



Lauri Luoto

AVUNANNON
RANGAISTAVUUDEN
EDELITYKSET

AVUNANNON RANGAISTAVUUDEN EDELLYTYKSET



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 339

Lauri Luoto

Avunannon rangaistavuuden edellytykset

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1 perjantaina 18.5.2018 kello 12.

MIT DEUTSCHER ZUSAMMENFASSUNG

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. 09 6120 300

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-432-8

© 2018 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Lauri Luoto

ISSN-L 0356-7206

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-374-1

Taitto: Taittopalvelu Yliveto Oy

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2018

Esipuhe

Väitöskirjaprojektin lähestyessä loppuaan lienee paikallaan tarkastella, miten koko projekti sai alkunsa.

Professori Jussi Tapani on eittämättä merkittävin syy siihen, miksi päädyin tekemään väitöskirjaa heti OTM-tutkinnon suorittamisen jälkeen. Epätietoisuuden kalvaessa mieltä omasta tulevaisuudesta marras- ja joulukuun taitteessa vuonna 2012 muistan lähettäneeni Jussille sähköpostin, jossa tiedustelin mahdollisuutta jatko-opintoihin. Lyhyehkön tapaamisen jälkeen, näin ainakin haluan asian muistaa, Jussi suostui toimimaan ohjaajanani, ja prosessi saatiin käyntiin. Vuosien varrella on sattunut yhtä jos toista, mutta olen aina voinut laskea sen varaan, että Jussilta saan palautetta ja tarvittaessa kannustusta sekä ennen kaikkea riittävästi aikaa väitöskirjatutkimuksen tekemiseen. Jussi on myös ystävällisesti suostunut toimimaan kustoksena väitöstilaisuudessa. Kiitos Jussi ja onnea tuleviin haasteisiin!

Selvää myös on, ettei tämäkään väitöskirjaprojekti koskaan ylittäisi maaliiviivaa ilman henkilöitä, jotka esitarkastajina ovat olleet valmiita kahlaamaan läpi väitöskirjan käsikirjoituksen. Kiitän professori Dan Frändeä ja dosentti Jussi Matikkalaa, jotka ovat tähän tehtävään suostuneet. Kiitän molempia myös heiltä käsikirjoituksesta saamastani palautteesta. Erityiskiitokset osoitan Danille, joka on lisäksi suostunut toimimaan vastaväittäjänäni väitöstilaisuudessa.

Suurimman osan väitöskirjaprojektistani olen työskennellyt palkallisessa tohtorikoulutettavan tehtävässä Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Tutkimuksen tekemisen ohella tohtorikoulutettavan tehtävään kuuluu myös erilaisia oppiainetehtäviä sekä hallinnollisia tehtäviä. Rikosoikeuden oppiaineessa yhteistyö on poikkeuksetta sujunut ongelmitta, mistä Jussi Tapanin ohella kiitos kuuluu tutkijatohtori Tatu Hyttiselle. Tatu on myös tarvittaessa paikannut allekirjoittanutta oppiainetehtävissä silloin, kun väitöskirja on vaatinut täyden huomioni, mistä olen hänelle enemmän kuin kiitoksen velkaa.

Juha Itkosen muistan viimeksi todenneen, että ”kirjat täytyy kirjoittaa yksin, mutta yksin ne eivät synny”. Voidaan tietysti kyseenalaistaa, pitääkö ensimmäinen lause edes välttämättä enää paikkaansa akateemisessa maailmassa näin yhteisartikkelien ja -tutkimusten aikakaudella, mutta jälkimmäinen lause lienee joka tapauksessa olennaisempi: väitöskirjat eivät milloinkaan synny yksin. Haluan kiittää Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan koko väkeä hyvästä työilmapiiristä, joka on merkittävästi edistänyt tämänkin väitöskirjan valmistumista. Erityisesti haluan kiittää tiedekunnan muita tohtorikoulutettavia heiltä saamastani tuesta ja hyvästä seurasta.

Väitöskirjatutkimuksen tekeminen edellyttää myös taloudellista tukea. Pääasiallisen palkanmaksajani, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan, ohella Heldtin stipendirahastosäätiötä on kiittäminen väitöskirjani valmistumisesta. Suomalainen Lakimiesyhdistys on myös ollut merkittävimpiä tukijoita tutkijanurallani. SLY on paitsi tukenut taloudellisesti väitöskirjani valmistumisesta myöntämällä apurahalla myös hyväksynyt väitöskirjani perinteikkääseen julkaisusarjaansa, mistä olen äärimmäisen kiitollinen. Kiitos myös kustannustoimittaja Anssi Sinnemäelle kommentteista ja ripeästä toiminnasta, joka on osaltaan mahdollistanut väittelyaikatauluni.

Tässäkin tutkimuksessa käsitellään kausaalisuutta ja muun muassa rikos oikeudellisen syy-yhteyden selvittämisessä edelleen hyödynnettävää csqn-testiä. Jos sovellamme csqn-testiä väitöskirjaprojektiini, väistämätön tosiasia on, että ilman vanhempiani väitöskirja olisi jäänyt kirjoittamatta. Vaikka siirtäisimmekin fokuksen seurauksen syntymisen etäisimmistä ehdoista ajallisesti huomattavasti tuoreempiin ehtoihin, vanhempieni merkitystä väitöskirjani valmistumiselle ei voi vähätellä. Lopuksi lieneekin paikallaan kiittää isääni ja äitiäni heiltä saamastani tuesta.

Turun Martinmäessä, huhtikuussa 2018

Lauri Luoto

Sisällys

Esipuhe	V
Sisällys	VII
OSA I – JOHDANTO	1
1 Osallisuus rikokseen	3
2 Suomen osallisuusjärjestelmä	7
3 Omaksutun osallisuusjärjestelmän perustelut ja seuraukset	11
4 Tutkimustehtävä	15
5 Tutkimustapa	19
6 Tutkimuksen rakenne	23
OSA II – AVUNANNON RANGAISTAVUUDEN PERUSTA	25
1 Johdanto	27
2 Tahallisten rikosten tekijäkäsité	29
3 Johtopäätös tahallisten rikosten tekijäkäsitéestä	33
4 Teoriat avunannon rangaistavuuden perustasta	35
4.1 Solidaarisuusteoria	35
4.2 Päätekijän syyllisyys ja sosiaalinen desintegroituminen avunannon rangaistavuuden perustana	36
4.3 Kausaalisuus avunannon rangaistavuuden perustana	38
4.4 Johtopäätös	42
OSA III – AVUNANNON TEOREETTISET PERUSPILARIT	45
1 Aksessorisuus	47
1.1 Aksessorisuuden eri tyypit	47
1.2 Varsinaisen osallisuuden aksessorisuusvaatimuksen sisältö suomalaisessa doktriinissa	49
1.2.1 Määrällinen aksessorisuus	50
1.2.2 Laadullinen aksessorisuus	51
1.2.2.1 Rikoksen rakenne	51
1.2.2.2 Laadullisen aksessorisuuden suhde välilliseen tekemiseen	53
1.2.2.3 Pääteon oltava tahallinen, tunnusmerkistön- mukainen ja oikeudenvastainen	53
1.2.2.4 Päätekijän oltava syyntakeinen tai vähintään alentuneesti syyntakeinen	55
1.2.2.5 Oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden soveltuminen päätekijän toimintaan ja niiden vaikutus varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen	57

1.2.2.6	Päättekijän erehtymisen vaikutus varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen	60
1.2.2.7	Prosessuaaliset seikat	61
1.2.2.8	Johtopäätös laadullisen aksessorisuuden sisällöstä.....	62
1.2.3	Aksessorisuus rajaa varsinaisen osallisen vastuun toteutuneeseen päätökseen.....	63
1.2.4	Voiko varsinainen osallinen vastata vähemmästä, kuin päätökijä on tehnyt?.....	65
2	Kausaalisuus	67
2.1	Kausaalisuus rikosoikeudellisen vastuun perusedellytyksenä.....	67
2.2	Rikosoikeudellisen syy-yhteyden lajit.....	69
2.3	Rikosoikeudessa sovelletut kausaalisuusteorit	70
2.4	Avunannon kausaalisuus.....	74
2.4.1	Lähtökohdat avunannon kausaalisuuden määrittämiseksi	74
2.4.2	Riskin käsitteelle rakentuvat teorit	76
2.4.3	Edistämisteoria.....	80
2.4.4	Kausaalisuusteorit.....	82
2.4.5	Fyysisen avunannon syy-yhteys.....	85
2.4.6	Psyykkisen avunannon syy-yhteys.....	86
2.4.6.1	Yleistä.....	86
2.4.6.2	Psyykkisen avunannon luonne ja siihen liittyvät näytölliset realiteetit	89
2.4.6.3	Psyykinen avunanto ja riskin käsitteellä operoivat teorit	90
2.4.6.4	Johtopäätös.....	92
2.4.7	Laiminlyönnillä toteutettavan avunannon syy-yhteys.....	93
2.4.7.1	Yleistä	93
2.4.7.2	Avunannon luonne laiminlyöntirikoksena	93
2.4.7.3	Laiminlyönnin syy-yhteys	94
2.4.7.4	Syy-yhteyden määrittäminen laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa.....	95
2.4.7.5	Milloin laiminlyönti johtaa avunantovastuuseen, milloin tekijävastuuseen?.....	97
2.4.7.5.1	Laiminlyönnillä toteutettavalle avunannolle jää vain marginaalinen soveltamisala	97
2.4.7.5.2	Vastuuasema rajanvetokriteerinä	99
2.4.7.5.3	Miten rajanvedon on esitetty ratkeavan KKO:n ratkaisukäytännössä?	101
2.4.7.5.4	Erityisen oikeudellisen velvollisuuden sisältö rajanvetokriteerinä.....	102

2.4.7.5.5	Laiminlyödyn velvollisuuden aineellis-objektiivinen merkitys rajanvetokriteerinä	104
2.4.7.6	Johtopäätös.....	107
3	Tahallisuus	109
3.1	Yleistä.....	109
3.2	Tahallisuuden lajit ja asteet.....	111
3.2.1	Tarkoitustahallisuus.....	112
3.2.2	Varmuustahallisuus.....	113
3.2.3	Todennäköisyystahallisuus.....	115
3.3	Avunannon tahallisuusvaatimus	117
3.3.1	Kuuluuko avunannon tahallisuuteen tahdollinen elementti?	117
3.3.1.1	Lain esitöiden sekä oikeuskäytännön ja -tieteen kannat eroavat toisistaan	117
3.3.1.2	Lain esitöiden, oikeuskäytännön ja -tieteen oikeuslähteopillinen velvoittavuus	121
3.3.1.3	Johtopäätös tahdollisen elementin kuulumisesta avunantotahallisuuteen.....	124
3.3.2	Avunannon tunnusmerkistölinen rakenne: onko kyse seurauksesta vai olosuhteesta?	124
3.3.3	Mitä avunantaja voi tietää päätekijän toiminnasta ja oman toimintansa merkityksestä pääteolle?.....	127
3.3.4	Avunannon tahallisuuden kohteet	130
3.3.4.1	Tahallisuus suhteessa oman toiminnan merkitykseen päätekijän toiminnalle	130
3.3.4.2	Tahallisuus suhteessa päärikoksen tunnusmerkistöön.....	135
3.3.4.3	Tahallisuus suhteessa päärikoksen tekoaikaan, -paikkaan ja -tapaan	138
3.3.4.4	Tahallisuus suhteessa päärikoksen täyttymiseen.....	140
3.3.4.5	Tahallisuus suhteessa päätekijään ja pääteon objektiin.....	143

**OSA IV – AVUNANNON ALARAJA – MITEN AVUNANTO EROTETAAN
OSALLISUUSVASTUUN ULKOPUOLELLE JÄÄVÄSTÄ
MYÖTÄVAIKUTTAMISESTA?.....**

1	Johdanto.....	149
2	Kausaalisuuden ylikattavuus.....	151
3	Tahallisuus rajanvetokriteerinä	155
3.1	Yleistä.....	155
3.2	Tahallisuuden soveltuvuus rajanvetokriteeriksi	156

4	Tunnusmerkistön objektiiviselle puolelle asetettavat lisäedellytykset rajanvetokriteerinä.....	163
4.1	Yleistä.....	163
4.2	Seurauksen ennakoitavuus.....	164
4.2.1	Yleistä.....	164
4.2.2	Seurauksen ennakoitavuus avunantodoktriinissa	166
4.3	Kielletty riskinotto rajanvetokriteerinä.....	168
4.3.1	Objektiivisen syyksilukemisen historia ja funktio	168
4.3.2	Objektiivisen syyksilukemisen ydinsisältö	169
4.3.3	Milloin avunannossa on kyse kielletystä riskinotosta?	172
4.3.3.1	Päärikoksen toteutumisen riskiä vähentävä menettely.....	173
4.3.3.2	Päätökijän rikoksen toteutumisen riskiä korottava menettely.....	176
4.3.3.3	Johtopäätös päätökijän rikoksen toteutumisen iskiä korottavasta menettelystä	182
4.3.3.4	Mistä näkökulmasta riskinkorotusta tulee arvioida?.....	184
5	Johtopäätös avunannon alarajasta.....	189

OSA V – AVUNANNON JA RIKOSKUMPPANUUDEN VÄLINEN
RAJANVETO – MITEN AVUNANTO EROTETAAN
RIKOSKUMPPANUUDESTA?

		191
1	Johdanto	193
1.1	Yleistä.....	193
1.2	Luvun rakenne	195
2	Subjektiiiset osallisuusteoriat	199
2.1	Dolus- ja intressiteoriat.....	199
2.2	Subjektiiisten osallisuusteorioiden ongelmallisuus	200
3	Objektiiviset osallisuusteoriat.....	205
3.1	Muodollis-objektiivinen osallisuusteoria	205
3.2	Muodollis-objektiivinen osallisuusteoria ei mahdollista osallisen kokonaispanoksen ottamista huomioon.....	207
3.3	Täytäntöönpanotoimen sisällöttömyys rajanvetokriteerinä	209
3.4	Aineellis-objektiivinen osallisuusteoria	211
3.5	Aineellis-objektiivisen osallisuusteorian etuna joustavuus	213
3.6	Joustavuuden hintana rajanvedon epämääräisyys.....	214
4	Johtopäätös suomalaisen doktriinin nykytilasta.....	217
5	Oppi teonherruudesta.....	219
5.1	Johdanto.....	219
5.2	Welzelin finaali teonherruusoppi	219
5.3	Finaalin teonherruusopin jatkokehitys.....	222
5.4	Roxinin oppi teonherruudesta.....	224

5.4.1	Yleistä.....	224
5.4.2	Avainhahmon käsite sekä jako herruusrikoksiin, velvollisuusrikoksiin ja omakätisiin rikoksiin.....	225
5.4.3	Teonherruus tekijävastuun tunnusmerkkinä herruusrikoksissa.....	227
5.4.3.1	Välitön tekijävastuu toiminnanherruutena (Handlungsherrschaft)	227
5.4.3.2	Välillinen tekijävastuu tahdonherruutena pakottamalla (Willensherrschaft kraft Nötigung).....	229
5.4.3.3	Välillinen tekijävastuu tahdonherruutena erehdyttämällä (Willensherrschaft kraft Irrtums).....	230
5.4.3.4	Tahdonherruus käyttämällä hyväksi syntyneetonta tai alentuneesti syntyneistä välimiestä (Willensherrschaft bei Schuldunfähigen und vermindert Schuldfähigen).....	234
5.4.3.5	Organisatorinen teonherruus (Organisationsherrschaft tai Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate)	234
5.4.3.6	Rikoskumppanuus funktionaalisen teonherruutena (Mittäterschaft als funktionale Tatherrschaft).....	238
5.4.4	Roxinin teonherruusopin ansiot	242
5.4.5	Teonherruusopin kritiikki.....	244
5.4.5.1	Roxinin oppi ei ole kaiken kattava	244
5.4.5.2	Teonherruuden tunnusmerkistöllinen luonne.....	245
5.4.5.3	Teonherruusopin käsitteistön avoimuus ja sekavuus	245
5.4.5.4	Funktionaalisen teonherruuden kritiikki.....	246
5.4.5.5	Tahdonherruuden kritiikki	248
5.4.6	Organisatorisen teonherruuden kritiikki.....	250
5.4.6.1	Voiko organisaation hallinta perustaa välillisen tekijävastuun?.....	250
5.4.6.2	Minkälainen organisaation on oltava?	251
5.4.6.3	Voiko määräyksen eteenpäin välittävä olla välillinen tekijä organisatorisen teonherruuden perusteella?	254
5.4.6.4	Voiko välimiehen korvattavuus perustaa takamiehelle teonherruuden?	255
5.4.6.5	Organisatorinen teonherruus on teonherruutta yleisellä tasolla tunnusmerkistön toteutumisesta	257
5.4.6.6	Korvattavuuden edellytyksen soveltumattomuus moderniin järjestäytyneeseen rikollisuuteen?	258

5.4.6.7	Organisatorisen teonherruuden soveltumattomuus yritys- ja liiketoiminnassa tehtyihin rikoksiin.....	260
5.4.6.8	Organisatorisen teonherruuden kapea soveltamisala edellyttää funktionaalisen teonherruuden edellytyksistä tinkimistä	261
5.5	Yhteenvedo teonherruusopista ja sen soveltuvuudesta suomalaiseen doktriiniin.....	263
5.5.1	Yhteinen teoreettinen pohja	263
5.5.2	Teonherruusopin ja suomalaisen doktriinin erot	265
5.5.3	Roxinin kehittämien rajanvetokriteerien rooli suomalaisessa doktriinissa.....	268
6	Tahallisuus ja yhteisymmärrys.....	273
6.1	Tahallisuuden ja yhteisymmärryksen suhde	273
6.2	Yhteisymmärryksen tunnusmerkillinen luonne ja siihen liittyvä tahallisuusvaatimus?.....	275
6.3	Yhteisymmärrys sekä perustaa että rajaa rikoskumppanin vastuun.....	277
6.4	Yhteisymmärryksen syntyminen tavat.....	279
6.5	Yhteisymmärryksen syntyminen ajankohta	282
7	Rajanvetomalli	289
7.1	Vanhasen rajanvetomalli	289
7.2	Rikollisuuden modernien ilmenemismuotojen rajanvetomallille asettamat erityisvaatimukset.....	291
7.3	Organisatorisen rikoskumppanuuden täytyminen objektiivisessa suhteessa.....	293
7.4	Organisatorisen rikoskumppanuuden täytyminen subjektiivisessa suhteessa	294
7.5	Organisatorisen rikoskumppanuuden soveltamisala.....	295
7.6	Yhteenvedo.....	297
	ZUSAMMENFASSUNG.....	299
	LÄHTEET.....	303
	OIKEUSTAPAUSLUETTELO	313
	LYHENTEET.....	315
	ASIAHAKEMISTO.....	317

OSA I – JOHDANTO

1 Osallisuus rikokseen

Rikossäännökset kirjoitetaan lähtökohtaisesti niin, että tekijöitä on vain yksi. Esimerkkinä voi käyttää rikoslain (39/1889, RL) 21 luvun (578/1995) 1 §:ssä kriminalisoitua tappoa ja rikoslain 28 luvun (769/1990) 1 §:ssä kriminalisoitua varkautta. RL 21:1:n mukaan joka tappaa toisen, on tuomittava taposta vankeuteen. RL 28:1:n mukaan joka anastaa toisen hallusta irtainta omaisuutta, on tuomittava varkaudesta. Oletuksena on, että yksi tekijä, säännöksessä nimen ”joka”, täyttää kaikki rikossäännöksen edellyttämät tunnusmerkit. Lähtökohta antaa rikollisuudesta ja rikoksien tekemisestä kuitenkin yksinkertaistetun kuvan.

Hyvin usein rikoksen tekemiseen on osallistunut useita eri henkilöitä. Hyvin usein he ovat myös myötävaikuttaneet rikoksen toteutumiseen varsin erilaisin toimin. Usean eri henkilön osallistuminen rikoksen tekemiseen, mahdollisesti merkittävästi toisistaan poikkeavin toimin, herättää kysymyksen kunkin rikoksen tekemiseen osallistuneen rikosoikeudellisesta vastuusta. Rikosoikeudessa kysymykseen vastaaminen on osallisuuden ja osallisuusopin tehtävä: ne määrittävät eri tavoin rikokseen osallistuneiden henkilöiden rangaistusvastuun sekä sen rajat. Selkeän ja yksinkertaisen vastauksen antaminen kysymykseen on kuitenkin osoittautunut erittäin haastavaksi tehtäväksi.

Osallisuuden ja osallisuusopin näkökulmasta eri tavoin rikokseen osallistuneiden vastuuta voidaan lähestyä kahdesta eri suunnasta. Toisessa ääripäässä ovat osallisten yhtenäisvastuulle ja toisessa osallisten erillisvastuulle rakentuvat osallisuusjärjestelmät. Teoreettiset lähtökohdat osallisuusvastuun määrittämiselle ovat täysin erilaiset yhtenäisvastuu- ja erillisvastuujärjestelmässä. On kuitenkin pidettävä mielessä, että erillis- ja yhtenäisvastuu antavat vain teoreettiset suuntaviivat sille, miten osallisuusjärjestelmä on mahdollista rakentaa. Kaikki osallisuusjärjestelmät eivät seuraa uskollisesti vain jompaakumpaa, vaan monessa on yhdistetty piirteitä sekä yhtenäis- että erillisvastuujärjestelmästä. Osa osallisuusjärjestelmistä on siten eräänlaisia yhtenäis- ja erillisvastuujärjestelmien hybridejä.¹

Yhtenäisvastuulle rakentuvassa osallisuusjärjestelmässä ei lähtökohtaisesti erotella lainkaan osallisuusmuotoja, vaan jokaista rikokseen myötävaikuttanutta pidetään tekijänä.² Ainoa rikoslain tasolla vedettävä raja on rangaistavan ja rangaistusvastuun ulkopuolelle jäävän myötävaikuttamisen välinen raja. Vaikka osallisia olisikin ollut useampi kuin yksi, jokainen heistä vastaa yhdessäkin teh-

¹ Tästä tarkemmin ks. *Hamdorf* 2002 s. 294–297.

² *Kühl* 2012 s. 736 ja *Rengier* 2016 s. 363 ja *Roxin* 2003 s. 5.

dystä teosta vain oman toimintansa³ perusteella, eikä huomiota kiinnitetä lainkaan muiden tekoon osallistuneiden ominaisuuksiin tai merkitykseen rikoksen toteutumisessa.⁴

Yhtenäisvastuujärjestelmän ominaispiirteenä voidaan pitää laajaa teko- ja tekijäkäsitetä, joiden avulla tekijävastuu ulotetaan kaikkiin rikoksen toteutumiseen myötävaikuttaneisiin.⁵ Yhtenäisvastuujärjestelmässä rikoksen tekeminen rinnastetaan hyvin pitkälti rikoksen aiheuttamiseen. Seurauksena on, että kausaalisuus eli vaatimus syy-yhteydestä myötävaikuttajan toiminnan ja rikoksen toteutumisen välillä saa korostuneen merkityksen rikosoikeudellisen vastuun ja sen alan määrittämisessä.⁶ Yhtenäisvastuujärjestelmässä vallitsevan teko- ja tekijäkäsitteen laajuuden vuoksi voidaan myös puhua alkuunpanijuudesta (*Urheberschaft*), joka kattaa kaikki mahdolliset tavat myötävaikuttaa rikoksen toteutumiseen.⁷

Yhtenäisvastuujärjestelmässä rangaistusvastuun edellytykset ja oikeusseuraamukset ovat lähtökohtaisesti samoja kaikille rikokseen myötävaikuttaneille, eikä erilaisia osallisuusmuotoihin sidottuja rangaistusasteikkoja tai lieventämissääntöjä ole; kaikki ovat rikoksen alkuunpanijoita yhtä lailla. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että kaikille osallisille tuomittaisiin automaattisesti sama rangaistus. Se seikka, että useat ihmisten eri teot voivat olla samanaikaisesti syy rikoksen syntymiselle, ei estä niiden katsomista eriarvoisiksi rikosoikeudessa.⁸ Yhtenäisvastuujärjestelmän toinen ominaispiirre on, että kunkin rikoksen tekemiseen osallistuneen kokonaismerkitys rikoksen toteutumisessa otetaan huomioon vasta rangaistuksen mittaamisessa.⁹

Teoreettisesti täysin puhdas yhtenäisvastuujärjestelmä on kuitenkin ennen kaikkea ideaali, joka esiintyy osallisuusopillisissa teoksissa. Suurimmassa osassa yhtenäisvastuulle rakentuvista osallisuusjärjestelmistäkin on erotettu käsitteellisesti erilaisia osallisuusmuotoja. Oppikirjoissa Itävallan osallisuusjärjestelmä mainitaan yleensä esimerkkinä yhtenäisvastuulle rakentuvasta osallisuusjärjestelmästä. Vaikka Itävallan rikoslaissa (ÖStGB) ei erotella rikokseen osallistuneiden vastuuta, vaan kaikkia osallisia pidetään tekijöinä, ja jokaiselle määrätään heidän syyllisyyttään vastaava rangaistus, erotetaan rikoslaissa kuitenkin välittömän yksin tekemisen lisäksi myös yllyttäminen ja

³ Tässä tutkimuksessa termiä ”toiminta” käytetään lähtökohtaisesti merkityksessä, jossa se kattaa sekä aktiivisen toiminnan että laiminlyönnin, ellei asiayhteydestä ilmene toisin. Vastaavalla tavalla termi ”toimi” kattaa lähtökohtaisesti sekä aktiivisen toiminnan että passiivisuuden. Usein termin ”toiminta” synonyyminä käytetään tutkimuksessa termiä ”menettely”.

⁴ Heinrich 2014 s. 513–514 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 198–199.

⁵ Heine – Weißer 2014 s. 487; Kühl 2012 s. 736 ja Roxin 2003 s. 6–7.

⁶ Heinrich 2014 s. 514; Jakobs 1991 s. 594–595; Jescheck 1988 s. 583–584; Schmidt 2012 s. 370–371 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 199.

⁷ Jescheck 1988 s. 583; Maiwald 1979 s. 343–344 ja Stratenwerth 2000 s. 293.

⁸ Honkasalo 1967 s. 189.

⁹ Heinrich 2014 s. 514; Kienapfel 1974 s. 7 ja Rengier 2016 s. 363.

avunanto osallisuusmuotoina (ÖStGB § 12–13). Teoreettisesti Itävallankaan osallisuusjärjestelmässä ei siten ole kyse puhtaasta yhtenäisvastuujärjestelmästä, vaan ainoastaan *toiminnallisesta yhtenäisvastuujärjestelmästä (funktionale Einheitstätersystem)*.¹⁰

Erillivastuulle rakentuvassa osallisuusjärjestelmässä lähtökohta on kokonaan toinen. Siinä jo lain tasolla säädetään erilaisista tavoista osallistua rikoksen toteutumiseen sekä niiden edellytyksistä. Erilaiset tavat osallistua rikoksen toteutumiseen eli osallisuusmuodot eivät myöskään ole keskenään samanarvoisia, vaan ne eroavat toisistaan sekä edellytyksiltään että oikeusvaikutuksiltaan. Erillivastuujärjestelmässä jo eri osallisuusmuotoihin liittyy erilainen viesti kriminalisoidun menettelyn luonteesta ja moitittavuudesta, eikä osallisuus rikokseen typisty yhtenäisvastuujärjestelmän tapaan kysymykseksi rangaistuksen mittaamisesta. Koska osallisuusmuodot edellytyksineen sitovat lainkäyttäjää, laki ohjaa lainkäyttäjää sekä osallisuusmuodon valinnassa että rangaistuksen mittaamisessa.¹¹

Erillivastuujärjestelmän ominaispiirre on, että siinä osallisuusmuodot jaetaan kahteen ryhmään: tekijävastuun perustaviin osallisuusmuotoihin ja varsinaisen osallisuuden perustaviin osallisuusmuotoihin.¹² Vain tekijävastuun muodoissa kyse on rikoksen tekemisestä, kun taas varsinaisen osallisuuden muodot ilmentävät rikoksen tekemistä alemman asteista myötävaikuttamista rikoksen toteutumiseen. Tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden muotojen erottaminen tarkoittaa, että erillivastuujärjestelmässä on kyse dualistisesta osallisuusjärjestelmästä.¹³

Erillivastuujärjestelmän toinen ominaispiirre on, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus on kytketty pääteon olemassaoloon. Osallisuusopissa tästä sidossuhteesta puhutaan aksessorisuutena.¹⁴ Aksessorisuus toisaalta yhdistää erillivastuujärjestelmiä, toisaalta erottaa ne toisistaan: Juuri aksessorisuus muodostaa merkittävän eron yhtenäis- ja erillivastuujärjestelmien välillä.¹⁵ Aksessorisuusvaatimuksia on kuitenkin erilaisia, ja erillivastuujärjestelmät eroavat toisistaan hyvinkin paljon siinä, minkälaisia edellytyksiä pääteolle asetetaan, jotta varsinainen osallisuus siihen on mahdollista.¹⁶

¹⁰ Hamdorf 2002 s. 44–45 ja Kienapfel 1974 s. 5.

¹¹ Hamdorf 2002 s. 45 ja 297 sekä Jescheck 1988 s. 582–583 ja 585.

¹² Heinrich 2014 s. 514; Melander 2016 s. 302 ja Tapani – Tolvanen 2013 s. 413. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 146.

¹³ Heine – Weißer 2014 s. 485; Heinrich 2014 s. 513 ja Rengier 2016 s. 363. Yhtenäisvastuujärjestelmässä on sen sijaan kyse monistisesta osallisuusjärjestelmästä, koska siinä ei eroteta tekijävastuuta ja varsinaista osallisuutta.

¹⁴ Hamdorf 2002 s. 297; Kaspar 2015 s. 162–163 ja Tapani – Tolvanen 2013 s. 414–415.

¹⁵ Jakobs 1991 s. 594.

¹⁶ Tästä tarkemmin ks. Hamdorf 2002 s. 17–24. Ks. myös Jescheck 1988 s. 593–594.

2 Suomen osallisuusjärjestelmä

Suomessa on käytössä kaksi erilaista osallisuusjärjestelmää riippuen siitä, min-kälaisesta rikoksesta on kyse. Tuottamuksellisina rangaistavissa rikoksissa toteutuu osallisten yhtenäisvastuu. Rikoslain 3 luvun (515/2003) 7 §:ssä säädetään tuottamuksen rangaistavuudesta. Pykälän mukaan ”tekijän menettely on huolimaton, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan (tuottamus)”. Rikoslaisissa ei kuitenkaan säädetä lainkaan erilaisista tavoista osallistua tuottamukselliseen rikokseen, vaan RL 3:7:ssä asetettujen edellytysten täytyessä kyse on aina tekijävastuusta tuottamuksellisena rangaistavana rikokseen. Osallisuusvastuuta tuottamuksellisissa rikoksissa voidaan havainnollistaa ratkaisun KKO 2016:58 avulla.

Ratkaisussa perunahiutaleita valmistaneen osakeyhtiön tuotantolaitokselta oli vuosina 2004–2006 päästetty ympäristöön perunamultalietettä, mikä oli aiheuttanut ympäristön pilaantumista. Kysymys oli siitä, olivatko osakeyhtiön hallituksen jäsenet A ja B syyllistyneet joko tahalliseen tai tuottamukselliseen ympäristön turmelemiseen. A ja B olivat toimineet yhdessä kahden muun henkilön kanssa. KKO kuitenkin katsoi, että A ja B olivat syyllistyneet ainoastaan törkeän tuottamukselliseen tekemuotoon laiminlyömällä velvollisuutensa osakeyhtiön hallituksen jäseninä.

Koska tuottamuksellisina rangaistavissa rikoksissa toteutuu osallisten yhtenäisvastuu, sillä seikalla, että A ja B olivat toimineet yhdessä, ei ole merkitystä osallisuusvastuun kannalta; A:ta ja B:tä pidetään tuottamuksellisen ympäristön turmelemisen tekijöinä jo sen perusteella, että he ovat laiminlyöneet sellaisen heitä sitovan huolellisuusvelvollisuuden, jota he olisivat kyenneet noudattamaan.

Tahallisina rangaistavissa rikoksissa on Suomessa sen sijaan omaksuttu osallisten erillisvastuulle rakentuva osallisuusjärjestelmä. Koska kotimaisessa osallisuusjärjestelmässä erilaisia osallisuusmuotoja on eroteltu ainoastaan tahallisissa rikoksissa, viitataan termillä ”osallisuus” suomalaisessa doktriinissa vakiintuneesti nimenomaan osallisuuteen tahallisina rangaistavissa rikoksissa.¹ Myös tässä tutkimuksessa termillä ”osallisuus” viitataan lähtökohtaisesti juuri osallisuuteen tahallisina rangaistavissa rikoksissa, ellei toisin mainita.

Tahallisina rangaistavissa rikoksissa rikoslaki tuntee viisi erilaista osallisuusmuotoa. Erityisen osan tunnusmerkistöjen kuvaaman välittömän yksin te-

¹ Ks. esim. *Frände* 2012 s. 238 ss.; *Melander* 2016 s. 302 ss.; *Nuutila* 1997 s. 339 ss. ja *Tapani–Tolvanen* 2013 s. 412 ss.

kemisen lisäksi määritellään rikoslain 5 luvussa (515/2003) osallisuusmuotoina tahallisen rangaistavaan rikokseen välillinen tekeminen (RL 5:4) ja rikoskumppanuus (RL 5:3) sekä yllytys (RL 5:5) ja avunanto (RL 5:6). Suomen osallisuusjärjestelmässä tekijävastuun muodostavat välitön yksin tekeminen, välillinen tekeminen ja rikoskumppanuus. Varsinainen osallisuus käsittää puolestaan yllytyksen ja avunannon.

Välittömässä yksin tekemisessä on kyse rikosoikeudellisen vastuun perustapauksesta, jossa tekijä täyttää henkilökohtaisesti ja omakätisesti kaikki rikossäännöksen edellyttämät tunnusmerkit. Suomessa ei ole katsottu tarpeelliseksi sisällyttää rikoslakiin erillistä säännöstä välittömästä yksin tekemisestä, vaan osallisuusmuodon katsotaan ilmenevän jo erityisen osan tunnusmerkistöistä: niissä lähtökohtana on, että tekijä tekee itse rikoksen ja täyttää sen koko tunnusmerkistön.² Välitöntä yksin tekemistä voidaan havainnollistaa tapahtumienkululla ratkaisussa KKO 2012:98.

Ratkaisussa A oli kahdessa vaiheessa lyönyt B:tä yhteensä noin 20 kertaa nyrkillä rintakehän ja pään alueelle. Ratkaisussa oli täysin selvää, että A oli syyllistynyt välittömänä yksin tekijänä ainakin pahoinpitelyrikokseen; hän oli henkilökohtaisesti ja omakätisesti tahallaan tehnyt B:lle ruumiillista väkivaltaa.

Välillinen tekeminen on tekijävastuun erityistapaus. Välillinen tekijä ei itse varsinaisesti tee rikosta, vaan hän käyttää rikoksen tekemiseen välikappaleena toista henkilöä, ns. välitöntä tekijää. Välillisen tekemisen soveltumisen edellytyksenä kuitenkin on, ettei välikappaleena käytetty henkilö täytä kaikkia rikosoikeudellisen vastuun edellytyksiä. Rikoslain 5:4 mukaan välillisen tekemisen soveltuminen edellyttää, että välikappaleena käytetty henkilö ei voida rangaista tekemästään rikoksesta ”syyntakeettomuuden tai tahallisuuden puuttumisen vuoksi taikka muusta rikosoikeudellisen vastuun edellytyksiin liittyvästä syystä”. Esimerkkinä välillisestä tekemisestä voidaan käyttää seuraavaa Turun hovioikeuden ratkaisua.³

Ratkaisussa B oli muun ohella tahallaan hankkinut itselleen oikeudetonta taloudellista hyötyä erehdyttämällä X Oyj:tä. B oli hankkinut X Oyj:stä pelikoneen, mutta salannut sen, ettei hän aikonutkaan maksaa sitä. B ei kuitenkaan ollut itse tehnyt ja allekirjoittanut sopimusta koneen hankkimisesta vaan A, jota B oli neuvonut ja kehottanut kyseiseen oikeustoimeen. A oli saanut pelikoneen heti mukaansa ja antanut sen välittömästi B:lle myytäväksi edelleen. Hovioikeus katsoi A:n toimineen tunnusmerkistöerehdyksen alaisuudessa, minkä vuoksi hänen menettelyään ei voitu pitää tahallisenä. Koska

² Myös toisenlainen ratkaisu olisi ollut mahdollinen. Esimerkiksi Saksan rikoslain yleisessä osassa määritellään välitön yksin tekeminen erikseen osallisuusmuotona (StGB § 25 I).

³ THO 4.3.2013, Nro 506, Dnro R 12/1185.

A:lta puuttui petosrikoksen edellyttämä tahallisuus, voitiin B:tä pitää petosrikoksen välillisenä tekijänä.

Rikoskumppanuudessa on kyse rikoksen tekemisestä yhteistyössä kahden tai useamman henkilön kesken. RL 5:3:n mukaan ”jos kaksi tai useammat ovat yhdessä tehneet tahallisen rikoksen, rangaistaan kutakin rikoksen tekijänä”. Rikoskumppanuuden funktiona erillisvastuujärjestelmässä on mahdollistaa tekijävastuun ulottaminen myös sellaisiin henkilöihin, jotka ovat yhdessä tehneet rikoksen mutta joiden menettely ei itsenäisesti arvioituna riitä täyttämään rikoksen tunnusmerkistöä välittömänä yksin tekijänä. Rikoskumppanuutta voidaan havainnollistaa ratkaisulla KKO 1988:42.

Ratkaisussa A ja B olivat päättäneet tilata taksin, surmata sen kuljettajan sekä anastaa sen jälkeen auton ja kuljettajan rahat. Matkan aikana A oli pyytänyt taksin kuljettajaa pysäyttämään autonsa syrjäiselle paikalle ja ampuamalla surmannut tämän. Koska B oli yhdessä A:n kanssa suunnitellut taksin tilaamisen ja sen kuljettajan surmaamisen, katsottiin B:n yhdessä A:n kanssa surmanneen taksiautoilijan ja syyllistyneen A:n rikoskumppanina murhaan.

Erillisvastuujärjestelmän ominaispiirteitä seuraten Suomessa on pidetty kiinni varsinaisen osallisuuden aksessorisesta luonteesta. RL 5:5:n mukaan ”joka tahallaan taivuttaa toisen tahalliseen rikokseen tai sen rangaistavaan yritykseen, tuomitaan yllytyksestä rikokseen kuten tekijä”. RL 5:6:n mukaan ”joka ennen rikosta tai sen aikana neuvoin, toimin tai muilla tavoin tahallaan auttaa toista tahallisen rikoksen tai sen rangaistavan yrityksen tekemisessä, tuomitaan avunannosta rikokseen saman lainkohdan mukaan kuin tekijä”.

Myös kotimaisessa doktriinissa varsinaisen osallisuus voidaan määritellä rikoksen tekemistä alemman asteiseksi myötävaikuttamiseksi rikoksen toteutumiseen. Se, minkälaista myötävaikuttaminen on, määrittää kaikista olennoisimminkin, onko kyse yllytyksestä tai avunannosta: Jos varsinaisen osallisen menettely on saanut aikaa tekijän teon tai vähintäänkin muodostanut pääasiallisen syyn sille, kyse on lähtökohtaisesti yllytyksestä. Jos varsinaisen osallisen menettely on ainoastaan edistänyt tekijän tekoa, kyse on korkeintaan avunannosta.⁴ Yllytystä ja avunantoa sekä niiden eroa voidaan havainnollistaa seuraavilla tuomioistuinratkaisuilla.

Ratkaisussa KKO 2004:120 A oli maantiellä ajanut suurella nopeudella takkaa Y:n ohjaamaa autoa 18 kilometrin matkan ja useaan kertaan tahallaan törmännyt siihen. Viimeisestä törmäyksestä Y:n ohjaama auto oli suistunut

⁴ Tästä suomalaisessa doktriinissa perinteisesti kannatetusta rajanvetokriteeristöstä ks. esim. HE 44/2002 vp s. 154; *Melander* 2016 s. 307; *Nuutila* 1997 s. 349–50 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 430–431.

tieltä metsään. Tieltä suistumisen seurauksena autossa ollut X oli saanut surmansa. A katsottiin syyllistyneen tahalliseen tapporikokseen. A:n autossa matkustajina olleet B ja C olivat kehotuksillaan ja vaatimuksillaan saaneet A:n ajamaan Y:tä takaa ja törmäämään Y:n autoon useita kertoja. Sen vuoksi KKO katsoi B:n ja C:n tahallaan taivuttaneen A:n tapporikokseen ja tuomitsi molemmat yllytyksestä kyseiseen rikokseen.

Helsingin hovioikeuden ratkaisemassa asiassa⁵ A oli ensin työntänyt alaraajoiltaan liikuntakyvyttömän B:n pyörätuolilla ravintolasta auton kuljettajanpuoleisen oven viereen. Kun B oli istunut autoon, A oli B:n pyynnöstä siirtänyt pyörätuolin auton tavarasäiliöön sekä mennyt matkustajaksi autoon, jota B oli ryhtynyt kuljettamaan. Koska A oli tiennyt B:n veren alkoholipitoisuuden olevan yli 1,5 promillea ja koska hän oli auttanut B:tä kuljettamaan autoa alkoholin vaikutuksen alaisena ja siten edistänyt B:n tekemän rikoksen toteutumista, tuomittiin A avunannosta törkeään rattijuopumukseen.

⁵ HHO 10.11.1987, Nro 1982, Dnro R 1986/1444.

3 Omaksutun osallisuusjärjestelmän perustelut ja seuraukset

Oikeusjärjestyksissä, joissa osallisuusvastuu on päätetty rakentaa osallisten erillisvastuun pohjalle, omaksuttua ratkaisua perustellaan yleensä oikeusvaltiollisilla argumenteilla. Yhtenäisvastuujärjestelmää pidetään ongelmallisena sekä rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen että syyllisyysperiaatteen näkökulmasta, mikä pohjautuu ennen kaikkea siihen, ettei yhtenäisvastuujärjestelmä tunnista moitittavuuseroa, joka liittyy erilaisiin tapoihin osallistua rikoksen tekemiseen.¹

Syyllisyysperiaatteen ydinsisältönä on rikosoikeudessa, ettei rangaistusta voi olla ilman syyllisyyttä – *nulla poena sine culpa*. Syyllisyysperiaate ei ainoastaan edellytä, että rangaistusvastuu edellyttää syyllisyyttä, vaan se edellyttää myös, että rangaistuksen on vastattava tekijän teon ilmentämää syyllisyyttä.² Yhtenäisvastuujärjestelmässä rikoksen toteutumiseen erilaisin toimin myötävaikuttaneiden erilainen syyllisyys voidaan ottaa huomioon vasta rangaistuksen mittaamisvaiheessa. On esitetty, ettei oikeusvaltiossa ole suotavaa, että kysymys osallistumisesta rikokseen typistyy rangaistuksen mittaamiskysymykseksi, vaan erilaisissa tavoissa osallistua rikoksen toteutumiseen on selvä syyllisysero, joka tulee tunnistaa jo rikoslain peruskategorioiden tasolla.³

Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen näkökulmasta ongelmallisena on pidetty viimeistään sitä, että osallisuusmuotoja laintasolla erottelemattomassa järjestelmässä edellytykset ennakoitavuusvaatimuksen toteutumiselle ovat erillisvastuujärjestelmää heikommat.⁴ Samalla tavalla yhtenäisvastuujärjestelmään on katsottu liittyvän korostunut vaara yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen toteutumisesta: jos erilaisia tapoja osallistua rikoksen toteutumiseen ei erotella millään tavalla lain tasolla, voidaanko pelkästään rangaistuksen mittaamisen tasolla varmistaa, että samanlaisia tapauksia kohdellaan samalla tavalla ja erilaisia tapauksia eri tavalla?⁵

Hallituksen esityksessä rikosoikeuden yleisten oppien uudistamiseksi erillisvastuujärjestelmää puolletaan pitkälti vastaavilla seikoilla.⁶ Erillisvastuujär-

¹ Frände 2012 s. 241; Jakobs 1991 s. 595–596; Krey – Esser 2016 s. 349; Roxin 2003 s. 6 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 198–199.

² Syyllisyysperiaatteesta tarkemmin ks. esim. Krey – Esser 2016 s. 44–45; Melander 2016 s. 142–149; Nuutila 1997 s. 69–74 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 155–156.

³ Jakobs 1991 s. 595–596; Melander 2016 s. 302 ja Krey – Esser 2016 s. 349.

⁴ Frände 2012 s. 241 ja Melander 2016 s. 302.

⁵ Krey – Esser 2016 s. 349.

⁶ HE 44/2002 vp s. 151–152. Ks. myös Melander 2016 s. 302.

jestelmän etuna on, että se mahdollistaa yhtenäisvastuujärjestelmää tarkemman rikosoikeudellisen vastuun ja moitearvostelun kohdistamisen eri tavoin rikokseen osallistuneisiin. Se ei leimaa kaikkia rikokseen osallistuneita tekijöiksi, vaan osallistuneiden erilaiset panokset rikoksen toteutumisessa otetaan huomioon jo rikosnimikkeessä. Siksi erillisvastuulle rakentuva osallisuusjärjestelmä on oikeudenmukaisempi ja paremmin sovitettavissa yhteen rikosoikeuden perustavimpien periaatteiden kanssa kuin yhtenäisvastuujärjestelmä.

Osallisuusmuodot erottava ja niihin myös sitovia oikeudellisia vaikutuksia liittävä erillisvastuujärjestelmä edellyttää aina sen määrittämistä, miten ja millä kriteereillä eri osallisuusmuodot erotetaan toisistaan.⁷ Yhtenäisvastuujärjestelmän merkittävin etu on puolestaan juuri se, että siinä rajanvetoproblematiikalta eri osallisuusmuotojen välillä vältytään. Suomessa laki ja sen esityöt antavat vain karkeat suuntaviivat sille, miten eri osallisuusmuodot erotetaan toisistaan. Osallisuusmuotojen rajanvetokriteerit eivät ole myöskään saaneet suomalaisessa oikeustieteessä kattavaa huomiota.⁸ Seurauksena rajanvetoproblematiikan ratkaiseminen on jäänyt korostuneesti tuomioistuinten tehtäväksi.

Tämä ei lähtökohtaisesti ole huono asia. Osallisuusmuodot saavat tarkan muotonsa erityisen osan tunnusmerkistöissä, ja täysin tarkkojen rajanvetokriteerien määrittäminen on mahdotonta ja tuskin edes suotavaa. Nykyisestä tilanteesta tekee ongelmallisen se, että lainkäyttäjälle uhkaa jäädä liikaa tulkinnanvaraa, mikä on ongelmallista laillisuusperiaatteen kannalta. Erillisvastuujärjestelmän pitäisi lähtökohtaisesti luoda yhtenäisvastuujärjestelmää paremmat edellytykset ennakoitavuusvaatimuksen toteutumiselle. Jos kuitenkin eri osallisuusmuotojen rajanvetokriteerit ovat epäselvät, on kyseenalaista, luoko erillisvastuujärjestelmä sen parempia edellytyksiä ennakoitavuusvaatimuksen toteutumiselle kuin yhtenäisvastuujärjestelmä. Vastaavalla tavalla voidaan kyseenalaistaa, luoko erillisvastuujärjestelmä myöskään yhtenäisvastuujärjestelmää parempia edellytyksiä yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen toteutumiselle, jos siitä, miten eri osallisuusmuodot erotetaan toisistaan, vallitsee epäselvyys.

Systematiikka on avainasemassa erillisvastuujärjestelmässä. Eri osallisuusmuodoille on määritelty erilaiset edellytykset, jotka ohjaavat lainkäyttäjää osal-

⁷ *Melander* 2016 s. 302–303 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 414. Ks. myös *Honkasalo* 1967 s. 190 ja HE 44/2002 vp s. 151.

⁸ Modernissa suomalaisessa rikosoikeustieteessä rajanvetokriteerejä on käsitelty lähtökohtaisesti vain rikosoikeuden yleisesityksissä. Ks. kuitenkin *Vanhanen* 2004. Vanhemmassa kotimaisessa rikosoikeustieteessä löytyy muutama nimenomaisesti osallisuusmuotoja ja niiden edellytyksiä käsittelevä teos. Ks. ennen kaikkea *Anttila* 1958 ja *Sundström* 1926. Raimo Lahti aloitti 1970-luvulla oman osallisuusoppia käsittelevän tutkimuksensa, mutta se jäi kesken, eikä tutkimuksesta ole ilmestynyt kuin ensimmäinen osa. Ks. *Lahti* 1975. Osallisuusopillinen kokonaisuus uupuukin kokonaan modernista suomalaisesta rikosoikeustieteestä. Kotimaisessa keskustelussa Jussi Tapani on viimeksi korostanut tarvetta osallisuusoppia käsittelevälle kokonaisuudelle. Ks. *Tapani* 2010 s. 18.

lisuusmuodon valinnassa. Jos osallisuusmuodot ja niiden edellytykset on määriteltä vain yleisellä tasolla, ei osallisuusmuotojen lainkäyttäjään kohdistama ohjausvaikutus toteudu. Samalla lainkäyttäjän rooli korostuu osallisuusmuotojen määrittämisessä, mikä on ennen kaikkea yhtenäisvastuujärjestelmälle ominainen piirre. Mitä enemmän puolestaan osallisuusmuodon valinnassa yksittäiselle tuomarille jää harkintavaltaa, sitä suurempi vaara on, että samanlaisia tapauksia kohdellaan eri tavalla.

Osallisuusmuodot toimivat vastuuperusteina erillisvastuujärjestelmässä. Suomen osallisuusjärjestelmässä tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden muodot määrittävät, millä perusteilla oikeussubjekti voi joutua vastuuseen tahallisuudesta rikoksesta. Jotta rikosoikeudellisen vastuun edellytykset eivät tahallisuudessa rikoksissa jäisi epäselviksi, on eri osallisuusmuotojen edellytyksiin ja ennen kaikkea niiden välisiin rajanvetokriteereihin perusteltua kiinnittää nykyistä enemmän huomiota myös kotimaisessa rikosoikeustieteessä.

4 Tutkimustehtävä

Tässä tutkimuksessa tutkitaan avunannon rangaistavuuden edellytyksiä. Tutkimustehtäväni on määrittää avunannon rikosoikeusteoreettinen pohja, joka on tällä hetkellä määritelty vain epämääräisesti suomalaisessa doktriinissa. Lisäksi päämääränäni on tuottaa lainkäyttäjälle argumentatiivisia välineitä, joiden avulla rajanvetotilanteet avunannon ja sen lähi-instituutioiden välillä voidaan ratkaista. Tutkimustehtäväni voidaan jakaa neljään osakokonaisuuteen.

Tutkimuksen ensimmäisenä osakokonaisuutena selvitetään, mihin seikkoihin Suomen erillisvastuujärjestelmässä osallisuusopillisesti perustuu se, että rikosoikeudellinen vastuu on mahdollista ulottaa rikokseen apua antaneeseen henkilöön. Kiteytetysti kyse on sen määrittämisestä, mihin avunannon moitittavuus rikosoikeusteoreettisesti perustuu Suomen osallisuusjärjestelmässä. Se, mihin seikkoihin avunannon moitittavuus perustuu, määrittää puolestaan, mitkä seikat muodostavat avunannon rikosoikeusteoreettiset peruspilarit sekä mikä niiden sisältö on.

Suomalaisessa doktriinissa katsotaan vakiintuneesti, että aksessorisuus, kausaalisuus ja tahallisuus muodostavat avunannon rikosoikeusteoreettiset peruspilarit.¹ Kotimaisessa rikosoikeustieteessä ei kuitenkaan ole tähän mennessä kiinnitetty huomiota näiden käsitteiden tarkkaan sisältöön avunantodoktriinissa. Kyse on merkittävästä puutteesta, koska aksessorisuus, kausaalisuus ja tahallisuus määrittävät olennaisesti avunannon rangaistavuutta. Sen vuoksi tutkimuksen toisena osakokonaisuutena selvitetään, minkälaisia edellytyksiä aksessorisuus, kausaalisuus ja tahallisuus asettavat avunannon rangaistavuudelle.

Tutkimuksessani käsitellään lähtökohtaisesti avunannon rangaistavuuden edellytyksiä. Sekä rikosoikeuteorian tasolla että käytännön ratkaisutoimissa yhtä olennaista kuin sen määrittäminen, milloin kyse on avunannosta, on sen määrittäminen, milloin kyse ei ole avunannosta. Kotimaisessa doktriinissa ei kuitenkaan ole kiinnitetty juuri huomiota avunannon alarajaan: kriteereihin, joilla avunanto erotetaan kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta.² Tutkimuksen kolmantena osakokonaisuutena täytetään kyseistä tyhjiötä suomalaisessa osallisuusopissa ja selvitetään, mihin avunannon alaraja asettuu. Avunannon ja kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle

¹ Ks. esim. *Frände* 2012 s. 251 ja 256–260; *Melander* 2016 s. 309–311 sekä *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 436 ja 440–444. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 156–158.

² Ari-Matti Nuutila on maininnut tämän kotimaisen osallisuusopin ongelmakohtana jo viime vuosituhatvuoden puolella. Ks. *Nuutila* 1996 s. 376.

jäävän myötävaikuttamisen välisen rajan merkitystä korostaa se, että usein kyse on myös rikosoikeudellisen vastuun ja kokonaan sen ulkopuolelle jäävän menettelyn rajasta.

Suomen erillisvastuujärjestelmässä avunannolla on yhteinen rajapinta paitsi kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän myötävaikuttamisen myös kaikkien muiden osallisuusmuotojen kanssa. Osallisuusopissa lähtökohtana on, että tekijävastuun muodot ovat ensisijaisia varsinaisen osallisuuden muotoihin nähden.³ Tästä seuraa, että ensin tulee arvioida, täyttääkö menettely jonkin tekijävastuun muodon edellytykset, ja vasta sen jälkeen siirrytään arvioimaan varsinaisen osallisuuden edellytysten täyttymistä.⁴ Usein varsinkaan käytännön ratkaisutoiminnassa ongelmia ei niinkään tuota sen määrittäminen, onko menettelyssä kyse avunannosta, vaan sen määrittäminen, onko menettelyssä kyse jostain avunantoa moitittavammasta tekijävastuun muodosta. Ongelmallisen prosessista tekee se, että vaikka menettelyn rikosoikeusteorian tasolla pitäisi voida täyttää vain yhden osallisuusmuodon edellytykset, käytännössä rajanveto avunannon ja tekijävastuun muotojen sekä myös avunannon ja yllytyksen välillä voi olla kuin veteen piirretty viiva.

Erityisen tärkeänä mutta myös ongelmallisena on pidetty avunannon ja rikoskumppanuuden välistä rajanvetoa.⁵ Rikosoikeusteoreettisesta näkökulmasta avunannon ja rikoskumppanuuden välisen rajanvedon merkitystä korostaa avunantoon ja rikoskumppanuuteen liittyvä moitittavuusero, mikä ilmenee jo RL 6:8:sta: toisin kuin rikoskumppanille, avunantajalle voidaan tuomita enintään kolme neljännestä rikoksesta säädetystä vankeus- tai sakkorangaistuksen enimmäismäärästä. Puhtaan käytännöllisestä näkökulmasta rajanvedon merkitystä korostaa puolestaan jo sen yleisyys: rajanvetotilanteet avunannon ja rikoskumppanuuden välillä aktualisoituvat päivittäin tuomioistuimissa.

Rajanvedon ongelmat palautuvat pitkälti aineellis-objektiivisiin rajanveto-kriteereihin, joiden perusteella avunanto modernissa suomalaisessa rikosoikeustieteessä sekä oikeuskäytännössä erotetaan rikoskumppanuudesta, sekä kriteerien sisällöttömyyteen. Tutkimuksen neljäntenä osakokonaisuutena selvitetäänkin, miten avunanto erotetaan rikoskumppanuudesta. Tutkimuksessa keskitytään erityisesti siihen, miten avunanto erotetaan rikoskumppanuudesta modernille järjestäytyneelle rikollisuudelle ominaisissa tilanteissa, joissa rikoksen toteutumiseen olennaisesti vaikuttaneet henkilöt eivät ole lainkaan osallistuneet rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon.

³ Tästä ks. esim. *Honkasalo* 1967 s. 229; *Jareborg* 2009 s. 409 sekä *Kindhäuser* 2013 s. 369 ja 393. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 157.

⁴ Tällaista etenemisjärjestystä puoltaa jo varsinaisen osallisuuden aksessorinen luonne.

⁵ *Honkasalo* 1967 s. 195; *Melander* 2016 s. 304–305 ja 311–313 sekä *Tapani* 2010 s. 18. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 147.

Tutkimuksessani ei varsinaisesti käsitellä sitä, miten avunanto erotetaan välillisestä tekemisestä ja yllytyksestä. Vaikka kyseiset osallisuusmuodot edellytyksineen sekä niihin ja avunantoon liittyvä rajanvetoproblematiikka rajataan lähtökohtaisesti tutkimukseni ulkopuolelle, käsitellään tiettyjä välilliseen tekemiseen sekä yllytykseen liittyviä kysymyksiä myös tässä tutkimuksessa. Avunannon rangaistavuuden edellytyksiä ei ole mahdollista täsmentää, ellei huomiota kiinnitetä myös välilliseen tekemiseen ja yllytykseen.⁶ Lisäksi tiettyt varsinaisen osallisuuden edellytykset ovat identtisiä sekä yllytyksen että avunannon kohdalla.⁷ Osa tutkimukseni johtopäätöksistä soveltuu siten *mutatis mutandis* myös yllytykseen. Voidaankin sanoa, että välillistä tekemistä ja yllytystä käsitellään tutkimuksessani, mutta käsittely on ennen kaikkea välillistä, eivätkä kyseiset osallisuusmuodot sekä niihin liittyvä rajanvetoproblematiikka ole tutkimukseni keskiössä.

⁶ Esimerkiksi aksessorisuusvaatimuksen sisältöön vaikuttaa se, miten laajaksi välillisen tekemisen soveltamisala muodostuu. RL 5:4 määrittää siten osaltaan aksessorisuusvaatimuksen sisältöä. Avunannon kausaalisuuden sisältöä ei taas ole mahdollista määrittää, ellei huomiota myös kiinnitetä yllytykseen liittyvään kausaalisuusvaatimukseen.

⁷ Esimerkiksi vakiintuneesti katsotaan, että yllytykseen ja avunantoon liittyvä samassa osallisuusjärjestelmässä myös samanlainen aksessorisuusvaatimus. Vastaavalla tavalla kriteerit, joilla avunanto erotetaan rikoskumppanuudesta, soveltuvat hyvin pitkälti myös yllytyksen ja rikoskumppanuuden väliseen rajanvetoon.

5 Tutkimustapa

Tutkimukseni on rikoslainopillinen. Se kohdistuu yhteen rikosoikeuden yleisten oppien osakokonaisuuteen, osallisuusoppiin. Rikoslainopillisessa tutkimuserinteessä yleisiä oppeja käsittelevä tutkimus muodostaa yhden perinteisimmistä tutkimuskohteista.¹ Rikoslainopillinen tutkimus on tavattu jakaa käytännölliseen ja teoreettiseen rikoslainoppiin.² Edellisessä painopiste on tutkimuksen käytännön relevanssissa; se on kirjoitettu ennen kaikkea käytännön tarvetta silmällä pitäen. Jälkimmäisessä korostuu tieteellinen relevanssi; se on kirjoitettu ennen kaikkea tiedeyhteisön tarpeita silmällä pitäen. Omaa tutkimustani voi luonnehtia teoreettiseksi rikoslainopiksi, joka kuitenkin pyrkii säilyttämään selkeän yhteyden käytäntöön. Tutkimuksessa systematisoidaan osallisuusoppia ja tulkitaan sen sisältöä.³ Tavoitteena on muodostaa osallisuusopista nykyistä rationaalisempi ja koherentimpi kokonaisuus, ja siten luoda nykyistä paremmat edellytykset lainkäytön ennakoitavuudelle ja oikeussubjektien oikeusturvaodotukselle.⁴ Tavoitteen saavuttaminen edellyttää, että tutkimuksessa myös annetaan konkreettisia tulkintasuosituksia osallisuusopin sisällöstä.

Tutkimusnäkökulmani on toisaalta lakitekstikeskeinen, toisaalta ongelmakeskeinen.⁵ Lähtökohdaksi tutkimuksessa asetetaan rikoslain sanamuoto. Tavoitteena on täsmentää osallisuusopin sisältöä rikoslain sallimissa rajoissa. Tutkimustani leimaa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ja sen aseman korostuminen rikosoikeuden johtavana periaatteena. Kyse ei kuitenkaan ole valtiosääntöoikeuspainotteisesta rikosoikeudellisesta tutkimuksesta, jollaista Suomessa on alettu tehdä entistä enemmän.⁶ Ongelmakeskeisyys korostuu silloin, kun laki tai edes sen esityöt eivät anna vastausta tai soveltuvat huonosti oikeudelliseen ongelmatilanteeseen. Tutkimuksessa käsiteltävät oikeudelliset ongelmat ovat hyvin usein sellaisia, joiden olemassaolo tiedostetaan mutta joita ei

¹ Suomessa on esimerkiksi viimeisen reilun kymmenen vuoden aikana kirjoitettu kaksi tahallisuutta käsittelevää väitöskirjaa. Ks. *Vihriälä* 2012 ja *Matikkala* 2005. 1990-luvulla Kimmo Nuotio ja Ari-Matti Nuutila käsitelivät väitöskirjoissaan rikosoikeuden yleisiin oppeihin kuuluvia kysymyksiä. Ks. *Nuotio* 1998 ja *Nuutila* 1996. Väitöskirjatutkimuksen ulkopuolelta voidaan mainita Jussi Tapanin yritysoppia käsittelevä tutkimus. Ks. *Tapani* 2010.

² Jaosta ja myös sen kritiikistä ks. *Hyttinen* 2017 s. 337 ja *Tapani* 2004 s. 10.

³ (Rikoslainopin perinteisestä tehtävästä ks. esim. *Lappi-Seppälä* 1997 s. 192; *Peczenik* 1980 s. 9 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 12.

⁴ Vrt. esim. *Frände* 2012 s. 4; *Nuutila* 1996 s. 103–104 ja *Tapani* 2004 s. 9.

⁵ Laki- ja ongelmakeskeisestä tutkimusasetelmasta lainopissa tarkemmin ks. *Aarnio* 1982 s. 61–63.

⁶ Ks. ennen kaikkea *Melander* 2008.

ole tähän mennessä kyetty ratkaisemaan tyydyttävästi.⁷ Tutkimuksessa käsitellään myös tulkintavaihtoehtoja, jotka tarjoaisivat monessa suhteessa optimaalisen ratkaisun oikeudelliseen ongelmaan mutta jotka ovat vain vaivoin – jos lainkaan – sovittavissa yhteen lain sanamuodon kanssa. Pääasiassa kyse on kuitenkin *de lege lata* -tutkimuksesta, ei *de lege ferenda* -tutkimuksesta.

Saksankielisen rikosoikeustieteellisen kirjallisuuden asema korostuu tutkimukseni lähdeaineistona. Kyse on tietoisesta valinnasta, jota voidaan perustella ennen kaikkea neljällä seikalla. Ensinnäkin Saksan erillisvastuujärjestelmä muistuttaa monessa suhteessa Suomen erillisvastuujärjestelmää: molemmissa erotetaan vastaavat kolme tekijävastuun ja kaksi varsinaisen osallisuuden muotoa, ja osallisuusmuotojen edellytykset vastaavat hyvin pitkälti toisiaan.⁸ Saksalaisella rikosoikeustieteellä on myös perinteisesti ollut merkittävä vaikutus suomalaisen rikosoikeustieteeseen.⁹ Näin on myös osallisuusopissa. Tämä näkyy selkeästi rikoslain esitöissä ja ennen kaikkea vanhemmassa mutta myös tuoreimmassa rikosoikeustieteellisessä kirjallisuudessa; niissä useat osallisuusopilliset teoriat, käsitteet ja ilmaisut juontavat juurensa saksalaisesta rikosoikeustieteestä.¹⁰

Toiseksi saksankielisen rikosoikeustieteen aseman korostumiseen tutkimukseni lähdeaineistona on vaikuttanut aineiston määrä. Avunanto ei kuulu saksankielisessä rikosoikeustieteessä osallisuusopin käsitellyimpiin teemoihin, mutta avunantoa, sen rangaistavuuden edellytyksiä sekä ennen kaikkea rajanvetoa muihin osallisuusmuotoihin on saksankielisessä rikosoikeustieteessä käsitelty huomattavasti kattavammin kuin kotimaisessa rikosoikeustieteessä. Selvää on, että materiaalia oli tarjolla enemmän kuin sitä oli mahdollista hyödyntää tutkimukselleni asetetuissa ajallisissa ja taloudellisissa puitteissa.

Sitä, mitkä saksankieliset teokset ovat valikoituneet tutkimukseni lähdeaineistoksi, on ohjannut ennen kaikkea teosten osallisuusopillinen merkitys Suomen osallisuusjärjestelmän näkökulmasta arvioituna. On kuitenkin tiedotettava, että osittain materiaalin valintaa on kuitenkin ohjannut myös sen saatavuus: mitä tunnetumpi rikosoikeusoppinut on ja mitä laajempaa arvostusta hän nauttii, sitä helpommin hänen tuotantonsa on myös saatavilla. Näin on erityi-

⁷ Esimerkkinä voidaan mainita vaikkapa epäselvyys avunannon alarajasta, laiminlyönnillä toteutettavan avunannon edellytyksistä ja soveltamisalasta sekä avunannon ja rikoskumppanuuden välisistä rajanvetokriteereistä.

⁸ Saksan erillisvastuujärjestelmästä tarkemmin ks. StGB § 25–27 sekä esim. *Heinrich* 2014 s. 513 ss.; *Jescheck* 1988 s. 582 ss. ja *Stratenwerth* 2000 s. 293 ss.

⁹ *Nuutila* 1996 s. 16 ja *Tolvanen* 1999 s. 3.

¹⁰ Esimerkkejä on useita. Avunannon tekoajankohdasta ja -tavoista ks. HE 44/2002 vp s. 157 ja vrt. esim. *Bockelman – Volk* 1987 s. 198. Avunannon kausaalisuudesta ks. *Honkasalo* 1967 s. 228 ja vrt. esim. *Claß* 1966 s. 115–126.

Avunannon ja rikoskumppanuuden rajanvetokriteereistä ks. *Frände* 2012 s. 245–247 ja vrt. esim. *Kühl* 2012 s.742–744.

sesti Suomessa, jossa saksankielinen oikeustieteellinen kirjallisuus ei ole yhtä laajalti saatavissa kuin kotimainen tai edes englanninkielinen kirjallisuus.

Kolmas syy siihen, miksi saksankielisellä rikosoikeustieteellisellä kirjallisuudella on niin korostanut asema tutkimukseni lähdeaineistona, piilee juuri kotimaisen osallisuusoppia käsittelevän tutkimuksen vähäisyydessä. Modernissa suomalaisessa rikosoikeustieteessä osallisuusoppia on käsitelty lähinnä rikosoikeuden yleisesityksissä. Viimeinen osallisuusoppia käsittelevä väitöskirjatutkimus on puolestaan jo yli puolivuosisataa vanha. Modernin avunantoa ja sen rangaistavuuden edellytyksiä käsittelevän tutkimuksen puuttuminen kotimaisessa rikosoikeustieteessä ohjasi automaattisesti ulkomaalaisen lähdeaineiston pariin.

Neljäs syy siihen, miksi juuri saksankielisen rikosoikeustieteellisen kirjallisuuden asema korostuu esimerkiksi pohjoismaisen ja anglo-saksisen kirjallisuuden sijaan, ovat tutkimukselleni asetetut aikataululliset puitteet. Ulkomaalaisen osallisuusoppia käsittelevä kirjallisuus on useimmiten kirjoitettu kyseisen maan osallisuusjärjestelmää silmällä pitäen. Jotta sitä voidaan hyödyntää suomalaista osallisuusjärjestelmää käsittelevässä tutkimuksessa, on hyvin tarkkaan oltava selvillä kyseisen maan osallisuusjärjestelmän erityispiirteistä. Väitöskirjatutkimukselle asetettu tavoiteaikataulu ei olisi sallinut kattavaa tutustumista useamman kuin yhden ulkomaalaisen osallisuusjärjestelmään erityispiirteisiin ja sitä käsittelevään kirjallisuuteen. Huomioiden edellä mainitut seikat, oli perusteltua keskittyä saksankieliseen osallisuusopilliseen kirjallisuuteen, joka käsittelee ennen kaikkea Saksan osallisuusjärjestelmää.

Tutkimustavallani on selkeä yhteys vertailevaan oikeustieteeseen; tutkimuksessani kotimaista osallisuusoppia pyritään ymmärtämään saksalaisen osallisuusopin avulla. Tutkimusongelmaa lähestytään avaamalla saksankielisessä rikosoikeustieteessä käytyä keskustelua avunannosta, sen rangaistavuuden edellytyksistä sekä rajanvedosta toisaalta kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävään myötävaikuttamiseen ja toisaalta rikoskumppanuuteen. Näin pyrin osaltaan tekemään ymmärrettäväksi kotimaisen sääntelyn teoreettisen pohjan ja ennen kaikkea löytämään vastauksia doktriinin ongelmiin sekä arvioimaan suomalaisen sääntelyn etuja ja haittoja.

Ulkomaalaisen lähdeaineiston käyttöön liittyy myös ongelmia. Vaikka Suomi ja Saksa ovat sekä oikeuskulttuurillisesti että osallisuusopillisesti hyvin lähellä toisiaan, ei saksalaista doktriinia voida automaattisesti soveltaa Suomessa. Aina on mietittävä tarkkaan, ovatko sikäläisen rikosoikeustieteen kannanotot sovitettavissa yhteen suomalaisen doktriinin kanssa. Mitä lähemmäs systematiikan ja teorian tasolta siirrytään kohti konkreettisten tulkintasuositusten antamista, sitä enemmän tämä korostuu.¹¹ Tutkimuksessa ei voidakaan kahliutua

¹¹ Tolvanen 1999 s. 3.

saksalaisen rikosoikeustieteen tuloksiin, vaan siinä on jo lähtökohtaisesti tunnustettava, ettei kaikkia saksalaisen osallisuusopin konstruktioita voida soveltaa kotimaisessa doktriinissa eikä saksalainen osallisuusoppi tarjoa vastausta kaikkiin kotimaisen osallisuusopin ongelmiin.

Tutkimuksessa hyödynnetään myös oikeuskäytäntöä. Hyödynnetyt ratkaisut ovat pääasiassa peräisin Saksan ja Suomen ylimmistä oikeusasteista. Ratkaisuiden avulla pyritään ennen kaikkea havainnollistamaan avunantodoktriiniin liittyviä ongelmia sekä erilaisia ratkaisuvaihtoehtoja ongelmiin. Samassa tarkoituksessa tutkimuksessa käytetään myös paljon kuvitteellisia esimerkitapauksia. Avunanto esiintyy kohtalaisen usein korkeimman oikeuden (KKO) ratkaisukäytännössä asiansanana. Olemassa olevissa ratkaisuissa ei ole kuitenkaan merkittävästi täsmennetty doktriinin sisältöä, vaan avunantoa ja sen rangaistavuuden edellytyksiä on yleensä käsitelty yhtä suurpiirteisesti kuin laissa ja sen esitöissä sekä modernissa suomalaisessa rikosoikeustieteessä on tehty. Useimmista avunantodoktriinin ongelmakohdista ei ole lainkaan olemassa ennakkoratkaisua.

Vaikka KKO ei olekaan ottanut vastuuta avunantodoktriinin täsmentämisestä, ei ole poissuljettua, etteikö alioikeuskäytännössä, ennen kaikkea hovioikeuskäytännössä, olisi pyritty tätä tekemään. Alkuperäisen tutkimussuunnitelman mukaan tutkimuksessa oli tarkoitus kartoittaa kattavasti hovioikeuskäytäntöä ja analysoida sen sisältöä, mutta aikataulullisten syiden vuoksi siitä oli luovuttava. Tutkimuksessa alioikeuskäytäntöä hyödynnetään hyvin rajoitetusti. Hyödynnetyt alioikeusratkaisut ovat aina peräisin Finlex-tietokannasta.

6 Tutkimuksen rakenne

Tutkimukseni jakaantuu viiteen osaan, joista johdanto muodostaa osan I. Osassa II käsitellään avunannon rangaistavuuden perustaa; sitä, mihin seikkoihin avunannon moitittavuus osallisuusopillisesti perustuu Suomen osallisuusjärjestelmässä. Samalla määritetään perusta, jonka päälle avunannon rikosoikeusteoreettiset peruspilarit rakentuvat. Aksessorisuus, kausaalisuus ja tahallisuus muodostavat avunannon teoreettiset peruspilarit. Osassa III keskitytään aksessorisuuden, kausaalisuuden sekä tahallisuuden edellytyksiin ja sisältöön kotimaisessa doktriinissa. Selvää on, että käsitteiden sisältö vaikuttaa myös siihen, miten avunanto erotetaan toisaalta osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta sekä toisaalta rikoskumppanuudesta. Rajanvetoproblematiikka muihin osallisuusmuotoihin ei kuitenkaan ole osan III keskiössä.

Osa IV käsittelee avunannon alarajaa. Siinä pohditaan, miten avunanto tulee erottaa osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta. Osassa pohditaan kausaalisuuden, tahallisuuden sekä kielletyn riskinoton sopivuutta kriteeriksi, joka kaikista olennaisimmin määrittää rajanvetoa. Osan V teemanä on avunannon ja rikoskumppanuuden välinen rajanveto. Osassa määritetään, miten avunanto eroaa subjektiivisessa ja objektiivisessa suhteessa rikoskumppanuudesta. Erityisesti keskitytään siihen, miten avunanto erotetaan rikoskumppanuudesta modernille järjestäytyneelle rikollisuudelle ominaisissa tilanteissa.

OSA II – AVUNANNON RANGAISTAVUUDEN PERUSTA

1 Johdanto

Osallisuusopillisessa kirjallisuudessa kysymys avunannon rangaistavuuden perustasta kiteytyy kysymykseen siitä, mihin avunannon moitittavuus rikosoikeusteoreettisesti perustuu.¹ Kyse on sen määrittämisestä, mihin seikkoihin kussakin osallisuusjärjestelmässä osallisuusopillisesti perustuu se, että rikosoikeudellinen vastuu on mahdollista ulottaa myös sellaiseen henkilöön, joka ei millään tavalla ole rikoksen toteutumiseen johtaneen tapahtumienkulun keskiössä vaan joka on ainoastaan myötävaikuttanut toisen tekemän rikoksen toteutumiseen.² Jos tekijävastuu ymmärretään teonherruusopillisesti teonherruutena, kysymys voidaan muotoilla myös seuraavasti: miten rikosoikeudellinen vastuu on mahdollista ulottaa pelkkään osallistumiseen vieraaseen tekoon ilman teonherruutta?³

Kysymykseen vastaamiseksi on ennen kaikkea saksalaisessa rikosoikeustieteessä kehitetty useita erilaisia teorioita avunannon rangaistavuuden perustasta. Teorioiden ensimmäisenä funktiona on osoittaa, mihin avunantajan toiminnan ilmentämä vääritys (*Unrecht*) rikosoikeusteoreettisesti perustuu.

Vääryydessä on kiteytetysti kyse teon moitittavuuden arvioinnista. Rikosoikeusteoreettisesti vääryyden olemassaolo tarkoittaa aina myös oikeushyvän loukkauksen olemassaoloa. Se, voidaanko teko lopulta myös lukea tekijälleen syyksi, ei poista oikeushyvän loukkauksen olemassaoloa. Kolmiportaisessa rikoksen rakenteessa, jossa rikos ymmärretään tunnusmerkistönmukaisuuden, oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden muodostama kokonaisuutena, vääritys muodostuu tunnusmerkistönmukaisuudesta ja oikeudenvastaisuudesta. Toisin sanoen tekijän teko ilmentää vääryyttä silloin, kun se on tunnusmerkistönmukainen sekä oikeudenvastainen.⁴

Vääritys on pidettävä erillään syyllisyydestä, joka kiteytyy arviointiin siitä, täyttääkö teon tehnyt rikosoikeudellisen vastuun edellytykset: voidaanko tekijää moittia hänen tekemästään vääryyttä ilmentävästä teosta?⁵ Vääritys on edellytys sille, että teko voi yleensä olla syyllisyyttä ilmentävä. Sen sijaan vääritys ei edellytä, että teko välttämättä olisi myös syyllisyyttä ilmentävä.

¹ Jakobs 1991 s. 657 ja Murmann 1999 s. 549 (alaviite 11).

² Heinrich 2014 s. 560.

³ Hoffmann-Holland 2015 s. 173; Kühl 2012 s. 802 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 198.

⁴ Heinrich 2014 s. 39–40; Kindhäuser 2013 s. 54–56 ja Kühl 2012 s. 7. Vääritys voidaan edelleen jakaa teon (*Handlungsunrecht*) ja seurauksen vääryyteen (*Erfolgusunrecht*). Teon vääryydestä on puolestaan mahdollista erottaa edelleen tekijän vääritys (*personales Handlungsunrecht*). Tästä tarkemmin ks. esim. Kühl 2012 s. 17–18 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 8–9.

⁵ Heinrich 2014 s. 120 ja 224; Kindhäuser 2013 s. 54 sekä Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 110.

Syyllisyys edellyttää siten aina, että teko on vääryyttä ilmentävä, mutta vääryys ei edellytä, että teko on syyllisyyttä ilmentävä.⁶

Teorioiden toisena funktiona on osoittaa avunannon – useimmissa tilanteissa myös varsinaisen osallisuuden – osallisuusopillinen ero suhteessa sekä tekijä-vastuun muotoihin että osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävään myötävaikuttamiseen. Jäljempänä tässä luvussa käyn läpi erilaiset teorit avunannon rangaistavuuden perustasta ja selvitän, mihin seikkoihin avunannon rangaistavuus perustuu Suomen osallisuusjärjestelmässä. Avunannon rangaistavuuden perusta on yhteydessä osallisuusjärjestelmässä sovellettavaan tekijäkäsitteeseen (*Täterbegriff*). Sen vuoksi ennen kuin siirryn käsittelemään teorioita avunannon rangaistavuuden perustasta, selvitän ensin, minkälaista tekijäkäsitettä suomalaisessa osallisuusjärjestelmässä sovelletaan.

⁶ Heinrich 2014 s. 40; Kindhäuser 2013 s. 54 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 8.

2 Tahallisten rikosten tekijäkäsité

Tekijäkäsité ja sen sisältö määräytyvät rikoslain – ennen kaikkea sen osallisuutta koskevien pykäliden sekä erityisen osan tunnusmerkistöjen – perusteella. On korostettava, että laki ei mukaudu tekijäkäsitéeseen, vaan tekijäkäsité mukautuu lakiin.¹ Jo tekijäkäsité ilmentää tekijävastuun ja osallisuusmuotojen välillä vallitsevaa suhdetta; se osaltaan selittää, minkälaisessa suhteessa tekijävastuu ja varsinaisen osallisuus ovat toisiinsa. Selvimmin tämä näkyy siinä, onko varsinaista osallisuutta pidettävä rikosoikeudellisen vastuun rajoituksena vai laajenuksena.²

Laajan tekijäkäsitéen (*extensiver Täterbegriff*) lähtökohtana on, että jokainen teko, joka on kausaalisesti johtanut rikosoikeudellisesti merkityksellisen seurauksen syntymiseen, voi perustaa tekijävastuun.³ Toisin sanoen laaja tekijäkäsité tarkoittaa, että jokainen seurauksen syntymiseen kausaalisuhteessa oleva teko synnyttää tekijävastuun. Laaja tekijäkäsité johtaakin siihen, että kausaalisuus syrjäyttää muut erityisen osan tunnusmerkistöön kuuluvat tunnusmerkistökäsitteet tekijävastuun merkittävimpänä kriteerinä.⁴

Laajan tekijäkäsitéen ominaispiirre on, että varsinaisen osallisuuden muodot nähdään rikosoikeudellisen vastuun rajoitusperusteina. Yllytykselle ja avunannolle ominainen myötävaikuttaminen rikoksen toteutumiseen riittäisi perustamaan myös tekijävastuun, mutta lainsäätäjät ovat katsonut, että tällainen varsinaista rikoksen tekemistä alemman asteinen myötävaikuttaminen tulee rangaista varsinaisena osallisuutena.⁵ Laajan tekijäkäsitéen mukaan yllytys ja avunanto rajaavat siten tekijävastuun alaa: ne selittävät, miksi tietynlainen teko rangaistaisiin vain yllytyksenä tai avunantona, eikä pääsäännön mukaan tekijävastuuna.⁶

Yleensä laaja tekijäkäsité on liitetty yhtenäisvastuujärjestelmään; sitä on pidetty yhtenäisvastuujärjestelmän tekijäkäsitéenä. Erillisvastuujärjestelmässä se on sovitettavissa yhteen vain äärimmäisen subjektiivisen osallisuusteorian kanssa.⁷ Suomen osallisuusjärjestelmä rakentuu erillisvastuulle, eivätkä subjektiiviset osallisuusteoriat ole koskaan nauttineet kannatusta kotimaisessa dokt-

¹ Cramer 1979 s. 394–395 ja Rudolphi 1979 s. 370.

² Heinrich 2014 s. 515 ja Kindhäuser 2013 s. 322.

³ Kindhäuser 2013 s. 322; Kühl 2012 s. 734–735 ja Heinrich 2014 s. 560.

⁴ Jakobs 1991 s. 596–597 ja Roxin 2003 s. 7.

⁵ Kühl 2012 s. 735; Heinrich 2014 s. 560 ja Roxin 2003 s. 6–7.

⁶ Jakobs 1991 s. 596; Kühl 2012 s. 734–735; Heinrich 2014 s. 515 ja Roxin 2003 s. 6–7.

⁷ Heinrich 2014 s. 515; Jakobs 1991 s. 596; Jescheck 1988 s. 588–589 ja Murmann 2015 s. 318–319.

riinissa.⁸ Tästä huolimatta vanhemmassa suomalaisessa rikosoikeustieteessä on esitetty laajaa tekijäkäsitettä mukaillen, että yllytys ja avunanto olisivat rikosoikeudellisen vastuun rajoitusperusteita.⁹ Laaja tekijäkäsitem on kuitenkin hylätävä kotimaisessa doktriinissa.

Laajan tekijäkäsitemen ongelmana on, että se korostaa liikaa kausaalisuuden merkitystä tekijävastuun kriteerinä. Kausaalisuuden merkityksen korostuminen tapahtuu muiden tunnusmerkistötekijöiden kustannuksella. Tätä voidaan havainnollistaa hyvin yksinkertaisella esimerkkitaapauksella.

Oletetaan, että A ojentaa veitsen B:lle, joka veistä apunaan käyttäen riistää C:ltä hengen.

A:n menettely on kausaalisesti johtanut C:n menehtymiseen, mutta lähtökohdaisesti A:n ei voida sanoa tappaneen C:tä. Laajan tekijäkäsitemen perusteella A:ta pidetään ensisijaisesti kuitenkin juuri tapporikoksen tekijänä samaan tapaan kuin B:tä; avunantajana A:ta pidetään ainoastaan toissijaisesti siksi, että RL 5:6:ssa säädetään tekijävastuun rajoituksesta, avunannosta rikokseen.

On lisäksi olemassa useita tunnusmerkistöjä, joissa laajan tekijäkäsitemen premissi kausaalisuuden merkityksen korostumisesta tekijävastuun kriteerinä on teoreettisesti virheellinen. Havainnollista tätä ns. omakätisten rikosten avulla. Omakätisissä rikoksissa tekijävastuu rajoittuu tunnusmerkistössä kuvattuun täytäntöönpanotoimen henkilökohtaisesti ja omakätisesti toteuttavaan. Selvimpänä omakätisenä rikoksena pidetään yleisesti RL 23:3:n rattijuopumusta.

Oletetaan nyt, että A ojentaa autonsa avaimet B:lle ja pyytää tätä ajamaan heidät kotiin ravintolaillan päätteeksi. Oletetaan lisäksi, että B:n verenalkoholipitoisuus on ajan aika yli 0,5 promillea.

Laajan tekijäkäsitemen lähtökohta, jonka mukaan A:ta pidetään ensisijaisesti rattijuopumuksen tekijänä B:n tapaan, on kahdessa suhteessa virheellinen. Koska rattijuopumuksessa on kyse omakätisestä rikoksesta, ei A voi olla rikoksen tekijä, ellei hän ole osallistunut millään tavalla auton kuljettamiseen. Lisäksi on huomioitava, että tekijävastuu rattijuopumuksen tunnusmerkistössä edellyttää ajoneuvon kuljettamista alkoholin tai huumausaineen vaikutuksen alaisena. Ellei A ole nauttinut alkoholia tai käyttänyt huumausainetta, hän ei voi missään olosuhteissa syyllistyä tekijänä rattijuopumukseen.

Suppean tekijäkäsitemen (*restriktiver Täterbegriff*) lähtökohta on kokonaan toinen. Siinä keskiössä ei ole seurauksen kausaalinen aiheuttaminen, vaan eri-

⁸ Näin *Backman* 1990 s. 15; *Honkasalo* 1967 s. 195–196; *Nuutila* 1997 s. 356–357 ja *Vanhanen* 2004 s. 28.

⁹ Ks. *Honkasalo* 1967 s. 194 (myös alaviite 13) ja *Serlachius* 1909 s. 172.

tyisen osan tunnusmerkistössä kuvatun menettelyn toteuttaminen.¹⁰ Suppeaa tekijäkäsitetä voidaan kuvata erityisen osan tunnusmerkistöistä kumpuavaksi tekijäkäsitteeksi.¹¹ Suppean tekijäkäsitteen mukaan tekijävastuu edellyttää, että osallisen menettely kattaa kriminalisoidun menettelyn; tekijä voi lähtökohtaisesti olla ainoastaan se, jonka menettely täyttää erityisen osan tunnusmerkistön.¹² Suppea tekijäkäsité korostaa erityisen osan tunnusmerkistöä tekijävastuun määrittävänä tekijänä, ja kausaalisuus on vain yksi tunnusmerkistötekijä, joka otetaan arvioissa huomioon.¹³

Toisin sanoen suppea tekijäkäsité tarkoittaa, että tekijävastuu on tunnusmerkistön verhoilemaa. Tällöin lähtökohtaisesti ainoastaan tunnusmerkistön henkilökohtaisesti ja omakätisesti toteuttava voidaan tuomita tekijänä. Suppea tekijäkäsité ammentaa rikosoikeudellisen vastuun peruslähtökohdasta, jonka mukaan jokainen on ensisijaisesti vastuussa vain omasta menettelystään, eikä kenenkään syyksi lähtökohtaisesti voida lukea sellaista, jonka toinen on tehnyt.¹⁴ Rikosoikeudellisen vastuun ulottamisessa erityisen osan tunnusmerkistön henkilökohtaisesti toteuttavan ulkopuolelle onkin kyse poikkeuksesta.

Suppean tekijäkäsitteen mukaan välillinen tekeminen ja rikoskumppanuus laajentavat tekijävastuun kattamaan sellaiset tilanteet, joissa tunnusmerkistön henkilökohtainen ja omakätinen toteuttaminen jää vajaaksi. Yllytys ja avunanto puolestaan laajentavat rikosoikeudellisen vastuun kattamaan myös varsinaisen osallisuuden.¹⁵ Varsinaisen osallisuuden näkökulmasta tarkasteltuna suppean tekijäkäsitteen ominaispiirre onkin, että yllytys ja avunanto ovat rikosoikeudellisen vastuun laajennusperusteita. Ilman erillistä säännöstä rikoslaisissa sekä yllytys että avunanto jäisivät rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle.¹⁶

¹⁰ Roxin 2003 s. 7.

¹¹ Saksankielisessä kirjallisuudessa käytetään usein termiä ”*Tatbestandsbezogenheit des Täterbegriffs*”. Ks. esim. Rudolphi 1979 s. 370.

¹² Kindhäuser 2013 s. 322; Kühl 2012 s. 734–735; Murmann 2015 s. 319 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 203.

¹³ Roxin 2003 s. 7.

¹⁴ Heinrich 2014 s. 560.

¹⁵ Kühl 2012 s. 734–735 ja Heinrich 2014 s. 515–516.

¹⁶ Heinrich 2014 s. 515–515 ja 560 ja Jescheck 1988 s. 586.

3 Johtopäätös tahallisten rikosten tekijäkäsitteestä

Suomen erillisvastuujärjestelmässä sovelletaan suppeaa tekijäkäsitettä; se vastaa rikoslaisissa asetettuja lähtökohtia tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden määräytymiselle. Rikoslaisissa ei ole erillistä pykälää, jossa säädetään välittömästi yksin tekemisestä. Toisin sanoen rikoslakiin ei sisälly pykälää, jossa suoraan sanottaisiin, että se, joka tekee itse tunnusmerkistön mukaisen teon, on tekijä. Tämä selviää kuitenkin välillisesti suurimmasta osasta erityisen osan tunnusmerkistöjä: niissä lähtökohtana on, että tekijöitä on vain yksi ja että yksi tekijä täyttää kaikki rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvat tunnusmerkit. Välitön yksin tekeminen muodostaa siten tekijävastuun perustapauksen.

Suppean tekijäkäsitteen liitossuhteesta sovellettavaan erityisen osan tunnusmerkistöön seuraa kaksi seikkaa: Ensinnäkin tekijä voi lähtökohtaisesti olla vain se, joka henkilökohtaisesti ja omakätisesti toteuttaa tunnusmerkistön. Toisaalta se, joka ei kokonaan toteuta rikoksen tunnusmerkistöä, ei lähtökohtaisesti voi olla tekijä.¹ Rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen mukaan rikoksen ja siitä seuraavan rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin – *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Sen vuoksi muu kuin rikoksen tunnusmerkistön kaikki tunnusmerkit henkilökohtaisesti ja omakätisesti toteuttava voidaan asettaa rikosoikeudelliseen vastuuseen tahallisesta rikoksesta vain, jos tilanteeseen soveltuu jokin RL 5 luvun osallisuuspykälästä. Ilman erillistä säännöstä laissa rikoskumppanuus, välillinen tekeminen sekä yllytys ja avunanto jäisivät kaikki rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle.

Suomen erillisvastuulle rakentuvassa osallisuusjärjestelmässä rikoskumppanuuden, josta säädetään RL 5:3:ssa, ja välillinen tekeminen, josta säädetään RL 5:4:ssa, funktiona on poikkeuksellisesti laajentaa tahallisissa rikoksissa tekijävastuu myös muihin kuin erityisen osan tunnusmerkistön henkilökohtaisesti ja omakätisesti täyttävään välittömään yksin tekijään. Yllytyksen, josta säädetään RL 5:5:ssa, ja avunannon, josta säädetään RL 5:6:ssa, funktiona on puolestaan poikkeuksellisesti laajentaa tahallisissa rikoksissa rikosoikeudellinen vastuu tekijävastuussa olevien ulkopuolelle varsinaisiin osallisiin.

Palataan esimerkkitapaukseen, jossa A ojentaa veitsen B:lle, joka veistä apunaan käyttäen riistää C:ltä hengen, sekä esimerkkitapaukseen, jossa A ojentaa autonsa avaimet B:lle ja pyytää tätä ajamaan heidät kotiin ravintolailan päätteeksi. Suppean tekijäkäsitteen lähtökohtana on, ettei A kummas-

¹ Kühn 2012 s. 738.

sakaan esimerkitapauksessa voi olla rikoksen tekijänä, koska hän kausaalista myötävaikutuksestaan huolimatta ei täytä rikoksen tunnusmerkistöä tekijänä. Suppean tekijäkäsitteen mukaan tekijävastuu on kuitenkin mahdollista poikkeuksellisesti ulottaa A:han, jos rikoskumppanuuden tai välillisen tekemisen edellytykset täyttyvät. Jos minkään tekijävastuun muodon edellytykset eivät täyty A:n kohdalla, rikosoikeudellinen vastuu on vielä mahdollista ulottaa A:han, jos jommankumman varsinaisen osallisuuden muodon edellytykset täyttyvät A:n osalta.

4 Teoriat avunannon rangaistavuuden perustasta

4.1 SOLIDAARISUUSTEORIA

Heribert Schumannin kehittämän teorian (*Solidarisierungstheorie*) mukaan avunannon rangaistavuuden perustana on, että avunantaja on tahallisella toiminnallaan osoittanut solidaarisuutta päätekijän tahallista toimintaa kohtaan. Avunantajan toiminnan haitallisuus piilee siinä, että se luo sosiaalipsykologisen vaaran oikeuden toteutumiselle, koska avunantajan toiminta on kelvoinen horjuttamaan ihmisten vapauden ja rauhan tunnetta. Vaikka avunantaja osoittaa toiminnallaan solidaarisuutta päätekijän toiminnalle, *Schumannin* mukaan avunantajan toiminnan osoittama vääräys on kuitenkin kokonaan omaa eikä johdannaista päätekijän toiminnasta.¹

Teorian etuna on, että se pystyy selittämään, miksi muutamat tavalliset mutta rikosoikeusteoreettisesti ongelmalliset tilanteet jäävät tietyissä olosuhteissa pois avunantovastuun piiristä. Kyse on ensinnäkin toimista, jotka ovat sinänsä edistäneet päätekijän rikosta mutta joiden merkitys päätekijän rikoksen toteutumiselle on niin vähäinen, etteivät toimet riitä perustamaan avunantovastuuta. Toisaalta kyse on myös yleishyödyllisistä, tavalliseen sosiaaliseen elämään ja kanssakäymiseen kuuluvista toimista, jotka kuitenkin jo luonteeltaan ovat sellaisia, että ne omaavat potentiaalinen edistää toisen (päätekijän) tekemän rikoksen toteutumista. Esimerkkinä voi pitää rautakaupan myyjää, jolta murtovaras ostaa sorkkaraudan.

Kolmanneksi kyse on ns. *agent provocateur* -tilanteista. Käsitteellä viitataan tilanteisiin, joissa perimmäisenä tarkoituksena on rikosten ennaltaehkäiseminen. Poliisimies voi esimerkiksi pyrkiä edistämään päätekijää rikoksessa saadakseen rikollisen toiminnan paljastettua. *Schumannin* teoriassa merkitykseltään vähäiset avunantotoimet, yleishyödylliset, tavalliseen sosiaaliseen kanssakäymiseen kuuluvat toimet sekä *agent provocateur* -tilanteet voidaan tarvittaessa rajata rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle, koska niissä avunantajan toiminnan ei voida katsoa osoittavan solidaarisuutta tai ainakaan riittävää solidaarisuutta päätekijän toimintaa kohtaan, jotta rikosoikeudellinen vastuu tulisi kyseeseen.

Avunantajan rangaistavuuden perustaminen solidaarisuuteen kärsii kuitenkin käsitteen epäselvyydestä. Mitä solidaarisuus oikeastaan on rikosoikeudel-

¹ *Schumann* 1986 s. 49–51.

lisessa mielessä ja toisaalta minkälainen solidaarisuus on riittävää toimiakseen avunannon rangaistavuuden perustana? *Schumann* ei myöskään ole tarkasti selvittänyt solidaarisuuden sisältöä rikosoikeudellisessa mielessä.

Oletetaan, että avunantaja toimittaa rikoksen tekovälineen päätekijälle maksumaa vastaan. Oletetaan lisäksi, että avunantaja toimii puhtaasti taloudellisista syistä ja ettei hän ole lainkaan kiinnostunut päätekijän rikoksen onnistumisesta.

Koska *Schumann* ei ole avannut solidaarisuuden sisältöä, jää epäselväksi, voidaanko avunantajan tällaisessa tilanteessa katsoa osoittavan solidaarisuutta päätekijän toimintaa kohtaan. Tulkitsen solidaarisuuden olevan käsitteenä liian epämääräinen, jotta se voisi toimia avunannon rangaistavuuden perustana.

Lisäksi *Schumannin* teoria on myös ristiriidassa suomalaisen avunantodoktriinin kanssa. Lain esitöissä kausaalisuus asetetaan avunannon perusedellytykseksi.² Vaikka kausaalisuusvaatimusta on lievennetty avunannon yhteydessä, edellyttää avunantovastuu myötävaikuttavaa syy-yhteyttä.³ Pelkkä solidaarisuuden osoittaminen ei kuitenkaan vielä tarkoita, että avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä vallitsisi myötävaikuttava syy-yhteys. Avunantotoimi saattaa osoittaa solidaarisuutta päätekijän toimintaa kohtaan ilman, että se on tosiallisesti edistänyt päätekijän toimintaa. Sen vuoksi teoria ulottaa avunantovastuun toimiin, joissa on kyse vain avunannon yrityksestä. Jotta *Schumannin* teoria olisi sovellettavissa suomalaiseen avunantodoktriiniin, avunantajan toiminnan osoittaman solidaarisuuden lisäksi on edellytettävä kausaalisuhdetta avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä.

4.2 PÄÄTEKIJÄN SYYLLISYYS JA SOSIAALINEN DESINTEGROITUMINEN AVUNANNON RANGAISTAVUUDEN PERUSTANA

Toisen saksalaisessa rikosoikeustieteessä perinteisesti kannatetun teorian mukaan avunannon rangaistavuus perustuu siihen, että avunantaja on toiminnallaan tahallaan houkutellettu päätekijän syyllisyyden esiin (*Schuldteilnahmetheorie*). Vaikka avunantajan ei voida sanoa saaneen aikaan päätekijän syyllisyyttä, avunantaja on toiminnallaan edistänyt päätekijän syyllisyyttä. Huomioitavaa on, että avunannon rangaistavuutta ei johdeta varsinaisesti päätekijän toimin-

² HE 44/2002 vp s. 157.

³ Tästä tarkemmin ks. Osa III, luvut 2.4.4 ja 2.4.5.

nasta vaan päätekijän syyllisyydestä. Teorian mukaan avunantajan toiminnan vääryys onkin itsenäistä ja päätekijän teosta riippumatonta.⁴

Teoria perustaa avunannon rangaistavuuden päätekijän syyllisyyteen. Ilman päätekijän syyllisyyttä avunantajan toimintakaan ei voi olla rangaistavaa. Suomalaisessa doktriinissa avunannon rangaistavuus ei edellytä päätekijän syyllisyyttä, vaan aksessorisuusvaatimusta on tässä suhteessa lievennetty.⁵ Useimmissa tilanteissa tämä ei kuitenkaan ole ongelma, koska päätekijän syyllisyyden puuttuminen johtaa yleensä RL 5:4:n välillisen tekemisen soveltamiseen päätekijän toimintaa edistäneeseen. Teoria on kuitenkin ongelmissa erikoisrikosten ja omakätisten rikosten kanssa. Näihin rikoksiin voi syyllistyä tekijänä vain henkilö, joka täyttää tunnusmerkistöön liittyvän erityisen tekijää tai tekotapaa koskevan tunnusmerkin. Sen vuoksi välillinen tekeminen ei lähtökohtaisesti niihin sovellu. Yllytys ja avunanto sen sijaan ovat mahdollisia sekä erikoisrikoksiin että omakätisiin rikoksiin. Koska avunanto on mahdollista erikoisrikoksissa ja omakätisissä rikoksissa, vaikka päätekijältä puuttuisikin syyllisyys, ei avunannon rangaistavuutta voida johtaa niissä päätekijän syyllisyydestä.

Toisin kuin *Schumannin* teoria, syyllisyysteoria ei pysty selittämään, miksi merkitykseltään vähäiset avunantotoimet sekä yleishyödylliset, tavalliseen sosiaaliseen kanssakäymiseen kuuluvat toimet jäävät tietyissä tilanteissa rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle. Teoria ei myöskään sovellu ns. *agent provocateur* -tilanteisiin, jotka kuitenkin jäävät rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle. Jos avunannon rangaistavuus perustuu päätekijän syyllisyyteen, pitäisi avunantovastuun kattaa myös merkitykseltään vähäiset sekä yleishyödylliset, tavalliseen sosiaaliseen kanssakäymiseen kuuluvat avunantotoimet; kaikissa niissä avunantajan toiminta on kaikesta huolimatta edistänyt tekijän syyllisyyttä. Sama koskee *agent provocateur* -tilanteita; poliisimies, joka edistää päätekijän toimintaa paljastaakseen rikoksen, on kiistatta houkutellettu myös esiin päätekijän syyllisyyden.

Avunantajan rangaistavuuden perustaminen päätekijän syyllisyyteen on ongelmallista. Siksi teoriaa on muokattu siten, että syyllisyyden sijasta avunantajan rangaistavuus perustuu päätekijän sosiaaliseen desintegroitumiseen, jota avunantaja on toiminnallaan tahallaan edistänyt (*Desintegrationstheorie*).⁶ Myös tässä teoriassa avunantajan toiminnan vääryys on kuitenkin itsenäistä.⁷ *Rainer Keller* pitää teorian lähtökohtaa vääränä siksi, että se on omiaan samais-tamaan päätekijän uhrin asemaan. Tällainen lähtökohta voisi soveltua välilli-

⁴ Mayer 1936 s. 334 ja Mayer 1957 s. 254 ss. Ks. myös Less 1957 s. 46.

⁵ Tästä tarkemmin ks. Osa III, luku 1.2.2.

⁶ Trechsel 1967 s. 54 ss. Trechsel tosin pyrki teoriallaan osoittamaan, mihin yllytyksen rangaistavuus perustuu. Teoriaa on vasta myöhemmin sovellettu avunantoon.

⁷ Jakobs 1991 s. 658.

seen tekemiseen ja varauksin myös yllytykseen, mutta se ei sovellu avunantoon: jokainen täysikasvuinen ihminen vastaa omasta integroitumisestaan yhteiskuntaan.⁸ Käsitteenä sosiaalinen desintegroituminen on myös liian epäselvä, jotta se voisi toimia avunannon rangaistavuuden perustana. Selviytyäkseen tehtävää käsitteen sisältöä olisi täsmennettävä. Teoria ei myöskään sovellu merkitykseltään vähäisiin avunantotoimiin ja yleishyödyllisiin, tavalliseen sosiaaliseen kanssakäymiseen kuuluviin toimiin eikä *agent provocateur* -tilanteisiin; kaikissa näissä tilanteissa on kaikesta huolimatta edistetty päätekijän sosiaalista desintegroitumista.

4.3 KAUSAALISUUS AVUNANNON RANGAISTAVUUDEN PERUSTANA

Useimmat teoriat avunannon rangaistavuuden perustasta kytkevät avunannon ja sen rangaistavuuden tavalla tai toisella syy-yhteyteen avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä. Teorian puhtaimmassa muodossa avunantajan toiminnan vääryys nähdään yksinomaan siinä, että avunantaja on tahallisella toiminnallaan myötävaikuttanut päätekijän toimintaan (*reine Verursachungstheorie*).

Teorian merkittävin kannattaja on *Klaus Lüderssen*.⁹ Hänen ajattelussaan avunannossa on kuitenkin kyse itsenäisestä, erityisen osan tunnusmerkistöihin rinnastettavasta tunnusmerkistöstä. Siksi *Lüderssen* ei näe tarvetta ylläpitää edes lievennettyä aksessorisuusvaatimusta. Sen sijaan hänen mukaansa avunannon ja päätekijän toiminnan välinen suhde on puhtaasti tosiasiallinen, ei lainkaan teoreettinen. Seurauksena myös avunannon vääryys on itsenäistä ja päätekijän toiminnan ilmentämästä vääryydestä riippumatonta.¹⁰ Avunannossa on *Lüderssenin* teorian mukaan kyse kokonaan päätekijän toiminnasta itsenäisestä hyökkäyksestä oikeushyvää kohtaan. Tästä seuraa, että esimerkiksi itsemurhaan apua antanut on mahdollista tuomita avunantajana. *Lüderssen* perustelee ajattelunsa oikeutusta sillä, että itsemurhan tehneen henki ja terveys nauttivat edelleen suojaa ulkopuolelta tulevia hyökkäyksiä vastaan. Riippumatta itsemurhan tekijän tahdosta kyse on avunantajan tekemästä hyökkäyksestä tämän henkeä ja terveyttä kohtaan.¹¹

Teoria ei kuitenkaan sovellu osallisuusjärjestelmään, jossa varsinaisen osallisuuden rangaistavuus on edes löyhästi kytketty päätekijän toimintaan. Näin se ei myöskään ole sovitettavissa yhteen suomalaisen avunantodoktriinin kans-

⁸ *Keller* 1989 s. 164.

⁹ *Lüderssen* 1967 s. 119 ss.

¹⁰ *Lüderssen* 1967 s. 137.

¹¹ *Lüderssen* 1967 s. 168 ja 214.

sa.¹² Teorian suurinta ongelmaa voidaan havainnollistaa *Lüderssenin* itsemurhaesimerkin avulla. Vaikka aksessorisuusvaatimusta on Suomessa lievennetty, päätekijän toiminnan on oltava subsumoitavissa johonkin rangaistavaksi säädettyyn tunnusmerkistöön. Itsemurha ei kuitenkaan ole Suomessa kriminalisoitu, eikä mikään muukaan erityisen osan tahallisenä rangaistava tunnusmerkistö sovellu päätekijän toimintaan.¹³ Koska päätekijän toiminta ei täytä minkään tahallisen rikoksen tunnusmerkistöä, ei ole olemassa päätekoa, johon varsinainen osallisuus voisi kiinnittyä.

Lüderssenin teoriassa avunannon ja päätekijän toiminnan välinen suhde on tosiasiallinen. Juuri aksessorisuusvaatimuksesta kuitenkin seuraa, että erillisvastuujärjestelmässä avunannon ja päätekijän toiminnan välinen suhde on ennen kaikkea rikosoikeusteoreettinen. Itsemurhaesimerkissä avunantaja on saattanut tosiasiallisesti edistää itsemurhaa, ja hänen toimintaansa voidaan luonnehtia ainakin välilliseksi hyökkäykseksi itsemurhan tehneen henkeä ja terveyttä kohtaan. Kyse ei kuitenkaan ole rikosoikeudellisesti merkittävästä avunannosta, ja syy tähän on puhtaasti rikosoikeusteoreettinen. Aksessorisuusvaatimus tarkoittaa myös, ettei avunannossa ole kyse täysin itsenäisestä tunnusmerkistöstä, vaan avunanto saa merkityksensä aina erityisen osan tunnusmerkistöjen kautta.¹⁴ Jos avunannon rangaistavuus kytkeytyy päätekijän toimintaan, on mietittävä, voiko avunantajan toiminnan vääryyskään olla kokonaan itsenäistä.

Jos erillisvastuujärjestelmässä avunannon rangaistavuus halutaan perustaa syy-yhteyteen avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä, edellytyksenä on, että varsinaisen osallisuuden aksessorinen luonne otetaan huomioon (*akzessorietätorientierte Verursachungstheorie*). Tämänkin teorian mukaan syy-yhteys toimii avunannon rangaistavuuden perustana, ja avunantajan toiminnan vääryys perustuu siihen, että hän on toiminnallaan tahallaan edistänyt päätekijän (tahallista) toimintaa. Avunannon vääryys ei kuitenkaan ole itsenäistä, vaan se johdetaan aina päätekijän toiminnasta. Sen vuoksi avunantajan toiminnan vääryys on aina riippuvainen päätekijän toiminnan vääryydestä.¹⁵

Toisin kuin tekijävastuussa avunannossa on tämän teorian mukaan kyse välillisestä oikeushyvän loukkauksesta; avunantajan toiminta muodostaa uhan erityisen osan tunnusmerkistön suojaamalle oikeushyväälle päätekijän toiminnan kautta. Jos päätekijän toiminta ei muodosta laissa kiellettyä hyökkäystä oikeushyvää kohtaan, ei päätekijän toiminta myöskään ilmennä vääryyttä, johon avunantajan rangaistavuus voitaisiin perustaa.¹⁶ Teoria pystyy myös selvittä-

¹² Näin on myös Saksassa. Lüderssenin ajattelua onkin pidettävä *de lege ferenda* -kannanottona.

¹³ Olettaen, että päätekijä on täysi-ikäinen ja syyntakeinen, välillinen tekeminenkään ei sovellu tilanteeseen.

¹⁴ Vrt. kuitenkin *Frände* 2012 s. 254.

¹⁵ *Küper* 1992 s. 577; *Poppe* 2011 s. 461; *Seher* 2009b s. 793 ja *Theile* 1999 s. 42–43.

¹⁶ *Jescheck – Weigend* 1996 s. 685–686; *Theile* 1999 s. 43 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 218. Pitkälti vastaavasti myös *Stratenwerth* 2000 s. 335.

mään, miksi varsinainen osallisuus on mahdollista sekä erikoisrikoksiin että omakätisiin rikoksiin. Vaikka avunantaja ei näissä rikoksissa täytäkään tunnusmerkistöön liittyvää erityistä tekijää tai tekotapaa koskevaa tunnusmerkkiä, päätekijän toiminta ilmentää silti vääryyttä, johon avunantaja osallistuu edistämällä päätekijän toimintaa.

Vaikka teoria ottaa huomioon avunannon aksessorisen luonteen, sen avulla ei ole mahdollista perustella, miksi merkitykseltään vähäiset avunantotoimet ja yleishyödylliset, tavalliseen sosiaaliseen kanssakäymiseen kuuluvat toimet sekä *agent provocateur* -tilanteet jäävät rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle.¹⁷ Lisäksi teoriaa on kritisoitu siitä, että aksessorisuus saa siinä liian korostuneen merkityksen avunannon rangaistavuuden perustana. *Joachim Renzikowskin* mielestä on ongelmallista, että avunantajan toiminnan vääryys riippuu kokonaan seikoista, jotka tapahtuvat vasta sen jälkeen, kun avunantotoimi on jo suoritettu. Jos avunannon vääryys johdetaan aksessorisesti päätekijän toiminnasta, siitä, onko avunantajan toimintaa pidettävä vääränä ja moitittavana, ei voida tehdä johtopäätöksiä, ennen kuin päätekijä on toiminut tai jättänyt toimimatta.¹⁸

Suomen rikosoikeusjärjestelmä rakentuu yleisprevention ajatukselle. Vaikka kriminalisointeihin liittyvän pelotusvaikutuksen roolia ei enää korosteta samalla tavoin kuin ennen, yleisprevention yksi merkittävimmistä ulottuvuuksista on, että jokaiseen kriminalisointiin liittyy viesti pidättäytyä rangaistavaksi säädetystä toiminnasta. Vaikkei puhuttaisi edes rangaistavaksi säätämiseen liittyvästä pelotusvaikutuksesta, kriminalisoinneilla ohjataan aina myös ihmisten toimintaa. Pelotusvaikutusta laajemmin voidaan puhua rangaistavaksi säätämisen kommunikatiivisesta vaikutuksesta. Rangaistavaksi säätäminen puolestaan rajoittaa aina ihmisten toimintavapautta. Avunannon kriminalisointi rajoittaa ihmisten toimintaa, mutta *Renzikowski* kyseenalaistaa sen, voiko avunannon kriminalisointiin liittyvä ohjausvaikutus toteutua, jos avunannon vääryydestä voidaan tehdä arvioita vain *ex post*.

Renzikowski ei kuitenkaan ota huomioon sitä, että avunanto on sekä Saksassa että Suomessa rangaistavaa vain tahallisenä. Avunannon rangaistavuus edellyttää, että avunantaja on selvillä päätekijän teosta, omasta toiminnastaan ja sen päätekoa edistävästä vaikutuksesta.¹⁹ Vaikka avunantohetkellä päätekoa ei ole vielä suoritettu, avunantajan on kuitenkin pidettävä vähintään varsin todennäköisenä, että hänen toimintansa edistää päätekijän tahallista rikosta. Avunannon kriminalisoinnin yleisestävä vaikutus perustuu siihen, että avunantajalla on avunantohetkellä olemassa käsitys siitä, mitä päätekijä aikoo tehdä ja mikä merkitys avunantajan toiminnalla on päätekijän toiminnalle.

¹⁷ *Roxin* 2003 s. 136–138 ja *Welz* 2010 s. 29.

¹⁸ *Renzikowski* 1997 s. 42.

¹⁹ HE 44/2002 vp s. 156.

Tuoreemmassa saksalaisessa rikosoikeustieteessä avunannon rangaistavuus on pyritty perustamaan avunannon luonteeseen aksessorisena oikeushyvän loukkauksena (*Beihilfe als akzessorischer Rechtsgutsangriff*). Teoria näkee avunannon rangaistavuuden perustan itsenäisessä oikeushyvän loukkauksessa, joka tapahtuu päätekijän (tahallisen) toiminnan tahallisen edistämisen kautta. Lähtökohtana on avunantajan toiminnan vääryyden osittainen itsenäisyys sekä osittainen riippuvuus päätekijän toiminnasta. Avunantajan toiminnan vääryys on siinä mielessä johdannaista päätekijän toiminnasta, että se on aksessorista. Ilman päätekijän toiminnan vääryyttä ei voi olla avunantajan toiminnan vääryyttä. Toisaalta avunantajan toiminnan vääryys on siinä suhteessa itsenäistä, että avunannossa on kyse itsenäisestä, olkoonkin päätekijän toiminnan välityksellä tapahtuvasta, oikeushyvän loukkauksesta. Olennaista on, että avunantajan toiminta on aina voitava lukea hänelle syyksi itsenäisenä oikeushyvän loukkauksena.²⁰

Teoria ottaa huomioon avunannon aksessorisen luonteen, ja se on siksi sovitettavissa yhteen myös suomalaisen avunantodoktriinin kanssa. Teorian luojan *Claus Roxinin* pyrkimyksenä oli kehittää avunannon rangaistavuuden perustasta teoria, joka pystyy myös selittämään, miksi merkitykseltään vähäiset avunantotoimet ja yleishyödylliset, tavalliseen sosiaaliseen kanssakäymiseen kuuluvat toimet sekä *agent provocateur* -tilanteet jäävät rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle. *Roxinin* teoriassa nämä tilanteet jäävät avunantovastuun ulkopuolella, koska niissä on kyse vain päätekijän taholta tapahtuvasta oikeushyvän loukkauksesta. Sen sijaan kyse ei ole avunantajan välillisestä, päätekijän toiminnan kautta tapahtuvasta oikeushyvän loukkauksesta. Tämä johtuu siitä, ettei avunantajan tahallinenkaan toiminta ole näissä tilanteissa luonut kiellettyä riskiä päärikoksen toteutumisesta. Kielletty riski puolestaan kuuluu *Roxinin* syyksilukemisopissa syyksilukemisen perusedellytyksiin.²¹

Roxinin teoria on kytköksissä oppiin objektiivisesta syyksilukemisesta. Sen vuoksi teorian omaksuminen edellyttää myös jonkinlaisen objektiivista syyksilukemista tai teon huolimattomuutta koskevan opin omaksumista. *Roxinin* teoriaa on myös kritisoitu siitä, ettei avunannon vääryys voi olla samaan aikaan sekä johdannaista pääteon vääryydestä että itsenäistä.²² *Kellerin* mielestä vaatimus avunantajan osittain itsenäisestä oikeushyvän loukkauksesta on epämääräinen. Erityisesti hän kyseenalaistaa *Roxinin* teorian *agent provocateur* -tilanteissa. *Kellerin* mukaan tunnusmerkistön taustalla vaikuttava oikeushyvä on aina vaarassa, jos tunnusmerkistön asettamaa normia rikotaan. Poliisimies, joka tietoisesti edistää päätekijän tahallista rikosta, loukkaa myös tunnusmerkistön

²⁰ *Roxin* 2003 s. 130–131 ja 138. Pitkälti vastaavasti *Kühl* 2008 s. 701–702 ja *Jakobs* 1991 s. 659–661. Kattavasti *Roxinin* teoriasta ks. *Roxin* 1993 s. 365–382.

²¹ Ks. esim. *Roxin* 2003 s. 129–130.

²² Näin *Nikolidakis* 2004 s. 48.

taustalla vaikuttavaa oikeushyvää. Sen vuoksi *Kellerin* mukaan kyse on hyökkäyksestä oikeushyvää kohtaan.²³

4.4 JOHTOPÄÄTÖS

Syy-yhteys avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä pystyy mielekkäimmin ja rikosoikeusteoreettisesti tyydyttävimmän selittämään, mihin avunantajan toiminnan vääryys perustuu erillisvastuujärjestelmässä. Sen sijaan teorit, jotka perustavat avunannon rangaistavuuden avunantajan päätekijän toimintaa kohtaan osoittamaan solidaarisuuteen, päätekijän syllisyyteen tai päätekijän sosiaaliseen desintegroitumiseen yhteiskunnasta, ovat vaikeasti, jos lainkaan, sovitettavissa yhteen suomalaisen avunantodoktriinin ominaispiirteiden kanssa. Niistä ongelmallisimman on varsinaisen osallisuuden aksessorinen luonne.

Varsinaisen osallisuuden aksessorisesta luonteesta seuraa, että avunantajan toiminnan vääryys kytkeytyy päätekijän toiminnan vääryyteen. Teorit, joissa avunantajan toiminnan vääryys on kokonaan itsenäistä, ovat ominaisia osallisuusjärjestelmille, joissa avunannossa on kyse itsenäisestä tunnusmerkistöstä. Suomen osallisuusjärjestelmässä näin ei ole. Avunannon rangaistavuuden perustaa koskevan teorian on otettava huomioon avunannon rangaistavuuden riippuvuussuhde päätekijän toiminnasta.

Suomen erillisvastuujärjestelmässä avunannon vääryys perustuu lähtökohteisesti siihen, että avunantaja on tahalliseksi toiminnallaan edistänyt päätekijän tahallista toimintaa. Aksessorisuusvaatimuksen vuoksi rangaistava avunanto edellyttää kuitenkin, että päätekijän toiminta objektiivisesti täyttää jonkin rikoksen tunnusmerkistön ja on lisäksi oikeudenvastaista. Siksi ilman päätekijän toiminnan vääryyttä, so. tunnusmerkistönmukaisuutta ja oikeudenvastaisuutta, ei voi olla olemassa myöskään avunantajan toiminnan vääryyttä. Avunantajan toiminnan vääryys johdetaan siten siitä, että avunantotoimi on edistänyt päätekijän vääryyttä ilmentävää toimintaa. Näin muotoiltuna on mahdollista selittää, miksi avunanto itsemurhaan jää rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle ja toisaalta miksi avunanto on mahdollista erikoisrikoksiin ja omakätisiin rikoksiin.

Avunannon ilmentävää vääryyttä ei kuitenkaan johdeta kokonaan päätekijän toiminnasta, vaan avunantajan toiminnassa on kyse myös itsenäisestä hyökkäyksestä oikeushyvää kohtaan. Koska tämä hyökkäys kuitenkin tapahtuu aina päätekijän toiminnan välityksellä, ilman päätekijän toiminnan vääryyttä jää avunantajan hyökkäys avunantovastuun ulkopuolelle. Avunannon luonne itsenäisenä hyökkäyksenä oikeushyvää kohtaan sekä avunannon vääryyden osittai-

²³ *Keller* 1989 s. 172.

nen itsenäisyys ilmenevät siinä, ettei päätekijän vääryyttä ilmentävän toiminnan tahallinen edistäminen automaattisesti johda avunantovastuuseen.

Selvimmän tämä tulee esille merkitykseltään vähäisten avunantotoimien ja yleishyödyllisten, tavalliseen sosiaaliseen kanssakäymiseen kuuluvien toimien yhteydessä, jotka jäävät tietyin edellytyksin rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle. Tämä puolestaan johtuu siitä, ettei avunantajan tahallinen toiminta ole näissä tilanteissa luonut kiellettyä riskiä päätekijän rikoksen toteutumisesta, vaikka se on sinänsä edistänyt päätekijän toiminnan toteutumista. Sen sijaan *agent provocateur* -tilanteissa näkemykseni mukaan luodaan ainakin useimmissa tilanteissa kielletty riski päätekijän rikoksen toteutumisesta, eikä tilanteita voida tällä perusteella rajata rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle.

Tässä tutkimuksessa katsotaan, että kielletyssä riskinotossa on kyse avunannon rangaistavuuden yleisestä edellytyksestä, joka täydentää kausaalisuusvaatimusta avunannon objektiivisena tunnusmerkistökriteerinä. Toisin sanoen avunantovastuu edellyttää aina, että avunantajan tahallinen toiminta on myös luonut kielletyn riskin päätekijän tahallisen rikoksen toteutumisesta. Erityisen merkityksellinen kielletty riskinotto on määritettäessä avunannon alarajaa, jossa se muodostaa olennaisimman rajanvetokriteerin avunantovastuun ja kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän menettelyn välillä.

Tulkitsen, että suomalaisessa doktriinissa avunannossa on kyse itsenäisestä oikeushyvän loukkauksesta, joka kuitenkin tapahtuu aina päätekijän toiminnan välityksellä. Sen vuoksi ilman päätekijän toiminnan vääryyttä ei ole olemassa avunantajan toiminnan vääryyttä. Näin avunannon ilmentämä vääryys perustuu siihen, että avunantaja on tahallisella toiminnallaan edistänyt päätekijän tahallista toimintaa sellaisella tavalla, joka on luonut kielletyn riskin päätekijän rikoksen toteutumisesta.

**OSA III – AVUNANNON
TEORETTISET PERUSPILARIT**

1 Aksessorisuus

1.1 AKSESSORISUUDEN ERI TYYPIT

Aksessorisuus kuuluu osallisuusopin keskeisiin käsitteisiin. Kyse on erillisvastuulle rakentuvan osallisuusjärjestelmän ominaispiirteestä, joka merkittävimmin erottaa erillisvastuujärjestelmän yhtenäisvastuujärjestelmästä. Väljästi määriteltynä aksessorisuus tarkoittaa, että kaikkien tavalla tai toisella rikoksen toteutumiseen myötävaikuttaneiden vastuu on sidoksissa pääteon olemassaoloon. Sidossuhteen laadun ja luonteen perusteella voidaan osallisuusopillisesti erottaa useita erilaisia aksessorisuuden tyyppejä. Vaikka aksessorisuus yhdistetään ennen kaikkea varsinaiseen osallisuuteen, tietynlaisesta aksessorisuudesta voidaan puhua myös tekijävastuun muotojen yhteydessä.

Suomalaisessa doktriinissa ei ole aikaisemmin tehty eroa aksessorisuuden eri tyyppien välillä; sekä kotimaisessa rikosoikeustieteessä että oikeuskäytännössä on tavattu puhua vain aksessorisuudesta.¹ Aksessorisuudesta puhuttaessa olisi kuitenkin tarpeellista aina täsmentää, minkä tyyppistä aksessorisuutta kussakin tilanteessa tarkoitetaan. Sen vuoksi käyn ensiksi läpi aksessorisuuden eri tyypit, ennen kuin siirryn tarkastelemaan aksessorisuuden sisältöä kotimaisessa doktriinissa.

Vaikka aksessorisuus on rikosoikeustieteen luoma käsite, kaikissa sen tyypeissä sidossuhde päätekoon ei ole luonteeltaan rikosoikeusteoreettinen. Osallisuusopissa voidaan puhua myös *tosiasiallisesta aksessorisuudesta* (*faktische* tai *reale Akzessorietät*). Tässä aksessorisuuden tyyppissä osallisuuden rangaistavuus ei ole sidoksissa pääteon oikeudellisiin ominaisuuksiin. Sen sijaan tosiasiallisessa aksessorisuudessa edellytyksenä on ainoastaan, että pääteko on faktisesti tapahtunut. Koska liittosuhde on yksinomaan tosiasiallinen, tämä aksessorisuuden tyyppi ei koske pelkästään varsinaista osallisuutta. Myös välittömässä yksin tekemisessä, rikoskumppanuudessa sekä välillisessä tekemisessä rangaistavuuden edellytyksenä on pääteon tai ainakin sen yrityksen faktinen tapahtuminen, joten myös niitä voidaan pitää tässä mielessä aksessorisina.²

Osallisuusopissa esiintyy ajoittain myös *hypoteettinen aksessorisuus* (*hypotetische Akzessorietät*). Hypoteettisessa aksessorisuudessa olennaista ei ole se, mitä on todella tapahtunut, vaan se mitä osallinen on uskonut tapahtuvan. Tässä aksessorisuuden tyyppissä osallisuuden rangaistavuuden edellytyksenä on, että

¹ Ks. esim. HE 44/2002 vp s. 146–147 ja 154–158; *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 414–415 sekä KKO 2015:68 (kohdat 9–12).

² *Haas* 2007 s. 544; *Hamdorf* 2002 s. 15–16 ja *Poppe* 2011 s. 26.

osallisen käsityksen mukaan on olemassa pääteko, joka voi oikeudellisesti toimia perustana hänen toimintansa rangaistavuudelle. Hypoteettisessa aksessorisuudessa sidossuhde osallisen toiminnan ja pääteon välillä on ennen kaikkea kuvitteellinen. Myös hypoteettinen aksessorisuus voi periaatteessa koskea sekä tekijävastuun että varsinaisen osallisuuden muotoja.³

Esimerkkinä tilanteista, joissa aksessorisuus on hypoteettista, voidaan käyttää yritettyä yllytystä ja avunantoa, jotka Suomessa on rajattu rangaistusvastuun ulkopuolelle. Yritetyssä yllytyksessä ja avunannossa ei ole tapahtunut sellaista päätekoa, johon varsinaisen osallisuuden rangaistavuus voisi kiinnittyä. Sen sijaan tällainen pääteko on olemassa ainoastaan varsinaisen osallisen mielessä: hän on tehoketkellä uskonut myötävaikuttavansa sellaisen pääteon toteutumiseen, johon varsinaisen osallisuuden rangaistavuus voi kiinnittyä.⁴

Useimmiten aksessorisuudella viitataan kuitenkin juuri varsinaisen osallisuuden ja pääteon välillä vallitsevaan rikosoikeusteoreettiseen sidossuhteeseen. Toisin kuin tekijävastuun muotojen yhteydessä, sekä yllytyksen että avunannon rangaistavuus kytkeytyy erillisvastuujärjestelmässä rikosoikeusteoreettisesti rikoksen varsinaisena tekijänä pidettävän päätekijän toimintaan ja hänen päätekonsa olemassaoloon. Suomalaisessa doktriinissa aksessorisuudesta puhutaankin yksinomaan varsinaisen osallisuuden yhteydessä.⁵ Varsinaisen osallisuuden ja pääteon välisen rikosoikeusteoreettisen sidossuhteen perusteella voidaan puhua sekä määrällisestä (*quantitative Akzessorietät*) että laadullisesta (*qualitative Akzessorietät*) aksessorisuudesta.⁶

Määrällinen aksessorisuus tarkoittaa varsinaisen osallisuuden sidossuhtetta pääteon täyttymiseen. Kyse on siitä, mille asteelle pääteon on tullut edetä valmistelu–yritys–täyttynyt rikos-suhteessa, jotta myös varsinainen osallisuus päätekoon on mahdollista. Rikosoikeusteoreettisesti on mahdollista erottaa kolme erilaista määrällisen aksessorisuuden muotoa. (i) Tiukimmassa muodossaan määrällinen aksessorisuus asettaa varsinaisen osallisuuden rangaistavuuden edellytykseksi sen, että pääteko on täyttynyt. (ii) Tätä astetta lievemmissä muodossa varsinainen osallisuus on mahdollista myös yritysasteelle jääneeseen päätekoon. (iii) Lievimmässä muodossaan varsinainen osallisuus on mahdollista jo silloin, kun päärikos on edennyt valmisteluvaiheeseen.⁷

³ Loos 2007 s. 360; Maurach 1948 s. 56 ja Poppe 2011 s. 33–34.

⁴ Jescheck 1988 s. 635.

⁵ Ks. esim. HE 44/2002 vp s. 146–147 ja 154–158; Tapani – Tolvanen 2013 s. 414–415 sekä KKO 2015:68 (kohdat 9–12).

⁶ Saksankielisessä keskustelussa Reinhart Maurachia pidetään ensimmäisenä, joka määritteli erikseen määrällisen ja laadullisen aksessorisuuden. Ks. Maurach 1948 s. 56 sekä myös Maurach 1954 s. 562.

⁷ Jakobs 1991 s. 665 ja Poppe 2011 s. 25–26.

Laadullisessa aksessorisuudessa puolestaan tarkastellaan varsinaisen osallisuuden ja pääteon välistä suhdetta toisesta näkökulmasta. Kyse on siitä, minkä kaikkien rikoksen rakenteellisten elementtien on täytyttävä pääteon kohdalla, jotta varsinainen osallisuus siihen on mahdollista. Laadullisessa aksessorisuudessa puhutaan siis pääteon täyttymisestä tunnusmerkistön mukaisuus-oikeudenvastaisuus-syyllisyys-suhteessa. Kun suomalaisessa keskustelussa puhutaan aksessorisuudesta, tarkoitetaan useimmiten juuri laadullista aksessorisuutta. Myös laadullisessa aksessorisuudessa voidaan erottaa erilaisia muotoja.⁸

Minimaalinen aksessorisuus (*minimale Akzessorietät*) tarkoittaa, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus edellyttää ainoastaan, että pääteko täyttää rikoksen objektiiviset tunnusmerkit. Minimaalisesta aksessorisuudesta teoreettisesti seuraava laadullisen aksessorisuuden muoto on, että varsinainen osallisuus on mahdollista päätekoon, joka on objektiivisesti tunnusmerkistön mukainen sekä tahallinen. Jos edellytyksenä varsinaisen osallisuuden rangaistavuudelle on pääteon tunnusmerkistön mukaisuus, tahallisuus ja oikeudenvastaisuus, kyse on puolestaan rajoitetusta aksessorisuudesta (*limitierte Akzessorietät*).

Ankara aksessorisuus (*extreme tai strenge Akzessorietät*) tarkoittaa, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus edellyttää tunnusmerkistön mukaista, tahallista, oikeudenvastaista sekä syyllisyyttä ilmentävää päätekoa. Ankaraa aksessorisuutta astetta tiukemmassa laadullisen aksessorisuuden muodossa varsinaisen osallisuuden mahdollisuus sulkeutuu pois, jos jokin vastuuvapausperuste soveltuu päätekijään. Hyper-aksessorisuudesta tai äärimmäisestä aksessorisuudesta (*Hyper-akzessorietät*) puhutaan silloin, kun mikä tahansa prosessuaalinen seikka, joka estää päätekijän tuomitsemisen pääteosta, sulkee automaattisesti pois myös varsinaisen osallisuuden rangaistavuuden.

1.2 VARSINAISEN OSALLISUUDEN AKSESSORISUUSVAATIMUKSEN SISÄLTÖ SUOMALAISSA DOKTRIINISSA

Erillsvastuuta toteuttavassa osallisuusjärjestelmässä varsinaisen osallisuuden rangaistavuus on kytketty päätekijän toimintaan ja pääteon olemassaoloon. Se, miksi näin on, on helposti perusteltavissa. Rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen sisältyvä epätäsmällisyyskielto edellyttää, ettei lainsäätäjää säädä liian laajoja ja epätäsmällisiä kriminalisointeja.⁹ Toisen yllyttäminen pa-

⁸ Erilaisista laadullisen aksessorisuuden muodoista jo Mayer 1915 s. 391. Laadullisen aksessorisuuden eri muodoista tuoreemmassa kirjallisuudessa ks. Hamdorf 2002 s.18–20 ja Poppe 2011 s. 29.

⁹ Tapani – Tolvanen 2013 s. 135.

haan tekoon tai toisen pahan teon avustaminen ei voi olla kokonaisuudessaan ja poikkeuksetta kiellettyä eikä rangaistusuhan alaista. Laista on käytävä tarkemmin ilmi, milloin tällainen toiminta on kiellettyä.¹⁰ Tekotyypin ja rangaistusuhka pitäisi ilmaista ainakin niin selkeästi, että juridisen koulutuksen saanut henkilö kykenee sanomaan ennakolta, mitä on kriminalisoitu ja kuinka ankarasti.¹¹ Mieluummin rikossäännökset tulisi kuitenkin muotoilla siten, että kuka tahansa voi ennakoida teon rangaistavuuden.¹²

Erillisvastuujärjestelmässä varsinaisen osallisuuden aksessorisuusvaatimus turvaa sekä lainkäytön ennakoitavuutta että toimii puskurina, joka estää rikosoikeudellisen vastuun liiallisen laajenemisen yllytyksen ja ennen kaikkea avunannon kriminalisointien kautta. Oikeusvaltion rikosoikeuden käytölle ominainen varmuus saavutetaan vasta, jos yllyttämisen ja avunantamisen rangaistavuus kytketään kriminalisoidun pääteon olemassaoloon, joka toimii varsinaisen osallisuuden rangaistavuuden perustana.¹³ Tämän vuoksi jokaisessa erillisvastuuta toteuttavassa osallisuusjärjestelmässä on pystyttävä määrittämään, min-käläinen aksessorisuussuhde varsinaisen osallisuuden ja pääteon välillä valitsee.

1.2.1 Määrällinen aksessorisuus

Suomalaisessa doktriinissa määrällisen aksessorisuuden sisältö on määritelty pitkälti jo rikoslain tasolla. RL 5:5:n ja RL 5:6:n perusteella on selvää, että sekä yllytys- että avunantovastuu ovat mahdollisia paitsi täytettyyn rikokseen myös yritysasteelle jääneeseen tekoon silloin, kun yritys on erikseen kriminalisoitu. Tältä osin määrällisen aksessorisuuden sisältö on yksiselitteinen. Rikosoikeudellinen vastuu on kuitenkin ulotettu tietyissä tilanteissa myös rikoksen valmisteluun, ja kehitys näyttää kulkevan kohti valmistelutekojen entistään laajempaa kriminalisointia. Viimeksi valmistelun rangaistavuus on laajentunut merkittävästi vuoden 2013 elokuusta alkaen, jolloin rikoslakiin lisättiin eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisointia koskevat pykälät. Osallisuusopillisesti olennaista on, onko varsinainen osallisuus mahdollista jo rikoksen valmisteluun.

Rikoslaisissa ei nimenomaisesti säädetä, että varsinainen osallisuus on mahdollista myös rikoksen valmisteluun. Kuitenkin jo rikoslain systematiikka viittaa siihen, että sekä yllytys- että avunantovastuu ovat mahdollisia myös rikoksen valmisteluun. Rikoksen valmistelun kriminalisoinnista säädetään aina

¹⁰ Herzberg 1991 s. 148.

¹¹ HE 44/2002 vp s. 29; Frände 2012 s. 37 ja Tapani – Tolvanen 2013 s. 136.

¹² Melander 2008 s. 246–247.

¹³ Puppe 2012 s. 804–805 ja Seher 2009b s. 793.

itsenäisissä erityisen osan tunnusmerkistöissä. Osallisuudesta säädetään puolestaan rikoslain yleisessä osassa. Lähtökohtana on, että yleiseen osaan kodifioitu rikoslain yleisiin oppeihin kuuluva aines soveltuu kaikkiin erityisen osan tunnusmerkistöihin. Tällöin rikoslain systematiikan perusteella RL 5:5:n ja RL 5:6:n pitäisi soveltua niihin itsenäisiin erityisen osan tunnusmerkistöihin, joissa rikoksen valmistelu kriminalisoidaan.¹⁴

Hallituksen esityksessä eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisoinnista koskevaksi lainsäädännöksi on nimenomaisesti otettu kantaa siihen, soveltuvatko yleiset osallisuutta käsittelevät säännökset myös valmisteluun. Hallituksen esityksen mukaan tekijäpiiriä käsittelevät säännökset soveltuvat myös valmisteluun. Nimenomaisesti todetaan, että myös avunanto valmisteluun on lähtökohtaisesti rangaistavaa.¹⁵ Näin myös lainsäätäjän kanta näyttää kiistatta olevan, että varsinainen osallisuus on mahdollista myös rikoksen valmisteluun silloin, kun valmistelu on erikseen kriminalisoitu.

Kokonaisuutena määrällisen aksessorisuuden sisältöä voidaan pitää selvänä. Suomalaisessa doktriinissa määrällinen aksessorisuus toteutuu lievimmässä muodossaan. Tämä tarkoittaa, että täytetyn rikoksen ohella myös yritys- ja valmisteluasteelle edennyt pääteko voi toimia varsinaisen osallisuuden objektina edellyttäen, että myös nämä tekumuodot on kriminalisoitu.

1.2.2 Laadullinen aksessorisuus

1.2.2.1 Rikoksen rakenne

Laadullinen aksessorisuus kytkeytyy käsitteellisesti rikoksen rakenteeseen. Ilman rikoksen rakenteen hallitsemista ei ole mahdollista ymmärtää laadullisen aksessorisuuden sisältöä. Rikosoikeustieteessä on eri aikoina kannatettu erilaisia rikoksen rakennemalleja.¹⁶ Koska käsitykset rikoksen rakenteesta eroavat edelleen, ennen siirtymistä laadullisen aksessorisuuden sisällön selvittämiseen on kirjoitettava muutama sana siitä, miten rikoksen rakenne ymmärretään tässä tutkimuksessa.

Tässä esityksessä on omaksuttu ns. kolmiportainen rikoksen rakenne, jota voidaan pitää hallitsevana rikoksen rakennemallina sekä suomalaisessa että saksalaisessa rikosoikeustieteessä.¹⁷ Siinä rikos ymmärretään tunnusmerkistön mukaisena, oikeudenvastaisena sekä syyllisyyttä ilmentävänä inhimillise-

¹⁴ Pitkälti vastaavasti *Frände* 2012 s. 261.

¹⁵ HE 141/2012 vp s. 24.

¹⁶ Erilaisista rikoksen rakennemalleista ja niiden kehityksestä ks. *Nuutila* 1997 s. 79–81 ja erityisesti *Roxin* 2006 s. 200–211.

¹⁷ Kotoisessa kirjallisuudessa sitä kannattavat esim. *Frände* 2012 s. 7–12 ja *Nuutila* 1997 s. 81–87. Saksalaisessa kirjallisuudessa esim. *Heinrich* 2014 s. 38–40 ja *Kühl* 2012 s. 7–8.

nä tekona.¹⁸ Kolmiportaisessa rikoksen rakenteessa tunnusmerkistön mukaisuus muodostaa rikoksen käsitteen perustason. Tunnusmerkistön mukaisuudessa vastataan siihen, onko teko yleisellä tasolla kielletty. Kun teko on tunnusmerkistön mukainen, vahvana oletuksena on, että rikos on käsillä.

Kolmiportaisen rikoksen rakenteen kannattajien keskuudessa vallitsee erilaisia käsityksiä siitä, mitä tunnusmerkistön mukaisuus kattaa. Olennaisimmin käsitykset eroavat siinä, jäsennetäänkö tahallisuus ja tuottamus osaksi tunnusmerkistön mukaisuutta vai perinteiseen tapaan osaksi syyllisyyttä. Tässä tutkimuksessa on omaksuttu modernille suomalaiselle ja saksalaiselle rikosoikeustieteelle ominainen käsitys, jossa tahallisuutta ja tuottamusta käsitellään osana tunnusmerkistön mukaisuutta.¹⁹

Vaikka teon tunnusmerkistön mukaisuus luo oletuksen rikoksen käsillä olosta, tuo oletus voi vielä kumoutua oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden tasolla.²⁰ Kolmiportaisessa rikoksen rakenteessa oikeudenvastaisuuden tasolla arvioidaan sitä, onko yleisellä tasolla kielletty teko myös arvioitavana olevassa konkreettisessa tilanteessa kielletty. Tunnusmerkistön mukaisuudesta huolimatta tekoon saattaa liittyä sellaisia seikkoja, jotka tekevät siitä poikkeuksellisesti oikeuden mukaisen. Seikasta, joka poistaa teon oikeudenvastaisuuden, käytetään rikosoikeustieteessä nimitystä ”oikeuttamisperuste”. Olennaista on, että oikeuttamisperusteen soveltumiseen liittyy vahva yhteiskunnallinen viesti: oikeusjärjestyksen näkökulmasta tekoa ei tällöin pidetä ainoastaan sallittuna vaan usein myös toivottavana.²¹

Mitä varhaisemmassa vaiheessa rikoksen rakennemallia vastuu toiminnasta sulkeutuu pois, sitä ehdottomampaa se on. Teon ollessa tunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen kyse on sekä yleisesti että konkreettisissa teko-olosuhteissa kielletystä menettelystä. Tässä tutkimuksessa omaksutussa rikoksen rakennemallisissa tahallisuus ja tuottamus jäsenyivät osaksi tunnusmerkistön mukaisuutta. Ratkaisusta seuraa, että kolmiportaisen rikoksen rakenteen viimeisellä tasolla arvioidaan enää sitä, voitiinko tekijältä odottaa toisenlaista menettelyä. Kyse on siitä, oliko tekijällä mahdollisuus tai edes kyky toimia lain edellyttämällä tavalla. Jos lopputuloksena on, että tekijältä puuttui joko mahdollisuus tai kyky noudattaa lakia, tekijän menettelyn ei voida katsoa ilmentävän syyllisyyttä. Tällöin tekijä on rangaistusvastuusta vapaa puuttuvan syyllisyyden vuoksi.

Seikasta, jonka perusteella tekijällä voidaan katsoa puuttuvan mahdollisuus tai kyky toimia lain edellyttämällä tavalla, käytetään rikosoikeustieteessä joko nimitystä ”anteeksiantoperuste” tai ”syyllisyyden poissulkeva peruste”. Täl-

¹⁸ Kolmiportaisen rikoksen rakenteen eduista ks. *Nuutila* 1997 s. 84–87.

¹⁹ Samoin esim. *Frände* 2012 s. 11–12. Toisin esim. *Nuutila* 1997 s. 81.

²⁰ *Roxin* 2006 s. 197.

²¹ *Nuutila* 1997 s. 86; *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 310 ja *Roxin* 2006 s. 197.

laisen seikan soveltuminen päätekijän menettelyyn ei tee itse teosta oikeusjärjestyksen toivomaa tai edes hyväksymää. Kyse on edelleen sekä yleisesti että konkreettisissa teko-olosuhteissa kielletystä menettelystä, mutta tekijää ei vain voida moittia teosta tämän henkilöön liittyvien syiden vuoksi.²² Erona oikeuttamisperusteisiin on, ettei rikosoikeudellisesta vastuusta vapautuminen seuraa teokoon liittyvistä seikoista vaan sen tekijään liittyvistä seikoista.

1.2.2.2 Laadullisen aksessorisuuden suhde välilliseen tekemiseen

Laadullisen aksessorisuuden sisältö määrittää olennaisesti rajanvetoa varsinaisen osallisuuden ja välillisen tekemisen välillä. Välillinen tekeminen on syntynyt ennen kaikkea kriminaalipoliittisesta tarpeesta peittää sellaiset rangaistavuuden aukot, jotka syntyvät laadullisesta aksessorisuusvaatimuksesta.²³ Mitä tiukempi laadullinen aksessorisuusvaatimus on, sitä enemmän pääteolta edellytetään rikoksen rakenteellisesti, jotta varsinainen osallisuus siihen olisi mahdollista. Erillisvastuujärjestelmässä aksessorisuuden tehtävä on osaltaan toimia rikosoikeusteoreettisena puskurina osallisuusvastuun liialliselle laajenemiselle.

Laadullisen aksessorisuuden tiukimmat muodot luovat kuitenkin vaaran useiden yhteiskunnallisesti haitallisten myötävaikuttamisen muotojen rajautumisesta kokonaan rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle. Erillisvastuujärjestelmässä välillisen tekemisen yksi funktio on ulottaa rikosoikeudellinen vastuu sellaiseen päätekijän toimintaan myötävaikuttamiseen, johon varsinainen osallisuus ei ole mahdollista laadullisen aksessorisuuden pääteolle asettamien edellytysten vuoksi. Välillisen tekemisen merkitys onkin sitä suurempi, mitä tiukempaa laadullista aksessorisuusvaatimusta sovelletaan.

Erillisvastuujärjestelmässä lähtökohtana on, että eri osallisuusmuodot eivät mene päällekkäin. Kaksi eri osallisuusmuotoa eivät lähtökohtaisesti voi soveltua samaan tilanteeseen. Osallisuusopillisesti jokaisessa tilanteessa pitää pystyä ratkaisemaan, mistä osallisuusmuodosta on kyse. Sen vuoksi laadullisen aksessorisuuden sisällön määrittämisessä on huomioitava myös RL 5:4, jossa säädetään välillisestä tekemisestä.

1.2.2.3 Pääteon oltava tahallinen, tunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen

Rikoslain mukaan sekä yllytyksen että avunannon rangaistavuus edellyttää tahallisen rikoksen tai sen rangaistavan yrityksen olemassaoloa. RL 5:5:n ja 5:6:n sanamuodoista ei ole suoraan luettavissa laadullisen aksessorisuuden lievennystä. Pikemminkin rikoslain sanamuodon perusteella varsinaisen osallisuuden

²² *Roxin* 2006 s. 197.

²³ HE 44/2002 vp s. 148.

rangaistavuus edellyttäisi päätekoa, joka on tahallinen, tunnusmerkistön mukainen sekä paitsi syyllisyyttä ilmentävä myös tekijälleen syyksiluettu.²⁴

Selvää kuitenkin on, ettei kotimaisessa doktriinissa sovelleta tällaista laadullisen aksessorisuuden äärimmäistä muotoa. Jo hallituksen esityksessä todetaan, että aksessorisuusvaatimusta on lievennetty suomalaisessa doktriinissa. Sekä yllytyksen että avunannon rangaistavuus edellyttää ainoastaan, että ”päätekijän teon pitää täyttää rangaistavuuden edellytykset *in abstracto* [kursivointi L.L.]”.²⁵ Samoin kotimaisessa rikosoikeustieteessä on jo vanhastaan katsottu, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuuden edellytyksenä ei ole pääteon rangaistavuus *in concreto*.²⁶ Käsitteet siitä, mitä kaikkea pääteon rangaistavuus *in abstracto* käsittää nimenomaan laadullisessa suhteessa, ovat sen sijaan vaihdelleet.

Rikoslain 5:5:n ja 5:6:n sanamuotojen perusteella on kuitenkin selvää, että pääteon on oltava tahallinen. Käsitteille, joissa varsinainen osallisuus olisi mahdollista sinänsä tunnusmerkistön mukaiseen mutta ainoastaan tuottamukselliseen päätekoon, ei enää ole tilaa suomalaisessa doktriinissa.²⁷ Selvää myös on, että laadullinen aksessorisuus edellyttää aina tunnusmerkistön mukaisista päätekoista. Yhdessäkään laadullisen aksessorisuuden muodossa varsinainen osallisuus ei ole mahdollista päätekoon, joka ei täytä minkään rikoksen tunnusmerkistöä.

Rikoksen rakeenteellisesti selityksenä on jo se, että tunnusmerkistön mukaisuus on vähimmäisedellytys sille, että rikosoikeusteoreettisesti on mahdollista puhua minkäänlaisesta teosta, jolla voi olla rikosoikeudellista merkitystä. Jos varsinainen osallisuus olisi mahdollista toimintaan, joka ei täytä minkään rikoksen objektiivista tunnusmerkistöä, katkeaisi samalla myös varsinaisen osallisuuden ja pääteon välinen sidossuhde. On epäselvää, voitaisiinko tällöin puhua enää edes erillisvastuujärjestelmästä, koska varsinaisen osallisuuden vääryyttä ei enää millään tavalla johdettaisi pääteosta.²⁸

Hallituksen esityksessä rikoslain yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi laadullisen aksessorisuuden sisältöä on käsitelty useassa eri kohdassa. Olennaista on, ettei aksessorisuusvaatimuksen sisältöön ehdotettu muu-

²⁴ Myös lain esitöihin sisältyy ilmaisuja, jotka viittaavat ankaraan aksessorisuuteen. Hallituksen esityksessä todetaan mm., että ”pääteon tulee täyttää kaikki rikoksen yleiset edellytykset”. Hallituksen esitys on kuitenkin sisällöllisesti ristiriitainen. Jo seuraavassa virkkeessä todetaan, että ainoastaan ”vaaditaan tunnusmerkistön mukaisuutta, oikeudenvastaisuutta ja subjektiivisella puolella tahallisuutta”. Ks. HE 44/2002 vp s. 148.

²⁵ HE 44/2002 vp s. 143–148.

²⁶ *Honkasalo* 1967 s. 200. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 143.

²⁷ Varsinaisesta osallisuudesta tuottamukselliseen rikokseen suomalaisessa keskustelussa ks. erityisesti *Sundström* 1926 s. 88.

²⁸ Usein juuri yllytyksen ja avunannon kokonaan itsenäistä ja pääteosta riippumatonta vääryyttä pidetään yhtenäisvastuujärjestelmän tunnuspiirteenä. Ks. esim. *Jakobs* 1991 s. 594–595 ja *Kienapfel* 1971 s. 29.

toksia.²⁹ Tästä on pääteltävissä, ettei rikoslain yleisten oppien uudistus tuonut muutosta laadullisen aksessorisuuden sisältöön. Hallituksen esityksen mukaan oikeustila oli jo ennen yleisten oppien uudistusta se, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus edellytti pääteon olevan tunnusmerkistön mukainen, oikeudenvastainen sekä tahallisenä syyksiluettava. Tämän jälkeen varsinaisen osallisuuden ja pääteon välinen sidossuhde kuitenkin katkeaa, ja jokaisen osallisen syyllisyys mitataan tämän omien olosuhteiden mukaisesti.³⁰ Lisäksi hallituksen esityksessä todetaan nimenomaisesti, että ”pääteon oikeudenvastaisuuden taikka päätekijän tahallisuuden puuttuessa myös osalliset vapautuvat vastuusta”.³¹

Esityksen sanamuodon perusteella onkin pidettävä selvänä, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus edellyttää pääteon olevan oikeudenvastainen. Toisin sanoen jos päätekoa on pidettävä poikkeuksellisesti oikeuden mukaisena jonkin oikeuttamisperusteen soveltumisen vuoksi, varsinainen osallisuus päätekkoon ei ole mahdollista. Suomalaisessa doktriinissa epäselvyys laadullisen aksessorisuuden sisällöstä koskeekin nykyisin ainoastaan sitä, edellyttääkö varsinaisen osallisuuden rangaistavuus päätekijän syyllisyyttä, ja jos edellyttää, minkä kaikkien syyllisyyteen kuuluvien elementtien on täytyttävä. Lisäksi on pohdittava, mikä vaikutus päätekijän toimintaan ja päätekkoon liittyvillä prosessuaalisilla seikoilla on varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen.

1.2.2.4 Päätekijän oltava syyntakeinen tai vähintään alentuneesti syyntakeinen

Hallituksen esityksen mukaan pääteon on oltava ”tahallisenä päätekijälle syyksiluettava”.³² Ilmausta ei kuitenkaan voida tulkita niin, että pääteon olisi oltava syyllisyyttä ilmentävä. Syyksiluettavuus ei ole syyllisyyden synonyymi, vaan sitä käytetään sekä rikoslaissa että rikosoikeustieteessä yläkäsitteenä tekijän suhtautumiselle konkreettiseen tekkoon. Tekijän suhtautuminen voi puolestaan olla joko tahallista tai tuottamuksellista.³³

Lisäksi vielä vanhemmassa kotimaisessa rikosoikeustieteessä kannatetussa rikoksen rakenteessa tahallisuus ja tuottamus jäsennettiin osaksi syyllisyyttä. Syyllisyys ei kuitenkaan tyhjentyneet tahallisuuteen ja tuottamukseen, vaan se kattoi muitakin elementtejä.³⁴ Vaikka pääteon on oltava päätekijälle tahallisenä syyksiluettava, siitä ei vielä seuraa tässäkin rikoksen rakennemallissa, että pääteon olisi oltava syyllisyyttä ilmentävä.

²⁹ HE 44/2002 vp s. 151 ja 153.

³⁰ HE 44/2002 vp s. 149.

³¹ HE 44/2002 vp s. 148.

³² HE 44/2002 vp s. 149.

³³ Ks. RL 3:5 sekä oikeustieteessä esim. *Frände* 2012 s. 11 ja *Honkasalo* 1967 s. 75.

³⁴ Ks. vielä *Nuutila* 1997 s. 77 ja 82–84 sekä vanhemmassa kirjallisuudessa *Anttila – Heinonen* 1974 s. 69–70 ja *Honkasalo* 1967 s. s. 13 ja 75–77.

Rikoksen rakenteessa, jossa tahallisuus ja tuottamus jäsennetään osaksi syyllisyyttä, vaatimus siitä, että pääteon on oltava ”tahallisenä päätekijälle syyksiluettava”, tarkoittaa käytännössä vain, että pääteon on oltava tahallinen.³⁵ Sen sijaan muiden syyllisyyteen kuuluvien elementtien ei ole täytyttävä pääteki-
jän toiminnan osalta. Hallituksen esityksen vaatimus ”tahallisenä päätekijälle syyksiluettavasta” pääteosta voidaan tulkita viittaukseksi vanhemmassa rikos-
oikeustieteessä kannatettuun rikoksen rakenteeseen.³⁶

Hallituksen esityksessä todetaan kuitenkin myös, että kyse ei voi olla ran-
gaistavasta avunannosta, jos päätekiä ”on syyntakeeton”.³⁷ Hallituksen esityk-
sen perusteella päätekiän syyntakeettomuuden vaikutus varsinaisen osallisuus-
den rangaistavuuteen näyttää selvältä: varsinainen osallisuus ei ole mahdollista
päätekoon, jos päätekiä on syyntakeeton.³⁸ Vastaavasti tuoreemmassa suoma-
laisessa rikosoikeustieteessä katsotaan vakiintuneesti, että päätekiän syyntakeettomuus sulkee pois varsinaisen osallisuuden päätekoon.³⁹ Myös KKO toteaa tuoreessa ratkaisussaan KKO 2015:68, ettei varsinainen osallisuus ole mahdollista, jos on selvää, ettei pääteko voi olla tekijälleen syyksiluettavissa oleva rikos.⁴⁰

Hallituksen esityksessä ei puhuta päätekiän alentuneen syyntakeisuuden vaikutuksesta varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen. Suomalaisessa rikos-
oikeustieteessä katsotaan kuitenkin vakiintuneesti, että varsinainen osallisuus on mahdollista alentuneesti syyntakeisen päätekiän tekoon.⁴¹ Alentunut syyntakeisuus ei poista päätekiän rikosoikeudellista vastuuta, vaan se otetaan ai-
noastaan huomioon rangaistuksen mittaamisessa. Toisin sanoen alentuneesta syyntakeisuudesta huolimatta päätekiän toiminta ilmentää syyllisyyttä. Koska alentunut syyntakeisuus ei poista päätekiän syyllisyyttä syyntakeettomuuden tapaan, ilman erillistä mainintaa laissa tai sen esitöissä ei ole olemassa perus-
teita tulkita alentuneen syyntakeisuuden estävän varsinaista osallisuutta pääte-
koon.

Päätekiän syyntakeettomuus poistaa rikosoikeudellisen vastuun pääteosta selvästi vasta syyllisyyden tasolla.⁴² Koska varsinainen osallisuus ei ole mah-
dollista päätekiän ollessa syyntakeeton, edellyttää varsinaisen osallisuuden rangaistavuus rikoksen rakenteellisesti syyllisyyteen kuuluvista elementeistä

³⁵ Eri asia olisi, jos hallituksen esityksessä edellytettäisiin tahallisenä syyksiluettua päätekoa.

³⁶ Vastaavalla tavalla jo *Honkasalo* katsoi varsinaisen osallisuuden rangaistavuuden edellyttävän, että pääteko on tunnusmerkistön mukainen, oikeudenvastainen sekä syyksiluettava sen tahallises-
sa muodossa. Ks. *Honkasalo* 1967 s. 200.

³⁷ HE 44/2002 s. 156. Tällaisia tilanteita tulee arvioida välillisenä tekemisenä.

³⁸ HE 44/2002 vp s. 156.

³⁹ *Frände* 2012 s. 250–251 ja 254 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 436–437. Toisin kuitenkin *Nuuti-
la* 1997 s. s. 78 ja 343.

⁴⁰ KKO 2015:68 (kohta 12).

⁴¹ *Frände* 2012 s. 248 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 424.

⁴² Ks. *Frände* 2012 s. 165–166 ja 168–173 sekä *Nuutila* 1997 s. 83–87.

ainakin sen täyttymistä, että päätekiä on syyntakeinen tai vähintään alentuneesti syyntakeinen. Koska syyllisyys ei tyhjenny kokonaan syyntakeettomuuteen, tästä ei voida tehdä johtopäätöstä, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus edellyttää kaikkien syyllisyyteen kuuluvien elementtien täyttymistä.

1.2.2.5 Oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden soveltuminen päätekiän toimintaan ja niiden vaikutus varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen

Oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden soveltuessa päätekiän toimintaan päätekiä on lähtökohtaisesti rikosoikeudellisesta vastuusta vapaa. Vaikka molempien vastuuvapausperusteiden vaikutus päätekiän rikosoikeudelliseen vastuuseen on pitkälti identtinen, oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet eroavat toisistaan rikosoikeusteoreettisesti siinä, miksi ne johtavat päätekiän rikosoikeudelliseen vastuusta vapautumiseen. Vastuuvapausperusteiden rikosoikeusteoreettisiin eroihin palautuu myös se, miksi oikeuttamisperusteet johtavat anteeksiantoperusteita kattavampaan vastuuvapauteen.

Oikeuttamisperuste on rikosoikeudellisen vastuun poistava seikka, joka tekee pääteosta sallitun. Rikoksen rakenteellisesti oikeuttamisperuste tekee tunnusmerkistön mukaisesta pääteosta oikeuden mukaisen. Oikeusjärjestyksen näkökulmasta päätekoa pidetään sallittuna ja ihmisten oletetaan toimivan vastaavanlaisessa tilanteessa samalla tavoin. Oikeuttamisperusteiden soveltuessa toimintaan päätekoa pidetään yleisesti ottaen oikeana, ja rikosoikeudellinen vastuuvapaus seuraa päätekkoon liittyvistä seikoista.⁴³

Anteeksiantoperusteiden soveltuessa päätekiän toimintaan rikosoikeudellinen vastuuvapaus seuraa sen sijaan päätekiään liittyvistä seikoista. Päätekiä on vapaa rikosoikeudellisesta vastuusta, koska häneltä puuttuu mahdollisuus tai kyky toimia lain edellyttämällä tavalla. Anteeksiantoperusteiden soveltuessa päätekiältä ei voida kohtuudella edellyttää lainmukaista menettelyä, ja sen vuoksi päätekiää ei voida moittia tunnusmerkistön mukaisesta ja oikeudenvastaisesta menettelystä. Oikeusjärjestyksen näkökulmasta päätekoa kuitenkin pidetään edelleen yleisellä tasolla kiellettyinä.⁴⁴

Oikeuttamisperusteiden soveltuessa päätekiän toimintaan on selvää, ettei varsinainen osallisuus päätekkoon ole mahdollista.⁴⁵ Koska ei ole olemassa oikeudenvastaista päätekiän menettelyä, jota yllyttäjä tai avunantaja olisi toiminnallaan edistänyt, varsinainen osallisuus oikeuttamisperusteiden alaiseen päätekkoon ei ole mahdollista. Sen sijaan anteeksiantoperusteiden soveltuessa päätekiän toimintaan

⁴³ Nuutila 1997 s. 86 ja Tapani – Tolvanen 2013 s. 309–311.

⁴⁴ Nuutila 1997 s. 87 ja Tapani – Tolvanen 2013 s. 309–311.

⁴⁵ Hallituksen esityksessä todetaan nimenomaisesti, ettei kyse voi olla rangaistavasta avunannosta päätekiän toimiessa oikeuttamisperusteiden nojalla. Ks. HE 44/2002 vp s. 156.

päätettä pidetään edelleen kiellettyinä, ja päätekijä välttää rikosoikeudellisen rangaistusvastuun omaan henkilöönsä liittyvien seikkojen vuoksi. Rikoksen rakenteellisesti on olemassa sekä tunnusmerkistön mukainen että oikeudenvastainen päätteko, mutta päätekijän syyllisyysvaatimus jää täyttymättä.⁴⁶

Anteeksiantoperusteet ovat luonteeltaan henkilökohtaisia; ne ulottavat vaikutuksensa vain henkilöön, jonka kohdalla anteeksiantoperusteen soveltumisen edellytykset täyttyvät.⁴⁷ Koska anteeksiantoperusteissa päätekijän vapautuminen rikosoikeudellisesta vastuusta seuraa tämän henkilöön liittyvistä syistä ja koska itse päätettä pidetään edelleen yleisellä tasolla kiellettyinä, rikosoikeustieteessä on esitetty, ettei anteeksiantoperusteen soveltuminen päätekijän toimintaan sulkisi pois varsinaista osallisuutta päätteeseen.⁴⁸ Tulkinnalle on mahdollista löytää tukea myös rikoslaista.

Rikoslain 5:7:ssä säädetään erityisen henkilöön liittyvän olosuhteen vaikutuksesta osallisten rangaistusvastuuseen. Pykälän mukaan erityinen henkilöön liittyvä olosuhde, joka poistaa jonkin teon rangaistavuuden, koskee ainoastaan mainitussa suhteessa olevaa tekijää, yllyttäjää tai avunantajaa. Rikosoikeusteoreettisesti anteeksiantoperusteen soveltumisessa on kyse erityisestä henkilöön liittyvästä olosuhteesta; kyse on päätekijään liittyvästä seikasta, joka poikkeuksellisesti poistaa rikosoikeudellisen rangaistusvastuun sinänsä tunnusmerkistön mukaisesta ja oikeudenvastaisesta teosta. RL 5:7:n sanamuodon perusteella varsinainen osallisuus näyttäisi olevan mahdollista päätteeseen, vaikka päätteko annettaisiin päätekijälle anteeksi.

Tulkintaa, jossa oikeuttamisperusteen soveltuminen päätekijän toimintaan sulkee pois varsinaisen osallisuuden mutta anteeksiantoperuste ei, vastaan voidaan esittää myös argumentteja. Ensinnäkin sekä RL 5:5:n että 5:6:n mukaan myötävaikuttamisen kohteena tulee olla rikos tai sen rangaistava yritys. Lisäksi hallituksen esityksessä todetaan, että ”jos jokin rikoksen yleisistä edellytyksistä puuttuu, ei kyse ole rangaistavasta avunannosta”.⁴⁹ Lähtökohtaisesti rikoksen olemassaolon edellytys on, että rikos voidaan myös lukea syyksi sen tekijälle. Tämä edellytys ei täyty anteeksiantoperusteen soveltuessa tilanteeseen, koska rikoksen yleisistä edellytyksistä puuttuu päätekijän toiminnan ilmentävä syyllisyys.

Rikoksen rakenteellisesti on kuitenkin mahdollista ajatella, että rikos on objektiivisesti olemassa jo silloin, kun on olemassa tunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen teko. Jos tekijä välttää vastuun puuttuvan syyllisyyden perusteella, se ei sinänsä vaikuta rikoksen olemassaoloon, vaan tällöin tekijää ei vain

⁴⁶ Kotimaisessa kirjallisuudessa vallitsee yksimielisyys siitä, että anteeksiantoperusteen soveltuminen poistaa tekijän syyllisyyden. Ks. esim. *Frände* 2012 s. 165–168 ja *Nuutila* 1997 s. 82–87.

⁴⁷ Samoin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 310.

⁴⁸ *Nuutila* 1997 s. 87. Saksalaisessa kirjallisuudessa käsitys on vakiintunut. Ks. esim. *Heine – Weißer* 2014 s. 544, 552–553; *Kindhäuser* 2013 s. 360 ja 369 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 218.

⁴⁹ HE 44/2002 vp s. 148 ja 156.

poikkeuksellisesti rangaista rikoksesta. Lisäksi hallituksen esityksessä todetaan, että aksessorisuusvaatimusta on lievennetty⁵⁰, mikä voidaan tulkita viitaukseksi siihen, että termiä ”rikos” ei ole tulkittava varsinaisen osallisuuden yhteydessä tiukasti. Hallituksen esityksessä ei myöskään mainita nimenomaisesti, että anteeksiantoperusteen soveltuminen päätekijän toimintaan estäisi varsinaisen osallisuuden päätteeseen. Sen sijaan todetaan, että päätteeltä ”vaaditaan tunnusmerkistön mukaisuutta, oikeudenvastaisuutta ja subjektiivisella puolella tahallisuutta”.⁵¹

Toiseksi erillisvastuujärjestelmässä lähtökohtana on oltava, etteivät eri osallisuusmuodot mene päällekkäin. Sen vuoksi varsinaisen osallisuuden rajoja määritettäessä on kiinnitettävä huomiota myös välillisen tekemisen soveltamisalaan. RL 5:4:n mukaan välillinen tekeminen soveltuu tilanteisiin, joissa rikoksen välitöntä tekijää ei voida rangaista rikoksesta ”syyntakeettomuuden tai tahallisuuden puuttumisen vuoksi taikka muusta rikosoikeudellisen vastuun edellytyksiin liittyvästä syystä”. Tällaisessa tilanteessa henkilö, joka on tehnyt tahallisen rikoksen käyttäen välikappaleena välitöntä tekijää, tuomitaan rikoksen tekijänä.

Hallituksen esityksessä RL 5:4:n soveltumisalaa on täsmennetty edelleen. Esityksen mukaan välillinen tekeminen on mahdollista myös silloin, kun välitön tekijä toimii olosuhteissa, joissa keneltäkään ei voida ”kohtuudella vaatia norminmukaista suhtautumista”.⁵² Lain ja sen esitöiden perusteella välillinen tekeminen näyttäisi soveltuvan kaikkiin tilanteisiin, joissa päätekijän toimintaan soveltuu jokin anteeksiantoperuste. Jos myös varsinainen osallisuus on mahdollista silloin, kun päätekijän toimintaan soveltuu jokin anteeksiantoperuste, syntyy väistämättä tilanteita, joissa sekä välillinen tekeminen että varsinainen osallisuus näyttävät soveltuvan samaan tilanteeseen.⁵³ Tällöin on rikosoikeusteoreettisesti pystyttävä ratkaisemaan, mistä osallisuusmuodosta kussakin tilanteessa on kyse.

Pelkästään se seikka, että sekä välillinen tekeminen että varsinainen osallisuus ovat mahdollisia silloin, kun rikoksen varsinaisesti tehneen menettelyyn soveltuu jokin anteeksiantoperuste, ei kuitenkaan vielä automaattisesti tarkoita välillisen tekemisen ja varsinaisen osallisuuden osallisuusopillista päällekkäisyyttä. Välillisen tekemisen soveltuminen edellyttää nimittäin myös, että rikos tehdään ”käyttäen välikappaleena toista”. *Frände* on kiinnittänyt huomiota täysin oikein siihen, ettei varsinkaan henkilön, jonka tarkoitus on vain edistää toisen toimintaa, voida automaattisesti katsoa myös käyttäneen päähenkilöä rikoksen välikappaleena.⁵⁴

⁵⁰ HE 44/2002 vp s. 147.

⁵¹ HE 44/2002 vp s. 148.

⁵² HE 44/2002 vp s. 154. Nimenomaisesti hallituksen esityksessä mainitaan anteeksiantoperusteista kuitenkin vain kieltorehdys. Lisäksi selvää on, että toisen pakottaminen rikokseen johtaa välilliseen tekemiseen, milloin välitön tekijä ei ole voinut vastustaa pakkoa.

⁵³ Tilanteet liittyvät kuitenkin ennen kaikkea välillisen tekemisen ja yllytyksen väliseen rajanveetoon. Tästä ks. *Heinrich* 2014 s. 548–549.

⁵⁴ *Frände* 2012 s. 250–251.

Oletetaan, että A on edistänyt B:n rikosta. B:tä ei kuitenkaan voida asettaa rikosoikeudelliseen vastuuseen tästä rikoksesta, koska hän on toiminut anteeksiantoperusteen alaisuudessa.

Ei ole lainkaan selvää, salliiko rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen kuuluva analogiakielto tulkinnan, jonka mukaan A on tehnyt rikoksen käyttäen välikappaleena B:tä. Rikosoikeudellisen tulkinnan lähtökohdaksi on ensisijaisesti asetettava säännöksen sanamuoto, eikä lain soveltaja voi mennä sanamuodon asettamien kielellisten rajojen ulkopuolelle. Jos A on tahallisesti vain edistänyt B:n rikoksen toteutumista, olen taipuvainen ajattelemaan, ettei A:n voida kielellisesti tulkita missään olosuhteissa tehneen rikosta käyttäen välikappaleena B:tä. Jos välillinen tekeminen ei sovellu A:n toimintaan, välttää hän useimmissa tilanteissa kokonaan rikosoikeudellisen vastuun, ellei varsinainen osallisuus ole mahdollista päätekoon.

Lisäksi selvää on, ettei välillinen tekeminen ole mahdollista omakätisiin rikoksiin. Erikoisrikoksissa puolestaan välillisen tekemisen soveltuminen edellyttää, että välillistä tekijää koskee tunnusmerkistöön liittyvä erityinen velvollisuus, mikä rajaa konstruktion käyttöalaa merkittävästi erikoisrikoksissa. Jos rikoksen varsinainen tekijä välttää rikosoikeudellisen vastuun anteeksiantoperusteen soveltumisen vuoksi omakätisissä rikoksissa tai erikoisrikoksissa, rikoksen toteutumiseen myötävaikuttaneiden henkilöiden menettely jää useasti kokonaan rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle, ellei varsinainen osallisuus ole mahdollista päätekoon.

1.2.2.6 Päätekijän erehtymisen vaikutus varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen

Hallituksen esityksessä päätekijän erehtyminen mainitaan seikkana, joka sulkee pois varsinaisen osallisuuden päätekoon.⁵⁵ Rikoslaki tuntee kolme erilaista erehdyistä: tunnusmerkistöerehdyksen, kieltoerehdyksen sekä vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen.⁵⁶ Ne eroavat toisistaan edellytyksiltään ja oikeudellisilta vaikutuksiltaan.

Rikoslain 4:1:n tunnusmerkistöerehdys merkitsee erehtymistä rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvien seikkojen olemassaolosta. Erehtyminen tällaisen seikan olemassaolosta poistaa teon tahallisuuden. RL 4:2:n kieltoerehdys merkitsee erehtymistä teon oikeudellisesta luonteesta; tekijä erehtyy pitämään tekoaan sallittuna. Jos erehtymistä on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana RL 4:2:ssa lueteltujen seikkojen vuoksi, tekijä on kokonaan rangaistusvastuus-

⁵⁵ HE 44/2002 vp s. 156.

⁵⁶ Erehdysoppi tuntee muitakin erehtymisen muotoja. Niistä merkittävin on ns. soveltamiserehdys, joka sijoittuu tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen välimaastoon. Koska rikoslaki ei tunne soveltamiserehdyistä, soveltamiserehdystilanteita on arvioitava tapauskohtaisesti joko tunnusmerkistö- tai kieltoerehdyksenä.

ta vapaa. RL 4:3:n vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys merkitsee erehtymistä RL 4:4–4:6:ssa säänneltyjen oikeuttamisperusteiden olemassaolosta. Erehtyminen tällaisen seikan olemassaolosta poistaa teon tahallisuuden.

Tunnusmerkistöerehdyksen sekä vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen soveltuessa päätekijän toimintaan pääteko ei ole enää tahallinen. Koska varsinaisen osallisuuden rangaistavuus edellyttää tunnusmerkistönmuukaista ja tahallista päätekoa, on selvää, että sekä RL 4:1:n että RL 4:3:n soveltuminen päätekijän toimintaan sulkee pois myös varsinaisen osallisuuden päätekoon. Sen sijaan on esitetty, ettei päätekijän erehtyminen toimintansa oikeudellisesta luonteesta sulkisi pois varsinaista osallisuutta päätekoon.⁵⁷ Kieltoerehdyksen RL 4:1:stä ja RL 4:3:sta poikkeava vaikutus varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen palautuu RL 4:2:n luonteeseen anteeksiantoperusteena. Jos tulkitaan, että oikeuttamisperusteen soveltuminen päätekijän toimintaan sulkee pois varsinaisen osallisuuden mutta anteeksiantoperusteen ei, on varsinaisen osallisuus mahdollista päätekoon, vaikka päätekijä olisikin toiminut kieltoerehdyksen alaisuudessa.

Hallituksen esityksestä on löydettävissä sekä tulkinnan puolesta että sitä vastaan puhuvia seikkoja. Toisaalta hallituksen esityksessä todetaan, että kyse ei voi olla varsinaisesta osallisuudesta, jos päätekijä on erehtynyt.⁵⁸ Koska kieltoerehdyksessä on kyse yhdestä rikoslaissa säädellystä erehtymisen muodosta, esityksen sanamuoto viittaa vahvasti siihen, että se vaikuttaa samalla tavoin varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen kuin RL 4:1 ja RL 4:3.

Toisaalta esitystä on mahdollista lukea myös niin, etteivät oikeusvaikutuksiltaan erilaiset erehtymisen muodot vaikuta samalla tavoin varsinaisen osallisuuden rangaistavuuteen. Hallituksen esityksessä todetaan nimittäin myös, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus edellyttää ”tunnusmerkistönmuokaisuutta, oikeudenvastaisuutta ja subjektiivisella puolella tahallisuutta”. Koska kieltoerehdys ei poista pääteon tunnusmerkistönmuokaisuutta, oikeudenvastaisuutta tai tahallisuutta, ei anteeksiantoperusteen soveltuminen päätekijän toimintaan näyttäisi estävän varsinaista osallisuutta päätekoon.⁵⁹

1.2.2.7 Prosessuaaliset seikat

Erilaisia osallisuusjärjestelmiä tutkineen *Kai Hamdorfin* mukaan yhdessäkään erillisvastuulle rakentuvassa osallisuusjärjestelmässä ei sovelleta laadullisen aksessorisuuden äärimmäistä muotoa eli ns. hyper-aksessorisuutta. Kaikissa tunnetuissa erillisvastuujärjestelmissä laadullista aksessorisuusvaatimusta on

⁵⁷ Nuutila 1997 s. 87.

⁵⁸ HE 44/2002 vp s. 156.

⁵⁹ HE 44/2002 vp s. 148.

lievennetty prosessuaalisten seikkojen kohdalla.⁶⁰ Hallituksen esityksen mukaan laadullista aksessorisuusvaatimusta on lievennetty myös Suomen erillisvastuujärjestelmässä.⁶¹ Lähtökohtana on pidettävä myös kotimaisessa doktriinissa, etteivät prosessuaaliset seikat, jotka estävät päätekijän tuomitsemisen tämän tekemästä rikoksesta, automaattisesti sulje pois varsinaisten osallisten vastuuta päätekijän rikoksen toteutumiseen myötävaikuttaneesta menettelystä.

Varsinaisen osallisuuden sidossuhteesta päätekijän toimintaan saattaa kuitenkin seurata ongelmallisia tilanteita, jos päätekijää ei jostain prosessuaalisesta syystä voidakaan tuomita hänen tekemästään rikoksesta. Tätä voidaan havainnollistaa ratkaisulla KKO 2015:68.

B ja C oli käräjäoikeudessa tuomittu avunannosta törkeään petokseen. He eivät olleet hakeneet muutosta tuomioonsa. Päätekijänä rangaistukseen törkeästä petoksesta tuomittu A oli se sijaan hakenut muutosta. Hovioikeus arvioikin esitettyä näyttöä A:n osalta toisin kuin käräjäoikeus ja katsoi A:n menettelyn täyttävän ainoastaan petoksen tunnusmerkistön.

Koska haaste oli annettu A:lle tiedoksi yli viiden vuoden kuluttua siitä, kun petosta koskevan syyteoikeuden vanhentumisaika oli alkanut, hovioikeus hylkäsi A:ta vastaan ajetun syytteen vanhentuneena. B ja C hakivat rangaistustuomionsa purkamista vedoten siihen, että koska päätekoa koskeva syyte oli hovioikeudessa hylätty, myös avunantoa koskeva syyte oli hylättävä. KKO ei kuitenkaan hyväksynyt hakemusta.

Tällaisessa tilanteessa on pystyttävä ratkaisemaan, mikä vaikutus varsinaisen osallisuuden ja päätekijän toiminnan väliseen sidossuhteeseen on sillä, että päärikoksen tunnusmerkistö muuttuu ylemmässä oikeusasteessa.⁶²

1.2.2.8 Johtopäätös laadullisen aksessorisuuden sisällöstä

Suomalaisessa doktriinissa laadullisen aksessorisuuden sisältö ei ole yhtä yksiselitteinen kuin määrällisen aksessorisuuden. Selvää kuitenkin on, että varsinainen osallisuuden rangaistavuus edellyttää, että päätekijän toiminnan on täytettävä jonkin rikoksen objektiivinen tunnusmerkistö sekä oltava tahallista. Lisäksi selvää on, että päätekijän toiminnan on oltava oikeudenvastaista. Suomalaisessa doktriinissa on kuitenkin vallinnut epäselvyys siitä, minkä kaikkien syyllisyyteen kuuluvien elementtien on täytyttävä, jotta varsinainen osallisuus on mahdollista päätekijän toimintaan.

Tulkitsen, että laadullinen aksessorisuus edellyttää päätekijän olevan syyntakeinen tai vähintään alentuneesti syyntakeinen. Sen sijaan en katso, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus edellyttäisi muiden päätekijän syyllisyyteen

⁶⁰ Hamdorf 2002 s. 19.

⁶¹ HE 44/2002 vp s. 147. Ks. myös *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 415 ja KKO 2015:68.

⁶² Ratkaisuun palataan alaluvussa 1.2.3.

kuuluvien elementtien täyttymistä. Tästä seuraa, että anteeksiantoperusteen soveltuminen päätekijän toimintaan ei estä varsinaista osallisuutta päätekoon. Myöskään prosessuaaliset seikat, jotka estävät päätekijän tuomitsemisen pääteosta, eivät lähtökohtaisesti estä varsinaista osallisuutta päätekoon.

1.2.3 Aksessorisuus rajaa varsinaisen osallisen vastuun toteutuneeseen päätekoon

Erillisvastuujärjestelmän ominaispiirteisiin kuuluu, että varsinaisen osallisuuden rangaistavuus on sidoksissa päätekijän toimintaan. Varsinaisen osallisuuden aksessorisuudesta seuraa, ettei varsinainen osallinen koskaan vastaa enemmästä, kuin päätekijä on todella tehnyt.⁶³ Se tunnusmerkistö, jonka päätekijän toiminta täyttää, muodostaa rikosoikeusteoreettisen katon yllyttäjän ja avunantajan vastuulle. Suomen osallisuusjärjestelmässä sovellettavan aksessorisuusvaatimuksen mukaan tunnusmerkistön, jonka päätekijän toiminta täyttää, on oltava tahallinen rikos tai sen rangaistava yritys tai valmistelu.

Vaikka varsinainen osallinen olisi yllyttänyt tai antanut apua enempään, kuin päätekijä on tehnyt, hänen vastuunsa rajoittuu aina toteutuneeseen päätekoon ja sen tunnusmerkistöön. Jos päätekijän toiminta ei puolestaan täytä minkään tahallisen rikoksen tai sen rangaistavan yrityksen tai valmistelun tunnusmerkistöä, kyse on varsinaisen osallisuuden yrityksestä. Koska yllytyksen ja avunannon yritystä ei ole kriminalisoitu, vapautuvat varsinaiset osalliset tällöin RL 5:5:n ja 5:6:n mukaisesta vastuusta kokonaan.⁶⁴ Varsinaiset osalliset eivät myöskään automaattisesti vastaa toteutuneesta päätekijän toiminnasta, jos päätekijä on tehnyt vähemmän, kuin häntä on yllytetty tai hän on saanut apua. Varsinaisten osallisten vastuun edellytyksenä on aina, että heidän tahallisuutensa kattaa myös toteutuneen pääteen.⁶⁵

Aksessorisuudessa on kyse kelvollisen kohteen määrittämisestä varsinaiselle osallisuudelle; siitä, milloin päätekijän toiminta voi rikosoikeusteoreettisesti toimia varsinaisen osallisuuden rangaistavuuden perustana. Sen vuoksi varsinaisen osallisen vastuu ei voi myöskään ylittää päätekijän toiminnan tunnusmerkistöä. Tämän vuoksi ratkaisu KKO 2015:68 on kritiikille altis. KKO päätti ratkaisussa olla purkamatta käräjäoikeuden tuomiota, jossa B ja C oli tuo-

⁶³ HE 44/2002 vp s. 155 ja 157. On tulkinnanvaraista, voidaanko näin sanoa olevan erillisvastuujärjestelmissä, joissa kriminalisointi kattaa myös yllytyksen tai avunannon yrityksen. Varsinaisen osallisuuden jäädessä yritykseen varsinainen osallinen vastaa periaatteessa edelleen siitä, mitä päätekijä on tehnyt. Päätekijän menettely ei kuitenkaan täytä rikoksen rakenteellisesti tahallisen kriminalisointia tunnusmerkistöä. Käytännössä varsinainen osallinen vastaakin yritetyn yllytyksen ja avunannon tilanteissa siitä, minkä päätekijä on jättänyt tekemättä varsinaisen osallisen myötävaikutuksesta huolimatta.

⁶⁴ Toisin on Saksassa, jossa yritetty yllytys on tietyissä tilanteissa rangaistavaa.

⁶⁵ HE 44/2002 vp s. 155–157.

mittu avunannosta törkeään petokseen. Osallisuusopillisesti on erityisen mielenkiintoista, miten KKO on arvioinut varsinaisen osallisuuden ja päätekijän toiminnan välistä liitossuhdetta.

Korkein oikeus toteaa perusteluissaan, ettei avunannon ja päätekijän toiminnan välisellä liitossuhteella ollut kyseisessä tilanteessa ratkaisevaa merkitystä. Ensinnäkin avunantajan rikosvastuun liitännäisyys päätekoon ei edellytä sitä, että pääteon tulisi olla tekijälleen syyksiluettu. Toiseksi selvää oli, että A:n menettely oli ollut tunnusmerkistönmukaista sekä syyllisyyttä ilmentävä.⁶⁶ Ainoa järkevä tulkinta on, että KKO katsoi aksessorisuusvaatimuksen täyttyneen. Muussahan tapauksessa varsinainen osallisuus ei olisi edes mahdollista. Sille seikalle, että hovioikeuden lainvoimaisen tuomion perusteella jutun päätekijän A:n toiminta täytti ainoastaan petoksen tunnusmerkistön, KKO ei antanut lainkaan merkitystä.

Korkeimman oikeuden enemmistön käsitykseen avunannon ja päätekijän toiminnan välisestä liitossuhteesta liittyy kuitenkin ongelmia.⁶⁷ Hallituksen esityksen mukaan varsinaisen osallisuuden yhteys päätekoon katkeaa, kun varsinaiselle osallisuudelle on määritelty kelvollinen kohde.⁶⁸ Varsinaisen osallisen vastuu supistuu kuitenkin aina todella tapahtuneeseen. Avunantaja ei siten koskaan vastaa enemmästä kuin todella aikaansaadusta loukkauksesta.⁶⁹ Selvää on, että A:n todella aikaansaama vahinko rajoittuu petokseen. Törkeää petosta, jonka edistämisestä B ja C on tuomittu, ei sen sijaan ole olemassa. Koska A:n menettely ei täytä törkeän petoksen tunnusmerkistöä, törkeä petos ei myöskään ole kelvollinen kohde B:n ja C:n avunannolle. Osallisuusopillisesti ainoa kelvollinen kohde B:n ja C:n avunannolle on rikos, jonka tunnusmerkistön A:n menettely täyttää. Tuo tunnusmerkistö on petos.

Toisin kuin KKO on arvioinut, osallisuusopillisesti juuri avunannon ja päätekijän toiminnan välisellä liitossuhteella on ratkaisussa KKO 2015:68 ratkaiseva merkitys. Sen perusteella B:n ja C:n vastuu rajoittuu korkeintaan avunantoon petokseen. Koska syyteoikeus oli vanhentunut myös avunannosta petokseen, KKO:n olisi tullut hyväksyä B:n ja C:n purkuhakemus.

⁶⁶ KKO 2015:68 (kohdat 11 ja 12)

⁶⁷ Sen sijaan enemmistön kanssa eri mieltä ollut jäsen olisi hyväksynyt esittelijän mietinnön, jossa aksessorisuusvaatimuksen ei katsottu täyttyvän. Ks. KKO 2015:68 (esittelijän mietintö ja eri mieltä olevan jäsenen lausunto).

⁶⁸ HE 44/2002 vp s. 149.

⁶⁹ HE 44/2002 vp s. 155 ja 157.

1.2.4 Voiko varsinainen osallinen vastata vähemmästä, kuin päätekijä on tehnyt?

Aksessorisuudessa on kyse kelvollisen kohteen määrittämisestä varsinaiselle osallisuudelle: jotta päätekijän toiminta voi toimia varsinaisen osallisuuden rangaistavuuden perustana, edellytetään tietynasteista vastaavuutta toteutuneen pääteon sekä sen teon välillä, johon varsinainen osallinen on päätekijää yllyttänyt tai jonka toteuttamisessa hän on päätekijää auttanut. Edellä on jo käynyt ilmi, ettei varsinaisen osallisen vastuu voi koskaan ylittää päätekijän toiminnan tunnusmerkistöä: se tunnusmerkistö, jonka päätekijän toiminta täyttää, muodostaa aina rikosoikeusteoreettisen katon yllyttäjän ja avunantajan vastuulle.

On kuitenkin mahdollista, että varsinainen osallinen on yllyttänyt tai antanut apua vähempään, kuin päätekijä on tehnyt. Tällaisessa tilanteessa on pysyttävä ratkaisemaan, milloin aksessorisuus estää varsinaisen osallisuuden päätekoon sillä perusteella, ettei toteutuneen pääteon sekä sen teon välillä, johon varsinainen osallinen on päätekijää yllyttänyt tai jonka toteuttamisessa hän on päätekijää auttanut, enää vallitse riittävää vastaavuutta. Lähtökohta on selkeä: jos päätekijä tekee kokonaan toisen rikoksen, oli kyse sitten varsinaisen osallisen tarkoittamaa rikosta moitittavammasta tunnusmerkistöstä tai ei, vapautuu varsinainen osallinen lähtökohtaisesti aina vastuusta.

Oletetaan, että A on antanut B:lle apua varkausrikoksen toteuttamisessa. B ei kuitenkaan koskaan toteuta varkausrikosta, vaan pahoinpitelee C:n, jolta hänen oli alkuperäisen suunnitelman mukaan tarkoitus anastaa irtainta omaisuutta. A:ta ei voida tuomita avunannosta pahoinpitelyrikokseen, koska toteutuneen pääteon sekä sen teon välillä, johon apua alun perin annettiin, ei vallitse riittävää vastaavuutta. Koska varkausrikos ei sisälly pahoinpitelyrikokseen, sulkeutuu A:n vastuu varsinaisena osallisena pois jo aksessorisuuden tasolla.

Tilanne, jossa varsinaisen osallisen vastuu voi poikkeuksellisesti ”alittaa” päätekijän toiminnan tunnusmerkistön, voi kuitenkin tulla kyseeseen ennen kaikkea kahdessa tapauksessa.⁷⁰ Ensimmäisessä niistä on kyse tilanteesta, jossa päätekijä on toteuttanut samasta rikoksesta moitittavamman tekemuodon kuin sen, johon varsinainen osallinen on häntä yllyttänyt tai johon varsinainen osallinen on antanut apua. Havainnollistan tätä seuraavalla kuvitteellisella esimerkkitapauksella.

Oletetaan, että B aikoo antaa C:lle ”muistutuksen”, koska C ei ole maksanut velkaansa määräajassa B:lle. B:n aikeista tietoinen A neuvoo B:lle, mistä tämä löytää C:n. A tiedostaa, että ”muistutuksen” antaminen tarkoittaa ruumiillisen väkivallan tekemistä C:lle. A ei kuitenkaan pidä mahdollisena, että

⁷⁰ Ks. ja vrt. HE 44/2002 vp 155–156.

kyse olisi niin laajamittaisesta väkivallan tekemisestä, että B:n menettelyssä voisi olla kyse törkeästä pahoinpitelystä. Lopulta väkivallan tekemisen seurauksena C:lle aiheutuu kuitenkin vakava ruumiinvamma. Kun tekoa on myös kokonaisuutena arvostellen pidettävä törkeänä, tuomitaan B törkeästä pahoinpitelystä.

On selvää, ettei A:ta voida tuomita avunannosta törkeään pahoinpitelyyn puuttuvan tahallisuuden vuoksi; A:n tahallisuus ei kata avunantoa törkeään pahoinpitelyyn. A:n tahallisuus kuitenkin kattaa epäilyksettä avunannon pahoinpitelyyn. Vaikka toteutuneen pääteon sekä teon, johon apua on alun perin annettu, välillä ei vallitsekaan täysi vastaavuus, voidaan A tällaisessa tilanteessa näkemykseni mukaan tuomita avunannosta pahoinpitelyyn siitä huolimatta, että päätekijä tuomitaan törkeästä pahoinpitelystä. Tämä johtuu siitä, että törkeä pahoinpitely rikosoikeusteoreettisesti ikään kuin sisältää sitä lievemmän pahoinpitelyn. Osallisuusopillisesti tällaisessa tilanteessa voidaan katsoa vallitsevan riittävän vastaavuuden toteutuneen pääteon sekä sen teon välillä, johon apua on alun perin annettu.

Toinen tapausryhmä, jossa varsinaisen osallisuus on mahdollista, vaikka pääteko ei täysin vastaakaan tekoa, johon päätekijää on yllytetty tai johon apua on annettu, liittyy tilanteisiin, joissa varsinaisen osallisuuden kausaalisuus- tai tahallisuusvaatimus mahdollistaa ainoastaan varsinaisen osallisuuden yritysasteelle jääneeseen päätekoon, mutta pääteko on todellisuudessa täyttynyt. Tapausryhmää voidaan havainnollistaa seuraavalla *Reichsgerichtin* ratkaisulla.

Ratkaisussa Z oli tuomittu törkeästä varkaudesta, koska hän oli murtautunut asuttuun asuntoon ja anastanut sieltä irtainta omaisuutta. Z oli saanut X:ltä avaimen, jonka avulla asunnon ovi oli tarkoitus avata. Avain oli kuitenkin osoittautunut tähän tarkoitukseen kelvottomaksi. Z:n onnistui tästä huolimatta murtautua asuntoon sisälle. *Reichsgericht* tuomitsi X:n avunannosta törkeään varkauteen.⁷¹

Selvää on, ettei X:ää ole puuttuvan kausaalisuuden vuoksi mahdollista tuomita (ainakaan fyysisen avunannon perusteella) avunannosta täyttyneeseen varkausrikokseen; X:n menettelyn päätekoa edistävä vaikutus ei ulotu törkeän varkauden tunnusmerkistölliseen täyttymiseen asti.⁷² Sen sijaan X:n menettelyn edistävä vaikutus ulottuu törkeän varkauden yritysvaiheeseen. Koska avunannon kausaalisuus ulottuu törkeän varkauden yritysaiheeseen ja koska toteutuneen pääteon voidaan myös tällaisessa tilanteessa katsoa sisältävän rikoksen, johon apua on alun perin annettu, voidaan X näkemykseni mukaan tuomita avunannosta törkeän varkauden yritykseen, vaikka päätekijä Z tuomitaankin törkeästä varkaudesta.

⁷¹ RGSt 6, 169.

⁷² Tästä tarkemmin ks. Osa III, alaluvut 2.4.4 ja 2.4.5.

2 Kausaalisuus

2.1 KAUSAALISUUS RIKOSOIKEUDELLISEN VASTUUN PERUSEDELLYTYKSENÄ

Kausaalisuus kuuluu rikosoikeudellisen vastuun objektiivisiin perusedellytyksiin. Se kytkee teon, joka rikosoikeudessa kattaa sekä aktiivisen toiminnan että laiminlyönnin sekä seurauksen toisiinsa tavalla, jota rikosoikeudellinen vastuu edellyttää. Toisin sanoen kausaalisuus rajaa rikosoikeudellisen vastuun piiristä teot, jotka eivät ole aiheuttaneet tunnusmerkistössä edellytettyä seurausta tunnusmerkistön objektiivisella puolella.

Vaatus syy-yhteydestä teon ja seurauksen välillä vastaa yleistä oikeustajua: olisi väärin asettaa rikosoikeudelliseen vastuuseen henkilö, joka ei ole objektiivisesti toiminnallaan aiheuttanut tunnusmerkistön edellyttämää seurausta. Lisäksi se kunnioittaa yksilön itsemääräämisoikeutta ja autonomiaa: ei olisi oikein rangaista ketään jostain sellaisesta, jota tämä ei voi mitenkään kontrolloida.¹ Kausaalisuus ei kuitenkaan ole yksin riittävä rikosoikeudellisen vastuun edellytys. Vaikka syy-yhteys olisikin tullut todetuksi, vielä on selvitettävä, voidaanko rikos lukea tekijälle syyksi.²

Rikosoikeudessa syy-yhteyden arviointi liitetään ennen kaikkea rikoksiin, jotka edellyttävät teon lisäksi tietyn seurauksen aiheuttamista.³ Tällöin puhutaan seurausrikoksista erotuksena tekorikoksista, joissa pelkkä teko riittää täyteen rikosoikeudelliseen vastuuseen.⁴ Kausaalisuus ei kuitenkaan ole kokonaan merkityksetön tekorikoksissa. Tämä johtuu siitä, että useisiin tekorikoksiin liittyy tunnusmerkkejä, jotka ovat luonteeltaan hyvin lähellä seurausta.⁵ Näissä te-

¹ Ashworth 2006 s. 122 ja Hart – Honore 1985 s. LXXX.

² Frände 2012 s. 72; Honkasalo 1933 s. 2–4 ja Krey – Esser 2016 s. 134.

³ Heinrich 2014 s. 75; Krey – Esser 2016 s. 127 ja Nuotio 1998 s. 272–273.

⁴ Tunnusmerkistöjen jaotteluista erilaisiin ryhmiin ks. esim. Frände 2012 s. 61–65; Melander 2016 s. 105–110 ja Virtanen 2005 s. 531–533.

⁵ Esimerkiksi rikoslain 23 luvun (534/1999) 3 §:ssä säänneltyä rattijuopumusta pidetään tekorikoksena. Tunnusmerkistö täyttyy, vaikka vahinkoa ei olisi sattunut. Rattijuopumus kuitenkin edellyttää, että tekijä kuljettaa moottorikäyttöistä ajoneuvoa tai raitiovaunua. Kuljettaminen puolestaan edellyttää, että ajoneuvo myös liikkuu. Liikkuminen tarkoittaa, että ajoneuvo ei ole enää toiminnan päättyessä samassa paikassa kuin toiminnan alkaessa. Kyse on seurauksesta. Vaatus syy-yhteydestä edellyttää, että ajoneuvon liikkuminen on aiheutunut ajoneuvon kuljettajan toiminnasta. Vastaavasti rikoslain 21 luvun (585/1995) 5 §:n pahoinpitelyn tunnusmerkistö täyttyy, kun tekijä tekee toiselle ruumiillista väkivaltaa. Tekorikos-seurausrikos-jaon perusteella RL 21:5 on tekorikos. Vaikka tunnusmerkistö ei edellytäkään erillistä seurausta, näyttää maailma myös pahoinpitelyn jälkeen erilaiselta kuin ennen tekoa. Esimerkiksi ruumiillisen väkivallan käyttäminen aiheuttaa useimmiten myös muutoksen uhrissa kuten luunmurtuman, aivotärähdyksen tai

korikoksissa vaatimus syy-yhteydestä edellyttää, että tekijä on aiheuttanut toiminnallaan seurausta lähellä olevan tunnusmerkin.

Rikosoikeudessa kyse on rikosoikeudellisen vastuun kohdistamisesta. Taivotteena on selvittää, milloin tarkasteluhetkellä jo varmasti tapahtunut ilmiö voidaan lukea syyksi oikeussubjektille. Syyksilukemisen edellytyksenä on, että oikeussubjekti on toiminnallaan tai toimimattomuudellaan aiheuttanut ilmiön. Rikosoikeudellisen kausaalikäsitelmän keskiössä on siten aina oikeussubjektin aktiivinen toiminta tai laiminlyönti. Elottomien ilmiöiden keskinäiset syy-seuraus-suhteet eivät ole sen sijaan lähtökohtaisesti rikosoikeudellisessa mielessä mielenkiintoisia. Ne ovat mielenkiintoisia vain siinä tapauksessa, että niiden syynä on oikeussubjektin aktiivinen toiminta tai laiminlyönti.⁶

Rikosoikeudessa on olennaista tehdä ero pelkkien syiden ja rikosoikeudellisesti merkittävien syiden välillä.⁷ Tätä voidaan havainnollistaa seuraavalla yksinkertaisella esimerkillä.

Oletetaan, että A puukottaa kuolettavasti B:tä. Oletetaan lisäksi, että ruumiinavauksessa B:n kuolinsyyksi varmistuu verenhukka.

Verenhukka on lääketieteellisessä mielessä kuoleman syy. Rikosoikeudelle verenhukka on kuitenkin pelkkä syy. Rikosoikeudellisesti merkittävän syyn löytämiseksi on seurattava tapahtumien kausaalikulkua ajassa taaksepäin. On selvitettävä, mikä aiheutti verenhukan. Tutkimuksissa selviää nopeasti, että A on aikaisemmin tapahtumapäivänä iskenyt B:tä puukolla. Tutkimustulokset paljastavat, että A:n käyttämästä puukosta löytynyt veri vastaa B:n veriryhmää. Näin on mahdollista paikantaa rikosoikeudellisesti merkittävä syy B:n kuolemalle.

Rikosoikeudessa kausaalisuuden ei lähtökohtaisesti tarvitse ennustaa tulevaa. Riittää, että jo sattuneille ilmiöille pystytään löytämään rikosoikeudellisesti merkittävä syy. Teoreettisina apuvälineinä, joiden avulla rikosoikeudellisesti merkittävä syy pyritään paikantamaan, käytetään kausaaliketjuja sekä kausaalilinjoihin.⁸ *Kausaaliketju* yhdistää aktiivisen toiminnan aiheutuneeseen ilmiöön. Puukotus-esimerkissä kyse on kausaaliketjusta, jossa A:n puukotus on johtanut verenhukkaan, joka lopulta on aiheuttanut B:n kuoleman.

mustelman. Kausaalisuus edellyttää pahoinpitelyssäkin, että toisen vahingoittaminen, toiselle aiheutettu kipu tai toisen saattaminen tiedottomaan tai muuhun vastaavaan tilaan seuraa tekijän toiminnasta. Tästä tarkemmin *Matikkala* 2005 s. 564–571 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 220–222. Ks. myös *Jareborg* 2009 s. 165 ja *Honkasalo* 1933 s. 3.

⁶ *Jareborg* 2009 s. 152.

⁷ Näin ei tosin aina ole ollut, sillä kausaalisuutta tarkasteltiin pitkään oikeustieteessä puhtaan filosofisena kysymyksenä. Tästä tarkemmin *Honkasalo* 1933 s. 4–5.

⁸ Kausaaliketjuista ja -linjoista suomalaisessa rikosoikeustieteessä ks. *Nuutila* 1996 s. 201–204 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 164–165. Pohjoismaisessa rikosoikeustieteessä aihetta on käsitelty erityisen kattavasti Nils Jareborg. Ks. *Jareborg* 1995 s. 81–99.

Kausaalilinja poikkeaa kausaaliketjusta siksi, että siinä joko syynä tai seurauksena on negatiivinen ehto: jotain jota ei ole tapahtunut. A:n toiminta voi olla rikosoikeudellisesti merkittävää siksi, että sen vuoksi ilmiö X, joka muuten olisi syntynyt, jää syntymättä. Rikosoikeudellisesti merkittävää toimintaa voi myös olla tekijän toimimattomuus eli laiminlyönnillä aiheuttaminen. Ensimmäkin ilmiö X voi myös syntyä siksi, että A on jättänyt toimimatta. Toisaalta A:n toimimattomuus voi olla syy sille, että X on jäänyt syntymättä.

Rikosoikeudellisen vastuun kytkeminen negatiivisiin ehtoihin haastaa luonnontieteellisen kausaalikäsitteiden perusidean. Tämä pätee erityisesti laiminlyönnillä aiheuttamiseen. Jo roomalaisessa oikeudessa kehittyi periaate *ex nihilo nihil fit* eli tyhjästä ei voi syntyä mitään.⁹ Laiminlyönti ei voi olla aktiivisen toiminnan tapaan seurauksen syy. Kausaaliketjuissa syy-yhteys on mahdollista näyttää toteen turvautumalla yleiseen luonnonlakiin tai säännönmukaisuuteen syyn ja seurauksen välisestä suhteesta. Tarkastelu kohdistuu ensisijaisesti toteutuneeseen tapahtumienkulkuun. Sen sijaan kausaalilinjoissa, joissa yksi lenkeistä on aina negatiivinen ehto, syy-yhteyden määrittämisestä tulee aina täysin hypoteettista. Siksi syy-yhteyden selvittäminen edellyttää aina vaihtoehtoisten kausaalikulujen konstruoimista. Niiden avulla on pyrittävä selvittämään, olisiko X jäänyt syntymättä ilman A:n toimintaakin, olisiko X syntynyt, vaikka A olisi toiminutkin, tai olisiko X jäänyt syntymättä, vaikka A olisi toiminutkin.¹⁰

2.2 RIKOSOIKEUDELLISEN SYY-YHTEYDEN LAJIT

Rikosoikeudellisen vastuun kohdistaminen edellyttää sen selvittämistä, millaista syy-yhteyttä eri tunnusmerkistöt edellyttävät. Rikosoikeuden näkökulmasta voidaan erottaa ainakin kolme erilaista syy-yhteyden tyyppiä.¹¹ *Fyysisellä syy-yhteydellä* tarkoitetaan luonnontieteille ominaista syy-yhteyttä, jossa teko ja seuraus kytketään toisiinsa turvautumalla luonnontieteelliseen tietoon erilaisten ilmiöiden syy-seuraus-suhteista. Esimerkkinä fyysistä syy-yhteyttä edellyttävästä tunnusmerkistöstä voi käyttää RL 21:1:n tapaa. Säännös edellyttää, että tekijän toiminnan on täytynyt aiheuttaa uhrin kuoleman. Kuolema on fysikaalinen ilmiö, jonka syy on mahdollista seuloa esiin turvautumalla luonnontieteelliseen tietoon eri ilmiöiden vaikutussuhteista. Fyysistä syy-yhteyttä voi pitää rikosoikeudessa kausaalisuuden perustapauksena.

Rikosoikeus ei kuitenkaan voi operoida yksinomaan luonnontieteellisellä kausaalikäsitteellä; fyysinen syy-yhteys on liian rajoittunut rikosoikeuden tar-

⁹ Nuotio 2007 s. 123 ja Nuutila 1997 s. 111.

¹⁰ Tästä Jareborg 2009 s. 155 ss.

¹¹ Erilaisista rikosoikeudellisen syy-yhteyden tyypeistä ks. Nuutila 1996 s. 199 ss. ja Tapani – Tolvanen 2014 s. 163 ss. ja 171–173.

peisiin. Se soveltuu tilanteisiin, joissa toiminnan seurauksena on fyysikaalinen ilmiö. Osa rikosoikeudellisesti merkittävistä ilmiöistä on luonteeltaan kuitenkin juridisia. Esimerkkinä puhtaan juridisesta ilmiöstä voi käyttää maksukyvyttömyyttä, joka esiintyy RL 39:1 velallisen erärehellisyydessä. RL 39:1 edellyttää, että tekijän toiminta on johtanut tämän maksukyvyttömyyteen tai sen oleelliseen pahentumiseen. Toiminnan, esimerkiksi omaisuuden luovutuksen, ja maksukyvyttömyyden välinen syy-yhteys ei kuitenkaan jäsenny luonnolakiin perusteella, vaan se on tuotettava oikeudellisesti. Syy-yhteydestä, jossa kytketään toisiinsa toiminta ja oikeudellisesti määritelty olosuhde, puhutaan *juridisena syy-yhteytenä*.

Sekä fyysisessä että juridisessa syy-yhteydessä toiminnan seurauksena on luonnontieteellinen tai oikeudellinen ilmiö. Rikosoikeus on kuitenkin kiinnostunut myös ilmiöistä, joissa tekijän toiminnan seurauksena toinen tekee jotain tai jättää jotain tekemättä. Tällaisista ilmiöistä voi kuvailla henkisiksi tai psyykkisiksi. Selvin esimerkki tästä on RL 5:5:n yllytys. Yllytysvastuun perusedellytyksenä on, että yllyttäjän toiminta saa tekijässä aikaan tekopäätöksen tai ainakin muodostaa pääasiallisen syyn¹² tekijän toiminnalle. Yllytyksessä kyse on tekijän psyykkisestä vaikuttamisesta, jolloin puhutaan *psyykkisestä syy-yhteydestä*.

2.3 RIKOSOIKEUDESSA SOVELLETUT KAUSAALISUUSTEORIAM

Rikosoikeus on kiinnostunut sen erityistarpeisiin soveltuvasta syy-yhteydestä – rikosoikeudellisesti merkittävästä syy-yhteydestä. Rikosoikeuden kiinnostuksen rajautuminen vain rikosoikeudellisesti merkittäviin syihin edellyttää, että ne voidaan seuloa esiin muiden syiden joukosta. Tätä tarkoitusta varten rikosoikeustieteessä on kehitetty erilaisia kausaalisuusteorioita. Kausaalisuusteorioiden pyrkimyksenä on vastata siihen, mitä teon ja seurauksen yhteydeltä milloinkin edellytetään, jotta tekijän toiminnan voidaan katsoa aiheuttaneen seurauksen.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä *Ari-Matti Nuutila* ja *Kimmo Nuotio* ovat 1990-luvun lopulta olevissa väitöskirjoissaan käsitelleet kattavasti eri kausaalisuusteorioita ja sekä niiden historiaa.¹³ Lisäksi *Brynolf Honkasalon* väitöskirja 1930-luvulta käsittelee nimenomaisesti kausaalikysymystä rikosoikeudessa.¹⁴

¹² Osa rikosoikeustieteilijöistä käyttää syyn sijasta (toiminta)perusteen käsitettä psyykkisessä syy-yhteydessä. Näin mm. *Frände* 2012a s. 81–82; *Hart – Honore* 1985 s. 51 ja *Puppe* 2011 s. 44–45.

¹³ Ks. sekä *Nuutila* 1996 että *Nuotio* 1998.

¹⁴ Ks. *Honkasalo* 1933.

Eri teorioita on myös käsitelty enemmän ja vähemmän kattavasti kotimaisissa rikosoikeuden yleisesityksissä.¹⁵

Sen vuoksi katson, ettei kaiken kattava analyysi eri kausaalisuusteorioiden eduista ja haitoista ole tässä yhteydessä tarpeen. Se ei myöskään toisi lisäarvoa tutkimukseen. Eri kausaalisuusteorioiden perusteiden esittely on kuitenkin tarpeellista myös tämän tutkimuksen kannalta. Vasta erilaisten kausaalisuusteorioiden peruslähtökohtien ymmärtäminen mahdollistaa avunannon ja siihen liittyvän syy-yhteys-vaatimuksen ymmärtämisen.

Ekvivalenssiteoria (*Äquivalenztheorie*), joka tunnetaan myös nimellä edellytysteoria (*Bedingungstheorie*), muodostaa rikosoikeudessa perinteisen menetelmän syy-yhteyden toteamiseen.¹⁶ Vaikka teoria on kehitetty jo 1800-luvulla, sen merkitys on edelleen suuri.¹⁷ Teorian ensimmäisenä kannattajana pidetään itävaltalaisista prosessualistia *Julius Glaseria*, mutta rikosoikeudellisesti merkittävän syy-yhteyden määrittämiseen teorian jalosti saksalainen *Maximilian von Buri*.

Teoria korostaa kaikkien syiden samanarvoisuutta. Seurauksella on aina lukemattomia ehtoja, joita ei voida asettaa eriarvoiseen asemaan niiden merkityksen perusteella. Ekvivalenssiteorian näkökulmasta kaikki ehdot ovat seurauksen syitä.¹⁸ Tässä mielessä ekvivalenssiteorian kausaalikäsitys on lähempänä luonnontieteellistä tai filosofista kausaalikäsitystä kuin juridista, koska teoria ei erottele syitä niiden merkityksen perusteella. Toisaalta ekvivalenssiteoria on juuri siksi oikeudellinen kausaalisuusteoria, että luonnontieteistä poiketen se ei käsittele seurauksen syytä kaikkien sen syntymiseksi välttämättömien ehtojen kokonaisuutena, vaan teoria käsittelee jokaista ehtoa seurauksen itsenäisenä syynä.¹⁹

Ekvivalenssiteoriaan liittyy olennaisesti *Glaserin* kehittämä ja *von Burin* häneltä omaksuma ajatuskoe. Se on apuväline, jonka avulla on mahdollista selvittää, milloin kyseessä on ekvivalenssiteorian mukainen syy. Ajatuskokeen mukaan rikosoikeudellisesti merkittävä syy on jokainen seikka, jota ei voida ajatella pois tapahtumankulusta ilman, että seuraus jäisi syntymättä. Tällöin seikan voidaan sanoa olevan seurauksen syntymisen välttämätön edellytys eli *conditio sine qua non* (*csqn*).

Toisin kuin oikeuskäytännössä, saksalaisessa rikosoikeustieteessä *csqn*-muotoilu (*formel von der conditio sine qua non*) on jossain määrin menettä-

¹⁵ Ks. *Frände* 2012 s. 71–79; *Melander* 2016 s. 126–132 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 163–175.

¹⁶ Termeihin ”ekvivalenssiteoria” ja ”edellytysteoria” liittyvistä pienistä vivahde-eroista ks. *Nuotio* 1998 s. 150.

¹⁷ Esimerkiksi saksalaisessa oikeuskäytännössä ekvivalenssiteoria on edelleen vallitseva teoria syy-yhteyden selvittämisessä rikosasioissa. Ks. esim. *Puppe* 2011 s. 27; *Roxin* 2006 s. 351 ja *Schmidt* 2011 s. 51.

¹⁸ *Nuotio* 1998 s. 150 ja *Nuutila* 1996 s. 200–201.

¹⁹ *Roxin* 2006 s. 352.

nyt asemaansa sisällöllisenä ratkaisuna ekvivalenssiteoriaan. Sen sijaan monissa teoksissa viitataan säännönmukaisten edellytysten teoriaan (*formel von der gesetzmässigen Bedingung*)²⁰, joka syntyi vastavoimana csqn-muotoilun ongelmille.²¹ Teorian kehittäjä oli *Karl Engisch* 1930-luvulla. *Engischin* mukaan tekijän toiminta on syy-yhteydessä seuraukseen, jos toiminnan ja seurauksen välillä on luonnonlakien mukainen suhde.²² *Engischin* teorian etuna csqn-muotoiluun nähden on, että se käsittelee syy-yhteyttä suoraan eikä välillisesti hypoteesien avulla²³; olennaista siinä on pyrkiä selvittämään toiminnan ja seurauksen välillä vallitsevia säännönmukaisuuksia.²⁴ Säännönmukaisten edellytysten teorian suurin ongelma puolestaan on, millaisia edellytyksiä asetetaan vaadittavalle säännönmukaiselle yhteydelle: millaiset luonnonlait voivat toteuttaa sen?²⁵

Engisch ei koskaan tarkkaan määrittänyt, millaiset luonnonlait kelpaavat todentamaan toiminnan ja seurauksen välillä vallitsevan säännönmukaisen yhteyden. Hän kuitenkin katsoi, että luonnonlait tulee ymmärtää laajimmassa mahdollisessa merkityksessä.²⁶ Tietyissä tilanteissa, kuten psyykkisen vaikuttamisen yhteydessä, jo *Engisch* joutui turvautumaan perinteisten luonnonlakien sijaan muunlaisiin kokemussääntöihin.²⁷ Edes alkuperäisessä säännönmukaisten edellytysten teoriassa syy-yhteyden todentamista ei siten kahlittu tiukasti yksinomaan luonnonlakeihin.

Kaikki oikeudellisesti merkittävät ilmiöt eivät jäsenny luonnonlakien mukaan. Nämä ilmiöt rajautuisivat automaattisesti pois rikosoikeudellisen vastuun piiristä, jos syy-yhteyden määrittämisessä voitaisiin käyttää ainoastaan sellaisia kausaalilauseita, joiden olemassaolo ja paikkansapitävyys voidaan todentaa luonnontieteellisesti. Seurauksena myös rikosoikeudellisen kausaalisuuden piiristä muodostuisi auttamattomasti alikattava. Onkin lähdeittävä siitä, että myös säännönmukaisten edellytysten teoriassa on ennen kaikkea juridisen ja psyykkisen syy-yhteyden tapauksissa voitava turvautua myös kokemuslauseisiin syy-yhteyden todentamisessa. Vaikka *Engisch* puhuukin luonnonlakien mukaisesta suhteesta, nykyisin teoriaa sovelletaan myös sellaiseen kausaalisuuteen, jossa syy-yhteys jäsenyy muiden kuin luonnonlakien perusteella.²⁸

²⁰ Tarkasti käännettynä pitäisi puhua säännönmukaisen edellytyksen teoriasta.

²¹ *Kühl* 2012 s. 24–25 ja 33. Säännönmukaisten edellytysten teoriaa kannattavat mm. *Jescheck* 1988 s. 254; *Jakobs* 1991 s. 188 ja *Samson* 1972 s. 33.

²² *Engisch* 1931 s. 21.

²³ *Kühl* 2012 s. 33–34 ja *Nuutila* 1996 s. 218–219.

²⁴ *Jakobs* 1991 s. 188 ja *Jescheck* 1988 s. 254.

²⁵ *Nuutila* 1996 s. 219.

²⁶ *Engisch* 1931 s. 23.

²⁷ Näin *Engischin* alkuperäistä säännönmukaisten edellytysten teoriaa on tulkinnut myös *Nuotio* 1998 s. 193.

²⁸ Näin esim. *Roxin* 2006 s. 364–365 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 62. Toisin kuitenkin esim. *Rengier* 2016 s. 76.

Nykyisin sekä csqn-muotoilua että säännönmukaisten edellytysten teoriaa on täsmennetty siten, että seurausta tarkastellaan sen konkreettisessa muodossaan. Syy-yhteyden täyttymiselle riittää näin pelkästään sellainen tapahtumienkulun modifikaatio, joka muuttaa tunnusmerkistön täyttymisen tapaa, aikaa tai paikkaa.²⁹

J. L. Mackien kehittämä INUS-malli on muodostanut tuoreimmassa suomalaisessa rikosoikeustieteessä kannatetuimman teorian rikosoikeudellisesti merkityksellisen kausaalisuuden määrittämiseen.³⁰ Myös saksalaisessa rikosoikeustieteessä malli on viime vuosikymmeninä saanut entistä enemmän kannatusta.³¹ INUS-mallin mukaan syy voi olla yksin riittämätön seurauksen aikaan saamiseen, mutta se muodostaa välttämättömän osan ehtojoukkoa, joka kokonaisuutena on riittävä seurauksen aikaansaamiseen. Seuraus syntyy siten harvoin – jos koskaan – vain yhden tekijän vaikutuksesta.³²

Toisin kuin ekvivalenssiteoria INUS-malli korostaa erilaisten tekijöiden yhteisvaikutusta seurauksen syynä. Rikosoikeudellisessa mielessä kuitenkin riittävää on, että tekijä on yksi vaikuttavista seikoista kokonaisuudessa, joka on aikaansaanut seurauksen. Useimmiten on kuitenkin täysin mahdollista, että toisenlainenkin ehtojoukko olisi johtanut samaan seuraukseen, minkä INUS-malli ottaa myös huomioon. Ehtojoukon ei ole oltava kokonaisuutena välttämätön seurauksen syntymiselle vaan ainoastaan riittävä.³³

INUS-mallin avulla pyritään löytämään sellainen ehtojoukko, joka olisi riittävä minimiehto seurauksen syntymiselle. INUS-mallin kannalta olennainen kysymys on, milloin kyseessä on ehtojoukko, joka on riittävä saamaan aikaan tunnusmerkistön edellyttämän seurauksen. Tässä suhteessa INUS-malli ei kuitenkaan eroa merkittävästi ekvivalenssiteoriasta. Sen selvittämiseksi, milloin ehtojoukon voidaan katsoa olevan seurauksen välttämätön edellytys, on turvaututtava csqn-testin kaltaiseen ajatuskokeeseen sekä luonnonlakeihin ja kokeumuslauseisiin, joiden avulla täytetään niitä tiedollisia aukkoja, joita liittyy kausaalisuhteisiin.

²⁹ Csqn-muotoilun osalta ks. esim. *Heinrich* 2014 s. 78–80 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 61 sekä säännönmukaisten edellytysten teorian osalta ks. esim. *Jakobs* 1991 s. 189 ja *Kühl* 2012 s. 34.

³⁰ Ks. sekä *Frände* 2012 s. 73–79 että *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 166 ja 172. Toisin kuitenkin *Korkka* 2015 s. 108–115.

³¹ Ks. esim. *Kindhäuser* 2008 s. 485 ja *Puppe* 2011 s. 29.

³² *Mackie* 1974 s. 38 ja 62.

³³ *Mackie* 1974 s. 59–62. Kotimaisessa rikosoikeustieteessä Heli Korkka on kritisoinut INUS-mallia siitä, ettei se hyväksy seurauksen riittäviksi ehdoiksi useampia samanaikaisia ehtojoukkoja, mikä aiheuttaa ongelmia erityisesti ns. kaksoiskausaalisuuden ja syrjäyttävän syy-yhteyden tapauksissa. Tästä tarkemmin ks. *Korkka* 2015 s. 109–114.

2.4 AVUNANNON KAUSAALISUUS

2.4.1 Lähtökohdat avunannon kausaalisuuden määrittämiseksi

Kausaalisuus muodostaa yhden avunannon teoreettisista peruspilareista. Sen vuoksi on pystyttävä määrittämään, millainen kausaalisuusvaatimus avunantoon liittyy. Lähtökohdat avunannon kausaalisuuden määrittämiseksi asetetaan rikoslaisissa ja sen esitöissä. RL 5:6:n mukaan avunannosta tuomitaan se, ”joka tahallaan auttaa toista tahallisen rikoksen tai sen rangaistavan yrityksen tekemisessä”. Sitä, mitä toisen auttamisella rikoksen tekemisessä tarkoitetaan, on täydennetty hallituksen esityksessä. Hallituksen esityksen mukaan:

”Avunannon ei tarvitse olla seurauksen syntymisen välttämätön edellytys. Muussa tapauksessa avunanto useimmissa tapauksissa jäisi rankaisematta. Kausaalisuusvaatimusta onkin lievennetty avunannon osalta. Aina kuitenkin edellytetään, että avunanto on edistänyt rikosta. Vaaditaan siis, että avunantotoimi on lisännyt rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä. Selvää ohjetta sen suhteen, kuinka paljon todennäköisyyden tulisi kasvaa, ei ole asetettu.”³⁴

Hallituksen esityksen perusteella avunannolla on seuraus. Koska avunannon on edistettävä rikosta, tulkitsen, että ainoa looginen vaihtoehto avunannon seuraukseksi on päätekijän toiminta.³⁵ Hallituksen esityksen perusteella avunannon kausaalisuuden erityispiirre on, ettei avunannon tarvitse olla seurauksen syntymisen välttämätön edellytys. Tämä erityispiirre tekee avunannon kausaalisuusvaatimuksesta ongelmallisen perinteisten kausaalisuusteorioiden näkökulmasta.

Kausaalisuudessa on pohjimmiltaan kyse seurauksen aiheuttamisesta. Jokaiselle seuraukselle voidaan lähtökohtaisesti määritellä syy. Syy toisin sanoen aiheuttaa seurauksen – joko yksin tai yhdessä muiden syiden kanssa. Syyn poistaminen kausaali- ketjusta johtaa seurauksen jäämiseen syntymättä. Näille premissille rakentuvat enemmän tai vähemmän kaikki perinteiset rikosoikeudessa käytetyt kausaalisuusteoriat.³⁶

Avunanto ei tässä mielessä kuitenkaan ole päätekijän toiminnan syy, koska seurauksen syntyminen ei riipu avunantajan toiminnasta. Sen vuoksi avun-

³⁴ HE 44/2002 vp s. 157.

³⁵ Myös rikosoikeustieteessä vakiintunut kanta on, että jos avunantoon katsotaan liittyvän seurauksen, seurauksen asemassa on päätekijän toiminta. Suomalaisessa kirjallisuudessa ks. esim. *Honkasalo* 1967 s. 228 ja *Sundström* 1926 s. 46 ss. Saksalaisessa kirjallisuudessa ks. esim. *Bockelmann – Volk* 1987 s. 197; *Jeschek* 1988 s. 628–629 ja *Roxin* 2003 s. 192–193.

³⁶ Ekvivalenssiteorian lähtökohtana on, että kyse ei ole rikosoikeudellisesta syystä, jos seuraus ilman sitäkin syntyisi konkreettisesti muodossaan. Vaikka INUS-malli ei edellytä, että rikosoikeudellinen syy olisi yksin riittävä aiheuttamaan seurauksen, tulee rikosoikeudellisesti merkittävän syyn olla välttämätön osa ehtojoukkoa, joka on kokonaisuutena riittävä seurauksen aiheuttamiseen.

annossa ei ole myöskään kyse seurauksen aiheuttamisesta. Lopputuloksena näyttääkin olevan, ettei perinteisten kausaalisuusteorioiden näkökulmasta avunannon kausaalisuusvaatimusta ole vain lievennetty, vaan siitä on luovuttu kokonaan.

Hallituksen esityksen mukaan avunannon kausaalisuus määritellään edistämiseksi: avunantotoimen on edistettävä päätekijän rikosta. Edistäminen rinnastetaan siihen, että avunantotoimi on lisännyt päätekijän rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä. Toisaalta avunannon kausaalisuus kytketään myös siihen, kuinka paljon avunantotoimi on lisännyt päätekijän rikoksen todennäköisyyttä. Kaikenlainen edistäminen ei siten välttämättä riitä täyttämään avunannon kausaalisuusvaatimusta.

Laissa ja sen esitöissä ei ole haluttu rajata avunannon tekotapoja. Sen vuoksi on mietittävä, riippuuko avunannon kausaalisuuden sisältö myös siitä, miten päätekijän toimintaa on edistetty. Hallituksen esityksen lähtökohdaksi on, että avunantaminen on mahdollista toteuttaa sekä aktiivisin toimin että laiminlyönnillä.³⁷ Vaikka laiminlyönnin yhteydessä ei voida puhua seurauksen aiheuttamisesta aktiivisen toiminnan tapaan, rikosoikeustieteessä hyväksytään laiminlyönnillä aiheuttamisen käsite. Laiminlyönnin kausaalisuus eroaa kuitenkin merkittävästi aktiivisen toiminnan kausaalisuudesta. Sen vuoksi on pystyttävä määrittämään, millainen kausaalisuusvaatimus laiminlyönnillä toteutettavaan avunantoon liittyy.

Lisäksi hallituksen esitys mahdollistaa fyysisen avunannon ohella myös psyykkisen avunannon. Ilmiönä psyykkinen vaikuttaminen eroaa merkittävästi fyysisestä luonnonlakien mukaan jäsentyvästä syy-yhteydestä. Sen vuoksi on vielä erikseen määritettävä psyykkisen avunannon kausaalisuuden sisältö. Lopuksi on huomioitava, ettei Suomessa ole kriminalisoitu avunannon yritystä eli epäonnistunutta avunantoa. Sen vuoksi avunannon kausaalisuusvaatimus ei saa muodostua sellaiseksi, että se laajentaisi rikosoikeudellisen vastuun kattamaan myös avunannon yrityksen. Tällainen tulkinta olisi syytetylle epäedullisena rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vastainen.

Laissa ja sen esitöissä asetetut lähtökohdat avunannon kausaalisuusvaatimuksen sisällön määrittämiselle voidaan tiivistää seuraavasti: (i) Avunannossa on kyse seurausrikoksesta, jossa seurauksen asemassa on päätekijän toiminta. (ii) Avunantotoimen on aina edistettävä päätekijän toimintaa tai lisättävä sen toteutumisen todennäköisyyttä, mutta (iii) avunantotoimen ei ole oltava päätekijän toiminnan välttämätön edellytys. (iv) Koska avunanto voidaan toteuttaa myös laiminlyönnillä, on määritettävä, millainen kausaalisuusvaatimus laiminlyönnillä toteutettavaan avunantoon liittyy. (v) Lisäksi on selvitettävä, liittyykö psyykkisen avunannon kausaalisuusvaatimukseen erityispiirteitä. (vi) Missään

³⁷ HE 44/2002 vp s. 157.

tilanteessa avunannon kausaalisuusvaatimus ei saa kuitenkaan muodostua sel-laiseksi, että se johtaa yritetyn avunannon rankaisemiseen.

Siirryn seuraavaksi tarkastelemaan rikosoikeustieteessä kehitettyjä erilaisia teorioita avunannon kausaalisuudesta. Vertaan teorioiden lähtökohtia laissa ja sen esitöissä avunannon kausaalisuuden määrittämiseksi asetettuihin lähtökoh-tiin ja pyrin siten selvittämään, mikä avunannon kausaalisuuden tarkka sisältö on suomalaisessa doktriinissa. Tarkastelen aluksi teorioita ainoastaan avunan-non perustapauksen eli fyysisen avunannon näkökulmasta. Vasta tämän jälkeen ulotan tarkastelun erikseen psyykkisen avunannon kausaalisuuteen sekä lai-minlyönnillä toteutettavan avunannon kausaalisuuteen.

2.4.2 Riskin käsitteelle rakentuvat teoriat

Rikosoikeustieteessä on esitetty, että avunantajan toiminnan ja päätekijän toi-minnan välillä vallitseva syy-yhteys tulisi ymmärtää riskin käsitteen avul-la.³⁸ Erityisesti saksalaisessa rikosoikeustieteessä on kehitetty teorioita, joissa riskin käsite korvaa avunannon tunnusmerkistössä perinteisen syy-yhteyden. Teorioita on useita, ja ne eroavat toisistaan yksityiskohdiltaan, mutta kaikis-sa niissä keskeinen ajatus on sama: teorioiden mukaan avunannon kausaali-suudessa on kyse siitä, että avunantaja on toiminnallaan korottanut päätekijän toiminnan toteutumisen riskiä. Yhteistä teorioille on myös se, että ne ammen-tavat enemmässä tai vähemmässä määrin riskikorotusdoktriinista (*Risikoer-höhung*), joka yleensä liitetään tuottamusoppiin sekä oppiin objektiivisesta syyksilukemisesta.³⁹

Riskin käsitteelle rakentuviin teorioihin sekä avunannon kausaalisuuden määrittämiseksi rikoslaissa ja sen esitöissä asetettuihin lähtökohtiin liittyy yh-täläisyyksiä. Riskin käsitteellä operoivissa teorioissa avunannon syy-yhteys kytketään avunantajan toiminnan myötä kasvavaan *riskiin* päätekijän toimin-nan toteutumisesta. Hallituksen esityksessä avunannon syy-yhteys kytketään puolestaan osittain avunantajan toiminnan myötä kasvavaan *todennäköisyy-teen* päätekijän toiminnan toteutumisesta. Riski ja erilaiset todennäköisyyslau-seet liittyvät erottamattomasti yhteen. Riski tarkoittaa todennäköisyyttä jonkin yleensä ei-toivotun seikan toteutumisesta. Riippuen siitä, kuinka todennäköis-tä seikan toteutuminen on, puhutaan joko korkeammasta tai matalammasta ris-kistä. Tästä seuraa, että riski päätekijän toiminnan toteutumisesta tarkoittaa, että päätekijän toiminnan toteutuminen on mahdollista tietyllä todennäköisyy-dellä.⁴⁰

³⁸ Suomalaisessa rikosoikeustieteessä näin *Frände* 2007 s. 287.

³⁹ Tiivistetysti eri teorioiden pääkohdista ks. *Samson* 1972 s. 81–83 ja *Welz* 2010 s. 37–40.

⁴⁰ Pitkälti vastaavasti *Frände* 2012 s. 90. Ks. myös *Nuotio* 1998 s. 40–41.

Teorioista, jotka rakentuvat riskin käsitteelle, radikaaleimpana pidetään yleisesti *Rolf Dietrich Herzbergin* käsitystä avunannon kausaalisuudesta. *Herzbergin* mukaan avunannon tunnusmerkkien täyttyminen edellyttää ainoastaan jonkinlaisen avunantotoimen suorittamista. Sen sijaan ei edellytetä, että avunantotoimi olisi tosiasiallisesti edistänyt päätekijän toimintaa. Riittävää on, että avunantaja on toiminnallaan luonut riskin päätekijän toiminnan toteutumisesta, mutta riskin ei tarvitse konkretisoitua päätekijän toiminnassa. Ratkaisevaa avunannon syy-yhteyden täyttymiselle *Herzbergin* teoriassa on, onko avunantotoimi luonteeltaan omiaan lisäämään riskiä päätekijän toiminnan toteutumisesta.⁴¹

Sen ohella että avunantajan toiminnan on lisättävä päätekijän rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä, avunannon kausaalisuus kytketään hallituksen esityksessä kuitenkin myös päätekijän toiminnan edistämiseen; avunannon on aina edistettävä päätekijän rikosta. *Herzbergin* teoria ei kuitenkaan ole sovitettavissa yhteen tämän avunannon kausaalisuuden lähtökohdan kanssa. *Herzbergin* teoriassa avunannon rangaistavuus riippuu objektiivisesti siitä, onko avunantotoimi luonut riskin päätekijän toiminnan toteutumisesta. Koska riskin ei ole kuitenkaan konkretisoiduttava päätekijän toiminnassa, avunantovastuuseen saattavat johtaa myös sellaiset avunantajan toimet, jotka eivät ole tosiasiallisesti edistäneet päätekijän toimintaa.

Oletetaan, että B on päättänyt tappaa isänsä C:n. Matkalla C:n luokse B tapaa sattumalta serkkunsa A:n ja kertoo tälle oikeistaan. A ei voi sietää C:tä ja varmistaakseen C:n menehtymisen lainaa B:lle revolverinsa. C:n luokse saavuttuaan B kuitenkin huomaa, että revolveri on puhdistettava ja öljyttävä sen saattamiseksi toimintakuntoon. Koska B ei jaksa nähdä moista vaivaa, hän riistää C:ltä hengen puukottamalla tätä, kuten alun perin oli tarkoituskin.

Hallituksen esityksen mukaan kyse on avunannon yrityksestä, jos avunantaja ei ole onnistunut lainkaan edistämään rikoksen tekemistä tai jos päätekijä ei ole miltään osin käyttänyt hyväkseen avunantajan taholta tarjolla ollutta tukea.⁴² Koska B ei ole lopulta käyttänyt A:lta saamaansa revolveria, A:n toiminta ei ole fyysisesti edistänyt B:n tapporikoksen toteutumista. Sen vuoksi kyse ei voi olla ainakaan fyysisen avunannon perusteella muusta kuin avunannon yrityksestä. Revolverin antaminen luo kuitenkin riskin B:n toiminnan toteutumisesta, ja *Herzbergin* teorian mukaan A tuomittaisiin epäilemättä avunantajana.⁴³ Suomalaisen osallisuusopin näkökulmasta *Herzbergin* teoria laajentaakin fyysisen avunannon rangaistavuuden alaa kattamaan tilanteita, joissa on objektiivisesti kyse vain yrityksestä avunannosta.

⁴¹ *Herzberg* 1971 s. 4–8.

⁴² HE 44/2002 vp s. 157.

⁴³ Samoin *Heinrich* 2014 s. 595–596.

Käytännössä *Herzbergin* käsitys avunannon kausaalisuudesta johtaa avunannon tunnusmerkistöllisen luonteen muuttumiseen vaarantamisrikokseksi.⁴⁴ Teoriassa avunannon rangaistavuus ei perustu enää siihen, että avunantajan toiminta on todella edistänyt päätekijän toimintaa. Sen sijaan avunannon rangaistavuus edellyttää ainoastaan, että avunantajan toiminta on korottanut riskiä päätekijän toiminnan toteutumisesta. Koska edellytyksenä ei ole, että avunantajan toiminnan luoma riski olisi lopulta edes konkretisoitunut päätekijän toiminnassa, muuttuu avunanto *Herzbergin* teoriassa abstraktiksi vaarantamisrikokseksi. Ratkaisevaa on, onko avunantotoimi yleisesti omiaan lisäämään riskiä päätekijän toiminnan toteutumisesta. Toisin sanoen ratkaisevaa on, onko avunantotoimi yleisesti omiaan aiheuttamaan vaaran päätekijän toiminnan toteutumisesta.

Jochen Salamon puolestaan ymmärtää avunannon pikemminkin konkreettisenä vaarantamisrikoksena, jonka syyksilukeminen ei lainkaan edellytä kausaalisuutta sen perinteisessä merkityksessä.⁴⁵ Merkittävänä kriminaalipoliittisena virikkeenä *Salamonin* käsitykselle toimivat näyttövaikeudet, joita liittyy erityisesti psyykkiseen avunantoon mutta myös fyysiseen avunantoon. Näyttövaikeuksien helpottamiseksi avunannon kausaalisuus tulee ymmärtää riskin korotuksena.⁴⁶ *Salamonin* mukaan avunannossa seurauksen asemassa ei ole varsinaisesti päätekijän toiminta, vaan riittävää on, että avunantotoimi on avunantohetkellä ainoastaan korottanut todennäköisyyttä päätekijän oikeushyvän loukkauksen toteutumisesta.⁴⁷

Arvio siitä, onko avunantotoimi korottanut päätekijän toiminnan todennäköisyyttä, tehdään *ex ante* -näkökulmasta ja mittapuuna käytetään tavallista huolellista tarkkailijaa, joka varustetaan lisäksi avunantajalla kyseisessä tilanteessa olleella erityistietämyksellä.⁴⁸ Tästä seuraa, että esimerkkitapauksessa, jossa B on päättänyt tappaa isänsä C:n, A tuomittaisiin epäilyksettä avunantajana: revolverin lainaaminen B:lle on korottanut B:n oikeushyvän loukkauksen toteutumisen eli C:hen kohdistuvan tapporikoksen todennäköisyyttä. Avunantovastuu sulkeutuisi pois lähtökohtaisesti vain siinä tapauksessa, että mittapuuna käytettävän huolellisen tarkkailijan näkökulmasta tarkasteltuna olisi ollut selvää jo avunantohetkellä, ettei revolveri ole toimintakuntoinen eikä sitä voida saattaa takaisin toimintakuntoon.⁴⁹

Suomalaisen doktriinin näkökulmasta tarkasteltuna *Salamonin* käsitys avunannon kausaalisuudesta kohtaa kuitenkin pitkälti samat ongelmat kuin *Herzbergin* käsitys; siinäkin avunannon rangaistavuus ei enää perustu avun-

⁴⁴ *Roxin* 2003 s. 195–196 ja *Welz* 2010 s. 39.

⁴⁵ Näin *Samson* 1972. s 71.

⁴⁶ *Salamon* 1968 s. 108 ja 112–118. Vastaavaa näkökulmaa on korostettu myös lain esitöissä. Ks. HE 44/2002 vp s. 157.

⁴⁷ *Salamon* 1968 s. 140–141.

⁴⁸ *Salamon* 1968 s. 150.

⁴⁹ Vrt. *Salamon* 1968 s. 155–163 ja hänen esittämänsä esimerkkitapaukset.

antajan toiminnan ja päätekijän rikoksen toteutumisen välillä vallitsevaan syy-yhteyteen, ja seurauksena on avunannon tunnusmerkistöllisen luonteen muuttuminen vaarantamisrikokseksi. Tästä puolestaan seuraa, että rangaistavan avunannon ala laajenee kattamaan myös sellaiset avunantotoimet, joissa on kyse vain avunannon yrityksestä. Sen vuoksi *Salamoninkaan* käsitys ei ole sovitettavissa yhteen suomalaisen doktriinin kanssa.

Myös *Theo Vogler* on esittänyt olennaisilta osin riskin käsitteelle rakentuvan teorian avunannon tunnusmerkistöllisestä rakenteesta ja sen edellyttämistä kausaalisuudesta. Sitä voidaan luonnehtia *Salamonin* teorian ja seuraavassa alaluvussa esiteltävän edistämisteorian hybridiksi. *Vogler* hahmottaa avunannon eräänlaisena seuraus- ja vaarantamisrikoksen yhdistelmänä. *Voglerin* teoria avunannon kausaalisuudesta edellyttää, että erotetaan toisaalta kausaalisuus suhteessa päätekijän rikoksen toteutumiseen ja toisaalta kausaalisuus suhteessa päätekijän toimintaan rikoksen valmisteluvaiheessa.⁵⁰ Edellisessä suhteessa *Voglerin* mukaan riittää, että avunantotoimi on luonteeltaan sellainen, että se on kelvollinen korottamaan riskiä päätekijän rikoksen tunnusmerkistön toteutumisesta.⁵¹ Jälkimmäisessä suhteessa *Vogler* sen sijaan edellyttää, että avunantotoimi on konkreettisesti todella edistänyt päätekijän toimintaa.⁵²

Voglerin käsityksen leimaa-antavin piirre on, että avunantotoimen on aina todella edistettävä päätekijän rikoksen toteutumista vähintään sen valmisteluvaiheessa. Sen sijaan avunannon luonne vaarantamisrikoksena rajoittuu suhteeseen, joka päätekijän rikosta vähintään sen valmisteluvaiheessa edistäneellä avunantotoimella on päärikoksen tunnusmerkistön toteutumiseen. Koska avunantajan toiminnan on ainoastaan edistettävä päätekijän toimintaa tämän tekemän rikoksen valmisteluvaiheessa, *Voglerin* teorian mukaan on mahdollista, että avunantovastuun voivat perustaa myös sellaiset avunantotoimet, joiden päätekijän toimintaa edistävä vaikutus ei ulotu enää päätekijän rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen, puhumattakaan sen tunnusmerkistöllisestä toteutumisesta. Sen vuoksi myös *Voglerin* teoria johtaa objektiivisesti yritysasteelle jääneiden avunantotoimien rankaisemiseen täytettyinä avunantoina, eikä se ole sovitettavissa yhteen suomalaisen doktriinin kanssa.

Palataan esimerkkitapaukseen, jossa B on päättänyt tappaa isänsä C:n. Vaikka B ei olekaan lopulta käyttänyt revolveria isänsä C:n tappamiseen, revolverin lainaaminen on kiistatta edistänyt B:n toimintaa tapporikoksen valmisteluvaiheessa. Yhtä lailla selvää on, että revolverin lainaaminen on luonteeltaan sellainen avunantotoimi, joka on kelvollinen korottamaan riskiä

⁵⁰ *Vogler* 1972 s. 304–315.

⁵¹ *Vogler* 1972 s. 309–310. Sen arvioinnissa, onko avunantotoimi kelvollinen korottamaan riskiä päätekijän rikoksen tunnusmerkistön toteutumisesta, hyödynnetään *Salamonin* teorian tapaan *ex ante* -näkökulmaa sekä mittapuuna käytetään tavallista huolellista tarkkailijaa.

⁵² *Vogler* 1972 s. 306.

tapporikoksen tunnusmerkistön toteutumisesta. Seurauksena on, että A epäilemättä tuomittaisiin *Voglerin* teorian mukaan avunannosta B:n tekemään tapporikokseen jo fyysisen avunannon perusteella, vaikka A:n toiminta on konkreettisesti edistänyt tapporikoksen toteutumista ainoastaan sen valmisteluvaiheessa.

Voglerin teoria on myös ongelmallinen avunannon rangaistavuuden perustan näkökulmasta tarkasteltuna. Vaikka *Vogler* edellyttääkin, että avunantotoimi on konkreettisesti edistänyt päätekijän toimintaa tämän tekemän rikoksen valmisteluvaiheessa, ei pelkästään rikoksen valmisteluvaiheeseen asti ulottuvaa edistävää vaikutusta voida pitää riittävänä, kun huomioidaan avunannon rangaistavuuden perusta. Suomalaisessa doktriinissa avunannon rangaistavuus perustuu avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä vallitsevaan syy-yhteyteen. Koska avunannon vääryys johdetaan osittain päätekijän rikoksen ilmentämästä vääryydestä, päätekijän toimintaa edistävän vaikutuksen on lähtökohtaisesti myös ulotuttava päärikoksen tunnusmerkistön toteutumiseen asti.

Kokonaisuutena riskin käsitteelle rakentuvien teorioiden ongelmat ovat palautettavissa siihen, että niissä riskin käsite enemmässä tai vähemmässä määrin korvaa avunannon kausaalisuuden. Tällainen lähestymistapa on kuitenkin ristiriidassa jo riskinkorotusdoktriinin alkuperäisen käyttötarkoituksen kanssa tuottamusopissa ja opissa objektiivisesta syyksilukemisesta: niissä riskinkorotuksen rooli on täydentää kausaalisuusvaatimusta, ei korvata sitä. Myöskään avunantodoktriinissa riskin käsite ei näkemykseni mukaan voi korvata kausaalisuutta, vaan se voi ainoastaan täydentää kausaalisuusvaatimusta avunannon objektiivisena tunnusmerkistökiteijänä.

2.4.3 Edistämisteoria

Saksalaisessa oikeuskäytännössä avunannon kausaalisuus määräytyy ns. edistämisteorian mukaan.⁵³ Teorian lähtökohtana on, ettei avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä tarvitse vallita syy-yhteyttä. Koska päätekijän rikosta ei lueta avunantajalle syyksi hänen aikaansaannoksenaan, ei avunantoon sovelleta samaa kausaalisuusvaatimusta kuin muihin osallisuusmuotoihin.⁵⁴ Avunannon kausaalisuuden täytyminen edellyttää ainoastaan, että avunantotoimi on edistänyt tai helpottanut päätekijän toimintaa, jolloin huomiota kiinnitetään tapahtumien kulkuun kokonaisuutena eikä vain rikoksen täytännönpanovaiheeseen.⁵⁵

⁵³ Edistämisteoria on saanut myös hajanaista kannatusta saksalaisessa rikosoikeustieteessä. Ks. esim. *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 230 ja *Coenders* 1925 s. 7.

⁵⁴ Näin *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 230.

⁵⁵ RGSt 58, 113–115 ja BGH MDR 1972, 16.

Suomalaisen doktriinin näkökulmasta tarkasteltuna myös edistämisteorian ongelmana on, ettei siinä avunantotoimen päätekijän toimintaa edistävän vaikutuksen ole ulotuttava päärikoksen tunnusmerkistön toteutumiseen asti.⁵⁶ Jos avunantajan toiminta on edistänyt päätekijän toimintaa, avunantotoimen edistävä vaikutus voi ulottua päätekijän rikoksen tunnusmerkistölliseen täyttymiseen asti. Välttämättä näin ei kuitenkaan ole. Sen vuoksi edistämisteoriassa avunannon kausaalisuusvaatimus saattaa täytyä, vaikka avunantotoimi olisi lopulta merkityksetön päätekijän toiminnan toteutumisen kannalta.⁵⁷ Tätä voidaan havainnollistaa tunnetulla *Reichsgerichtin* ratkaisulla.

Ratkaisussa A oli antanut aborttia suunnitelleelle B:lle välineen, jonka avulla raskaus voitiin keskeyttää. B oli ottanut välineen vastaan, ja hänen tarkoituksenaan oli myös ollut käyttää sitä. B oli onnistunut tekemään abortin, mutta hän ei ollut lopulta käyttänyt A:lta saamaansa välinettä lainkaan. Tästä huolimatta *Reichsgericht* oli tuominnut A:n avunannosta.⁵⁸

Edistämisteoria muistuttaa rikoslaissa ja sen esitöissä avunannon kausaalisuuden määrittämiseksi asetettuja lähtökohtia siinä, ettei teorian mukaan avunannon ole oltava päätekijän toiminnan välttämätön edellytys. Lisäksi myös edistämisteoriassa avunanto ymmärretään päätekijän toiminnan edistämisenä tai helpottamisena.⁵⁹ Merkittävä ero kuitenkin on, että hallituksen esityksen mukaan avunantajan toiminnan on aina edistettävä päätekijän rikosta.⁶⁰ Edistämisteoriassa näin ei ole, mikä ilmenee selvästi *Reichsgerichtin* ratkaisusta. Koska B ei ole lainkaan käyttänyt A:lta saamaansa välinettä, A:n toiminta ei ole ainkaan fyysisesti edistänyt B:n rikosta. Sen vuoksi hallituksen esityksen perusteella kyse voi olla korkeintaan fyysisen avunannon yriyksestä.

Edistämisteoria johtaa avunannon rangaistavuuden alan laajenemiseen. Suomalaisen doktriinin kannalta tämä on ongelmallista, koska teoria johtaa fyysisesti päätekijän toimintaa edistämättömien toimien rankaisemiseen avunantona. On myös epäselvää, mihin avunannon rangaistavuus perustuu teoriassa. Lähtökohtaisesti avunannon rangaistavuuden perustana näyttää myös edistämisteoriassa olevan syy-yhteys avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä olkoonkin, ettei kyse ole samanlaisesta kausaalisuhteesta kuin muissa osallisuusmuodoissa. Jos avunannon rangaistavuus perustuu rikosoikeusteoreettisesti siihen, että avunantaja on tahallaan edistänyt päätekijän toimintaa, ei rangaistusvastuun pitäisi kuitenkaan kattaa tilanteita, joissa avunantotoimi ei ole lainkaan edistänyt päätekijän toimintaa.

⁵⁶ *Roxin* 2003 s. 195.

⁵⁷ RGSt 58, 113–115 ja BGH MDR 1972, 16.

⁵⁸ RGSt 58, 113.

⁵⁹ BGH MDR 1972, 16.

⁶⁰ HE 44/2002 vp s. 157.

2.4.4 Kausaalisuusteoriat

Erilaiset kausaalisuusteoriat nauttivat edelleen laajaa kannatusta erityisesti rikosoikeustieteessä. Niiden mukaan avunannon kausaalisuusvaatimus edellyttää avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä vallitsevaa syy-yhteyttä. Teoriat korostavat avunannon luonnetta seurausrikoksena, jonka syyksilukemisen edellytys kausaalisuus on.⁶¹ Kausaalisuusteorioissa avunannon rangais-tavuus perustuu rikosoikeusteoreettisesti siihen, että avunantaja on toiminnal-laan myötävaikuttanut päätekijän toiminnan toteutumiseen. Ilman syy-yhteyttä avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä ei voida rikosoikeusteoreettisesti puhua myötävaikuttamisesta päätekijän toimintaan. Syy-yhteyden puuttuessa kyse voi olla korkeintaan avunannon yrityksestä.⁶² Teorioiden mu-kaan juuri kausaalisuus määrittää avunantodoktriinissa kaikkein olennaisim-min, milloin kyse on objektiivisesti avunannosta.⁶³

Rikosoikeustieteessä kannatetaan edelleen hajanaisesti käsitystä, jonka mu-kaan avunannon on oltava päätekijän toiminnan toteutumisen välttämätön edel-lytys.⁶⁴ Yleensä avunannon kausaalisuus määritellään kuitenkin myötävaikut-tavaksi syy-yhteydeksi (*Zufluss-* tai *Verstärkerkausalität*).⁶⁵ Tämän käsityksen mukaan avunantotoimen ei ole oltava päätekijän toiminnan välttämätön edel-lytys, vaan avunannon kausaalisuuden täyttymiseen riittää, että avunantotoimi on myötävaikuttanut päätekijän toimintaan sen konkreettisessa toteutumismuo-dossa. Avunanto on kausaalista vain siinä mielessä, että sen on edistettävä pää-tekijän toiminnan toteutumista taikka helpotettava tai varmistettava päätekijän toiminnan toteutuminen.⁶⁶

Käytännössä käsitysten erot ovat hyvin vähäiset, mikä on palautettavissa myötävaikuttavan syy-yhteyden määrittämisprosessiin. Tästä seuraa, että myö-tävaikuttava, avunannon kausaalisuusvaatimuksen täyttävä syy on yleensä myös päätekijän toiminnan välttämätön edellytys. Ensinnäkin myötävaikuttavan syy-yhteyden määrittämisessä hyödynnetään säännönmukaisten edellytysten teo-riaa: myötävaikuttavan syy-yhteyden täyttymiselle riittää sellainen tapahtu-mienkulun modifikaatio, joka muuttaa päätekijän toimintaa sen konkreettisessa toteutumismuodossa. Samoin myös myötävaikuttavan syy-yhteyden jälki-käteiskontrolliin voidaan soveltaa csqn-testiä muistuttavaa ajatuskoetta: Kun lainsoveltaja selvittää, onko avunantotoimi edistänyt päätekijän toiminnan to-teutumista, hän saa ajatella avunantajan toiminnan pois tapahtumien kulusta.

⁶¹ *Roxin* 2003 s. 192–193.

⁶² *Heinrich* 2014 s. 593 ja *Kühl* 2012 s. 842.

⁶³ *Heine – Weißer* 2014 s. 546.

⁶⁴ *Heine – Weißer* 2014 s. 545–546.

⁶⁵ Termi on alun perin peräisin Wilhelm Claßilta. Ks. *Claß* 1966 s. 115–126.

⁶⁶ Ks. ja vrt. *Hoffmann-Holland* 2015 s. 219; *Honkasalo* 1933 s. 65–69; *Kühl* 2012 s. 843; *Nuutila* 1997 s. 118 ja *Roxin* 2003 s. 193.

Jos päätekijän toiminta olisi silti toteutunut konkreettisesti samassa muodossa, avunannon kausaalisuus ei täyty.⁶⁷

Toiseksi yleisenä lähtökohtana kuitenkin on, ettei myötävaikuttavan syy-yhteyden määrittämisessä ole sallittua turvautua sellaisiin hypoteettisiin tapahtumienkulkuihin, joissa päätekijän toiminta olisi toteutunut konkreettisesti samassa muodossa ilman avunantajan toimintaakin. Toisin sanoen lainsoveltaja ei saa konstruoida sellaisia toteutuneelle tapahtumienkululle vaihtoehtoisia tapahtumienkulkuja, joissa avunantajan toiminta korvautuu ja päärikos silti toteutuu konkreettisesti samassa muodossa.⁶⁸ Muussa tapauksessa avunannon soveltamisala kutistuisi olemattomaksi, koska lähes aina on mahdollista konstruoida sellainen avunantajan toiminnan korvaava tapahtumienkulku, jossa päätekijän toiminta olisi toteutunut konkreettisesti samassa muodossa. Myötävaikuttavan syy-yhteyden määrittämistä voidaan havainnollistaa *Friedrich Schaffsteinin* ja *Brynof Honkasalon* kehittämällä esimerkkitaapauksilla.

Schaffsteinin esimerkissä lähtökohtana on, että A auttaa B:tä kantamaan rikoksen tekopaikalle raskaat tikapuut. Tikapuita pitkin B kiipeää asuinrakennuksen kolmannessa kerroksessa avonaiseksi jääneen ikkunan tasolle ja pääsee näin rakennukseen sisälle. Vaikka tikapuut ovat raskaat, B olisi pystynyt kantamaan ne rikospaikalle ilman A:n apuakin. A:n toiminta on kuitenkin merkittävästi vähentänyt tikapuiden kantamiseen kulunutta aikaa sekä säästänyt B:n voimia.⁶⁹

A on auttanut B:tä kantamaan tikapuut rikospaikalle, mikä on edistänyt B:n toiminnan toteutumista; B:n toiminta ei olisi toteutunut konkreettisesti samassa muodossa ilman A:n apua. Se seikka, että B olisi pystynyt kantamaan tikapuut rikospaikalle ilman A:n apuakin, on avunannon kausaalisuuden kannalta merkityksetön. Kyse on hypoteettisesta tapahtumienkulusta, joka on jätettävä huomiotta avunannon kausaalisuutta määritettäessä. Vaikka A:n toiminnassa ei ole kyse sinänsä välttämättömästä edellytyksestä B:n rikoksen toteutumiselle, A:n toiminta on ollut edellytys, myötävaikuttava syy, sille, että B:n rikos on toteutunut konkreettisesti sellaisena kuin se on toteutunut.

Honkasalon esimerkissä lähtökohtana on, että X aikoo riistää Z:lta hengen. Varmistaakseen teon onnistumisen A vie X:lle tarkan kiväärinsä, koska tietää X:n pistoolin olevan vanhan ja huonokuntoisen. X ei kuitenkaan ota kivääriä vastaan, vaan hän kehottaa A:ta poistumaan paikalta, koska pitää tätä vastenmielisenä henkilönä.⁷⁰

⁶⁷ *Kühl* 2012 s. 843 ja *Roxin* 2003 s. 193.

⁶⁸ *Geppert* 1999 s. 268; *Kühl* 2012 s. 843; *Roxin* 2003 s. 193 ja *Samson* 1972 s. 52.

⁶⁹ *Schaffstein* 1970 s. 182.

⁷⁰ *Honkasalo* 1933 s. 68–69.

Vaikka A:n suoranaisena tarkoituksena on ollut edistää X:n toiminnan toteutumista, X ei ole ottanut tarjolla ollutta apua vastaan. Sen vuoksi A:n toiminta ei ole lainkaan edistänyt X:n toimintaa, ja kyse on korkeintaan avunannon yrityksestä: X:n toiminta olisi toteutunut konkreettisesti samassa muodossa, vaikka A:n toiminta ajateltaisiin pois tapahtumien kulusta.⁷¹

Avunannon kausaalisuusvaatimus täyttyy myös siinä tapauksessa, että *ex post* -näkökulmasta tarkasteltuna avunantajan toimintaa osoittautuu ylimääräiseksi.⁷²

Oletetaan, että kolme henkilöä aikoo murtautua asuttuun asuntoon. Teon onnistumisen varmistamiseksi yksi heistä jätetään vahtiin asunnon ulkopuolelle. Hänen tehtävänä on varoittaa muita potentiaalisista häiriötekijöistä. Kaikki sujuu kuitenkin suunnitelmien mukaan.

Avunannon kausaalisuus täyttyy vahtiin jätetyn osalta, sillä hän on vaikuttanut päätekijöiden toimintaan sen konkreettisesti toteutumismuodossa varmistamalla, ettei häiriötekijöitä ilmene.⁷³ Kolmen henkilön toteuttama varkaus eroaa toteuttamistavaltaan kahden henkilön toteuttamasta varkaudesta. Suurempi osallisten määrä mahdollistaa tehtävien jakamisen ja toteuttamisen tavalla, joka ei ole mahdollinen, jos tekijöitä on vain kaksi.

Kausaalisuusteoreettinen käsitys, jossa avunanto ymmärretään myötävaikuttavaksi syy-yhteydeksi, vastaa pitkälti rikoslaissa ja sen esitöistä avunannon kausaalisuuden määrittämiseksi asetettuja lähtökohtia. Teorian mukaan avunannossa on kyse seurausrikkoksesta, jossa seurauksen asemassa on päätekijän toiminta. Avunannon ei tarvitse olla päätekijän toiminnan toteutumisen välttämätön edellytys, mutta sen kausaalisuuden täytyminen edellyttää aina, että avunantaja on toiminnallaan myötävaikuttanut päätekijän toimintaan sen konkreettisesti toteutumismuodossa. Kyseeseen voi tulla niin päätekijän toiminnan edistäminen kuin sen helpottaminen tai varmistaminenkin.

Edellytyksenä kuitenkin on, että myötävaikuttaminen ulottuu päätekijän toiminnan toteutumiseen asti, koska muutoin syyksilukemisen edellytykset eivät täyty: avunantajan syyksi ei voida lukea sellaista, johon hän ei ole myötävaikuttanut. Sen vuoksi teoria ei myöskään laajenna syytetylle vahingollisesti avunannon rangaistusvastuutta avunantotoimiin, jotka eivät ole fyysisesti edistäneet päätekijän toimintaa. Havainnollistan tätä toisella tunnetulla *Reichsgerichtin* ratkaisulla.

⁷¹ Honkasalo ilmaisee asian niin, että A:n toiminta ”on kyllä lisännyt seuraukseen in abstracto vieviä mahdollisuuksia, mutta ne eivät ole johtaneet konkreettiseen myötävaikuttamiseen”. Ks. *Honkasalo* 1933 s. 69.

⁷² *Kindhäuser* 2013 s. 370 ja *Kühl* 2012 s. 844.

⁷³ Monesti esimerkin kaltaisissa tilanteissa vahtiin jätetynkin osalta täyttyvät rikoskumppanuuden edellytykset.

Ratkaisussa Z oli tuomittu törkeästä varkaudesta, koska hän oli murtautunut asuttuun asuntoon ja anastanut sieltä irtainta omaisuutta. Z oli saanut X:lta avaimen, jonka avulla asunnon ovi oli tarkoitus avata. Avain oli kuitenkin osoittautunut tähän tarkoitukseen kelvottomaksi. Z:n onnistui tästä huolimatta murtautua asuntoon sisälle. *Reichgericht* tuomitsi X:n avunannosta törkeään varkauteen.⁷⁴

Jotta X voitaisiin tuomita avunannosta törkeään varkauteen, hänen avunantotoimensa edistävän vaikutuksen olisi tullut ulottua päätekijän toiminnan toteutumiseen asti. Näin olisi ollut kiistatta, jos Z olisi onnistunut avaamaan avaimella oven. Avain oli kuitenkin osoittautunut oven avaamiseen kelvottomaksi, joten X:n toiminnan edistävä vaikutus ei ulotu törkeään varkauden tunnusmerkistön täyttymiseen asti.

Z on kuitenkin käyttänyt X:lta saamaansa avainta rikoksen täytäntöönpanovaiheessa, koska hän on yrittänyt päästä avaimella sisälle asuntoon. Selvää on siten, että X:n avunantotoimen edistävä vaikutus ulottuu päärikoksen yritysvaiheeseen. Kausaalisuuden näkökulmasta X voidaan tuomita avunannosta törkeään varkauden yritykseen fyysisen avunannon perusteella. Teoria ei laajenna syytetylle vahingollisesti rangaistavan avunannon soveltamisalaa, koska avunanto rikoksen yritykseen on kriminalisoitu ja koska X:n toiminta on edistänyt päätekijän toimintaa rikoksen yritysvaiheessa.

Hallituksen esityksen mukaan rangaistusvastuun ulkopuolelle jäävästä yrittäjästä avunannosta olisi kyse silloin, kun avunantotoimen edistävä vaikutus ei ulotu rikoksen yritysvaiheeseen. Näin olisi selvästi esimerkiksi siinä tapauksessa, että Z ei olisi ottanut avainta vastaan tai olisi unohtanut ottaa avaimen mukaan rikospaikalle. Jos kuitenkin päätekijän rikoksessa on kyse sellaisesta tunnusmerkistöstä, jonka pelkkä valmistelu on kriminalisoitu, voi avunantajan toiminta poikkeuksellisesti tulla rangaistavaksi avunantona valmisteluun, vaikka avunantajan toiminnan edistävä vaikutus ulottuisikin ainoastaan rikoksen valmisteluvaiheeseen.

2.4.5 Fyysisen avunannon syy-yhteys

Tulkitsen, että fyysisen avunannon syy-yhteys tulee ymmärtää kausaalisuus-teoreettisen käsityksen mukaan myötävaikuttavana syy-yhteytenä. Fyysisten avunantotoimien on aina edistettävä päätekijän toimintaa sen konkreettisessa toteutumismuodossa. Se, mihin asti edistävä vaikutus ulottuu valmistelu-yritys-täytynyt rikos -suhteessa, määrittää avunantajan vastuun ylärajan, koska avunantajan syyksi ei voida lukea sellaista, johon hän ei ole myötävaikuttanut.

⁷⁴ RGSt 6, 169.

Avunannon tunnusmerkistön ja sen soveltamisen näkökulmasta tarkasteltuna tämä tarkoittaa seuraavaa:

Jos avunantotoimen edistävää vaikutus ulottuu päärikoksen tunnusmerkistölliseen täyttymiseen asti, kyse voi aina olla avunannosta täyttyneeseen päärikokseen. Jos avunantotoimen edistävää vaikutus ulottuu ainoastaan päärikoksen yritysvaiheeseen, kyse voi korkeintaan olla avunannosta päärikoksen yritykseen. Jos päärikoksen yritystä ei ole kriminalisoitu, kyse on aina korkeintaan avunannon yrityksestä.

Jos avunantotoimen edistävää vaikutus ulottuu ainoastaan päärikoksen valmisteluvaiheeseen, kyse voi korkeintaan olla avunannosta valmisteluun. Jos päärikoksen valmistelua ei ole kriminalisoitu, kyse on aina korkeintaan avunannon yrityksestä. Jos avunantotoimen edistävää vaikutus ulottuu ainoastaan päärikoksen valmistelua edeltäviin vaiheisiin, kyse on aina korkeintaan avunannon yrityksestä.

Vaikka avunantajan toiminnan ei tarvitse olla päätekijän toiminnan välttämättömän edellytys, sen määrittämisessä, onko avunantajan toiminta edistänyt päätekijän toimintaa ja mihin asti edistävää vaikutus ulottuu, voidaan turvautua säännönmukaisten edellytysten teoriaan. Kyse on siitä, onko mahdollista muotoilla säännönmukainen yhteys avunantajan toiminnan sekä päätekijän toiminnan toteutumisen välille sen konkreettisesti toteutumismuodossa.⁷⁵ Avunannon syy-yhteyden jälkikäteiskontrolliin voidaan myös soveltaa csqn-testiä muistuttavaa ajatuskoetta: olisiko päätekijän toiminta toteutunut konkreettisesti samassa muodossa ilman avunantajan toimintaakin? Jos olisi, avunannon kausaalisuusvaatimus ei täyty.⁷⁶

2.4.6 Psykkisen avunannon syy-yhteys

2.4.6.1 Yleistä

Edeltävissä alaluvuissa avunannon syy-yhteyttä on käsitelty fyysisen avunannon näkökulmasta. Hallituksen esitys mahdollistaa kuitenkin myös psyykkisen avunannon. Samoin suomalaisessa oikeuskäytännössä ja -tieteessä on perinteisesti tunnustettu psyykkisen avunannon mahdollisuus.⁷⁷ Psykkinen avunanto voidaan määritellä päätekijän toiminnan henkiseksi tai älylliseksi edistämiseksi. Toisin kuin fyysinen avunanto, psykkinen avunanto vaikuttaa pääteekoon päätekijän mielen välityksellä. Vaikutuskanavaltaan se onkin verrattavissa yl-

⁷⁵ Samoin *Roxin* 2003 s. 192–193.

⁷⁶ *Kühl* 2012 s. 843 ja *Roxin* 2003 s. 193.

⁷⁷ Ks. esim. KKO 2014:22 (kohta 10); *Anttila – Heinonen* 1974 s. 120; *Honkasalo* 1967 s. 229 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 437.

lytykseen. Erona yllytykseen on perinteisesti puolestaan pidetty vaikuttamisen voimakkuutta ja merkitystä päätekijän toiminnalle.⁷⁸

Psyykkinen avunanto voidaan jakaa kahteen alaluokkaan.⁷⁹ *Tekninen avunanto* (*technische Rathilfe*) tarkoittaa päätekijän neuvomista tai ohjeistamista. Kyse voi olla esimerkiksi päätekijän neuvomisesta siitä, kuinka asuttuun taloon kannattaa murtautua sisään, miten tekovälinettä käytetään tai kuinka rikospaikalta kannattaa poistua kiinnijäämisen välttämiseksi. Tekninen avunanto edistää päätekijän toiminnan toteutumista kasvattamalla päätekijän tiedollista pääomaa ja vahvistaa siten tekopäätöstä. Kyse on päätekijän älyllisestä tukemisesta henkisen tukemisen ohella. Psyykkinen avunanto voi kuitenkin toteutua myös toimina, jotka ainoastaan henkisesti vahvistavat päätekijän tekopäätöstä (*Bestärkung des Tatentschlusses*). Tällainen *henkinen avunanto* voi olla esimerkiksi päätekijän kannustamista tai ylimääräisen motiivin luomista teolle esimerkiksi palkkion muodossa.

Fyysinen ja psyykkinen avunanto eivät sulje toisiaan pois.⁸⁰ Useissa tilanteissa on mahdollista, että avunantoon kuuluu sekä fyysinen että psyykkinen ulottuvuus. Havainnollistan tätä seuraavalla esimerkillä.

Oletetaan, että A antaa murtovarkautta suunnittelevalle B:lle sorkkaraudan, jonka avulla B voi murtautua taloon sisälle. Oletetaan myös, että B murtautuu taloon sisälle sorkkarautaa apuna käyttäen ja onnistuu anastamaan talosta omaisuutta.

Selvää on, että sorkkaraudan antaminen B:lle on edistänyt B:n rikosta fyysisesti. Lisäksi on täysin mahdollista, että sorkkaraudan antaminen on myös psyykkisesti edistänyt B:n rikosta. Ei nimittäin ole perusteetonta väittää, että sorkkaraudan antaminen on tällaisessa tilanteessa lisännyt B:n uskoa rikoksen onnistumiseen sekä toiminut lisäkannustimena ryhtyä rikokseen. Näin sorkkaraudan antaminen B:lle olisi myös psyykkisesti edistänyt B:n rikosta.⁸¹

Se, että useisiin avunantotoimiin liittyy sekä fyysinen että psyykkinen ulottuvuus, tarkoittaa samalla, että fyysisesti yritysasteelle jäänyt avunanto saatetaan siitä huolimatta olla psyykkisesti edistänyt päätekijän rikosta. Tilanteissa, joissa fyysisen syy-yhteys ei täyty, joudutaankin vielä harkitsemaan, täyttyykö psyykkinen syy-yhteys.⁸² Psyykkinen avunanto on takaportti, jonka avulla yritysasteelle jäänyt fyysinen avunanto voidaan vielä rangaista avunantona. Ha-

⁷⁸ HE 44/2002 vp s. 154 ja 157.

⁷⁹ Ks. esim. *Geppert* 1999 s. 267–268; *Heinrich* 2014 s. 591; *Honkasalo* 1967 s. 229; *Jescheck* 1988 s. 626; *Roxin* 2003 s. 198; *Seher* 2009b s. 795.

⁸⁰ Samansuuntaisesti *Jareborg* 2009 s. 162 ja *Kindhäuser* 2013 s. 371.

⁸¹ Käytännössä fyysisen avunantotoimeen liittyvää päätekijän rikosta mahdollisesti psyykkisesti edistävää vaikutusta ei useinkaan pohdita, koska fyysinen avunanto on helpommin näytettävissä toteen.

⁸² *Kindhäuser* 2013 s. 371.

vainnollistan tätä *Reichsgerichtin* ratkaisulla, jossa A oli antanut aborttia suunnitelleelle B:lle välineen, jonka avulla raskaus voitiin keskeyttää.

Selvää on, ettei A:n toiminta suomalaisen doktriinin mukaan ole fyysisesti edistänyt B:n toimintaa. Sen vuoksi kyse voi korkeintaan olla fyysisen avunannon yrityksestä. On kuitenkin täysin mahdollista, että välineen antaminen B:lle on psyykkisesti edistänyt tämän toimintaa. Vaikka B ei ollut lopulta käyttänyt välinettä, hän kuitenkin tiesi, että voisi käyttää sitä, jos abortti ei muuten onnistuisi.

Psyykkisen avunannon fyysisestä avunannosta eroava vaikutuskanava vaikuttaa myös päteekijälle avunantajan toiminnasta asetettavaan tietoisuusvaatimukseen. Hallituksen esityksessä todetaan, ettei avunannon rankaiseminen edellytä, että päteekijä on selvillä avunantajan toiminnasta.⁸³ Lähtökohta pitää paikkansa fyysisen avunannon kohdalla. Havainnollistan tätä yhdysvaltalaisen *State v. Tully* -tapauksen avulla.⁸⁴

Tapauksessa avunantaja esti varoitussähkeen saapumisen uhrille ilman, että päteekijä oli tietoinen avunantajan toiminnasta. Objektiiivisesti ei ole epäilystäkään, etteikö tällainen avunantotoimi voisi edistää rikoksen toteutumista, vaikka päteekijä ei olisikaan siitä tietoinen.

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä on tavattu puhua salaisesta avunannosta (*heimliche Beihilfe*) silloin, kun päteekijä ei ole lainkaan tietoinen avunantajan toiminnasta.⁸⁵ Hallituksen esityksen perusteella salainen avunanto olisi mahdollista myös psyykkisessä avunannossa. Näin ei kuitenkaan ole.⁸⁶ Fyysinen avunanto voi vaikuttaa itsenäisesti pääririkoksen toteutumiseen, kuten *State v. Tully* -tapauksessa. Psyykinen avunanto vaikuttaa kuitenkin aina päteekijän mielen välityksellä. Olipa kyse sitten päteekijän älyllisestä tai pelkästään päteekijän henkisestä tukemisesta, psyykinen avunantotoimi ei voi koskaan vastaavalla tavalla itsenäisesti vaikuttaa pääririkoksen toteutumiseen kuin fyysinen avunanto. Havainnollistan tätä seuraavalla esimerkillä.

Oletetaan, että A antaa B:lle neuvon siitä, kuinka kassakaappi murretaan. Jotta kyse olisi onnistuneesta avunannosta, A:n neuvon on myös edistettävä B:n rikosta. Neuvo ei kuitenkaan voi edistää rikosta, ellei B ymmärrä sitä. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että neuvo on liian monimutkainen. Jotta B voisi ymmärtää A:n neuvon, hänen on oltava siitä joka tapauksessa tietoinen.

Samoin on puhtaasti henkisten avunantotoimien yhteydessä. Oletetaan nyt, että A neuvojen sijaan sanoo B:lle muutaman kannustavan sanan ennen keikalle lähtöä: ”Hyvin se menee!” Jotta A:n toiminta voisi jollain tavalla

⁸³ HE 44/2002 vp s. 157.

⁸⁴ *State v. Tully* (1894) 102 Ala. 25, 13 So. 722.

⁸⁵ *Rengier* 2016 s. 433.

⁸⁶ Samoin *Rengier* 2016 s. 433.

edistää rikoksen toteutumista, B:n on oltava siitä tietoinen. Jos esimerkiksi B ei kovan melun takia kuule A:n kannustussanoja, kyse ei voi olla onnistuneesta avunannosta.

Tulkitsen, että psykkinen avunannon kausaalisuus edellyttää aina, että päätekijä on tietoinen avunantajan toiminnasta. Päätekijän ei välttämättä tarvitse olla tietoinen siitä, että avunantajan tarkoitus on antaa hänelle apua, mutta hänen on aina vastaanotettava avunanto.

2.4.6.2 *Psyykkisen avunannon luonne ja siihen liittyvät näytölliset realiteetit*

Psyykinen vaikuttaminen, josta myös psyykkisessä avunannossa on kyse, kuuluu indeterministisiin ilmiöihin, jotka eivät noudata samanlaisia lainalaisuuksia kuin luonnontieteelliset ilmiöt.⁸⁷ Ihmisten toiminnasta erilaisissa tilanteissa ja reagoinnista erilaisiin virikkeisiin on mahdollista kerätä tietoa. Tiedon pohjalta on mahdollista muodostaa kokemuslauseita, joiden perusteella voidaan selvittää tiettyjä säännönmukaisuuksia ihmisten toiminnassa. Jokainen ihminen on kuitenkin erilainen yksilö, ja on täysin mahdollista, että samankaltaisissakin tilanteissa eri ihmiset reagoivat eri tavalla.⁸⁸ Se, mikä on rationaalista yhdelle, ei välttämättä ole sitä toiselle. Toisinaan ihmisen päätöksenteko on lisäksi täysin ennalta-arvaamatonta; aina ihminen ei toimi tai edes pyri toimimaan rationaalisesti.

Psyykkisen avunannon indeterministisen luonteen vuoksi siihen liittyy merkittäviä näytöllisiä haasteita. Siitä, onko psyykinen avunantotoimi edistänyt päätekijän toiminnan toteutumista, ei voida esittää kuin todennäköisyyteen perustuvia kokemuslauseita. Ihmisten päätöksenteko on tietynlaisten ehtojen vallitessa suhteellisen samankaltaista, jolloin on mahdollista turvautua korkeilla todennäköisyyksillä operoiviin kokemuslauseisiin.⁸⁹ Vahvimpiinkin kokemuslauseisiin liittyy kuitenkin epävarmuustekijöitä, eikä niiden avulla voi koskaan täysin aukottomasti osoittaa psyykkisen avunannon olemassaoloa. Ongelmallista on, ettei läheskään kaikissa tilanteissa voida esittää edes korkeilla todennäköisyyksillä operoivia kokemuslauseita.⁹⁰

Kriminalisointi, jota ei ole mahdollista näyttää toteen käytännön ratkaisutoiminnassa, ei ole mielekäs. Radikaaleimmat ovatkin esittäneet, että psyykinen

⁸⁷ Jareborg 2009 s. 160; Nuotio 2007 s. 114 ja Puppe 2011 s. 38.

⁸⁸ Jareborg 2009 s. 158–259 ja Kadish 1985 s. 360. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 155.

⁸⁹ Jakobs 1991 s. 194; Puppe 2011 s. 44; Puppe 1983 s. 305 ja Tapani – Tolvanen 2013 s. 171.

⁹⁰ Puppe käyttää esimerkkinä tapausta, jossa tuomioistuinharjoittelija A on saanut liikemies B:n antamaan hänelle lainan esiintymällä tuomarina. Sellaisia todennäköisyyslauseita ei kuitenkaan ole, jotka osoittaisivat kovinkaan varmasti, millainen merkitys tuomarina esiintymisellä on tällaisessa tilanteessa lainan antamiseen. Ks. Puppe 2011 s. 44.

avunanto suljetaan kokonaan pois rangaistusvastuun piiristä tai ainakin yksinomaan henkisesti vaikuttavan avunannon osalta. Kritiikin kärki kohdistuu siihen, ettei psyykkisen avunantotoimen ja päätekijän toiminnan välillä vallitsevaa myötävaikuttavaa syy-yhteyttä ole mahdollista näyttää toteen ilman, että sen olemassaolosta jää järkevä ja varteenotettava epäily.⁹¹ Sen vuoksi psyykinen avunanto loukkaa rikosprosessia ohjaavaa *in dubio pro reo* -periaatetta ja on vailla rikosoikeudellista merkitystä. Lisäksi jos myötävaikuttavan syy-yhteyden olemassaolosta jää epäselvyys, seurauksena on, että yritysasteelle jääneitä avunantotoimia saatetaan rangaista täytettyinä avunantoina. Tällainen lopputulos olisi syytetyille epäsuosiollisena vastoin rikosoikeudellista lailisuusperiaatetta.

Psyykkiselle avunannolle ominaiset näytölliset ongelmat ovat kuitenkin enemmän tai vähemmän yhteisiä kaikille tunnusmerkistöille, joissa syy-yhteys on luonteeltaan psyykinen. Koska rikosoikeustieteessä hyväksytään laajalti ennen kaikkea yllytyksen mahdollisuus, on rikosoikeusteoreettisesti johdonmukaista hyväksyä myös vaikutustavaltaan siihen verrattava psyykinen avunanto.⁹² Teoreettisestihan ainoa ero yllytyksen ja psyykkisen avunannon välillä on niiden merkityksessä päätekijän toiminnalle. Usein yllytyksen ja avunannon ero saattaa olla häilyvän pieni myös käytännön ratkaisutoiminnassa. Jos yllytys on näytettävissä toteen, ei ole syytä sulkea automaattisesti pois rikosoikeudellisen vastuun piiristä toimia, jotka ovat hyvin lähellä yllytystä.

2.4.6.3 Psyykinen avunanto ja riskin käsiteellä operoivat teoriat

Psyykkiseen avunantoon liittyvien näytöllisten haasteiden vuoksi rikosoikeustieteessä on myös esitetty, ettei psyykkisen avunannon syy-yhteyttä ymmärrettäisikään fyysisen avunannon tapaan kausaalisuusteoreettisen käsityksen mukaisesti myötävaikuttavana syy-yhteytenä. Sen sijaan psyykkisen avunannon syy-yhteys tulisi ymmärtää riskin käsitteelle rakentuvien teorioiden mukaisesti siten, että syy-yhteyden määrittämisessä voidaan tukeutua riskinkorotusdoktriiniin.⁹³ Käytännössä seurauksena olisi, että päätekijän rikoksen riskin korottaminen korvaisi vaatimuksen myötävaikuttavasta syy-yhteydestä psyykkisessä avunannossa.

Riskin käsitteelle rakentuvien teorioiden viehätys perustuu siihen, että ne asettavat todistusteeman, joka on kausaalisuusteoreettista käsitystä helpommin näytettävissä toteen käytännön ratkaisutoiminnassa. Jos psyykkisen avunannon syy-yhteys ymmärretään kausaalisuusteoreettisen käsityksen mukaisesti myötävaikuttavana syy-yhteytenä, psyykkisen avunannon kausaalisuusvaati-

⁹¹ Näin mm. *Hruschka* 1983 s. 177–181 ja *Samson* 1972 s. 189–196.

⁹² Näin myös *Roxin* 2003 s. 198.

⁹³ *Murmann* 1999 s. 551–552 sekä erilaisista riskin käsitteelle rakentuvista teorioista alaluku 4.2.

mus täyttyy silloin, kun avunantajan toiminta on edistänyt päätekijän toimintaa sen konkreettisessa toteutumismuodossa. Tällöin rikosprosessissa on pystytävä esittämään erittäin korkealla todennäköisyydellä operoiva kokemuslause myötävaikuttavan syy-yhteyden olemassaolosta. Muussa tapauksessa *in dubio pro reo* -periaate ohjaa ratkaisemaan jutun syytetyn eduksi. Riskin käsitteellä operoivissa teorioissa ei sen sijaan ole näytettävä toteen, että avunantajan toiminta on todella edistänyt päätekijän toimintaa. Lähtökohtaisesti riittävää on sen toteen näyttäminen, että avunantajan toiminta on korottanut riskiä päätekijän tekemän rikoksen toteutumisesta.

Jos psyykkisen avunannon syy-yhteys ymmärretään riskin käsitteelle rakentuvan teorian mukaisesti ja syy-yhteyden määrittämisessä tukeudutaan tavalla tai toisella riskinkorotusdoktriiniin, seurauksena on, että avunannon syy-yhteys määräytyy eri kriteerien mukaan riippuen siitä, onko kyse fyysisestä vai psyykkisestä avunannosta. Jotta tulkinta olisi mahdollinen suomalaisessa doktriinissa, sille olisi löydettävä tukea laista tai sen esitöistä. Hallituksen esityksessä avunannon syy-yhteys kytketään yhtäältä siihen, että avunantotoimi on *edistänyt (päätekijän) rikosta*, ja toisaalta siihen, että *avunantotoimi on lisännyt (päätekijän) rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä*. Kuten edellä on käynyt ilmi, riski ja erilaiset todennäköisyyslauseet liittyvät erottamattomasti yhteen: riski päätekijän toiminnan toteutumisesta tarkoittaa, että päätekijän toiminnan toteutuminen on mahdollista tietyllä todennäköisyydellä.

Voidaan kyseenalaistaa, ovatko ilmaisut ”avunanto on edistänyt (päätekijän) rikosta” ja ”avunantotoimi on lisännyt (päätekijän) rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä” semanttisesti täysin saman sisältöisiä. Olennaista kuitenkin on, että esityksen muotoilu viittaa siihen, että ilmaisuja joka tapauksessa käytetään nimenomaan toistensa synonyymeinä.⁹⁴ Sen vuoksi hallituksen esitys ei näytä mahdollistavan tulkintaa, jossa avunannon syy-yhteys määräytyisi eri kriteerien perusteella riippuen syy-yhteyden laadusta.⁹⁵ Lisäksi tulkintaan liittyy merkittäviä rikosoikeusteoreettisia ongelmia.

Ensinnäkin avunannon syy-yhteyden kytkeminen riskin käsitteeseen ja riskinkorotusteoriaan johtaa avunannon muuttumiseen vaarantamisrikokseksi. Jos psyykkisen avunannon syy-yhteys ymmärretään riskin käsitteelle rakentuvan

⁹⁴ ”Aina kuitenkin edellytetään, että avunanto on edistänyt rikosta. *Vaaditaan siis*, että avunantotoimi on lisännyt rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä. [kursivointi L.L.]” Ks. HE 44/2002 vp s. 157.

⁹⁵ Kaikki rikosoikeudellisesti merkittävät ilmiöt eivät jäsenny luonnonlakien mukaan. Tällaisten ilmiöiden toteennäyttämisessä on pakko turvautua todennäköisyyslauseisiin. Psyykkinen avunanto kuuluu näihin ilmiöihin. Tulkitsenkin, että hallituksen esityksessä ilmauksella ”avunantotoimi on lisännyt rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä” viitataan ainoastaan siihen, että psyykkisen avunannon yhteydessä syy-yhteyden toteennäyttäminen voidaan perustaa todennäköisyyslauseisiin. Sen sijaan kyse ei ole siitä, että syy-yhteys määräytyisi erilaisten kriteerien perusteella psyykkisessä avunannossa.

teorian mukaisesti ja syy-yhteyden määrittämiseen sovelletaan riskinkorotusteoriaa, fyysisessä ja psyykkisessä avunannossa ei ole enää tunnusmerkistöllisesti kyse samanlaisesta rikoksesta. Rikosoikeusteoreettisesti näin ei voine olla.

Toiseksi rajanveto täytetyn ja yritetyn psyykkisen avunannon välillä hämärtyy, jos psyykkisen avunannon syy-yhteys kytketään riskin käsitteeseen ja riskinkorotusteoriaan. Jos psyykkisessä avunannossa syy-yhteyden täyttymiseen riittää, että avunantotoimi on riskinkorotusteorian mukaisesti korottanut riskiä päätekijän oikeushyvän loukkauksen toteutumisesta, jää yritysasteelle jääväle avunannolle vain vähäinen soveltamisala. Useimmiten psyykinen avunanto täytyisi aina, kun päätekijä on ryhtynyt toimiin rikoksensa täytäntöön panemiseksi. Psyykinen avunanto näyttäisi jäävän selvästi yritysasteelle vain silloin, kun päätekijä on luopunut rikoksen tekemisestä ryhtymättä minkäänlaisiin toimiin sen täytäntöön panemiseksi.

2.4.6.4 Johtopäätös

Rikosoikeusteoreettisesti on johdonmukaista hyväksyä psyykinen avunanto. Siinä piilee kuitenkin vaara laajentaa merkittävästi avunannon rangaistavuuden alaa. Jos psyykkisen avunannon syy-yhteys kytketään riskin käsitteeseen ja riskinkorotusdoktriiniin tai jos psyykkisen avunannon syy-yhteydelle asetettavia vaatimuksia helpotetaan jollain muulla tavalla psyykkiseen vaikuttamiseen liittyvien näytöllisten realiteettien vuoksi, vaarana on, että avunannon rangaistavuuden ala laajenee hallitsemattomasti. Tällainen kehitys olisi vähintäänkin ongelmallinen sekä syytetyn oikeusturvan kannalta että rikosoikeusteoreettisesti.

Kun kyse on psyykkiselle vaikuttamiselle rakentuvasta kriminalisoinnista, rikosoikeudellisen vastuun edellytyksistä ei tule tinkiä, vaan niitä tulee pikemminkin vaalia. Sen vuoksi myös psyykkisen avunannon syy-yhteys on ymmärrettävä fyysisen avunannon tapaan kausaalisuusteoreettisen käsityksen mukaisesti myötävaikuttavana syy-yhteytenä. Tätä tulkintaa tukevat myös lain esityöt. Toisin sanoen psyykkisen avunannon kausaalisuusvaatimus täyttyy silloin, kun avunantajan toiminta on edistänyt päätekijän toimintaa sen konkreettisesti toteutumismuodossa.

Koska psyykinen vaikuttaminen ei noudata luonnonlakien tapaisia lainalaisuuksia, myötävaikuttavan syy-yhteyden toteennäyttämässä on turvauduttava todennäköisyyteen perustuviin kokemuslauseisiin. Yleisenä lähtökohtana on pidettävä, ettei psyykkisen avunannon syy-yhteyttä voida koskaan perustaa kuin erittäin vahvoihin kokemuslauseisiin. Muussa tapauksessa rikosprosessissa noudatettava tavallista korkeampi näyttökynnys sekä *in dubio pro reo* -periaate ohjaavat ratkaisemaan jutun syytetyn eduksi.

2.4.7 Laiminlyönnillä toteutettavan avunannon syy-yhteys

2.4.7.1 Yleistä

Rikoslain yleisiä oppeja uudistettaessa avunannon tekotavat määriteltiin tarkoituksella aikaisempaa väljemmin. RL 5:6:n uudella ”neuvoin, toimin tai muilla tavoin”-muotoilulla haluttiin korostaa, että avunanto voidaan toteuttaa myös laiminlyönnillä.⁹⁶ Laiminlyönnillä toteutettava avunanto on kuitenkin teoreettisesti ongelmallinen ilmiö. Ongelmat liittyvät ennen kaikkea laiminlyönnillä toteutettavan avunannon kausaalisuusvaatimukseen sekä rajanvetoon avunantoja tekijävastuun välillä. Avainasemassa kummankin ongelman ratkaisemisessa on erityisen oikeudellisen velvollisuuden käsite. Sen vuoksi pidän perusteltuna käsitellä laiminlyönnillä toteutettavan avunannon syy-yhteyden yhteydessä myös sitä, milloin laiminlyönti johtaa avunantovastuuseen ja milloin tekijävastuuseen.

2.4.7.2 Avunannon luonne laiminlyöntirikoksena

Rikosoikeudellinen vastuu perustuu ensisijaisesti aktiiviseen toimintaan. Sitä, milloin laiminlyönti voi toimia aktiiviseen toimintaan rinnastettavana tekoena, on rajoitettu. Laiminlyönnin rangaistavuuden edellytyksistä säädetään RL 3:3:ssa. Ensinnäkin laiminlyönti on rangaistavaa, jos tunnusmerkistössä niin nimenomaan määrätään. Rikosoikeustieteessä tällaisia tunnusmerkistöjä kutsutaan *varsinaisiksi laiminlyöntirikoksiksi*.⁹⁷

Varsinaisissa laiminlyöntirikoksissa laiminlyönnin rangaistavuus perustuu suoraan erityisen osan tunnusmerkistöön; tekijä asetetaan rikosoikeudelliseen vastuuseen sen perusteella, ettei hän ole ryhtynyt säännöksessä edellytettyyn toimeen. Sen sijaan ei edellytetä teosta erillistä vahinkoseurausta.⁹⁸ Avunannon tunnusmerkistössä ei nimenomaisesti kriminalisoida laiminlyöntiä, joten kyse ei ole varsinaisesta laiminlyöntirikoksesta.

Laiminlyöntivastuu on kuitenkin mahdollista ulottaa myös tunnusmerkistöihin, joissa ei nimenomaisesti kriminalisoida laiminlyöntiä. Tämä tapahtuu *epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktion* avulla. Koska avunannon tunnusmerkistössä ei nimenomaisesti kriminalisoida laiminlyöntiä, laiminlyöntivastuu voi perustua ainoastaan epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruk-

⁹⁶ Tämä käy ilmi hallituksen esityksestä, jossa nimenomaisesti todetaan avunannon olevan mahdollista laiminlyönnillä. Ks. HE 44/2002 vp s. 157 sekä myös *Frände* 2012 s. 258.

⁹⁷ Esimerkkinä varsinaisesta laiminlyöntirikoksesta voi käyttää RL 21:15:n pelastustoimen laiminlyöntiä.

⁹⁸ Pelastustoimen laiminlyönnin kriminalisoinnissa (RL 21:15) tekijä asetetaan rikosoikeudelliseen vastuuseen, jos hän tietäen toisen olevan hengenvaarassa tai vakavassa terveyden vaarassa jättää antamatta tai hankkimatta vaarassa olevalle sellaista apua, jota tekijältä voidaan kohtuudella edellyttää, kun otetaan huomioon hänen mahdollisuutensa sekä tilanteen luonne.

tion soveltumiseen.⁹⁹ Konstruktion soveltumiselle on kuitenkin asetettu erityisiä edellytyksiä.

Ensinnäkin edellytetään, että tunnusmerkistön sanamuoto ei sulje pois laiminlyönnin mahdollisuutta. Useimmat aktiiviseen toimintaan viittaavat tekotavat voidaan kuitenkin toteuttaa myös laiminlyönnillä. Näin on kaikissa niissä tapauksissa, joissa tunnusmerkistössä puhutaan ”aiheuttamisesta”.¹⁰⁰ Koska suurin osa aktiiviseen toimintaan viittaavista tekotavoista on toteutettavissa myös laiminlyönnillä ja koska avunannon kausaalisuus on luonteeltaan lähellä aiheuttamista, lienee täysin selvää, että sekä RL 5:6:n termi ”auttaa” että rikosoikeustieteessä sen synonyymiksi vakiintunut termi ”edistää” kattavat myös laiminlyönnin.

Toiseksi laiminlyönti on tässäkin tapauksessa rangaistava vain, jos tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen. Epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktio on siten sovellettavissa vain tunnusmerkistöihin, joihin liittyy jonkinlaisen seurauksen aiheuttaminen. Avunannossa on kyse seurausrikoksen erityistapauksesta. Sen tunnusmerkistössä seurauksen asemassa on päätekijän toiminta, jota avunantajan on tullut menettelyllään edistää. Koska rangaistavaan avunantoon liittyy aina päätekijän rikos tai sen yritys, vaatimus tunnusmerkistöön liittyvästä seurauksesta täyttyy.

Kolmanneksi tekijällä on oltava erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen. Toisin sanoen tekijän on oltava sellaisessa vastuuasemassa, joka luo hänelle velvollisuuden estää seurauksen syntyminen. Tällainen vastuuasema voi RL 3:3.2:n mukaan perustua virkaan, toimeen tai asemaan, tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen, tehtäväksi ottamiseen tai sopimukseen, tekijän vaaraa aiheuttaneeseen toimintaan tai muuhun niihin rinnastettavaan syyhyn. Laiminlyönnin toimiessa avunantovastuun perustana on siten aina pysyttävä tunnistamaan sellainen erityinen oikeudellinen velvollisuus, joka edellyttää avunantajalta aktiivisiin toimiin ryhtymistä päätekijän toiminnan estämiseksi.

2.4.7.3 Laiminlyönnin syy-yhteys

Laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa on kyse *epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta*, koska laiminlyöntivastuu voidaan ulottaa RL 5:6:en vain epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktion avulla. Objekttiivisen tunnusmerkistön täytyminen edellyttää epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa syy-yhteyttä laiminlyönnin ja seurauksen välillä. Avunannon tunnusmerkistös-

⁹⁹ Avunanto rinnastuu laiminlyöntirikoksena siten esimerkiksi RL 21:8:n kuolemantuottamiseen, jossa laiminlyöntivastuu voi perustua vain epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktion soveltumiseen.

¹⁰⁰ HE 44/2002 vp s. 42.

sä tämä tarkoittaa syy-yhteyttä avunantajan laiminlyömän aktiivisen toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä.

Edellä on jo käynyt ilmi, ettei laiminlyönnillä aiheuttaminen ole teoreettisesti sovitettavissa yhteen luonnontieteellisen kausaalikäsitteen perusidean kanssa: laiminlyönti ei voi koskaan olla samalla tavoin seurauksen syy kuin aktiivinen toiminta. Oikeustieteellinen kausaalikäsitteys ei myöskään voi olla täysin erilainen kuin muilla tieteen aloilla, vaan sen tulee tukeutua yleisiin näkemyksiin syistä, seurauksista ja syy-yhteyksistä.¹⁰¹ Tässä mielessä puhuminen kausaalisuudesta laiminlyönnin yhteydessä on harhaanjohtavaa.¹⁰²

Oikeustieteen tiedonintressi poikkeaa kuitenkin luonnontieteistä: oikeustieteessä kausaalisuutta tarkastellaan osana lainsäätämisen, -tulkinna ja -soveltamisen kysymyksiä.¹⁰³ Rikosoikeudessa on olennaista selvittää, onko oikeussubjektin menettely aiheuttanut seurauksen – tai avunannon tapauksessa myötävaikuttanut sen syntymiseen. Tällainen menettely voi olla paitsi aktiivista myös passiivista. Sen vuoksi kausaalisuuden käsitettä on laajennettu niin, että myös toimimattomuus voi tietyin edellytyksin olla aktiiviseen toimintaan rinnastettava syy seurauksen aiheutumiselle.

Laiminlyöntiä ei kuitenkaan voida kytkeä seuraukseen luonnonlain tai vastaavan säännönmukaisuuden avulla. Sen vuoksi laiminlyönnin syy-yhteyden määrittämisessä joudutaan rikosoikeudessa turvautumaan ns. *kontrafaktuaaliseen kokeeseen*. Siinä toteutunutta tapahtumienkulkua verrataan hypoteettiseen kausaalikulkuun, johon laiminlyöty toiminta on lisätty. Jos laiminlyöty teko olisi estänyt seurauksen syntymisen, laiminlyönnin ja seurauksen välillä vallitsee syy-yhteys.

Laiminlyönnin syy-yhteyden selvittämisessä hyödynnetään siis eräänlaisia modifioitua csqn-testiä. Sen sijaan että kysyttäisiin, olisiko seuraus syntynyt ilman tekijän aktiivista toimintaakin, kysytään, olisiko tekijän aktiivinen toiminta estänyt seurauksen syntymisen. Vaikka rikosoikeudessa puhutaan myös laiminlyönnin kohdalla syy-yhteydestä, tarkkaan ottaen pitäisi puhua laiminlyönnin ja seurauksen välillä vallitsevasta loogisesta suhteesta.¹⁰⁴

2.4.7.4 Syy-yhteyden määrittäminen laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa

Kun otetaan huomioon avunannon luonne epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena sekä se, miten rikosoikeudessa laiminlyönnin syy-yhteys ratkaistaan, voidaan todeta, että laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa kausaalisuuden määrittäminen rakentuu kahdesta erillisestä vaiheesta. *Ensin* on selvitettävä,

¹⁰¹ Tästä sekä Kindhäuser 2013 s. 76 että Nuotio 2007 s. 113.

¹⁰² Jareborg 2009 s. 157; Jescheck 1988 s. 250 ja Nuutila 1997 s. 117.

¹⁰³ Nuotio 2007 s. 113. Luonnontieteilijälle yksittäisten ilmiöiden välinen syy-yhteys on ennen kaikkea keino löytää uusia sekä testata jo olemassa olevia luonnonlakeja.

¹⁰⁴ Näin Nuutila 1997 s. 117.

sitooko avunantajaa sellainen erityinen oikeudellinen velvollisuus, joka edellyttää häneltä aktiivisiin toimiin ryhtymistä päätekijän toiminnan estämiseksi. Voidaan puhua erityisestä oikeudellisesta velvollisuudesta laiminlyönnillä toteutettavan avunannon rajaajana. Käsitellen siihen liittyviä erityiskysymyksiä seuraavassa alaluvussa.

Jos avunantajaa sitoo erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä aktiivisiin toimiin päätekijän toiminnan estämiseksi, *tämän jälkeen* on vielä tehtävä kontrafaktuaalinen koe sen selvittämiseksi, olisiko aktiiviseen toimintaan ryhtyminen estänyt päätekijän toiminnan. Laiminlyönnillä toteutettavan avunannon ja päätekijän toiminnan välillä vallitsee syy-yhteys vain siinä tapauksessa, että laiminlyöty aktiivinen toiminta olisi estänyt päätekijän toiminnan.

Laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa syy-yhteyden määrittämisestä tulee siten hypoteettista: se edellyttää vaihtoehdoisen tapahtumienkulun konstruointia, johon avunantajan laiminlyömä aktiivinen toiminta on lisätty.¹⁰⁵ Ongelmana on, että siitä, mitä ei ole koskaan tapahtunut, ei voida koskaan olla täysin varmoja. Emme siis myöskään voi koskaan olla täysin varmoja, olisiko avunantajan laiminlyöty toiminta estänyt päätekijän toiminnan.¹⁰⁶ Tämän vuoksi psyykkisen avunannon tapaan myös laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa syy-yhteyden olemassaolosta voidaan esittää ainoastaan eri asteisia todennäköisyysarvioita.

Kausaalisuusarvioinnin hypoteettisuus sekä perustuminen todennäköisyyslauseisiin nostavat esille kysymyksen siitä, onko laiminlyönnillä toteutettavan avunannon olemassaolo mahdollista näyttää toteen käytännön ratkaisutoiminnassa. Samalla tavoin kuin psyykkisen avunannon yhteydessä, myöskään laiminlyönnillä toteutettavan avunannon mahdollisuutta ei ole perusteltua sulkea pois näytöllisten realiteettien vuoksi. Rikosprosessissa noudatettava tavallista korkeampi näyttökynnys sekä *in dubio pro reo* -periaate asettavat kuitenkin erittäin korkeat vaatimukset kontrafaktuaalisen kokeen lopputulokselle.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä ja KKO:n ratkaisukäytännössä on katsottu, että laiminlyönnin syy-yhteys *sulkeutuu pois*, jos ei jää järkevää ja varteenotettavaa epäilyä siitä, että seuraus olisi syntynyt, vaikka laiminlyöty aktiivinen toiminta olisi toteutettu.¹⁰⁷ Laiminlyönnillä toteutettavan avunannon kohdalla tämä tarkoittaisi, että rikosoikeudellinen vastuu sulkeutuu pois puuttuvan syy-yhteyden perusteella, jos ei jää järkevää ja varteenotettavaa epäilyä siitä, että päätekijän toiminta olisi toteutunut (konkreettisesti samassa muodossa), vaikka laiminlyöty aktiivinen toiminta olisi toteutettu.

¹⁰⁵ Tilanne on täysin päinvastainen kuin aktiivisessa toiminnassa, jonka yhteydessä ei ole sallittua konstruoida hypoteettisia kausaalikulkuja, kun syy-yhteyden olemassaoloa selvitetään csqn-testin avulla.

¹⁰⁶ Nuutila 1996 s. 203.

¹⁰⁷ Ks. *Frände* 2012 s. 213; *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 173 ja 175 sekä KKO 1984 II 224.

Mielestäni lähtökohta on virheellinen, koska sen mukaan jo oletuksena näyttää olevan, että laiminlyönnin ja seurauksen välillä vallitsee syy-yhteys. Laiminlyönnin syy-yhteydessä olennaista on kuitenkin sen selvittäminen, olisiko laiminlyöty aktiivinen toiminta estänyt seurauksen. Tulkitseminen, että ainakin laiminlyönnillä toteutettavan avunannon syy-yhteys täyttyy vasta, jos kontrafaktuaalisen kokeen lopputuloksena ei jää järkevää ja varteenotettavaa epäilyä siitä, että laiminlyöty aktiivinen toiminta olisi estänyt päätekijän toiminnan toteutumisen (sellaisena kuin se on konkreettisesti toteutunut).

2.4.7.5 Milloin laiminlyönti johtaa avunantovastuuseen, milloin tekijävastuuseen?

2.4.7.5.1 Laiminlyönnillä toteutettavalle avunannolle jää vain marginaalinen soveltamisala

Hallituksen esityksen mukaan ”avunantaminen on mahdollista myös laiminlyönnillä, milloin laiminlyönti merkitsee vain täytäntöönpanon edistämistä tavalla, joka voidaan rinnastaa positiivisella (aktiivisella) toimella tapahtuvaan täytäntöönpanon edistämiseen [kursivointi ja sulut L.L.]”. Laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa on kyse epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta, jossa laiminlyönti voi toimia rikosoikeudellisen vastuun perustana vain RL 3:3:ssä säädettyjen edellytysten täytyessä. Sen vuoksi avunannon tunnusmerkistössä laiminlyönti on tekotapana rinnastettavissa aktiiviseen toimintaan vain siinä tapauksessa, että avunantajaa sitoo erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä aktiivisiin toimiin seurauksen eli avunannon tapauksessa päätekijän toiminnan estämiseksi.¹⁰⁸

Hallituksen esityksessä todetaan kuitenkin myös, että jos avunantajalla on ”erityinen oikeudellinen velvollisuus seurauksen estämiseksi, tuon velvollisuuden laiminlyönti synnyttää tekijävastuun”.¹⁰⁹ Koska avunannon tunnusmerkistössä seurauksen asemassa on päätekijän toiminta, esityksen sanamuoto johtaa ongelmalliseen lopputulokseen: erityinen oikeudellinen velvollisuus (ryhtyä aktiivisiin toimiin päätekijän toiminnan estämiseksi) on toisaalta edellytys, jotta laiminlyönnillä toteutettava avunanto voidaan rinnastaa aktiivisiin toimin toteutettavaan avunantoon, mutta samalla sen olemassaolo näyttää johtavan tekijävastuuseen. Lopputuloksena laiminlyönnillä toteutettavalle avunannolle ei näytä jäävän käytännössä lainkaan soveltamisalaa, vaikka lainsäätäjän tarkoituksena oli selvästi mahdollistaa se.¹¹⁰

¹⁰⁸ Tästä tarkemmin ks. *Luoto* 2015 s. 459–481, erityisesti s. 477–478.

¹⁰⁹ HE 44/2002 vp s. 157.

¹¹⁰ Kukkonen on tulkinnut samansuuntaisesti kotoista oikeustilaa ratkaisun KKO 2014:22 perusteella. Ks. *Kukkonen* 2014 s. 186.

Lopputuloksessa, jossa avunantovastuulle ei katsota jäävän tilaa laiminlyöntirikoksissa, ei ole mitenkään poikkeuksellinen rikosoikeustieteessä. Varsinkin saksankielisessä kirjallisuudessa kannatetaan laajasti ajattelua, jossa laiminlyönnillä toteutettavan avunannon mahdollisuus rajautuu vain tiettyihin erityistilanteisiin.¹¹¹ Ajattelun taustalla vaikuttaa vahvasti se tosiasia, että osallisuusoppi on kehitetty ennen kaikkea aktiivista toimintaa silmällä pitäen. Sen vuoksi epävarsinaisten laiminlyöntirikosten, ja tätä laajemmin laiminlyöntirikosten, yhteydessä ei voida soveltaa ongelmitta samoja kriteerejä, joiden perusteella osallisuusmuodot on tavattu erottaa toisistaan aktiivisen tekemisen yhteydessä.

Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa erityinen oikeudellinen velvollisuus saa korostetun aseman, kun rikosoikeudellisen vastuun objektiivisia edellytyksiä määritetään.¹¹² Toisin kuin aktiivisen toiminnan toimiessa rikosoikeudellisen vastuun perustana, *epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä aktiivisiin toimiin seurauksen estämiseksi määrittää sekä rikosoikeudellisen vastuun että tekijävastuun rajan*. Sen vuoksi avunannolle ei jää yleensä soveltamisalaa.¹¹³ Havainnollistan ajattelua ratkaisun KKO 2014:22 avulla.

Ratkaisussa B ja C olivat pahoinpidelleet X:ää. Pahoinpitely tapahtui A:n asunnossa A:n ollessa myös paikalla. A ei ollut osallistunut teon suunnitteluun tai toteutukseen, mutta hän ei ollut myöskään millään tavalla puuttunut B:n ja C:n toimintaan tai pyrkinyt estämään pahoinpitelyä.

Ratkaisussa KKO 2014:22 A:n rikosoikeudellinen vastuu ratkeaa ennen kaikkea sen perusteella, koskiko A:ta sellainen erityinen oikeudellinen velvollisuus, joka edellytti A:lta aktiivisiin toimiin ryhtymistä tämän asunnossa meneillään olleen pahoinpitelyn estämiseksi. Jos A:lta voitiin odottaa toimiin ryhtymistä ja hän on tahallaan laiminlyönyt niihin ryhtymisen, hänet voidaan asettaa rikosoikeudelliseen vastuuseen menettelystään. Vastuumuotona on kuitenkin automaattisesti tekijävastuu.

¹¹¹ Näin mm. *Roxin* 2003 s. 671–674 ja *Stratenwerth* 2000 s. 405–406.

¹¹² Tätä voidaan havainnollistaa juuri kausaalisuusarvioinnilla, joka aktiivisen toiminnan toimiessa rikosoikeudellisen vastuun perustana voidaan selkeästi erottaa omaksi kokonaisuudekseen tunnusmerkistön mukaisuuden muiden objektiivisten edellytyksien arvioinnista. Rikosoikeudellisen vastuun perustuessa epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktion kausaalisuusarviointi sen sijaan sekoittuu osaksi laajempaa kokonaisarviointia tunnusmerkistön mukaisuudesta, joka kiteytyy siihen, sitooko henkilöä tilanteessa RL 3:3:n mukainen erityinen oikeudellinen velvollisuus.

¹¹³ Tilanteista, joissa laiminlyönti poikkeuksellisesti johtaa avunantovastuuseen, ks. *Luoto* 2015 s. 480–481.

2.4.7.5.2 Vastuuasema rajanvetokriteerinä

Olen aikaisemmin kannattanut ajattelua, jossa laiminlyönnillä toteutettavalle avunannolle ei jää käytännössä lainkaan soveltamisalaa.¹¹⁴ Pidän tulkintaa edelleen rikosoikeusteoreettisesti perusteltuna, kun huomioidaan avunannon luonne epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena sekä hallituksen esityksen sanamuoto. Tulkinnan ongelma on kuitenkin sen ristiriita lainsäätäjän tarkoituksen kanssa.

Teoreettisen rikoslainopin tehtävänä on systematisoida ja tulkita lain sisältöä. Tehtävä velvoittaa tavoittelemaan tulkintaa, joka mahdollistaa aikaisempaa tulkintaani kattavammin laiminlyönnillä toteutettavan avunannon olematta ristiriidassa hallituksen esityksen sanamuodon kanssa. Siksi käyn seuraavaksi läpi merkittävimmät vaihtoehtoiset teoriat, jotka rikosoikeustieteessä ja oikeuskäytännössä on kehitetty avunanto- ja tekijävastuun erottamiseksi, sekä pohdin teorioiden soveltuvuutta suomalaiseen doktriiniin.¹¹⁵

Ensinnäkin rikosoikeustieteessä on esitetty, että laiminlyönnin toimiessa rikosoikeudellisen vastuun perustana rajanveto avunanto- ja tekijävastuun välillä voitaisiin tehdä sen vastuuaseman perusteella, joka luo henkilölle erityisen oikeudellisen velvollisuuden ryhtyä aktiivisiin toimiin seurauksen estämiseksi. Rikosoikeustieteessä vastuuasemat jaetaan vakiintuneesti *suojelu-* ja *valvontavastuuasemiin*.¹¹⁶ Suojeluvastuuasema luo velvollisuuden poistaa kaikki riskit, joiden voi sanoa luontaisesti uhkaavan tiettyä henkilöä, toimintaa tai laitosta. Valvontavastuuasema puolestaan luo velvollisuuden poistaa kaikki riskit, jotka ovat peräisin tietystä vaaran lähteestä.¹¹⁷

On esitetty, että suojeluvastuuasemassa olevan laiminlyöntiin tulee suhtautua negatiivisemmin kuin valvontavastuuasemassa olevan.¹¹⁸ Tämä perustuu ennen kaikkea siihen, että suojeluvastuuasema luo valvontavastuuasemaa kattavamman institutionaalisen huolenpitovelvollisuuden. Voidaan sanoa, että suojeluvastuuasemassa olevan suhde uhattuun oikeushyvään on läheisempi kuin valvontavastuuasemassa olevan.¹¹⁹ Sen vuoksi suojeluvastuuaseman luoman velvollisuuden laiminlyönti synnyttää aina tekijävastuun. Sen sijaan valvontavastuuasemassa olevan velvollisuus suojata oikeushyvää hyökkäyksiltä on toissijainen. Sen vuoksi valvontavastuuaseman luoman velvollisuuden laiminlyönnistä seuraa ainoastaan avunantovastuu.

¹¹⁴ Ks. Luoto 2015 s. 478–481.

¹¹⁵ Kühl tarjoaa hyvän yleiskatsauksen saksankielisessä kirjallisuudessa kehitetyistä teorioista. Ks. Kühl 2012 s. 852–855.

¹¹⁶ Ks. esim. Frände 2012 s. 214–218; Livson 1949 s. 159–207 ja Palmén 1978 s. 64–99 sekä ulkomaalaisessa kirjallisuudessa esim. Asp – Ulväng – Jareborg 2013 s. 112–116; Kühl 2012 s. 670 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 297–298.

¹¹⁷ Frände 2012 s. 215 ja 217; Palmén 1978 s. 100 sekä Tapani – Tolvanen 2013 s. 154.

¹¹⁸ Kühl 2012 s. 854–855.

¹¹⁹ Kindhäuser 2013 s. 334.

Teoriaa voidaan havainnollistaa niin ikään ratkaisun KKO 2014:22 avulla. Ratkaisussa A:n rikosoikeudellinen vastuu edellyttää vastuuasemaa, joka luo hänelle erityisen oikeudellisen velvollisuuden ryhtyä toimiin B:n ja C:n tekemän pahoinpitelyn estämiseksi. Osallisuusmuoto puolestaan ratkeaa vastuuaseman perusteella: Jos A:n voidaan katsoa olevan suojeluvastuuasemassa, kyseeseen tulee tekijävastuu. Jos taas A on valvontavastuuasemassa, kyseeseen tulee ainoastaan avunantovastuu.

Jotta teoria soveltuu avunanto- ja tekijävastuun rajanvetoon sekä teorian tasolla että käytännön ratkaisutoiminnassa, on pystyttävä määrittämään, milloin kyse on suojelu- ja milloin taas valvontavastuuasemasta. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on katsottu, että RL 3:3.2:n kolme ensimmäistä perustetta eli virka, toimi tai asema, tekijän ja uhrin välinen suhde, tehtäväksi ottaminen tai sopimus synnyttävät suojeluvastuuaseman. Valvontavastuuaseman voi lähtökohtaisesti syntyä vain tekijän vaaraa aiheuttaneen toiminnan seurauksena tai perusteista viimeisen eli muun rinnastettava syyn seurauksena.¹²⁰

Vaikka suojelu- ja valvontavastuuasemat pystyttäisiin suhteellisen selkeästi erottamaan teorian tasolla, näin ei välttämättä ole käytännön ratkaisutoiminnassa. Teorian kelpoisuus avunanto- ja tekijävastuun rajanvetoon kyseenalaistetaan usein sen vuoksi, että vastuuasemat menevät käytännön ratkaisutoiminnassa päällekkäin: kyse voi olla joko suojelu- tai valvontavastuuasemasta riippuen siitä, mistä näkökulmasta asiaa tarkastellaan.¹²¹ Laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa on yleisimmin kyse tilanteista, joissa henkilö on laiminlyönyt velvollisuutensa puuttua toisen toimintaan. Ongelmana on, että juuri tällaisissa tilanteissa kyse voi tapauskohtaisesti olla joko suojelu- tai valvontavastuuasemasta.¹²²

Lisäksi on huomioitava, ettei laki aseta vastuuasemia keskenään eriarvoiseen asemaan, vaan kaikki RL 3:3.2:n perusteet luovat erityisen oikeudellisen velvollisuuden estää seurauksen syntyminen.¹²³ Samoin hallituksen esityksen mukaan erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti estää seuraus synnyttää suoraan tekijävastuun riippumatta siitä, perustuuko velvollisuus suojelu- vai valvontavastuuasemaan.¹²⁴ Tulkitsenkin, ettei suojeluvastuuasema–valvontavastuuasema-jakoon ole perusteltua kytkeä merkittäviä rikosoikeudellisia seuraamuksia.

¹²⁰ *Frände* 2012 s. 215–218; *Nuutila* 1997 s. 128 ja *Palmén* 1978 s. 100.

¹²¹ Tästä *Rengier* 2016 s. 511–512 ja *Roxin* 2003 s. 678.

¹²² *Nuutila* 1997 s. 128 ja *Palmén* 1978 s. 79.

¹²³ Samansuuntaisesti saksalaisessa rikosoikeustieteessä *Bloy* 1987 s. 492.

¹²⁴ HE 44/2002 vp s. 157.

2.4.7.5.3 Miten rajanvedon on esitetty ratkeavan KKO:n ratkaisukäytännössä?

Myös KKO:n viimeaikaisissa ennakkoratkaisuissa on tunnistettu rajanvedon ongelmallisuus avunanto- ja tekijävastuun välillä silloin, kun rikosoikeudellinen vastuu perustuu laiminlyöntiin.¹²⁵ Se, miten rajanveto on pyritty ratkaisemaan, jättää kuitenkin useita avoimia kysymyksiä. Toistaiseksi KKO:n ratkaisukäytännössä on hahmoteltu vain ääriiviivat teorialle, jonka perusteella rajanveto avunanto- ja tekijävastuun välillä pyritään ratkaisemaan.

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä hallituksen esityksen sanamuodolle näytetään annettavan omanlaisensa tulkinta. Hallituksen esityksen mukaan, jos avunantajalla on ”erityinen oikeudellinen velvollisuus seurauksen estämiseksi, tuon velvollisuuden laiminlyönti synnyttää tekijävastuun”.¹²⁶ Olen itse tulkinnut, että termillä ”seuraus” viitataan avunannon tunnusmerkistöön liittyvään seuraukseen eli päätekijän toimintaan. KKO:n ratkaisukäytännössä termin ”seuraus” on sen sijaan tulkittu viittaavan *päätekijän toteuttaman rikoksen tunnusmerkistöön ja siihen mahdollisesti liittyvään seuraukseen*.¹²⁷

Teoria näyttää rakentuvan teko- ja seurausrikosten erilaiselle kohtelulle. KKO:n tulkinnan mukaan RL 3:3.2:n perusteella ei voida ratkaista, milloin laiminlyönti johtaa avunanto- ja milloin taas tekijävastuuseen, jos päätekijän rikoksen tunnusmerkistö ei edellytä erillisen seurauksen aiheuttamista. Tekorikoksissa RL 3:3.2:a ei siten voitaisi soveltaa ainakaan suoraan avunanto- ja tekijävastuun välisen rajanvedon ratkaisemisessa. Toisaalta myös tekorikoksissa RL 3:3.2:a voitaneen käyttää apuna arvioitaessa tilanteita, joissa henkilölle syntyy toimimisvelvollisuus ja sen laiminlyönnistä avunantajavastuu.¹²⁸ KKO ei toistaiseksi ole ottanut suoraan kantaa RL 3:3.2:n soveltamiseen avunanto- ja tekijävastuun väliseen rajanvetoon silloin, kun päätekijän rikoksen tunnusmerkistö edellyttää erillisen seurauksen aiheuttamista. Ratkaisun KKO 2015:27 perusteella voidaan päätellä, että päätekijän rikoksen ollessa seurausrikos rajanveto saattaisi ratketa suoraan RL 3:3.2:n perusteella.¹²⁹

Selvää on, että teorian sisältöä on vielä täsmennettävä KKO:n tulevissa ratkaisuissa. Sen vuoksi teorian syvälinen analyysi ei ole vielä tässä vaiheessa mahdollista. Kiinnitän kuitenkin huomiota yhteen teoriaan liittyvään ongelma-kohtaan. KKO:n teoria rakentuu ajatukselle, ettei RL 3:3.2:ssa luetella niitä pe-

¹²⁵ Ks. ennen kaikkea KKO 2014:22 sekä KKO 2015:27.

¹²⁶ HE 44/2002 vp s. 157.

¹²⁷ Ks. KKO 2015:27 (kohta 9), jossa todetaan, ettei RL 3:3.2:a voida suoraan soveltaa arvioitaessa, minkälaisissa tilanteissa laiminlyönti voi mahdollisesti olla rangaistava huumausainerikoksena tai sen avunantona, koska huumausainerikoksen tunnusmerkistö ei edellytä jonkin seurauksen aiheuttamista.

¹²⁸ Ks. sekä KKO 2015:27 (kohta 9) että KKO 2014:22 (eri mieltä olleen jäsenen [Rudanko] lausunto).

¹²⁹ Ks. KKO 2015:27 (kohta 9).

rusteita, joita laiminlyömällä henkilö voi syyllistyä rangaistavaan avunantoon. Ainakin päätekijän rikoksen ollessa tekorikos myös muut perusteet saattaisivat tulla kyseeseen.¹³⁰

Rikosoikeusteoreettisesti avunannossa on kuitenkin kyse seurausrikoksesta, jossa seurauksen asemassa on päätekijän toiminta. Sen vuoksi laiminlyöntivastuu voidaan ulottaa avunannon tunnusmerkistöön vain RL 3:3:ssa säädellyn epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktion avulla. Riippumatta siitä, onko päätekijän toiminnan toteuttamassa rikoksessa kyse teko- tai seurausrikoksesta, avunannon tunnusmerkistössä laiminlyönti voi johtaa rangaistusvastuuseen vain, jos avunantajalla on erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimiin päätekijän toiminnan estämiseksi. Siitä, mihin tällainen oikeudellinen velvollisuus voi perustua, säädetään yksinomaan RL 3:3.2:ssä.

Kuten on jo edellä käynyt ilmi, laiminlyönti voidaan vain poikkeuksellisesti rinnastaa aktiiviseen toimintaan tekona. Tulkinta, jossa myös muut kuin RL 3:3.2:ssa säädetty perusteet johtaisivat laiminlyöntivastuuseen avunannon tunnusmerkistössä, rikkoo syytetylle epäedullisena rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta. Koska avunannossa on kyse epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta, laiminlyöntivastuu avunannon tunnusmerkistössä ei voi perustua muihin kuin RL 3:3.2:ssa säädettyihin perusteisiin. Sen vuoksi KKO:n lähtökohta, jossa myös muut kuin RL 3:3.2:ssa säädetty perusteet voisivat johtaa laiminlyöntivastuuseen avunannon tunnusmerkistössä, on virheellinen.

2.4.7.5.4 Erityisen oikeudellisen velvollisuuden sisältö rajanvetokriteerinä

Kuten edellä on jo käynyt ilmi, epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa rikosoikeudellisen vastuun arviointi kiteytyy erityisen oikeudellisen velvollisuuden olemassaoloon. Sen vuoksi rikosoikeustieteessä on esitetty, että myös rajanveto avunanto- ja tekijävastuun välillä voidaan tehdä erityisen oikeudellisen velvollisuuden sisällön perusteella silloin, kun laiminlyönti toimii rikosoikeudellisen vastuun perustana.

Hallituksen esityksen mukaan ”jos avunantajalla on erityinen oikeudellinen velvollisuus seurauksen estämiseksi, tuon velvollisuuden laiminlyönti synnyttää suoraan tekijävastuun”.¹³¹ On kuitenkin mahdollista ajatella, että avunantaja voivat sitoa myös jotkin tällaisia velvollisuuksia alemman asteiset velvollisuudet, jotka eivät yksiselitteisesti edellytä henkilöltä seurauksen syntymisen estämistä. Kyse on velvollisuuksista, joiden sisältönä on, että henkilö ryhtyy sellaiseen toimeen, joka häittää tai vaikeuttaa seurauksen syntymistä muttei

¹³⁰ Ks. myös KKO 2014:22 (eri mieltä olleen jäsenen [Rudanko] lausunto).

¹³¹ HE 44/2002 vp s. 157.

välttämättä kokonaan estä sen syntymistä.¹³² Jos rajanveto avunanto- ja tekijävastuun välillä kytketään tällä tavoin erityisen oikeudellisen velvollisuuden luonteeseen, pystytään molemmille osallisuusmuodoille määrittämään selkeä soveltamisala:

Erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti johtaa tekijävastuuseen vain silloin, kun velvollisuuden sisältönä on yksiselitteisesti estää seuraus eli päätekijän toiminta. Kausaaliselältä luonteeltaan tällaisen velvollisuuden laiminlyönnin voidaan ajatella rinnastuvan seurauksen aiheuttamiseen. *Jos taas erityinen oikeudellinen velvollisuus edellyttää ainoastaan ryhtymistä sellaiseen toimeen, joka toteutuessaan olisi haitannut tai vaikeuttanut päätekijän toimintaa, velvollisuuden laiminlyönnistä seuraa avunantovastuu.* Kausaaliselältä luonteelta tällaisen velvollisuuden laiminlyönnin ei voida sanoa rinnastuvan seurauksen aiheuttamiseen vaan ainoastaan seurauksen syntymisen edistämiseen.

Käytän jälleen apuna ratkaisua KKO 2014:22 teorian havainnollistamiseen. Ratkaisussa A:n laiminlyönti voi johtaa rikosoikeudelliseen vastuuseen pahoinpitelystä tekijänä, jos A:ta sitoo sellainen erityinen oikeudellinen velvollisuus, joka yksiselitteisesti edellyttää häneltä B:n ja C:n toiminnan estämistä. Jos taas A:ta sitoo ainoastaan sellainen erityinen oikeudellinen velvollisuus, joka edellyttää häneltä ryhtymistä aktiivisiin toimiin, jotka toteutuessaan olisivat estäneet tai haitanneet B:n ja C:n toimintaa, voi A:n laiminlyönti johtaa korkeintaan avunantovastuuseen pahoinpitelystä.

Päällisin puolin teoria vaikuttaa loogiselta. Se pystyy sovittamaan yhteen sekä lainsäätäjän tarkoituksen että hallituksen esityksen sanamuodon: laiminlyönnillä toteutettavan avunannon soveltamisala näyttää muodostuvan laajaksi ja toisaalta erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti synnyttää suoraan tekijävastuun silloin, kun velvollisuuden sisältönä on seurauksen eli päätekijän toiminnan estäminen. Pintaa syvemmälle menevä tarkastelu paljastaa kuitenkin ongelmia.

Ensinnäkin teoria näyttää olevan ristiriidassa RL 3:3:n kanssa. RL 3:3:n mukaan epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa laiminlyönti on rangaistavaa vain, ”jos tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen, vaikka hänellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntymisen [kursivointi L.L.]”. Koska laiminlyönnin rangaistavuus edellyttää velvollisuutta estää seurauksen syntymisen, ei sitä alemman asteisen velvollisuuden laiminlyönti voi RL 3:3:n mukaan johtaa lainkaan rikosoikeudelliseen vastuuseen. Sen vuoksi avunannon soveltamisala näyttää tässäkin teoriassa jäävän olemattomaksi: jos velvollisuuden sisältönä on ainoastaan ryhtyminen sellaisiin aktiivisiin toimiin, jotka toteutuessaan olisivat haitanneet

¹³² Samansuuntaisesti *Honkasalo* 1967 s. 230–231.

tai vaikeuttaneet päätekijän toimintaa, velvollisuuden laiminlyönti ei RL 3:3:n mukaan voi johtaa rikosoikeudelliseen vastuuseen.

Toisaalta teorian ongelmana on, että se rakentuu erittäin hienojakoisen velvollisuuksien erottelun varaan: se edellyttää, että sekä rikosoikeusteoreettisesti että käytännön ratkaisutoiminnassa on mahdollista erottaa, onko kyse yksiselitteisestä velvollisuudesta rikoksen estämiseen vai vain velvollisuudesta ryhtyä sellaisiin aktiivisiin toimiin, jotka olisivat haitanneet tai vaikeuttaneet rikoksen toteutumista. Kun huomioidaan prosessin hypoteettinen luonne eli se, että siinä ollaan tekemässä sellaisten tapahtumienkulkujen kanssa, jotka eivät ole todella toteutuneet, en ole lainkaan varma, onko velvollisuuksia mahdollista erotella teorian edellyttämällä tarkkuudella.

2.4.7.5.5 Laiminlyödyn velvollisuuden aineellis-objektiivinen merkitys rajanvetokriteerinä

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä on esitetty, että silloin kun erityisen oikeudellisen velvollisuuden sisältönä on estää toisen tekemän rikoksen toteutuminen, se, milloin laiminlyönti perustaa avunanto- ja milloin taas tekijävastuun, ratkaistaan pitkälti vastaavien kriteerien perusteella kuin aktiivisen toiminnan-kin yhteydessä.¹³³ Saksalaisessa doktriinissa tämä tarkoittaa teonherruusopin soveltamista rajanvetoon. Teonherruusopissa on kyse aineellis-objektiivisesta osallisuusteoriasta, jonka perusteella tekijävastuu erotetaan varsinaisesta osallisuudesta saksalaisessa rikosoikeustieteessä vallitsevan kannan mukaan.¹³⁴

Teonherruusopin soveltaminen johtaa useimmissa tilanteissa suomalaista osallisuusoppia vastaaviin lopputuloksiin. Tästä huolimatta sitä ei voida suoraan soveltaa kotimaisessa doktriinissa tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden väliseen rajanvetoon edes silloin, kun aktiivinen toiminta toimii rikosoikeudellisen vastuun perustana. Saksalaista rikosoikeustiedettä seuraten myös suomalaisessa doktriinissa voidaan kuitenkin esittää, että laiminlyönnin toimiessa rikosoikeudellisen vastuun perustana rajanveto avunanto- ja tekijävastuun välillä ratkaistaisiin pitkälti vastaavien aineellis-objektiivisten rajanvetokriteerien perusteella, joita kotimaisessa osallisuusopissa hyödynnetään erityisesti avunannon ja rikoskumppanuuden välisessä rajanvedossa.¹³⁵ Tämä tarkoittaisi suurin piirtein seuraavaa:

- 1) On oltava olemassa sellainen erityinen oikeudellinen velvollisuus, jonka sisältönä on estää toisen tekemän rikoksen toteutuminen.

¹³³ Tästä tarkemmin ks. *Heinrich* 2014 s. 528; *Rengier* 2016 s. 512–514 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 308.

¹³⁴ Tästä tarkemmin ks. Osa V, luku 5.

¹³⁵ Tästä tarkemmin ks. Osa V, luvut 3.4–3.6 sekä luku 4.

- 2) Se, perustaako erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti avunanto- vai tekijävastuun, ratkeaa laiminlyödyn velvollisuuden merkityksen perusteella; ratkaisevaa on kokonaisharkinta siitä, kuinka merkityksellistä laiminlyönti on ollut rikoksen toteutumiseksi.

Havainnollistan teoriaa palaamalla vielä kerran ratkaisuun KKO 2014:22. Ratkaisussa A:n laiminlyönti voi perustaa rikosoikeudelliseen vastuun ainoastaan siinä tapauksessa, että häntä sitoo erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä toimiin B:n ja C:n tekemän pahoinpitelyn estämiseksi. Se perustaako erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti avunanto- vai tekijävastuun, ratkeaa A:n laiminlyönnin kokonaismerkityksen perusteella pahoinpitelyn toteutumiseksi. Seikkoja, jotka kokonaismerkitystä arvioitaessa otetaan huomioon, ovat muun muassa A:n tosiasiallinen mahdollisuus estää pahoinpitely sekä A:n ajallinen ja paikallinen etäisyys pahoinpitelyn toteutumiseen, vaaran lähteeseen ja suojeltavaan oikeushyvään.¹³⁶

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä *Bernd Heinrich* on havainnollistanut teoriaa seuraavalla esimerkillä.¹³⁷ Oletetaan, että V näkee asuntonsa ikkunasta, kuinka hänen naapurinsa N pahoinpitelee V:n alle 15-vuotiasta poikaa S:ää. Oletetaan lisäksi, että V pystyisi ilman suurempia vaikeuksia estämään pahoinpitelyn. V ei kuitenkaan estä pahoinpitelyä, koska on sitä mieltä, että S ansaitsee ”opetuksen”.

V:n rikosoikeudellinen vastuu S:n pahoinpitelystä edellyttää ensinnäkin, että häntä sitoo erityinen oikeudellinen velvollisuus estää pahoinpitelyn toteutuminen; V:llä on oltava velvollisuus ryhtyä aktiivisiin toimiin pahoinpitelyn estämiseksi. Selvää lienee, että V:tä sitoo tällainen velvollisuus. Rajanveto avunanto- ja tekijävastuun välillä ratkeaa kokonaisharkinnan perusteella V:n laiminlyönnin merkityksestä pahoinpitelyn toteutumiseksi. Koska V olisi ilman sen suurempia vaikeuksia pystynyt estämään pahoinpitelyn, johtaa laiminlyönti tässä tilanteessa tekijävastuuseen pahoinpitelystä.

Teorian etuna on, että se mahdollistaa sekä avunanto- että tekijävastuun laiminlyönnin toimiessa rikosoikeudellisen vastuun perustana. Se on siten yhdenmukainen lainsäätäjän tarkoituksen kanssa. Teoriaan liittyy kuitenkin myös ongelmia.

Teoriaan voidaan ensinnäkin kohdistaa sama kritiikki kuin aineellis-objektiiviseen osallisuusteoriaan rikoskumppanuuden ja avunannon välisessä rajanvedossa: kokonaisharkinnan kriteeri, jonka perusteella rajanveto korostuneesti tehdään, jää teoriassa nykyisellään sisällöttömäksi. Käytännössä teoria jättää rajanvedon kokonaisharkinnan suorittavan tuomioistuimen varaan. Jotta teoriaa voitaisiin soveltaa laiminlyönnin toimiessa rikosoikeudellisen vastuun perusta-

¹³⁶ Näistä kriteereistä tarkemmin ks. *Rengier* 2016 s. 512.

¹³⁷ *Heinrich* 2014 s. 527–528.

na, kokonaisharkinnan sisältöä on pystyttävä täsmentämään. Teoriaan kriittisesti suhtautuneet saksalaiset rikosoikeustieteilijät ovat kuitenkin huomauttaneet, että laiminlyönnin toimiessa rikosoikeudellisen vastuun perustana kokonaisharkinnan sisällön täsmentäminen on huomattavasti haastavampaa kuin aktiivisen toiminnan yhteydessä tai rikosoikeusteoreettisesti jopa mahdotonta.¹³⁸

Teorian lähtökohta on myös ongelmallinen, kun huomioidaan rikoslain ja hallituksen esityksen sanamuodot. Teoria edellyttää, että on olemassa erityinen oikeudellinen velvollisuus estää toisen tekemän rikoksen toteutuminen. Jos erityisen oikeudellisen velvollisuuden sisältönä on estää toisen tekemän rikoksen toteutuminen, seurauksen asemassa voi ainoastaan olla kyseinen toisen tekemä rikos. Rikoslain mukaan kaikki RL 3:3.2:ssa mainitut perusteet luovat kuitenkin yhtäläisen erityisen oikeudellisen velvollisuuden estää seurauksen syntymisen, eikä rikoslaki aseta velvollisuuden luovia perusteita keskenään erilaiseen asemaan millään tavalla. Hallituksen esityksen mukaan erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti estää seuraus synnyttää puolestaan suoraan tekijävastuun riippumatta siitä, kuinka merkittävää laiminlyönti on ollut seurauksen syntymiselle. Ns. aineellis-objektiivisessa teoriassa erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti voi kuitenkin synnyttää myös avunantovastuun silloin, kun laiminlyönnin kokonaismerkitys ei ole ollut riittävän suuri rikoksen toteutumiselle.

On muistettava, että rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on voimassa vain silloin, kun tulkinta on syytetylle haitallinen. Se ei sen sijaan estä syytetylle edullista tulkintaa.¹³⁹ Sen vuoksi tilanteet, joissa aineellis-objektiivisen teorian soveltaminen johtaa tekijävastuun sijasta ainoastaan avunantovastuuseen, eivät ole rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vastaisia. Laillisuusperiaate ei siten muodosta estettä kehitykselle, jossa KKO:n johdolla tuomioistuimet oikeuskäytännössä perustavat rajanvedon avunanto- ja tekijävastuun välillä laiminlyönnin aineellis-objektiiviseen merkitykseen.¹⁴⁰

Suhtaudun kuitenkin varauksin kehitykseen, jossa rajanveto avunanto- ja tekijävastuun välillä kytkettäisiin korostetusti laiminlyönnin aineellis-objektiiviseen merkitykseen rikoksen toteutumiselle. Rikoskumppanuuden ja avunannon välinen rajanveto osoittaa, miten haastavaa kokonaisharkinnan kriteeriä on täsmentää aktiivisen toiminnan yhteydessä. Laiminlyöntivastuussa tämä on entistäkin haastavampaa, koska laiminlyönnin yhteydessä joudutaan arvioimaan

¹³⁸ Tästä tarkemmin ks. esim. *Roxin* 2003 s. 669–671.

¹³⁹ Ks. esim. *Frände* 2012 s. 27; *Melander* 2016 s. 62 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 125.

¹⁴⁰ Kehityksen mahdollisuutta tukee myös se, että KKO on viimeaikaisessa ratkaisukäytännössään mm. luonut jo uuden vastuuvapausperusteen, joka ei käy lainkaan ilmi rikoslaista. Ks. KKO 2016:25 sekä ratkaisun kritiikistä esim. *Hyttinen* 2016a s. 239–240. Nyt käsiteltävässä tilanteessa ei olisi edes kyse vastuuvapausperusteen luomisesta, vaan ainoastaan laiminlyöntivastuun lieventämisestä niin, ettei erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti enää automaattisesti johtaisikaan tekijävastuuseen.

toteutumatta jääneen aktiivisen toiminnan kokonaismerkitys toteutuneeksi tiedetylle rikokselle.

2.4.7.6 Johtopäätös

Laiminlyönnillä toteutettavassa avunannossa kausaalisuuden määrittäminen rakentuu kahdesta vaiheesta. Ensin on selvítettävä, sitooko avunantajaa sellainen erityinen oikeudellinen velvollisuus, joka edellyttää häneltä aktiivisiin toimiin ryhtymistä päätekijän toiminnan estämiseksi. Epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä aktiivisiin toimiin seurauksen estämiseksi määrittää kuitenkin sekä rikosoikeudellisen vastuun että tekijävastuun rajan. Koska hallituksen esityksen mukaan erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti estää seurauksen syntyminen synnyttää suoraan tekijävastuun ja koska avunannon tunnusmerkistössä seurauksen asemassa on päätekijän toiminta, jää laiminlyönnillä toteutettavalle avunannolle vain marginaalinen soveltamisala.

Avunantovastuuseen laiminlyönti voi johtaa vain sellaisissa erityisen osan tunnusmerkistöissä, joihin liittyy erityisiä tekotapaa tai tekijää määrittäviä tunnusmerkkejä. Ensinnäkin kyseeseen tulevat omakätiset rikokset eli sellaiset rikokset, joissa tekijän on henkilökohtaisesti ja ruumiillisesti suoritettava tunnusmerkistöön liittyvä täytäntöönpanotoimi. Vaikka A:lla katsottaisiin olleen erityinen oikeudellinen velvollisuus estää B:tä kuljettamasta ajoneuvoa alkoholin vaikutuksen alaisena, A:ta ei voida tuomita tämän laiminlyöntin perusteella kuin avunantajana.

Toisen ryhmän muodostavat erikoisrikokset. Vaikka vaimo A jättäisi tahallaan esittämättä miehelleen B:lle osoitetun kutsuntakirjeen kertausharjoituksiin, A:ta ei voida tuomita tekijänä laiminlyöntin perusteella, koska hän ei voi olla rikoksen tekijänä. Kolmannen ryhmän muodostavat sellaiset harvinaiset tilanteet, joissa henkilö olisi ollut velvollinen ryhtymään toimiin sen estämiseksi, että toinen ei anna apua kolmannen rikokseen. Jos isä tahallaan laiminlyö velvollisuutensa estää alaikäistä poikaansa antamasta apua kolmannen suorittamaan pahoinpitelyyn, isän laiminlyönti johtaa vain avunantovastuuseen.¹⁴¹

Jos henkilöä sitoo erityinen oikeudellinen velvollisuus ryhtyä aktiivisiin toimiin päätekijän toiminnan estämiseksi, on vielä selvítettävä, vallitseeko velvollisuuden laiminlyöntin ja päätekijän toiminnan välillä syy-yhteys. Laiminlyöntin syy-yhteyden määrittäminen tapahtuu samalla tavalla riippumatta siitä, johtaako erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti avunanto- vai tekijävastuuseen. Se edellyttää kontrafaktuaalisen kokeen tekemistä, jossa toteutunut tapahtumien kulku verrataan hypoteettiseen tapahtumien kulkuun, johon

¹⁴¹ Tästä *Roxin* 2003 s. 673.

laiminlyöty aktiivinen toiminta on lisätty. Laiminlyönnin ja päätekijän toiminnan välillä vallitsee syy-yhteys, jos kontrafaktuaalisen kokeen lopputuloksena on, että laiminlyöty aktiivinen toiminta olisi estänyt päätekijän toiminnan toteutumisen. Näkemykseni mukaan tämä tarkoittaa, ettei kokeen lopputuloksena saa jäädä järkevää ja varteenotettavaa epäilyä siitä, että laiminlyöty aktiivinen toiminta olisi estänyt päätekijän toiminnan toteutumisen.

Laiminlyönnin syy-yhteyden määrittäminen rakentuu arvioon siitä, mitä olisi tapahtunut, jos laiminlyöty toiminta olisi suoritettu. Tästä hypoteettisesta tapahtumien kulusta ei voida esittää kuin todennäköisyyteen perustuvia kokemuslauseita. Myös laiminlyönnin syy-yhteyden toteennäyttämässä yleisenä lähtökohtana on pidettävä, ettei sen olemassaoloa voida koskaan perustaa kuin erittäin vahvoihin kokemuslauseisiin. Muussa tapauksessa rikosprosessissa noudatettava tavallista korkeampi näyttökynnys sekä *in dubio pro reo* -periaate ohjaavat ratkaisemaan jutun syytetyn eduksi.

3 Tahallisuus

3.1 YLEISTÄ

Tahallisuus kuuluu rikosoikeuden keskeisimpiin käsitteisiin. Siihen liittyy samanaikaisesti sekä vahva teoreettinen että erittäin käytännönläheinen ulottuvuus. Selvää on, ettei tahallisuus ole pelkkä rikoslainopin luoma käsite, vaan sen sisältö on sidottu myös muiden tieteenalojen käsityksiin tahallisuudesta.¹ Tahallisuudella on voimakas yhteys perustavimpiin mielenfilosofisiin ja moraalifilosofisiin kysymyksiin, joiden ohittaminen ei ole mahdollista rikosoikeudellisen tahallisuuden sisältöä määritettäessä.²

Yhtä lailla selvää on, että rikosoikeudellisen tahallisuuskäsityksen on palveltava ennen kaikkea rikosoikeuden tarpeita. Tahallisuus ja sen sisältö muovaavat merkittävästi rikosoikeudellisen vastuun alaa. Rikosoikeudellisella tahallisuuskäsityksellä on väistämättä merkittäviä yhteiskunnallisia ja käytännön ratkaisutoimintaan ulottuvia vaikutuksia. Siksi myös kriminaalipoliittiset näkökohdat asettavat omat vaatimuksensa tahallisuudelle. Tahallisuuden monitoriteisuus onkin tehnyt siitä yhden rikosoikeuden kiistanlaisimmista ja kiistellyimmistä käsitteistä. Rikosoikeudellinen tahallisuus ammentaa sisältönsä lukuisista eri lähteistä, eikä eri vaikutteiden saumaton sovittaminen yhteen onnistu kitkattomasti.

Rikoslain 3 luvun 5 §:n mukaan rangaistusvastuun edellytyksenä on tahallisuus tai tuottamus. Tahallisuus on syyksiluettavuuden raskain muoto.³ Tuottamuksellisesta teosta rangaistaan vain, jos rikosoikeudellinen vastuu on yksittäisessä tunnusmerkistössä nimenomaisesti ulotettu tuottamukseen. Koska useimmat teot ovat edelleen rangaistavia vain tahallisina, valtaosassa tunnusmerkistöjä tahallisuus on aina ehdoton rangaistusvastuun edellytys ja erottaa osaltaan rangaistavan ja rangaistusvastuun ulkopuolelle jäävän menettelyn.

Arkikielessä sana ”tahallisuus” viittaa useimmiten ”tahtomiseen” tai tekemiseen ”tieten tahtoen”⁴; tahallisuuteen liitetään yleisesti tavallisessa kielenkäy-

¹ Nuotio 2004 s. 1286 ja Tapani – Tolvanen 2013 s. 197.

² Näistä erityisesti Matikkala 2005 s. 59–85 ja Vihriälä 2012 s. 9–63.

³ Se, miksi tahallista toimintaa voidaan pitää tuottamuksellista moitittavampana, nojaa olennaisilta osin tekijään liittyviin subjektiivisiin seikkoihin. Toisin kuin tuottamuksen yhteydessä tahallisesti toimiva on tehnyt tietoisena ja monesti myös tarkoituksellisen päätöksen loukata oikeudellisesti suojattua intressiä. Oikeusturvasyöt vaativat huomion kiinnittämistä myös tekijän tiedolliseen ja tarkoitukselliseen perustaan, ja sen vuoksi tahallisesta menettelystä on perusteltua rangaista tuottamuksellista ankarammin. Ks. Frände 2012a s. 109–110 ja Nuutila 1997 s. 212–213.

⁴ HE 44/2002 vp s. 71.

tössä tietynlainen tarkoituksellisuus tai tavoitteellisuus jonkin tekemiseen.⁵ On helppo esittää perusteita sille, miksi oikeudellisen tahallisuuskäsityksen pitäisi olla mahdollisimman pitkälle arkikielen mukainen.⁶ Rikosoikeudellisena käsitteenä tahallisuus ei kuitenkaan vastaa täysin sanan arkikielistä merkityssisältöä. Ennen kaikkea kriminaalipoliittisista syistä tahallisuuskäsitettä joudutaan usein joko venyttämään tai typistämään niin, että rikosoikeudellisen tahallisuuden sisältö muodostuu sanan arkikielistä merkityssisältöä laajemmaksi tai suppeammaksi.⁷ Sen vuoksi ”tarkoituksellisuus” ja ”tavoitteellisuus” eivät voi olla samalla tavoin oikeudellisen tahallisuuden keskiössä kuin arkikielessä.⁸

Rikosoikeudellinen tahallisuus rakentuu lähtökohtaisesti tiedollisesta eli *kognitiivisesta* elementistä sekä tahdollisesta eli *voluntatiivisesta* elementistä. Tiedollisella elementillä tarkoitetaan sitä, kuinka todennäköiseksi tekijä on mieltänyt jonkin seikan. Sen sijaan rikosoikeudessa vallitsee jonkinasteinen epäselvyys siitä, mitä kaikkea tahdollinen elementti pitää sisällään.⁹ Yleensä tahdollisen elementin katsotaan kattavan tekijän suhtautumisen ”tahtomisen” perinteistä merkityssisältöä laajemmin. Tällöin tekijän välinpitämättömyys ja hyväksyvä suhtautuminen, joilla useat tahallisuusteoriat operoivat, kuuluvat tahdollisen elementin piiriin. Tässä tutkimuksessa tahdollinen elementti ymmärretään nimenomaan tällaisessa laajassa merkityksessä.

Yksinkertaistetusti voidaan sanoa, että rikosoikeudellinen tahallisuusarvio kiteytyy siihen, mitä tekijä on tekohetkellä mieltänyt ja tahtonut sekä miten hän on suhtautunut mieltämäänsä.¹⁰ Se, mikä painoarvo näille elementeille annetaan, vaihtelee kuitenkin. Rikosoikeustieteessä on kehitelty lukemattomia erilaisia teorioita tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajan selvittämiseksi.¹¹ Pohjimmiltaan teorioiden merkittävimmät erot voidaan jäljittää siihen, min-käläisen painoarvon ne antavat tiedolliselle ja tahdolliselle elementille tahallisuusarviossa.

⁵ *Matikkala* 2005 s. 53 ja *Puppe* 2011 s. 112.

⁶ Arkikielen mukaisuus on omiaan edistämään annettujen tuomioiden ymmärtämistä ja hyväksymistä, eikä rikosoikeudellinen keskustelu jää pelkän juridisen salakielen varaan. Lisäksi prevention edellytykset paranevat, samoin kansalaisten mahdollisuus kontrolloida rikosoikeutta. Eduista laajemmin *Matikkala* 2005 s. 54.

⁷ HE 44/2002 vp s. 71–72.

⁸ Tästä *Puppe* 2011 s. 112.

⁹ *Frände* 2012a s. 109.

¹⁰ Saksalaisessa oikeustieteessä käytetään tästä termiä ”*Wissen und Wollen*”.

¹¹ Erilaisista tahallisuusteorioista laajemmin *Matikkala* 2005 s. 455–525.

3.2 TAHALLISUUDEN LAJIT JA ASTEET

Suomalaisessa tahallisuusdoktriinissa voidaan erottaa teorian tasolla tahallisuus suhteessa seurauksiin eli ns. seuraustahallisuus sekä tahallisuus suhteessa teonhetkisiin olosuhteisiin ja muihin seikkoihin eli ns. olosuhdetahallisuus. Rikoslain yleisiä oppeja uudistettaessa lähtökohdaksi asetettiin tahallisuutta koskevan määritelmän ottaminen rikoslakiin. Erimielisyydet ennen kaikkea tahallisuuden alarajan määrittelystä kuitenkin johtivat lopulta poikkeukselliseen ja jälkeensä epäonnistuneeksi osoittautuneeseen ratkaisuun.¹² Seuraustahallisuudesta säädetään rikoslain 3 luvun 6 §:ssä. Rikoslain yleisten oppien uudistuksen jälkeen oikeustila on yksiselitteisen selvä seuraustahallisuuden kohdalla. Tuomioistuimet ovat sidottuja RL 3:6:sta ilmeneviin tahallisuuden lajeihin, eikä seuraustahallisuutta ole enää mahdollisista perustaa muihin tahallisuusteorioihin.

Alkuperäisessä hallituksen esityksessä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi esitettiin, että RL 3:6 olisi koskenut myös olosuhdetahallisuutta. Lakivaliokunta kuitenkin esitti hallituksen esityksestä antamassaan mietinnössä, että olosuhdetahallisuus jätettäisiin oikeuskäytännössä arvioitavaksi, jolloin huomioon on otettava tunnusmerkistöerehdystä koskeva säännös.¹³ Eduskunta päätyi hyväksymään hallituksen esityksen yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi lakivaliokunnan mietinnön mukaisena.¹⁴ Olosuhdetahallisuuden osittainen kytkeminen tunnusmerkistöerehdyksen sanamuotoon jätti oikeuskäytännölle ja -tieteelle kuitenkin hyvin vähän teoreettista liikkumavaraa sen sisällön määrittämisessä. Käytännössä yleisten oppien uudistuksen jälkeen olosuhdetahallisuudesta säädetäänkin välillisesti RL 4:1:n kautta.

Seuraus- ja olosuhdetahallisuus muodostavat tahallisuuden kaksi ylälajia.¹⁵

¹² HE 44/2002 vp s. 8 ja 82–83; OJL 5/2000 s. 2–3 sekä LaVM 28/2002 vp s. 9–10. Omaksutun ratkaisun kritiikistä ks. esim. *Frände* 2010 s. 158–160; *Koponen* 2007 s. 37–53; *Nuotio* 2004 s. 1287–1290 ja *Tapani* 2012 s. 608–609.

¹³ Lakivaliokunnan mukaan tunnusmerkistöittäin vaihtelevan olosuhdetahallisuuden määrittäminen on huomattavasti vaikeampaa kuin seuraustahallisuuden. Erityisenä huolenaiheena oli, että kynnys tahallisuuden täyttymiselle saattaisi nousta liian korkeaksi ennen kaikkea talousrikoksissa, jos olosuhdetahallisuuden alaraja lukittaisiin seuraustahallisuuden tapaan todennäköisyydestä mukaiselle tasolle. Ks. LaVM 28/2002 vp s. 9–10.

¹⁴ Tarkemmin tahallisuuspykälän muuttumisesta yleisten oppien uudistusprosessin kuluessa ks. *Matikkala* 2005 s. 223–242.

¹⁵ Suomalainen tahallisuusdoktriini vastaa hyvin pitkälti saksankielisten alueiden ja muiden Pohjoismaiden tahallisuusoppia, kun se jakaa tahallisuuden kahteen ylälajiin ja niiden sisällä kolmeen tai kahteen asteeseen. Ks. esim. *Asp – Ulväng – Jareborg* 2013 s. 284–294 ja *Roxin* 2006 s. 436–452. Merkittävä ero on kuitenkin, että Suomessa on pyritty määrittelemään tahallisuuden sisältö huomattavasti näitä maita tarkemmin jo rikoslain tasolla. Seurauksena tahallisuuden arviointi on lukittu tiettyihin tahallisuusteorioihin, eivätkä tuomioistuimet voi valita vapaasti, min-kälaiseen teoreettiseen ajatteluun tahallisuusarvio perustetaan.

Seuraustahallisuus voidaan jakaa edelleen kolmeen ja olosuhdetahallisuus kahteen asteeseen. Tahallisuuden eri asteet ilmentävät tekijän tahdonmuodostuksen moitittavuutta. Ellei yksittäisessä tunnusmerkistössä kuitenkaan ole asetettu korotettua tahallisuusvaatimusta, kaikki tahallisuuden asteet riittävät täyttämään tahallisuusvaatimuksen. Tahallisuuden aste voi kuitenkin aina vaikuttaa rangaistuksen määräämisessä, sillä se ilmentää osaltaan tekijän syyllisyyttä.

3.2.1 Tarkoitustahallisuus

Rikoslain 3:6:n mukaan ”tekijä on aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen tahallaan, jos hän on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen”. Kotimaisessa rikosoikeustieteessä tämän tahallisuuden lajin nimeksi on vakiintunut *tarkoitustahallisuus*. Se muodostaa seuraustahallisuudessa tahallisuuden ylimmän asteen ja on moitittavuudeltaan sen raskain laji. Kriminalisoidun seurauksen aiheuttaminen muodostaa tarkoitustahallisuudessa syyn tekijän toiminnalle. Toisin sanoen tekijä toimii tietyissä tarkoituksessa tavoitellen tiettyä päämäärää. Koska ainoastaan seuraukset voivat mielekkäästi olla tekijän tavoitteena tai päämääränä, tarkoitustahallisuus tulee kyseeseen vain seuraustahallisuuden yhteydessä.¹⁶

Tahallisuusteoreettisesti tarkoitustahallisuus edustaa tahallisuuskäsitystä, jossa tahdollisen elementin merkitys korostuu oikeudellisen tahallisuuden rakennuspalana. Tekijän tarkoitus aiheuttaa seuraus muodostaa mallissa tahallisuuden ytimen. Tarkoitustahallisuuskään ei edellytä, että tekijä välttämättä toivoisi seurauksen tapahtumista: tekijän tarkoituksena voi olla seurauksen aiheuttaminen, vaikka tekijä sinänsä haluaisi välttää seurauksen syntymisen.¹⁷ Tarkoitukselle annettavaa merkitysisältöä voikin luonnehtia ennen kaikkea rikosoikeudelliseksi.

Vaikka tahdollisen elementin asema on korostunut, tarkoitustahallisuuteen liittyy myös tiedollinen elementti. Se, mikä mielletään mahdottomaksi, ei voi olla myöskään tekijän toiminnan tarkoitus.¹⁸ Sen vuoksi tekijän on aina mieltävä seurauksen syntymisen mahdollisuus.¹⁹ Mieltämisellä tarkoitetaan tekijän teonhetkistä arvioita siitä, millä todennäköisyydellä hänen toimintansa saa aikaan seurauksen. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on tultu jokseenkin yk-

¹⁶ HE 44/2002 vp s. 85 sekä *Kühl* 2012 s. 80 ja 93–94.

¹⁷ HE 44/2002 vp s. 72.

¹⁸ Näin *Frände* 2012 s. 115.

¹⁹ Jos tekijä ei ole lainkaan mieltänyt seurauksen syntymisen mahdollisuutta, kyse voi olla enintään tuottamusvastuusta. Tiedollisen elementin olemassaoloa on pidettävä tahallisuusarvioon erottamattomasti kuuluvana osana, jota ilman yksikään tahallisuusteoria ei voi operoida. Ks. *Matikkala* 2005 s. 460.

simielisesti siihen lopputulokseen, että tarkoitustahallisuuteen liittyvä tiedollinen elementti jää täyttymättä vasta silloin, kun tekijä on pitänyt mahdollisuutta seurauksen syntymisestä käytännössä poissuljettuna.²⁰

3.2.2 Varmuustahallisuus

Varmuustahallisuus muodostaa seuraustahallisuuden keskimmäisen asteen ja olosuhdetahallisuuden ylimmän asteen. Suomalaisessa tahallisuuskoktriinis- sa voidaan kuitenkin erottaa kaksi erilaista varmuustahallisuuden tyyppiä. *Varmuustahallisuuden ensimmäisen tyypin* mukaan tekijän menettely on tahallista, jos tekijä on pitänyt tunnusmerkistön mukaisen seurauksen aiheutumista tai tunnusmerkistöön liittyvän olosuhteen olemassaoloa varmana. Kyseessä on puhtaan mieltämisteoreettinen käsitys tahallisuudesta. Tahallisuusarvio tehdään yksinomaan tiedollisen elementin perusteella; tahallisuus perustuu tekijän varmuuteen seurauksen aiheutumisesta tai olosuhteen olemassaolosta.²¹ Varmuudella tarkoitetaan sitä, että tekijä sulkee mielessään pois mahdollisuuden seurauksen aiheutumatta jäämisestä tai olosuhteen ei-käsillä olosta.²² Käytännössä tämä tarkoittaa, että prosentuaalisesti ilmaistuna tekijän on mielletävä seurauksen aiheutuminen tai olosuhteen käsillä olo sataprosenttisen todennäköiseksi.

Varmuustahallisuuden toisesta tyypistä on suomalaisessa rikosoikeustieteessä käytetty nimitystä *ehdollinen varmuustahallisuus*.²³ Se tulee kyseeseen vain seuraustahallisuuden yhteydessä.²⁴ RL 3:6:n viimeisen lauseen mukaan ”seuraus on aiheutettu tahallaan myös, jos tekijä on pitänyt sitä tarkoittamaansa seuraukseen varmasti liittyvänä”. Tahallisuusteoreettisesti kyse on itse asiassa eräänlaisesta tarkoitus- ja varmuustahallisuuden ensimmäisen tyypin hybridistä. Varmuustahallisuuden toinen tyyppi edellyttää jakoa pääseuraukseen ja siihen liittyvään oheisseuraukseen. Sen ideana on ulottaa tahallisuusvastuu myös pääseuraukseen varmasti liittyvään oheisseuraukseen, vaikka itse pääseurauksen aiheutuminen olisi jopa sängen epätodennäköistä.²⁵

²⁰ *Frände* 2012 s. 116; *Matikkala* 2005 s. 97 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 200.

²¹ HE 44/2002 vp s. 86.

²² HE 44/2002 vp s. 86.

²³ *Lappi-Seppälä* 2003 s. 782–784; *Matikkala* 2005 s. 240 ja 464 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 208.

²⁴ Ehdollinen varmuustahallisuus ei sovellu olosuhteisiin, koska ne objektiivisesti joko ovat tai eivät ole käsillä riippumatta tekijän toiminnasta. Jos jokin olosuhde tai seikka taas seuraa suoraan tai välillisesti tekijän toiminnasta, kyse on rikosoikeudellisessa mielessä jo seurauksesta.

²⁵ Tekijällä on pääseuraus, jonka hän tarkoittaa aiheuttaa. Tekijän tahallisuus suhteessa pääseuraukseen on tarkoitustahallisuutta. Pääseuraukseen liittyy myös oheisseuraus, jota tekijä ei sinänsä tarkoita aiheuttaa. Tekijä kuitenkin mieltää, että pääseurauksen aiheutuminen johtaa varmasti myös oheisseurauksen aiheutumiseen. Ehdollisessa varmuustahallisuudessa tekijän on mielletävä oheisseurauksen syntyminen käytännössä varmaksi, jos tekijän tarkoittama pääseuraus syntyy.

On epäselvää, edellytetäänkö subjektiivisen varmuuden ohella myös objektiivista varmuutta. On periaatteessa mahdollista, että vaikka tekijä on pitänyt seurauksen syntymistä varmana, pystytään oikeudenkäynnissä osoittamaan, että seurauksen syntyminen oli tekohetkellä esimerkiksi korkeintaan erittäin todennäköistä. Olen sitä mieltä, että periaatteessa on edellytettävä subjektiivisen varmuuden lisäksi myös objektiivista varmuutta. Jos molempia ei pystytä näyttämään toteen, voi kyseeseen tulla vain tahallisuuden alin aste.

Rikosoikeustieteessä on myös käyty keskustelua siitä, liittyykö varmuustahallisuuteen piilevä tahdollinen elementti. Varsinkin vanhemmassa rikosoikeustieteessä katsottiin, että ehdolliseen varmuustahallisuuteen liittyy tahdollinen elementti: tekijä ei voi olla tahtomatta sitä, mikä varmasti liittyy hänen tavoittelemaansa pääseuraukseen. Varmuustahallisuudesta on kuitenkin kyse, vaikka tekijä sinänsä toivosi välttävänsä tarkoittamaansa pääseuraukseen varmasti liittyvän oheisseurauksen. Tällaisessa tilanteessa tekijän ei voitane sanoa tahtoneen oheisseurauksen syntymistä, ainakaan ilman tahtomisen käsitteen väljää ja yleiskielen vastaista tulkintaa.²⁶

Olen kuitenkin valmis hyväksymään, että varmuustahallisuuden molemmissa tyypeissä tekijä on aina alitajuntaisesti hyväksynyt seurauksen syntymisen. Varmuustahallisuuden ensimmäinen tyyppi edellyttää (pää)seurauksen syntymisen mieltämistä varmaksi. Seurauksen syntymisen mieltäminen käytännössä varmaksi tarkoittaa, että tekijä on alitajuntaisesti myös hyväksynyt sen syntymisen. Varmuustahallisuuden toinen tyyppi edellyttää oheisseurauksen syntymisen mieltämistä varmaksi, jos tarkoitettu pääseuraus syntyy. Jos tekijä tarkoittaa aiheuttaa pääseurauksen, johon varmasti liittyy tietty oheisseuraus, tekijän voidaan tässäkin tilanteessa katsoa vähintään alitajuntaisesti hyväksyneen oheisseurauksen syntymisen pääseurauksen syntyessä. Jos tahdollinen elementti ymmärretään laajasti, kuten tässä tutkimuksessa tehdään, varmuustahallisuuteen sisältyy piilevänä myös tahdollinen elementti. Varsinaiseen tahallisuusarvioon piilevällä tahdollisella elementillä ei kuitenkaan ole vaikutusta.

Koska kyse on tarkoitustahallisuudesta suhteessa pääseuraukseen, riittää, ettei tekijä pidä pääseurauksen aiheutumista käytännössä poissuljettuna. Sen vuoksi tahallisuutta oheisseuraukseen ei voida perustaa varmuustahallisuuden ensimmäiseen tyyppiin tai edes seuraavaksi käsiteltävään todennäköisystahallisuuteen; oheisseurauksen syntyminen ei koskaan voi olla todennäköisempää kuin pääseurauksen.

²⁶ HE 44/2002 vp s. 86 ja *Frände* 2012 s. 118.

3.2.3 Todennäköisyystahallisuus

Tahallisuuden ylimmät asteet asettavat riman tahallisuuden täyttymiselle erittäin korkealle. Jo rikosoikeudessa sovellettava tavallista korkeampi näyttökynnyks yhdistettynä tahallisuuden toteen näyttämiseen liittyviin ongelmiin tarkoittavat, ettei tarkoituksesta ja varsinkaan käytännöllistä varmuutta lähentelevästä todennäköisyydestä aina ole mahdollista edes esittää riittävän vahvoja todisteita.²⁷ Rikosoikeudellinen tahallisuuden ala muodostuisikin auttamattomasti liian kapeaksi nyky-yhteiskunnan tarpeisiin, jos tahallisuuskäsitys rajoittuisi tarkoitustahallisuuteen ja varmuustahallisuuteen.

Kriminaalipoliittisista syistä tahallisuus on pystyttävä ulottamaan myös tilanteisiin, joissa tekijä ei välttämättä ole tarkoittanut aiheuttaa seurausta tai mieltänyt seurauksen syntymistä tai olosuhteen käsillä oloa käytännössä varmaksi. Rikosoikeudellisen tahallisuuden suurimmat ongelmakysymykset koskevatkin tahallisuuden alinta astetta; mitä muuta tahallisuuden on katettava tarkoituksen ja varmuuden ohella? Vaikka rikosoikeudellinen tahallisuuskäsite ei ole täysin porrasmainen, tahallisuuden alin aste rajaa kaikista olennaisimmin myös tahallisuuden suhdetta sekä tuottamukseen että rangaistusvastuun ulkopuolelle jäävään toimintaan.

Rikoslain 3:6:ssa seuraustahallisuuden alin aste on määritelty ns. *todennäköisyystahallisuuden*²⁸ mukaan: tekijän menettely on tahallista vielä silloin, kun hän on ”pitänyt seurauksen aiheutumista varsin todennäköisenä”. Teorian soveltamisen kannalta olennaista on termille ”varsin todennäköinen” annettava merkityssisältö. Seuraus on vielä silloin varsin todennäköinen, kun sen syntyminen on todennäköisempää kuin sen syntymättä jääminen. Toisin sanoen vielä silloin kun ollaan tasapainotilanteessa, jossa seurauksen syntyminen on yhtä todennäköistä kuin sen syntymättä jääminen, kyse ei ole tahallisuudesta teorian mukaan. Todennäköisyystahallisuus on puhdas mieltämisteoria, jossa tahallisuus perustuu yksinomaan siihen, miten todennäköiseksi tekijä on tehoketkellä mieltänyt seurauksen syntymisen.

Yleisten oppien uudistuksen jälkeisen vuosikymmenen aikana suomalaisessa rikosoikeustieteessä käytiin aktiivista keskustelua siitä, minkä tahallisuusteorian mukaan uudistuksessa RL 3:6:n ulkopuolelle jätetyn olosuhdetahallisuuden alaraja määräytyy.²⁹ Keskustelu tiivistyi vaikeuteen sovittaa yhteen lainsäätäjän tarkoitus, jonka mukaan olosuhdetahallisuuden täyttymisen tuli

²⁷ Ongelmista ks. *Cavallin* 1999 s. 254; *Jonkka* 1992 s. 117–118; *Lappalainen* 2005 s. 163 ja 166 sekä *Matikkala* 2005 s. 88.

²⁸ Tarkkaan ottaen pitäisi puhua yksinkertaisesta todennäköisyystahallisuudesta. Ks. *Matikkala* 2005 s. 460 ja 464. Koska termi ”todennäköisyystahallisuus” on kuitenkin vakiintunut suomalaisessa oikeustieteessä, sitä käytetään myös tässä tutkimuksessa.

²⁹ Ks. esim. *Frände* 2009; *Frände* 2010; *Koponen* 2007; *Matikkala* 2007; *Tapani* 2005; *Tapani* 2012 ja *Tapani* 2013. Viimeisimpänä keskusteluun on osallistunut *Hyttinen* 2016.

olla mahdollista todennäköisyystahallisuutta alemmalla mieltämisen tasolla, sekä RL 4:1:stä ilmenevän termin ”olla selvillä”³⁰ kielellinen merkityssisältö, joka ei puolestaan näytä sallivan olosuhdetahallisuuden alarajan laskemista todennäköisyystahallisuutta alemmalle tasolle. Rikosoikeudellisen tulkintateorian näkökulmasta kyse on kielellis-grammaattisen ja teleologisen tulkinnan eli tavoitteellisen laintulkinnan suhteesta.³¹

Korkein oikeus on yleisten oppien uudistamisen jälkeisissä ratkaisuisaan systemaattisesti arvioinut olosuhdetahallisuuden täyttymistä todennäköisyystahallisuuden perusteella.³² Jokainen ratkaisu on tähän mennessä vahvistanut todennäköisyystahallisuuden asemaa olosuhdetahallisuuden alarajan määrittävänä teoriana. KKO on lisäksi korostanut rikosoikeudellisten periaatteiden ja tulkintasääntöjen vahvasti puoltavan sitä, että olosuhdetahallisuutta arvioidaan noudattaen mahdollisimman yhtenäistä perustetta.³³ Lainkäytön yhtenäisyyden ja ennalta arvattavuuden kannalta olisi myös varsin ongelmallista, jos tahallisuuden käsite vaihtelisi eri rikostyyppien kesken ilman vahvoja ja yhdenmukaisia perusteita.³⁴

Nykyään keskustelun olosuhdetahallisuuden alarajasta voidaan katsoa päättyneen.³⁵ Tulkitseen, että KKO on yleisten oppien uudistusta seuranneiden reilun kymmenen vuoden aikana määrittänyt olosuhdetahallisuuden alarajan todennäköisyystahallisuuden mukaiselle tasolle: Olosuhdetahallisuus täyttyy vielä silloin, kun tekijä pitänyt olosuhteen tai seikan käsillä oloa varsin todennäköisenä. Varsin todennäköisellä tarkoitetaan, että olosuhteen tai seikan käsillä olon on oltava ei-käsillä oloa todennäköisempää.

³⁰ RL 4:1:n mukaan teko ei ole tahallinen, jos tekijä *ei* teon hetkellä *ole selvillä* kaikkien niiden seikkojen käsillä olosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää. Kääntäen teko voi siis olla tahallinen, jos tekijä on selvillä näistä seikoista teon hetkellä.

³¹ Rikosoikeudellisista tulkintateorioista laajemmin ks. *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 103–125.

³² Tunnusmerkistöjä, joissa KKO on vahvistanut olosuhdetahallisuuden alarajan määräytyvän todennäköisyystahallisuuden mukaan yleisten oppien uudistuksen jälkeen, ovat huumausainerikos (KKO 2006:64), kunnianloukkaus (KKO 2010:88), lahjusrikkomus (KKO 2006:37), lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö (KKO 2014:54), seksuaalipalveluiden ostaminen (KKO 2012:66), sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan kuvan levittäminen (KKO 2013:55), yrityssalaisuuden väärinkäyttö (KKO 2013:17) sekä velallisen petos ja avunanto velallisen petokseen (KKO 2009:87).

³³ KKO 2013:55 (kohta 29).

³⁴ KKO 2012:66 (kohta 14).

³⁵ Näin jo *Frände* 2010 s. 165. Vaikka KKO ei ole ollut valmis sulkemaan kokonaan pois mahdollisuutta poiketa todennäköisyystahallisuuden mukaan määräytyvästä olosuhdetahallisuudesta joidenkin tunnusmerkistöjen kohdalla, tätä mahdollisuutta on pidettävä enää teoreettisena. Ks. KKO 2013:17 (kohta 33).

3.3 AVUNANNON TAHALLISUUSVAATIMUS

Rikoslain 5:6:n mukaan avunannosta tuomitaan se, joka tahallaan auttaa toista tahallisen rikoksen tai sen rangaistavan yrityksen tekemisessä. Voidaan puhua kaksinkertaisesta tahallisuusvaatimuksesta, koska sekä avunantajan toiminnan että päätekijän toiminnan on oltava tahallista.³⁶ Sen sijaan päätekijän ei lähtökohtaisesti tarvitse olla selvillä avunantajan toiminnasta.³⁷

Suomen rikoslaki ei tunne tuottamuksellista avunantoa, joten tahallisuus määrittää merkittävästi sitä, milloin rikoksen edistäminen on rangaistavaa ja milloin se jää rangaistusvastuun ulkopuolelle.³⁸ Kaksinkertaisen tahallisuusvaatimuksen vuoksi myöskään se, joka tahallaan edistää päätekijän tuottamuksellista rikosta, ei voi tulla tuomituksi avunantajana. Tuottamuksellisen rikoksen tahallista edistämistä arvioidaan lähtökohtaisesti RL 5:4:n välillisen tekemisen perusteella.

Hallituksen esityksen mukaan laki asettaa avunantajalle selkeän tahallisuusvaatimuksen.³⁹ Selkeydellä on kuitenkin hintansa. Lopulta laista ja sen esitöistä selviävät vain avunannon tahallisuuden ääriviivat. Sen paremmin laista kuin sen esitöistäkään ei löydy vastausta useisiin avunantajan tahallisuuden sisällön kannalta olennaisiin kysymyksiin. Avunantotahallisuuden sisällön täsmentäminen onkin jäänyt oikeustieteen ja -käytännön tehtäväksi. Selkeys on myös näennäistä, sillä tahallisuusteoreettisesti avunannon tahallisuusvaatimuksessa on kyse hyvinkin monimutkaisesta ilmiöstä. Siirryn seuraavaksi tarkastelemaan yksityiskohtaisesti avunantotahallisuuden sisältöä.

3.3.1 Kuuluuko avunannon tahallisuuteen tahdollinen elementti?

3.3.1.1 *Lain esitöiden sekä oikeuskäytännön ja -tieteen kannat eroavat toisistaan*

Modernissa suomalaisessa rikosoikeustieteessä avunantotahallisuuden alimman asteen on katsottu määräytyvän yksinomaan tiedollisten seikkojen mukaan.⁴⁰ Myös KKO on yleisten oppien uudistamisen jälkeisissä ratkaisuisaan

³⁶ On huomautettava, että ilmaisua ”kaksinkertainen tahallisuusvaatimus” ei käytetä tässä tutkimuksessa samassa merkityksessä kuin saksalaisessa kirjallisuudessa ilmaisua ”*Doppelvorsatz des Gehilfen*”. Vrt. esim. *Jescheck* 1986 s. 629; *Kühl* 2012 s. 859–860 ja *Roxin* 2003 s. 224.

³⁷ HE 44/2002 vp s. 157. Lähtökohta pätee fyysisen avunannon yhteydessä, mutta se ei sovellu psyykkiseen avunantoon.

³⁸ Päätekijän rikoksen tuottamuksellinen edistäminen voi kuitenkin täyttää jonkin erityisessä osassa tuottamuksellisena kriminalisoidun teon tunnusmerkit.

³⁹ HE 44/2002 s. 156.

⁴⁰ *Frände* 2012 s. 258; *Melander* 2016 s. 309–310 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 442–444.

arvioinut avunantotahallisuutta ja sen alarajaa yksinomaan tiedollisten kriteerien perusteella.⁴¹ Ennen rikoslain lain yleisten oppien uudistusta varsinkin vanhemmassa kotimaisessa kirjallisuudessa kuitenkin katsottiin, että avunannon tahallisuusvaatimukseen sisältyi aina myös tahdollinen elementti. Vaikka avunantajan nimenomaisena tarkoituksena ei täytynyt olla edistää päärikoksen toteutumista, avunantajan oli tullut suhtautua hyväksyvästi tai ainakin välinpitämättömästi siihen mahdollisuuteen, että päätekijän rikos edistyy hänen toimintansa seurauksena. Muussa tapauksessa avunantotahallisuutta ei ollut olemassa.⁴²

Rikoslain 3 luvun 6 § sekä todennäköisyystahallisuuden mukaan määräytyvä olosuhdetahallisuuden alaraja ovat johtaneet siihen, ettei positiivisen tahtoteorian soveltaminen ole enää mahdollista avunannossa. Siksi avunannon tahallisuusvaatimuksessakaan ei lähtökohtaisesti näyttäisi olevan tilaa tahdolliselle elementille. Vallitsevalle oikeustieteen ja -käytännön kannalle voidaan hakea lisätukea myös hallituksen esityksestä, jossa todetaan yllytyksen osalta, ettei ”yllyttäjän motiiveilla sinänsä ole merkitystä tahallisuuden täyttymiseen, jollei näin ole suoraan (päätekijän rikoksen) tunnusmerkistön kautta”. Koska avunantajan tahallisuuden sisältöön pätee sama kuin yllyttäjään, voidaan päätellä, ettei myöskään avunantajan motiiveilla ole lähtökohtaisesti merkitystä avunannon tahallisuusvaatimuksen täyttymisen kannalta.⁴³

Hallituksen esitykseen sisältyy kuitenkin myös virke, jonka perusteella avunannon tahallisuusvaatimukseen sisältyisi edelleen myös tahdollinen elementti. Hallituksen esityksessä todetaan nimenomaisesti avunannon tahallisuuden yhteydessä, että ”tietensä kelvottomilla välineillä apua antanut ei joudu vastuuseen, koska häneltä puuttuu rikoksen edistämisen *tahto* [kursivointi L.L.]”.⁴⁴ Hallituksen esityksen sanamuodon perusteella voidaan tehdä kaksi huomiota.

Ensinnäkin hallituksen esitys näyttää olevan sisällöltään ristiriitainen avunantotahallisuuden osalta: avunantajan motiivit tuskin voivat olla vailla merkitystä tahallisuuden täyttymiseen, jos apua antanut voi tietyissä tilanteissa välttää rangaistusvastuun sillä perusteella, että häneltä puuttuu rikoksen edistämisen tahto. Toiseksi termin ”tahto” käyttäminen viittaa siihen, että avunantotahallisuuteen sisältyisi edelleen – ainakin tietyissä tilanteissa – myös tahdollinen elementti. Sen vuoksi on myös kyseenalaistettava rikosoikeustieteessä ja oikeuskäytännössä vallitseva kanta, jonka mukaan avunantotahallisuuden alaraja määräytyy yksinomaan tiedollisten kriteerien perusteella.

⁴¹ Ks. KKO 2015:10 (kohta 8); KKO 2014:22 (kohta 6); KKO 2009:87 (kohta 8). Ajalta ennen yleisten oppien uudistusta ks. KKO 2001:117.

⁴² *Honkasalo* 1967 s. 88–89, 218–219 ja 231.

⁴³ HE 44/2002 vp s. 155–156. On kuitenkin huomautettava, että termi ”motiivi” on rikosoikeustieteessä ongelmallinen. Sen merkityssisältö on vaihdellut eri aikoina, eikä termille voida antaa yhtenäistä tarkkaa määritelmää. Tästä *Lappi-Seppälä* 1987 s. 381–391, erityisesti s. 381–383.

⁴⁴ HE 44/2002 vp s. 156.

Miten hallituksen esityksen mainintaa edistämistahdosta tulisi sitten tulkita? Ensimmäinen tulkintavaihtoehto on, että edistämistahdolla on merkitystä vain tilanteissa, joissa avunantaja on tietoisesti antanut apua päätekijän rikokseen kelvottomilla välineillä. Kyse olisi erityistapauksesta, jossa tahallisuus ja siten myös avunantovastuu sulkeutuisi pois sillä perusteella, että avunantajalta puuttuisi tahto edistää päätekijän rikosta. Tähän tulkintaan liittyy kuitenkin ongelmia.

Ensinnäkin voidaan esittää, että rangaistusvastuu avunannosta sulkeutuu tällaisessa tilanteessa useimmiten pois jo tunnusmerkistön objektiivisella puolella. Avunantaminen kelvottomilla välineillä ei missään olosuhteissa kykene ainakaan fyysisesti edistämään päätekijän rikosta. Näin kyse olisi jo objektiivisessä suhteessa rangaistusvastuun ulkopuolelle jäävästä epäonnistuneesta avunannosta eli avunannon irtyksestä.

Toisaalta vaikka kelvottoman tekovälineen toimittaminen ei voi fyysisesti edistää päätekijän rikosta, se voi silti periaatteessa edistää psyykkisesti päätekijän rikosta. Jos pystytään osoittamaan, että kelvottomien tekovälineiden toimittaminen on psyykkisesti edistänyt päirikoksen toteutumista, saatetaan joutua pohtimaan avunannon subjektiivisia edellytyksiä. Vaikka kelvottomien välineiden toimittaminen olisikin poikkeuksellisesti psyykkisesti edistänyt päätekijän rikoksen toteutumista, on kuitenkin mahdollista esittää, ettei kyse ole psyykkisestä vaikuttamisesta huolimatta sellaisesta rikoksen edistämisestä, joka luo kielletyn riskin päätekijän rikoksen toteutumisesta. Tällöin avunantovastuu sulkeutuisi pois niin ikään jo tunnusmerkistön objektiivisella puolella.

Toiseksi apua annettaessa kelvottomilla tekovälineillä ei tahallisuusteoreettisesti ole tarvetta turvautua tahdolliseen elementtiin, jotta avunantovastuu voidaan sulkea pois tunnusmerkistön subjektiivisella puolella. Jos avunantaja on toimittanut päätekijälle rikoksen tekemiseen kelvottomaksi tietämiään välineitä, avunantovastuu sulkeutuu pois viimeistään sen vuoksi, ettei avunantaja ole tällöin pitänyt varsin todennäköisenä, että hänen toimintansa sen paremmin fyysisesti kuin psyykkisestikään edistää päätekoa. Tahallisuusvastuun edellyttämä tietoisuus kriteeri ei voine koskaan täyttyä, jos avunantaja tietää välineiden olevan kelvottomia edistämään rikosta.

Koska yksinomaan tiedolliselle elementille rakentuva todennäköisyystahallisuus pystyy perustelemaan, miksi avunantaja välttää rangaistusvastuun antaessaan kelvottomiksi tietämillään välineillä apua päätekijän rikokseen, viittaus edistämistähtoon jää tahallisuusteoreettisesti turhaksi, jos sen merkitys rajoituisi vain kyseiseen tilanteeseen. Tämä puolestaan tukee tulkintaa, jonka mukaan päirikoksen edistämistahdolla on edelleen laajempi merkitys avunannon tahallisuusvaatimuksessa.

Toinen tulkintavaihtoehto on, että avunannon tahallisuusvaatimus edellyttää

edelleen kaikissa tilanteissa avunantajalta päärikoksen edistämistahtoa. Tulkinnan mukaan avunantotahallisuuteen sisältyisi aina selkeä tahdollinen elementti tiedollisen elementin lisäksi.⁴⁵ Tulkinnan potentiaaliset ongelmat liittyvät termin ”edistämistahto” sisältöön, jota ei ole hallituksen esityksessä tai lain esitoissa avattu. On pystyttävä määrittämään, minkälainen avunantajan suhtautuminen riittää täyttämään tämän tahdollisen tahallisuustunnusmerkin. Se, minkälainen sisältö edistämistahdolle annetaan, määrittää puolestaan olennaisesti rangaistavan avunannon soveltamisalaa.

Selvää on, että edistämistahto ei ole edistämistarkoituksen synonyymi: avunantajan nimenomaisena tarkoituksena ei täydy olla päätekijän rikoksen edistämisen. Edistämistahdon ei myöskään voitane tulkita edellyttävän, että avunantaja sinänsä toivoisi tai kannattaisi päätekijän rikosta.⁴⁶ Tällainen tulkinta olisi erittäin ongelmallinen kriminaalipoliittisesti, sillä se rajaisi useat moitittavat menettelyt pois avunantovastuun piiristä. Havainnollistan tätä seuraavalla kuvitteellisella esimerkkitaupauksella:

Oletetaan, että B suunnittelee rikoksen tekemistä. A paheksuu B:n aikeita ja suorastaan toivoo, että B ei tekisi rikosta. Tästä huolimatta A kuitenkin lopulta antaa B:lle apua. Kriminaalipoliittisesti olisi äärimmäisen epätydyttävä lopputulos, jos A tällaisessa tilanteessa välttäisi avunantovastuun puuttuvan edistämistahdon vuoksi.

Edistämistahdon sisältöä määritettäessä tulkinta-apua on perusteltua hakea vanhemmasta, ennen yleisten oppien uudistamista peräisin olevasta rikosoikeustieteestä. Tahdollisella elementillä oli olennainen merkitys positiivisessa tahtoteoriassa, jonka perusteella vanhemmassa oikeustieteessä ja -käytännössä tahallisuuden alin aste määrytyi. Positiivisessa tahtoteoriassa tahdollisen elementin täyttymiseen riitti kuitenkin pelkkä hyväksyvä tai välinpitämätön suhtautuminen seurauksen syntymisen tai olosuhteen olemassaolon mahdollisuuteen.⁴⁷ Vanhemmassa rikosoikeustieteessä katsottiin myös hallituksen esitystä vastaavasti, että ”jos joku antaa tekoön valmistuvalle välineen, joka hänen tietensä on kelvoton seurauksen aikaan saamiseksi, puuttuu häneltä rikoksen edistämisen tahto, joten avunantoon kuuluvaa tahallisuutta ei ole olemassa”.⁴⁸

Jos päärikoksen edistämistahdon sisällöksi määritellään avunantajan hyväksyvä tai välinpitämätön suhtautuminen päärikoksen edistymisen mahdollisuuteen, on mahdollista ratkaista, miksi kelvottomiksi tietämillään välineillä apua

⁴⁵ Tulkinta vastaisi pitkälle saksalaisessa kirjallisuudessa vallitsevaa kantaa, jonka mukaan avunantajan tahdon on kohdistuttava päärikoksen täyttymiseen. Ks. esim. *Heinrich* 2014 s. 599; *Kühl* 2012 s. 859–860 sekä *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 226–227 ja 232–233.

⁴⁶ Samoin *Geppert* 1999 s. 273 ja *Roxin* 2003 s. 224.

⁴⁷ *Honkasalo* 1967 s. 88 ja 231.

⁴⁸ *Honkasalo* 1967 s. 231.

antanut välttää avunantovastuun. Avunantaja, jonka avunantotoimi muodostuu päärikoksen tekemiseen kelvottomiksi tietämiensä välineiden toimittamisesta päätekijälle, ei ole hyväksynyt tai suhtautunut välinpitämättömästi päätekijän rikoksen edistymiseen. Avunantajan suhtautumisen ei voi sanoa olevan hyväksyvää tai välinpitämätöntä, jos hän tietää (tai ainakin uskoo), ettei hänen toimintansa edistä päärikosta. Siksi avunantajalta puuttuu päärikoksen edistämistahto.

Samoin on mahdollista ratkaista, miksi edellä esitettyssä kuvitteellisessa esimerkkitapauksessa A:lla voidaan katsoa olevan päärikoksen edistämistahto, vaikka hän sinänsä toivoo, ettei B tee päärikosta. Vaikka A on alun perin suhtautunut negatiivisesti B:n aikomukseen tehdä rikos, hän on lopulta antanut B:lle apua. Antamalla apua B:lle A:n voidaan sanoa lopulta hyväksyneen sen, että hänen toimintansa edistää B:n rikosta. Siksi A:lla voidaan katsoa olevan edistämistähdön.

Lopputulos on ristiriitainen. Yleisten oppien uudistuksen jälkeen sekä kotimaisessa rikosoikeustieteessä että oikeuskäytännössä on katsottu avunantotahallisuuden alarajan määräytyvän yksinomaan tiedollisten kriteerien perusteella. Kummassakaan avunantotahallisuuden ei ole katsottu edellyttävän erillistä tahdollista elementtiä. Hallituksen esityksen perusteella avunantotahallisuuden näyttää kuitenkin edelleen kuuluvan myös tahdollinen elementti. Ratkaisua ristiriitaan on ensisijaisesti haettava oikeuslähdeopista ja oikeuslähteiden keskinäisestä hierarkiasta.

3.3.1.2 *Lain esitöiden, oikeuskäytännön ja -tieteen oikeuslähdeopillinen velvoittavuus*

Oikeuslähteiden normatiivisella velvoittavuudella tarkoitetaan sitä, miten tiukoilla säännöillä oikeuslähteisiin vetoaminen on sidottu.⁴⁹ Kun puhutaan oikeuslähteiden normatiivisesta velvoittavuudesta, *Aulis Aarnion* oikeuslähteiden kolmijako on saavuttanut vankan aseman suomalaisessa doktriinissa. Se voidaan asettaa lähtökohdaksi myös tässä tutkimuksessa, kun arvioidaan eri oikeuslähteiden keskinäistä painoarvoa. *Aarnion* kolmijaossa oikeuslähteet jaetaan niiden velvoittavuuden perusteella kolmeen luokkaan: vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin.⁵⁰

Laki muodostaa *Aarnion* oikeuslähdeopissa vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden ydinryhmän. Vahvaan oikeuslähteeseen pitää vedota. Tämä tarkoittaa tuomarin kannalta sitä, että vahvan oikeuslähteen sivuuttamisesta seuraa

⁴⁹ Tolonen 2003 s. 22.

⁵⁰ Ks. esim. *Aarnio* 2006 s. 291–303 ja *Aarnio* 1982 s. 94–96. Vastaavanlainen kolmijako on ominainen pohjoismaisessa oikeustieteessä myös mm. Aleksander Peczenikin oikeuslähdeopille. Ks. esim. *Peczenik* 1986 s. 200–233.

virravastuu. Tutkijan kannalta vahva velvoittavuus puolestaan tarkoittaa ennen kaikkea tiedollista sidonnaisuutta.⁵¹ Sekä lain esityöt että tuomioistuimen ratkaisut kuuluvat *Aarnio*n kolmiportaassa keskeisimpiin oikeuslähteiden kategoriaan, heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin.⁵² Heikko velvoittavuus tarkoittaa, että oikeuslähde on mahdollista sivuuttaa, mutta tuomarin ja tutkijan on näin tehdessään lähtökohtaisesti perusteltava, miksi heikosti velvoittava oikeuslähde sivuutetaan.⁵³

Oikeuslähteitä on käytettävä muodollisen etusijajärjestyksen mukaan. Vaikka lain esityöt ja tuomioistuinratkaisut asettuvat lähtökohtaisesti samaan luokkaan, *Aarnio* kuitenkin lähtökohtaisesti asettaa lain esityöt tuomioistuinratkaisuiden edelle heikosti velvoittavana oikeuslähteenä. Olennaista kuitenkin on, että lain esityöt saattavat menettää etusija-asemansa erityisesti niitä ajallisesti myöhempimpiin ylimpien oikeusasteiden ratkaisuihin nähden. Näin on muun muassa silloin, kun esityöt ovat sisällöltään epäselviä ja niitä seurannut ylimmän oikeusasteen ratkaisukäytäntö puolestaan sisällöltään selvää sekä vakiintunutta.⁵⁴ Hallituksen esitystä on pidettävä sisällöltään epäselvänä suhteessa siihen, kuuluuko avunantotahallisuuteen edelleen tahdollinen elementti. Sen sijaan KKO:n yleisten oppien jälkeistä ratkaisukäytäntöä on pidettävä sisällöltään selvänä ja vakiintuneena.

Skandinaavisessa oikeuslähdeopissa painotetaan tyypillisesti lainsäätäjän asemaa.⁵⁵ Sen vuoksi suomalaisessa oikeuskulttuurissa lain esitöillä on perinteisesti ollut merkittävä asema oikeuslähteenä.⁵⁶ *Nuotio* mukaan kotimaisista oikeuskulttuureista luonnehtiikin pohjoismaisittain se, että esitöiden merkitys on korostunut niiden laadun ja laajuuden kehittyessä.⁵⁷ Yleisesti katsotaan, että mitä lähempänä lain lopullista käsittelyä esityö on, sitä suurempi merkitys sille on annettava.⁵⁸ Lopullisesti lain esitöiden merkitys riippuu kuitenkin niiden omasta painoarvosta ja tulkintatilanteesta, jotka olennaisesti määrittävät esitöiden merkitystä kussakin tilanteessa.⁵⁹

Mika Huovila on kehittänyt seuraavan ratkaisuoheen lain esitöiden ja tuomioistuinratkaisujen keskinäiseen etusijajärjestykseen. Sen on katsottu soveltuvan hyvin myös rikosoikeudellisten säännösten tulkintaan.⁶⁰ *Huovilan* lähtökohtana on, että mitä tuoreemmasta laista on kyse, sitä enemmän on annettava

⁵¹ *Aarnio* 1982 s. 94. Ks. myös *Tolonen* 2003 s. 23.

⁵² *Aarnio* 2006 s. 291–303 ja *Aarnio* 1982 s. 95–96.

⁵³ *Aarnio* 1982 s. 90 ja 95–96. Ks. myös *Tolonen* 2003 s. 24–25.

⁵⁴ *Aarnio* 1982 s. 102.

⁵⁵ *Tuori* 2000 s. 174.

⁵⁶ *Tolonen* 2003 s. 116.

⁵⁷ *Nuotio* 2004 s. 1272.

⁵⁸ Ks. esim. *Huovila* 2005 s. 335 ja *Tolonen* 2003 s. 116.

⁵⁹ *Tolonen* 2003 s. 116.

⁶⁰ *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 101.

painoarvoa lain esitöille. Tuomioistuinratkaisujen merkitys kasvaa kuitenkin lain vanhetessa: mitä vanhemmasta laista on kyse, sitä enemmän merkitystä on annettava tuomioistuinratkaisuille. Tällöin ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut painavat yleensä jo enemmän kuin lain esityöt.⁶¹

Hannu Tolonen on viitannut samaan ilmiöön katsomalla, että aika ikään kuin ”kuluttaa” esitöitä. Oikeuspoliittisesti tästä seuraa, että ajan kulumisen myötä esityöt korvautuvat muilla oikeuslähteillä, ennen kaikkea korkeimpien oikeusasteiden ratkaisuilla. Seurauksena syntyy *Tolosen* oikeuslähteopille ominainen hermeneuttinen jatkumo/kehä: tuoreiden korkeimpien oikeusasteiden ratkaisujen pohjana on käytetty muun ohella lain esitöitä, ja tuoreet ratkaisut muodostavat uutta oikeutta, jolloin esityöt menettävät merkitystään.⁶²

Nuotio on puolestaan kiinnittänyt huomiota siihen, että erityisesti korkeimpien oikeusasteiden ratkaisujen ennakkopäätösarvo on lisääntynyt suomalaisessa doktriinissa samalla kun eurooppaoikeudessa tuomioistuinten oikeutta kehittävä asema on tunnustettu. Kyse on eräänlaisesta vastavoimasta perinteiselle, lain esitöiden merkitystä lainsäätäjän tarkoituksen ilmauksena korostaneella oikeuslähteopille.⁶³ Kotimaisessa rikosoikeustieteessä *Sakari Melander* on hyvinkin voimakkaasti korostanut korkeimman oikeuden prejudikaattien merkitystä oikeuslähteenä.⁶⁴

Oikeustieteen kannantotot sijoittuvat *Aarnion* kolmijaossa alimmalle, sallittujen oikeuslähteiden tasolle. Sallittujen oikeuslähteiden funktiona on, että ne vahvistavat argumentaatiota, mutta niiden seuraamatta jättämistä ei ole varsinaisesti sanktioitu; kyse on oikeuslähteistä, joihin saa viitata. Sallituilla oikeuslähteillä on tyypillisesti painoarvoa juuri lainopillisessa tulkinnassa, ja niiden perusteluvoima kasvaa, kun niitä käytetään yhdessä joko samantasoisten tai niitä hierakisesti ylempien oikeuslähteiden kanssa.⁶⁵ Olennaista on, että yleisten oppien uudistuksen jälkeen suomalaisessa rikosoikeustieteessä on KKO:n ratkaisukäytäntöä vastaavalla tavalla katsottu, että avunannon tahallisuus määräytyy yksinomaan tiedollisten kriteerien perusteella. Näin oikeustieteen voidaan katsoa antavan lisätukea tulkinnalle, jonka mukaan avunantotahallisuuden ei enää kuulu erillistä tahdollista elementtiä.

⁶¹ *Huovila* 2005 s. 46.

⁶² *Tolonen* 2003 s. 116.

⁶³ *Nuotio* 2004 s. 1272.

⁶⁴ *Melander* 2016 s. 81. Melanderin mukaan myös hovioikeuskäytännöllä voi olla tiettyä tulkintaa yhtenäistävää vaikutusta kysymyksissä, joista ei ole KKO:n ratkaisua.

⁶⁵ *Aarnio* 1982 s. 96 ja 102–103. Ks. myös *Tolonen* 2003 s. 25–26.

3.3.1.3 Johtopäätös tahdollisen elementin kuulumisesta avunantotahallisuuteen

Tulkitsen, että ristiriita avunantotahallisuuden sisällöstä ratkeaa KKO:n ratkaisukäytännön eduksi; se on asetettava hallituksen esityksen edelle oikeuslähteiden etusijajärjestyksessä. Kantani perustuu toisaalta hallituksen esityksen sisällölliseen epäselvyyteen sekä toisaalta ylimpien oikeusasteiden ratkaisuiden merkityksen kasvamiseen suomalaisessa oikeuslähdeopissa ja kotimaisen oikeustieteen vallitsevaan kantaan avunantotahallisuuden sisällöstä.

Korkein oikeus on yleisten oppien uudistusta seuranneen runsaan vuosikymmenen aikana määrittänyt avunannon tahallisuuden alarajan pelkästään tiedollisten kriteerien perusteella. Tämä on johtanut siihen, ettei avunannon tahallisuusvaatimuksessa enää ole tilaa kaikkiin tahallisuuden asteisiin liittyvälle erilliselle tahdolliselle elementille. *Tolosta* mukaillen voidaan todeta, että KKO:n ratkaisukäytännöstä on muodostunut uutta sitovaa oikeutta, joka syrjäyttää hallituksen esityksen sanamuodon oikeuslähteenä. Jos tulkintaani ei hyväksytä, on oikeustieteessä ja -käytännössä vallitsevaa kantaa yksinomaan tiedollisten kriteerien perusteella määräytyvästä avunantotahallisuuden alarajasta pidettävä virheellisenä.

3.3.2 Avunannon tunnusmerkistölinen rakenne: onko kyse seurauksesta vai olosuhteesta?

Vaikka sekä seuraus- että olosuhdetahallisuuden alin aste määräytyvät nykyisin saman tahallisuusteorian perusteella, jokaisessa tahallisuutta käsittelevässä rikosoikeusteoreettisessa esityksessä on edelleen pystyttävä erottamaan seuraukset ja olosuhteet.⁶⁶ Rikoksen tunnusmerkistölinen rakenteen ymmärtämisen edellytyksenä on, että seuraukset voidaan erottaa olosuhteista. Lisäksi on muistettava, että tahallisuus suhteessa seuraukseen on edelleen mahdollista tavalla, joka ei ole mahdollinen suhteessa rikoksen muihin olosuhteisiin.⁶⁷

Suomalaisessa tahallisuuskäsitteessä avunantajan tahallisuusvaatimukseen kuuluu jonkinlainen käsitys päätekijän rikoksesta, avunantajan omasta toiminnasta sekä oman toiminnan päätekijän rikosta edistävästä merkityksestä.⁶⁸ Rikosoikeustieteessä vallitseva kanta on ollut, että avunannon tahallisuus-

⁶⁶ Samoin *Frände* 2010 s. 158. Lisäksi on pidettävä mielessä, että seurauksien ja olosuhteiden erottamisen merkitys ei rajaudu vain tahallisuusoppiin. Sillä, mitä voidaan pitää seurauksena, on olennainen merkitys myös esim. laiminlyöntidoktriinissa, kun mietitään, milloin epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktiio soveltuu tunnusmerkistöön.

⁶⁷ Tarkoitustahallisuus ja ehdollinen varmuustahallisuus eivät sovellu kuin seurauksiin.

⁶⁸ HE 44/2002 vp s. 156. Oikeuskäytännön osalta ks. esim. KKO 2014:22 (kohta 5), KKO 2009:87 (kohta 4) ja KKO 2009:75 (kohta 6) ja oikeustieteen osalta ks. *Frände* 2012 s. 258–259

vaatimus edellyttää kaikilta osin olosuhdetahallisuutta: päätekijän rikos, avunantajan oma toiminta sekä oman toiminnan päätekijän rikosta edistävää merkitys ovat kaikki olosuhteita eli olosuhdetunnusmerkkejä.⁶⁹ KKO:n ratkaisukäytännön perusteella on selvää, että avunannon tahallisuusvaatimukseen liittyy olosuhdetunnusmerkkejä. Ratkaisukäytännöstä ei kuitenkaan selviä, onko KKO hahmottanut avunantajan tahallisuuden muodostuvan kokonaisuudessaan olosuhdetunnusmerkeistä vai onko osaa tunnusmerkeistä pidettävä luonteeltaan seuraustunnusmerkkeinä.

Korkein oikeus on todennut ratkaisussaan KKO 2009:87, että ”vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan lähtökohtaisesti edellytyksenä on ollut, että avunantaja pitää varmana tai ainakin varsin todennäköisenä, että päärikos tehdään ja että sen tunnusmerkistöön kuuluvat tosiseikat toteutuvat”.⁷⁰ Koska KKO on myöhemmissä ratkaisuissaan viitannut tapaukseen kannanottona olosuhdetahallisuuden alarajaan, on selvää, että avunannon tahallisuus käsittää myös olosuhdetunnusmerkkejä.⁷¹ Koska sekä seuraus- että olosuhdetahallisuuden alarajat määräytyvät todennäköisyystahallisuuden ja ”varsin todennäköinen”-kriteerin perusteella, ratkaisun 2009:87 perusteella voidaan tehdä johtopäätös, että avunannon tahallisuusvaatimukseen liittyvät olosuhdetunnusmerkit täytyvät todennäköisyystahallisuuden perusteella. Koska KKO ei kuitenkaan ole tarkemmin avannut avunannon tahallisuuden kohteiden tunnusmerkistöistä lajia, ratkaisun KKO 2009:87:n perusteella ei voida sulkea pois mahdollisuutta, että avunannon tahallisuusvaatimukseen liittyy myös seuraustunnusmerkkejä.

Olen valmis hyväksymään, että avunantajan tahallisuudessa suhteessa päätekijän rikokseen – eli seikkoihin, jotka toteuttavat päätekijän rikoksen tunnusmerkistön – on kyse olosuhdetahallisuutta edellyttävästä olosuhdetunnusmerkistä. Sen sijaan päätekijän rikoksen edistymisen tulee hahmottaa avunantajan toiminnan seurauksena, jolloin niiden välillä vallitsee syy–seuraus-suhde. Näkemykseni mukaan avunantajan tahallisuudessa suhteessa siihen, että oma toiminta edistää päätekijän rikosta, on kyse seuraustahallisuutta edellyttävästä tunnusmerkistä.

Se, miksi avunantajan toiminnan ja päätekijän rikoksen välillä on rikosoikeusteoreettisesti lopulta pystyttävä hahmottamaan syy–seuraus-suhde, johtuu avunannon rangaistavuuden perustasta. Avunannon vääryys perustuu siihen, että avunantaja on toiminnallaan tosiasiallisesti edistänyt päätekijän rikosta. Syy-yhteys avunantajan toiminnan ja päätekijän rikoksen välillä selittää, mihin avunantajan toiminnan vääryys perustuu erillisvastuujärjestelmässä. Syy-yhteys myös erottaa osaltaan rangaistavan avunannon ja rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle jäävän avunannon yrityksen.

ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 442.

⁶⁹ *Frände* 2012 (suomi) s. 125–126 ja *Tapani* 2010 s. 190.

⁷⁰ KKO 2009:87 (kohta 4).

⁷¹ KKO 2013:17 (kohta 31) ja KKO 2012:66 (kohta 9).

Rikosoikeusteoreettisesti avunannossa on kyse eräänlaisesta seurausrikoksen erityistapauksesta. Avunannon tunnusmerkistössä seurauksen asemassa on päätekijän rikos. Avunannon kausaalisuusvaatimusta on kuitenkin lievennetty. Sen vuoksi avunannossa syy-yhteydelle voidaan antaa tavallista laajempi merkityssisältö, jotta myös avunanto mahtuisi sen piiriin. Myötävaikuttava syy-yhteys avunantajan toiminnan ja päärikoksen edistymisen välillä kytkee avunannon ja päätekijän rikoksen. Ilman tätä kytkentää kyse ei ole rangaistavasta avunannosta.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä *Frände* on pyrkinyt perustelemaan, miksi päätekijän rikoksen edistymistä ei tule ymmärtää avunantajan toiminnan seurauksena. *Fränden* mukaan tekijän menettelyn on tullut aiheuttaa tunnusmerkistön mukainen seuraus, jotta kyse olisi seuraustahallisuutta edellyttävästä seuraustunnusmerkistä. Kaikki muu rikostunnusmerkistössä kuuluu muihin olosuhteisiin.⁷² Kausaliteetin käsite ei kuitenkaan sovellu avunannon edellyttämään myötävaikuttavaan syy-yhteyteen, koska teon edistäminen ei voi selittää seurauksen syntyä. Siihen kykenee vain teko itse. Siksi avunantajan toiminnan ja päärikoksen edistymisen välillä ei myöskään vallitse syy-yhteyttä, vaan avunantaja ainoastaan lisää päätekijän rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä.⁷³ Tämän vuoksi *Frände* tulkitsee, ettei avunannon tahallisuusvaatimus koske seurausta vaan rikoksen muita olosuhteita, jolloin se tulee määritellä olosuhdetahallisuutta koskevien sääntöjen perusteella.⁷⁴

Fränden tulkintaa syy-yhteydestä voi luonnehtia suppeaksi. Avunannon edellyttämä myötävaikuttava syy-yhteys ei mahdu sen piiriin, koska avunantajan toiminta ei koskaan ole syy, joka aiheuttaa päätekijän rikoksen. Sen vuoksi päätekijän rikoksen edistyminen ei myöskään voi olla avunantajan toiminnan seuraus, joka edellyttäisi seuraustahallisuutta. Vaikka *Frände* näyttää tunnustavan mahdollisuuden hahmottaa päärikoksen edistyminen eräänlaisena avunantajan toiminnan seurauksena,⁷⁵ hän ei ole valmis laajentamaan kausaliteetin käsitettä avunantoon. Tulkitsen, että *Fränden* ajattelussa avunantajan toiminnan ja sen päärikosta edistävän merkityksen luokittelu olosuhdetahallisuutta edellyttäviksi olosuhdetunnusmerkeiksi seuraa ennen kaikkea *Fränden* omaksumasta suppeasta syy-yhteyden tulkinnasta. Jos avunanto ymmärretään, kuten yleensä tehdään, kausaaliseksi myötävaikuttamiseksi rikokseen⁷⁶, ei ole olemassa esteitä luokitella päätekijän rikoksen edistymistä avunantajan toiminnan seuraukseksi.

⁷² *Frände* 2010 s. 164.

⁷³ *Frände* 2007 s. 287.

⁷⁴ *Frände* 2010 s. 164.

⁷⁵ *Frände* 2012 s. 125.

⁷⁶ Näin mm. *Honkasalo* 1967 s. 228. Saksalaisessa rikosoikeustieteessä kanta on vallitseva. Ks. esim. *Roxin* 2003 s. 192–193 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 230.

3.3.3 Mitä avunantaja voi tietää päätekijän toiminnasta ja oman toimintansa merkityksestä pääteolle?

Selvää on, että avunannon tahallisuusvaatimukseen kuuluu jonkinasteinen käsitys päätekijän rikoksesta sekä avunantajan oman toiminnan merkityksestä päätekijän rikokselle.⁷⁷ Sen sijaan hallituksen esityksestä ei suoraan selviä, kuinka yksityiskohtaista tietoa näistä seikoista edellytetään.⁷⁸ Se, kuinka yksityiskohtaista tietoa avunantajalta edellytetään, vaikuttaa kuitenkin olennaisesti siihen, miten korkeaksi tai matalaksi kynnys avunantotahallisuuden täyttymiselle muodostuu. Lähtökohtana voidaan kuitenkin pitää, että avunantajalla päätekijän toiminnasta olevan käsityksen sekä toteutuneen pääteon välillä tulee vallita riittävä vastaavuus.⁷⁹

Rikosoikeusteoreettisesti on pystyttävä täsmentämään, milloin avunantajan käsitys päätekijän toiminnasta sekä oman toiminnan merkityksestä sille vastaa riittävästi toteutunutta päätekoa. Sitä ennen on kuitenkin pohdittava, mitä avunantaja voi käytännössä tietää päätekijän toiminnasta ja oman toimintansa merkityksestä pääteolle. Avunannon rikosoikeudelliseen luonteeseen sekä siihen, millaisissa tilanteissa apua voidaan antaa, liittyy seikkoja, joiden vuoksi ei ole perusteltua saati edes mielekäästä edellyttää avunantajalta yksityiskohtaista tietoa päätekijän toiminnasta ja oman toiminnan merkityksestä sen toteutumiselle.

Rikosoikeustieteessä katsotaan yleisesti, että yllytyksen tahallisuudesta sanottu pätee *mutatis mutandis* myös avunannon tahallisuuteen.⁸⁰ Myös hallituksen esityksen mukaan avunantajan tahallisuuden sisällöstä pätee sama kuin yllyttäjään.⁸¹ Yllytyksen ja avunannon samaistaminen tahallisuuden tasolla ei kuitenkaan ole täysin ongelmaton, sillä yllytyksen ja avunannon rikosoikeudelliseen luonteeseen liittyy eroja. Erojen perusteella on esitetty, että avunantajalta ei ole rikosoikeusteoreettisesti tarvetta edellyttää yhtä yksityiskohtaista tietoa päätekijän rikoksesta ja sen toteutumisesta kuin yllyttäjältä.⁸²

Yllytyksen rikosoikeudelliseen luonteeseen kuuluu, että yllyttäjä luonnostelee pääteon sen tekijälle; yllyttäjä on alkuun paneva voima rikoksentekopäätöksen takana. Sen vuoksi yllyttäjän voidaan jo lähtökohtaisesti ajatella olevan hyvin tarkkaan tietoinen pääteon yksityiskohdista. Juuri yllytyksen korostuneen

⁷⁷ HE 44/2002 vp s. 156–157.

⁷⁸ Saksalaisessa kirjallisuudesta samaan asiaan viitataan yleisimmin termillä ”*Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes*”. Ks. esim. *Kindhäuser* 1997 s. 272–273; *Roxin* 2003 s. 225 ja *Wild* 1992 s. 911–912. Toisinaan myös ”*Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes*”. Ks. esim. *Geppert* 1999 s. 273; *Kühl* 2012 s. 860; *Scheffler* 1997 s. 598 ja *Theile* 1999 s. 15–16.

⁷⁹ HE 44/2002 vp s. 155–156.

⁸⁰ Näin jo *Honkasalo* 1967 s. 231.

⁸¹ HE 44/2002 vp s. 156.

⁸² Saksalaisessa kirjallisuudessa vallitseva kanta onkin, että avunantotahallisuus poikkeaa yllytystahallisuudesta edellytetyn tiedon yksityiskohtaisuudessa. Ks. *Heine – Weißer* 2014 s. 552; *Heinrich* 2014 s. 599–600; *Kindhäuser* 2013 s. 376 ja *Kühl* 2012 s. 860.

merkityksen vuoksi kausaaliketjussa, joka lopulta johtaa rikokseen tai sen yritykseen, piilee sekä kriminaalipoliittinen että rangaistusteoreettinen peruste sille, miksi yllyttäjä lähtökohtaisesti tuomitaan kuten päätekijä. Sen vuoksi, että yllyttäjä lähtökohtaisesti vastaa pääteosta kuten päätekijä, on myös edellytettävä, että yllyttäjä on tarkkaan selvillä pääteon yksityiskohdista.

Avunantajan ja avunannon merkitys kausaaliketjussa ei sen sijaan ole yhtä merkittävä. Avunantaja ei luonnostele päätekoa sen tekijälle, vaan hän ainoastaan myötävaikuttaa sen toteutumiseen sellaisena kuin päätekijä on teon luonnostellut. Sen vuoksi avunantajan ei voida myöskään olettaa olevan selvillä kaikista pääteon yksityiskohdista. Kokonaisuutena avunantajan merkitys päärikoksen toteutumiselle on yllyttäjää pienempi. Tästä syystä avunanto ei lähtökohtaisesti ole yhtä moitittavaa kuin yllytys, mikä muodostaa sekä kriminaalipoliittisen että rangaistusteoreettisen perustan sille, miksi avunantajalle voidaan tuomita enintään kolme neljännestä rikoksesta säädetyn vankeus- tai sakkorangaistuksen enimmäismäärästä. Sen vuoksi ei myöskään tarvitse edellyttää, että avunantaja on selvillä kaikista pääteon yksityiskohdista samalla tavoin kuin yllyttäjä.⁸³

Tahallisuuden täyttymistä arvioidaan aina tekohetken mieltämisen perusteella. Ns. *dolus subsequens* eli se, mitä henkilö tekohetken jälkeen saa tietää, ei vaikuta tahallisuuden täyttymiseen.⁸⁴ Tästä seuraa, että avunantajan tahallisuutta arvioidaan aina avunantohetken mieltämisen perusteella. Avunannon näkökulmasta päätekijän rikoksessa on kuitenkin kyse tulevaisuuden tapahtumasta, joka ei ole kokonaisuudessaan käsillä avunantohetkellä.⁸⁵

Poikkeuksena ovat vain tilanteet, joissa apua annetaan rikokseen, jonka täytäntöönpano on jo aloitettu. Silloinkin kun apua annetaan rikokseen, jonka täytäntöönpano on jo aloitettu, avunantaja ei voi avunantohetkellä sinänsä tietää, miten tapahtumat tulevat kehittymään. Rikoksen täytäntöönpanotoimen ryhtymisen lisäksi voidaan nimittäin erottaa vielä täytäntöönpanotoimen lopettaminen sekä tunnusmerkistön täytyminen omiksi pisteikseen rikoksen aikajanalla.⁸⁶ Se, mitä tapahtuu täytäntöönpanon aloittamisen ja rikoksen tunnusmerkistöllisen täyttymisen välillä, voi vaikuttaa merkittävästikin teon rikosoikeudelliseen arviointiin: tunnusmerkistö voi sen perusteella esimerkiksi muuttua törkeäksi tekemuodoksi tai jopa kokonaan toiseksi.

Avunannon ja päätekijän toiminnan välillä vallitsee lähtökohtaisesti ajallinen ero. Koska tahallisuutta arvioidaan avunantohetken mieltämisen perusteella,

⁸³ Siitä, miksi avunantajan tahallisuusvaatimusta suhteessa päätekijän rikoksen yksityiskohtiin on mahdollista lieventää, ks. erityisesti *Roxin* 2003 s. 225–226 ja *Satzger* 2008 s. 520–521.

⁸⁴ Tästä esim. *Frände* 2012 s. 108; *Kühl* 2012 s. 88 ja *Jareborg* 2009 s. 334.

⁸⁵ *Murmann* 1999 s. 552.

⁸⁶ Näistä erityisesti yritysoppiin liittyvistä teoreettisista pisteistä ks. *Frände* 2012 s. 224–225 ja *Tapani* 2010 s.40–43. Se, miten lähellä nämä pisteet ovat toisiaan ajallisessa suhteessa, riippuu teosta, tekotavasta ja -olosuhteista sekä myös tunnusmerkistön rakenteesta.

avunantajan on avunantohetkellä ikään kuin ennustettava tulevaisuutta: avunantotahallisuuden täytyminen edellyttää arviota siitä, mitä päätekijä tulee tekemään sekä minkälaiset olosuhteet vallitsevat päätekijän toiminnan aikana. Mitä pidempi aika avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä kuluu, sitä haastavampaa avunantajan on muodostaa käsitys päätekijän toiminnasta yksityiskohtineen.

Ongelmaa ei lähtökohtaisesti ole silloin, kun apua annetaan päärikoksen tekopaikalla ajallisesti lähellä päärikoksen täytäntöönpanon aloittamista, täytäntöönpanon päättymistä sekä rikoksen täyttymistä. Tällöin avunantaja voi usein itse huomata päätekijää vastaavalla tavalla seikat, jotka toteuttavat päätekijän rikoksen tunnusmerkistön.⁸⁷ Apua voidaan kuitenkin antaa hyvinkin paljon ennen päärikoksen tekemisen aloittamista, eikä avunantaminen myöskään ole sidottu päärikoksen tekopaikkaan. Kun avunanto tapahtuu ajallisesti tai paikallisesti erillään päätekijän toiminnasta, avunantajalta edellytetään tietoa sellaisista seikoista, joista hän ei avunantohetkellä voi tehdä suoria havaintoja.

Käytännössä avunantaja joutuu tekemään avunantohetkellä käsillä olevien seikkojen perusteella johtopäätöksiä siitä, miten tapahtumat tulevat kehittymään.⁸⁸ Tapahtumien jatkokehitykseen liittyy aina epävarmuustekijöitä – aloittaako päätekijä rikoksen täytäntöönpanon, millaiset olosuhteet vallitsevat silloin, mitä tapahtuu täytäntöönpanon aloittamisen ja rikoksen täyttymisen välillä? Tästä syystä ei ole mielekäästä edellyttää, että avunantajan käsitys pääteosta vastaisi kaikissa suhteissa toteutunutta päätekoa.

Tapahtumien jatkokehitykseen liittyvien epävarmuustekijöiden vuoksi avunantaja ei voi varsinaisesti *tietää* mitään päätekijän toiminnasta.⁸⁹ Sen sijaan avunantaja voi ainoastaan tehdä erilaisia todennäköisyysarvioita päätekijän toiminnasta: siitä, mitä päätekijä tekee, miten avunantajan toiminta edistää päätekijän toimintaa, millaiset olosuhteet vallitsevat päätekijän toiminnan aikana jne. Tahallisuusteoreettisesti tästä ei kuitenkaan seuraa ongelmaa, niin kauan kuin tahallisuuden alin aste määräytyy todennäköisyyslauseilla operoivan todennäköisyystahallisuuden perusteella ja tahallisuuden alin aste riittää täyttämään avunannon tahallisuusvaatimuksen.

⁸⁷ Samoin *Satzger* 2008 s. 522.

⁸⁸ Tästä ja *Satzgerin* kehittämästä ”*Test der hypothetischen Anwesenheit am Tatort*”-testistä ks. *Satzger* 2008 s. 520–522.

⁸⁹ Näin myös *Murmann* 1999 s. 552. Osittain tästä syystä rikosoikeustieteessä on esitetty, että sekä avunannon että päätekijän toiminnan edistymisen välinen suhde tulee ymmärtää riskin käsitteen avulla. Tahallisuuden näkökulmasta avunantajan olisi oltava tietoinen siitä, että hän on olennaisesti korottanut riskiä päärikoksen toteutumisesta. Ks. *Herzberg* 1987 s. 617–620. Samansuuntaisesti *Frände* 2007 s. 287.

3.3.4 Avunannon tahallisuuden kohteet

Avunantamisessa rikokseen on kyse kokonaisuudesta, jossa avunantajan oma toiminta sekä sen merkitys päätekijän rikokselle liittyvät saumattomasti toisiinsa. Käytännössä avunantajan tahallisuus kohdistuu tähän kokonaisuuteen. Sen vuoksi tahallisuuden jakaminen erilaisiin kohteisiin tuntuu käytännölle vieraalta. Tahallisuuskokteerissa avunannon tahallisuusvaatimus on kuitenkin tavattu jakaa teoreettisesti erilaisiin kohteisiin. Pedagogisesti ratkaisua voidaan perustella sillä, että se auttaa ymmärtämään avunantoon liittyvän tahallisuusvaatimuksen haastavuuden.

Avunantotahallisuuden kohteidenkin lukumäärä riippuu osittain valitusta tarkastelunäkökulmasta.⁹⁰ Hallituksen esityksen perusteella avunantotahallisuudella voidaan sanoa olevan kolme pääkohdetta: (i) päätekijän teko, (ii) avunantajan oma toiminta ja (iii) oman toiminnan päätekoa edistävä merkitys.⁹¹ Hallituksen esityksessä avunantotahallisuuden kohdistumista tarkastellaan kuitenkin varsin suurpiirteisesti. Seurauksena myös kokonaiskuva tahallisuuden kohdistumisesta jää puutteelliseksi.

Tässä tutkimuksessa avunannon tahallisuuden kohdistumista tarkastellaan hallituksen esitystä hienojakoisemmin. Hienojakoisempi tarkastelunäkökulma mahdollistaa huomion kiinnittämisen avunantotahallisuuteen liittyviin erityiskysymyksiin. Se on edellytys yksityiskohtaisen kuvan antamiseksi avunantotahallisuuden teoreettisesta kohdistumisesta. Siirryn seuraavaksi tarkastelemaan avunannon tahallisuuden kohdistumiseen liittyviä kysymyksiä.

3.3.4.1 Tahallisuus suhteessa oman toiminnan merkitykseen päätekijän toiminnalle

Tahallisuutta suhteessa avunantajan omaan toimintaan voidaan pitää avunantotahallisuuden yksinkertaisimpana osana.⁹² Tämä johtuu siitä, että omaa toimintaa tarkastellaan itsenäisenä kokonaisuutena irrallaan myötävaikuttavasta syyteydestä, joka kytkee oman toiminnan päätekijän rikokseen. Tahallisuuden kohdistumista omaan toimintaan voidaan hahmottaa seuraavalla yksinkertaisella kuvitteellisella esimerkkitaustalla.

⁹⁰ Esimerkiksi saksalaisessa kirjallisuudessa avunantotahallisuudella katsotaan vakiintuneesti olevan vain kaksi pääkohdetta, mutta käytännössä käsitys avunannon tahallisuuden kohdistumisesta vastaa pitkälti suomalaista doktriinia. Ks. esim. *Heine – Weißer* 2014 s. 551; *Heinrich* 2014 s. 599–600 ja *Kühl* 2012 s. 859–860.

⁹¹ Hallituksen esityksen mukaan ”avunantajalla tulee olla tietoisuus (pää)tekijän teosta, omasta toiminnastaan ja oman toiminnan päätekoa edistävästä merkityksestä.” Ks. HE 44/2002 vp s. 156.

⁹² *Frände* 2012 s. 259 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 442.

Oletetaan, että A lainaa B:lle autonsa, jota B myöhemmin käyttää pakenemiseen rikospaikalta.

Tahallisuus suhteessa omaan toimintaan edellyttää ainoastaan, että avunantaja A on tietoinen siitä, että hän lainaa autonsa B:lle.

Koska avunantajan omaa toimintaa tarkastellaan irrallaan sen merkityksestä päätekijän toiminnalle, tahallisuus suhteessa siihen täyttyy ikään kuin automaattisesti. Yleensä ihmiset ovat selvillä siitä, mitä he tekevät. A epäilemättä tietää lainanneensa autonsa B:lle. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä onkin esitetty, ettei tahallisuutta suhteessa avunantajan omaan toimintaan ole mielekästä jakaa asteisiin.⁹³ On hyvin vaikea kuvitella tilanteita, joissa avunantaja olisi avunantohetkellä pitänyt omaa toimintaansa esimerkiksi varsin todennäköisenä, varteenotettavana mahdollisuutena tai hyvin epätodennäköisenä. Käytännössä lienee olemassa vain kaksi vaihtoehtoa: joko avunantaja on tietoinen omasta toiminnastaan tai sitten ei ole. Näistäkin jälkimmäistä on pidettävä lähinnä kuriositeettina.⁹⁴

Olenkin sitä mieltä, ettei tahallisuutta suhteessa avunantajan omaan toimintaan ole tarpeellista rajata omaksi avunantotahallisuuden kohteekseen. Sen sijaan omaa toimintaa ja myötävaikuttavaa syy-yhteyttä, joka kytkee avunantajan toiminnan päätekijän toimintaan, tulee tarkastella yhtenä kokonaisuutena. Tietoisuus oman toiminnan päätekijän toimintaa edistävästä vaikutuksesta muodostaa siten avunantotahallisuuden ensimmäisen kohteen. Perustelen näkemystäni seuraavilla seikoilla.

Ensinnäkään ei ole mielekästä asettaa tahallisuusvaatimusta, joka täyttyy automaattisesti. Toiseksi oman toiminnan tunnusmerkistöllisen luonteen hahmottaminen on vaikeaa, jos sitä tarkastellaan erillään sen merkityksestä päätekijän toiminnalle. Kolmanneksi tietoisuuden omasta toiminnasta voidaan myös katsoa sisältyvän kokonaisuudessaan vaatimukseen siitä, että avunantajan tahallisuuden on katettava oman toiminnan merkitys päätekijän toiminnalle.

Neljänneksi avunannon rangaistavuuden edellytyksenä on, että avunantaja on toiminnallaan edistänyt päätekijän toimintaa. Sen vuoksi ei ole mielekästä tarkastella avunantajan toimintaa erillään myötävaikuttavasta syy-yhteydestä, joka kytkee sen päätekijän toimintaan. Käytännössä avunantajan toiminnan merkityssisältöä ei ole mahdollista ymmärtää, ellei ole tietoinen sen merkityk-

⁹³ Näin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 442. Lain, sen esitöiden tai oikeuskäytännön perusteella tahallisuus suhteessa avunantajan omaan toimintaan ei kuitenkaan edellytä korotettua tahallisuusvaatimusta.

⁹⁴ Kyseeseen voisivat tulla lähinnä tilanteet, joissa avunantaja on syntyakeeton henkilö. Syntyakeettomalta saattaa puuttua kokonaan ymmärrys siitä, mitä hän on tekemässä. Tällaisessa tilanteessa ei kuitenkaan ole edes tarvetta pohtia tahallisuuden täyttymistä, koska rikosoikeudellinen vastuu sulkeutuu pois jo syntyakeettomuuden perusteella.

sestä päätekijän toiminnalle. Havainnollistan tätä palaamalla edellä esitettyyn kuvitteelliseen esimerkkitapaukseen, jossa A lainaa autonsa B:lle.

Se, millaiseksi A mieltää oman toimintansa, riippuu hänen tietoisuudestaan kausaalisuhteesta oman toimintansa ja päätekijän toiminnan välillä. A:n menettelyn merkityssisältö muuttuu olennaisesti sen perusteella, onko hän avunantohetkellä mieltänyt B:n käyttävän autoa pakoautona vai mahdollisesti uskonut B:n tarvitsevan autoa esimerkiksi sairaan äitinsä kuljettamiseen.

Näkemykseni mukaan tietoisuus oman toiminnan merkityksestä päätekijän toiminnalle muodostaa avunantotahallisuuden ensimmäisen kohteen. Tahallisuusteoreettisesti on vielä ratkaistava, millaista tahallisuutta se edellyttää. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on käyty keskustelua siitä, voidaanko tahallisuutta suhteessa oman toiminnan merkitykseen päätekijän toiminnalle jakaa asteisiin. *Fränden* mukaan avunantajan tulee ymmärtää, että hänen tekonsa merkittävällä tavalla lisää päärikoksen täyttymisen todennäköisyyttä eli edistää päärikosta. Tätä uskomusta ei kuitenkaan hänen mukaansa voida jakaa asteisiin. Avunantaja joko ymmärtää, että hänen tekonsa edistää päärikosta, tai sitten hän ei sitä ymmärrä.⁹⁵

En ole kuitenkaan vakuuttunut siitä, miksei tahallisuutta suhteessa oman toiminnan päätekijän tekoa edistävään vaikutukseen olisi mahdollista jakaa asteisiin. Vaikka ihmiset yleensä ovatkin selvillä omasta toiminnastaan, he eivät välttämättä ole selvillä siitä, miten heidän toimintansa vaikuttaa toisiin. Palaan uudemman kerran kuvitteelliseen esimerkkitapaukseen, jossa A lainaa autonsa B:lle.

Se, millaiseksi A on mieltänyt oman toimintansa, riippuu olennaisesti siitä, onko hän tietoinen kausaalisuhteesta oman toimintansa ja päätekijän toiminnan välillä. On luonnollisesti mahdollista, että A tietää B:n tarvitsevan autoa rikoksen toteuttamiseen. A saattaa kuitenkin pitää täysin mahdollisena, että B tarvitsee autoa esimerkiksi juuri sairaan äitinsä kuljettamiseen eikä rikolliseen toimintaan.

Oletetaan nyt, että A on mieltänyt molemmat mahdollisuudet. Jos A on mieltänyt molemmat mahdollisuudet, on mahdollista, että tietoisuuden aste oman toiminnan päätekijän toimintaa edistävästä merkityksestä voi vaihdella riippuen siitä, kuinka todennäköisenä hän pitää kumpaakin vaihtoehtoa. A voi esimerkiksi pitää varsin todennäköisenä, että hänen toimintansa edistää rikosta, mutta samaan aikaan hän voi myös pitää mahdollisena, että B tarvitsee autoa sairaan äitinsä kuljettamiseen – tai päinvastoin. Tulkitsenkin, että tahallisuus

⁹⁵ *Frände* 2012 s. 259. On huomautettava, että termi ”ymmärtää” on jossain määrin ongelmallinen, sillä se ei asetu saumattomasti erilaisilla todennäköisyysasteilla operoivaan todennäköisyystahallisuuteen. Tarkoittaako ”ymmärtää” sitä, että avunantaja pitää 100-prosenttisen todennäköisenä, että hänen toimintansa edistää päätekijän rikosta? Toisin sanoen, onko avunantajan tiedettävä, että hänen toimintansa edistää päätekijän rikosta?

suhteessa avunantajan toiminnan päätekijän toimintaa edistävään vaikutukseen voidaan jakaa asteisiin.⁹⁶ Myös KKO:n ratkaisukäytännössä on katsottu, että tahallisuus suhteessa oman toiminnan päätekijän rikosta edistävään merkitykseen voidaan jakaa asteisiin.⁹⁷

Selvää on, että tahallisuusteorioista sekä varmuus- että todennäköisyystahallisuus riittävät täyttämään tahallisuusvaatimuksen: avunantajan on pidettävä varmana tai vähintään varsin todennäköisenä, että hänen toimintansa edistää päätekijän toimintaa.⁹⁸ Olen esittänyt, että avunannon näkökulmasta päätekijän rikos näyttäytyy seurauksena. Sen vuoksi avunantajan toiminnan merkitys päätekijän toiminnalle tulee hahmottaa seuraustahallisuutta edellyttävänä tunnusmerkkinä. Siksi myös tarkoitustahallisuus soveltuu tahallisuuteen suhteessa avunantajan oman toiminnan päätekijän toimintaa edistävään merkitykseen. Jos avunantajan tarkoituksena on ollut edistää päätekijän toimintaa, tiedollisen elementin täyttymiseen riittää, ettei avunantaja ole pitänyt päätekijän toiminnan edistymistä täysin poissuljettuna mahdollisuutena.

Tahallisuudessa suhteessa oman toiminnan merkitykseen päätekijän toiminnalle keskiössä on myötävaikuttava syy-yhteys, joka kytkee avunantajan toiminnan päätekijän toimintaan. Kausaalisuus on yksi rikosoikeudellisen vastuun perusedellytyksistä. Rikoksissa, joihin liittyy laissa säädetyn seurauksen aiheutuminen, syy-yhteys seurauksen ja sen aiheuttaneen syyn välillä kuuluu selvästi myös tunnusmerkistötekijöihin, joiden on peityttävä tahallisuuden alla.⁹⁹ Avunannossa on kyse seurausrikoksen erityistapauksesta, jossa avunantajan oman toiminnan merkitys päätekijän toiminnalle on hahmotettava seuraustahallisuutta edellyttävänä seuraustunnusmerkkinä. Avunannon tahallisuusvaatimuksen kannalta olennaista on, miten tarkkaan avunantajan on oltava selvillä tavasta, jolla hänen toimintansa edistää päätekijän toimintaa.

Syy-yhteys on luonteeltaan määrittelemätön tunnusmerkki.¹⁰⁰ Vaikka tunnusmerkistöt, joihin liittyy tietyn laissa säädetyn seurauksen aiheutuminen, edellyttävätkin syy-yhteyttä, ne eivät yleensä aseta tarkempia vaatimuksia sille, minkälainen syy-yhteyden on oltava. Laissa ja sen esitöissä ei ole haluttu rajata avunannon tekotapoja. Lähtökohtaisesti kaikki arkiset teot käyvät avunannosta, jos ne vain edistävät päärikoksen toteutumista. Seurauksena myös sellaisten tapojen kirjo, joilla avunantajan toiminta voi edistää päätekijän toimintaa, on lähes ääretön.

⁹⁶ Samoin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 443.

⁹⁷ KKO 2009:87 (kohta 8).

⁹⁸ *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 443.

⁹⁹ Näin mm. *Heinrich* 2014 s. 470 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 103.

¹⁰⁰ Saksalaisessa kirjallisuudessa käytetään termiä ”*ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal*”. Ks. esim. *Heinrich* 2014 s. 470.

Rikosoikeustieteessä ei ole koskaan edellytetty tietoa kaikista syy-yhteyden muodostumisen yksityiskohdista.¹⁰¹ Myös suomalaisessa tahallisuusdoktriinissa katsotaan vakiintuneesti, että seuraustahallisuuteen kuuluu ainoastaan pääpiirteinen tieto seurauksen syntytavasta.¹⁰² Myös avunantotahallisuudessa riittävänä on pidettävä, että avunantajan on pääpiirteisesti oltava selvillä tavasta, jolla hänen toimintansa edistää päätekijän toimintaa. Kantaa voidaan perustella ensinnäkin hallituksen esityksen sanamuodolla, jonka mukaan avunantajalla pääteosta olevan käsityksen ja toteutuneen pääteon välillä tulee vallita riittävä vastaavuus.¹⁰³ Kantaa tukee myös se seikka, ettei avunantajalta ole rikosoikeusteoreettisesti tarpeellista ja käytännöllisistä syistä edes mielekästä edellyttää yksityiskohtaista tietoa pääteon toteutumiseen liittyvistä seikoista. Tulkitsen, ettei avunannossa ole syytä poiketa seuraustahallisuudessa yleisesti sovellettavasta pääsäännöstä.

Tahallisuusteoreettisesti avunannon tahallisuusvaatimus edellyttää vain pääpiirteistä selvillä oloa avunantajan toiminnan ja päätekijän toiminnan välillä vallitsevan myötävaikuttavan syy-yhteyden yksityiskohdista. Käytännössä avunantajalla saattaa kuitenkin olla avunantohetkellä hyvinkin yksityiskohtainen esikäsitys siitä, miten hänen toimintansa tulee edistämään päätekijän toimintaa. On täysin mahdollista, että avunantajalla syy-yhteydestä olevan käsityksen ja toteutuneen syy-yhteyden välillä vallitsee ero. Tällaisissa tilanteissa on pystyttävä ratkaisemaan, mikä merkitys on annettava avunantajan väärälle käsitykselle tavasta, jolla hänen toimintansa edistää päätekijän toimintaa.

Rikosoikeudessa ei yleensä anneta merkitystä erehtymiselle seurauksen syntymiseen johtaneen syy–seuraus-suhteen yksityiskohdista.¹⁰⁴ Myöskään avunantajan erehtymiselle hänen toimintansa ja päätekijän toiminnan välillä vallitsevan myötävaikuttavan syy-yhteyden yksityiskohdista ei lähtökohtaisesti ole annettava merkitystä. Lähtökohta on osittain kriminaalipoliittisten seikkojen sanelema. Kriminaalipoliittisesti olisi äärimmäisen epätyytyvävä lopputulos, jos erehtyminen syy-yhteyden yksityiskohdista johtaisi laajalti tahallisuusvastuun sulkeutumiseen pois kokonaan tai ainakin täytetystä rikoksesta. Lähtökohdalle voidaan kuitenkin esittää myös rikosoikeusteoreettiset perusteet.

Tahallisuus ja erehdysoppi ovat teoreettisesti liitoksissa toisiinsa. Erityisesti tämä koskee RL 4:1:n tunnusmerkistöerehdystä, jota voidaan luonnehtia tahallisuuden peilikuvaksi.¹⁰⁵ Tahallisuuden ja tunnusmerkistöerehdyksen peilikuvaluonteesta seuraa, ettei tahallisuusvastuuta voi poistaa erehtyminen sellaises-

¹⁰¹ *Roxin* 2006 s. 511.

¹⁰² *Frände* 2012 s. 131; *Nuutila* 1997 s. 226–227 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 241–242. Peittämisperiaatteen näkökulmasta tarkasteltuna synn ja seurauksen välisen kausaalisuhteen ei koskaan tarvitse täytyä kokonaisuudessaan tahallisuuden alle vaan ainoastaan olennaisimmilta osin.

¹⁰³ HE 44/2002 vp s. 155–156.

¹⁰⁴ *Frände* 2012 s. 131; *Nuutila* 1997 s. 226–227 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 241–242.

¹⁰⁵ LaVM 28/2002 vp s. 10. Ks. myös *Nuutila* 1997 s. 233.

ta seikasta, jonka ei ole peittyttävä tahallisuuden alle. Rikoksissa, joihin liittyy laissa säädetyn seurauksen aiheutuminen, syy-yhteys seurauksen ja sen aiheuttaneen syyn välillä kuuluu selvästi tunnusmerkistötekijöihin, joten syy-yhteyttä koskevassa erehdyksessä on kyse tunnusmerkistöreahdyksestä.¹⁰⁶ Koska seuraustahallisuus edellyttää vain pääpiirteistä tietoa seurauksen syntytavasta, seurauksen syntymisen tarkkoja yksityiskohtia koskevat erehdykset ovat lähtökohtaisesti myös merkityksettömiä.

Merkitystä erehtymiselle teon yksityiskohdista voidaan antaa vasta siinä tapauksessa, että erehtymisen vuoksi henkilö ei ole enää pääpiirteisesti selvillä seurauksen syntytavasta. Kynnys RL 4:1:n soveltamiselle on siten hyvin korkea. Avunantajan erehtymiselle syy-yhteyden yksityiskohdista voidaan antaa merkitystä vasta siinä tapauksessa, ettei avunantajan erehdyksen perusteella voida sanoa olevan enää pääpiirteisesti selvillä tavasta, jolla hänen toimintansa edistää päätekijän toimintaa. Lähtökohtaisesti näin on lähinnä vain tilanteissa, joissa päärikoksen edistymisen tapa on täysin odottamaton.¹⁰⁷

3.3.4.2 Tahallisuus suhteessa päärikoksen tunnusmerkistöön

Avunantajan tahallisuus kohdistuu päätekijää vastaavalla tavalla päärikoksen tunnusmerkistöön. Se, miksi näin on, johtuu avunannon rangaistavuuden perustasta. Avunannon vääryys johdetaan osittain päätekijän toiminnan vääryydestä. Ilman päätekijän toiminnan vääryyttä ei ole olemassa avunannon vääryyttä. Päätekijän toiminnan vääryys puolestaan perustuu päärikoksen tunnusmerkistöön: sen eri tunnusmerkit ilmentävät päätekijän toiminnan vääryyttä. Koska avunannon rangaistavuus perustuu olennaisilta osin siihen, että avunantaja on toiminnallaan edistänyt päätekijän tahallista toimintaa, avunantajan toiminnan ilmentämän vääryyden edellytyksenä on, että myös avunantaja on mieltänyt päätekijän toiminnan vääryyden perustavien tunnusmerkkien toteutumisen.

Tästä seuraa, että avunantajan on mielletävä päärikoksen tunnusmerkistöön sisältyvien erilaisten tunnusmerkkien toteutuminen.¹⁰⁸ Jos päätekijän rikokseen liittyy tietyn rikosoikeudellisen seurauksen aiheutuminen, avunantajan on ensinnäkin mielletävä, että päätekijän toiminta johtaa tunnusmerkistön edellyttämän seurauksen aiheutumiseen. Tämän lisäksi avunantajan on aina mielletävä tunnusmerkistöön kuuluvien muiden olosuhteiden tai seikkojen olemassaolo. Tunnusmerkistölliseltä luonteeltaan tahallisuudessa suhteessa päärikoksen tunnusmerkistöön on kyse olosuhdetahallisuutta edellyttävästä olosuhdetunnus-

¹⁰⁶ Samansuuntaisesti *Frände* 2012 s. 131–132. Toisin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 241 sekä erityisesti *Roxin* 2006 s. 512.

¹⁰⁷ Näissä tilanteissa avunantovastuu sulkeutuu usein pois jo tunnusmerkistön objektiivisella puolella sen vuoksi, ettei kyse ole kielletystä riskinotosta.

¹⁰⁸ *Frände* 2012 s. 259 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 443. Saksalaisessa kirjallisuudessa vastavasti esim. *Heinrich* 2014 s. 599.

merkistä, joten avunantajan on miellettävä, että päärikoksen tunnusmerkkien toteutuminen on vähintään varsin todennäköistä.

On korostettava, että avunantajan on vain miellettävä päärikoksen tunnusmerkistöön kuuluvien tunnusmerkkien toteutuminen. Sen sijaan hänen ei ole itse täytettävä niitä. Nykyisin tämä osallisuusopissa vanhastaan noudatettu sääntö voidaan johtaa RL 5:7:stä. Pykälän toisen momentin mukaan ”yllyttäjää tai avunantajaa ei vapauta rangaistusvastuusta se, ettei häntä koske sellainen erityinen henkilöön liittyvä olosuhde, joka perustaa tekijän teon rangaistavuuden”.

Selvimmän tämä ilmenee ns. erikoisrikoksissa, joissa rikoksen tekijänä voi olla vain henkilö, jota tunnusmerkistöön liittyvä velvollisuus nimenomaisesti koskee. Tavallisimmat erikoisrikokset ovat RL 40 luvun virkarikokset ja RL 45 luvun sotilasrikokset; edelliset koskevat vain virkamiehiä, jälkimmäiset vain sotilaita. Sotilas- ja virkarikoksissa avunantajan on miellettävä, että niihin liittyvä velvollisuus koskee päätekijää, mutta velvollisuuden ei tarvitse koskea nimenomaisesti avunantajaa.

Myöskään tunnusmerkistöissä, joihin liittyy korotettu tahallisuusvaatimus, avunantajan ei ole itse täytettävä korotettua tahallisuusvaatimusta. Esimerkiksi RL 28:1:n varkaus edellyttää anastustarkoitusta. Avunantajan on vain miellettävä, että päätekijän tarkoituksena on anastaa toiselle kuuluvaa omaisuutta. Avunantajan omilla motiiveilla ei sen sijaan ole merkitystä tahallisuuden täyttymiseen.

Tahallisuusdoktriinissa tahallisuuden kohdistumista rikoksen tunnusmerkistöön havainnollistetaan ns. peittämisperiaatteen avulla. Periaatteen mukaan tahallisuuden on peitettävä koko oikeudenvastainen teko.¹⁰⁹ Teorian tasolla peittämisperiaate tarkoittaa, että tahallisuuden on peitettävä kaikki yksittäisen rikostunnusmerkistön tunnusmerkit.¹¹⁰ On kuitenkin korostettava, että mieltäminen (tietoisuus) ei kohdistu itse abstrakteihin tunnusmerkkeihin vaan niihin seikkoihin, jotka elävässä elämässä vastaavat tunnusmerkejä. Käytännön tasolla peittämisperiaate tarkoittaa, että subjektiivisen mieltämisen on peitettävä ne tosielämän seikat, jotka toteuttavat rikoksen abstraktin tunnusmerkistön.¹¹¹

¹⁰⁹ Näin mm. *Jareborg* 2009 s. 334 ja *Nuutila* 1997 s. 227. Pidän määritelmää kuitenkin ongelmallisena, sillä se vihjaa, että tahallisuus edellyttäisi myös teon mieltämistä oikeudenvastaiseksi. Nykyisin suomalaisessa rikosoikeustieteessä vallitseva kanta kuitenkin on, ettei tekijän ole miellettävä tekoaan oikeudenvastaiseksi. Ks. *Matikkala* 2005 s. 543 ja *Tapani* 2010 s. 204. Hyvin pitkälti vastaavasti *Frände* 2012 s. 108.

¹¹⁰ Näin peittämisperiaatteesta *Frände* 2012 s. 107.

¹¹¹ Erityisesti *Matikkala* 2005 s. 543–544. Rikostunnusmerkistöt eivät ole kuin tiettyjen ilmiöiden karkeita ja elottomia kuvauksia. Niiden konkreettiset vastineet eli ihmisteot löytyvät aina elävästä elämästä. Tahallisuus edellyttää niiden elävän elämän seikkojen mieltämistä, joiden perusteella teko luokitellaan tapoksi, varkaudeksi tai petokseksi. Sen sijaan tahallisuuteen ei kuulu, että henkilö itse pystyisi oikeudellisesti luokittelemaan teon tapoksi, varkaudeksi tai petokseksi.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä ei ole varsinaisesti pohdittu peittämisperiaatteen sisältöä avunannon tai tätä laajemmin varsinaisen osallisuuden näkökulmasta. Aihetta on kyllä sivuttu rikosoikeuden yleisesityksissä, mutta kattavasti peittämisperiaatteen asettamia vaatimuksia avunantajan mieltämiselle ei ole käsitelty.¹¹² Kuten rikosoikeuden yleisiin oppeihin luettava aines yleensäkin, myös peittämisperiaate on kehitetty rikosoikeuden perustapauksien pohjalta. Tällä tarkoitetaan tilanteita, joissa tekijöitä on vain yksi ja rikoksena tyypillisesti joko henkeen tai terveyteen kohdistuva rikos tai varkausrikos. Avunanto puolestaan poikkeaa rikosoikeuden perustapauksista useassa suhteessa. Avunannon erityispiirteiden vuoksi on pohdittava, mikä peittämisperiaatteen sisältö on avunannon osalta.

Avunantaja ei itse tee päärikosta, vaan hän ainoastaan myötävaikuttaa sen toteutumiseen. Lopullisesti päärikoksen toteutuminen riippuu aina päätekijästä. Avunantaminen ei ole myöskään sidottu päärikoksen tekoaikaan tai -paikkaan, vaan se voi tapahtua sekä ajallisesti että paikallisesti täysin erillään päärikoksesta. Tästä huolimatta avunantajan tahallisuuden täyttymistä arvioidaan kuitenkin aina avunantohetken mieltämisen perusteella. Olen edellä selvittänyt, kuinka avunantohetkellä päätekijän toiminnassa on aina kyse enemmän tai vähemmän tulevaisuuden tapahtumasta. Sen vuoksi avunantaja ei voi varsinaisesti tietää mitään päätekijän toiminnasta ja olosuhteista, jotka vallitsevat sen aikana. Sen sijaan avunantaja voi ainoastaan tehdä erilaisia todennäköisyysarvioita näistä seikoista.

Koska päätekijän rikos näyttäytyy avunantohetkellä tulevaisuuden tapahtumana, jonka lopullinen toteutuminen riippuu päätekijästä sekä päärikoksen tekohetkellä vallitsevista olosuhteista, ei avunantajan käsitys päärikoksen yksityiskohdista voi koskaan vastata tarkkuudeltaan päätekijällä siitä olevaa käsitystä. Sen vuoksi ei ole mielekäästä edellyttää, että avunantajan tahallisuus kohdistuisi varsinaisesti niihin elävän elämän seikkoihin, jotka toteuttavat päärikoksen tunnusmerkistön. Tämä johtuu siitä, että avunantajan kyky vaikuttaa näihin seikkoihin sekä tehdä niistä havaintoja ei ole samanlainen kuin päätekijällä.

Avunantajalta voidaankin edellyttää vain, että hänellä on yleispiirteinen käsitys päätekijän toiminnasta, joka oikeudellisesti arvioituna täyttää rikoksen tunnusmerkistön. Tahallisuuden kohteena ei ole niinkään päätekijän rikos siinä konkreettisessa muodossa, jossa se tapahtuu elävässä elämässä, vaan se teko-tyyppi, johon päätekijän rikos kuuluu. Toisin kuin päätekijän tahallisuus, avunantajan tahallisuus kohdistuu myös käytännön tasolla ennen kaikkea siihen abstraktiin teko-tyyppiin, jota erityisen osan tunnusmerkistöt kuvaavat.

¹¹² Ks. *Frände* 2012 s. 259 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 443.

3.3.4.3 Tahallisuus suhteessa päärikoksen tekoajaan, -paikkaan ja -tapaan

Rikosoikeustieteessä on keskusteltu siitä, missä määrin avunantajan tahallisuuden on katettava tieto päärikoksen tekoajasta, -paikasta ja -tavasta. Hallituksen esityksessä kysymystä ei ole käsitelty nimenomaisesti avunannon kohdalla. Yllytyksestä kuitenkin todetaan, että sen tahallisuuteen kuuluu tietoisuus päätekijän tunnusmerkistöön liittyvistä seikoista. Erityisesti mainitaan tietoisuus päätekijän rikoksen tekoajasta, -paikasta ja -tavasta. Koska avunantotahallisuuden sisältöön pätee sama kuin yllyttäjään, näyttää hallituksen esityksen perusteella myös avunantotahallisuus edellyttävän tietoa päärikoksen tekoajasta, -paikasta ja -tavasta.¹¹³ Se, missä laajuudessa päärikoksen tekoajaksi, -paikaksi ja -tapaksi kuuluvat tahallisuuden kohteisiin, on epäselvää.

Hallituksen esitys on nimittäin varsin ristiriitainen, mitä tulee yllytyksen tahallisuuden sisältöön. Hallituksen esityksessä todetaan myös, että päärikoksen ”paikan, ajan ja suoritustavan suhteen tapahtuvat poikkeamiset ovat merkityksellisiä yllyttäjän vastuun suhteen vain siinä tapauksessa, että mainitut seikat on korotettu tunnusmerkistökiteijöiksi, rikoksen luonteen muuttaviksi tai sen kvalifioiviksi asianhaaroiksi”.¹¹⁴ Olisi sangen epäloogista, jos yllyttäjän tahallisuuden toisaalta pitää kattaa tieto päärikoksen tekoajasta, -paikasta ja -tavasta, mutta väärä tieto eli erehtyminen niiden suhteen olisi yleensä merkityksellön. Ainoa looginen johtopäätös on, että yllyttäjän tahallisuuteen kuuluu tieto päärikoksen tekoajasta, -paikasta tai -tavasta vain silloin, kun ne on korotettu tunnusmerkistökiteijöiksi, rikoksen luonteen muuttaviksi tai sen kvalifioiviksi asianhaaroiksi.¹¹⁵

Hallituksen esityksen perusteella jää kuitenkin epäselväksi, mitä tarkoitetaan rikoksen luonteen muuttavalla asianhaaralla. Koska se mainitaan erikseen, lienee perusteltua olettaa rikoksen luonteen muuttavalla asianhaaralla olevan oma merkityssisältönsä; muutoin kyse olisi merkityksettömästä lisäyksestä. Tarkoittaako luonteen muuttava asianhaara, että tekoajan, -paikan tai -tavan suhteen tapahtuneen muutoksen seurauksena päärikoksen luonne muuttuisi niin paljon (tunnusmerkistön kuitenkaan muuttumatta), ettei yllytysvastuu enää tulisi kyseeseen, ellei yllyttäjä ole mieltänyt pääteon suhteen tapahtunutta muutosta? Jos näin on, on lähes mahdoton antaa tyhjentävää vastausta siihen, missä määrin missäkin tilanteissa avunantajan tahallisuuden on katettava tieto päärikoksen tekoajasta, -paikasta ja tavasta. Kyse olisi ennen kaikkea tapauskohtaisesta harkinnasta.

¹¹³ HE 44/2002 vp s. 155–156.

¹¹⁴ HE 44/2002 vp s. 155.

¹¹⁵ Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on jo vanhastaan oltu sitä mieltä, että päärikoksen tekoajan, -paikan ja -tavan suhteen tapahtuvat muutokset ovat merkityksellisiä vain, mikäli päärikoksen tunnusmerkistö muuttuu kokonaan toiseksi niiden perusteella. Näin mm. *Honkasalo* 1967 s. 220 ja *Nuutila* 1997 s. 351. Toisaalta ks. ja vrt. *Anttila – Heinonen* 1974 s. 118.

Hallituksen esityksen perusteella yllytyksen tahallisuudesta sanottu pätee *mutatis mutandis* avunannon tahallisuuteen. Olen jo aikaisemmin selvittänyt, kuinka yllytys ja avunanto poikkeavat rikosoikeudelliselta luonteeltaan toisistaan merkittävästi. Tämän vuoksi yllytyksen ja avunannon samaistaminen tahallisuuden tasolla on lähtökohtaisesti ongelmallista. Selvää myös on, että yllytyksen ja avunannon tahallisuusvaatimukset eroavat toisistaan jo siinä suhteessa, mitä yllyttäjän ja toisaalta avunantajan on mielletävä toimintansa kausaalisesta merkityksestä pääteolle: yllyttäjän on oltava tietoinen siitä, että hänen toimintansa saa aikaan päätekijän rikoksen, avunantajan tietoisuuden on katettava vain se, että hänen toimintansa edistää päätekijän rikosta.

Yllytyksen ja avunannon rikosoikeudelliseen luonteeseen liittyvien erojen perusteella saksalaisessa osallisuusopillisessa keskustelussa katsotaan vakiintuneesti, ettei avunantotahallisuus edellytä yhtä yksityiskohtaista tietoa päätekijän toiminnasta kuin yllytystahallisuus. Olennaisimmin avunantotahallisuus poikkeaa yllytystahallisuudesta juuri suhteessa päärikoksen tekoajaan, -paikkaan ja -tapaan. Sekä saksalaisessa rikosoikeustieteessä että oikeuskäytännössä katsotaan vakiintuneesti, että avunantotahallisuus ei edellytä tietoa päätekijän rikoksen täytäntöönpanon yksityiskohdista, sen tekopaikasta, -ajasta tai uhrista.¹¹⁶

Kannalle voidaan esittää sekä käytännölliset että rikosoikeusteoreettiset perusteet. Ensinnäkään avunantajalla ei aina ole mahdollisuutta vaikuttaa rikoksen täytäntöönpanon yksityiskohtiin, sen tekotapaan, -aikaan tai uhriin. Toisin kuin yllyttäjä, avunantaja ei ole rikoksen henkinen alkuunpanija, joka luonnostelee pääteon sen varsinaiselle tekijälle, vaan päätekijä päättää pääteosta, siihen ryhtymisestä ja sen tarkoista yksityiskohdista. Usein täytäntöönpanon tarkat yksityiskohdat, sen tekoajaka, -paikka sekä uhri ovat avunantajalle lisäksi täysin merkityksettömiä.¹¹⁷ Käytännön ratkaisutoiminnan kannalta on sangen ongelmallista edellyttää avunantajalta tietoa sellaisista seikoista, joihin hän ei voi itse vaikuttaa ja jotka monesti ovat hänelle merkityksettömiä.

Erillisvastuujärjestelmässä varsinaisen osallisuuden rangaistavuus kytkeytyy päätekijän rikoksen olemassaoloon. Tiedot päärikoksen täytäntöönpanotavasta, -tekoajasta sekä -paikasta ovat olennaisia päärikoksen yksilöinnin kannalta. Se, miksi yllyttäjän tahallisuuden on esitetty edellyttävän avunantoa yksityiskohtaisempaa tietoa päätekijän rikoksesta, perustuu siihen, että yllytys moitittavuudeltaan rinnastuu rikoksen tekemiseen.

Rikosoikeusteoreettisesti ei kuitenkaan ole olemassa perustetta, miksi avunantajan olisi pystyttävä vastaavalla tavalla tarkemmin yksilöimään päätekijän rikos. Riittävää on, että avunantajan tahallisuus peittää päätekijän rikoksen tun-

¹¹⁶ Geppert 1999 s. 273 ja Otto 1982 s. 565. Toisin kuitenkin Jakobs 1991 s. 677 sekä erityisesti 668–670.

¹¹⁷ Wild 1992 s. 913.

nusmerkit, jotka perustavat sen vääryyden. Ellei tekoaikaa, -paikkaa, -tapaa tai uhria ole erikseen korotettu päärikoksen tunnusmerkeiksi, ne eivät rikosoikeusteoreettisesti perusta pääteon vääryyttä, josta avunannon vääryys suomalaisessa osallisuusjärjestelmässä osaltaan johdetaan.

Tulkitsen, että avunantotahallisuus edellyttää tietoa päärikoksen tekoajasta, -paikasta ja -tavasta vain silloin, kun kyseiset seikat on korotettu tunnusmerkistötekijöiksi. Erityisen osan tunnusmerkistöissä esiintyy varsin usein erilaisia tekotapaa koskevia tunnusmerkkejä. Usein juuri tekotapaan liittyvillä seikoilla on merkitystä perustunnusmerkistön muuttuessa törkeäksi tekemuodoksi. Erityisen osan tekotapaa käsittelevät tunnusmerkit ovat kuitenkin aina luonteeltaan yleispiirteisiä; ne eivät ikinä kuvaile yksityiskohtaisesti, miten ja millä tavoin teko tehdään. Tästä seuraa, ettei avunantajan tahallisuus koskaan edellytä kovinkaan yksityiskohtaista tietoa päärikoksen tekotavasta. Tekoaikaa ja -paikkaa käsitteleviä tunnusmerkkejä erityisen osan tunnusmerkistöissä esiintyy vain ani harvoin. Yleensä nämä seikat ovat täysin merkityksettömiä tunnusmerkistön täyttymisen kannalta. Sen vuoksi avunantajan tahallisuus ei yleensä edellytä lainkaan tietoa siitä, milloin ja missä päärikos tehdään.

3.3.4.4 Tahallisuus suhteessa päärikoksen täyttymiseen

Tahallisuus muodostaa avunantajan vastuun ylärajan; avunantaja ei koskaan vastaa enemmästä kuin hänen tahallisuutensa kattaa.¹¹⁸ Tämä osallisuusopissa yleisesti noudatettu periaate käy selvästi ilmi myös hallituksen esityksestä. Sen mukaan ”jos päätekijä on tehnyt enemmän kuin sen, mihin apua on annettu, avunantaja vastaa ylimenevästä osasta vain, jos se sisältyy tahallisuuteen”.¹¹⁹ Tahallisuuden muodostaessa avunantajan vastuun ylärajan avunanto täytettyyn päärikokseen edellyttää, että avunantajan tahallisuus kohdistuu myös päärikoksen täyttymiseen. Toisin sanoen avunantajan on pidettävä vähintään varsin todennäköisenä, että päärikos täyttyy. Jos avunantajan tahallisuus sen sijaan kohdistuu vain päärikoksen etenemiseen yritysvaiheeseen, kyse ei voi olla avunannosta täytettyyn rikokseen.

Toisaalta avunantajan tahallisuuden kohdistumisesta vain rikoksen etenemiseen yritysvaiheeseen ei automaattisesti seuraa avunantovastuun sulkeutuminen kokonaan pois.¹²⁰ Jos avunantajan tahallisuus kattaa päärikoksen etenemi-

¹¹⁸ Honkasalo 1967 s. 220–221 ja 231; Nuutila 1997 s. 352 ja 356 sekä Tapani – Tolvanen 2013 s. 434 ja 442.

¹¹⁹ HE 44/2002 vp s. 157.

¹²⁰ Saksalaisessa doktriinissa sen sijaan katsotaan, että tahallisuuden kohdistuminen päärikoksen täyttymiseen on rikosoikeudellisen vastuun absoluuttinen edellytys molemmissa varsinaisen osallisuuden muodoissa: yllytys- tai avunantovastuu ei tule kyseeseen, jos varsinainen osallinen ei ole mieltänyt päärikoksen täyttymistä. Heine – Weißer 2014 s. 551–552; Heinrich 2014 s. 599; Kindhäuser 2013 s. 376–377; Kühl 2012 s. 860; Jescheck 1986 s 629; ja Otto 1982 s. 565.

sen yritysvaiheeseen ja päärikoksen yritys on kriminalisoitu, avunantaja vastaa lähtökohtaisesti avunannosta päärikoksen yritykseen.¹²¹ Se, miksi näin on, seuraa avunannon rangaistavuuden perustasta.

Rikosoikeusteoreettisesti avunannon vääryys perustuu päätekijän toiminnan tietoiseen edistämiseen. Silloin kun rikoksen yritys on kriminalisoitu, myös yritysasteelle edennyt päätekijän toiminta ilmentää vääryyttä. Jos avunantajan tahallisuus kattaa päärikoksen etenemisen yritysvaiheeseen, avunantaja on tietoisesti edistänyt päärikoksen yrityksen ilmentävän vääryyden toteutumista; hän on edistänyt päärikoksen suojaaman oikeushyvän vaarantumista. Rikosoikeusteoreettisesti on siten olemassa päätekijän vääryyttä ilmentävä toiminta, jonka toteutumiseen avunantaja on toiminnallaan myötävaikuttanut.

Käytännön ratkaisutoiminnassa kysymys avunantajan tahallisuudesta suhteessa päärikoksen täyttymiseen tai sen yritykseen ei yleensä aiheuttane ongelmia. Avunantajan on hyvin vaikea esittää vakuuttavia todisteita sen tueksi, että hänen tahallisuutensa kohdistui ainoastaan päätekijän rikoksen yritykseen. Tämä johtuu jo siitä seikasta, että avunantaminen on useimmiten luonteeltaan tarkoituksellista toimintaa, joka tähtää päätekijän rikoksen edistämiseen. Sen sijaan avunannolle, joka kohdistuisi ainoastaan päätekijän rikoksen yrityksen edistämiseen, ei ole helppo esittää rationaalisia perusteita. Käytännössähän avunantaja tällöin toivoisi, ettei päätekijä onnistu toiminnassaan. Jos avunantaja ei toivo päätekijän onnistuvan toiminnassaan, rationaalisinta on yleensä olla edistämättä millään tavoin päätekijän toimintaa. Käytännön ratkaisutoiminnassa voidaankin yleensä lähteä siitä, että avunantajan tahallisuus kohdistuu automaattisesti myös päätekijän rikoksen täyttymiseen.

Kysymyksen rikosoikeusteoreettinen ja käytännöllinen merkitys rajoittuu-kin lähes yksinomaan *agent provocateur* -tilanteisiin. Vaikka *agent provocateur* -tilanteet liittyvät ennen kaikkea yllytykseen, niillä on merkitystä myös avunannossa.¹²² Yllytyksen ja avunannon välinen rajanveto perustuu ennen kaikkea psyykkisen syy-yhteyden luonteeseen. Jos oikeudenkäynnissä ei pystytä näyttämään, että *agent provocateur* -asemassa oleva on saanut aikaan päätekijän rikoksenteleopäätökseen, toimintaa on lähtökohtaisesti arvioitava avunantona. Koska *agent provocateur* -tilanteet on kriminaalipoliittisesti perusteltua rajata kokonaan pois osallisuusvastuun piiristä, rikosoikeusteoreettisesti on pystyttävä perustelemaan, miksi myöskään avunantovastuu ei tule kyseeseen.

Rikos- ja todisteprovokaation sekä muiden rikosten ennaltaehkäisemiseen tai estämiseen tähtävien toimien ideana on, ettei päärikoksen tunnusmerkistö koskaan täyty. Pyrkimyksenä on, että toimenpiteillä tavoiteltava päämäärä saatutetaan ja päärikoksen täytäntöönpano pystytään keskeyttämään viimeistään yritysvaiheessa. Usein kuitenkin toimenpiteiden onnistuminen edellyttää, että

¹²¹ Näin on myös siinä tapauksessa, että päärikos on objektiivisesti täyttynyt.

¹²² Samoin Heinrich 2014 s. 599 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 232.

päärikoksen sallitaan edetä yritysvaiheeseen. Näistä ns. *agent provocateur* -tilanteista tekee rikosoikeusteoreettisesti ongelmallisen se seikka, että *agent provocateur* -asemassa olevan tahallisuus yleensä kiistatta kohdistuu päärikoksen etenemiseen yritysvaiheeseen – mutta ei enää päärikoksen täyttymiseen. Koska toimenpiteet on pyrittävä järjestämään niin, ettei päärikos koskaan täyty, ei *agent provocateur* -asemassa oleva yleensä myöskään pidä rikoksen täyttymistä varsin todennäköisenä.

Se, ettei *agent provocateur* -asemassa olevan tahallisuus kohdistu päärikoksen täyttymiseen, sulkee pois ainoastaan vastuun avunannosta täytettyyn rikokseen. Koska *agent provocateur* -asemassa oleva on usein tietoisesti myötävaikuttanut päätekijän rikoksen etenemiseen yritysvaiheeseen, rikosoikeusteoreettisesti on olemassa vääryyttä ilmentävä päätekijän toiminta, joka perustaa myös *agent provocateur* -asemassa olevan avunantovastuun päärikoksen yritykseen. Pelkästään se seikka, että *agent provocateur* -asemassa oleva on mieltänyt päärikoksen etenevän vain yritysvaiheeseen, ei rikosoikeusteoreettisesti voi johtaa hänen vastuunsa sulkeutumiseen pois avunannosta päärikoksen yritykseen.¹²³

Rikosoikeusteoreettisesti *agent provocateur* -asemassa olevan vapautuminen avunannosta päärikoksen yritykseen edellyttää lisäksi, että hän on mieltänyt, että päätekijän toiminnassa on kyse kelvottomasta yrityksestä. Kelvottoman yrityksen tilanteessa päätekijän toiminta ei ilmennä lainkaan vääryyttä, koska kelvottomaan yritykseen ei lainkaan sisälly vaaraa päärikoksen täyttymisestä. Sen vuoksi kelvoton yritys ei uhkaa päärikoksen suojaamaa oikeushyvää. Koska avunantaja ei koskaan vastaa enemmästä kuin hänen tahallisuutensa kattaa, vastuu avunannosta päärikokseen sulkeutuu pois, jos *agent provocateur* -asemassa on mieltänyt päätekijän toiminnan olevan kelvoton vaarantamaan päärikoksen suojaaman oikeushyvän toteutumisen. Näin on myös siinä tapauksessa, että päätekijän toimintaa ei objektiivisesti pidettäisikään kelvottomana yrityksenä.

Aina rikosten ennaltaehkäisemiseen tai estämiseen tähtäävät toimet eivät syystä tai toisesta onnistu. Tällöin seurauksena usein on, ettei päätekijän rikoksen täytäntöönpanoa pystytä keskeyttämään, vaan päärikos täyttyy. Sen vuoksi on pystyttävä vielä ratkaisemaan, mikä vaikutus toimenpiteen epäonnistumisella on *agent provocateur* -asemassa olevan vastuuseen. *Fränden* mukaan toimenpiteen epäonnistumisesta seuraa, että myös *agent provocateur* -asemassa oleva vastaa yllytyksestä tai avunannosta täytettyyn tekoon. *Frände* tulkitsee hallituksen esitystä niin, että yllytys tai avunanto täytettyyn rikokseen arvostellaan normaalien sääntöjen mukaan, vaikka kyse olisi *agent provocateur* -tilanteesta.¹²⁴

¹²³ Samoin *Jescheck* 1988 s. 622–623 ja 629.

¹²⁴ *Frände* 2012 s. 265 (myös alaviite 547).

Ongelmana kuitenkin on, että normaalien sääntöjen mukaan *agent provocateur* -asemassa oleva ei rikosoikeusteoreettisesti yleensä vastaa avunannosta täytettyyn päärikokseen silloin, kun päärikoksen täytäntöönpanoa ei ole onnistuttu keskeyttämään. Tahallisuus muodostaa avunantajan vastuun ylärajan. Sen vuoksi *agent provocateur* -asemassa oleva ei rikosoikeusteoreettisesti vastaa avunannosta täytettyyn päärikokseen, ellei hänen tahallisuutensa kohdistu päärikoksen täyttymiseen. Koska toimenpiteet on tarkoitettu suorittamaan niin, ettei päärikos koskaan täyty, ei *agent provocateur* -asemassa olevan tahallisuus lähtökohtaisesti kohdistu päärikoksen täyttymiseen. Normaalien sääntöjen perusteella *agent provocateur* -asemassa oleva vastaa yleensä vain avunannosta päärikoksen yritykseen edellyttäen, että hänen tahallisuutensa kohdistuu päärikoksen etenemiseen yritysvaiheeseen. Jos *agent provocateur* -asemassa oleva on mieltänyt, että päätekijän rikoksessa on kyse kelvottomasta yrityksestä, hän vapautuu kokonaan avunantovastuusta, vaikka päätekijän rikos todellisuudessa täytyisikin.

3.3.4.5 Tahallisuus suhteessa päätekijään ja pääteon objektiin

Rikosoikeustieteessä katsotaan vakiintuneesti, ettei avunantajan – samalla tavoin kuin yllyttäjän – ole pystyttävä yksilöimään päärikoksen tekijää. Riittävä on, että avunantaja pystyy ainoastaan yksilöimään potentiaalisen tekijäpiirin, josta päärikoksen tekijä tulee.¹²⁵ Toisin sanoen avunantajan tahallisuuden on katettava tieto päärikoksen potentiaalisista tekijöistä. Sen vuoksi tahallisuus suhteessa päätekijään ei rajaa merkittävästi avunantovastuun alaa sen paremmin teorian tasolla kuin käytännössäkään. Tahallisuusvaatimus jää kuitenkin täyttymättä, jos avunantajalle täysin ennakoimaton henkilö tekee päärikoksen.

Avunantajan ei ole myöskään pystyttävä yksilöimään pääteon objektia. Mitä tämä tarkoittaa käytännössä? Esimerkiksi avunannossa tapporikokseen avunantajan ei ole pystyttävä yksilöimään, että päätekijä-P tappaa juuri uhri-U:n. Avunantajan on vain mielletävä, että pääteon objektina on toinen ihminen. Avunannossa varkauteen avunantajan ei puolestaan ole pystyttävä yksilöimään päätekijän anastamaa omaisuutta, eikä sitä, kenelle se kuuluu. Riittää, että avunantaja on mieltänyt, että pääteon objektina on irtain omaisuus, joka kuuluu toiselle. Toisin sanoen avunantajan on ainoastaan mielletävä pääteon objekti sellaisella tarkkuudella kuin se on kuvattu erityisen osan tunnusmerkistöissä.

Käytännön ratkaisutoiminnassa tahallisuus suhteessa päätekijään ja pääteon objektiin ei yleensä aiheuta ongelmia. Avunantaja on yleensä varsin hyvin selvillä päärikoksen tekijästä ja pystyy useimmiten myös yksilöimään tämän.

¹²⁵ *Kühl* 2012 s. 832 ja 861; *Roxin* 2003 s. 178–179 ja 225 sekä *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 228 ja 232.

Suurimmat ongelmat käytännön ratkaisutoiminnassa liittyvät tilanteisiin, joissa avunantaja on erehtynyt päätekijästä ja pääteon objektista. Rikosoikeusteoreettisesti on pystyttävä määrittämään, mikä vaikutus erehdyksellä on avunantajan vastuuseen.

Erehdysopillisesti avunantajan erehtymisessä päätekijästä ja pääteon kohteesta on kyse kohde-erehdyksestä (ns. *error in obiecto* tai *error in persona*). Yleensä kohde-erehdystä pidetään erehtymisen erityistapauksena, joka on merkityksetön niin kauan kuin sama oikeushyvä suojaa sekä kuviteltua että toteutunutta rikoksen kohdetta. Kohde-erehdys on merkityksellinen vasta sitten, kun kuviteltu ja toteutunut rikoksen kohde kuuluvat eri oikeushyvien suojan piiriin.¹²⁶ Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on esitetty, että kohde-erehdys soveltuu päätekijää vastaavalla tavalla myös varsinaisiin osallisiin.¹²⁷ Sitä, milloin avunantajan erehtyminen päätekijästä tai pääteon kohteesta on rikosoikeudellisesti merkityksellistä, ei kuitenkaan tarvitse perustaa kohde-erehdyksen käsitteeseen. Sen sijaan tilanteet voidaan ratkaista RL 4:1:n tunnusmerkistöerehdyksen perusteella.¹²⁸

Tahallisuus suhteessa päätekijään ja pääteon objektiin rinnastuvat tunnusmerkistöilliseltä luonteeltaan olosuhteisiin. Kyse on siis olosuhdetahallisuutta edellyttävistä olosuhdetunnusmerkeistä. RL 4:1:n mukaan teko ei ole tahallinen, ”jos tekijä ei teon hetkellä ole selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, tai jos hän erehtyy sellaisesta seikasta”. Lähtökohtaisesti avunantajan päätekijää tai pääteon objektia koskeva erehdys voi siten tulla arvioitavaksi tunnusmerkistöerehdyksenä. Koska avunanto on rangaistava vain tahallisenä, RL 4:1:n soveltuminen tilanteeseen sulkee avunantovastuun kokonaan pois.

Suomalaisessa tahallisuus- ja erehdysdoktriinissa tunnusmerkistöerehdystä pidetään tahallisuuden, erityisesti juuri olosuhdetahallisuuden peilikuvana.¹²⁹ Tekoa on pidettävä tahallisenä, jos tekijä on selvillä seikan käsilläolosta. Vastaavasti jos henkilö ei ole selvillä seikasta tai hän erehtyy siitä, teko ei ole tahallinen. Koska myös tiedon puuttuminen on rinnastettu erehtymiseen, voidaan sanoa, että erehtyminen alkaa pisteestä, jossa tahallisuus loppuu.¹³⁰ Rikosoikeusteoreettisesti olosuhdetahallisuuden ja tunnusmerkistöerehdyksen peilikuvaluonteesta seuraa, ettei tunnusmerkistöerehdys voi poistaa tahallisuutta suhteessa seikkaan, jonka ei tarvitse peittyä tahallisuuden alle. Tietämättömyys

¹²⁶ Ks. esim. *Asp – Ulväng – Jareborg* 2013 s. 333–336; *Nuutila* 1997 s. 239 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 243.

¹²⁷ *Frände* 2012 s. 243.

¹²⁸ Saksalaisessa kirjallisuudessa mm. Kühl katsoo, että useimmat kohde-erehdystilanteet on mahdollista ratkaista tunnusmerkistöerehdyksen perusteella. Ks. *Kühl* 2012 s. 439–443.

¹²⁹ LaVM 28/2002 vp s. 10. Oikeuskäytännössä ks. esim. KKO 2012:66 (kohta 15).

¹³⁰ Laista ja sen esitöistä kumpuavaa lähtökohtaa on myös kritisoitu aiheesta. Tästä ks. *Koponen* 2007 s. 45 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 238.

tai erehtyminen seikasta, jonka toteutumista tunnusmerkistö ei edellytä, ei voi poistaa tahallisuusvastuuta.¹³¹

Avunannon tunnusmerkistö ei edellytä, että avunantajan olisi pystyttävä yksilöimään päärikoksen tekijä. Avunantajan on ainoastaan pystyttävä yksilöimään potentiaalinen tekijäpiiri, josta päärikoksen tekijä tulee. Koska avunantajan ei ole pystyttävä yksilöimään päätekijää, myös avunantajan erehtyminen päätekijästä on merkityksetön niin kauan kuin päärikoksen todellinen tekijä tulee avunantajan yksilöimästä potentiaalisesta tekijäpiiristä. Päätekijää koskeva erehdys voi olla merkityksellinen tunnusmerkistöerehdys vasta silloin, kun rikoksen todellinen päätekijä ei kuulu avunantajan yksilöimien potentiaalisten tekijöiden piiriin. Samalla tavoin avunantajan erehdys pääteon objektista on merkityksetön niin kauan kuin erityisen osan tunnusmerkistöstä ilmenevä kriminalisoidun toiminnan kuvaus kattaa sekä kuvitellun että toteutuneen pääteon objektin.

¹³¹ Samoin *Asp – Ulväng – Jareborg* 2013 s. 336 ja *Kühl* 2012 s. 439–440.

OSA IV – AVUNANNON ALARAJA –
MITEN AVUNANTO EROTETAAN
OSALLISUUSVASTUUN ULKOPUOLELLE
JÄÄVÄSTÄ MYÖTÄVAIKUTTAMISESTA?

1 Johdanto

Avunannolla on yhteinen raja kaikkien muiden osallisuusmuotojen kanssa. Rikosoikeusteoreettisesti on pystyttävä määrittämään, miten avunanto erotetaan välittömästä yksin tekemisestä, rikoskumppanuudesta ja välillisestä tekemisestä sekä yllytyksestä. Muiden osallisuusmuotojen lisäksi avunannolla on yhteinen raja myös kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän myötävaikuttamisen kanssa. Viimeksi mainitun rajanvedon merkitystä korostaa se, että usein kyse on myös rikosoikeudellisen vastuun ja kokonaan sen ulkopuolelle jäävän menettelyn rajasta. Se, mihin kohtaan avunannon alaraja asettuu, määrittää siten osallisuusvastuun ohella usein myös rikosoikeudellisen vastuun uloimman rajan. Rajanvedon kiistattomasta merkityksestä huolimatta suomalaisessa rikosoikeustieteessä on kuitenkin toistaiseksi kiinnitetty hyvin vähän huomiota kriteereihin, joilla avunanto erotetaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta.¹

Rikosoikeusteoreettisesti avunanto voidaan pyrkiä erottamaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta kolmella eri tasolla. Ensimmäkin rajanveto voidaan pyrkiä tekemään puhtaasti objektiivisin kriteerein jo kausaalisuuden tasolla. Avunannossa on kyse avoimesta tunnusmerkistöstä; avunannon tunnusmerkistöön ei liity lainkaan varsinaista tekoapua rajavaa tunnusmerkkiä, vaan lähtökohtana on avunannon tekotapaneutraalius. Perinteisesti on katsottu, että avunannon tekotapatusmerkki kiteytyy lähes yksinomaan avunantoon liittyvään kausaalisuusvaatimukseen, minkä vuoksi kausaalisuuden asema on korostunut avunannon objektiivisena tunnusmerkistötekijänä.

Toiseksi rajanveto on mahdollista jättää tahallisuuden tasolla tehtäväksi, jolloin se tapahtuu puhtaasti subjektiivisin kriteerein. Joko kausaalisuuden tai tahallisuuden tasolla tehtävä rajanveto muodostaa perinteisen tavan erottaa avunanto osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta. Lähtökohtana on, että avunannon kausaalisuus- ja tahallisuusvaatimus yhdistettynä niin ikään varsinaisen osallisuuden rangaistavuuden edellytyksenä olevaan akessorisuusvaatimukseen rajaa riittävästi avunantovastuun alaa suhteessa osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävään myötävaikuttamiseen, eikä muita kriteereitä tarvita.

Kolmas vaihtoehto on luoda kausaalisuudesta ja tahallisuudesta erillinen taso, jossa tarkastellaan avunannon tunnusmerkistön mukaisuutta. Käytännös-

¹ Samoin Nuutila 1996 s. 376.

sä kyse on ylimääräisestä, yleensä kokonaan tunnusmerkistön objektiiviselle puolelle sijoittuvasta avunannon rangaistavuuden edellytyksestä, joka täydentää kausaalisuusvaatimusta ja merkittävimmin erottaa avunannon osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta. Rikosoikeusteoreettisesti on mahdollista konstruoida monia erilaisia objektiivisia edellytyksiä, jotka täydentävät avunannon kausaalisuusvaatimusta tunnusmerkistön objektiivisella puolella. Tässä tutkimuksessa keskitytään kuitenkin ennen kaikkea oppiin objektiivisesta syyksilukemisesta ja sen piirissä kehitettyihin rajanvetokriteereihin. Käsittely rajataan siten ajatukseen kielletystä riskinotosta avunannon objektiivisena tunnusmerkistötekijänä.

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä oppia objektiivisesta syyksilukemisesta kannatetaan laajalti kaikkien seurausrikosten rangaistavuuden edellytyksenä. Sitä pidetään siten myös avunannon rangaistavuuden edellytyksenä.² Ruotsalaisessa doktriinissa kannatetaan puolestaan laajalti *Jareborgin* luomaa teoriaa *gärningsculpasta*, joka pitkälti rakentuu samanlaiselle perustalle kuin saksalainen oppi objektiivisesta syyksilukemisesta.³ Suomalaisessa rikosoikeustieteessä ja varsinkin oikeuskäytännössä objektiivinen syyksilukeminen ei ole koskaan nauttinut suosiota. Laki ja sen esityöt eivät kuitenkaan sulje pois mahdollisuutta kytkeä avunannon rangaistavuus ajatukseen kielletystä riskinotosta.⁴

² Ks. esim. Kühl 2012 s. 42–43; Rengier 2016 s. 89 ja Roxin 2003 s. 203.

³ Asp – Ulväng – Jareborg 2013 s. 134–180 ja Jareborg 2009 s. 211–236.

⁴ Tästä Frände 2012 s. 89–90. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 157.

2 Kausaalisuuden ylikattavuus

Rikosoikeudellista kausaalikäsitystä käsiteltäessä kävi ilmi, että rikosoikeudessa kiinnostuksen kohteena ovat ainoastaan rikosoikeudellisesti merkittävät syyt. Tämä tarkoittaa, että kaikkien seurauksen aiheutumiseen johtaneiden syiden joukosta on pystyttävä löytämään rikosoikeudellisesti merkittävä syy seurauksen aiheutumiselle. Rikosoikeudessa hyödynnettävien kausaalisuusteorioiden ongelmana kuitenkin on, että seurauksen potentiaalisten syiden joukko muodostuu kaikesta huolimatta ylikattavaksi. Toisin sanoen rikosoikeudessa kausaalisuusvaatimus ei yleensä kykene riittävästi rajaamaan syiden joukkoa tunnusmerkistön objektiivisella puolella.

Avunannon yhteydessä tilanne on toisaalta toinen, toisaalta taas ei. Rikosoikeudessa perinteisesti sovellettujen kausaalisuusteorioiden mukaan avunannossa ei ole lainkaan kyse seurauksen – avunannon yhteydessä päätekijän rikoksen – syystä. Koska avunantajan menettelyn poistaminen tapahtumienkulusta aktiivisen toiminnan yhteydessä ja avunantajan menettelyn lisääminen tapahtumienkulkuun laiminlyönnin yhteydessä eivät kumpikaan johda päätekijän rikoksen toteutumatta jäämiseen, avunannossa ei ole varsinaisesti kyse syystä, joka aiheuttaa seurauksen. Ellei avunannon kausaalisuusvaatimusta olisi lievennetty, perinteisten kausaalisuusteorioiden näkökulmasta tarkasteltuna rikosoikeudellisten syiden joukko muodostuisi avunannon yhteydessä alikattavaksi: se olisi käytännössä olematon.

Kun lähtökohdaksi asetetaan, että myötävaikuttava syy-yhteys riittää täyttämään avunannon kausaalisuusvaatimuksen, ollaan myös avunannon yhteydessä tilanteessa, jossa kausaalisuusvaatimus ei kykene riittävästi rajoittamaan rikosoikeudellisesti merkittävien avunantotoimien joukkoa: se ei yleensä erota rikosoikeudellisesti merkityksellistä avunantoa rikosoikeudellisesti merkityksettömästä avunannosta. Mitä moninaisimmat toimet ovat nimittäin saattaneet vaikuttaa päärikoksen toteutumiseen. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että kaikissa niissä olisi kyse rikosoikeudellisesti merkityksellisestä avunannosta. Seurauksena on, että kausaalisuusvaatimuksen näkökulmasta tarkasteltuna päätekijän rikosta potentiaalisesti edistävien toimien piiri muodostuu avunannossa ylikattavaksi. Pohjimmiltaan ongelmana on, että rikosoikeudessa hyödynnettävät kausaalisuusteoriat eivät tarjoa tarpeeksi hienojakoisia välineitä rikosoikeudellisesti merkittävän avunannon erottamiseksi osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta. Havainnollistan tätä seuraavilla esimerkkitapauksilla.

Oletetaan, että juuri 25 vuotta täyttänyt A on nuoresta iästään huolimatta paatunut rikollinen, joka on tuomittu useista henki-, omaisuus- ja huumaus-

ainerikoksista. X ja Z ovat A:n sijaisvanhemmat, jotka ovat huolehtineet A:n kasvatuksesta 18 ikävuoteen asti sen jälkeen, kun A:n oikeat vanhemmat menehtyivät auto-onnettomuudessa A:n ollessa 4-vuotias. Oletetaan lisäksi, että X ja Z ovat koko A:n nuoruuden ajan katsoneet väkivaltaisia elokuvia A:n kanssa ja ostaneet A:lle väkivallalla mässäileviä videopelejä, mikä on edistänyt A:n päätymistä rikolliselle uralle.

Koska X:n ja Z:n menettely on kaikesta huolimatta kuitenkin edistänyt jossain määrin A:n tekemien rikosten toteutumisesta, se riittää täyttämään avunannon kausaalisuusvaatimuksen.

Oletetaan nyt, että rautakauppias myy asiakkaalle sorkkaraudan ja lekan. Oletetaan lisäksi, että asiakas käyttää rautakauppiiaan myymää sorkkarautaa ja lekaa ryöstön tekemiseen.

Oletetaan seuraavaksi, että A maksaa remonttimiehelle käteisenä palkkion remontin tekemisestä. Oletetaan lisäksi, että remonttimies jättää palkkion ilmoittamatta verotuksessa.

Kummassakin tilanteessa avunannon kausaalisuusvaatimus täyttyy; sekä rautakauppiiaan että A:n menettely on edistänyt päätekijän rikosta.

Seuraava tapahtumienkulku on puolestaan peräisin oikeasta *Bundesgerichtshofn* ratkaisusta.¹

Pankkivirkailija A oli saanut toimeksiannon yhteensä viideltä eri asiakkaalta siirtää varoja asiakkaiden sveitsiläisissä pankeissa oleville tileille. Asiakkaiden motiivina siirroille oli veronkierto; sveitsiläisistä pankeista veroviranomaiset eivät saisi tietoa siirrettyjen varojen korkotuotoista. Pankkivirkailija A oli ensin yrittänyt saada asiakkaat muuttamaan mielensä, mutta oli sen jälkeen siirtänyt varat. Asiakkaat olivat sen jälkeen salanneet veroilmoituksiinsa sveitsiläisiin pankkeihin siirretyt rahasummat.

Bundesgerichtshofn mukaan ei ollut epäilystäkään siitä, etteikö pankkivirkailija A:n menettely olisi edistänyt asiakkaiden tekemien verorikosten toteutumista ja avunannon kausaalisuusvaatimus täyttynyt.

Lopputuloksena kaikissa esimerkkitapauksissa on avunannon kausaalisuusvaatimuksen täyttyminen. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että kaikissa esimerkkitapauksissa olisi kyse rikosoikeudellisesti merkityksellisestä avunannosta.

Ei esimerkiksi ole epäilystäkään, etteikö X:n ja Z:n menettelyn ja A:n tekemien rikosten yhteys olisi etäinen niin ajallisesti kuin kontekstuaalisesti. Voiko menettely siitä huolimatta täyttää avunannon tunnusmerkistön? Rautakauppiiaan ja pankkivirkailijan osalta voidaan muun ohella esittää, että

¹ BGHSt 46, 107.

kummankin menettely on osa oikeusjärjestyksen sallimaa ammatti- ja elinkeinotoimintaa ja että menettelyllä on päärikoksen edistämisestä itsenäinen, sosiaalinen funktio. Voiko tällaisen luonteen omaava menettely täyttää avunannon tunnusmerkistön? Remontin teettäneen A:n osalta voidaan kysyä, missä määrin hän on yleensä velvollinen ottamaan omassa toiminnassaan huomioon sen, että se saattaa edistää remonttimiehen myöhempää verorikosta.

Riippumatta siitä, mitä mieltä ollaan tapausten rikosoikeudellisesta arvioinnista, selvää kuitenkin on, että kausaalisuuden tasolla kaikissa on kyse avunannoksi kelvollisesta menettelystä. Toisin sanoen avunannon kausaalisuusvaatimus ei esimerkkitapauksissa kykene tunnistamaan rikosoikeudellisesti merkityksellistä avunantoa rikosoikeudellisesti merkityksettömästä avunannosta. Seurauksena on, että potentiaalisesti avunannoksi kelpaavien menettelyjen joukosta muodostuu ylikattava.

On kuitenkin olemassa yksi tapausryhmä, jossa avunantovastuu sulkeutuu pois jo kausaalisuuden tasolla. Se, miksi avunannon kausaalisuusvaatimus kyseisessä tapausryhmässä kykenee tunnistamaan rikosoikeudellisesti merkityksellisen avunannon rikosoikeudellisesti merkityksettömästä avunannosta, seuraa myötävaikuttavan syy-yhteyden laadusta: kyse on menettelystä, joka edistää päätekijän rikoksen toteutumista. Tästä seuraa, että avunantajan menettely, joka haittaa, vaikeuttaa, ehkäisee tai muulla vastaavalla tavalla vähentää päärikoksen toteutumisen todennäköisyyttä, ei lähtökohtaisesti kelpaa avunantotoimeksi, koska menettely ei tällöin edistä päätekijän rikoksen toteutumista.² Havainnollistan tätä seuraavalla yksinkertaisella esimerkkitapauksella.

Oletetaan, että avunantajan menettelyn seurauksena päätekijän tekemän pahoinpitelyn tekotapa muuttuu sellaiseksi, ettei kyse ole enää törkeästä pahoinpitelystä. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että avunantaja on piilottanut tai saattanut epäkuntoon tekovälineen, jonka käyttäminen kvalifioisi teon, tai siitä, että avunantajaa kuunneltuaan päätekijä ei enää aiheuta uhrille vaikeaa ruumiinvammaa.

Selvää on, ettei avunantajan menettely ole edistänyt törkeän pahoinpitelyn toteutumista. Toisaalta yhtä lailla selvää on, ettei törkeää pahoinpitelyä ole edes tapahtunut; sitä, mitä ei ole tapahtunut, ei voi myöskään edistää. Voidaan sanoa, että avunantaja ei ole menettelyllään ainoastaan vähentänyt törkeän pahoinpitelyn toteutumisen todennäköisyyttä, vaan hän on jopa estänyt törkeän pahoinpitelyn toteutumisen. Vaikka voidaan *Honkasaloa* lainaten ajatella, että avunantajan menettely on lisännyt niitä tekijöitä, jotka ovat saaneet aikaan seurauksen sen konkreettisessa ilmenemismuodossa, tämä on tapahtunut vähentä-

² Ks. myös HE 44/2002 vp s. 157.

mällä törkeään pahoinpitelyyn johtavien tekijöiden määrää.³ Näkemykseni mukaan tällaisessa tilanteessa avunantajan ei voida ainakaan kielellisesti sanoa edistäneen pahoinpitelyrikoksen toteutumista. Avunantajan menettely on kylä kausaalisesti vaikuttanut päärikoksen toteutumiseen, sen voidaan jopa sanoa lisänneen pahoinpitelyn lievemmän tekemuodon todennäköisyyttä verrattuna törkeään tekemuotoon, mutta kokonaisuutena avunantajan merkitys päätekijän rikoksen toteutumiseen on ollut haitallinen tai ehkäisevä.

³ Vrt. *Honkasalo* 1967 s. 228.

3 Tahallisuus rajanvetokriteerinä

3.1 YLEISTÄ

Varsinkin vanhemmassa saksalaisessa rikosoikeustieteessä, jossa kausaalisuuden merkitys objektiivisena tunnusmerkistökiteijänä vielä korostui, oli hyvin tavanomaista, että rikosoikeudellisen vastuun alaa kavennettiin vasta tunnusmerkistön subjektiivisella puolella. Käytännössä tämä tarkoitti tahallisuuden merkityksen korostumista rikosoikeudellisen vastuun määräytymisessä. Katsottiin, että tunnusmerkistöön liittyvän tahallisuusvaatimuksen avulla oli tarvittaessa mahdollista kompensoida kausaalisuuden ylikattavuutta ja rajata rikosoikeudellinen vastuu pelkästään rikosoikeudellisesti merkittäviin syihin.¹

Vastaava lähestymistapa on mahdollista omaksua myös avunantodoktriinisena. Siitä on havaittavissa piirteitä myös kotimaisessa rikosoikeustieteessä. Kun esimerkiksi *Honkasalo* toteaa, että ”avunannoksi on katsottava kaikkalainen myötävaikuttaminen toisen henkilön tekijänä tekemään rikokseen, jota ei ole rikoskumppanuudeksi tai yllytykseksi katsottava”², on selvää, että tahallisuusvaatimuksen rooli korostuu rajanvedossa rikosoikeudellisesti merkittävän ja merkityksettömän myötävaikuttamisen välillä.

Toisaalta *Honkasalon* ajattelussa on selvästi havaittavissa pyrkimys rajata rikosoikeudellisesti merkityksellisen avunannon piiriä jo kausaalisuuden tasolla; hän ymmärsi seurauksen ennakoitavuuden osaksi kausaalisuutta. Seurauksen ennakoitavuuden avulla ainakin etäisimmät kausaalikulut voidaan rajata pois rikosoikeudellisen vastuun piiristä.³

Tuoreemmassa kotimaisessa rikosoikeustieteessä *Tapani* ja *Tolvanen* puolestaan toteavat avunannon syy-yhteysvaatimuksen täyttyvän, kun avunantotoimi on lisännyt, edistänyt tai helpottanut rikoksen tekemisen mahdollisuutta, mutta korostavat nimenomaisesti, että ”avunanto on *tahallista myötävaikuttamista* toisen *tahalliseen rikokseen*”.⁴ Lain esitöille on puolestaan leimaa-antavaa pyrkimys pikemminkin laventaa kuin rajoittaa avunannoksi kelpaavien menetteilyjen piiriä. Tähän viittaa kausaalisuusvaatimuksen lieventämisen ohella myös avunannon tekotapojen laventaminen; lain ja sen esitöiden perusteella avunan-

¹ Vanhemman rikosoikeustieteen omaksumasta lähtökohdasta ja sen kritiikistä ks. *Roxin* 2006 s. 371.

² *Honkasalo* 1967 s. 229.

³ Tästä *Honkasalo* 1965 s. 118–122.

⁴ *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 440. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 156.

to on selvästi tekotapaneutraalia, ja se kattaa lähtökohtaisesti kaikenlaiset myötävaikuttamisen muodot.⁵ Koska kausaalisuuden ohella myöskään avunannon tekotapatunnusmerkki ei käytännössä rajaa avunannoksi kelpaavien menettelyjen piiriä, väistämättömänä seurauksena on rajanvedon siirtyminen tunnusmerkistön subjektiiviselle puolelle.

Kootusti voidaan todeta, ettei kotimaisessa doktriinissa ole ainakaan suhtauduttu erityisen pidättyvästi mahdollisuuteen käyttää tahallisuutta merkittävänä rajanvetokriteerinä avunannon ja rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle jäävän myötävaikuttamisen välillä. Sen sijaan että rikosoikeudellisen avunannon alaa olisi pyritty rajaamaan kausaalisuuden tasolla, rajanveto on pikemminkin siirretty tunnusmerkistön subjektiivisella puolella tehtäväksi. Rikosoikeusteoreettisesti ja osallisuusopillisesti olennaisin kysymys kuitenkin on, onko tahallisuutta perusteltua korostaa rajanvetokriteerinä.

3.2 TAHALLISUUDEN SOVELTUVUUS RAJANVETOKRITEERIKSI

Tahallisuusopillisesti avunannon tahallisuusvaatimuksessa on kyse monimutkaisesta ilmiöstä. Esitän tässä tutkimuksessa, että avunantotahallisuudella on kaksi pääkohdetta. Ensinnäkin avunantajan on oltava tietoinen oman toimintansa päätekijän toimintaa edistävästä vaikutuksesta. Tämä kattaa myös pääpiirteisen selvillä olon tavasta, jolla hänen menettelynsä edistää päätekijän rikoksen toteutumista. Vaikka erehtymiselle tavasta, jolla avunantajan menettely edistää päätekijän rikosta, ei yleensä anneta merkitystä, voi tahallisuus jäädä täyttymättä ainakin silloin, kun päärikoksen edistymisen tapa on täysin odottamaton avunantajalle. Toiseksi avunantajan on miellellävä päärikoksen tunnusmerkistön sisältyvien erilaisten tunnusmerkkien toteutuminen. Toisin sanoen avunantajan on oltava tietoinen siitä rikoksesta, jonka päätekijä aikoo tehdä.

Avunantotahallisuuden alaraja määräytyy kaikki tunnusmerkit kattavasti todennäköisyystahallisuuden perusteella. Se edellyttää rikostunnusmerkistöön kuuluvan seurauksen tai olosuhteen mieltämistä vähintään varsin todennäköiseksi. Varsin todennäköiseksi mieltäminen edellyttää puolestaan seurauksen syntymisen tai olosuhteen käsillä olon mieltämistä todennäköisemmäksi vaihtoehdoksi kuin sitä, ettei seuraus synny tai olosuhde ole käsillä. Kotimaisessa rikosoikeustieteessä on esitetty erisuuntaisia näkemyksiä siitä, mikä vaikutus todennäköisyystahallisuudella on tahallisuusvastuun alaan. Yhtäältä todennäköisyystahallisuuden on esitetty johtavan tahallisuusvastuun alan laajentumiseen.⁶ Toisaalta erityisesti keskustelussa olosuhdetahallisuuden alarajas-

⁵ HE 44/2002 s. 157.

⁶ *Matikkala* 2005 s. 463.

ta todennäköisyystahallisuuden on esitetty asettavan kynnyksen tahallisuuden täyttymiselle liian korkealle.⁷ Näkemykseni mukaan avunannon tunnusmerkistössä, jossa tahallisuudella on useampi kohde ja jossa oman menettelyn ohella edellytetään tietoa myös päätekijän menettelystä sekä sen tunnusmerkistöllisestä luonteesta, todennäköisyystahallisuus asettaa tahallisuuden alarajan varsin korkealle.

Ensinnäkin on mahdollista esittää, että todennäköisyystahallisuuden mukaan määräytyvä tahallisuuden alaraja muodostaa jo yksinään riittävän rajoituksen avunannon rangaistavuudelle: jos avunantaja pitää vähintään varsin todennäköisenä, että päätekijä aikoo hyödyntää häneltä saamaansa apua rikoksen tekemiseen, oikeusjärjestys edellyttää häntä pidättymään avunantotoimen suorittamisesta.⁸ Toiseksi voidaan ajatella, että kotimaisessa doktriinissa avunannon tahallisuusvaatimus toimii hyvänä vastinparina avunannon kausaalisuusvaatimukselle; avunannon tahallisuusvaatimuksen monimutkaisuus yhdistettynä todennäköisyystahallisuuden mukaan määräytyvään tahallisuuden alarajaan kompensoi avunannon helposti täyttyvää kausaalisuusvaatimusta. Vaikka avunannoksi kelvollisten menettelyjen piiri muodostuukin ylikattavaksi kausaalisuusvaatimuksen perusteella, subjektiivisella puolella asetettavat vaatimukset rajaavat avunantovastuun varsin tehokkaasti vain rikosoikeudellisesti merkitykselliseen myötävaikuttamiseen. Havainnollistan tätä edellisessä luvussa esiteltyjen esimerkkitapausten avulla.

Palataan tapaukseen, jossa A:n kasvatuksesta huolehtineet sijaisvanhemmat X ja Z olivat hyvin etäisesti sekä ajallisesti että kontekstuaalisesti edistäneet täysi-ikäisen A:n tekemien rikosten toteutumista siten, että he olivat katsooneet väkivaltaisia elokuvia A:n kanssa ja ostaneet A:lle väkivallalla mässäileviä videopeljä tämän ollessa heidän kasvatuksessaan.

Tahallisuus määräytyy tekohehkellä. Avunantajan on siten viimeistään avunantohetkellä mielletävä, että hänen menettelynsä edistää päätekijän rikoksen toteutumista. Tahallisuusteoreettisesti tästä seuraa, että X:n ja Z:n on jo A:n kasvatuksesta huolehtiessaan eli A:n ollessa 4–18-vuotias mielletävä, että heidän menettelynsä vähintään varsin todennäköisesti edistää A:n myöhemmin täysi-ikäisenä tekemien henki-, omaisuus- ja huumausainerikosten toteutumista. Lisäksi X:n ja Z:n on mielletävä jo avunantohetkellä vähintään varsin todennäköiseksi, että A:n menettely tulee täyttämään kyseeseen tulevien yksittäisten henki-, omaisuus- ja huumausainerikoksien koko tunnusmerkistön.

Jo ajallinen etäisyys X:n ja Z:n menettelyn ja A:n rikosten toteutumisen välillä on niin pitkä, että on hyvin vaikea kuvitella heidän mieltämisensä voivan

⁷ Ks. erityisesti LaVM 28/2002 vp s. 9–10.

⁸ Saksalaisessa doktriinissa samansuuntaisia ajatuksia on esittänyt Harald Niedermair. Ks. *Niedermair* 1995 s. 539.

yltää todennäköisyystahallisuuden mukaiselle tasolle. Syytetyn oikeusturvan kannalta vieläkin olennaisempaa on, että esimerkkitapauksen kaltaisessa tilanteessa todennäköisyystahallisuuden mukaisen mieltämisen tason näyttäminen toteen lienee äärimmäisen haastavaa. Lisäksi on muistettava, että avunantajan on myös pääpiirteissään oltava selvillä tavasta, jolla hänen menettelynsä edistää päätekijän rikosta. Vaikka tahallisuus edellyttää vain pääpiirteistä selvillä oloa edistämistavasta ja erehtymiselle siitä ei yleensä anneta merkitystä tilanteissa, joissa avunantajan menettely ja päärikos ovat sekä ajallisesti että kontekstuaalisesti etäällä toisistaan, tahallisuus voinee usein jäädä täyttymättä sen vuoksi, ettei avunantaja ole edes pääpiirteisesti selvillä tavasta, jolla hänen menettelynsä edistää päätekijän rikosta. Lähtökohtaisesti tahallisuusvaatimus näyttääkin rajaavan tehokkaasti avunantovastuun alaa ainakin tilanteissa, joissa myötävaikuttava syy-yhteys avunantajan menettelyn ja päärikoksen edistymisen välillä on ajallisesti ja kontekstuaalisesti etäinen.

Tahallisuuden korostamista rikosoikeudellisesti merkityksellisen ja rikosoikeudellisesti merkityksettömän avunannon rajanvetokriteerinä puoltaa myös se, että tahallisuus monessa suhteessa ilmentää avunantajan menettelyn moitittavuutta: avunannossa kyse on tietoisesta toisen rikoksen edistämisestä. Tilanteissa, joissa avunantaja on mieltänyt menettelynsä varsin todennäköisesti edistävän päätekijän rikoksen toteutumista, avunantajan menettely osoittaa subjektiivisessa suhteessa sellaista moitittavuutta, ettei sitä ole kriminaalipoliittisesti perusteltua sulkea pois avunantovastuun piiristä. Useimmissa tilanteissa lopputulos ei myöskään vaikuta olevan yleisen oikeustajun vastainen. Palataan uudemman kerran edellisessä luvussa esitettyihin esimerkitapauksiin.

Oletetaan nyt, että remontin teettänyt A pitää varsin todennäköisenä tai jopa tietää, että remonttimies ei ilmoita saamaansa palkkiota verotuksessa. Toisin sanoen oletetaan, että A pitää varsin todennäköisenä tai jopa tietää, että hänen menettelynsä edistää remonttimiehen tekemän verorikoksen toteutumista.

Oletetaan puolestaan nyt, että sorkkaraudan ja lekan myynyt rautakauppias pitää varsin todennäköisenä tai jopa tietää, että ostaja käyttää hänen myymäänsä sorkkaraudaa ja lekaa ryöstön tekemiseen. Toisin sanoen oletetaan, että rautakauppias pitää varsin todennäköisenä tai jopa tietää, että hänen menettelynsä edistää ostajan tekemän ryöstön toteutumista.

Oletetaan vielä, että pankkivirkailija A pitää varsin todennäköisenä tai jopa tietää, että toimeksiannon antaneet asiakkaat pyrkivät salaamaan veroviranomaiselta siirrettyjen varojen korkotulot. Toisin sanoen oletetaan, että pankkivirkailija A pitää varsin todennäköisenä tai jopa tietää, että hänen menettelynsä edistää asiakkaiden tekemien verorikosten toteutumista.

Kaikissa kolmessa esimerkkitapauksessa olisi näillä oletuksilla kyse avunannosta, jos rajanveto suoritetaan korostuneesti tahallisuuden tasolla. Sillä seikalla, onko avunantaja tiennyt vai ainoastaan pitänyt varsin todennäköisenä, että hänen menettelynsä edistää päätekijän rikosta, ei ole merkitystä, koska molemmissa tapauksissa avunannon tahallisuusvaatimus täyttyy. Se, miksi lopputulos kaikissa kolmessa esimerkkitapauksessa lopulta vastaa ainakin useimpien ihmisten oikeustajua, perustuu siihen, että avunantajan suhtautuminen omaan menettelyynsä on moraalisesti paheksuttavaa.

Jos avunannon ja osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän menettelyn välinen rajanveto suoritetaan ennen kaikkea tahallisuuden tasolla, seurauksena on väistämättä, että subjektiiviset seikat käytännössä määrittävät, milloin kyse on avunannosta, ja objektiivisten seikkojen merkitys puolestaan näivetty. Toisin sanoen avunantajan suhtautuminen päätekijän rikokseen ratkaisee, milloin kyse on avunannosta, eikä sillä, mitä avunantaja on todella tehnyt edistääkseen päätekijän rikosta, ole merkitystä. Rikosoikeusteoreettisesti kyse olisi avunantodoktriinissa merkittävästä irtiotosta tekorikosoikeuden periaatteesta ja askeleesta kohti tekijärikosoikeutta. Tahallisuuden korostamisen ongelmat tulevat esiin viimeistään, jos tapahtumienkulkua hieman muokataan esimerkkitapauksessa, jossa A:n kasvatuksesta vastanneet sijaisvanhemmat olivat edistäneet A:n myöhemmin täysi-ikäisenä tekemien rikosten toteutumista.

Oletetaan nyt, että X ja Z ovat pitäneet varsin todennäköisenä tai jopa tienneet, että heidän menettelynsä edistää A:n tekemien rikosten toteutumista. Toisin sanoen oletetaan, että X ja Z ovat pitäneet varsin todennäköisenä tai jopa tienneet, että heidän kasvatustapahtumiansa edistävät A:n ajautumista täysi-ikäisenä rikollisella uralla ja tekemään juuri tiettytyypisiä rikoksia.

On myönnettävä, että esimerkkitapaus tapahtumienkulkuineen on tarkoitushakuinen ja kaukana tyypillisesti käytännön ratkaisuelämässä esiintyvistä avunantotapauksista. Selvää kuitenkin on, että X ja Z olisi tällaisessa tilanteessa tuomittava avunannosta A:n tekemiin rikoksiin. Subjektiivisessa suhteessa heidän menettelynsä on eittämättä moitittavaa. Olennainen kysymys kuitenkin kuuluu, voiko väkivaltaisten elokuvien katsominen A:n kanssa ja väkivallalla mässäilevien videopelien ostaminen A:lle olla objektiivisessa suhteessa niin merkittävää toimintaa, että se voi tulla kyseeseen avunantona A:n täysi-ikäisenä, mahdollisesti useita vuosia myöhemmin tekemiin rikoksiin. Toisin sanoen kyse on siitä, onko menettely kuitenkaan objektiivisesti riittävän moitittavaa perustaakseen avunantovastuun. Osallisuusopillisesti ongelmana on, että avunannon tunnusmerkistön objektiivisen puolen tyypistyessä äärimmäisen avoimeen tekotapa-tunnuksimerkkiin ja myötävaikuttavaan syy-yhteyteen, täyttyy avunannon objektiivinen puoli ikään kuin automaattisesti.

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä on käyty kahden viime vuosikymmenen aikana aktiivista keskustelua siitä, milloin normaaliin sosiaaliseen kanssakäymiseen liittyvät, erityisesti laillisen ammatinharjoittamisen tai elinkeinotoiminnan yhteydessä suoritettut toimet voivat perustaa avunantovastuun.⁹ Kyse on *Marcus Wohllebenin* määritelmän mukaan sellaisten toimien rangaistavuudesta, jotka avunantaja olisi suorittanut keneen tahansa nähden, koska hän tavoittelee toimellaan päätekijästä ja -teosta riippumatonta omaa, oikeudellisesti sallittua päämäärää.¹⁰ Kiteytetysti kyse on toimista, jotka konkretisoituvat joka-päiväisessä elämässä tuhansia kertoja ilman rikosoikeudellista relevanssia mutta jotka poikkeuksellisesti voivat yksittäistapauksessa edistää rikoksen toteutumista.¹¹ Palataan taas edellisen luvun esimerkkitapauksiin.

Kun remontin teettänyt A maksaa palkkion remonttimiehelle, rautakauppias myy ostajalle sorkkaraudan ja lekan tai pankkivirkailija siirtää toimeksiannon perusteella varoja asiakkaiden sveitsiläisille tileille, kyse on lähtökohtaisesti täysin normaalista sosiaaliseen kanssakäymiseen liittyvästä menettelystä, joka ei yleensä ole rikosoikeudellisesti merkityksellinen. Rikosoikeudellista merkitystä menettelyllä voi kaikissa tilanteissa olla vain poikkeuksellisesti.

Jokainen kriminalisointi merkitsee puuttumista oikeussubjektien toimintavapauteen; oikeussubjektien on otettava kriminalisointi huomioon ja pidättäydettävä kriminalisoidusta menettelystä. Avunannon kriminalisoinnin näkökulmasta tarkasteltuna normaaliin sosiaaliseen kanssakäymiseen liittyvien toimien ongelmana on, kuinka pitkälle meneviä rajoituksia oikeussubjektien toimintavapauteen avunannon kriminalisointi voi merkitä: kuinka pitkälle oikeussubjektien toimintavapautta on perusteltua rajoittaa sellaisten toimien yhteydessä, jotka yleensä eivät ole rikosoikeudellisesti relevantteja mutta jotka yksittäistapauksessa saattavat edistää rikoksen toteutumista?¹²

Jos tahallisuutta korostetaan rajanvetokriteerinä ja jos avunannon tunnusmerkistön objektiivinen puoli tyypistyy äärimmäisen avoimeen tekotapatunnusmerkkiin ja myötävaikuttavaan syy-yhteyteen, ei rangaistavan avunannon alaa käytännössä rajoiteta lainkaan tunnusmerkistön objektiivisella puolella.

⁹ Saksalaisessa rikosoikeustieteessä puhutaan tässä yhteydessä yleensä joko neutraaleista tai ulkoisesti neutraaleista menettelyistä (*neutrale Handlungen*) tai jokapäiväiseen elämään liittyvistä menettelyistä (*Alltagshandlungen*), ja aiheesta on muodostunut eräänlainen muotiteema modernissa saksalaisessa rikosoikeustieteessä. Keskustelusta tarkemmin ks. esim. *Heinrich* 2014 s. 596–599 ja *Krey – Esser* 2016 s. 462–466.

¹⁰ Näin *Wohlleben* 1996 s. 4. Saksalaisessa kirjallisuudessa viitataan yleensä juuri *Wohllebenin* määritelmään. Ks. esim. *Kühl* 2012 s. 846 (alaviite 356b); *Roxin* 2003 s. 207 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 231.

¹¹ *Murmann* 2015 s. 365 ja *Roxin* 2003 s. 206.

¹² *Kühl* 2012 s. 848 ja *Rengier* 2016 s. 436–437.

Seurauksena on, että oikeussubjektin mieltäessä vähintään varsin todennäköiseksi, että hänen menettelynsä edistää tietyn tyyppisen päärikoksen toteutumista, oikeussubjektin menettelyssä on käytännössä aina kyse rangaistavasta avunannosta. Näkemykseni mukaan näin ei voi olla. Selvää on, että avunannon kriminalisointi oikeuttaa tietyissä tilanteissa merkittävästi rajoittamaan oikeussubjektien toimintavapautta. Yhtä selvää kuitenkin on, ettei pelkästään subjektiivisten seikkojen perusteella ole mahdollista ulottaa avunantoa käytännössä kaikkeen sellaiseen toimintaan, joka on edistänyt päärikoksen toteutumista.

Tietyt päätekijän rikosta sinänsä edistävät menettelyt on pystyttävä rajamaan pois avunantovastuun piiristä jo sen vuoksi, etteivät ne objektiivisesti riitä täyttämään avunannon tunnusmerkistöä.¹³ Se, miksi näin on, voi johtua menettelyn ajallisesta tai kontekstuaalisesta etäisyydestä päätekijän rikoksen toteutumiseen, menettelyn sosiaalisesta luonteesta, minkä vuoksi oikeusjärjestys sallii sen siitäkin huolimatta, että menettely saattaa edistää rikoksen toteutumista, tai muusta vastaavasta seikasta. Äärimmäisessä tilanteesta seurauksena voi jopa olla, että avunantovastuu sulkeutuu pois, vaikka avunantaja jopa *tietää* edistävänsä päätekijän rikosta, koska avunantajan menettely ei objektiivisessa suhteessa täytä avunannon tunnusmerkistöä.¹⁴ Tahallisuutta rajanvetokriteerinä korostava lähestymistapa ei kuitenkaan mahdollista tällaista tunnusmerkistön objektiivisella puolella tapahtuvaa rajanvetoa rangaistavan avunannon ja osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän myötävaikuttamisen välillä.

¹³ Käytännössä samoin *Frände* 2012 s. 256–257 ja *Nuutila* 1996 s. 376. Myös lain esityöt viittaavat siihen, että avunannon rangaistavuutta on pystyttävä rajaamaan jo tunnusmerkistön objektiivisella puolella. Ks. HE 44/2002 vp s. 157.

¹⁴ Suomalaisessa doktriinissa vastaavasti ks. *Nuutila* 1996 s. 378–379.

4 Tunnusmerkistön objektiiviselle puolelle asetettavat lisäedellytykset rajanvetokriteerinä

4.1 YLEISTÄ

Näkemykseni mukaan avunannon kausaalisuus- ja tahallisuusvaatimus eivät selviä rikosoikeusteoreettisesti tyydyttävällä tavalla rajanvetoproblematiikasta avunannon ja kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän menettelyn välillä. Sen vuoksi rikosoikeusteoreettisesti vastausta rajanvetoproblematiikkaan on haettava tunnusmerkistön objektiiviselle puolelle asetettavista lisäedellytyksistä. Tässä tutkimuksessa avunannon alaraja kytketään opissa objektiivisesta syyksilukemisesta kehitettyyn ajatukseen kielletystä riskinotosta rikoksen objektiivisen tunnusmerkistön mukaisuuden edellytyksenä. Ratkaisu ei ole täysin vieras suomalaisessa rikosoikeustieteessä. Suomessa *Nuutila* ja *Frände* ovat kaikkein selvimmin kytkeneet rikosoikeudellisen vastuun tunnusmerkistön mukaisuuden objektiiviselle puolelle asetettaviin lisäedellytyksiin.¹ Lisäksi *Nuutila* on jo 1990-luvulla esittänyt, että myös rangaistavan avunannon yhteydessä on aina edellytettävä kiellettyä riskinottoa.²

Nuutila ja *Frände* eivät kuitenkaan puhu objektiivisesta syyksilukemisesta vaan ennen kaikkea ruotsalaista doktriinia ja *Jareborgia* seuraten teon huolimattomuudesta. *Frände* on todennut oman käsityksensä olevan sisällöltään lähellä *Jareborgia*, vaikka se systematiikaltaan seuraakin saksalaista oppia objektiivisesta syyksilukemisesta.³ *Nuutilan* teon huolimattomuusoppi on nimestään huolimatta uskollisempi objektiivisen syyksilukemisen kantaville periaatteille kuin osa saksalaisessa kirjallisuudessa esitetyistä objektiivisen syyksilukemisen versioista. Yhtymäkohtia siinä on erityisesti *Roxinin* oppiin objektiivisesta syyksilukemisesta.⁴

Vaikka *Nuutilan* ja *Fränden* näkemykset teon huolimattomuudesta eivät siten kaikilta osin vastaa toisiaan, perusajatus molemmilla on pitkälti sama kuin saksalaisen rikosoikeustieteen objektiivisessä syyksilukemisessä. Lisäksi on muistettava, ettei edes saksalaisessa rikosoikeustieteessä vallitse yksimielisyyttä objektiivisen syyksilukemisen sisällöstä vaan ainoastaan sen päälainjoista. Tässä tutkimuksessa olen päättänyt käyttämään termiä ”objek-

¹ *Frände* 2012 s. 88 ss. ja *Nuutila* 1996 s. 272 ss.

² *Nuutila* 1996 s. 376–379.

³ *Frände* 2012 s. 89 (alaviite 207).

⁴ Ks. ja vrt. *Nuutila* 1996 s. 272 ss. ja *Roxin* 2006 s. 371 ss.

tiivinen syyksilukeminen” termin ”teon huolimattomuus” sijasta.⁵ Ratkaisua perustelen tutkimuksen metodologisella tavoitteella ymmärtää kotimaista avunantodoktriinia ja täydentää sen aukkokohtia saksalaisen rikosoikeustieteen avulla: tässäkin luvussa vastausta avunannon alarajaan haetaan ennen kaikkea saksalaisesta keskustelusta objektiivisen syyksilukemisen edellytyksistä.

Myös lain esitöissä viitataan siihen, että rangaistavalta avunannolta on objektiivisessa suhteessa edellytettävä muutakin kuin pelkää kausaalisuutta. Hallituksen esityksen mukaan avunantajan menettelyn on aina lisättävä päätekijän rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä. Selvää ohjetta sen suhteen, kuinka paljon päätekijän rikoksen todennäköisyyden tulisi kasvaa, ei kuitenkaan hallituksen esityksen mukaan ole mahdollista asettaa.⁶ Lain esitöiden ajatus päätekijän rikoksen toteutumisen todennäköisyyden lisäämisestä on pitkälti yhtenevä objektiiviseen syyksilukemiseen liittyvän kielletyn riskinoton kanssa rikoksen objektiivisena tunnusmerkkinä: kielletystä riskinotosta voi olla kyse vain siinä tapauksessa, että menettely on rikosoikeudellisesti merkittäväällä tavalla korottanut seurauksen syntymisen todennäköisyyttä.

Ennen kuin siirryn käsittelemään oppia objektiivisesta syyksilukemisesta, on kuitenkin sanottava muutama sana seurauksen ennakoitavuudesta. Tämä johdetaan ensinnäkin siitä, että ns. adekvanssiteoria, johon seurauksen ennakoitavuus perustuu, toimii saksalaisessa rikosoikeustieteessä yhtenä esivaiheena objektiivisen syyksilukemisen kehityksessä. Lisäksi kotimaisessa oikeuskäytännössä seurauksen ennakoitavuutta on puolestaan käytetty eräänlaisena lisäkritereinä, jonka tehtävänä on paikata ennen kaikkea kausaalisuuden ylikattavuudesta seuraavia ongelmia.

4.2 SEURAUKSEN ENNAKOITAVUUS

4.2.1 Yleistä

Rikosoikeudessa on pitkään hyödynnetty adekvanssiteoriaa syy-yhteyden määrittämisessä. Teorialle on historian saatossa annettu useita erilaisia nuotoiluja, mutta sen ydinsisältö voidaan kiteyttää seuraavasti: Teorian mukaan tekijän menettelyn on korotettava yleisen elämäkokemuksen mukaan ei-vähäpätöisellä tavalla seurauksen syntymisen todennäköisyyttä. Kyse on toisin sanoen siitä, että teon on oltava yleisen elämäkokemuksen mukaan omiaan aiheuttamaan seuraus.⁷ Adekvanssiteoria ei kuitenkaan ole varsinaisesti teoria syy-yhteydes-

⁵ Vastaavaan terminologiseen ratkaisuun on päätynt Nuotio. Ks. esim. *Nuotio* 1998 s. 467–469.

⁶ HE 44/2002 vp s. 157.

⁷ *Bockelmann – Volk* 1987 s. 67; *Honkasalo* 1965 s. 122; *Jescheck* 1988 s. 214; *Nuutila* 1996 s.

tä, vaan se on alkeellinen teoria objektiivisesta syyksilukemisesta. Teoriassa ei vastata kysymykseen, vallitseeko tekijän menettelyn ja seurauksen välillä syy-yhteys, vaan kysymykseen, voidaanko tekijän menettelyyn nähden kausaalinen seuraus lukea tekijälle syyksi.⁸ Vain sellainen seuraus voidaan lukea tekijälle syyksi, jonka hän on voinut yleisen elämäkokemuksen mukaan ennakoida ja ottaa huomioon tekohekellä.⁹ Kootusti adekvanssiteoria pyrkii siten vastaamaan kysymykseen, onko seurauksen aiheuttanut syy myös rikosoikeudellisesti merkittävä syy.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä adekvaatti kausaalisuus on muuntunut keskusteluksi seurauksen ennalta-arvattavuudesta tai ennakoitavuudesta. Muutos voidaan palauttaa ennen kaikkea *Honkasaloon* ja hänen vaikutukseensa suomalaiseen rikosoikeustieteeseen.¹⁰ Oikeuskäytännössä seurauksen ennakoitavuudella on vankka asema osana rikosoikeudellista vastuun arviointia.¹¹ Kotimaisessa rikosoikeustieteessä vallitsee kuitenkin epäselvyys seurauksen ennakoitavuuden roolista vastuuarvioinnissa. Seurauksen ennakoitavuus on edelleen mahdollista ymmärtää kausaalisuuden osaksi, jolloin se täydentää perinteistä kausaalisuuskäsitystä: kausaalisuus jää täyttymättä sellaisten seurausten osalta, jotka ovat kyllä aiheutuneet tekijän menettelystä mutta jotka eivät olleet tekijän ennakoitavissa. Tätä käsitystä ei kuitenkaan kannateta enää modernissa suomalaisessa rikosoikeustieteessä.¹²

Seurauksen ennakoitavuus on mahdollista ymmärtää myös eräänlaiseksi yleislausekkeeksi, joka korvaa opin objektiivisesta syyksilukemisesta. *Frände* kuitenkin huomauttaa, että seurauksen ennalta-arvattavuus on sisällöltään liian epämääräinen, eikä se sen vuoksi voi korvata objektiivista syyksilukemista.¹³ Hänen mukaansa koko oppia seurauksen ennakoitavuudesta ei tarvita, kun ratkaistaan, onko menettely objektiivisesti tunnusmerkistön mukainen vai ei.¹⁴ Myös *Nuotio* on todennut, että seurauksen ennakoitavuus tulee käsitellyksi tyhjentyvästi opissa objektiivisesta syyksilukemisesta.¹⁵ *Nuutila* taas katsoo, ettei seurauksen ennakoitavuus ainakaan yksin pysty korvaamaan oppia objektiivisesta syyksilukemisesta.¹⁶

Radikaaleimman näkemyksen seurauksen ennakoitavuuden roolista ovat esittäneet *Tapani* ja *Tolvanen*. Heidän mukaansa seurauksen ennakoitavuudes-

226 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 170. Teorian varhaisimmasta muotoilusta ks. *von Kries* 1889 s. 528.

⁸ *Nuutila* 1996 s. 223 ja 227 ja *Roxin* 2006 s. 369–370. Ks. myös *Koriath* 1994 s. 476.

⁹ Näin *Nuutila* 1996 s. 226.

¹⁰ *Frände* 2012 s. 102 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 170.

¹¹ Ks. esim. KKO 2012:98, KKO 2012:94, KKO 2007:62 ja KKO 1998:67.

¹² *Frände* 2012 s. 102. Toisin kuitenkin vielä *Honkasalo* 1965 s. 118–122.

¹³ Tästä erityisesti *Frände* 2012 s. 103–106. Ks. myös *Nuutila* 1996 s. 228.

¹⁴ *Frände* 2012 s. 102–103.

¹⁵ *Nuotio* 1998 s. 324.

¹⁶ *Nuutila* 1996 s. 229.

sa on kyse ennen kaikkea seuraustahallisuuden arviointiin liittyvästä seikasta. Seurauksen ennakoitavuus liittyy siihen, millaisia kokemussääntöjä on mahdollista muodostaa erilaisten ilmiöiden välisistä syy–seuraussuhteista ja mitkä kokemussäännöistä ovat tekijän kannalta relevantteja arvioitaessa tahallisuuden täyttymistä.¹⁷ Toisin sanoen he antavat seurauksen ennakoitavuudelle merkitystä ennen kaikkea tunnusmerkistön subjektiivisella puolella, kun alun perin teorian merkitys rajoittui tunnusmerkistön objektiiviselle puolelle.

4.2.2 Seurauksen ennakoitavuus avunantodoktriinissa

Avunantodoktriiniin siirrettynä seurauksen ennakoitavuudelle voidaan antaa seuraavanlainen sisältö: Avunantovastuun perustaa vain sellainen menettely, joka avunantohetkellä on yleisen elämäkokemuksen mukaan korottanut päätekijän rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä ei-vähäpätöisellä tavalla. Muussa tapauksessa menettely jää avunantovastuun ulkopuolelle sen vuoksi, ettei päätekijän rikoksen edistyminen ollut avunantajalle ennakoitavissa.

Palataan esimerkkitapaukseen, jossa 25 vuotta täyttänyt A on tuomittu useista henki-, omaisuus- ja huumausainerikoksista. A:n sijaisvanhemmat X ja Z ovat huolehtineet A:n kasvatuksesta 18 ikävuoteen asti sen jälkeen, kun A:n oikeat vanhemmat menehtyivät auto-onnettomuudessa A:n ollessa 4-vuotias. X ja Z ovat koko A:n nuoruuden ajan katsoneet väkivaltaisia elokuvia A:n kanssa ja ostaneet A:lle väkivallalla mässäileviä videoita, mikä on edistänyt A:n päättymistä rikolliselle uralle.

Näkemykseni mukaan seurauksen ennakoitavuuden perusteella on hyvin vaikea päätyä muuhun lopputulokseen kuin siihen, ettei X:n ja Z:n menettely ole avunantohetkellä yleisen elämäkokemuksen mukaan korottanut A:n tekemien rikosten todennäköisyyttä rikosoikeudellisesti merkityksellisellä tavalla. Sen vuoksi A:n tekemien rikosten edistyminen ei ole ollut ennakoitavissa X:lle ja Z:lle.

Seurauksen ennakoitavuudessa ongelmana on kuitenkin, että siinä rajanveto avunantovastuun perustavien ja sen ulkopuolelle jäävien menettelyjen välillä tapahtuu yksinomaan sen perusteella, kuinka todennäköistä yleisen elämäkokemuksen perusteella päätekijän rikoksen edistyminen on ollut avunantohetkellä. Tästä seuraa, että menettely, johon jo itsessään liittyy vähänkään suurempi riski (todennäköisyys) siitä, että toinen henkilö voi käyttää sitä hyväkseen rikoksen tekemisessä, perustaa lähtökohtaisesti aina avunantovastuun seurauksen ennakoitavuuden perusteella.

¹⁷ *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 171.

Palataan esimerkkitapaukseen, jossa rautakauppias on sorkkaraudan ja lekan myymällä edistänyt ostajan tekemän ryöstön toteutumista, sekä esimerkkitapaukseen, jossa pankkivirkailija A on edistänyt asiakkaiden tekemien veropetosten toteutumista siirtämällä varoja asiakkaiden sveitsiläisissä pankeissa oleville tileille.

Näkemykseni mukaan molemmissa esimerkkitapauksissa on selvästi kyse avunannosta seurauksen ennakoitavuuden perusteella. Tämä johtuu siitä, että sorkkaraudan ja lekan myymiseen sekä varojen siirtämiseen maahan, josta veroviranomaisen on vaikea saada tietoja verotusta varten, sisältyy jo itsessään vähäistä suurempi riski (todennäköisyys) ryöstön ja toisaalta verorikosten tekemisestä.

Seurauksen ennakoitavuus ei sen sijaan mahdollista menettelyyn liittyvän sosiaalisen merkityksen ottamista huomioon. On kuitenkin useita tilanteita, joissa menettelyn rajaaminen avunantovastuun ulkopuolelle on perusteltavissa ennen kaikkea menettelyn sosiaalisella merkityksellä, vaikka siihen sinänsä liittyy vähäistä suurempi riski siitä, että toinen henkilö voi käyttää menettelyä hyväkseen rikoksen tekemisessä. Oppi objektiivisesta syyksilukemisesta tarjoaa näiden tilanteiden ratkaisemiseen seurauksen ennakoitavuutta laajemman keinovalikoiman.

Seurauksen ennakoitavuuden etuna on sen yksinkertaisuus: oppi on yksinkertainen ja helppo omaksua. Lisäksi se on sovitettavissa yhteen lain esitöiden sanamuodon kanssa.¹⁸ Suomalaisessa doktriinissa opin merkittävänä etuna on myös pidettävä sen vakiintunutta asemaa oikeuskäytännössä rangaistusvastuuta rajoittavana kriteerinä. Tästä huolimatta avunannon alaraja on näkemykseni mukaan perustellumpaa kytkeä seurauksen ennakoitavuuden sijasta oppiin objektiivisesta syyksilukemisesta. Vaikka objektiivisen syyksilukemisen perustana oleva kielletty riskinotto on tietystä suhteesta hyvin lähellä seurauksen ennakoitavuuden perustana olevaa ajatusta päätekijän rikoksen toteutumisen todennäköisyyden korottamisesta, objektiiviseen syyksilukemiseen sisältyy myös konstruktioita, jotka mahdollistavat seurauksen ennakoitavuutta rationaalisemman perustan rajanvedolle avunannon ja kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän menettelyn välillä.

¹⁸ HE 44/2002 vp s. 157 mukaan avunantajan menettelyn on aina lisättävä päärikoksen toteutumisen todennäköisyyttä, mutta selvää ohjetta sen suhteen, kuinka paljon todennäköisyyden tulisi kasvaa, ei ole asettaa.

4.3 KIELLETTY RISKINOTTO RAJANVETOKRITEERINÄ

4.3.1 Objektiivisen syyksilukemisen historia ja funktio

Historiallisesta näkökulmasta tarkasteltuna oppi objektiivisesta syyksilukemisesta on suhteellisen tuore ilmiö rikosoikeustieteen kentässä. Opin ensimmäiset versiot kehitettiin Saksassa 1900-luvun jälkimmäisellä puoliskolla, ja oppi on ollut yksi kestoaiheista saksankielisessä rikosoikeustieteellisessä keskustelussa 1970- ja 1980-luvuilta lähtien.¹⁹ Merkittävänä teoreettisena virikkeenä opin syntymiselle toimi tyytymättömyys kausaalisuuden ylikorostumiseen objektiivisena tunnusmerkistökiteerijänä. Vaikka rangaistusvastuu useimmissa tilanteissa pystyttiin sulkemaan pois tunnusmerkistön subjektiivisella puolella, lopputulosta ei pidetty teoreettisesti tyydyttävänä. Jos menettely ulkoiselta luonteeltaan tai laadultaan oli sellainen, ettei sen tullut perustaa rikosoikeudellista vastuuta, vastuun tuli rajautua pois jo tunnusmerkistön objektiivisella puolella. Katsottiin, että oli teoreettisesti harhaanjohtavaa suorittaa vastuunrajaus tällaisissa tilanteissa tunnusmerkistön subjektiivisella puolella, koska kyseessä ei selvästikään ollut tahallisuuskysymys.²⁰ Vastaavalla tavalla *Frände* on suomalaisessa keskustelussa katsonut juuri systemaattisten seikkojen puhuvan sen puolesta, että vastuu on pyrittävä rajaamaan pois jo tunnusmerkistön objektiivisella puolella, eikä kausaalisuuden ylikattavuutta tule ratkaista tahallisuusopin avulla.²¹

Objektiivisen syyksilukemisen rikosoikeusteoreettisena funktiona on täydentää kausaalisuusvaatimusta tunnusmerkistön objektiivisella puolella; sen funktiona on rajata rikosoikeudellisesti merkityksettömät kausaalikulut pois seuraamusarvioinnin piiristä.²² Opin perusajatuksena on, ettei pelkkä syy ja seurauksen välinen syy-yhteys milloinkaan riitä objektiivisessa suhteessa syyksilukemisen perustaksi. *Kristian Kühlin* mukaan objektiivinen syyksilukeminen on myös pitkälti edellytys sille, että rikosoikeus voi operoida nykyisellä, lähes kaiken kattavalla kausaalisuus käsitteellään.²³ Opissa vastataan siihen, täyttääkö menettely, joka sinänsä on syy-yhteydessä syntyneeseen seuraukseen, objektiivisessa suhteessa myös muilta osin syyksiluettavan rikoksen tunnusmerkistön: onko menettely, joka on esimerkiksi aiheuttanut toisen kuoleman, myös luonteeltaan ja laadultaan sellainen, että se täyttää kuolemantuottamuksen tai

¹⁹ *Heinrich* 2014 s. 88 ja *Nuutila* 1996 s. 273.

²⁰ Tästä *Roxin* 2006 s. 371–372.

²¹ *Frände* 2012 s. 88.

²² *Kindhäuser* 2013 s. 89 ja *Kühl* 2012 s. 40.

²³ *Kühl* 2012 s. 40. Ks. myös *Nuotio* 1998 s. 273–274.

tapporikoksen tunnusmerkistön?²⁴ Vaikka oppi yhdistetään yleensä tuottamuksellisiin rikoksiin, kyse on sekä tuottamuksellisten että tahallisten rikosten rangaistavuuden edellytyksestä.²⁵

Rikosoikeusteoreettisesti objektiivinen syyksilukeminen on ylimääräinen objektiivinen tunnusmerkistötekijä, joka liittyy ainakin jokaiseen seurausrikkokseen.²⁶ Riippuen siitä, minkälaisesta tunnusmerkistöstä on kyse, tunnusmerkistön objektiivinen puoli muodostuu siten tekotapatunnusmerkistä, kausaalisuudesta, objektiivisesta syyksilukemisesta sekä muista mahdollisista rangaistusvastuun objektiivisista edellytyksistä.²⁷ Kuten edellä on tullut esille, avunannon avoin tekotapatunnusmerkki ei käytännössä rajaa rangaistavuuden alaa, eikä avunantoon myöskään liity muunlaisia rangaistavuuden objektiivisiä edellytyksiä. Avunannon tunnusmerkistössä tunnusmerkistön objektiivinen puoli muodostuu siten kausaalisuudesta ja objektiivisesta syyksilukemisesta. Toisin sanoen tunnusmerkistön objektiivisen puolen täytyminen kiteytyisi seuraavaan kysymykseen: onko menettely, joka on edistänyt päätekijän rikoksen toteutumista, myös luonteeltaan ja laadultaan sellainen, että se täyttää avunannon tunnusmerkistön?

4.3.2 Objektiivisen syyksilukemisen ydinsisältö

Oppi objektiivisesta syyksilukemisesta on rikoslainopillisen tutkimuksen tuosta, eivätkä sen edellytykset ilmene yksittäisistä rikostunnusmerkistöistä suoraan.²⁸ Arvio siitä, voidaanko aiheutunut seuraus lukea syyksi tekijälle, edellyttää aina kyseessä olevan tunnusmerkistön, sen tarkoituksen ja sisällön sekä kaikkien olosuhteiden normatiivista arviointia.²⁹ Objektiivisessä syyksilukemisessä ei kuitenkaan ole kyse yhdestä yhtenäisestä teoriasta; kriteeristö, jonka perusteella objektiivinen syyksilukeminen tehdään, sekä kriteerien tarkka sisältö vaihtelevat. Oppin nykytilaa voikin luonnehtia yhden koherentin teorian sijaan

²⁴ Tästä *Roxin* 2006 s. 372 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 68.

²⁵ Näin esim. *Roxin* 2006 s. 373 ja *Herzberg* 1996 s. 381. On huomautettava, että vaikka oppi objektiivisesta syyksilukemisesta nauttii varsin laajaa kannatusta tuottamuksellisissa rikoksissa, sen asema on kiistanalaisempi tahallisissa rikoksissa. Ks. esim. *Heinrich* 2014 s. 90 (alaviite 11); *Kühl* 2012 s. 40 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 68–69.

²⁶ Aina opin merkitystä ei ole rajattu vain seurausrikoksiin. Esimerkiksi Nuutilan opissa kielletty riskinotto koskee kaikkia rikoksia, kun taas muut objektiiviset syyksilukemisen (Nuutilan terminologiassa teon huolimattomuuden) osatekijät eli riskinoton relevanssi ja tunnusmerkistön ulottuvuus koskevat vain seurausrikoksia. Tästä tarkemmin ks. *Nuutila* 1996 s. 276.

²⁷ Muilla mahdollisilla rangaistavuuden edellytyksillä tarkoitin esimerkiksi on omiaan -tunnusmerkkiä, jota suomalaisessa rikosoikeustieteessä Tapani ja Tolvanen ovat pitäneet rangaistavuuden objektiivisena edellytyksenä. Tästä tarkemmin ks. *Tapani* 2010 s. 176–177 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 232–233.

²⁸ *Frände* 2012 s. 89 ja *Murmann* 2015 s. 161.

²⁹ *Heinrich* 2014 s. 90 ja *Murmann* 2015 s. 161.

joukoksi osittain erilaisia, mutta kaikesta huolimatta keskenään läheisessä suhteessa olevia käsityksiä objektiivisesta syyksilukemisesta.³⁰

Tästä huolimatta opin kivijalka on suhteellisen selkeä ja vakaa.³¹ Saksalaisessa rikosoikeustieteessä ollaan suhteellisen yksimielisiä siitä, että tunnusmerkistön mukainen seuraus voidaan lukea tekijälle syyksi vain siinä tapauksessa, että seuraukseen kausaalisuhteessa oleva tekijän menettely on myös luonut oikeudellisesti paheksuttavan riskin seurauksen syntymisestä ja kyseinen riski on lisäksi realisoitunut tunnusmerkistölle ominaisella tavalla seurauksen syntymisessä sen konkreettisessa muodossa.³² *Roxin* rakentaa samaa perusajatusta seuraten oman käsityksensä objektiivisesta syyksilukemisesta kahden periaatteen varaan:³³

- 1) Tekijän aiheuttama seuraus voidaan lukea hänelle objektiivisesti syyksi vain siinä tapauksessa, että tekijän menettely on luonut ei-sallitun riskin piiriin kuuluvan vaaran seurauksen syntymisestä ja tekijän luoma vaara on myös realisoitunut seurauksen syntymisessä. Jos näin on, tekijän menettely voidaan lähtökohtaisesti lukea hänelle objektiivisesti syyksi.
- 2) Menettelyä ei kuitenkaan voida lukea tekijälle objektiivisesti syyksi siinä tapauksessa, ettei tunnusmerkistön tarkoituksena ole suojata oikeushyvää tekijän luoman vaaran tyyppisiltä uhilta. Toisin sanoen kyse on siitä, ulottuuko tunnusmerkistön oikeushyväälle tarjoama suoja sellaiseen vaaraan, jonka tekijän menettely on luonut.

Nuutilan pitkälti objektiivisen syyksilukemisen pohjalle rakentuvassa opissa teon huolimattomuudesta voidaan erottaa samaiset kaksi periaatetta. Siinä rikosoikeudellisen vastuun edellytyksenä on, että tekijä on aiheuttanut oikeudellisesti relevantin vaaran ja tämä vaara on realisoitunut tunnusmerkistön mukaisessa seurauksessa. Tämän lisäksi tunnusmerkistön on aina ulotuttava konkreettiseen vahinkoseuraukseen.³⁴ Toisin sanoen teon huolimattomuus edellyttää ensinnäkin, että tekijän on otettava kielletty riski. Toiseksi tekijän kielletyn riskinoton on oltava relevanttia tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syn-

³⁰ *Kühl* 2012 s. 42. *Nuutila* on aikaisemmin todennut, että terminologiset epäselvyydet yhdessä opin tuoreuden kanssa johtavat siihen, että saksalaista keskustelua opista on vaikea arvioida. Ks. *Nuutila* 1996 s. 273.

³¹ Näin *Kühl* 2012 s. 42–43 ja 51.

³² Näin *Heinrich* 2014 s. 90. Käytännössä vastaavasti esim. *Kühl* 2012 s. 42–43 ja 5 ja *Murmann* 2015 s. 162. Joskus riskin sijasta saatetaan puhua vaarasta. Näin esim. *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 69. Kuten *Kindhäuser* toteaa, riskiä ja vaaraa käytetään kuitenkin toistensa synonyymeinä objektiivisessa syyksilukemisessa. Ks. *Kindhäuser* 2013 s. 90.

³³ *Roxin* 2006 s. 372–373. *Roxin* kiteyttää periaatteiden sisällön siten, että objektiivinen syyksilukeminen edellyttää sellaisen tekijän luoman ja ei-sallitun riskin piiriin kuuluvan vaaran realisoitumista seurauksen syntymisessä, jota vastaan tunnusmerkistö tarjoaa suoja.

³⁴ *Nuutila* 1996 s. 275.

tymiselle. Kolmanneksi seurauksen on oltava sellainen, joka kriminalisoinnilla on haluttu estää.³⁵

Myös *Frände* puhuu kotimaisessa kirjallisuudessa objektiivisen syyksilukemisen sijasta teon huolimattomuudesta. Se edellyttää hänen mukaansa, että tekijä on ottanut kielletyn riskin ja että riskinotto on ollut relevanttia aiheutuneen seurauksen suhteen. Jos tekijä sen sijaan on luonut menettelyllään oikeusjärjestyksen salliman riskin tai käyttänyt sellaista hyväkseen, menettelyä ei voida lukea hänelle objektiivisesti syyksi. Lisäksi vaikka kyse olisi sinänsä kielletystä riskinotosta, mutta riskinotto ei ole realisoitunut aiheutuneessa seurauksessa, menettelyn ja seurauksen välillä ei ole riskisuhdetta, eikä menettelyä voida tässä tapauksessa lukea tekijälle objektiivisesti syyksi.³⁶

Eri rikosoikeustieteilijöiden käyttämät termit eroavat jossain määrin toisistaan, ja lisäksi osa heistä jakaa objektiivisen syyksilukemisen kahteen ja osa taas kolmeen vaiheeseen. Myös se, mitä tilanteita käsitellään kunkin vaiheen yhteydessä, vaihtelee riippuen siitä, kenen käsityksestä objektiivisesta syyksilukemisesta on kyse. Rikosoikeustieteilijäkohtaisten erojen merkitystä vähentää kuitenkin se, että kaikki objektiivisen syyksilukemisen vaiheet ovat läheisessä yhteydessä keskenään ja varsinkin käytännön ratkaisutoiminnassa niiden täyttymistä arvioidaan kokonaisuutena ja samanaikaisesti.³⁷ Opin ydinsisältö voidaan kuitenkin kiteyttää seuraavasti.

Avainkäsite objektiivisessa syyksilukemisessa on kielletty riskinotto; tekijän menettelyn on luotava kielletty riski seurauksen toteutumisesta. Kielletty riskinotto tarkoittaa, että tekijän menettely on luonut oikeudellisesti relevantin vaaran seurauksen toteutumisesta. Kielletty riskinotto on erotettava sallitusta riskinotosta. Jos tekijän menettelyssä on kyse sallitusta riskinotosta, seurausta ei voida lukea tekijälle objektiivisesti syyksi, vaikka hänen menettelynsä olisikin aiheuttanut seurauksen. Rangaistusvapaus perustuu sallitun riskinoton yhteydessä siihen, että oikeusjärjestys tietyissä tilanteissa sallii sellaisetkin menettelyt, jotka potentiaalisesti luovat uhan oikeushyvän loukkauksesta.³⁸

Kielletty riskinottoakaan ei automaattisesti johda seurauksen objektiiviseen syyksilukemiseen. Kielletyn riskinoton on myös realisoiduttava aiheutuneessa seurauksessa. Jos näin ei ole, seurausta ei kielletystä riskinotosta huolimatta voida lukea tekijälle syyksi. Vastuuvapaus perustuu tällöin siihen, ettei seurauksessa realisoidu tekijän kielletyn riskinoton luoma vaara. Vaikka tekijän menettelyn ja seurauksen syntymisen välillä on mahdollista konstruoida syy-yhteys, tekijän menettely ei ole rikosoikeudellisesti merkityksellinen syy seurauksen aiheutumiselle, vaan seuraus on aiheutunut jostain muusta syyistä. Vaaran reali-

³⁵ Nuutila 1996 s. 275–279.

³⁶ *Frände* 2012 s. 89–90.

³⁷ Näin *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 69.

³⁸ *Roxin* 2006 s. 382–383.

soituminen seurauksessa edellyttää siten läheisempää suhdetta tekijän menettely ja seurauksen välillä kuin kausaalisuus.³⁹

Edes sellaista kiellettyä riskinottoa, joka on myös realisoitunut seurauksessa, ei aina voida lukea objektiivisesti syyksi, jos tunnusmerkistön tarkoituksena ei ole suojata oikeushyvää sellaiselta vaaralta, jonka tekijän kielletty riskinotto on luonut. *Roxinia* ja *Nuutilaa* mukailten voidaan puhua tunnusmerkistön ulottuvuudesta. Vastuuvapaus perustuu tällöin siihen, ettei tunnusmerkistön tarjoama suoja oikeushyväälle ulotu tekijän menettelyn luomaan riskiin oikeushyvänloukkauksesta.

Läheskään aina tunnusmerkistön ulottuvuutta ei eroteta omaksi vaiheekseen arvioitaessa objektiivisen syyksilukemisen edellytyksiä, vaan sitä käsitellään joko kielletyn riskinoton tai kielletyn riskinoton realisoitumisen yhteydessä.⁴⁰ Voidaan ajatella, että kyse on sallitusta riskinotosta kielletyn riskinoton sijaan, koska tunnusmerkistö ei tarjoa suojaa menettelyn luomalle riskille. Vaihtoehtoisesti voidaan ajatella, ettei seurauksessa realisoidu kielletty riskinotto sen vuoksi, ettei tunnusmerkistön tarjoama suoja ulotu menettelyn luomaan kiellettyyn riskiin. Tässä tutkimuksessa tunnusmerkistön ulottuvuudelle annetaan merkitystä sallitun riskinoton yhteydessä.

4.3.3 Milloin avunannossa on kyse kielletystä riskinotosta?

Opissa objektiivisesta syyksilukemisesta kielletty riskinotto ymmärretään tunnusmerkistön mukaisuuden positiiviseksi edellytykseksi. Olennaista on tällöin pystyä määrittämään, milloin kyse on kielletystä riskinotosta ja milloin kyse on taas sallitusta riskinotosta, joka sulkee pois rikosoikeudellisen vastuun jo tunnusmerkistön mukaisuuden tasolla.⁴¹ Rikosoikeustieteessä on toistaiseksi keskitytty määrittämään yleisellä tasolla erilaisia suuntaviivoja ja kriteerejä kielletylle riskinotolle. Kielletyn riskinoton tarkempi sisältö määräytyy kuitenkin aina rikostyyppikohtaisesti – mahdollisesti jopa tapauskohtaisesti.⁴² Vaikka objektiivisen syyksilukemisen kivijalka onkin suhteellisen selkeä ja vakaa, juuri sen rikostyyppikohtaisista edellytyksistä vallitsee epäselvyys. *Roxin* onkin todennut, että seuraavan askeleen objektiivisen syyksilukemisen kehityksessä tulee olla sen rikostyyppikohtaisten edellytysten täsmentäminen.⁴³ Tästä seuraa, että kielletyn riskinotonkin edellytyksiä on tarkasteltava juuri avunannon näkökulmasta sen erityispiirteet huomioiden.

³⁹ Samansuuntaisesti *Kühl* 2012 s. 51.

⁴⁰ Näin esim. *Heinrich* 2014 s. 94–99; *Kühl* 2012 s. 51–58 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 68.

⁴¹ On korostettava, että rikosoikeustieteessä sallitulle riskille on annettu myös muunlaisia merkityssisältöjä. Tästä tarkemmin ks. *Roxin* 2006 s. 382.

⁴² *Nuutila* 1996 s. 276 ja *Roxin* 2006 s. 375.

⁴³ *Roxin* 2006 s. 375.

Avunantodoktriiniin siirrettynä objektiiviselle syyksilukemiselle voidaan lähtökohtaisesti antaa seuraava sisältö:

- 1) Avunantajan menettelyn on aina luotava kielletty riski päätekijän rikoksen toteutumisesta;
- ja
- 2) Avunantajan kielletyn riskinoton on aina realisoiduttava päätekijän rikoksen toteutumisessa.

Objektiivisen syyksilukemisen erityispiirteenä näyttää olevan avunantodoktriinissa, että kielletyn riskinoton ja kielletyn riskinoton realisoitumisen välinen raja on hävinnyt: sekä avunantajan menettelyn luonnetta kiellettyä riskinotona että sen realisoitumista päätekijän rikoksen toteutumisessa arvioidaan yhtenä kokonaisuutena ja samanaikaisesti. Kaikista merkittävimmin tämä näkyy siinä, että avunantodoktriinissa avunantajan menettelyn ja päätekijän rikoksen toteutumisen välillä vallitsevan myötävaikuttavan syy-yhteyden laatu ja luonne voivat poikkeuksellisesti tehdä menettelystä sallittua riskinottoa. Perinteisesti objektiivisessa syyksilukemisessä epätyypilliset kausaalikulut on kuitenkin liitetty kielletyn riskinoton realisoitumiseen: niiden on tulkituttu poistavan objektiivisen tunnusmerkistön mukaisuuden, koska kielletty riskinotto ei realisoitu seurauksessa.⁴⁴ Tämän vuoksi tässä tutkimuksessa ei käsitellä erikseen, mitä kielletyn riskinoton realisoituminen tarkoittaa avunannon yhteydessä.

Käyn seuraavaksi läpi opissa objektiivisesta syyksilukemisesta yleisellä tasolla esitetyt suuntaviivat ja kriteerit siitä, milloin menettelyssä on kyse kielletystä riskinotosta, ja analysoin käsitysten yhteensopivuutta avunannon tunnusmerkistöllisten erityispiirteiden kanssa. Esittelen myös toistaiseksi harvalukuiset käsitykset siitä, mitä kielletty riskinotto tarkoittaa nimenomaisesti avunannon kontekstissa, ja analysoin niiden etuja ja haittoja. Lopuksi muodostan oman käsitykseni siitä, milloin avunannossa on kyse kielletystä riskinotosta.

4.3.3.1 Päärikoksen toteutumisen riskiä vähentävä menettely

Avunannon tunnusmerkistöllisestä luonteesta seuraa, että avunantotilanteissa on aina valmiiksi jo olemassa vaara päärikoksen toteutumisesta. Jos vaaraa päärikoksen toteutumisesta ei ole lainkaan olemassa, vaan se syntyy vasta avunantajan menettelyn seurauksena, kyse ei ole enää avunannosta vaan yllytyksestä. Menettely ei ole vain edistänyt päärikoksen toteutumista, vaan se on vähintäänkin pääasiallinen syy rikoksen toteutumiselle. Toisin sanoen päärikoksen edistämisen sijaan kyse on jo päärikoksen aiheuttamisesta.

⁴⁴ Kuhl 2012 s. 51–53 ja Roxin 2006 s. 386–390.

Opissa objektiivisesta syyksilukemisesta katsotaan vakiintuneesti, että jo olemassa olevaa vaaraa vähentävä menettely on sallitun riskinoton piirissä.⁴⁵ Suomessa teon huolimattomuutta kannattavat rikosoikeusoppineet ovat samoilla linjoilla. *Fränden* mukaan menettely, joka vähentää jo olemassa olevaa riskiä, on selvästi sallittua riskinottoa.⁴⁶ Myös *Nuutila* toteaa, ettei vaaraa vähentävä menettely perusta rangaistusvastuuta, jos se heikentää seuraukseen muutenkin johtamassa olevaa tapahtumienkulkua.⁴⁷ *Urs Kindhäuser* kuitenkin huomauttaa, että näissä tilanteissa rikosoikeudellinen vastuu usein poistuu jo kausaalisuuden tasolla ja on kyseenalaista, voidaanko ainakaan kaikkia tilanteita, joissa menettely on vähentänyt muutenkin syntymässä olleen seurauksen todennäköisyyttä, pitää sallitun riskinoton tapauksina.⁴⁸ *Kindhäuserin* huomio näyttää pitävän paikkansa erityisesti avunannon yhteydessä.

Avunannon kausaalisuudessa on kyse myötävaikuttavasta syy-yhteydestä. Myötävaikuttava syy-yhteys edellyttää, että avunantajan menettely on edistänyt päätekijän rikoksen toteutumista. Olen kausaalisuuden ylikattavuutta käsittelevässä alaluvussa esittänyt, että tilanteissa, joissa avunantajan menettely haittaa, vaikeuttaa, ehkäisee tai muulla vastaavalla tavalla vähentää päärikoksen toteutumisen todennäköisyyttä eli vähentää jo olemassa olevaa vaaraa päärikoksen toteutumisesta, myötävaikuttava syy-yhteys poikkeuksellisesti tunnistaa rikosoikeudellisesti merkityksellisen avunannon rikosoikeudellisesti merkityksettömästä avunannosta. Jos avunantovastuun ei kuitenkaan katsota rajautuvan pois kausaalisuuden tasolla, se rajautuu viimeistään pois sen vuoksi, ettei tilanteissa ole kyse kielletystä riskinotosta.

Oletetaan edelleen, että avunantajan menettelyn seurauksena päätekijän tekemän pahoinpitelyn tekotapa muuttuu sellaiseksi, ettei kyse ole enää törkeästä pahoinpitelystä. Kyse voi edelleen olla esimerkiksi siitä, että avunantaja on piilottanut tai saattanut epäkuntoon tekovälineen, jonka käyttäminen kvalifioisi teon tai siitä, että avunantajaa kuunneltuaan päätekijä ei enää aiheuta uhrille vaikeaa ruumiinvammaa.

Jos esimerkkitapausta tarkastellaan objektiivisen syyksilukemisen näkökulmasta, tilanteessa on selvästi ollut valmiiksi olemassa vaara pahoinpitelyrikoksen toteutumisesta. Avunantajan menettelyn seurauksena vaara ei ole myöskään korvautunut toisella vaaralla; kyse on edelleen vaarasta pahoinpitelyrikoksen toteutumisesta. Sen sijaan avunantajan menettelyn seurauksena jo olemassa ollut vaara pahoinpitelyrikoksen toteutumisesta on ainoastaan vähentynyt. Koska

⁴⁵ Näin esim. *Kühl* 2012 s. 49; *Roxin* 2006 s. 375–376 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 78.

⁴⁶ *Frände* 2012 s. 96.

⁴⁷ *Nuutila* 1996 s. 304.

⁴⁸ *Kindhäuser* 2013 s. 93. Siitä, pitääkö tilanteita käsitellä kausaalisuuden vain objektiivisen syyksilukemisen piirissä, vallitsee eriäviä käsityksiä. Ks. *Heinrich* 2014 s. 92

avunantajan menettelyn seurauksena vaara päätekijän rikoksen toteutumisesta on vähentynyt ja koska avunantaja ei ole menettelyllään luonut uutta vaaraa oikeushyväille, tilanteessa ei ole kyse kielletystä riskinotosta.

Objektiivisen syyksilukemisen yleisten suuntaviivojen mukaan tilanne on kuitenkin toinen, jos menettely vähentää jo olemassa olevaa vaaraa siten, että se korvaa sen toisella vaaralla, joka kuitenkin on vähemmän vaarallinen oikeushyväille kuin jo olemassa ollut vaara. Tällaisessa tilanteessa kyse on ns. vahingon vaihdosta (*Schadensaustausch*)⁴⁹, ja siinä on edelleen kyse kielletystä riskinotosta.⁵⁰ Avunannon näkökulmasta tarkasteltuna tämä tarkoittaisi, että avunantotoimissa, joiden seurauksena vaara päärikoksen toteutumisesta muuttuu kokonaan toiseksi, olkoonkin alkuperäistä vähemmän moitittavaksi, olisi edelleen kyse kielletystä riskinotosta.

Oletetaan nyt, että avunantajan menettelyn seurauksena päätekijä törkeän pahoinpitelyn sijasta päätyykin näpistämään uhrille kuuluvaa omaisuutta.

Jos esimerkkitapausta tarkastellaan ensiksi kausaalisuuden näkökulmasta, huomataan, ettei rikosoikeudellinen vastuu tällaisessa tilanteessa sulkeudu pois kausaalisuuden tasolla. Vaikka avunantaja menettelyllään on jopa estänyt pahoinpitelyrikoksen toteutumisen, avunantaja on kaikesta huolimatta edistänyt kokonaan toisen rikoksen, varkausrikoksen toteutumista. Itse asiassa ollaan hyvin lähellä tilannetta, jossa kyse on yllytyksestä avunannon sijaan: menettelyn seurauksena päätekijä on tehnyt rikoksen, jota hän ei olisi muuten tehnyt. Menettelyssä lienee siten kyse vähintään pääasiallisesta syystä päätekijän rikosentekopäätökselle.

Jos taas esimerkkitapausta tarkastellaan objektiivisen syyksilukemisen näkökulmasta, tilanteessa on valmiiksi ollut olemassa vaara pahoinpitelyrikoksen toteutumisesta. Tekijän menettelyn seurauksena vaara pahoinpitelyrikoksen toteutumisesta on kuitenkin korvautunut vaaralla varkausrikoksen toteutumisesta. Muutos ei koske ainoastaan vaaraa ja sen laatua vaan myös rikostyyppiä ja tunnusmerkistön suojaamaa oikeushyvää; kriminalisoinnilla suojattava oikeushyvä on vaihtunut hengen ja terveyden suojasta omaisuudensuojaan. Objektiivisen syyksilukemisen yleisten suuntaviivojen mukaan tilanteessa olisi siten kyse kielletystä riskinotosta. Onko lopputulos kuitenkin tyydyttävä rikosoikeusteoreettisesti tai kriminaalipoliittisesti?

Sekä ensimmäisessä että jälkimmäisessä esimerkkitapauksessa avunantajan menettelyn seurauksena päätekijän rikos on muuttunut vähemmän moitittavaksi: Selvää on, että törkeä pahoinpitely on pahoinpitelyä moitittavampi rikos. Sen sijaan eri rikostyypeihin kuuluvien tunnusmerkistöjen moitittavuuden

⁴⁹ Termi Kindhäuserin. Ks. *Kindhäuser* 2013 s. 94.

⁵⁰ *Kindhäuser* 2013 s. 93–95; *Kühl* 2012 s. 49–50; *Roxin* 2006 s. 376–377 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 78–79.

vertaaminen toisiinsa ei ole yhtä yksiselitteistä, mutta rangaistusasteikkoja mitapuuna käytettäessä törkeä pahoinpitely on huomattavasti näpistystä moitittavampi rikos. Erona tilanteiden välillä on, että jälkimmäisessä esimerkissä rikostyyppi, sen suojaama oikeushyvä ja sitä myöden avunantajan menettelyn luoma vaara ovat myös muuttuneet. Toisin sanoen tapauksia kohdellaan eri tavalla sen vuoksi, että jälkimmäisessä esimerkissä avunantajan luoma vaara on uusi, koska se kohdistuu eri oikeushyvään kuin päätekijän alkuperäinen rikos. Ero tapauksien välillä syntyy siten korostetusti rikosoikeusteorian tasolla.

Kriminaalipoliittisesta näkökulmasta tarkasteltuna merkittävin peruste sille, miksi tapauksia kohdellaan eri tavalla, on, että jälkimmäisessä esimerkkitapauksessa menettely on luonut kokonaan uuden vaaran, kun taas ensimmäisessä tapauksessa vaara on pysynyt samana mutta vähentynyt. Toisin sanoen tilanteissa, joissa luodaan kokonaan uusi vaara, menettelyä ei voida pitää samalla tavoin sosiaalisesti hyväksyttävänä ja sallittuna kuin vaaran pysyessä samana. Sen vuoksi jälkimmäisessä tilanteessa on kyse kielletystä riskinotosta siitäkkin huolimatta, että päärikos on menettelyn seurauksena muuttunut vähemmän moitittavaksi.

4.3.3.2 Päätekijän rikoksen toteutumisen riskiä korottava menettely

Rajanveto sallitun ja kielletyn riskinoton välillä on kaikista vaikein tilanteissa, joissa menettelyn seurauksena toinen on tehnyt tahallisen rikoksen. Menettelyn ollessa tuottamuksellista on tietyissä tilanteissa edelleen mahdollista soveltaa ajatusta regressikiellosta (*Regressverbot*).⁵¹ Selvää on, ettei regressikielto sovellu tahallisen rangaistaviin varsinaisen osallisuuden muotoihin, jotka muutoin jäisivät kokonaan rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle. Rikosoikeudellinen vastuu voidaan siten jäljittää myös toisen tahallisen menettelyn takana vaikuttavaan menettelyyn, eikä sallittu riskinotto voi avunannossa sen paremmin kuin yllytyksessäkään perustua regressikieltoon.

Useimmat rikosoikeusopinemat yhdistävät sallitun riskinoton tavalla tai toisella luottamusperiaatteeseen (*Vertrauensgrundsatz*).⁵² Suomalaisessa rikosoikeustieteessä luottamusperiaatteelle on annettu itsenäistä merkitystä ennen kaikkea liikenne rikoksissa,⁵³ mutta sitä on mahdollista soveltaa myös muissa rikoksissa.⁵⁴ Periaatteen ydinsisältönä on, että jokainen saa lähtökohtaisesti luottaa siihen, etteivät toiset tee tahallisia rikoksia.⁵⁵

⁵¹ Näin Kühl 2012 s. 46–47.

⁵² Näin esim. Jakobs 1991 s. 208–212; Kindhäuser 2013 s. 278–279; Kühl 2012 s. 46–47 ja Roxin 2006 s. 1070–1075. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä ks. erityisesti Frände 2012 s. 96–97 sekä Nuutila 1996 s. 336–343 ja 351–353.

⁵³ Frände 2012 s. 96 ja Nuutila 1996 s. 337. Ks. myös Tolvanen 1999 s. 312 ss. ja Tolvanen 1996 s. 167 ss.

⁵⁴ Näin suomalaisessa rikosoikeustieteessä nimenomaisesti Frände 2012 s. 96.

⁵⁵ Jakobs 1991 s. 208–209; Kühl 2012 s. 47 ja Roxin 2006 s. 1072.

Periaate on yhteydessä siihen rikosoikeudellisen vastuun peruslähtökohtaan, että jokainen on lähtökohtaisesti vastuussa omasta menettelystään (*Prinzip der Eigenverantwortlichkeit*). Kääntäen tämä tarkoittaa, ettei kukaan lähtökohtaisesti ole vastuussa toisten menettelystä. Seurauksena on yleensä, että henkilö, joka on luonut ehdon toisen tahalliselle rikokselle, vapautuu vastuusta, koska toinen on velvollinen ottamaan huomioon ehdon toiminnassaan ja tekemään rikosentekopäätöksensä sen perusteella.⁵⁶

Vaikka luottamusperiaatetta ei voida soveltaa täysimääräisesti osallisuuden yhteydessä, sille on annettava merkitystä myös avunantodoktriinissa. Selvää on, että tiettyjen ehtojen täytyessä myös avunantaja saa luottaa siihen, ettei päätekijä käytä hyväkseen häneltä saamaansa apua rikoksen tekemiseen.⁵⁷ Toisin sanoen avunantajan menettely luokitellaan sallituksi riskinotoksi siitäkkin huolimatta, että se on korottanut riskiä päätekijän rikoksen toteutumisesta. Avunantodoktriinissa luottamusperiaatteella on merkitystä erityisesti yleisen elämän riskin (*allgemeines Lebensrisiko*) piiriin kuuluvissa menettelyissä.

Vallitseva kanta opissa objektiivisesta syyksilukemisesta on, että yleisen elämän riskin piiriin kuuluva menettely on yleensä sallittua riskinottoa.⁵⁸ Yleinen elämän riski kattaa ensinnäkin sellaiset avunantajan menettelyt, jotka ovat vain vähäisessä määrin korottaneet riskiä päätekijän rikoksen toteutumisesta. Tällaisen menettelyn jääminen avunantovastuun ulkopuolelle palautuu jo objektiivisen syyksilukemisen peruslähtökohtiin. *Roxin*in mukaan objektiivisen syyksilukemisen edellytyksiä ei ole olemassa silloin, kun tekijän menettely on kyllä korottanut riskiä oikeushyvän loukkauksen toteutumiseen, mutta korotusta ei voida pitää rikosoikeudellisesti merkityksellisenä.⁵⁹ Vastaavalla tavalla *Rudolf Rengier* katsoo, ettei kyse ole kielletystä riskinotosta, jos tekijän menettely on ainoastaan korottanut seurauksen toteutumisen riskiä oikeudellisesti merkityksettömällä tavalla.⁶⁰ Suomalaisessa rikosoikeustieteessä puolestaan *Nuutila* on todennut, että vaatimusta vähäisen vaaran korottamisen rankaisemattomuudesta on syytä korostaa.⁶¹

Palataan luvussa aikaisemmin esitettyyn esimerkkitapaukseen, jossa A:n sijaisvanhemmat X ja Z olivat edistäneet A:n täysi-ikäisenä tekemien rikosten toteutumista siten, että he olivat koko A:n nuoruuden ajan katsoneet väkivaltaisia elokuvia A:n kanssa ja ostaneet A:lle väkivallalla mässäileviä videopelilejiä. Vaikka väkivaltaisten elokuvien katsominen ja väkivallalla mässäilevien videopelien pelaaminen voi tietyissä olosuhteissa korottaa riskiä alaikäisen

⁵⁶ *Kühl* 2012 s. 62–65.

⁵⁷ *Jakobs* 1991 s. 697 ja *Roxin* 2003 s. 214.

⁵⁸ *Heinrich* 2014 s. 91.

⁵⁹ *Roxin* 2006 s. 377.

⁶⁰ *Rengier* 2016 s. 87.

⁶¹ *Nuutila* 1996 s. 311.

henkilön ajautumisesta rikolliselle uralle, lähtökohtaisesti riskinkorotusta on pidettävä niin vähäisenä, että se kuuluu yleisen elämän riskin piiriin.

Toiseksi yleinen elämän riski kattaa sellaiset tavalliseen sosiaaliseen elämään ja kanssakäymiseen kuuluvat avunantajan menettelyt, jotka ovat vähäistä merkittävämminkin korottaneet riskiä päätekijän rikoksen toteutumisesta.⁶² Erityisesti kyseeseen tulevat sellaiset lailliseen ammatti- ja elinkeinotoimintaan kuuluvat menettelyt, joihin luonteeltaan ja laadultaan liittyy riski siitä, että niitä voidaan käyttää hyväksi rikoksen tekemisessä. Se, miksi kynnys kielletylle riskinotolle asetetaan näissä tilanteissa tavallista korkeammalle, johtuu ensinnäkin siitä, ettei tavalliseen sosiaaliseen elämään ja kanssakäymiseen kuuluvaa menettelyä voida kaiken kattavasti kieltää, vaikka se poikkeuksellisesti saattaa johtaa oikeushyvänloukkauksen toteutumiseen.⁶³ Lisäksi sosiaaliseen elämään ja kanssakäymiseen kuuluvat menettelyt ovat laajassa mittakaavassa edellytys yhteiskunnan toiminnalle, jolloin niihin yleisellä tasolla liittyvät edut painavat enemmän vaakakupissa kuin se, että ne yksittäistapauksessa saattavat johtaa rikoksen toteutumiseen.⁶⁴ Sen vuoksi menettelyltä puuttuu kielletylle riskinotolle ominainen deliktinen luonne.⁶⁵

Palataan luvussa aikaisemmin esitettyihin kolmeen esimerkkitapaukseen. Ensimmäisessä esimerkkitapauksessa rautakauppias myy asiakkaalle sorkkaraudan ja lekan, joita asiakas käyttää ryöstön tekemiseen. Toisessa esimerkkitapauksessa A maksaa remonttimiehelle käteisenä palkkion remontin tekemisestä, ja remonttimies jättää palkkion ilmoittamatta verotuksessa syyllistyen verorikokseen. Viimeisessä tapauksessa pankkivirkailija on asiakkailta saamansa toimeksiannon perusteella siirtänyt varoja asiakkaiden sveitsiläisissä pankeissa oleville tileille, mikä on edistänyt asiakkaiden tekemien verorikosten toteutumista. Kaikissa kolmessa esimerkkitapauksessa on kyse sellaisesta tavalliseen sosiaaliseen elämään ja kanssakäymiseen kuuluvasta menettelystä, joiden yhteydessä kyse voi olla sallitusta riskinotosta, vaikka menettely on vähäistä merkittävämminkin korottanut riskiä päärikoksen toteutumisesta.

Rikosoikeustieteessä on esitetty erilaisia käsityksiä siitä, milloin yleisen elämän riskin piiriin kuuluva menettely on sallittua ja milloin taas kiellettyä riskinottoa. *Roxin* kytkee rajanvedon ennen kaikkea päätekijän henkilöön liittyviin seikkoihin. Hänen mukaansa avunantaja saa lähtökohtaisesti luottaa

⁶² *Roxin* 2006 s. 377 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 71.

⁶³ *Roxin* 2006 s. 377.

⁶⁴ *Rengier* 2016 s. 87 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 71. Ks. myös *Nuutila* 1996 s. 351 ja *Roxin* 2006 s. 1072. Asian voi ilmaista myös niin, että oikeusjärjestys sallii menettelyn siihen liittyvien etujen vuoksi. Useat rikosoikeustieteilijät liittävät sosiaaliadekvanssin käsitteen juuri näihin tilanteisiin.

⁶⁵ *Roxin* 2006 s. 377.

siihen, ettei hänen menettelynsä edistä päätekijän rikoksen toteutumista, ellei päätekijä ilmennä tunnistettavaa valmiutta rikoksen tekemiseen (*erkennbare Tatgeneigtheit*).⁶⁶ Yleensä rikosoikeustieteessä on kuitenkin korostettu avunantajan oman menettelyn objektiivista luonnetta.

Günther Jakobsin mukaan kyse on sallitusta riskinotosta aina silloin, kun avunantajan menettelyllä on itsenäinen, päätekijän rikoksen edistämisestä erillinen merkityssisältö. Tällöin avunantajan menettely on ainoastaan luonut mahdollisuuden, jota päätekijä voi käyttää hyväkseen rikoksen toteuttamisessa, eikä tuon mahdollisuuden toteutuminen tee avunantajan menettelystä taannehtivasti rikosoikeudellisesti merkittävää.⁶⁷ Myös *Wolfgang Frisch* on kytenyt avunannon objektiivisen tunnusmerkistön mukaisuuden siihen, kiteytyykö avunantajan menettelyn merkityssisältö yksinomaan päätekijän rikoksen edistämiseen vai onko sillä myös itsenäinen merkityssisältö.⁶⁸ Useimmat lailliseen ammatti- ja elinkeinotoimintaan kuuluvat menettelyt jäävät tällä perusteella kokonaan avunantovastuun ulkopuolelle. *Frischin* mukaan sellaisten tavaroiden tai palvelujen tarjoaminen, joita päätekijä voi laillisesti käyttää hyväkseen, palvelee ensisijaisesti yhteiskunnan kannalta positiivisia tarkoituksia, eivätkä ne siten muodosta kiellettyä riskinottoa, vaikka niitä voidaan käyttää myös rikoksen tekemiseen.⁶⁹

Ingeborg Puppen mukaan ratkaisevaa rajanvedossa avunantovastuun perustavien ja perustamattomien menettelyjen välillä on, miten tiivis (syy-)yhteys avunantajan menettelyn sekä sen edistämän päätekijän rikoksen välillä vallitsee. Jos suhde on läheinen ja tunnettu (*eng und offenkundig*), ei kysymystä sallitusta riskinotosta tarvitse edes asettaa; toimi perustaa lähtökohtaisesti aina objektiivisessa suhteessa avunantovastuun. Tällaisessa tilanteessa kielletty riskinotto perustuu siihen, että avunantajan menettely välittömästi palvelee päätekijän toimintaa, jolla on yksinomaan deliktinen luonne.⁷⁰

Puppen mukaan avunantajan menettely ei välittömästi palvele päätekijän toimintaa esimerkiksi silloin, kun henkilö antaa yrittäjälle toimeksiannon ja maksaa toimeksiannon suorittamisesta ja yrittäjä joko käyttää pimeää työvoimaa tai jättää palkkion ilmoittamatta verotuksessaan. Päätekijän toiminnalla ei ole yksinomaan deliktistä luonnetta, jos sillä on myös sosiaalinen merkityssisältö. Tällä perusteella raaka-aineita tuottajalle toimittava ei ole avunantovastuussa ympäristörikoksista, joihin tuottaja toiminnassaan syylistyy.⁷¹

⁶⁶ *Roxin* 2003 s. 214.

⁶⁷ *Jakobs* 1991 s. 698.

⁶⁸ *Frisch* 1988 s. 280 ja 308.

⁶⁹ *Frisch* 1988 s. 295–296. Myöskään *Frisch* ei anna merkitystä avunantajan mahdolliselle tietoisuudelle päätekijän rikoksesta. Ks. *Frisch* 1988 s. 284–288.

⁷⁰ *Puppe* 2011 s. 316–317.

⁷¹ Kummassakaan esimerkkitapauksessa ei avunantajan subjektiivisella suhtautumisella ole mer-

Kindhäuser korostaa pitkälti vastaavalla tavalla myötävaikuttavan syy-yhteyden laatua ja luonnetta.

Ratkaisevaa on, miten yleisen elämän riskin piiriin kuuluva menettely edistää päätekijän rikosta. Rajanveto sallitun ja kielletyn riskinoton välillä riippuu siitä, onko menettely ainoastaan jollain tavalla vaikuttanut kausaalisesti päätekijän rikoksen toteutumiseen vai onko menettelyssä – objektiivisesta näkökulmasta tarkasteltuna – kyse päätekijälle avuliaasta, hänen tarvitsemastaan keinosta päärikoksen deliktisen tarkoituksen saavuttamiseksi. *Kindhäuser* kytkee rajanvedon sallitun ja kielletyn riskinoton välillä olennaisilta osin myös siihen, missä vaiheessa päätekijän toimintaa avunantotoimi on suoritettu.⁷²

Kindhäuserin mukaan avunantotoimet, jotka on suoritettu välittömästi ennen päätekijän rikoksen täytäntöönpanoa tai sen täytäntöönpanon aikana ja jotka ovat korottaneet riskiä päärikoksen toteutumisesta muuten kuin vähäisessä määrin, perustavat aina avunantovastuun – ne luovat aina kielletyn riskin päätekijän rikoksen toteutumisesta. Sitä, ovatko avunantotoimet korottaneet riskiä päärikoksen toteutumisesta muuten kuin vähäisesti, on arvioitava päärikoksen toteutumiseen liittyvien konkreettisten olosuhteiden perusteella. Arvio tehdään puhtaasti objektiivisesti, eikä avunantajan mahdollisella tietoisuudella menettelynsä päätekijän rikosta edistävistä vaikutuksista ole merkitystä.⁷³

Kindhäuser katsoo, että esimerkkitapauksessa, jossa pankkivirkailija A on asiakkailta saamansa toimeksiannon perusteella siirtänyt varoja asiakkaiden sveitsiläisissä pankeissa oleville tileille edistäen asiakkaiden tekemien verorikosten toteutumista, on tällä perusteella kyse avunannon objektiivisen tunnusmerkistön täyttävästä menettelystä: pankkivirkailijan menettely on korottanut vähäistä enemmän riskiä asiakkaiden tekemien verorikosten toteutumisesta, minkä lisäksi menettely on tapahtunut rikoksen täytäntöönpanovaiheessa.⁷⁴

Sen sijaan avunantotoimet, jotka on suoritettu rikoksen täytäntöönpanovaiheesta ajallisesti erillään olevassa valmisteluvaiheessa, eivät riitä perustamaan avunantovastuuta, jos avunantotoimet ovat sellaisia, että ne ovat olleet päätekijän käytettävissä laillisesti. Tämä koskee erityisesti sellaisia menettelyjä, jotka kuuluvat jokapäiväiseen ammatti- ja elinkeinotoimintaan, kuten tavaroiden myyminen, palvelun tarjoaminen tai tietojen antaminen.⁷⁵ Sellainen menettely,

kitystä. Kyse on siten sallitusta riskinotosta, vaikka avunantaja jopa tietäisi edistävänsä tietyn-tyyppistä päätekijän rikosta. Ks. *Puppe* 2011 s. 317.

⁷² *Kindhäuser* 2012 s. 374.

⁷³ *Kindhäuser* 2012 s. 374.

⁷⁴ *Kindhäuser* 2012 s. 372 ja 374.

⁷⁵ Sallitusta riskinotosta voi olla kyse, vaikka avunantotoimi ei sinänsä ole lainvastaisen, mutta sen suoritus tapa on. Esimerkkinä *Kindhäuser* mainitsee tavarain myymisen laillisen aukioaloajan ulkopuolella. Ks. *Kindhäuser* 2012 s. 374.

jonka jokainen voi laillisesti hankkia, pyytää tai vaatia ja jota jokainen voi laillisesti käyttää hyväkseen, ei luo kiellettyä riskiä päärikoksen toteutumisesta.⁷⁶

Esimerkkitapauksessa, jossa rautakauppias myy asiakkaalle sorkkaraudan ja lekan, joita asiakas käyttää ryöstön tekemiseen, on siten *Kindhäuserin* näkemys mukaan kyse sallitusta riskinotosta: sorkkaraudan ja lekan myymisessä on kyse elinkeinotoimintaan kuuluvasta menettelystä, ja jokaisella on laillisesti oikeus hankkia kyseiset työkalut.

Kindhäuserin mukaan kyse ei myöskään ole objektiivisessa suhteessa avunannosta, jos A antaa B:lle lyhytkestoisen lainan, jonka B käyttää rahoittaakseen laittoman käsiaseen oston.⁷⁷ Vaikka rahan lainaaminen ei tässä tapauksessa tapahtuisikaan osana ammatti- ja elinkeinotoimintaa, rahan lainaamisessa on edelleen kyse menettelystä, jota jokainen voi pyytää ja käyttää hyväkseen.

Avunantovastuuta eivät myöskään perusta sellaiset toimet, jotka auttavat päätekijää ensisijaisesti laillisen päämäärän saavuttamisessa, eikä kyse ole päätekijän rikokselle spesifistä avunantamisesta.⁷⁸

Oletetaan, että A toimittaa yrittäjä B:lle materiaalia tämän valmistamien tuotteiden tuotantoa varten. Oletetaan lisäksi, että B rikkoo tuotteiden tuotannossa ympäristömääräyksiä. *Kindhäuserin* mukaan A:n menettely ei perusta objektiivisessa suhteessa avunantovastuuta.⁷⁹ Se, miksi kyse on sallitusta riskinotosta, johtuu siitä, että A auttaa päätekijää ensisijaisesti laillisen päämäärän, tuotteiden valmistuksen, saavuttamisessa. Sen sijaan hän ei anna tekospesifiä apua B:lle, jonka oma menettely vasta rikkoo ympäristömääräyksiä.

Toisin on kuitenkin, kun kyse on tavaroista tai tiedoista, jotka riippumatta niiden käyttöajankohdasta ja -yhteydestä, ovat luonteeltaan sellaisia, että ne edistävät päärikoksen toteutumista. Esimerkkinä *Kindhäuser* mainitsee väärän arvion jalokivien arvosta tai rahanvääreennykseen tarvittavien välineiden toimittamisen. Tällöin kyse on jo lähtökohtaisesti tekospesifistä avunantamisesta sellaisen päämäärän saavuttamiseen, joka on laiton.⁸⁰

Kielletystä riskinotosta ei myöskään ole kyse, jos avunantajan menettely aiheuttaa hyödyllisen seurauksen, jonka päätekijän menettely tekee tyhjäksi. Esimerkkinä *Kindhäuser* käyttää tavaran tai palvelun ostamista tai myymistä, mikä synnyttää verovelvollisuuden, jonka päätekijä puolestaan laiminlyö. *Kindhäuserin* mukaan avunantoa ei voi olla sellaisen päätekijän toiminnan edistä-

⁷⁶ *Kindhäuser* 2012 s. 374.

⁷⁷ Edes A:n tietoisuus lainan toimimisesta pohjana myöhemmälle rikolliselle toiminnalle, ei muuta tilannetta. Ks. *Kindhäuser* 2012 s. 374.

⁷⁸ *Kindhäuser* 2012 s. 374.

⁷⁹ Tässäkään tilanteessa A:n tietoisuus ympäristömääräysten rikkomisesta ei muuta arviointia. *Kindhäuser* 2012 s. 374.

⁸⁰ *Kindhäuser* 2012 s. 374.

minen, joka ensisijaisesti luo verovelvollisuuden, vaan ainoastaan menettely, joka ensisijaisesti tähtää syntyneen verovelvollisuuden laiminlyömissä edistämiseen.⁸¹

Esimerkkitapauksessa, jossa A maksaa remonttimiehelle käteisenä palkkion remontin tekemisestä ja remonttimies jättää palkkion ilmoittamatta verotuksessa syyllistyneen verorikokseen, on *Kindhäuserin* näkemyksen mukaan kyse sallitusta riskinotosta.

4.3.3.3 Johtopäätös päätekijän rikoksen toteutumisen riskiä korottavasta menettelystä

Tulkitsen, että riskiä päätekijän rikoksen toteutumisesta korottanut avunantajan menettely on mahdollista luokitella sallituksi riskinotoksi. Pohdittaessa, onko kyse sallitusta vai kielletystä riskinotosta, on kiinnitettävä huomiota ensinnäkin siihen, kuinka paljon avunantajan menettely on korottanut riskiä päätekijän rikoksen toteutumisesta. Lähtökohtana on pidettävä, ettei avunantajan menettely ole korottanut riskiä päätekijän rikoksen toteutumisesta oikeudellisesti merkittävällä tavalla silloin, kun se on vain vähäisessä määrin korottanut jo olemassa olevaa vaaraa seurauksen syntymisen todennäköisyydestä. Riskin korotusta arvioitaessa on otettava huomioon päätekijän henkilöön liittyvät ulkoisesti havaittavat seikat sekä avunantajan oman menettelyn objektiivinen laatu ja luonne.

Avunantajan omaan menettelyyn liittyvistä seikoista olennaisin on avunantajan menettelyn ja päätekijän rikoksen toteutumisen välillä vallitsevan myötävaikuttavan syy-yhteyden laatu ja luonne. Mitä etäisempi se on niin oikeudellisesti kuin ajallisestikin, sitä perustellumpaa avunantajan menettelyä on pitää sallittuna riskinottona. Kiteytetysti kyse on avunantajan menettelyn mielekkyydestä päärikoksen esitekona.⁸² Olennaista on sen arviointi, onko avunantajan menettelyllä itsenäinen, päätekijän rikoksen edistämistä erillinen merkitys sisältö vai onko siinä ennen kaikkea kyse menettelystä, joka on mielekäs vain avunantona päätekijän rikokseen. Tätä arvioitaessa on kuitenkin muistettava, ettei avunantajan menettelyä voida koskaan tarkastella kokonaan eristetyksi ja irrallaan päätekijän toiminnasta. Useimmat avunantotoimet on nimittäin mahdollista luokitella sellaisenaan mielekkäiksi ja harmittomiksi, jos ne irrotetaan kokonaan avunantokontekstista.⁸³

Useimmiten on niin, että mitä läheisempi niin oikeudellisesti kuin ajallisestikin avunantajan menettelyn ja päätekijän rikoksen toteutumisen välillä vallitse-

⁸¹ *Kindhäuser* 2012 s. 374–375.

⁸² Suomalaisessa rikosoikeustieteessä Nuutila on aikaisemmin käyttänyt tällaista rajanvetokriteeriä. Ks. *Nuutila* 1996 s. 337.

⁸³ Samoin *Kindhäuser* 2012 s. 374 ja *Puppe* 2011 s. 316.

va myötävaikuttava syy-yhteys on, sitä mielekkäämpi menettely on myös päärikoksen esitekona. Vahvana indisiona kielletystä riskinotosta on pidettävä sitä, että avunantotoimi on suoritettu päätekijän rikoksen täytäntöönpanovaiheessa tai välittömästi ennen sen alkamista. Tällöin avunantajan menettely useimmiten välittömästi palvelee päätekijän rikoksen toteutumista ja on mielekäs ennen kaikkea päärikoksen esitekona.

Rajoitetussa määrin on kuitenkin mahdollista, että kyse on sallitusta riskinotosta, vaikka avunantajan menettelyn ja päätekijän rikoksen toteutumisen välillä vallitseva syy-yhteys on oikeudellisesti läheinen ja tunnettu. Tämä mahdollisuus koskee ennen kaikkea sellaisia täysin lailliseen ammatti- ja elinkeinotoimintaan liittyviä menettelyjä, joihin itsessään jo liittyy riski siitä, että niitä voidaan käyttää hyväksi rikoksen tekemisessä. Rikosoikeusteoreettisesti mahdollisuus voidaan palauttaa myös *Nuutilan* korostamaan hyötyjen ja haittojen punnintaan: ennen kaikkea avunantajan menettelyn sosiaalinen tavanomaisuus ja hyödyllisyys, mahdollisesti jopa välttämättömyys, edellyttävät, että tietyissä tilanteissa kynnys kielletylle riskinotolle asettuu tavallista korkeammalle.⁸⁴ Rajanvedossa sallitun ja kielletyn riskinoton välillä korostuvat tällöinkin ennen kaikkea avunantohetkellä vallitsevat konkreettiset olosuhteet. Vaikka menettelyyn jo yleisellä tasolla liittyy riski päätekijän rikoksen toteutumisesta, liittyykö kyseiseen yksittäistilanteeseen sellaisia seikkoja, joiden perusteella menettelyn voidaan kyseisessä tilanteessa katsoa korottaneen riskiä päätekijän rikoksen toteutumisesta oikeudellisesti merkittävällä tavalla, kun huomioidaan menettelyn muu sosiaalinen merkityssisältö.

Objektiivisen syyksilukemisen peruslähtökohtiin kuuluu, että sallitun ja kielletyn riskinoton väliseen rajanvetoon vaikuttaa aina myös se, liittyykö tilanteeseen erityisiä huolellisuusvelvollisuuksia. Jos näin on, on lisäksi kiinnitettävä huomiota siihen, minkä tasoisista huolellisuusvelvollisuuksista on kyse.⁸⁵ Usein erityisiä huolellisuusvelvollisuuksia liittyy juuri ammatti- ja elinkeinotoimintaan, ja niiden tarkoituksena on estää menettelyyn liittyvää riskiä toteutumasta. Jos avunantajan menettely on vastoin erityistä huolellisuusvelvollisuutta, on hänen menettelyään mahdollista pitää yksinomaan tällä perusteella kiellettyinä riskinottona. Jos huolellisuusvelvollisuuden normiperustana toimivat laintasoiset, mahdollisesti jopa rikosoikeudelliset sanktioidut normit, kyse on lähtökohtaisesti aina kielletystä riskinotosta. Jos kyseeseen tulevat muun tyyppiset normit, voitaneen ainakin useimmissa tilanteissa lähteä siitä, että kyse on kaikesta huolimatta kielletystä riskinotosta jo huolellisuusvelvollisuuden rikkomisen perusteella.⁸⁶

⁸⁴ Tästä *Nuutila* 1996 s. 324–333.

⁸⁵ Ks. myös *Frände* 2012 s. 92 ja *Nuutila* 1996 s. 312–323.

⁸⁶ Vrt. *Frände* 2012 s. 92–94.

Jos esimerkiksi ampuma-aseen myynyt kauppias on laiminlyönyt ampu-
ma-aselain (1/1998) ja ampuma-aseasetuksen (145/1998) mukaiset ampu-
ma-aseen myyntiä koskevat velvollisuutensa, menettelyä on pidettävä jo
laiminlyönnin perusteella kiellettyä riskinottona, joka voi perustaa avunan-
tovastuun rikoksiin, jotka ostaja myöhemmin tekee aseella.

Esimerkkitapauksessa, jossa pankkivirkailija A on asiakkailta saamansa
toimeksiannon perusteella siirtänyt varoja asiakkaiden sveitsiläisissä pan-
keissa oleville tileille ja siten edistänyt asiakkaiden tekemien verorikosten
toteutumista, on olennainen merkitys sillä, liittyykö tilanteeseen erityisiä
huolellisuusvelvollisuuksia varmistua siirtojen tarkoituksesta, ja minkä tyyppisiin
normeihin ne perustuvat. Jos erityisiä velvollisuuksia on olemassa,
kyse on helposti kielletystä riskinotosta jo huolellisuusvelvollisuuden lai-
minlyönnin perusteella.

4.3.3.4 Mistä näkökulmasta riskinkorotusta tulee arvioida?

Olennainen kysymys rajanvedossa sallitun ja kielletyn riskinoton välillä on,
mistä näkökulmasta riskinkorotusta arvioidaan. *Kindhäuserin* mukaan arvio
siitä, onko menettely korottanut oikeushyvän loukkauksen todennäköisyyttä,
tehdään aina *ex ante* -näkökulmasta.⁸⁷ *Uwe Murmann* katsoo, että arvio tehdään
harkitsevan ja tunnollisen ihmisen näkökulmasta siinä konkreettisessa tilan-
teessa ja sosiaalisessa roolissa kuin tekijällä oli.⁸⁸ *Roxin* mukaan ratkaisevaa
on objektiivis-jälkikäteinen arvio siitä, onko menettely korottanut seurauksen
syntymisen todennäköisyyttä, ja kuinka paljon se on sitä korottanut. Kyse on
sen arvioinnista, olisiko järkevä tarkkailija ennen tekoa pitänyt menettelyä ris-
kiä korottavana.⁸⁹ Suomalaisessa rikosoikeustieteessä *Frände* on puolestaan to-
dennut, että arvio menettelyn luonteesta sallittuna tai kiellettyä riskinottona
tehdään kokonaan *ex ante* -näkökulmasta, ja huomioon otetaan kaikki ne konk-
reettiset olosuhteet, joiden voidaan katsoa todennäköisesti olleen tekijän tunte-
mia.⁹⁰

Opissa objektiivisesta syyksilukemisesta ollaan sangen yksimielisiä siitä,
että arvio riskinkorotuksesta tehdään aina *ex ante* -näkökulmasta ja mittapuuna
käytetään lähtökohtaisesti eräänlaista huolellista tarkkailijaa tai standardiper-
soonaa. Opissa ollaan kuitenkin eri mieltä siitä, voidaanko arviossa tapauskoh-
taisesti ottaa myös huomioon sellainen erityistietämys, jota objektiivisella tark-
kailijalla ei voida katsoa olevan mutta joka arvioitavalla henkilöllä kyseisessä
tilanteessa oli. Saksalaisessa rikosoikeustieteessä *Roxin* on puoltanut kaikkein
voimakkaimmin näkemystä, jonka mukaan erityistietämys voidaan ottaa huo-
mioon: hänen mukaansa muuten objektiivinen tarkkailija on myös varustettava

⁸⁷ *Kindhäuser* 2013 s. 90.

⁸⁸ *Murmann* 2015 s. 164.

⁸⁹ *Roxin* 2006 s. 378.

⁹⁰ *Frände* 2012 s. 90.

tekijällä olleella erityistietämyksellä.⁹¹ *Roxin*in näkemystä on kritisoitu saksalaisessa rikosoikeustieteessä ennen kaikkea siitä, ettei se ole yhteensopiva objektiivisen syyksilukemisen peruslähtökohtien kanssa.

Lähtökohtana objektiivisessa syyksilukemisessa on, että menettelyn objektiivista tunnusmerkistön mukaisuutta arvioidaan erillään tunnusmerkistön subjektiivisesta puolesta. Tarkoituksena on selvittää, onko menettely rikosoikeudellisesti riittävän merkityksellistä täyttääkseen objektiivisessa suhteessa rikoksen tunnusmerkistön. Erityistietämyksessä on kyse subjektiivisesta seikasta. Kuten *Armin Kaufmann* on todennut, subjektiiviset seikat ovat ylimääräisiä opissa objektiivisesta syyksilukemisesta, jonka systeemiin ne eivät sovi.⁹² *Kindhäuserin* mukaan kyse on puolestaan epäjohdon mukaisuudesta ja teoreettisesta virheestä, jos subjektiiviset seikat voivat vaikuttaa objektiivisen syyksilukemisen sisältöön.⁹³

Roxin vastaa kritiikkiin lainaamalla *Luis Greco* ja toteaa, että objektiivisen syyksilukemisen tavoitteena on rikosoikeudellisen vastuun uloimpien rajojen määrittäminen. Jos tavoitteen kriminaalipoliittisesti mielekäs saavuttaminen edellyttää subjektiivisten seikkojen huomioimista, ne kuuluvat perustellusti oppiin objektiivisesta syyksilukemisesta ja ne voidaan ottaa huomioon myös objektiivisessa syyksilukemisessa.⁹⁴ *Murmann* puolestaan huomauttaa, että kyse olisi sosiaalisen yhteiselämän liiallisesta yksinkertaistamisesta, jos subjektiivisia seikkoja ei otettaisi lainkaan huomioon. Hänen mukaan ei ole käytännöllistä vaatia jokaiselta samanlaista huolellisuutta kuin asiantuntijalta, mutta asiantuntijan ollessa kyseessä ei ole myöskään olemassa mitään perustetta oikeushyvien suojan näkökulmasta sille, miksi hänet pitäisi vapauttaa erityisasiantuntemuksensa ottamisesta huomioon.⁹⁵

Kiteytetysti vastakkain ovat siten teoreettinen johdonmukaisuus ja kriminaalipoliittiset argumentit. *Jakobs* on pyrkinyt löytämään kompromissin näkemysten välillä. Hänen mukaansa erityistietämys voidaan ottaa huomioon, mutta vain siinä tapauksessa, että se kuuluu tekijän sosiaaliseen rooliin.⁹⁶ Olen taipuvainen kannattamaan *Jakobsin* näkemystä. Avunannon näkökulmasta tästä seuraa, että arvio riskin korotuksesta tehdään aina *ex ante* -näkökulmasta ja kaikkien niiden objektiivisten seikkojen perusteella, jotka olivat tuolloin tiedossa. Mittapuuna arviossa käytetään tavallista järkevää ja huolellista tarkkailijaa, jolla on myös sellainen erityistietämys, joka kuuluu arvioitavana olevan henkilön sosiaaliseen rooliin.⁹⁷

⁹¹ *Roxin* 2006 s. 378.

⁹² *Kaufmann* 1985 s. 260.

⁹³ *Kindhäuser* 2013 s. 106.

⁹⁴ Ks. *Greco* 2005 s. 553 sekä *Roxin* 2006 s. 2006 s. 378–379.

⁹⁵ *Murmann* 2015 s. 165.

⁹⁶ *Jakobs* 1989 s. 273.

⁹⁷ Vrt. *Frände* 2012 s. 90.

Palataan taas esimerkkitapaukseen, jossa pankkivirkailija A on asiakkailta saamansa toimeksiannon perusteella siirtänyt varoja asiakkaiden sveitsiläisissä pankeissa oleville tileille ja siten edistänyt asiakkaiden tekemien verorikosten toteutumista. Jos tilanteeseen ei liity sellaisia huolellisuusvelvollisuuksia, joiden laiminlyönnin perusteella menettelyä voidaan pitää suoraan kiellettyinä riskinottona, riskinkorotusta arvioitaessa otetaan huomioon kaikki tekohetkellä tiedossa olleet objektiiviset seikat. Lisäksi huomioon otetaan sellainen erityistietämys, joka pankkivirkailijalla voidaan katsoa olevan kyseisessä tilanteessa. Ratkaisevaa on, minkälaisia johtopäätöksiä järkevä ja huolellinen tarkkailija olisi tehnyt tiedossa olleista objektiivisista seikoista pankkivirkailijalla olleen erityistietämyksen perusteella.

Näkemykseni mukaan avunantajalla olevaa tietoa päätekijän aikeista tehdä rikos ei kuitenkaan voida pitää sosiaaliseen rooliin kuuluvana erityistietämyksenä. Sen vuoksi sitä ei myöskään voida ottaa huomioon riskinkorotusta arvioitaessa. Kriminaalipoliittisesti ongelmallisimmat tapaukset ovatkin juuri niitä, joissa objektiivisten seikkojen perusteella menettelyä olisi pidettävä sallittuna riskinottona, mutta avunantaja tietää, että kyseisessä tilanteessa hänen menettelynsä edistää päätekijän rikoksen toteutumista. Toisin sanoen kyse on tilanteista, joissa menettelyn moitittavuus perustuu avunantajan moitittavaan tahdonmuodostukseen, ei menettelyn objektiiviseen laatuun ja luonteeseen.

Palataan luvussa aikaisemmin esitettyihin esimerkkitapauksiin, joissa kyse on tilanteista, joissa rautakauppias myy ostajalle sorkkaraudan ja lekan, vaikka tietää, että ostaja käyttää hänen myymiään esineitä rikoksen tekemiseen, A maksaa remonttimiehelle käteisenä palkkion remontin tekemisestä, vaikka tietää, että remonttimies ei ilmoita palkkiota verotuksessa, ja pankkivirkailija siirtää varoja asiakkaiden sveitsiläisessä pankissa oleville tileille, vaikka tietää, että tilisiirtojen tarkoituksena on veronkierto ja varojen olemassaolon salaaminen.

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä on esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, miten tilanteet on teoreettisesti mahdollista tuoda kielletyn riskinoton piiriin. Monet niistä ovat yhteydessä luottamusperiaatteeseen. Kuten edellä on käynyt ilmi, useimmat rikosoikeusoppineet palauttavat sallitun riskinoton tavalla tai toisella luottamusperiaatteeseen. Avunantodoktriinissa juuri yleisen elämän riskin piiriin kuuluvien menettelyjen luokittelu sallituksi riskinotoksi palautuu luottamusperiaatteeseen. *Roxin* on kuitenkin esittänyt, että luottamusperiaate menettää merkityksensä silloin, kun avunantaja tietää päätekijän tekoaikeista: avunantaja, joka tietää, että hänen menettelynsä konkreettisessa yksittäistilanteessa edistää päätekijän rikoksen toteutumista, ei voi loogisesti enää luottaa siihen, ettei päätekijä tee rikosta. Koska luottamusperiaate menettää merkityksensä avunantajan tietäessä päätekijän tekoaikeista ja koska yleisen elämän riskin piiriin kuuluvien menettelyjen luonne sallittuna riskinottona perustuu en-

nen kaikkea luottamusperiaatteeseen, johtopäätöksenä on, että yleisen elämän riskin piiriin kuuluvia menettelyjä on pidettävä kiellettyinä riskinottona, jos avunantaja tietää edistävänsä päätekijän rikosta.⁹⁸

Esimerkkitapauksissa kyse olisi siten yksiselitteisesti avunannosta, koska rautakauppias tietää, että ostaja käyttää sorkkarautaa ja lekaa rikoksen tekemiseen, koska A tietää, että remonttimies ei ilmoita palkkiota verotuksessa ja koska pankkivirkailija tietää, että tilisiirtojen tarkoituksena on veronkierto ja varojen olemassaolon salaaminen.

Tulkintani mukaan *Roxinin* näkemys ei kuitenkaan ole teoreettisesti kestävä. Yleisen elämän riskin piiriin kuuluvien menettelyjen luonne sallittuna riskinottona perustuu siihen, että kyseisissä tilanteissa avunantaja voi yleisellä tasolla lähteä siitä, ettei hänen menettelynsä edistä toisen tekemän rikoksen toteutumista. Sen vuoksi hänen ei tarvitse ottaa huomioon sitä, että hänen menettelynsä voi potentiaalisesti edistää rikoksen toteutumista. Arvio tapahtuu puhtaasti objektiivisten seikkojen perusteella, mikä on linjassa objektiivisen syyksilukemisen peruslähtökohtien kanssa. *Roxinin* ajattelussa luottamusperiaate puolestaan menettää merkityksensä konkreettiseen yksittäistilanteeseen liittyvien tekijän subjektiivisten seikkojen perusteella. Kyse on juuri sellaisista seikoista, joita teoreettisesti ei voida ottaa huomioon arviossa objektiivisesta syyksilukemisesta. Vaikka *Roxinin* näkemys on houkutteleva kriminaalipoliittisesta näkökulmasta, se ei sovi objektiivisen syyksilukemisen systematiikkaan.

⁹⁸ Tästä *Roxin* 2003 s. 215.

5 Johtopäätös avunannon alarajasta

Avunannon kausaalisuusvaatimuksen perusteella pystytään rikosoikeudellisesti merkityksellinen avunanto erottamaan rikosoikeudellisesti merkityksettömästä avunannosta ainoastaan rajoitetussa määrin silloin, kun avunantajan menettely on vähentänyt päätekijän rikoksen toteutumisen todennäköisyyttä. Lähtökohdaisesti avunannoksi kelvollisten menettelyjen piiri muodostuu kuitenkin ylikattavaksi, jos rajanveto tehdään kausaalisuuden tasolla. Sen vuoksi avunannon kausaalisuusvaatimus ei voi toimia keskeisimpänä rajanvetokriteerinä avunantovastuun ja sen ulkopuolelle jäävän menettelyn välillä.

Avunantoon liittyvä tahallisuusvaatimus rajaa tehokkaasti avunannon rangaistavuuden alaa. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että todennäköisyystahallisuuden mukaan määräytyvä tahallisuuden alin aste sekä avunannon tahallisuuden kohdistuminen avunantajan omaan menettelyyn ja tapaan, jolla se edistää päätekijän rikoksen toteutumista, sekä päätekijän rikoksen tunnusmerkistöön nostavat ainakin teorian tasolla kynnyksen tahallisuuden täytymiselle varsin korkealle. Avunannon ja osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän myötävaikuttamisen välisen rajanvedon näkökulmasta tarkasteltuna tahallisuusvaatimus toimii kuitenkin huonona vastinparina ylikattavalle kausaalisuusvaatimukselle.

Ensinnäkin vaarana on subjektiivisten seikkojen liiallinen korostuminen rajanvedossa, mikä on omiaan johtamaan tekijärikosoikeuteen: rajanveto avunannon ja osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävän menettelyn välillä ei voi kiteytyä siihen, mitä avunantaja on mieltänyt tai miten hän on suhtautunut mieltämäänsä, vaan myös sille, mitä avunantaja on todella tehnyt, on annettava merkitystä. Toiseksi on teoreettisesti virheellistä siirtää vastuunrajaus tunnusmerkistön subjektiiviselle puolelle sellaisissa tilanteissa, joissa menettely ei jo objektiiviselta laadultaan ja luonteeltaan ole niin merkittävää, että sen tulisi perustaa avunantovastuu. Sen sijaan juuri avunantajan menettelyn objektiivista laatua ja luonnetta on perusteltua korostaa rajanvedossa.

Tämän vuoksi avunannon rangaistavuus on kytkettävä tunnusmerkistön objektiiviselle puolelle asetettavaan lisäedellytykseen, kielletyn riskinoton käsitteeseen. Se määrittää kaikista olennaisimmin, milloin kyse on avunannosta ja milloin menettely jää kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle. Rikosoikeusteoreettisesti kielletyssä riskinotossa on kyse avunannon rangaistavuuden edellytyksestä samalla tavoin kuin kausaalisuudessa, tahallisuudessa ja aksessorisuudessa. Avunannossa on siten kyse sellaisesta avunantajan tahallisesta ja aksessorisesta menettelystä, joka on luonut kielletyn riskin pää-

tekijän rikoksen toteutumisesta ja joka on edistänyt päärikosta aina sen toteutumiseen asti.¹

Tässä luvussa pääpaino on ollut sen selvittämisessä, milloin päätekijän rikoksen toteutumista edistäneessä menettelyssä ei ole kyse kielletystä riskinotosta. On kuitenkin korostettava, että avunantodoktriinissa sallittu riskinotto on poikkeus, ei pääsääntö. Lähtökohtana on pidettävä, että useimmissa tilanteissa, joissa avunantajan menettely on edistänyt päätekijän rikoksen toteutumista, on kyse kielletystä riskinotosta.²

¹ Vrt. *Roxin* 2003 s. 192.

² Vrt. *Frände* 2012 s. 92.

OSA V – AVUNANNON JA
RIKOSKUMPPANUUDEN VÄLINEN
RAJANVETO – MITEN AVUNANTO
EROTETAAN RIKOSKUMPPANUUDESTA?

1 Johdanto

1.1 YLEISTÄ

Rikoksumppanuudesta säädetään RL 5:3:ssa. Pykälän mukaan ”jos kaksi tai useammat ovat yhdessä tehneet tahallisen rikoksen, rangaistaan kutakin rikoksen tekijänä”. Osallisuusmuodon funktiona erillisvastuujärjestelmässä on ulottaa tekijävastuu henkilöihin, jotka ovat yhdessä tehneet rikoksen mutta joiden menettely ei itsenäisesti arvioituna riitä täyttämään rikoksen – tai ainakaan kyseessä olevan rikoksen – tunnusmerkistöä välittömänä yksin tekijänä. Rikoksumppanuuden perusteella on siten poikkeuksellisesti mahdollista arvioida rikoksen toteutumiseen myötävaikuttaneiden menettelyä kokonaisuutena sen sijaan, että jokaisen menettelyä arvioitaisiin erikseen yksittäisinä tekoina. Rikoksumppanuuden tyyppitilanteet voidaan karkeasti jakaa kolmeen ryhmään.

Ensimmäisen niistä muodostavat tilanteet, joissa useamman henkilön menettely vasta kokonaisuutena täyttää rikoksen tunnusmerkistön. Esimerkkinä voidaan käyttää RL 36:1:n petosta.

Oletetaan, että kaksi henkilöä on yhdessä tehnyt petoksen siten, että toinen heistä on aiheuttanut uhrin erehtymisen ja toinen puolestaan on saanut aiheutetun erehtymisen perusteella uhrin tekemään oikeustoimen, josta uhrille aiheutuu taloudellista vahinkoa.

Itsenäisesti arvioituna kummankaan menettely ei välttämättä täyttäisi minkään rikoksen tunnusmerkistöä, mutta rikoksumppanuuden perusteella tekijävastuu petoksesta on mahdollista ulottaa molempiin.

Toisen ryhmän muodostavat yhdistetyt rikokset, joista esimerkkinä voidaan käyttää RL 31:1:n ryöstöä.

Oletetaan nyt, että kaksi henkilöä on yhdessä tehnyt ryöstön siten, että heistä toinen on suorittanut ryöstön tunnusmerkistöön kuuluvan pahoinpitelytoimen ja toinen puolestaan niin ikään ryöstön tunnusmerkistöön kuuluvan anastustoimen. Kumpikaan ei kuitenkaan ole suorittanut sekä pahoinpitelyettä anastustointia.

Rikoksumppanuuden perusteella tekijävastuu on mahdollista ulottaa molempien osalta ryöstöön, vaikka itsenäisesti arvioituna pahoinpitelytoimen suorittanut voitaisiin tuomita ainoastaan pahoinpitelystä ja anastustoimen suorittanut puolestaan varkaudesta.

Kolmannen ryhmän muodostavat tilanteet, joissa useat ovat tehneet rikoksen yhdessä siten, että työnjaon mukaan osa vastaa rikoksen varsinaisesta täytäntöönpanosta, kun taas osan merkitys rikoksen toteutumisessa rajoittuu täytäntöönpanoa edeltäneisiin vaiheisiin. Kyse voi olla esimerkiksi rikoksen suunnittelusta ja valmistelusta tai varsinaisen rikosentekopäätöksen tekemisestä.

Esimerkkinä voidaan käyttää järjestäytyntä rikollisuutta, jossa tyypillisesti rikosentekopäätös, rikoksen suunnittelu ja valmistelu sekä rikoksen täytäntöönpano on erotettu eri portaille rikollisorganisaatioissa.

Rikoskumppanuuden perusteella tekijävastuu on mahdollista ulottaa myös muihin kuin rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon osallistuneisiin. Kysymys siitä, missä tilanteissa, missä laajuudessa ja ennen kaikkea miten rikosoikeusteoreettisesti tämä on mahdollista, kuuluu kuitenkin osallisuusopin kiistelyimpiin.

Rikoskumppanuudella on rikosoikeusteoreettisessa mielessä yhteinen raja kaikkien osallisuusmuotojen kanssa. Kysymys siitä, miten rikoskumppanuus erotetaan muista osallisuusmuodoista, aktualisoituu sekä suhteessa muihin tekijävastuunmuotoihin että varsinaiseen osallisuuteen. Muiden tekijävastuunmuotojen osalta kyse on siitä, milloin useamman henkilön myötävaikutusta rikoksen toteutumiseen on arvioitava rikoskumppanuutena ja milloin taas välittömänä yksin tekemisenä tai välillisenä tekemisenä.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä näyttää esimerkiksi vallitsevan erimielisyys siitä, ovatko välittömän yksin tekemisen ja rikoskumppanuuden soveltamisalat osittain päällekkäisiä. *Honkasalo* on katsonut, että rikoskumppanuus on periaatteessa mahdollista myös silloin, kun jokainen osallinen toteuttaa rikoksen tunnusmerkistön välittömänä yksin tekijänä, jos osalliset ovat vain toimineet yhdessä.¹ *Teemu Vanhasen* mukaan osallisuusmuodot eivät kuitenkaan voi olla päällekkäisiä, vaan ne ovat toisiaan tangeeraavia.² Myös *Tapani* ja *Tolvanen* ovat todenneet, että rikoskumppanuus on tärkeää pitää käsitteellisesti erillään välittömästä yksin tekemisestä. Heidän mukaansa rikoskumppanuudesta ei ole kyse silloin, kun kukin henkilö yksin ja itsenäisesti toteuttaa kaikki rikostunnusmerkistön elementit.³

Rikoskumppanuuden ja varsinaisen osallisuuden välinen rajanveto puolestaan kiteytyy kysymykseen siitä, keiden menettelyä rikoksen toteutumiseen myötävaikuttaneista henkilöistä on arvioitava rikoskumppanuutena ja keiden vastuu toisaalta rajautuu ainoastaan yllytykseen tai avunantoon. Rikoskumppanuuden ja varsinaisen osallisuuden välisen rajanvedon merkitystä korostaa se seik-

¹ *Honkasalo* 1967 s. 212.

² *Vanhanen* 2004 s. 10.

³ *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 416.

ka, ettei varsinaisessa osallisuudessa ole kyse enää rikoksen tekemisestä: toisin kuin tekijävastuunmuodot yllytys ja avunanto rinnastuvat rikoksen varsinaista tekemistä alemman asteiseen myötävaikuttamiseen. Rikosoikeusteoreettisesti eroa ilmentää varsinaisen osallisuuden aksessorisuusvaatimus, joka ei liity lainkaan tekijävastuun muotoihin.

Rikoksumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon merkitystä korostaa erityisesti ensinnäkin avunantoon ja kaikkiin tekijävastuun muotoihin liittyvä moitittavuusero, mikä ilmenee jo RL 6:8:sta: lähtökohtaisesti avunannossa on kyse vähiten moitittavasta osallisuusmuodosta. Toiseksi rajanvedon merkitystä korostaa sen yleisyys käytännön ratkaisutoiminnassa: tuomioistuimet joutuvat päivittäin ottamaan kantaa siihen, onko tilanteessa kyse rikoksumppanuudesta vai avunannosta. Onkin katsottu, että juuri periaatteet, joiden perusteella tehdään ero avunannon ja rikoksumppanuuden välillä, määrittävät kaikista olennaisimmin tekijävastuun alan.⁴

1.2 LUVUN RAKENNE

Avunannon ja sen rangaistavuuden edellytysten kannalta on olennaista selvittää, millä kriteereillä rikoksumppanuus erotetaan avunannosta. Sen vuoksi tässä luvussa kiinnostuksen kohteena on erityisesti rikoksumppanuuden ja avunannon välinen rajanveto. Rikoksumppanuuden ja muiden tekijävastuun muotojen välinen rajanveto on sen sijaan rajattu tutkimuksen ulkopuolelle, eikä kyseistä rajanvetoproblematiikkaa lähtökohtaisesti käsitellä jäljempänä. Luvussa kuitenkin käsitellään – ennen kaikkea *de lege ferenda* -näkökulmasta – mahdollisuutta arvioida tiettyjä rikoksumppanuudelle ominaisia tilanteita välillisenä tekemisenä.

Tutkimuksessani ei myöskään varsinaisesti käsitellä rikoksumppanuuden ja yllytyksen välistä rajanvetoa. Suurin osa osallisuusteorioista rakentuu kuitenkin ajatukselle rikoksumppanuuden ensisijaisuudesta varsinaisen osallisuuden muotoihin nähden; niitä ei ole kehitetty erityisesti silmällä pitäen rikoksumppanuuden ja avunannon tai rikoksumppanuuden ja yllytyksen välistä rajanvetoa, vaan teorioiden perusteella ratkaistaan ainoastaan, onko kyse rikoksumppanuudesta vai varsinaisesta osallisuudesta. Teoriat jättävätkin usein avoimeksi kysymyksen siitä, kummasta varsinaisen osallisuuden muodosta on kyse silloin, kun rikoksumppanuuden edellytykset jäävät täyttymättä. Tämän vuoksi suuri osa luvussa käsiteltävistä kriteereistä, joita osallisuusopissa on esitetty rikoksumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon ratkaisemiseksi, soveltuu *mutatis mutandis* myös rikoksumppanuuden ja yllytyksen väliseen rajanvetoon.

⁴ HE 44/2002 vp s. 147.

Osittain tästä syystä luvussa on myös omaksuttu sekä kotimaiselle että ulkomaiselle rikosoikeustieteelle ominainen lähestymistapa, jota leimaa rikoskumppanuuden ensisijaisuus avunantoon nähden.⁵ Lähtökohtana on, että rikoskumppanuuden ja avunannon välisen rajanvetoproblematiikan selvittäminen aloitetaan arvioimalla, täyttyvätkö rikoskumppanuuden edellytykset kyseisessä tilanteessa. Jos edellytykset täyttyvät, oletuksena on, että kyse on rikoskumppanuudesta. Jos taas edellytykset eivät täyty, oletuksena on, että kyse on avunantovastuusta. Oletus avunantovastuusta voi kuitenkin kumoutua.

Ensinnäkin avunannon sijaan kyse voi olla myös yllytyksestä. Sen vuoksi on erikseen arvioitava, täyttääkö varsinaisen osallisen menettely avunannon sijaan sitä moitittavamman varsinaisen osallisuuden muodon edellytykset. Yllytyksen edellytysten täytyessä oletus avunantovastuusta luonnollisesti kumoutuu. Koska yllytyksen ja avunannon välinen rajanveto on rajattu tutkimukseni ulkopuolelle, kysymystä ei käsitellä tutkimuksessa laajemmin. Toiseksi kyse ei aina välttämättä ole edes rangaistavasta avunannosta. Sen vuoksi on vielä erikseen arvioitava, täyttyvätkö kaikki avunannon rangaistavuuden edellytykset kyseisessä tilanteessa. Jos kaikki avunannon edellytykset eivät täyty, oletus avunantovastuusta kumoutuu niin ikään. Avunannon rangaistavuuden edellytysten ja niiden arvioinnin osalta viitataan tässä kohtaa tutkimuksen edeltäviin lukuihin.

Luvun päämääränä on selvittää, miten rikoskumppanuus tulee suomalaisessa doktriinissa erottaa avunannosta. Päämäärän saavuttaminen edellyttää erilaisiin osallisuusopissa kehitettyihin osallisuusteorioihin perehtymistä. Osallisuusteorioita ja niiden erilaisia muunnelmia on kuitenkin lukemattomia, eikä tässä tutkimuksessa ole mahdollista perehtyä kaikkiin niistä. Sen vuoksi tarkastelu joudutaan rajaamaan tiettyihin osallisuusteorioihin. Olen valinnut luvussa käsiteltävät osallisuusteoriat ennen kaikkea niiden merkittävyyden perusteella sekä suomalaisessa että saksalaisessa osallisuusopissa. Analysoimalla teorioiden etuja ja haittoja sekä niiden yhteensopivuutta ennen kaikkea RL 5:3:n sanamuodon mutta myös lain esitöiden kanssa pyrin täsmentämään kriteerejä, joiden perusteella rikoskumppanuus erotetaan avunannosta.

Rikoskumppanuus edellyttää tahallisuutta. Rikoskumppanuuteen liittyvää tahallisuusvaatimusta sekä sen suhdetta vaatimukseen rikoskumppanien välillä vallitsevasta yhteisymmärryksestä käsitellään erikseen omassa alaluvussaan. Luvun lopuksi kerään havaintoni yhteen ja muotoilen rajanvetomallin, jonka tarkoituksena on toimia sekä teoreettisena että käytännöllisenä apuvälineenä, johon voidaan tukeutua rikoskumppanuuden ja avunannon välisissä rajanvetotilanteissa. Rajanvetomallin pohjana käytän *Vanhasen* omassa tutkimuksessaan luomaa mallia, jota kotimaisessa kirjallisuudessa on pidetty hyvänä lähtöpisteenä rajanvedolle rikoskumppanuuden ja avunannon välillä. Täsmennän

⁵ Ks. esim. *Honkasalo* 1967 s. 229; *Jareborg* 2009 s. 409 sekä *Kindhäuser* 2013 s. 369 ja 393. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 157.

Vanhasen luomaa rajanvetomallia erityisesti silmällä pitäen modernille järjestytyneelle rikollisuudelle ominaisia tilanteita, joissa rikoksen toteutumiseen olennaisesti vaikuttaneet henkilöt eivät ole lainkaan osallistuneet rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon.

2 Subjektiiviset osallisuusteoriat

2.1 DOLUS- JA INTRESSITEORIAM

Subjektiivisille osallisuusteorioille on yhteistä, että niissä rajanvetoa tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden muotojen välillä ei tehdä lainkaan objektiivisten, ulkomaailmassa havaittavien seikkojen perusteella, vaan rajanvetokriteerinä toimivat yksinomaan subjektiiviset, tekijän päänsisäiset seikat. Tällaisia seikkoja ovat teoriasta riippuen esimerkiksi syytetyn tahdon suuntautuminen, tarkoitus, motiivi ja asennoituminen rikoksen tekemiseen.¹ Subjektiiviset osallisuusteoriat rakentuvat ekvivalenssiteorian perusajatukselle siitä, että kaikki seurauksen syyt ovat keskenään samanarvoisia.² Lähtökohtana on laaja tekijäkäsitys: objektiivisesta näkökulmasta tarkasteltuna jokaista henkilöä, jonka menettely on kausaalisesti myötävaikuttanut seurauksen syntymiseen, pidettäisiin tekijänä.³ Tämän vuoksi jako tekijöiden ja varsinaisten osallisten välillä voidaan tehdä vain tekijävastuulle ja varsinaisen osallisuuden muodoille leimallisten ja toisistaan eroavien päänsisäisten seikkojen perusteella.⁴

Rikosoikeustieteessä subjektiiviset teoriat on karkeasti jaettu kahteen pääryhmään: dolus-teorioihin ja intressiteorioihin.⁵ Dolus-teorioissa rajanvetokriteerinä toimii rikokseen myötävaikuttaneen tahdon laji. Teorian merkittävimpään kannattajiin kuulunut *von Buri* ilmaisi tämän seuraavasti: Tekijä voidaan erottaa avunantajasta vain sillä perusteella, että tekijän tahto tehdä rikos on itsenäinen. Sen sijaan avunantajan tahto tehdä rikos on alisteinen tekijän tahdolle tehdä rikos. Sen vuoksi avunantaja tahtoo tehdä rikoksen vain, jos tekijäkin tahtoo sitä. Rikoksen toteutuminen riippuu siten aina tekijän tahdosta.⁶ Toisin sanoen tekijä tahtoo rikoksen aikaansaamista omana ja avunantaja vieraina tekona.⁷ Myöskään rikoskumppanin tahto ei ole alisteinen muiden rikokseen myötävaikuttaneiden tahdolle tehdä rikos. Sen sijaan rikoskumppanit jakavat tahdon tehdä rikos toistensa kanssa.⁸

¹ *Roxin* 2006a s. 51 ja *Vanhanen* 2004 s. 28. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 146 ja OJL 5/2000 s. 209.

² *Kühl* 2012 s. 741 ja *Küpper* 1986 s. 437.

³ *Haas* 2007 s. 520 ja *Heinrich* 2014 s. 523.

⁴ *Kühl* 2012 s. 741 ja *Küpper* 1986 s. 437.

⁵ *Sundström* 1926 s. 57–58. Erilaisista subjektiivisista teorioista tiivistetysti *Roxin* 2006a. s. 52–57. Tuoreimmassa kirjallisuudessa edes tätä jakoa ei enää noudateta. Sen sijaan puhutaan vain äärimmäisen subjektiivisesta osallisuusteoriasta. Näin mm. *Heinrich* 2014 s. 522–523 ja *Kühl* 2012 s. 741.

⁶ *von Buri* 1885 s. 41.

⁷ *Sundström* 1926 s. 58.

⁸ Tästä *von Burin* muotoilun täydennyksestä ks. RGSt 3, 181.

Bruno A. Sundströmin mukaan eräänlaisena dolus-teorian muunnelmana voidaan pitää teoriaa, jossa tekijävastuu erotetaan varsinaisesta osallisuudesta tahallisuuden lajin perusteella. Tällöin tarkoitustahallisuus johtaisi tekijävastuuseen, kun taas todennäköisyystahallisuus johtaisi ainoastaan vastuuseen varsinaisena osallisena.⁹ *Sundström* ei kuitenkaan hyväksy tätä muunnelmaa, koska tekijällä saattaa hyvin olla vain todennäköisyystahallisuus. Sen vuoksi erilainen tahallisuuden laji ei kelpaa rajanvetokriteeriksi.¹⁰ Lisäksi ongelmana ovat tunnusmerkistöt, jotka eivät edellytä seurauksen aiheuttamista. Jos tunnusmerkistöstä puuttuu kokonaan seuraus, ei tarkoitustahallisuus sovellu siihen tahallisuusteoreettisesta näkökulmasta. Tällaisissa tunnusmerkistöissä ei siten tekijävastuu olisi lainkaan mahdollista.

Intressiteorioissa rajanveto suoritetaan puolestaan sen perusteella, onko rikokseen myötävaikuttanut toiminut omassa intressissään vai toisen intressissä. Teorian mukaan tekijä toimii omaksi hyväkseen, omassa intressissään tai omassa edussaan. Varsinainen osallinen toimii sen sijaan toisen henkilön hyväksi ja edistää tämän intressiä.¹¹ Epäselväksi kuitenkin jää, mitä tämä tarkoittaa rikoskumppanin osalta. Toimivatko rikoskumppanit kokonaan omassa intressissään vai jakavatko he intressin keskenään? Oletettavaa on, että myös intressiteoriasa rikoskumppanit jakavat keskenään intressin teon tekemiseen samaan tapaan kuin dolus-teorioissa.

2.2 SUBJEKTIIVISTEN OSALLISUUSTEORIOIDEN ONGELMALLISUUS

Käytännössä dolus- ja intressiteoriat käyttävät rajanvedossa tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden välillä lähes identtisiä kriteerejä: tekijä, jonka tahto tehdä rikos on itsenäinen, toimii aina myös omassa intressissään, kun taas henkilö, jonka rikoksentakotahto on alistainen toisen tahdolle tehdä rikos, toiminee useimmiten myös toisen intressissä. Sen vuoksi teorioihin liittyvät ongelmat ovat myös lähes identtisiä.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä subjektiivisia osallisuusteorioita ei ole koskaan kannatettu laajasti.¹² Jo *Jaakko Forsman* kritisoi dolus-teoriaa siitä, ettei rikokseen myötävaikuttaneen omalle käsitykselle tekonsa tunnusmerkistöllisestä luonteesta tule antaa merkitystä osallisuusmuotoa määritettäessä.¹³

⁹ *Sundström* 1926 s. 59–60.

¹⁰ *Sundström* 1926 s. 60.

¹¹ *Honkasalo* 1967 s. 195; *Serlachius* 1909 s. 170 ja *Sundström* 1926 s. 60. Muotoilusta tarkemmin *Birkmayer* 1890 s. 35–40.

¹² Näin *Backman* 1990 s. 15; *Honkasalo* 1967 s. 195–196; *Nuutila* 1997 s. 356–357 ja *Vanhanen* 2004 s. 28.

¹³ *Forsman* 1879 s. 103 ja *Forsman* 1893 s. 220–221.

Sundströmin mukaan intressiteorian ongelmana on, että se ratkaisee rajanvedon osallisen motiivien perusteella. Motiivien ei kuitenkaan tulisi rikosoikeudessa olla määrääviä.¹⁴ Myös saksalaisessa kirjallisuudessa tekijätahto–varsinaisen osallisen tahto -erottelua sekä sitä, kenen intressissä rikokseen myötävaikuttanut on toiminut, pidetään nykyisin täysin mielivaltaisina rajanvetokriteereinä.¹⁵

Subjektiiivisten osallisuusteorioiden suurin ongelma on, että ne eivät ota millään tavalla huomioon teon objektiivista luonnetta eli toisin sanoen sitä, kenen menettely täyttää erityisen osan tunnusmerkistön objektiiviset tunnusmerkit.¹⁶ Tätä voidaan havainnollistaa kahdella laajasti tunnetulla saksalaisella tuomioistuinnratkaisulla, joissa rajanveto tekijävastuun ja avunannon välillä ratkaistiin pelkästään subjektiivisten kriteerien perusteella. Molempia ratkaisuja on sittemmin kritisoitu rikosoikeustieteessä.

Niistä ensimmäisessä äiti M oli synnyttänyt avioliiton ulkopuolisen lapsen. Synnytyksen jälkeen M pyysi siskoaan S:ää kuitenkin hukuttamaan vastasyntyneen lapsen kylpyammeeseen. S toimi, kuten M oli pyytänyt, ja hukutti lapsen, koska halusi auttaa M:ää ja säästää tämän moitteilta ja julkiselta häpeältä, jotka liitettiin avioliiton ulkopuolisen lapsen synnyttämiseen.¹⁷

Jälkimmäisessä ratkaisussa vieraan valtion vakooja Staschynskij oli saanut maansa salaiselta palvelulta käskyn tappaa kaksi Saksassa maanpaossa ollutta poliitikkoa. Staschynskij toimi maansa salaisen palvelun käskyjen mukaisesti ja tappoi poliitikot myrkkypistoolilla.¹⁸

Selvää on, että ensimmäisessä tapauksessa S:n ja jälkimmäisessä tapauksessa Staschynskij'n toiminta täyttää objektiivisesti tapporikoksen tunnusmerkistön. Subjektiiiviset teoriat johtavat kuitenkin molempien tuomitsemiseen vain avunannosta: kummankin rikoksentakotahto on alisteinen toisen tahdolle tehdä rikos, ja he toimivat toisen intressissä.

Ongelmallisia tilanteita syntyy myös silloin, kun useammat ovat tehneet rikoksen yhdessä. Havainnollistan tätä seuraavalla kuvitteellisella esimerkillä.

Oletetaan, että A ja B ovat murtautuneet yhdessä X:n asuntoon ja anastaneet sieltä arvokkaita maalauksia. Oletetaan lisäksi, että A on ryhtynyt tekoon vain siksi, että hän tietää B:n olevan pahoissa veloissa ja uskoo tämän pystyvän selviämään veloista myymällä anastetut maalaukset. Oletetaan vielä, että B on puolestaan ryhtynyt tekoon vain siksi, että hän tietää X:n loukanneen pahoin A:ta ja uskoo A:n haluavan kostaa tuon teon anastamalla X:n omistamat arvokkaat maalaukset.

¹⁴ *Sundström* 1926 s. 61.

¹⁵ *Jakobs* 1991 s. 611–612; *Krey – Esser* 2016 s. 361 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 201–202.

¹⁶ *Kühl* 2012 s. 741–742 ja *Heinrich* 2014 s. 523.

¹⁷ RGSt 74, 84.

¹⁸ BGHSt 18, 87.

Subjektiiiviset osallisuusteoriat johtavat tilanteessa absurdiin lopputulokseen. Ei ole epäilystäkään, etteikö sekä A:n että B:n menettely täyttäisi objektiivisesti varkausrikoksen tunnusmerkistöä. Koska A ja B kuitenkin uskovat erheellisesti oman tekopäätöksensä olleen alisteinen toisen tekopäätökselle ja siten toimivansa toisen intressissä, subjektiiivisten teorioiden mukaan kummatkin voidaan tuomita vain avunannosta. Sen sijaan varsinaista tekijää rikoksella ei olisi lainkaan.

Tiivistetysti voidaankin todeta, että jos tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden välinen rajanveto kytketään yksinomaan subjektiiivisiin seikkoihin, lopputulokset ovat useissa tilanteissa oikeustajunvastaisia ja kriminaalipoliittisesti kestäättömiä. Ongelman ydintä kuvaa osuvasti seuraava alun perin *Paul Bockelmannilta* peräisin oleva toteamus: ”Ken vuodattaa omin käsin verta, ei voi pestä niitä syyttömiksi.”¹⁹

Toisaalta olisi tekorikosoikeuden periaatteen vastaista, jos rajanveto tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden välillä ratkaistaisiin subjektiiivisten seikkojen perusteella ilman, että huomiota kiinnitetään siihen, mitä osallinen on todella tehnyt²⁰: se, joka on halunnut rikoksen toteutumista, ei lähtökohtaisesti voi olla tekijä vain moitittavan tahdonmuodostuksensa perusteella. *Raimo Lahti* onkin korostanut saksankielistä osallisuusopillista keskustelua seuraten, että subjektiiiviset osallisuusteoriat ovat omiaan johtamaan tekijärikosoikeuteen ja rikokseen osallisten oikeusturvan heikentymiseen.²¹

Subjektiiivisissa teorioissa tekijävastuu erotetaan varsinaisesta osallisuudesta päänsisäisten seikkojen perusteella. Päänsisäisten seikkojen olemassaolo joudutaan kuitenkin päättelemään siitä ulkoisen maailman toiminnasta, jonka aiheuttamiseen tekijän tahto suuntautuu. Sen vuoksi tekijävastuun olemassaolon selvitys joudutaan aloittamaan ikään kuin vääärstä päästä. Teorioihin liittyvä eräänlaisena sisäänrakennettuna oletuksena tekijätahdon tai -intressin olemassaolo. Siksi on sanottu, että subjektiiiviset teoriat ovat kylväneet tuhon siemenen jo valmiiksi.²²

Teoriat asettavat myös rikosprosessioikeudellisesti erittäin haastavan todistusteeaman. Yleisesti tunnustetaan, ettei tekijän päänsisäisten seikkojen olemassaolosta voida esittää kuin välillisiä todisteita. Toisin sanoen subjektiiivisten seikkojen olemassaoloa joudutaan aina arvioimaan objektiivisten seikkojen perusteella. Tästä seuraa ensinnäkin näyttövaikeuksia. Toiseksi rajanvedossa hyödynnettävien kriteerien sisältö jää lainkäyttäjän näkökulmasta tyhjäksi.²³ Käy-

¹⁹ *Bockelmann* 1949 s. 120. ”Wer mit eigenen Händen Blut vergießt, der kann sich die Hände nicht in Unschuld waschen.”

²⁰ *Haas* 2007 s. 520.

²¹ *Lahti* 1989 s. 117.

²² Tästä *Haas* 2007 s. 520 ja *Jakobs* 1991 608–611.

²³ *Cramer* 1979 s. 403.

tännössä subjektiiviset teoriat jättävät pitkälti tuomioistuimen ratkaistavaksi, milloin kyse on tekijävastuusta ja milloin taas varsinaisesta osallisuudesta. Sen vuoksi teoriat eivät myöskään ole omiaan edistämään oikeusvarmuutta.²⁴

Useat subjektiivisten osallisuusteorioiden kannattajat tunnustivat teorioiden johtavan usein puhtaassa muodossaan kriminaalipoliittisesti kestävämpiin lopputuloksiin. Sen vuoksi subjektiivisia teorioita alettiin täydentää objektiivisilla kriteereillä.²⁵ Osa subjektiivisten teorioiden kannattajista esimerkiksi katsoi, että kyse oli aina tekijävastuusta, jos henkilö oli henkilökohtaisesti ja omakätisesti suorittanut rikoksen täytäntöönpanotoimen, vaikka henkilö olisikin toiminut esimerkiksi toisen intressissä.²⁶

Subjektiiviset osallisuusteoriat tarjoavat modernin osallisuusopillisen keskustelun näkökulmasta epätavallisen ratkaisun tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden väliseen rajanvetoon. Nykyisin rikosoikeustieteessä korostetaan liiankin tarmokkaasti subjektiivisten teorioiden kompastuskiviä: 1) ne eivät ole sovitettavissa yhteen RL:n nykyisen sanamuodon kanssa, 2) ne johtavat kriminaalipoliittisesti epätyytyttäviin lopputuloksiin ja 3) ne kytkevät rajanvedon sellaisiin päänsisäisiin seikkoihin, joiden olemassaolosta voidaan rikosprosessissa esittää vain välillisiä todisteita. Usein kuitenkin unohtuu, että teoriat onnistuvat myös vangitsemaan sen, mikä monessa mielessä on leimallista kaikille tekijävastuun muodoille: tekijälle, välilliselle tekijälle ja rikoskumppanille on ominaista rikoksen tekemiseen suuntautuvan tahdon – tai laajemmin tahallisuuden – itsenäisyys.²⁷

²⁴ *Kühl* 2012 s. 741–742 ja *Heinrich* 2014 s. 523.

²⁵ *Vanhanen* 2004 s. 31.

²⁶ *Forsman* 1893 s. 220.

²⁷ Näin *Roxin* 2006a s. 54.

3 Objektiiviset osallisuusteoriat

3.1 MUODOLLIS-OBJEKTIIVINEN OSALLISUUSTEORIA

Objektiiviset osallisuusteoriat tekevät eron tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden välillä sen perusteella, kuinka suuri osuus osallisen teolla on ollut kriminalisoidun vääryyden aikaansaamisessa.¹ Niitä voidaan pitää subjektiivisten teorioiden vastakohtana siinä mielessä, että ne korostavat rajanvedossa objektiivisten eli ulkoisesti havaittavien seikkojen merkitystä.² Rikosoikeustieteessä objektiiviset teoriat on tavattu jakaa muodollis-objektiiviseen ja aineellis-objektiiviseen osallisuusteoriaan.

Muodollis-objektiivisen teorian tavoitteena on saavuttaa tarkka sidossuhde tekijävastuun ja erityisen osan tunnusmerkistöjen välillä. Tavoitetta perustellaan erityisesti oikeusvaltiossa rikosoikeudelliselle sääntelylle asetetuilla vaatimuksilla.³ Teoria onkin uskollinen erityisen osan tunnusmerkistöjen sanamuodoille.⁴ Se korostaa täytäntöönpanotoimen henkilökohtaisesti ja omakätisesti toteuttavan asemaa rikoksen toteutumiseen johtavan tapahtumienkulun avainhahmona. Useimmiten tämä lähtökohta onkin oikea.⁵ Teorian mukaan tekijä voi olla vain sellainen, joka osallistuu tunnusmerkistössä kuvatun täytäntöönpanotoimen suorittamiseen; tekijän on suoritettava kokonaan tai osittain erityisen osan tunnusmerkistössä kuvattu täytäntöönpanotoimi.⁶

Rajanvedossa tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden välillä teoria tukeutuu yritysopista tuttuihin täytäntöönpano- ja valmistelutoimen käsitteisiin.⁷ Tekijöitä ovat ne, joiden menettely voidaan luokitella rikoksen täytäntöönpanotoimeksi tai osallistumiseksi siihen. Varsinaisia osallisia ovat puolestaan ne, joiden menettely voidaan luokitella ainoastaan rikoksen valmistelutoimeksi; menettelyksi, joka joko edistää täytäntöönpanotoimen toteutumista tai mahdol-

¹ *Honkasalo* 1967 s. 196.

² *Küpper* 1986 s. 438–439 ja *Vanhanen* 2004 s. 33. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 146 ja OLV 5/2000 s. 209. Täysin merkityksettömiä subjektiiviset seikat eivät kuitenkaan ole objektiivisissa osallisuusteorioissa: kaikkiin osallisuusmuotoihin liittyvä tahallisuusvaatimus sekä rikoskumppanuuteen liittyvä yhteisymmärrys ovat luonteeltaan subjektiivisiä seikkoja, ja ne ovat merkityksellisiä rajanvedon kannalta myös objektiivisissa teorioissa.

³ Näin *Jakobs* 1991 s. 607.

⁴ *Kühl* 2012 s. 742 ja *Jescheck* 1988 s. 587.

⁵ *Küpper* 1986 s. 439 ja *Roxin* 2006a s. 35.

⁶ *Heinrich* 2014 s. 522; *Kühl* 2012 s. 742 ja *Roxin* 2006a s. 34. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 147.

⁷ *Stratenwerth* 2000 s. 295 ja *Vanhanen* 2004 s. 33.

listaa sen toteutumisen.⁸ Muodollis-objektiivisessä teoriassa varsinainen osallisuus määritellään siten negatiivisesti: kyse on menettelystä, joka jää rikoksen täytäntöönpanotoimen ulkopuolelle.⁹

Täytäntöönpanotoiminta määritettäessä on muistettava käsitteen yhteys yritysooppiin. Olisi sängen ongelmallista, jos täytäntöönpanotoiminta ei käytettäisi saman sisältöisenä sekä osallisuus- että yritysooppissa. Tulkitseen, ettei osallisuusoppissa täytäntöönpanotoimeksi voida katsoa sellaista menettelyä, jota ei pidettäisi yritysooppissa täytäntöönpanotoimena. Toisin sanoen täytäntöönpanotoimella on oltava samanlainen sisältö sekä osallisuus- että yritysooppissa.

Muodollis-objektiivinen osallisuusteoria oli hallitseva saksankielisessä rikosoikeustieteessä 1800-luvulta aina 1930-luvulle asti.¹⁰ Ajan suurista rikosoikeusoppineista mm. *Ernst Beling*¹¹, *Max Ernst Mayer*¹² ja *Franz von Liszt*¹³ sekä *Eberhard Schmidt*¹⁴, *Edmund Mezger*¹⁵ ja *Robert von Hippel*¹⁶ kannattivat kaikki muodollis-objektiivista teoriaa sisällöllisenä ratkaisuna tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden väliseen rajanvetoon.¹⁷ Myös suomalaisessa rikosoikeustieteessä teoria nautti pitkään suurta kannatusta etenkin viime vuosisadan ensimmäisen puolikkaan aikana, ja sitä kannattivat mm. *Sundström*¹⁸ ja *Honkasalo*¹⁹. Toisin kuin Saksassa, Suomessa muodollis-objektiivisellä teorialla oli pitkään hallitseva asema myös oikeuskäytännössä. Teorian valta-asema alkoi kuitenkin murentua 1970-luvulla erityisesti varkaus- ja ryöstörikoksissa, ja siitä lähtien teoria on menettänyt asemiaan myös muissa rikostyypeissä.²⁰

Muodollis-objektiivinen osallisuusteoria on korostuneesti teoria rikoskumppanuuden ja varsinaisen osallisuuden välisestä rajanvedosta. Se ei kykene lainkaan selittämään välillistä tekemistä osallisuusmuotona, joka voi perustaa tekijävastuun.²¹ Välillisen tekemisen tunnusmerkki on, ettei välillinen tekijä ole lähtökohtaisesti osallistunut millään tavalla tunnusmerkistön täytäntöönpanotoimeen, vaan rikoksen täytäntöönpanotoimen tekee toinen, ns. välitön tekijä, jota välillinen tekijä käyttää rikoksen tekemiseen. Koska muodollis-objektiivisessä teoriassa lähtökohtana on, että tekijän on aina jollain

⁸ *Sundström* 1926 s. 56. Samoin *Honkasalo* 1967 s. 197.

⁹ *Anttila – Heinonen* 1977 s. 161 ja *Sundström* 1926 s. 66.

¹⁰ *Kühl* 2012 s. 742 ja *Heinrich* 2014 s. 522.

¹¹ *Beling* 1928 s. 29–31.

¹² *Mayer* 1923 s. 380 ss.

¹³ *von Liszt* 1919 s. 211.

¹⁴ *von Liszt – Eb. Schmidt* 1932, 334–335

¹⁵ *Mezger* 1933 s. 444.

¹⁶ *von Hippel* 1932 s. 163.

¹⁷ Tarkemmin ks. *Roxin* 2006a s. 34.

¹⁸ *Sundström* 1926 s. 65. *Sundström* kannatti muodollisobjektiivista teoriaa ennen kaikkea *de lege lata* -näkökulmasta.

¹⁹ *Honkasalo* 1967 s. 197.

²⁰ *Nuutila* 1997 s. 357 sekä *Vanhanen* 2004 s. 38–39 ja 46.

²¹ *Kühl* 2012 s. 742 ja *Heinrich* 2014 s. 522 sekä *Roxin* 2006a s. 36.

tavalla osallistuttava rikoksen täytäntöönpanotoimeen, välillisessä tekemisessä ei ole kyse teorian mukaan tekijävastuusta. Jos tavoitteeksi asetetaan sellaisen osallisuusteorian saavuttaminen, joka kykenee selviämään kaikista tekijävastuun muodoista, muodollis-objektiivinen teoria on siten hylättävä jo RL 5 luvun sanamuodon perusteella.²²

3.2 MUODOLLIS-OBJEKTIIVINEN OSALLISUUSTEORIA EI MAHDOLLISTA OSALLISEN KOKONAISPANOKSEN OTTAMISTA HUOMIOON

Muodollis-objektiivisen teorian ongelmana on, ettei se mahdollista rikokseen myötävaikuttaneen kokonaispanoksen ottamista huomioon rikoksen toteutumisessa.²³ Sen vuoksi teoria on omiaan johtamaan liian radikaaleihin ja kriminaalipoliittisesti ongelmallisiin lopputuloksiin, koska tekijävastuun piiristä rajautuvat kokonaan pois tilanteet, joissa henkilö ei ole osallistunut lainkaan tunnusmerkistössä kuvattuun täytäntöönpanotoimeen: jos henkilö on vain edistänyt täytäntöönpanotoimen toteutumista tai osallistunut ainoastaan valmisteluvaiheessa rikoksen toteutumiseen, kyse on teorian mukaan aina varsinaisesta osallisuudesta.²⁴

Ongelma konkretisoituu kaikista selvimmin rikoskumppanuuden yhteydessä, ja sitä voidaan havainnollistaa kahdella tunnetulla, alun perin saksalaisessa osallisuusopissa muotoillulla esimerkkitapauksella sekä ratkaisuilla KKO 1988:42 ja KKO 1995:119.

Ensimmäisessä esimerkkitapauksessa lähtökohtana on, että A ja B ovat yhdessä päättäneet myrkyttää X:n. Sillä aikaa kun A sekoittaa myrkyt keittoon, joka X:n on tarkoitus nauttia, B pitää huolen siitä, ettei X huomaa A:n toimintaa ja osaa epäillä mitään.²⁵

Toisessa esimerkkitapauksessa lähtökohtana on, että A, B ja C ovat päättäneet tappaa X:n. Työnjaon mukaisesti C pitelee kiinni X:ää ja B puolestaan ojentaa puukon A:lle, joka iskee puukon X:n sydämeen.²⁶

Muodollis-objektiivisen osallisuusteorian mukaan A tuomitaan kummassakin esimerkkitapauksessa tekijänä. Jos teoriaa kuitenkin sovelletaan sen puhtaassa muodossa, lähtökohtaisesti B:n ja jälkimmäisessä esimerkkitapauksessa myös C:n toiminnassa on sen sijaan kyse vain avunannosta, koska kummassakaan esimerkkitapauksessa he eivät ole suorittaneet kokonaan tai edes osittain tappo-

²² Tilanne on sama myös saksalaisessa doktriinissa. Tästä esim. *Cramer* 1979 s. 391–392.

²³ *Koskinen* 2001 s. 76; *Nuutila* 1997 s. 357 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 414.

²⁴ *Heinrich* 2014 s. 522 ja *Kühl* 2012 s. 742.

²⁵ *Aschrott – Kohlrausch* 1926 s. 252.

²⁶ *Beling* 1928 s. 29–30.

rikoksen täytäntöönpanotoiminta. Teorian ongelmana voidaankin pitää myös sitä, että siinä raja tekijävastuun ja avunannon välillä saattaa erityisesti rikoskumppanuuden yhteydessä määräytyä sattumanvaraisten seikkojen, kuten osallisten työnjaollisen roolin, perusteella.²⁷

Myös KKO:n ratkaisukäytännöstä löytyy useita ratkaisuja, joissa muodollis-objektiivisen teorian soveltaminen olisi johtanut kriminaalipoliittisesti ongelmallisiin lopputuloksiin. Käytän esimerkkeinä tapahtumienkulkua ratkaisuissa KKO 1988:42 ja KKO 1995:119.

Ratkaisussa 1988:42 A ja B olivat päättäneet tilata taksin, surmata sen kuljettajan sekä anastaa sen jälkeen auton ja kuljettajan rahat. Tällöin he olivat keskustelleet muun muassa surmaamispaikasta. Matkan aikana A oli pyytänyt taksiautoilija C:tä pysäyttämään autonsa syrjäiselle paikalle ja ampumalla surmannut C:n. Sen jälkeen A ja B olivat ottaneet auton käyttöönsä B:n ryhtyessä sitä kuljettamaan ja anastaneet autosta rahaa.

Ratkaisussa KKO 1995:119 B oli lupautunut osallistumaan X:n surmaamiseen, kun A oli ensin sopinut X:n pojan kanssa X:n surmaamisesta palkkiota vastaan ja luvannut osan palkkiosta B:lle. Sen jälkeen A ja B olivat yhdessä ainakin kaksi kertaa käyneet tutustumassa X:n asuinolosuhteisiin ja valmistaneet surma-aseessa käytetyt patruunat. Tekoyönä he olivat yhdessä katkaisseet X:n taloon johtavan puhelinjohdon. Tämän jälkeen B oli jäänyt odottamaan talon lähistölle pysäköityyn autoon A:ta, joka oli yksin käynyt ampumassa X:n. Ampumisen jälkeen B oli toiminut paikalta poistuttaessa auton kuljettajana ja osallistunut rikoksen tekemisessä käytettyjen välineiden hävittämiseen.

Selvää on, että kummassakin ratkaisussa A tulee tuomita tekijänä tapporikoksesta. Sen sijaan on hyvin vaikea perustella, miten B:n menettely voitaisiin ratkaisussa KKO 1988:42 tai ratkaisussa KKO 1995:119 luokitella edes osallistumiseksi rikoksen täytäntöönpanotoimeen. Muodollis-objektiivisen osallisuusteorian mukaan B olisikin lähtökohtaisesti tuomittava vain avunannosta tapporikokseen kummassakin ratkaisussa.

Kun rikoskumppanuuden on tarkoitus soveltaa tilanteisiin, joissa ”useamat ovat yhdessä tehneet tahallisen rikoksen”, jää osallisuusmuoto helposti vaille merkitystä, jos tekijän olisi aina osallistuttava tunnusmerkistössä kuvattuun täytäntöönpanotoimeen.²⁸ Useissa tunnusmerkistöissä täytäntöönpanotoimi määrittää niin olennaisesti koko tunnusmerkistön, että sen suorittaminen riittää tunnusmerkistön objektiiviseen täyttymiseen. Näin on esimerkiksi monissa henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa. Toisaalta varsinkin monissa seurausrikoksissa täytäntöönpanotoimi saattaa olla kuvattu hyvin yleisesti

²⁷ *Kühl* 2012 s. 742; *Küpper* 1986 s. 439 ja *Heinrich* 2014 s. 522.

²⁸ Tästä *Roxin* 2006a s. 37.

tai jätetty kokonaan kuvailematta, jolloin ei ole olemassa kriteeriä, jonka perusteella rajanveto tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden välillä voitaisiin tehdä muodollis-objektiivisen osallisuusteorian perusteella.²⁹

3.3 TÄYTÄNTÖÖNPANOTOIMEN SISÄLLÖTTÖMYYS RAJANVETOKRITEERINÄ

Muodollis-objektiivisen teorian toinen merkittävä ongelma on täytäntöönpanotoimen määrittäminen. Puhtaimmassa muodossaan teoriaa leimaa tiukka pitäytyminen erityisen osan tunnusmerkistön sanamuodossa. Ongelmaksi kuitenkin muodostuu, etteivät kieli ja kielenkäyttö aina pysty tarjoamaan rikosoikeudellisesti tyydyttävää määritelmää sille, mitä rikoksen täytäntöönpano kunkin erityisen osan tunnusmerkistön kontekstissa tarkoittaa.³⁰ Kuten *Honkasalo* toteaa, täytäntöönpanotointa ei ole mahdollista määrittää huomioimalla pelkästään muodolliset kriteerit, joita ovat ennen kaikkea menettelyn asema kausaalisarjassa ja erityisen osan tunnusmerkistön sanamuoto. Muodollisten kriteerien ohella täytäntöönpanotointa määritettäessä on aina kiinnitettävä huomiota myös menettelyn aineelliseen merkitykseen eli sen oikeushyvälle aiheuttamaan vaaraan. Näin on myös silloin, kun erityisen osan tunnusmerkistössä on tavalla tai toisella määritelty täytäntöönpanotoimi.³¹

Koska täytäntöönpanotointa määritettäessä on kiinnitettävä huomiota menettelyn aineelliseen merkitykseen, ei teoria lopulta ole täysin muodollis-objektiivinen. Vaikka teoriaa leimaakin uskollisuus erityisen osan tunnusmerkistön sanamuodolle, korostamalla menettelyn aineellista merkitystä täytäntöönpanotointa määritettäessä rikoskumppanuus on periaatteessa mahdollista ulottaa myös muodollis-objektiivisessä teoriassa menettelyyn, joka ei lain sanamuodon perusteella ole täytäntöönpanotoimi. Jo *Edmund Mezger* huomautti, että muodollis-objektiiviseen teoriaan liittyy sisään rakennettu aineellis-objektiivinen laajennus, jota ilman teoria ei tule toimeen.³²

Muodollis-objektiivisessä teoriassa täytäntöönpanotoimi onkin mahdollista määritellä vain vertaamalla sitä muihin oikeushyvän loukkaukseen tai vaaranantumiseen vaikuttaneisiin tekoihin. Sen vuoksi muodollis-objektiivisen teorian kannattajat ovat tavanneet määritellä täytäntöönpanotoimen ainoastaan yleisellä tasolla ja negatiivisesti suhteessa varsinaiseen osallisuuteen³³: täytäntöönpanotoimeksi katsotaan menettely, joka olematta yllytystä tai avunantoa, loukkaa

²⁹ *Haas* 2007 s. 521; *Küpper* 1986 s. 439 ja *Stratenwerth* 2000 s. 295.

³⁰ *Stratenwerth* 2000 s. 295.

³¹ *Honkasalo* 1967 s. 197–198.

³² *Mezger* 1933 s. 444.

³³ *Honkasalo* 1967 s. 198.

tai vaarantaa erityisen osan tunnusmerkistön suojaamaa oikeushyvä³⁴. Loppu- tulos on sängen absurdi, kun muistetaan, että varsinainen osallisuus on teorias- sa niin ikään tavattu määritellä negaation kautta menettelyksi, joka jää rikoksen täytäntöönpanotoimen ulkopuolelle. Kehäpäätelmä, jossa täytäntöönpanotoi- men sisältö määritellään varsinaisen osallisuuden kautta ja varsinaisen osalli- suuden sisältö puolestaan täytäntöönpanotoimen kautta, ei kuitenkaan ole ri- kosoikeusteoreettisesti kestävä perusta osallisuusopille edes yleisellä tasolla.

Lähtökohtaisesti muodollis-objektiivisen osallisuusteorian suurin etu on, että siinä rajanveto perustuu rikosoikeustieteessä tuttuihin ja suhteellisen selkei- siin täytäntöönpanotoimen ja valmistelutoimen käsitteisiin.³⁵ Kyse on kuiten- kin pelkästä silmänlumeesta. Rikosoikeustieteessä ei ole pystytty ratkaisemaan, miten täytäntöönpanotoimi tulee määritellä. Tämän seurauksena rajanvetokri- teerien sisältö jää muodollis-objektiivisessä teoriassa tulkinnanvaraiseksi ja epäselväksi: täytäntöönpanotoimen ja valmistelutoimen tarkka sisältö voidaan määrittää korkeintaan tunnusmerkistökohtaisesti, mahdollisesti kuitenkin vain tapauskohtaisesti.³⁶ Toisaalta koska täytäntöönpanotoimen määrittämisessä on kiinnitettävä huomiota menettelyn aineelliseen merkitykseen, teoria ei ole täy- sin sidottu erityisen osan tunnusmerkistöjen sanamuotoon, mikä tuo teoriaan hieman kaivattua joustavuutta.³⁷

Kuten *Vanhanen* on todennut, paradoksaalisesti teorian suurin etu on kiinte- ässä yhteydessä teorian suurimpiin ongelmiin.³⁸ Teorian etuna on, että se kytkee rajanvedon täytäntöönpano- ja valmistelutoimen käsitteisiin. Teorian ongelma- na on, ettei se mahdollista rikokseen myötävaikuttaneen kokonaispanoksen ot- tamista huomioon rajanvedossa. Täytäntöönpano- ja valmistelutoimen käsit- teisiin liittyvä tulkinnanvaraisuus mahdollistaa kuitenkin tietyssä määrin myös menettelyn aineellisen merkityksen huomioimisen. Se puolestaan avaa taka- portin tekijävastuun ulottamiselle menettelyyn, joka ei puhtaasti erityisen osan tunnusmerkistön sanamuodon perusteella näyttäisi täyttävän täytäntöönpano- toimen kriteeriä. Tällöin seurauksena kuitenkin on rajanvetokriteerien sisällön hämärtäminen ja teorian merkittävimmän edun menettäminen.

³⁴ *Honkasalo* 1967 s. 198 ja *Sundström* 1926 s. 66. Ks. myös *von Liszt* 1932 s. 326, jossa lähes sanasta sanaan sama saksaksi, sekä *Mezger* 1933 s. 415.

³⁵ Näin myös *Vanhanen* 2004 s. 40.

³⁶ *Vanhanen* 2004 s. 40. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 147, jossa muodollis-objektiivisen teorian rajanvetokriteerien sisällöttömyyttä on kritisoitu.

³⁷ Samoin *Vanhanen* 2004 s. 40–41.

³⁸ *Vanhanen* 2004 s. 40.

3.4 AINEELLIS-OBJEKTIIVINEN OSALLISUUSTEORIA

Aineellis-objektiivinen osallisuusteoria syntyi pitkälti vastavoimana subjektiivisten osallisuusteorioiden ja muodollis-objektiivisen osallisuusteorian ongelmiin. Tavoitteena on saavuttaa joustava, erityisen osan eri tunnusmerkistöihin ja niille tyypillisiin tilanteisiin mukautuva osallisuusteoria, joka ottaa huomioon menettelyn yhteiskunnallisen ja sosiaalisen merkityksen unohtamatta kuitenkaan erityisen osan tunnusmerkistöä tekijävastuun perustana. Aineellis-objektiivista osallisuusteoriaa onkin kotoisessa rikosoikeustieteessä luonnehdittu kompromissiksi subjektiivisten ja muodollis-objektiivisen osallisuusteorioiden välillä.³⁹

Subjektiivisessa suhteessa aineellis-objektiivinen teoria ei lähtökohtaisesti eroa muodollis-objektiivisestä teoriasta, vaan erot syntyvät objektiivisessa suhteessa. Objektiivisessä teoriassa on se, että teoria painottaa muodollis-objektiivisen teorian tapaan täytäntöönpanotoimeen osallistumisen merkitystä rajanvotokriteerinä. Aineellista teoriassa on puolestaan se, ettei teoria ole objektiivisessa suhteessa kahlittu erityisen osan tunnusmerkistössä kuvattuun täytäntöönpanotoimeen, vaan teoriassa korostetaan myös osallisen menettelyn kokonaismerkitystä rikoksen toteutumisessa. Osallisen menettelyä ei arvioida ainoastaan muodollisesti vaan myös aineellisesti, sillä rikoksen toteutumisen kannalta merkityksellinen käyttäytyminen ei rajaudu pelkästään täytäntöönpanotoimen suorittamiseen tai siihen osallistumiseen.⁴⁰ Olennaisimmin teoriassa tekijävastuuta määrittää se, kuinka merkittävää rikokseen myötävaikuttaneen menettely (teko-osuus) on ollut kokonaisvaltaisesti arvioituna.⁴¹

Aineellis-objektiivisessä osallisuusteoriassa lähtökohtana rajanvedolle tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden välillä toimii erityisen osan tunnusmerkistön kuvaama täytäntöönpanotoimi. Teorian mukaan täytäntöönpanotoimen suorittaminen tai siihen osallistuminen johtaa muodollis-objektiivisen teorian tapaan tekijävastuuseen; tällaisessa tilanteessa osallisen menettely on lähes poikkeuksetta merkittävästi vaikuttanut rikoksen toteutumiseen. Muodollis-objektiivisen teorian mukaan tekijävastuussa oleva on siten myös aineellis-objektiivisen teorian mukaan tekijävastuussa.⁴²

Aineellis-objektiivisessä teoriassa täytäntöönpanotoimen käsite toimii kuitenkin vain lähtökohtana tekijävastuun määrittämiselle, ja teorialle on ominaista, että tekijävastuu voidaan ulottaa myös henkilöihin, jotka eivät ole lainkaan

³⁹ *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 414 ja *Vanhanen* 2004 s. 43. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 146.

⁴⁰ *Backman* 1990 s. 16; *Kühl* 2012 s. 742; *Lahti* 1988 s. 64; *Nuutila* 1997 s. 357 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 414.

⁴¹ *Nuutila* 1997 s. 357.

⁴² *Koskinen* 2001 s. 77.

osallistuneet täytäntöönpanotoimen suorittamiseen, jos heidän menettelynsä on muutoin ollut riittävän merkityksellistä rikoksen toteutumisessa. Seurauksena muodollis-objektiivisen teorian mukaan vain yllytys- tai avunantovastuussa oleva voi aineellis-objektiivisen teorian mukaan ollakin tekijävastuussa. Aineellis-objektiivinen osallisuusteoria omaakin potentiaalin laajentaa tekijävastuun soveltamisalaa verrattuna muodollis-objektiiviseen teoriaan.

Se, milloin täytäntöönpanotoimeen osallistumattoman menettely voi kokonaisvaltaisesti arvioituna olla niin merkittävää, että se perustaa tekijävastuun, vaihtelee kuitenkin rikostyypeittäin – mahdollisesti jopa tapauksittain. Rikoksumppanuuden osalta on katsottu, että ensinnäkin osallisen työnjaon mukaisen osuuden on oltava olennainen. Toiseksi osuuden täyttymistä on pidettävä kokonaisuuden kannalta merkityksellisenä.⁴³ Lisäkritereit eivät kuitenkaan onnistu avaamaan kokonaisarvioinnin sisältöä jo sen vuoksi, että ne käytännössä ilmaisevat saman asian eri sanoin: osallisen työnjaon mukainen osuus ei voine olla olennainen, ellei sen täytyminen myös ole merkityksellistä tekokokonaisuuden kannalta – ja päinvastoin.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on kuitenkin myös esitetty, että muun kuin täytäntöönpanotoimen suorittaneen tai siihen osallistuneen tuomitsemisen tekijänä tulisi lähtökohtaisesti edellyttää erityisperusteluja. Näkemys koskee erityisesti rikoksumppanuutta, ja se perustuu yksinkertaiselle taustaoletukselle: mitä kauemmas etäännyttään rikoksen varsinaisesta täytäntöönpanotoimesta, sitä kauempana ollaan yleensä myös tekijävastuusta.⁴⁴

*Allan Serlachius*ta voidaan pitää aineellis-objektiivisen osallisuusteorian ensimmäisenä kannattajana kotoisessa rikosoikeustieteessä.⁴⁵ Teoria saavutti valitsevan aseman niin oikeustieteessä kuin oikeuskäytännössäkin 1970-luvulla ja on säilyttänyt sen tähän päivään saakka.⁴⁶ Myös lain esitöiden mukaan arvio tekijävastuun täyttymisestä on tehtävä aineellis-objektiivisen osallisuusteorian perusteella – ainakin rajanvedossa rikoksumppanuuden ja avunannon välillä. Hallituksen esityksen mukaan ”rikoksumppanuuden ja avunannon erottelun tulisi perustua siihen, miten olennaista myötävaikuttava toiminta on ollut rikoksen toteuttamiselle”.⁴⁷ Tekijävastuun edellytyksenä on, että osallisen työnjaon mukainen osuus on olennainen ja että hänen osuutensa täyttämistä on pidettävä kokonaisuuden kannalta merkityksellisenä. Ratkaisu on tehtävissä vain tarkastelemalla tapahtumien sarjaa kokonaisuudessaan kaikkine yksityiskohtineen.⁴⁸

⁴³ Näin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 418. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 152.

⁴⁴ Näin *Vanhanen* 2004 s. 43–44 erityisesti rikoksumppanuuden ja avunannon välisestä rajanvedosta varkaus- ja väkivaltarikosten yhteydessä. Ks. myös *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 418–419, joiden mukaan lähtökohta on perusteltu myös muiden rikostyyppien kohdalla.

⁴⁵ *Serlachius* 1909 s. 176.

⁴⁶ *Koskinen* 2001 s. 77.

⁴⁷ HE 44/2002 vp s. 151.

⁴⁸ HE 44/2002 vp s. 152.

3.5 AINEELLIS-OBJEKTIIVISEN OSALLISUUSTEORIAN ETUNA JOUSTAVUUS

Aineellis-objektiivisen osallisuusteorian merkittävin etu on sen joustavuus ja mukautumiskyky: koska teoriaa ei ole sidottu tahdonmuodostukseen tai täytäntöönpanotoimen käsitteeseen tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden rajanvetokriteerinä, se pystyy ottamaan huomioon tapauskohtaiset olosuhteet paremmin kuin subjektiiviset osallisuusteoriat tai muodollis-objektiivinen osallisuusteoria. Seurauksena aineellis-objektiivinen teoria pystyy myös välttämään kriminaalipoliittisesti ongelmalliset lopputulokset näitä osallisuusteorioita paremmin.⁴⁹ Havainnollistan tätä käyttämällä hyväksi subjektiivisten osallisuusteorioiden ja muodollis-objektiivisen osallisuusteorian yhteydessä esitettyjä esimerkkitapauksia.

Palataan *Bundesgerichtshofin* ratkaisuun, jossa vieraan valtion vakooja Staschynskij oli maansa salaisen palvelun käskystä tappanut kaksi Saksassa maanpaossa ollutta poliitikkoa. Subjektiivisten osallisuusteorioiden soveltaminen johtaa Staschynskij'n tuomitsemiseen ainoastaan avunannosta henkirikokseen. Aineellis-objektiivisen osallisuusteorian perusteella Staschynskij voidaan sen sijaan ongelmitta tuomita tekijänä henkirikoksesta: suorittamalla rikoksen täytäntöönpanotoimen hänen menettelynsä on kiistatta merkittävästi vaikuttanut rikoksen toteutumiseen.

Muodollis-objektiivisen osallisuusteorian yhteydessä käsiteltiin tapahtumienkulkua ratkaisuihin KKO 1988:42 ja KKO 1995:119. Kummassakaan B:n ei voitu lähtökohtaisesti katsoa edes osallistuneen rikoksen täytäntöönpanotoimeen. Osallistumattomuus rikoksen täytäntöönpanotoimeen ei kuitenkaan ole aineellis-objektiivisessä teoriassa ehdoton edellytys tekijävastuulle, vaan tekijävastuu voi tulla kyseeseen myös siinä tapauksessa, että osallisen menettely on muutoin ollut kokonaisvaltaisesti arvioituna riittävän merkityksellistä rikoksen toteutumiselle. Ratkaisuihin KKO sovelsikin selvästi aineellis-objektiivista osallisuusteoriaa ja tuomitsi B:n kummassakin tekijänä, koska kokonaisharkinnan kriteeri täyttyi B:n osalta.

Ratkaisussa KKO 1988:42 C:n surmaaminen oli tehty A:n ja B:n ennalta yhdessä laatiman suunnitelman mukaisesti ja yhteisen päämäärän saavuttamiseksi, minkä vuoksi KKO tuomitsi B:n tekijänä rangaistukseen C:n surmaamisesta. Ratkaisussa KKO 1995:119 B tuomittiin vastaavasti tekijänä murhasta, koska X:n surmaaminen oli toteutettu yhteisen suunnitelman mukaisesti tarkoituksin saada teosta luvattu palkkio ja B:n osuus rikoksen toteuttamisessa oli kokonaisuutta tarkastellen ollut huomattava. Vaikka ratkaisuja on myös kritisoitu⁵⁰, ne

⁴⁹ Käytännössä samoin *Honkasalo* 1967 s. 196; *Palmén* 1989 s. 378 ja *Vanhanen* 2004 s. 51.

⁵⁰ Kriitikistä ks. erityisesti *Vanhanen* 2004 50–51.

ovat sinänsä sovitettavissa yhteen aineellis-objektiivisen teorian rajanvetokriteerien kanssa: B:n työnjaon mukainen osuus on ollut olennainen ja osuuden täytyminen on ollut tekokokonaisuuden kannalta merkityksellistä.⁵¹

3.6 JOUSTAVUUDEN HINTANA RAJANVEDON EPÄMÄÄRÄISYYS

Aineellis-objektiivisessa osallisuusteoriassa joustavuuden hintana on kuitenkin rajanvedon epämääräisyys. Vaikka teoria ei ole sidottu täytäntöönpanotoimen käsitteeseen rajanvetokriteerinä, muodostaa täytäntöönpanotoimen suorittaminen tai siihen osallistuminen myös aineellis-objektiivisessä teoriassa lähtökohdan rajanvedolle. Täytäntöönpanotoimen määrittämisen osalta teoriaan voidaan kohdistaa sama kritiikki kuin muodollis-objektiiviseen teoriaankin.⁵²

Aineellis-objektiivisessä teoriassa rajanveto kytkeytyy kuitenkin olennaisesti myös kokonaisarvioon osallisen menettelyn merkityksestä rikoksen toteutumiselle; vaikka osallinen ei olisikaan lainkaan osallistunut rikoksen täytäntöönpanotoimeen, hänen menettelynsä voi silti perustaa tekijävastuun, jos menettely on muutoin ollut riittävän merkityksellistä rikoksen toteutumiselle. Olennaista on tällöin pystyä määrittämään, milloin osallisen menettely on kokonaisvaltaisesti arvioituna niin merkityksellistä, että se perustaa tekijävastuun.

Eryteisesti suomalaisen osallisuusopin ongelmana on pidettävä sitä, että kohtoisessa doktriinissa kokonaisharkinnan kriteeri jää sisällöttömäksi.⁵³ Ongelma koskee ennen kaikkea rikoskumppanuuden ja avunannon välistä rajanvetoa: epäselvää on, milloin täytäntöönpanotoimeen osallistumaton osallinen voidaan tuomita rikoskumppanina yksinomaan hänen menettelynsä merkityksen perusteella rikoksen toteutumiselle.⁵⁴ Rikoskumppanuuden yhteydessä aineellis-objektiivinen teoria jättääkin rajanvedon tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden välillä korostuneesti tuomioistuimen suorittaman kokonaisharkinnan varaan menettelyn merkittävydestä.

Suomalaisen osallisuusopin keskeinen kehityspiirre on ollut tekijävastuun ulottaminen yhä laajemmalle aineellis-objektiivisen teorian avulla.⁵⁵ Tämä ei välttämättä ole ongelma. Kuten *Vanhanen* on todennut, ongelmallista kuitenkin

⁵¹ Tästä ks. *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 420–421.

⁵² Samoin *Vanhanen* 2004 s. 51.

⁵³ Termejä ”kokonaisarviointi” ja ”kokonaisharkinta” sekä termejä ”kokonaisarviointin kriteeri” ja ”kokonaisharkinnan kriteeri” käytetään tässä tutkimuksessa toistensa synonyymeinä.

⁵⁴ Modernissa suomalaisessa rikosoikeustieteessä ainoastaan Teemu Vanhanen on pyrkinyt tarkentamaan kokonaisarviointin sisältöä. Vanhasen tutkimus rajautuu kuitenkin varkaus- ja väkivaltarikoksiin, eikä siinä käsitellä esimerkiksi lainkaan järjestäytyneestä rikollisuudesta seuraavia ongelmia. Ks. *Vanhanen* 2004.

⁵⁵ *Melander* 2016 s. 311; *Nuutila* 1997 s. 357 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 420.

on, jos tekijävastuun laajentuminen tapahtuu ennakoitavuuden, oikeusturvan ja laillisuusperiaatteen kustannuksella.⁵⁶ Koska suomalaisessa osallisuusopissa kokonaisharkinnan kriteeri jää sisällöttömäksi, vaarana on, että rikoskumppanuuden yhteydessä tekijävastuun alan laajentuminen todella tapahtuu niiden kustannuksella.

Myös aineellis-objektiivisen teorian kohdalla voidaan todeta, että teorian suurin etu on yhteydessä teorian suurimpaan ongelmaan: Teorian etuna on sen mukautuvuus, joka perustuu rajanvedossa käytettävien kriteerien, ennen kaikkea kokonaisharkinnan kriteerin, joustavuuteen. Teorian suurin ongelma on puolestaan rajanvedon epäselvyys, joka on seurausta ennen kaikkea kokonaisharkinnan kriteerin sisällöttömyydestä.

⁵⁶ Vanhanen 2004 s. 52.

4 Johtopäätös suomalaisen doktriinin nykytilasta

Rikoslain 5:3:n sanamuodosta ei suoraan selviä, millaisilla kriteereillä rikoskumppanuus tulee erottaa avunannosta. Kysymystä on kuitenkin käsitelty lain esitöissä. Hallituksen esityksen mukaan rikoskumppanuus edellyttää jonkinlaista osallistumista itse rikoksen toteuttamiseen. Siitä, millaista osallistumisen on oltava, voidaan hallituksen esityksen mukaan esittää vain ratkaisuja helpottavia apusääntöjä.¹ Sisällöltään apusäännöt vastaavat kuitenkin aineellis-objektiivista osallisuusteoriaa.

Hallituksen esityksen perusteella rikoskumppanuudessa tekijävastuun edellytyksenä on lähtökohtaisesti, että osallisen työnjaon mukainen osuus on olennainen ja että hänen osuutensa täyttämistä on pidettävä kokonaisuuden kannalta merkityksellisenä. Ratkaisu rikoskumppanuuden edellytysten täyttymisestä on tehtävissä vain tarkastelemalla tapahtumien sarjaa kokonaisuudessaan kaikkine yksityiskohtineen.² Näkemykseni mukaan lain esitöiden kanta on täysin selvä: rikoskumppanuuden ja avunannon välinen rajanveto tulee ratkaista aineellis-objektiivisen osallisuusteorian perusteella.

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä aineellis-objektiivisen osallisuusteorian soveltamisala on laajentunut laajentumistaan. Olennaista on, että myös yleisten oppien uudistuksen jälkeisissä ratkaisuissa, joissa käsitellään rikoskumppanuuden ja avunannon välistä rajanvetoa, käytetään sisällöltään hallituksen esitystä vastaavaa, aineellis-objektiivisiä rajanvetokriteerejä ilmentävää muotoilua.³ KKO:n kantana näyttää olevan, että aineellis-objektiivista teoriaa on nykyisin mahdollista soveltaa rajanvetoon kaikissa sellaisissa rikostyyppisissä, joissa rikoskumppanuus on ylipäätään mahdollista. Suomalaisessa rikos oikeustieteessä puolestaan katsotaan nykyisin vakiintuneesti, että rajanvedossa rikoskumppanuuden ja avunannon välillä voidaan tukeutua aineellis-objektiiviseen osallisuusteoriaan.⁴

¹ HE 44/2002 vp s. 152.

² HE 44/2002 vp s. 152.

³ Ks. esim. KKO 2010:47 (kohta 15) ja KKO 2009:47 (kohta 11).

⁴ Näin selvimmin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 418 ja 420–421. Ks. myös *Frände* 2012 s. 245–246, jonka mukaan rajanveto tulee selvästi tehdä aineellis-objektiivisten kriteerien perusteella, vaikka hän puhuukin teonherruudesta. *Koskinen* 2001 s. 184 katsoo, että rajanvetoon on mahdollista soveltaa aineellis-objektiivista teoriaa. *Melander* 2016 s. 304–305 ja 311 toteaa pääpainon olevan suomalaisessa doktriinissa nykyisin aineellis-objektiivisessä teoriassa, mutta korostaa samalla, että teoriaan liittyy kriminaalipoliittisia ongelmia.

Aineellis-objektiivisessa osallisuusteoriassa rajanveto rikoskumppanuuden ja avunannon välillä tehdään kokonaisharkinnan perusteella, jossa otetaan huomioon osallisen menettelyn merkitys rikoksen toteutumiselle. Teorian valta-asemasta huolimatta tämän ns. kokonaisharkinnan kriteerin sisältö on jäänyt suomalaisessa doktriinissa epäselväksi. Seuraavana askeleena doktriinin kehityksessä tuleekin olla kokonaisharkinnan kriteerin sisällön täsmentämisen. Selvää on, että kokonaisharkinnassa painotettavat seikat riippuvat osittain sovellettavasta tunnusmerkistöstä ja tapauksen yksityiskohdista. Vaikka aineellis-objektiivisen teorian vahvuus on sen mukautuvuus erilaisiin tilanteisiin ja vaikka kyseinen vahvuus seuraa ennen kaikkea kokonaisharkinnan kriteerin avoimuudesta, on mahdollista laatia nykyistä laajempia apusääntöjä siitä, milloin kokonaisharkinnan kriteeri täyttyy ja milloin taas ei.

Siirryn seuraavaksi käsittelemään saksalaisessa rikosoikeustieteessä kehitettyä teonherruusoppia. Kyse on aineellis-objektiivisilla rajanvetokriteereillä operoivasta osallisuusteoriasta, joka saksalaisessa kirjallisuudessa hyvin usein samaistetaan täysin aineellis-objektiiviseen osallisuusteoriaan; saksalaisessa kirjallisuudessa termejä ”teonherruusoppi” ja ”aineellis-objektiivinen teoria” käytetään hyvin usein toistensa synonyymeinä.⁵ Teonherruusoppia, sen erilaisia muunnelmia sekä opin etuja ja haittoja tutkimalla nostan esille seikkoja, joita suomalaisessa doktriinissa voidaan hyödyntää ennen kaikkea rikoskumppanuuden ja avunannon välisessä rajanvedossa.

Teonherruusopin käsite ei ole suomalaisessakaan rikosoikeustieteessä tuntematon. Tuoreimmassa kirjallisuudessa *Frände* on jopa kytkenyt rikoskumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon teonherruuden käsitteeseen. *Fränden* ajattelun ja perinteisen suomalaisen aineellis-objektiivisen teorian erot ovat kuitenkin käsitteellisiä, eivät sisällöllisiä.⁶ Tämä johtuu siitä, ettei *Frände* ole avannut käyttämänsä teonherruuden käsitteen sisältöä samalla tavoin kuin saksalaisessa osallisuusopissa on tehty. Sen vuoksi *Fränden* teonherruuden käsite jää samalla tavoin sisällöttömäksi kuin kokonaisharkinnan kriteerikin.

⁵ Näin esim. *Krey – Esser* 2016 s. 362; *Kühl* 2012 s. 742; *Lampe* 2007 s. 474 ja *Heinrich* 2014 s. 523.

⁶ Tästä *Frände* 2012 s. 245 (myös alaviite 513).

5 Oppi teonherruudesta

5.1 JOHDANTO

Saksalaisessa kirjallisuudessa oppia teonherruudesta (*Tatherrschaftslehre*) kannatetaan lähes poikkeuksetta sisällöllisenä ratkaisuna tekijävastuun ja avunannon väliseen rajanvetoon. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että kriteerit, joilla tekijävastuu erotetaan varsinaisesta osallisuudesta, olisivat selkeät tai edes yhdenmukaiset saksalaisen rikosoikeustieteen piirissä. Opissa teonherruudesta ei ole kyse yhdestä yksittäisestä teoriasta vaan yläkäsitteestä erilaisille teorioille, jotka rakentuvat ajatukselle teonherruudesta – tai sitä muistuttavasta kriteeristä – tekijävastuun tunnusmerkkinä. Vaikka teoriat jakavat tietyn peruskäsitteistön, ne poikkeavat usein toisistaan merkittävästi soveltamisalaltaan ja johtavat erilaisiin lopputuloksiin yksittäisissä tapauksissa.

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä on vuosien saatossa kehitetty useita erilaisia muunnelmia teonherruusopista. Käyn seuraavaksi läpi opin kehityshistorian pääpiirteissään sekä esittelen näkemykseni mukaan merkittävimmät yksittäiset teoriat. Pääpaino on kuitenkin *Roxinin* kehittämän teorian analyysissä. *Roxinin* teorian painottamista voidaan perustella sillä, että *Roxin* nosti opin teonherruudesta kokonaan uudelle tasolle, mitä tulee teorian yksityiskohtaisuuteen ja selkeyteen. Hänen johtopäätöksensä ovat sittemmin leimanneet kaikista merkittävimmin keskustelua teonherruusopista.¹

5.2 WELZELIN FINAALI TEONHERRUUSOPPI

Oppi teonherruudesta voidaan palauttaa jo *Adolf Loben* vuonna 1933 julkaisemaan yleisten oppien esitykseen.² Teonherruusopin varsinaisena luoja pidetään yleisesti kuitenkin *Hans Welzeliä*, jonka vuonna 1939 muotoilemaa teoriaa voidaan kutsua finaaliiksi teonherruusopiksi. *Welzel* ei kuitenkaan luonut teoriaansa tyhjästä. Teonherruusopin historiaa ja opin erilaisia muunnelmia tutkineen *Wolfgang Schildin* mukaan *Welzelin* teorian muotoutumiseen oli suuri vaikutus ennen kaikkea *August Heglerin*, *Reinhard Frankin*, *James-Paul Goldschmidtin*, *Hans Jürgen Brunsin*, *Hellmuth von Weberin* ja *Eberhard*

¹ Näin *Schild* 2009 s. 24.

² Näin *Roxin* 2006a s. 65 ja *Roxin* 2003 15–16. Ks. myös *Lobe* 1933 s. 122. Teonherruuden käsitettä oli käytetty saksalaisessa rikosoikeustieteessä ennen *Lobe*äkin, mutta *Lobe* käytti sitä ensimmäisenä nykyisessä merkityksessään. Tästä *Roxin* 2006a s. 60–65.

Schmidtin ajattelulla.³ Finaali teonherruusoppi on myös tiiviissä yhteydessä niin ikään *Welzelin* kehittämään finaaliin tekokäsitteeseen: finaali tekokäsite muodostaa perustan, jonka päälle oppi finaalista teonherruudesta rakentuu.⁴

Welzel loi rikosoikeuden perustaksi finaalin tekokäsitteen sekä arvovatkaisujen verhoileman syyllisyyksikäsitteen. Hän jakoi teon finaaliin ja emotionaaliseen puoleen sekä määritteli teon laajassa merkityksessä niiden erottamattomaksi kokonaisuudeksi. Vääryys (*Unrecht*) tyhjentyi finaaliin puoleen, kun taas syyllisyys (*Schuld*) tyhjentyi emotionaaliseen puoleen. Rikosoikeudellinen tekokäsite rajautui kuitenkin vain finaaliin puoleen eli vääryyteen. Finaalin tekokäsitteen mukaan teko ymmärretään kausaalikulun määrittämisenä: toisaalta kyse on tietoisesta päämäärän asettamisesta ja suunnitelmasta päämäärän saavuttamiseksi, toisaalta kyse on päämäärän saavuttamiseksi tarpeellisen kausaalikulun tosiasiallisesta aikaansaamisesta suunnitelman mukaisesti. Lopullisesti *Welzel* määritteli teon päämäärähakuisen tahdon hallitsemaksi yhteenkuuluvuudeksi, jossa toteutetaan tahdon asettama teko.⁵

Finaalin tekokäsitteen ongelmana on, ettei se sovellu tuottamuksellisiin rikoksiin. Tuottamuksellinen menettely ei *Welzelin* määritelmän mukaan täytä lainkaan teon määritelmää ilman lisäehtoja. Tuottamuksellisissa rikoksissa puuttuu finaaliin tekokäsitteelle olennainen tahdon ohjaama pyrkimys päämäärän saavuttamiseen. Sen vuoksi puuttuu myös kriteeri, jonka varaan erottelu tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden rajanvedosta olennaisimmin rakentuu finaaliin teonherruusopissa. Osittain tästä syystä *Welzel* ei pitänyt mahdollisena tehdä eroa eri osallisuusmuotojen välillä tuottamuksellisissa rikoksissa.⁶

Tahallisissa rikoksissa *Welzel* sen sijaan palautti tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden erottelun finaaliin tekokäsitteeseen.⁷ Suomessa erillisvastuujärjestelmää sovelletaan vain tahallisissa rikoksissa, kun taas tuottamuksellisissa rikoksissa osallisuusmuotoja ei eroteta – toisin sanoen tuottamuksellisissa rikoksissa sovelletaan yhtenäisvastuujärjestelmää. Vaikka finaali tekokäsite ei sellaisenaan sovellukaan teon määritelmäksi suomalaisessa doktriinissa, osallisuusmuotojen välinen erottelu voidaan periaatteessa perustaa tahallisissa rikoksissa finaaliin teonherruuteen.

Finaali teonherruus muodostaa tekijävastuun olennaisimman tunnusmerkin tahallisissa rikoksissa. *Welzelin* mukaan finaali tekijä on tekopäätöksensä ja sen täytäntöönpanon herra, joka päämäärätietoisesti oman tahtonsa mukaan muo-
vaa tekoa. Myös varsinaisilla osallisilla on teonherruus, mutta se rajoittuu heidän yllytys- tai avunantotekoonsa. Pääteko sen sijaan on alisteinen ainoastaan

³ *Schild* 2009 s. 9. Toisin kuitenkin *Roxin* 2006a s. 65.

⁴ *Welzel* 1939 s. 491 ss.

⁵ *Welzel* 1939 s. 501–505.

⁶ *Welzel* 1939 s. 538–540.

⁷ *Welzel* 1939 s. 539–553

finaalin tekijän tahdolle ja menettelylle.⁸ Selvää on, että välitön yksin tekijä on finaalin teonherruusopin perusteella tekijävastuussa. Se, joka omakätisesti ja tahallaan toteuttaa rikoksen, on myös tekopäätöksen ja teon täytäntöönpanon herra, joka päämäärätietoisesti muovaa tekoa oman tahtonsa mukaan.

Myös välillinen tekijä on teonherra ja tekijävastuussa silloin, kun välittömältä tekijältä puuttuu tahallisuus. Jos välitön tekijä sen sijaan toimii tahallisesti, sulkeutuu välillisen tekijän finaali teonherruus pois. Tällaisessa tilanteessa on kyllä olemassa finaalin teonherruuden edellyttämä tahallinen teko, mutta sen herra on välitön tekijä; välitön tekijä on tekopäätöksensä ja sen täytäntöönpanon herra, joka päämäärätietoisesti oman tahtonsa mukaan muovaa tekoa. *Welzelin* mukaan takamiehen vastuu rajoittui siten varsinaiseen osallisuuteen, jos välitön tekijä on toiminut tahallisesti.⁹

Rikoskumppanuutta *Welzel* kuvaili teonherruudeksi, jonka erityispiirre on, että teonherruus tunnusmerkistön mukaisesta teosta ei ole yhdellä henkilöllä erikseen vaan useammalla henkilöllä yhdessä ja yhtä aikaa. Tekopäätös tunnusmerkistön mukaisesta teosta ja sen päämäärätietoisesta täytäntöönpanosta on siten jakautunut useille. Rikoskumppanuudessa rikoskumppaneiden osateot muodostavat kokonaisuutena yhteisen tekopäätöksen, minkä vuoksi kaikilla rikoskumppaneilla on teonherruuden perusteella tekijävastuu kokonaisuudesta eikä vain omasta osateostaan.¹⁰

Jo *Welzel* kuitenkin korosti, ettei pelkkä tekotahto yksinään riittänyt perustamaan rikoskumppanuutta. Rikoskumppanin osateon oli aina oltava myös objektiivisesti merkityksellinen kokonaisuuden eli rikoksen toteutumisen kannalta.¹¹ Rikoskumppanuus muodostui siten jo *Welzelin* opissa finaalista teonherruudesta sekä subjektiivisesta että objektiivisesta elementistä. Subjektiivinen elementti kiteytyy päämäärätietoiseen tekotahtoon. Objektiivinen elementti kiteytyy osateon merkitykseen kokonaisuuden kannalta, mikä tarkoittaa, että rikoskumppanin oli osallistuttava osateollaan tekopäätöksen täytäntöönpanoon. Sekä subjektiivisen että objektiivisen elementin täytyi olla olemassa, jotta kyse oli rikoskumppanuudesta finaalin teonherruuden perusteella.

⁸ *Welzel* 1939 s. 539.

⁹ *Welzel* 1939 s. 544–449. Poikkeuksen pääsääntöön muodostavat tilanteet, joissa välitön tekijä ei täytä tunnusmerkistön kaikkia objektiivisia tunnusmerkkejä (näin voi olla esimerkiksi erikoisrikoksissa) tai rikosoikeudellisen vastuun kaikkia edellytyksiä (välitön tekijä voi olla esimerkiksi syyntakeeton).

¹⁰ *Welzel* 1939 s. 549–552. *Welzel* tiivistää välittömän yksin tekemisen ja rikoskumppanuuden eron seuraavalla tavalla: ”Alleintäterschaft ist Täterschaft des Ganzen. Mittäterschaft ist Täterschaft am Ganzen.”

¹¹ *Welzel* 1939 s. 551–552.

5.3 FINAALIN TEONHERRUUSOPIN JATKOKEHITYS

Reinhart Maurach omaksui monessa suhteessa *Welzelin* finaalin tekokäsitteen sekä teonherruusopin. *Maurachin* merkitys teonherruusopin kehityksen kannalta on, että hän loi käsitteellisen sisällön teonherruusopille.¹² *Maurach* teki finaalista tekokäsitteestä samat johtopäätökset kuin *Welzel*. Tuottamuksellisissa rikoksissa ei ollut hänen mukaansa mahdollista tehdä eroa osallisuusmuotojen välillä. Tahallisissa rikoksissa – riippumatta siitä, perustuiko rikosoikeudellinen vastuu aktiiviseen toimintaan tai laiminlyöntiin – tekijävastuu sen sijaan erotettiin varsinaisesta osallisuudesta teonherruuden objektiivisen kriteerin perusteella.¹³

Maurachin mukaan teonherruudessa on kyse tahallisuuden kattamasta tunnusmerkistön täyttymiseen johtavan tapahtumienkulun hallitsemisesta (*In-den-Händen-Halten*), joka mahdollistaa finaalin tunnusmerkistön toteutumisen ohjaamisen. Teonherruus on jokaisella tekoon myötävaikuttaneella, joka tietää olevansa tosiasiallisesti asemassa, jossa hän voi menettelyllään sallia, keskeyttää tai peruuttaa tunnusmerkistön täyttymiseen johtavan tapahtumienkulun.¹⁴

Maurachin teonherruudelle antamaa sisällöllistä määritelmää käytetään edelleen sekä kirjallisuudessa että saksalaisessa oikeuskäytännössä.¹⁵ *Maurach* määrittää tekijävastuun aineellisesti ja ensisijaisesti. Muut osallisuusmuodot ovat sen sijaan toissijaisia ja tulevat kyseeseen, jos tekijävastuun edellytyksiä teonherruuden perusteella ei ole olemassa. Näin teonherruus saa yhden yhtenäisen sisällön, joka voi ilmetä usealla eri tavalla. Sen vuoksi teonherruus kykenee selittämään, miksi välitön yksin tekeminen, välillinen tekeminen sekä rikoskumppanuus johtavat tekijävastuuseen.¹⁶

Teonherruus on siten ratkaisevaa myös rikoskumppanuuden määrittämisessä. *Maurachin* mukaan rikoskumppanuuden ydin tiivistyi tietoiseen ja tahdottuun tunnusmerkistön toteutumiseen, joka tapahtui yhteisymmärryksessä ja tehtävien jaon tuloksena useamman kanssa.¹⁷ Rikoskumppani oli jokainen, joka yhteisen tekopäätöksen puitteissa ensinnäkin itse toteutti jonkin tunnusmerkistön tunnusmerkin tai toissijaisesti osallistui tunnusmerkistön toteutumiseen tähtäävään toimintaan edistämällä tai valmistelemalla sitä, jos hän saattoi menettelyllään sallia, keskeyttää tai peruuttaa tunnusmerkistön täyttymiseen johtavan tapahtumien kulun. Pelkkä subjektiivinen aines ei pystynyt perustamaan rikoskumppanuutta, vaan aina edellytettiin myös jonkinlaista osallis-

¹² *Schild* 2009 s. 9.

¹³ *Maurach* 1954 s. 502.

¹⁴ *Maurach* 1954 s. 502–504.

¹⁵ Tästä ks. esim. *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 201.

¹⁶ *Schild* 2009 s. 15.

¹⁷ *Maurach* 1954 s. 504.

tumista tunnusmerkistön toteutumiseen tähtäävään toimintaan (objektiivinen aines).¹⁸

Maurach katsoi myös laiminlyönnin voivan johtaa rikoskumppanuuteen tilanteissa, joissa henkilöä sitoi erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurausten syntyminen. Laiminlyönti synnytti rikoskumppanuuden myös tilanteissa, joissa henkilöä sitoi erityinen oikeudellinen velvollisuus estää toisen aktiivisella toiminnallaan aiheuttaman vaaratilanteen syntyminen. Epäselväksi jää, miksi erityisen oikeudellisen velvollisuuden laiminlyönti synnytti tilanteissa rikoskumppanuuden eikä vastuuta välittömänä yksin tekijänä.

Wilhelm Gallasin ansiot teonherruusopin kehityksessä ovat kahtaalla. Hän ensinnäkin korosti ensimmäisenä erityisen osan tunnusmerkistön merkitystä tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden rajanvedossa. Toiseksi juuri *Gallas* teki teonherruusopista Saksassa oikeuspoliittisesti merkittävän.¹⁹ Myös *Gallas* tukeutui *Welzelin* finaaliin teonherruusoppiin, mikä tarkoitti, että hän myös hyväksyi finaalista tekokäsitteestä seuraavat ontologiset ongelmat. Sen vuoksi myös hän rajasi teonherruusopin soveltamisalan tahallisiin rikoksiin.²⁰

Gallasin mukaan tekijävastuun yksityiskohtainen kuva ei muodostunut vain tahdon sisällöstä ja kausaalisuudesta, vaan tarkemman sisältönsä tekijävastuu sai tunnusmerkistökohtaisesti erityisen osan tunnusmerkistöistä.²¹ Kun teonherruuden täyttymistä pohditaan, huomiota tuli kiinnittää tekoon kokonaisuutena; siihen, mikä teon merkitys (*Tatsinn*) oli ja minkä tyyppisestä tunnusmerkistöstä oli kyse.²² Teonherruutta ei siten ollut mahdollista määrittellä erikseen erillisen osan tunnusmerkistöstä. Teonherruudessa oli kyse herruudesta tiettyyn erityisen osan tunnusmerkistön ilmentävään tekoon, minkä vuoksi oli otettava huomioon, mihin tunnusmerkistön vääryys perustui.²³

Gallasin mukaan erityisen osan tunnusmerkistöt kuvaavat tekotyyppejä, jotka havainnollistavat kriminalisoinnin ydintä. Esimerkiksi tapon tunnusmerkistöön kuuluva ”tappaa”-tunnusmerkki käsitti runsaasti erilaisia toimia, kuten kuristamisen, hukuttamisen ja pistämisen kuoliaaksi. Ainoastaan se, joka oli suorittanut tällaisen tapon kriminalisoinnille ominaisen toimen, voitiin tuomita tekijänä. *Gallasille* tekijävastuuseen johtavan ”tappaa”-tunnusmerkin täyttävän

¹⁸ *Maurach* 1954 s. 527–528.

¹⁹ *Schild* 2009 s. 9. *Gallas* antoi vuonna 1954 rikosoikeuskomitealle (*Strafrechtskommission*) lausunnon siitä, miten tekijävastuu ja varsinainen osallisuus tulisi määrittellä Saksassa. Lausunto rakentui pitkälti *Welzelin* ajattelulle, jota *Gallas* oli kehittänyt edelleen painottamalla kulloinkin sovellettavan erityisen osan tunnusmerkistön merkitystä rajanvedossa.

²⁰ Uusien teonherruusopin muunnelmien syntymisen myötä myös *Gallasin* ajattelu loittoni entistä enemmän *Welzelin* finaalista teonherruusopista. *Gallas* mm. muutti alkuperäistä teoriaansa 1970-luvun kynnyksellä, jolloin hän ei enää katsonut teonherruusopin soveltuvan epävarsinaisiin laiminlyöntirikoksiin. Tästä *Gallas* 1968 s. 169.

²¹ *Gallas* 1954 s. 123.

²² *Gallas* 1954 s. 126.

²³ *Gallas* 1954 s. 139 ja 151.

toimen suoritti vain sellainen, joka toiminnallaan oli menetellyt suunnitelman mukaan, suunnitelma johti menehtymiseen ja tekijä hallitsi tapahtumienkulkua eli saattoi halutessaan myös keskeyttää tai peruuttaa tunnusmerkistön täyttymiseen johtavan tapahtumien kulun. Olennaista oli, näyttikö kuolema hänen teoltaan. Arvio siitä, perustaako tekijän toiminta teonherruuden, perustui siis adekvanssiin punnintaan, jossa selvitetään finaalin teon tosiasiallinen merkitys.²⁴

Myös rikoskumppani oli *Gallasille* teonherra: se, joka yhteisen tekopäätöksen perusteella suoritti osateon, joka punninnan perusteella muodosti osan kollektiivisesta teonherruudesta. Koska *Gallasin* teoriassa teonherruus muodostui sekä finaalista tunnusmerkistön toteutumiseen johtavan teon ohjaamisesta että osallistumisesta tunnusmerkistön mukaiseen tekoon, osallistuminen pelkästään teon suunnitteluun tai valmisteluun ei riittänyt teonherruuteen. Merkille pantavaa *Gallasin* teonherruusopissa oli, että rikoskumppanuus oli mahdollista myös, vaikka muilta rikoskumppaneilta puuttui syyllisyys.²⁵

5.4 ROXININ OPPI TEONHERRUUDESTA

5.4.1 Yleistä

Kuten edellä on jo käynyt ilmi, teonherruusopista on vuosien saatossa kehitetty useita erilaisia muunnelmia. Kun rikosoikeustieteessä puhutaan teonherruusopista, viitataan termillä kuitenkin yleensä *Roxinin* väitöskirjassaan *Täterschaft und Tatherrschaft* vuodelta 1967 luomaan versioon opista.²⁶ Toisin kuin edeltäjänsä, *Roxin* ei alun perinkään pyrkinyt luomaan teonherruusopista kaiken kattavaa teoriaa, jonka perusteella rajanveto tekijävastuun muotojen ja varsinaisen osallisuuden välillä pystyttäisiin ratkaisemaan. *Roxinin* opissa teonherruutta ei samaisteta tekijävastuun kanssa; teonherruus on tietyissä rikoksissa tekijävastuun tunnusmerkki, mutta on olemassa myös rikoksia, joissa tekijävastuu ratkeaa muiden kriteerien perusteella. *Roxinille* teonherruudessa on siten kyse ainoastaan teoriasta, joka tietyissä rikoksissa määrittää tekijävastuun rajat. *Roxinia* voidaankin pitää paitsi teonherruusopin käsitteistön merkittävimpänä kehittäjänä myös opin soveltamisalan merkittävimpänä rajaajana.

²⁴ *Gallas* 1954 s. 127–128.

²⁵ *Gallas* 1954 s. 137–138.

²⁶ Esimerkiksi Vanhanen tukeutuu juuri *Roxinin* versioon omassa tutkimuksessaan. Ks. *Vanhanen* 2004 s. 79 ss.

5.4.2 Avainhahmon käsite sekä jako herruusrikoksiin, velvollisuusrikoksiin ja omakätisiin rikoksiin

Roxinille tekijävastuun pohjana toimii hyvin yleisellä tasolla määritelty tekijävastuun käsite. Hänen mukaansa tekijävastuun määrittämisen lähtökohdaksi on asetettava johtava periaate (*Leitprinzip*). Johtavan periaatteen on toisaalta oltava suhteellisen yleinen ja määrittelemätön, mutta sen sisällön on toisaalta oltava määriteltävissä tukeutumalla oikeudelliseen ainekseen, johon *Roxin* lukee niin rikostunnusmerkistöt kuin sosiaalisesti merkittävät tosiasiatkin.²⁷ Oikeudellisen aineksen läpikäynnin seurauksena avoin tekijävastuun käsite täsmen-tyy erilaisiksi malleiksi, joiden avulla tekijävastuu pystytään konkretisoimaan yksittäisessä tapauksessa.²⁸

Roxin muotoilee johtavan periaatteensa seuraavasti:

Tekijä on tunnusmerkistön täytäntöönpanon avainhahmo (*Zentralgestalt* tai *Schlüsselfigur*). Tekijän erottaa varsinaisista osallisista se, että tekijä on tapahtumien keskipisteessä, kun taas yllyttäjät ja avunantajat ovat pelkkiä sivuhenkilöitä (*Randfiguren*).²⁹

Välitön yksin tekeminen, välillinen tekeminen ja rikoskumppanuus ovat kaikki erilaisia ilmenemismuotoja tunnusmerkistön täytäntöönpanon avainhahmolle.³⁰ Erityisen osan tunnusmerkistöt ovat puolestaan lainsäätäjän laatimia kuvauksia tekijävastuusta. Erityisen osan tunnusmerkistöjen perusteella voidaan määrittää kriminalisoinnin ydin ja sen perusteella taas, kuka missäkin tunnusmerkistössä on avainhenkilön asemassa.³¹ Olennaista teoriassa on kysyä, mikä on tunnusmerkistön merkityssisältö; mitä oikeushyviä suojaamaan se on säädetty?³²

Roxin jakaa erityisen osan tahallisen rangaistavat tunnusmerkistöt herruusrikoksiin (*Herrschaftsdelikte*), velvollisuusrikoksiin (*Pflichtdelikte*) sekä omakätisiin rikoksiin (*eigenhändige Delikte*).³³ Herruusrikoksissa tekijävastuu määräytyy teonherruuden perusteella: tunnusmerkistön täytäntöönpanon avainhenkilö on se, joka teonherrana hallitsee tunnusmerkistön toteutumiseen johtavaa tapahtumienkulkua.³⁴ Suurin osa erityisen osan tahallisen rangaistavista

²⁷ *Roxin* 2006a s. s. 19–32. Ks. myös *Roxin* 2006a s. 335–338 ja 528–531. Jälkimmäisessä suhteessa *Roxin* tukeutuu suoraan Hegelin filosofiaan. Näin *Schild* 2009 s. 25.

²⁸ *Roxin* 2006a s. 122–126 ja 529.

²⁹ *Roxin* 2006a s. 25–26 sekä *Roxin* 2003 s. 9 ja 14.

³⁰ *Roxin* 2003 s. 9 ja 15.

³¹ *Roxin* 2006a s. 122, 126 ja 326.

³² *Roxin* 2006a s. 336–337 ja 462.

³³ *Roxin* 2003 s. 9–10.

³⁴ *Roxin* 2003 s. 9–10.

tunnusmerkistöistä on herruusrikoksia.³⁵ Herruusrikosten ryhmä lieneekin yksinkertaisinta määritellä negaation kautta: kyse on tahallisina rangaistavista rikoksista, jotka eivät ole velvollisuusrikoksia tai omakätisiä rikoksia. Olennaista *Roxinin* teoriassa on, ettei tekijävastuu määräydy velvollisuusrikoksissa ja omakätisissä rikoksissa teonherruuden perusteella.

Velvollisuusrikoksissa tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden ala määritellään toisella tavalla kuin herruusrikoksissa, mikä johtuu velvollisuusrikoksien kriminalisoinnin taustalla vaikuttavasta erilaisesta sosiaalisesta todellisuudesta.³⁶ Velvollisuusrikoksissa menettelyn rangaistavuus ei perustu tekijän ulkoisen menettelyn laatuun. Sen sijaan rangaistavuus perustuu siihen, että tekijä on toiminut vastoin toimintavaatimuksia, jotka seuraavat häntä sitovasta sosiaalisesta roolista.³⁷

Velvollisuusrikoksissa tapahtumien avainhenkilö on aina se (*intraneus*), joka on toiminut vastoin sosiaalisesta roolista seuraavaa velvollisuutta. Sen sijaan se (*extraneus*), jota velvollisuus ei sido, ei voi olla avainhenkilön asemassa ja tekijävastuussa.³⁸ Velvollisuusrikoksissa tekijävastuun perustavat velvollisuudet voivat olla erilaisia. Useimmin ne kuvaavat tekijävastuulle ominaista tekijään liittyvää vääryyttä. Selvimät velvollisuusrikokset ovat virkarikokset, mutta myös muut suomalaisessa doktriinissa erikoisrikoksiksi määriteltävät tunnusmerkistöt näyttäisivät pääasiassa kuuluvan *Roxinin* luokittelussa velvollisuusrikosten ryhmään.³⁹

Omakätisissä rikoksissa kriminalisoinnin vääryys kiteytyy korostuneesti tekijän menettelyyn, elämäntapaan tai erityisen henkilökohtaiseen velvollisuuteen.⁴⁰ Sen vuoksi omakätisissä rikoksissa tekijävastuu on mahdollista ainoastaan ryhtymällä henkilökohtaisesti ja omakätisesti tunnusmerkistössä kuvattuun täytäntöönpanotoimeen.⁴¹ Omakätisten rikosten olemassaolo tunnustetaan myös suomalaisessa rikosoikeustieteessä. *Roxinin* käsitys omakätisistä rikoksista ei täysin vastaa kotoista doktriinia.⁴² Yhteistä kuitenkin on se, ettei omakätisten rikosten ryhmä kummassakaan muodostu suureksi.

³⁵ *Roxin* 2003 s. 10 ja 106. Herruusrikoksia ovat esimerkiksi tappo, pahoinpitely, varkaus, vahingonteko ja petos.

³⁶ *Roxin* 2003 s. 112.

³⁷ *Roxin* 2003 s. 106.

³⁸ *Roxin* 2003 s. 106.

³⁹ *Roxin* 2003 s. 107–108.

⁴⁰ Tällä perusteella Roxin erottaa kolme omakätisten rikosten ryhmää: *verhaltensgebundene Delikte*, *täterstrafrechtliche Delikte* ja *höchstpersönliche Pflichtdelikte*. Ks. *Roxin* 2003 s. 117–121. On huomautettava, että *Roxinin* käsitys omakätisistä rikoksista on muuttunut sitten *Täterschaft und Tatherrschaft* -teoksen ensimmäisten painosten.

⁴¹ *Roxin* 2003 s. 114.

⁴² Omakätisistä rikoksista suomalaisessa doktriinissa ks. esim. *Luoto* 2014 s. 44–64.

5.4.3 Teonherruus tekijävastuun tunnusmerkkinä herrausrikoksissa

Oikeudellisen aineksen läpikäynnin perusteella *Roxin* määrittää herrausrikoksissa kolme erilaista teonherrauden muotoa. Ne toimivat malleina, joiden avulla tekijävastuu pystytään konkretisoimaan herrausrikoksissa yksittäisessä tapauksessa. Teonherrauden eri muodot ovat toiminnanherraus (*Handlungsherrschaft*), tahdonherraus (*Willensherrschaft*) sekä funktionaalinen teonherraus (*funktionale Tatherrschaft*).⁴³

Tahdonherraudesta erotetaan edelleen neljä muotoa: tahdonherraus pakottamalla (*Willensherrschaft kraft Nötigung*), tahdonherraus erehdyttämällä (*Willensherrschaft kraft Irrtums*) ja tahdonherraus käyttämällä hyväksi syyntakeetonta tai alentuneesti syyntakeista välimiestä (*Willensherrschaft bei Schuldunfähigen und vermindert Schuldfähigen*) sekä ns. organisatorinen teonherraus (*Organisationsherrschaft* tai *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*).⁴⁴

Lähtökohtaisesti toiminnanherraus vastaa välitöntä yksin tekemistä, tahdonherraus välillistä tekemistä ja funktionaalinen teonherraus rikoskumppanuutta. *Roxin* kuitenkin käsittelee tahdonherrauden puitteissa useita sellaisia tilanteita, joita suomalaisessa doktriinissa on tavattu käsitellä rikoskumppanuutena. Seurauksena *Roxinin* teoriassa tahdonherrauden soveltamisala muodostuu laajemmaksi kuin välillisen tekemisen soveltamisala suomalaisessa doktriinissa ja funktionaalisen teonherrauden soveltamisala puolestaan kapeammaksi kuin rikoskumppanuuden soveltamisala on kotimaisessa doktriinissa.

5.4.3.1 Välitön tekijävastuu toiminnanherrautena (*Handlungsherrschaft*)

Toiminnanherrauden perusteella tekijä on lähtökohtaisesti jokainen, joka toteuttaa ruumiillisesti ja omakätisesti rikoksen tunnusmerkistön eli kaikki sen objektiiviset ja subjektiiviset tunnusmerkit. Toiminnanherraus perustaa *Roxinin* ajattelussa välittömän tekijävastuun, joka käytännössä vastaa kotimaisen osallisuusopin välitöntä yksin tekemistä. Tässä teonherrauden muodossa tekijävastuu syntyy siitä, että tekijä on suorittanut tunnusmerkistön kuvaaman teon henkilökohtaisesti ja omakätisesti. *Roxinin* mukaan tekoa ei voi hallita paremmin kuin toteuttamalla se itse ja omakätisesti.⁴⁵ Havainnollistan toiminnanherrautta seuraavalla yksinkertaisella esimerkillä.

⁴³ *Roxin* 2006a s. 127 ss., 142 ss. ja 275 ss.

⁴⁴ *Roxin* 2006a s. 142 ss., 170 ss. ja 242 ss.

⁴⁵ *Roxin* 2003 s. 19–20.

Oletetaan, että A lyö X:ää kerran tahallaan nyrkillä päähän. Koska A on henkilökohtaisesti ja omakätisesti tehnyt X:lle ruumiillista väkivaltaa, syntyy hänelle *Roxinin* teoriassa tekijävastuu pahoinpitelystä toiminnanherruuden perusteella.

Toiminnanherruudessa on kyse tekijävastuun selvimmästä ja yleisimmästä tapauksesta. *Roxin* katsoo sen saavan vahvistuksensa jokaisessa erityisen osan tunnusmerkistössä, jotka on kirjoitettu ikään kuin tekijä henkilökohtaisesti ja omakätisesti toteuttaisi aina rikoksen tunnusmerkistön.⁴⁶ Toiminnanherruus on ensisijaista funktionaaliseen teonherruuteen nähden. Jos rikoksen ovat tehneet yhdessä useat mutta kaikki heistä ovat myös toteuttaneet rikoksen tunnusmerkistön ruumiillisesti ja omakätisesti, seuraa tekijävastuu toiminnanherruuden perusteella.⁴⁷ Tässä suhteessa *Roxinin* teoria vastaa suomalaisessa doktriinissa esitettyä näkemystä, jonka mukaan rikoskumppanuudesta ei ole kyse silloin, kun kukin henkilö yksin ja itsenäisesti toteuttaa kaikki tunnusmerkistön elementit.⁴⁸

Oletetaan nyt, että A ja B yhdessä ja yhteisymmärryksessä pahoinpitelevät C:tä niin, että molemmat lyövät yhden kerran X:ää nyrkillä päähän. Koska molemmat ovat henkilökohtaisesti ja omakätisesti tehneet ruumiillista väkivaltaa X:lle, syntyy A:lle ja B:lle tekijävastuu pahoinpitelystä jo toiminnanherruuden perusteella. Suomalaisessa doktriinissa puolestaan molemmille syntyisi tekijävastuu jo välittömän yksin tekemisen perusteella.

Jos henkilö sen sijaan toteuttaa vain osan rikoksen tunnusmerkeistä ruumiillisesti ja omakätisesti, kyse ei ole välittömästä tekijävastuusta, koska hän ei tällöin hallitse tunnusmerkistön mukaista toimintaa tavalla, joka perustaa toiminnanherruuden. Tällaisessa tilanteessa tekijävastuu saattaa kuitenkin syntyä funktionaalisen teonherruuden perusteella, jos henkilö useamman kanssa yhdessä hallitsee toimintaa tavalla, joka synnyttää teonherruuden.⁴⁹

Huomionarvoista *Roxinin* teoriassa on, että vaikka välitön tekijä olisi toiminut anteeksiannettavan pakkotilan alaisena tai syyllisyyden poistavan kieltoerehdyksen vallassa, on välitön tekijä teonherra edelleen toiminnanherruuden perusteella. Tällaisessa tilanteessa ainoastaan välittömän tekijän rikosoikeudellinen vastuu poistuu muttei teonherruus. Sen sijaan on mahdollista, että pakkotilan tai kieltoerehdyksen aiheuttanut saattaa tällaisessa tilanteessa välittömän tekijän *ohella* olla teonherra tahdonherruuden perusteella.⁵⁰ Olennaista on, ettei teonherruus siten aina johda rikosoikeudelliseen vastuuseen menettelystä. Lisäksi olennaista on, ettei välittömän tekijän tahdonherruus sulje pois mahdol-

⁴⁶ *Roxin* 2003 s. 20.

⁴⁷ *Roxin* 2003 s. 19.

⁴⁸ Vrt. esim. *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 416.

⁴⁹ *Roxin* 2003 s. 20.

⁵⁰ *Roxin* 2003 s. 20.

lisuutta siitä, että jollain toisella on samaan aikaan tahdonherruuden perusteella teonherruus samasta historiallisesta tapahtumienkulusta.

5.4.3.2 *Välillinen tekijävastuu tahdonherruutena pakottamalla* (*Willensherrschaft kraft Nötigung*)

Kaikissa tahdonherruuden muodoissa on erotettava rikoksen välimiehen (*Tatmittler*) ja takamiehen (*Hintermann*) käsitteet. Tahdonherruuden perusidea on, että siinä takamies toteuttaa rikoksen käyttämällä hyväkseen välimiestä. Välimiehen käyttäminen rikoksen tekovälineeseen rinnastettavana objektina mahdollistaa sen, että takamies hallitsee välillisesti tapahtumienkulkua, mikä synnyttää takamiehen asemassa olevalle (tai oleville) teonherruuden tahdonherruuden perusteella. *Roxin*in teoriassa tahdonherruus synnyttää siten aina välillisen tekijävastuun.⁵¹

Tahdonherruus pakottamalla muodostaa välillisen tekijävastuun yksinkertaisimman tapauksen. *Roxin* havainnollistaa tahdonherruutta pakottamalla seuraavalla kuvitteellisella esimerkkitapauksella.⁵²

Oletetaan, että A uhkaa tappaa B:n läheisen, ellei B suostu ryöstämään pankkia X A:n puolesta. Oletetaan lisäksi, että A:n uhkauksen vuoksi B:n menettelyyn voidaan katsoa soveltuvan pakkotila anteeksiantoperusteena. Uhkauksen vuoksi B:llä ei ole muuta vaihtoehtoa kuin ryöstää pankki.

Esimerkkitaupauksessa B on tehnyt ryöstön henkilökohtaisesti ja omakätisesti. B:llä on sinänsä toiminnanherruus, mutta häntä voidaan pitää anteeksiantoperusteiden perusteella toimineena ryöstön välittömänä tekijänä, jolloin hän on rangaistusvastuusta vapaa. Kuten edellä on jo käynyt ilmi, teonherruus voi kuitenkin olla useammalla yhtä aikaa samasta historiallisesta tapahtumienkulusta. Siten B:n ohella ryöstön täytöntöönpanoa hallitsee välillisesti esimerkkitapauksessa myös A. A on uhkaamalla tappaa B:n läheisen pakottanut B:n tekemään ryöstön, jolloin A on käyttänyt ryöstön tekemisessä B:tä välimiehenä. A on ns. takamies, jonka menettely perustaa hänelle välillisen tekijävastuun ryöstöstä tahdonherruuden pakottamalla perusteella. *Roxin* korostaa, että tahdonherruus pakottamalla edellyttää aina, että on olemassa välimies, joka hallitsee tapahtumienkulkua toiminnanherruuden perusteella.⁵³

Olennaista tahdonherruudessa pakottamalla on, minkälainen ja miten voimakas pakottaminen riittää perustamaan sen. *Roxin*in teoriassa takamiehen käyttä-

⁵¹ *Roxin* 2003 s. 22–23.

⁵² *Roxin* 2003 s. 23. Olen hieman muokannut tapausta, jotta se sopisi paremmin yhteen rikoslain vastuuvapausperusteiden kanssa.

⁵³ *Roxin* 2003 s. 23.

mä pakko perustaa tekijävastuun tahdonherruuden perusteella, jos pakko johtaa välimiehen vastuuvapauteen anteeksiannettavan pakkotilan (StGB § 35) perusteella.⁵⁴ Suomessa kyseistä säännöstä (StGB § 35) vastaa RL 4:5.2. Välttämättä välittömän tekijän toimintaan soveltuvan anteeksiannettavan pakkotilan ei ole perustuttava välillisen tekijän käyttämään pakkoon, vaan se voi perustua myös siihen, että välillinen tekijä on toiminnallaan luonut muun anteeksiannettavan pakkotilan soveltumisedellytyksiä vastaavan tilanteen.⁵⁵ Sen sijaan jo olemassa olevan anteeksiannettavan pakkotilan hyväksikäyttö ei yleensä johda takamiehen tahdonherruuteen.⁵⁶

5.4.3.3 Välillinen tekijävastuu tahdonherruutena erehdyttämällä (*Willensherrschaft kraft Irrtums*)

Tahdonherruus erehdyttämällä muodostaa välillisen tekijävastuun toisen muodon. Se eroaa tahdonherruudesta pakottamalla siinä, että pakon sijasta takamiehen laajalle ulottuva tietämys mahdollistaa tapahtumienkulun hallinnan: hän tietää sen, mitä välimies ei tiedä, näkee sen, mitä välimies ei näe ja ottaa huomioon sen, mitä välimies ei osaa ottaa huomioon. Tiedollisen yliveritaisuutensa vuoksi takamies voi laskea sen varaan, että välimies tekee rikoksen ja toimii siten takamiehen rikoksentekeväliseinä. *Roxin* korostaa, ettei tahdonherruus erehdyttämällä synnytä yhtä kokonaisvaltaista teonherruutta kuin tahdonherruus pakottamalla. Se riittää kuitenkin synnyttämään välillisen tekijävastuun tietyissä tilanteissa.⁵⁷

Ensinnäkin tahdonherruus erehdyttämällä on mahdollista, jos erehdyttäminen johtaa siihen, että välimiehen tahallisuus poistuu. Kyse on tahdonherruuden erehdyttämällä selvimmästä muodosta. Se voi liittyä kaikkiin erehdyksiin, jotka oikeudelliselta vaikutukseltaan poistavat välimiehen teon tahallisuuden. Suomalaisessa erehdysopissa kyseeseen tulevat siten RL 4:1:n tunnusmerkistö-erehdys sekä RL 4:3:n vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys. Jos takamies aiheuttaa välittömän tekijän toimimisen tahallisuuden poissulkevan tunnusmerkistöerehdyksen tai vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen vallassa, seuraa takamiehelle välillinen tekijävastuu tahdonherruuden erehdyttämällä perusteella.⁵⁸ Tahdonherruutta erehdyttämällä voidaan havainnollistaa klassisella lääkäritapauksella.

Oletetaan, että lääkäri A tahallaan erehdyttää sairaanhoitaja B:tä lääkeruiskun sisällöstä. Erehdyksen vuoksi B ruiskuttaa potilaan C suoneen lääkettä sijasta tappavaa myrkyä sillä seurauksella, että potilas C menehtyy.

⁵⁴ *Roxin* 2003 s. 24.

⁵⁵ *Roxin* 2003 s. 25.

⁵⁶ Poikkeustilanteista ks. *Roxin* 2003 s. 25.

⁵⁷ *Roxin* 2003 s. 29.

⁵⁸ *Roxin* 2003 s. 29.

A:n tieto lääkeruiskun sisällöstä tekee hänestä tiedollisesti ylivertaisen suhteessa B:hen, minkä vuoksi hän voi laskea B:n ruiskuttavan myrkytävän potilaan suoneen. Sen vuoksi A:n menettely synnyttää hänelle *Roxinin* teoriassa välillisen tekijävastuun C:n kuolemasta tahdonherruuden erehdyttämällä perusteella.

Lääkäritapauksessa kyse on selvästi tunnusmerkistöerehdyksestä: lääkäri A:n menettelyn vuoksi sairaanhoitaja B on erehtynyt sellaisten seikkojen käsillä olosta, joita tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää. Myös vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen aiheuttaminen voi johtaa takamiehen välilliseen tekijävastuuseen tahdonherruuden erehdyttämällä perusteella.⁵⁹ Havainnollistan tätä ratkaisun KKO 2016:25 avulla.

Ratkaisussa A oli ilman toisen huoltajan suostumusta teettänyt pojalleen ympärileikkauksen kulttuurisista syistä. Ympärileikkauksen oli tehnyt lääkäri B, jota A oli tahallaan erehdyttänyt toisen huoltajan suostumuksen olemassaolosta. KKO rinnasti lääkäri B:n erehtymisen molempien huoltajien suostumuksesta ympärileikkaukselle erehdykseen vastuusta vapauttavan seikan olemassaolosta, minkä vuoksi lääkäri B:tä ei tuomittu tahallisuudesta.

A on aiheuttanut B:n erehtymisen vastuusta vapauttavan seikan olemassaolosta. Tieto asioiden todellisesta tilasta mahdollistaa sen, että A on voinut laskea B:n tekevän pahoinpitelyteon eli ympärileikkauksen. A on siten käyttänyt B:tä rikoksentekeväliseinä tavalla, joka perustaa hänelle *Roxinin* teoriassa välillisen tekijävastuun ympärileikatun pojan pahoinpitelystä tahdonherruuden erehdyttämällä perusteella.

Roxinin mukaan takamiehen ei välttämättä tarvitse edes itse aiheuttaa välimiehen teon tahallisuuden poistavaa erehdystä, vaan hän voi yhtä hyvin käyttää hyväkseen jo olemassa olevaa erehdystä.⁶⁰ Jos sairaanhoitaja B on vahingossa ottanut myrkyä sisältävän lääkeruiskun ja A ruiskun sisällöstä tietoisena kehottaa häntä antamaan sen sisällön ripeästi potilas C:lle, synnyttää A:n menettely edelleen hänelle välillisen tekijävastuun C:n kuolemasta tahdonherruuden erehdyttämällä perusteella. Vastaavasti jos ratkaisussa KKO 2016:25 lääkäri B:llä olisi jo valmiiksi ollut virheellinen käsitys molempien huoltajien suostumuksen olemassaolosta, voisi B käyttää erehdystä hyväkseen tavalla, joka synnyttää hänelle välillisen tekijävastuun.

Toiseksi tahdonherruus erehdyttämällä on myös mahdollista, jos välimies toimii kieltoerehdyksen vallassa ja takamies on joko aiheuttanut kieltoerehdystilanteen tai vähintäänkin käyttänyt sitä hyväkseen.⁶¹ Kieltoerehdykselle ei KKO:n ratkaisukäytännössä ole annettu merkitystä rangaistusvastuun poistavana seikka-

⁵⁹ *Roxin* 2003 s. 31.

⁶⁰ *Roxin* 2003 s. 30.

⁶¹ *Roxin* 2003 s. 34–35.

na; vastuuvapauden edellytykset on asetettu niin ankariksi, ettei rangaistusvastuu käytännössä voi poistua kieltoerehdyksen perusteella.⁶² Suomalaisessa doktriinissa tämän teonherruuden muodon merkitys olisi siten lähinnä teoreettinen.

Saksalaisessa kirjallisuudessaakin ollaan eri mieltä siitä, kuinka laajasti tahdonherruus erehdyttämällä on tällaisessa tilanteessa mahdollista. Kirjallisuudessa tilanteet erotetaan sen perusteella, onko kyse ei-vältettävissä olevasta kieltoerehdyksestä (*unvermeidbarer Verbotsirrtum*) vai vältettävissä olevasta kieltoerehdyksestä (*vermeidbarer Verbotsirrtum*). Toiset katsovat, että vain edellisen aiheuttaminen synnyttää tahdonherruuden erehdyttämällä⁶³, kun taas toiset katsovat, että molemmat voivat synnyttää tahdonherruuden erehdyttämällä.⁶⁴ *Roxin* edustaa jälkimmäistä kantaa.⁶⁵

Kolmanneksi tahdonherruus erehdyttämällä on rajatusti mahdollista silloinkin, kun välittömän tekijän toiminta on tahallista, tunnusmerkistönmukaista, oikeudenvastaista sekä syyllisyyttä ilmentävää. Edellytyksenä on, että takamies valvoo toimintaa, sen olemusta ja luonnetta sekä suuruutta paremmin kuin välitön tekijä. Kysymys siitä, missä laajuudessa tahdonherruus erehdyttämällä on mahdollista rikosoikeudellisesti täysin vastuullisen välittömän tekijän menettelyn perusteella, kuuluu teonherruusopin kiistellyimpiin aiheisiin.⁶⁶ Se on myös kaikista tahdonherruuden muodoista vaikein sovittaa yhteen vallitsevan suomalaisen doktriinin kanssa.

Erehdyttämisessä on kyse psyykkisestä vaikuttamisesta. Lähtökohtaisesti välittömän tekijän erehdyttäminen voi johtaa ainoastaan yllytys- tai avunantovastuuseen, jos välitön tekijä toimii erehdyttämisestä huolimatta tahallisesti, tunnusmerkistönmukaisesti, oikeudenvastaisesti ja syyllisyyttä ilmentävästi. *Roxin* konstruoi kuitenkin kaksi poikkeusta pääsääntöön.⁶⁷

Välillinen tekijävastuu on mahdollista, jos takamies on erehdyttänyt välimiestä hänen tekonsa vääryyden suuruudesta.⁶⁸ Tilannetta voidaan havainnollistaa seuraavalla kuvitteellisella esimerkkitapauksella.

A, B ja C ovat perjantai-iltana juhlimassa alkavaa viikonloppua. A saa B:n sekoittamaan C:n alkoholijuomaan ”tyrmäystippoja”, jotka A:n mukaan aiheuttavat C:lle lyhytkestoisen sairaskohtauksen. A on kuitenkin erehdyttänyt B:tä tippojen laadusta, ja todellisuudessa tipat sekoitettuna alkoholijuomaan aiheuttavat C:lle mahahaavan, joka vaatii viikkojen sairaalahoitoa.

⁶² Kieltoerehdyksen soveltamiskäytännöstä suomalaisessa doktriinissa ks. esim. *Melander* 2016 s. 228–235.

⁶³ Näin mm. *Herzberg* 1974 s. 374; *Jakobs* 1991 s. 645 ja *Stratenwerth* 2000 312.

⁶⁴ Näin mm. *Kühl* 2012 770–772.

⁶⁵ *Roxin* 2003 s. 37.

⁶⁶ *Roxin* 2003 s. 29.

⁶⁷ *Roxin* 2003 s. 41 ss.

⁶⁸ *Roxin* 2003 s. 42.

Roxin mukaan A on mahdollista tuomita tahdonherruuden perusteella välilliseen tekijävastuuseen C:hen kohdistuneesta pahoinpitelyrikoksesta, koska hän on erehdyttänyt B:tä tämän teon vääryyden suuruudesta *merkittävästi*.⁶⁹ On korostettava, että *Roxin* teoriassa A:n ohella B tuomitaan toiminnanherruuden perusteella välittömään tekijävastuuseen C:hen kohdistuneesta pahoinpitelyrikoksesta. Välimiehen toiminnanherruus, joka johtaa rikosoikeudelliseen vastuuseen tahallisesta rikoksesta saman historiallisen tapahtumienkulun perusteella, ei siten automaattisesti sulje pois takamiehen tahdonherruutta.⁷⁰

Olennaista on, milloin välimiehen erehtyminen tekonsa vääryyden suuruudesta on ollut merkittävää. Näin on ainakin siinä tapauksessa, että teko muuttuu kokonaan toiseksi, sitä moitittavammaksi rikokseksi, esimerkiksi pahoinpitelyrikos tapporikokseksi. Näin on myös siinä tapauksessa, että teko muuttuu törkeys-asteikolla törkeämmäksi tekemuodoksi, esimerkiksi pahoinpitely törkeäksi pahoinpitelyksi.⁷¹ Epäselvää on, voiko välimiehen erehtyminen tekonsa vääryyden suuruudesta olla merkittävää, vaikka teko erehdyksestä huolimatta pysyy tunnusmerkistöllisesti samana, esimerkiksi pahoinpitely pahoinpitelynä.

Roxin mukaan tahdonherruus erehdyttämällä voi synnyttää välillisen tekijävastuun myös silloin, kun takamies on erehdyttänyt välimiestä rikoksen uhrin identiteetistä. Kyse on ns. *error in persona* -tilanteista.⁷² Selvää on, että välimiehen erehdyttäminen uhrin identiteetistä perustaa takamiehelle välillisen tekijävastuun tahdonherruuden perusteella, jos uhrin identiteetti on poikkeuksellisesti tunnusmerkistötekijä.⁷³ Tällöinhän välimiestä on yleensä erehdytetty myös hänen tekonsa vääryyden suuruudesta. *Roxin* teoriassa tahdonherruus erehdyttämällä on kuitenkin mahdollista, kun uhrin identiteetti ei ole tunnusmerkistötekijä, mikä useimmin on tilanne.

Oletetaan, että A erehdyttää B:n pahoinpitelemään D:n, vaikka B:n tarkoitus oli pahoinpidellä C.

Roxin asettaa B:n toiminnanherruuden perusteella välittömään tekijävastuuseen pahoinpitelystä ja A:n välilliseen tekijävastuuseen pahoinpitelystä tahdonherruuden erehdyttämällä perusteella.⁷⁴ A:n tahdonherruus perustuu siihen, että hänen menettelynsä seurauksena B:n teko on muuttunut toiseksi, koska teon uhri on muuttunut C:stä D:ksi. Kun teon kohteena on tietty objekti, on myös tahallisuus suhteessa teko-objektiin niin konkreettista, että objektin muutos tekee

⁶⁹ *Roxin* 2003 s. 42.

⁷⁰ *Roxin* 2003 s. 42–43.

⁷¹ *Roxin* 2003 s. 43–45.

⁷² *Roxin* 2003 s. 45–46.

⁷³ Esimerkiksi RL 21:2:n murhan ”tappamalla virkamies hänen ollessaan virkansa puolesta ylläpitämässä järjestystä tai turvallisuutta taikka virkatoimen vuoksi” -tunnusmerkki.

⁷⁴ *Roxin* 2003 s. 45–46.

teosta toisen. Jos A ei olisi erehdyttänyt B:tä uhrin henkilöstä, kyse olisi korkeintaan yllytyksestä pahoinpitelyyn.⁷⁵

5.4.3.4 Tahdonherruus käyttämällä hyväksi syyntakeetonta tai alentuneesti syyntakeista välimiestä (*Willensherrschaft bei Schuldunfähigen und vermindert Schuldfähigen*)

Tahdonherruus käyttämällä hyväksi syyntakeetonta tai alentuneesti syyntakeista muodostaa tahdonherruuden kolmannen muodon. Teonherruusopillisesti kyse on eräänlaisesta pakottamista ja erehdyttämistä sisältävän tahdonherruuden yhdistelmästä. Takamiehen tahdonherruus perustuu *Roxinin* mukaan näissä tilanteissa siihen, että välimieheltä puuttuu kokonaan kyky ymmärtää tekonsa vääryys ja siten menetellä lain edellyttämällä tavalla, mitä takamies käyttää hyväkseen.⁷⁶ Tahdonherruus on myös mahdollista siinä tapauksessa, että välimies sinänsä ymmärtää tekonsa vääryyden, muttei kykene menettelemään lainmukaisesti takamiehestä johtuvista seikoista.⁷⁷ Tällaisia seikkoja voivat takamiehen käyttämän pakon ja aiheuttaman erehdyksen ohella olla myös välimiehen yllyttäminen tekoon sekä rajoitetusti takamiehen avustaminen.⁷⁸

Kun välimies on syyntakeeton, vastaa *Roxinin* teoria kotoista välillisen tekemisen doktriinia. *Roxin* kuitenkin ulottaa välillisen tekijävastuun takamieheen myös tilanteissa, joissa välimies on ainoastaan alentuneesti syyntakeinen. Toisin sanoen takamiehen tahdonherruutta ei estä se, että alentuneesti syyntakeinen hallitsee tapahtumienkulkua toiminnanherrana ja että toiminnanherruuden perusteella alentuneesti syyntakeiselle voi syntyä vastuu menettelystään välittömänä tekijänä.

5.4.3.5 Organisatorinen teonherruus (*Organisationsherrschaft tai Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*)

Organisatorisessa teonherruudessa on kyse tahdonherruuden neljännestä muodosta. Yhteistä sillä on pakottamista ja erehdyttämistä koskevan tahdonherruuden kanssa, että kaikki kolme perustavat *Roxinin* teoriassa välillisen tekijävastuun. Yhteistä on myös se, ettei organisatorinen teonherruus sulje pois rikoksen välittömästi tehneen välimiehen teonherruutta toiminnanherruuden perusteella. Monessa suhteessa organisatorinen teonherruus eroaa kuitenkin merkittävästi muista tahdonherruuden muodoista, mikä johtuu ennen kaikkea sen funktiosta *Roxinin* teonherruusopissa.

⁷⁵ *Roxin* 2003 s. 45.

⁷⁶ *Roxin* 2003 s. 58.

⁷⁷ *Roxin* 2003 s. 58–59.

⁷⁸ Tästä tarkemmin ks. *Roxin* 2006a s. 235–236 ja 240–242.

Teonherruusopissa organisatorisen teonherruuden funktiona on ulottaa tekijävastuu henkilöihin, jotka todellisuudessa ovat rikoksen toteutumisen takana, vaikka he eivät itse millään tavalla osallistu rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen. Yleensä osallisuusopissa tilanteet, joissa rikoksen toteutumiseen ratkaisevasti myötävaikuttanut ei ole osallistunut rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon, on pyritty ratkaisemaan rikoskumppanuuden piirissä laajentamalla sen soveltamisalaa. Näin on tavattu tehdä myös suomalaisessa doktriinissa. Organisatorisella teonherruudella onkin puhtaasti sen funktion näkökulmasta enemmän yhteistä rikoskumppanuuden kuin välillisen tekemisen kanssa. *Roxin* on kuitenkin pyrkinyt ratkaisemaan perinteisesti rikoskumppanuuden yhteydessä käsitellyn ongelman laajentamalla välillisen tekijävastuun alaa.

Toisin kuin pakottamista ja erehdyttämistä koskevassa tahdonherruudessa, organisatorisessa teonherruudessa välillinen tekijävastuu ei perustu siihen, että takamies manipuloisi rikoksen varsinaisesti toteuttavan välimiehen tahtoa.⁷⁹ Sen sijaan organisatorisessa teonherruudessa välillinen tekijävastuu perustuu takamiehen asemaan organisaatiossa, jonka toiminnassa rikos tehdään, sekä organisaation toimintamalliin. *Roxin* asettaa organisatoriselle teonherruudelle kolme edellytystä.

Ensinnäkin takamiehen on oltava sellaisessa asemassa organisaatiossa, että hän voi antaa määräyksen rikoksen tekemisestä ja että määräyksen seurauksena takamies voi laskea sen varaan, että joku organisaatiossa tekee määräyksen mukaisen rikoksen.⁸⁰ Organisatorinen teonherruus syntyi reaktionä ennen kaikkea kansallissosialistisen puolueen valtakaudella Saksassa toteutettuihin rikoksiin. *Roxinin* tarkoituksena oli luoda teoria, jonka avulla tekijävastuu pystyttiin ongelmitta ja teoreettisesti vakuuttavasti ulottamaan kansallissosialistisen puolueen johtajiin puolueen jäsenten välittömästi toteuttamista rikoksista.⁸¹

Organisatorisen teonherruuden soveltamisala ei kuitenkaan rajaudu vain organisaatiossa absoluuttisella huipulla oleviin henkilöihin. Lähtökohtaisesti takamiehen hierarkkisella asemalla organisaatiossa ei ole merkitystä. Edellytyksenä on ainoastaan, että takamies on sellaisessa asemassa organisaatiossa, jossa hän voi antaa määräyksen rikoksen tekemisestä tietäen, että joku organisaatiossa toteuttaa määräyksen.⁸² Myös jokainen lenkki, jonka kautta määräys organisaatiomallissa kulkee välimiehelle, voidaan tuomita organisatorisen teonherruuden perusteella välilliseen tekijävastuuseen. Olennaista on ainoastaan se seikka, että hän toimii vähintään linkkinä organisaation eri portaiden välillä ja ettei hänen ole jätettävä tunnusmerkistön toteutumista toisen päätettäväksi.⁸³

⁷⁹ *Heinrich* 2002 s. 28.

⁸⁰ *Roxin* 2006a s. 248–249.

⁸¹ *Roxin* 2012 s. 399 ja *Roxin* 2003 s. 47.

⁸² *Roxin* 2003 s. 47.

⁸³ *Roxin* 2012 s. 413 ja *Roxin* 2006a s. 248.

Organisatorinen teonherruus voi myös olla jaettua. Kyse voi olla organisatorisesta teonherruudesta, vaikka henkilöllä ei yksin olisikaan valtaa antaa määräystä rikoksen tekemisestä, jos hän yhdessä useamman kanssa voi antaa määräyksen.⁸⁴ Kysymys on merkittävä, sillä usein organisaatioissa päätöksen- tekovaltaa käyttää useista henkilöistä koostuva elin.

Toiseksi organisaation on oltava rakennettu niin, ettei rikoksen toteutuminen ole riippuvainen rikoksen välittömästi tekevästä välimiehestä. Organisatorisesta näkökulmasta tarkasteltuna tämä tarkoittaa, että sitä, joka valikoituu rikoksen välittömäksi tekijäksi, leimaa sekä sattumanvaraisuus että korvattavuus. Rikoksen välittömästi tekevän välimiehen on oltava mielivaltaisesti vaihdettavissa toiseen organisaation sisällä ilman, että rikoksen toteutuminen vaarantuu.⁸⁵ Organisaation täytäntöönpanokoneiston on oltava niin laaja, että jos rikoksen välittömäksi tekijäksi valikoitunut ei syystä tai toisesta teekään rikosta, organisaatiosta löytyy hänelle korvaaja, joka tekee rikoksen.⁸⁶

Kolmanneksi organisaation on oltava oikeusjärjestyksestä irrallinen.⁸⁷ Jos oikeusjärjestys valvoo organisaation johtoa ja sen täytäntöönpanokoneistoa, ei määräyksen antaminen rikoksen tekemisestä organisaation piirissä voi *Roxinin* mukaan perustaa määräyksen antajalle välillistä tekijävastuuta organisatorisen teonherruuden perusteella. Tämä johtuu siitä, että (rikos)oikeusjärjestyksen ollessa hierarkiassa organisaatiota korkeammalla myös organisaatiossa määräysvaltaa käyttävän on lähdettävä siitä, että hänen menettelynsä voi johtaa rikos-oikeudelliseen vastuuseen.⁸⁸

Palataan ratkaisuun, jossa vieraan valtion vakooja Staschynskij oli ensin saanut maansa salaiselta palvelulta käskyn tappaa kaksi Saksassa maanpaossa ollutta poliitikkoa ja sen jälkeen tappanut poliitikot saamansa käskyn mukaisesti myrkkypistoolilla. *Roxinin* mukaan salaisessa palvelussa käskyn antaneella (tai antaneilla) on välillinen tekijävastuu Staschynskij'n välittömästi tekemistä tapporikoksista organisatorisen teonherruuden perusteella: kyseessä ollut entisen Neuvostoliiton salainen palvelu oli sellainen organisaatio, jossa käskyn poliitikkojen tappamisesta antanut saattoi laskea sen varaan, että joku organisaatiossa toteuttaa sen, Staschynskij'n jättäessä käskyn toteuttamatta hänet olisi voitu korvata toisella, joka olisi toteuttanut käskyn, ja lisäksi salainen palvelu muodosti sellaisen oikeusjärjestyksestä irrallisen organisaation, jossa käskyn antaneen (tai antaneiden) ei

⁸⁴ *Roxinin* mukaan esimerkiksi DDR:n puolustusneuvoston jäsenten välillinen tekijävastuu henkirikoksista, jotka DDR:n rajavartijat olivat tehneet puolustusneuvoston antaman määräyksen nojalla, voidaan perustaa organisatoriseen teonherruuteen. Ks. *Roxin* 2006a s. 610 ja BGHSt 40, 218.

⁸⁵ *Roxin* 2006a s. 245.

⁸⁶ *Roxin* 2012 s. 396.

⁸⁷ *Roxin* 2012 s. 396.

⁸⁸ *Roxin* 2012 s. 410.

tarvinnut pelätä joutuvansa rikosoikeudelliseen vastuuseen poliitikkojen tappamisesta.⁸⁹

Toisena esimerkkinä organisatorisesta teonherruudesta voidaan käyttää Adolf Eichmannin rikosoikeudellista vastuuta juutalaisten kansanmurhasta. Vaikka Eichmann ei tehnyt lopullista päätöstä juutalaisten kansanmurhan toteuttamisesta, hän todellisuudessa organisoii, miten kansanmurha systemaattisesti toteutettiin. Sen vuoksi Eichmannia voidaan pitää yhtenä lenkkinä, jonka kautta määräys kansanmurhan tekemisestä kulki natsi-Saksassa yksittäiset teot välittömästi tehneille välimiehille. Organisaatorakenteeltaan natsi-Saksa oli lisäksi sellainen, että rikoksen välittömästi tekevät välimiehet olisi tarvittaessa voitu korvata ja ettei Eichmannin tarvinnut pelätä rikosoikeudellista vastuuta kansanmurhasta. *Roxinin* mukaan Eichmann oli rikosoikeudellisessa vastuussa kansanmurhasta juuri organisatorisen teonherruuden perusteella.⁹⁰

Roxinin mukaan organisatorisen teonherruuden kolme edellytystä korostavat rikoksen välittömästi tekevän välimiehen valmiutta (*Tatgeneigtheit*) tekoon: Organisaatiomallin puitteissa tapahtuva määräys ilmentää painetta sopeutua tilanteeseen ja tehdä rikos. Välimiehen korvattavuus puolestaan ilmentää sitä, ettei rikoksen toteutuminen lopulta riipu välittömästä tekijästä. Organisaation irrallisuus oikeusjärjestyksestä puolestaan luo oletuksen siitä, ettei määräyksen antajan tarvitse pelätä rikosoikeudellisia seuraamuksia.⁹¹

Roxinin mukaan organisatorinen teonherruus ja sen määrä tekevät määräyksen antavasta tapahtumien avainhenkilön, vaikka hän ei osallistu rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon. Teonherruusopin pääsääntö on, että mitä kauempana sekä ajallisesti että paikallisesti rikoksen varsinaisesta täytäntöönpanosta osallisen osateko tehdään, sitä kauempana osallinen on tapahtumien keskipisteestä. Pääsääntö ei kuitenkaan päde organisatorisen teonherruuden yhteydessä. Organisatorisessa teonherruudessa takamiehen asema organisaatiossa kompensoi takamiehen osallistumattomuutta rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon.⁹²

Organisatorisessa teonherruudessa välillinen tekijävastuu perustuu lopulta ennen kaikkea siihen, että takamies asemansa vuoksi organisaatiossa ja organisaation toimintamallia hyväksi käyttämällä tosiasiaassa hallitsee rikoksen toteutumista. Vaikka takamies ei osallistu rikoksen täytäntöönpanoon millään tavalla, rikoksen toteutuminen riippuu juuri hänestä. Organisaation toimintamalli on

⁸⁹ *Roxin* 2006a s. 243 ja 247.

⁹⁰ *Roxin* 2006a s. 246–248.

⁹¹ *Roxin* 2012 s. 396 ja 412. Nykyisin *Roxin* katsoo, ettei välimiehen valmiutta tekoon voida pitää organisatorisen teonherruuden itsenäisenä tunnusmerkkinä, koska se johdetaan kolmesta varsinaisesta organisatorisen teonherruuden edellytyksestä. Vrt. *Roxin* 2006b s. 397, jossa *Roxin* täydensi organisatorisen teonherruuden doktriinia neljännellä edellytyksellä. Tuolloin hän esitti, että välimiehen valmiuden rikoksen tekemiseen on myös oltava olennaisesti lisääntynyt.

⁹² *Roxin* 2006a s. 247–248.

sellainen, että määräyksen antamisen jälkeen koneiston rattaat alkavat pyöriä automaattisesti, eikä rikoksen tekijäksi valikoituneen mahdollinen päätös olla noudattamatta määräystä vaikuta rikoksen toteutumiseen.⁹³ Sen vuoksi takamiehellä on negatiivinen teonherruus: hän voi estää rikoksen toteutumisen jättämällä määräyksen rikoksen tekemisestä antamatta tai perumalla määräyksen. Sen sijaan rikoksen välittömästi tekevä välimies ei voi estää rikoksen toteutumista jättämällä osatekonsa tekemättä, koska organisaatiosta löytyy tarvittaessa hänelle korvaaja, joka tekee määräyksen mukaisen rikoksen.

Merkittävä ero tahdonherruuteen pakottamalla ja erehdyttämällä on, ettei organisatorisessa teonherruudessa rikosta tehdä varsinaisesti käyttämällä välikappaleena rikoksen välittömästi tekevää välimiestä. Organisatorisessa teonherruudessa rikos tehdään korostuneesti käyttäen välikappaleena organisaation toimintamallia.⁹⁴ Takamiehen näkökulmasta tarkasteltuna välimies näyttäytyy *Roxinin* mukaan pelkkänä anonyyminä ja korvattava hahmona, eikä takamiehen sen vuoksi ole edes oltava tietoinen, kuka lopulta tekee rikoksen.⁹⁵ Toisin sanoen muissa tahdonherruuden muodoissa välimies rinnastuu takamiehen tekovälineeseen, kun taas organisatorisessa teonherruudessa organisaation toimintamalli rinnastuu takamiehen tekovälineeseen.

5.4.3.6 *Rikoskumppanuus funktionaalisenä teonherruutena* (*Mittäterschaft als funktionale Tatherrschaft*)

Roxinin teoriassa funktionaalinen teonherruus perustaa vastuun rikoskumppanina. Funktionaalisisessa teonherruudessa on kyse tunnusmerkistön työnjaollisesta toteuttamisesta. Se perustuu rikoskumppanin rooliin (funktion) tunnusmerkistön täytäntöönpanovaiheessa: Hänellä on tehtävä, joka on olennainen suunnitelmassa tunnusmerkistön toteuttamiseksi. Tehtävän olennaisuus luo rikoskumppanille teonherruuden, minkä vuoksi hän pystyy hallitsemaan tapahtumienkulkua.⁹⁶ Teonherruus on kuitenkin myös muilla rikoskumppaneilla. Jokaisella rikoskumppanilla on korvaamaton funktio rikoksen täytäntöönpanossa, mikä tekee heistä yhdessä teonherroja. Siitä osoituksena jokainen rikoskumppani voi estää tunnusmerkistön toteutumisen jättämällä oman osatekonsa tekemättä.⁹⁷

⁹³ Näin asian on tiivistänyt *Rotsch* 2000 s. 521–522.

⁹⁴ *Herzberg* 1977 s. 42 ss.

⁹⁵ *Roxin* 2006a s. 245 ja 2003 s. 46–47.

⁹⁶ *Roxin* 2003 s. 77.

⁹⁷ *Roxin* 2003 s. 77. Huomionarvoista on, että *Roxinin* mukaan myös rikoskumppanuus on mahdollista erityisen osan tunnusmerkistöjen ohella myös yllytyksessä ja avunannossa. Ks. *Roxin* 2003 s. 95–96.

Funktionaalista teonherruudesta voidaan siten erottaa positiivinen puoli ja negatiivinen puoli.⁹⁸ Positiivinen funktionaalinen teonherruus kiteytyy rikoskumppanien kykyyn päättää rikoksen tekemisestä. Olennaista kuitenkin on, että rikoskumppani voi päättää rikoksen tekemisestä vain yhdessä muiden rikoskumppanien kanssa. Juuri funktionaalisen teonherruuden positiivinen puoli edellyttää yhteistyötä rikoskumppanien kesken. Negatiivinen funktionaalinen teonherruus kiteytyy jokaisen rikoskumppanin kykyyn yksin, riippumatta muista rikoskumppaneista estää rikoksen tekeminen. Negatiivista funktionaalista teonherruutta voidaan pitää rikoskumppanuuden olennaisimpana tunnusmerkkinä. Voidaankin todeta, että funktionaalisisessa teonherruudessa rikoksen tekeminen edellyttää rikoskumppanien yhteistyötä, mutta rikoskumppani voi yksinkin estää rikoksen tekemisen.

Roxin asettaa rikoskumppanuudelle funktionaalisenä teonherruutena kolme keskeistä edellytystä. *Ensinnäkin* se edellyttää yhteistä suunnitelmaa rikoksen toteuttamiseksi. Yhteinen suunnitelma edellyttää rikoskumppanien välillä vallitsevaa yhteisymmärrystä siitä, mitä tehdään. Rikoskumppanuudesta ei voi olla kyse, jos saman päämäärän saavuttamiseksi työskentelevät henkilöt eivät tiedä toisistaan ja toistensa toiminnasta.⁹⁹ Yhteisymmärrys ei voi myöskään olla yksipuolista, vaan sen on vallittava kaikkien rikoskumppaneiden kesken.¹⁰⁰ Edellytyksenä ei kuitenkaan ole, että suunnitelma olisi laadittu yhdessä, vaan riittävää on, että siitä vallitsee yhteisymmärrys. Yhteisymmärrys siitä, mitä tehdään, voi syntyä myös rikoksen täytäntöönpanon alettua ja olla luonteeltaan konkludenttista. Funktionaalinen teonherruus ulottuu kuitenkin vain siihen, mitä yhteisymmärrys kattaa.¹⁰¹ Jos joku rikoskumppaneista tekee enemmän kuin yhteisesti on sovittu, funktionaalinen teonherruus ei voi perustaa muille tekijävastuuta siitä, mitä yksi rikoskumppaneista tekee omin päin.¹⁰²

Toiseksi rikoskumppanuus funktionaalisenä teonherruutena edellyttää rikoskumppanin osallistumista yhteisen suunnitelman mukaisen rikoksen toteuttamiseen sen täytäntöönpanovaiheessa.¹⁰³ Vain rikoksen toteuttamiseen sen täytäntöönpanovaiheessa osallistuva voi teonherruuden peruslähtökohdan mukaan hallita tapahtumienkulkua, ellei kyse ole tahdonherruudesta.¹⁰⁴ Täytäntöönpanovaihe alkaa yrityksen alkupisteestä. *Roxinin* teoriassa kyse ei siten voi olla funktionaalisisesta teonherruudesta, jos osateko on suoritettu rikoksen valmist-

⁹⁸ Tästä ks. *Haas* 2007 s. 531–532.

⁹⁹ Tällöin kyse on ns. satunnaisesta rikoskumppanuudesta. Satunnaista rikoskumppanuutta on arvioitava jokaisen rikoksen toteutumiseen myötävaikuttaneen osalta välittömänä yksin tekemisenä.

¹⁰⁰ *Roxin* 2003 s. 78.

¹⁰¹ *Roxin* 2003 s. 79.

¹⁰² *Roxin* 2003 s. 80.

¹⁰³ *Roxin* 2003 s. 78.

¹⁰⁴ *Roxin* 2003 s. 81.

luvaiheessa tai sitä aikaisemmin.¹⁰⁵ Täytäntöönpanovaihe päättyy yritysopillisesti teon päättymiseen. Sitä vastaavasti *Roxin* katsoo funktionaalisen teonheruuden olevan mahdollista tunnusmerkistön muodolliseen täyttymiseen asti.¹⁰⁶ Täytäntöönpanovaiheeseen osallistumisen merkitystä funktionaalisen teonheruuden edellytyksenä voidaan havainnollistaa ratkaisun KKO 1995:156 avulla.

Ratkaisussa A oli kotonaan luovuttanut B:lle puukon ja kaksi kassia. Kolme päivää tämän jälkeen A oli lähtenyt B:n kanssa junalla B:n kotipaikkakunnalle Kouvolaan. Kouvolaassa A ja B olivat ostaneet paluuliput Helsinkiin, mutta ennen junaan nousemista B oli ilmoittanut lähtevänsä vielä hoitamaan asioitaan. Tapahtumat olivat edenneet niin, että A oli jäänyt asemalle ja tavannut B:n vasta junassa sen jo lähdettyä. B oli puolestaan käynyt vielä ennen junan lähtöä ryöstämässä paikallisen STS-pankin konttorin. Selvää on, ettei pelkkä valmisluluvaiheessa tapahtunut puukon ja kassien luovuttaminen B:lle riitä *Roxinin* teoriassa perustamaan A:lle funktionaalista teonherruutta ryöstöstä edes siinä tapauksessa, että A:n ja B:n välillä olisi vallinnut yhteinen suunnitelma ryöstön toteuttamiseksi.

Funktionaalinen teonherruus ei kuitenkaan aina välttämättä edellytä, että rikoskumppani olisi henkilökohtaisesti läsnä rikoksen tekopaikalla. *Roxin* korostaa, että rikoksen toteutumisen kannalta olennainen osateko on tietyissä tilanteissa mahdollista suorittaa etäältä. Myös se, joka koordinoi osatekoja etäältä yhteydessä koko ajan rikoksen tekopaikalle, esimerkiksi puhelimen välityksellä, voi olla rikoskumppani funktionaalisen teonherruuden perusteella.¹⁰⁷

Kolmanneksi jotta täytäntöönpanovaiheessa suoritettu osateko voi perustaa funktionaalisen teonherruuden, sen on oltava olennainen.¹⁰⁸ Vaatimus osateon olennaisuudesta liittyy teonherruuden negatiiviseen puoleen. Rikoskumppanuus funktionaalisena teonherruutena rakentuu lähtökohdalle, että rikoskumppanit hallitsevat yhdessä tapahtumienkulkua. Siihen kuuluu jokaisella rikoskumppanilla oleva kyky estää tunnusmerkistön toteutuminen jättämällä osatekonsa suorittamatta. Tästä seuraa, ettei kyse ole funktionaalisen teonheruuden perustavasta olennaisesta osateosta, jos sen tekemättä jättäminen ei johda tunnusmerkistön toteutumatta jäämiseen.¹⁰⁹

Milloin osateko on olennainen? Ensinnäkään osateon olennaisuus ei edellytä, että se olisi kausaalisuhteessa rikoksen toteutumiseen, kunhan rikoskumppanuus kokonaisuutena on sitä.¹¹⁰ *Roxinin* mukaan osateko on olennainen aina

¹⁰⁵ *Roxin* 2003 s. 81–82.

¹⁰⁶ *Roxin* 2003 s. 82 ja 90.

¹⁰⁷ *Roxin* 2003 s. 82.

¹⁰⁸ *Roxin* 2003 s. 78.

¹⁰⁹ *Roxin* 2003 s. 87.

¹¹⁰ *Roxin* 2003 s. 88.

silloin, kun rikoksen täytäntöönpanotoimi on jaettu useammalle.¹¹¹ Täytäntöönpanotoimen jakaminen liittyy tulkintani mukaan ennen kaikkea yhdistettyihin rikoksiin. Sitä voidaan havainnollistaa seuraavalla klassisella esimerkkitapauksella.

Oletetaan, että A uhkaa uhria pesäpallomailalla ja B tyhjentää uhrin lompakon seteleistä.

A ja B ovat jakaneet ryöstön täytäntöönpanotoimen kahteen osatekoon, joista toisen on suorittanut A ja toisen B, tavalla, joka voi perustaa molemmille funktionaalisen teonherruuden ryöstöstä.

Myös osateot, jotka eivät itsessään perusta tunnusmerkistön täytäntöönpanotoimintaa, voivat olla olennaisia. Esimerkkeinä *Roxin* mainitsee uhrin kiinnipitämisen toisen pahoinpidellessä uhria sekä vahdissa olemisen toisen murtautuksessa asuntoon sisälle anastamaan irtainta omaisuutta osatekoina, jotka voivat perustaa funktionaalisen teonherruuden pahoinpitelystä ja varkausrikoksesta. Olennaisuutta on aina arvioitava *ex ante* -näkökulmasta. Se, että osateko *ex post* -näkökulmasta osoittautuu ylimääräiseksi tai tarpeettomaksi, ei estä rikoksumppanuutta.¹¹² Olennaisuuden arviointia voidaan havainnollistaa seuraavalla kuvitteellisella esimerkkitapauksella.

Oletetaan, että A on vahdissa asunnon ulkopuolella sillä aikaa, kun B ja C murtautuvat asuntoon sisälle ja anastavat sieltä irtainta omaisuutta. A:n tehtävä on varoittaa B:tä ja C:tä, jos hän huomaa jotain sellaista, joka voi vaarantaa varkauden onnistumisen ja johtaa kiinni jäämiseen. Oletetaan lisäksi, että kaikki sujuu ongelmitta.

Ex post -näkökulmasta arvioituna A:n osateko osoittautuu ylimääräiseksi; B ja C olisivat onnistuneet rikoksessa ilman A:n myötävaikutustakin. Toisin sanoen *ex post* -näkökulmasta tarkasteltuna A:lta puuttuu negatiivinen funktionaalinen teonherruus, koska hänen osatekonsa tekemättä jääminen ei olisi estänyt rikoksen toteutumista. *Ex post* -näkökulmaa ei kuitenkaan oteta arvioissa huomioon, vaan arvio tehdään yksinomaan *ex ante* -näkökulmasta. *Ex ante* -näkökulmasta arvioituna A:n osateolla on ollut olennainen merkitys rikoksen toteutumisen kannalta sellaisena kuin A, B ja C sen suunnittelivat; vahdissa oleminen on lisännyt rikoksen onnistumisen todennäköisyyttä ja vähentänyt kiinnijäämisriskiä. Sen vuoksi vahdissa oleminen voi perustaa A:n rikoksumppanuuden funktionaalisen teonherruuden perusteella. Tästä seuraa, että avunannosta on kyse silloin, kun osateko ei rikossuunnitelman mukaan ole olennainen rikoksen toteutumisen kannalta. Jos siis *ex ante* -näkökulmasta arvioituna A:n osateolla ei

¹¹¹ *Roxin* 2003 s. 87.

¹¹² *Roxin* 2003 s. 87.

ole ollut olennaista merkitystä rikoksen toteutumiselle sellaisena kuin A, B ja C sen suunnittelivat, voi vahdissa oleminen perustaa A:lle ainoastaan avunantovastuun.¹¹³

5.4.4 Roxinin teonherruusopin ansiot

Toiminnanherruuden, tahdonherruuden sekä funktionaalisen teonherruuden käsitteiden avulla pystytään suurimmassa osassa tilanteita teoreettisesti tyydyttävällä tavalla selittämään, mihin tekijävastuu perustuu. *Roxinin* teonherruusopin suurin ansio on, että siinä tekijävastuun eri muotojen soveltamisalat muodostuvat perinteisiä osallisuusteorioita selkeärajaisemmiksi. Tämä koskee erityisesti funktionaalista teonherruutta, joka *Roxinin* teoriassa vastaa rikoskumppanuutta.

Perinteisissä osallisuusteorioissa ongelmalliset tilanteet on yleensä pyrittävä ratkaisemaan laajentamalla rikoskumppanuuden soveltamisalaa. Seurauksena on ollut, että rikoskumppanuuden objektiivisen puolen merkitys on näivettynyt: rikoskumppanuus on voinut täytyä, vaikka henkilö ei olisi millään tavoin osallistunut rikoksen täytäntöönpanotoimeen. *Roxinin* teoriassa näin ei ole, vaan funktionaalisen teonherruuden ehdoton edellytys on, että henkilö osallistuu yhteisen suunnitelman mukaisen rikoksen toteuttamiseen sen täytäntöönpanovaiheessa. Koska normatiivinen kokonaisharkinta osateon merkityksestä rikoksen toteutumiselle ei voi korvata vaatimusta osallistumisesta rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen, muodostuu funktionaalisen teonherruuden soveltamisalasta selkeärajaisempi kuin rikoskumppanuuden soveltamisala on perinteisissä osallisuusteorioissa.

Roxinin teorialle on leimallista, että funktionaalisen teonherruuden ohella myös tahdonherruudessa teonherroja on useampia. Tahdonherruudessa välillinen tekijävastuu perustuu siihen, että takamies käyttää hyväkseen rikoksen täytäntöönpanotoimen suorittanutta. Teonherroja on siis vähintään kaksi: rikoksen täytäntöönpanotoimen suorittanut toiminnanherruuden perusteella sekä tätä hyväkseen käyttänyt tahdonherruuden perusteella. Välittömän tekijän toiminnanherruus ei välttämättä sulje pois takamiehen tahdonherruutta edes välittömän tekijän ollessa rikosoikeudellisesti täysin vastuullinen henkilö.

Se, miksi *Roxinin* teoriassa ei ole samanlaista tarvetta laajentaa rikoskumppanuuden soveltamisalaa kuin perinteisissä osallisuusteorioissa, johtuu siitä,

¹¹³ *Roxinin* mukaan vahdissa olemisen on oltava jo rikossuunnitelman perusteella käytännössä merkityksetöntä (*praktisch unbedeutend*). Pidän *Roxinin* sanavalintaa ongelmallisena. Tulkintani mukaan on kyseenalaista, voiko käytännössä merkityksettömäksi osoittautuva osateko johtaa edes avunantovastuuseen. Jos avunantotoimi on käytännössä merkityksetön, se ei myöskään lie ne korottanut riskiä pääteon onnistumisesta. Ks. *Roxin* 2003 s. 88.

että teonherruusopissa välillistä tekemistä vastaavan tahdonherruuden soveltamisala muodostuu perinteisiä osallisuusteorioita laajemmaksi. Se, miksi tahdonherruuden soveltamisalasta muodostaa tavallista laajempi, johtuu puolestaan ennen kaikkea organisatorisesta teonherruudesta, jolle ei löydy vastinetta perinteisistä osallisuusteorioista.

Organisatorinen teonherruus on *Roxinin* luoma tahdonherruuden muoto, jonka avulla tekijävastuu voidaan ulottaa myös henkilöihin, jotka todellisuudessa ovat rikoksen toteutumisen takana, vaikka he eivät lainkaan osallistu rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon. Toisin kuin perinteisissä osallisuusteorioissa, joissa tilanteet on pyritty ratkaisemaan rikoskumppanuuden avulla sillä seurauksella, että rikoskumppanuuden perusedellytyksistä on jouduttu tinkimään, *Roxin* on pyrkinyt kytkemään organisatorisen teonherruuden kolmeen perusedellytykseen. Vaikka tahdonherruuden soveltamisala siten muodostuukin *Roxinin* teoriassa tavallista laajemmaksi, sen soveltamisala ei ole yhtä epäselvä kuin rikoskumppanuuden perinteisissä osallisuusteorioissa.

Roxinin ratkaisua voidaan perustella myös osallisuusopillisilla seikoilla. Rikosoikeustieteessä on katsottu, että rikoskumppanuus perustuu horisontaaliselle osallisuussuhteelle, jossa korostuu rikoskumppanien tasa-arvoisuus.¹¹⁴ *Wilfried Bottke* ja *Georg Küpper* huomauttavat, että yhdessä tekeminen ja yhteisymmärrys voivat liittyä vain toimintaan, jossa kaikki rikoskumppanit ovat osallistuneet mahtiaan käyttäen toiminnan muotoilemiseen.¹¹⁵ *Kai Ambos* toteaa, ettei rikoskumppanuus luonteeltaan sovellu laisinkaan järjestäytyneeseen rikollisuuteen, koska siinä osallisuussuhde on vertikaalinen ja hierarkkinen.¹¹⁶

Ambosin mukaan rikollisryhmän johtajan etäisyys rikoksen varsinaisesta täytäntöönpanosta, tietämättömyys täytäntöönpanon yksityiskohdista sekä mahdollisesti myös rikoksen välittömästi tekevästä henkilöstä sulkevat pois yhteisymmärryksen rikollisryhmän johtajan ja välittömän tekijän välillä. Järjestäytyneessä rikollisuudessa varsinaisen rikosentekopäätöksen on tehnyt rikollisryhmän johtaja, ja välitön tekijä vain hyväksyy päätöksen. Koska välitön tekijä kuitenkin useimmiten päättää konkreettisen täytäntöönpanon yksityiskohdista, ei voitane puhua konkludenttisesta yhteisymmärryksestä. Jos rikollisryhmän johtaja on lisäksi vain antanut määräyksen rikoksen tekemiseen suunnittelematta rikosta millään tavalla, ei hänen ja välittömän tekijän välillä vallitse minkäänlaista työnjakoa, joka myös on ominaista rikoskumppanuudelle.¹¹⁷

¹¹⁴ *Bloy* 1996 s. 437; *Ebert* 2001 s. 201; *Kühl* 2012 s. 780–78; *Lampe* 2007 s. 472 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 205. Ks. myös *Roxin* 2003 s. 53. Myös saksalaisessa oikeuskäytännössä katsotaan, että rikoskumppanien on oltava keskenään tasa-arvoisessa asemassa. Ks. esim. BGHSt 16, 12 ja BGHSt 24, 286.

¹¹⁵ *Bottke* 1992 s. 87 ja *Küpper* 1998 s. 524.

¹¹⁶ *Ambos* 1998 s. 233.

¹¹⁷ *Ambos* 1998 s. 233.

Roxinin mukaan rikoskumppanuus ei sovellu vaihtoehdoksi organisatoriselle teonherruudelle sen vuoksi, että rikoskumppanuuden kaksi olennaisinta tunnusmerkkiä – rikoskumppaneiden yhteinen tekopäätös ja rikoksen tekeminen yhdessä – eivät täyty.¹¹⁸ Toisin kuin rikoskumppanuus, välillinen tekeminen perustuu vertikaaliselle osallisuussuhteelle, jossa korostuu takamiehen ja rikoksen välittömästi tekevän välimiehen eriarvoisuus. Koska järjestäytyntä rikollisuutta leimaa rikollisryhmän johtajan ja rikoksen välittömästi tekevän epätasa-arvoisuus, tilanteet on osallisuusopillisesti perusteltua käsitellä organisatorisen teonherruuden ja välillisen tekijävastuun piirissä.

5.4.5 Teonherruusopin kritiikki

5.4.5.1 *Roxinin oppi ei ole kaiken kattava*

Roxin ei koskaan puuttunut jo *Welzelin* opista peräisin olevaan teonherruuden peruslähtökohtaan, jonka mukaan objektiivisesti arvioitun tapahtumienhallinnan ohella myös subjektiivinen tahto aikaansaada teko määrittää olennaisesti teonherruutta. *Welzelin* tapaan myös *Roxin* ymmärtää teonherruuden pohjimmiltaan tekijän henkilökohtaisen tahdon realisoitumisena, joka ilmenee ulkoisen tapahtumienkulun hallintana.¹¹⁹ *Roxinin* teonherruusoppi rakentuu siten *Welzelin* luoman finaalin tekokäsitteen perustalle. Koska *Roxin* kuitenkin tunnusti finaalista tekokäsitteestä seuraavat rajoitukset, hän joutui rajaamaan teonherruusopin soveltamisalaa. Saksalaisessa rikosoikeustieteessä *Roxinin* oppia kritisoidaankin siitä, ettei kyse ole kaiken kattavasta tekijävastuun teoriasta, sillä teonherruusoppi soveltuu ainoastaan herruusrikoksiin.¹²⁰

Vaikka herruusrikokset muodostavat laajimman tunnusmerkistöjen ryhmän, sekä teoreettisesti merkittäviä että käytännön ratkaisutoiminnassa yleisiä tunnusmerkistöjä jää *Roxinin* teonherruusopin soveltamisalan ulkopuolelle. Ensinnäkään oppi ei sovellu tahallisiin laiminlyöntirikoksiin. Tahallisissa laiminlyöntirikoksissa tekijän tahto ei suuntaudu teon finaaliin aikaansaamiseen vaan siihen, että henkilö tietoisesti jättää puuttumatta tapahtumienkulkuun.¹²¹ *Roxinin* mukaan teonherruus edellyttää aina aktiivista tapahtumienkulun hallintaa, minkä vuoksi laiminlyöntirikoksissa tekijävastuu määräytyy muiden seikkojen perusteella.¹²²

Toiseksi teonherruusoppi ei myöskään sovellu tuottamuksellisiin rikoksiin. Koska finaali tekokäsite edellyttää tahdon kohdistumista rikoksen aikaansaa-

¹¹⁸ *Roxin* 2012 s. 405.

¹¹⁹ Näin *Köhler* 1997 s. 497 ja *Lampe* 2007 s. 476.

¹²⁰ *Heinrich* 2002 s. 33 ja *Lampe* 2007 s. 476.

¹²¹ *Lampe* 2007 s. 476–477.

¹²² *Roxin* 2003 s. 670.

miseen, on selvää, ettei teonherruuskaan sovellu tiedostamattomaan tuottamiseen. *Ernst-Joachim Lampen* mukaan tiedostetussa tuottamuksessa tekijä luo ainoastaan tietoisesti riskin seurauksen syntymisestä. Tiedostetussa tuottamussakaan tekijä ei kuitenkaan hallitse tapahtumienkulkua vaan pikemmin laskee sen varaan, ettei kukaan hallitse tapahtumienkulkua.¹²³

5.4.5.2 Teonherruuden tunnusmerkistöllinen luonne

Roxin kannatti erityisen osan tunnusmerkistöjen sisällöstä kumpuavaa tekijäkäsitetä. *Roxinin* teonherruusopin lähtökohtana onkin, että erityisen osan tunnusmerkistöt ja niiden sanamuoto määrittävät olennaisesti tekijävastuun edellytyksiä kussakin tilanteessa. *Volker Haasin* mukaan ongelmana kuitenkin on, että vaikka kuinka *Roxin* vakuuttaisi teonherruusopin tekijäkäsitteen kumpuavan erityisen osan tunnusmerkistöistä, tunnusmerkistötekijänä teonherruutta ei ole mahdollista jäsentää osaksi kulloinkin kyseessä olevaa tunnusmerkistöä. Tunnusmerkistötekijänä teonherruus ei voi olla osa tunnusmerkistön objektiivista puolta, koska siihen kuuluu selkeästi subjektiivisia seikkoja, kuten tahallisuus sekä yhteisymmärrys funktionaalisen teonherruuden yhteydessä.¹²⁴ Kyse on siten eräänlaisesta ylimääräisestä tunnusmerkistötekijästä, johon kuuluu sekä subjektiivista että objektiivista ainesta.

Toinen ongelma *Haasin* mukaan on, ettei tunnusmerkistö ja sen sanamuoto ole läheskään aina keskiössä, kun tekijävastuun täyttymistä arvioidaan.¹²⁵ Usein erityisen osan tunnusmerkistöissä rangaistava teko on määritelty hyvin yleisellä tasolla. Erityisen osan tunnusmerkistöjen ja niiden teonkuvausten avoimuudesta seuraa, että teonherruusopin avulla on usein mahdollista perustella sekä tekijävastuun että varsinaisen osallisuuden olemassaolo riippuen siitä, mitä seikkoja tuomari haluaa korostaa. Koska erityisen osan tunnusmerkistö vain harvoin määrittää olennaisesti tekijävastuun edellytyksiä, ei oppi teonherruudesta tosiasiallisesti tukeudu erityisen osan tunnusmerkistöjen sanamuotoon.¹²⁶

5.4.5.3 Teonherruusopin käsitteistön avoimuus ja sekavuus

Roxinin oppia on myös kritisoitu sen käsitteistön avoimuudesta ja sekavuudesta. *Roxinin* lähtökohtana oli luoda teonherruudesta johtava periaate, jonka avulla tekijävastuu pystyttäisiin määrittämään. Sen vuoksi johtavan periaatteen tuli olla suhteellisen yleinen ja määrittelemätön. Tieteellisesti hyödyllisen teorian on oltava riittävän selvästi määritelty, eikä teonherruusoppi ole aina tätä.

¹²³ *Lampe* 2007 s. 477.

¹²⁴ *Haas* 2007 s. 526.

¹²⁵ *Haas* 2007 s. 527.

¹²⁶ Tästä *Haas* 2007 s. 526.

Carl Erik Herlitz huomauttaa, että opin keskeiset teonherruuden ja tapahtumien avainhahmon käsitteet kärsivät siitä, ettei käsitteiden teoreettinen sisältö aina vastaa niiden semanttista sisältöä. Vaikka käsitteet ovat alun alkaen avoimia, *Roxin* tulkitsee niitä ennen kaikkea tahdonherruuden ja funktionaalisen teonherruuden yhteydessä tavalla, joka ei ole ongelmitta sovitettavissa yhteen käsitteiden kielellisen merkityssisällön kanssa.¹²⁷ *Herlitzin* mukaan juuri teonherruuden käsitteistön avoimuudessa saattaa toisaalta piillä syy siihen, miksi teoria on nauttinut niin suurta suosiota erityisesti saksalaisessa kirjallisuudessa: jokainen erilaisista metodologisista ja teoreettisista lähtökohdista ongelmaa lähestyvä on saattanut antaa käsitteille omanlaisensa sisällön riippuen siitä, mitä kukin on pitänyt ratkaisevana tekijävastuun perustavana seikkana.¹²⁸

Myös *Lampe* on kritisoinut teonherruuden käsitteistöä. *Lampen* mukaan olisi sosiologisesti perustellumpaa kuvata tekijän suhdetta tekoonsa termillä ”mahti” (*Macht*) termin ”herrschaft” (*Herrschaft*) sijasta.¹²⁹ Toiseksi *Roxinin* mukaan teonherruudessa on kyse tunnusmerkistön toteutumiseen johtavan tapahtumienkulun hallinnasta. *Lampe* kuitenkin huomauttaa, ettei tekijä varsinaisesti voi hallita tapahtumienkulkua enää sen jälkeen, kun hän on jättänyt seurauksen syntymisen luonnollisen, oikeudellisen tai psyykkisen kausaalikulun varaan.¹³⁰ *Lampen* ajattelua voidaan havainnollistaa seuraavalla kuvitteellisella esimerkitapauksella.

Oletetaan, että A on antanut virheellisiä tietoja pankille omasta taloudellisesta tilanteestaan tarkoituksenaan erehdyttää pankki antamaan hänelle lainan, jota A ei pysty maksamaan.

Lampen mukaan A:n kyky hallita tapahtumienkulkua päättyy siihen pisteeseen, kun hän on antanut virheelliset tiedot pankille. Sen jälkeen kaikki riippuu pankista ja siitä, miten virheelliset tiedot vaikuttavat sen päätöksentekoon.

5.4.5.4 Funktionaalisen teonherruuden kritiikki

Vahvimmillaan *Roxinin* oppi teonherruudesta on arvioitaessa, miksi rikoksen henkilökohtaisesti ja omakätisesti toteuttanut on tekijävastuussa. Välittömässä yksin tekemisessä on kuitenkin kyse tekijävastuun yksinkertaisimmasta muodosta. Todellisuudessa teoriat siitä, miten tekijävastuu tulee erottaa varsinaisesta osallisuudesta, testataan välillisen tekemisen ja rikoskumppanuuden yhteydessä.

¹²⁷ Tästä *Herlitz* 1992 s. 396–398. Ennen kaikkea *Herlitz* kritisoi tapahtumien avainhahmon (*Zentralgestalt*) käsitettä.

¹²⁸ *Herlitz* 1992 s. 398.

¹²⁹ *Lampe* 2007 s. 480.

¹³⁰ *Lampe* 2007 s. 478.

Saksalaisessa kirjallisuudessa on esitetty, ettei funktionaalista teonherruudesta voida erottaa positiivista ja negatiivista puolta. Sen sijaan funktionaalinen teonherruus on määriteltävä rikoskumppaneiden molemminpuoliseksi menettelystä, jossa rikoskumppani huolehtii paitsi omasta osateostaan myös muiden rikoskumppaneiden osateoista. Rikoskumppani ei toimi vain itsensä vuoksi vaan myös rikoskumppaneidensa vuoksi: rikoskumppanin tahto on alisteinen toisten rikoskumppanien tahdolle. Rikoskumppanit antavat toisilleen mandaatin toimia myös heidän laskuunsa.¹³¹

Hans-Joachim Rudolphi on kritisoinut funktionaalista teonherruutta siitä, minkälainen yhdessä tekeminen on kelvollinen perustamaan funktionaalisen teonherruuden.

Oletetaan, että A ja B ovat yhdessä päättäneet tappaa C:n. He ovat selvittäneet, että C palaa joka ilta kotiin töistä käyttäen joko reittiä X tai Y. Koska A ja B eivät voi olla varmoja kumpaa reittiä C käyttää tekoiltana, he sopivat, että A asettuu reitin X ja B reitin Y varrelle odottamaan C:tä. C päätyy valitsemaan reitin X, jonka varrella hän kohtaa A:n, joka ampuu C:n yhteisen suunnitelman mukaisesti.¹³²

Ongelmana on kuitenkin se, etteivät A ja B ole tehneet rikosta sillä tavoin yhdessä, että kumpikin olisi suorittanut olennaisen tunnusmerkistön täyttymiseen johtavan osateon, jotka yhdessä täyttävät tapon (murhan) tunnusmerkistön. Sen sijaan yhteisen suunnitelman mukaankin vain toinen heistä tekee tunnusmerkistön täyttymiseen johtavan teon ja vain toisella on mahdollisuus estää tunnusmerkistön toteutuminen jättämällä (osa)tekonsa tekemättä. *Rudolphi* katsoo, ettei tällainen vaihtoehtoinen yhdessä tekeminen pysty tekemään B:stä rikoskumppania. Sen sijaan rikoskumppanuus edellyttää aina kumulatiivista yhdessä tekemistä eli osateot yhdessä muodostavat tunnusmerkistön täyttävän toiminnan.¹³³ Jos vaihtoehtoinen yhdessä tekeminen johtaa rikoskumppanuuteen, keskiössä ei ole enää tunnusmerkistön toteutumiseen johtanut konkreettinen tapahtumienkulku.¹³⁴

Toisin kuin useimmat osallisuusteoriat, *Roxinin* oppi teonherruudesta ei ole kuitenkaan varsinaisesti ongelmassa rikoskumppanuuden kanssa. Funktionaalilla teonherruudella on nimittäin *Roxinin* teoriassa useimpia osallisuusteorioita kapeampi ja selvärajaisempi soveltamisala. Sen sijaan välillisen tekijävastuun perustavalla tahdonherruudella on *Roxinin* teonherruusopissa useimpia osallisuusteorioita laajempi soveltamisala. Seurauksena välillisen tekemisen merkitys osallisuusmuotona korostuu. Tahdonherruuden laajasta soveltamis-

¹³¹ Haas 2007 s. 534–535 ja *Kindhäuser* 2013 s. 353.

¹³² Samoin ratkaisussa BGHSt 11, 268, jossa rikoskumppanit olivat sopineet, että heitä takaa-ajavat ammutaan, mutta vain yksi heistä suoritti täytäntöönpanotoimen. Ks. *Rudolphi* 1979 s. 380.

¹³³ *Rudolphi* 1979 s. 380.

¹³⁴ *Rudolphi* 1979 s. 380–381.

alasta myös seuraa, että osallisuusopillisesti ongelmallisimmat tilanteet käsitellään *Roxinin* teoriassa pääasiassa tahdonherruuden piirissä. Sen vuoksi suurin osa teonherruusoppiin kohdistuneesta kritiikistä koskee juuri tahdonherruutta ja sen eri muotoja.

5.4.5.5 Tahdonherruuden kritiikki

Roxinin teonherruusopin pääsääntönä on, että ainoastaan rikoksen toteuttamiseen sen täytäntöönpanovaiheessa osallistuva voi hallita tapahtumienkulkua. Tahdonherruus muodostaa ainoan poikkeuksen pääsääntöön. Siinä takamiehen teonherruus perustuu ennen kaikkea manipuloivaan vaikutukseen, joka hänellä on välimiehen tekopäätökseen.¹³⁵ Rikoksen välittömästi tekevän välimiehen toiminnanherruus ei kuitenkaan sulje pois sitä mahdollisuutta, että takamiehellä voi olla teonherruus tahdonherruuden perusteella samaan historialliseen tapahtumienkulkuun. Tämä ei lähtökohtaisesti ole ongelma. Ongelmana on, ettei *Roxinin* teoriassa takamiehen tahdonherruus rajaudu vain tilanteisiin, joissa välimies välttää rikosoikeudellisen vastuun, vaan teorialle on leimaa-antavaa, että se mahdollistaa takamiehen tahdonherruuden myös silloin, kun välimiehen toiminta on oikeudenvastaista ja syyllisyyttä ilmentävää.¹³⁶

Tahdonherruuden mahdollisuutta rikosoikeudellisesti täysin vastuullisen välimiehen rikokseen on kritisoitu.¹³⁷ *Jakobsin* mukaan näissä tilanteissa puuttuu tahdonherruudelle ominainen korostunut vaikutus välimiehen tekoon. Takamies ei voi kontrolloida oikeudenvastaisesti ja syyllisyyttä ilmentävästi toimivaa välimiestä niin, että välimies voitaisiin rinnastaa rikosentekovälineeseen.¹³⁸ *Herzberg* toteaa, että teonherruus tulee ymmärtää normatiivisesti, jos käsitettä halutaan käyttää. Normatiivisesti ymmärretty teonherruus edellyttää, ettei tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymiseen liity sellaista vierasta menettelyä, joka on rangaistavaa kyseisen erityisen osan tunnusmerkistön perusteella.¹³⁹ *Manfred Heinrichin* mukaan välimiehen toimiessa oikeudenvastaisesti ja syyllisyyttä ilmentävästi takamiehen manipuloiva vaikutus välimiehen tekopäätökseen on niin vähäinen, ettei sen perusteella ole selitettävissä, miksi tahdonherruus ei edellytä minkäänlaista osallistumista rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen.¹⁴⁰

¹³⁵ *Cramer* 1979 s. 397.

¹³⁶ Tahdonherruus erehdyttämällä on tietyissä tilanteissa mahdollista, vaikka välimies voidaan tuomita samasta rikoksesta kuin takamies. Pääasiassa tilanteet liittyvät kuitenkin organisatoriseen teonherruuteen, jossa oletuksena on, että rikoksen välittömästi tekevä välimies toimii oikeudenvastaisesti ja syyllisyyttä ilmentävästi.

¹³⁷ *Bockelmann – Volk* 1987 s. 182 ja 191–192 sekä *Jescheck* 1988 s. 601.

¹³⁸ *Jakobs* 2009 s. 573 ja *Jakobs* 1991 s. 632.

¹³⁹ *Herzberg* 2000 s. 40 ja 43.

¹⁴⁰ Tästä *Heinrich* 2002 s. 24.

Heinrich myös huomauttaa, ettei takamies tahdonherruudessa varsinaisesti voi hallita tunnusmerkistön toteutumiseen johtavaa tapahtumienkulkua, vaan hallinta on – jos sellaisesta voidaan yleensä puhua – korkeintaan välillistä.¹⁴¹ Tahdonherruudessa pakottamalla on *Roxinin* mukaan kyse tahdonherruuden selkeimmästä muodosta: kyse on siitä, että takamies pakottaa välimiehen tekemään rikoksen. *Heinrichin* mukaan ongelmana kuitenkin on, ettei välimies näyttäydy edes tahdonherruudessa pakottamalla pelkkänä marionettina, vaan lopullisesti rikoksen toteutuminen riippuu juuri hänestä. Takamies voi vain laskea sen varaan, että pakottamisen vuoksi välimies tekee rikoksen.¹⁴²

Tahdonherruudessa erehdyttämällä takamiehen laajalle ulottuva tietämys mahdollistaa tapahtumienkulun hallinnan. Tiedollisen ylivertauutensa vuoksi takamies voi laskea sen varaan, että välimies tekee rikoksen. Tahdonherruudessa erehdyttämällä voidaan sanoa, että takamies luo perustan välimiehen tahdonmuodostukselle. Itse tahdonmuodostuminen – se, minkälaisia johtopäätöksiä välimies tekee takamiehen luomasta perustasta – riippuu edelleen rikoksen välittömästi tekevistä välimiehestä. *Heinrichin* mukaan takamies ei tahdonherruudessa erehdyttämälläkään hallitse välittömästi tunnusmerkistön toteutumista, vaan hän pyrkii ainoastaan vaikuttamaan välimieheen. Erona tahdonherruuteen pakottamalla on, ettei tahdonherruudessa erehdyttämällä takamiehen vaikutus välimieheen ole yhtä vahvaa kuin tahdonherruudessa pakottamalla. Sen vuoksi takamies ei voi samalla tavoin laskea sen varaan, että välimies tekee rikoksen.¹⁴³

Tahdonherruus voi syntyä myös tilanteissa, joissa takamies tekee rikoksen käyttäen välikappaleena joko syyntakeetonta, alentuneesti syyntakeista, alle 15-vuotiasta tai päihteiden vaikutuksen vallassa olevaa. *Heinrichin* mukaan on selvää, että näissäkin tilanteissa takamies ei varsinaisesti hallitse tunnusmerkistön toteutumista, vaan hän voi ainoastaan laskea sen varaan, että välimies tekee rikoksen. Varsinkin syyntakeettomien, vahvasti päihtyneiden sekä lapsien käyttäytyminen saattaa olla epärationaalista ja arvaamatonta. Voiko takamies tällaisissa tilanteissa varsinaisesti edes laskea sen varaan, että välimies tekee rikoksen – tai ainakaan sen rikoksen, jonka takamies haluaa tehdä välimiestä välikappaleena käyttäen? *Heinrichin* mukaan tällaisissa tilanteissa välimiehen tahdonmuodostus ei ole useinkaan niin rationaalista, että pelkän välimiehen tahdon hallitsemisen perusteella voitaisiin perustella, miksi välillinen tekijä hallitsee tunnusmerkistön toteutumiseen johtavaa tapahtumienkulkua.¹⁴⁴

Kaikista ongelmallisimpana *Heinrich* pitää kuitenkin organisatorista teonherruutta. Organisatoriseen teonherruuteen ei *Heinrichin* mukaan liity lain-

¹⁴¹ *Heinrich* 2002 s. 22–23.

¹⁴² *Heinrich* 2002 s. 22–23.

¹⁴³ *Heinrich* 2002 s. 23.

¹⁴⁴ *Heinrich* 2002 s. 27.

kaan tahdonherruudelle ominaista manipuloivaa vaikutusta, vaan takamiehen myötävaikutus rikoksen toteutumiseen kiteytyy ainoastaan hänen antamaansa määräykseen rikoksen tekemisestä.¹⁴⁵ *Heinrichin* mukaan organisatorinen teonherruus vaikuttaa edellytyksiltään irralliselta, kun sitä verrataan muihin teonherruuden muotoihin, minkä vuoksi se ei sovi teonherruusopin arkkitehtuuriin.¹⁴⁶

Heinrichin näkemys ei ole täysin paikkansapitävä, sillä välimiehen näkökulmasta organisaatiomallin puitteissa annettuun rikoksentekomääräykseen liittyy myös jonkinasteinen paine tehdä rikos. Manipuloivalla vaikutuksella ei kuitenkaan ole organisatorisessa teonherruudessa samanlaista roolia kuin muissa tahdonherruuden muodoissa, vaan sen olennaisimmaksi tunnusmerkiksi nousee *Roxinin* mukaan välimiehen korvattavuus organisaatiossa.¹⁴⁷ Organisatorisen teonherruuden ongelmia käsitellään erikseen jäljempänä.

5.4.6 Organisatorisen teonherruuden kritiikki

5.4.6.1 Voiko organisaation hallinta perustaa välillisen tekijävastuun?

Roxinin teorian kantavana ajatuksena on, ettei organisatorisessa teonherruudessa rikosta tehdä varsinaisesti käyttämällä välikappaleena rikoksen välittömästi tekevää välimiestä. Sen sijaan organisatorisessa teonherruudessa rikos tehdään korostuneesti käyttäen välikappaleena organisaation toimintamallia. *Uwe Murmannin* mukaan kyse on kuitenkin vääristyneestä kokonaiskuvasta rikoksen toteutumisesta, jossa ohitetaan kokonaan välimiehen toisintoimimismahdollisuus ja päätöksentekovapaus sekä välimies samaistetaan sieluttomaan koneen osaan.¹⁴⁸ *Thomas Weigendin* mukaan ajatus siitä, että takamies voi hallita täysin rikosoikeudellisesta vastuullista välitöntä tekijää, vastaa jossain määrin käsitystämme ryhmäpaineesta. Se ei kuitenkaan ole rationaalinen syy tehdä rikosryhmän johtajasta tekijää, kun organisaatiomallin ulkopuolella toimittaessa vastaavan psyykkisen vaikutuksen aikaan saaminen johtaa ainoastaan yllytysvastuuseen.¹⁴⁹

Roxin vastaa kritiikkiin korostamalla, että teonherruudessa on pohjimmiltaan kyse tunnusmerkistön toteutumisen hallinnasta. Edes tahdonherruudessa ei ole varsinaisesti kyse välimiehen hallinnasta vaan tunnusmerkistön toteutumisen hallinnasta. Tahdonherruudessa välimiehen hallinta on yksi tapa hallita tunnus-

¹⁴⁵ *Heinrich* 2002 s. 28.

¹⁴⁶ *Heinrich* 2002 s. 32.

¹⁴⁷ Tästä, esim. *Roxin* 2006a s. 245.

¹⁴⁸ *Murmann* 1996 s. 274.

¹⁴⁹ *Weigend* 2011 s. 103–104.

merkistön toteutumista muttei ainut. Tästä on osoituksena se seikka, että pelkkä välittömän tekijän erehdyttäminen voi johtaa välilliseen tekijävastuuseen.¹⁵⁰

Oletetaan, että A pyytää B:tä hakemaan esineen, joka A:n mukaan kuuluu hänelle. Todellisuudessa esine ei kuitenkaan kuulu A:lle vaan C:lle.

Esimerkkitapauksessa A ei hallitse B:tä vaan tunnusmerkistön toteutumista. Se, miksi tekoa ei lueta B:lle syyksi, ei johdu siitä, että A hallitsisi häntä, vaan siitä että B on erehtynyt. *Roxin* mukaan organisatorisessa teonherruudessa on kyse tilanteista, joissa välillinen tekijä hallitsee tunnusmerkistön toteutumista. Sen sijaan siinä ei ole – eikä ole koskaan ollutkaan – kyse välittömän tekijän hallinnasta.¹⁵¹

Lisäksi *Roxin* huomauttaa, että kyse olisi pikemminkin vääristyneestä kokonaiskuvasta rikoksen toteutumisesta siinä tapauksessa, jos organisatorista teonherruutta ei hyväksyttäisi yhdeksi tavaksi toteuttaa rikos. Hänen mukaansa maailmanhistoria osoittaa, että esimerkiksi Hitlerin ja Stalinin hirmutekojen toteuttaminen on mahdollista vain siinä tapauksessa, että henkilöllä on käytössään organisaatio, jonka piirissä rikokset tehdään. Vastaavalla tavalla järjestäytyneessä rikollisuudessa useiden rikosten toteutuminen perustuu korostuneesti rikollisorganisaatioon ja sen toimintamalliin. Organisatorisen teonherruuden vakuuttavuus perustuukin *Roxin* mukaan suurelta osalta siihen seikkaan, että osallisuusmuoto vastaa sosiaalista todellisuutta siitä, miten rikoksia toteutetaan.¹⁵²

5.4.6.2 Minkäläinen organisaation on oltava?

Organisatorisessa teonherruudessa takamiehen välillinen tekijävastuu riippuu olennaisesti siitä, minkälainen organisaatio on kyseessä. *Roxin* on kuitenkin määritellyt vain karkeat suuntaviivat sille, minkälainen organisaation on oltava. *Roxin* on myös itse myöntänyt, että organisaatiolle ja sen toimintamallille asetettavia edellytyksiä on täsmennettävä.¹⁵³ *Herzberg* kuitenkin kyseenalaisee, onko nykyisten kriteerien perusteella ylipäätään mahdollista määrittää yksittäistapauksessa, milloin kyseessä on sellainen organisaatio, joka voi perustaa siinä määräysvaltaa käyttävälle takamiehelle välillisen tekijävastuun. *Herzbergin* mukaan vaarana on, että ilman nykyistä täsmällisempiä kriteerejä lainkäyttäjälle jää liikaa harkintavaltaa. Seurauksena tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden raja muodostuu mielivaltaiseksi.¹⁵⁴

¹⁵⁰ *Roxin* 2012 s. 399–400.

¹⁵¹ *Roxin* 2012 s. 399–400.

¹⁵² *Roxin* 2012 s. 400.

¹⁵³ *Roxin* 2012 s. 409.

¹⁵⁴ *Herzberg* 2009 s. 577.

Selvää on, että organisatorinen teonherruus edellyttää tietynlaista toimintamallia: takamiehen on pystyttävä laskemaan sen varaan, että joku organisaatiossa toteuttaa hänen antamansa määräyksen. Organisatorinen teonherruus edellyttää siten aina jonkinlaista takamiehen ja välimiehen keskinäistä vertikaalista suhdetta, jonka perusteella takamies voi antaa välimiehelle määräyksen rikoksen tekemisestä.¹⁵⁵ Epäselvää sen sijaan on, millainen vertikaalisen suhteen on oltava: edellyttääkö organisatorinen teonherruus varsinaista käskyvaltasuhdetta määräyksen antavan takamiehen ja määräyksen toteuttavan välimiehen välillä vai voiko varsinaista käskyvaltasuhdetta löyhempi esimies–alainen-suhde perustaa organisatorisen teonherruuden esimiehen asemassa olevalle takamiehelle?

Vaikka organisatorisen teonherruuden idea kumpuaa ennen kaikkea Saksan 1930- ja 1940-lukujen tapahtumista, ei *Roxinin* tarkoitus ollut rajata doktriinin soveltamisalaa vain tilanteisiin, joissa rikos toteutetaan Hitlerin tai Stalinin kaltaisen diktaattorin määräyksestä. Jos kuitenkin varsinaista käskyvaltasuhdetta edellytetään, muodostuu organisatorisen teonherruuden soveltamisalasta kapea. Diktaattori-tilanteiden ohella kysymykseen tulisivat lähinnä armeijan ja järjestäytyneiden rikollisryhmien toiminnassa tehdyt rikokset.

Selvää on myös, että organisatorinen teonherruus edellyttää organisaatiolta riittävää kokoa¹⁵⁶: rikoksen välittömästi tekevän välimiehen on oltava mielivaltaisesti vaihdettavissa toiseen organisaation sisällä ilman, että rikoksen toteutuminen vaarantuu.¹⁵⁷ Koska *Roxin* ei ole koskaan tarkemmin määritelty, kuinka monta potentiaalista välitöntä tekijää organisaatiosta on löydettävä, on yksittäistapauksessa vaikea arvioida, milloin organisaatio on riittävän suuri. Lähtökohdaksi voitaneen asettaa vain, ettei organisatorinen teonherruus ole mahdollista kaikkein pienimmissä organisaatioissa.

Lisäksi *Roxin* on aina edellyttänyt, että organisaation on oltava oikeusjärjestyksestä irrallinen.¹⁵⁸ Hän on kuitenkin antanut edellytykselle varsin omalaatuisten sisällön. Osittain tästä syystä osallisuusopillisessa kirjallisuudessa on myös kyseenalaistettu edellytyksen tarpeellisuus.¹⁵⁹ *Roxin* erottaa toisaalta valtiolliset organisaatiot sekä toisaalta ei-valtiolliset organisaatiot.¹⁶⁰ Valtiollisten organisaatioiden ei kuitenkaan ole oltava täysin irrallisia oikeusjärjestyksestä, vaan niiden on toimittava ainoastaan rikosoikeudellisesta järjestelmästä erillään. *Roxinin* mukaan esimerkiksi natsi-Saksa ja DDR voidaan rinnastaa tällaiseen valtiolliseen organisaatioon, koska valtioiden toimet juutalaisten kansanmurhan ja

¹⁵⁵ Tästä *Lampe* 2007 s. 472 ja *Rotsch* 2000 s. 532.

¹⁵⁶ *Roxin* 2012 s. 409.

¹⁵⁷ *Roxin* 2006a s. 245.

¹⁵⁸ Ks. esim. *Roxin* 2012 s. 409–410, jossa *Roxin* puolustaa edellytyksen tarpeellisuutta.

¹⁵⁹ Ks. *Ambos* 1998 s. 241–245 ja *Rotsch* 2000 s. 533–536.

¹⁶⁰ *Roxin* 1995 s. 50.

toisaalta Länsi-Saksaan loikkausta yrittäneiden osalta osoittivat niiden toimivan kyseisissä tilanteissa rikosoikeusjärjestelmästä erillään.¹⁶¹

Roxinin perustelu ei kuitenkaan vakuuta. Natsi-Saksan ja DDR:n kohdalla kyse ei ole siitä, että valtiot olisivat toimineet erillään oikeusjärjestyksestä tai edes rikosoikeusjärjestelmästä. Pikemminkin kyse on siitä, että sekä natsi-Saksa että DDR samaistuivat organisaatioina oikeusjärjestykseen; ne olivat oikeusjärjestys. Tulkitsen, että valtiollisten organisaatioiden kohdalla on harhaanjohtavaa asettaa oikeusjärjestyksestä irrallisuuden edellytystä sellaisena kuin *Roxin* sen ymmärtää. Lisäksi on perusteltua olettaa, että takamiehen merkitys rikoksen toteutumiselle on entistäkin suurempi tilanteissa, joissa organisaatio muodostaa oikeusjärjestyksen tai on edes osa sitä.¹⁶²

Ei-valtiolliset rikosoikeudelliset organisaatiot ovat sellaisia, jotka toimivat oman oikeusjärjestyksensä mukaan ikään ”kuin omina valtioinaan valtion sisällä”.¹⁶³ *Roxin* korostaa, että järjestäytynyt rikollisuus, esimerkiksi erilaiset terroristijärjestöt ja mafia, lähtökohtaisesti täyttävät edellytyksen.¹⁶⁴ Järjestäytyneelle rikollisuudelle onkin tyypillistä, että niissä toimitaan omien sääntöjen mukaan ja sääntöjen rikkomisesta seuraa järjestön sisäisiä toimenpiteitä. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että esimerkiksi moottoripyöräjengit toimisivat irrallaan Suomessa oikeusjärjestyksestä tai rikosoikeusjärjestelmästä. *Ambos* myös huomauttaa, että esimerkiksi sisilialainen mafia ja Kolumbian huumekartellit toimivat jopa integroituna osana oikeusjärjestyksestä, jolloin niiden ei voi sanoa toimivan erillään oikeusjärjestyksestä.¹⁶⁵

Roxinin mukaan edellytyksen merkitys perustuu siihen, että määräyksen rikoksen tekemisestä antanut takamies voi olla varma, että hän välttää rikosoikeudellisen vastuun menettelystään vain siinä tapauksessa, että organisaatio toimii irrallaan oikeusjärjestyksestä.¹⁶⁶ *Roxin* on kuitenkin korostanut, että organisatorisen teonherruuden olemassaolo ratkaistaan objektiivisten seikkojen perusteella, joten takamiehen subjektiivinen käsitys ei voine olla ratkaisevaa.

En ole kuitenkaan vakuuttunut, voiko takamies objektiivisesta näkökulmasta tarkasteltuna koskaan olla varma siitä, että hän välttää vastuun menettelystään. Vaikka esimerkiksi diktaattorit saattavat subjektiivisessa suhteessa ollakin varmoja siitä, että he välttävät rikosoikeudellisen vastuun, objektiivisesti tarkasteltuna näin ei useinkaan ole, vaikka arvio tehtäisiin *ex ante* -näkökulmasta. Ei-valtiollisten organisaatioiden osalta *Roxinin* perustelu ontuu vielä enemmän. Objektiivisesta näkökulmasta tarkasteltuna ei-valtiollisessa organisaatiossa

¹⁶¹ *Roxin* 2012 s. 409.

¹⁶² Samoin *Ambos* 1998 s. 242.

¹⁶³ *Roxin* 1995 s. 50.

¹⁶⁴ *Roxin* 2012 s. 409.

¹⁶⁵ *Ambos* 1998 s. 242–243.

¹⁶⁶ *Roxin* 2012 s. 410.

määräysvaltaa käyttävän takamiehen ei voitane kuin äärimmäisen harvoissa tilanteissa katsoa olevan varma siitä, että hän välttää rikosoikeudellisen vastuun.

Tulkitsen, että edellytys organisaation toimimisesta oikeusjärjestyksestä irrallaan nostaa riman organisatorisen teonherruuden täyttymiselle niin korkealle, ettei doktriini tule kyseeseen kuin äärimmäisen poikkeuksellisissa tilanteissa. Toisaalta on vaikea ymmärtää, miksi kyse on olennaisesta organisatorisen teonherruuden edellytyksestä. Kuten *Schild* toteaa, organisatorinen teonherruus perustuu ennen kaikkea takamiehen sosiaaliseen mahtiasemaan organisaatiossa.¹⁶⁷ Sosiaalinen mahtiasema perustuu siihen, että hän voi antaa määräyksen rikoksen tekemisestä ja laskea sen varaan, että organisaation toimintamallin johdosta joku organisaatiossa myös tekee rikoksen. Se seikka, toimiiko organisaatio kokonaan tai osittain oikeusjärjestyksestä irrallaan, ei vaikuta siihen, että takamies voi organisaation toimintamalliin tukeutuen hallita yleisellä tasolla tunnusmerkistön toteutumista.¹⁶⁸

5.4.6.3 Voiko määräyksen eteenpäin välittävä olla välillinen tekijä organisatorisen teonherruuden perusteella?

*Roxin*in mukaan myös jokainen lenkki, jonka kautta määräys organisaatiossa kulkee rikoksen välittömästi tekeväälle välimiehelle, voidaan tuomita organisatorisen teonherruuden perusteella välillisenä tekijänä.¹⁶⁹ *Roxin* perustelee kantansa sillä, että lenkit, jotka välittävät määräyksen eteenpäin, käyttävät samalla tavoin organisaation toimintamallia rikoksen tekovälineenä kuin varsinaisesti määräyksen antanutkin. Sen vuoksi lenkit myös hallitsevat tunnusmerkistön toteutumista samalla tavoin kuin määräyksen varsinaisesti antanutkin.¹⁷⁰ Ajatus siitä, että organisatorinen teonherruus perustaa välillisen tekijävastuun määräyksen antaneen ohella myös jokaiselle määräyksen eteenpäin välittäneelle lenkille, ei kuitenkaan vaikuta johdonmukaiselta.

On vaikea ymmärtää, miten pelkkä määräyksen välittäminen eteenpäin on rikosoikeudellisesti perusteltua rinnastaa määräyksen antamiseen. *Roxin* ei näytä antavan minkäänlaista merkitystä sille seikalle, että lenkin määräyksenantovaltaa rajoittaa merkittävästi ketjussa ylempänä olevan valta antaa määräyksiä. Lisäksi jos määräyksen eteenpäin välittävä lenkki hallitsee tunnusmerkistön toteutumista samalla tavoin kuin määräyksen antanutkin, eikö lenkin olemassaolon pitäisi lähtökohtaisesti poistaa ketjussa ylempänä olevan organisatorisen teonherruuden? Tällöinhän rikoksen toteutuminen jää riippuvaiseksi siitä, välittääkö ketjussa seuraavana oleva määräyksen eteenpäin.

¹⁶⁷ *Schild* 1994 s. 22.

¹⁶⁸ *Ambos* 1998 s. 242.

¹⁶⁹ *Roxin* 2012 s. 413.

¹⁷⁰ *Roxin* 2012 s. 413–414.

Ambosin mukaan organisatorinen teonherruus tulee kyseeseen ketjussa ylemmänäkin olevan osalta vain siinä tapauksessa, että organisaatiossa on olemassa korvaavia lenkkejä niin monta, ettei yhden kieltäytyminen estä rikoksen toteutumista, koska organisaatiosta löytyy aina korvaava lenkki, joka välittää määräyksen eteenpäin.¹⁷¹ Näkemykseni mukaan *Ambosin* tulkinta on yhdenmukaisempi organisatorisen teonherruuden peruslähtökohtien kanssa kuin *Roxinin*.

5.4.6.4 Voiko välimiehen korvattavuus perustaa takamiehelle teonherruuden?

Roxinin mukaan organisatorisen teonherruuden ehdoton edellytys on, että rikoksen välittömästi tekevä välimies voidaan tarvittaessa korvata toisella ilman, että rikoksen toteutuminen vaarantuu. *Murmann* huomauttaa, että organisatorisen teonherruuden kytkeminen välimiehen korvattavuuteen on ongelmallista siitä syystä, että usein korvattavuus on hyvin rajallista. Organisaatiosta voi löytyä yksi, ehkä kaksi korvaajaa, mutta tuskin enempää. Ongelmana on, ettei *Roxin* ole koskaan täsmentänyt, kuinka monta potentiaalista välitöntä tekijää rikokselle on organisaatiosta löydettävä, jotta korvattavuuden edellytys täyttyy.¹⁷²

Thomas Rotschin mukaan ajatus siitä, että organisaatio toimii automaattisesti välittömästi tekijästä riippumatta ja että välitön tekijä on vain yksi monista rattaista koneistossa, ei ole vakuuttava, ellei korvattavuus-edellytyksen täyttymistä arvioida konkreettisten teko-olosuhteiden perusteella. *Rotsch* katsookin, että rikoksen välittömästi tekevän välimiehen korvattavuus voi perustaa takamiehelle tekijävastuun ainoastaan siinä tapauksessa, että edellytyksen täyttymistä arvioidaan konkreettisten teko-olosuhteiden perusteella. Ratkaisevaa edellytyksen täyttymiselle on tilanne tekohetkellä; onko tekohetkellä olemassa välimiehelle korvaaja?¹⁷³

Rotsch kritisoi *Roxinia* siitä, että tämä näyttää ymmärtävän välimiehen korvattavuuden edellytyksen abstraktisti erillään konkreettisista teko-olosuhteista. Jos arvio siitä, kuinka monta potentiaalista välitöntä tekijää rikokselle on organisaatiossa, tehdään abstraktisti, ongelmana on ensinnäkin, että korvattavuuden edellytys voi täytyä, vaikka konkreettisessa tilanteessa potentiaalisia tekijöitä olisi vain muutama. Toiseksi ongelmana on, ettei välimiehen korvaaminen tällaisessa tilanteessa perusta takamiehelle teonherruutta ainakaan siitä konkreettisesta tapahtumienkulusta, joka johtaa tunnusmerkistön täyttymiseen ja rikoksen toteutumiseen.¹⁷⁴ *Rotschin* kritiikkiä voidaan havainnollistaa seuraavalla *Bundesgerichtshofin* tunnetulla ratkaisulla.¹⁷⁵

¹⁷¹ *Ambos* 2011 s. 850.

¹⁷² *Murmann* 1996 s. 273.

¹⁷³ *Rotsch* 2000 s. 527–528.

¹⁷⁴ *Rotsch* 2000 s. 527.

¹⁷⁵ BGHSt 40, 218.

DDR:n kansallinen puolustusneuvosto (*Nationale Verteidigungsrat*) oli antanut määräyksen, että jokainen Itä- ja Länsi-Saksan välisellä rajalla tapahtuva loikkaus länteen tuli estää keinolla millä hyvänsä. Määräyksen seurauksena DDR:n rajaa vartioineet sotilaat joutuivat turvautumaan loikkausta yrittäneiden DDR:n kansalaisten ampumiseen. Ratkaisussa käsiteltiin kaikkiaan seitsemää vuosien 1971 ja 1989 välisenä aikana tapahtunutta loikkausyritystä, joissa sotilaat olivat puolustusneuvoston määräyksen nojalla riistäneet loikkausta yrittäneeltä hengen ampumalla.

Tavallisesti sotilaat partioivat pareissa. Jos korvattavuuden edellytyksen täyttymistä arvioidaan abstraktisti erillään konkreettisista teko-olosuhteista, edellytys voi täytyä *Bundesgerichtshofin* ratkaisussa: sotilaita, jotka olisivat voineet saada määräyksen nojalla tehtävän vartioida rajaa, oli epäilemättä lukematon määrä. Jos kuitenkin korvattavuuden edellytyksen täyttymistä arvioidaan konkreettisten teko-olosuhteiden perusteella, edellytys ei ratkaisussa voine täytyä: jos molemmat parin muodostaneista sotilaista päättivät olla noudattamatta määräystä, ei paikalla usein ollut muita sotilaita, jotka olisivat voineet toteuttaa puolustusneuvoston määräyksen.

Jos pari siten konkreettisessa tilanteessa päätti olla noudattamatta määräystä ja olla ampumatta tuolla hetkellä loikkausta yrittänyttä, teko on kyseisessä tilanteessa loikkausta yrittäneen osalta onnistunut eikä liene enää toistettavissa, koska sama henkilö tuskin yrittää enää toistamiseen loikkausta länteen. *Rotsch* kysyykin, miten neuvostossa päätöksen loikkareiden ampumisesta tehneillä voisi olla teonherruus tästä yksittäisestä teosta.¹⁷⁶ *Roxin* mukaan puolustusneuvoston jäsenten välillinen tekijävastuu henkirikoksista, jotka DDR:n sotilaat olivat tehneet puolustusneuvoston antaman määräyksen nojalla, voidaan kuitenkin perustaa organisatoriseen teonherruuteen.¹⁷⁷

Usein tunnusmerkistön toteutumiseen johtava tapahtumienkulku on siinä määrin ainutkertainen, ettei tekoa voida mitenkään toistaa myöhemmin, kuten tapahtumienkulku *Bundesgerichtshofin* ratkaisussa osoittaa. *Rotschin* mukaan kuitenkin myös tilanteissa, joissa tunnusmerkistön toteutumiseen johtava tapahtumienkulku on yleisellä tasolla toistettavissa, korvattavuuden edellytyksen täyttymistä on arvioitava konkreettisten teko-olosuhteiden perusteella.¹⁷⁸

Oletetaan, että X antaa organisaatiossa määräyksen Z:n tappamisesta. Oletetaan, että välittömäksi tekijäksi valikoituu A, jonka on määrä maanantaina ampua Z kuoliaaksi. A:n omatunto alkaa kuitenkin kolkuttaa eikä hän tee tekoa. Oletetaan nyt, että seuraavaksi korvaavaksi välittömäksi tekijäksi valikoituu B, jonka on määrä ampua Z kuoliaaksi tiistaina. B:n teko jää kuitenkin yrittysasteelle, koska hänen laukauksensa ei osu Z:aan. Oletetaan vielä,

¹⁷⁶ *Rotsch* 2000 s. 528–529.

¹⁷⁷ *Roxin* 2006a s. 610.

¹⁷⁸ *Rotsch* 2000 s. 529–530.

että seuraavaksi korvaajaksi tekijäksi valikoituu C, jonka on määrä ampua Z kuoliaaksi keskiviikkona. C myös onnistuu ampumaan Z:n kuoliaaksi.

Rotschin mukaan se seikka, että A:n kieltäytyminen ja B:n epäonnistuminen siirtävät tunnusmerkistön toteutumista, osoittaa, että välimies kontrolloi tällaisessakin tilanteessa tunnusmerkistön toteutumiseen johtavaa konkreettista tapahtumienkulkua. Välimiehen korvattavuus voisi perustaa X:lle välillisen tekijävastuun organisatorisen teonherruuden perusteella ainoastaan siinä tapauksessa, että A:n kieltäytyessä noudattamasta määräystä A:n ohella olisi olemassa toinen potentiaalinen välimies, joka tekee rikoksen maanantaina. Tällöin X:n voitaisiin katsoa hallitsevan myös konkreettista tunnusmerkistön toteutumiseen johtavaa tapahtumienkulkua, koska tunnusmerkistön toteutuminen ei olisi konkreettisissa teko-olosuhteissa riippuvainen A:sta.¹⁷⁹

5.4.6.5 *Organisatorinen teonherruus on teonherruutta yleisellä tasolla tunnusmerkistön toteutumisesta*

Selvää on, että organisatorisen teonherruuden soveltamisala muodostuu lähes olemattomaksi, jos korvattavuuden edellytyksen täyttymistä arvioidaan konkreettisten teko-olosuhteiden perusteella. Jos organisatorista teonherruutta halutaan käyttää osallisuusopissa laajamittaisena ratkaisuna siihen, miten tekijävastuu voidaan ulottaa rikoksen toteutumista todellisuudessa kontrolloivaan takamieheen, korvattavuuden edellytystä on arvioitava abstraktisti.¹⁸⁰ Tulkitsen, että välimiehen korvattavuus abstraktisti arvioituna voi kuitenkin perustaa takamiehelle teonherruuden korkeintaan yleisellä tasolla rikoksen toteutumisesta.¹⁸¹

Organisatorinen teonherruus edellyttää, että teonherruudesta erotetaan konkreettinen taso ja yleinen taso. Konkreettisella tasolla tunnusmerkistön toteutumiseen johtavaa tapahtumienkulkua hallitsee aina rikoksen välittömästi tekevä välimies. Negatiivisen teonherruuden näkökulmasta tarkasteltuna välimies voi estää rikoksen toteutumisen konkreettisessa yksittäistilanteessa jättämällä rikoksen tekemättä.

Bundesgerichtshofin ratkaisussa konkreettista tapahtumienkulkua hallitsivat toiminnanherroina sotilaat, jotka olivat ampuneet loikkausta yrittäneet Itä-Saksan kansalaiset. Kuvitteellisessa esimerkitapauksessa, jossa X oli antanut organisaatiossa määräyksen Z:n tappamisesta, konkreettista tapahtumienkulkua hallitsivat A, B ja C. Sotilaat sekä A, B ja C saattoivat kukin myös estää rikoksen toteutumisen siinä konkreettisessa tilanteessa.

¹⁷⁹ *Rotsch* 2000 s. 529–530.

¹⁸⁰ Tämän myöntää myös *Rotsch*. Ks. *Rotsch* 2000 s. 528.

¹⁸¹ Samansuuntaisesti *Heinrich* 2002 s. 31 ja *Rotsch* 2000 s. 528–520.

Yleisellä tasolla tunnusmerkistön toteutumista hallitsee puolestaan takamies, joka pystyy asemansa perusteella organisaatiossa sekä organisaation toimintamalliin tukeutuen antamaan määräyksen rikoksen tekemisestä. Negatiivisen teonherruuden näkökulmasta tarkasteltuna takamies voi estää rikoksen toteutumisen yleisellä tasolla jättämällä määräyksen antamatta rikoksen tekemisestä tai peruuttamalla sen.

Bundesgerichtshofin ratkaisussa tunnusmerkistön toteutumista hallitsivat yleisellä tasolla määräyksen antaneet puolustusneuvoston jäsenet. Kuvitteellisessa esimerkkitapauksessa tunnusmerkistön toteutumista hallitsi yleisellä tasolla määräyksen Z:n tappamisesta antanut X. Puolustusneuvoston jäsenet yhdessä samoin kuin X yksin saattoivat myös estää rikoksen toteutumisen yleisellä tasolla.

Organisatorinen teonherruus synnyttää teonherruuden rikoksesta yleisellä tasolla; takamies hallitsee tietyn tyyppisen rikoksen, kuten pahoinpitely-, varkaus- tai huumausainerikoksen toteutumista. Sen sijaan organisatorinen teonherruus ei synnytä teonherruutta konkreettisesta rikoksen toteutumisesta; rikoksen konkreettista toteutumista hallitsee edelleen rikoksen välittömästi tekevä välimies. Se seikka, että takamies voi estää rikoksen toteutumisen yleisellä tasolla, ei vaikuta välimiehen teonherruuteen konkreettisessa tilanteessa, eikä se seikka, että välimies voi estää rikoksen toteutumisen konkreettisessa yksittäistilanteessa, vaikuta takamiehen teonherruuteen yleisellä tasolla. Toisin kuin funktionaalisessa teonherruudessa, organisatorisessa teonherruudessa takamies ja välimies eivät yhdessä hallitse tunnusmerkistön toteutumista, vaan takamies hallitsee sitä yleisellä tasolla ja välimies konkreettisessa tilanteessa.

5.4.6.6 *Korvattavuuden edellytyksen soveltumattomuus moderniin järjestäytyneeseen rikollisuuteen?*

Historiallisena virikkeenä organisatoriselle teonherruudelle toimivat ennen kaikkea Saksan 1930- ja 1940-lukujen tapahtumat. *Roxinin* mukaan organisatorinen teonherruus saa elinvoimansa siitä, että osallisuusopissa on oltava teoreettisesti kestäväälle pohjalle rakennettu doktriini, jonka avulla tekijävastuu voidaan ulottaa Hitlerin ja Stalinin kaltaisiin diktaattoreihin.¹⁸² *Mark Osiel* toteaaakin, että organisatorinen teonherruus soveltuu parhaiten ns. diktaattori-tapauksiin ja valtiollisiin organisaatioihin. Ne kuitenkin poikkeavat merkittävästi 2000-luvulle ominaisesta järjestäytyneestä rikollisuudesta, jolle tyypillisiä organisaatiomalleja ja tilanteita doktriini ei saa samalla tavoin haltuunsa.¹⁸³

¹⁸² *Roxin* 2012 s. 400 ja *Roxin* 2003 s. 47.

¹⁸³ *Osiel* 2009 s. 92 ss.

Ongelmana on, että juuri jälkimmäiset aktualisoituvat entistä useammin sekä kansallisissa että kansainvälisissä tuomioistuimissa.¹⁸⁴

Syy ongelmaan löytyy jo korvattavuuden edellytyksestä. Järjestäytyneelle rikollisuudelle on nykyisin tyypillistä, että rikollisryhmän jäsenet ovat enemmän tai vähemmän erikoistuneet tietynlaiseen toimintaan. Mitä enemmän erikoistutaan, sitä vähemmän organisaatiossa on potentiaalisia korvaajia välimiehelle. Jos rikoksen tekeminen edellyttää erikoisosaaajaa, vaarana on, että korvattavuuden edellytys ei täyty. Tällöin rikoksen tekemääräyksen antanutta takamiestä ei voida lähtökohtaisesti pitää teonherrana organisatorisen teonherruuden perusteella.¹⁸⁵ *Roxin* mukaan näin on siksi, että erikoisosaaajan ollessa välimiehen asemassa takamies on riippuvainen erikoisosaaajan ratkaisusta noudattaen saamaansa määräystä. Sen vuoksi takamies voidaan tuomita korkeintaan yllytyksestä.¹⁸⁶

On kuitenkin muistettava, että korvattavuuden edellytyksen täyttymistä arvioidaan abstraktisti, jolloin korvattavuuden edellytys voi helpommin täytyä myös erityisosaaajan osalta. Tätä voidaan havainnollistaa yksinkertaisen esimerkkitaapauksen avulla.

Oletetaan, että X on antanut määräyksen raha-auton ryöstämisestä organisaation piirissä. Oletetaan lisäksi, että rikos edellyttää sen varsinaisesti toteuttavien välimiesten keskeistä työnjakoa: A:n tehtävänä on ajaa pakoautoa, B:n tehtävänä on pitää vahtia, C:n tehtävänä on pitää raha-auton kuljettaja aloillaan, ja D:n tehtävänä on timanttiporaa käyttäen avata raha-auton ovet. Kaikkien muiden tehtävät ovat keskenään vaihdettavissa paitsi D:n, joka osaa ainoana käyttää timanttiporaa.

Takamiehen eli X:n välillinen tekijävastuu organisatorisen teonherruuden perusteella sulkeutuu pois, jos korvattavuuden edellytys jää täyttymättä yhdenkin rikoksen yhdessä tekevän välimiehen osalta. Se seikka, ettei konkreettisesti teotilanteessa D:lle löydy korvaajaa, ei vielä tarkoita, että X:ää ei voida tuomita organisatorisen teonherruuden perusteella. Koska korvattavuuden edellytyksen täyttymistä arvioidaan abstraktisti, X:n organisatorinen teonherruus sulkeutuu pois vasta siinä tapauksessa, ettei organisaatiosta yleisellä tasolla löydy korvaajaa D:lle.

Näkemykseni mukaan välimiestä ei ole perusteltua pitää erikoisosaajana sellaisen kyvyn perusteella, jonka saavuttaminen ei vaadi pitkäkestoista prosessia. Jos timanttiporaa on mahdollista oppia käyttämään muutaman päivän koulutuksen perusteella, ei D:tä voida pitää erikoisosaaajana: vaikka organisaatiossa ei juuri sillä hetkellä löytyisikään D:lle korvaajaa, sellainen on mahdollista

¹⁸⁴ *Manacorda – Meloni* 2011 s. 171.

¹⁸⁵ *Ambos* 1998 s. 229.

¹⁸⁶ *Roxin* 2012 s. 410.

kouluttaa hyvin lyhyellä aikataululla. Jos sen sijaan kyse on kyvystä, jonka saavuttaminen vaatii jopa vuosien koulutuksen, sen hallitsevaa henkilöä on pidettävä erikoisosaajana.

5.4.6.7 Organisatorisen teonherruuden soveltumattomuus yritys- ja liiketoiminnassa tehtyihin rikoksiin

Saksalaisessa oikeuskäytännössä *Roxinin* luoman organisatorisen teonherruuden doktriinin avulla tekijävastuu on ulotettu myös henkilöihin, jotka ovat johtavassa asemassa yksityisen tai julkisen alan organisaatioissa. Kyse on tilanteista, joissa organisaatioissa johtavassa asemassa oleva henkilö tekee päätöksen menettelystä tai toimenpiteestä mutta päätöksen täytäntöönpanosta vastaavat muut henkilöt kyseisessä organisaatioissa. Saksalaisessa oikeuskäytännössä myös yksityisessä tai julkisessa organisaatioissa määräys- tai päätöksentekovaltaa käyttävän on katsottu voivan olla organisatorisen teonherruuden perusteella välillisessä tekijävastuussa rikoksesta, jonka joku muu toteuttaa organisaatioissa. Tätä voidaan havainnollistaa seuraavilla *Bundesgerichtshofin* ratkaisuilla:

Lääkäri ja potilaan täysi-ikäinen lapsi olivat tehneet päätöksen potilaan hoidon lopettamisesta. Hoitohenkilökunta pani päätöksen täytäntöön tietoisena siitä, että se johtaisi potilaan menehtymiseen. *Bundesgerichtshof* tuomitsi sekä lääkärin että lapsen välilliseen tekijävastuuseen potilaan kuolemasta organisatorisen teonherruuden perusteella.¹⁸⁷

Osakeyhtiömuodossa toiminut yritys oli kuluja vähentääkseen jättänyt toimitamiensa tuotteiden jätehuollon tuotteita ostaneiden asiakkaidensa tehtäväksi. Tiedossa oli, että asiakkailta puuttui mahdollisuus hävittää jätteet ympäristömääräysten mukaisesti. Vaikka asiakkaat olivat lopulta itse hävittäneet jätteet ympäristömääräysten vastaisesti, *Bundesgerichtshof* tuomitsi yrityksen toimitusjohtajan ympäristörikoksesta välilliseen tekijävastuuseen organisatorisen teonherruuden perusteella.¹⁸⁸

Roxin on kritisoinut saksalaisen oikeuskäytännön kehitystä, koska se laajentaa liikaa tekijävastuun alaa eikä myöskään ole sovitettavissa yhteen organisatorisen teonherruuden edellytysten kanssa. *Roxinin* mukaan korvattavuuden edellytys ei voi täytyä yksityisen tai julkisen alan organisaatioissa.¹⁸⁹ Jos korvattavuuden edellytyksen täyttymistä kuitenkin arvioidaan abstraktisti, se voi näkemykseni mukaan täytyä yksityisen ja julkisen alan organisaatioissa. Useissa tilanteissa yksityiset ja julkiset organisaatiot ovat sitä paitsi kooltaan huomattavasti suurempia kuin esimerkiksi järjestäytyneet rikollisryhmät: mitä suurempi organisaatio on kyseessä, sitä helpommin korvattavuuden edellytys voi täytyä.

¹⁸⁷ BGHSt 40, 257.

¹⁸⁸ BGHSt 43, 219.

¹⁸⁹ *Roxin* 2003 s. 55–56. Ks. myös *Roxin* 2006a s. 612–613.

Olenaisempaa kuitenkin on, etteivät yksityisen ja julkisen alan organisaatiot *Roxinin* mukaan toimi oikeusjärjestyksestä irrallaan. Sen vuoksi johtavassa asemassa oleva henkilö ei voi myöskään laskea sen varaan, että hänen päätöksensä seurauksena joku yksityisessä tai julkisessa organisaatioissa myös panna päätöksen täytäntöön ja tekee rikoksen. Seurauksena organisatorinen teonherruus ei lähtökohtaisesti sovellu yksityisen tai julkisen alan organisaatioissa tehtyihin rikoksiin.¹⁹⁰ Jos organisatorisen teonherruuden olemassaoloa ei kuitenkaan kytketä oikeusjärjestyksestä irrallisuuden edellytykseen, yksityisen ja julkisen alan organisaatioiden toimiminen oikeusjärjestyksen puitteissa ei muodostu esteeksi doktriinin soveltamiselle.

Roxinin ohella useat muut rikosoikeustieteilijät ovat suhtautuneet pidättyvästi mahdollisuuteen laajentaa organisatorisen teonherruuden soveltamisalaa erityisesti yksityisen alan organisaatioihin.¹⁹¹ Bernd Schünemann korostaa, ettei takamiehellä ole yksityisen alan organisaatioissa asemansa perusteella rikoksen välittömästi toteuttavaan välimieheen sellaista ylivaltaa, jonka perusteella tekijävastuu voitaisiin organisatorisen teonherruuden perusteella ulottaa myös takamieheen.¹⁹² Nikolaus Bosch toteaa, että organisatorisen teonherruuden ydinsoveltamisala on perusteltua rajata totalitaarisiin valtioihin, mafian kaltaisiin laajoihin rikollisorganisaatioihin sekä niitä pienempiin rikollisjoukkoihin.¹⁹³

5.4.6.8 *Organisatorisen teonherruuden kapea soveltamisala edellyttää funktionaalisen teonherruuden edellytyksistä tinkimistä*

Roxinin teonherruusopissa organisatorisen teonherruuden olemassaololle on asetettu kolme edellytystä: organisaation on rakennuttava hierarkkiselle toimintamallille, organisaation on oltava oikeusjärjestyksestä irrallinen ja rikoksen välittömästi toteuttavan välimiehen on oltava korvattavissa organisaation piirissä. *Roxinin* teoriassa rikoskumppanuuden perustavan funktionaalisen teonherruuden olemassaolo edellyttää puolestaan aina osallistumista rikoksen toteuttamiseen sen täytäntöönpanovaiheessa. Tuoreimmassa saksalaisessa kirjallisuudessa *Roxinin* teonherruusoppia on kuitenkin kritisoitu siitä, että tekijävastuun alasta muodostuu liian kapea, koska organisatorinen teonherruus ja funktionaalinen teonherruus eivät kokonaisuutena saa otteeseensa kaikkia rikokseen osallistumisen tyyppitapauksia. Seurauksena organisatorisen teonherruuden ja funktionaalisen teonherruuden välimaastoon syntyy tekijävastuun katvealue, jota vastaan puhuvat sekä moraaliset että kriminaalipoliittiset seikat.

¹⁹⁰ *Roxin* 2006a s. 612–613 ja 715–717 sekä *Roxin* 2003 s. 55–56.

¹⁹¹ Ks. esim. *Hoffmann-Holland* 2015 s. 190; *Murmann* 2015 s. 335 ja *Rengier* 2016 s. 390–391.

¹⁹² *Schünemann* 2000 s. 630.

¹⁹³ *Bosch* 2002 s. 234.

Oletetaan, että A on antanut määräyksen rikoksen tekemisestä organisaatiossa X. Organisaatio X ei kuitenkaan ole rakenteeltaan ja toimintamalliltaan sellainen, että se täyttäisi kaikki *Roxinin* organisatoriselle teonherruudelle asettamat edellytykset. A ei myöskään ole millään tavalla osallistunut rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen. Vaikka A:n menettely olisi ollut kuinka merkittävää tahansa rikoksen toteutumiseksi, A ei voi olla rikoksesta tekijä vastuussa *Roxinin* teonherruusopissa.

Oletetaan nyt, että samaisessa organisaatiossa X B on laatinut kokonaisuudessaan suunnitelman rikoksen tekemiseksi. B ei kuitenkaan ole antanut määräystä rikoksen tekemisestä tai osallistunut millään tavoin rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen. *Roxinin* teonherruusopissa B ei voi olla tekijä vastuussa rikoksesta, vaikka hänen menettelynsä olisi sinänsä ollut jopa ehdoton edellytys rikoksen toteutumiseksi.

Ratkaisuna ongelmaan on esitetty, että funktionaalisen teonherruuden edellytyksenä olevasta rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen osallistumisen edellytyksestä voitaisiin tinkiä.¹⁹⁴ *Kindhäuser* toteaa, että osallisen menettely rikoksen suunnitteluvaiheessa (valmisteluvaiheessa) voi riittää perustamaan rikoskumppanuuden, jos osallisen menettelyllä on ratkaiseva merkitys myöhemmälle tapahtumienkululle ja rikoksen toteutumiseksi.¹⁹⁵ *Heinrichin* mukaan osallisen merkittävä rooli rikoksen suunnittelussa korvaa tällaisessa tilanteessa osallistumattomuuden rikoksen täytäntöönpanotoimeen ja riittää perustamaan funktionaalisen teonherruuden.¹⁹⁶ *Rengier* tiivistää prosessin toteamalla, että lopulta kyse on kokonaisarviosta, jossa otetaan huomioon osallisen menettelyn merkitys rikoksen toteutumiseksi: se ratkaisee, voiko yksinomaan rikoksen suunnitteluvaiheessa rikoksen toteutumiseen osallistuneen menettely perustaa funktionaalisen teonherruuden perusteella rikoskumppanuuden.¹⁹⁷

Jos täytäntöönpanovaiheeseen osallistumisen edellytyksestä kuitenkin tingitään, teonherruusoppi menettää osallisuusteoreettisesta näkökulmasta tarkasteltuna merkittävimmän etunsa verrattuna suomalaisessa doktriinissa kannatettuun aineellis-objektiiviseen teoriaan. Jos rajanveto rikoskumppanuuden ja varsinaisen osallisuuden välillä ei enää ehdottomasti kytkeydy täytäntöönpanotoimen ja -vaiheen käsitteisiin, ei teonherruusopissa ole olemassa enää selkeää rajanvetokriteeriä, joka erottaa rikoskumppanuuden objektiivisessa suhteessa

¹⁹⁴ *Hoffmann-Holland* 2015 s. 199; *Kühl* 2012 s. 787–788; *Murmann* 2015 s. 344; *Rengier* 2016 s. 409 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 206–207.

¹⁹⁵ *Kindhäuser* 2013 s. 353.

¹⁹⁶ *Heinrich* 2014 s. 535.

¹⁹⁷ *Rengier* 2016 s. 409. *Hoffmann-Holland* 2015 s. 200 katsoo, että mahdollisuus ulottaa funktionaalinen teonherruus poikkeuksellisesti myös rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen osallistumattomaan osalliseen ratkaisee myös ongelman yksityisissä ja julkisissa organisaatioissa määräysvaltaa käyttävien henkilöiden osallisuusvastuusta: tilanteita tulee arvioida funktionaalisen teonherruuden tapauksina, joissa osallisen menettelyn merkitys rikoksen toteutumisessa rajoittuu täytäntöönpanovaihetta edeltäneisiin vaiheisiin.

varsinaisesta osallisuudesta. Sen sijaan kokonaisharkinnan kriteeri nousisi ratkaisevaksi rikoskumppanuuden olemassaoloa määrittäväksi tekijäksi myös teonherruusopissa.

5.5 YHTEENVETO TEONHERRUUSOPISTA JA SEN SOVELTUVUUDESTA SUOMALAISEEN DOKTRIINIIN

5.5.1 Yhteinen teoreettinen pohja

Teonherruusopissa ei ole kyse ainoastaan teoriasta, jonka perusteella rikoskumppanuus voidaan erottaa avunannosta. Kyse on teoriasta, jonka perusteella tekijävastuu – tietyn rajoituksen – voidaan kaikkine muotoineen erottaa varsinaisesta osallisuudesta. Tämän luvun tutkimusongelman näkökulmasta se on samanaikaisesti sekä yli- että alikattava. Ylikattava teonherruusoppi on siinä mielessä, että sen avulla voidaan lähtökohtaisesti erottaa rikoskumppanuuden ohella myös välitön yksin tekeminen ja välillinen tekeminen varsinaisesta osallisuudesta. Alikattava teonherruusoppi on puolestaan sen vuoksi, että, kuten useimpien osallisuusteorioiden kohdalla on, senkään perusteella ei ole mahdollista erottaa erikseen yllytystä ja avunantoa rikoskumppanuudesta.

Rikoskumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon näkökulmasta olenaista on, että teonherruusopissa rikoskumppanuus rakentuu samanlaiselle teoreettiselle perustalle kuin kotimaisessa doktriinissa. Tätä voidaan havainnollistaa vertaamalla jo teonherruusopin alkuperäisessä versiossa, finaalisissa teonherruusopissa, sekä rikoslaissa ja sen esitöissä rikoskumppanuudelle annettuja määritelmiä toisiinsa.

Finaalisissa teonherruusopissa *Welzel* määrittää rikoskumppanuuden teonherruudeksi, jossa herruus tunnusmerkistön mukaisesta teosta ei ole yhdellä henkilöllä erikseen vaan useammalla henkilöllä yhdessä ja yhtä aikaa.¹⁹⁸ RL 5:3:n mukaan rikoskumppanuudesta on puolestaan kyse, kun kaksi tai useammat ovat yhdessä tehneet tahallisen rikoksen.

Finaalisissa teonherruusopissa rikoskumppanuudessa rikoskumppaneiden osateot muodostavat kokonaisuutena yhteisen tekopäätöksen, minkä vuoksi kaikilla rikoskumppaneilla on teonherruuden perusteella tekijävastuu kokonaisuudesta eikä vain omasta osateostaan.¹⁹⁹ Hallituksen esityksen mukaan rikoskumppanien välillä vallitsevasta yhteisymmärryksestä seuraa, että kumppani ei vastaa vain oman toimintansa seurauksista vaan teosta siihen saakka, mihin yhteisymmärrys ulottuu.²⁰⁰

¹⁹⁸ *Welzel* 1939 s. 549.

¹⁹⁹ *Welzel* 1939 s. 549.

²⁰⁰ HE 44/2002 vp s. 152.

Kokonaisuutena jo *Welzelin* finaalissa teonherruusopissa rikoskumppanuuden katsottiin rakentuvan subjektiivisesta ja objektiivisesta elementistä, joiden molempien oli oltava olemassa.²⁰¹ Vastaavalla tavalla rikoskumppanuus edellyttää hallituksen esityksen mukaan sekä subjektiivisten että objektiivisten seikkojen olemassaoloa.²⁰²

Rikoskumppanuudessa on kyse sekä teonherruusopissa että suomalaisessa doktriinissa rikoksen tekemisestä yhdessä, joka rikosoikeusteoreettisesti muodostuu subjektiivisesta ja objektiivisesta elementistä. Suomalaista doktriinia vastaavasti myös teonherruusopissa rikoskumppanuuden täytyminen edellyttää kokonaisarviointia, jossa painotetaan sekä subjektiivisia että objektiivisia seikkoja. Ennen kaikkea *Gallasin* ja *Roxinin* vaikutuksen myötä kokonaisarvioinnissa otetaan modernissa teonherruusopissa huomioon myös sovellettava erityisen osan tunnusmerkistö ja sen erityispiirteet.

Erona suomalaiseen doktriiniin kuitenkin on, että teonherruusoppi nojaa edelleen vahvasti *Welzelin* kehittämään finaaliin tekokäsitteeseen. Toisin kuin saksalaisessa rikosoikeustieteessä, suomalaisessa doktriinissa finaali tekokäsite ei ole kuitenkaan koskaan saavuttanut suurta suosiota. Finaalin tekokäsitteen vuoksi ennen kaikkea rikoskumppanuuden subjektiivisen elementin sisältö ei ole ongelmitta sovitettavissa yhteen suomalaisen doktriinin kanssa.

Teonherruusopissa subjektiivinen elementti kiteytyy rikoskumppanin päämäärätietoiseen tahtoon tehdä rikos yhdessä hänen rikoskumppaniensa kanssa. Finaalin tekokäsitteen mukaisesti rikoskumppanuudessa on siten kyse voluntatiivisesta, jopa tarkoitustahallisuutta edellyttävästä toiminnasta.

Lähtökohtana on, että yhteisymmärryksen on oltava tahallisuuden kattamaa. Vaikka saksalaisessa doktriinissa yhteisymmärrykseen näyttäisi liittyvän voluntatiivinen elementti, suomalaisessa tahallisuusopissa katsotaan vakiintuneesti, että tahallisuuden alin aste täytyy kognitiivisin kriteerein määräytyvän todennäköisyystahallisuuden mukaan. Lisäksi lain esitöissä subjektiivisen elementin muodostava yhteisymmärrys määritellään yksinomaan tietoisuudeksi siitä, että oma toiminta yhdessä muiden toiminnan kanssa toteuttaa tunnusmerkistön.

Näkemykseni mukaan syy siihen, miksi teonherruusopissa rikoskumppanuudessa on kyse voluntatiivisesta toiminnasta, löytyy finaalista tekokäsitteestä ja tahallisuuden sisällöstä saksalaisessa doktriinissa. Kyse ei ole siitä, että yhteisymmärrykseen liittyisi edes saksalaisessa doktriinissa korotettu tahallisuusvaatimus. Suomalaisessa doktriinissa taas finaalia tekokäsitettä ei ole omaksuttu. Koska tahallisuusteoreettisesti kotoisessa doktriinissa tahallisuuden alin aste määräytyy yksinomaan kognitiivisin kriteerein määräytyvän todennäköisyystahallisuuden mukaan, voi rikoskumppanuuden subjektiivinen elementti näkemykseni mukaan täytyä yksinomaan kognitiivisten seikkojen perusteella.

²⁰¹ *Welzel* 1939 s. 550–552.

²⁰² HE 44/2002 vp s. 152.

Sen sijaan rikoskumppanuuden objektiivisen elementin sisältö määräytyy teonherruusopissa suomalaista doktriinia vastaavasti ulkoisten seikkojen perusteella: molemmissa objektiivinen elementti kiteytyy osallisen menettelyn kokonaismerkitykseen rikoksen toteutumisen kannalta.²⁰³ Kotimaisessa doktriinissa rikoskumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon ongelmat liittyvät korostetusti juuri rikoskumppanuuden objektiiviseen elementtiin ja sen täyttymisen edellytyksiin. Lähtökohtana on pidetty, ettei subjektiivinen elementti yksinään voi perustaa rikoskumppanuutta, vaan aina edellytetään myös jonkinlaista osallistumista rikoksen toteuttamiseen.²⁰⁴ Suomalaisen doktriinin näkökulmasta teonherruusopin arvo piilee ennen kaikkea siinä, että teonherruusoppia analysoimalla on mahdollista täsmentää, milloin osallisen menettely on objektiivisessa suhteessa riittävän merkityksellistä perustamaan rikoskumppanuuden.

5.5.2 Teonherruusopin ja suomalaisen doktriinin erot

Vaikka teonherruusoppiin ja ennen kaikkea *Roxinin* versioon opista liittyvät käsitteet ovat vieraita kotoisessa doktriinissa, useimmissa tilanteissa teonherruusopin soveltaminen johtaa kotimaista doktriinia vastaavaan lopputulokseen. Eriyisesti näin on välittömän yksin tekemisen tilanteissa.

Welzelin määritelmän mukaan finaali tekijä on tekopäätöksensä ja sen täytäntöönpanon herra, joka päämäärätietoisesti oman tahtonsa mukaan muovaa tekoa. Välitön yksin tekijä eli se, joka toteuttaa erityisen osan tahallisen rangaistavan rikoksen tunnusmerkistön henkilökohtaisesti ja omakätisesti, on määritelmän mukaan aina finaali tekijä. *Maurach* kytkee tekijävastuun kehittämäänsä negatiivisen teonherruuden käsitteeseen. Sen mukaan teonherruus on jokaisella tekoon myötävaikuttaneella, joka tietää olevansa tosiasiallisesti sellaisessa asemassa, jossa hän voi menettelyllään sallia, keskeyttää tai peruuttaa tunnusmerkistön täyttymiseen johtavan tapahtumienkulun. Selvää on, että välitön yksin tekijä täyttää määritelmän. *Roxinin* teoriassa puolestaan toiminnanherruus vastaa lähes täydellisesti sisällöltään ja soveltamisalaltaan suomalaisessa osallisuusopissa vallitsevaa käsitystä välittömästä yksin tekemistä.

Rikoskumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon kannalta olennaista kuitenkin on, että ennen kaikkea *Roxinin* teonherruusopissa rikoskumppanuutta vastaavan funktionaalisen teonherruuden ja välillistä tekemistä vastaavan tahdonherruuden sisältö ja soveltamisala eivät täysin vastaa kotimaista doktriinia. Tämän vuoksi *Roxinin* teoria ja hänen luomansa rajanvetokriteerit eivät ole suoraan sovellettavissa Suomessa rikoskumppanuuden ja avunannon väliseen rajanvetoon.

²⁰³ HE 44/2002 vp s. 152.

²⁰⁴ HE 44/2002 vp s. 152.

Roxinin teonherruusopin soveltamisalaan tekemät rajoitukset vastaavat myös pitkälti suomalaisessa doktriinissa rikoskumppanuuden soveltamisalaan tehtyjä rajoituksia.²⁰⁵ Suomalaista doktriinia vastaavasti teonherruusoppi ei sovellu tuottamuksellisiin rikoksiin ja tahallisista rikoksista erikoisrikoksiin ja omakätisiin rikoksiin. *Roxin* on kuitenkin rajannut myös tahalliset laiminlyöntirikokset pääasiallisesti teonherruusopin soveltamisalan ulkopuolelle, kun taas koitoisessa doktriinissa rikoskumppanuus on niissä mahdollista. Vaikka *Roxinin* teoriaa ei lähtökohtaisesti voida soveltaa rikoskumppanuuden ja avunannon väliseen rajanvetoon tahallisissa laiminlyöntirikoksissa, useat teonherruusopin kannattajat ja rajoitetussa määrin myös saksalainen oikeuskäytäntö soveltavat teonherruusoppia sekä *Roxinin* kehittämiä rajanvetokriteerejä myös tahallisissa laiminlyöntirikoksissa tekijävastuun ja varsinaisen osallisuuden väliseen rajanvetoon.²⁰⁶

Saksalaisessa kirjallisuudessa teonherruusoppia, myös *Roxinin* versiota siitä, pidetään yleisesti aineellis-objektiivisena osallisuusteorianana. Jos kuitenkin tarkastelu rajataan vain *Roxinin* teoriassa rikoskumppanuuden perustavaan funktionaaliseen teonherruuteen, huomataan, että kriteerit, joilla *Roxin* erottaa rikoskumppanuuden varsinaisesta osallisuudesta ovat ennen kaikkea muodollis-objektiivisia. *Roxinin* teoriassa rikoskumppanuuden perustava funktionaalinen teonherruus edellyttää subjektiivisessa suhteessa rikoskumppaneiden välillä vallitsevaa yhteistä suunnitelmaa rikoksen tekemisestä. Objektiivisessa suhteessa edellytetään jokaisen rikoskumppanin osallistumista rikoksen toteuttamiseen sen täytäntöönpanovaiheessa ja lisäksi, että täytäntöönpanovaiheessa suoritettu osateko on olennainen rikoksen toteutumisen kannalta.

Koska funktionaalisen teonherruuden syntyminen on kytketty osateon suorittamiseen rikoksen täytäntöönpanovaiheessa ja koska osateon on lisäksi oltava olennainen rikoksen toteutumisen kannalta, erotetaan rikoskumppanuus avunannosta *Roxinin* teoriassa pitkälti muodollis-objektiivista osallisuusteoriaa vastaavilla kriteereillä. Vaikka *Roxin* ei edellytä, että täytäntöönpanovaiheessa suoritettavan osateon olisi itsessään oltava tunnusmerkistön täytäntöönpanotoimi, hän toisaalta edellyttää, että osateon on aina oltava olennainen rikoksen toteutumisen kannalta. Voidaan esittää, että *Roxin* on asettanut funktionaaliselle

²⁰⁵ Suomalaisessa doktriinissa rikoskumppanuuden soveltuvuutta on rajoitettu erikoisrikoksissa ja omakätisissä rikoksissa. Erikoisrikoksissa tekijävastuu edellyttää tiettyä ominaisuutta, roolia tai asemaa. Ellei rikoksen yhdessä tehneellä osallisella ole tuota ominaisuutta, roolia tai asemaa, hänen vastuunsa rajautuu varsinaiseen osallisuuteen, yleisimmin juuri avunantoon. Omakätisissä rikoksissa rikoskumppanuus on käytännössä mahdotonta, koska niissä tekijävastuu edellyttää rikoksen tekemistä henkilökohtaisesti ja omakätisesti. Vaikka useammat olisivatkin tehneet yhdessä omakätisen rikoksen, rikoksen henkilökohtaisen ja omakätisen tekemisen vaatimuksesta seuraa, että tekijävastuu syntyy jo välittömän yksin tekemisen perusteella. Tarkemmin ks. esim. *Luo-to* 2014 s. 45–46.

²⁰⁶ Tarkemmin ks. *Heinrich* 2014 s. 528; *Rengier* 2016 s. 512–514 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 308. Ks. myös BGHSt 2, 150 ja BGHSt 32, 367.

teonherruudelle puhdasta muodollis-objektiivista teoriaa tiukemmat kriteerit, koska pelkkä osallistuminen rikoksen täytäntöönpanoon ei vielä riitä rikoskumppanuuden täyttymiseen, vaan lisäksi edellytetään myös osateon olennaisuutta.

Roxinin funktionaalille teonherruudelle asettamista edellytyksistä seuraa, että henkilö, jonka merkitys rikoksen toteutumisessa rajoittuu rikoksen täytäntöönpanoa edeltäneisiin vaiheisiin, ei voi olla rikoskumppani. Seurauksena ei kuitenkaan ole, että esimerkiksi rikoksen suunnittelusta vastannut mutta sen varsinaiseen täytäntöönpanoon osallistumaton henkilö tai varsinaisen rikosten-tekopäätöksen tehnyt mutta rikoksen täytäntöönpanoon osallistumaton henkilö välttäisivät automaattisesti tekijävastuun.

Teoria osallisuudesta erillisvastuujärjestelmässä on ennen kaikkea kokonaisuus, jossa ensisijaisen tärkeää on, että tekijävastuu kattaa kaikkine muotoineen kokonaisuutena tilanteet, joissa henkilö on rikosoikeusteoreettisesti ja kriminaalipoliittisesti perusteltua tuomita tekijävastuuseen. Olennaista on kuitenkin myös, että tilanteeseen soveltuu aina myös tekijävastuun muoto, joka parhaiten vastaa menettelyn luonnetta. *Roxinin* teonherruusopissa funktionaalisen teonherruuden kapeaa soveltamisalaa kompensoi välillistä tekemistä vastaavan tahdonherruuden laaja soveltamisala. *Roxinin* suomalaisesta doktriinista poikkeava ratkaisu perustuu pitkälti siihen, että välillinen tekijävastuu osallisuusmuotona vastaa hänen näkemyksensä mukaan useissa tilanteissa rikoskumppanuutta paremmin rangaistavan menettelyn luonnetta.

Roxinin teonherruusopissa teonherroja voi samanaikaisesti olla useampia kuin yksi kahdessa tapauksessa. Ensimmäisen niistä muodostavat juuri funktionaalisen teonherruuden tilanteet, toisen puolestaan tahdonherruuden tilanteet. Tahdonherruudessa teonherroja ovat samanaikaisesti sekä takamies että rikoksen välittömästi tekevä välimies, jonka teonherruus ei kuitenkaan yleensä perusta tekijävastuuta. Lähtökohtaisesti *Roxinin* ajatus tahdonherruudesta teonherruutena ei eroa merkittävästi siitä, miten välillinen tekeminen ymmärretään suomalaisessa doktriinissa, ja tahdonherruuden soveltaminen johtaa pääosin vastaavaan lopputulokseen kuin välillinen tekeminenkin suomalaisessa doktriinissa.

Merkittävimmin *Roxinin* teoria eroaa sekä sisällöllisesti että lopputuloksellisesti suomalaisesta doktriinista tilanteissa, joissa *Roxin* poikkeuksellisesti katsoo, että takamiehellä on tekijävastuu tahdonherruuden perusteella siitä huolimatta, että myös välimiehellä on tekijävastuu toiminnanherruuden perusteella samaan historialliseen tapahtumienkulkuun. Laajimmin tahdonherruuden eri muodoista tämä mahdollisuus liittyy kuitenkin juuri organisatoriseen teonherruuteen, joka *Roxinin* teonherruusopissa kompensoi funktionaalisen teonherruuden kapeaa soveltamisalaa: organisatorisen teonherruuden funktiona on ulottaa tekijävastuu myös henkilöihin, jotka todellisuudessa ovat rikoksen toteutumisen takana, vaikka he eivät itse millään tavalla osallistu rikoksen täy-

täntöönpanovaiheeseen. Tästä seuraa, että *Roxinin* opissa teonherruudesta tilanteita, joissa osallisen merkitys rikoksen toteutumisessa rajoittuu rikoksen täytäntöönpanoa edeltäneisiin vaiheisiin, lähestytään teoreettisesti kokonaan toisesta näkökulmasta kuin suomalaisessa doktriinissa on ollut tapana.

Lähestymistavasta johtuvaa eroa voidaan havainnollistaa yksinkertaisella kuvitteellisella esimerkkitapauksella. Oletetaan, että moottoripyöräjengin johtaja X antaa käskyn arvokuljetuksen ryöstämisestä. X ei kuitenkaan millään tavalla osallistu ryöstön toteuttamiseen, vaan rikoksen toteuttavat moottoripyöräjengin jäsenet A, B ja C. Oletetaan lisäksi, että A, B ja C toimivat tahallisesti, oikeudenvastaisesti ja syyllisyyttä ilmentävästi.

Suomalaisessa doktriinissa tekijävastuu ryöstöstä on mahdollista ulottaa X:än ainoastaan siinä tapauksessa, että hänen voidaan katsoa tehneen ryöstön yhdessä A:n, B:n ja C:n kanssa, jolloin rikoskumppanuuden edellytykset täyttyvät. Sen sijaan kyse ei voi olla välillisestä tekemisestä, koska A:n, B:n ja C:n menettely on tahallista, oikeudenvastaista ja syyllisyyttä ilmentävää.

Roxinin teonherruusopissa X:n menettelyssä ei puolestaan voi olla kyse rikoskumppanuudesta, koska X ei ole osallistunut ryöstön toteuttamiseen sen täytäntöönpanovaiheessa. *Roxinin* teoriassa tekijävastuu ryöstöstä on mahdollista ulottaa X:än vain siinä tapauksessa, että organisatorisen teonherruuden edellytykset täyttyvät hänen kohdallaan, jolloin X:ä pidetään ryöstön välillisenä tekijänä. Sillä seikalla, että A, B ja C voidaan myös tuomita tekijävastuuseen ryöstöstä joko toiminnanherruuden tai funktionaalisen teonherruuden perusteella, ei ole vaikutusta X:n menettelyn arviointiin organisatorisen teonherruuden perusteella.

Rikoskumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon kannalta olennaista on, että seikat, joiden perusteella rikoskumppanuus, sellaisena kuin se ymmärretään kotimaisessa doktriinissa, erotetaan varsinaisesta osallisuudesta, löytyvät *Roxinin* teoriassa ennen kaikkea kahtaalta: toisaalta funktionaalisen teonherruuden piiristä ja toisaalta organisatorisen teonherruuden piiristä. Teonherruusopin ja suomalaisen doktriinin erojen vuoksi kysymys kuitenkin kuuluu, miten erityisesti *Roxinin* teonherruusopissa kehittämiä rajanvetokriteerejä voidaan hyödyntää suomalaisessa doktriinissa. Koska funktionaalisisessa teonherruudessa tekijävastuu erotetaan varsinaisesta osallisuudesta pitkälti muodollis-objektiivista osallisuusteoriaa vastaavilla kriteereillä, kiinnostuksen kohteena ovat ennen kaikkea *Roxinin* organisatorisen teonherruuden puitteissa kehittämät rajanvetokriteerit.

5.5.3 *Roxinin* kehittämien rajanvetokriteerien rooli suomalaisessa doktriinissa

Roxinin teonherruusopissa organisatorinen teonherruus perustaa välillisen tekijävastuun henkilölle rikoksesta, jonka välittömästi toteuttaa toinen, rikosoikeu-

dellisesti täysin vastuullinen henkilö. Suomalaisessa doktriinissa välillinen tekeminen ei kuitenkaan ole mahdollista silloin, kun rikoksen välitön tekijä on rikosoikeudellisesti täysin vastuullinen henkilö eli kun välitön tekijä toimii tahallisesti, oikeudenvastaisesti ja syyllisyyttä ilmentävästi. Tämä selviää yksiselitteisesti jo RL 5:4:n sanamuodosta. RL 5:4:n mukaan välillisenä tekijänä voidaan tuomita ainoastaan se, ”joka on tehnyt tahallisen rikoksen käyttäen välikappaleena toista, jota ei voida rangaista siitä rikoksesta syyntakeettomuuden tai tahallisuuden puuttumisen vuoksi taikka muusta rikosoikeudellisen vastuun edellytyksiin liittyvästä syyistä”.

Seurauksena on, ettei organisatorisen teonherruuden doktriini ole sovitettavissa yhteen rikoslain sanamuodon kanssa, eikä sitä sen vuoksi voida suoraan soveltaa Suomessa. Koska välillinen tekeminen ei lähtökohtaisesti tule kyseeseen osallisuusmuotona silloin, kun rikoksen toteuttamiseen on osallistunut henkilöitä, joiden merkitys rajoittuu rikoksen valmisteluun tai sitä edeltäneisiin vaiheisiin, osallisuusopillisesti ainoa keino ulottaa tekijävastuu kyseisiin henkilöihin on rikoskumppanuus. Jos ratkaisua haetaan varsinaisen osallisuusopin ulkopuolelta, mahdollista on myös säätää kokonaan uudesta kriminalisoinnista, joka kattaa kyseisten henkilöiden menettelyn. Jälkimmäistä vaihtoehtoa ei kuitenkaan käsitellä tässä tutkimuksessa laajemmin.

De lege ferenda -näkökulmasta voidaan korostaa *Roxinin* teoriaan ja organisatoriseen teonherruuteen liittyviä etuja verrattuna siihen, että tekijävastuu pyritään ulottamaan rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen osallistumattomiin henkilöihin rikoskumppanuuden avulla. Ensinnäkin jos tilanteet pyritään hallitsemaan organisatorisen teonherruuden tai vastaavan doktriinin avulla, rikoskumppanuuden edellytyksistä ja sitä myöten myös osallisuusmuodon soveltamisalasta tulee nykyistä selkeämpiä. Toiseksi erillisen doktriinin puolesta puhuu se seikka, ettei rikoskumppanuus läheskään aina vastaa osallisen menettelyn luonnetta.

Erityisesti järjestäytyneelle rikollisuudelle tyypillisissä tilanteissa, joissa organisaation johto antaa käskyn rikoksen tekemisestä ja käskyn toteuttavat organisaation jäsenet, rikoskumppanuus ei näytä optimaalisesti vastaavan menettelyn luonnetta. Rikoskumppanuuteen on perinteisesti katsottu liittyvän tietynlainen tasa-arvoisuus, joka vallitsee kaikkien rikoskumppanien välillä. On hyvin vaikea puhua minkäänlaisesta tasa-arvoisuudesta silloin, kun käsky rikoksen tekemisestä annetaan ylemmältä tasolta organisaatiossa. Tällaisessa tilanteessa käskyn antaneen ja sen toteuttaneen tahon välinen suhde on luonteeltaan pikemminkin vertikaalinen kuin horisontaalinen, mikä on tyypillistä juuri välilliselle tekemiselle eikä rikoskumppanuudelle.

Lähtökohtaisesti tilanteet, joissa tekijävastuu on kriminaalipoliittisesti perusteltua ulottaa myös henkilöihin, joiden merkitys rikoksen toteutumisessa rajoittuu rikoksen valmisteluun tai sitä edeltäneisiin vaiheisiin, on suomalaisessa doktriinissa siten edelleen käsiteltävä rikoskumppanuuden piirissä. Sen vuoksi *Roxinin* kehittämiä rajanvetokriteereitä voidaan suomalaisessa doktriinissa

hyödyntää ainoastaan välillisesti, kun arvioidaan rikoskumppanuuden täyttymistä.

Objektiivisessa suhteessa *Roxin* asettaa organisatoriselle teonherruudelle seuraavat kolme edellytystä, joiden kaikkien on oltava olemassa, jotta kyse olisi organisatorisesta teonherruudesta:

- 1) Takamiehen on oltava sellaisessa asemassa organisaatiossa, että hän voi antaa määräyksen rikoksen tekemisestä ja että määräyksen seurauksena takamies voi laskea sen varaan, että joku organisaatiossa tekee määräyksen mukaisen rikoksen;
- 2) organisaation on oltava rakennettu niin, ettei rikoksen toteutuminen ole riippuvainen rikoksen välittömästi tekevästä välimiehestä vaan välimiehen on oltava vaihdettavissa toiseen organisaation sisällä ilman, että rikoksen toteutuminen vaarantuu (ns. korvattavuuden edellytys);
- 3) organisaation on oltava oikeusjärjestyksestä irrallinen.

Rikosoikeustieteessä on kuitenkin kritisoitu etenkin edellytyksistä viimeistä. Teoreettisesta näkökulmasta kritiikin kärki kohdistuu ennen kaikkea siihen, miten *Roxin* ymmärtää organisaation irrallisuuden oikeusjärjestyksestä sekä erityisesti jakoon valtiollisten ja ei-valtiollisten organisaatioiden välillä ja sen epämääräisyyteen. Toisaalta on kyseenalaistettu, onko organisatorisen teonherruuden olemassaoloa edes tarpeellista kytkeä siihen, onko kyse oikeusjärjestyksestä irrallisesta organisaatiosta vai ei. Puhtaasti käytännöllisestä näkökulmasta edellytykseen liittyy myös vaara organisatorisen teonherruuden soveltamisalan rajoittumisesta pelkkiin diktaattoritapauksiin. Vaikka organisatorisessa teonherruudessa tekijävastuu perustuu takamiehen asemaan organisaatiossa ja organisaation toimintamalliin, näkemykseni mukaan erilliselle organisaation oikeusjärjestyksestä irrallisuuden edellytykselle ei ole tarvetta.

Sen sijaan kaksi muuta *Roxinin* organisatoriselle teonherruudelle asettamaa edellytystä ovat lähtökohtaisesti perusteltuja. *Roxinin* teoriassa nämä edellytykset kietoutuvat kuitenkin osittain yhteen: Takamiehen on oltava sellaisessa asemassa organisaatiossa, että hän voi antaa määräyksen rikoksen tekemisestä ja että määräyksen seurauksena takamies voi laskea sen varaan, että joku organisaatiossa tekee määräyksen mukaisen rikoksen. *Roxinin* mukaan edellytyksenä sille, että takamies voi laskea sen varaan, että joku organisaatiossa tekee määräyksen mukaisen rikoksen, on, että organisaatio on riittävän suuri. Riittävän suuri organisaatio on puolestaan silloin, kun rikoksen toteutuminen ei ole riippuvainen rikoksen välittömästi tekevästä välimiehestä. Näin on siinä tapauksessa, että rikoksen välittömästi tekevä välimies voidaan organisaatiossa tarvittaessa korvata.

Rikosoikeustieteessä myös tätä ns. korvattavuuden edellytystä on kritisoitu. Edellytyksen täyttymistä on arvioitava abstraktisti eikä konkreettisten teko-olosuhteiden perusteella, koska muutoin organisatorisen teonherruuden soveltamisala jää lähes olemattomaksi. Näkemykseni mukaan tästä ei kuitenkaan muodostu ongelmaa, koska organisatorisessa teonherruudessa on kyse rikoksen toteutumiseen johtavan tapahtumienkulun hallinnasta yleisellä tasolla.

Roxinin teoriassa organisatorinen teonherruus ei kuitenkaan perusta rikoskumppanuutta vaan välillisen tekijävastuun. Sen vuoksi edellytysten sisältö on muutettava vastaamaan suomalaista doktriinia. Rikoskumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon näkökulmasta edellytykset rinnastuvat seikkoihin, jotka otetaan huomioon, kun kokonaisharkinnan kriteerin täyttymistä arvioidaan. Kyse on seikoista, joiden olemassaolo objektiivisessa suhteessa perustaa rikoskumppanuuden osallisen menettelyn kokonaismerkityksen perusteella rikoksen toteutumiselle.

Rikoskumppanuuden ja avunannon välisen rajanvedon näkökulmasta edellytysten sisältö voidaan tiivistää seuraavasti:

- 1) Jos osallinen on sellaisessa asemassa useamman henkilön muodostamassa ryhmässä, että hän voi antaa määräyksen rikoksen tekemisestä ja että määräyksen seurauksena osallinen voi laskea sen varaan, että joku ryhmässä tekee määräyksen mukaisen rikoksen;

ja

- 2) jos ryhmä on rakenteeltaan sellainen, ettei rikoksen toteutuminen ole riippuvainen rikoksen välittömästi tekevästä vaan hänet voidaan tarvittaessa korvata toisella, joka tekee määräyksen mukaisen rikoksen;

määräyksen antanutta osallista on pidettävä rikoksen välittömästi tehneen henkilön rikoskumppanina edellyttäen, että rikoskumppanuuden subjektiiviset edellytykset täyttyvät.

6 Tahallisuus ja yhteisymmärrys

6.1 TAHALLISUUDEN JA YHTEISYMMÄRRYKSEN SUHDE

Rikostunnusmerkistöistä voidaan erottaa objektiivinen ja subjektiivinen puoli. Objektiivisella puolella viitataan tunnusmerkistön objektiivisiin tunnusmerkkeihin. Objektiiviset tunnusmerkit muodostavat kriminalisoidun menettelyn ulkoisen kuvauksen hyvin yleisellä tasolla. Subjektiivisella puolella viitataan tunnusmerkistön subjektiivisiin tunnusmerkkeihin. Subjektiiviset tunnusmerkit asettavat tunnusmerkistökohtaisen vaatimuksen tekijän mieltämiselle ja suhtautumiselle objektiivisten tunnusmerkkien kuvaamaan menettelyyn. Tahallisuuna rangaistavissa rikoksissa subjektiivinen puoli käsittää tunnusmerkistöön liittyvän tahallisuusvaatimuksen.

Rikoksumppanuus edellyttää tahallisuutta. Rikoksumppanuudessa subjektiivinen puoli ei kuitenkaan tyhjenny pelkästään siihen liittyvään tahallisuusvaatimukseen, vaan se käsittää myös vaatimuksen osallisten välillä vallitsevasta yhteisymmärryksestä tehdä rikos yhdessä. Rikosoikeustieteessä on toistaiseksi kuitenkin kiinnitetty varsin vähän huomiota yhteisymmärryksen sisältöön ja sen suhteeseen rikoksumppanuuteen liittyvään tahallisuusvaatimukseen. Kyse on merkittävästä puutteesta osallisuusopissa, kun huomioidaan, kuinka olenaisesti vaatimus osallisten välillä vallitsevasta yhteisymmärryksestä määrittää rikoksumppanuuden soveltamisalaa.

Tahallisuus kiteytyy tietoiseen rikosentekopäätökseen. Kyse on päätöksestä ryhtyä tai olla ryhtymättä tekoon, joka täyttää rikoksen tunnusmerkistön. Sanottu pätee lähtökohtaisesti myös rikoksumppanuuden yhteydessä.¹ Erona välittömään yksin tekemiseen on, että rikoksumppanuudessa useammat ovat tehneet rikosentekopäätöksen yhdessä. Yhteisessä rikosentekopäätöksessä on kyse siitä, että jokaisen rikoksumppanin tahallisuus suuntautuu rikoksen tunnusmerkistön kattamaan menettelyyn ja mahdollisesti tunnusmerkistöön liittyvän seurauksen aiheuttamiseen rikoksumppanien yhteistyön tuloksena.²

Jos tahallisuus kiteytyy tietoiseen rikosentekopäätökseen, yhteisymmärrys kiteytyy rikoksumppanien yhteiseen tietoiseen rikosentekopäätökseen; yhteiseen rikossuunnitelmaan.³ Yhteisymmärrystä voidaankin kuvata kognitiiviseksi

¹ *Seher* 2009 s. 4.

² *Honkasalo* 1967 s. 211 ja *Seher* 2009 s. 4.

³ *Heine – Weißer* 2014 s. 500; *Otto* 1987 s. 252 ja *Seher* 2009a s. 304.

tilaksi, joka saavutetaan osallisten välillä.⁴ Toisin kuin tahallisuus, joka on ennen kaikkea henkilökohtaista, yhteisymmärrys on luonteeltaan kollektiivista. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on kuitenkin katsottu, että myös yhteisymmärryksen on oltava tahallisuuden kattamaa.⁵ Mitä tämä oikeastaan tarkoittaa?

Näkemykseni mukaan rikoskumppanuudessa tahallisuuden kohteena ei ole ainoastaan osallisen oma käsitys tietyn rikoksen tekemisestä yhdessä muiden osallisten kanssa, vaan tahallisuuden kohteena on myös muilla osallisilla oleva käsitys kyseisen rikoksen tekemisestä yhdessä. Rikoskumppanin tahallisuuden on katettava ensinnäkin kaikki sen rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvat tunnusmerkit, jonka hän aikoo toteuttaa yhdessä rikoskumppaniensa kanssa.⁶ Toiseksi rikoskumppanin tahallisuuden on katettava se seikka, että hänen ja muiden rikoskumppanien välillä vallitsee yhteisymmärrys kyseisen rikoksen tekemisestä yhdessä. Toisin sanoen rikoskumppanin tahallisuuden on katettava se seikka, että myös muiden rikoskumppanien tahallisuus kattaa kaikki kyseisen rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvat tunnusmerkit sekä yhteisymmärryksen kyseisen rikoksen tekemisestä yhdessä.

Rikosoikeustieteessä on katsottu, ettei rikoskumppanuuden tahallisuusvaatimus kuitenkaan edellytä kovinkaan konkreettista kokonaisuukava rikoksen toteutumiseen johtavasta tapahtumienkulusta⁷; rikoskumppanin ei ole oltava selvillä kaikista muiden osallisten osatekojen yksityiskohdista.⁸ Tämä johtuu siitä, että tahallisuuden on katettava ainoastaan kaikki tunnusmerkistökiteijöiksi korotetut seikat. Sen sijaan tahallisuusvaatimukseen ei lähtökohtaisesti kuulu tieto esimerkiksi tekoajasta, -paikasta tai -tavasta. Rikoskumppanin tahallisuuden on katettava kyseiset seikat vain siinä tapauksessa, että ne on korotettu tunnusmerkistökiteijöiksi. Havainnollistan tätä ratkaisun KKO 1988:42 avulla.

Ratkaisussa A ja B olivat päättäneet tilata taksin, surmata sen kuljettajan sekä anastaa sen jälkeen auton ja kuljettajan rahat. Tällöin he olivat keskustelleet muun muassa surmaamispaikasta. Matkan aikana A oli pyytänyt taksi-autoilija C:tä pysäyttämään autonsa syrjäiselle paikalle ja ampumalla surmannut C:n. Ratkaisussa katsottiin toteen näytetyksi, että B oli yhdessä A:n kanssa suunnitellut taksin tilaamisen ja sen kuljettajan C:n surmaamisen. Sen vuoksi KKO katsoi A:n ja B:n välillä vallinneen yhteisymmärryksen C:n murhasta.

Murhan erottaa taposta ennen kaikkea tekotapa: murha on tappo, joka on tehty vakaasti harkiten tai erityisen raa'alla tai julmalla tavalla ja joka on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Sen vuoksi murhan tunnusmerkistössä rikoskumppanin on oltava tietoinen ainakin jossain määrin myös te-

⁴ Näin *Frände* 2012 s. 244.

⁵ *Nuutila* 1997 s. 341 ja *Vanhanen* 2004 s. 21–22.

⁶ *Seher* 2009a s. 305 ja *Rengier* 2010 s. 285.

⁷ *Nuutila* 1997 s. 341–342 ja *Vanhanen* 2004 s. 20–21.

⁸ *Kindhäuser* 2013 s. 354 ja *Otto* 1987 s. 252.

kotavasta; siitä, miten rikos aiotaan toteuttaa. Periaatteessa myös paikkaa ja aikaa koskevalla tiedolla voi olla merkitystä murhan tunnusmerkistössä, koska yksi kvalifointiperusteista koskee vakavan yleisen vaaran aiheuttamista. Ratkaisussa KKO 1988:42 lopullinen tekotapa on näyttänyt jäävän A:n päätettäväksi, jolloin yhteisymmärrys ei välttämättä ole ulottunut ”erityisen raa’alla tai julmalla tavalla”-kvalifointiperusteeseen. Näkemykseni mukaan yhteisymmärryksen on sen sijaan tulkittu vallitsevan teon tekemisestä vakaasti harkiten.

Tulkitsen, että yhteisymmärryksessä on kyse rikoskumppanuuteen liittyvästä laajennetusta tahallisuusvaatimuksesta; yhteisymmärrystä koskevan tunnusmerkin vuoksi rikoskumppanin tahallisuusvaatimuksesta muodostuu laajempi kuin välittömän yksin tekijän. Tahallisuusteoreettisesti yhteisymmärrystä voidaan luonnehtia rikoskumppanuudelle ominaiseksi subjektiivis-objektiiviseksi tunnusmerkiksi. Se käsittää paitsi rikoskumppanin oman käsityksen tietyn tahallisen rikoksen tekemisestä yhdessä myös muilla rikoskumppaneilla olevan käsityksen kyseisen tahallisen rikoksen tekemisestä yhdessä.

Tahallisuuden ja yhteisymmärryksen suhteesta myös seuraa, miksi rikoskumppanuus ei ole mahdollista tuottamuksellisissa rikoksissa. Rikoskumppanuuden edellytyksenä on, että kunkin rikoskumppanin tahallisuus kattaa sen seikan, että hänen toimintansa yhdessä muiden rikoskumppanien kanssa kokonaisuutena täyttää tietyn rikoksen tunnusmerkistön. Tällainen tahallisuuden kattama yhteisymmärrys ei voi vallita tuottamuksellisissa rikoksissa.

6.2 YHTEISYMMÄRRYKSEN TUNNUSMERKILLINEN LUONNE JA SIIHEN LIITTYVÄ TAHALLISUUSVAATIMUS?

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä tahallisuuden ja yhteisymmärryksen suhdetta on tavattu kuvata seuraavalla tavalla: rikoskumppanuudessa on kyse osallisten tietoisesta ja halutusta yhteistoiminnasta, joka tähtää rikoksen tekemiseen yhdessä muiden osallisten kanssa yhteisen suunnitelman mukaisesti.⁹ Myös kotoisessa rikosoikeustieteessä on esitetty, että ”yhteisymmärrys ilmentää intentionaalista ykseyttä rikoskumppanien välillä tehdä rikos yhdessä”.¹⁰ Useimmiten rikoskumppanuus lieneekin tarkoituksellista toimintaa. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on kuitenkin vakiintuneesti katsottu, että yhteisymmärrys käsittää ainoastaan tietoisuuden oman toiminnan liittymisestä muiden rikos-

⁹ Heinrich 2014 s. 531; Otto 1987 s. 252; Roxin 2003 s. 78 ja Wessels – Beulke – Satzger 2013 s. 205. Rikoskumppanuuden tahallisuusvaatimuksen yhteydessä käytetään ilmaisua ”bewusstes und gewolltes Zusammenwirken”.

¹⁰ Näin Vanhanen 2004 s. 21. Ks. myös Lahti 1975 s. 61–63.

kumppanien kanssa tietyn tunnusmerkistön toteuttavaksi kokonaisuudeksi.¹¹ Tahallisuus suhteessa yhteisymmärrykseen ei siten sisällä voluntatiivista elementtiä tai korotettua tahallisuusvaatimusta, vaan tahallisuuden alimman asteen on katsottava riittävän.¹²

Rikoslain 3:6:n perusteella on selvää, että tahallisuuden alin aste määräytyy todennäköisyystahallisuuden perusteella suhteessa tunnusmerkistöön liittyvän seurauksen aiheuttamiseen. Kuten jo aikaisemmin on tullut ilmi, tahallisuudesta suhteessa tunnusmerkistöön liittyvien olosuhteiden ja muiden seikkojen käsillä oloon säädetään välillisesti RL 4:1:n tunnusmerkistöerehdysäännöksessä. RL 4:1 ei käytännössä jätä oikeustieteelle ja -käytännölle liikkumavaraa olosuhdetahallisuuden alarajan määrittämisessä. Tässä tutkimuksessa katsotaankin, että keskustelu olosuhdetahallisuuden alarajasta on päättynyt ja että olosuhdetahallisuuden alaraja määräytyy kaikki tunnusmerkistöt kattavasti todennäköisyystahallisuuden mukaan.¹³

Koska sekä seuraus- että olosuhdetahallisuuden alaraja määräytyy todennäköisyystahallisuuden mukaan, puhtaasti lainkäyttäjän näkökulmasta tarkasteltuna ei ole enää yhtä tärkeää pystyä erottamaan, milloin kyse on seuraustunnusmerkistä ja milloin taas olosuhdetunnusmerkistä. Tästä huolimatta rikosoikeusteoreettisesti on edelleen pystyttävä määrittämään, rinnastuuko yhteisymmärrys tunnusmerkistölliseltä luonteeltaan seuraukseen vai olosuhteeseen.

Rikoskumppanuudessa rikoksen toteutuminen rikoskumppanien yhteistoinnin tuloksena on periaatteessa mahdollista hahmottaa rikoskumppanuuden seuraukseksi. Yhteisymmärrys ei tunnusmerkistölliseltä luonteeltaan kuitenkaan varsinaisesti rinnastu seuraukseen. Yhteisymmärrys käsittää toisaalta osallisen oman tietoisuuden tietyn tahallisen rikoksen tekemisestä yhdessä muiden kanssa sekä toisaalta myös muilla osallisilla olevan käsityksen kyseisen tahallisen rikoksen tekemisestä yhdessä muiden kanssa. Tällainen kahtaalle kohdistuva tietoisuus on rinnastettavissa vain olosuhteeseen tai muuhun seikkaan.

Mitä tästä seuraa rikoskumppanuuden tahallisuusarvioinnin kannalta? Ensinnäkin rikoskumppanin tahallisuuden on katettava se erityisen osan tunnusmerkistö, jonka hänen on määrä toteuttaa rikoskumppaniensa kanssa. Vaikka rikoskumppanin ei ole välittömän yksin tekijän tapaan toteutettava kaikkia erityisen osan tunnusmerkistön objektiivisia tunnusmerkkejä, hänen tahallisuutensa on samaan tapaan kuin välittömän yksin tekijänkin katettava kaikki tunnusmerkistön tunnusmerkit. Ellei tunnusmerkistöön liity korotettua tahalli-

¹¹ Näin jo *Honkasalo* 1967 s. 211. Käytännössä samoin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 417. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 152.

¹² Näin myös *Frände* 2012 s. 244–245.

¹³ KKO ei kuitenkaan ole yleisten oppien uudistuksen jälkeisessä ratkaisukäytännössään ottanut nimenomaisesti kantaa olosuhdetahallisuuden alarajaan rikoskumppanuuden yhteydessä.

suusvaatimusta, riittää, että tekijä pitää tunnusmerkistöön liittyvän seurauksen aiheutumista ja tunnusmerkistön toteutumiseen liittyvien olosuhteiden ja muiden seikkojen käsillä oloa vähintään varsin todennäköisenä.

Rikoskumppanuuden erottaa välittömästi yksin tekemisestä se seikka, että rikos toteutuu useamman henkilön yhteistyön tuloksena. Sen vuoksi rikoskumppanin tahallisuuden on katettava myös tämä yhteisymmärryksen olemassaolo tietyn rikoksen tekemisestä yhdessä useamman kanssa. Toiseksi rikoskumppanin on pidettävä vähintään varsin todennäköisenä, että hänen oma toimintansa yhdessä muiden toiminnan kanssa toteuttaa tietyn rikoksen tunnusmerkistön.¹⁴ Rikoskumppanuudessa tahallisuuden kohteena ei ole kuitenkaan ainoastaan rikoskumppanin oma käsitys rikoksen tekemisestä yhdessä muiden osallisten kanssa, vaan tahallisuuden kohteena on myös muilla osallisilla oleva käsitys rikoksen tekemisestä yhdessä. Kolmanneksi rikoskumppanin on pidettävä varsin todennäköisenä, että muiden rikoskumppaneiden käsitys rikoksen tekemisestä yhdessä on yhtenevä hänen käsityksensä kanssa.

6.3 YHTEISYMMÄRRYS SEKÄ PERUSTAA ETTÄ RAJAA RIKOSKUMPPANIN VASTUUN

Rikoskumppanuudessa yhteisymmärryksellä on kaksi erilaista funktiota. Toisaalta vaatimus yhteisymmärryksestä perustaa rikoskumppanin tekijävastuun. Yhteisymmärryksen vuoksi rikoskumppani ei vastaa vain omasta menettelystään, vaan hän vastaa myös rikoskumppaniensa menettelystä.¹⁵ Osallisuusopillisesti juuri rikoskumppanien välillä vallitseva yhteisymmärrys tietyn rikoksen tekemisestä yhdessä muodostaa perustan sille, miksi rikoskumppanin tekijävastuu on mahdollista ulottaa myös sellaisiin erityisen osan tunnusmerkistöön kuuluviin objektiivisiin tunnusmerkkeihin, joita rikoskumppani ei henkilökohtaisesti toteuta mutta jotka joku hänen rikoskumppaneistaan toteuttaa.

Toisaalta vaatimus yhteisymmärryksestä myös rajaa kunkin rikoskumppanin tekijävastuun siihen, mistä yhteisymmärrys vallitsee.¹⁶ Yhteisymmärryksessä on kyse tiedollisesta yksimielisyydestä tietyn rikoksen tekemisestä yhdessä.¹⁷ Jos sitä ei ole olemassa, ei ole myöskään olemassa osallisuusopillista perustaa ulottaa rikoskumppanin tekijävastuuta sellaisiin erityisen osan tunnusmerkistöön kuuluviin objektiivisiin tunnusmerkkeihin, joita hän ei henkilökohtaisesti toteuta. Havainnollistan tätä ratkaisulla KKO 2011:103.¹⁸

¹⁴ Käytännössä samoin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 417.

¹⁵ *Nuutila* 1997 s. 340–341 ja *Vanhanen* 2004 s. 20. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 152.

¹⁶ *Nuutila* 1997 s. 340–341 ja *Vanhanen* 2004 s. 20. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 152.

¹⁷ *Heine – Weißer* 2014 s. 500; *Otto* 1987 s. 252 ja *Seher* 2009a s. 304.

¹⁸ Ks. myös KKO 2001:43, jossa B:tä vastaan ajettujen syytteiden teonkuvauksissa ei ollut mai-

Ratkaisussa syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta siitä, että tämä oli anastanut huoltoasemalta omaisuutta murtautumalla myymälätiloihin ikkunan rikkomalla ja ottamalla sieltä elintarvikkeita. Toteennäytetyksi katsottiin, että A oli ollut huoltoaseman luona tapahtumayönä. Koska A:n ei kuitenkaan ollut näytetty käyneen itse sisällä huoltamossa ja anastaneen sieltä omaisuutta ja koska syytteessä ei ollut väitettykään A:n toimineen yhdessä jonkun toisen kanssa, A:n rikosoikeudellista vastuuta ei voitu ulottaa rikoskumppanuuden perusteella sellaisiin tunnusmerkkeihin, joita A ei itse ollut täyttänyt. Sen vuoksi A:ta vastaan ajettu syyte varkaudesta hylättiin.

Yhteisymmärryksen funktio rikoskumppanien tekijävastuun rajaajana ilmenee erityisesti ns. osittaisen rikoskumppanuuden tilanteissa. Osittaisella rikoskumppanuudella viitataan rikosoikeustieteessä tilanteisiin, joissa rikoskumppanien yhteisymmärrys kattaa vain osan tekokokonaisuudesta. Kyse on tilanteista, joissa osalliset ovat päättäneet tietyn rikoksen tekemisestä yhdessä, mutta vähintään yksi osallisista tekee tahallisesti enemmän kuin yhteinen rikosentekopäätös kattaa.¹⁹ Yhteisymmärryksen vaatimuksesta seuraa, että osallinen, joka on tahallisesti tehnyt enemmän, kuin mistä osallisten kesken vallitsee yhteisymmärrys, vastaa menettelystään yhteisymmärryksen ylittävältä osalta välittömänä yksin tekijänä, kun taas muiden osallisten tekijävastuu rikoskumppaneina rajautuu siihen, mistä yhteisymmärrys vallitsee.²⁰ Osittaista rikoskumppanuutta voidaan havainnollistaa seuraavalla kuvitteellisella esimerkkitapauksella.

Oletetaan, että A, B ja C ovat yhteisen suunnitelman mukaisesti päättäneet murtautua sisään X:n omistamaan kartanoon, tiirikoida auki kartanossa olevan X:n kassakaapin ja tyhjentää kassakaapin kaikesta sen sisältämästä arvotavarasta. Työnjaon perusteella C hoitaa kartanon pääovien avaamisen, minkä jälkeen hän jää kartanon ulkopuolelle vahtiin. A ja B puolestaan menevät kartanoon sisälle avaamaan kassakaapin ja tyhjentämään sen arvotavarasta. Oletetaan lisäksi, että kaikki sujuu suunnitelman mukaisesti siihen asti, kunnes heidän on määrä poistua kartanosta anastamiensa arvotavaroiden kanssa.

Oletetaan nyt, että juuri kun A:n ja B:n on määrä poistua kartanosta ja tavata C sen ulkopuolella, A kaivaa esiin tupakansytyttimensä ja sytyttää kassakaappihuoneessa olevat verhot palamaan. Tulipalo leviää nopeasti vanhasa puukartanossa, joka tuhoutuu palossa täysin. Oletetaan vielä, että B:lle ja C:lle kartanon sytyttäminen tulee täytenä yllätyksenä, eikä se mitenkään kuulu yhteiseen tekosuunnitelmaan.

nittu, että B oli yhteisymmärryksessä A:n kanssa pahoinpidellyt X:ää aiheuttaen X:lle ruumiinvammoja, joista oli aiheutunut X:n kuolema. Tämän vuoksi B:tä ei voitu tuomita A:n tekijäkumppanina törkeästä pahoinpitelystä vaan ainoastaan siitä pahoinpitelystä, johon hänen katsottiin yksin syyllistyneen.

¹⁹ *Kühl* 2012 s. 782 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 208–209.

²⁰ On kuitenkin huomautettava, että tuottamuvastuu voi muiden osallisten kohdalla tulla kyseen sen siitä, mitä joku tekee tahallisesti omin päin.

Selvää on, että A:n, B:n ja C:n yhteisymmärrys kattaa taloon murtautumisen, kassakaapin tiirikoimisen auki sekä sen sisällön anastamisen. A, B ja C voidaan siten tuomita rikoskumppaneina tekijävastuuseen varkausrikoksesta. Rikoskumppanuus tekokokonaisuudesta on kuitenkin vain osittaista, koska A:n, B:n ja C:n välinen yhteisymmärrys ei ulotu kartanon tahalliseen syyttämiseen tuleen. Koska A:n menettely tältä osin ylittää sen, mistä on yhteisesti sovittu rikoskumppanien kesken, A vastaa kartanon syyttämisestä tuleen välittömänä yksin tekijänä.

Rikossuunnitelma voi luonnollisesti muuttua vielä rikoksen täytäntöönpanovaiheessakin. Jotta osallisen vastuu kattaisi rikoskumppanina myös suunnitelman muutokset, edellytetään, että yhteisymmärrys vallitsee myös suunnitelman muutoksesta. Mikäli uusi suunnitelma laajentaa osallisten vastuuta, edellytetään uutta kommunikaatiotapahtumaa²¹, jotta yhteisymmärrys kattaisi myös laajennetun suunnitelman.²² Kaikki muutokset eivät kuitenkaan ole sellaisia, että ne vaikuttaisivat rikoskumppanin vastuuseen. Jos muutos koskee seikkaa, jota ei ole korotettu tunnusmerkistötekijäksi, se on merkityksetön, koska rikoskumppanin tahallisuuden ei ole lähtökohtaisesti katettava sitä.

6.4 YHTEISYMMÄRRYKSEN SYNTYMISEN TAVAT

Lähtökohtaisesti yhteisymmärryksen syntytapaa ei ole rajoitettu; se voi syntyä niin suullisesti, kirjallisesti kuin konkludenttisestikin.²³ Yhteisymmärryksen voi rinnastaa rikoskumppanien kesken vallitsevaan sopimukseen siitä, mitä he ovat yhdessä tekemässä.²⁴ Tästä ei kuitenkaan seuraa, että yhteisymmärryksen syntymiseen voidaan suoraan soveltaa siviili- ja ennen kaikkea sopimusoikeudellisia periaatteita. Suomalaisessa rikosoikeustieteessä *Vanhanen* on kiinnittänyt huomiota ongelmiin, joita liittyy siviilioikeudellisen aineiston hyödyntämiseen määritettäessä, minkälaisia edellytyksiä yhteisymmärryksen syntymiselle asetetaan rikosoikeudessa ja osallisuusopissa.²⁵ Kysymys yhteisymmärryksen syntymisen edellytyksistä koskee erityisesti konkludenttisesti syntyvää yhteisymmärrystä, johon kaikista olennaisimmin liittyy vaara tekijävastuun alan hallitsemattomasta laajenemisesta syytetyin oikeusturvan kustannuksella.²⁶

²¹ Kommunikaatiotapahtumasta yhteisymmärryksen syntymisen edellytyksenä ks. alaluku 6.4.

²² Samansuuntaisesti *Heinrich* 2014 s. 533; *Geppert* 2011 s. 32 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 209.

²³ *Frände* 2012 s. 244 ja *Vanhanen* 2004 s. 20. Ks. myös *Kindhäuser* 2013 354; *Kühl* 2012 s. 783; *Otto* 1987 s. 252 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 205.

²⁴ Samansuuntaisesti *Frände* 2012 s. 244.

²⁵ Tästä *Vanhanen* 2004 s. 130 (erityisesti alaviite 385).

²⁶ Saksalaisen oikeuskäytännön kehitystä on leimannut konkludenttisen yhteisymmärryksen syntymiselle asetetuista edellytyksistä tinkiminen, mikä on johtanut rikoskumppanuuden alan laajenemiseen. Tästä ja kehityksen kritiikistä ks. *Puppe* 2007 s. 234–246.

Saksalaisessa keskustelussa *Puppe* on korostanut, että yhteisymmärryksen syntyminen edellyttää aina kommunikaatiotapahtumaa rikoskumppanien välillä. Kommunikaatiotapahtuman ei tarvitse olla kielellinen, vaan se voi muodostua myös muista merkeistä, jotka ilmaisevat yhteisymmärryksen syntyneen.²⁷ Selvää on, että silmänvinkkaus, päännyökkäys sekä erilaiset ennalta sovitut eleet ja salakieliset ilmaukset voivat tietyissä tilanteissa perustaa yhteisymmärryksen rikoskumppanien välillä.²⁸ Sen sijaan pelkkä hiljaisuus tai passiivisuus ei riitä koskaan synnyttämään yhteisymmärrystä.²⁹

Olennaista on, että kommunikaatiotapahtuma on pystyttävä tulkitsemaan tekosuunnitelmaksi tietyn rikoksen tekemisestä, jonka toteuttamiseen rikoskumppani on sitoutunut.³⁰ *Seher* puhuu kommunikatiivisesta vahvistuksesta rikoskumppanien välillä tehdä tietty rikos yhdessä yhteisymmärryksen syntymisen edellytyksenä, joka on pystyttävä oikeudenkäynnissä näyttämään toteen.³¹ Yhteisymmärryksen arvioinnissa ja toteennäyttämässä on lähtökohtaisesti tukeuduttava yleisiin kokemuslauseisiin osallisen menettelyn kommunikatiivisesta merkityksestä.³² Yhteisymmärryksen syntymiseen on otettu kantaa myös KKO:n ratkaisukäytännössä.

Ratkaisussa KKO 2009:47 metsän hakkuuta vastustaneet luontoaktivistit olivat hakkuun käynnissä ollessa oleskelleet hakkuualueella ja sen läheisyydessä. Kysymys oli mm. siitä, olivatko E ja P menettelyllään yhdessä V:n kanssa syyllistyneet metsälain 18 a §:ssä rangaistavaksi säädettyyn metsän hakkuun estämiseen. KKO:n mukaan hakkuualueella tapahtuva mielenosoittaminen ei sellaisenaan voi merkitä sitä, että paikalla olijoiden kesken vallitsisi tai syntyisi yhteisymmärrys myös niistä rangaistavista teoista, joihin joku osanottajista mielenosoituksen aikana mahdollisesti syyllistyy. Koska E ja P eivät olleet itse suorittaneet rikoksen täytäntöönpanotointa ja koska heidän ja täytäntöönpanotoimen suorittaneen V:n kesken ei vallinnut yhteisymmärrystä, E:n ja P:n menettelyä ei voitu arvioida rikoskumppanuutena.

Korkeimman oikeuden ratkaisu on yhtenevä rikosoikeustieteessä yhteisymmärryksen syntymiselle asetettujen edellytysten kanssa. KKO:n mukaan pelkkää hakkuualueella tapahtuvaa mielenosoittamista ei lähtökohtaisesti voida tulkita sellaiseksi kommunikaatiotapahtumaksi, joka synnyttäisi yhteisymmärryksen myös metsän hakkuun estämisestä.

²⁷ *Puppe* 2007 s. 238.

²⁸ Samoin *Seher* 2009a s. 305 (erityisesti alaviite 12) ja *Vanhanen* 2004 s. 130.

²⁹ *Heinrich* 2014 s. 533.

³⁰ *Puppe* 2007 s. 238.

³¹ *Seher* 2009a s. 305.

³² Käytännössä samoin *Vanhanen* 2004 s. 129.

Ratkaisussa KKO 1995:156 A ja B olivat tutustuneet vankilassa, jossa heillä oli ollut puhetta jonkinlaisen ”keikan” tekemisestä. Myöhemmin vankilasta ensin vapautunut A oli B:n vapauduttua hakenut tämän vankilasta kotiinsa ja luovuttanut siellä B:lle puukon ja kaksi kassia. Kolme päivää tämän jälkeen A oli lähtenyt B:n kanssa junalla B:n kotipaikkakunnalle Kouvolaan, jossa A ei ollut aiemmin käynyt. B oli kertonut A:lle, että hänen täytyi käydä Kouvolan sosiaalitoimistossa, josta hän saisi rahaa 3000–4000 markkaa.

Myöhemmin samana päivänä A ja B olivat ostaneet paluuliput Helsinkiin, mutta ennen junaan nousemista B oli ilmoittanut lähtevänsä vielä hoitamaan asioitaan. Tapahtumat olivat edenneet niin, että A oli jäänyt asemalle ja tavannut B:n vasta junassa sen jo lähdettyä. B oli puolestaan käynyt vielä ennen junan lähtöä ryöstämässä paikallisen STS-pankin konttorin. KKO katsoi, ettei A ollut osallistunut ryöstöön rikoskumppanina tai edes avunantajana.

Rikosoikeustieteessä on aikaisemmin korostettu, ettei pelkkä puukon ja kassin luovuttaminen riitä objektiivisessa suhteessa perustamaan rikoskumppanuutta ryöstöön.³³ Näkemykseni mukaan yhtä olennaista on korostaa, ettei rikoskumppanuuden subjektiivinen puoli täyty A:n osalta. Ratkaisussa pystyttiin näyttämään toteen, että A:lla ja B:llä oli ollut puhetta vankilassa ainoastaan jonkinlaisen rikoksen tekemisestä. Sitä, että kyse olisi ollut edes ryöstörikoksen tekemisestä, ei pystytty näyttämään toteen. Sitäkään ei pystytty näyttämään toteen, että matkan tarkoituksena olisi ollut ryöstön suunnittelu ja sen jälkeen ryöstön tekeminen. Pelkästään kassin ja puukon luovuttamista B:lle sekä sitä, että A oli liikkunut Kouvolassa B:n seurassa, ei voida tapauksen muut tosiseikat huomioon ottaen tulkita kommunikaatiotapahtumaksi, jonka perusteella A:n ja B:n välillä voitaisiin katsoa vallitsevan yhteisymmärrys tietyn rikoksen eli tässä tapauksessa ryöstön tekemisestä.

Esimerkkinä tilanteesta, jossa yhteisymmärryksen edellytysten täyttyminen on erittäin kyseenalaista, voidaan käyttää tapahtumienkulkua seuraavassa *Bundesgerichtshofin* ratkaisussa.³⁴

Ratkaisussa oli riidatonta, että B oli ampunut kuoliaaksi hänet pysäyttäneet poliisit. Ratkaisussa pystyttiin näyttämään toteen, että A oli luovuttanut B:lle ampuma-aseen ja rahaa. Aseen ja rahan luovuttaminen oli kuitenkin tapahtunut paljon ennen ampumisen tapahtumista. Lisäksi ne oli luovutettu muiden rikosten kuin puhtaiden henkirikosten tekemisestä varten. Ratkaisussa pystyttiin myös näyttämään toteen, että A oli oleskellut tekopaikkakunnalla teko-aikaan. Kyse saattoi kuitenkin olla pelkästä sattumasta. Sen sijaan ei pystytty näyttämään toteen mitään sellaista kommunikaatiotapahtumaa, jonka perusteella A:n ja B:n välillä olisi voitu katsoa vallinneen yhteisymmärrys poliisimiesten ampumisesta kiinnijäämisen uhatessa. Tästä huolimatta *Bundesgerichtshof* tuomitsi A:n ja B:n rikoskumppaneina.

³³ Nuutila 1997 s. 357.

³⁴ BGHSt 37, 289.

Puppe on kritisoinut ratkaisua siitä, että siinä yhteisymmärryksen olemassaolo on johdettu seikoista, jotka eivät suoranaisesti liity ratkaisussa käsitellyn rikoksen toteuttamiseen. Sellaista kommunikaatiotapahtumaa ei ole näytetty toteen, jonka perusteella yhteisymmärryksen voisi A:n osalta katsoa vallinneen poliisien ampumisesta.³⁵ *Bundesgerichtshofin* omaksuma kanta on omiaan johtamaan lopputulokseen, jossa aseiden luovuttaminen esimerkiksi ryöstörikoksen tekemistä varten perustaisi samalla yhteisymmärryksen myös aseilla mahdollisesti suoritettaviin kaikista vakavimpiin henkirikoksiin. Ryöstörikoksissa aseilla on kuitenkin olennainen funktio ryöstettävän mahdollisen vastarinnan murtamisessa, mikä perustuu aseisiin liittyvään pelotusvaikutukseen. Sama pelotusvaikutus liittyy osittain myös kiinnijäämistilanteisiin, joissa aseita voidaan käyttää esimerkiksi varoituslaukausten ampumiseen. Sen vuoksi johtopäätös siitä, että aseiden luovuttaminen esimerkiksi arvokuljetusauton ryöstön tekijöille automaattisesti ulottaisi osallisten yhteisymmärryksen kattamaan myös esimerkiksi aseilla mahdollisesti suoritettavat auton kuljettajiin sekä kiinniajaviin poliiseihin kohdistetut tapporikokset, vaikuttaa epäloogiselta.

6.5 YHTEISYMMÄRRYKSEN SYNTYMISEN AJANKOHTA

Rikoskumppanuus ei edellytä, että rikoskumppanit olisivat laatineet rikoksen tekosuunnitelman yhdessä. On täysin mahdollista, että yksi rikoskumppaneista on laatinut suunnitelman rikoksen tekemisestä ja muut liittyvät mukaan suunnitelmaan. Tällaisessa tilanteessa kyse on edelleen rikoskumppanien yhteisestä rikosentekopäätöksestä.³⁶ Rikosoikeustieteessä vakiintuneena kantana onkin, että yhteisymmärrys voi syntyä niin rikoksen valmistelu- ja yritys- kuin täytäntöönpanovaiheessakin.³⁷ Yhteisymmärryksen syntymiseen rikoksen tekemisestä liittyy kuitenkin tiettyjä rajoituksia.

Kuten on jo edellä käynyt ilmi, yhteisymmärryksen on oltava tahallisuuden kattamaa. Tahallisuuden täyttymistä arvioidaan puolestaan tekijän tekohetken mieltämisen mukaan; tahallisuudoktriiniin kuuluvan peittämisperiaatteen mukaan tekijän tahallisuuden tulee kattaa kaikki rikoksen objektiiviset tunnusmerkit tekohetkellä. Tekohetken jälkeen täydentyvä tahallisuus eli *dolus subsequens* ei ole rikosoikeudessa merkityksellinen. Koska yhteisymmärryksen on oltava tahallisuuden kattamaa ja tahallisuuden on täytyttävä tekohetkellä, yhteisymmärrys ei voi syntyä enää tekohetken jälkeen. *Nuutila* onkin todennut,

³⁵ *Puppe* 2007 s. 238.

³⁶ *Kühl* 2012 s. 783 ja *Seher* 2009a s. 306.

³⁷ *Kühl* 2012 s. 783; *Seher* 2009a s. 306; *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 417 ja *Vanhanen* 2004 s. 21. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 152.

ettei rikoskumppanuutta perusta se, että henkilö antaa jälkikäteisen siunauksensa kumppaninsa teolle.³⁸

Rikoskumppanuus eroaa välittömästi yksin tekemisestä siten, että rikoskumppanuudessa tekijöitä on useita. Välittömän yksin tekemisen yhteydessä tekohetki paikantuu ajankohdaksi, jolloin tekijä tekee rikoksen. Yritysopillisesti kyse on rikoksen täytäntöönpanotoimen aloittamisen ja lopettamisen välisestä ajasta.³⁹ Rikoskumppanuudessa sen sijaan rikoksen tekevät useammat yhdessä. Rikoksen tekeminen muodostuu siten kaikkien rikoskumppanien osatekojen summasta. Ongelmana on, että kaikkien rikoskumppanien osateko ei rinnastu rikoksen varsinaisen täytäntöönpanotoimen suorittamiseen. Riippuen siitä, millaisen teorian mukaan rajanveto rikoskumppanuuden ja avunannon välillä suoritetaan, osatekoa ei välttämättä suoriteta edes rikoksen täytäntöönpanovaiheessa, vaan se voidaan suorittaa myös rikoksen yritys- tai jopa valmisteluvaiheessa.

Rikoskumppanuudessa tekohetkiä näyttää siten olevan kaksi. Rikoksen varsinainen tekohetki on myös rikoskumppanuudessa rikoksen täytäntöönpanotoimen suorittamisen ja lopettamisen välinen ajankohta. Tämän lisäksi on olemassa jokaisen rikoskumppanin henkilökohtaisen osateon tekohetki. Yhteisymmärryksen syntymisen kannalta on olennaista, pitääkö yhteisymmärryksen olla olemassa jo silloin, kun rikoskumppani tekee oman osatekonsa vai riittääkö, että se syntyy vasta rikoksen varsinaisella tekohetkellä.

Jos korostetaan rikoskumppania yksilönä, yhteisymmärryksen on oltava olemassa jo silloin, kun rikoskumppani tekee oman osatekonsa, vaikka tämä tapahtuisi ennen rikoksen varsinaista täytäntöönpanovaihetta. Yksilökeskeinen tulkinta on tahallisuusteoreettisesti johdonmukainen. Rikoskumppanuudessa on kyse rikoksen tekemisestä tietoisesti yhdessä useamman kanssa. On vaikea puhua rikoksen tekemisestä tietoisesti yhdessä useamman kanssa, jos osallistelle selviää vasta oman osatekonsa jälkeen, että hän toimii yhdessä useamman kanssa. Tästä seuraa, että esimerkiksi edellisessä luvussa käsitellyssä *Bundesgerichtshofin* ratkaisussa A:n osalta yhteisymmärryksen olisi katettava tapporikoksen tekeminen jo sillä hetkellä, kun hän on luovuttanut ampuma-aseet ja rahaa B:lle.

Osallisuusopissa on tavattu puhua satunnaisesta rikoskumppanuudesta silloin, kun useammat ovat toisistaan tietämättä tehneet tahallisen rikoksen yhdessä. Koska satunnaisessa rikoskumppanuudessa osallisten välillä ei valitse yhteisymmärrystä rikoksen tekemisestä yhdessä, osallisuusopillisesti tilanteita on arvioitava välittömän yksin tekemisen perusteella. Kuten *Frände* huomauttaa, osallisuusopillisesti satunnaisessa rikoskumppanuudessa ei

³⁸ Nuutila 1997 s. 341. Ks. myös Vanhanen 2004 s. 21.

³⁹ Tästä tarkemmin ks. *Tapani* 2010 s. 43.

ole kyse lainkaan rikoskumppanuudesta.⁴⁰ On mahdollista ajatella, että tilanteessa, jossa osalliselle syntyy yhteisymmärrys rikoksen tekemisestä yhdessä useamman kanssa vasta sen jälkeen, kun hän on jo tehnyt oman osatekonsa, on kyse satunnaisen rikoskumppanuuden erityistapauksesta.

Yksilökeskeinen tulkinta on myös yhdenmukainen yllytyksen ja avunannon rangaistavuuden edellytysten kanssa. Selvää on, että varsinaiseen osallisuuden liittyvän tahallisuusvaatimuksen on täytyttävä yllytys- tai avunantohetkellä. Näin *Bundesgerichtshofin* ratkaisussa A:ta ei voitaisi tuomita yllytyksestä tai avunannosta tapporikoksen tekemiseen, ellei hän ole mieltänyt jo ampu-aseet ja rahan luovuttaessaan vähintään varsin todennäköiseksi mahdollisuudeksi sitä, että B tekee tapporikoksen. Lopputulos olisi osallisuusopillisesti eriskummallinen, jos varsinaiseen osallisuuteen liittyvä tahallisuusvaatimus ei voi täytyä enää sen jälkeen, kun varsinainen osallinen on tehnyt rikoksen toteutumiseen myötävaikuttavan tekonsa, mutta tekijävastuun perustavan rikoskumppanuuden tahallisuusvaatimus voi täytyä vielä sen jälkeenkin, kun rikoskumppani on jo tehnyt rikoksen toteutumiseen myötävaikuttavan osatekonsa.

Jos taas korostetaan rikoskumppaneita kollektiivina, yhteisymmärryksen on synnyttävä vasta rikoksen varsinaisella tekohekellä. Kollektiivinen tulkinta vastaa rikoskumppanuuden luonnetta rikoksen tekemisenä useamman henkilön yhteistoiminnan tuloksena. Kollektiivista tulkintaa puoltaa myös yritysoppi. Vallitsevana kantana on, että rikoskumppanuudessa yrityspiste saavutetaan jokaisen rikoskumppanin osalta kollektiivisesti jo siinä vaiheessa, kun rikoksen täytäntöönpano on aloitettu ja vaara rikoksen toteutumisesta on olemassa, eikä yksilöllisesti, erikseen jokaisen rikoskumppanin osalta vasta siinä vaiheessa, kun rikoskumppani tekee oman osatekonsa.⁴¹

Kollektiivinen tulkinta on myös kriminaalipoliittisesti perusteltu. Jos yhteisymmärryksen on oltava olemassa jo sillä hetkellä, kun rikoskumppani tekee oman osatekonsa, ei rikoskumppanuus voi laajeta kattamaan toimia, joista rikoskumppaneiden välille syntyy yhteisymmärrys vasta sen jälkeen, kun rikoskumppani on suorittanut oman osatekonsa. Tätä voidaan havainnollistaa tapahtumienkululla ratkaisussa KKO 1986 II 70.

Ratkaisussa A ja B olivat menneet 76-vuotiaan C:n luokse saadakseen tältä rahaa. C:n ilmoitettua, ettei hänellä ollut rahaa, A oli lyönyt C:tä nyrkillä kasvoihin ja C:n kaaduttua potkaissut häntä päähän. Tämän jälkeen B oli ryhtynyt kuristamaan C:tä kurkusta ja A oli siirtynyt etsimään asunnosta anastettavaa omaisuutta. Käydessään noutamassa C:n taskusta avaimia A oli havainnut, että B edelleen kuristi C:tä. C oli lopulta kuollut kuristamisen seurauksena.

⁴⁰ *Frände* 2012 s. 242 (alaviite 508).

⁴¹ *Kindhäuser* 2013 s. 356; *Kühl* 2012 s. 797; *Rengier* 2016 s. 312–313 ja *Vanhanen* 2004 s. 21.

Yksilökeskeisen tulkinnan mukaan A:ta ei voida tuomita rikoskumppanina tapporikoksesta, ellei A:n ja B:n välinen yhteisymmärrys ulottunut jo A:n osateon hetkellä tapporikoksen tekemiseen yhdessä. Jos esimerkiksi A:n ja B:n alkuperäisenä tarkoituksena oli ainoastaan ollut pahoinpidellä C ja jos A:lle on vasta oman osatekonsa tekemisen jälkeen selvinnyt, että C menehtyy menettelyn seurauksen, ei rikoskumppanuus tulisi kyseeseen tapporikoksesta. Kollektiivisen tulkinnan mukaan yhteisymmärrys tapporikoksen tekemisestä yhdessä on sen sijaan voinut syntyä vasta sen jälkeen, kun A on jo oman osatekonsa tehnyt.

Toinen olennainen kysymys liittyy siihen, missä vaiheessa rikoksen täytäntöönpanovaihetta yhteisymmärryksen on viimeistään synnyttävä, jotta se voi perustaa tekijävastuun rikoskumppanuuden perusteella kyseisestä rikoksesta. Rikosoikeustieteessä katsotaan vakiintuneesti, että yhteisymmärrys rikoksen tekemisestä voi syntyä vielä siinäkin vaiheessa, kun rikoksen täytäntöönpanotoimen suorittaminen on jo aloitettu.⁴² Tätä voidaan havainnollistaa seuraavalla kuvitteellisella esimerkkitapauksella.

Oletetaan, että A on päättänyt murtautua X:n kerrostaloasuntoon ja anastaa siellä olevan arvokkaan taulun. Oletetaan lisäksi, että A:n ollessa tiirikoimassa auki X:n asunnon oven lukkoa paikalle sattuu B. A ja B sopivat, että B auttaa A:ta oven tiirikoimisessa auki ja jää asunnon ulkopuolelle porraskäytävään pitämään vahtia sillä aikaa, kun A käy asunnossa sisällä anastamassa taulun. Se seikka, että A:n ja B:n välille syntyy yhteisymmärrys rikoksen tekemisestä yhdessä vasta rikoksen täytäntöönpanovaiheessa, ei estä B:n rikoskumppanuutta varkausrikokseen.

Myös ratkaisussa KKO 2008:18 käsiteltiin yhteisymmärryksen syntymistä.

Ratkaisussa Suomeen oli tuotu useana eri kertana suuret määrät savukkeita, joita ei ollut ilmoitettu tullille ja joista ei ollut määrätty tulleja ja veroja. M ja V olivat kuljettaneet Suomessa pakettiautoja, joihin laittomasti maahan tuodut savukkeet oli lastattu. M ja V eivät kuitenkaan olleet tuoneet savukkeita maahan, vaan savukkeet olivat jo Suomessa M:n ja V:n ryhtyessä osatekoonsa. Kysymys oli siitä, voitiinko M ja V tuomita rikoskumppaneina veropetoksista, jotka he olivat tehneet yhdessä savukkeet maahan tuoneiden henkilöiden kanssa.

Ongelmana ratkaisussa KKO 2008:18 ei varsinaisesti ollut yhteisymmärryksen syntymisen ajankohta. KKO katsoi, että M:n ja V:n oli myös täytyntä tietää, että he ovat osallisina toiminnassa, joka on koskenut tullin ja verojen välttämiseksi tapahtunutta laajaa savukkeiden laitonta maahantuontia ja edelleen myyntiä. Tulkitsen, että yhteisymmärryksen rikoksen tekemisestä yhdessä savukkeet maahan salakuljettaneiden kanssa katsottiin kiistatta olleen olemassa jo täytäntöönpanon alkaessa.

⁴² *Heinrich* 2014 s. 533; *Honkasalo* 1967 s. 212; *Kühl* 2012 s. 783; *Otto* 1987 s. 253 ja *Wessels – Beulke – Satzger* 2013 s. 205. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 152.

Ongelmana ratkaisussa oli sen sijaan, että lähtökohtaisesti M:n ja V:n osateko näyttää olevan suoritettu veropetoksen tunnusmerkistön täyttymisen jälkeen. KKO kuitenkin katsoi, ettei kyseisessä tilanteessa veropetoksen tunnusmerkistön voitu katsoa täyttyneen vielä siinä vaiheessa, kun savukkeet oli tuotu maahan. Sen vuoksi M:n ja V:n osateko ei ollut suoritettu rikoksen jo täytyttyä. Siten M ja V olivat yhteisymmärryksessä tuntemattomaksi jääneiden henkilöiden kanssa tuoneet Venäjältä Suomeen savukkeita ja syyllistyneet rikoskumppaneina veropetoksiin.

Rikoskumppanuus perustuu rikoskumppanien yhteiseen rikosentekopäätökseen tehdä tietty rikos yhdessä. Yhteinen rikoksen tekopäätös voi kuitenkin koskea vain tulevaisuuden tapahtumia. Sen sijaan se ei voi suuntautua menneisyyteen.⁴³ Sen vuoksi rikoksen täyttymisen jälkeen syntyvä yhteisymmärrys ei riitä perustamaan rikoskumppanuutta jo täytyneeseen rikokseen.⁴⁴

Oletetaan edelleen, että A on päättänyt murtautua X:n kerrostaloasuntoon ja anastaa siellä olevan arvokkaan taulun. Oletetaan lisäksi, että hän on jo onnistunut tiirikoimaan X:n asunnon takaoven auki ja hakemaan asunnosta taulun porraskäytävään. Oletetaan nyt, että paikalle sattuu C, joka auttaa A:ta kuljettamaan taulun kerrostalon ulkopuolella olevaan pakettiautoon. Koska varkausrikos on tähtynyt jo siinä vaiheessa, kun C liittyy mukaan rikoksen tekemiseen⁴⁵, kyse ei voi olla rikoskumppanuudesta suhteessa varkausrikokseen, vaikka A:n ja C:n välillä tässä vaiheessa syntyisikin yhteisymmärrys.⁴⁶

Rikosoikeustieteessä on myös esitetty, ettei yhteisymmärrys voi syntyä edes enää sen jälkeen, kun kaikki rikoksen täytäntöönpanotoimet on suoritettu. Toisin sanoen rikoskumppanuus on mahdollista ainoastaan rikoksen muodolliseen täyttymiseen asti.⁴⁷ Vaikka rikos ei siten olisikaan vielä aineellisesti tähtynyt, rikoskumppanuus ei ole enää mahdollista, jos yhteisymmärrys syntyy sen jälkeen, kun kaikki rikoksen täytäntöönpanotoimet on suoritettu ja sen myötä rikoksen täytäntöönpanovaihe päättyntä ja rikos tähtynyt muodollisesti. Tulkinna saattaa kuitenkin johtaa kriminaalipoliittisesti ongelmallisiin lopputuloksiin.

Oletetaan, että A on asentanut yön aikana pommin X:n auton alle. A:n tarkoituksena on, että pommi räjähtää X:n käynnistäessä auton aiheuttaen X:n kuoleman. Oletetaan nyt, että X:n puoliso B saa pommin asentamisen jälkeen tietoonsa, mitä A suunnittelee. Tietoisena siitä, että hän perii puolisonsa tämän kuoleman sattuessa B ottaa yhteyttä A:han ja ilmoittaa tälle var-

⁴³ *Seher* 2009a s. 306.

⁴⁴ *Kühl* 2012 s. 800–801; *Otto* 1987 s. 253 ja *Seher* 2009a s. 306–307. Ainoan poikkeuksen muodostavat jatkuvat rikokset.

⁴⁵ Ks. KKO 1975 II 70.

⁴⁶ Lähtökohtaisesti C:n menettely ei myöskään objektiivisessa suhteessa riittäisi perustamaan rikoskumppanuutta varkausrikoksesta.

⁴⁷ *Heinrich* 2014 s. 540.

mistavansa, että X lähtee aamulla töihin autolla eikä käytä tavalliseen tapaan julkisia kulkuneuvoja. B menettelyn johdosta X lähtee aamulla töihin autolleen sillä seurauksella, että auton alla oleva pommi räjähtää aiheuttaen X:n kuoleman.

Koska yhteisymmärrys A:n ja B:n välille on kuitenkin syntynyt vasta sen jälkeen, kun rikoksen varsinainen täytäntöönpanotoimi eli pommin asentaminen on suoritettu, rikos on muodollisesti täyttynyt ennen yhteisymmärryksen syntymistä, eikä rikoskumppanuus ole lähtökohtaisesti mahdollista. Rikoskumppanuus on mahdollista ainoastaan siinä tapauksessa, ettei tapporikoksen katsota tällaisessa tilanteessa poikkeuksellisesti vielä täyttyneen muodollisesti, jolloin rikoksen täytäntöönpanovaiheen voitaisiin tulkita ulottuvan ajallisesti vielä B:n menettelyyn.

Osa rikosoikeustieteilijöistä on myös halunnut rajoittaa yhteisymmärryksen syntymisen mahdollisuutta silloin, kun rikoksen täytäntöönpanovaihe on jo alkanut. Kotoisessa rikosoikeustieteessä *Honkasalo* on esittänyt, ettei rikoksen täytäntöönpanovaiheen aikana syntyvä yhteisymmärrys voi tehdä myöhemmin rikoksen tekemiseen liittyvää vastuunalaiseksi siitä, mitä aikaisemmin on tapahtunut, jos aikaisemmin tapahtuneella on oma rikosoikeudellinen merkityksensä.⁴⁸ Jos siis ennen yhteisymmärryksen syntymistä on jo suoritettu sellainen täytäntöönpanotoimi, joka yksinäänkin täyttää jonkin erityisen osan rikoksen tunnusmerkistön, rikoskumppanuus ei ole enää mahdollista suhteessa jo suoritettuun täytäntöönpanotoimeen. Tilanne liittyy ennen kaikkea yhdistettyihin rikoksiin.

Oletetaan, että A päättänyt ryöstää X:n. Oletetaan nyt, että A on jo ehtinyt mukiloida X:n tajuttomaksi, kun paikalle saapuu B. Tämän jälkeen A ja B yhdessä päättävät anastaa X:n taskusta tämän lompakon ja sekä kalliin älypuhelimien ja jakaa kukkarossa olevat ja älypuhelimien myynnistä saatavat rahat. Koska ryöstön tunnusmerkistön pahoinpitelyosan muodostava täytäntöönpanotoimi on jo suoritettu ryöstön siinä vaiheessa, kun B liittyy mukaan rikoksen tekemiseen, B:tä ei voida tuomita enää rikoskumppanina ryöstöstä vaan ainoastaan varkaudesta.

Rikoskumppanien välillä vallitseva yhteisymmärrys tietyn rikoksen tekemisestä yhdessä on rikoskumppanuuden ehdoton edellytys. Seurauksena osallinen, joka erkaantuu yhteisen rikoksen tekemisestä ennen rikoksen täytäntöönpanon aloittamista, ei voi olla rikoskumppani, koska yhteisymmärryksen on katsottava purkautuneen. Jos kuitenkin kyseisen rikoksen valmistelu on poikkeuksellisesti kriminalisoitu, osallinen voidaan erkaantumisestaan huolimatta tuomita rikoskumppanuuden perusteella jo yhdessä tehdyistä valmistelutoimista.⁴⁹ Jos

⁴⁸ *Honkasalo* 1967 s. 212. Samoin *Kühl* 2012 s. 801–802 ja *Seher* 2009a s. 306–307. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 152.

⁴⁹ *Kindhäuser* 2013 s. 354 ja *Kühl* 2012 s. 784.

taas osallinen erkaantuu täytäntöönpanon jo alettua, hän vastaa lähtökohtaisesti täytetystä rikoksesta.⁵⁰ Osallinen voi kuitenkin aina välttää rikosoikeudellisen vastuun, jos hän on poistanut oman toimintansa merkityksen rikoksen toteutumisesta.⁵¹

⁵⁰ *Kühl* 2012 s. 784.

⁵¹ Tästä *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 397–398.

7 Rajanvetomalli

7.1 VANHASSEN RAJANVETOMALLI

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä *Teemu Vanhanen* on luonnostellut rajanvetomallin, jonka perusteella rikoskumppanuus voidaan erottaa avunannosta. Vaikka *Vanhasen* rajanvetomalli on kehitetty silmällä pitäen väkivalta- ja varkausrikoksia ja niiden ominaispiirteitä, näkemykseni mukaan se tarjoaa kelvollisen peruslähtökohdan rikoskumppanuuden ja avunannon väliseen rajanvetoon myös yleisellä tasolla.¹ *Vanhasen* mallissa rajanveto rikoskumppanuuden ja avunannon välillä jaetaan kolmeen eri vaiheeseen.

(i) Ensimmäiseksi on tarkasteltava rikoksen toteutumiseen myötävaikuttaneen osallisen menettelyä rikoksen toteutumisessa, mikä voi muodostua yhdestä tai useammasta osateosta. Mikäli yksittäinen osateko voidaan luokitella rikoksen täytäntöönpanotoimeksi, kyse on rikoskumppanuudesta edellyttäen, että rikoskumppanuuden subjektiiviset edellytykset täyttyvät. Toisin sanoen objektiivisessa suhteessa osallisen osateon luokittelu täytäntöönpanotoimeksi riittää aina perustamaan rikoskumppanuuden. Täytäntöönpanotoimen käsitettä sekä täytäntöönpanovaihetta on ajallisesti tulkittava lähtökohtaisesti ahtaasti.²

(ii) Mikäli osallisen yksittäistä osatekoa ei voida luokitella rikoksen täytäntöönpanotoimeksi, osallisen menettelyä arvioidaan kokonaisuutena. Kokonaiharkinnassa otetaan huomioon kaikki osallisen osateot sekä niihin liittyvät olosuhteet ja yksityiskohdat. Toisin sanoen kyse on sen arvioinnista, onko osallisen menettely kokonaisuutena riittävän merkittävää perustamaan rikoskumppanuuden objektiivisessa suhteessa. *Vanhanen* tekee kokonaiharkinnan kriteeristä teoreettisen varaventiilin, jonka kautta rikoskumppanuus voi täytyä poikkeuksellisesti: oletuksena on, että menettelyssä on kyse avunannosta, mutta oletus voi kumoutua, kun osallisen menettelyä arvioidaan kokonaisuutena.³

(iii) Viimeisenä vaiheena rajanvetomallissa arvioidaan yhteisymmärryksen olemassaolo. Osallisen vastuu rikoskumppanina on mahdollista ulottaa vain sellaisiin muiden osallisten suorittamiin osatekoihin, joista osallisten välillä vallitsee yhteisymmärrys. Osallinen ei voi vastata rikoskumppanina niistä osateoista, joita osallinen ei ole itse suorittanut ja joista hänen ja osateon suorittaneen välillä ei vallitse yhteisymmärrystä.

¹ Samoin *Tapani – Tolvanen* 2013 s.

² *Vanhanen* 2004 s. 114–116.

³ *Vanhanen* 2004 s. 117–118.

Vanhasen rajanvetomalli rakentuu muodollis-objektiivisen osallisuusteorian pohjalle. Se tukeutuu objektiivisessa suhteessa täytäntöönpanotoimen käsitteeseen rikoskumppanuuden ensisijaisena edellytyksenä. Lähtökohta on perusteltu. Vaikka muodollis-objektiivinen teoria johtaa tietyissä tilanteissa kriminaalipoliittisesti kestävämpiin lopputuloksiin, useimmiten rikoskumppanuus on perusteltua rajata henkilöihin, jotka ovat suorittaneet rikoksen täytäntöönpanotoimen tai vähintäänkin osallistuneet täytäntöönpanotoimen suorittamiseen. Tukeutuminen täytäntöönpanotoimen käsitteeseen toimii myös puskurina rikoskumppanuuden soveltamisalan hallitsemattomalle laajentumiselle avunannon kustannuksella ja estää siten avunannon merkityksen näivettymistä osallisuusmuotona.

On kuitenkin kiistatta olemassa tilanteita, joissa tekijävastuu on moraalisesti ja kriminaalipoliittisesti perusteltua ulottaa myös henkilöön, joka ei millään tavalla osallistu rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanovaiheeseen. *Vanhasen* mallissa rikoskumppanuus on mahdollista ulottaa tällaiseen henkilöön rajanvedon toisessa vaiheessa, jossa rikoskumppanuuden täyttymistä arvioidaan aineellisesti objektiivisten kriteerien perusteella. Olennaista kuitenkin on, ettei tilanteita, joissa henkilö ei ole lainkaan osallistunut rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon, luokitella mallissa suoraan rikoskumppanuudeksi, vaan tämä voi tapahtua vasta mallin toisessa vaiheessa. *Vanhasen* rajanvetomallissa täytäntöönpanotoimeen osallistumisesta muodostuu siten rikoskumppanuuden ensisijainen edellytys, kun taas kokonaisharkinnan kriteeristä tulee rikoskumppanuuden toissijainen edellytys, jonka perusteella rikoskumppanuus voidaan poikkeuksellisesti ulottaa myös henkilöön, joka ei täytä rikoskumppanuuden ensisijaista edellytystä.

Kokonaisuutena *Vanhasen* rajanvetomalli on eräänlainen muodollis- ja aineellisesti objektiivisten osallisuusteorioiden synteesi. Mallin kahdessa ensimmäisessä vaiheessa rajanveto suoritetaan objektiivisten kriteerien perusteella. Kolmannessa vaiheessa keskitytään yksinomaan rikoskumppanuuden subjektiivisen aineksen, osallisten välillä vallitsevan yhteisymmärryksen arviointiin. Rajanvetomallin keskeisenä ideana on kiinnittää huomiota siihen, miten etäällä osallisen menettely on tunnusmerkistön täytäntöönpanotoimesta: mitä kauemmas täytäntöönpanotoimesta etäännyttään, sitä pienempi painoarvo osallisten menettelylle on annettava, kun arvioidaan rikoskumppanuuden täyttymistä.⁴

⁴ Näin *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 419.

7.2 RIKOLLISUUDEN MODERNIEN ILMENEMISMUOTOJEN RAJANVETOMALLILLE ASETTAMAT ERITYISVAATIMUKSET

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on katsottu modernia teonherruusoppia vastaavalla tavalla, että rikoskumppanuuden laajuuteen vaikuttaa aina rikostyyppi.⁵ Rikoskumppanuuden soveltamisalaa määrittää tunnusmerkistökohtaisesti kriminalisoinnin tarkoitus ja se, mitä oikeushyvää suojaamaan erityisen osan tunnusmerkistö on säädetty.⁶ Kriminalisoinnin tarkoitus ja sen taustalla vaikuttava oikeushyvä voivat kuitenkin vaikuttaa kahdella tavalla rikoskumppanuuden soveltamisalaan. Erityisen osan tunnusmerkistö voi olla luonteeltaan sellainen, että se rajoittaa rikoskumppanuuden soveltamisalaa.⁷

Tämän vuoksi omakätisissä rikoksissa rikoskumppanuuden soveltamisalasta muodostuu lähes olematon, koska niissä kriminalisoinnin suojaamaa oikeushyvää ei ole mahdollista loukata suorittamatta henkilökohtaisesti ja omakätisesti rikoksen täytäntöönpanotointa.⁸

Yksi *Vanhasen* tutkimuksen johtopäätöksistä puolestaan on, että väkivaltarikoksien luonteesta ja niiden taustalla vaikuttavasta oikeushyvästä seuraa, että täytäntöönpanotoimeen osallistumisesta tulee ehdoton rikoskumppanuuden edellytys: väkivaltarikoksien suojaaman oikeushyvän, hengen ja terveyden, ydintä ei ole mahdollista loukata osallistumatta rikoksen täytäntöönpanotoimen suorittamiseen. Toisin kuin varkausrikoksissa, väkivaltarikoksissa osallista ei voida pelkän kokonaisharkinnan kriteerin perusteella katsoa rikoskumppaniksi, jos osallinen ei ole millään tavalla osallistunut rikoksen täytäntöönpanotoimen toteuttamiseen.⁹

Vanhasen näkemys siitä, ettei väkivaltarikoksissa ole mahdollista loukata kriminalisoinnin taustalla vaikuttavaa oikeushyvän, useimmiten hengen ja terveyden, ydintä muutoin kuin osallistumalla rikoksen täytäntöönpanotoimeen, on kuitenkin ongelmallinen jäljempänä käsiteltävien organisatorisen rikoskumppanuuden tapausten näkökulmasta. Näkemykseni mukaan ei ole perusteltua rajata osallista, joka on antanut määräyksen väkivaltarikoksen tekemisestä esimerkiksi järjestäytyneen rikollisryhmän toiminnassa, automaattisesti pois rikoskumppanuuden piiristä, vaikka hän ei olisikaan osallistunut rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon.

Rikoskumppanuuden soveltamisalaan vaikuttaa kuitenkin myös rikoksen teko-tapa. Jo sosiaalinen todellisuus puhuu sen puolesta, että yksi tapa tehdä rikok-

⁵ Ks. esim. *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 422 ja *Vanhanen* 2004 s. 95 ja vrt. *Roxin* 2006a s. 127, 137 ja 327.

⁶ Samoin *Roxin* 2006a s. ja *Vanhanen* 2004 s. 92–94.

⁷ *Vanhanen* 2004 s. 95–96 katsoo, että erityisen osan tunnusmerkistön luonne voi ainoastaan rajoittaa rikoskumppanuuden soveltamisalaa.

⁸ Tästä tarkemmin ks. *Luoto* 2014 s. 45 ja 59–64.

⁹ *Vanhanen* 2004 s. 95–96, 122 ja 124.

sia modernissa yhteiskunnassa on, että henkilö käyttää rikoksen tekemisessä hyväkseen organisaatiota tai useammasta henkilöstä koostuvaa ryhmää, jonka piirissä rikos tehdään. Tällaisten tilanteiden kirjo on laaja, ja ne eroavat toisistaan niin mittakaavaltaan kuin yksityiskohdiltaan.

Kyse voi esimerkiksi olla viime aikoina ennen kaikkea kansainvälisessä oikeudessa paljon esillä olleista ja ongelmia tuottaneista tilanteista, joissa valtion poliittinen johtaja käyttää hyväkseen valtion toimielimiä ja valtiokoneistoja rikoksen tekemiseen.¹⁰ Toisaalta kyse voi olla järjestäytyneelle rikollisuudelle ominaisista tilanteista, joissa ryhmän johtaja tekee päätöksen rikoksen tekemisestä, mutta rikoksen tekevät muut ryhmän jäsenet. Kokonaan toisessa ääripäässä ovat taas yritys- ja liiketoiminnalle ominaiset tilanteet, joissa yrityksen johto on tehnyt päätöksen, jonka faktinen täytäntöönpano tapahtuu alemmilla portailla organisaatiossa.

Yhteistä tilanteille kuitenkin on, että niissä rikosentekopäätöksen tekee henkilö, joka ei useimmiten lainkaan osallistu rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon. Tästä huolimatta rikoksen toteutuminen riippuu kaikista olennaisimmin juuri hänestä. Modernin rikosoikeuden on tunnistettava kyseisen tekotapa sellaisena, joka voi perustaa tekijävastuun; tehokas oikeushyvien suoja edellyttää useimmissa tunnusmerkistöissä, että tekijävastuu on voitava ulottaa myös henkilöön, joka käyttää rikoksen tekemisessä hyväkseen organisaatiota tai useammasta henkilöstä koostuvaa ryhmää. Kyse on tavasta tehdä rikoksia, joka voi potentiaalisesti loukata kriminalisoinnin suojaamaa oikeushyvää.

Vaihtoehtona on toisaalta, että tekijävastuu ulotetaan kyseisiin tilanteisiin kriminalisoimalla menettely aina erikseen uudessa erityisen osan tunnusmerkistöissä. Näin on osittain jo tehtykin.¹¹ Voidaan kuitenkin kyseenalaistaa, onko uuden kriminalisoinnin säätäminen aina paras käytettävissä oleva vaihtoehto. Koska tilanteiden kirjo on laaja, se edellyttää joka tapauksessa useita, hyvin yksityiskohtaisia kriminalisointeja koko ongelman hallitsemiseksi. Lisäksi kyse on myös hitaasta tavasta reagoida ongelmaan, ja vaarana on, että lainsäädäntö seuraa askeleen tai kaksi rikollisuuden kehitystä perässä, mikä on omiaan johtamaan aukkoihin rangaistusvastuussa. Toinen vaihtoehto puolestaan on, että tekijävastuu ulotetaan kyseisiin tilanteisiin osallisuusopin keinoin. Näkemykseni mukaan on perusteltua, että tekijävastuu on osallisuusopin avulla mahdollista ulottaa tilanteisiin, joissa henkilö käyttää rikoksen tekemisessä hyväkseen organisaatiota tai useammasta henkilöstä koostuvaa ryhmää.

¹⁰ Tapausten tyyppipiirteistä ks. esim. *Heikkilä* 2013 s. 1–4, 18–20 ja 28–29. Saksalaisessa rikosoikeustieteessä kiinnostusta on erityisesti herättänyt Perun entisen presidentin Alberto Fujimorin vuonna 2009 saama tuomio, jossa perulainen tuomioistuimien tukeutu pitkälti organisatoriseen teonherruuteen ulottaessaan tekijävastuun Fujimoriin. Tästä laajemmin ks. esim. *Morozinis* 2010 s. 637–644 ja *Ambos* 2009 s. 552–564.

¹¹ Ks. erityisesti RL 17:1a:n järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistuminen.

Tekijävastuun perustavista osallisuusmuodoista rikoskumppanuus ei vangitse parhaalla mahdollisella tavalla tämän rikoksentekotavan ominaispiirteitä – pikemmin kyse on eräänlaisesta välillisen tekemisen muodosta. Suomalaisessa doktriinissa rikoskumppanuus on kuitenkin ainoa osallisuusmuoto, jonka perusteella tekijävastuu on mahdollista ulottaa henkilöön, joka tekee rikoksen käyttämällä hyväkseen useammasta henkilöstä koostuvaa ryhmää tai organisaatiota. Sen vuoksi tilanteita, joissa henkilö käyttää rikoksen tekemisessä hyväkseen organisaatiota tai vähintään useammasta henkilöstä koostuvaa ryhmää, on käsiteltävä rikoskumppanuuden piirissä. Erotuksena rikoskumppanuuden perinteisistä ilmenemismuodoista voidaan puhua organisatorisesta rikoskumppanuudesta.

7.3 ORGANISATORISEN RIKOSKUMPPANUUDEN TÄYTTYMINEN OBJEKTIIVISESSA SUHTEESSA

Organisatorisessa rikoskumppanuudessa on kyse tilanteista, joissa osallinen antaa määräyksen tai tekee päätöksen rikoksen tunnusmerkistön täyttävästä menettelystä, joka toteutetaan organisaation tai useammasta henkilöstä muodostuvan ryhmän toiminnassa. Objektiivisessä suhteessa osallisen menettelylle on organisatorisessa rikoskumppanuudessa asetettava kaksi edellytystä, joiden täytyessä menettelyä voidaan pitää kokonaisuutena arvioituna riittävän merkittävänä rikoksen toteutumiselle.

Ensinnäkin osallisen on oltava sellaisessa asemassa useamman henkilön muodostamassa ryhmässä, että hän voi antaa määräyksen tai tehdä päätöksen rikoksen tekemisestä ja että hän voi laskea sen varaan, että joku ryhmässä toteuttaa määräyksen tai päätöksen rikoksen tekemisestä. Aseman olemassaolo edellyttää vertikaalista suhdetta osallisen ja rikoksen toteuttavan tahon välillä, mutta kyseeseen tulevat myös muut kuin varsinaiset käskyvaltasuhteet.

Toiseksi ryhmän on oltava rakenteeltaan sellainen, ettei rikoksen toteutuminen yleisellä tasolla ole riippuvainen rikoksen välittömästi tekevästä. Rikoksen toteutuminen ei ole yleisellä tasolla riippuvainen rikoksen välittömästi tekevästä, jos hänet on abstraktisti arvioituna mahdollista korvata ryhmässä.

Molempien edellytysten täytyessä määräyksen antanutta tai päätöksen tehnyttä osallista on pidettävä rikoksen välittömästi tehneen henkilön rikoskumppanina edellyttäen, että rikoskumppanuuden subjektiiviset edellytykset täytyvät.

7.4 ORGANISATORISEN RIKOSKUMPPANUUDEN TÄYTTYMINEN SUBJEKTIIVISESSA SUHTEESSA

Rikoskumppanuus edellyttää tahallisuutta. Tahallisuuden on katettava myös rikoskumppanien välillä vallitseva yhteisymmärrys. Organisatorinen rikoskumppanuus perustuu määräyksen rikoksen tekemisestä antavan tai päätöksen siitä tekevän osallisen hierarkkisesti korkeampaan asemaan, joka hänellä on suhteessa rikoksen välittömästi tekevään henkilöön: hän tekee päätöksen rikoksen tekemisestä, ja rikoksen varsinaisesti toteuttava liittyy mukaan tähän päätökseen. Se seikka, että rikoksen varsinaisesti toteuttava panee täytäntöön osallisen määräyksen tai päätöksen, voidaan tulkita kommunikaatiotapahtumaksi, joka ilmaisee yhteisymmärryksen syntyneen rikoksen tekemisestä. Organisatorinen rikoskumppanuus edellyttää kuitenkin, että yhteisymmärrykselle annetaan laaja tulkinta: yhteisymmärrystä ei voida ymmärtää ilmiöksi, joka edellyttää rikoskumppanien tasa-arvoisuutta, vaan sen on katsottava voivan vallita myös hierarkkisesti eriarvoisten osallisten välillä.

Subjektiiivisessa suhteessa osallisen tahallisuudelle voidaan määrittää kolme kohdetta organisatorisessa rikoskumppanuudessa.

Ensinnäkin osallisen tahallisuuden on katettava sen rikoksen tunnusmerkistö kaikkine tunnusmerkkeineen, jonka toteuttamisesta hän on antanut määräyksen tai tehnyt päätöksen organisaation tai useammasta henkilöstä muodostuvan ryhmän toiminnassa.

Toiseksi osallisen on pidettävä vähintään varsin todennäköisenä, että määräyksen tai päätöksen seurauksena joku ryhmässä tekee kyseisen rikoksen.¹²

Kolmanneksi osallisen on pidettävä varsin todennäköisenä, että organisaatiossa tai ryhmässä rikoksen toteuttavalla henkilöllä oleva käsitys rikoksen tekemisestä on yhtenevä hänellä olevan käsityksen kanssa. Toisin sanoen rikoksen toteuttavan henkilön käsityksen rikoksen tekemisestä on vastattava osallisen antamaa määräystä tai tekemää päätöstä.¹³

Organisatorisessa rikoskumppanuudessa yhteisymmärrys kiteytyy määräykseen tai päätökseen rikoksen tekemisestä: se määrittää, mistä rikoksen tekemisestä päättävän tahon ja rikoksen varsinaisesta täytäntöönpanosta vastaavan tahon välillä vallitsee yhteisymmärrys. Selvää on, että useimmissa tilanteissa

¹² Lähtökohtaisesti rikoskumppanin on pidettävä vähintään varsin todennäköisenä, että hänen oma toimintansa yhdessä muiden toiminnan kanssa toteuttaa tietyt rikoksen tunnusmerkistön. Organisatorisessa rikoskumppanuudessa osallisen oma toiminta rajoittuu määräykseen tai päätökseen rikoksen tekemisestä. Rikoksen varsinaisesta tekemisestä vastaavat kokonaisuudessaan muut, jotka organisatorisessa rikoskumppanuudessa voidaan kuitenkin rinnastaa määräyksen antaneen tai päätöksen tehneen osallisen rikoskumppaneihin. Ks. ja vrt. luku 6.3.

¹³ Ks. ja vrt. luku 6.3.

määräyksen rikoksen tekemisestä antanut tai siitä päätöksen tehnyt osallinen on tietoinen siitä, mistä hän on antanut määräyksen tai mistä hän on päättänyt. Tahallisuusvaatimuksella voi kuitenkin organisatorisessa rikoskumppanuudessa olla vastuuta rajoittava vaikutus, jos organisaation tai ryhmän toiminnassa tehtävä rikos eroaa siitä, mistä on annettu määräys tai tehty päätös.¹⁴

Lähtökohtaisesti tahallisuuden alin aste riittää täyttämään rikoskumppanuuteen liittyvän tahallisuusvaatimuksen.¹⁵ Siten myös organisatorinen rikoskumppanuus edellyttää ainoastaan todennäköisyystahallisuutta vastaavaa mieltämisen tasoa. Suomalaisessa doktriinissa *Frände* on katsonut, että kokonaisarviointissa osallisen menettelyn merkityksestä rikoksen toteutumisel- le tulee ottaa huomioon myös subjektiiviset seikat.¹⁶ Osallisen tahallisuudella on syyllisyyttä ilmentävänä seikkana merkitystä rangaistuksen mittaamisessa. Suhtaudun kuitenkin varauksin siihen, että tahallisuuden aste voisi vaikuttaa osallisuusmuodon valintaan. Tahallisuuden aste, samoin kuin muut subjektiiviset seikat kuten osallisen motiivit, vaikuttavat ennen kaikkea rangaistuksen mit- taamisessa. Yhdyn *Vanhasen* näkemykseen siitä, ettei rikoskumppanuuden sub- jektiivisen puolen ylimääräytyminen voi korvata objektiivisen puolen vajetta.¹⁷ Tämä pätee myös organisatorisessa rikoskumppanuudessa: subjektiiviset seikat eivät voi kompensoida objektiivisten edellytysten täyttymättä jäämistä.

7.5 ORGANISATORISEN RIKOSKUMPPANUUDEN SOVELTAMISALA

Organisatorisen rikoskumppanuuden erottaa varsinaisesta osallisuudesta se, että siinä rikos tehdään korostuneesti käyttäen organisaatiota tai useammasta henkilöstä muodostuvaa ryhmää rikoksen tekovälineenä. Määräyksen rikoksen tekemisestä antavan tai siitä päätöksen tekevän osallisen asema organisaatiossa tai ryhmässä luo rikoksen varsinaisesti toteuttavalle paineen tehdä määräyksen tai päätöksen mukainen rikos. Organisaation tai ryhmän toimintamallin puit- teissa tapahtuva psyykinen vaikuttaminen erottaa sekä voimakkuudeltaan että moitittavuudeltaan organisatorisen rikoskumppanuuden sekä yllytyksestä että avunannosta.

¹⁴ Huomionarvoista on, ettei edes yllytys- tai avunantovastuu välttämättä tällaisessa tilanteessa tule kyseeseen, koska varsinaisen osallisen on oltava tietoinen rikoksesta, jonka päätekiä tekee: hänen tahallisuutensa on aina katettava kaikki sen erityisen osan tunnusmerkistön tunnusmerkit, jonka päätekiä toteuttaa.

¹⁵ Jos kuitenkin rikoskumppanien yhdessä tekemän rikoksen tunnusmerkistöön liittyy korotettu ta- hallisuusvaatimus, edellytetään korotettua tahallisuusvaatimusta vastaavaa tahallisuuden astetta.

¹⁶ *Frände* 2012 s. 246.

¹⁷ *Vanhanen* 2004 s. 116.

Välimiehen korvattavuus yleisellä tasolla puolestaan korostaa määräyksen antavan tai päätöksen tekvän osallisen asemaa rikoksen toteutumisessa: siinä tapauksessakin, ettei rikoksen varsinaisesti toteuttava tekisikään rikosta, hänet voidaan yleisellä tasolla korvata toisella, joka tekee rikoksen. Varsinaisessa osallisuudessa osallisen on etsittävä päätekijä, ja rikoksen toteutuminen jää lopullisesti riippumaan päätekijästä. Organisatorisessa rikoskumppanuudessa näin ei ole. Sen vuoksi organisaation tai ryhmän toimintamallin hyväksi käyttäminen rikoksen tekemisessä luo huomattavasti merkittävämmän uhan oikeushyvälle kuin yllytys tai avunanto.¹⁸

Kokonaisuutena organisatorisen rikoskumppanuuden oikeutus nojaa ennen kaikkea moraalisiin ja kriminaalipoliittisiin seikkoihin: organisatorisen rikoskumppanuuden tilanteissa määräyksen rikoksen tekemisestä antanutta tai siitä päätöksen tehnyttä osallista tulee kohdata vähintään samanlainen vastuu ja moite kuin rikoksen varsinaisesti tehnyttä välitöntä tekijääkin.¹⁹

Organisatorisen rikoskumppanuuden ensimmäisen tyyppitapauksen muodostavat tilanteet, joissa valtion poliittinen johtaja käyttää hyväkseen valtion toimielimiä tai valtiokoneistoa rikoksen tekemiseen. Kyse voi olla tilanteista, joissa rikos toteutetaan Hitlerin tai Stalinin kaltaisen diktaattorin määräyksestä. Kyseeseen voivat kuitenkin tulla myös tilanteet, joissa valtion organisaatiossa tai muussa toimielimessä johtavassa asemassa oleva henkilö antaa määräyksen rikoksen tekemisestä organisaation tai toimielimen toiminnassa. Selvimmän esimerkin tarjoavat puolustusvoimat.

Organisatorisen rikoskumppanuuden toisen tyyppitapauksen muodostaa järjestäytynyt rikollisuus. Organisatorinen rikoskumppanuus on ennen kaikkea keino ulottaa tekijävastuu järjestäytyneissä rikollisryhmissä johtavassa asemassa oleviin henkilöihin: henkilöihin, jotka ryhmässä päättävät rikoksen tekemisestä osallistumatta kuitenkaan itse rikoksen varsinaiseen täytäntöönpanoon. Sen sijaan organisatorisen rikoskumppanuuden avulla ei ole mahdollista ulottaa tekijävastuuta henkilöihin, joiden merkitys rikoksen toteutumisessa rajoittuu yksinomaan rikoksen suunnitteluun ja valmisteluun, elleivät he ole myös antaneet määräystä tai tehneet päätöstä rikoksen tekemisestä.²⁰

Organisatorisen rikoskumppanuuden kolmantena tyyppitapauksena voidaan pitää yritys- ja liiketoiminnassa tehtyjä rikoksia. Kyse on tilanteista, joissa johto tekee päätöksen rikoksen tunnusmerkistön täyttävästä menettelystä mutta päätöksen faktinen täytäntöönpano tapahtuu johtoa alemmilla portailla organisaatiossa. Suhtaudun kuitenkin varauksin organisatorisen rikoskumppanuuden

¹⁸ Tästä tarkemmin ks. *Roxin* 2012 s. 403 ja *Roxin* 2006a s. 713.

¹⁹ Näin *Rotsch* 2000 s. 520.

²⁰ Jos osallisen merkitys rikoksen toteutumisessa rajoittuu rikoksen suunnitteluun tai valmisteluun, rikoskumppanuus voi kuitenkin tulla kyseeseen, jos hänen menettelyään on kokonaisuutena arvioituna pidettävä riittävän merkittävänä rikoksen toteutumiselle.

soveltumiseen yritys- ja liiketoiminnassa tehtyihin rikoksiin. Ongelmana on ennen kaikkea, ettei yritys- ja liiketoiminnassa osallisella voi olla sellaista asemaa, että hän voisi laskea sen varaan, että päätös myös pannaan täytäntöön. Organisaation toimintamalli on sellainen, ettei psyykinen vaikutus täytäntöönpannaan ja rikoksen varsinaisesti toteuttavaan henkilöön ole yhtä voimakas kuin organisatorisen rikoskumppanuuden kahdessa muussa tyyppitapauksessa. Yritys- ja liiketoiminnassa lähtökohtana pikemminkin on, että henkilö jättää pane-matta täytäntöön päätöksen, jonka tietää olevan lainvastainen.²¹

7.6 YHTEENVETO

Rikoskumppanuuden ja avunannon välisessä rajanvedossa on ensimmäiseksi kiinnitettävä huomiota siihen, onko osallinen suorittanut rikoksen täytäntöönpanotoimen. Voidaan puhua täytäntöönpanotoimen kriteeristä. Jos osallisen menettely voidaan luokitella rikoksen täytäntöönpanotoimeksi, se riittää objektiivisessa suhteessa perustamaan rikoskumppanuuden. Jos osallisen menettelyä ei voida luokitella rikoksen täytäntöönpanotoimeksi, oletuksena on, että kyse voi korkeintaan olla avunannosta. Oletus voi kuitenkin kumoutua.

Toissijaisesti rikoskumppanuuden ja avunannon välisessä rajanvedossa on kiinnitettävä huomiota osallisen menettelyyn kokonaisuutena. Voidaan puhua kokonaisharkinnan kriteeristä. Kyse on sen arvioinnista, onko osallisen menettely kokonaisuutena riittävän merkittävää rikoksen toteutumiseksi. Kokonaisharkinnassa otetaan huomioon kaikki osallisen osateot sekä niihin liittyvät olosuhteet ja yksityiskohdat. Siinä ei kuitenkaan oteta huomioon osalliseen liittyviä subjektiivisia seikkoja, kuten tahallisuuden lajia tai motiiveja. Jos kokonaisharkinnan kriteeri täyttyy, osallisen menettely riittää objektiivisessa suhteessa perustamaan rikoskumppanuuden, vaikka sitä ei voidakaan luokitella rikoksen täytäntöönpanotoimeksi.

Lähtökohtaisesti kokonaisharkinnan kriteerissä on kyse varaventiilistä, jonka perusteella osallisen menettely voi poikkeuksellisesti riittää perustamaan objektiivisessa suhteessa rikoskumppanuuden. Käytännössä kuitenkin juuri kokonaisharkinnan kriteeri määrittää kaikista merkittävimmin rajanvetoa rikoskumppanuuden ja avunannon välillä. Rikollisuuden modernit ilmenemismuodot edellyttävät, että rikoskumppanuus on mahdollista ulottaa myös osalliseen, joka ei ole millään tavalla osallistunut rikoksen täytäntöönpanovaiheeseen. Sen vuoksi rajanvetoproblematiikka kiteytyy juuri kokonaisharkintaan ja sen edellytyksiin.

²¹ Näin myös *Roxin* 2003 s. 55.

Olen tässä luvussa täsmentänyt kokonaisharkinnan sisältöä ja edellytyksiä ns. organisatorisen rikoskumppanuuden tapauksissa. Kyse on tilanteista, joissa osallinen antaa määräyksen tai tekee päätöksen rikoksen tunnusmerkistön täytävistä menettelyistä, joka toteutetaan organisaation tai useammasta henkilöstä muodostuvan ryhmän toiminnassa. Tulkitseen, että organisatorisen rikoskumppanuuden tapauksissa osallisen menettely riittää objektiivisessa suhteessa perustamaan rikoskumppanuuden kahden edellytyksen täytyessä.

Ensinnäkin osallisen on oltava sellaisessa asemassa useamman henkilön muodostamassa ryhmässä, että hän voi antaa määräyksen tai tehdä päätöksen rikoksen tekemisestä ja että hän voi laskea sen varaan, että joku ryhmässä toteuttaa määräyksen tai päätöksen rikoksen tekemisestä. Toiseksi ryhmän on oltava rakenteeltaan sellainen, ettei rikoksen toteutuminen yleisellä tasolla ole riippuvainen rikoksen välittömästi tekevästä. Edellytysten täytyessä määräyksen antanutta tai päätöksen tehnyttä osallista on pidettävä rikoksen välittömästi tehneen henkilön rikoskumppanina edellyttäen, että rikoskumppanuuden subjektiiviset edellytykset täyttyvät.

Rikoskumppanuuden ja avunannon välisessä rajanvedossa on aina erikseen kiinnitettävä huomiota rikoskumppanuuden subjektiivisiin edellytyksiin. Tämä tarkoittaa sen arvioimista, täyttyykö rikoskumppanuuden tahallisuusvaatimus osallisen osalta. Tahallisuuden on katettava myös rikoskumppanien välillä vallitseva yhteisymmärrys. Jos rikoskumppanuuden tahallisuusvaatimus jää täyttymättä, osallista ei voida pitää rikoskumppanina, vaikka hänen menettelynsä riittäisikin perustamaan rikoskumppanuuden objektiivisessa suhteessa joko täytäntöönpanotoimen kriteerin tai kokonaisharkinnan kriteerin perusteella.

Rikoskumppanuuden subjektiivisten edellytysten täyttymistä ei kuitenkaan ole perusteltua lukita viimeiseksi vaiheeksi rikoskumppanuuden ja avunannon välisessä rajanvedossa, vaan se on perusteltua suorittaa prosessiekonomisesti mielekkäimmässä vaiheessa. Usein on selvää, että osalliset ovat toimineet tahallisesti ja yhteisymmärryksessä, ja rajanvetoproblematiikka kiteytyy yksinomaan kysymykseen, keiden kaikkien menettely riittää objektiivisessa suhteessa perustamaan rikoskumppanuuden. Tällaisessa tilanteessa subjektiivisten edellytysten täyttyminen on perusteltua selvittää heti ensimmäiseksi. Joskus taas voi olla selvää, ettei osallisen tahallisuus kata kaikkia toteutuneen rikoksen tunnusmerkkejä, jolloin rikoskumppanuus suhteessa kyseiseen tunnusmerkistöön on hänen osaltaan perusteltua sulkea heti pois.

Zusammenfassung

Lauri Luoto

DIE VORAUSSETZUNGEN DER STRAFBARKEIT DER BEIHILFE

In meiner Arbeit beschäftige ich mich mit den Voraussetzungen der Strafbarkeit der Beihilfe. Meine Untersuchung richtet sich daher auf die in Kapitel 5 des finnischen Strafgesetzbuches geregelten allgemeinen Lehren betreffend Täterschaft und Teilnahme. Meine Forschungsaufgabe besteht darin, die strafrechtstheoretische Grundlage der Beihilfe zu bestimmen, die derzeit in der finnischen Rechtslehre nur vage definiert ist. Außerdem ist es mein Ziel, dem Gesetzesanwender Argumentationshilfen zur Verfügung zu stellen, mit denen die Abgrenzung zwischen der Beihilfe und ähnlichen rechtlichen Kategorien erfolgen kann. Meine Forschungsaufgabe kann in vier Einheiten unterteilt werden.

Beihilfe stellt eine Erweiterung der strafrechtlichen Verantwortung dar, die über den eigentlichen Täter hinausgeht. Der erste Teil meiner Untersuchung zielt darauf ab, zu klären, auf welchen Aspekten der finnischen Lehre über Täterschaft und Teilnahme die Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortung auf den Gehilfen basiert. Zusammengefasst geht es darum, zu definieren, worauf das Unrecht der Beihilfe im finnischen System von Täterschaft und Teilnahme strafrechtstheoretisch ruht.

Ich stelle fest, dass es sich in der finnischen Rechtslehre bei der Beihilfe um eine eigenständige Verletzung eines Rechtsgutes handelt, welche allerdings immer durch das Verhalten des Haupttäters geschieht. Daher gibt es ohne das vom Haupttäter begangene Unrecht auch kein Unrecht des Verhaltens des Gehilfen. Auf diese Weise beruht das durch die Beihilfe ausgedrückte Unrecht auf der Tatsache, dass der Gehilfe mit seinem vorsätzlichen Verhalten das vorsätzliche Verhalten des Haupttäters befördert hat, so dass ein verbotenes Risiko der Vollendung der Straftat des Haupttäters geschaffen wurde.

In Finnland ist unumstritten, dass Akzessorietät, Kausalität und Vorsatz die theoretischen Grundbausteine der Beihilfe bilden. Diese bestimmen im Wesentlichen die Strafbarkeit der Beihilfe. Der genaue Inhalt von Akzessorietät, Kausalität und Vorsatz ist jedoch in der finnischen Rechtslehre unklar. Daher wird im zweiten Teil meiner Forschung untersucht, welche Voraussetzungen für die Strafbarkeit von Beihilfe aus Akzessorietät, Kausalität und Vorsatz resultieren.

In der finnischen Rechtslehre wird die quantitative Akzessorietät in ihrer leichtesten Form realisiert. Zusätzlich zu der vollendeten Straftat kann auch die versuchte oder vorbereitete Haupttat als Objekt der Teilnahme dienen, vorausgesetzt, dass auch diese Tatformen kriminalisiert sind. Die qualitative Akzessorietät setzt hinsichtlich der Haupttat Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit voraus, sowie zusätzlich, dass der Haupttäter schuldfähig oder zumindest vermindert schuldfähig ist. Qualitative Akzessorietät setzt allerdings nicht das Vorliegen anderer die Schuld des Haupttäters betreffende Elemente voraus.

Ich stelle fest, dass der Kausalzusammenhang der physischen und der der psychischen Beihilfe strafrechtstheoretisch nicht unterschiedlich behandelt werden kann. Daher ist die Kausalität sowohl der physischen als auch der psychischen Beihilfe nach der kausaltheoretischen Ansichtswiese als eine fördernde Kausalität zu verstehen. In der finnischen Rechtslehre ist mit der Beihilfe keine erhöhte Bedingung bezüglich des Vorsatzes verbunden. Der geringste Vorsatzgrad, d.h. Wahrscheinlichkeitsvorsatz, reicht grundsätzlich aus, um die Vorsatzvoraussetzung zu erfüllen. Der Beihilfevorsatz hat seinerseits zwei hauptsächliche Bestandteile, zum einen das Bewusstsein um den Beitrag des eigenen Verhaltens des Gehilfen zum Verhalten des Haupttäters, zum anderen das Bewusstsein um die Tatbestandsmerkmale der Straftat des Haupttäters.

In der finnischen Rechtslehre ist der unteren Grenze der Beihilfe bislang wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden. Dies betrifft die Kriterien, anhand derer die Beihilfe vollständig von solchen Verhaltensweisen, die zur Tat beitragen, ohne Täterschaft oder Teilnahme zu sein, abgegrenzt wird. Die Bedeutung der Abgrenzung zwischen der Beihilfe und Verhaltensweisen, die zur Tat beitragen, ohne Täterschaft oder Teilnahme zu sein, wird dadurch unterstrichen, dass es sich häufig zugleich um die Grenze zwischen strafrechtlich relevanten und anderen Verhaltensweisen handelt. Als dritter Teil meiner Untersuchung wird geklärt, wo die untere Grenze der Beihilfe liegt.

Meine Schlussfolgerung ist, dass Akzessorietät, Kausalität und Vorsatz den Bereich der zu bestrafenden Beihilfe nicht ausreichend beschränken. Daher muss die Strafbarkeit der Beihilfe an eine zusätzliche Bedingung geknüpft sein, die auf der objektiven Seite der Tatbestandsmerkmale einzuordnen ist. Hierbei handelt es sich um das sogenannte verbotene Risiko. Diese Bedingung bestimmt ganz wesentlich, ob Beihilfe vorliegt oder ob das Verhalten keine strafrechtliche Verantwortlichkeit zur Folge hat. Bei der Beihilfe handelt es sich somit um eine solche vorsätzliche und akzessorische Verhaltensweise des Gehilfen, die ein verbotenes Risiko der Vollendung der Straftat des Haupttäters geschaffen hat, und durch welche die Haupttat stetig bis zu ihrer Vollendung vorangetrieben worden ist.

Die Grenzziehung zwischen Beihilfe und Mittäterschaft wird in Finnland nicht nur als besonders wichtig, sondern auch als problematisch angesehen.

Aus strafrechtstheoretischer Sicht wird die Bedeutung der Grenzziehung zwischen Beihilfe und Mittäterschaft durch deren unterschiedliche Verwerflichkeit betont. Dies ergibt sich bereits aus Kapitel 6 § 8 des finnischen Strafgesetzbuches: Anders als ein Mittäter kann ein Gehilfe nur zu einer Haft- oder Geldstrafe, die maximal drei Viertel der gesetzlichen Höchststrafe entspricht, verurteilt werden. Aus rein praktischer Sicht wird die Bedeutung der Abgrenzung bereits durch deren Häufigkeit betont, denn Abgrenzungen zwischen Beihilfe und Mittäterschaft werden täglich von Gerichten vorgenommen. Im vierten Teil meiner Untersuchung wird der Frage nachgegangen, wie Beihilfe von der Mittäterschaft zu trennen ist. Es wird insbesondere darauf eingegangen, wie die Abgrenzung in Situationen, die für moderne organisierte Kriminalität üblich sind, vorgenommen wird. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen Personen, die zur Vollendung der Straftat wesentlich beigetragen haben, nicht an der eigentlichen Tatbegehung mitgewirkt haben.

In Finnland wird die Beihilfe von der Mittäterschaft mittels der materiell-objektiven Theorie abgegrenzt. Die Herausforderungen in der Abgrenzung kristallisieren sich in der Frage, wann aufgrund einer fallbezogenen Gesamtbewertung (Kriterium der Gesamtbewertung) eine Person, die nicht an der eigentlichen Tatbegehung beteiligt war, trotzdem als Mittäter angesehen werden kann. Ich plädiere dafür, dass vor allem in Fällen der organisierten Kriminalität es in Finnland möglich ist, die von Claus Roxin für die organisatorische Tatherrschaft geschaffenen Abgrenzungskriterien zu verwenden.

Der Finnische Juristenverein 2018
ISBN 978-951-855-374-1

Lähteet

- Aarnio, Aulis*: Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Juridica, Helsinki 1982.
- Aarnio, Aulis*: Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY, Helsinki 2006.
- Ambos, Kai*: Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze. Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1998 s. 226–245.
- Ambos, Kai*: Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 11/2009 s. 552–564.
- Ambos, Kai*: Zur "Organisation" bei der Organisationsherrschaft. Teoksesta Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 (toim. *Manfred Heinrich et al.*). De Gruyter, Berlin 2011 s. 837–852.
- Anttila, Inkeri*: Vällillinen tekeminen. Rikosoikeustieteellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1958.
- Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi*: Rikos ja seuraamus. Rikosoikeuden perusteet. 2. painos. Tammi, Helsinki 1974.
- Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi*: Rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Tammi, Helsinki 1977.
- Aschrott, Paul Felix – Kohlrausch, Eduard*: Reform des Strafrechts. De Gruyter, Berlin 1926.
- Ashworth, Andrew*: Principles of Criminal Law. Fifth edition. Oxford University Press, Oxford 2006.
- Asp, Petter – Ulväng, Magnus – Jareborg, Nils*: Kriminalrättens grunder. Andra, omarbetade upplagan. Iustus förlag, Uppsala 2013.
- Backman, Eero*: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Kolmas osa. Lakimies (LM) 1/1990 s. 1–40.
- von Beling, Ernst*: Grundzüge des Strafrechts. 10. Auflage. JCB Mohr, Tübingen 1928.
- von Birkmeyer, Karl*: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts. Liebmann, Berlin 1890.
- Bloy, Rene*: Anstiftung durch Unterlassen? Juristische Arbeitsblätter (JA) 1987 s. 490–497.
- Bloy, Rene*: Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung. Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1996 s. 424–441.
- Bockelmann, Paul*: Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme. Fleischer, Göttingen 1949.
- Bockelmann, Paul – Volk, Klaus*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. neubearbeitete Auflage. C.H. Beck, München 1987.
- Bosch, Nikolaus*: Organisationsverschulden in Unternehmen. Nomos, Baden-Baden 2002.
- Bottke, Wilfried*: Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems. C.F. Müller, Heidelberg 1992.
- von Buri, Maximilian*: Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Enke, Stuttgart 1885.
- Cavallin, Samuel*: Skuld. Iustus förlag, Uppsala 1999.
- Claß, Wilhelm*: Die Kausalität der Beihilfe. Teoksesta Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966 (toim. *Günter Spendel*). Holzner, Würzburg 1966 s. 115–126.

- Coenders, Albert*: Über die objektive Natur der Beihilfe. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 1/1925 s. 1–12.
- Cramer, Peter*: Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Teoksesta Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978 (toim. *Arthur Kaufmann et al.*). Beck, München 1979 s. 389–403.
- Ebert, Udo*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. C.F. Müller, Heidelberg 2001.
- Engisch, Karl*: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. Mohr, Tübingen 1931.
- Forsman, Jaakko*: Grunderna för läran om delaktighet i brott. J.C. Frenckell & Son, Helsingfors 1879.
- Forsman, Jaakko*: Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrätens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utgifna af Lars Wasastjerna, Helsingfors 1893.
- Frisch, Wolfgang*: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. C.F. Müller, Heidelberg 1988.
- Frände, Dan*: Yleinen rikosoikeus. 2. painos. (Suomentanut *Markus Wahlberg*). Edita, Helsinki 2007.
- Frände, Dan*: Vad borde HD göra med omständighetsuppsåt? Teoksesta Da mihi factum, dabo tibi ius – Korkein oikeus 1809–2009 (toim. *Kari Raulos – Pertti Välimäki – Timo Esko*). WSOYpro, Helsinki 2009 s. 227–241.
- Frände, Dan*: Onko viimeinen sana sanottu olosuhdetahallisuudesta? Defensor Legis (DL) 2/2010 s. 157–165.
- Frände, Dan*: Yleinen rikosoikeus. 2. uudistettu painos. (Suomentanut ja seuraamusosan päivittänyt *Markus Wahlberg*). Edita, Helsinki 2012.
- Frände, Dan*: Allmän straffrätt. Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, Helsingfors 2012. (*Frände* 2012a)
- Gallas, Wilhelm*: Täterschaft und Teilnahme. Materialien zur Strafrechtsreform. Band I. Gutachten der Strafrechtslehrer. 1954.
- Gallas, Wilhelm*: Beiträge zur Verbrechenslehre. De Gruyter, Berlin 1968.
- Geppert, Klaus*: Die Beihilfe. Juristische Ausbildung (Jura) 5/1999 s. 266–274.
- Geppert, Klaus*: Die Mittäterschaft. Juristische Ausbildung (Jura) 1/2011 s. 30–38.
- Greco, Luis*: Das subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum "Problem" des Sonderwissens. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 3/2005 s. 519–554.
- Haas, Volker*: Kritik der Tatherrschaftslehre. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 3/2007 s. 519–546.
- Hamdorf, Kai*: Beteiligungsmodelle im Strafrecht. Ein Vergleich von Teilnahme- und Eintäter-systemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland. Edition iuscrim, Freiburg im Breisgau 2002.
- Hart, H. L. A. – Honore, Tony*: Causation in the Law. Second edition. Oxford University Press, Oxford 1985.
- Heikkilä, Mikaela*: Coping with International Atrocities through Criminal Law. Åbo Akademi University Press, Turku 2013.
- Heine, Günter – Weißer Bettina*: Täterschaft und Teilnahme (StGB § 25–31). Teoksesta Schönke / Schröder: Strafgesetzbuch. Kommentar. 29. Auflage. (toim. *Albin Eser et al.*). C.H. Beck, München 2014 s. 478–571.
- Heinrich, Bernd*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. überarbeitete Auflage. Kohlhammer, Stuttgart 2014.
- Heinrich, Manfred*: Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft. C.H. Beck, München 2002.

- Herlitz, Carl Erik*: Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin. Iustus Förlag, Uppsala 1992.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände. Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1971 s. 1–8.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Grundfälle zur Tatherrschaftslehre. Juristische Schulung (JuS) 6/1974 s. 374–379.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Täterschaft und Teilnahme – eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen. Beck, München 1977.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Anstiftung zur unbestimmten Haupttat. Juristische Schulung (JuS) 8/1987 s. 617–622.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale. Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1991 s. 145–184.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt. Juristische Schulung (JuS) 1996 s. 377–384.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen. Teoksesta Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft (toim. *Knut Amelung*). Pro Universitate, Sinzheim 2000 s. 33–53.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machthapparates. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 11/2009 s. 576–580.
- von Hippel, Robert*: Lehrbuch des Strafrechts. Springer, Berlin 1932.
- Hoffmann-Holland, Klaus*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Honkasalo, Brynolf*: Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura, Helsinki 1933.
- Honkasalo, Brynolf*: Suomen rikosoikeus: yleiset opit I. Toinen painos. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1965.
- Honkasalo, Brynolf*: Suomen rikosoikeus: yleiset opit II. Toinen painos. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1967.
- Hruschka, Joachim*: Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe. Juristische Rundschau (JR) 5/1983 s. 177–181.
- Huovila, Mika*: Oikeuslähteoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa. Teoksesta Rikostuomion perusteleminen (toim. *Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala*). Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005 s. 13–99.
- Hyttinen, Tatu*: Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikkaa? Defensor Legis (DL) 6/2016 s. 916–933.
- Hyttinen, Tatu*: KKO 2016:25 – Pahoitpitely ja poikalapsen ympärileikkaus. Teoksesta KKO:n ratkaisut kommentein (toim. *Pekka Timonen*). Alma Talent, Helsinki 2016 s. 237–247. (*Hyttinen 2016a*)
- Hyttinen, Tatu*: Kansallinen rikoslaki kansainvälisessä paineessa – itsepesun rangaistavuus Suomessa. Lakimies (LM) 3–4/2017 s. 334–361.
- Jakobs, Günther*: Tätervorstellung und objektive Zurechnung. Teoksesta Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (toim. *Dornseifer, Gerhard et al.*). Carl Heymanns Verlag, Köln 1989.
- Jakobs, Günther*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. neuarbeitete und erweiterte Auflage. De Gruyter, Berlin 1991.
- Jakobs, Günther*: Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 11/2009 s. 572–575.

- Jareborg, Nils*: Straffrättens gärningslära. Fritzes förlag, Stockholm 1995.
- Jareborg, Nils*: Allmän kriminalrätt. Fjärde tryckningen. Iustus förlag, Uppsala 2009.
- Jescheck, Hans-Heinrich*: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage. Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- Jescheck, Hans-Heinrich – Weigend, Thomas*: Lehrbuch des Strafrechts. 5. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage. Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Jonkka, Jaakko*: Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsingin yliopisto, Helsinki 1992.
- Kadish, Sanford H.*: Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine. *California Law Review* 2/1985 s. 323–410.
- Kaspar, Johannes*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Nomos, Baden-Baden, 2015.
- Kaufmann, Armin*: ”Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt? Teoksesta Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. (toim. *Theo Vogler et al.*). Duncker & Humblot, Berlin 1985 s. 251–271.
- Keller, Rainer*: Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten. Duncker & Humblot, Berlin 1989.
- Kienapfel, Diethelm*: Der Einheitstäter im Strafrecht. Klostermann, Frankfurt am Main 1971.
- Kienapfel, Diethelm*: Das Prinzip der Einheitstäterschaft. *Juristische Schulung (JuS)* 1/1974 s. 1–7.
- Kindhäuser, Urs*: Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes. *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)* 6/1997 s. 272–275.
- Kindhäuser, Urs*: Risikoerhöhung und Risikoverringerung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 3/2008, s. 481–503.
- Kindhäuser, Urs*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 6. völlig neu überarbeitete Auflage. Nomos, Baden-Baden 2013.
- Koponen, Pekka*: Ongelmallinen olosuhdetahallisuus meillä ja Yhdysvalloissa – ovatko systemaattikka ja yhdenvertaisuus ylläpidettävissä? *Defensor Legis (DL)* 1/2007 s. 37–53.
- Koriath, Heinz*: Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung. Duncker & Humblot, Berlin 1994.
- Korkka, Heli*: Liiketoimintarikoksen tuottaman hyödyn mittaaminen. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 2015.
- Koskinen, Pekka*: Johdatus rikosoikeuteen. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 2001.
- Krey, Volker – Esser, Robert*: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 6. überarbeitete Auflage. Kohlhammer, Stuttgart 2016.
- von Kries, Johannes*: Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 9/1889 s. 528–537.
- Kukkonen, Reima*: KKO 2014:22 – Laiminlyönnillä toteutettavan avunannon rangaistavuus. Teoksesta KKO:n ratkaisut kommentein I/2014 (toim. *Pekka Timonen*). Talentum, Helsinki 2014 s. 184–190.
- Kühl, Kristian*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 7. neu bearbeitete Auflage. Vahlen, München 2012.
- Küper, Wilfried*: ”Besondere persönliche Merkmale” und ”spezielle Schuldmerkmale”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 3/1992 s. 559–590.
- Küpper, Georg*: Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* 1986 s. 437–449.
- Küpper, Georg*: Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen. *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* 1998 s. 519–529.
- Köhler, Michael*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Springer, Berlin 1997.
- Lahti, Raimo*: Osallisuudesta rikokseen. Osallisuussäännösten tulkintaan ja uudistamiseen liittyviä kysymyksiä I. Turun yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitos, Turku 1975.

- Lahti, Raimo*: KKO 1988:42. Oikeustapauskommentaarit. Defensor Legis (DL) 1988 s. 59–68.
- Lahti, Raimo*: Om gränsdragning mellan medgärningsmannaskap och medhjälp till brott. Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 1989 s. 100–118.
- Lampe, Ernst-Joachim*: Tätersysteme: Spuren und Strukturen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 3/2007 s. 471–518.
- Lappalainen, Juha*: Rikoksen rakenne prosessioikeuden näkökulmasta. Teoksesta Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä – juhlaulkaisu Antti Jokela 26.1.2005 (toim. *Jarkko Mämmistö*). Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2004 s. 147–167.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1987.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio – ja metodi. Teoksesta Minun metodini (toim. *Juha Häyhä*). WSOY Lakitieto, Helsinki 1997 s. 189–218.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus I. Lakimies (LM) 5/2003 s. 751–788.
- Less, Günter*: Der Unrechtscharakter der Anstiftung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 1/1957 s. 43–58.
- von Liszt, Franz*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 21./22. völlig durcharbeitete Auflage. De Gruyter, Berlin 1919.
- von Liszt, Franz – Schmidt, Eberhard*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Einleitung und allgemeiner Teil. 26. Auflage. De Gruyter, Berlin 1932.
- Livson, Mikael*: Epävarsinainen laiminlyöntirikos. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1949.
- Lobe, Adolf*: Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches. De Gruyter, Berlin 1933.
- Loos, Fritz*: Dogmenhistorische Bemerkungen zum Rücktritt vom Versuch. Teoksesta Festschrift für Günter Jakobs zum 70. Geburtstag (toim. *Michael Pawlik – Rainer Zaczyk*). Carl Heymanns Verlag, Köln 2007 s. 347–360.
- Luoto, Lauri*: Omakätiset rikokset ja osallisuusoppi. Lakimies (LM) 1/2014 s. 44–64.
- Luoto, Lauri*: Laiminlyönti avunantona. Lakimies (LM) 3–4/2015 s. 459–481.
- Lüderssen, Klaus*: Zum Strafgrund der Teilnahme. Nomos, Baden-Baden 1967.
- Mackie, J.L.*: The Cement of the Universe. A Study of Causation. Oxford University Press, Oxford 1974.
- Maiwald, Manfred*: Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung. Teoksesta Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978 (toim. *Arthur Kaufmann et al.*). Beck, München 1979 s. 343–367.
- Manacorda, Stefano – Meloni, Chantal*: Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? Journal of International Criminal Justice. (JICJ) 9/2011 s. 159–178.
- Matikkala, Jussi*: Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005.
- Matikkala, Jussi*: KKO 2006:64 – tahallisuus ja huumausaineen laatu. Lakimies (LM) 1/2007 s. 109–118.
- Maurach, Reinhart*: Schuld und Verantwortung im Strafrecht. Wolfenbütteler, Hannover 1948.
- Maurach, Reinhart*: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch. C.F. Müller, Karlsruhe 1954.
- Mayer, Hellmuth*: Strafrecht des Deutschen Volkes. Enke, Stuttgart 1936.
- Mayer, Hellmuth*: Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft. Teoksesta Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag (toim. *Siegfried Hohenleitner – Ludwig Linder – Friedrich Nowakowski*). Verlag Scientia, Aalen 1957 s. 243–
- Mayer, Max Ernst*: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1915.

- Mayer, Max Ernst:* Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 2. Auflage. Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1923.
- Melander, Sakari:* Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2008.
- Melander, Sakari:* Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanomaa, Helsinki 2016.
- Mezger, Edmund:* Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Auflage. Duncker & Humblot, München 1933.
- Morozinis, Ioannis:* Dogmatik der Organisationsdelikte. Duncker & Humblot, Berlin 2010.
- Murmann, Uwe:* Tatherrschaft und Weisungsmacht. Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1996 s. 269–281.
- Murmann, Uwe:* Zur Tatbestand der Beihilfe. Juristische Schulung (JuS) 6/1999 s. 548–553.
- Murmann, Uwe:* Grundkurs Strafrecht. 3. Auflage. C.H.Beck, München 2015.
- Niedermaier, Harald:* Strafloze Beihilfe durch neutrale Handlungen? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 3/1995 s. 507–544.
- Nikolidakis, Marios:* Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund – agent provocateur – Objektverwechslung. Duncker & Humblot, Berlin 2004.
- Nuotio, Kimmo:* Teko, vaara, seuraus: Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1998.
- Nuotio, Kimmo:* Oikeuslähteet ja yleiset opit. Lakimies (LM) 7–8/2004 s. 1267–1291.
- Nuotio, Kimmo:* Syy ja syyksilukeminen – Kausaalisuudesta oikeustieteessä. Teoksesta Syy (toim. *Heta Gylling – Ilkka Niiniluoto – Risto Vilkkö*). Gaudeamus, Helsinki 2007 s. 113–130.
- Nuutila, Ari-Matti:* Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1996.
- Nuutila, Ari-Matti:* Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997.
- Osiel, Mark:* Making Sense of Mass Atrocity. Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Otto, Harro:* Anstiftung und Beihilfe. Juristische Schulung (JuS) 8/1982 s. 557–566.
- Otto, Harro:* Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft. Jura 5/1987 s. 246–258.
- Palmén, Harri:* Laiminlyöntirikoksista. Tutkimus erityisen toimintavelvollisuuden merkityksestä laiminlyönnin rankaisemisessa. Helsingin yliopisto, Helsinki 1978.
- Palmén, Harri:* Honkasalo ja korkein oikeus – satavuotiaan rikoslain tulkintaa osallisuusopin alalla. Teoksesta Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI (toim. *Raimo Lahti*). Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1989.
- Peczenik, Aleksander:* Juridikens metodproblem. Andra upplagan. Awe/Gebbers, Stockholm 1980.
- Peczenik, Aleksander:* Rätten och förnuftet. En lärobok i allmän rättslära. Norstedts, Stockholm 1986.
- Poppe, Andreas:* Die Akzessorietät der Teilnahme. Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen. Peter Lang, Frankfurt am Main 2011.
- Puppe, Ingeborg:* Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 2/1983 s. 287–315.
- Puppe, Ingeborg:* Der gemeinsame Tatplan der Mittäter. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 6/2007 s. 234–246.
- Puppe, Ingeborg:* Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. 2. Auflage. Nomos, Baden-Baden 2011.
- Rengier, Rudolf:* Täterschaft und Teilnahme – Unverändert aktuelle Streitpunkte. Juristische Schulung (JuS) 4/2010 s. 281–287.
- Rengier, Rudolf:* Strafrecht. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. C. H. Beck, München 2016.
- Renzikowski, Joachim:* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung. Mohr Siebeck, Tübingen 1997.
- Rotsch, Thomas:* Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 3/2000 s. 518–562.

- Roxin, Claus*: Zum Strafgrund der Teilnahme. Teoksesta Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag (toim. *Friedrich Dencker et al.*). C. F. Müller, Heidelberg 1993 s. 365–382.
- Roxin, Claus*: Anmerkung zum Urteil BGHSt 40, 218. Juristenzeitung (JZ) 1995 s. 49–51.
- Roxin, Claus*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. C.H. Beck, München 2003.
- Roxin, Claus*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. C.H. Beck, München 2006.
- Roxin, Claus*: Täterschaft und Tatherrschaft. Achte Auflage. De Gruyter Recht, Berlin 2006 [1967]. (*Roxin* 2006a)
- Roxin, Claus*: Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit. Teoksesta Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag (toim. *Andreas Hoyer – Henning E. Müller – Michael Pawlik*). C. F. Müller, Heidelberg 2006 s. 387–400. (*Roxin* 2006b)
- Roxin, Claus*: Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft. Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2012 s. 395–415.
- Rudolphi, Hans-Joachim*: Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft. Teoksesta Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978 (toim. *Arthur Kaufmann et al.*). Beck, München 1979 s. 369–387.
- Salamon, Jochen*: Vollendete und versuchte Beihilfe. Göttingen 1968.
- Samson, Erich*: Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Alfred Metzner, Frankfurt am Main 1972.
- Satzger, Helmut*: Teilnehmerstrafbarkeit und "Doppelvorsatz". Juristische Ausbildung (Jura) 7/2008 s. 514–523.
- Schaffstein, Friedrich*: Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe. Teoksesta Festschrift für Richerd M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970. Schwartz & co., Göttingen 1970 s. 169–184.
- Scheffler, Uwe*: Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes – BGH, NJW 1996, 2517. Juristische Schulung (JuS) 7/1997 s. 598–601.
- Schild, Wolfgang*: Täterschaft als Tatherrschaft. De Gruyter, Berlin 1994
- Schild, Wolfgang*: Tatherrschaftslehren. Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.
- Schmidt, Rolf*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 11. Auflage. Verlag Rolf Schmidt, Bremen 2012.
- Schumann, Heribert*: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen. J. C. B. Mohr, Tübingen 1986.
- Schünemann, Bernd*: Unternehmenskriminalität. Teoksesta 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft. Band 4. Strafrecht und Strafprozessrecht (toim. *Claus Roxin – Gunter Widmaier*) C. H. Beck, München 2000 s. 621–646.
- Seher, Gerhard*: Vorsatz und Mittäterschaft – Zu einem verschwiegenen Problem der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Juristische Schulung (JuS) 1/2009 s. 1–7.
- Seher, Gerhard*: Grundfälle zur Mittäterschaft. Juristische Schulung (JuS) 4/2009 s. 304–309. (*Seher* 2009a)
- Seher, Gerhard*: Grundfälle zur Beihilfe. Juristische Schulung (JuS) 9/2009 s. 793–797. (*Seher* 2009b)
- Serlachius, Allan*: Suomen rikosoikeuden oppikirja. Osa I: Yleiset opit. Otava, Helsinki 1909.
- Stratenwerth, Günter*: Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 4. völlig neu bearbeitete Auflage. Carl Heymanns Verlag, Köln 2000.
- Sundström, Bruno A.* [vuodesta 1936 *Salmiala*]: Varsinaisesta osallisuudesta RL:n ja SRL:n rangaistavaksi julistamiin varsinaisiin erikoisrikoksiin erittäin silmällä pitäen extraneusta. WSOY, Porvoo 1926.
- Tapani, Jussi*: Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.

- Tapani, Jussi:* Mistä puhumme, kun puhumme olosuhdetahallisuudesta? Teoksesta Rikos, rangaistus ja prosessi – juhlaulkaisu Eero Backman 1945 – 14.5. – 2005 (toim. *Ari-Matti Nuutila – Elina Pirjatanniemi*). Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2005 s. 261–282.
- Tapani, Jussi:* Yrittänyttä ei laiteta? Rikoksen yrityksen rangaistavuus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2010.
- Tapani, Jussi:* Olisiko nyt sanottu viimeinen sana olosuhdetahallisuuden alarajasta? – KKO 2012:66 ja seksuaalipalveluiden ostamisen rangaistavuus. Defensor Legis (DL) 5/2012 s. 607–619.
- Tapani, Jussi:* Esirikoksen yksilöitävyys ja olosuhdetahallisuus. Defensor Legis (DL) 5/2013 s. 786–798.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti:* Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Toinen, uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2013.
- Theile, Hans:* Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz. Peter Lang, Frankfurt am Main 1999.
- Tolonen, Hannu:* Oikeuslähdeoppi. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.
- Tolvanen, Matti:* Huolellisuudesta tieliikenteessä. Turun yliopisto, Turku 1996.
- Tolvanen, Matti:* Tieliikenne rikokset ja kriminaalipolitiikka. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1999.
- Trechsel, Stefan:* Der Strafgrund der Teilnahme. Stämpfli, Bern 1967.
- Tuori, Kaarlo:* Kriittinen oikeuspositivismi. WSOY Lakitieto, Helsinki 2000.
- Vanhanen, Teemu:* Rikoksumppanuutta vai avunantoa – onko sillä merkitystä? Tutkimus rikoksen tekemisen ja avunannon rajanvedosta varkaus- ja väkivaltarikoksissa. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2004.
- Vihriälä, Helena:* Tahallisuuden näyttäminen. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 2012.
- Virtanen, Jussi:* Laiminlyöjän petos. Oikeustiede–Jurisprudentia 2005: XXXVIII. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005 s. 521–601.
- Vogler, Theo:* Zur Frage der Ursächlichkeit der für die Haupttat. Teoksesta Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag (toim. *Hans Lüttger*). De Gruyter, Berlin 1972 s. 295–315.
- Weigend, Thomas:* Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept. Journal of International Criminal Justice. (JICJ) 9/2011 s. 91–111.
- Welz, Markus:* Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe. Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- Welzel, Hans:* Studien zum System des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 1939 s. 491–566.
- Wessels, Johannes – Beulke, Werner – Satzger, Helmut:* Strafrecht. Allgemeines Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 43. neu bearbeitete Auflage. C. F. Müller, Heidelberg 2013.
- Wild, Peter:* Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes und Teilanfechtung von Strafurteilen – BayObLG, NJW 1991, 2582. Juristische Schulung (JuS) 11/1992 s. 911–915.
- Wohlleben, Marcus:* Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen. C. H. Beck, München 1996.

Virallislähteet

Hallituksen esitykset

HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
HE 141/2012 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisoimista koskevaksi lainsäädännöksi.

Lakivaliokunnan mietinnöt

LaVM 28/2002 vp. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisut

OLJ 5/2000. Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset. Rikoslakiprojektin ehdotus.

Oikeustapausluettelo

Korkein oikeus

KKO 1975 II 70	286
KKO 1984 II 224	96
KKO 1986 II 70	284
KKO 1988:42	9, 207–208, 213–214, 274–275
KKO 1995:119	207–208, 213–214
KKO 1995:156	240, 281
KKO 1998:67	165
KKO 2001:43	277
KKO 2001:117	118
KKO 2004:120	9
KKO 2006:37	116
KKO 2006:64	116
KKO 2008:18	285–286
KKO 2009:47	217, 280
KKO 2009:75	124
KKO 2009:87	116, 118, 124–125, 133
KKO 2010:47	217
KKO 2010:88	116
KKO 2011:103	277
KKO 2012:66	116, 125, 144
KKO 2012:98	8, 165
KKO 2013:17	116, 125
KKO 2013:55	116
KKO 2014:22	86, 97–98, 100–105, 118, 124
KKO 2014:54	116
KKO 2015:10	118
KKO 2015:27	101
KKO 2015:68	47–48, 56, 62–64
KKO 2016:25	106, 231
KKO 2016:58	7

Hovioikeudet

Helsingin hovioikeus HHO 10.11.1987, Nro 1982, Dnro R 1986/1444	10
Turun hovioikeus THO 4.3.2013, Nro 506, Dnro R 12/1185	8

Saksan liittotasavallan korkein oikeus (Reichsgericht 1879–1945)

RG, 07.01.1881 – I 3349/80 (RGSt 3, 181)	199
RG, 20.04.1882 – I 580/82 (RGSt 6, 169)	66, 84–85
RG, 18.03.1924 – I 50/24 (RGSt 58, 113)	80–81, 88
RG, 19.02.1940 – 3 D 69/40 (RGSt 74, 84)	201

Saksan liittotasavallan korkein oikeus (Bundesgerichtshof 1950–)

BGH, 12.02.1952 – 1 StR 59/50 (BGHSt 2, 150)	266
BGH, 23.01.1958 – 4 StR 613/57 (BGHSt 11, 268)	247
BGH, 10.03.1961 – 4 StR 30/61 (BGHSt 16, 12)	243
BGH, 19.10.1962 – 9 StR 4/62 (BGHSt 18, 87)	201, 213, 236
BGH, 27.07.1971 – 1 StR 104/71 (BGH MDR 1972, 16)	80–81
BGH, 02.02.1972 – 2 StR 670/71 (BGHSt 24, 286)	243
BGH, 04.07.1984 – 3 StR 96/84 (BGHSt 32, 367)	266
BGH, 15.01.1991 – 5 StR 492/90 (BGHSt 37, 289)	281–284
BGH, 26.07.1994 – 5 StR 98/94 (BGHSt 40, 218)	236, 255
BGH, 13.09.1994 – 1 StR 357/94 (BGHSt 40, 257)	260
BGH, 06.06.1997 – 2 StR 339/96 (BGHSt 43, 219)	260
BGH, 01.08.2000 – 5 StR 624/99 (BGHSt 46, 107)	152–153

Yhdysvaltalainen oikeuskäytäntö

State v. Tully (1894) 102 Ala. 25, 13 So. 722	88
---	----

Lyhenteet

BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
DL	Defensor Legis
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
HE	hallituksen esitys
HHO	Helsingin hovioikeus
HO	hovioikeus
JA	Juristische Arbeitsblätter
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KKO	korkein oikeus
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
LM	Lakimies
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLJ	Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RL	rikoslaki
StGB	Strafgesetzbuch
THO	Turun hovioikeus
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ÖStGB	Itävallan rikoslaki

Asiahakemisto

A

- Abortti-tapaus 81, 88
Adekvanssiteoria (ks. myös seurauksen ennakoitavuus) 164–167
Aineellis-objektiivinen osallisuusteoria (ks. myös teonherruusoppi) 16, 104–107, 209, 211–218, 262, 266, 290
Aksessorisuus
– hypoteettinen aksessorisuus 47
– laadullinen aksessorisuus 48–49, 51–63
– määrällinen aksessorisuus 48, 50–51, 62
– tosiasiallinen aksessorisuus 47
Agent provocateur 35–43, 141–143
Anteeksiantoperuste 52, 57–63, 228–230
Avainhahmo (ks. myös teonherruus) 205, 225–226, 237, 246
Avunannon rangaistavuuden perusta 23, 25–43, 50, 63, 65, 80–81, 125, 135, 141
Avunannon aksessorisuusvaatimus 5, 15, 17, 23, 37–42, 47–66, 149, 189, 195
Avunannon kausaalisuusvaatimus (ks. myös myötävaikuttava syy-yhteys) 15, 17, 20, 23, 66, 74–108, 126, 149–153, 157, 163, 174, 189
Avunannon alaraja 15–16, 20–21, 23, 28, 43, 79, 149–190
Avunannon tahallisuusvaatimus 9–10, 15, 23, 29, 33, 35–43, 49, 52–56, 59–63, 66, 74, 81, 98, 107, 117–145, 155–161, 189, 200, 205, 284, 295
Avunannon yritys (ks. myös epäonnistunut avunanto) 36, 63, 75, 77, 79, 81–82, 84, 86, 88, 119, 125

C

Csqn-muotoilu/testi 71–73, 82, 86, 95–96

D

- De lege ferenda 20, 39, 195, 269
De lege lata 20, 206
Dolus subsequens 128, 282
Dolus-teoria(t) 199–200

E

- Edellytysteoria (ks. myös ekvivalenssiteoria) 71
Edistämisteoria 79–81
Eichmann, Adolf 237
Ekvivalenssiteoria (ks. myös edellytysteoria) 71–74, 199
Epäonnistunut avunanto (ks. myös avunannon yritys) 75, 119
Erillisvastuujärjestelmä 3, 5, 7, 9, 11–13, 15–16, 20, 29, 33, 39, 42, 47–50, 53–54, 59, 61–63, 125, 139, 193, 220, 267
Erityinen henkilöön liittyvä olosuhde 58, 136

H

Horisontaalinen osallisuussuhde 243, 269

I

- In dubio pro reo -periaate 90–92, 96, 108
INUS-malli/testi 73–74
Intressiteoria(t) 199–203

K

- Kausaaliketju 68–69, 74, 128
Kausaalilinja 69
Kielletty riski(notto) 23, 41, 43, 119, 135, 150, 163–164, 167–187, 189–190
Kielletyn riskin(oton) realisoituminen 169–173
Kieltoerehdys 59–61, 231
Kohde-erehdys 144
Kommunikaatiotapahtuma (ks. myös yhteisymmärrys) 279–282, 294
Kontrafaktuaalinen koe 95–97, 107–108
Korvattavuuden edellytys (ks. myös organisatorinen teonherruus ja organisatorinen rikoskumppanuus) 236–238, 250, 255–261, 270–271, 296

L

Laiminlyönnillä toteutettava avunanto 93–108

Laiminlyöntivastuu

- epävarsinainen laiminlyöntirikos 93–95, 97–99, 102–103, 107, 124, 223
- laiminlyönnin syy-yhteys 69, 94–97, 107–108
- varsinainen laiminlyöntirikos 93
- vastuuasema 94, 99–100

M

Muodollis-objektiivinen osallisuusteoria 205–214, 266–268, 290

Myötävaikuttava syy-yhteys 36, 82–85, 90–92, 95, 126, 128, 130–131, 133–134, 151, 153, 158–160, 173–174, 180, 182–183

O

Objektiivinen syyksilukeminen (ks. myös teon huolimattomuus) 41, 76, 80, 82, 150, 163–177, 183–187

Oikeuslähteiden kolmijako 121–123

Oikeushyvä 27, 38–39, 41–43, 78, 92, 99, 105, 141–142, 144, 170–172, 175–178, 184, 209–210, 291–292, 296

Oikeuttamisperuste 52–53, 55, 57–58, 61

Omakätiset rikokset 30, 37, 40, 42, 60, 107, 225–229, 266, 291

Organisatorinen rikoskumppanuus 291, 293–298

P

Psyykinen avunanto 75–76, 78, 86–92, 96, 117, 119

Psyykinen vaikuttaminen 70, 72, 75, 92, 141, 232, 246, 250, 295, 297

R

Rangaistusasteikon lieventäminen 16, 195

Rikoksen rakenne 27, 49, 51–58, 63

Rikoskumppanuus 8–9, 16–17, 20–21, 23, 31, 33–34, 47, 84, 104–106, 149, 155, 193–196, 199–200, 203, 205–209, 212, 214–215, 217–218, 221–225, 227–228, 235, 238–244, 246–247, 261–271, 273–287, 289–291, 293–298

Riskinkorotusdoktriini 76, 80, 90–92

S

Salainen avunanto 88

Sallittu riski(notto) 171–174, 176–184, 187, 190

Satunnainen rikoskumppanuus 239, 283–284

Seurauksen ennakoitavuus (ks. myös adekvanssiteoria) 155, 164–167

Solidaarisuusteoria (ks. myös avunannon rangaistavuuden perusta) 35–36, 42

Staschynskij-tapaus 201, 213, 236

Subjekttiiviset osallisuusteoriat ks. myös Dolus-teoria ja Intressiteoria) 29, 199–203, 205, 211, 213

Syylisyysperiaate 11

Syy-yhteys

- fyysinen syy-yhteys 69–70, 75, 85–87, 117
- juridinen syy-yhteys 70, 72
- laiminlyönnin syy-yhteys 69, 94–97, 107–108
- psyykinen syy-yhteys 70, 72, 75–76, 86–92, 141, 246

Säännönmukaisten edellytysten teoria 72–73, 82, 86

T

Tahallisuus

- tahdollinen elementti 110, 112, 114, 117–124
- tiedollinen elementti 110, 112, 113, 119–120, 133
- olosuhdetahallisuus 111–113, 115, 116, 118, 124–126, 135, 144, 156, 276
- tarkoitustahallisuus 112–115, 124, 133, 200, 264
- todennäköisyystahallisuus 111, 114–116, 118–119, 125, 129, 132–133, 156–158, 189, 200, 264, 276, 295
- varmuustahallisuus 113–115, 124
- seuraustahallisuus 111–113, 115, 125–126, 133–135, 166

Tekijäkäsité

- laaja tekijäkäsité 4, 29–30, 199
- suppea tekijäkäsité 30–31, 33–34

Tekijävastuu 4–5, 7–9, 13, 16, 20, 27, 28–31, 33–34, 39, 47–48, 93, 97–107, 193–195, 199–203, 205–215, 217, 219–237, 239, 242–247, 250–251, 254–263, 265–271, 277–279, 284–286, 290, 292–293, 296

- Teonherruus (ks. myös teonherruusoppi)
- finaali teonherruus (ks. myös Welzelin teonherruusoppi) 219–224
 - funktionaalinen teonherruus 227–228, 238–242, 245–247, 258, 261–262, 265–268
 - herruusrikokset 225–227, 244
 - omakätiset rikokset 225–226, 266
 - organisatorinen teonherruus 227, 234–238, 243–244, 248–262, 267–271, 291–292
 - tahdonherruus 227–235, 238–239, 242–243, 246–250, 265, 267
 - toiminnanherruus 227–229, 233–234, 242, 248, 265, 267–268
 - velvollisuusrikokset 225–226
- Teonherruusoppi (ks. myös teonherruus)
- Roxinin teonherruusoppi 224–271
 - Welzelin teonherruusoppi (ks. myös finaali teonherruus) 219–221
- Teon huolimattomuus (ks. myös objektiivinen syyksilukeminen) 41, 163–164, 169–171, 174
- Tunnusmerkistöerehdys 8, 60–61, 111, 134–135, 144–145, 230–231, 276
- Täytöntöönpanotoimi 30, 107, 128, 203, 205–214, 226, 241–242, 247, 262, 266, 280, 283, 285–287, 289–291, 297–298
- V**
- Varsinainen osallisuus 5, 8–9, 13, 16–17, 20, 28–29, 31, 33–34, 36, 38–40, 42, 47–51, 53–66, 78, 93–95, 97–99, 102–104, 107, 114, 123–124, 129, 137, 139–140, 144, 149, 151, 164, 176, 194–197, 199–203, 205–207, 209–214, 219–226, 235, 237–238, 243, 245–247, 249–252, 254, 259, 262, 263, 266–269, 276, 283–285, 287, 290–297

- Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys 60–61, 230–231
- Vertikaalinen osallisuussuhde 243–244, 252, 269, 293
- Välillinen tekeminen 8, 17, 31, 33–34, 37, 39, 47, 53, 56, 59–60, 72, 111, 113, 117, 149, 194–195, 203, 206–207, 222, 225, 227, 234–235, 243–244, 246–247, 263, 265, 267–269, 293
- Välitön yksin tekeminen 4, 8, 33, 47, 149, 194, 221–222, 225, 227–228, 239, 246, 263, 265–266, 273, 277, 283
- Vääryys 27–28, 35, 37–43, 54, 80, 125, 135, 140–142, 205, 220, 223, 226, 232–234

Y

- Yhteisymmärrys (ks. myös rikoskumppanuus) 196, 205, 222, 228, 239, 243, 245, 263–264, 273–287, 289–290, 294, 298
- Yhtenäisvastuujärjestelmä 3–5, 7, 11–13, 29, 47, 54, 220
- Yleinen elämän riski (ks. myös avunannon alaraja) 177–178, 180, 186–187
- Yllytys 4, 8–10, 16–17, 29–31, 33, 37–38, 48–50, 53–54, 57–59, 63, 65–66, 70, 87, 90, 118, 127–128, 136, 138–143, 149, 155, 173, 175–176, 194–196, 209, 212, 220, 225, 232, 234, 238, 250, 259, 263, 284, 295–296
- Yritys(oppi) 19, 48, 50, 51, 58, 66, 75, 79, 85–87, 90, 92, 94, 128, 140–143, 205–206, 240, 256, 282–284



Rikossäännökset kirjoitetaan lähtökohtaisesti niin, että tekijöitä on vain yksi. Oletuksena on, että yksi tekijä, säännöksessä nimetön ”joka”, täyttää kaikki rikossäännöksen edellyttämät tunnusmerkit. Lähtökohta antaa rikollisuudesta ja rikoksien tekemisestä kuitenkin yksinkertaistetun kuvan, sillä hyvin usein rikoksen tekemiseen on osallistunut useita eri henkilöitä. Hyvin usein he ovat myös myötävaikuttaneet rikoksen toteutumiseen varsin erilaisin toimin.

Usean eri henkilön osallistuminen rikoksen tekemiseen, mahdollisesti merkittävästi toisistaan poikkeavin toimin, herättää kysymyksen kunkin rikoksen tekemiseen osallistuneen rikosoikeudellisesta vastuusta. Rikosoikeudessa kysymyksen vastaaminen on osallisuuden ja osallisuusopin tehtävä: ne määrittävät eri tavoin rikokseen osallistuneiden henkilöiden rangaistusvastuun sekä sen rajat. Selkeän ja yksinkertaisen vastauksen antaminen kysymykseen on kuitenkin osoittautunut erittäin haastavaksi tehtäväksi.

Teoksessa tutkitaan yhden rikoslain 5 luvussa säännellyn osallisuusmuodon, avunannon, rangaistavuuden edellytyksiä. Tutkimustehtävä on määrittää avunannon rikosoikeusteoreettinen perusta, joka on tällä hetkellä määritelty vain epämääräisesti suomalaisessa doktriinissa. Lisäksi tutkimuksessa tuotetaan lainkäyttäjälle argumentatiivisia välineitä, joiden avulla rajanvetotilanteet avunannon ja sen lähi-instituutioiden välillä voidaan ratkaista. Tutkimuksessa keskitytään erityisesti avunannon alarajaan eli siihen, miten avunanto erotetaan kokonaan osallisuusvastuun ulkopuolelle jäävästä myötävaikuttamisesta, sekä avunannon ja rikoskumppanuuden väliseen rajanvetoon.

