhteydessä kannanottoomme materiaalisen oikeudenvastaisuuden käsitteen puolesta.[215] Oikeudenvastaisuuden tautologinen formaalidefinitio, jonka mukaan oikeudenvastaisuus on positiivisen oikeuden normin vastaisuutta, ei sisällä mitään ohjetta teon oikeudenvastaisuus-luonteen selvittämiseksi silloin, kun normi on ilmaistu pelkästään seurauksen aiheuttamiskieltona, koska juuri tämän kiellon materiaalinen sisällys on selvitettävä, ennenkuin sen soveltamisala on määritettävissä. Tämä ala puolestaan ei käy ilmi positiivisesta oikeudesta, vaan se on tulkinnan asia, tulkinnan, jossa oikeudenvastaisuu-

[213] ja joka muutoinkin vain sangen niukassa mitassa tunnustaa merkitystä subjektiivisille oikeudenvastaisuustekijöille. HEGLER, Festgabe f. FRANK I, s. 258; SAUER, Grundlagen, s. 346 s.

[214] so. useista tapauksista todettavan, vahinkoseurausten lukumäärästä ilmenevän.

[215] Vrt. viitettä 212, s. 303.

den aineellinen sisällys on ohjenuorana. Täsmällisen kriteerin löytäminen kysymyksen arvostelemiselle on tässä — niinkuin monessa muussakin tämän alan kysymyksessä — kiistämättä vaikeaa ja mahdotontakin. Olennaista ohjetta asian ratkaisulle on nähdäksemme kuitenkin saatavissa oikeuden ja moraalin periaatteellisesta erosta, joka kysymyksessäolevassa kohdin merkitsee pelkän »ajatussyyllisyyden» kelvottomuutta vastuuperusteeksi. Oikeuden tarkoituksena ei ole oikeusalamaisten ajatusten kontrollointi ja jo yksin niistä vastuuseen saattaminen. Oikeusjärjestys, joka ottaisi täyttääkseen tätä tehtävää, ei olisi »oikeaa oikeutta»; se olisi omansa enemmän vahingoittamaan kuin hyödyttämään yhteiskuntaa. Tämä näkökohta on mielestämme asetettava ratkaisevaksi arvosteltaessa kysymystä siitä, milloin teko, joka seurauksen tietyn mahdollisuusasteen käsittävänä ei ole oikeudenvastainen, ellei seuraus ollut tarkoitettu, saattaa tarkoituksellisena saada sanotun luonteen. *Oikeudenvastaisuusraja on tällöin nähdäksemme määriteltävä sen mukaan, onko tarkoituksen synnyttämä subjektiivinen oikeudenvastaisuuselementti objektiivisessa ilmenemismuodossaan erotettavissa pelkästä ajatussyyllisyydestä oikeudellisesti relevantiksi tekijäksi.* Myönteisessä tapauksessa on kysymyksessä oikeudenvastainen aiheuttaminen.

Yksilön sisäinen suhtautuminen tekoonsa kiinnostaa oikeudellista arviointia ainoastaan sikäli kuin itse teko ulkonaisena ilmiönä on arvosteltavissa yhteiskunnan ja sen yksilöiden yhteiselämän kannalta. Yksittäistapauksessa voi tosin sellainenkin »paha tarkoitus», jonka toteutuminen on täydellisesti sattumanvarainen, ilmetä muuna kuin *pelkkänä* »ajatussyntinä», jos siihen liittyy tämän tarkoituksen saavuttamisen tavoitteluksi osoittautuva ulkonainen teko, mutta tämä seikka ei ole ratkaiseva asian *oikeudellisen* merkityksellisyyden kannalta. Viimeksimainittu vaatii *yleistävän* näkökohdan soveltamista, joka puolestaan paljastaa sen, että yksilön eetillisesti moitittavan laadun toteaminen sitä ilmentävästä teostakaan ei ole riittävä asian saattamiseksi moraalin maailmasta oikeudellisen relevanssin piiriin, jos teko *yleisen* laatunsa puolesta on sellainen, ettei sille yhteiskunnan kannalta voida omistaa vahingollisuuden predikaattia.[216] »Beziehungen», sanoo RADBRUCH,[217] »welche sich zwar in Handlungen äussern, bei denen aber die Handlungen nicht als das, was sie sind,

[216] On ilmeistä, ettei adekvaattisuuden ulkopuolelle jäävä seuraus, jonka pelkkä conditio sqn. teko on, koskaan ole yhteiskunnan kannalta vahingollinen, koska se ei lisää tällaisen vahingon syntymismahdollisuutta.

[217] Rechtsphilosophie, s. 38.

sondern nur nach Massgabe dessen, was sie bedeuten, was sie von der Seele des Täters offenbaren, erheblich sind, müssen ausschliesslich moralischer Bewertung anheimfallen.» Teko, joka mainituin tavoin johtaa sellaisen tarkoitetun seurauksen syntymiseen, joka on inadekvaattinen ja jonka syntymismahdollisuutta teko siis ei ole lisännyt, kuuluu juuri tällaiseen, pelkästään moraalisen arvottamisen luokkaan.

Rajankäynti viimeksimainitussa suhteessa ei ole yhtä helppoa silloin, kun on kysymys teosta, jonka seuraus on *adekvaattinen*. Tällainen teon seuraus ei ole koskaan sattuma, ellei viimeksimainittua käsitettä käytetä ilmentämään sellaista seurausilmiötä, joka jää *tyypilliseksi* arvostellun tapahtumankulun ulkopuolelle. Adekvaattinen seuraus voi näin ollen ilmetä — sen mukaan mitä adekvaattisuudella tässä tutkielmassa tarkoitamme — sellaisena seurauksena, joka ei ole teon kannalta tyypillinen, mutta jonka syntymismahdollisuutta teko on omansa lisäämään. Juuri tällaisessa adekvaattisuuden rajatapauksessa tulee ratkaistavaksi kysymys subjektiivisten tekijäin merkityksestä oikeudenvastaisuuden olemassaololle ja juuri tällöin rajankäynti moraalisen ja oikeudellisen arvottamisen välillä synnyttää vaikeuksia sen vuoksi, että teko toisissa tapauksissa on todettavissa yhteiskunnallisen merkityksellisyytensä takia oikeudellisesti relevantin negatiivisen arvottamisen alaiseksi, toisissa ei. Samalla kun teko, joka tähtää inadekvaattisen seurauksen aiheuttamiseen, voidaan *poikkeuksetta* osoittaa yksinomaan moraalisen arvottamisen ja vastaavasti »ajatussyyllisyyden» piiriin, samalla adekvaattisten seurausten ryhmä tarjoaa tarkasteltavaksi rajattoman määrän eriluonteisia seurauksen edellytysten kombinatioita, joiden yksittäiskohtainen erottelu oikeudenmukaisiin ja oikeudenvastaisiin on sula mahdottomuus. Tämä tosiasia ei kuitenkaan merkitse sitä, että itse se kriteeri, joka nojautuu oikeuden ja moraalin periaatteelliseen eroavaisuuteen ja jonka mukaan pelkkä ajatussyyllisyys ei ole vastuuperusteeksi riittävä, ei olisi kelvollinen käytettäväksi käsilläolevassa kysymyksessä yleisluonteisena ohjeena. Tarkastelunalainen, tekijän tarkoitukseen nojautuva subjektiivinen oikeudenvastaisuuselementti on tämän kriteerin mukaan tunnustettava olemassaolevaksi niissä tapauksissa, joissa seurauksen aiheuttamistarkoitus, teon aikana vallinneet olosuhteet huomioonottaen, on sen laatuinen, että teon voidaan katsoa kuuluvan ulkonaisen ilmenemismuotonsa puolesta yhteiskunnan kannalta vahingollisiin tekoihin. Tällaisten tekojen erottaminen muista taasen edellyttää toisaalta teon tarkoituksen,

toisaalta yleisen toimintavapauden käsittämien luvallisten pyrkimysten huomioonottamista. Jos teko, joka *objektiivisesti* ilmentää sanotunlaisia pyrkimyksiä ja niihin kuuluvaa toimintaa, subjektiivisesti tähtää oikeudenloukkauksen aikaansaamiseen, on subjektiivisen oikeudenvastaisuustekijän olemassaolon edellyttäminen vaikeampaa, kuin jos teko ilmenee toimintavapauden kannalta objektiivisesti »tarkoituksettomana». Toimintavapaudella on tällöin tarkoitettava lähinnä sellaisen toiminnan vapautta, jonka objektiivisesti voidaan katsoa edistävän hyödyllisten tarkoitusten toteutumista tai ainakin kuuluvan sellaisen »jokapäiväisen elämän» piiriin, jossa tarkastelunalainen käyttäytyminen on aivan tavanomaista ja jossa niin muodoin myöskin on vastaavasti vaikeampaa erottaa subjektiivista »pahaa tarkoitusta» jokapäiväisestä käyttäytymistavasta ja sijoittaa sitä yhteiskunnan kannalta objektiivisesti vahingollisen käyttäytymisen luokkaan. Viimeksimainitunlaisissa olosuhteissa onkin nähdäksemme pidettävä sääntönä, että »paha tarkoitus» ei joudu oikeudellisen arvottamisen kohteeksi ja että se siis on luettava sellaiseksi »ajatussyyllisyydeksi», jonka ojentajana oleminen ei kuulu oikeusjärjestyksen tehtäviin. Jos sen sijaan on kysymyksessä teko, joka objektiivisen laatunsa puolesta poikkeaa sanotunlaisesta käyttäytymisestä, on asianlaita toinen. Tällainen käyttäytyminen niin sanoaksemme asettaa »pahan tarkoituksen» etualalle ja synnyttää teon ja seurauksen välille suhteen, joka objektiivisestikin ilmentää sanottua tarkoitusta yhteiskunnan elämässä vahingollisella tavalla. Sanottu subjektiivinen tarkoitus ei tällöin jää pelkästään eetillisesti moitittavaksi mielentilaksi, vaan se saavuttaa yhteiskuntajärjestyksenkin kannalta merkitykselliset mittasuhteet nimenomaan teon mainitun subjektiivisen aineksen ansiosta. Tämä subjektiivinen elementti yhtyy teon adekvaattisuuden kanssa *objektiivisesti relevantiksi* ilmiöksi.[218]

[218] Joka tarkoituksellisesti »koettaa onneaan» saadakseen oikeudenloukkauksen aikaan, *voi* sillä aiheuttaa suuremman seurauksen syntymisvaaran kuin se, joka ilman tällaista tarkoitusta tulee käyttäytymisellään synnyttäneeksi edellytyksen, joka on seuraukselle samassa mitassa adekvaattinen, sillä tarkoitukseen kätkeytyy useasti-yrittämisen mahdollisuus objektiivisesti vaarallisempana kuin muuhun käyttäytymiseen.

Toisaalta on huomattava, että vaikka seurauksen aiheuttamistarkoitus ei aineellisesti merkitsisikään suurempaa vaarantamista kuin mikä johtuu muusta käyttäytymisestä, viimeksimainittu intressien vaarannus on alistuttava vastaanottamaan »kaupanpäällisiksi» keskinäisen yhteiselämän edistymiseksi tarpeellisesta toimintavapaudesta. Oikeushyödykkeiden vaarantaminen osoittautuu tällöin haittana pienemmäksi kuin se etu, joka sisältyy mahdollisimman vapaaseen intressientyydytykseen. Tätä vertauskohtaa ei ole

Tarkoittamamme rajankäynnin havainnollistamiseksi mainittakoon siitä esimerkki. Kun joku puhdistaa ampuma-asettaan niin varomattomasti, että se laukeaa ja kuula surmaa useiden satojen metrien päässä naapuritalon pihalla kävelevän henkilön, tuskin voi olla kysymys muusta kuin tapaturmasta. Sen sijaan henkilö, joka huonosti käyvällä ampuma-aseella tarkoituksellisesti tähtää ja ampuu naapuritalon pihalla olevaa kuulan tavoittaessa maalinsa, on saatettava vastuuseen tästä teostaan. Ja toisaalta: Viimeksimainitun teon ollessa oikeudenvastainen siihen sisältyvän subjektiivisen elementin ansiosta, ei sanottua oikeudenvastaisuustekijää, »ajatussyyllisyyden» käsittämän rajoituksen takia, voida katsoa olemassaolevaksi silloin, kun työnantaja lähettää äsken maalta kaupunkiin muuttaneen asiapojan kulkemaan vilkasliikenteisen kadun yli tarkoituksin, että poika saisi liikenneonnettomuudessa surmansa, ja tarkoitus toteutuu. Ratkaisut olisivat samat siinäkin tapauksessa, että olisi mahdollista todeta adekvaattisuus mainituissa eri olosuhteissa täsmälleen samanasteiseksi.

4. Kun täten on selvitetty adekvaattisuuden ja oikeudenvastaisuuden suhde sanotuissa, teoreettisen konstruktion kannalta vaikeasti ratkaistavissa erikoistapauksissa, joissa käyttäytymisen oikeudenvastaisuus edellyttää subjektiivisten elementtien[219] olemassaoloa, on seuraavana tehtävänä tämän suhteen tarkasteleminen muissa olosuhteissa, joissa subjektiivisilla oikeudenvastaisuustekijöillä ei ole mitään sijaa eikä merkitystä.

a. Tästäkin tarkastelusta aluksi muistutettakoon, että vaikka oikeudenvastaisuus tällöin onkin läheisessä yhteydessä teosta johtuvan seurauksen objektiiviseen todennäköisyyteen, ei kuitenkaan se näkökanta, jolta ensinmainittua on arvosteltava, suinkaan ole kausaalinen. Tämä lähtökohta jää usein tarpeellisetta huomiotta niissä esityksissä, joissa siviilioikeudellisen kulpan, so. varomattomuuden, kausaalinen aines ja adekvaattisuus samannetaan, mihin käsitykseen myöskin kuuluu se adekvaattisuuden määritelmä, jonka mukaan jokapäiväisessä elämässä varteenottamatta jäävä vaarantaminen ei ole adekvaattinen. (Varomattomuuskäsitettä koskevan teorian rin-

tarjona silloin, kun vaarantaminen johtuu sellaisesta vahingoittamistarkoituksesta, jonka ulkonainen toteuttaminen jää mainittujen luvallisten ja hyödyllisten toimintojen ulkopuolelle. Pelkästään viimeksimainittu asiantila oikeuttaa arvostelemaan subjektiivista tarkoitusta sosiaalisesti ja oikeudellisesti merkityksellisenä tekijänä, joka yhdessä teon adekvaattisuuden kanssa synnyttää oikeudenvastaisuuden.

[219] Siis *oikeudenvastaisuus*elementtien — syyllisyyskysymys ei tässä siis ole ollut esillä.

nastaminen oikeudenvastaisuuskysymykseen on tässä yhteydessä oikeutettua mainittujen kysymysten arvosteluperusteen yhtäläisyyden takia. Tämän perusteen käsittely ei ole — niinkuin se kausaalisuuskysymystä koskevana on — deskriptiivinen, vaan arvottava ja normatiivinen.) Kun näin ollen STANG — pohjoismaisesta tieteisopista esimerkin mainitaksemme — varomattomuuden ja adekvaattisuuden suhdetta tarkastellessaan mainitsee, että »Begrepet uagtsomhet falder likesom begrepet adaekvans tillbake paa en sandsynlighetsberegning», hän ei kysymyksenkäsittelyä tähän suuntaan ohjatessaan ole koskettanut asian ydintä. Ja kun hän edelleen mainittujen käsitteiden eroa luonnehtiessaan vain yhdessä lauseessa huomauttaa sanottuun eroon kuuluvaksi, että »dertil kommer, at begrepet uagtsomhet indeholder en dadel, mens begrepet adaekvans ikke gjør det», hän tällä, ikäänkuin asialle vain lisäväriä antamaan tarkoitetulla huomautuksella sivuuttaa sen, jota olisi ollut ennen muuta korostettava. Stangin tarkoittamassa eronteossa ja niinikään erossa oikeudenvastaisuuden ja adekvaattisuuden välillä mainittu moiteelementti ei ole suinkaan se, joka »kommer dertil», vaan se ilmentää itse sitä perustetta, jolta niin varomattomuus- kuin oikeudenvastaisuuskysymyksenkin käsittely on lähtevä: arvottavaa ja normatiivista näkökantaa. Tältä näkökannalta, johon adekvaattisuus on vain esikysymyksen suhteessa, puuttuu asian luonnosta johtuen se täsmällisyys, joka on tarpeen kaikelle kausaaliselle määrittelylle; tähän näkökantaan kuuluu elementtejä, joita elämän vaihtelevat tarpeet ja olosuhteet olennaisesti määräävät ja jotka eivät siis saa sisällystään adekvaattisuudesta.

α. Erityisesti ns. pohjoismainen oikeudenvastaisuusoppi[220] ja myös-

[220] Tämän teorian luojina on pidettävä GETZiä ja Goosia, jotka esittivät oppinsa viime vuosisadan kahdeksannella vuosikymmenellä. Teorian kannattajista mainittakoon HAGSTRØMER, TORP, JUL. LASSEN, BENTZON, HAGERUP, USSING, STANG ja A. SERLACHIUS. (Heidän teoksistaan ks. HONKASALO, s. 85.) Tämä oppi on tullut kuuluisaksi korostamansa intressienpunnintaprinsiipin ansiosta, joka erityisesti Torpin teoriassa edustaa noudatettavaa normia, mutta opin perustajain teoriassa vain tiettyä tendenssiä. Getzin esityksestä (NRT 1876, s. 35) käy selvästi ilmi, että hän ei tunnusta intressienpunnintaa in concreto voimassaolevaksi laiksi ja Goosinkin teorian voitaneen katsoa olevan periaatteessa samalla kannalla (Strefferetten I, s. 165 ss.), vaikka hänen esityksessään teon hyödyn ja vaarallisuuden suhde in concreto saa enemmän korostusta kuin minkä sille antaa Getz, joka positivistisen suunnan periaatteiden mukaisesti näkee tärkeän periaatteen oikeusvarmuudessa. Kun Torp mielestämme liian yksipuolisen rationalismin edustajana on valmis jättämään oikeusnormin sen varaan, mitä intressienpunninta yksittäistapauksessa osoittaa, ja kun hän katsoo oppi-isänsä Goosinkin olevan saman hengen lapsia (TfR 1928, s. 276 s.), hän nähdäksemme syyllistyy sekä oikeusvarmuuden alttiiksi

kin moniaat saksalaiset kirjailijat[221] käsittelevät oikeudenvastaisuuskysymystä suhteena vahinkoseurauksen objektiivisen todennäköisyyden, odotettavissa olevan vahingon suuruuden tai vaarannetun oikeushyödykkeen arvon ja teon tarkoituksen ja hyödyllisyyden välillä ja esittävät siitä — yleisesti sanoen — sen käsityksen, jonka mukaan vieraan intressin vaarantaminen saa olla sitä suurempi, mitä hyödyllisempi teon tarkoitus ja vähäisempi uhatun intressin arvo ja sen vaarantaminen on — ja päin vastoin. Se »oikeudenmukaisuuden asteikko», jota tällä tavoin luonnehditaan, kasvaa ankaran huolellisuusvaatimuksen aiheuttamasta toiminnan rajoittuneisuudesta yhä suurempaa toimintavapautta suosivaksi. Se sisältää yleensä »en viss sandsynlighetsgrad, inden der kunde bli spørsmaal om nogen indskraenkning av handlefriheten, og en stadig voksende sandsynlighetsgrad, efterhvert som de handlinger, hvorom der blev tale, var av større og større interesse for det menneskelige samfund. Den har endog maattet saette en sig til visshet naermende sandsynlighet, ja vissheten selv ut av betragtning, naar den bestemt forutseelige skadende følge fremstillede sig som noget forsvindlende blandt den hele raekke av følger», sanoo GETZ[222] ja J. SERLACHIUS[223] ilmaisee saman ajatuksen mainitsemalla, että »erityinen merkitys on tässä kohden toiselta puolen menettelyn suuremmalla tai vähemmällä yleisvaarallisuudella, toiselta puolen kyseessä olevan edun eli intressin[224] suuremmalla tai vähemmällä arvolla. Kuta suurempi on vaarallisuus, ja kuta vähempi arvo on intressillä, sitä suurempaa huolellisuutta tulee käyt-

---

panemiseen että pohjoismaisen oikeudenvastaisuusteorian alkuperäissisällyksen muuttamiseen. Toisaalta on huomattava, että sikäli kuin puheenaolevan pohjoismaisen oppisuunnan kannalta oikeudenvastaisuus määritellään positivistisen teorian piirissä tyydyttäväksi katsotun tautologisen formaalidefinition avulla vain norminvastaisuudeksi, samalla kun intressienvertailu esitetään niinikään oikeudenvastaisuuskysymystä määrääväksi, sikäli on tarjona »kahdenlaisen oikeudenvastaisuuden» vaara. — Pohjoismaisen oikeudenvastaisuusteorian suurin heikkous, jonka vuoksi se on saanut osakseen runsaasti kirpeääkin kritiikkiä, on intressiensovittelun yleistä suuntaa osoittavien normien vähäksymisessä. Siitä syystä sille ei ole tässäkään tutkielmassa katsottu voitavan antaa hyväksymistä erittäinkään sellaisessa muodossa, jota esim. Torp ja Stang edustavat. (Stangista ks. esim. Skade voldt av flere, s. 243 s. Erstatningsansvar, s. 106, 115.) Vrt. SAUER, ZStW 33, s. 785 ss. eritt. s. 794 s., 801.

[221] Näistä mainittakoon mm. LÖFFLER, Die Schuldproblem des Strafrechts I, s. 148, MIRICKA, Die Formen der Strafschuld 13, 14 §. EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit, s. 199.

[222] NRT 1876, s. 34 s.

[223] Oppikirja, s. 94.

[224] Teon tarkoituksen, ei siis vaarannetun intressin.

tää ja sitä alemmaksi tulee vaadittava todennäköisyyden aste; ja päinvastoin kasvaa jälkimmäinen sikäli kuin intressin arvo on suurempi tahi toiminnan vaarallisuus vähempi». Tarkasteltaessa yksittäisen teon oikeudenvastaisuutta — oikeudenvastaisuushan voi ilmetä vain in concreto — juurimainitun kriteerin kannalta voidaan kuitenkin todeta, ettei teoria ole sinänsä hyväksyttävissä. Tosin ei voida kiistää sitä, että sanotuin tavoin ilmaistu intressienvertailun periaate ilmaisee teon oikeudenmukaisuuden silloin, kun on kysymys suuremman intressin pelastamisen tarpeesta pienemmän kustannuksella, mutta tämä ei suinkaan merkitse samaa kuin se, että — milloin tällainen tilanne ei ole kysymyksessä — olisi luvallista vaarantaa ja vahingoittaa vähäarvoista vierasta intressiä vain sillä perusteella, että teko edistää suurempiarvoisen intressin toteutumista.[225] Oikeusjärjestyksen tarkoituksena ei suinkaan ole kannatuksen suominen sille, että »vähät välitetään» toisille koituvista pienistä vahingoista, kun on kysymyksessä oman, vaikkapa objektiivisestikin suuriarvoisen intressin edistäminen. Vieraan intressin huomiotta jättäminen voi sanotuissakin olosuhteissa tulla kysymykseen ainoastaan tietyissä tapauksissa, joissa mainitun periaatteen soveltaminen ei tule merkitsemään oikeusjärjestyksen vakavuuden horjuttamista. Yleisenä sääntönä sitä ei voida soveltaa kuin vain sangen rajoitetussa mitassa.

Toisin kuin mitä juuri on sanottu yksittäisen teon oikeudenmukaisuuden arvostelusta, on asianlaita silloin, kun tarkastelunalaiseksi otetaan se *tietynlainen* toiminta, jota yksittäinen teko edustaa. Tällaisesta toiminnasta yleensä käy päinsä sanoa, että se eräissä tapauksissa, joille juuri toiminnan yleinen hyödyllisyys on tunnusomaista, on oikeudenmukaista siitä huolimatta, että siitä tiedetään, jopa varmasti, syntyvän vahinkoa. Yksittäistapausta erillisenä ilmiönä silloin tarkastamatta voidaan sanoa, että tarkoitetunlainen toiminta, esim. sähkölaitoksen käyttö, moottoriajoneuvoliikenteen harjoittaminen jne., on sanotun intressienvertailu-periaatteen mukaisesti sallittua. Toiminnan hyödyllisyys ja sen synnyttämä vaara arvostellaan tällöin niin sanoaksemme in abstracto, mutta se hyödyn ja vahingon punninta, joka tällöin johtaa oikeudenmukaisuusarvostelmaan,[226]

[225] Jo yksin se seikka, että vaarantaminen olisi sallittua sellaisessa kasvavassa määrässä, joka vastaa toteutettavan intressin arvoa, muodostaisi huomioonotettavan negatiivisen tekijän intressin yhteiskunnallisen hyödyllisyyden arvostelussa: intressin yhteiskunnallinen arvo on sitä pienempi, mitä kalliimmaksi — syntyvien vahinkojen takia — sen toteuttaminen tulee.

[226] Navigare necesse est, vivere non est necesse!

ei kuitenkaan silloin, kun oikeudenmukaisuuskysymys in concreto tulee käsiteltäväksi, koidu yksityisen teon hyväksi enemmältä kuin että toimintaan ryhtymistä jo sinänsä ei katsota oikeudenvastaiseksi, vaan että sitä päin vastoin pidetään oikeudenmukaisena sikäli kuin se tapahtuu tällä alalla vaadittavaa huolellisuutta noudattaen.[227] Teon hyödyllisyys in concreto ei joudu mainittavasti tarkasteltavaksi kysymyksessäolevanlaisessa toiminnassa vaadittavaa huolellisuutta arvosteltaessa ja sikäli siis toiminnan objektiivinen tarkoitus on huolellisuusvaatimusta määräävä tekijän eduksikin,[228] mutta milloin tarkastelunalaisesta teosta tai laiminlyönnistä on johtunut vahinko, jollaisia toimintaa in abstracto arvosteltaessa ei toiminnan yleisen hyödyllisyyden takia pidetä esteenä sen oikeudenmukaisuudelle, ei sanottu hyödyllisyys suinkaan tee tekoa sallituksi, jos toiminnan objektiivisen tarkoituksen toteuttaminen on yksittäistapauksessa tapahtunut vieraiden intressien huomioonottamisvaatimusta vähäksyvällä tavalla. Tämä vaatimus sellaisena oikeudenmukaisuuden kriteerinä, jonka edellä olemme luonnehtineet soveliaaksi keinoksi sallitun tarkoituksen toteuttamiseen, ei tällöin sisällä vähemmän huolellisuuden sallintaa sen mukaan, kuinka hyödyllinen teko in concreto on. Eri asia on se, että mainittu toiminnan arvostelu in abstracto osoittaa toimintaan ryhtymisen sinänsä oikeudenmukaiseksi, ja eri se, harjoitetaanko tätä toimintaa in concreto oikeudenvastaisuuskysymystä määräävän objektiivisen huolellisuusvaatimuksen edellyttämällä tavalla. Tämä huolellisuusvaatimus taasen voi olla sangen ankara, samalla kun toiminnan edistämän intressin arvo on sangen suuri — tulos, joka olennaisesti poikkeaa ns. pohjoismaisen oikeudenvastaisuusteorian edellyttämästä ratkaisusta.

Miten tämä huolellisuusvaatimus on asetettava ja millaista vieraan intressin vaarantamista tuottamustunnusmerkistön toteutuminen siis edellyttää? Tuottamustunnusmerkistön realisoituminen

[227] Tämän huolellisuuden noudattamisen ei suinkaan tarvitse merkitä vieraan intressin vaarantamisen lakkaamista. Se vain merkitsee, ettei tällainen vaarantaminen ole kielletty (silloinkaan, kun vaarantamista käsittävä toiminta ei in concreto toteuta mitään hyödyllistä tarkoitusta).

[228] Suurjännitteisen sähköjohdon asettamisessa vaadittava huolellisuus ei ole johtoa teollisuuslaitoksen tarpeeksi rakennettaessa sen vähempi kuin jos sähkö johdetaan palvelemaan vain jonkun huvia eikä päin vastoin viimeksimainittua tarkoitusta varten johtoa rakennettaessa ole tarpeen noudattaa sen suurempaa huolellisuutta kuin silloin, kun sähkön johtamisella on hyödyllinen tarkoitus. Autonkuljettaja, joka »muuten vain» ajelee vilkasliikenteisellä kadulla on vain saman varovaisuusvaatimuksen alainen kuin se, joka käyttää ajoneuvoa hyödylliseen tarkoitukseen.

sen kausaalisuuteen liittyvän tunnusmerkistöntekijän osalta lähentyy kysymystä syy-yhteyden olemassaolosta teon ja seurauksen välillä, mutta, kuten sanottu, se ei ole kuitenkaan vain kausaalisuhteen toteamiskysymys. Adekvaattisten vahinkoseurausten yleisestä huomioonottamisvaatimuksesta on tingittävä yhteiskunnan elämässä tarpeellisen toimintavapauden edustaman yleisen intressin takia. Mutta minkä verran? Yleinen mielipide on, ettei asiasta lainkaan voida antaa sellaista määritelmää, jolla olisi yleinen soveltamiskelpoisuus; yksittäistapauksen subsumointi ei ole varmuudella toteutettavissa minkään sellaisen säännön alaisuuteen, joka pyrkii yleispätevästi ratkaisemaan käsilläolevan kysymyksen. Selvää onkin, että tässä on kysymys asiasta, jota ei voida täsmällisesti määritellä ja joka vastaavasti vaatii yksittäistapauksen tarkkaa tutkintaa ja sille ominaisten olosuhteiden huomioonottamista, joten teorian täytyy tässä alistua »elämässä vallitsevan käsityksen»[229] ja harkinnanvaraisten ratkaisujen epämääräisyyteen. Jotakin ohjetta kysymyksen ratkaisemiselle lienee kuitenkin yleisinkin määritelmin annettavissa.

Roomalaiset turvautuivat, kuten tunnettua, bonus paterfamilias käsitteen tarjoamaan kriteeriin, jonka mukaan oikeusalamaisen käyttäytymistä arvotettiin. Tällainen arvottamisperuste kuitenkin edustaa liian ylimalkaista mittapuuta sen huolellisuuden ja taidon määrittelemiseksi, jota on vaadittava elämän eri aloilla. Lääkärin suorittaman leikkauksen asianmukaisuus ei ole selitettävissä sillä, miten huolellinen perheenpää olisi menetellyt, eikä moottoriajoneuvon kuljettamisen kriteeriksi kelpaa diligentia boni et frugi patrisfamilias. Arvottamistuloksen määräävä normi näin ollen edellyttää niiden erityisten olosuhteiden huomioonottamista, joihin se tulee sovellettavaksi. Tämä mittapuu kvalifioituu sen mukaan, mitä *asianomaisen elämänalan* katsotaan oikeusalamaisten käyttäytymiseltä vaativan. Näiden vaatimusten asettamisessa taasen on olennainen osa sillä niin nomoloogisella kuin ontoloogisella tiedolla, joka käyttäytymisen seurausta arvosteltaessa on pantava vahinkoseurauksen syntymistä koskevan mahdollisuustodelman perusteeksi ja jota ei ilman muuta voida pitää samana kuin sitä, joka määrää seurauksen adekvaattisuuden. Se huolellisuus ja taito, jota asianomaisessa elä-

[229] »Elämässä vallitseva käsitys», »elämän sääntö», yleinen käsitys», »yleinen kielenkäyttö» ovat asioita, joita käsityksemme mukaan on vältettävä jokaisessa määritelmässä, joka suinkin voidaan rakentaa ilman niitä. Niiden normatiivisten näkökohtien esittelyssä, joista tekstissä on kysymys, emme kuitenkaan ole voinut tulla toimeen tämänluonteisiin kriteereihin turvautumatta.

mänpiirissä on vaadittava, ilmentää käyttäytymisen oikeaa suhdetta tähän tietoon.

Lukuunottamatta niitä tapauksia, joissa itse tekijä vallitsee adekvaattisuusarvostelman perusteeksi pantavaa tietoa, on tästä tiedosta sanottava, että sen ohjeeksi asettaminen ei vastaa sitä, mitä »elämän sääntönä» ilmaistun yleisen olosuhteiden tunnettavuuden on katsottava edustavan; ja kysymys on siitä, onko oikeudenvastaisuusarvostelman seurattava tätä »elämän sääntöä», joka jättää huomiotta huiput ja katsoo asioita keskikorkeudelta. Vastaus on myöntävä, sillä oikeudenvastaisuus ja siitä syntyvä vahingonvastuu ovat oikeassa suhteessa yhteiskunnan elämään vasta silloin, kun ne liittyvät sellaiseen vieraan oikeushyödykkeen loukkaamiseen, jonka mahdollisuus on teon hetkellä ollut niin suuri, että se on käynyt ilmi alan keskimittaistakin tietoa edustavan edellytysten generalisation pohjalta.[230] Inhimilliseen toimintaan sopimussuhteiden ulkopuolella liittyvä vahingonvastuu on yleisenä sääntönä oikeutettu vain sillä edellytyksellä, että toiminta ylittää vieraan oikeushyödykkeen vaarantamisessa sen rajan, jota asianomaisen alan toiminta yleensä, so. keskimitan mukaan, edustaa.[231] Toisin sanoen jätetään sellainen vahinkoseurauksen syntymismahdollisuuden lisääntyminen huomiotta, joka ei sisälly tämän alan keskimitan mukaisen edellytysten generalisation pohjalta lausuttavaan mahdollisuustodelmaan eikä myöskään tekijän tiedon mukaiseen arvostelmaan.[232]

β. Mitä juuri on esitetty, koskee oikeudenvastaisuuteen liittyvän vahingonvastuun syntymistä sillä perusteella, että teko liiallisessa määrässä vaarantaa vierasta oikeushyödykettä. Tälle oikeudenvastaisuudelle on, kuten sanottu, asetettava kriteeri, joka vastaa

---

[230] Tässä ei tietenkään ole kysymys tekijän tiedosta.

[231] Vrt. mm. A. SERLACHIUS, Straff och skadestånd, s. 102: »Beräkneligheten mätes — — efter en objektiv måttstock, efter genomsnittsmänniskans förmåga att beräkna. Har individen genom en rättswidrig handling förorsakat en efter denna allmänt mänskliga måttstock beräknelig skada, så bevisar det ett minus i hans individualitet.»

[232] Edelläkäyneessä esityksessä on käytetty deskriptiivisiä tunnusmerkkejä normatiivisen kysymyksen ratkaisun selventämiseksi. Tällaista esitystä emme ole sen eräänlaisen edullisuuden vuoksi tahtoneet korvata sillä, että olisimme puhuneet pelkästään niistä vaatimuksista, joita yleinen kanssakäyminen oikeudenvastaisuuskriteerille asettaa siinä, mitä oikeusalamaisten pitäisi huomioonottaa intressinloukkauksia välttääkseen. Esityksestämme siis on vain huomattava, ettei mainittu keskimittakriteeri tarkoita tunnusmerkistön kausaalisuuspitoisen elementin olemassaolon ratkaisemista deskriptiivistä tietä, vaan viitettä siihen, millä pohjalla normatiivinen tarkastelu on liikkuva. Ks. s. 320 s.

keskimittaa ja yleistä sääntöä.[233] Mutta tämä ei suinkaan merkitse samaa kuin että kaikki vahingonvastuu on määräytyvä sanotun perusteen mukaisesti. Mainittu kriteeri on paikallaan vain sikäli kuin on kysymys siitä intressinloukkauksesta, johon vahinko välittömästi kytkeytyy.[234] Syntyneen vahingon *laajuus* on arvosteltava toisin. Oikeusalamainen, jonka aiheuttamaksi on luettava intressinloukkaus, ei enää siitä viriävän vahingon vastuukysymyksen osalta ole hyödylliseen toimintavapauteen nojautuvin perustein puollettavissa olevan »keskimittakriteerin» tarjoaman turvan tarpeessa, vaan täten syntynyt vahinko on syytä katsoa korvattavaksi siinä mitassa, kuin se on adekvaattinen. Sama periaate — niin nähdäksemme voidaan sanoa — on saanut Saksan oikeudessa ilmaisunsa siinä vakiintuneessa BGB:n tulkinnassa, jonka mukaan vain itse intressin tai suojelunormin loukkaus (§ 823) vahingonvastuun synnyttääkseen edellyttää kulpaa, kun taas siitä johtunut vahinko on korvattava kulpasta riippumatta. Suomen oikeuden osalta käsilläoleva kysymys siis on ratkaistavissa siten, että kun intressinloukkaukseen välittömästi liittyvän vahingon vastuullistavaan aikaansaamiseen on tarpeen enemmän kuin pelkkä teon ja seurauksen adekvaattinen syyyhteys, siihen kun tarvitaan teon oikeudenvastaisuutta, tulee sen sijaan vahinkoseurauksen enempi kehittyminen, so. vahingon laajuus, lankeamaan vastuun piiriin sen mukaan, mitä vahingon adekvaattisuus osoittaa.[235]

On kuitenkin tapauksia, joissa silloinkin, kun ei ole kysymys vain vahingon laajuudesta, sovelletaan ankarampaa generalisointiperustetta, kuin keskimitta edustaa. Milloin oikeusalamainen — J. SERLACHIUKSEN jo edellälainattuja sanoja käyttääksemme — »tarkoittaa määrättyä seuraamusta, joka sellaisenaan muutenkin olisi ollut arvattavissa, sattuu in concreto arvattavien seuraamusten piirissä muitakin seurauksia, jotka mainitun seikan puuttuessa lankeavat tuon alan ulkopuolelle». On siis, oikeampaa sanontaa käyt-

[233] Myöskin tekijän tieto on luonnollisesti huomioonotettava ja asetettava toiminnalle sitä vastaava vaatimus.

[234] Vrt. KIVIMÄKI, Asianajajan vastuu, s. 84 ss.

[235] Toista mieltä EKSTRÖM, Privaträttens allmänna läror, s. 910, jonka mukaan »Märkas bör, att den inskränkning i ansvaret, som fordran på adekvat förorsakade för med sig, sträcker sig blott till de reala verkningar, som ligga till grund för skadan, och ej till beräknandet av skadans storlek». Pohjoismaisessa kirjallisuudessa STANG, Erstatningsansvar, mm. s. 84 ss., erityisesti korostaa, että korvattavan vahingon sekä syntymisen että laajuuden tulee olla adekvaattinen. Tämä kanta on oikea — ei kuitenkaan siinä Stangin esittämässä muodossa, jonka mukaan adekvaattisuus on vastuuperuste.

tääksemme, olemassa tapauksia, joissa, kun intressinloukkaus on tarkoitettu, tämän seurauksen aiheuttaneesta teosta johtuva muukin vahinkoseuraus lankeaa vastuupiiriin etäämpää kuin muutoin — yksittäistapauksesta riippuen pelkästään silläkin perusteella, että se on adekvaattinen.[236]

b. Oikeudenvastaisuuskysymys vieraan intressin vaarantamiskysymyksenä ei ole ratkaistu sillä, että vahinkoseurauksen syntymistä koskeva mahdollisuustodelma esitetään muodostettavaksi asianomaisen alan keskimittaisen tiedon edellyttämän generalisation mukaisesti. Samassa yhteydessä on otettava huomioon myöskin seurauksen mahdollisuusaste ja sen suhde toteutettavan tarkoituksen ja vaarannetun intressin arvoon.[237] Tähän kysymyksen ratkaisuun kuitenkin sisältyy vain yleisluontoinen ohje, joka ei edellytä yksittäistapauksen välitöntä subsumointimahdollisuutta. Muuatta näkökohtaa katsomme kuitenkin olevan tarpeen tässä yhteydessä erityisesti korostaa. Silloin kun on kysymys teon oikeudenmukaisuudesta tai oikeudenvastaisuudesta ennen muuta sen mukaan, *minkä verran* se in concreto vaarantaa vierasta oikeushyödykettä, on intressienvertailunäkökohdilla suhteellisesti suppea soveltamisala. Aivan toisin on asianlaita silloin, kun oikeudenvastaisuuskysymys ulotetaan varsinaisten ns. oikeutusperusteiden alalle. Kysymys siitä, mikä on näillä perusteilla oikeudenmukaista edellyttää mitä suurimmassa määrin viimeksimainittujen näkökohtien ja suhteiden huomioonottamista. Asiassa on olennainen ero, jos teko todetaan oikeudenmukaiseksi sillä perusteella, ettei se ole vaarantanut vierasta oikeushyödykettä siinä määrin kuin oikeudenvastaisuuden predikaatin teolle asettaminen edellyttää, tai jos teon oikeudenmukaisuuden pohjana on erityinen oikeusnormin pätemisalaa supistava peruste. Tietenkään ei itsellään oikeudenmukaisuudella ole näissä tapauksissa eroa — ero on kummankin ryhmän teoreettis-systemaattisessa rakenteessa: sen suhteessa vastuutunnusmerkistön toteutumiseen ja siitä syntyvään oikeudenvastaisuusindisioon.

---

[236] Huomautettakoon, että tämäkin tulos johtuu tunnusmerkistön kausaalisen elementin normatiivisesta tarkastelusta, vaikka voidaankin päätyä kausaalisuuskriteerin mukaiseen vastuumittaan.

[237] Kun mahdollisuustodelman peruste on muodostettu asianomaisen alan keskimittaisen tiedon mukaisesti, ei mahdollisuusaste voine — yleisesti sanoen — jäädä irrelevantiksi muissa kuin aivan vähäisen seurauksen syntymismahdollisuuden tapauksissa. Normatiiviset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat voivat kuitenkin yksittäistapauksen erityisten olosuhteiden mukaisesti edellyttää siinäkin suhteessa lievempää kriteeriä.

Sanotulle eronteolle on mielestämme syytä omistaa huomiota, koska se on omansa selventämään tarkasteltavana olevaa kysymystä vahingonvastuun syntymisperusteesta erityisesti systemaattiselta kannalta. Käsityksemme mukaan se joltinenkin epämääräisyys, joka rasittaa oikeudenvastaisuusteoriaa — ja josta kokonaisuudessaan ei liene mahdollista päästäkään — osittain johtuu siitä, että tieteisopissa ei mielestämme ole kohdistettu kyllin suurta huomiota tämän eron merkitykseen. Sanottu eronteko koskettaa tunnusmerkistön toteutumisen edellytyksiä ja niiden suhdetta oikeudenvastaisuuskysymykseen erityisesti siinä systematiikassa, jonka viimeksimainitun kysymyksen käsitteleminen säännön ja poikkeuksen vastakkainasetteluna käsittää.[238] Teon oikeudenmukaisuus, joka perustuu siihen, ettei vieraan intressin vaarantaminen ole ollut kyllin suuri, ei tarkoittamamme erottelun mukaan ole esitettävissä juurimainitun sääntö-poikkeus-periaatteen mukaisesti.[239] Tämän vastakkainasettelun alaisia ovat ainoastaan ne tapaukset, joissa teon ja seurauksen välisen suhteen normatiivinen tarkastelu johtaa vastuutunnusmerkistön realisoitumista edellyttävään tulokseen, missä piirissä sitten on ratkaistava, onko tunnusmerkistönmukainen toiminta oikeuden vastainen vai oikeudenmukainen. *Vaarantamisen määrämittaisuuden*[240] *vaatimus on sijoitettava niiden yleisten edellytysten joukkoon, joiden toteudullua vasta voi virilä kysymys säännön tai poikkeuksen käsilläolosta.*[241]

[238] Ks. s. 223 ss., 254 ss.

[239] Vrt. M. L. MÜLLER, s. 41.

[240] On oikeastaan väärin puhua vaarantamisen määrämittaisuudesta, koska kysymyksessä on muidenkin tekijäin yhdistelmä. Lyhyyden vuoksi se kuitenkin sallittakoon, kun siitä väärinkäsityksestä, että olisi kysymyksessä kausaalinen tarkastelu, ei ole pelkoa.

[241] Vrt. FISCHER, Rechtswidrigkeit, s. 199: »Da jeder Ausschlussgrund eine Ausnahme von der Regel bildet, muss für den richtigen Ausschlussgrund die Gesamtheit der Regelvoraussetzungen auch gegeben sein; *es ist kein Ausschlussgrund, wenn eine oder mehrere der elementarsten Regelvoraussetzungen fehlen* (kor. meid.). Daher müssen aus der Liste der Schadenersatzausschlussgründe einmal alle unerlaubten Handlungen im weiteren Sinne gestrichen werden, welche zu einem Schaden nicht geführt haben, sodann alle rechtswidrigen schuldhaften Schadenshandlungen, bei denen der immaterielle Schaden nach § 253 BGB keinen Ersatz findet.» Fischerin mainitsemia esimerkkiä vastaavasti ei myöskään varsinaista oikeutusperustetta ole olemassa siinä, missä vieraan oikeushyödykkeen vaarantaminen ei ole saavuttanut sitä määrää, joka on tarpeen tunnusmerkistön toteutumiseksi ja sen indisiovaikutuksen syntymiseksi.

Sillä normatiivisella tarkastelulla, joka koskee tunnusmerkistön kausaalisuuspitoista elementtiä, on, kuten sanottu, erityinen laatuvärinsä siinä, että se suhteellisesti vähäisessä määrässä sisältää sitä intressienpunnintaa, joka on etualalla silloin, kun on kysymys erityisen oikeutusperusteen olemassaolosta.

Joka — niinkuin tämän kirjoittaja — on sitä mieltä, ettei ole syytä vähäksyä oikeutusperusteiden luettelon tarjoamaa apukeinoa oikeudenvastaisuuskysymyksen selvittämiseksi, hän nähdäksemme ei myöskään voi olla antamatta melkoista merkitystä sille, että sanottujen perusteiden soveltamisedellytykset selvitetään ja että tarkastelunalaisen vahinkotunnusmerkistön osalta tutkitaan, onko vahingonkorvauksen suorittamista vaativan tunnusmerkistön oikeudenmukainen realisoituminen mahdollinen ilmankin mainittujen perusteiden käsilläoloa. Mitä oikeutusperusteiden soveltamisedellytyksiin tulee, ne ovat, kuten edellä jo mainittiin, itse tunnusmerkistön toteutumisen edellytyksenä — mutta kuitenkin vain sikäli kuin tunnusmerkistössä ilmaistu normi käsittää kysymyksessäolevan seurauksen aiheuttamiskiellon. Jos vahinko on korvattava siitä riippumatta, onko kieltonormi ulottunut sen aiheuttamiseen vai ei, tunnusmerkistö myöskin voi oikeudenmukaisesti toteutua erityisen oikeutusperusteen käsillä olematta. Muissa tapauksissa ei puoltamamme konstruktion mukaan tunnusmerkistön oikeudenmukainen toteutuminen ilman erityistä oikeutusperustetta siis ole lainkaan mahdollinen.[242]

Myöskin periaatteellisesti toiselle kannalle voidaan kuitenkin asettua. Jos lähdetään siitä, että tunnusmerkistönmukaisuus koskee kaikkea sitä toimintaa, jota on pidettävä vahinkoseurauksen syntymistä suosivana, on mahdollista pitää teon ja seurauksen pelkästään adekvaattista syy-yhteyttä edellytyksenä tunnusmerkistön toteutumiselle ja sen arvottavalle tarkastelulle. Tällöin tunnusmerkistönmukaisuuden oikeudenvastaisuuskysymys ei kuitenkaan ole luonnehdittavissa yksin sääntö-poikkeus-periaatteen avulla. »Um eine Handlung» — sanoo kysymystä sanottuun suuntaan kehitellyt TARNOWSKI[243] — »als rechtswidrig bezeichnen zu können, genügt es jetzt nicht mehr, dass ein bestimmter kausaler Tatbestand erfüllt ist und keiner der verschiedenen die Rechtswidrigkeit ausschliessenden Umstände vorliegt, es muss vielmehr zu dem kausalen Tatbestande das weitere allgemeine Moment hinzutreten, dass die Erfüllung dieses Tatbestandes nicht das 'richtige Mittel zum richtigen Zweck ist'». Tätä konstruktiota, jonka mukaan säännön (oikeudenvastaisuuden) eittäminen ja poikkeuksen (oikeudenmukaisuuden) myöntäminen eivät

[242] Sen sijaan on kyllä mahdollista, että teon ja vahingon välillä on jopa adekvaattinenkin syy-yhteys minkään tunnusmerkistön realisoitumatta, jolloin siis on kysymys pelkästään faktillisesta vahingon aiheuttamisesta. Ks. s. 26.

[243] Vrt. TARNOWSKI, s. 277. Ks. myös s. 272 ss. eritt. s. 274, 278.

ole samanarvoiset,[244] ei nähdäksemme kuitenkaan ole syytä kannattaa, koska se vetää tunnusmerkistönmukaisuuden piiriin runsaasti tapauksia, joissa käyttäytyminen on oikeudenmukainen erityisen oikeutusperusteen käsilläolematta, jolloin myöskin oikeudenvastaisuuskysymyksen tarkastelu sääntö-poikkeus-näkökulmasta olennaisesti vaikeutuu tässä vastustetun tarkastelutavan tuomatta edes samanveroista saati suurempaa etua sanotun haitan vastikkeeksi.[245]

On näin ollen syytä konstruoida tunnusmerkistön kausaaliseen elementtiin kytkeytyvän vaarantamiskysymyksen selittäminen tunnusmerkistön toteutumiskysymykseksi, jonka ratkaisulle ei ole mahdollista saada välitöntä ohjetta itse laista yhtä vähän kuin on asiallista ryhmitellä näitä tapauksia systemaattiseksi luetteloksi. Tämä ratkaisu käsittääksemme myöskin vastaa niitä vaatimuksia, joita elämän tavattomasti vaihtelevat ja erilaiset olosuhteet asettavat. Tunnusmerkistö ei näin ollen toteudu eikä oikeudenvastaisuusindisiota synny pelkästään teon ja vahinkoseurauksen adekvaattisenkaan kausaalisuhteen nojalla. Tämä merkitsee siis luopumista siitä lähtökohdasta, jonka mukaan tarkoitettu tunnusmerkistön elementti olisi selvitettävissä eksplikatiivisesti, minkä jälkeen vasta normatiivinen käsittely ratkaisisi oikeudenvastaisuuskysymyksen. *Se merkitsee normatiivisen käsittelyn ulottamista siihenkin tunnusmerkistön osaan, johon sisältyy kysymys relevantista syy-yhteydestä* ja siten viime kädessä tuomarin harkinta- ja ratkaisuvaltaa[246] tältäkin osalta.

---

[244] TARNOWSKIN konstruktion mukaan siis erityisen oikeutusperusteen olemassaolon eittäminen ei ole samaa kuin että teko tunnusmerkistönmukaisena siis on oikeudenvastainen. Oikeudenvastaisuusominaisuus on tutkittava vielä erikseen.

[245] TARNOWSKI, s. 276, mielestämme menee luvattoman pitkälle, kun hän esittää, että aineellisen oikeudenvastaisuuden teoria kiittää synnystään sen tarjoamaa oikeutusperusteiden kasuistiikan välttämismahdollisuutta. Oikeudenvastaisuus-käsitteen yhtenäisen määrittelemisen tarve, jota sanottu kasuistiikka kieltämättä oli omansa lisäämään, niin kauan kuin se välillisesti myötävaikutti sanotun määrittelyn karttamiseen, on katsottava kokonaan eri asiaksi kuin oikeudenvastaisuuskysymyksen käsittely oikeutusperusteiden luetteloa esityskeinona hyväksikäyttäen. Materiaalisen oikeudenvastaisuus-käsitteen hyväksyminen ei suinkaan merkitse luopumista mainitusta apukeinosta — siitä ovat useain aineelliseen oikeudenvastaisuusteoriaan tunnustautuneiden kirjailijain tutkimukset parhaana todistuksena. — Sääntö-poikkeus-käsittelyn ja materiaalisen oikeudenvastaisuuden määrittelyn asettaa mielestämme tarpeettoman jyrkkään vastakkaisasemaan myöskin HOHENLEITNER, s. 37 s.

[246] Väärinkäsitysten välttämiseksi huomautettakoon, ettei tässä suinkaan ole kysymys asian ratkaisun jättämisestä tuomarille periaatteellisesti laajemmassa mitassa kuin yleensä, vaan että normatiivisen käsittelyn — asian perille mentäessä — on tunnustettava merkitsevän tuomarin omaan arvottavaan asianpunnintaan perustuvaa ratkaisua. *Käsillä-*

Se tunnusmerkistön kausaalispitoisen elementin normatiivisesta tarkastelusta johtunut tulos, jonka mukaan vaarantaminen ei vastaa tekotunnusmerkistön oikeudenvastaisuusindisiolta vaadittavaa intensiivisyyttä, ei, kuten sanottu, aina sinänsä merkitse vahingonkorvausta edellyttävän tunnusmerkistön toteutumatta jäämistä. Mikäli on kysymys »erikoistunnusmerkistöstä», voi tällaisen tunnusmerkistön realisoituminen liittyä pelkästään adekvaattiseen aiheuttamiseen, joten siis sanotunlaisen tunnusmerkistökonstruktion omalaatuisuus osoitaksen siinä, että itse tunnusmerkistön toteutuminen on selvitettävissä turvautumatta arvottavaan ja normatiiviseen tarkasteluun, kun sen sijaan tuottamusvastuun tunnusmerkistöä tutkistelevasta tarkastelusta on todettava, että käyttäytyminen, jonka vaarantamismitta ei riitä sen negatiiviseen arvottamiseen, ei myöskään toteuta tunnusmerkistöä teon ja seurauksen mahdollisesta adekvaattisesta syy-yhteydestä huolimatta. — Milloin on kysymys korvausvelvollisuudesta, joka käy ilmi tunnusmerkistön eksplikatiivisesta selvittelystä ilman vaarantamismomentin normatiivista tarkastelua, se liittyy tunnusmerkistöön, jossa ilmaistu normi ei käsitä korvausvelvolliselle osoitettua vahingonaiheuttamiskieltoa. Tällainen kielto sensijaan sisältyy tunnusmerkistössä ilmaistuun normiin aina silloin, kun teon oikeudenmukaisuus in concreto nojautuu erityisen oikeutusperusteen olemassaoloon. Oikeudenmukaisuus viimeksimainitussa tapauksessa siis poikkeuksetta merkitsee sellaista tulosta tunnusmerkistön kausaalisuuteen liittyvän elementin normatiivisessa tarkastelussa, jonka mukaan vaarantamisen intensiivisyys edellyttäisi käyttäytymisen arvottamista negatiivisesti, ellei oikeutusperustetta olisi olemassa.

Tuottamustunnusmerkistön toteutuminen oikeuttaa pitämään tunnusmerkistöä oikeudenvastaisuuden indisiona siitä riippumatta, onko vahingon aiheuttaminen kriminalisoitu vai ei. Tämä on kokonaan toista kuin pelkän vahingonaiheuttamisen leimaaminen oikeudenvastaiseksi, ellei ole olemassa erityistä oikeutusperustetta. On näet huomattava, että kun aikaisemmin esitimme[247] sen mielipiteen, jonka mukaan vahingon johtuminen inhimillisestä käyttäytymisestä sinänsä ei oikeuta presumoimaan oikeudenvastaisuutta, otimme samalla huomioon ne tapaukset, joissa vieraan intressin vaarantaminen

oleva tunnusmerkistön toteutumisedellytys on luonteeltaan sellainen, ettei sitä ole mahdollista arvottaa itse laissa, jossa vain edellytetään arvottamisen tapahtuneisuutta. Vrt. HOFFMAN, s. 1, 8, 13, 26.

[247] Ks. s. 230 ss.

in concreto ei saavuta sitä intensiivisyyttä, joka on tarpeen oikeudenvastaisuusarvostelman lausumiseksi, mutta joissa siitä huolimatta saattaa tulla kysymykseen vahingonkorvaus. Tällaisten tunnusmerkistöjen olemassaolo näet oli esteenä »yleisen» oikeudenvastaisuuspresumtion asettamiselle juurimainitulla perusteella, sillä teon provisoorinen negatiivinen arvottaminen olisi vaatinut *erityisen oikeutusperusteen* olemassaoloa silloin, kun käyttäytymistä, vahinkoseurauksen syntymisestä huolimatta, ei olisi voitu pitää oikeudenvastaisena, eikä *sitä* perustetta taasen, jonka mukaan teko tarkoittamassamme tapauksessa on oikeudenmukainen, olisi voitu lukea sanottujen oikeutusperusteiden joukkoon kuuluvaksi.[248] Tekotunnusmerkistön provisoorinenkaan negatiivinen arvottaminen ei näin muodoin voi tulla kysymykseen, ennenkuin sen tarkoittaman vaarantamisen laatu on punnittu ja siinä johduttu tällaisen arvottamisen edellyttämiin tuloksiin.

Milloin tekoa ei viimeksimainitulla perusteella voida arvottaa negatiivisesti, vahingon korvausvelvollisuus voi tulla kysymykseen *ainoastaan* sitä koskevan erityisen perusteen nojalla, joten yleinen vahingontuottamustunnusmerkistö ei ole lainkaan realisoitunut. Ellei tällaista perustetta ole, merkitsee siis oikeudenvastaisuudeksi tarvittavan vaarantamisen puute *poikkeuksetta* myöskin vahingonvastuun puuttumista — seikka, jossa tällä pohjalla oleva teon oikeudenmukaisuus, pelkkä faktillinen vahingonaiheuttaminen, olennaisesti eroaa sen erityiseen oikeutusperusteeseen nojautuvasta oikeudenmukaisuudesta.

Tässä yhteydessä myöskin huomautettakoon adekvaattisuuden vastuuta rajoittavasta merkityksestä niissäkin tapauksissa, joissa laki säätää korvausvelvollisuuden siitä huolimatta, ettei vieraan intressin vaarantaminen *in concreto* ole saavuttanut toiminnan negatiiviseksi arvottamiseksi tarpeellista intensiivisyyttä.[249]

c. Sillä *yleisellä* huolellisuusvaatimuksella, jonka laiminlyöminen ilmenee oikeudenvastaisena käyttäytymisenä, so. tuottamuksena,

[248] Niiden joukkoon sitä ei voida lukea pelkästään siitä syystä, että verrattaessa tämän perusteen puutetta vahingontuottamustunnusmerkistön toteutumiseen se merkitsee koko tunnusmerkistön toteutumatta jäämistä, jolloin siis ei mitään indisiovaikutustakaan ole voinut syntyä.

[249] Kotimaisessa tieteisopissa SAINIO, mt. s. 149, on esittänyt mielipiteen, jonka mukaan eräiden spesiaalivastuutunnusmerkistöjen tarkoittamana korvausvelvollisuuden perusteena on »vahingon aiheuttaminen sinänsä». Tämä kanta ei vastaa »vastuukausaalisuuden» teleoloogista rajoitusta, sillä vain ne seuraukset, joiden syntymistä tietty toiminta lisää, on vastuun mielekkyyteen katsoen luettava vastuupiiriin kuuluviksi.

on muuan olennainen rajoitus, johon lopuksi katsomme olevan syytä kiinnittää erityistä huomiota. Kun tieteisopissamme vallitsevan käsityksen mukaan tuottamus on yleinen vastuuperuste ja kun toisaalta taloudellinen vahinko, suojelunalaisena intressinä, yleisesti määritellään epäedulliseksi varallisuusaseman muutokseksi (differenssiteoria), herää kysymys, onko pelkästään tällaisena differenssinä syntyvän vahingon aiheuttaminen katsottava mainitun tuottamusperusteen alaiseksi. Onko toisin sanoen oikeudessamme olemassa sellainen yleinen tuottamustunnusmerkistö, jonka tarkoituksesta ilmenevänä oikeuden suojeluobjektina on varallisuus in abstracto vaarantamisen kohdistumatta konkreettiseen varallisuusesineeseen tai henkilöön?

Tätä kysymystä ei tieteisopissamme ole selvästi asetettu. Sen sijaan on esitetty tulkintoja, jotka voidaan käsittää vastaukseksi juuri tähän kysymykseen. Kun J. SERLACHIUS[250] sanoo, että »rikoslaki, mitä rangaistaviin tekoihin tulee, tosin tekee rikoksesta vahingonkorvausvelvollisuuden oikeusperusteen, mutta että tämän alan ulkopuolella, siis verrattomasti laajemmalla alalla, tuottamus on tämän velvollisuuden perusteena», ja kun hän tämän kannan perusteluksi huomauttaa, että »rikoslakikin osaksi luopuu rikosnäkökohdasta, nim. mitä syyntakeettoman aiheuttamaan vahinkoon tulee», joten »tämä säännös tekee asian tosiasiallisesti samaksi, kuin jos *tuottamus* olisi oikeusperusteena», ja sitten loppupäätelmänä toteaa, että »ei siis ole muuta mahdollisuutta kuin tulkita rikoslain säännöksiä sopusointuisasti yleisen lain määräysten kanssa jättämällä se teoreettinen käsitys mikä rikoslain säännöksistä ilmenee huomioon ottamatta», on tämä lausuma nähdäksemme luettava cum grano salis, koska siitä *voi* tulla siihen johtopäätökseen, että tuottamus koskee sitäkin vaarantamista, jonka kohteena on vain varallisuus in abstracto. Ettei tällaiseen suuntaan ohjautuva ajatuksenkulku ole ollut tutkijoillemme vieras, se käy nähdäksemme selville siitä EKSTRÖMIN[151] edustamasta käsityksestä, jonka mukaan esim. takausmiehen nimikirjoituksen huolimaton todistaja voisi »enligt allmänna principer» joutua vahingonvastuuseen siitä, että nimikirjoitus ei ollutkaan oikea. KIVIMÄKI[252]

[250] Oppikirja, s. 101.

[251] Om borgen, s. 30 s.

[252] Asianajajan vastuu, s. 129 s. KIVIMÄKI huomauttaa, että vahingonvastuun johtaminen kysymyksessäolevassa tapauksessa yleisistä oikeusperiaatteista on vaikeaa, ja mainitsee lisäksi kantansa puolesta puhuvana seikkana myös sen, että »useissa tapauksissa, joissa vastuun olisi puheenaolevan teorian mukaan katsottava olevan olemassa, puuttunee tuottamukselta ja vahingolta sellainen syy-yhteys, joka tavallisen elämänkäsityksen mukaan olisi lukuun otettava». Kivimäki käyttää — muuallakin — tuottamus-sanaa

taasen on valmis eittämään vahingonvastuun olemassaolon sanotunlaisessa tapauksessa. Viimeksimainittu käsitys nähdäksemme onkin oikea, sillä Suomen oikeudessa ei voitane osoittaa olemassaolevaksi sellaisia »yleisiä periaatteita», jotka näyttävät väikkyneen Ekströmin mielessä. Päin vastoin on todettavissa, että oikeussubjektin varallisuus in abstracto ei ole sellainen suojeluobjekti, joka voisi tulla tuottamuksellisesti loukatuksi ilman *erityisen* vastuutunnusmerkistön toteutumista. Tällaisen suojeluobjektin vaarantamiskielto sellaisena yleisenä vaatimuksena, jonka noudattamatta jäämiseen tuottamuskäsite viittaa, olisi omansa liiaksi rasittamaan oikeusalamaisten yhteiselämää ja toimintavapautta.[253] Täten aineellisen oikeudenvastaisuuden käsitteestä on saatavissa ratkaisun ohjetta juurikäsitellynkin kysymyksen osalta.

Käsilläolevassa yhteydessä on paikallaan lyhyesti mainita myöskin siitä, missä määrin varallisuus in abstracto on suojeluobjekti tahallisia vahingoittamistoimia vastaan. Tämän kirjoittaja on taipuvainen suureen pidättyväisyyteen, sikäli kuin Suomen voimassaolevan oikeuden pohjalla tahdottaisiin konstruoida *yleinen* tahallisuustunnusmerkistö, jonka suojeluobjektina olisi varallisuus sinänsä. Tässäkin, kuten tuottamustunnusmerkistön osalta, lienee tyydyttävä niihin *erityisiin* tunnusmerkistöihin, joita säädännäinen oikeus sisältää.[254,255]

---

terminoloogisesti oudossa merkityksessä. Koska tuottamus itsessään edellyttää syy-yhteyden olemassaoloa teon ja seurauksen (vahingon) välillä, ei ole asiallista puhua tuottamuksen ja vahingon välisestä syy-yhteydestä, eipä edes siitäkään, että vahinko käsilläolevassa tapauksessa johtuu tuottamuksesta. Ei ole kysymys olemassaolevan tuottamuksen soveltumattomuudesta vastuuperusteeksi tietyssä tapauksessa, vaan tuottamusperusteen käsitteellisistä rajoista, siitä, millainen käyttäytyminen on oikeudenvastaista.

[253] Eri asia on, että rikostunnusmerkistön realisoituessa kaikki adekvaattinen vahinko on korvattava.

[254] Asianlaita on toisin Saksan oikeudessa, jossa varallisuuden in abstracto käsittämällä suojeluobjektilla on yleinen tahallisuustunnusmerkistö: BGB § 826. Vrt. vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi 31. 1. 1930 annetun lain säännöksiä, jotka eivät kuitenkaan ole ulotettavissa lain tarkoittaman elinkeinotoiminnan ulkopuolelle.

[255] Kotimaisessa tieteisopissa esiintyneeseen, käsiteltyä kysymystä koskevaan epäselvyyteen katsoen tuottamusperusteen yleisyyden korostaminen ehkä vaatii mahdollisten väärinkäsitysten välttämiseksi varovaisuutta tai selventävää määrittelyä. Vrt. esim. HAKULINEN, Responsabilité délictuelle, s. 15 s.: La faute de l'auteur n'est pas seulement l'élément *sans laquel* la responsabilité ne peut pas être entraînée. Elle produit des effets beaucoup plus importants. En réalité, on est responsable *toutes les fois* qu'on a, par sa faute, causé un préjudice à autrui. Il est vrai que le droit écrit est muet sur ce point. — Mais la doctrine et la jurisprudence n'ont jamais hésité à admettre l'existence de cette règle.»

TUTKIELMAN SISÄLLYKSEN TIIVISTELMÄ

JOHDANTO.

NÄKÖKOHTIA OIKEUDENVASTAISEN TEON VASTUUN JA OIKEUDENMUKAISEEN TOIMINTAAN LIITTYVÄN KORVAUSVELVOLLISUUDEN SUHTEESTA.

Tutkielmamme käsittelee deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettista rakennetta ja siten vaatii rajankäyntiä ns. kulpavastuun, joka koskee oikeudenvastaista käyttäytymistä, ja oikeudenmukaiseen toimintaan liittyvän vahingonkorvausvelvollisuuden välille.[1] Täten erotettavat vahingonkorvausoikeuden alat eivät edellytä molemmille yhteisen korvausperusteen olemassaoloa. Tällaiselle perusteelle oikeudenmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden ero olisi irrelevantti, joten se pakostakin jäisi liian ylimalkaiseksi kelvatakseen vahingonkorvauksen oikeusperusteeksi.

Sekä kulpa- että oikeudenvastaisuusvaatimus vahingonvastuun edellytyksenä ovat eläneet aikansa. Kirjallisuudessa on paljon pohdittu kulpattoman vastuun kysymystä. Tämän korvausvelvollisuuden konstruktioissa päähuomio — kuten ymmärrettävää onkin — kohdistuu oikeuspoliittisten perusteiden esittelyyn. Siitä on kuitenkin ollut seurauksena kysymyksen oikeusteoreettisen puolen syrjäänjääntі. Teoreettisesti huomionarvoinen kysymys vahingonkorvauksen suhteesta oikeuslauseen perusnormiin toisaalta oikeudenvastaisen, toisaalta oikeudenmukaisen toiminnan tapauksissa on jäänyt selvitystä vaille. Tämän kysymyksen periaatteellinen ratkaiseminen edellyttää lyhykäistä esitystä oikeusnormin ja tunnusmerkistön luonteesta.

[1] Itse vahingolla tarkoitetaan oikeussubjektin ja hänen intressinsä toteutumisen sellaista epäedullista suhdetta, joka on syntynyt vastoin hänen tahtoaan. Juriidinen relevanssi sillä on sikäli kuin intressi ilmenee arvona, joka on itressoidun yksilön ulkopuolella, jolla on tietty objektiivinen määritettävyys ja josta, mikäli muuttunutta olotilaa ei palauteta täysin entiselleen, voi tulla suoritettavaksi vahingonkorvausta. Sanottu korvaus on vahingonkärsineen kannalta aina vastiketta, mikä seikka on pidettävä erillään vahingonkorvauksen käsitteestä oikeusnormin noudattamiskysymykseen liittyvänä.

Oikeus objektiivisessa merkityksessä on autoritatiivisesti velvoittavien normien kokonaisuus, jonka muodollisena tarkoituksena on ihmisten motivointi yhteiskuntarauhan ylläpitoon ja jonka aineellinen tarkoitus tähtää yhteiskunnan ja sen jäsenten intressien mahdollisimman tyydyttävään toteutumiseen. Normi sanotussa mielessä on sama kuin oikeuslause, kaksoisnormi, joista toinen, perusnormi, käskee, kieltää tai sallii tietyn käyttäytämisen ja toinen, tehostusnormi, sisältää säännöksen perusnormin noudattamatta jäämisen varalta. Vain imperatiivilla ja vetitiivillä on loogillisesti sanktio. Käyttäytymisen suhteesta oikeusnormiin on voimassa exclusi tertii principium: käyttäytyminen joko *on* oikeudenmukainen tai se *ei* ole sitä ja on siis oikeudenvastainen; kolmatta mahdollisuutta ei ole. (Permissiivi ei edellytä kolmatta rinnakkaiskategoriaa, käyttäytymisen oikeudellista irrelevanssia, koska sallittu käyttäytyminen on oikeudenmukaista.) Oikeudenvastaisuus on perusnormin vastaisuutta. Tehostusnormi, jota ei voi olla olemassa ilman perusnormia, ei käsitä ensisijaisesti siihen oikeusalamaiseen kohdistettua itsenäistä vaadintaa, jolle perusnormi on ollut adressoitu ja joka ei ole noudattanut *sitä*. Perusnormi ilmaistaan tunnusmerkistössä. Tunnusmerkistö taasen on abstraktio, johon oikeudellisesti relevanttien seikkojen eri ilmenemismuodoista sisältyy se, mikä on niille yhteistä tietyn tapahtumatyypin kannalta.

Milloin normi kieltää tunnusmerkistössä tarkoitetun vahinkoseurauksen aiheuttamisen, on kiellon noudattamatta jättämisestä vahingonkorvaussanktio, jonka sisällyksenä on *vastikkeen* antaminen siitä, mikä normin noudattamatta jäämisen takia on menetetty ja jota ei voida saattaa ennalleen. Vahingonkorvauksella on tämä vastike-luonne siitä riippumatta, onko oikeusadressaatti in concreto ollut kykenevä oikeuskäskyn vastaanottamiseen. Mutta vahingonkorvaus extra contractum ei — vastoin vallitsevaa mielipidettä — rahasuorituksenakaan ole aina vastiketta. Jos on annettava korvausta sellaisesta vahingosta, joka syntyy oikeudenmukaisesta toiminnasta, sen suorittaminen on perusnormin mukainen velvollisuus, jonka sanktio ei käsitä vastikkeen suorittamista, vaan tehosteen tarkoituksena on tällöin oikeuden sisällyksen täyttäminen, joten vahingonkorvaus siis on luontoistäytäntöä, vaikka se maksetaankin rahana. Se oikeus, jonka suojeluun sanktio tähtää silloin, kun korvausta on suoritettava oikeudenmukaisen toiminnan aiheuttamasta vahingosta, on näet *oikeus saada vahingonkorvausta* eikä »oikeus säästyä vahingolta». Vastiketta tähän sanktioon sisältyy vain sikäli kuin vahingon-

korvauksen viipymisestä on maksettava korkoa. — Siitä, että normi säätää suoritettavaksi korvausta syntyneestä vahingosta, ei siis sinänsä voida tehdä päätelmää käyttäytymisen oikeudenvastaisuudesta. On ensin selitettävä, *mikä normi* sen säätää ja siis onko vahingonkorvaus tarkasteltavassa tapauksessa oikeusseuraamus, siis sanktio, vaiko perusnormin mukainen velvollisuus. Tunnusmerkistö viimeksimainitussa tapauksessa siis ilmaisee sekä permissiivin että imperatiivin, ensinmainitussa vain vetitiivin.

Myöskin täten selvitetty perusero vahingonkorvauksen luonteessa toisaalta oikeudenvastaisen teon vastuun, toisaalta oikeudenmukaiseen toimintaan liittyvän korvausvelvollisuuden välillä nähdäksemme osoittaa, ettei kaikelle vahingonkorvaukselle yhteisen oikeusperusteen konstruointi johda tyydyttävään tulokseen.

ENSIMMÄINEN OSA.

OIKEUSALAN KAUSAALISUUSKYSYMYS.

ENSIMMÄINEN LUKU.

KAUSAALISUUSTEORIAT.

Jokaisen tekotunnusmerkistön edellyttämä vastuu siinä tarkoitetusta vahingosta ehdottomasti vaatii syy-yhteyttä teon ja vahingon välillä. Kysymys, milloin tämä suhde käsittää oikeudellisesti huomioonotettavan kausaalisuuden, on askarruttanut juriidista ajattelua jo satakunta vuotta eri suuntien välisten oppiriitojen vieläkään laantumatta. Toisaalla pyritään JOHN STUART MILLin kausaalisuusmääritelmää vastaavaan juriidisen syy-käsitteen definiointiin siten, että antecedentiat, jotka tarkastelunalaisen seurauksen kannalta ovat conditiones sine quibus non, ovat kaikki relevantteja, toisaalla etsitään kriteeriä, jonka avulla kävisi päinsä erottaa relevantti edellytys muista edellytyksistä joko kausaalisuuden itsensä käsitteellisten tekijäin avulla tai turvautumalla edellytysten generalisoivaan tarkasteluun. Ensinmainittu, v. BURIN perustama ekvivalenssiteoria, on erittäinkin kriminalistien piirissä jatkuvasti vallitsevana, kuitenkin mm. sikäli lievennetyssä muodossa,[1] että seurauksen kvalifioimien rikosten osalta vastuun katsotaan koskevan vain määrätyssä mitassa ennalta-arvattavaa seurausta, vaikka syy-yhteys — muiden vastuullistavien seikkojen myötävaikuttaessa — ulottuisikin etäämmälle. Sivilistien keskuudessa taasen tämä arvattavuus-kriteerin käyttö relevantin kausaalisuuden selvittämiseksi tapahtuu tällä suunnalla yleistä kannatusta nauttivan adekvaattisuusteorian soveltamisena, mikä vastaa juurimainitun, kriminalistien piirissä konstruoidun modi-

[1] mihin lievennykseen Saksan RG ei ole yhtynyt.

fikation käyttöä, sillä — voitaneen sanoa — oikeussubjektin intressinrajoitukseen kytkeytyvän vahingon korvauskysymys perimmältään on seurauksen kvalifioiman rikoksen analogon.[2]

Mainittu adekvaattisuusoppi saa kiittää synnystään v. KRIESiä, joka tieteellisesti selvitti teorian perusteena olevan objektiivisen mahdollisuuden käsitteen — tässä katsomme voitavan sivuuttaa edellytysten eriarvoisuutta kausaalisuuden immanenttisten tekijäin avulla perustelevat teoriat — ja ohjasi juriidisen kausaalisuuskysymyksen käsittelyn ex ante arvostelun pohjalle. Jos seurausta arvostellaan — v. Kries opetti — sellaisen yleisen edellytyksen kannalta, johon sisältyy sekä konkreettisesti että abstrahoiden ilmaistuja edellytyksiä, seuraus ilmenee mahdollisuutena, jonka suuruuden ilmaisee sanotunlaisten edellytysten seurauksen syntymiseen johtavien eri kombinatiomahdollisuuksien luvun suhde niiden yhdistelmien lukumäärään, joista tarkastelunalaista seurausta ei synny. Tämä loogillinen mahdollisuus-käsite, jonka sisällyksen mainittu tapahtumanvaran periaate määrää, ei sinänsä kuitenkaan ole oikeudellisesti mainittavan käyttökelpoinen. Käytäntöön paremmin soveltuvaa kriteeriä jo edustaa mainitun käsitteen toinen ilmaisumuoto: tapahtumankulun tyypillisyys, jota koskevan arvostelman pohjana on konkreettisesti ilmaistujen edellytysten ajateltu lukuisa realisoituminen, generalisoitujen edellytysten ollessa mahdollisuustodelman perusteen konstantteina tekijöinä, ja joka tällaisista »suurten lukujen lain» alaisista tapauksista johdettavissa olevana päätelmänä ilmaisee seurauksen syntymismahdollisuuden määräsuuruisen asteen. Paitsi sitä, että oikeudelliset tunnusmerkistöt melko spesialisoituine tunnuksineen eivät läheskään aina tarjoa tilaisuutta tyypillisyys-kriteerin soveltamisessa tarvittavan aineiston käyttöön, on tästä kriteeristä sanottava, että se rajoittaa liiaksi relevanttia kausaalisuutta: mikäli näet mahdollisuustodelman perusteen muodostaminen tapahtuu siten, että sen pohjalta lausuttavan arvostelman voidaan katsoa kelpaavan ilmaisemaan yleisen käsityksen mukaan tyypilliseksi osoittautuvaa tapahtumankulkua, sikäli myöskin puheenaoleva kriteeri muodostuu oikeudelliselle kausaalisuus-käsitteelle asetettaviin vaatimuksiin verraten liian ahtaaksi.[3] Mutta siinäkin tapauksessa, että mainittu mahdollisuustodelman perusteen muodostaminen katsotaan sellaiseksi

[2] Kulpan ei tarvitse intressinloukkauksen tapahduttua ulottua itse vahinkoseuraukseen enempää kuin seurauksen kvalifioimassa rikoksessa tähän seuraukseen.

[3] Tyypillisyys-käsite tässä mielessä ei ole riippuvainen siitä, mikä erikoisissa olo suhteissa on ollut tekijälle tunnettua.

itsestään tyypillisyysarvostelmasta riippumattomaksi esikysymykseksi, joka ei ole tyypillisyydestä vallitsevan yleisen käsityksen sitoma,[4] on tämän kriteerin soveltajan käytävä rajaa relevantin ja irrelevantin mahdollisuusasteen välille tavalla, joka niinikään johtaa epätyydyttävään tulokseen. Tällainen kannanotto merkitsee luopumista jokaiselle kausaalisuus-käsitteelle asetettavasta mahdollisimman täsmällisen määrittelyn vaatimuksesta, joka vastaa kausaalisuuskysymyksen käsittelyn eksplikatiivista luonnetta, ja sen korvaamista tuomarin kohtuullisuusharkinnalla, jossa kausaaliselle käsittelylle vieraat normatiiviset näkökohdat pyrkivät etualalle. Edelleen on sanottava samaa niistä teorioista, jotka muiden kriteerien kuin tyypillisyyden avulla pyrkivät ratkaisemaan relevanttia mahdollisuusastetta koskevan kysymyksen.

Mainitun kysymyksen kyllin tyydyttävä ratkaisu ei olekaan tehtävissä luopumatta itsestään mahdollisuusasteen määräsuuruisuuden vaatimuksesta. Tämän askelen on ottanut TARNOWSKI, joka adekvaattisuusajatusta TRAEGERin ja M. L. MÜLLERin viljelemän relatiivisen mahdollisuuskäsitteen pohjalla kehitellen katsoo edellytyksen adekvaattiseksi pelkästään sillä perusteella, että se on omansa lisäämään seurauksen syntymismahdollisuutta. Milloin edellytyksellä on sanottu ominaisuus, se tosin vaatii oman ratkaisunsa, jota ei voida pitää tämän kausaalisuusdefinition täsmällisyydestä suoraan johdettavana, mutta mainitulle määritelmälle on joka tapauksessa annettava tunnustus siitä selvennyksestä, joka sen kautta on tullut adekvaattisuusteorian kausaalisen käsittelyn osaksi.

Kysymys edellytyksen seurauksen syntymismahdollisuutta lisäävästä luonteesta kytkeytyy välittömästi kysymykseen sitä koskevan mahdollisuustodelman perusteen muodostamisesta. Tässäkin suhteessa on adekvaattisuusopille kausaalisuusteoriana asetettava mahdollisimman suuren täsmällisyyden vaatimus, joka puoltamamme käsityksen mukaan on täytettävissä sillä, että enin käytettävissä oleva tieto generalisoidaan sen verran kuin on välttämätöntä, jotta voitaisiin puhua yleisestä tiedosta. Sanotunlainen generalisointi tarkoittaa tällöin, että mahdollisuustodelman konkreettisesti ilmaistujen perusteiden joukosta abstrahoidaan sellaiset satunnaiset faktat, joiden mukaantulo merkitsisi asiantuntijantiedon käsittämän kriteerin

[4] Tyypillisyysarvostelma, kuten jokainen muukin objektiivista mahdollisuutta ilmaiseva todelma, on riippuvainen siitä, millainen nomolooginen ja ontoloogginen tuntemus pannaan arvostelman perusteeksi. Toisen edellytyskompleksin pohjalta sama tapahtumankulku näyttää tyypilliseltä, toisen ei.

hylkäämistä ja sille vieraan sattumanvaraisuuden hyväksymistä mainittuihin perusteisiin kuuluvaksi. Tekijän tieto on kuitenkin sellaisenaan tunnustettava mahdollisuusarvostelmaa määrääväksi, joten tähän tietoon kuuluvaa satunnaistakaan konkreettisten faktain tuntemusta ei ole lupa abstrahoida.

Samoin kuin seurauksen syntymistä koskeva mahdollisuustodelma on riippuvainen sen perusteena olevien *edellytysten* generalisatiosta, samoin mahdollisuusarvostelman sisällys määräytyy *seurauksen* yleistyksen mukaan. Edellytysten generalisoinnin kasvaminen vähentää, seurauksen abstrahoinnin laajentaminen lisää objektiivista todennäköisyyttä. Siitä pitäen kun TRAEGER omisti erityistä huomiota seurauksen generalisation osuudelle adekvaattisuusteoriassa, sitä on mielestämme syyttä käsitelty edellytysten yleistyksen rinnalla sille samanarvoisena tekijänä. On näet huomattava, että tietty edellytysten generalisatio sinänsä merkitsee määrätynlaisen seurauksen objektiivista todennäköisyyttä, jonka osalta vain on ratkaistava sen suhde vastuutunnusmerkistön realisoitumiseen ja samalla määriteltävä, minkälaiset tunnusmerkistön eri toteutumismahdollisuudet ovat käsilläolevan edellytysten generalisation mukaisen mahdollisuusarvostelman kannalta samanveroiset. Seurauksen generalisation voidaan tällöin katsoa ulottuvan kaikkia niitä seurauksen syntymismuotoja koskevaksi, joita vastaava edellytys on ollut mahdollisuusarvostelman perusteen abstrahoituna osana.[5] Tämä määritelmä tietenkin samalla edellyttää, että arvostelman mukainen todennäköisyys myöskin on realisoitunut, koska muutoin on kysymys sellaisesta (todelmaperusteen abstrahoituna osana ollutta edellytystä vastaavasta) seurauksesta, jonka syntymismahdollisuutta konkreettisesti ilmaistu edellytys ei ole lisännyt.[6]

---

[5] Ne edellytykset, joiden olemassaolo on vaikuttanut, että puukoniskun saanut on kuollut verenvuotoon, haavasta syntyneeseen verenmyrkytykseen, keuhkokuumeeseen, joutuessaan olemaan haavan takia vuoteessa jne., ovat kaikki sisältyneet abstrahoituna osana sen mahdollisuustodelman perusteeseen, jonka mukaan sanottu isku lisää tällaisen seurauksen syntymismahdollisuutta. On vain ollut mahdotonta nähdä, mikä on tällaisen seurauksen differentia specifica.

[6] Puukoniskun saanut joutuu matkalla sairaalaan liikenneonnettomuuden uhriksi.

TOINEN LUKU.

ERITYISESTI LAIMINLYÖNNIN KAUSAALISUUSKYSYMYS.

Tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen estämättä jättäminen voi eräissä tapauksissa tulla arvostelluksi samoin kuin sen positiivinen aiheuttaminen. Tämä tunnustettu tosiasia on virittänyt kysymyksen, voiko laiminlyöntikin olla kausaalisuhteessa seurakseen. Vallitseva käsitys vastaa kysymykseen eittävästi. Kasvavaa kannatusta nauttiva uudempi tieteisoppi, jonka jo lähitulevaisuudessa voitaneen katsoa edustavan voitolle päässyttä mielipidettä, sen sijaan pitää myönteistä kannanottoa välttämättömänä tien raivaamiseksi laiminlyönnille tekotunnusmerkistön piiriin.[1] Mainittu uusin tutkimus välttää ne aikaisempien teoriain virheet, jotka ilmenivät laiminlyönnin kausaalisuuden perustamisena edelläkäyneeseen tai sen rinnalla tapahtuvaan positiiviseen toimintaan tai sen rakentamisena riippuvaiseksi oikeudenvastaisuudesta. Tämän uusimmankin tutkimuksen keskeneräisyydestä on kuitenkin mielestämme todistuksena se, että se osittain katsoo laiminlyönnin kausaalisuuden olevan selvitettävissä ainoastaan adekvaattisuusopin avulla, mikä kuitenkin on ristiriidassa opin lähtökohdan kanssa, jonka mukaan adekvaattinen edellytys on erotettavissa ainoastaan conditio sine qua non ryhmästä, osittain selittää laiminlyönnin syntyvän eksternisti tarkastelijan sille omistaman positiivisen teon odotettuisuusmomentin ansiosta. Tämä laiminlyönnin »exogenesis» ei kuitenkaan ole sen olennaisempi kuin että kaikkien oikeusalan ilmiöiden voidaan katsoa syntyvän sanotunlaisen eksternin tarkastelun tuloksena. Ilmiöt »an sich» ovat erikseen ja erikseen ne, joihin johdutaan siitä, että arvostelijan näkökulma on tarkasteluobjektiakin määräävä. Siten laiminlyönnin kausaalisuus on nimenomaan oikeusalalla tarkoituksenmukaisen kausaalisuuskatsomuksen luoma: se ilmenee sosiaalisen tapahtumisen tekijänä siitä huolimatta, ettei sillä ole samanveroista vastaavaisuutta luonnontapahtumisessa. Tämän takia ei ole myöskään asiallista konstruoida laiminlyönnin kausaalisuutta MILLin määritelmään vedoten, koska tämän filosoofin luonnontie-

[1] Tunnusmerkistö, joka positiivisen tekemisen sanontaa käyttäen tarkoittaa seurauksen aiheuttamiskieltoa, käsittää tietyissä rajoissa myöskin seurauksen estämiskäskyn. Näissä tapauksissa on kysymyksessä commissio per omissionem vastakohtana pelkälle omissiodeliktille, joka ei edellytä tietyn seurauksen syntymistä.

teeseen suhteutettu kausaalisuus-käsite asettaa laiminlyöntiä vastaavan negatiivisen edellyksen käsitteen ymmärrettävästi kokonaan toiseen asemaan kuin missä positiivisten edellytysten kokonaisuus hänen rakennelmassaan on. Millin määritelmään suhteutettavissa olevan conditio sine qua non kriteerin soveltaminen laiminlyöntiin ja siis sen selvittäminen, olisiko seurausta syntynyt, ellei laiminlyöntiä olisi ollut, korostaa kuitenkin sattuvasti laiminlyönnin kausaalisuuden oikeaa konstruktiota: seurauksen estämistä tarkoittavan positiivisen toiminnan olisi ollut (teoreettisesti katsoen) *varmasti* johdettava tähän tulokseen, ennenkuin on kysymys laiminlyönnin *kausaalisuudesta*. Tätä laiminlyönnin kausaalisuuden tunnusmerkkiä ei tieteisopissa ole yleensä tarpeellisessa määrin korostettu — osittain se on esitetty väärin vaatimalla seurauksen estämisteolta vain tiettyä objektiivista onnistumisen todennäköisyyttä. Myöskin itse laiminlyönnin *käsitteen* konstruktio on — ulkomaisenkin tieteisopin huomioonottaen — katsottava keskeneräiseksi. Toimintavapaus fyysillisenä mahdollisuutena seurauksen estämistä tarkoittavan teon tekemiseen, toisin kuin vallitseva käsitys uusimmassa tieteisopissa edellyttää, ei yksin ole laiminlyönnin käsitettä määräävä, vaan on lisäksi vaadittava, että yksilöllä on ollut oikeudellinen mahdollisuus ryhtyä sanottuun tekoon, so. sanottuun tulokseen johtavan teon kiellettyisyys on itseään laiminlyönnin käsitettä rajoittava tunnusmerkki, johon mielestämme johdutaan tämän käsitteen nimenomaisesti oikeudellis-sosiaalisesta luonteesta. — Mainitsemattakin on selvää, että adekvaattisuus-kriteerin käyttö juriidisessa kausaalisuusopissa koskee samoin sekä laiminlyöntiä että positiivista tekoa.

TOINEN OSA.

OIKEUDENVASTAISUUSKYSYMYS.

ENSIMMÄINEN LUKU.

OIKEUDENVASTAISUUS SUBJEKTIIVISENA JA OBJEKTIIVISENA KÄSITTEENÄ.

Oikeudenvastaisuutta voidaan tarkastella kahdelta eri näkökannalta: oikeustahdon ja oikeusadressaatin välisenä suhteena ja oikeuden muodollisen ja aineellisen tarkoituksen valossa.[1] Oikeudenvastaisuus voidaan tämän mukaan määritellä neljällä eri tavalla.

Oikeudenvastaisuuskysymys on ehkä vielä enemmän kuin kausaalisuusprobleema ollut syvällekäyvien erimielisyyksien aiheena. Alan keskeisimmästäkin kysymyksestä, oikeudenvastaisuuden ykseydestä, on esitetty erilaisia mielipiteitä, joista joidenkin on katsottava tarkoittavan periaatteellisen eron olemassaoloa käsitteen piirissä. Tällaista käsitystä ei ole mahdollista hyväksyä, koska oikeudenvastaisuus oikeudenmukaisuuden konträärisenä vastakohtana voi olla vain yksi: norminvastaisuus. Kysymys, mitä norminvastaisesta käyttäytymisestä seuraa, koskee sanktiota, jonka erilaisuus eri oikeudenaloilla ei merkitse itse oikeudenvastaisuuden erilaatuisuutta.

Mitä oikeudenvastaisuus norminvastaisuutena käsittää, on sekin erimielisyyksien alainen. Tässä luvussa käsittelemme norminvastai-

[1] Vastoin erästä oppia on katsottava, että oikeudenvastaisuutta ei voida tarkastella oikeudellisesti suojatun intressin »loukkauksena» sinänsä, siis vieraaseen intressipiiriin puuttumisena. Oikeudellisesti suojattu intressi ei voi käsittää intressintoteutumisen rajoittamattomuusvaatimusta. Ehdotonta intressinturvaa ei ole olemassa. — Oikeudenvastaisuudella subjektiivisessa merkityksessä tarkoitetaan usein, asiallisesti väärin, subjektilliseen oikeuteen tai oikeudellisesti suojattuun intressiin puuttumista sinänsä.

suutta oikeustahdon ja oikeusadressaatin välisen suhteen kannalta. Erään käsityksen mukaan, jonka edustajina mainittakoon ADOLF MERKEL ja HOLD v. FERNECK, oikeudenvastaisuus edellyttää subjektiivista syyllisyyttä. Norminvastaisuudesta voidaan tämän teorian mukaan puhua ainoastaan sikäli kuin normiadressaatti on vastaanottanut oikeuskäskyn (tai kiellon). Tätä jyrkästi subjektiivista oppia lieventää toinen teoria, jonka perustajista mainittakoon IHERING ja THON ja joka omaksuu objektiivisen, adressaatin syyllisyydestä riippumattoman oikeudenvastaisuus-käsitteen, Iheringin suunnan osalta kuitenkin rajoituksin, jonka mukaan oikeudenvastainen käyttäytyminen edellyttää normiadressaatin syyntakeisuutta. Se Thonin imperatiiviteorian pohjalla oleva käsitys, jonka mukaan oikeuden tahto on saada käskyn vastaanottamiseen kykenemättömätkin adressaatit sitä noudattamaan ja joka edellyttää objektiivisen oikeudenvastaisuuden senmukaista määrittelemistä, on saanut osakseen syytöksiä loogillisesti rikkeimestä rakenteesta, joka uusimmassa tieteisopissa on tahdottu korjata korostamalla oikeusnormin jakautumista arvottamis- ja määräämisnormiin ja selittämällä objektiivinen oikeudenvastaisuus normin ensinmainitun funktion soveltamistulokseksi. Kun objektiivisen oikeudenvastaisuuden konstruktio yleensä esitetään positiivisen oikeuden vaatimaksi, esiintyy viimeksimainitun oppisuunnan piirissä taasen käsitys, jonka mukaan mainittu oikeudenvastaisuus-käsite myöskin vastaa loogillisesti oikeaa oikeusnormin konstruktiota: arvottamisnormi on imperatiivin ja vetitiivin prius ja sellaisena käsittää viimeksimainittujen välttämättömän edellytyksen, joka määrää, mitä normi käskee, käskyn kohdistuessa ainoastaan niihin oikeusalamaisiin, jotka voivat sen vastaanottaa. Mainittu arvottamisnormi puolestaan on tämän käsityksen mukaan adressaatiton, »es soll», joka tarkoittaa tietyn sosiaalisen tilan toteutumista ja siten sisältää sen impersonaaliona ilmenevän »vaatimuksen», jonka mukaan kaikkien määräämisnormin vastaanottamiseen kykenemättömienkin oikeusalamaisten käyttäytymistä on arvosteltava. Tähän rakennelmaan liittyy välittömästi »oikeuden henkisen vallan» konstruoiminen oikeusalamaisen ja hänen intressinsä välillä vallitsevaksi: »Massstab des Unrechts ist grundsätzlich nicht die Zwecksetzung, die Interessenrichtung des unrecht Handelnden, des Verletzers, sondern überall die Zwecksetzung die Interessenrichtung des unrecht Leidenden, des Verletzten.»[2] Tämä tulos, jonka mukaisella

[2] MEZGER, GS 89, s. 250.

käsityksellä on laaja kannatus, on nähdäksemme virheellinen, koska se asettaa oikeudenvastaisuutta määrääväksi yksilön sellaisen intressinrajoituksen, jonka loukkausluonne vasta käy selville siitä, millainen toiminta on intressinrajoituksen aiheuttanut. Edelleen mainitun teorian mukainen konstruktio johtaa siihen, että muukin seikka kuin oikeusalamaisen käyttäytyminen voi saada oikeudenvastaisuuden predikaatin.

Oikeusnormi on aina adressoitu ja tahtopitoinen. Adressaatiton finaalinormi ei ole oikeusnormi eikä näin ollen kelpaa oikeudenvastaisuuden kriteeriksi. Oikeuslauseen perusnormi on se perusta, jolta objektiivista oikeudenvastaisuutta on arvosteltava ja joka kiistattomasti rajoittaa sanotun käsitteen inhimillistä käyttäytymistä koskevaksi sekä samalla säilyttää oikeuden henkisen vallan käskijän ja käskettävän välisenä asiana. Objektiivinenkin oikeudenvastaisuus on oikeustahdon ja oikeusadressaatin välisen suhteen ilmaisija, vaikka tämä tahto alistuukin siihen tosiasiaan, etteivät oikeuskäskyt voi tavoittaa kaikkia adressaatteja. Kysymys käskijän ja käskettävän suhteesta objektiivisen oikeudenvastaisuuden mielessä ei olekaan psykoloogginen kysymys, vaan se ilmaisee sen ohjenuoran, jota normi *yleisenä säännelmänä* tarkoittaa. Se on *mitta*, jonka mukaan lainsäätäjä arvostelee sekä käskyn vastaanottamiseen kykenemättömien että siihen kykenevien oikeusalamaisten käyttäytymistä.

TOINEN LUKU.

OIKEUDENVASTAISUUDEN JA VAHINKOSEURAUSTA EDELLYTTÄVÄN TUNNUSMERKISTÖN TOTEUTUMISEN SUHDE.

Tunnusmerkistössä ilmaistu normi ei tarkoita sen ehdotonta sovellettavuutta in concreto. Niissä tapauksissa — ensin rikostunnusmerkistöä tarkastellaksemme — joissa käyttäytyminen tunnusmerkistönmukaisuudesta huolimatta on oikeudenmukainen, on olemassa normin pätemisalaa supistava peruste. Mikä on näin muodoin tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden suhde? Tunnusmerkistöopin uranuurtaja v. BELING pitää tunnusmerkistöä »arvovapaana». M. E. MAYERin mukaan se on oikeudenvastaisuuden indisio, sen

ratio cognoscendi. v. FRANK, MEZGER ja v. HIPPEL katsovat, että se on oikeudenvastaisuuden ratio essendi. Kun mikään näistä opeista — muut mielipiteet tässä sivuutamme — ei edellytä tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden sellaista yhteyttä, etteivät ne olisi toisistaan erotettavissa, on kysymys siis vain siitä, onko tunnusmerkistö oikeudenvastaisuuden ratio essendi silloin, kun käyttäytyminen *on* oikeudenvastainen. Myöntävää vastausta kannattava oppisuunta ei nähdäksemme ota kylliksi huomioon sitä, että oikeusnormi, josta oikeudenvastaisuus in concreto riippuu, ja tunnusmerkistö ovat perusolemukseltaan erilaiset. Oikeusnormi on tahdonilmaus, jonka noudattamatta jättämisestä silloin, kun se vaatii määrätynlaista käyttäytymistä, ei voi olla oikeudenmukaista poikkeusta. Tällainen poikkeus olisi loogillisesti mahdoton: oikeudenvastaisuus olisi silloin samaa kuin oikeudenmukaisuus. Tunnusmerkistö taasen on tyyppi. Tunnusmerkistönmukaisuus on *sen* mukaista, sääntönä ajateltua oikeudenvastaisuutta, kun sen sijaan varsinaista norminvastaisuutta on vain in concreto. Tunnusmerkistönmukaisen käyttäytymisen oikeudenvastaisuuden peruste on siis siinä, että on olemassa myöskin normi, joka kieltää kysymyksessäolevan käyttäytymisen, joten tunnusmerkistö siis tavallaan on oikeudenvastaisuuden ratio essendi, mutta vain siinä mielessä että normi on sovellettavissa käsilläolevaan tapaukseen. — Huomautettakoon, että tunnusmerkistön ja oikeudenvastaisuuden toisistaan erottamisella ei ole materiaalista sisällystä; se on vain esitysteknillinen kysymys, jonka tarkoituksena on aineenhallinnan helpottaminen sääntö-poikkeus-käsittelyn avulla.

Voidaanko — siviilioikeuden alalle siirryttäessä — sanottua indisio-oppia soveltaa sellaisiin tapauksiin yleensä, joissa tietystä inhimillisestä käyttäytymisestä on johtunut vahinkoseuraus? Useat sivilistit vastaavat kysymykseen myöntävästi ja katsovat, että vahingonaiheuttamista on pidettävä aina oikeudenvastaisena, ellei oikeusjärjestys erityisesti tunnusta sitä oikeutetuksi. Tällaisen oikeudenvastaisuutta indisoivan yleisen »vahingonaiheuttamistunnusmerkistön» konstruointia ei nähdäksemme ole pidettävä tarkoituksenmukaisena. On huomattava, että on olemassa tunnusmerkistöjä, joiden positiivisesti arvotettuun tarkoituksen toteuttamiseen sisältyy olennaisena osana vahingon aiheuttaminen (esim. yhteisessä haverissa) ja lisäksi tunnusmerkistöjä, joissa vahingon aiheuttaminen tosin on tunnusmerkistötarkoitukseen kuulumaton sivuilmiö, mutta joiden realisoituessa sanottu aiheuttaminen ei ole ollut oikeudenvastainen.

Oikeudenmukaisuus ei ole tällaisessa tapauksessa johdettavissa erityisestä oikeutusperusteesta siinä mielessä, mitä tällaisella perusteella tarkoitetaan. Mainitunlaisen »yleisen oikeudenvastaisuusindision» asettaminen ei näin ollen ole systemaattisesti suotava. Sen sijaan on oikeudenvastaisuuden ja vahinkoseurausta edellyttävän tunnusmerkistön toteutumisen suhteesta nähdäksemme todettava seuraavaa.

Jos syntynyt vahinkoseuraus liittyy positiivisesti arvotetun tunnusmerkistötarkoituksen toteuttamiseen siihen olennaisesti kuuluvana, on tunnusmerkistö oikeudenmukaisuuden indisio vahingonaiheuttamisesta huolimatta. Tarkoitetunlaisen tunnusmerkistön elementtien tulee tällöin olla laissa tyypeiksi koonnettuina siten, että tunnusmerkistötarkoitus sen toteuttamiseksi tapahtuvine vahingonaiheuttamisineen on siinä ilmaistu. Ellei niin ole, on toimintaa tarkasteltava rikosoikeudelliselta kannalta, ja, milloin se realisoi jonkin rikostunnusmerkistön, käsiteltävä oikeudenvastaisuusindision pohjalta, joka poistuu ainoastaan erityisen oikeutusperusteen olemassaolon kautta. Jos taasen on kysymys vahingosta, jonka aiheuttaminen ei kuulu positiivisesti arvotetun tunnusmerkistötarkoituksen toteuttamiseen, eikä mikään rikosoikeudellinen tunnusmerkistö prima vista näytä toteutuneen, on tunnusmerkistöä tarkasteltava ilman mainittua indisiolähtökohtaa sen selville saamiseksi, onko vahingon aiheuttanut käyttäytyminen ollut oikeudenvastainen. Tuottamustunnusmerkistön toteutuminen tällöin oikeuttaa oikeudenvastaisuusindision asettamiseen samoin kuin rikostunnusmerkistön osalta. Yksityisoikeudessa ei käsilläolevalla kysymyksellä ole samaa kantavuutta kuin rikosoikeudessa.

KOLMAS LUKU.

AINEELLINEN OIKEUDENVASTAISUUS VAHINGONVASTUUN PERUSTEENA.

Rikostunnusmerkistöt käsittävät kaiken sen käyttäytymisen, joka on kriminalisoitu, joten analogiatulkinta ei voi luoda uusia tällaisia tunnusmerkistöjä. Niistä perusteista, joiden olemassaolo osoittaa käyttäytymisen oikeudenmukaiseksi tunnusmerkistön toteutumisesta huolimatta, on sen sijaan todettava, että säädännäisessä laissa konnettuina olevat normin pätemisalaa supistavat perusteet eivät riitä ilmaisemaan kaikkia niitä tapauksia, joita on arvostel-

tava samalla tavoin, vaan on pitkälle menevä analogiatulkinta tässä otettava avuksi. Tämä tulkinta samalla virittää kysymyksen oikeudenmukaisuuden perusteesta sanotuissa tapauksissa. Positivistinen käsitys, joka tavallaan nojautuu oikeuden muodolliseen tarkoitukseen ja jonka mukaan niin oikeudenvastaisuus kuin oikeudenmukaisuuskin on etsittävä yksinomaan positiivisessa oikeudessa ilmaistuista normeista, johtuu tämän periaatteensa mukaisesti kysymyksen niin sanoaksemme kasuistiseen tarkasteluun, eri lainkohdista johdettujen oikeutusperusteiden kataloogiin, jonka rinnalla periaatteellinen kannanotto oikeudenvastaisuuskysymykseen jää syrjään ja niinikään tutkimatta, mikä yksi ja yhteinen peruste on tarpeen tunnusmerkistön oikeudenmukaisesti realisoitumiseksi. Tälle tutkimukselle omistautuu materiaalisen oikeudenvastaisuuden teoria, joka vastaa oikeuden aineellista tarkoitusta ja jonka pyrkimyksenä, sanotun mukaisesti, on — säädännäisen oikeuden tietenkin huomioonottaen — yhteisen kriteerin löytäminen kaikille niille perusteille, jotka poistavat tunnusmerkistön indisoiman oikeudenvastaisuuden. Tämä teoria ei silti — huomautettakoon siitä erikseen — harvoja poikkeuksia lukuunottamatta vähäksy sitä suurta merkitystä, joka systemaattisesti järjestetyllä oikeutusperusteiden luettelolla on aineenkäsittelyn esitysteknillisenä apukeinona. Tässä luvussa on näin ollen kysymys norminvastaisuudesta oikeuden muodollisen ja aineellisen tarkoituksen kannalta.

Aineellisen oikeudenvastaisuuskäsityksen uranuurtajia on Graf zu Dohna. Oikean keinon käyttäminen oikeaan tarkoitukseen on se muodollinen, Dohnan opissa esiintyvä aineellisen oikeudenmukaisuuden maksiimi, jonka Mezger on definioinut intressientyydytyksen enimmäismääräksi ja jonka negation Sauer luonnehtii siksi, mikä yleisen tendenssinsä mukaan on omansa enemmän vahingoittamaan kuin hyödyttämään valtiota ja yhteiskuntaa. Tässä on oikeudenvastaisuuden sisin olemus, joka tuomarin on saatava selville tutkimalla lakia ja yhteiskunnan johtavissa piireissä vallitsevaa käsitystä sekä turvautumalla perimmältä omaan arvottavaan harkintaansa. Tätä tietä saavutetulla aineellisen oikeudenvastaisuuden käsitteellä tuskin on *välitöntä* soveltamisarvoa, mikä ei kuitenkaan merkitse sitä, että on yhdentekevää, asetutaanko sen vai positivismin kannalle. On näet huomattava, että ainoastaan aineellisen oikeudenvastaisuus-käsitteen omaksuminen antaa niin sanoaksemme teoreettista tukea asianratkaisulle niissä tapauksissa, joissa ohjetta positiivisesta oikeudesta ei ole saatavana. Nämä tapaukset ovat lukuisampia

kuin käypä käsitys edellyttää ja ne sukeltavat esiin jopa jokaisen oikeudenvastaisuutta indisoivan tunnusmerkistön käsittelyssä sikäli kuin viriää kysymys siitä, onko tunnusmerkistön tarkoittama vieraan oikeushyödykkeen vaarantaminen saavuttanut oikeudenvastaisuudeksi tarpeellisen intensiivisyyden — seikka, jota ei voida ilmaista itse tunnusmerkistössä ja jonka ratkaisemiseen siitä siis ei voida saada ohjetta, koska on kysymys itse tunnusmerkistön toteutumisen edellytyksestä.[1] Edelleen materiaalisen oikeudenvastaisuuden käsitteellä on olennainen merkitys laiminlyönnin suhteen selvittämisessä tunnusmerkistössä ilmaistuun normiin. Sanotun kriteerin avulla on tutkittava, milloin normin voidaan katsoa koskevan yhtä hyvin laiminlyöntiä kuin positiivista tekoa. Tämä tutkimus samalla johtaa niiden perusteiden selvittämiseen, jotka osoittavat, missä tapauksissa seurauksen estämiskäskynä ilmenevä oikeusalamaisten toimintavapauden rajoitus on oikeutettu ja milloin laiminlyönti tämän mukaisesti siis on oikeudenvastainen.[2]

Tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden suhteiden selvittämiseksi on laadittu systemaattisesti järjesteltyjä poikkeustunnusmerkistöjä, joiden toteutumisen on katsottava poistavan tunnusmerkistön oikeudenvastaisuusindisiovaikutuksen. Nämä »erityiset oikeutusperusteet» osoittavat, että tunnusmerkistön positiivisen teon kautta tapahtuva toteutuminen on oikeudenmukainen, jos vieraan intressin oikeudenvastaisuudeksi riittävästä vaarantamisen intensiivisyydestä huolimatta on olemassa vahingonkärsineen (relevantiksi tunnustettava) suostumus, tekijän virka- tai muu velvollisuus tai oikeus tunnusmerkistönmukaiseen toimintaan tai muu sellainen erityinen syy, jonka takia teko on katsottava oikeudenmukaiseksi.

[1] Kysymys tunnusmerkistön toteutumisesta on konstruoitu myöskin siten, että teon ja seurauksen adekvaattisen syy-yhteyden katsotaan käsittävän sen yleisen edellytyksen, joka luo pohjan sen kysymyksen tarkastelulle, onko käsittelynalainen tapaus luettava säännön (oikeudenvastaisuus) vai poikkeuksen (oikeudenmukaisuus) alaiseksi. Tämän käsityksen mukaan ei teon tunnusmerkistönmukaisuus ilman varsinaisen oikeutusperusteen olemassaoloa vielä sinänsä merkitse oikeudenvastaisuutta, vaan lisäksi vaaditaan, että teko ei ole oikea välikappale oikean tarkoituksen toteuttamiseksi. Tätä konstruktiota emme katso olevan syytä kannattaa.

[2] Tunnusmerkistöstä ilmenevän seurauksen aiheuttamiskiellon ei voida katsoa merkitsevän sitä, että tunnusmerkistö samassa laajuudessa käskee estämään seurauksen syntymisen. Tällainen käsky rajoittaisi oikeusalamaisten toimintavapautta kohtuuttomasti. Siksi on tutkittava, missä piirissä mainitunlainen käsky on yhtä oikeutettu kuin seurauksen aiheuttamiskielto ja milloin siis voi tulla kysymykseen commissio per omissionem. Tälle tutkimukselle materiaalinen oikeudenvastaisuus-käsite antaa teoreettisesti kestävän pohjan.

Laiminlyönnin osalta vallitseva käsitys omaksuu sen mielipiteen, että laiminlyönti on oleva erityisesti kielletty, ennenkuin se kuuluu tunnusmerkistössä ilmaistun normin alaisuuteen. Laiminlyönnin oikeudenvastaisuus tämän mukaan edellyttää niin sanoaksemme kaksinkertaista kiellettyisyyttä: ensinnäkin että laiminlyönti on tunnusmerkistönmukainen (ilman oikeutusperusteen käsilläoloa) ja toiseksi että laiminlyönti sen lisäksi on erityisesti kielletty. Tässä konstruktiossa jää huomiotta, että ainoastaan niissä tapauksissa, joissa tunnusmerkistönmukainen käyttäytyminen *ei* ole oikeudenmukainen, tämä asiantila johtuu muusta kuin tunnusmerkistössä ilmaistusta oikeusnormista. Ellei tällaista perustetta ole olemassa, on siis kysymys juuri tunnusmerkistössä ilmaistun normin (tatbestandliche Norm) soveltamisesta tarkastelunalaiseen tapaukseen. Laiminlyönnin osalta siis on tutkittava, *milloin tämä normi* koskee tiettyä tapausta, milloin ei. Tämä lähtökohta on sopusoinnussa laiminlyönnin kausaalisuuden tunnustavan teorian kanssa. Laiminlyönnin vastuullistavuuden perimmäisenä kriteerinä on aineellisen oikeudenvastaisuuden käsite: on tutkittava, missä tapauksissa normin soveltaminen yhtä hyvin laiminlyöntiin kuin tekoon ei käsitä toimintavapauden haittaa ja milloin siis seurauksen estämistä voidaan vaatia yhtä hyvin kuin voidaan kieltää sen aiheuttaminen. Ala, jolla näin on asianlaita, on suhteellisen suppea. Oikeusalamaisen lakiperusteinen, virka- tai sopimusluontoinen velvollisuus, hänen erityinen yhteiskunnallinen asemansa, perheoikeudellinen suhde, laiminlyöntiä edeltänyt teko ja muu sellainen erityinen syy osoittaa usein niitä olosuhteita, joiden vallitessa laiminlyönti voidaan katsoa oikeudenvastaiseksi ja samalla vastuullistavaksi. Erityisesti on syytä huomauttaa, että vahingonvastuu laiminlyöntitapauksessa voi olla olemassa, paitsi milloin on kysymyksessä commissio per omissionem, myöskin silloin, kun laiminlyönti on vain omissiotunnusmerkistön alainen, jos voidaan osoittaa, että vahinkoseuraus todella olisi jäänyt syntymättä, jos laiminlyöty teko olisi tehty. Tämä kausaalisuhteen olemassaolon toteennäyttö ymmärrettävästi kuitenkin tuottaa käytännössä vaikeuksia. Vahingonvastuussa ex delicto laiminlyönnillä on vähäinen osa.

Tieteisopissamme vallitsevan käsityksen mukaan vahingonvastuun yleisenä perusteena on tuottamus kulpa-merkityksessä. (Seuraavassa puhumme enää vain positiivisesta teosta.) Kun kuitenkin kulpa varsinaisessa mielessä tarkoittaa syyllisyyttä, jolle henkilökohtainen moite-elementti on tunnusomainen, eikä korvausvelvollisuutta oikeusalamaisten taloudellista intressinsuojaa tarkoittavana

voida rajoittaa vahingonaiheuttajan persoonallisesti moitittavasta käyttäytymisestä riippuvaksi, on siviilioikeudellisen tuottamuksen käsite yleensä määritelty objektiivisesti: sekään seikka, että oikeusalamaiselta on puuttunut subjektiivisia edellytyksiä sen toimen asianmukaisesti suorittamiseksi, johon hän on ryhtynyt, ei ole esteenä abstraktisesti määritellyn huolellisuusvaatimuksen soveltamiselle tarkastelunalaiseen tapaukseen.[3] Tämä määrittely, jonka voitaneen katsoa vastaavan jo roomalaisten käyttämää definitiota, jonka mukaan kulpa ei ole vain non velle quod omnes volunt, sed non intelligere quod omnes intellegunt, osoittaa sanotun siviilioikeudellisen huolellisuusvaatimuksen ulottuvan ultra posse ja siten kohdistuvan sellaiseenkin henkilöön, joka ei voi olla varsinaisen syyllisyysarvostelman subjektina. Kun toisaalta oikeudellisen syyllisyyden aina on katsottava edellyttävän oikeudenvastaisuutta — kuten oikeudenvastaisuus voi syyllisyyskin periaatteellisesti ilmetä ainoastaan yksittäisenä tekona — se herättää kysymyksen, mikä ero on olemassa mainituin tavoin määritellyn siviilioikeudellisen syyllisyyden ja objektiivisen oikeudenvastaisuuden välillä. Tosin siinä tapauksessa, että objektiivisen huolellisuusvaatimuksen ei katsota koskevan syyntakeettomia eikä lapsi-ikäisiä, mainittu ero ilmenee juuri siinä, koska oikeudenvastaisuus sopii viimeksimainitunlaistenkin oikeusalamaisten käyttäytymisen predikaatiksi, mutta toisaalta heidän jättämisensä siviilioikeudellisesti vastuullistavan kulpaperusteen ulkopuolelle mielestämme merkitsee vältettävää epätasaisuutta mainitun perusteen konstruktiossa, koska käyttäytyminen siinä tapauksessa, että se syyntakeisen osalta olisi ollut rikos, kuitenkin RL 9: 5 nojalla konstituoi vastuun. Sanottu epätasaisuus ilmenee sitä selvempänä, kun toisaalla vähäisinkin varomattomuus saattaa olla kriminalisoitu, toisaalla taasen ei. Kun näin ollen katsomme vastuullistavan siviilioikeudellisen kulpaperusteen olevan sovellettavissa syyntakeettoman ja lapsi-ikäisen käyttäytymiseen sekä silloin, kun vastaava käyttäytyminen syyntakeisen puolelta merkitsisi rikoksen käsilläoloa, että silloin, kun näin ei olisi asianlaita (mutta objektiivinen huolellisuusvaatimus kuitenkin olisi laiminlyöty), pidämme sanotunlaisen siviilioikeudellisen syyllisyyden käsitettä tarpeettomana liikakonstruktiona objektiivisen oikeudenvastaisuuden rinnalla,

[3] Saksan tieteisopissa ei vallitse yksimielisyys siitäkään, onko siviili- ja rikosoikeudellista kulpaa pidettävä laadultaan samana. Tässä tutkielmassa omaksuttu kanta luonnollisesti edellyttää eittävää vastausta. Vastakkaisella mielipiteellä on kuitenkin runsaasti kannattajia.

konstruktiona, joka ei ole oikeaan osunut siitäkään syystä, että kulpa vastuuperusteena perimmältään edellyttäisi vastuusta vapautumista silloin, kun on olemassa erityinen syyllisyyden poistava peruste, jonka ei silti tarvitse merkitä oikeudenvastaisuuden poistavan perusteen käsilläoloa eikä myöskään vastuuvapautta tällaisissa olosuhteissa tuotetusta vahingosta.

Mikä suhde on tällöin oikeudenvastaisuudella ja adekvaattisuudella?

Kausaalisuuskysymys on pidettävä tarkasti erillään sekä kulpasta että oikeudenvastaisuudesta — eronteko, jota olemme pyrkinyt tarkoin toteuttamaan varoen minkään normatiivisen aineksen sisällyttämistä kysymyksen teleoloogis-deskriptiiviseen käsittelyyn. Sanotunluonteisella käsittelyllä olemme niinikään tahtoneet välttää »elämän sääntönä» ilmaistun kriteerin käyttöä adekvaattisuusopissa, jolle täten myöskään emme katso voitavan antaa varsinaisen vastuuteorian luonnetta. Mikäli — erästä oppisuuntaa seuraten — adekvaattisuus tahdotaan tehdä pelkäksi vastuukriteeriksi, se samalla »elämän säännön» mukaan varteenotettavaa vieraan oikeushyödykkeen vaarantamista ilmaisevana joutuu määräämään käyttäytymisen oikeudenvastaisuuden ja siten kuulumaan oikeudenvastaisuusoppiin. Sen sanottu funktio osoittautuu kuitenkin vain vajanaisesti tarkoitusta vastaavaksi, sillä adekvaattisuuskriteeri ei voi varsinkaan laiminlyönnin osalta lainkaan täyttää tätä tehtävää. Mainitun kriteerin oikeudenvastaisuusoppiin sijoittaminen on sitäkin vähemmän paikallaan, kun sen soveltaminen on tarpeen myöskin oikeudenmukaisen toiminnan vastuukysymysten arvostelussa. Adekvaattisuutta on näin ollen käsiteltävä kausaalisena teoriana, jolloin se myöskin on määriteltävä normatiivisista näkökohdista riippumatta samaksi sekä silloin, kun »elämän sääntö» edellyttää sen huomioonottamista, että silloin, kun se, vastaavaa syy-yhteyttä ilmaisevana, yhtäkaikki jää »elämässä vallitsevan käsityksen mukaan» huomioonottamatta.[2] Tämä arvottamisainesten välttämistä vaativa adekvaattisuuden kausaalinen määrittely ei kuitenkaan merkitse vastuunäkökohtien täydellistä poissulkemista adekvaattisuusopista, vaan niiden on oltava mukana sikäli kuin on kysymyksessä kausaalisuuden teleolooginen määrittäminen oikeusnormin noudattamismahdollisuutta silmälläpitäen.

[2] Sama seurauksen syntymismahdollisuuden aste ei näet aina merkitse joko vastuullistavuutta tai vastuullistamattomuutta. Tapauksessa A, jossa mahdollisuusaste on X, tekijä voi joutua vahingonvastuuseen, kun taas tapauksessa B, jossa mahdollisuusaste niinikään on X, tekijä on vastuusta vapaa.

Vahingonaiheuttamiskiellolla on mieltä ainoastaan sikäli, kuin kielletty käyttäytyminen on omansa lisäämään vältettävän vahingon syntymismahdollisuutta, ja samoin oikeudenmukaisesta toiminnasta johtuvan vahingon korvausvelvollisuus voi koskea vain niitä vahinkoseurauksia, joihin toiminta on juurisanotussa suhteessa. Täten adekvaattinen syy-yhteys ilmaisee sen kausaalisuuspiirin, jonka rajoissa korvausvelvollisuus in concreto voi tulla kysymykseen. Tämä adekvaattisuuden teleoloogis-kausaalinen määritteleminen ei vielä merkitse sitä, että — oikeudenvastaisuutta indisoivia vahinkotunnusmerkistöjä silmällä pitäen — sanotunlaisen kausaaliyhteyden toteaminen teon ja seurauksen välillä olisi riittävä tunnusmerkistön realisoitumiseksi, vaan tunnusmerkistön toteutumisen on katsottava riippuvan siitä tuloksesta, johon tunnusmerkistön kausaaliseen elementtiin kohdistuva *arvottava* tarkastelu johtaa. Tunnusmerkistön tämän tekijän selvittäminen ei näin ollen koske kausaalisuuskysymystä, vaan sekin on normatiivinen kysymys, jonka käsittelyssä johdumme päätelmään objektiivisen oikeudenvastaisuuden sinänsä olemisesta Suomen oikeuden mukaan vahingonvastuun perusteena — tietenkin seurauksen adekvaattisuusrajoituksin.

Missään tapauksessa oikeudenvastainen käyttäytyminen ei siis ole samaa kuin adekvaattinen vahingon aiheuttaminen. Ero on olemassa paitsi koko kysymyksen käsittelyn erilaisuudessa, toisaalta arvottavassa, toisaalta eksplikatiivisessa tarkastelussa, myöskin siinä, että ensinmainitun näkökohdan määräämä aineenkäsittely säännöllisesti johtaa vastuupiirin supistamiseen siitä, mikä se olisi, jos adekvaattisuus sinänsä asetettaisiin vastuukriteeriksi. Vasta tässä tulee kysymykseen se, mitä »elämän sääntö» edellyttää.

Mainittu sääntö on varsinkin pohjoismaisessa tieteisopissa esitetty sellaisena intressienvertailuperiaatteena, joka — yleisesti sanoen — voidaan luonnehtia siten, että oikeudenvastaisuus tehdään riippuvaiseksi teon tarkoituksen hyödyllisyyden, vaarannetun intressin arvon ja uhkaavan vahingon laajuuden sekä teon vaarallisuuden välisistä suhteista ja katsotaan toimintavapaus ja vieraan intressin vaarantamisen sallinta sitä pitemmälle meneväksi, mitä tärkeämpää tarkoitusta teko edistää ja mitä vähäisempää intressiä se uhkaa ja päin vastoin. Mutta tarkasteltaessa oikeudenvastaisuuden yksittäistapauksena ilmenemistä — in abstracto sitä ei ole olemassa — voidaan todeta, että in concreto noudatettava huolellisuus vieraan intressin vahingoittamisen välttämiseksi ei määräydy tällaisen asteikon mukaan. Tosin *tietynlaisesta* toiminnasta — esim. rautatie- ja

autoliikenteestä — voidaan sanoa, että se edustaa in abstracto sellaista hyödyllisyyttä, että toiminta on sallittava siitä aiheutuvista vahingoista huolimatta — joten siihen ryhtymistä sinänsä ei voida pitää oikeudenvastaisena —, mutta tästä ei suinkaan seuraa, että sanottu hyödyllisyys koituisi vahingon aiheuttajan eduksi in concreto, jos kysymyksessäolevanlaista toimintaa on harjoitettu siinä piirissä sovellettavaa, vieraiden intressien vaarinottamisvaatimusta vähäksyvällä tavalla. Viimeksimainittu vaatimus taasen ei ole mainittavastikaan siitä riippuvainen, miten hyödyllinen teon tarkoitus *yksittäistapauksessa* on ollut ja minkäarvoista intressiä se on vaarantanut. Samalla kun esim. teon tarkoitus on ollut hyvin hyödyllinen, sille asetettava huolellisuusvaatimus on voinut olla erittäin ankara. Pohjoismainen oikeudenvastaisuusteoria ei näin ollen ole oikeassa edellyttäessään tavallaan tasaisesti kasvavaa asteikkoa ankarasta varomisvaatimuksesta yhä suurempaa toiminnan vapautta kohti. Se jättää, kuten oikeudenvastaisuusoppi yleensäkin, huomioonottamatta, että tiettyyn tekoon kohdistuva arvottaminen on luonteeltaan kahdenlainen: toisaalta arvottavan tarkastelun kohteena on itse vaarantamiskysymys, jossa intressienvertailulla on suhteellisesti suppea soveltamisala, toisaalta sen sisällyksenä on ennen muuta intressienpunninta, jolloin vaarantamisen tietyn intensiivisyyden olemassaolo suorastaan on tämän arvottamisen välttämätön edellytys. Tästä jaosta myöskin johtuu, että ensinmainittu arvottaminen koskee vastuutunnusmerkistön kausaalisuuteen liittyvää elementtiä, kun taasen jälkimmäisessä intressin arvokkaammuusperiaate on olennaisesti etualalla: se koskee kysymystä erityisen oikeutusperusteen olemassaolosta.

Sanottuun intressienpunnintaan perustuva ratkaisu on niinikään ohjetta antava itse sen kysymyksen selvittämiseksi, minkälaatuinen intressinrajoitus on yleisin huolellisuusvaatimuksin kiellettävissä hyödyllistä toimintavapautta haittaamatta. Toimintavapauden edustaman yleisen intressin huomioonottamisesta voidaan tällöin katsoa käyvän selville, ettei Suomen oikeus tunne edes sellaista *yleistä* tahallisuus-,[4] saati sitten tuottamustunnusmerkistöä extra contractum, jonka suojeluobjektina olisi varallisuus in abstracto. Vasta se vahinko, joka syntyy konkreettisen vaarantamiskohteen kautta, on hyödyllistä toimintavapautta haittaamatta säädettävissä vältettäväksi sellaisin vapaudenrajoituksen vaatimuksin, jonka objektiivinen huolellisuuskriteeri asettaa.

[4] Toisin Saksan oikeudessa: BGB 826 §.

Objektiivisen oikeudenvastaisuuden selville saamiseksi tapahtuva, tunnusmerkistön syy-yhteyteen liittyvän elementin tarkastelu nojautuu teon adekvaattisuuteen sikäli, että sen ulkopuolella oleva vahinko, ei voi kuulua vastuupiiriin. Mutta muussa suhteessa ei adekvaattisuus ole sanottua tarkastelua määräävä. Jos oikeusalamaisten olisi säännöllisesti vastattava kaikista niistä vahinkoseurauksista, joiden syntymistä teko on enimmän olosuhteiden tuntemuksen pohjalta lausutun mahdollisuusarvostelman mukaan lisännyt, se merkitsisi haittaa hyödylliselle toimintavapaudelle. Oikeudenvastaisuutta määräävä »elämän sääntö» on toinen; se jättää huomiotta huiput ja katsoo asioita keskikorkeudelta. Seurauksen syntymismahdollisuutta koskevan arvostelman kannalta se edellyttää mahdollisuustodelman perusteen muodostamista asianomaisella elämänalalla kysymykseentulevan keskimittaisen tiedon mukaisesti. Vaadittavan taidon taasen on vastattava käyttäytymisen oikeaa suhdetta tähän tietoon. Vain vaarantaminen, joka ylittää sen rajan, jota toiminta yleensä, so. keskimitan mukaan, edustaa, on oikeudenvastainen ja vastuullistava.

Oikeusalamainen ei kuitenkaan vahingonvastuun kannalta katsoen aina ole mainitun, hyödylliseen toimintavapauteen nojautuvin perustein puollettavissa olevan »keskimittakriteerin» tarjoaman turvan tarpeessa. Joka tämän kriteerin mukaan on katsottava syypääksi intressinloukkaukseen, johon vahinko kytkeytyy, on vahingon laajuuden osalta vastuussa pelkästään adekvaattisuuden perusteella. Edelleen voi se, joka tarkoittaa tietyn vahingon aiheuttamista, joutua korvaamaan muunkin teosta johtuneen vahingon, joka on adekvaattinen, vaikka vaarantamista viimeksimainitun vahingon osalta ei muissa olosuhteissa ehkä olisi katsottu voitavan pitää vastuullistavana.

Ne tapaukset, joissa vahingoittamistarkoitus voi synnyttää vastuun, vaikka seurauksen syntymismahdollisuus on ollut niin vähäinen, että teko muissa olosuhteissa ei olisi ollut vastuullistava, edellyttävät sellaista teoreettista konstruktiota, jonka kautta sanottu vastuuprobleema voidaan ratkaista syyllisyys- ja kausaalisuuskysymyksiä toisiinsa sekoittamatta. Se oikeuspoliittisesti oikea kanta, jonka mukaan vahinko nimenomaan siihen tähtäävän tarkoituksen tapauksessa lankeaa vastuupiiriin etäämpää kuin muutoin, on käsityksemme mukaan selitettävissä oikeudenvastaisuuden subjektiivisen elementin avulla konstruktioin, joka on mitä läheisintä sukua opille rikosoikeudellisten tunnusmerkistöjen subjektiivisista oikeudenvastaisuustekijöistä, mutta joka kuitenkin eroaa mainitusta opista

siinä, ettei se koske eri tunnusmerkistöjen rakennetta, vaan koskee kaikkia tekotunnusmerkistöjä yhteisesti, edellyttäessään subjektiivisen tarkoituksen relevanssia siinäkin, missä yleisen käsityksen mukaan mainitunlainen oikeudenvastaisuustekijä muka ei ole tarpeen.[5] Että käsilläolevassa konstruktiossa ei ole kysymys puhtaasti subjektiivisesta oikeudenvastaisuuden konstitutiosta, se käy selville siitä yhteydestä, jossa vahingonaiheuttamistarkoitus ilmenee. Tarkoitus yhtyneenä sen toteuttamiseksi tarvittavaan tekoon vasta muodostaa *sen* sosiaalisesti vahingollisen tarkoituksen *ilmenemismuodon*, jota käy pitäminen oikeudenvastaisena. Materiaalinen oikeudenvastaisuus-käsite on tässäkin tapauksessa teoreettisesti merkityksellinen subjektiivisen oikeudenvastaisuustekijän kriteeri. Tapaus, jossa vahingoittamistarkoitus ei kyllin selvästi erotu pelkästä ajatussyyllisyydestä,[6] ei tämän mukaan käsitä oikeudenvastaista vahingon aiheuttamista. Sanotussa eronteossa taasen on olennainen merkitys sillä, missä määrin mainittu tarkoitus ulkonaisesti liittyy sellaiseen toimintaan, jonka objektiivinen tarkoitus on tunnustettu hyödylliseksi. Tarkoitettu adekvaattinenkin vahingonaiheuttaminen voi näin ollen yksittäistapauksesta riippuen olla jopa oikeudenmukainen, koska sen aina oikeudenvastaiseksi tulkitseminen voi johtaa lainkäyttäjän asettamiseen ajatustenkin tuomariksi ja siten oikeuden tarkoitusta vastaan sotivaan ratkaisuun. — Juuriselostettu subjektiivisiin oikeudenvastaisuuselementteihin nojautuva konstruktiomme sisältää nähdäksemme ratkaisun siihen kysymykseen, josta v. BAR aikoinaan väitti, ettei sitä voida lainkaan selvittää pitämällä kausaalisuus- ja syyllisyyskysymykset toisistansa erillään,[7] ja joka jatkuvasti on ollut adekvaattisuusopin kompastuskivenä.[8]

Selvitettäessä selostettua objektiivisen oikeudenvastaisuuden ja siviilioikeudellisen tuottamuksen samantavaa konstruktiota vastuutunnusmerkistön realisoitumisen kannalta on, kuten jo viitattiin, todettava, että teon arvottava tarkastelu ensi vaiheessaan sisältää teon ja seurauksen syy-yhteyteen liittyvän tunnusmerkistöelementin

---

[5] Tästä käsityksestä ks. esim. SIEVERTS, Subjektive Unrechtselemente, s. 125.

[6] Oikeusjärjestyksen tarkoituksena ei voi olla ajatusten kontrollointi ja niistä vastuuseen saattaminen.

[7] v. BAR, GrünhZ 4, s. 57. KIVIMÄKI, Asianajajan vastuu, s. 91, joka niinikään epäilee sanotun erillääänpidon mahdollisuutta yleensä.

[8] Vallitsevan adekvaattisuusopin konstruktio, jonka mukaan kulpa + adekvaattisuus = vastuullistavuus, ei anna sijaa tarpeelliselle joustavuudelle, koska tekijän tarkoitus on tähän konstruktioon vaikuttamaton tekijä.

normatiivisen käsittelyn teon vaarantamisasteen määrittämiseksi ja että vasta tästä käsittelystä johdettu päätelmä tunnusmerkistön toteutumiseksi tarpeellisen vaarantamisen olemassaolosta luo edellytyksen toiselle, niinikään normatiiviselle tarkastelulle, jonka tuloksesta riippuu, onko tunnusmerkistön toteutuminen yksittäistapauksessa katsottava tapahtuneen oikeudenvastaisesti vai oikeudenmukaisesti. Ensinmainittu arvottava käsittely näin ollen ei vielä ratkaise kysymystä siitä, onko kysymyksessä sääntö (oikeudenvastaisuus) vai poikkeus (oikeudenmukaisuus). Mutta se ei ole myöskään ratkaisevaa sille, onko tarkastelunalainen tunnusmerkistö realisoitunut, mikäli tunnusmerkistö säätää korvausvelvollisuuden erikoisperusteella tuottamuksesta riippumatta. Tällaisen tunnusmerkistön realisoituminen on selville saatavissa teleoloogis-eksplikatiivisesti, tutkimalla, onko vahinko tarkastelunalaisen toiminnan adekvaattinen seuraus ja ovatko muut tunnusmerkistön asettamat edellytykset täyttyneet. Pelkkä vahingon syntyminen ei näin ollen vielä oikeuta oikeudenvastaisuusindision asettamiseen, koska tällaisessa tapauksessa vahingonaiheuttaminen on katsottava oikeudenmukaiseksi, samalla kun on todettava, ettei erityistä oikeudenvastaisuuden poistavaa perustetta ole olemassa. Sanottu indisiovaikutus siis syntyy vasta siitä, että vahingonaiheuttaminen osoittautuu vaarantamisen intensiivisyyden puolesta tuottamustunnusmerkistön toteuttavaksi.[9] Tällöin myöskin tunnusmerkistössä ilmaistu normi kieltää vahingon aiheuttamisen, kun sen sijaan sellainen vastuutunnusmerkistö, jonka realisoituminen on selvitettävissä deskriptiivisesti, sisältää perusnormin, joka antaa adressaatilleen ainoastaan vahingonkorvauksen suorittamiskäskyn.

[9] On olennainen ero siinä, onko teko oikeudenmukainen siksi, että se, vahingon syntymisestä huolimatta, ei ole oikeudenvastaisuudeksi vaadittavassa määrässä vaarantanut vierasta intressiä, vai siksi, että on olemassa erityinen oikeutusperuste. Ensinmainitussa — mutta ei jälkimmäisessä — tapauksessa tekijä on *poikkeuksella* vastuusta vapaa, ellei säädännäisestä oikeudesta muuta ilmene ja ellei siis ole olemassa erityistä tunnusmerkistöä (esim. rautatie-, moottoriajoneuvo-, ilma- ja laivaliikenne, sähkölaitoksen käyttö jne.). Ensinmainittu vahingonaiheuttaminen näin ollen kuuluu »faktillisen» eikä »tyypillisen» käyttäytymisen alaan; se ei siis ole oikeusteko. Edellä, s. 341, viite 1, mainitun konstruktion pohjalla johdutaan nähdäksemme sellaiseen tulokseen, jonka mukaan teko toteuttaa tunnusmerkistön ja kuuluu siis tyypillistetyn käyttäytymisen piiriin, mutta voi kuitenkin, kriteerin »rechtes Mittel zu rechtem Zwecke» ansiosta, olla aiheuttamatta oikeusvaikutusta, vaikkei erityistä normin pätemisalaa supistavaa perustettakaan ole olemassa.

DIE THEORETISCHE KONSTRUKTION DER DELIKTISCHEN SCHADENSHAFTUNG MIT BERÜCKSICHTIGUNG DES FINNISCHEN VERMÖGENSRECHTS.

ZUSAMMENFASSUNG.

EINLEITUNG.

ÜBER DIE VERSCHIEDENE NATUR DES ERSATZES FÜR SCHADEN BEI RECHTSWIDRIGEN UND RECHTMÄSSIGEN HANDLUNGEN.

Vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit der theoretischen Konstruktion der deliktischen Schadenshaftung und macht folglich eine Unterscheidung zwischen der an ein rechtswidriges Verhalten geknüpften sog. Culpahaftung und der mit einer rechtmässigen Tätigkeit verbundenen Schadenersatzpflicht notwendig.[1] Die hierbei voneinander zu trennenden beiden Gebiete des Schadenersatzrechts setzen keinen gemeinsamen Ersatzgrund voraus. Der Unterschied zwischen Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit wäre für einen solchen Grund irrelevant, sodass derselbe zwangsläufig allzu unbestimmt sein würde, um einen Rechtsgrund für die Ersatzpflicht abzugeben.

Das Culpa- und Rechtswidrigkeitserfordernis als Voraussetzung für die Schadenshaftung ist als ein überwundener Standpunkt zu

[1] Unter Schaden schlechtweg versteht man ein für das Rechtssubjekt und die Verwirklichung von dessen Interessen ungünstiges Verhältnis, das wider den Willen des Rechtssubjekts zustande gekommen ist. Juristische Relevanz kommt demselben zu, sofern das Interesse in einem Wert besteht, der ausserhalb des interessierten Individuums existiert, der eine gewisse objektive Bestimmbarkeit besitzt und für welchen, falls die veränderte Lage nicht wiederhergestellt wird, ein zu erlegender Schadenersatz in Frage kommen kann. Vom Standpunkt des Geschädigten aus ist der betreffende Ersatz immer ein Äquivalent. Die Frage nach dem Verhältnis des Schadenersatzes zu der Rechtsnorm muss streng getrennt von der besagten Frage behandelt werden.

betrachten. In der Literatur ist die Frage von der Haftung ohne Culpa lebhaft erörtert worden. Bei der Konstruktion dieser Ersatzpflicht hat die Behandlung der rechtspolitischen Grundlage derselben das Hauptinteresse auf sich gezogen. Es ist also nicht zu verwundern, dass die rechtstheoretische Seite der Frage in den Schatten gestellt wurde. Die theoretisch hochinteressante Frage vom Schadenersatz in seinem Verhältnis zur Grundnorm des Rechtssatzes einerseits bei rechtwidrigem, andererseits bei rechtmässigem Verhalten, ist infolgedessen unaufgeklärt verblieben. Die prinzipielle Lösung dieser Frage erheischt eine kurze Darstellung dessen was man unter Rechtsnorm und Tatbestand versteht.

Objektiv betrachtet ist das Recht die Gesamtheit der autoritativ verpflichtenden heteronomen Normen, deren formeller Zweck die Motivation der Normadressaten zur Aufrechterhaltung des Gemeinschaftsfriedens ist, und deren materieller Zweck auf die Realisierung grösstmöglichster Befriedigung der Interessen der Gemeinschaft und deren einzelner Glieder hinausläuft. In diesem Sinn ist die Norm ein Rechtssatz, d. h. eine Doppelnorm, deren eine, die Grundnorm, ein bestimmtes Verhalten gebietet, verbietet oder gewährt während die andere, die Sanktionsnorm, die Vorschrift für den Fall einer eventuellen Nichtbefolgung der Grundnorm enthält. Anspruch auf Sanktion können logisch nur der Imperativ und der Vetitiv haben. Inbezug auf Rechtsnorm und Verhalten gilt exclusi tertii principium: entweder das Verhalten *ist* oder *ist nicht* rechtmässig; im letzteren Fall ist es also rechtswidrig. Tertium non datur. (Der Permissiv setzt kein drittes Glied der disjunktiven Reihe, das der rechtlichen Irrelevanz, voraus, da das erlaubte Verhalten rechtmässig ist.)

Rechtswidrigkeit ist Grundnormwidrigkeit. Die ohne die Grundnorm logisch undenkbare Sanktionsnorm enthält keinen selbständigen Postulativ demjenigen Rechtsuntertan gegenüber, der der Grundnorm nicht Folge geleistet hat. Die Grundnorm findet ihren Ausdruck im Tatbestand. Die Sanktion ist kein Bestandteil des Tatbestandes. Der Tatbestand wiederum ist eine Abstraktion, die aus den Erscheinungsformen der rechtlich relevanten Umstände dasjenige ermittelt, was diesen Erscheinungen, vom Standpunkt eines bestimmten Typus aus, gemeinsam ist.

Verbietet die tatbeständliche Norm die Verursachung eines Schadens, so zieht ein Nichtgehorsam, sofern der frühere Zustand nicht wiederherstellbar ist, die Schadenersatzsanktion nach sich. Die Sanktion hat dann den Zweck, ein Äquivalent desjenigen Schadens

zu beschaffen, der durch die Nichtbefolgung der Norm verursacht worden ist. Dieser Äquivalentcharakter eignet dem Schadenersatz unabhängig davon, ob der Normadressat in concreto fähig gewesen ist, dem Rechtsbefehl nachzukommen oder nicht. Der Schadenersatz extra contractum stellt jedoch — entgegen der herrschenden Theorie — auch in der Form einer Geldentschädigung keineswegs immer ein Äquivalent vor. Handelt es sich um den Ersatz für einen durch rechtmässiges Verhalten verursachten Schaden, so ist dessen Leistung eine grundnormgemässe Pflicht, deren Sanktion lediglich die Erfüllung dieser Pflicht bezweckt, sodass der Schadenersatz, auch wenn er in Geld geleistet wird, eine Naturalleistung im rechtslogischen Sinn ist. Es ist nämlich wohl zu merken, dass jenes Recht, auf dessen Schutz die Sanktion im Fall einer Ersatzpflicht für einen durch rechtmässiges Verhalten verursachten Schaden hinausläuft, ein *Recht auf Schadenersatz*, *nicht* das Recht auf Unantastbarkeit des Interessenbereichs des vom Schaden Betroffenen ist. In diesem Fall schliesst die Sanktion ein Äquivalent nur insofern in sich ein, als für eine ausgebliebene Schadenersatzleistung Zinsen gezahlt werden müssen. — Aus dem Umstand, dass die Norm die Forderung einer Schadenersatzleistung aufrechthält, wird also an und für sich noch kein Schluss auf die Rechtswidrigkeit des resp. Verhaltens gezogen werden dürfen. Es gilt aufzuzeigen, *welche* Norm den Ersatz vorschreibt, ob der Schadenersatz eine Rechtsfolge m. a. W. eine Sanktion oder ob er eine grundnormgemässe Pflicht ist. In diesem Fall gibt der Tatbestand also sowohl den Permissiv als den Imperativ, in jenem dagegen nur den Vetitiv an.

M. Er. zeigt auch die hier auseinandergesetzte Verschiedenheit des Schadenersatzes, dass die Konstruktion eines für allen Schadenersatz gemeinsamen Rechtsgrundes zu keinem befriedigenden Resultat führt.

ERSTER TEIL.

DAS KAUSALITÄTSPROBLEM.

KAPITEL I.

DIE KAUSALITÄTSTHEORIEN.

Jeder Tatbestand, der eine Handlung unter Ersatzsanktion auf einen Schadenerfolg bezieht, setzt notwendig einen zwischen Tat und Schaden existierenden Kausalzusammenhang voraus. Die Frage danach, wann letztere eine rechtlich zu beachtende Kausalität in sich schliesst hat das juristische Denken seit einem Jahrhundert beschäftigt ohne dass der Lehrstreit der verschiedenen Richtungen aufgehört hätte. Einerseits wird eine, der Kausalitätsdefinition von JOHN STUART MILL entsprechende Definition des juristischen Kausalbegriffs angestrebt, demgemäss alle conditiones sine quibus non eines Erfolges als relevant betrachtet werden, andererseits wird nach einem Kriterium gesucht, mit dessen Hilfe die relevanten Bedingungen von anderen geschieden werden könnten und zwar entweder vermittels von sich aus der Kausalität als solcher ergebenden immanenten Faktoren oder indem man seine Zuflucht zu einer generalisierenden Betrachtung der Bedingungen nimmt. Die erstgenannte von v. BURI aufgestellte Äquivalenztheorie dominiert auch heute noch in kriminalistischen Kreisen, insofern jedoch modifiziert [1] als hinsichtlich der durch den Erfolg qualifizierten Delikte die Haftung nur vermöge eines bis zu einem gewissen Grade wahrscheinlichen Erfolges hervorgerufen wird. Die Zivilisten dagegen verwenden dieses Wahrscheinlichkeitskriterium in Form der in ihren Kreisen

[1] Eine Modifikation, welcher das deutsche Reichsgericht nicht beigetreten ist.

allgemein anerkannten Theorie der adäquaten Verursachung, die die objektive Möglichkeit des Erfolgs ermittelt.[2]

Die in Frage stehende Adäquanzlehre verdankt ihren Ursprung v. KRIES, der den besagter Theorie zugrunde liegenden objektiven Möglichkeitsbegriff theoretisch begründet hat — es dürfte sich erübrigen, hier auf jene individualisierenden Theorien einzugehen, die den Bedingungen des Erfolges auf Grund immanenter Kausalitätsfaktoren verschiedene Bedeutung beimessen — und der die Behandlung des juristischen Kausalproblems auf den Boden der ex ante-Betrachtung gestellt hat. v. Kries sagt: 'Wenn man den Erfolg unter dem Gesichtswinkel einer allgemeinen Bedingung erwägt, die sowohl konkrete als abstrahierte Bedingungen in sich schliesst, so erscheint er als eine objektive Möglichkeit, deren Grösse durch das Verhältniss der Anzahl der den Eintritt des Erfolgs herbeiführenden Kombinationen jener Bedingungen und Kombinationen, bei deren Verwirklichung der Erfolg fortfällt, ausgedrückt wird. Dieser logische Möglichkeitsbegriff, dessen Inhalt durch das Prinzip der Spielräume bestimmt wird, ist an und für sich nur wenig anwendbar. Ein besseres Kriterium dürfte dann schon eher eine andere Ausdrucksform dieses Begriffs, die der Typizität des Geschehens, darstellen, welcher eine gedachte häufige Realisierung der konkreten Bedingungen als Beurteilungsbasis untergelegt ist, wobei die generalisierten Bedingungen den konstanten Faktor der Basis für das Möglichkeitsurteil abgeben. Abgesehen davon dass die rechtlichen Tatbestände mit ihren in der Regel recht spezifizierten Tatbestandsmermalen keineswegs immer die Möglichkeit erbieten, das Typizitätskriterium auf eine praktische Verwendung des Materials zu beziehen, dürfte dieses Kriterium die relevante Kausalität in allzu hohem Masse einschränken. Aber selbst dann wenn die Konstruktion der Basis der Möglichkeitsurteils als eine von der allgemeinen Typizitätsauffassung unabhängige Vorfrage anzusehen wäre, ist die Verwendung dieses Kriteriums doch nur wenig befriedigend, da die Grenze zwischen dem relevanten und dem irrelevanten Möglichkeitsgrad ungenau verbleibt und das freie Ermessen des Richters massgebend wird, wodurch der kausalen Behandlung fremde bewertende Gesichtspunkte in den Vor-

[2] Die Frage nach dem Ersatz für einen mit der Interessenverletzung des Rechtssubjektes verknüpften Schaden ist ja letzten Endes ein Analogon zu den durch den Erfolg qualifizierten Delikten. Bei stattgefundener Interessenverletzung braucht sich die Culpa ebensowenig auf den Schadenerfolg selber wie bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten auf den Erfolg zu erstrecken.

dergrund gestellt werden. Das ebengesagte bezieht sich auch auf jene Theorien die mit Hilfe anderer Kriterien als das der Typizität eine Lösung der Frage durch die Bestimmung des relevanten Möglichkeitsgrades anstreben. Eine befriedigende Lösung dieses Problems ist ohne Verzicht auf die Forderung eines bestimmten Möglichkeitsgrades kaum zu erreichen. Dies hat TARNOWSKI eingesehen, indem er die Adäquanztheorie auf der Grundlage des von TRAEGER und M. L. MÜLLER befürworteten relativen Möglichkeitsbegriffs weiterentwickelt und die Bedingung einzig und allein deswegen als adäquat betrachtet, weil sie die Möglichkeit des Erfolges erhöht. Die Frage, wann die Bedingung diese Eigenschaft besitzt, erheischt allerdings eine Lösung für sich, die sich indes nicht unmittelbar aus der letztgenannten Definition ableiten lassen dürfte. Immerhin hat diese Definition wesentlich zur Klärung des Adäquanzbegriffs beigetragen.

Die Frage danach, ob die Bedingung die Möglichkeit des Erfolges erhöht, hängt intim mit der Frage nach der Bildung der Urteilsbasis zusammen. Auch hier wird an die Adäquanzlehre als Kausalitätstheorie der Anspruch grösstmöglichster Präzision gestellt werden müssen, die m. Er. dadurch erzielt wird, dass sowohl das nomologische als das ontologische Wissen des einsichtigsten Menschen nur insoweit generalisiert wird als erforderlich ist, um von einem allgemeinen, d. h. guten Sachverständigen-Wissen auf dem betreffenden Gebiete sprechen zu können. Eine derartige Generalisation besitzt den Vorzug, dass aus dem Komplex der in concreto bekannten Realitäten alle jenen Fakta ausgeschieden werden können, deren Mitbeachtung eine Verwerfung des Sachverständigenkriteriums bedeuten und reinen Zufälligkeiten freien Spielraum lassen würde.[3]

Ebenso wie das auf die Entstehung des Erfolges sich beziehende Möglichkeitsurteil von der Generalisation der dessen Basis bildenden Bedingungen abhängig ist, lässt sich auch der Inhalt des Möglichkeitsurteils durch eine Generalisation des Erfolges bestimmen. Die Generalisierung der Bedingungen verringert die objektive Möglichkeit, die Generalisierung des Erfolges dagegen wird dieselbe erhöhen. Seitdem TRAEGER auf die Bedeutung der Generalisierung des Erfolgs aufmerksam gemacht hat, wird diese m. Er. neben der Generalisierung der Bedingungen ziemlich unberechtigt als ein der letztgenannten ebenbürtiger Faktor bewertet. Man darf nämlich nicht übersehen, dass eine bestimmte Generalisierung der Bedingungen schon allein

[3] Das Wissen des Täters darf jedoch niemals in irgendeiner Weise generalisiert werden.

an sich die objektive Möglichkeit eines bestimmten Erfolges bezeichnet, deren Beziehung zur Realisierung des Haftungstatbestandes nur geklärt werden muss. Man wird dabei festzustellen haben, welche unter den verschiedenen Realisierungsmöglichkeiten des Tatbestandes vom Standpunkt des jeweils der Generalisierung der Bedingungen entsprechenden Möglichkeitsurteils gleichwertig sind. Die Generalisation des Erfolges wird man hierbei als sich auf alle jene Entstehungsformen des Erfolgs erstreckend betrachten können, deren entsprechende Bedingung ein abstrahierter Bestandteil gewesen ist.[4] Diese Definition setzt selbstverständlich unmittelbar voraus, dass die urteilsmässige Möglichkeit sich tatsächlich auch realisiert hat, da es sich anderenfalls um einen (dem abstrahierten Bestandteil der Urteilsbasis entsprechenden) Erfolg handelt, dessen Entstehungsmöglichkeit nicht durch die konkret bekannten Bedingungen erhöht worden ist.[5]

KAPITEL II.

DAS KAUSALITÄTSPROBLEM DER UNTERLASSUNG INSBESONDERE.

Die Nichthinderung des im Tatbestand bezweckten Erfolgs kann in gewissen Fällen ebenso behandelt werden wie die positive Herbeiführung desselben. Diese allgemein bekannte Tatsache hat zu der Frage geführt, ob nicht etwa eine Unterlassung in kausaler Beziehung zum Erfolg stehen könnte. Die noch heute auf diese Frage erfolgende Antwort ist ein entschiedenes: Nein. Für die neuzeitliche Theorie, die sich eines von Tag zu Tag grösserwerdenden Anhangs erfreut und die allem Anschein nach bereits binnen kurzem die Ober-

[4] Die Bedingungen, die veranlassen, dass ein mit dem Messer Gestochener gestorben ist: infolge von Blutung, infolge einer durch die Wunde verursachten Blutvergiftung u. s. w. sind insgesamt als abstrahierte Bestandteile in der Basis jenes Möglichkeitsurteils enthalten nach welcher der betreffende Messerstich die Entstehungsmöglichkeit eines solchen Erfolgs erhöht hat. Unmöglich war nur, die differentia specifica des Erfolgs zu erkennen.

[5] Der mit dem Messer Gestochene fällt auf dem Wege zum Krankenhause einem Autounfall zum Opfer.

hand behalten wird, besteht dagegen kein Zweifel darüber, dass auch der Unterlassung der Weg zur kausalen Realisierung des Tatbestandes geebnet werden muss.[1]

Die jüngste Forschung vermeidet die in den älteren Theorien begangenen Irrtümer: die Begründung der Kausalität durch eine voraufgegangene oder gleichzeitige positive Handlung, und die Konstruktion, die die Kausalität der Unterlassung von der Rechtswidrigkeit abhängig macht. M. Er. begeht jedoch auch diese jüngste Forschung gewisse Fehler, indem sie einerseits die Kausalität der Unterlassung nur mit Zuhilfenahme der Adäquanztheorie erklärbar anerkennt, was im Widerspruch mit dem Ausgangspunkt der Theorie steht, gemäss welcher sich eine adäquate Bedingung einzig und allein von der conditio sine qua non-Gruppe trennen lässt, andererseits aber diese Kausalität »extern» durch ein spezielles auf die positive Handlung sich beziehendes Erwartungsmoment begründen will. Eine solche »Exegenesis» der Unterlassung macht jedoch nicht Anspruch auf eine wesentlichere Bedeutung, als dass sämtliche Phänomene des Rechtsgebiets als Resultat einer externen Beurteilung aufgefasst werden müssen. Das Phänomen an sich ist eins, ein anderes ist das, was sich daraus ergibt, dass auch das Betrachtungsobjekt vom Gesichtspunkt des Betrachters bedingt ist. Die Kausalität der Unterlassung ist also letzterhand das Produkt einer teleologischen Betrachtungsweise, sie stellt einen Faktor des sozialen Geschehens vor, wennschon sie eine entsprechende Realität in den Naturvorgängen nicht besitzt. Es gibt nämlich auch abstrakte und nicht nur konkrete Realitäten. Daher ist es auch nicht richtig, sich bei der Konstruktion der Kausalität der Unterlassung auf die von MILL gegebene Definition zu berufen, da der auf die Naturwissenschaft bezogene Kausalitätsbegriff dieses Philosophen den negativen Bedingungen eine andere Bedeutung als den positiven beimisst. Die Anwendung des auf Mills Definition zu beziehenden conditio sine qua non-Kriteriums auf die Unterlassung, m. a. W. die Untersuchung ob der Erfolg beim Fortfall der Unterlassung gar nicht entstanden wäre, betont jedoch in zutreffender Weise die richtige Kausalitätskonstruktion der Unterlassung: die die Hinderung des Erfolgs

[1] Ein Tatbestand, der dem Wortlaut nach die Herbeiführung des Erfolges verbietet schliesst innerhalb gewisser Grenzen auch ein Hinderungsgebot des Erfolgs in sich ein. Es handelt sich dann um ein commissio per omissionem im Gegensatz zum reinen Omissivdelikt, das den Eintritt eines bestimmten Erfolgs nicht voraussetzt.

bezweckende positive Handlung hätte im theoretischen Sinne *sicher*[2] zu diesem Resultat führen müssen, bevor von einer *Kausalität* der Unterlassung überhaupt die Rede sein kann. Dieses Merkmal der Kausalität ist sowohl in unserer einheimischen als auch in der ausländischen Forschung viel zu wenig betont oder insofern falsch dargestellt worden, als an einen Nicht-Eintritt des Erfolgs in der Regel nur der Anspruch auf eine gewisse Wahrscheinlichkeit gestellt wurde. Auch die Konstruktion des *Begriffs* der Unterlassung an sich ist m. Er. — die ausländischen Theorien nicht ausgenommen — nicht zu Ende geführt. Die Handlungsfreiheit als Voraussetzung der Unterlassung ist nicht — wie die herrschende Theorie lehrt — durch die physische Möglichkeit zur Hinderung des Erfolgs erschöpfend charakterisiert, es muss vielmehr die Forderung aufgestellt werden, dass der Unterlassende auch rechtlich imstande gewesen ist, die betreffende Handlung zu unternehmen, m. a. W. dass die Handlung rechtlich nicht verboten gewesen ist. Eine solche »Einschränkung« des Unterlassungsbegriffs bedeutet keineswegs die Verquickung der Kausalitäts- mit der Rechtswidrigkeitsfrage, da hier von der Kausalität garnicht die Rede ist. Der zu definierende Begriff ergibt sich aus dem rechtlichsozialen Charakter der Unterlassung. — Es versteht sich von selbst, dass die Verwendung des Adäquanzkriteriums sich in gleicher Weise auf die Kausalität der Unterlassung wie auf die positive Handlung bezieht — was etwas ganz anders ist als die Konstitution der fraglichen Kausalität durch Adäquanz.

[2] In der Praxis kann niemals eine *absolute* Gewissheit erreicht werden, da es sich immer um einen Möglichkeitsurteil handelt.

ZWEITER TEIL.

DIE RECHTSWIDRIGKEITSFRAGE.

KAPITEL I.

DIE RECHTSWIDRIGKEIT ALS SUBJEKTIVER UND OBJEKTIVER BEGRIFF.

Man kann die Rechtswidrigkeit von zwei verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachten: als Verhältnis zwischen dem Rechtswillen und dem Rechtsadressaten und im Lichte des formellen und des materiellen Zweckes des Rechts.[1]

Die Rechtswidrigkeitsfrage hat vielleicht noch mehr als das Kausalitätsproblem zu tiefgehenden Meinungsverschiedenheiten Anlass gegeben. Sogar inbezug auf die zentralste Frage dieses Gebietes, auf die Frage nach der Einheit der Rechtswidrigkeit, sind verschiedene Ansichten ausgesprochen worden, von denen manche einen prinzipiellen Underschied innerhalb des Begriffes selbst voraussetzen. Eine solche Auffassung kann unmöglich gebilligt werden, da die Rechtswidrigkeit als konträrer Gegensatz zur Rechtsmässigkeit nur eine: nämlich Normwidrigkeit sein kann. Die Frage was für Rechtsfolgen ein normwidriges Verhalten hat, betrifft die Sanktion, deren verschiedenartige Natur keine Verschiedenheit der Rechtswidrigkeit an sich bedeutet.

[1] Im Gegensatz zu einer weitverbreiteten Auffassung wird die Rechtswidrigkeit nicht als Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses an sich m. a. W. als ein Eingriff in einen fremden Interessenkreis betrachtet werden können. Ein rechtlich geschütztes Interesse kann nicht den Anspruch auf Unantastbarkeit in sich schliessen. Einen absoluten Interessenschutz gibt es nicht. — Unter Rechtswidrigkeit in subjektivem Sinn wird oft, sachlich ganz falsch, ein Eingriff an und für sich in das subjektive Recht oder in das rechtlich geschützte Interesse verstanden.

Auch darüber, was die Rechtswidrigkeit als Normwidrigkeit umfasst, gehen die Ansichten auseinander. In diesem Kapitel soll die Normwidrigkeit vom Gesichtspunkt des Verhältnisses zwischen dem Rechtswillen und dem Rechtsadressaten behandelt werden. Nach einer Auffassung, als deren Vertreter ADOLF MERKEL und HOLD V. FERNECK zu nennen sind, setzt die Rechtswidrigkeit eine subjektive Schuld voraus. Von einer Normwidrigkeit kann dieser Theorie gemäss nur insofern die Rede sein, als der Normadressat in concreto imstande gewesen ist, den Rechtsbefehl zu empfangen. Diese ausgesprochen subjektive Lehre wird durch eine andere Theorie modifiziert, zu deren Gründern IHERING und THON gehören und die einen objektiven, von der Schuld des Adressaten unabhängigen Rechtswidrigkeitsbegriff annimmt, was die Iheringsche Richtung betrifft jedoch mit der Einschränkung, dass ein rechtswidriges Verhalten die Zurechnungsfähigkeit des Normadressaten voraussetzt.

Jener, der THONschen Imperativentheorie zugrunde liegenden Auffassung, nach welcher der Rechtsbefehl auch an einen zum Empfang desselben nicht fähigen Adressaten gerichtet ist, und die eine dementsprechende Definition der objektiven Rechtswidrigkeit voraussetzt, hat man eine unlogische Konstruktion zum Vorwurf gemacht, die man in der neuesten wissenschaftlichen Theorie zu korrigieren versucht hat, indem die Aufteilung der Rechtsnorm in eine Bewertungs- und eine Bestimmungsnorm betont und die objektive Rechtswidrigkeit als ein Ergebnis der erstgenannten Funktion der Norm erklärt wird. Während die Konstruktion der objektiven Rechtswidrigkeit im allgemeinen als vom positiven Recht gefordert dargestellt wird, macht sich dagegen in der letzteren wissenschaftlichen Richtung eine Auffassung geltend, nach welcher der erwähnte Rechtswidrigkeitsbegriff auch der logisch richtigen Konstruktion der Rechtsnorm entspricht: die Bewertungsnorm ist das Prius des Imperativs und des Vetitivs und enthält als solches die notwendige Voraussetzung zu letzteren, die bestimmt, was die Norm vorschreibt, während der Befehl immer nur die Rechtsuntertanen trifft, die fähig sind, denselben zu empfangen. Die genannte Bewertungsnorm ihrerseits ist ein adressenloses »es soll», das auf die Verwirklichung eines bestimmten sozialen Zustandes abzielt und folglich die als impersonal erscheinende »Forderung» enthält, nach welcher das Verhalten aller Rechtsuntertanen, auch der zum Empfang der Bestimmungsnorm Unfähigen, beurteilt werden muss. An diese Konstruktion schliesst sich unmittelbar die Auffassung der »geistigen Macht des Rechts» an, das angeblich

zwischen dem Rechtsuntertan und dessen Interesse besteht. »Massstab des Unrechts ist grundsätzlich nicht die Zwecksetzung, die Interessenrichtung des unrecht Handelnden, des Verletzers, sondern überall die Zwecksetzung, die Interessenrichtung des unrecht Leidenden, des Verletzten.»[2] Dieses Resultat, das weite Verbreitung gefunden hat, ist m. Er. fehlerhaft, da es eine solche Interessenbeschränkung des Rechtsuntertans als ausschlaggebend für die Rechtswidrigkeit annimmt, deren Verletzungsnatur sich erst aus der Art und Weise ergibt, in welcher eine Handlung die Interessenbeschränkung herbeigeführt hat. Eine der erwähnten Theorie entsprechende Konstruktion führt ferner dazu, noch andere Umstände als das Verhalten des Rechtsuntertans mit dem Prädikat der Rechtswidrigkeit zu belegen (z. B. »rechtswidrige Zustände»).

Die Rechtsnorm ist immer adressiert und volitiv. Eine nicht adressierte Finalnorm ist keine Rechtsnorm, taugt also nicht zum Kriterium für die Rechtswidrigkeit. Die Grundnorm des Rechtssatzes ist die Basis, von welcher aus die objektive Rechtswidrigkeit beurteilt werden muss und die unstreitig den genannten Begriff so begrenzt, dass derselbe ausschliesslich das menschliche Verhalten betrifft und zugleich die geistige Macht des Rechts als ein zwischen dem Befehlenden und dem Befehlsempfänger bestehendes Verhältnis anfrechterhält. Auch die objektive Rechtswidrigkeit ist ein Ausdruck für das zwischen dem Rechtswillen und dem Rechtsadressaten bestehenden Verhältnis, obgleich dieser Wille die Tatsache anerkennt, dass die Rechtsbefehle nicht alle Adressaten treffen können. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Befehlenden und dem Befehlsempfänger ist denn auch im Sinne der objektiven Rechtswidrigkeit keine psychologische Frage, sondern gibt die Richtschnur an, auf die sich die Norm als *allgemeine Satzung* bezieht. Sie stellt die *Urteilsbasis* dar, von welcher aus der Gesetzgeber das Verhalten sowohl der zum Befehlsempfang unfähigen als des hierzu fähigen Rechtsuntertans beurteilt.

---

[2] METZGER, G., S. 89, S. 250.

KAPITEL II.

DAS VERHÄLTNIS DER RECHTSWIDRIGKEIT ZUR REALISIERUNG EINES SCHADENERFOLG VORAUSSETZENDEN TATBESTANDES.

Die in einem Tatbestand ausgedrückte Norm bezeichnet nicht ihre absolute Anwendbarkeit in concreto. In jenen Fällen — um zuerst den Verbrechenstatbestand zu nehmen — wo das Verhalten ungeachtet der Tatbestandsmässigkeit rechtmässig ist, existiert ein Unrechtsausschliessungsgrund. Welches ist nun unter solchen Umständen das Verhältnis zwischen dem Tatbestand und der Rechtswidrigkeit? v. BELING, der Bahnbrecher der Tatbestandslehre, hält den Tatbestand für wertfrei. Nach M. E. MAYER ist er das Indizium der Rechtwidrigkeits, deren ratio cognoscendi. v. FRANK, MEZGER und v. HIPPEL sind der Ansicht, dass er die ratio essendi der Rechtswidrigkeit ist. Da keine dieser Lehren — wir übergehen die übrigen Ansichten — eine voneinander untrennbare Zusammengehörigkeit von Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit voraussetzt, handelt es sich also nur darum, ob der Tatbestand die ratio essendi der Rechtswidrigkeit ist, wenn das Verhalten rechtswidrig *ist*. Die diese Frage bejahende Lehrrichtung beachtet m. Er. nicht genügend, dass die Rechtsnorm, von welcher die Rechtswidrigkeit in concreto abhängig ist, und der Tatbestand ihrem Wesen nach verschieden sind. Die Rechtsnorm ist, eine Willensäusserung deren Nichtbefolgung, wenn diese ein ganz bestimmtes Verhalten bedingt, keine rechtmässige Ausnahme zulässt. Der Tatbestand dagegen ist ein Typus. Die Tatbestandsmässigkeit ist eine dem Tatbestand entsprechende, als Reegel aufgefasste Rechtswidrigkeit während die eigentliche Normwidrigkeit immer nur in concreto existiert. Folglich besteht der Grund der Rechtswidrigkeit eines tatbestandsmässigen Verhaltens darin, dass es auch eine Norm gibt, die das fragliche Verhalten verbietet; der Tatbestand an sich kann also die ratio essendi der Rechtswidrigkeit nur insofern sein, als sich die Norm auf den vorliegenden Fall anwenden lässt und Tatbestandsmässigkeit und Normwidrigkeit in diesem Falle ein und dasselbe sind. — Man merke, dass die Trennung des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit keinen materiellen Inhalt hat; sie ist nur eine darstellungstechnische Frage, die die Beherrschung des Stoffes durch eine Regel-Ausnahme-Behandlung erleichtern wird.

Darf man nun aber — um auf das Gebiet des Zivilrechts überzugehen — die genannte Indizienlehre im allgemeinen auf Fälle anwenden, in welchen ein bestimmtes menschliches Verhalten einen Schadenerfolg nach sich gezogen hat? Die meisten Zivilisten bejahen diese Frage und sind der Meinung, dass eine Schadenverursachung immer als rechtswidrig betrachtet werden muss, sofern dieselbe von der Rechtsordnung nicht ausdrücklich als berechtigt anerkannt wird. Die Konstruktion eines solchen, Rechtswidrigkeit indizierenden »Schadenverursachungstatbestandes» muss m. Er. als unzweckmässig bezeichnet werden. Man wird beachten müssen, dass es Tatbestände gibt, deren positiv bewertete Zweckrealisierung eine Schadenverursachung als wesentlichen Bestandteil in sich schliesst (z. B. in der grossen Havarie) ferner Tatbestände, in denen die Schadenverursachung allerdings eine dem tatbeständlichen Zweck nicht angehörende Erscheinung ist, bei deren Realisierung die Schadenverursachung jedoch keineswegs immer rechtswidrig gewesen zu sein braucht. In solch'einem Falle kann die Rechtmässigkeit nicht von einem speziellen Unrechtsausschliessungsgrund in jener Bedeutung abgeleitet werden, die einem solchen Grund gegeben wird. Das Aufstellen eines »allgemeinen Rechtswidrigkeitsindiziums» genannter Art ist somit systematisch nicht wünschenswert. Dafür kann über das Verhältnis zwischen der Rechtswidrigkeit und der Realisierung eines schadenerfolgvoraussetzenden Tatbestandes, m. Er. folgendes gesagt werden.

Schliesst sich der entstandene Schadenerfolg an die Realisierung eines positiv bewerteten tatbeständlichen Zwecks als wesentlich zu diesem gehörend an, so ist der Tatbestand trotz der Schadenverursachung ein Indizium der Rechtmässigkeit. Die Elemente des hier gemeinten Tatbestandes werden dabei im Gesetz als Typen derart kodifiziert sein müssen, dass der tatbeständliche Zweck nebst der zu seiner Realisierung führenden Schadenverursachung in ihm zum Ausdruck kommen. Ist dies nicht der Fall, so muss die Handlung von strafrechtlichem Gesichtspunkt aus betrachtet und, sofern sie einen Delikttatbestand realisiert, als Rechtswidrigkeitsindizium behandelt werden, das allein durch das Vorhandensein eines ausdrücklichen Unrechtsausschliessungsgrundes beseitigt werden kann. Ist aber von einem Schaden die Rede, dessen Verursachung nicht die Realisierung eines positiv bewerteten tatbeständlichen Zwecks darstellt und scheint kein strafrechtlicher Tatbestand prima vista realisiert zu sein, so wird man bei der Betrachtung des Tatbestandes den genannten Indizienausgangspunkt fallen lassen müssen um zu ermit-

teln, ob das schadenverursachende Verhalten rechtswidrig war oder nicht. Eine Fahrlässigkeit des Verhaltens wird in solch inem Falle dazu berechtigen ein Rechtswidrigkeitsindizium zu aufzustellen. In Zivilrecht hat die Regel-Ausnahme-Darstellung nicht die gleiche Bedeutung wie im Strafrecht.

KAPITEL III.

DIE MATERIELLE RECHTSWIDRIGKEIT ALS GRUND DER SCHADENSHAFTUNG.

Die Verbrechenstatbestände umfassen alles kriminalisiertes Verhalten. Eine sich auf Analogie stützende Auslegung wird somit keine neue Tatbestände schaffen können. Inbezug auf jene Gründe deren Existenz die Rechtmässigkeit des Verhaltens trotz der Realisierung des Tatbestandes darlegt, muss jedoch festgestellt werden, dass die im positiven Recht kodifizierten Unrechtsausschliessungsgründe nicht ausreichen, um alle jene Fälle anzugeben, die in ein und derselben Weise beurteilt werden müssen, sondern wird man hier zu eine weitgehende Analogie die Zuflucht nehmen müssen. Eine solche Auslegung gibt zugleich Veranlassung zu der Frage nach der Grundlage der Rechtmässigkeit in den genannten Fällen. Die positivistische Auffassung, die sich gewissermassen auf den formellen Zweck des Rechts stützt und nach welcher die Rechtswidrigkeit wie auch die Rechtmässigkeit ausschliesslich in den im positiven Recht ausgedrückten Normen gesucht werden muss, gelangt diesem ihren Grundsatz gemäss zu einer sozusagen kasuistischen Betrachtung der Frage, zu einem Katalog von aus verschiedenen Gesetzparagraphen hergeleiteten Unrechtsausschliessungsgründen, in welchen eine grundsätzliche Stellungnahme zum Rechtswidrigkeits problem in den Hintergrund tritt und bei welcher auch nicht weiter danach geforscht wird, ob eine gemeinsame Grundlage zur rechtmässigen Realisierung des Tatbestandes überhaupt erforderlich ist. Mit dieser Untersuchung beschäftigt sich die Theorie der materiellen Rechtswidrigkeit, die dem materiellen Zweck des Rechts entspricht und die nach dem obengesagten — selbstredend bei Berücksichtigung des positiven Rechts — danach strebt, ein gemeinsames Kriterium für alle jenen Gründe zu finden, die die durch den Tat-

bestand indizierte Rechtswidrigkeit ausschliessen. Die Anhänger dieser Theorie unterschätzen mit einigen wenigen Ausnahmen jedoch keineswegs, was besonders hervorgehoben sein soll, die grosse Bedeutung, die einem systematisch geordneten Katalog der Unrechtausschliessungsgründe als darstellungstechnisches Hilfsmittel bei der Behandlung des Stoffes beigelegt werden muss. — In vorliegendem Kapitel soll denn auch die Normwidrigkeit vom Standpunkt des formellen und des materiellen Zwecks des Rechts aus betrachtet werden.

Bahnbrecher auf dem Gebiete der materiellen Rechtswidrigkeitsauffassung war Graf zu DOHNA. Die Verwendung des rechten Mittels zu rechtem Zweck ist die in Dohnas Lehre auftretende formale Maxime der materiellen Rechtmässigkeit, die MEZGER als das kompossible Maximum der Interessenbefriedigung definiert hat und deren Negation SAUER als ein Verhalten charakterisiert, das seiner allgemeinen Tendenz nach dem Staat und der Gemeinschaft mehr schadet als nützt. Es ist dies das innerste Wesen der Rechtswidrigkeit in das der Richter an der Hand des Gesetzes und der in den führenden Kreisen der Gesellschaft herrschenden Auffassung eindringen muss, um sich letzterhand auf eigene persönliche bewertende Erwägung zu verlassen. Der Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit, zu dem man auf diesem Wege gelangt, besitzt kaum einen unmittelbaren praktischen Wert, womit jedoch keineswegs gesagt ist, dass es gleichgültig ist, ob man sich auf diesen Standpunkt oder auf den des Positivismus stellt. Man beachte nämlich, dass nur die Anerkennung der materiellen Rechtswidrigkeitsauffassung in jenen Fällen eine theoretische Stütze sein wird, für welche das positive Recht keine Vorschriften enthält. Diese Fälle sind zahlreicher als man im allgemeinen glaubt und zwar spielen sie bei der Behandlung eines jeden Rechtswidrigkeit indizierenden Tatbestandes mit ein, sofern entschieden werden soll, ob die im Tatbestand beabsichtigte Gefährdung eines fremden Rechtsguts die zur Rechtswidrigkeit nötige Intensität erreicht hat — eine Frage die durch den Tatbestand an sich nicht beantwortet werden kann, für deren Lösung in demselben also keine Stütze zu finden ist, weil es sich hierbei um die Voraussetzung der Realisierung des Tatbestandes als solchen handelt.[1] Der Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit hat ferner eine

[1] Die Frage nach der Realisierung des Tatbestandes ist auch so konstruiert worden, dass der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg als diejenige

wesentliche Bedeutung bei der Ermittelung des Verhältnisses der Unterlassung zu der im Tatbestand ausgedrückten Norm: man wird mit Hilfe des genannten Kriteriums untersuchen müssen, wann die Norm sowohl für die Unterlassung als für die positive Tat gelten wird. Eine Untersuchung dieser Art wird gleichzeitig die Gründe aufdecken, die erkennen lassen in welchen Fällen eine als Hinderungsbefehl des Erfolgs erscheinende Beschränkung der Handlungsfreiheit des Rechtuntertans berechtigt, wann die Unterlassung rechtswidrig ist.[2]

Um die zwischen Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit bestehende Beziehung zu klären, hat man systematisch geordnete Ausnahmetatbestände ausgearbeitet, deren Realisierung einen Unrechtsausschliessungsgrund darstellt. Diese »speziellen Unrechtsausschliessungsgründe» zeigen, dass die durch eine positive Handlung eingetretene Realisierung des Tatbestandes dann rechtmässig ist, wenn trotz einer zur Rechtswidrigkeit hinreichenden Intensität der Gefährdung eines fremden Interesses, die (als relevant anzuerkennende) Einwilligung des Verletzten, die amtliche oder anderweitige Pflicht oder das Recht des Täters zur tatbestandmässigen Handlung oder sonst ein spezieller Grund vorhanden ist, vermöge dessen die Handlung als rechtmässig betrachtet werden kann. Inbezug auf die Unterlassung schliesst die herrschende Auffassung sich der Ansicht an, dass dieselbe »speziell» verboten gewesen sein muss, bevor sie der tatbestandlichen Norm unterstellt wird. Infolgedessen setzt also die Rechtswidrigkeit der Unterlassung ein in gewissem Sinn doppeltes Verbot voraus: erstens dass die Unterlassung tatbestandsmässig ist (ohne Vorhandensein eines Unrechtsausschliessungsgrundes) zweitens, dass die Unterlassung speziell verboten ist. Bei einer solchen

---

allgemeine Voraussetzung enthaltend betrachtet wird, die eine normative Behandlung zulässt, ohne dass die Rechtswidrigkeitsindizium damit eintrittt. Hiernach bedeutet also die Tatbestandsmässigkeit der Handlung an sich, ohne das Vorhandensein eines Unrechtsausschliessungsgrundes, noch nicht dasselbe wie Rechtswidrigkeit, sondern es ist zudem erforderlich, dass die Handlung nicht das rechte Mittel zum rechten Zwecke darstellt.

[2] Man wird nicht sagen können, dass das Verursachungsverbot des sich aus dem Tatbestand ergebenden Erfolgs gleichbedeutend mit einem, von der Norm in demselben Umfang gegebenen Befehl zur Hinderung des Erfolges ist. Ein Befehl dieser Art würde die Handlungsfreiheit der Rechtsuntertanen in unbilliger Weise einschränken. Es muss daher untersucht werden, in welchem Bereich ein Befehl dieser Art ebenso berechtigt ist, wie ein Verbot, wann es sich also um eine commissio per omissionem handeln kann. Die materielle Rechtswidrigkeitsauffassung wird einer solchen Untersuchung eine theoretisch haltbare Grundlage verleihen.

Konstruktion wird übersehen, dass nur in Fällen, wo ein tatbestandsmässiges Verhalten *nicht* rechtswidrig ist, dies durch eine andere als die tatbestandliche Rechtsnorm bedingt sein wird. Sofern ein solcher Grund nicht vorhanden ist, wird es sich eben um die Verwendung der tatbestandlichen Norm in dem zu untersuchenden Fall handeln. Was die Unterlassung betrifft, wird also untersucht werden müssen, *wann diese Norm* für den bewussten Fall gilt, wann nicht. Dieser Ausgangspunkt steht in Einklang mit der die Kausalität der Unterlassung anerkennenden Theorie. Das innerste Kriterium für die Haftungsbegründung der Unterlassung ist der Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit: man wird untersuchen müssen, in welchen Fällen die Verwendung der Norm sowohl auf die Unterlassung als auf die Handlung keine soziale Schädlichkeit in sich schliesst, wann also die Verhinderung des Erfolgs mit demselben Recht verlangt als ihre Verursachung verboten werden kann. Die gesetzlich begründete, amtliche oder rechtsgeschäftliche Pflicht des Rechtsuntertans, seine spezielle soziale Stellung, das familienrechtliche Verhältnis, das der Unterlassung voraufgegangene Tun und andere spezielle Gründe dieser Art, weisen häufig auf die Umstände hin, unter welchen die Unterlassung als rechtswidrig somit als haftungsbegründend beurteilt werden kann. Es muss besonders hervorgehoben werden, dass die Schadenshaftung im Falle der Unterlassung nicht nur bei eine commissio per omissionem sondern auch dann vorhanden sein kann, wenn die Unterlassung nur unter den Omissiotatbestand fällt, d. h. wenn bewiesen werden kann, dass der Schadenerfolg sicher ausgeblieben wäre, sofern die unterlassene Handlung ausgeführt worden wäre. Begreiflicherweise bereitet dieser Nachweis der Existenz eines Kausalitätsverhältnisses in der Praxis gewisse Schwierigkeiten. An der Schadenshaftung ex delicto hat die Unterlassung einen nur geringen Anteil.

Der in unserer Theorie herrschenden Auffassung gemäss ist der allgemeine Grund der Schadenshaftung das Verschulden in dessen zivilrechtlichen Bedeutung. (Im folgenden ist immer nur von der positiven Handlung die Rede). Da nun die Culpa jedoch im wahren Sinne des Wortes die Schuld bedeutet, für die ein persönliches Vorwurfselement auszeichnend ist, und die Ersatzpflicht, als den ökonomischen Interessenschutz der Rechtsuntertanen bezweckend, nicht so beschränkt werden darf, dass sie als vom persönlich tadelnswerten Verhalten des Verletzers abhängig gemacht wird, wurde der Begriff des zivilrechtlichen Verschuldens im allgemeinen objektiv definiert. Auch der Umstand, dass

dem Rechtsuntertan die subjektiven Voraussetzungen zu einer sachgemässen Ausführung der von ihm getroffenen Massregel gefehlt haben, steht der Anwendung eines abstrakt definierten Sorgfaltkriteriums auf den zu untersuchenden Fall durchaus nicht hinderlich im Wege.[3] Diese Definition, die jener, schon von den alten Römern benutzten Definition entspricht, welcher gemäss die culpa nicht nur als ein non volle quod omnes volunt sondern ebenfalls ein non intelligere quod omnes intellegunt aufgefasst werden muss, legt dar, dass das besagte zivilrechtliche Sorgfaltserfordernis ultra posse geht, somit auch eine Person trifft, die nicht das Subjekt eines eigentlichen Schuldurteils sein kann. Da andererseits die rechtliche Schuld wiederum als Rechtswidrigkeit voraussetzend betrachtet werden muss — die Schuld kann ebenso wie die Rechtswidrigkeit prinzipiell nur in einer Einzeltatschuld bestehen — so kann gefragt werden, worin eigentlich der Unterschied zwischen einer in oben beschriebener Weise definierten Schuld und einer objektiven Rechtswidrigkeit besteht. In dem Falle freilich, wo von einem objektiven Sorgfaltserfordernis inbezug auf unzurechnungsfähige oder im Kindesalter stehende Personen die Rede ist, wird der fragliche Unterschied gerade darin bestehen, dass die Rechtswidrigkeit dem Verhalten auch der genannten Rechtsuntertanen als Prädikat zuerteilt wird. Andererseits aber stellt ein Ausschliessen derselben aus dem Bereich des zivilrechtlich haftungsbegründenden Culpagrundes m. Er. ein zu vermeidendes Moment bei der Konstruktion des in Frage stehenden Grundes dar, weil das Verhalten, sofern es für einen Zurechnungsfähigen als verbrecherisch verurteilt wird, nach dem finnischen Strafgesetz (StrG 9: 5) nichtdestoweniger eine Haftung konstituiert. Der betreffende Unterschied tritt umso deutlicher zutage, als in manchen Fällen auch die kleinste Fahrlässigkeit kriminalisiert, in anderen wiederum nicht kriminalisiert ist. Da wir unter solchen Umständen der Ansicht sind, dass die haftungsbegründende zivilrechtliche culpa sowohl dann auf das Verhalten eines Unzurechnungsfähigen oder im Kindesalter Stehenden anwendbar ist, wenn das entsprechende Verhalten eines Zurechnungsfähigen ein Verbrechen bedeuten würde- als dann, wo dies nicht der Fall ist (die objektive Sorgfaltserfordernis trotzdem aber nicht beachtet wäre), so halten wir den Begriff einer

[3] Die deutsche Theorie ist sich auch heute noch immer nicht darüber einig, ob die zivil- und strafrechtliche Culpa ihrem Wesen nach als gleichartig betrachtet werden muss. Der von uns vertretene Standpunkt setzt selbstverständlich eine verneindende Antwort voraus. Die entgegengesetzte Standpunkt hat jedoch zahlreiche Vertreter.

zivilrechtlichen Schuld obengenannter Art für eine unnötige, neben der objektiven Rechtswidrigkeit überflüssige Konstruktion, die schon allein deswegen nicht das Richtige trifft, weil die culpa als Haftungsgrund letzterhand eine Befreiung von der Haftung voraussetzen würde, sofern ein besonderer Schuldsausschliessungsgrund vorhanden ist, was keineswegs die Existenz eines Unrechtsausschliessungsgrundes sowie die Haftungsfreiheit für einen unter solchen Umständen verursachten Schaden zu bedeuten braucht.

In welchem Verhältnis stehen nun unter diesen Umständen die Rechtswidrigkeit und die Adäquanz zueinander?

Das Kausalitätsproblem muss sowohl von der culpa wie von der Rechtswidrigkeit streng geschieden werden — eine Unterscheidung, die alle normativen Elemente aus der Behandlung der Kausalitätsfrage ausschliesst. Bei einer solchen Behandlung soll zugleich auch die Verwendung des als »Regel des Lebens» aufgefassten Kriteriums in der Adäquanzlehre vermieden werden, welcher Theorie nicht der Charakter einer Haftungstheorie im eigentlichen Sinne beigelegt werden darf. Sofern man — gemäss einer gewissen Lehrrichtung — in der Adäquanz immer nur ein Haftungskriterium erblickt, wird dieselbe, indem sie der »Regel des Lebens» gemäss die Gefährdung der Rechtsgüter ausdrückt, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens bestimmen, folglich in das Gebiet der Rechtswidrigkeitslehre fallen. Besagte Funktion der Adäquanz wird jedoch ihren Zweck nur mangelhaft erfüllen, da letztere als Rechtswidrigkeitskriterium speziell im Hinblick auf die Unterlassung dieser Aufgabe nicht gewachsen ist. Eine Verweisung des in Frage stehenden Kriteriums in das Gebiet der Rechtswidrigkeitslehre dürfte sich umso weniger empfehlen, als seine Anwendung ebenfalls bei der Beurteilung des Haftungsproblems der rechtmässigen Handlungen unerlässlich ist. Die Adäquanz wird also als eine kausale Theorie behandelt werden müssen, wobei sie, unabhängig von normativen Gesichtspunkten, als ein und dieselbe definiert werden muss und zwar sowohl dann, wenn die »Regel des Lebens» ihre Beachtung voraussetzt, als auch dann, wenn sie, obschon den gleichen Ursachenzusammenhang aufdeckend, dennoch unbeachtet verbleibt.[3] Diese normative Gesichtspunkte vermeidende Definierung der Adäquanz bedeutet jedoch keinen vollstän-

[3] Der gleiche Grad der Möglichkeit des Schadenerfolgs konstutiert nicht immer die Rechtswidrigkeit. Im Fall A, wo der Möglichkeitsgrad x ist, kann der Täter zu Schadenersatz verurteilt werden, während im Fall B, wo auch ein x vorkommt, der Täter einer Haftung nicht unterliegt.

digen Ausschluss der Haftungselementen aus der fraglichen Theorie. Die Haftungsgesichtspunkte müssen insofern mitbeachtet werden, als es sich um die allgemeine Möglichkeit der Normbefolgung handelt. Das Schadenverursachungsverbot hat einzig und allein insofern einen Sinn, als das verbotene Verhalten die Entstehungsmöglichkeit der zu verhindernden Schäden erhöht; desgleichen wird die Ersatzpflicht für einen sich aus dem rechtmässigen Verhalten herleitenden Schaden immer nur auf einen solchen Schadenerfolg bezogen werden können, zu welchem das Verhalten in obenerwähnter Beziehung steht. Der adäquate ursächliche Zusammenhang gibt derart das Kausalgebiet an, innerhalb dessen Grenzen eine Schadenshaftung in concreto in Frage kommen kann. Eine solche teleologisch-kausale Definition der Adäquanz bedeutet nun aber noch nicht, dass — mit Berücksichtigung der die Rechtswidrigkeit indizierenden Schadentatbestände — der zwischen Handlung und Erfolg bestehende adäquate Kausalzusammenhang hinreichend wäre, um die Realisierung des Tatbestandes herbeizuführen, sondern wird sie als auf jenem Ergebnis beruhend betrachtet werden müssen, welches sich aus einer auf die kausalbetonten Elemente des Tatbestandes gerichteten bewertenden Betrachtung ergibt. Die Auseinandersetzung dieses Tatbestandselements berührt also nicht die Kausalitätsfrage; sie ist vielmehr eine Frage von normativer Natur.

Ein rechtswidriges Verhalten ist folglich nicht dasselbe wie eine adäquate Schadenverursachung. Ein Unterschied ist da, und zwar besteht er nicht allein in der verschiedenen Behandlungsart der ganzen Frage in einer einerseits bewertenden, andererseits explikativen Auseinandersetzung, sondern auch darin, dass die durch den erstgenannten Gesichtspunkt bestimmte Behandlung des Materials in der Regel zu einer engeren Begrenzung des Haftungsgebietes führt, als dies bei einer Aufstellung der Adäquanz an sich als Haftungskriterium der Fall sein würde. Erst hier wird es sich um das handeln, was »die Regel des Lebens» voraussetzt.

Die genannte Regel ist namentlich in der nordischen Rechtswidrigkeitstheorie als ein Interessenabwägungsprinzip dargestellt worden, das — allgemein gesagt — die Abhängigkeit der Rechtswidrigkeit von den zwischen der Nützlichkeit des Zwecks der Handlung, dem Wert des gefährdeten Interesses, dem Umfang des drohenden Schadens und der Gefährlichkeit der Handlung bestehenden Beziehungen ausdrückt und fiir die Handlungsfreiheit sowie fiir die gestattete Gefährdung eines fremden Interesses umso weitere Grenzen zieht, je wichtiger der durch

die Handlung geförderte Zweck und je geringer das bedrohte Interesse ist und umgekehrt. Betrachtet man nun aber die Rechtswidrigkeit im Einzelfall — in abstracto existiert sie nicht — so wird man feststellen können, dass die zur Vermeidung der Verletzung eines fremden Interesses erforderliche Sorgfalt in concreto sich nicht nach einem solchen Massstab bestimmen lässt. Von einer Tätigkeit *bestimmter Art* — z. B. von Eisenbahn- und vom Kraftwagenverkehr — wird allerdings gesagt werden können, dass sie in abstracto eine solche Nützlichkeit vertritt, dass sie, ungeachtet der durch sie verursachten Schäden, gestattet sein kann — weswegen diese Tätigkeit an sich nicht als rechtswidrig betrachtet werden darf —; daraus folgt jedoch keineswegs; dass die besagte Nützlichkeit dem Schadenverursacher in concreto zum Vorteil gereichen würde im Fall die in Frage stehende Tätigkeit in einer Weise ausgeübt wird, die die auf dem betreffenden Gebiete zu beobachtendes Sorgfaltserfordernis fremder Interessen ignoriert. Das letztgenannte Erfordernis ist wiederum nicht nennenswert davon abhängig, wie nützlich der Zweck der Handlung im Einzelfall gewesen und welches der Wert des Interesses ist, das sie gefährdet hat — sofern es sich nicht um die Rettung eines Rechtsgutes auf Kosten eines anderen handelt. Ist z. B. der Zweck der Handlung ein sehr nützlicher gewesen, so wird das gestellte Sorgfaltserfordernis eine besonders hohe gewesen sein können. Die nordische Rechtswidrigkeitstheorie trifft insofern nicht das Richtige, als sie von einer relativ gleichmässig aufsteigenden Skala eines strengen Vorsichtserfondernisses nach einer immer grösseren Handlungsfreiheit hin ausgeht. Wie die Rechtswidrigkeitslehre im allgemeinen übersieht auch sie, dass die eine Handlung betreffende Bewertung ihrer Natur nach eine zweifache ist: einerseits ist der Gegenstand der bewertenden Betrachtung die Gefährdungsfrage als solche, wobei die Interessenabwägung ein relativ enges Anwendungsgebiet in Anspruch nimmt, andererseits besteht sie vor allem gerade in einem Abwägen der Interessen, wobei das Vorhandensein einer gewissen Intensität der Gefährdung eine durchaus notwendige Voraussetzung bei der Bewertung sein wird. Aus dieser Unterscheidung folgt zugleich, dass die erstgenannte Bewertung den mit der Kausalität des Haftungstatbestandes verknüpften Elementen gilt, während die letztgenannte das Prinzip des überwiegenden Interesses in den Vordergrund stellt: sie zielt auf die Frage nach der Existenz eines speziellen Unrechtsausschliessungsgrundes ab.

Die besagte Interessenabwägung gibt zugleich einen Hinweis

auf die Klarstellung derjenigen Frage, was für eine Interessenbeschränkung durch die allgemeine Sorgfaltserfordernis ohne Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit verboten werden kann. Es wird sich dabei zeigen, dass aus der Berücksichtigung eines durch die Handlungsfreiheit bedingten Interesses hervorgeht, dass das finnische Recht nicht einmal einen *solchen allgemeinen* Vorsatz-,[4] geschweige denn einen Fahrlässigkeitstatbestand extra contractum anerkennt, dessen Schutzobjekt das Vermögen in abstracto wäre. Erst betreffs eines durch ein konkretes Gefährdungsobjekt bedingten Schadens kann ohne Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit stipuliert werden, dass dieser Schaden durch den Anspruch auf eine von dem objektiven Sorgfaltserfordernis aufgestellte Freiheitsbeschränkung vermieden werden soll.

Die zu einer Ermittelung der objektiven Rechtswidrigkeit notwendige Untersuchung des an den Kausalzusammenhang geknüpften Tatbestandselements wird sich insofern auf die Adäquanz stützen, als ein ausserhalb des Rahmens von letzterer fallender Schaden dem Haftungsgebiet nicht angehören kann. In anderer Beziehung ist diese Bewertung nicht durch die Adäquanz bedingt. Würden die Rechtsuntertanen für alle jenen Schäden verantwortlich gemacht, die ihre Handlungen vom Standpunkt des Adäquanzurteils begünstigt haben, so würde dies auf das von der Handlungsfreiheit vertretene allgemeine Interesse benachteiligend einwirken. Die die Rechtswidrigkeit bestimmende »Regel des Lebens» lautet indes anders: sie lässt die Spitzen ausser Betracht und bewertet die Dinge von einem Durchschnittsniveau aus. Vom Standpunkt des sich auf die Entstehungsmöglichkeit des Schadenerfolgs beziehenden Urteils setzt diese »Regel des Lebens» eine solche Konstruktion der Urteilsbasis voraus, für welche das für das betreffende Lebensgebiet erforderliche Wissen, m. a. W. die Durchschnittskenntnisse ausschlaggebend sind. Das objektive Sorgfalts- und Geschicklichkeitserfordernis repräsentiert dann das richtige Verhältnis zwischen dem genannten Wissen und dem Verhalten. Zudem setzt die Rechtswidrigkeit einen gewissen Grad der Gefährdung voraus. Nur die Gefährdung die den Durchschnittsgrad übersteigt, ist rechtswidrig und haftungsbegründend.

Nun ist aber der Rechtsuntertan, vom Standpunkt der Schadenshaftung aus beurteilt, durchaus nicht immer jenes Schutzes bedürftig, den das besagte Durchschnittskriterium erbietet. Ein jeder, der sich

[4] Im deutschen Recht von TOSt BG.B 826 §.

durch seine Handlung einer den Schadenerfolg bedingenden Interessenverletzung schuldig gemacht hat, ist auch verpflichtet den Schaden im Rahmen der Adäquanz zu ersetzen.

Ferner wird jemand, der in bewusster Schädigungsabsicht handelt, in die Lage kommen können, auch für einen anderen, infolge seiner Handlung entstandenen Schaden, der adäquat ist, haften zu müssen, wenn auch bei dem letztgenannten die Gefährdung unter anderen Umständen nicht als haftungsbegründend betrachtet worden wäre.

Diejenigen Fälle, wo die Schädigungsabsicht haftungsbegründend ist — obgleich die objektive Möglichkeit des Erfolgs eine so minimale gewesen ist, dass unter anderen Umständen die Handlung nicht haftungsbegründend gewesen wäre —, setzen eine theoretische Konstruktion voraus, mittels welcher das in Frage stehende Haftungsproblem ohne Vermengung von Schuld- und Kausalfragen gelöst werden kann. Jener rechtspolitisch richtige Standpunkt, demgemäss der Schaden im Falle einer vorsätzlich auf denselben abzielenden Absicht von weiter her als sonst in den Haftungsbereich hineinfällt, lässt sich M. Er. vermittels des subjektiven Elements der Rechtswidrigkeit durch eine Konstruktion erklären, die mit der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen der strafrechtlichen Tatbestände aufs intimste verwandt ist, indes von der besagten Theorie insofern abweicht, als sie nicht auf die Konstruktion der einzelnen Tatbestände, sondern vielmehr auf alle Handlungstatbestände bezogen wird, indem sie die Relevanz der subjektiven Absicht auch da voraussetzt, wo gemäss der herrschenden Auffassung ein Unrechtselement der genannten Art vorgeblich keine Rolle spielt.[5] Dass es sich hier um keine rein subjektive Konstitution der Rechtswidrigkeit handelt, erhellt aus dem Zusammenhang, in welchem die Beschädigungsabsicht zutage tritt. Erst die Absicht in Verbindung mit der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Handlung bildet die *Erscheinungsform* der »bösen« Absicht, welcher eine soziale und rechtliche Bedeutung zukommt und welche als rechtswidrig betrachtet werden kann. Auch hier ist die materielle Rechtswidrigkeit ein bedeutsames Kriterium für den subjektiven Rechtswidrigkeitsfaktor. Ein Fall, wo die Schädigungsabsicht nicht deutlich von der reinen Gedankenschuld unterschieden werden kann,[6] schliesst demnach keine

---

[5] Siehe hierzu z. B. Sievertz, Subjektive Unrechtselemente, S. 125.

[6] Zweck der Rechtsordnung kann nicht die Kontrolle der Gedanken und deren Verantwortungmachung sein.

rechtswidrige Schadenverursachung in sich. Für die besagte Unterscheidung wieder ist es von wesentlichem Gewicht, inwiefern die fragliche Absicht sich äusserlich mit einer Tätigkeit verbindet, deren objektiver Zweck anerkannt nützlich ist. Mithin kann auch eine absichtliche adäquate Schädigung, je nach dem in Frage stehenden Einzelfall, sogar rechtmässig sein, da ein Stempeln derselben als in allen Fällen rechtswidrig, dazu führen kann, dass der Rechtssprecher sich auch zum Richter über die Gedanken setzt. — Die im obigen besprochene, sich auf subjektive Rechtswidrigkeitselemente gründende Konstruktion, enthält m. Er. die Lösung jenes Problems, von dem v. BAR seinerzeit behauptete, dass es sich vermittels der Auseinanderhaltens des Kausalitäts- und Schuldproblems überhaupt nicht klären liesse [7] und das auch bis auf den heutigen Tag immer noch in der Adäquanzlehre ein Stein des Anstosses gewesen ist.[8]

Bei der Auseinandersetzung der Realisierung des Haftungstatbestandes muss, wie bereits angedeutet wurde, festgestellt werden, dass die bewertende Betrachtung einer Handlung in ihrer ersten Phase die normative Prüfung des an den Kausalzusammenhang der Handlung und des Erfolgs geknüpften Tatbestandselemente enthält, wodurch der Gefährdungsgrad der Handlung bestimmt werden soll, und dass erst ein aus dieser Behandlung gezogener Schluss über das Vorhandensein einer zur Realisierung des Tatbestandes erforderlichen Gefährdung die Voraussetzung für eine weitere, ebenfalls normative Prüfung liefert, von deren Resultat es abhängen wird, ob die Verwirklichung des Tatbestandes im Einzelfall als eine rechtswidrig oder rechtmässig geschehene anzusehen ist. Die erstere bewertende Betrachtung ist also für die Frage, ob es sich um eine Regel (Rechtswidrigkeit) oder um eine Ausnahme (Rechtmässigkeit) handelt, noch keineswegs entscheidend. Aber auch dafür ist sie nicht entscheidend, ob der zu betrachtende Tatbestand sich realisiert hat, insoweit der Tatbestand eine »spezielle» Ersatzpflicht voraussetzt, d.h. insofern es sich um eine von Fahrlässigkeit unabhängige Gefährdungshaftung handelt. Die Realisierung eines derartigen Tatbestandes kann durch eine teleologisch-explikative Behandlung

[7] v. BAR, GrünhutsZ. 4, S. 57. Vgl. KIVIMÄKI, Asianajajan vastuu (Über die Haftung des Rechtsanwalts), S. 91, wo ebenfalls die Möglichkeit der betreff. Auseinandersetzung bezweifelt wird.

[8] Die Konstruktion der herrschenden Adäquanzlehre, gemäss welcher die Schuld + Adäquanz = Haftbegründung, besitzt nicht die nötige Elastizität, da die Absicht des Täters in dieser Konstruktion einen indifferenten Faktor darstellt.

geschehen: durch ein Erforschen der Adäquanz der Erfolges und der übrigen Tatbestandsmerkmale. Die alleinige Entstehung des Schadens an und für sich berechtigt also noch nicht zum Aufstellen eines Rechtswidrigkeitsindiziums, da im letztgenannten Fall die Schadenverursachung als rechtmässig anzusehen und zugleich kein spezieller Unrechtsausschliessungsgrund vorhanden ist.[9] Besagte Indizienwirkung entsteht also immer erst dadurch, dass die Schadenverursachung, hinsichtlich der Intensität der Gefährdung, sich als den *tuoltamus*-tatbestand (culpa in rein objektivem Sinne) realisierend erweist.

Hier verbietet die tatbestandliche Norm die Verursachung des Schadens, während die genannten Spezialhaftungstatbestände eine Grundnorm in sich schliessen, die nur den Befehl enthält, den entstandenen Schaden zu ersetzen.

[9] Es ist wesentlich etwas anderes, ob eine Handlung deshalb rechtmässig ist, weil sie, obschon ein Schaden entstanden ist, nicht in dem die Rechtswidrigkeit voraussetzenden Grad ein fremdes Interesse gefährdet hat, oder deshalb, weil ein spezieller Unrechtsausschliessungsgrund besteht. Im ersteren — nicht im letzteren — Falle ist der Täter *ausnahmslos* von Haftung frei, sofern nicht anderes aus dem positiven Recht hervorgeht, also m. a. W. kein Spezialhaftungstatbestand (Eisenbahn, Kraffahrzeug, Elektrizitätswerk usw.) vorliegt.