

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
C-sarja N:o 11

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS 75 VUOTTA

Toimituskunta

Antti Suviranta

Esko Hoppu

Paavo Kekomäki

Mikko Kämäräinen

Juhani Wirilander

Toimittaja

HELSINKI 1973

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

75 VUOTTA

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

ISBN 951-9068-24-4 (sid.)
ISBN 951-9068-25-2 (1/2 nahk.)
ISBN 978-951-855-876-0 (PDF)

Vammala 1973. Vammalan Kirjapaino Oy

Reino Ellilä

Murron dekriminalisoinnin aiheuttamista erilliskysymyksistä*

Ennen rikoslain muuttamisesta kesäkuun 30 päivänä 1972 annettua lakia (As. kok. N:o 498/72), jolla mm. murto dekriminalisoitiin, oli se, joka varastamisaikomuksessa suoritti murron, tuomittava, *ellei hän samalla tehnyt varkautta tai sitä yrittänyt*, murrosta kuritushuoneeseen enintään yhdeksi vuodeksi (silloinen RL 28:3). Lain sanamuodon mukaan murrosta varastaminen ei saanut olla edennyt yritysasteelle. Niin muodoin murto oli katsottava murtovarkauden valmisteluksi, joka oli eri rikoksena (*delictum sui generis*) kriminalisoitu.¹ Tähän kannanottoon päästään myös vertaamalla toisiinsa silloisten rikoslain 28 luvun 3 §:n ja saman luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohdan sanamuotoja ja rangaistusasteikkoja, joista murron maksimi on yksi vuosi kuritushuonetta murtovarkauden yrityksen enimmäismäärän ollessa neljä ja puoli vuotta.²

Murron ja murtovarkauden yrityksen ero voitiin niin muodoin määritellä seuraavasti: Niin kauan kuin vain estävää suojusta rikotaan, oli kysymyksessä murto. Vasta sitten kun suojus oli rikottu ja oli avoin tilaisuus välittömästi yrittää päästä käsiksi siihen omaisuuteen, jota aiottiin anastaa, eli toisin sanoen alettiin anastustoimi, oli murtovarkauden yritys.

Tukena sille tässä otetulle kannalle, että murtovarkauden yritys alkoi vasta silloin kun tekijällä oli avoin tilaisuus ottaa haltuunsa anastettava esine, mainittakoon esim. seuraava KKO:n päätös 30.1.1969 (KKO 1969 II 17): *»Syytetty oli, aikoen varastaa lukitussa autossa ole-*

* Käsikirjoitus jätetty maaliskuussa 1973.

¹ Ks. *Forsman*: De särskilda brotten I 1924 s. 225 »strafflagen bestraffar inbrott såsom alldeles särskild brott (28:3)».

² Ks. *Ellilä*; LM 1965 s. 52 ss. ja 969 ss.

vaa tavaraa, rikkonut auton tuuletusikkunan. Kun oli jäänyt näyttämättä, että hän olisi ennen paikalta poistumistaan yrittänyt ottaa haltuunsa mainittua tavaraa tai että hän syntyneen aukon ahtauteen katsoen jo olisi hankkinut itselleen pääsyn autoon ja siten mahdollisuuden päästä tavaraan käsiksi, teko luettiin hänen syykseen murron yrityksenä».

Tapauksessa olivat sekä alioikeus että hovioikeus katsoneet murto-varkauden yrityksen olevan kyseessä.

KKO:n päätöksen takana olivat presidentti *Hannikainen* sekä oikeusneuvokset *Sohlberg* ja *Heikola*. Oikeusneuvokset *Lampi* ja *Salervo* katsoivat, ettei ollut esitetty syytä muuttaa HO:n päätöstä.

Honkasalo ja häneen yhtyen *Salovaara* sitä vastoin tekemuotona samastavat murron ja murto-varkauden yrityksen ja katsovat olevan vaikeaa löytää ratiota tällaiselle »kaksinkertaiselle kriminalisoinnille», sillä he enemmittä perusteluitta suoraan Ruotsin kannan mukaan katsovat murto-varkauden joutuneen täytäntöönpanoasteelle heti siitä alkaen, kun murtautumiseen on ryhdytty aikomuksena anastuksen kutakuinkin välitön suorittaminen.³ On kuitenkin varsin uskallettua väittää, että rikoslainsäätäjät olisi tehnyt kahteen peräkkäiseen rikoslain pykälään *saman* toimenpiteen päällekkäisen kriminalisoinnin rangaistusmaksimien nelinkertaisin eroin, kun sanottujen pykälien keskinäinen suhde on hyvin ymmärrettävissä tässä alumpana tehdyin selityksin.

Murron erityissäännöksen kumoamisen jälkeen herää kysymys, miten on nyt rikosoikeudellisesti arvosteltava sellainen tapaus, jota entinen RL 28:3 tarkoitti.

Lähtökohtana kysymyksen ratkaisemisessa on ensinnäkin se, että edelleenkin on vallitsevan *apprehensioteorian* mukaisesti katsottava varkauden olevan täytetty silloin, kun varas on anastamistarkoituksessa ottanut esineen haltuunsa.⁴ Tätä kuvasi aikaisemmassa laissa sanonta »*Joka varastaa tavaraa tai rahaa*» ja nykyinen sanamuoto »*Joka anastaa toisen hallusta irtainta omaisuutta*» ilmaisee asian entistä selvemmin.

³ Ks. *Honkasalo*; Suomen rikosoikeus. Yleiset opit II s. 178 s. ja Erinäiset rikokset 1950 s. 38 s. sekä *Salovaara*: Rikoksen yrityksestä s. 244. — Vrt. kuitenkin *Honkasalo*, mts. 166: »Varkauden täytäntöönpanotoimen voidaan katsoa alkavan esineeseen kohdistuneesta tarttumistoimenpiteestä».

⁴ Ks. *Forsman*, mts. 221, *Serlachius*: Suomen rikosoikeuden oppikirja. Toinen osa I 1924, s. 176, *Honkasalo*: Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I₂, s. 18 ja *Salovaara*, mts. 90.

Seuraavaksi on todettava, että rikoslain 4 luvun 1 §:n yritystä koskevat säännökset ovat perusrakenteeltaan sellaiset kuin ne olivat rikoslakimme säätämisen aikaan. Esikuvana niille silloin olivat Saksan rikoslain yritystä koskevat säännökset,⁵ sillä Ruotsin rikoslaissa ei vielä ollut yritystä koskevaa yleissäännöstä. Saksan rikoslain 43 §:n 1 momentissa määriteltiin yritys rikoksen »*tekemisen alkamiseksi*» *Anfang der Ausführung* ja Suomen rikoslakiehdotuksissa määriteltiin yritys samaan tapaan. Vaikka rikoslakimme ei sitten sisältänytkaan tuota yrityksen määritelmää, niin Forsmanin tavoin voidaan olettaa, ettei rikoslakimme kuitenkaan tällä tahtonut hylätä rikoslakiehdotuksen yrityskäsitystä. Niinpä Forsman onkin katsonut meillä voitavan määritellä yritys saksalaisen oikeusoppineen *Bernerin* mukaan »*det påbegynta men ännu icke till det åsyftade ändamålet hunna utförandet af ett brott*».⁶

Kun otetaan huomioon, että Forsmania on pidettävä rikoslakimme henkisenä isänä ja että hän oli puheenjohtajana siinä vuoden 1888 valtiopäivillä toimineessa rikoslakikomiteassa, joka ei katsonut teoreettisten (kuten esim. yrityksen) määritelmien sopivan rikoslakiin, niin on edellytettävä Forsmanin tietävän, mikä merkitys on annettava rikoslakiehdotuksista poikkeamiselle kysymyksessä olevassa kohdin.

Edellä esitetyn perusteella on katsottava varkausrikoksen yrityksen käsittävän, niin kuin *Forsman* lausuu, »*ett värkligt begynnande af den tjufska handlingen*» eli siis *anastamisen aloittamista*.⁷ Sen mahdollistamiseen tähtäävät aikaisemmat toimenpiteet ovat rikoksen valmistelua. Tätä oli rikoslainsäätäjä meillä varkauden osalta vielä erikseen korostanut murron — murtovarkauden yrityksen — murtovarkauden porrastuksella. Tämän pohjalta on *sellainen tapaus, jota entinen murtopykälä tarkoitte, nykyisin rikosoikeudellisesti katsottava varkausrikoksen valmisteluksi ja rangaistava vahingontekona RL 35: 3:n mukaan*.^{7a}

⁵ *Forsman*: Straffrättens allmänna läror 1930, s. 205.

⁶ *Forsman*, mts. 205.

⁷ Ks. De särskilda brotten I s. 224. Samalla sivulla *Forsman* lausuu: »Man bör därför, då fråga är om försök till tjufnad, undvika att utsträcka detta begrepp till sådana fall, i hvilka icke någon begynnelse till den tjufska handlingen föreligger». Ja tässä yhteydessä erästä valmistelun käsittävää esimerkkitapausta tarkastellessaan *Forsman* lopuksi lausuu: »kan man väl säga, att en begynnelse till tillagnandet af myntet föreligger, men icke någon begynnelse till borttagandet af detsamma». — Korkein oikeus on yritykseltä vaatinut täytäntöönpanotoimen aloittamista esim. KKO 1937 II 275.

^{7a} Tällä kannalla on myös *Möller* selostaessaan KKO:n päätöstä 10.10.1972 (N:o 1955/8.9.1972), jossa enemmistö kallistui Honkasalon mukaiselle kannalle, vähemmistön ollessa tekstissä tällä kohdin otetulla kannalla. Ks. JFT 1972 s. 462—468.

Ruotsin yritysoppi ei kelpaa meillä rikoslakimme tulkintaohjeeksi. Siellä yleinen meidän säännöksestämme poikkeava yrityssäännös näet otettiin rikoslakiin vasta kesäkuun 12 päivänä 1942 annetulla lailla eikä murtovarkauden yritys ollut sitä ennen yleisesti rangaistava ja murto­säännöksenkin loppuosa kuului »dömes, der tillgrepp ej sker» eikä siinä ollut meidän vastaavaa »tahi sitä yritä» vaihtoehtoa. Sen vuoksi voitiin murto Ruotsissa, päinvastoin kuin meillä, katsoa murto­varkauden yritykseksi. Nykyisen rikoskaaren mukaan on varkauden valmistelukin siellä rangaistava. Tämän vuoksi ei *Ekeberg—Strahl—Beckmaniin* viitaten ja Ruotsin lakiin nojaten meillä voida yrityksen alaa in dubio mitius säännön vastaisesti laajentaa syytetyn vahingoksi, niin kuin on yritetty,⁸ vaan siihen vähintään vaaditaan rikoslakimme 4 luvun 1 §:n muuttaminen. Tätä johtopäätöstä ei riitä kumoamaan ao. hallituksen esityksessä oleva toiseen tulokseen viittaava lausuma.⁹

Aikaisemman lain mukaan murto­varkauden tunnusmerkistöön kuului myös vahingonteko, sillä RL 28: 2¹ 5. kohdassa oli eräänä törkeän varkauden tunnusmerkistökijänä mainittu »sisään murtautuen». Uudessa törkeän varkauden säännöksessä ei enää esiinny tätä tapausta, vaan se on murron dekriminalisoinnin yhteydessä poistettu. Tämän vuoksi murtautumiseen sisältyvä *vahingonteko* nykyisin käsittää varkauden lisäksi *uuden deliktisen vääryyden*, joka on tuomittava RL 35: 3:n mukaan ellei vahinko ole niin vähäinen, että sanotun pykälän 2 momentin mukaan vain vahingonkorvaus tuomitaan. Mikään lainkonkurenssi ei tällöin tule kysymykseen rankaisemattoman esiteon konstruktion muodossa, yhtä vähän kuin rankaisemattoman jälkiteon rakennelman voidaan katsoa olevan käsillä silloin, kun jälkiteko muodostaa päätekoon nähden uuden deliktisen pahan.¹⁰ Murto­varkauden

⁸ Ks. edellä alav. 3 sekä *Heinonen*, DL 1972, s. 482 (alaviitteessä 30 Heinonen toteaa Honkasalon oppien olevan Ruotsin Brottsbalkin 23:1:n yritystä koskevan nimenomaisen säännöksen mukaisen (Sic!) ja *Hiltunen*, LM 1972, s. 836. — Ruotsin rikoskaaren mainittu säännös, joka on muuten asiasisällöltään sama kuin kesäkuun 12 päivänä 1942 Ruotsin lakiin otettu yritystä koskeva yleissäännös, on seuraavanlainen: »Har någon påbörjat utförandet av visst brott utan att detta kommit till fullbordan, skall han i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för försök till brottet, såframt fara förelegat att handlingen skulle leda till brottets fullbordan eller sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten».

⁹ Ks. Hall. esit. 1972: 23 s. 9.

¹⁰ Ks. vallitsevan lainkonkurrenssiopin mukaisesti *Lahti*, LM 1968, s. 734: »esiteolla ei saa konkreettisesti tapauksessa aiheuttaa päätekoon nähden uutta vahinkoa». Samoin *Anttila* tarkastellessaan esiteko-pääteko -yhdistelmää konkurenssiopin kannalta: »...ideaalikonkurrenssin käyttäminen on lainsäätäjän tarkoituksen mukaan välttämätöntä aina silloin, kun teko ei muuten tulisi rikosoikeudellisessa mielessä

Murron dekriminalisointi

tapauksessa lienee katsottava nyt vahingonteon olevan ideaalikonkurrensissa varkauden kanssa, sillä ensin mainitun täyttymispiste ja varkauden yritys eli anastamisen alkaminen liittyvät välittömästi toisiinsa, ellei katsota jo murron tai murtovälineen perusteella tekoa törkeäksi RL 28:2:n nojalla.

Jos murtovarkaus suoritetaan kotirauhalla suojattuun paikkaan, on nykyisin katsottava lisäksi myös RL 24:1:n olevan ideaalikonkurrensissa varkauden kanssa.

Lopuksi on huomautettava, että murron dekriminalisointi ja anastusrikoksien rangaistusasteikkojen liian suuri alentaminen varallisuusrikoksia koskevan lainsäädännön uudistamisen yhteydessä oli rikospoliittinen virhe, jonka haittavaikutukset ovat jo olleet käytännössä kipeästi havaittavissa. Oikeusjärjestelmänhän on oltava yhtenäinen ja joka askeleessaan on lainsäätäjän tämän vuoksi toimittava niin, että uusi ehdotus kitkattomasti ja asianmukaisesti niveltyy voimassa olevaan järjestelmään sekä vastaa kansan oikeustajuntaa. Varallisuusrikoksia koskeva lainuudistus ei täytä näitä perusvaatimuksia.¹¹ Tämän

tyhjentävästi arvioitua». Ks. Varsinaisesta epärehellisyysrikoksesta RL 38 luv. 1 §:n mukaan, s. 93.

Vrt. *Heinonen*, DL 1972, s. 483, jossa hän ilman perusteluja katsoo, että murto-varkauden tapauksessa vahingonteko edelleenkin sisältyy varkauteen. Ja samalla sivulla hän alaviitteessä 32 lausuu: »Meillä on ollut taipumusta yleensäkin soveltaa ideaalikonkurrensia tarpeettomasti tilanteissa, joissa elävän elämän kannalta on kysymyksessä selvä lainkonkurrensia». — Tämä on merkillinen yksilöimätön ja perusteluitta singottu väite, jossa »elävä elämä» on korotettu jonkinlaiseksi oikeuslähteeksi vakiintuneen oikeuskäytännön edelle. Vrt. esim. *Lahti* s. 729, jossa hän toteaa seuraavaa: »Oikeuskäytännössä on havaittavissa rikoskonkurrensivaltainen suuntaus». Ja onkin sanottava, että tämä *ideaalikonkurrensivaltaisempi oikeuskäytäntö* on esim. liikennerikosoikeuden alalla saavuttanut tavanomaisoikeudellisen vahvuuden. Ks. esim. *Ellilä*: Uusittu liikennerikosoikeus, s. 197 ss. — Ks. myös *Helminen*, Suomen Poliisilehti 1972 s. 188, jossa hän lausuu, että uuden lain voimassa ollessa varkaus voi esiintyä *ideaalikonkurrensissa* eli yksin teoin tehtynä (RL 7:1) kotirauhan rikkomisen ja vahingonteon kanssa.

¹¹ Varallisuusrikoksia koskeva lainmuutos on varoittava esimerkki siitä, miten ei saisi lainuudistuksien kohdalla menetellä. Aikaisemman lain murto-varkauden rangaistusta pidettiin eräissä tapauksissa liian ankarana, mistä esimerkkinä usein mainittiin kioskimurto, jossa saaliina oli vain yksi tupakkalaatikko. Mutta eihän tuontapaisen esimerkin vuoksi olisi tarvinnut koko törkeää varkautta koskevaa säännöstä pilata, vaan asia olisi korjautunut vain tällaisia tapauksia varten säädetyllä lievemmillä rangaistusasteikolla. Sitä paitsi sellainenkaan ei ollut enää tarpeen sen jälkeen, kun rikoslain 3 luvun 5 §:ään lisättiin rangaistusminimien alittamismahdollisuus. Rikoslain 38 luvun 6 a §:ssä murtautuminen on edelleenkin aivan oikein kvalifioivana seikkana, sillä seihän osoittaa rikollisen tahdon suurempaa intensiteettiä, ja näin olisi pitänyt jättää olemaan myös törkeän varkauden tunnusmerkistöissä. Rangaistusmaksimien liiaksi alentaminen varkauden kohdalla on saanut aikaan vielä senkin suhteettomuuden, että jos murtautuen varastetaan mopedi, on rangaistuksen enimmäismäärä 2 vuotta vankeutta, mutta jos sanotuin tavoin otetaan vain käyttöön mopedi, on rangaistus *kuritushuonetta* tai vankeutta enintään 3 vuotta. *Törkeämmästä riistorikoksesta varkaudesta on siten huomattavasti lievempi rangais-*

vuoksi siinä tehdyt erehdykset olisi kiireesti korjattava ja rangaistus-säännökset saatettava ainakin Ruotsin vastaavien säännösten tasolle. Siihen mennessä asiaa auttaa jonkin verran se, että oikeuskäytäntö katsoisi murtautuen suoritettun varkauden rikoslain 28 luvun 2 §:n yleislausekkeen nojalla useimmiten törkeäksi varkaudeksi.¹²

tus kuin lievemmän laatuista turtum usuksesta eli irtaimen esineen luvattomasta käytöstä.

Rangaistusten alentaminen estää myös rikosprosessuaalisten pakkokeinojen tarkoituksenmukaisen käytön, sillä Suomessa vakinaisesti asuvaa nuorta henkilöä ei yleensä voida varkaudesta vangita rikoslain voimaannpanoasetuksen 20 §:n nojalla eikä täysi-ikäistäkään näpistyksestä. Rikoslain voimaannpanoasetuksen 23 §:n jokamiehenkään oikeus ottaa kiinni rikoksenteijä verekseltä tai pakosalta ei enää sovi näpistykseen, josta jatkettunakaan ei tule muuta kuin sakkorangaistus. Vuoden 1959 pakkokeinolain 12 §:n yleisedellytys on, että rikoksesta saattaa seurata kovempi rangaistus kuin kuusi kuukautta vankeutta, joten sekään ei enää sovi näpistämiseen. Hyvin ymmärtääkin poliisiviranomaisten reaktion uusia anastussäännöksiä vastaan, sillä poliisitoiminnasta uhkaa niiden osalta tulla selvittelevä rekisteröinti-aparaatti, missä anastusrikokset kartoitetaan ja viedään protokollaan ja sen jälkeen rikoksenteijä saa mennä matkoihinsa.

¹² Ks. *Hiltunen* Suomen Poliisilehti 1973, s. 22 samoin ja esittää eräitä tähän oikeaan suuntaan olevia oikeustapauksia.