

Debatten om medvirkningslæren i norsk strafferett

Særlig om Johs. Andenæs' og G. Astrup Hoels bidrag i 1940-årene



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 234

Leveringsfrist: 01.06.2012

Til sammen 39 996 ord

21.05.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Aktualitet	2
1.3	Problemstillinger	3
1.4	Den videre fremstilling	3
<u>2</u>	<u>BEGREPET MEDVIRKNING</u>	<u>4</u>
2.1	Noen grunnbegreper	5
2.2	De ulike medvirkningsbegrepene	6
2.2.1	Bernhard Getz og det ekstensive medvirkningsbegrep	6
2.2.2	Det restriktive medvirkningsbegrep	8
2.2.3	Senere formuleringer av et medvirkningsbegrep	10
2.3	Likheter og ulikheter mellom gjerningsperson og medvirker	11
2.3.1	Objektive sider ved handlemåten	12
2.3.1.1	Om forskjellen mellom forberedelseshandlinger og utførelseshandlinger	12
2.3.1.2	Om årsakskravet kun gjelder for gjerningspersonen	13
2.3.1.3	Andre mulige kriterier for å skille mellom gjerningsmann og medvirker	15
2.3.2	Subjektive sider ved handlemåten	17
2.3.2.1	Om å ville forbrytelsen som sin egen eller en annens	17
2.3.2.2	Om det kreves forsett fra medvirkeren ved forsettlige forbrytelser	18
2.4	Oppsummering	18
<u>3</u>	<u>STRAFF FOR MEDVIRKNING?</u>	<u>20</u>
3.1	Når er medvirkningen straffbar?	20
3.1.1	Skyldkravet	21
3.1.1.1	Særskilt om hensikt	22
3.1.1.2	Avvik mellom medvirkerens forutsetninger og hendelsesforløpet	25
3.1.2	Straffbarhetens nedre grense og rettsstridsreservasjonen	27

3.2	Hvordan skal medvirkningen straffes?	29
3.3	Oppsummering	30
4	<u>MEDVIRKNINGSFORMENE</u>	<u>31</u>
4.1	Skillet mellom fysisk og psykisk medvirkning	33
4.1.1	Hva er fysisk medvirkning?	33
4.1.2	Hva er psykisk medvirkning?	34
4.1.2.1	Særskilt om anstifteren	35
4.1.2.2	Ytterligere om forholdet til den fysiske medvirkning	38
4.1.2.3	Krav til påvirkningen og avgrensningen mot det straffrie	39
4.2	Særlig om passiv medvirkning	40
5	<u>ÅRSAKSFORHOLD</u>	<u>44</u>
5.1	Årsaksforhold som straffbarhetsbetingelse ved begynnelsen av 1900-tallet	44
5.1.1	Kriminallovens ordning	45
5.1.2	Veien frem mot straffeloven av 1902	45
5.1.3	Strafferettslig teori etter vedtakelsen av straffeloven av 1902	47
5.2	De ulike formuleringer av et årsakskrav	49
5.2.1	Betingelselæren	49
5.2.2	Resultatforandringlæren	50
5.2.3	Faktisk medvirkning	50
5.3	Andenæs' og Astrup Hoels kritikk av årsakskravet	51
5.3.1	Drøftelser de lege ferenda	52
5.3.2	Drøftelser av Getz' syn på kriminallovens ordning	53
5.3.3	Drøftelser knyttet til forarbeidene til straffeloven av 1902	54
5.3.4	Drøftelser knyttet til straffeloven	56
5.3.4.1	Drøftelser knyttet til straffeloven § 58	57
5.3.4.2	Drøftelser knyttet til de spesielle bestemmelser i straffeloven	58
5.3.4.3	Drøftelser knyttet til bestemte medvirkningsformer	59
5.4	Årsaksforhold som straffbarhetsbetingelse omkring årtusenskiftet	60

6 AKSESSORITET OG MIDDELBARHET 63

6.1	Medvirkningslærens aksessoriske karakter	64
6.1.1	Kriminallovens ordning og prinsippets begrunnelse	65
6.1.2	Medvirkningens tilknytning til hovedmannen	67
6.1.3	Medvirkningens tilknytning til hovedgjerningen og dens stadium	70
6.1.4	Aksessoritetsprinsippets forhold til gjeldende rett	71
6.2	Begrensninger av aksessoritetsprinsippets konsekvenser	71
6.2.1	Et begrenset aksessoritetsprinsipp	72
6.2.2	Læren om den middelbare gjerningsperson	72
6.2.2.1	Kort om kriminalloven og lærens innhold	72
6.2.2.2	Stillingen etter vedtakelsen av straffeloven av 1902	73
6.2.2.3	Andenæs' vurdering av læren	75
6.2.2.4	Astrup Hoels kritikk av læren	79
6.2.2.5	Læren om den middelbare gjerningsperson etter andre verdenskrig	80

7 LOVENS UTFORMING 81

7.1	Straffebudet nevner medvirkning	83
7.1.1	Har medvirkningstillegget avgjørende betydning bare i spesielle tilfeller?	84
7.1.2	Er kommisjonens plan virkeliggjort i loven?	85
7.1.3	Selve medvirkningsbegrepet og subsumsjonen	86
7.2	Straffebudet nevner noen medvirkningshandlinger	87
7.3	Straffebudet nevner ikke medvirkning	89
7.3.1	Teoretiske oppfatninger forut for Andenæs og Astrup Hoel	89
7.3.2	Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1936 s. 612	90
7.3.3	Andenæs' tilnærming	93
7.3.3.1	En naturlig språklig fortolkning	93
7.3.3.2	Grensen mellom straffebud som nevner og ikke nevner medvirkning	94
7.3.4	Astrup Hoels tilnærming	95
7.3.4.1	Undersøkelser av om lovens program på dette punkt var gjennomført	95
7.3.4.2	Konsekvensene av straffelovens tolkningstilstand	97
7.3.5	Særskilt om medvirkningsansvaret ved uaktsomme handlinger	100
7.3.5.1	Begrepet uaktsomhet og beskrivelse av tolkningsproblemet	100
7.3.5.2	De enkelte bestemmelsene	102
7.3.5.3	Mulige forklaringer på at medvirkning ikke er nevnt	103
7.3.5.4	Konklusjon	106
7.3.6	Andenæs' kritikk mot Astrup Hoels standpunkt	107

7.4	Særskilt om spesiallovgivningen	108
7.5	Kort om medvirkningen som et delictum sui generis	108
7.6	Reformønsker	109
7.7	Gjeldende rett	112
8	<u>AVSLUTNING</u>	<u>116</u>
8.1	Avsluttende bemerkninger særlig knyttet til Andenæs og Astrup Hoel	116
8.1.1	Språk og språklige virkemidler	116
8.1.2	Juridisk argumentasjon	117
8.1.2.1	Omfang, systematikk og oppbygging	117
8.1.2.2	Fokus	117
8.1.2.3	De rettslige standpunkter	117
8.1.2.4	Rettskildebruk og teoretisk påvirkning	118
8.1.3	Avhandlingenes bruk og betydning for ettertiden	119
8.2	Veien videre	121
8.2.1	En modell for vurderingen av medvirkningsspørsmålet	121
8.2.2	Medvirkningslæren og den moderne tid	123
9	<u>KILDELISTE</u>	<u>125</u>
9.1	Lovgivning	125
9.1.1	Eldre norsk lovgivning	125
9.1.2	Nyere norsk lovgivning	125
9.1.3	Traktater	126
9.2	Forarbeider	126
9.3	Rettspraksis	127
9.4	Juridisk litteratur	128
9.5	Diverse andre kilder	132

1 Innledning

Straffbare handlinger kan begås av enkeltpersoner eller av flere personer i et samspill. Når gjerningspersonen, eller gjerningspersonene, ikke har opptrådt alene oppstår spørsmålet om hvordan de medsammensvorne skal bedømmes rettslig sett. Dette er utgangspunktet for medvirkningslæren og denne avhandlingen.

Medvirkerens rolle har opptatt norske jurister i lang tid. Særlig etter Bernhard Getz' prøveforelesning i 1875 "Om den saakaldte delaktighed i forbrydelser" er temaet blitt viet mye oppmerksomhet. Denne interessen, men også uenigheten, skyldes kanskje i særlig grad måten medvirkning er regulert på i straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10 (strl.). Den norske ordningen etter straffeloven av 1902 er vi nemlig alene om. I stedet for å ha generelle bestemmelser om medvirkning i lovens alminnelige del, beror spørsmålet om straff på en tolkning av de enkelte straffebud.

Gjennom straffeloven av 20. mai 2005 (strl. 2005) går lovgiver bort fra denne særegne måten å regulere medvirkningsansvaret på. Strl. 2005 § 15 gir kort og nokså beskjedent uttrykk for at også medvirkeren rammes av straffelovgivningen, hvis det ikke positivt er gjort unntak. Bestemmelsen sier lite om medvirkningsansvarets videre innhold og yttergrenser. Ettersom gjeldende rett videreføres i den nye loven¹, er eldre rettspraksis og teori fortsatt av stor interesse. Et annet poeng er at den nye straffeloven, med unntak av kapittel 16, ennå ikke er trådt i kraft og neppe vil tre i kraft helt med det første.

1.1 Oppgavens tema

Temaet for avhandlingen er debatten om medvirkningslæren i norsk rett, men med særlig fokus på Johs. Andenæs (1912-2002) og Gunnar Astrup Hoel (1896-1968) og deres bidrag tidlig i 1940-årene. Formålet med oppgaven er først og fremst å sammenligne de to forfatterens syn på straffbar medvirkning. I den forbindelse vil deres syn bli satt inn i en videre rettslig sammenheng. Her vil særlig lovforarbeider og andre

¹ Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410.

teoretiske fremstillinger, men også til en viss grad rettspraksis, kunne være til hjelp. Sammenligningen vil i hovedsak skje i lys av 1902-loven, likevel slik at det må knyttes enkelte kommentarer til rettstilstanden og rettsoppfatninger forut for deres arbeider. Selv om oppgaven er ment å ha et tydelig rettshistorisk preg, vil det bli trukket visse paralleller til gjeldende rett. Særlig vil det være aktuelt å peke på de to forfatterens ulike innvirkning på senere teoretiske arbeider og nåværende rettstilstand.

1.2 Aktualitet

En rekke juridiske forfattere har siden Bernhard Getz gitt seg i kast med medvirkningslæren – noen mer grundig enn andre naturligvis. Av rene verk om medvirkning frem til andre verdenskrig står en igjen med Jon Skeie og noe senere Johs. Andenæs og G. Astrup Hoel.² Før de to sistnevnte hadde også Francis Hagerup og Peder Kjerschow skrevet om medvirkningsansvaret, men da som ledd i generelle fremstillinger av strafferetten.³

Grunnen til at sammenligningen først og fremst skjer mellom nettopp Andenæs og Astrup Hoel er todelt. For det første kom deres avhandlinger svært tett, med bare ett års mellomrom, i 1940 og 1941. Dette gir et greit utgangspunkt for en sammenligning – en sammenligning hvor også de øvrige teoretikere vil bli behandlet. For det andre dreier det seg om nokså grundige behandlinger av dette spesifikke emnet. Dette må særlig sies å gjelde Astrup Hoel og hans bok "Delagtighet i forbrydelser: Et sort blad av den norske kriminalret" på 200 sider. Andenæs' artikkel "Av medvirkningslæren i norsk rett" er riktignok en del kortere, men den posisjonen han opparbeidet seg gjennom sitt arbeid for rettsvitenskapen tilsier at han hører hjemme i en slik behandling.

Ut over denne rettshistoriske aktualiteten må det pekes på den aktualiteten medvirkningslæren fremdeles har. Særlig aktuelt er medvirkningsansvarets grenser ved moderne og mer alvorlig kriminalitet. Aktuelt både de lege lata og de lege ferenda – og

² Skeie (1913), Andenæs (1940), Astrup Hoel (1941).

³ Hagerup (1911), Kjerschow (1930), se også Skeie (1937) og Skeie (1946). De gangene det vises til Skeies førsteutgave fra 1937 er det pga. dens noe større omfang eller på grunn av den rettslige argumentasjonens plassering i et rettshistorisk perspektiv. Det gjøres også oppmerksom på Hagerup (1930) ved P. I. Paulsen som det i forhold til originalutgaven i mindre grad vil bli vist til.

nå nylig et tema på Det 39. Nordiske Juristmøtet, hvor Riksadvokat Tor-Aksel Busch tok opp spørsmålet om et utvidet område for straffbar medvirkning.⁴ Det er da også en uttalt målsetning fra riksadvokatembetet at grensene for passiv medvirkning skal utforskes.⁵

1.3 Problemstillinger

Ved selve sammenligningen, må det spørres hva som var Andenæs' og Astrup Hoels oppfatning rundt de ulike emnene og hvordan de begrunnet sine syn. For å finne frem til disse oppfatningene og begrunnelsene må det innledningsvis sies noe om bakgrunnen for hvert av de ulike emnene. Her spiller tidligere teori en viktig rolle ved siden av lov, lovforarbeider og rettspraksis. Etter de fleste av emnene vil det bli trukket linjer til senere juridiske arbeider og til gjeldende rett. Hvilke teoretiske oppfatninger gjør seg gjeldende fremdeles? Hvilken av forfatterne har fått størst gjennomslag – og hvorfor?

1.4 Den videre fremstilling

Den sammenlignende delen av oppgaven er fordelt på seks kapitler og går i stor grad ut på å redegjøre for de ulike teoretiske posisjonene. Innenfor temaene som ble debattert er det i hovedsak lagt opp til en kronologisk gjennomgang som leder fram mot gjeldende rett og straffeloven av 2005.

Helt først må en del begreper avklares (kapittel 2). Deretter kommer spørsmålet om når medvirkningen er straffbar og hvordan den skal straffes (kapittel 3). I kapittel 4 tar jeg for meg de ulike formene for medvirkning, herunder skillet mellom fysisk og psykisk medvirkning. Årsaksforhold og et eventuelt krav om årsakssammenheng omhandles i kapittel 5. Aksessoritetsprinsippet og læren om den middelbare gjerningsperson behandles i kapittel 6. Kapittel 7 er viet den lovtekniske utformingen, samt ønskene om å endre den. Til sist skal det knyttes noen oppsummerende bemerkninger til de to hovedtekstene (kapittel 8). I tillegg vil det bli forsøkt satt opp en modell for vurdering av medvirkningsansvar sett i lys av rettsutviklingen fram til i dag. Noen nyere utfordringer som medvirkningslæren møter vil også bli presentert.

⁴ Busch (2011) s. 21.

⁵ Se senest RA-2012-1.

2 Begrepet medvirkning

*"No held ein mann ein annan under øks og får bane av det,
då skal den som heldt, bøta halv mannsbot for han til frendane hans."*

Slik begynte kap. 60 i Mannhelgebolken i Gulatingsloven.⁶ Strafferettslig medvirkning har som man skjønner røtter langt tilbake i tid. Andre eksempler er Frostatingsloven del IV nr. 42 femte punktum,⁷ Magnus Lagabøters Landslov del IV kapittel 12 nr. 8⁸ og Christian Vs Norske Lov (NL) 6-6-11 hvor det i sistnevnte heter: "Hvo som raader og tilskynder nogen til at gjøre anden Mand Skade, saa at hand derover bliver dræbt, bøde fuld Mandebod trende atten Lod Sølv; Men skeer der anden Skade, da bøde halv saa meget, som den, der Skaden gjorde." Ytterligere viser Skeie til ansvarlighedsloven av 7. juli 1828 § 2 hvor også selve ordet "medvirke" kommer til uttrykk.⁹ Bestemmelsen rettet seg mot statsråder som "maatte foranledige eller medvirke til" de i bokstavene a til l opplistede forgåelser mot staten.

Fra 1842 fikk vi med kriminalloven et eget medvirkningskapittel. Da under benevnelsen "delagtighed". Blant annet het det i femte kapittel § 3 at "Den, som forsætlig har været behjælpelig under Forøvelsen af en Forbrydelse, straffes, som om han selv var Gjerningsmanden, eller efter Omstændighederne med Straf af den Art, der i Strænghed staaer næst efter den, han som Gjerningsmand vilde have forskyldt".

Men hva innebærer egentlig medvirkning – eller delaktighet – i en straffbar handling? Eller for å bruke kriminallovens begrep fra kapittel 5 § 3, hva slags hjelp er det egentlig snakk om? Innledningsvis bør det presiseres at dette kapittelet tar for seg

⁶ Robberstad (1937) s. 183.

⁷ Hagland (1994) s. 71.

⁸ Taranger (1915) s. 52.

⁹ Skeie (1913) s. 40, fotnote 3.

medvirkningsbegrepet uten at det knyttes opp mot de enkelte straffebudenes utforming. Se for øvrig kapittel 7 om forskjellen mellom gruppene av straffebud hvor medvirkning er nevnt og hvor den ikke er nevnt.

2.1 Noen grunnbegreper

Språklig sett betyr medvirkning bistand.¹⁰ For å medvirke til en straffbar handling må man altså bidra til eller bistå ved en annens utførelse av en straffbar handling. Måtene man kan være hjelpelig på er mange. Overlevering av brekkjern til en innbruddstyv, råd om når man burde slå til for å rane en bankfilial og det å stå vakt under en av de nevnte forbrytelsene, er alle eksempler på medvirkning. Som man allerede ser, kan medvirkningen være av både fysisk og psykisk art. Disse formene og en mulig tredje form – passiv medvirkning – vil bli behandlet i kapittel 4. Synonymt med medvirkning er den eldre uttrykksformen delaktighet som Astrup Hoel holdt seg til.¹¹

Beskrivelsen over forutsetter at det finnes en hovedmann og dermed en viss rollefordeling. Både Andenæs¹² og Astrup Hoel¹³ bruker her uttrykket "gjerningsmann", mens Husabø¹⁴ mener at "hovudmann", og dermed "hovudgjering", er mer hensiktsmessige ord for å få frem skillet mellom medvirkeren og den rollemessig mer sentrale hovedmannen. Selv om Husabøs navnevalg har gode grunner for seg, vil begge deler her bli brukt, riktignok gjerne med de mer nøytrale ordene gjerningsperson og hovedovertreder. Av disse synes "gjerningsperson" å være det mest innarbeidede i det alminnelige språket, slik at det er dette jeg i hovedsak vil holde meg til.

Gjerningspersonen er den som oppfyller selve gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, for eksempel han eller hun som begår et ran, se strl. § 267 første ledd. Den som står vakt eller kommer med råd i forkant har en mer tilbaketrasket rolle i forhold til

¹⁰ Se Store norske leksikon, men også Eskeland (2006) s. 197.

¹¹ Begrunnelsen var i stor grad at uttrykket medvirkning kunne gi et feilaktig inntrykk av at det krevdes årsakssammenheng, se Astrup Hoel (1941) s. 23-24.

¹² Andenæs (1940) s. 237, se også Andenæs (1997) kap. 30 flg. hvor forfatteren synes å ha gått over til benevnelsen "hovudmann"

¹³ Astrup Hoel (1941) s. 21, men riktignok i den eldre formen "gjerningsmand".

¹⁴ Husabø (1999) s. 9.

hovedovertrederen, men kan straffes etter § 267 tredje ledd for medvirkning til ran, dersom alle betingelser for straff er oppfylt. Denne begrepsbruken kom klart til uttrykk i Astrup Hoels "Delagtighet i forbrydelser"¹⁵, men også Andenæs må forstås på samme måte. Til hjelp for tanken kan man med Astrup Hoel, i forhold til gjerningspersonen, se for seg gjerningsbeskrivelsen "utformet med henblikk på bare en enkelt optrædende forbryder". Se for øvrig forarbeidene til straffeloven av 2005 som bygger på samme forståelse.¹⁶

Med begrepsparet gjerningsperson og medvirker får man frem den begrepsmessige tilknytningen mellom aktørene. Dette omtales hos Husabø som "ein omgrepsmessig aksessoritet".¹⁷ Fullbyrdet medvirkning forutsetter naturligvis at det finnes en hovedgjerning. Denne åpenbare tilknytningen må ikke blandes sammen med aksessoritetsprinsippet og læren om den middelbare gjerningsperson. Disse spørsmålene går på om medvirkeren kan straffes hvor gjerningspersonen av en eller annen grunn ikke straffes, se kapittel 6.

I dette kapittelet vil jeg i det videre ta for meg de ulike medvirkningsbegrepene, samt de skillelinjene eller sammenhengene som måtte finnes mellom hovedgjerning og medvirkning. Det er særlig ved gjennomgangen av det siste at sammenligningen mellom Andenæs og Astrup Hoel blir aktuell.

2.2 De ulike medvirkningsbegrepene

2.2.1 Bernhard Getz og det ekstensive medvirkningsbegrep

Et hovedspørsmål i norsk rett har vært om man skal operere med et skille mellom aktørene eller om de alle skal anses som gjerningspersoner. Den første i nyere tid til å hevde det siste, var Bernhard Getz (1850-1901). Hans prøveforelesning i 1875 "Om den saakaldte delaktighed i forbrydelser" markerte begynnelsen for det man kan kalle det

¹⁵ Astrup Hoel (1941) s. 22.

¹⁶ NOU 1983:57 s. 129, NOU 1992:23 s. 74 og Ot.prp.nr.90 (2003-2004). Se også Matningsdal (2008) s. 357.

¹⁷ Husabø (1999) s. 9.

ekstensivt *gjerningspersonsbegrep*.¹⁸ Mye av Getz' relativt teoretiske avhandling gikk nemlig ut på å vise at det ikke fantes noen god grunn for å skille mellom hovedovertreder og medvirker. Uten et slikt skille gir det derfor mening å snakke om et ekstensivt, eller utvidet, gjerningspersonsbegrep. Getz' avhandling kunne sies å være et angrep på både kriminallovens ordning og den samtidige, dominerende tyske strafferettsteorien. Astrup Hoel fremhevet senere at "den *teoretiske delagtighetslære* (...) ikke var noget særlig gunstig reformobjekt, idet den bare bestod av Schweigaards og Lassons nøgterne analytisk-deskriptive fortolkningsdrøftelser".¹⁹ Dette forklarte etter Astrup Hoels syn hvorfor Getz' viet den utenlandske, og da særlig den tyske, medvirkningslæren så stor oppmerksomhet.

Bernhard Getz gikk inn på en rekke mulige objektive og subjektive skiller mellom hovedovertreder og medvirker, men konkluderte med at grensen uansett ble vilkårlig.²⁰ Han påpekte allerede tidlig at grensen også manglet "enhver holdbar basis".²¹ Disse drøftelsene er viet et helt kapittel i Astrup Hoels bok fra 1941 og vil bli gjennomgått under i punkt 2.3. Det som allerede her kan nevnes, er at Getz anså alle deltakerne som "ophavsmænd". For å kunne straffes måtte dermed samtlige deltakere stå i et årsaksforhold til forbrytelsen. Andenæs' og Astrup Hoels kritikk av denne siden ved Getz' argumentasjon er nærmere behandlet i kapittel 5, men går noe forenklet ut på at medvirkningen også kan være straffbar når den ikke har virket inn på utførelsen.

Med straffeloven av 1902, hvor Getz var formann i Straffelovkommisjonen, kan det imidlertid hevdes at man i realiteten heller endte opp med et ekstensivt *medvirkningsbegrep*. En slik forståelse finner en viss støtte i strl. § 58 som etter forarbeidene må forstås slik at den omfatter alle aktørene.²² Med et slikt utvidet medvirkningsbegrep har man likevel ikke fjernet seg nevneverdig fra Getz' utgangspunkt. Man tar bare utgangspunkt i en annen av aktørene. Og uansett hvilket begrep som utvides, er poenget at alle deltakerne anses som "ophavsmænd" til

¹⁸ Astrup Hoel (1941) s. 94.

¹⁹ Astrup Hoel (1941) s. 91.

²⁰ Getz (1903) s. 4.

²¹ Getz (1903) s. 5.

²² S.K.M. (1896) s. 99 andre spalte og s. 106 andre spalte.

forbrytelsen og at de alle står i det samme forhold (som hovedovertrederen) når det gjelder årsaksforholdet.²³

2.2.2 Det restriktive medvirkningsbegrep

Som man også kan se av strl. § 58, men da sett i sammenheng med lovens spesielle del, er medvirkning i tillegg brukt i en annen og mer snever betydning. Ved utformingen av de enkelte straffebud har lovgiver nemlig bygd på at det *er* en forskjell mellom hovedgjerning og medvirkning. Ved å bygge på denne forskjellen får man et restriktivt medvirkningsbegrep hvor hovedgjerningen og medvirkningen skilles ut til to ulike kategorier.

Som Astrup Hoel påpekte, kunne medvirkningstilleggene i lovens spesielle del ha vært formulert slik at man fastholdt tanken om at det ikke eksisterte noe skille. For eksempel ved å bruke tillegget "saavel som enhver anden der medvirker hertil".²⁴ Men ettersom loven uttrykker seg som den gjør, skaper den et problem i forhold til sitt eget teoretiske utgangspunkt om at det ikke finnes noe skille. Dette problemet vies oppmerksomhet i kapittel 7 om den lovtekniske utformingen.

Mens Astrup Hoels bok var et uttalt angrep på Getz' lære og ga uttrykk for revisjonsbehov,²⁵ var Andenæs noe mer forsiktig i vendingene. Men også han uttrykte seg i klartekst om det uholdbare ved å utviske skillet mellom hovedovertreder og medvirker. Siden begrunnelsen for denne utviskingen var "tesen om alle årsaksmomenters likeverdighet", mente Andenæs at utviskingen hvilte på "skrøpelig grunnlag".²⁶ Deretter viste Andenæs at forutsetningene om at alle forbrytelser består i forårsakelse av et bestemt resultat og at medvirkeren alltid står i et årsaksforhold til resultatet, er lett angripelige. Selv om forutsetningene skulle få stå, påpekte han at det

²³ Getz (1903) s. 48.

²⁴ Astrup Hoel (1941) s. 149.

²⁵ Astrup Hoel (1941) s. 17-19. Se blant annet forfatterens omtaler av Getz' teoretiske fremstilling som "ubrukbar som lovgrunnlag" med sine "fundamentale feil og skjævheter". Se også den billedlige kritikken på s. 98 hvor uttrykket "stratosfærisk tankegang" brukes.

²⁶ Andenæs (1940) s. 239.

ikke kunne sluttes noe om det rettslige skillet.²⁷ Dette på grunn av at årsaksforholdet bare er et av flere objektive elementer ved vurderingen av straffverdigheten. Videre fremheves den "karakteristisk[e] gjennomsnittsforskjell[en]" mellom gjerningsperson og medvirker.²⁸ Det Andenæs tenkte på her, var folks umiddelbare oppfatning og "mer følelsesbetonte vurdering". Han sammenlignet deltakerne i en forbrytelse med de ulike rolleinnehaverne på en scene, og han viste etter hvert at hovedovertrederen fremstår som en "farligere person" enn medvirkeren. Og også en person med større "antisosial besluttsomhet". Andenæs mente således at han var på linje med den alminnelige rettsfølelse ved å argumentere for at det faktisk er et skille mellom de ulike deltakerne i en forbrytelse.

Den samme rollefordelingen som Andenæs er inne på, fremheves også av Astrup Hoel som la stor vekt på den kvalitative forskjellen mellom de ulike bidragene.²⁹ Astrup Hoel uttrykte at kun én har utført selve gjerningen, mens de andre bare har influert på personens vilje eller evne til å begå forbrytelsen. Videre ble "den faktiske, reale forskjell i de underliggende kjendsgjerninger" fremhevet.³⁰ Med dette utgangspunktet kunne ikke Astrup Hoel se hvordan man kunne la være å skille mellom de ulike deltakerne. Selv ikke abstrakte betraktninger, som hos Getz, kunne rokke ved dette "helt iøiefaldende, helt selvsagte og ubestridelige". En måtte nærmest kunne si at forskjellen mellom deltakerne lå i sakens natur.

Som vi ser, var både Andenæs og Astrup Hoel klare på at det var et skille mellom hovedovertrederen og medvirkeren. Derfor kan de også begge tas til inntekt for det restriktive medvirkningsbegrepet hvor medvirkningen nettopp er noe kvalitativt annet enn hovedhandlingen. Det er likevel ikke til å komme bort i fra at dette var et gradsspørsmål som voldt visse vanskeligheter i praksis.³¹ Overgangen fra medvirkning

²⁷ Andenæs (1940) s. 240.

²⁸ Andenæs (1940) s. 240-241.

²⁹ Astrup Hoel (1941) s. 21.

³⁰ Astrup Hoel (1941) s. 24.

³¹ Andenæs (1940) s. 241 og Astrup Hoel (1941) s. 24-25.

til hovedhandling var flytende, og dette var de skjønt enige om. Ei heller kan det være noen tvil om at dette må oppfattes på samme måte i dag.³²

Selv om man faller ned på et restriktivt medvirkningsbegrep, er ikke alt sagt. Begrepet medvirkning må analyseres videre. For som Astrup Hoel fremhever så kan ikke det terminologiske skillet "opfattes som noen trylleformel der løser den uundgåelige tvil i de svævende overgangstilfælde".³³ De objektive og subjektive skillelinjene behandles i punkt 2.3 under. Andre sider ved den straffbare medvirkningen i de øvrige kapitlene.

2.2.3 Senere formuleringer av et medvirkningsbegrep

Husabø har i "Straffansvarets periferi" drøftet også andre medvirkningsbegreper enn de som er omtalt over.³⁴ Disse tre vil kort bli behandlet her da de kan bidra til å fastlegge begrepet i noe større grad enn bare ved å skille mellom de ulike deltakerne.

Med et reelt medvirkningsbegrep må skillet fastlegges etter hvor vesentlig rolle de ulike deltakerne har hatt. Spørsmålet blir hvem som har hatt det største ansvaret og dermed er mest straffverdig.³⁵ Foruten de straffutmålingsmessige fordelene, er begrepet lite oppklarende og nokså vagt. Den reelle forskjellen er likevel fremtredende ved argumentasjonen for at det faktisk er et skille mellom hovedovertrедeren og medvirkeren, se punkt 2.2.2 over.

En annen måte å definere medvirkning på er negativt i forhold til hovedgjerningen.³⁶ Altså er medvirkning handlemåter som faller utenfor gjerningsbeskrivelsen. Som Husabø fremhever er problemet med dette begrepet at medvirkning i mange tilfeller favner langt snevrere enn det som er vanlig ut fra alminnelig språklig forståelse. Altså blir flere å omtale som hovedovertrедere enn det som er naturlig. Dette skyldes først og fremst "det naturlige fortolkningsprinsipp" som er grunnen til at mange straffebud

³² Bratholm (1980) s. 313.

³³ Astrup Hoel (1941) s. 25.

³⁴ Husabø (1999) s. 36 flg.

³⁵ Husabø (1999) s. 36-37.

³⁶ Husabø (1999) s. 37-40.

tolkes nokså vidt. Ytterligere sier begrepet bare hva medvirkning *ikke* er. Altså er man på noen måter like langt.

Med de utilfredsstillende resultatene av drøftelsene av de foregående begrepene, peker Husabø på behovet for et materielt medvirkningsbegrep.³⁷ Oppgaven er å avgrense straffbar medvirkning både oppad mot hovedgjerning og nedad mot det straffrie. Husabø konkluderer med at det trengs et begrep som både referer seg til "skilnader og sammenhengar av faktisk art" mellom de to grupper av aktører. Disse skillelinjene – og sammenhengene – er altså gjenstand for videre behandling under.

Allerede her må det fremheves at grensen nedad også har en klar side til skyldspørsmålet. Mange handlinger kan rent objektivt oppfattes som medvirkningshandlinger uten at vedkommende straffeforfølges av den grunn.³⁸

2.3 Likheter og ulikheter mellom gjerningsperson og medvirker

Når de objektive og subjektive forholdene deltakerne i mellom skal behandles, er det naturlig å begynne med Bernhard Getz' syn på saken. Grunnen til det er at han var den første i Norge til å hevde at det ikke fantes noen grunn til å skille mellom gjerningsperson og medvirker, men også fordi han i den forbindelse gjennomgikk enn rekke mulige kriterier for å kunne skille. Under vil jeg derfor skissere, emnevis og kortfattet, hvorfor Getz mente at man ikke kunne operere med noe begrepsmessig skille. Deretter vil Andenæs' og Astrup Hoels betraktninger bli trukket inn. Sistnevntes avhandling danner der det naturlige utgangspunkt siden han som nevnt benyttet et eget kapittel på å kritisere Bernhard Getz' avhandling.³⁹ Men selv med Getz' nokså grundige gjennomgang blir det igjen enkelte viktige kriterier å drøfte i lys av Andenæs' og Astrup Hoels arbeider. Bernhard Getz' gjennomgang av de mulige skillene er delt i fire delkapitler som angår den objektive siden ved handlemåten og et delkapittel som angår den subjektive.

³⁷ Husabø (1999) s. 40-41.

³⁸ Se punkt 3.1.2.

³⁹ Astrup Hoel (1941) kapittel III.

2.3.1 Objektive sider ved handlemåten

2.3.1.1 Om forskjellen mellom forberedelseshandlinger og utførelseshandlinger

Getz begynte undersøkelsene sine med å se på henholdsvis forberedelses- og utførelseshandlingene.⁴⁰ Etersom forberedelseshandlinger i seg selv ikke var straffbare – og som utgangspunkt ikke er det nå heller – kunne dette være en begrunnelse for at kriminalloven av 1842 hadde et særskilt kapittel om medvirkning.⁴¹ Getz fant likevel at dette ikke var tilfelle. Medvirkernes handlinger fant han nemlig å være "ligesaa meget utførelseshandlinger som gjerningsmandens".⁴² For Getz ble det derfor feil å skulle skille mellom de ulike handlingsformene. Fordi man ikke kunne "pege paa visse arter handlinger som i sig selv forberedende, andre som i sig selv utførende", var ikke forskjellen "objektiv" slik Getz så det. Altså måtte "enhver handling, hvorved en betingelse for en retskrænkelses indtræden sættes (...) uanseet sin art, være en udførelse af selve forbrydelsen".⁴³ Med samlekategori "utførelseshandlinger" mente Getz å ha funnet en åpenbar likhet og ikke et skille mellom deltakerne.

Gunnar Astrup Hoel trakk på sin side frem "den faktiske, *kvalitative* forskjell i handlemåte".⁴⁴ Dette var et av tre hovedpunkter i kritikken mot Getz, og Astrup Hoel mente med dette at det var en helt "grundlæggende" og "iøinefaldende" forskjell mellom de ulike bidragene til en forbrytelse.⁴⁵ Dette ble eksemplifisert ved å peke på den "oplagt[e] og indlysende" forskjellen mellom å låne ut et skytevåpen og å avfyre det dødbringende skuddet. For Astrup Hoel var det "den instinktive erkjendelse herav" som nødvendiggjorde særskilte regler om medvirkning.⁴⁶

Også Johs. Andenæs trakk frem det han beskrev som den "karakteristiske[e] gjennomsnittsforskjell[en]" – en forskjell gjenspeilet i "den umiddelbare, ureflekterte

⁴⁰ Getz (1903) kapittel II.

⁴¹ Getz (1903) s. 8.

⁴² Getz (1903) s. 9.

⁴³ l.c.

⁴⁴ Astrup Hoel (1941) s. 98 under pkt. 3 om "Getz' fundamentale feil".

⁴⁵ Astrup Hoel (1941) s. 99.

⁴⁶ l.c.

oppfatning".⁴⁷ Som man ser, er formuleringene slående like hos de to forfatterne, og det synes også i dag vanskelig å argumentere mot at det er en reell forskjell mellom de ulike handlingene som bidrar til en forbrytelse. Vi er således tilbake ved den rollefordelingen som ble pekt på ovenfor i punkt 2.2.2, og som også finner sted på teater, i filmer osv.

Astrup Hoels videre kritikk av Getz gikk på forberedelseshandlingene.⁴⁸ Han mente det var feil av Getz å tillegge tilhengerne av det begrepsmessige skillet mellom hovedmann og medvirker det syn at medvirkerne kun foretok forberedelseshandlinger.⁴⁹ Astrup Hoel pekte videre på at siden det ble skilt mellom hovedgjerning og medhjelp under utførelsen i både lovgivningen og rettspraksis, så skulle det tilsi at skillet måtte være knyttet til "noget andet enn motsætningen mellem forberedelse og utførelse".⁵⁰ Hovedpoenget var her at motsetningen ikke bestod i "utførelse til forskjel fra forberedelse, men *én art utførelse i motsætning til en anden art utførelse*". Man kan for eksempel tenke seg at en skaffer tennvæske, mens den andre tenner på huset. Det sentrale var for Astrup Hoel "her som ellers den kvalitative forskjel mellem handlingene".⁵¹ Getz strev for å vise at medvirkerne foretok utførelseshandlinger var slik Astrup Hoel så det unødvendig. Begrunnelsen for dette var at medvirkeren ved å skaffe tennvæsken, for sin egen del, passerte forberedelsens stadium. Med andre ord var medvirkningshandlingen fullbyrdet.

2.3.1.2 Om årsakskravet kun gjelder for gjerningspersonen

De to neste av Getz' delkapitler gikk ut på å vise at både hovedmannen og medvirkerne måtte regnes som "ophavsmænd" til forbrytelsen, og at de dermed måtte stå i årsaksforhold til forbrytelsen for å kunne straffes.⁵² Getz mente etter dette at heller ikke årsakskravet kunne begrunne noe skille mellom gjerningsperson og medvirker.⁵³

⁴⁷ Andenæs (1940) s. 240.

⁴⁸ Det tredje hovedpunktet mot Getz behandles nedenfor i punkt 2.3.1.3.

⁴⁹ Astrup Hoel (1941) s. 104.

⁵⁰ I.c.

⁵¹ Astrup Hoel (1941) s. 105.

⁵² Getz (1903) kapittel III og IV.

⁵³ Getz (1903) særlig klart til uttrykk i siste avsnitt på s. 35.

Som antydnet ovenfor, mente Andenæs og Astrup Hoel at medvirkningen også kunne være straffbar når den ikke hadde innvirket på utførelsen. Kritikken av Getz på dette punkt behandles nedenfor i kapittel 5. Selv om de begge var uenige med Getz, kunne denne uenigheten åpenbart ikke tolkes dit at årsakskravet var egnet som et skille mellom gjerningsperson og medvirker. Medvirkeren kan naturligvis – i likhet med hovedmannen – sette en nødvendig betingelse for en forbrytelses utførelse, eller i det minste bidra til at den skjer på en noe annen måte enn om han ikke hadde bidratt. Altså må Getz få rett i at kriteriet ikke egner seg for å skille, men med en ganske annen begrunnelse.

En annen ting er at gjerningspersonen, etter mitt skjønn, i årsakssammenheng typisk står nærmere forbrytelsens utførelse enn medvirkeren. Dermed vil årsaksforholdet i praksis ofte ha stor betydning for avgjørelsen av hvilken merkelapp man skal sette på de forskjellige deltakerne. En som har hatt lite å si for forbrytelsens utførelse, vil gjerne bli karakterisert som medvirker. Samtidig vil den som tenner på lunta, avfyre skuddet osv. gjerne bli sett på som hovedmann. Det er likevel ikke noen automatikk i dette. I en del tilfeller har en deltaker gjort så mye at han må anses som hovedmann uten selv å ha utført det siste og avgjørende ledd i årsaksrekken. Årsaksforholdet kan etter dette sies å være et moment ved bedømmelsen av den enkelte deltakers rolle, men intet anvendelig skille mellom hovedmann og medvirker.

I nær tilknytning til årsaksforholdet står tidsmomentet. Medvirkerens handling sett i forhold til en tidslinje, vil typisk strekke seg fra det straffrie, via medvirkning før hovedgjerningen til medvirkning under selve utførelsen. Jo nærmere man kommer selve utførelsen i tid, jo enklere vil det være å argumentere for at utførelsen skjedde i samvirke mellom to eller flere gjerningspersoner. Har man for eksempel vært med under hele planleggingen av et drap og nærmest holdt gjerningspersonen i hånda under utføringen, vil man enklere bli bedømt som gjerningsperson enn om bistanden slutter på et tidligere tidspunkt. Minst like vanskelig, og av stor strafferettslig betydning, er spørsmålet om medvirkningens nedre grense og spørsmålet om skyld, se kapittel 3.

2.3.1.3 Andre mulige kriterier for å skille mellom gjerningsmann og medvirker

Ettersom årsaksforholdet alene ble funnet å være et uegnet kriterium for skillet, både av Getz og de etterfølgende forfattere, må også andre mulige kriterier drøftes. For som Andenæs skrev, er årsaksforholdet bare et av flere objektive momenter ved straffverdighetsbedømmelsen.⁵⁴

Getz siste delkapittel angående den objektive siden handlet om "den ydre retmæssige handling".⁵⁵ Synspunktet hans var at for samtlige deltakere måtte handlingen mangle en ytre rettmessig karakter. Det vi i dag vil kalle rettsstridsreservasjonen var altså heller ikke egnet til å skille mellom gjerningsperson og medvirker. For Astrup Hoel fremstod hele dette kapittelet som noe feilplassert. Han fremhevdde at rettsstridsreservasjonen kun gjaldt "et gjennomgående praktisk bedømmelsesprincipp" som ikke hadde noe med "teoretisk likhet eller ulikhet at gjøre".⁵⁶ Rettsstridsreservasjonen måtte med andre ord sies å gjelde generelt, slik at både hovedmannen og medhjelperen i visse tilfeller kunne nyte godt av den. Andenæs' og Astrup Hoels syn på rettsstridsreservasjonen behandles under i punkt 3.1.2.

For Andenæs var foruten årsaksforholdet også middelet og handlingsmåten viktige momenter for straffverdigheten og dermed beskrivelsen av skillet mellom hovedmann og medvirker.⁵⁷ Det var etter dette at Andenæs fremhevdde "den karakteristisk[e] gjennomsnittsforskjell[en]" mellom de to kategorier av deltakere. Det Andenæs videre pekte på var forskjellen i farlighet. Medvirkningshandlingene fremstår jo normalt som mindre farlige enn selve gjerningen, det være seg i både middel og måte. Man kan ta psykisk medvirkning til drap som eksempel og med Andenæs si at "hovedmannen har avlagt bevis på en større evne til forbrytersk aktivitet enn den som stående mer i periferien har ydet sin hjelp, han er derfor generelt sett en farligere person enn denne".⁵⁸

⁵⁴ Andenæs (1940) s. 240.

⁵⁵ Getz (1903) kapittel V.

⁵⁶ Astrup Hoel (1941) s. 122.

⁵⁷ Andenæs (1940) s. 240.

⁵⁸ Andenæs (1940) s. 240.

Samlet sett kunne det være fristende å si at årsaksforhold, tidsforhold, middel, handlingsmåte og farlighet sier noe om omfanget eller dimensjonen av de enkeltes bidrag. Jo større omfanget av en handling er, jo nærmere er man hovedgjerningen. Motsatt kunne man si at man er et stykke unna hovedgjerningen når forbrytelsen bare i liten grad fremmes ved handlingen.

Selv om medvirkningshandlinger ofte kjennetegnes med at de letter eller fremmer hovedgjerningen⁵⁹, fremstår det likevel som nokså klart at det ikke kan oppstilles noe klart skille mellom gjerningsperson og medvirker. Som Astrup Hoel skrev, er det en glidende overgang mellom de to gruppene av deltakere.⁶⁰ Grensen måtte dermed "skapes gjennom konkrete retslige beslutninger". Et slikt begrepsmessig skille var altså Getz en stor motstander av, og han mente at grensen fremstod som "vilkaarlig".⁶¹ Det andre av Astrup Hoels tre hovedpunkter i kritikken av Getz gikk nettopp ut på å vise at denne gradforskjellen slettes ikke var uholdbar, men særdeles praktisk og vanlig innen for jussen. Han sammenlignet nokså treffende tilfellet med skillet mellom blant annet forsett og uaktsomhet og tilregnelighet og utilregnelighet, før han fremhevdde at det hele tiden "kun er tale om flytende kategorier som glir gradvis over i hinanden, men som ikke desto mindre er uundværlige fordi de i hovedsaken markerer en bestemt motsætning".⁶² Også Andenæs var enig i dette ankepunktet ved Getz' avhandling. For han var graderingen "et utpreget hensiktsmessighetsspørsmål, intet prinsippsspørsmål", og den flytende overgangen lot seg da også greit forsvare under vår straffelovs relativt vide strafferammer.⁶³

I Astrup Hoels tredje hovedpunkt pekte forfatteren på at gjerningspersonsbegrepet ikke var noe fasttømret begrep, slik som Getz hadde hevdet.⁶⁴ Astrup Hoel viste til forskjellen når det var bare en og når det var flere involverte i en forbrytelse. I disse

⁵⁹ Husabø (1999) s. 45 drøfter dette som et mulig kriterium for å skille.

⁶⁰ Astrup Hoel (1941) s. 100, se også Bratholm (1980) s. 313.

⁶¹ Getz (1903) s. 4.

⁶² Astrup Hoel (1941) s. 101.

⁶³ Andenæs (1940) s. 241.

⁶⁴ Astrup Hoel (1941) s. 101.

tilfellene fikk begrepet gjerne en henholdsvis utvidet og innsnevret bruk.⁶⁵ Et annet poeng var forskjellen på den byrden forbryterne tok på seg.⁶⁶ Synspunktet er det samme som Andenæs var inne på da han formulerte det slik at hovedmannen viser "en større antisosial besluttsomhet" enn medvirkeren.⁶⁷ Medvirkeren på sin side, overlater "til en annen å ta den siste og endelige avgjørelse" (...) [og] lesser så å si en del av sin ansvarlighet over på den umiddelbare gjerningsmann".⁶⁸

Astrup Hoel utdyper dette noe senere ved å vise til forskjellen i ansvar. I kritikken av Getz sammenlignet han de to grupper av deltakere og beskrev den slik at mens gjerningspersonen føler at det avhenger av han alene, så får medvirkeren "sin hele mentale indstilling præget av det faktum at han har overtat en underordnet og mindre betydningsfull rolle; han har lagt foretagendets skjæbne i en andens hånd, hans tanker og følelser er av den halvt passive art".⁶⁹ Andenæs og Astrup Hoel var således enige i at det er en viss forskjell mellom hovedmann og medvirker også når det gjaldt denne mer psykologiske delen av de objektive sider. Og med dette går vi over til de rent subjektive sider ved handlemåten.

2.3.2 Subjektive sider ved handlemåten

2.3.2.1 Om å ville forbrytelsen som sin egen eller en annens

Bernhard Getz hadde i århundret før både fremstilt og forkastet det subjektive skillet som hvilte på betraktingen om at "gjerningsmanden vil gjerningen som sin egen, den delagtige som en fremmed, som gjerningsmandens".⁷⁰ Blant annet mente han at en slik forutsetning ville bringe en tilbake til det uholdbare skillet mellom forberedelses- og utførelses handlinger. Dette gjennom resonnementet at "hjælperen vil, at de

⁶⁵ Astrup Hoel (1941) s. 102.

⁶⁶ Astrup Hoel (1941) s. 102.

⁶⁷ Andenæs (1940) s. 241.

⁶⁸ Andenæs (1940) s. 241.

⁶⁹ Astrup Hoel (1941) s. 122-123.

⁷⁰ Getz (1903) s. 72, se mer generelt kapittel VI i sin helhet.

handlinger, som udføres af ham, skal være forberedende, og at de udførende handlinger skal udføres af en anden".⁷¹ Denne inndelingen var som nevnt uholdbar slik Getz så det.

Astrup Hoels kommentar til dette var at til tross for at betraktningen om et slikt skille i mange tilfeller viste seg fruktbar, kunne den "aldrig med rette gjøre krav på at danne noget almengyldig kriterium" for skille mellom gjerningsperson og medvirker. Men uansett om man fant å forkaste eller anerkjenne betraktningen om å ville gjerningen som sin egen eller som en annens, var det for Astrup Hoel klart at det også på den subjektive side var en viss forskjell deltakerne imellom. Her kan det kan trekkes visse paralleller til poenget ovenfor om forskjell i ansvar.

2.3.2.2 Om det kreves forsett fra medvirkeren ved forsettlige forbrytelser

Til sist spurte Getz seg om en forskjell kunne gå ut på at det ikke krevdes forsett ved medvirkning til forsettlige forbrytelser. I tråd med gjeldende rett kom han imidlertid til at medvirkerens handlinger måtte følge skyldkravet til hovedgjerningen.⁷² På dette punktet kunne ikke Astrup Hoel la være å gi noen kommentarer. Her var kriminalloven klar på at det måtte kreves forsett også fra medvirkeren, se kriminalloven kapittel 5 § 1. Det var derfor nokså uforståelig for Astrup Hoel at Getz ville inngi seg på en lengre teoretisk drøftelse med flere utenlandske forfattere.⁷³ Selv om ikke Getz hadde gått inn i rollen som forarbeidsforfatter da han holdt sin prøveforelesning i 1875, må hans komparative undersøkelser åpenbart berømmes. En annen ting er spørsmålet om hvor lett det er å skille mellom Getz' drøftelser de lege lata og de lege ferenda.

2.4 Oppsummering

Punktene ovenfor om de objektive og subjektive skiller vil ha vist at det var – og er – både likheter og ulikheter mellom gjerningsperson og medvirker. Forskjellen mellom deltakerne ble fremhevet av både Andenæs og Astrup Hoel. Samtidig pekte de på vanskene med å skille mellom dem.⁷⁴ Problemet angår det indre forholdet mellom gjerningsperson og medvirker – og selvsagt er likhetene tilstede, akkurat slik som Getz

⁷¹ Getz (1903) s. 73.

⁷² Getz (1903) s. 85.

⁷³ Astrup Hoel (1941) s. 124-125.

⁷⁴ Astrup Hoel (1941) s. 123, men også Andenæs (1940) s. 241.

ønsket å påvise. Astrup Hoels innvendig var likevel at Getz la for mye i likhetene. Etter å ha fremhevet den kvalitative forskjellen, gikk han så langt som til å sammenligne Getz med Erasmus Montanus: "Med samme ret som Getz "beviser" at de delagtige er gjerningsmænd, kunde man si: "En sten kan ikke flyve, Mor Nille kan ikke flyve, ergo er Mor Nille en sten"". ⁷⁵

Ettersom nyere teori, praksis og lovgivning helt tydelig forholder seg til at det er et skille, må grensene for straffbar medvirkning ytterligere undersøkes. Dette behovet gjøres særlig klart ved at medvirkningsansvarets innhold videreføres med 2005-loven. ⁷⁶ Dette kapittelet har i hovedsak tatt for seg hva som forstås med begrepet medvirkning, særlig i relasjon til hovedmannen. Det har da vært grensen oppad som har vært i fokus. Vi har også sett at medvirkningen kan være av ulik art og av ulikt omfang. Samtidig har kapittelet vist relativt stor teoretisk enighet mellom Andenæs og Astrup Hoel. I det videre er det medvirkningens grense nedad og medvirkning mer isolert sett som står i fokus. Viktige sider for den videre sammenligningen vil etter dette være medvirkningsformene, årsaksforhold, aksessoritet og lovens utforming.

⁷⁵ Astrup Hoel (1941) s. 100. Det ble for øvrig tidlig skilt mellom gjerningsperson og medvirker i rettspraksis, se f.eks. Rt. 1909 s. 142 (særlig tredje avsnitt).

⁷⁶ Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410 og Matningsdal (2008) s. 358.

3 Straff for medvirkning?

"Den, som forsætlig har været behjælpelig under Forøvelsen af en Forbrydelse, straffes, som om han selv var Gjerningsmanden, eller efter Omstændighederne med Straf af den Art, der i Strænghed staaer næst efter den, han som Gjerningsmand vilde have forskyldt."

Sitatet over er hentet fra kriminalloven av 1842 § 3 som ved siden av å ta for seg skyldkravet også ga retningslinjer for straffutmålingen. Tema for dette kapittelet er dels når og dels hvordan medvirkning skal straffes. Foruten noen spesielle sider ved skyldspørsmålet behandles straffbarhetens nedre grense. Straffutmålingen ved medvirkning omtales kort i punkt 3.2.

3.1 Når er medvirkningen straffbar?

For å kunne straffes må de fire straffbarhetsvilkårene være oppfylt. For det første må lovprinsippet være oppfylt, se Grunnloven § 96.⁷⁷ Dette innebærer at forbryteren må ha brutt et straffebud. Det må altså finnes en bestemmelse som passer på den aktuelle handlingen. Dette vilkåret tas opp til videre behandling i kapittel 7. Videre må det ikke foreligge noen straffrihetsgrunn. Straffrihetsgrunner er blant annet nødverge og nødrett. Denne straffbarhetsbetingelsen er ikke gjenstand for noen generell gjennomgang her, men det skal nedenfor undersøkes hva Andenæs og Astrup Hoel mente om rettsstridsreservasjonen, da dette var noe som ble drøftet av dem begge. Straffbarhetsvilkår nummer tre er tilregnelighet. For å kunne straffes må forbryteren være en strafferettslig tilregnelig person. Dette er heller ikke emne for sammenligningen her, men går ut på at vedkommende på handlingstidspunktet verken kan ha vært under den kriminelle lavalder, psykotisk, psykisk utviklingshemmet i høy grad eller rammet av sterk bevissthetsforstyrrelse på grunn av noe annet enn

⁷⁷ Se også EMK art. 7.

selvforskyldt rus.⁷⁸ For det fjerde kreves det subjektiv skyld. Om skyldkravet må det sies noe mer av generell art enn om de øvrige vilkår. For øvrig vises det til juridisk litteratur om strafferettens alminnelige del og straffeloven av 2005 kapittel 3 som på en meget ryddig måte får frem straffbarhetsvilkårene.

3.1.1 Skyldkravet

Kapittel 2 om medvirkningsbegrepet tok i all hovedsak for seg medvirkerens objektive atferd. Det samme vil i stor grad gjelde kapittel 4 om medvirkningsformene. Det som i det videre står i fokus er skyldkravet, men da noen mer spesielle sider ved det. Dette dreier seg om tilfellene hvor det kreves en videregående hensikt og hvor det oppstår et avvik mellom det medvirkeren forutsatte og det endelige resultatet. Før det gjøres rede for disse særspørsmålene, må det sies noe om selve skyldkravet og dekningsprinsippet.

Det er ikke nok at man rent faktisk og objektivt sett har bidratt ved en forbrytelse. For å kunne straffes må medvirkeren ha utvist tilstrekkelig grad av skyld. Hovedregelen etter straffeloven § 40 første ledd er at det kreves forsett, og for øvrig må kravet fastsettes ved en tolkning av det enkelte straffebud.⁷⁹ Ved siden av skyldformen forsett kan uaktsomhet medføre straffansvar.⁸⁰ Når det gjelder forsett kan det skilles mellom fire undergrupper: 1) Hensiktsforsett: Medvirkeren har tilsiktet følgen. 2) Visshetsforsett: Medvirkeren har holdt følgen som sikker. 3) Sannsynlighetsforsett: Medvirkeren har holdt følgen som mest sannsynlig. 4) Eventuelt forsett: Medvirkeren har godtatt følgen i sin bevissthet og dermed akseptert følgen, ikke bare risikoen.⁸¹

Forsettet må dekke alle de momenter som gjør handlingen til en forbrytelse eller forseelse, altså hele det objektive gjerningsinnhold. Det omtales gjerne som dekningsprinsippet.⁸² Prinsippet innebærer at forsettet må dekke alle følger som

⁷⁸ Se i denne tilknytning diskusjonen rundt aksessoritet og middelbarhet i kapittel 6.

⁷⁹ Se også strl. § 40 annet ledd om unnlattelsesforseelser.

⁸⁰ Se strl. § 40 første ledd. Spørsmålene knyttet til uaktsomhet er utskilt til punkt 7.3.5.

⁸¹ Slettan (2001) s. 112-113. Se også strl. 2005 § 22 med tre hovedformer hvor visshetsforsettet fremtrer som en særskilt form for sannsynlighetsforsett.

⁸² Andenæs (2004) kapittel 21.

straffebudet nevner og de øvrige ledd.⁸³ Medvirkeren må for eksempel ha hatt forsett om å medvirke til en annens død, ikke bare skade ham, for å kunne straffes etter strl. § 233. Ytterligere må medvirkeren, for at straff etter strl. § 257 skal kunne komme på tale, ha visst at gjenstanden for tyveriet tilhørte en annen.

3.1.1.1 Særskilt om hensikt

Hensikt er en kvalifisert skyldform⁸⁴ som ved enkelte straffebud kreves i tillegg til den skyldformen som må dekke selve gjerningsbeskrivelsen. Ved simpelt tyveri kreves for det første forsett i forhold til "å bortta en gjenstand som helt eller delvis tilhører en annen".⁸⁵ Videre er det oppstilt et krav om at dette gjøres i vinnings hensikt. Dette innebærer et krav om såkalt "subjektivt overskudd". Det kreves altså en videregående hensikt ut over det at forsettet dekker hele gjerningsbeskrivelsen.

Når det gjelder medvirkeren er spørsmålet, for eksempel ved tyveri, om den som har "ydet medhjelp ved borttagelsen, nødvendigvis må ha den samme hensikt for at kunne straffes for delagtighet i tyveri".⁸⁶ Spørsmålet er med andre ord om det ved tyveri kreves vinnings hensikt også for medvirkeren – eller om det holder at hans eller hennes hensikt for eksempel er å påføre eieren et økonomisk tap.

Andenæs gikk ikke inn på dette spørsmålet i sin avhandling fra 1940, men det gjorde Astrup Hoel kort tid etter. Sistnevnte konkluderte ikke endelig de lege lata for tyveriets del⁸⁷, men fremhevet at det ikke i alle tilfeller *kunne* være avgjørende om medvirkeren hadde en slik videregående hensikt. Som eksempel på dette viste han til kravet om utgivelseshensikt i bestemmelsen om pengefalskneri.⁸⁸ Videre mente han at dette mer

⁸³ Det kan for ordens skyld nevnes at det gjøres enkelte unntak fra regelen for det som benevnes som "objektive overskudd", se Andenæs (2004) s. 224-230, se § 42 fjerde ledd (verdi/beløp), § 43 (straffskjerpene følger) og de rent objektive straffbarhetsbetingelser (se eksempelvis §§ 195 og 285).

⁸⁴ En annen kvalifisert skyldform er overlegg. Ved overlegg kreves det at lovovertrederen har veid for og i mot, se Slettan (2001) s. 115, jfr. strl. §§ 231 og 233.

⁸⁵ Se strl. § 257 første ledd.

⁸⁶ Astrup Hoel (1941) s. 45.

⁸⁷ Astrup Hoel (1941) s. 142 får frem forfatterens syn på spørsmålet de lege ferenda, se nedenfor.

⁸⁸ Se strl. § 174 første ledd, alternativet "eftergjør (...) gangbare Penge i Hensigt at udgive dem (...) eller som medvirker hertil"

generelt heller ikke *burde* være avgjørende for spørsmålet om straff. Astrup Hoel så ut til å begrunne dette med straffverdigheten av handlingen uten at begrunnelsen var spesielt omfattende:

"Straffen for pengefalsk forutsætter således eftergjørelsen av gangbare penger "i hensigt at utgi dem". Dersom nu A, mot et forhåndshonorar i ekte mynt, lærer B hvorledes falske penger kan lages, kan han umulig ha til hensigt *selv* at utgi dem (idet det forutsættes at ligge utenfor partenes avtale). Heller ikke er det hans hensigt at B skal utgi dem; det er ham likegyldig hvad B i så henseende foretar. Ikke desto mindre må han efter mit skjøn være strafbar for medvirkning til pengefalsk, når han bare har været vidende om at falske penger efter al sandsynlighed vilde bli utgit, og har subjektivt vedtat denne følge av sin handlemåte, med andre ord når hans forsæt har strukket sig så vidt".⁸⁹

Selv om hensiktsproblematikken ikke ble tatt opp av Andenæs i 1940, ble den systematisk gjennomgått allerede i den første utgaven den alminnelige strafferetten.⁹⁰ Det første Andenæs der gjorde var å fastslå at det riktige måtte være å ta utgangspunkt i lovens ordlyd: "Også når loven til straffbarhet krever en bestemt *hensikt*, kommer det an på om hensikten foreligger for den enkelte deltager, med mindre noe annet følger av det enkelte straffebud".⁹¹ Deretter pekte han på, i likhet med Astrup Hoel, at dette ikke alltid ville føre til rimelige resultater.

Når det gjaldt tyveri de lege ferenda skrev Astrup Hoel: "Om A handlet bare av hevnlyst, i skadehensigt eller for at opnå nye bestillinger på gjenstande istedenfor dem som frastjæles eller frasvindles X, burde hans handlinger like fuldt bedømmes som anstiftelse av tyveri, resp. bedrageri. Dette er imidlertid udelukket dersom lovkommissionens standpunkt følges".⁹² Andenæs sluttet seg til disse betraktningene og la til: "Når en person medvirker ved en annens tyveri, synes det ikke å spille noen

⁸⁹ Astrup Hoel (1941) s. 45.

⁹⁰ Andenæs (1956) s. 292-294.

⁹¹ Andenæs (1956) s. 292.

⁹² Astrup Hoel (1941) s. 142.

vesentlig rolle for medvirkerens straffverdighet om han selv handler med vinningshensikt (...) I og med at hovedmannen har den fornødne tyvshensikt, har foretagendet fått sin karakter av tyveri, og det er ikke rimelig at den som har hjulpet tyven med bevissthet om dette, bare skal kunne trekkes til ansvar etter den langt mildere bestemmelse i § 392 om ulovlig besittelsesberøvelse".⁹³

Den videre behandlingen hos Andenæs er inntatt i petit og innebærer kort fortalt en tredeling av hensiktstilfellene.⁹⁴ Den første gruppen er den hvor "den alminnelig antatte løsning utvilsomt er den riktige"⁹⁵ og hvor konsekvensen er at kravet om videregående hensikt også gjelder medvirkeren. Dette dreide seg for Andenæs om §§ 257, 129 og 132 første ledd.⁹⁶ Videre fant Andenæs en gruppe som kunne kjennetegnes ved en "tvetydig"⁹⁷ gjerningsbeskrivelse. I bestemmelsen om underslag kreves vinnings hensikt og bestemmelsen er deretter gitt et medvirkningstillegg, se § 255 tredje ledd. De to tolkningsalternativene er at hensiktskravet enten gjelder både medvirker og hovedmann eller kun sistnevnte. Andenæs konkluderte med at man antakeligvis måtte tolke bestemmelsene om underslag, utpressing og ran i samsvar med tyveribestemmelsen og det alminnelige utgangspunkt. Den tredje gruppen omfattet straffebud hvor "lovens uttrykksmåte imidlertid mer eller mindre [er] bestemt på, at det er hovedmannens hensikt og bare den det kommer an på".⁹⁸ Et klart tilfelle som Andenæs trakk frem var § 134 hvor det heter at "Den, som, i hensigt at unddra sig sin vernepligt her i landet, ved lemlæstelse eller paa anden maate gjør sig ubrukbar til krigstjeneste, eller som medvirker til, at *nogen i saadan hensigt* (min kursivering), gjøres ubrukbar til

⁹³ Andenæs (1956) s. 293.

⁹⁴ Andenæs (1956) s. 293-294.

⁹⁵ Andenæs (1956) s. 293.

⁹⁶ Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 413 som bekrefter dette etter gjeldende rett, i det minste uttrykkelig for tyveriets del: "I utgangspunktet gjelder prinsippet om en selvstendig vurdering av medvirkeren også her. For å kunne dømmes for medvirkning til tyveri, må personen ha vinnings hensikt for seg selv eller andre. Det er ikke tilstrekkelig at hovedlovbryteren har slik hensikt (...). Dersom A bistår B med å utføre et tyveri for å hevne seg på den som eier tyvegodset, kan ikke A straffes for medvirkning til tyveri selv om B har vinnings hensikt (men straffansvar for A kan være aktuelt etter andre bestemmelser).".

⁹⁷ Andenæs (1956) s. 293.

⁹⁸ l.c.

krigstjeneste, straffes med fængsel indtil 1 aar". For øvrig viste Andenæs blant annet til §§ 175 (pengefalsk), 182-188 (dokumentfalsk) og 275 (utroskap).

I tilknytning til den tredje og siste gruppen og det ovenfor nevnte tilfelle av medvirkning til forfalskning av penger sluttet Andenæs seg til Astrup Hoel: "Når § 174 krever den hensikt å utgi de ettergjorte penger, er det strengt tatt bare den som har hånd om pengene som kan ha denne hensikt, ikke den medvirker hvis rolle er utspilt i og med en hjelp som er ytet under tilvirkningen".⁹⁹

Etter dette kan det være på sin plass å spørre seg om disse spørsmålene var overveid av lovgiveren. Andenæs fant ingenting som tydet på spørsmålene var overveid og skrev at det "neppe [er noen] grunn til å tro at disse forskjelligheter i formuleringen er uttrykk for en bevisst tanke hos lovgiveren".¹⁰⁰

3.1.1.2 Avvik mellom medvirkerens forutsetninger og hendelsesforløpet

Et viktig prinsipp er at enhver svarer for egen skyld. Særlig klart kom dette frem hos Astrup Hoel: "Enhver av deltagerne må bedømmes på basis av sin subjektive skyld, uten ethvert hensyn hos skyldgraden hos de øvrige deltagere".¹⁰¹ Selv om Andenæs ikke skrev dette uttrykkelig i sin artikkel fra 1940, kan det ikke være noen tvil om at han også var enig i dette grunnsynet på skyld.¹⁰² Etter at dette utgangspunktet er på plass, må det spørres hvordan man skal vurdere tilfeller hvor det oppstår et avvik mellom medvirkerens forutsetninger og det faktiske hendelsesforløpet. Prinsippets side til aksessoritetsdrøftelsen tas opp igjen i kapittel 6.

Tilfellene det er snakk om kan deles inn i to undergrupper. For det første har vi tilfellene hvor *hovedmannen* går lenger enn det medvirkeren hadde sett for seg. Eksempler kan være raneren som går så langt som til å drepe offeret eller hovedmannen

⁹⁹ I.c.

¹⁰⁰ Andenæs (1956) s. 293. Se for øvrig Rt. 2002 s. 476 på s. 477 hvor utgangspunktet for tolkningen uttrykkes slik: "Spørsmålet om kravet til vinnings hensikt også gjelder medvirkeren, beror i prinsippet på tolkning av den enkelte lovbestemmelse".

¹⁰¹ Astrup Hoel (1941) s. 41.

¹⁰² Se allerede Andenæs (1956) s. 292.

som i stedet for å nøye seg med naskeri stjeler en mengde dyre varer fra en forretning – selv om dette ikke var det forutsatte mellom deltakerne.¹⁰³ I det første eksempelet innebærer forbrytelsen noe mer enn forutsatt og i det andre en annen og grovere forbrytelse.¹⁰⁴ Den andre undergruppen rommer tilfellene hvor *medvirkerens* forutsetninger går lenger enn det hovedmannen faktisk ender opp med å gjøre. Som eksempel på dette kan man tenke seg at medvirkeren gir råd eller annen bistand med det ønske å medvirke til et ran hvor offeret tas av dage, mens hovedmannen "nøyer" seg med å true offeret med pistolen. I så fall har forbrytelsen vært mindre grov enn forutsatt. Videre kan resultatet bli at hovedmannen begår en mindre alvorlig forbrytelse enn medvirkeren hadde forutsatt, for eksempel ved at han i stedet for begå tyveri, nasker noen mindre verdifulle varer fra forretningen.

Spørsmålet er altså hvordan disse tilfellene skal bedømmes. For Astrup Hoel voldte dette spørsmålet "ingen særlig vanskelighet".¹⁰⁵ Han holdt seg til prinsippet om at enhver svarer for egen skyld og tilføyde at deltakerne også måtte straffes "ut fra sine egne forutsætninger". Ytterligere drøftet han seg frem til at det heller ikke var behov for noen uttrykkelige regler om dette i straffeloven: "Løsningen gir sig i selv i virkeligheten selv ut fra den forutsatte almindelige bestemmelse om at hver av deltagerne skal bedømmes efter sin egen subjektive skyld. Man står her overfor et specielt og forholdsvis enkelt spørsmål om den fortolkningsmæssige anvendelse av lovens regler. Lovteksten kan ikke sætte sig som mål at gi detaljerte bestemmelser om ethvert tænkelig sakforhold som disse regler behersker".¹⁰⁶

Konsekvensen av dette er for naskeriet og tyveriet at medvirkeren kun kan straffes for medvirkning til naskeri i det første tilfellet, mens han skal straffes for forsøk på tyveri i det siste. Når det gjelder det grove ranet så kan medvirkeren likeledes kun straffes for grovt ran, ikke for grovt ran med dødsfølge, hvor forutsetningen hans var at ingen

¹⁰³ Se strl. 1902 §§ 268 og 391a.

¹⁰⁴ Astrup Hoel (1941) s. 48.

¹⁰⁵ Astrup Hoel (1941) s. 48.

¹⁰⁶ Astrup Hoel (1941) s. 49.

skulle måtte bøte med livet.¹⁰⁷ Hvis medvirkeren derimot ønsket at offeret skulle dø i forbindelse med ranet, men hovedmannen sparer livet hans, kan han straffes for medvirkning til grovt ran og i tillegg forsøk på medvirkning til drap.

Andenæs gikk ikke inn på disse spørsmål i sin avhandling fra 1940, men slo fast de samme prinsippene som Astrup Hoel i 1956: "Hvis gjerningsmannen går lenger enn anstifteren eller medhjelperen har tenkt seg, hefter ikke denne for det overskytende. (...) Det kan omvendt hende at hovedmannen går mindre langt enn den medvirkende hadde regnet med; da blir det bare forsøk på medvirkning for den overskytende del".¹⁰⁸

Disse utgangspunkter er de samme etter gjeldende rett,¹⁰⁹ men det gjøres oppmerksom på de særlige forhold som gjør seg gjeldende ved samarbeid om forbrytelser¹¹⁰ og forbrytelser hvor formålet er mer ubestemt.¹¹¹

3.1.2 Straffbarhetens nedre grense og rettsstridsreservasjonen

Ikke enhver handling som objektivt sett kan anses som en medvirkningshandling vil være straffbar. En meget viktig begrensning er skyldkravet. Selv om man rent objektivt har "medvirket", kan man ikke straffes utenom når skyldkravet er oppfylt. Dette innebærer, naturlig nok, at det ikke kommer på tale å straffe en helt uvitende og utenforstående person som bidrar til å utstyre en person med et redskap som han eller hun trenger til utøvelsen av en straffbar handling. Mulige eksempler kunne være et helt ordinært salg av en jaktrifle eller en kjøkkenkniv til en person som senere begår et drap.

Spørsmålet her er om den såkalte rettsstridsreservasjonen også kan utgjøre en begrensning. I punkt 2.3.1.3 ovenfor så vi at Astrup Hoel kritiserte Getz' for hans bruk av rettsstridsreservasjonen for å argumentere for at det ikke burde skilles mellom

¹⁰⁷ Merk likevel strl. § 43 om uforutsette følger som kunne ha vært innsett eller hvor faren ikke er forsøkt avverget etter evne.

¹⁰⁸ Andenæs (1956) s. 292.

¹⁰⁹ Andenæs (2004) s. 339.

¹¹⁰ Eskeland (2006) s. 204-205 med en drøftelse særlig knyttet til Rt. 1995 s. 1228 (Andrawes II) og forsettsformene sannsynlighetsforsett og eventuelt forsett. Se også Rt. 2010 s. 1630 (handleplikt).

¹¹¹ Andenæs (2004) s. 339 og Matningsdal (2008) s. 379 med henvisning til bl.a. Rt. 1974 s. 622 (tyveri).

gjerningsperson og medvirker. Astrup Hoel mente likevel at Getz¹¹² var inne på noe når det gjaldt rettsstridsreservasjonen mer generelt, og han formulerte problemet slik: "Ved straffelovens anvendelse kan det ikke udelukkende komme an på at en handling formelt lar sig subsumere under lovens ord (...) Den må undergives en samlet avsluttende prøvelse, både i henseende til de subjektive og objektive omstendigheter, forat man kan bringe på det rene om der også virkelig foreligger et tilfælde av den strafverdige art loven har ment at ramme. Er ikke dette tilfældet, må man erkjende at handlingen ikke i strafferetslig forstand er "retsstridig", hvilket er et andet uttryk for at den ikke hører under det strafbares område".¹¹³ Etter dette pekte Astrup Hoel på at nødrett og nødverge var eksempler på generelle og uttrykkelig lovfestede unntaksregler, mens regler om samtykke også på visse steder gjorde seg gjeldende.¹¹⁴ Men utover dette gjorde Astrup Hoel det klart at avgjørelsen "i stor utstrækning" var overlatt til domstolen "som da har at bygge på konkrete omstendigheter som på forhånd ikke lar sig angi i nogen regel".¹¹⁵

Senere, i sitt reformkapittel, vurderte Astrup Hoel om det burde gis en generell rettsstridsbestemmelse i lovens alminnelige del.¹¹⁶ Ut fra et behov for klarlegging, mente Astrup Hoel at dette ville være en fordel.¹¹⁷ Mest hensiktsmessig fant han det å plassere bestemmelsen til slutt i kapittel 3 i tilknytning til bestemmelsene om nødrett og nødverge.¹¹⁸ Videre mente han at det kanskje var best å gå bort fra selve uttrykket rettsstrid, og han endte opp med dette forslaget til ordlyd: "Også utenfor de foran nævnte tilfælde bortfalder strafbarheten hvor handlingen på grund av de nærmere

¹¹² Astrup Hoel (1941) s. 120.

¹¹³ Astrup Hoel (1941) s. 120-121. Se for øvrig Andenæs (2004) s. 155: "Begrensningen må finnes ved en tolkning av straffebudet selv. Uttrykket må forstås som en generell reservasjon fra lovgiverens side om at det ikke er meningen å ramme alle de tilfelle som ellers ville gå inn under beskrivelsen i straffebudet. Denne oppfatning er særlig klart kommet til uttrykk i Rt. 1979 s. 1492".

¹¹⁴ Astrup Hoel (1941) s. 121.

¹¹⁵ l.c.

¹¹⁶ Astrup Hoel (1941) s. 193-196.

¹¹⁷ l.c.

¹¹⁸ Astrup Hoel (1941) s. 195.

omstendigheter ved dens foretagelse og de bevæggrunde som har foranlediget den, ikke er av sådan strafværdig art som i loven forutsat".¹¹⁹

Andenæs gikk ikke i 1940 spesielt inn på dette spørsmålet, men han behandlet det allerede i sin doktoravhandling "Straffbar unnløstelse".¹²⁰ Der ga han uttrykk for en motvilje mot begrepet og uttalte at "der hvor dette ikke betyr en henvisning til regler som er utformet på andre rettsområder, betyr det bare en generell reservasjon om at det ikke er meningen å ramme alle de tilfelle som etter ordene går inn under beskrivelsen".¹²¹ I det hele fant Andenæs begrepet overflødig og påpekte i forhold til tolkningen at det ikke kunne spille noen rolle ved domstolens avgjørelse og begrunnelse: "Den spør som ved alle andre fortolknings spørsmål: Hva må en anta at lovgiveren har ment? Eller hva ville han ment om han hadde tenkt på spørsmålet? Hvilken løsning gir det rimeligste resultat?".¹²² Andenæs mente med andre ord, i likhet med Astrup Hoel, at spørsmålet i virkeligheten dreide seg om fortolkningen av de enkelte straffebud.¹²³ I motsetning til Astrup Hoel gikk han derimot ikke inn for å ta inn en generell bestemmelse om dette i loven.

3.2 Hvordan skal medvirkningen straffes?

Straffeloven § 58 lyder: "Hvor flere har samvirket til et straffbart Øiemed, kan Straffen nedsættes under det for Handlingen bestemte Lavmaal og til en mildere Strafart for deres Vedkommende, hvis Medvirken væsentlig har været foranlediget ved deres afhængige Stilling til nogen anden af de skyldige eller har været af ringe Betydning i Forhold til andres. Hvor Straffen ellers kunde have været fastsat til Bøder, og ved Forseelser kan den helt bortfalde."

¹¹⁹ Astrup Hoel (1941) s. 196.

¹²⁰ Andenæs (1942) kapittel 14.

¹²¹ Andenæs (1942) s. 197.

¹²² Andenæs (1942) s. 196.

¹²³ Se også Andenæs (2004) s. 154-157. Andenæs ville heller enn å operere med begrepet rettsstridsreservasjon, "holde seg til den negative formulering: Det er et vilkår for straffbarhet at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunn", se s. 157. Terminologien er ikke videreført i strl. 2005.

Det bestemmelsen gir, er en straffutmålingsregel for de sakene hvor medvirkningens straffbarhet er på det rene. Ut over dette forutsettes medvirkningens straffbarhet. Som man ser, gis det her en adgang til straffnedsettelse særlig rettet mot avhengighetsforhold og mer tilbaketrukket medvirkning. Det som i tilknytning til § 58 særlig har vært diskutert, er om bestemmelsen også omfatter gjerningspersonen. Astrup Hoel og Andenæs mente at det måtte være slik, og sistnevnte viste i den forbindelse til både forarbeidene og rettspraksis, samt den juridiske teori.¹²⁴

Nærmere inn på straffutmålingsspørsmålet gir ikke avhandlingen rom for å gå da dette sammen med tolkningen av vilkårene i § 58 beror på det enkelte straffebud og den enkelte sak. Ei heller ble temaet viet stor oppmerksomhet hos verken Andenæs eller Astrup Hoel. Det som kan nevnes er særlig Astrup Hoels støtte til ordningen med vide, felles strafferammer for samtlige deltakere.¹²⁵

3.3 Oppsummering

For dette kapittelet kan det konstateres relativt stor grad av enighet mellom Andenæs og Astrup Hoel. For øvrig ble ikke de spesielle sidene ved skyldspørsmålet, straffbarhetens nedre grense og straffutmålingen viet like stor plass som emnene i de følgende kapitlene. Og dette gjelder særlig Andenæs' artikkel fra 1940.

¹²⁴ Astrup Hoel (1941) s. 149 (se også s. 177) og Andenæs (1940) s. 244 med henvisninger til Rt. 1911 s. 32, Hagerup (1930) s. 350, Kjerschow (1930) s. 214 og Skeie (1937) s. 504, cfr. S.K.M. (1896) s. 99.

¹²⁵ Astrup Hoel (1941) s. 32-35. Andenæs tok ikke direkte stilling til spørsmålet i 1940, se Andenæs (1940) s. 245-246.

4 Medvirkningsformene

"Den, som ikke udfører alene og personligen den Handling, hvori en fuldbragt eller forsøgt Forbrydelse bestaaer, kan dog medvirke til Forbrydelsen. Han kan forlede Andre til at udføre den, eller ogsaa paa anden Maade, enten før eller under Udførelsen, bidrage til at den bliver utført. I sammenhæng hermed staaer dernæst deels Undladelse af, at afholde en Anden fra at udføre en Forbrydelse, deels den Handling, hvorved Nogen, efterat en Forbrydelse er forøvet, gaaer den Skyldige tilhaande i det, som vedrører Forbrydelsen. Det er nødvendig, at Criminalloven indeholder Regler angaaende i hvilke Tilfælde de, der forholde sig som anført skulle i Almindelighed med Straf ansees, og hvorledes de da skulle straffes."

Uddraget er hentet fra forarbeidene til kriminalloven av 1842.¹²⁶ Motivene viser at man tidlig opererte med skiller mellom ulike former for medvirkning. Samtidig viser det at man tidligere så det som en nødvendighet å ha regler om de ulike medvirkningsformene. Resultatet ble et eget medvirkningskapittel med regler om en rekke ulike medvirkningstyper, herunder forledelse, tilsagn om hjelp, veiledning og tilveiebringelse av redskaper.¹²⁷ Reelt sett kan man si at det ble gitt regler om de tre medvirkningsformene vi i dag forholder oss til. Mer om disse under.

Foruten å gi regler om handlingstypene, ble det gitt regler om tiden for medvirkningshandlingen, altså om medvirkning før, under og etter forbrytelsens utførelse. Etter at straffeloven av 1902 trådte i kraft har man imidlertid ansett etterfølgende bistand som noe annet enn medvirkning og straffet den etter egne straffebud¹²⁸, se særlig dagens heleri- og hvitvaskingsbestemmelse i strl. § 317.¹²⁹ Slik

¹²⁶ Motiver (1835) s. 64.

¹²⁷ Kriminalloven av 1842 kapittel 5, særlig §§ 1-4.

¹²⁸ S.K.M. (1896) s. 260 flg.

¹²⁹ Se også den opphevede strl. § 320 om etterfølgende bistand.

etterfølgende bistand er derfor heller ikke med i Andenæs' oppstilling av mulige gruppeinndelinger for medvirkningshandlinger. Det han derimot nevner er, sammen med fysisk og psykisk medvirkning, "medhjelp under forberedelsen og medhjelp under utførelsen".¹³⁰ Astrup Hoel gikk heller ikke inn på etterfølgende bistand i sin avhandling.¹³¹ Altså er det medvirkning før og under utførelsen av det straffbare forholdet som står i fokus her.

Med straffeloven av 1902 forsvant de detaljerte reglene om medvirkningshandlingene. Dette skyldtes naturlig nok at Straffelovkommisjonen gikk inn for å oppheve skillet mellom hovedmann og medvirker. Med strl. § 58 mente man å ha "sammenfattet alt, hvad Udkastet anser nødvendig eller hensigstmæssigt at udtale om det i tidligere, navnlig ældre Love saa omstændelig behandlede Emne, Delagtighed i Forbrydelser".¹³² Dette forhindret likevel ikke Straffelovkommisjonen i å gi regler om medvirkning i lovens spesielle del, men da i en mer generell form. For eksempel ved å legge til at "medvirkning straffes på samme måte" mot slutten av straffebudet¹³³ eller ved å innta formuleringen "eller medvirker til" bak gjerningsbeskrivelsen.¹³⁴ Mer konkrete bestemmelser finnes også, blant andre strl. § 294 nr. 2 som også rammer den som " ved Forledelse eller Tilskyndelse medvirker" til den der beskrevne uberettigede bruk av forretningshemmeligheter, se under i punkt 7.2.

Selv om det med straffeloven av 2005 er gitt regler om medvirkning i lovens alminnelige del, gir ikke loven noen større veiledning enn 1902-loven i forhold til hva som menes med medvirkning. Alt som sies er at også "den som medvirker til overtredelsen" straffes, så fremt det ikke er gitt regler om noe annet, se strl. 2005 § 15. Gjeldende rett videreføres, og det bidrar som påpekt til at medvirkningslæren fortsatt er like aktuell.¹³⁵ Tradisjonelt har det vært skilt mellom fysisk og psykisk medvirkning. En mulig tredje form er den passive medvirkningen, men det kan også argumenteres for at

¹³⁰ Andenæs (1940) s. 237.

¹³¹ Astrup Hoel (1941) særlig s. 22-23 om medvirkningens former.

¹³² S.K.M. (1896) s. 99 første spalte.

¹³³ Se f.eks. bestemmelsen om underslag i strl. § 255 (tredje ledd).

¹³⁴ Se f.eks. bestemmelsen om tyveri i strl. § 257 (første ledd).

¹³⁵ Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410 og for øvrig avhandlingens kapittel 1.

den er en særskilt form for psykisk medvirkning. Under vil Andenæs' og Astrup Hoels fremstillinger av de to tradisjonelle medvirkningsformene bli gjennomgått. Det vil også bli stilt spørsmål om det kan utledes noe fra deres bidrag i forbindelse med den passive medvirkningen.

4.1 Skillet mellom fysisk og psykisk medvirkning

Allerede Lasson og Schweigaard opererte med et skille mellom de to tradisjonelle typer av medvirkning, altså fysisk og psykisk medvirkning.¹³⁶ For Getz var denne diskusjonen naturligvis av mindre interesse all den tid han mente at man ikke skulle skille mellom hovedmann og medvirker. Men for Andenæs var det som nevnt like ovenfor klart at det gikk et skille nettopp mellom den fysiske og den psykiske medvirkningen.¹³⁷ Astrup Hoel var enig i dette og karakteriserte skillet som enten å påvirke hovedmannens *evne* eller *vilje* til å begå forbrytelsen.¹³⁸

4.1.1 Hva er fysisk medvirkning?

For fysisk medvirkning kan det være greit å gjøre som Jon Skeie og skille mellom bistand før og under utførelsen av hovedgjerningen. Medvirkning før utførelsen vil kunne ses på som forberedelseshjelp.¹³⁹ Dette vil typisk være å utstyre gjerningspersonen med det eller de midler han trenger for å begå forbrytelsen, for eksempel å skaffe sprengstoff eller egnet kjøretøy til en gullsmedraner. Et annet eksempel kan være å stille lokaler til rådighet for pengeforfalskning, dermed får en også frem den glidende overgangen til medvirkning under utførelsen. Ved gullsmedranet kan medvirkningen under utførelsen blant annet bestå i transport, vakt hold eller avledning. Ved voldslovbrudd kan medvirkningen skje ved at offeret holdes fast av medvirkeren. Felles for disse eksemplene kan man si at de, med Astrup Hoels uttrykk, er egnet til å påvirke gjerningspersonens evne til å begå forbrytelsen. Matningsdal på sin side omtaler fysisk medvirkning som å bidra "til den faktiske utførelsen av den straffbare

¹³⁶ Lasson (1848) s. 181 flg. og Schweigaard (1882) s. 215 flg.

¹³⁷ Andenæs (1940) s. 237.

¹³⁸ Astrup Hoel (1941) s. 21. Astrup Hoel bruker her de samme merkelappene som Krabbe i dansk rettsvitenskap, se Krabbe (1947) s. 195.

¹³⁹ Skeie (1937) s. 499.

handlingen".¹⁴⁰ Det kan ikke sies å være noe motsetningsforhold mellom disse to betraktningmåtene.

Som man ser, kan den fysiske medvirkningen knytte seg til forskjellige sider ved forbrytelsen. I relasjon til eksemplene over kan det blant annet nevnes medvirkning knyttet til middelet (sprengstoff), stedet (lokalet), subjektet (transport) og objektet (fastholdingen). Disse kategoriene, men også andre, er grundig behandlet av Husabø og kan være til god hjelp for tanken.¹⁴¹ Sammenlignet med psykisk medvirkning er da også fysisk medvirkning noe enklere å forestille seg. Dette er nok også grunnen til at verken Andenæs eller Astrup Hoel bega seg inn på noen større drøftelse av denne medvirkningsformen. For avgrensningen gjennom skyldkrav og årsakskrav, vises det til behandlingen av disse emnene.

4.1.2 Hva er psykisk medvirkning?

Omkring psykisk medvirkning har det derimot vært flere emner som har åpnet for tvil. Først og fremst gjelder dette anstifteren, samt den psykiske medvirkningens avgrensning mot det straffrie.

I sin fremstilling av strafferetten oppstilte Jon Skeie også fire typer av psykisk medvirkning.¹⁴² Dette var anstiftelse, påvirkning, råd og lovnad om hjelp etter forbrytelsens utførelse. Påvirkningen dreide seg for Skeie først og fremst om å "øke hans positive motiver eller svekke de følelser som holder ham tilbake".¹⁴³ Disse kategoriene ligner ikke overraskende på de som kriminalloven inneholdt, se særlig kapittel fem § 1 og § 4 bokstavene a til c. Som man vil ha forstått, forsvant ikke medvirkningsformene og typene av de ulike medvirkningsformene selv om straffeloven av 1902 forsøkte å utviske skillet mellom hovedmann og medvirker. Behovet for å sette ulike merkelapper på de kvalitativt ulike bidragene til en straffbar handling opphørte ikke, og da særlig ikke med tilføyelsen av medvirkningstilleggene i lovens spesielle del.

¹⁴⁰ Matningsdal (2008) s. 362.

¹⁴¹ Husabø (1999) kapittel IV.

¹⁴² Skeie (1937) s. 498-499.

¹⁴³ Skeie (1973) s. 498 pkt. 1b.

Mer konkret kan psykisk medvirkning ta form av blant annet ordre, oppfordringer eller opplysninger.¹⁴⁴ Ordre er mest aktuelt i over- og underordningsforhold og kan for eksempel ta form av at en arbeidsgiver gir ordre om å iverksette miljøskadelige handlinger. Ellers kan medvirkningen skje ved at medvirkeren oppfordrer til å rane en bestemt gullsmed. Ytterligere kan den bestå i råd og opplysninger i forhold til hvordan man bør gå frem ved ranet, for eksempel om metode for å komme seg inn, gullsmedens rutiner eller forretningens alarmsystem.

Noe forenklet må en kunne si at likheten mellom de nevnte typene av psykisk medvirkning er at de alle er egnet til å påvirke gjerningspersonens vilje til å begå forbrytelsen, i motsetning til evnen til å begå den.

4.1.2.1 Særskilt om anstifteren

Når det gjelder påvirkning av gjerningspersonens vilje, så kan det spørres hvor godt denne konstruksjonen passer på anstifteren. Tradisjonelt har da også anstifteren vært sett på som en egen gruppe av deltakere, atskilt fra psykiske og fysiske medvirkere. Kriminalloven kapittel fem § 1 omtalte som anstifter den som har "befalet, truet, leiet, eller paa anden Maade forsætligten forledet" gjerningspersonen til å begå den kriminelle handling. Men allerede før kriminalloven var anstifteren stilt i en særstilling. NL 6-6-12 rettet seg mot å befale eller betale noen for å begå drap eller skadebringende handlinger og bestemte at man i så fall skulle straffes som om man hadde utført forbrytelsen selv. Se også Landsloven del IV kapittel 12 nr. 8 "Om anstiftelse av drap og vanære".¹⁴⁵

Det må kunne sies at disse sterke ordene – befale, true og leie – ligger i utkanten av den fremhevede viljespåvirkningen og når det gjelder straffverdighet vel så nærme hovedmannen selv. Dette gjorde nok sitt til at anstifteren overlevde en stund som en særskilt deltakergruppe også med straffeloven av 1902 som ikke uttrykkelig nevner denne formen for deltakelse.

¹⁴⁴ Se Husabø (1999) kapittel V for en mer detaljert gjennomgang av typene av psykisk medvirkning.

¹⁴⁵ Taranger (1915) s. 52.

Andenæs hevdet at det blant "de delaktige" måtte skilles mellom "anstifteren" og "medhjelperen".¹⁴⁶ Han så altså på anstifterne som en egen gruppe da han i 1940 skrev om medvirkningslæren. Året etter kom Astrups Hoels bok om medvirkningslæren ut. Også han skilte mellom "*anstifteren*" og "den psykiske eller fysiske *medhjælper*".¹⁴⁷ Særlig oppsiktsvekkende er vel ikke dette. Skillet bygde på den tidligere lovgivningen, samt eldre teori. Også Francis Hagerup opererte med et skille på dette punkt.¹⁴⁸ Men da Andenæs selv gikk bort fra denne inndelingen allerede i sin første fremstilling av den alminnelige strafferetten fra 1956, må det kunne spørres hva som hadde forandret hans syn på saken – for da eksemplifiserte han nemlig den psykiske medvirkningen slik: "Jeg overtaler en annen til å foreta forbrytelsen (anstiftelse), jeg styrker han i hans plan (tilskyndelse), eller jeg gir han gode råd om utførelsen".¹⁴⁹

For å nærme seg dette spørsmålet vil det være naturlig å begynne med loven og dens ordning. Straffeloven av 1902 innebar at anstifteren som strafferettslig begrep forsvant fra lovteksten. Gjennomgangen ovenfor har imidlertid vist at begrepet overlevde som en særskilt form for deltakelse enda en stund i den juridiske teorien. Hvordan kunne dette ha seg?

Et viktig poeng må ha vært at begrepet var så sterkt innarbeidet gjennom eldre lovgivning, praksis og teori. Hagerup er allerede nevnt blant de som fortsatte å behandle anstifteren som en egen klasse av deltakere etter lovens vedtakelse. Selvsagt spilte også den eldre teorien – med Lasson, Schweigaard og Kjerschow i spissen – en viss rolle etter vedtakelsen, kanskje særlig gjennom å ha vært lest av juridiske studenter omkring århundreskiftet. Ettersom verken Getz eller lovforarbeidene tok avstand fra begrepet, er det ikke så merkelig at oppgjøret heller ikke kom i den samtidige juridiske debatten.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Andenæs (1940) s. 237.

¹⁴⁷ Astrup Hoel (1941) s. 22.

¹⁴⁸ Hagerup (1911) s. 196.

¹⁴⁹ Andenæs (1956) s. 276.

¹⁵⁰ For Getz fremstilte det seg likegyldig om man var hovedmann, anstifter eller medvirker. Begge de to siste kategoriene hadde etter hans oppfatning "de for en gjerningsmand fornødne kvalifikationer", altså var de alle "opphavsmenn til forbrytelsen, se Getz (1903) s. 4. Se også S.K.M. (1896) s. 99 flg. hvor begrepet ble benyttet en rekke ganger.

Dette spesielt fordi loven kun på en annen måte behandlet spørsmålet om anstifterens straffbarhet.

Et annet viktig poeng vil dermed ha vært lovens løsning med medvirkningstillegg. Ut fra lovkonspistenes teoretiske syn på medvirkning skulle ikke disse ha vært nødvendige, men resultatet ble da likevel en rekke medvirkningstillegg i lovens spesielle del, hvorav noen rettet seg mot bestemte former for medvirkning. Dette gjelder blant annet "forledelse", som behandles under i punkt 7.2. Anstiftelse ble altså ikke straffritt med den nye loven, men regulert på en annen måte. Som forklart ovenfor, innebærer anstiftelse en eller annen form for forledelse.¹⁵¹ Anstiftelse som begrep ble forlatt, men var likevel straffbart som "forledelse", se blant annet strl. § 125. Begrepet forledelse står ofte sammen med tilskyndelse i straffebudene og er i dag forstått slik at alle former for psykisk medvirkning rammes, men ikke fysisk medvirkning.¹⁵²

For Hagerup måtte "forledelse" forstås på samme måte som kriminallovens "anstiftelse".¹⁵³ Synspunktet viser at hvilket navn man ønsker å bruke på anstiftelse ikke er det avgjørende. Det må likevel kunne spørres hvorfor begrepet satt så i hos visse forfattere, mens andre så ut til å forlate det som særskilt strafferettslig begrep. For Jon Skeie og Peder Kjerschow utgjorde anstiftelse bare en av flere typer psykisk medvirkning, mens Andenæs og Astrup Hoel, i alle fall i avhandlingene fra 1940 og 1941, oppstilte anstiftelse som en særegen form for deltakelse, atskilt fra hovedgjerning og medvirkning.¹⁵⁴ Selv om den praktiske forskjellen ikke var stor, er det en nokså påfallende observasjon rent teoretisk. Foruten grunnene nevnt over, vil det nok som

¹⁵¹ Se kriminalloven av 1842 femte kapittel § 1.

¹⁵² Husabø (1999) s. 132 med videre henvisninger, særlig Hagerup (1911) s. 215-216.

¹⁵³ Hagerup (1911) s. 215.

¹⁵⁴ Skeie (1937) s. 498, Kjerschow (1930) s. 211, Andenæs (1940) s. 237 og Astrup Hoel (1941) s. 22.

Det er mulig å argumentere for at Skeie var av denne oppfatning allerede ved sin prøveforelesning 6. mai 1905, men avhandlingen gir ikke noe uttrykkelig holdepunkt for at han allerede så tidlig så på anstiftelse som en underform av psykisk medvirkning. Se også Skeie (1913) s. 44 og 48 hvor anstiftelse i realiteten omtales som psykisk medvirkning. Uttalelsene øverst på s. 47 kan likevel tolkes i motsatt retning. Her nevnes "anstifteren" i tillegg til det mer nøytrale "medhjælperen" som kan inkludere både den psykiske og fysiske medhjælper.

antydning ha spilt en rolle for Andenæs og Astrup Hoel at den som forleder noen til å begå en straffbar handling normalt sett fremstår som mindre straffverdig enn hovedmannen, men samtidig mer straffverdig enn den som kun medvirker gjennom råd eller opplysning.

Med lovens overgang til forledelse – og dette begrepets forhold til tilskyndelse – har det etter hvert blitt vanlig å se på anstiftelsen som en form for psykisk medvirkning. Og alt i alt må man vel kunne si at forledelse er en form for påvirkning av hovedmannens vilje til å begå den aktuelle straffbare handlingen. Poenget er bare at forledelse gjerne vil være en særskilt sterk form for påvirkning. Særlig ved befalinger, men også ved trusler, vil det ofte være medvirkerens handling som utgjør selve grunnen til at hovedmannen går det til det skritt å begå en straffbar handling. Dette vil selvsagt da også vise seg gjennom straffutmålingen. I dag blir uttrykket anstiftelse først og fremst brukt i den militære straffeloven og i rettspraksis ved brannstiftelse.¹⁵⁵

4.1.2.2 Ytterligere om forholdet til den fysiske medvirkning

Selv om det går et skille mellom fysisk og psykisk medvirkning, er det viktig å presisere at medvirkningen meget vel kan være både psykisk og fysisk samtidig. Fysisk bistand vil i mange situasjoner også innebære en positiv tilskyndelse til forbrytelsen og dermed også kunne karakteriseres som psykisk bistand.¹⁵⁶ Eksempelvis vil den som transporterer gullsmedraneren kunne ses på som både psykisk og fysisk medvirker. Psykisk ved å støtte opp om forbrytelsen og dermed styrke hovedmannens forsett, og særlig tydelig ved forhåndstilsagn om transport. Fysisk gjennom selve transporten. I slike tilfeller vil det være mest naturlig å ta utgangspunkt i bistandens hovedsakelige karakter. I alle fall hvis medvirkeren kommer inn sent i handlingsforløpet, vil det være naturlig å anse transporten til gullsmeden som fysisk medvirkning. Verken Andenæs eller Astrup Hoel gjorde noe stort nummer ut av dette, men Skeie nevnte denne muligheten i sin oppregning av medvirkningsformene.¹⁵⁷ Hans eksempel går på å

¹⁵⁵ Se blant annet milstrl. §§ 52 og 53 hvor benevnelsene "Anstiftere" og "Hovedmænd" er brukt.

¹⁵⁶ Eskeland (2006) s. 199 mener at fysisk medvirkning som regel også utgjør psykisk medvirkning.

¹⁵⁷ Skeie (1937) s. 499 punkt 3.

overrekke noen en kniv i et slagsmål. Selv om Andenæs og Astrup Hoel ikke behandlet denne dobbeltheten, er det vanskelig å hevde at noen slik mulighet ikke fantes.

En drøftelse som Astrup Hoel derimot tok, dreide seg om det å gi råd som bistandshandling. Til tross for at Astrup Hoel fant støtte hos Krabbe for skillet mellom påvirkning av evne og vilje, var han ikke enig i Krabbes plassering av rådgivning i denne modellen. For Krabbe var det klart at råd gitt til en forbryter i hovedsak påvirket dennes evne til å begå forbrytelsen: "Gode Raad er saaledes fysisk Medvirken".¹⁵⁸ Dette fant Astrup Hoel "mindre treffende".¹⁵⁹ Han så med andre ord på de gode råd som psykisk medvirkning i og med at de var med på å styrke forbryterens forsett gjennom en påvirkning av viljen. Også Andenæs var av denne oppfatning¹⁶⁰ og i norsk teori er det dette synet som har vunnet frem.¹⁶¹ Uansett hvilken løsning man måtte mene er den beste i det konkrete tilfelle, viser uenigheten i det minste at overgangen mellom de to formene for medvirkning er flytende. Noen ganger vil det være naturlig å se på handlingen som det ene eller det andre, andre ganger som både psykisk og fysisk medvirkning på samme tid.

4.1.2.3 Krav til påvirkningen og avgrensningen mot det straffrie

Ikke enhver påvirkning av hovedmannens vilje er nok til å kunne konstatere medvirkning, og der hvor skyldkravet setter en grense ved den fysiske medvirkningen, blir forholdet noe mer komplisert ved den psykiske medvirkningen. Hovedspørsmålet blir etter dette hvor grensen mellom straffbar og straffri påvirkning går. Emnet er altså den psykiske medvirkningens nedre sjikt hvor medvirkerens bidrag nærmer seg det ubetydelige.

Mens Astrup Hoel nøyde seg med å beskrive selve skillet mellom psykisk og fysisk medvirkning, tok Andenæs allerede i 1940 opp spørsmålet om hva som kreves for å kunne straffes for psykisk medvirkning: "Er det faktiske forhold på det rene, vil spørsmålet i virkeligheten meget sjelden volde noen vanskelighet. Men naturligvis vil

¹⁵⁸ Krabbe (1931) s. 73. Se også Krabbe (1947) s. 195 hvor standpunktet er opprettholdt.

¹⁵⁹ Astrup Hoel (1941) s. 22, fotnote 1.

¹⁶⁰ Andenæs (1956) s. 276.

¹⁶¹ Skeie (1937) s. 498, pkt. 1c, Husabø (1999) s. 139, Andenæs (2004) s. 323, Matningsdal (2008) s. 362.

der oppstå en del detaljspørsmål som volder tvil. Ved den psykiske medvirkning således hva man skal kreve i tydelighet og intensitet for at forholdet skal gå over fra å være en blott og bar straffri tolerering eller billigelse av den straffbare handling og til å bli en straffbar tilskyndelse".¹⁶² Selv om emnet ikke gir grunnlag for noen sammenligning mellom de to forfatterne, vil det av hensyn til avhandlingens helhet og sammenheng være av interesse kort å peke på hva som faktisk kreves.

Etter gjeldende rett er det klare utgangspunktet at passiv billigelse er ikke nok. Det som kreves for å kunne straffes for psykisk medvirkning er en positiv tilskyndelse. Matningsdal sier det slik at det "ikke er tilstrekkelig at man er tilstede når handlingen begås og ikke tar avstand fra den".¹⁶³ Det kreves altså noe mer enn at man ikke har noe i mot at forbrytelsen begås.¹⁶⁴ Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1987 s. 699 gjaldt spørsmålet om medvirkning til tyveri. Selv om tiltalte ikke hadde tatt noe og gitt "uttrykk for at han ikke ville ha noe" til kameratene, ble han dømt i byretten. Byretten la avgjørende vekt på at "tiltalte ikke tok avstand fra tyveriet og at han dermed bidro til å styrke de to andre i deres forsett". Byrettens domfellelse ble etter dette opphevet fordi skyldkravet ikke ble ansett oppfylt.¹⁶⁵

Men selv uten positiv tilskyndelse viser Matningsdal at det etter rettspraksis kan bli snakk om straffansvar.¹⁶⁶ Vi er da over i spørsmålet om passiv medvirkning.

4.2 Særlig om passiv medvirkning

Som nevnt innledningsvis er det en målsetning for påtalemyndigheten at grensene for passiv medvirkning skal utforskes.¹⁶⁷ Spørsmålet om passiv medvirkning dukker først og fremst opp når den eventuelle medvirkeren lar være å forhindre at en forbrytelse begås. En slik passivitet ligger tett opptil den psykiske medvirkningen, men rettspraksis

¹⁶² Andenæs (1940) s. 257. Uttrykksmåten er hentet fra Rt. 1907 s. 333 hvor det fremgår at "en blot og bar 'Billigelse' af en strafbar handling" ikke er tilstrekkelig for å begrunne straffansvar, se s. 334.

¹⁶³ Matningsdal (2008) s. 366.

¹⁶⁴ Andenæs (2004) s. 327.

¹⁶⁵ Se blant annet også Rt. 1907 s. 333, Rt. 1926 s. 581 og Rt. 1998 s. 459 om tilsvarende spørsmål.

¹⁶⁶ Matningsdal (2008) s. 367.

¹⁶⁷ RA-2012-1.

har altså vist at positiv tilskyndelse ikke alltid kreves. Derfor kan det spørres om passiv medvirkning må oppstilles som en sideordnet medvirkningsform til den psykiske og den fysiske medvirkningen. Typisk har spørsmålet om passivitet dukket opp i situasjoner hvor medvirkeren har vært i et overordningsforhold¹⁶⁸, hvor medvirkeren har hatt en spesiell tilknytning til objektet eller stedet for handlingen¹⁶⁹ eller hvor medvirkeren aktivt har bidratt i forkant av forbrytelsen¹⁷⁰, da gjerne med en "farevoldende handling".¹⁷¹ Felles for disse situasjonene er at medvirkeren burde ha grepet inn.

Det vil føre for langt å gå inn på spørsmålet om passiv medvirkning kan anses som en egen form for medvirkning eller om den er en underform av den psykiske medvirkningen. Til det er de to tekstene som er gjenstand for sammenligningen for knappe. Det kan allikevel være interessant å se på hva Andenæs og Astrup Hoel var innom i sine mer generelle gjennomganger av medvirkningslæren.

Andenæs presiserte for den psykiske medvirkningens del at det ikke kunne bli snakk om straff ved passiv billigelse eller tolerering av en straffbar handling.¹⁷² Dette er da også utgangspunktet for vurderingen av psykisk medvirkning. Saken er bare den at rettspraksis i ettertid har vist at straffansvaret i bestemte situasjoner ikke stopper der, men også kan ramme passiv medvirkning uten positiv tilskyndelse. At Andenæs ikke var inne på denne tanken, er ikke så oppsiktsvekkende all den tid oppmerksomheten vi i dag har omkring spørsmålet skyldes konkrete saker som kom for domstolene etter at Andenæs skrev sin avhandling om medvirkningsansvaret. Noe annet Andenæs fremhevet i 1940 var unnlåtelsesspørsmålet.¹⁷³ Her kunne man tenke seg at det var mer å hente i forhold til passivitetsspørsmålet, men da spørsmålet ble tatt opp igjen i hans

¹⁶⁸Se bl.a. Rt. 1947 s. 69 (overordnet offiser og tortur).

¹⁶⁹Se bl.a. Rt. 1998 s. 1679 (tilknytning til en MC-klubb og ulovlig alkoholsjenking).

¹⁷⁰Se bl.a. Rt. 2003 s. 1455 (langvarig mishandling før voldtekt).

¹⁷¹Matningsdal (2008) s. 367 flg.. Se også Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412 og Husabø (1999) s. 186 flg. som sammenfatter typetilfellene under det han oppstiller som "tilknytningskravet". Husabøs fem punkter under tilknytningskravet er "Foreldre og barn", "Ekteskap", "Ansvar for ting", "Overordningsforhold" og "Felles kriminalitet". Se for øvrig kriminalloven femte kapittel § 8 om passivitet i myndighetsforhold.

¹⁷² Andenæs (1940) s. 257.

¹⁷³ Andenæs (1940) s. 257.

doktoravhandling fra 1941 var det lite prinsipielt å hente. Drøftelsen knyttet seg primært til spesifikke straffebud og forfatteren kom ikke inn på noe som kan bidra til å belyse dagens passivitetsproblematikk.

Heller ikke senere synes spørsmålet om passivitet som grunnlag for medvirkningsstraff å ha blitt behandlet av Andenæs. I hans fremstilling av den alminnelige strafferetten blir passivitet omtalt som noe man "som regel" ikke kan straffes for.¹⁷⁴ Fremdeles er vi altså ved utgangspunktet for vurderingen av psykisk medvirkning; Passivitet er som regel ikke nok til å begrunne straffansvar. Andenæs ga videre et eksempel – bygd på avgjørelsen i Rt. 1947 s. 69 – og viste dermed at han ikke så på passivitet som noen særegen medvirkningsform sammen med psykisk og fysisk medvirkning. Det heter der at "allerede en unnlattelse fra den overordnede side av å gripe inn, kan av den underordnede oppfattes som et samtykke, og er den overordnede klar over dette, må det betraktes som en psykisk medvirkning". Passivitet som egen medvirkningsform er riktignok drøftet i noe større grad i den siste utgaven av Andenæs' "Alminnelig strafferett", men da etter forfatterens død.¹⁷⁵

Ei heller Astrup Hoel hadde særlig foranledning for å gå inn på disse spørsmål da han året etter Andenæs' artikkel ga ut sin bok. Forfatteren nærmet seg problemstillingen da han beskrev konsekvensene av at det ikke var samsvar mellom deltakernes forutsetninger og forbrytelsens handlingsforløp.¹⁷⁶ Astrup Hoel mente imidlertid at slike tilfeller ikke var spesielt problematiske: "Principet må åbenbart være at hver av deltagerne må straffes på grundlag av sin egen skyld og ut fra sine egne forutsætninger".¹⁷⁷ Eksempelet som følger viser at Astrup Hoel ikke hadde øynene åpne for noe passivitetsansvar begrunnet i det som ovenfor er betegnet som forutgående farevoldende handling: "Hvor B har begått et drap i tillæg til det ran M har været ham behjælpelig med, kan derfor M alene straffes for sin medvirkning til ran".¹⁷⁸

¹⁷⁴ Andenæs (1997) s. 300.

¹⁷⁵ Andenæs (2004) s. 327-330.

¹⁷⁶ Astrup Hoel (1941) s. 48-49. Se Andenæs (1956) s. 292 og Andenæs (1997) s. 309 for tilsvarende drøftelse. Se også punkt 3.1.1.2 ovenfor.

¹⁷⁷ Astrup Hoel (1941) s. 48.

¹⁷⁸ Astrup Hoel (1941) s. 48-49.

Gjennomgangen her vil ha vist at verken Andenæs eller Astrup Hoel i særlig grad beskjeftiget seg med spørsmålet om passiv medvirkning. Når dette temaet i større grad er behandlet av Andenæs, må det ses i sammenheng med at hans forfatterskap strakk seg lengre ut i tid. I 1940-årene var passivitetsspørsmålet upløyd mark, uten at dette overrasker i og med at sakene om passiv medvirkning som nevnt har vært få, særegne og av nyere dato enn avhandlingene som her er gjenstand for sammenligning. Ytterligere har de tilfellene som har angått passivitet enten ført til frifinnelse eller blitt kategorisert som psykisk medvirkning.¹⁷⁹ Det som eventuelt kunne ha tilsagt en behandling av disse spørsmål, var den tidligere kriminallovens femte kapittel § 8 om passivitet i forhold til de man hadde et myndighetsforhold til. Dette i tillegg til den eldre strafferettsteorien med Lasson og Schweigaard i spissen.¹⁸⁰ Astrup Hoel skrev riktig nok litt om kriminalloven, men når det gjaldt § 8 kunne han ikke se at den var av interesse for hans arbeid.¹⁸¹ Med vedtakelsen av straffeloven av 1902 – og opphevelsen av delaktighetskapittelet – forsvant altså oppmerksomheten for disse spørsmål i nærmere 100 år.¹⁸²

¹⁷⁹ Rt. 1907 s. 333 og Rt. 1926 s. 581. Se også Rt. 1947 s. 69 fra like etter krigen.

¹⁸⁰ Lasson (1848) s. 218 flg. Schweigaard (1882) s. 262 flg.

¹⁸¹ Astrup Hoel (1941) s. 73.

¹⁸² Se i dag særlig Husabø (1999) kapittel VI, Matningsdal (2008) kapittel 3.6, samt Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412.

5 Årsaksforhold

"Det er ikke her meningen å ta opp den forlengst overvunne oppfatning om at medvirkerens handling ikke kan stå i årsaksforhold til resultatet fordi årsaksrekken blir avbrutt ved en mellomkommende persons frie vilje. At både en forledelse og en medvirkning av annen art kan stå i årsaksforhold til resultatet og også meget ofte gjør det, lar seg ikke bestride. Desto større tvil kan der reises om en medvirkning for å være straffbar alltid må oppfylle dette kausalitetskrav."

Dette utdraget fra Johs. Andenæs' artikkel i TfR 1940¹⁸³ får frem to viktige momenter for dette kapittelet og setter premissene for den videre behandlingen av medvirkningslæren. For det første pekte Andenæs på at spørsmålet om årsakssammenheng ikke lenger angikk spørsmålet om menneskets frie vilje. Fremstillingen under er da også avgrenset mot dette temaet. Astrup Hoel tok her det samme utgangspunktet som Andenæs hadde gjort året før.¹⁸⁴

Videre reiste Andenæs spørsmålet om medvirkningen alltid må oppfylle kausalitetskravet for å være straffbar. Det er dette som er emne for behandling her. For å sette drøftelsen inn i en historisk sammenheng vil jeg først se på den strafferettslige teori forut for Andenæs og Astrup Hoel (punkt 5.1). I hovedsak vil fokus være på 1902-loven. Deretter vil jeg behandle de to forfatternes kritikk av kausalitetskravet (punkt 5.2). Til sist skal det knyttes noen kommentarer til rettsutviklingen etter andre verdenskrig og frem mot i dag med den nye straffeloven av 2005 (punkt 5.3).

5.1 Årsaksforhold som straffbarhetsbetingelse ved begynnelsen av 1900-tallet
Både som forfatter av egne verk og som formann for Straffelovkommissjonen av 1885 var Bernhard Getz en viktig premissetter for den strafferettslige teorien på begynnelsen

¹⁸³ Andenæs (1940) s. 248.

¹⁸⁴ Astrup Hoel (1941) s. 58. Se også Hagerup (1911) s. 198.

av 1900-tallet. I sitt prosjekt for å viske ut skillet mellom gjerningspersonen og medvirkeren, var temaet årsaksforhold meget sentralt for Getz. Før det redegjøres for Getz' egne tanker på feltet, og de etterfølgende arbeider, kan det være på sin plass å si noe om kriminallovens ordning – en ordning som ble sterkt kritisert av Bernhard Getz.

5.1.1 Kriminallovens ordning

Kriminalloven av 1842 hadde som kjent et eget medvirkningskapittel, kapittel 5 "Om Delagtighed". Både i §§ 3 og 4 ble det satt straff for å være gjerningspersonen "behjælpelig", henholdsvis under og før utførelsen. Disse bestemmelsene ble ikke ansett å kreve at medvirkningen utgjorde en nødvendig betingelse for forbrytelsens utførelse:

"Commissionen har ikke kunnet overbevise sig om, at det skulde være hensigtsmæssigt at gjøre den Sætning, at hvo, der forsætlig er behjælpelig under selve Forøvelsen af en Forbrytelse, bør straffes lige med Hovedmanden, betinget af, hvorvidt det maatte antages, at det Forøvede uden saadan Bistand ligefuldt vilde have fundet Sted, - et Spørgsmaal, hvis Besvarelse i de fleste Tilfælde vilde være usikker, og i mange Tilfælde aldeles umulig".¹⁸⁵

Senere har Astrup Hoel og Husabø pekt på det samme. Førstnevnte hevdet at loven ikke "hvilte på nogen bestemt teoretisk idékreds" hva angikk årsakslæren, og at den heller ikke bygde "på noget bestemt definert årsaksbegrep, og heller ikke nogen apriorisk oppstillet fordring om at forårsakelse i det hele er en forutsætning for delagtighetsstraf".¹⁸⁶ Husabø har på sin side nøydt seg med å si at det "ut frå forhistoria til kap. 5" er "klart at lova i alle fall ikkje kravde at medverkinga var ein såkalla "nødvendig betingelse" (conditio sine qua non) for det forbryterske resultatet".¹⁸⁷

5.1.2 Veien frem mot straffeloven av 1902

I Getz' prosjekt for å viske ut skillet mellom hovedmann og medvirker var det et hovedpoeng at samtlige deltakere var "ophavsmænd" til forbrytelsen. Etersom dette var utgangspunktet, kunne det for Getz "aabenbart ei komme an paa andet end

¹⁸⁵ Hjelpeskilder (1844) s. 29.

¹⁸⁶ Astrup Hoel (1941) s. 79-80.

¹⁸⁷ Husabø (1999) s. 16.

kausalsammenhengen" når spørsmålet om straff skulle besvares.¹⁸⁸ Og spørsmålet ble etter dette: "Har angjældende bevirket eller medvirket til det rettsbeskyttede godes krænkelse eller ei? Har han det, saa er han ophavsmand, følgelig gjerningsmand og følgelig ligefrem skyldig efter det specielle lovbud".¹⁸⁹

Etter dette må det spørres hva slags årsaksbegrep Getz benyttet. Allerede tidlig i prøveforelesningen hans fra 1875 gjøres det klart at alle handlinger som setter en betingelse for en rettskrenkelse er utførelse av forbrytelsen, når alle andre betingelser er til stede eller senere vil inntreffe og vedkommende har forutsett eller kunne ha forutsett det.¹⁹⁰ Ordet betingelse er det sentrale og dette følges opp senere i teksten. Blant annet skrev Getz at en handling måtte være "med blant den konkrete rettskrækelses betingelser" for å være straffbar som fysisk medvirkning.¹⁹¹ Han fortsatte deretter å utmeisle sitt standpunkt ved å peke på at det ved psykisk medvirkning måtte kreves at medvirkningen var en nødvendig betingelse: "Den psykiske paavirkning kommer i virkeligheden ei i kausalforhold til den foretagne handling, med mindre den fattede beslutning, ifald paavirkningen ei havde været, vilde været tagen tilbage".¹⁹²

Hva så med handlinger som ikke utgjorde noen nødvendig betingelse for resultatet? For Getz var det "ubegribeligt, hvorfor de skulde straffes" hvis de ikke stod i noe kausalforhold til rettskrenkelsen.¹⁹³

Hvilke konsekvenser disse utgangspunkter burde få for tolkningen av kriminalloven er mer usikkert.¹⁹⁴ Minst like viktig var bidraget i den juridiske diskusjonen frem mot århundreskiftet, og særlig i lovgivningsarbeidet som Getz ledet. For selv om resultatet av lovforarbeidet nok ikke ble helt som Getz ville ha ønsket seg med en rekke medvirkningstillegg i lovens spesielle del, bygde arbeidet klart nok på Getz' lære: "Etfer

¹⁸⁸ Getz (1903) s. 15.

¹⁸⁹ l.c.

¹⁹⁰ Getz (1903) s. 9.

¹⁹¹ Getz (1903) s. 37.

¹⁹² Getz (1903) s. 39.

¹⁹³ Getz (1903) s. 28-29.

¹⁹⁴ Astrup Hoel (1941) s. 96-98 og Husabø (1999) s. 19.

dette maa det ansees givet, at særlige Bestemmelser om deres Strafbarhed, der ikke selv umiddelbart udfører Retsbrudet, er overflødige"¹⁹⁵.

Det må likevel også for forarbeidene del spørres hvilket årsaksbegrep det ble lagt til grunn. På et sted heter det at "hvad der skal ansees som en i sig selv tilstrækkelig Kausalnexus" skulle overlates "til Fortolkningen".¹⁹⁶ I tilknytning til § 58 er det allikevel fremhevet at det holder at følgens inntreden skal være "fremmet eller lettet".¹⁹⁷

5.1.3 Strafferettslig teori etter vedtakelsen av straffeloven av 1902

Etter dette stod en igjen med en nokså uavklart rettstilstand. For det første hadde man Getz og betingelseslæren som i stor grad virket inn på Straffelovkommisjonens arbeid. Videre hadde man uttalelser i forarbeidene som lot spørsmålet være opp til fortolkningen. Her ville naturligvis lovens ordlyd være utgangspunktet. Men hva innebar det egentlig å medvirke til en forbrytelse? Det er lett å se for seg at tolkningen raskt ville søke støtte i allerede foreliggende juridisk litteratur. For å gjøre det ytterligere mer komplisert kom uttalelsen i forarbeidene om at det holdt å fremme eller lette inntredenen av forbrytelsen.

Bernhard Getz døde i 1901, ett år før vedtakelsen av straffeloven. Det ble dermed opp til andre å forsette den teoretiske diskusjonen om årsakskravet. Jon Skeie var i 1905 den første til å gå inn på spørsmålet etter den nye straffelovens vedtakelse. Anledningen var prøveforelesningen hans med tittelen "Betydningen i norsk ret af, at i et straffebud medvirkning udtrykkelig er nævnt".¹⁹⁸ Husabø forstår denne teksten dit hen at "ein årsakssamheng med det forbryterske resultat" var "felles for både hovudgjerninga, fysisk medverking og psykisk medverking".¹⁹⁹ I sin siste fremstilling av strafferetten utdypet Skeie sitt standpunkt slik: "Og skal en medvirkning bedømmes som en

¹⁹⁵ S.K.M. (1896) s. 100-101, se særlig s. 101 andre spalte hvor sitatet er hentet fra. For ordens skyld bør det gjøres oppmerksom på at disse forarbeidene i det vesentlige var en videreføring av Getz' foreløpige utkast til en ny straffelov fra 1887, se Utkast (1887) s. 106-117 angående dagens § 58.

¹⁹⁶ S.K.M. (1896) s. 55 andre spalte.

¹⁹⁷ S.K.M. (1896) s. 101 første spalte.

¹⁹⁸ Skeie (1913) s. 40-70.

¹⁹⁹ Husabø (1999) s. 22 med henvisning til Skeie (1913) s. 47-49.

fullbyrdet misgjerning, må den i alle tilfelle være kausal. Det ligger i betegnelsen medvirke".²⁰⁰ Så langt ser man at Skeie var på linje med Getz. Det Skeie deretter skrev skiller seg fra betingelseslæren i sin tradisjonelle form: "Kausal er imidlertid medvirkningen, selv om den bare har bevirket at forbrytelsen er utført på en noe annen måte enn ellers ville blitt tilfellet".²⁰¹ De ulike formuleringene av årsakskravet kommer jeg tilbake til i punkt 5.2, her skal det kun fremheves at årsakssammenheng for Skeie var en nødvendig forutsetning for å straffe medvirkeren.

Også Francis Hagerup mente at det måtte kreves årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og forbrytelsens utførelse. Hagerup holdt seg derimot til den tradisjonelle betingelseslæren og formulerte den slik for årsaksforhold generelt: "Naar vi om en kjendsgjerning udtaler, at den aarsag til en vis begivenhed, mener vi ikke at den for sig alene har frembragt denne, men at vi efter vort kjendskab til lovene for fænomenernes sammenhæng ikke kan tænke os, at begivenheden vilde være indtraadt, hvis hin kjendsgjerning ikke havde foreligget".²⁰² Når det kom til årsaksforhold ved medvirkning viste Hagerup tilbake til det generelle og påpekte at årsaksforholdet var en betingelse for straff også der.²⁰³ Straff kunne først komme på tale hvor handlingen hadde "bidraget til at fremkalde resultatet", og dermed at den som "yder en bistand, som efter omstændighederne ingen betydning har havt" ikke har medvirket til resultatet.²⁰⁴

Peder Kjerschow uttalte seg også om årsaksforhold ved medvirkningsforbrytelser. I sin kommentarutgave siterte han i virkeligheten lovforarbeidene da han skrev at det "ikke fordres, at følgen nødvendig skal inntre, men at dens inntreden er fremmet eller lettet ved den handling, hvorom der spørres".²⁰⁵

²⁰⁰ Skeie (1946) s. 315.

²⁰¹ l.c.

²⁰² Hagerup (1911) s. 153-154.

²⁰³ Hagerup (1911) s. 196.

²⁰⁴ l.c.

²⁰⁵ Kjerschow (1930) s. 201.

5.2 De ulike formuleringer av et årsakskrav

Før det redegjøres for Andenæs' og Astrup Hoels kritikk av årsakskravet skal det sies noe mer om de ulike formuleringene av årsakskravet. Til belysning av de ulike formuleringene vil et eksempel fra Astrup Hoels bok bli brukt, men i modernisert språkform.²⁰⁶ Det vil her fokuseres på straff for medvirkning til fullbyrdede forbrytelser.

Tenk deg at innbruddstyv A, gjerningspersonen, har satt opp en stige mot Xs balkong. Medvirkeren M går forbi villaen mens A forsvinner inn balkongdøra. M ser ryggen til A og det er nok til at han skjønner sammenhengen. Fordi M har sett en politipatrulje nærme seg, fjerner han for sikkerhets skyld stigen, slik at de ikke skal fatte noen mistanke. Deretter setter M tilbake stigen, og A klatrer ned igjen uten å ha registrert den hjelpen han har fått. Det viser seg imidlertid at denne hjelpen ikke hadde vært nødvendig idet politipatruljen tok en annen vei og aldri kom forbi Xs villa.

5.2.1 Betingelseslæren

Den tradisjonelle måten å oppstille kravet på har gått under navnene kausalitetskravet og betingelseslæren. Her vil den mer moderne formen betingelseslæren bli brukt da det er den som i tydeligst grad viser til hva som er det avgjørende. Spørsmålet man må stille seg er om handlingen har vært en nødvendig betingelse, en *conditio sine qua non*, for resultatet. Som vi har sett var både Getz og Hagerup tilhengere av denne læren. En konsekvens av betingelseslæren er som vist ovenfor at fullbyrdet medvirkning ikke kan ha funnet sted uten at den har vært en nødvendig betingelse for resultatet. Straff kommer med andre ord ikke på tale hvor forbrytelsen uansett ville funnet sted selv om man tenker medvirkningen borte. Når utgangspunktet tas i eksempelet over blir ikke M å straffe siden medvirkningen ikke har utgjort noen nødvendig betingelse – innbruddstyveriet ville blitt utført allikevel. Hvis fjerningen av stigen derimot var en forutsetning for As fullbyrdede innbrudd, så har Ms handling vært en nødvendig betingelse.

²⁰⁶ Astrup Hoel (1941) s. 43-44 og 60.

5.2.2 Resultatforandringlæren

Med utgangspunkt i betingelseslæren er det også oppstilt en modifisert betingelseslære.²⁰⁷ Spørsmålet man med denne læren må stille er om handlingen har gjort at resultatet er blitt annerledes i tid, sted eller omstendigheter. Medvirkningen må altså ha vært en nødvendig betingelse for en resultatforandring. Jeg vil for enkelhets skyld bruke navnet resultatforandringlæren på denne formen for årsakskrav. Et eksempel på dette kan være at M bidrar til at innbruddet skjer raskere enn det ville ha gjort uten hans hjelp. Selv om innbruddet ville ha skjedd også uten Ms hjelp, vil M likevel bli ansett for å ha medvirket idet resultatet er blitt annerledes i tid. I det opprinnelige eksempelet er derimot resultatet av handlingen uten betydning for resultatet. A handler upåvirket av Ms flytting av stigen og dermed på samme tid og sted som om stigen aldri var blitt flyttet. M kan vanskelig sies å ha bidratt til å gjøre resultatet annerledes i noen henseender og går etter dette fri for straff. Innen norsk rettsvitenskap står Skeie som en forsvarer av dette årsakskravet.²⁰⁸

5.2.3 Faktisk medvirkning

En annen variant er som Andenæs uttrykker det å frigjøre seg helt fra betingelseslæren og betrakte det "som årsak enhver handling og enhver begivenhet som faktisk har medvirket til (bidradd til) resultatet, uten hensyn til om den har vært nødvendig for dette".²⁰⁹ E. Hagerup Bull stod for dette synet og etter hans oppfatning måtte "alle medvirkende faktorer" anses som årsaker til resultatet.²¹⁰ Lovforarbeidenes uttalelse om det skulle være tilstrekkelig å fremme eller lette følgens inntreden kan muligens forstås som en tilslutning til dette årsakskravet.²¹¹ Hvis vi igjen vender tilbake til eksempelet med villaen og stigen, må det fremdeles spørres om Ms handling har bidratt til resultatet. Antakeligvis må M også her gå fri for ansvar siden handlingen vanskelig kan sies å ha bidratt til resultatet eller lettet dets inntreden, når politiet uansett tok en annen vei. En annen ting er spørsmålet om M kan straffes for forsøk på medvirkning.

²⁰⁷ Andenæs (1940) s. 256, fotnote 38 med videre henvisninger.

²⁰⁸ Skeie (1937) s. 277 og Skeie (1946) s. 315.

²⁰⁹ Andenæs (1940) s. 256.

²¹⁰ Hagerup Bull (1936) s. 347.

²¹¹ S.K.M. (1896) s. 101 første spalte.

5.3 Andenæs' og Astrup Hoels kritikk av årsakskravet

Både Andenæs og Astrup Hoel stilte seg kritiske til å opprettholde et årsakskrav for medvirkningshandlinger. Innvendingene rettet seg hovedsakelig mot betingelseslæren, men også de andre formene for årsakskrav ble utsatt for kritikk. Andenæs gikk i noe større grad inn på de ulike formuleringene enn Astrup Hoel og pekte på at man gjerne kunne ta utgangspunkt i både resultatforandringenslæren og læren om faktisk medvirkning, men at man da ble nødt til å gjøre seg nytte av "mer eller mindre vidtgående tilleggsregler om ansvarsutelukkelse hvor det samme eller iallfall et rettslig likeverdig resultat ville vært inntrådt også uten vedkommende handling. Det praktiske resultat kommer da til å bero mindre på avgjørelsen av om der foreligger årsakssammenheng mellom en handling og en følge, enn på om der foreligger en slik ansvarsutelukkende omstendighet".²¹²

For Astrup Hoel innebar betingelseslæren "kun en vilkårlig definition av begrepet årsak, en definition som man selv indrømmer ikke passer i alle tilfælde".²¹³ Videre var han enig med Andenæs i at det eventuelt måtte oppstilles et annet årsaksbegrep, men at dette i så fall måtte "utstyres med forbehold og tilbygninger av så vidtrækkende karakter, at en begrepsformulering, en kortfattet definition (...) blev umuliggjort".²¹⁴ Et problem i den forbindelse ble det vilkårlige ved tilskrivningen av årsaks kvalitet: "Alt beror nemlig på hvorledes man nærmere vil beskrive "den begivenhet" hvis "årsak" man søker. Har sykepleiersken B git den dødssyke X gal medicin, så at han som følge derav dør 2 timer før end han ellers ville gjort, blir B "årsak" til X.s død hvis man hermed mener hans død på netop dette præcise tidspunkt og med netop de specielle smertefornemmelser som må tilskrives den gale medicin. Derimot blir B ikke "årsak" hvis man alene uten nøiere præcision sigter til X.s død f. eks. i løpet av nærmeste døgn".²¹⁵

For Astrup Hoel blir konklusjonen etter dette at det må "på det bestemeste bestrides at denne årsakstankegang kan danne noget bindende teoretisk utgangspunkt for

²¹² Andenæs (1940) s. 257.

²¹³ Astrup Hoel (1941) s. 62.

²¹⁴ Astrup Hoel (1941) s. 62-63.

²¹⁵ Astrup Hoel (1941) s. 63.

delagtighetslæren".²¹⁶ Og for Andenæs var det "fuldstendig klart" at spørsmålet om de ulike årsakskravene ikke kunne gi noe verdifullt bidrag til forståelsen av straffelovens ordlyd: "Ordenes betydning efter vanlig språkbruk må være utgangspunktet der som ved annen fortolkning. Er det faktiske forhold på det rene, vil spørsmålet i virkeligheten meget sjelden volde noen vanskelighet. Men naturligvis vil der oppstå en del detaljspørsmål som volder tvil".²¹⁷

Ut over dette ga Andenæs tidlig i sin artikkel uttrykk for at det heller ikke er slik at alle straffebud retter seg mot "forårsakelse av et bestemt resultat", men i stedet en bestemt handlemåte.²¹⁸ For Astrup Hoel var selve spørsmålet om årsakssammenheng en viktig grunn til i det hele tatt å ta medvirkningslæren opp til vurdering.²¹⁹ Dette skyldtes hans interesse for spørsmålet i erstatnings- og forsikringsretten.²²⁰ Gjennomgangen i det videre er delt inn i de ulike sidene ved de to forfatterens kritikk av årsakskravet.

5.3.1 Drøftelser de lege ferenda

Rent rettspolitisk kunne ikke Astrup Hoel forstå hvordan man kunne ha så stor tiltro til årsakskravet. Dette var for ham et "mysterium".²²¹ Det Astrup Hoel mente å ville straffe var "det i handling manifesterte forbryderske sindelag, som ytrer sig i at opfordre en anden til en forbrydelse eller understøtte ham under dens planlæggelse eller utførelse".²²² At det burde ha betydning for straffutmålingen om virksomheten var nødvendig for resultatets betydning, var helt naturlig for Astrup Hoel, men ikke at dette skulle "opstilles som en absolut forutsætning for delagtighetens strafbarhet i det hele".²²³ For Astrup Hoel var det "ganske ubegripelig" å ikke straffe medvirkeren i de tilfellene hvor "straffebehov" faktisk forelå.²²⁴ Om eksempelet ovenfor med

²¹⁶ Astrup Hoel (1941) s. 64.

²¹⁷ Andenæs (1940) s. 257.

²¹⁸ Andenæs (1940) s. 240, se punkt 2.2.2 ovenfor for denne delen av kritikken mot Getz.

²¹⁹ Astrup Hoel (1941) særlig klart til syne i forordet og hans avsluttende bemerkninger.

²²⁰ Se særlig Astrup Hoel (1929), men også Astrup Hoel (1925) s. 162-172 og Astrup Hoel (1938) s. 3-24.

²²¹ Astrup Hoel (1941) s. 59.

²²² Astrup Hoel (1941) s. 59-60.

²²³ Astrup Hoel (1941) s. 60.

²²⁴ I.c.

innbruddstyveriet og stigen uttaler Astrup Hoel at ingen kan påstå at "M her har forårsaket B.s forbrydelse. Ikke desto mindre har han ved sin handling gjort sig delagtig i den, og der er ingen grund til at han skulde slippe straff".²²⁵ Andenæs drøftet i noe større grad lovens ordning de lege lata, men de samme synspunktene gjorde seg gjeldende også hos han: "Den medvirkende har, uten hensyn til om han står i kausalitetsforhold til resultatet eller ei, i gjerning lagt sin samfunnsfarlighet for dagen - om enn ikke i samme grad som den egentlige hovedmann, og også i forskjellig grad for de forskjellige delaktige etter som de har spilt en mer eller mindre fremtredende rolle i den straffbare virksomhet".²²⁶

5.3.2 Drøftelser av Getz' syn på kriminallovens ordning

Under sin gjennomgang av Getz' avhandling gikk Astrup Hoel inn på tolkningen av kriminalloven kap. 5 § 4.²²⁷ Gjennom disse betraktningene ga Astrup Hoel uttrykk for at Getz' standpunkt "også de lege lata" var "den åbenbare vranglære".²²⁸ Astrup Hoel fortsatte slik: "Man behøver kun at kaste et blick på lovens kap. 5 § 4 for at se hvorledes her meddelelsen av råd og opplysninger er stillet op som et selvstændig alternativ ved siden av tilskyndelsen. Den førstnævnte art virksomhet er som sådan strafbar, selv om den ikke i ringeste grad har tjent til bestyrkelse av gjerningsmandens forsæt. Der står heller ikke et ord om at de meddelte opplysninger skal ha dannet en nødvendig forutsætning for forbrydelsens utførelse, ja end ikke om at de overhodet skal ha vist sig brukbare".²²⁹ Etter dette viste Astrup Hoel til at lovens forhistorie og den juridiske teori også støttet opp om hans syn på kriminalloven.²³⁰

²²⁵ l.c.

²²⁶ Andenæs (1940) s. 253.

²²⁷ Astrup Hoel (1941) s. 117-118.

²²⁸ Astrup Hoel (1941) s. 117.

²²⁹ l.c.

²³⁰ l.c.. Se også Andenæs (1940) fotnote 32: " Leser man Schweigaards nøkterne kommentar til kriminalloven, finner man således ingen antydning til noe kausalitetskrav for de delaktiges vedkommende, og det hverken for den fysiske eller for den psykiske delaktighet."

Johs. Andenæs viet ikke kriminalloven like stor oppmerksomhet som Astrup Hoel. Dette skyldtes nok dels at Astrup Hoel hadde skrevet på sin avhandling i flere år²³¹, men kanskje like mye at hans bok i stor utstrekning var ment som en kritikk av Getz' medvirkningslære som nettopp ble forfattet under kriminallovens tid. Andenæs var på sin side i større grad opptatt av forståelsen av datidens gjeldende lov og han gikk derfor ikke inn i en drøftelse av kriminalloven kap. 5 § 4.

Getz hadde innsett at det kunne bli vanskelig å bevise at en psykisk medvirkningshandling hadde vært en nødvendig betingelse for et resultat. Hans løsning ble å slå av på beviskravet, ikke årsakskravet.²³² Både Astrup Hoel og Andenæs gikk sterkt i mot denne løsningen. Astrup Hoel poengterte at dette ville være å la "tvil og bevisvanskeligheter gå i den anklagedes disfavør, i strid med alt hvad ellers herom antages".²³³ Andenæs viste også til at dette ikke var en tilfredsstillende løsning og la til at "når man prinsipielt oppstiller et kausalitetskrav, blir det i virkeligheten en mistankestraff man ilegger når man nøyer seg med en generell presumsjon for kausalitetsforholdet. Den uskrevne regel " in dubio pro reo " er så dypt forankret i nutidens rettsbevissthet, at der skal ytterst sterke grunner til å fravike den. (...) Fraviker man først prinsippet her, kan man finne like gode grunner til å fravike det i andre tilfelle hvor årsaksspørsmålet volder vanskeligheter".²³⁴

Astrup Hoel avsluttet gjennomgangen av Getz' kapittel om "Delagtige, ophavsmænd" med å forsøke å forklare hvorfor Getz holdt så hardt på årsakskravet. Begrunnelsen var slik Astrup Hoel så det at Getz var nødt til det "som led i hans bevisførsel for at der ikke er nogen forskjel på delagtige og gjerningsmænd".²³⁵

5.3.3 Drøftelser knyttet til forarbeidene til straffeloven av 1902

I tillegg til å søke etter et svar i loven selv, gikk Astrup Hoel inn på hva forarbeidene sa om spørsmålet. Som nevnt ovenfor var ikke forarbeidene helt klare på hvordan

²³¹ Astrup Hoel (1941) forordet.

²³² Getz (1903) s. 39 flg.

²³³ Astrup Hoel (1941) s. 117.

²³⁴ Andenæs (1940) s. 251.

²³⁵ Astrup Hoel (1941) s. 118.

spørsmålet om årsaksforhold skulle håndteres. Under kapittel tre om "Betingelserne for Strafbarhed" het det at "hvad der skal ansees som en i sig selv tilstrækkelig Kausalnexus" skulle overlates "til Fortolkningen".²³⁶ Selv om det her så ut til at det skulle være opp til praksis og juridisk teori å utvikle årsakskravet videre, så var det i tilknytning til § 58 gitt en annen uttalelse som var egnet til å stille spørsmål ved dette opprinnelige synspunktet. Der var det nemlig skrevet at for straffbarhet ved medvirkning skulle være tilstrekkelig at følgens inntreden fremmes eller lettes ved handlingen.²³⁷

Astrup Hoel tilnærmet seg spørsmålet ved først å peke på rettsstillingen før vedtakelsen av straffeloven av 1902. Utgangspunktet hans var at det etter kriminalloven ikke var noen forutsetning for straff at medvirkningen hadde vært en nødvendig betingelse for forbrytelsen. Det måtte derfor "specielle grunde til" før en kunne anta at den nye lovgivningen ville "gi avkald på denne i sig selv helt naturlige og rimelige regel".²³⁸ Slike grunner fantes etter Astrup Hoels syn ikke. Ei heller hadde straffelovkommissjonen eksplisitt gitt uttrykk for at loven hvilte på betingelseslæren.²³⁹

Etter først å ha trukket frem forarbeidenes uttalelser til kapittel 3, uttalte Astrup Hoel om uttalelsene til § 58: "Denne uttalelse forekommer imidlertid rent en passant, og indeholder bare den betragtning at følgens indtræden må være "fremmet eller lettet" ved den handling hvorom der spørres. Dette kan imidlertid like godt siges om den tilskyndelse som ikke har hat bestemmende indflydelse på gjerningsmandens beslutning, eller den medhjælp som har vist sig overflødig ialfald for forbrydelsens essentielle iverksættelse. Der ligger med andre ord heri ingensomhelst tilskjændegivelse av at c.s.q.n-principet [qonditio sine qua non] er anset avgjørende".²⁴⁰

Hvor naturlig det er å snakke om at forbrytelsen er fremmet eller lettet ved en overflødig medhjelpshandling er et spørsmål man gjerne kan stille seg, se min merknad

²³⁶ S.K.M. (1896) s. 55.

²³⁷ S.K.M. (1896) s. 101 første spalte.

²³⁸ Astrup Hoel (1941) s. 177.

²³⁹ I.c.

²⁴⁰ Astrup Hoel (1941) s. 178.

i punkt 5.2.3 om det jeg har kalt faktisk medvirkning. Poenget for Astrup Hoel var uansett å vise at loven i alle fall ikke bygde på noe tradisjonelt kausalitetskrav. Hos Andenæs er lovforarbeidene kun nevnt i en fotnote. Konklusjonen hans er den samme som den hos Astrup Hoel: "I motivene finnes derimot uttalelser som viser at lovkonsipisten har ansett den medvirkendes ansvar hjemlet i vanlige kausalitetsregler. Men det kausalitetsbegrep som da er lagt til grunn er iallfall ikke *conditio sine qua non*-begrepet. Jfr. således s. 100 hvor det fremheves at den fornødne kausalnexus foreligger når en følges inntreden er fremmet eller lettet ved den handling hvorom der spørres".²⁴¹

5.3.4 Drøftelser knyttet til straffeloven

Andenæs tok i sin kritikk av årsakskravet utgangspunkt i "det naturlige fortolkningsprinsipp": "Det bør vel kunne oppnås enighet om, at utgangspunktet for en fortolkning av straffeloven må være de enkelte straffebuds innhold etter alminnelig språkbruk. Ved flertydige uttrykk og på ordgrensen må naturligvis en nærmere presisering finne sted, først og fremst ut fra vurderingsmessige synspunkter. Men bare dersom loven selv eller tvingende reale hensyn tilsier en annen løsning, bør man direkte sette seg ut over det resultat som følger av den alminnelige språkbruk".²⁴²

Videre var det et viktig poeng for Andenæs "at begrensningen av medvirkningsansvaret til dem som har *forårsaket* det i straffebudet beskrevne resultat, ikke har noen hjemmel i den naturlige språklige forståelse" og at "språkbruken gjør en meget tydelig forskjell mellom det å *forårsake* et resultat og det å *medvirke* til forårsakelsen (mine kursiveringer)".²⁴³ Andenæs' syn var at forårsakelse først og fremst ble benyttet om virksomhet som var en nødvendig betingelse for resultatet, mens medvirkning først og fremst ble benyttet om bidrag "av en mer beskjeden karakter".²⁴⁴ Etter dette stilte han spørsmålet om det i straffeloven var noe grunnlag for å forstå uttrykket medvirkning "i noen snevrere betydning enn denne som følger av den alminnelige språkbruk".²⁴⁵

²⁴¹ Andenæs (1940) fotnote 27.

²⁴² Andenæs (1940) s. 248.

²⁴³ Andenæs (1940) s. 248-249.

²⁴⁴ Andenæs (1940) s. 249.

²⁴⁵ I.c.

Slik Andenæs så det måtte svaret klart være nei: "Der finnes intet i loven som kan berettige til en innskrenkende fortolkning av uttrykket til bare å omfatte de tilfelle hvor medvirkningen har vært kausal. Derimot finnes der i loven vektige grunner for den motsatte oppfatning".²⁴⁶ Disse grunnene knyttet seg til tre ulike aspekter ved lovens ordlyd og system og behandles nedenfor i punkt 5.3.4.1 til 5.3.4.3.

5.3.4.1 Drøftelser knyttet til straffeloven § 58

Straffeloven § 58 er behandlet i punkt 3.2 om straffutmålingen. Det som her er spørsmålet er forståelsen av formuleringen "Medvirken (...) har været af ringe Betydning". Allerede tidlig i sin bok tok Astrup Hoel tak i strl. § 58: "Når det imidlertid for enhver deltagers vedkommende kan hævdes at uten hans virksomhet var det strafbare forehavende ikke blit gjennomført, måtte de alle stå helt på linje: Det lar sig ikke påstå at den ene nødvendige betingelse er nødvendigere eller mere betydningsfuld end den anden. – Ikke desto mindre finder man i straffeloven § 58 – altså den eneste generelle medvirkningsbestemmelse loven ifølge sit system indeholder – en regel om at straffen kan nedsættes (...). Hvorledes denne bestemmelse skal kunne forlikes med den underliggende delagtighetsteori (betingelseslæren, min merknad), og tilmed ansees som utslag og anvendelse av den, hører til vor retsvidenskaps uløste mysterier".²⁴⁷

Da Astrup Hoel senere kom tilbake til spørsmålet om bestemmelsens forståelse, gjorde han det klart at bestemmelsen etter hans oppfatning først fikk sin fulle "anvendelse på handlinger som vel ikke har dannet nogen nødvendig betingelse for forbrydelsens utførelse, men dog i subjektiv eller objektiv henseende har spillet en viss rolle".²⁴⁸ For Astrup Hoel måtte bestemmelsen forstås slik at medvirkning som ikke utgjorde noen nødvendig betingelse allikevel måtte bedømmes som "fuldbyrdet medvirkning, ikke som forsøk".²⁴⁹ Eksempler på dette var en viss forsterkning av gjerningspersonens beslutsomhet og medvirkning som "i det ydre" hadde gitt forbrytelsen "et noget forskjellig utseende" enn om den ikke hadde funnet sted.²⁵⁰ Følgen av dette

²⁴⁶ I.c.

²⁴⁷ Astrup Hoel (1941) s. 17. Se på samme måte s. 175.

²⁴⁸ Astrup Hoel (1941) s. 178.

²⁴⁹ Astrup Hoel (1941) s. 179.

²⁵⁰ Astrup Hoel (1941) s. 178-179.

resonnementet var etter Astrup Hoels mening at betingelseslæren måtte oppgis som betingelse for straff og dermed at også ikke-kausal medvirkning måtte kunne være straffbar.

Poenget var som også Andenæs uttrykte det at "man kan ikke godt si at den ene nødvendige betingelse er av " ringe betydning " i forhold til andre".²⁵¹ Hvis det skulle finnes flere enn én nødvendig betingelse for en forbrytelse, ville det altså etter begge forfatteres syn være vanskelig å hevde at den ene ikke var av like stor betydning som den andre. Konklusjonen til Andenæs ble som Astrup Hoels: "§ 58 viser derfor at loven iallfall ikke forutsetter at medvirkningen skal ha vært kausal i den forstand at den skal ha utgjort en *conditio sine qua non* for resultatet".²⁵²

5.3.4.2 Drøftelser knyttet til de spesielle bestemmelser i straffeloven

Et viktig angrepspunkt for Johs. Andenæs var de tilfellene hvor medvirkning var nevnt ved siden av en ordlyd som omfattet all forårsakelse: "Den alminnelige uttrykksmåte er " bevirke eller medvirke til ", som er brukt i over 30 av lovens bestemmelser".²⁵³ Eksempler Andenæs trakk frem var tingsbeskadigelse (§ 291) og drap (§ 233). Etter Andenæs syn ville lovens uttrykksmåte bli meningsløs hvis man hevdet at det i medvirkningstillegget ikke lå noe mer enn det som allerede lå i selve gjerningsbeskrivelsen: "Og det er selvsagt den bakvendte vei å gå, når man vil fastholde kravet til medvirkningens kausalitet ved å fortolke den prinsipale gjerningsbeskrivelse innskrenkende, slik at " forvolde " og " bevirke " i loven skulle være brukt i snevrere mening enn den vanlige, nemlig bare om den forårsakelse som ikke kan betegnes som en medvirkning".²⁵⁴

Argumentet for at loven ikke opererte med noe betingelseskrav, var altså at det i loven ved siden av forårsakelse var stilt opp den alternative handling medvirkning, som ellers ville blitt konsumert av selve gjerningsbeskrivelsen. På dette punktet var ikke Astrup Hoel enig med Andenæs. Astrup Hoel mente at uttrykksmåten "bevirke eller medvirke

²⁵¹ Andenæs (1940) s. 250.

²⁵² l.c.

²⁵³ l.c.

²⁵⁴ l.c.

til" ikke siktet til "motsætningen mellom den kausale og den ikke-kausale medvirkning".²⁵⁵ Han pekte spesielt på drapsbestemmelsens forhold til bestemmelsen om uaktsomt drap (§ 239): "Og spesielt er det ikke berettiget derav at trekke praktiske konsekvenser, som f. eks. den at eftersom "forvolde" i § 233 omfatter al kausal medvirkning til drap, vil også al kausal uaktsom medvirkning (og kun den) være strafbar etter § 239".²⁵⁶ Astrup Hoels begrunnelse var at det ikke var "forårsakelsesgraden", men "forårsakelsesmåten" loven hadde for øye.²⁵⁷ Videre uttrykte han det som "en noget besynderlig tanke at "medvirkning" i almindelighet skulde omfatte så vel den kausale som den ikke-kausale medvirkning, men at ordet, når det kommer i forbindelse med "forvolde", "bevirke" o. lign. pludselig skulde få den sterkt indsnevrede betydning kun at omfatte den ikke-kausale medvirkning".²⁵⁸

5.3.4.3 Drøftelser knyttet til bestemte medvirkningsformer

Et siste angrepspunkt knyttet til lovteksten var de bestemmelsene som kun rettet seg mot bestemte former for medvirkning, nemlig forledelse eller tilskyndelse. Slik Andenæs så det, kunne det "umulig ha vært meningen at der skulle føres noe bevis for at en tilskyndelse har vært en nødvendig betingelse for hovedmannens gjerning".²⁵⁹ Bevissituasjonen ble av Andenæs beskrevet som nær sagt umulig og han kom til at det måtte være "på det rene at det ikke har vært meningen å utvide det straffbare område hvor " forledelse og tilskyndelse " er særlig nevnt".²⁶⁰ Disse tilfellene var etter Andenæs oppfatning kun eksempler på særlig alvorlige medvirkningsformer og når kausalitet ikke kunne kreves i disse tilfellene, måtte konsekvensen bli at den heller ikke kunne kreves " når straffetruselen er rettet mot medvirkning i sin alminnelighet".²⁶¹

²⁵⁵ Astrup Hoel (1941) s. 179.

²⁵⁶ l.c.

²⁵⁷ l.c.

²⁵⁸ Astrup Hoel (1941) s. 180.

²⁵⁹ Andenæs (1940) s. 250.

²⁶⁰ Andenæs (1940) s. 250-251.

²⁶¹ Andenæs (1940) s. 251.

Astrup Hoel gikk ikke inn på den samme drøftelsen, men for øvrig var han enig i straffverdigheten når det gjaldt å bidra til en "yderligere befæstelse av en beslutning som allerede var fattet", selv om den ikke hadde utgjort noen nødvendig betingelse.²⁶²

5.4 Årsaksforhold som straffbarhetsbetingelse omkring årtusenskiftet

I forarbeidene til straffeloven av 2005 betegnes spørsmålet om årsaksforhold som et av de vanskeligste i praksis. Forarbeidene utdyper problemstillingen til å gjelde "hva slags og hvor sterk sammenheng det må være mellom bistandshandlingen og utførelsen av hovedgjerningen".²⁶³

Et halvt århundre etter verkene til Andenæs og Astrup Hoel slås det deretter klart fast "at bistanden kan være straffbar medvirkning selv om den ikke er noen nødvendig forutsetning for å kunne utføre hovedgjerningen".²⁶⁴ Betingelselæren er med andre ord definitivt forlatt. Videre påpekes det at det heller ikke kreves at hjelpen har lettet utføringen av hovedgjerningen og at "selv bistand som slår negativt ut for hovedlovbryteren kan være straffbar medvirkning".²⁶⁵

Ved fysisk medvirkning skal det etter forarbeidene være "et grunnkrav for straff at bistanden faktisk virker med i utføringen av hovedgjerningen". Som eksempler er blant annet nevnt det å kjøre bankranere til en bank eller det å stå vakt. Om psykisk medvirkning fastslås det at man må kreve "hovedlovbryteren påvirkes og blir mer innstilt på å utføre lovbruddet - forsettet styrkes. Hvis ikke er det i høyden tale om forsøk på medvirkning".²⁶⁶

I siste utgave av Andenæs' fremstilling av den alminnelige strafferetten ved Matningsdal og Rieber-Mohn pekes det også på at det ikke kreves "at medvirkningen

²⁶² Astrup Hoel (1941) s. 60-61.

²⁶³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410.

²⁶⁴ l.c.

²⁶⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411 med videre henvisninger til NOU 1992:23 s. 76 flg.

²⁶⁶ l.c.

har vært nødvendig for resultatet, jfr. Rt. 1989 s. 1004".²⁶⁷ Hvis man skulle ønske å holde fast ved kravet om årsakssammenheng, hevdes det videre at man samtidig da må "presisere at det bare er et *medvirkende årsaksforhold* som kreves".²⁶⁸ Eksempelet som Andenæs bruker er at A møter M på vei til stedet for et planlagt innbruddstyveri og at de deretter avtaler at M skal holde vakt utenfor. Selv om forbrytelsen ville ha funnet sted uansett, blir M ansvarlig for medvirkning fordi han "har vært med på foretaket".²⁶⁹ Således kan man spørre om man er tilbake ved den faktiske medvirkningen beskrevet under punkt 5.2.3 som Andenæs i 1940 stilte seg skeptisk ovenfor.²⁷⁰

Husabø skriver at årsakskravet kan "formulerast som eit krav om årsakssamanheng i den faktiske hendingsgangen".²⁷¹ Han viser til formuleringen "medvirkende årsaksforhold" hos Andenæs og påpeker at en slik forståelse "på vesentlege punkt" samsvarer med loven og dens forarbeider.²⁷²

Magnus Matningsdal vier spørsmålet om årsakskrav ganske stor oppmerksomhet i en artikkel i Jussens Venner fra 2008. Matningsdal sammenligner årsakskravet ved medvirkning med årsakskravet i erstatningsretten: "Ved medvirkning gjelder det også et årsakskrav. Det strafferettslige årsakskravet er imidlertid klart mindre strengt. (...) Det er ikke mulig å angi presist hvor mye som kreves, og man kommer neppe retningslinjen nærmere enn at avgjørende synes å være om vedkommendes handling har en slik karakter og et slikt omfang at det finnes naturlig å knytte straffansvar til den".²⁷³ Avsnittet om årsakskrav avsluttes ved at Matningsdal reiser spørsmålet om et årsakskrav bør gjelde unntaksfritt.²⁷⁴ To eksempler nevnes og som nummer to bruker

²⁶⁷ Andenæs (2004) s. 326. Fremstillingen er i det vesentlige den samme som i tidligere utgaver, se f.eks. Andenæs (1956) s. 284 og Andenæs (1997) s. 298.

²⁶⁸ I.c.

²⁶⁹ I.c.

²⁷⁰ Andenæs (1940) s. 256-257.

²⁷¹ Husabø (1999) s. 59.

²⁷² I.c.

²⁷³ Matningsdal (2008) s. 363.

²⁷⁴ Matningsdal (2008) s. 365-366 for det følgende.

han "at en ransmann innhenter opplysninger hos en vekter om praktiske rutiner på åstedet". Matningsdal fortsetter slik: "Dersom ransmannen i ettertid uttaler at opplysningene overhodet ikke hadde noen praktisk betydning fordi han allerede hadde skaffet seg dem ved egen spaning, kan vekteren bare straffes for forsøk på medvirkning dersom dette legges til grunn. I dette tilfellet vil nok retten lett fristes til å slakke på beviskravet og dømme vekteren for fullbyrdet medvirkning med grunnlag i en presumsjon om at opplysningene faktisk hadde betydning". Til tross for Matningsdals betenkeligheter mener han at konklusjonen må være "at det alltid gjelder et årsakskrav, men at det er langt mindre strengt enn i erstatningsretten".

6 Aksessoritet og middelbarhet

"Den væsentlige Grund til hele denne Strid er utvivlsomt, at Loven ved at oppstille sit Delagtighedsbegreb har rykket Tingene ud af sin naturlige Sammenhæng, idet den har stillet sine saakaldte delagtige i Forhold til en andens Forbrydelse istedetfor til den af dem selv tilsigtede Retskrænkelse. (...) Oppgiver vi derimod Delagtighedslærens Synsmaade og stiller os paa den samme Basis, hvorpaa ogsaa Lovene selv staar, saasnart det ikke er et tilregneligt Menneske, men en Gal eller et Barn under kriminel Lavalder, som man har benyttet som Mellemand, løser Spørgsmaalet sig selv. Det er da klart, at den, som har skaffet Adgang til et Hus i den Hensigt at forvolde et Tyveri, vil være skyldig i fuldendt Forsøg paa Tyveri, idet han har gjort alt, hvad der fra hans Side ansaaes nødvendigt eller muligt at gjøre, forat Tyveriet kunde finde Sted. Enten det er et Dyr, et utilregneligt Menneske eller et, for hvis Vedkommende Tilegnelsen ogsaa udgjør en Forbrydelse, der er benyttet som Redskab, er, naar Delagtighedslæren opgives, ligegyldigt. Til alle de Spørgsmaal, som i sidste Tilfælde opkommer, haves ganske paralelle i de andre Tilfælde, og de løses alle paa samme Maade."

Sitatet ovenfor er hentet fra forarbeidene til straffeloven av 1902 og viser at Straffelovkommisjonen ønsket å ta sterk avstand fra den lære at medvirkerens ansvar skulle avhenge av om det fantes en straffbar hovedgjerning – aksessoritetsprinsippet.²⁷⁵ Med aksessoritetsprinsippet menes at "straff for delaktighet er knyttet til forutsetningen om at også gjerningsmannen kan straffes; dersom denne ikke er kommet så langt som til straffbart forsøk eller av en eller annen grunn går fri for straff, går også de delaktige fri".²⁷⁶ Muligheten for et begrenset aksessoritetsprinsipp tas opp i punkt 6.2.1 under. En viktig avbøting av prinsippets konsekvenser har vært læren om den middelbare gjerningsperson. Om den skrev Andenæs: "Dersom den umiddelbare gjerningsmann ikke kan straffes fordi han er utilregnelig eller i god tro, straffes de delaktige (eller

²⁷⁵ S.K.M. (1896) s. 102 første spalte og 103 første spalte.

²⁷⁶ Andenæs (1940) s. 238.

iallfall anstifterne) selv som (middelbare) gjerningsmenn".²⁷⁷ Med den nye straffeloven av 1902 mente Straffelovkommisjonen å ha satt en strek over disse konstruksjonene. For kommisjonens del var det mer riktig å vurdere den enkelte deltakers virksomhet konkret, i stedet for å se hen til en annens virksomhet – hovedmannens. Til tross for dette tilsynelatende klare standpunktet, ble aksessoritetsprinsippet og læren om den middelbare gjerningsperson viet mye oppmerksomhet av Johs. Andenæs og G. Astrup Hoel flere tiår etter lovens ikrafttredelse. Spørsmålet er hva dette kunne skyldes og om det fremdeles finnes spor etter tankegangen om medvirkningsansvarets aksessoriske karakter. Det samme gjelder læren om den middelbare gjerningsperson som på sett og vis ble konstruert som en følge av aksessoritetsprinsippet.

6.1 Medvirkningslærens aksessoriske karakter

Allerede i punkt 2.1 ble det pekt på den begrepsmessige tilknytningen mellom de ulike deltakerne i en forbrytelse. Bruken av begrepene hovedmann – eller mer nøytralt gjerningsperson – og medvirker får frem to ulike dimensjoner ved medvirkningen. Dels at det er et skille mellom de ulike aktørene og dels at det er en viss sammenheng.²⁷⁸ Dette siste kan betegnes som en begrepsmessig aksessoritet. For at det skal være naturlig å snakke om medvirkning må man i utgangspunktet ha en hovedmann som oppfyller selve gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, for eksempel den som står for selve tyveriet. For klarhetens skyld vil begrepet hovedmann bli brukt i større grad her enn i de øvrige kapitlene.

Verken Andenæs eller Astrup Hoel viet særlig oppmerksomhet til denne formen for aksessoritet. De var begge mer opptatt av sammenhengen når det gjaldt rettsfølgene. Astrup Hoel var likevel inne på tanken da han fremhevd forskjellen mellom de ulike deltakernes virksomhet og samtidig påpekte at straffen for medvirkerens del ofte ville komme an på hovedmannens virksomhet.²⁷⁹ For Astrup Hoel kunne det derfor "ikke benegtes at der til en viss grad består et avhengighetsforhold mellom de enkelte deltagere".²⁸⁰ Han ville likevel ikke gå med på at det gjaldt "et absolutt princip" som

²⁷⁷ l.c.

²⁷⁸ Husabø (1999) s. 250-251.

²⁷⁹ Astrup Hoel (1941) s. 66.

²⁸⁰ l.c., se i samme retning Andenæs (1940) s. 240-241.

medførte "at den delagtiges straffbarhet altid gjøres principielt avhængig av gjerningsmandens forhold".²⁸¹ Med "gjerningsmandens forhold" må forstås både hovedmannens egen straffbarhet og spørsmålet om virksomheten har kommet til fullbyrdet forbrytelse. Det er disse to tilknytningene som skal undersøkes nærmere i det videre. Før rettsstilstanden etter straffeloven av 1902 vurderes, bør det imidlertid knyttes noen kommentarer til kriminallovens ordning og prinsippets begrunnelse.

6.1.1 Kriminallovens ordning og prinsippets begrunnelse

Det foran siterte utdraget fra forarbeidene til straffeloven av 1902 har vist at Straffelovkommisjonen ønsket å gå vekk fra aksessoritetsprinsippet ved vedtakelsen av den nye straffeloven. Det er av formuleringen "Loven" rimelig å forstå straffelovkommisjonen dithen at den mente at kriminalloven bygde på et prinsipp om aksessoritet. Det må likevel konstateres at kommisjonen viet øvrig europeisk teori mye oppmerksomhet.²⁸² Dette var Skeie på sett og vis inne på i det han beskrev den tidligere oppfatningen slik: "Det var tidligere den almindelige opfatning, iallfall i europeisk teori, at man i ansvarsreglene må skjelne mellem gjerning og medvirkning, og at medvirkningen må bedømmes som aksessorisk i forhold til gjerningsmannens handling"²⁸³. Denne noe forsiktige fremstillingen på vegne av norsk teori ble imidlertid mer eller mindre opphevet i og med at Skeie i det videre omtalte kriminalloven som en av flere lover som bygde på aksessoritetsprinsippet, men da med unntak som for eksempel etter kap. 5 § 2.²⁸⁴

Spørsmålet om kriminallovens ordning ble ikke problematisert av Andenæs. Andenæs nøyde seg med å nevne "at aksessorietetsprinsippet er oppgitt i den nye lov".²⁸⁵ Uttalelsen kom i forbindelse med en drøftelse av et konkret tilfelle hvor det "etter vår eldre rett ikke ble tale om delaktighetsansvar" – noe som etter hans mening var "en nødvendig konsekvens av læren om delaktighetsansvarets aksessorietet".²⁸⁶

²⁸¹ I.c.

²⁸² S.K.M. (1896) s. 100-103.

²⁸³ Skeie (1937) s. 501.

²⁸⁴ Skeie (1937) s. 502, se videre om kriminalloven kap. 5 § 2 i punkt 6.1.3.

²⁸⁵ Andenæs (1940) s. 259.

²⁸⁶ I.c.

En som stilte spørsmål ved om kriminalloven virkelig bygde på aksessoritetsprinsippet var Astrup Hoel.²⁸⁷ Astrup Hoel mente at kriminalloven ikke uten videre kunne sies å ha bygd på et prinsipp om aksessoritet og vurderte i den forbindelse om loven i stedet bygde på et begrenset aksessoritetsprinsipp. Dette mente han at ikke var tilfelle.²⁸⁸ Deretter gikk han så langt som til å hevde at verken loven eller dens forarbeider i det hele tatt kunne sies å ha bygd på dette prinsippet.²⁸⁹ Slik han så det bygde loven i stedet på det naturlige skillet mellom medvirkere og gjerningspersoner og "den naturlige anskuelse at straffen for delagtighet forutsatte særskilte uttrykkelige regler herom".²⁹⁰ Det han særlig viste til var en bestemmelse om medvirkning til selvmord og den allerede nevnte bestemmelsen i kap. 5 § 2 om forsøk på medvirkning.²⁹¹ Det er ikke her anledning til å gå inn på de enkelte deler av Astrup Hoels begrunnelse.

I ettertiden kan diskusjonen beskrives som en drøftelse mellom et aksessoritetsprinsipp med positive unntak og fraværet av et tydelig overordnet prinsipp. Om man velger den ene eller andre betraktningsmåte, valgte i alle fall Straffelovkommisjonen av 1885 å ta uttrykkelig avstand fra prinsippet om at medvirkerens ansvar skulle være knyttet til avgjørelsen av gjerningsmannens ansvar. Allikevel tok ikke dette knekken på drøftelsene av prinsippet og dets rekkevidde, så en viss dekning for prinsippet må det nødvendigvis ha vært etter kriminallovens ordning.

En begrunnelse for å stille opp et slikt prinsipp var for Astrup Hoel selve terminologien: "Ordet "delagtig" forutsætter noget som det er mulig at være delagtig i. Det vil i nærværende se en forbrydelse. Hvor der ikke foreligger nogen forbrydelse, kan der således heller ikke være tale om delagtighet".²⁹² Skeie pekte på noe av det samme: "Man sier: Medvirkeren, B, vil nok rettskrenkelsen, men bare for det tilfelle at den

²⁸⁷ Astrup Hoel (1941) s. 76-79.

²⁸⁸ Astrup Hoel (1941) s. 76-77.

²⁸⁹ Astrup Hoel (1940) s. 79.

²⁹⁰ I.c.

²⁹¹ Astrup Hoel (1941) s. 77-79.

²⁹² Astrup Hoel (1941) s. 64-65 med videre henvisninger til den tyske teoretikeren Birkmeyer.

uføres av en annen, A".²⁹³ Medvirkningsansvar forutsetter med et aksessoritetsprinsipp altså at det finnes en straffbar hovedmann og en straffbar hovedgjerning.

6.1.2 Medvirkningens tilknytning til hovedmannen

Den ene siden ved aksessoritetsprinsippet gjelder tilknytningen til hovedmannen og dennes skyld og tilregnelighet. Enkelte tilgrensende emner ved skyldspørsmålet er behandlet i kapittel 3, se blant annet punkt 3.1.1.2 om situasjonen hvor det oppstår et avvik mellom medvirkerens forutsetninger og det faktiske hendelsesforløpet. Her vil fokuset være på hovedmannens utilregnelighet og hans gode tro. Etter lover som bygde på et rent aksessoritetsprinsipp krevdes det at hovedmannen oppfylte både skyldkravet og samtidig var strafferettslig tilregnelig for at medvirkeren skulle kunne straffes.

Det var i denne forbindelse Andenæs tok opp spørsmålet om straffelovens uttrykk "medvirke" forutsetter tilregnelighet hos hovedmannen "eller om det omfatter også det tilfelle at den nærmeste forvolder er i god tro eller strafferettslig utilregnelig".²⁹⁴ Andenæs var ikke i tvil om at svaret måtte være at medvirkerens ansvar inntrådte uavhengig av hovedmannens tilregnelighet. Slik han så det finnes det i loven ingen "holdepunkt for å innskrenke medvirkningsansvaret til de tilfelle hvor der foreligger en tilregnelig hovedgjerning".²⁹⁵

Andenæs illustrerte standpunktet sitt ved å vise til to eksempler. Det første gjaldt et materialdelikt,²⁹⁶ strl. § 233 (drap): "Dersom en person har vært en sinnssyk behjelpelig ved utførelse av et drap (uten at man kan si han har forvoldt drapet), har han objektivt sett medvirket til forvoldelse av en annens død i samme grad som om den direkte gjerningsmann hadde vært tilregnelig. De objektive forutsetninger for den medvirkendes straffellelse foreligger altså, og likedan foreligger de subjektive forutsetninger for hans vedkommende. Å kreve at de subjektive forutsetninger skal foreligge også for den direkte forvolders vedkommende, ville være å legge inn i loven

²⁹³ Skeie (1937) s. 501.

²⁹⁴ Andenæs (1940) s. 258.

²⁹⁵ l.c.

²⁹⁶ Straffebud rettet mot forvoldelsen av et resultat.

noe som den ikke sier".²⁹⁷ Andenæs' andre eksempel var et formaldelikt;²⁹⁸ strl. § 353 (uberettiget adgang): "Den som i ond tro overtaler en annen som er i god tro til å begi seg hen på et slikt forbudt sted, oppfyller både i subjektiv og objektiv henseende betingelsene for å trekkes til ansvar som medvirker etter § 353. Noen reell grunn til å unnta en slik medvirker fra det alminnelige medvirkningsansvar er der heller ikke. At straffverdigheten i alminnelighet skulle være mindre når medvirkningen er ytet til en utilregnelig eller godtroende person enn ellers lar seg neppe for alvor påstå".²⁹⁹

På dette punkt gikk ikke Astrup Hoel like grundig til verks som Andenæs, men noen uenighet kunne man allikevel ikke spore dem i mellom. Astrup Hoel uttalte nemlig om aksessoritetsprinsippet at hele tankegangen var "et ørkesløst hjernesvind".³⁰⁰ Vurderingen av medvirkningens straffbarhet måtte etter hans mening avgjøres "efter de rent faktiske omstendigheter i hver enkelt relation".³⁰¹ Aksessoritetsprinsippet behandles da også under underkapittelet benevnt "Falske og villedende anskuelsemåter".³⁰²

Et spørsmål som både Andenæs og Astrup Hoel viet en del oppmerksomhet var om det kunne utledes noe av at loven i flere straffebud benyttet seg av både "bevirker" og "medvirker" – eller bare ett av uttrykkene. Jon Skeie hadde allerede i sin prøveforelesning i 1905 argumentert for at dette var tilfelle. Slik han så det ble uttrykket "medvirker" brukt i de tilfellene hvor hovedmannen var ansvarlig, mens uttrykket "bevirker" var reservert for de tilfellene hvor gjerningen ikke kunne "tilregnes" ham.³⁰³

²⁹⁷ Andenæs (1940) s. 258-259.

²⁹⁸ Straffebud rettet mot en handlemåte uten hensyn til dens følger.

²⁹⁹ Andenæs (1940) s. 259.

³⁰⁰ Astrup Hoel (1941) s. 65.

³⁰¹ Astrup Hoel (1941) s. 66.

³⁰² Astrup Hoel (1941) kap. I § 5.

³⁰³ Skeie (1913) s. 64 flg.

Konkretisert ved medvirkning til falsk forklaring etter strl. § 165 jfr. § 163³⁰⁴, uttalte Andenæs at "bevirke" i så fall skulle ta "sikte på det tilfelle at vitnet selv er i god tro, mens uttrykket "medvirke" tar sikte på det tilfelle at vitnets forklaring også subjektivt sett er falsk.³⁰⁵ For Andenæs fremstod argumentasjonen til Skeie som "meget skarpsindig, men neppe holdbar".³⁰⁶ Astrup Hoel var enig i at dette var "en meget plausibel terminologi", men han mente som Andenæs at man etter en nærmere vurdering av loven ikke kunne påberope seg et slikt skille.³⁰⁷

I sin kritikk av Skeies tolkning gikk både Andenæs og Astrup Hoel inn på en rekke av de bestemmelsene hvor uttrykket "bevirker" var anvendt.³⁰⁸ Astrup Hoels konklusjon var at handlingsformen "bevirke" ble anvendt "uten nogensomhelst fast plan, og uten at legge noen generelt bestemt distinktion heri".³⁰⁹ I noen straffebud fant han at uttrykket ble brukt for å omfatte "den ordinære gjerningsmand"³¹⁰ og andre steder om "en enkelt av de medvirkende i motsætning til de andre"³¹¹, mens man i atter andre tilfeller hadde "valgt en anden form for gjerningsbeskrivelsen og samlet de øvrige deltagere under karakteristiken "medvirkning"³¹².

Andenæs og Astrup Hoel var altså enige i at det ikke kunne legges noe i skillet mellom å "medvirke" og å "bevirke" i forhold til diskusjonen om medvirkningsansvarets aksessoritet. Det de derimot ikke kunne enes om var skillet betydning i forhold til årsakslæren. Sidestillingen mellom "bevirke" og "medvirke" i for eksempel strl. § 165

³⁰⁴ Bestemmelsene lød i 1940 slik: § 163: "Den som for retten avgir falsk edelig forklaring, straffes med fengsel fra 6 måneder inntil 8 år." Og § 165: "Som i § 163 bestemt straffes også den, som bevirker eller medvirker til, at en ham vitterlig usann edelig forklaring i noget der omhandlet tilfelle avgis av en annen." jfr. Andenæs (1940) s. 259-260.

³⁰⁵ Andenæs (1940) s. 259-260.

³⁰⁶ I.c.

³⁰⁷ Astrup Hoel (1941) s. 165. Spørsmålet er berørt under forfatterens behandling av den middelbare gjerningsperson, men er vel så relevant i denne sammenheng.

³⁰⁸ Andenæs (1940) s. 259-261 og Astrup Hoel (1941) s. 165-168.

³⁰⁹ Astrup Hoel (1941) s. 167.

³¹⁰ Strl. §§ 136, 138, 154, 225, 231 og 291, jfr. Astrup Hoel (1941) s. 165-166.

³¹¹ Strl. §§ 303, 304 og 313, jfr. Astrup Hoel (1941) s. 166.

³¹² Astrup Hoel (1941) s. 167.

kunne etter Andenæs' oppfatning ha en betydning i den sammenhengen: "Bevirke den falske forklaring gjør man når man forårsaker at den blir avgitt, medvirke gjør man når ens opptreden ikke har vært kausal (eller iallfall ikke kan bevises å ha vært kausal)".³¹³ Astrup Hoel fant det på sin side "temmelig klart" at uttrykksforskjellen ikke siktet til noe slikt motsetningsforhold.³¹⁴

6.1.3 Medvirkningens tilknytning til hovedgjerningen og dens stadium

En annen side ved aksessoritetsprinsippet som skal behandles er tilknytningen til hovedgjerningen og hvilket stadium denne er kommet til. Med et strengt prinsipp om aksessoritet er straff utelukket for de tilfellene hvor hovedmannen av en eller annen årsak ikke kommer så langt som til straffbart forsøk. I disse tilfellene skulle det jo etter aksessoritetsprinsippet mangle en forbrytelse å medvirke til.

Problemet med dette utgangspunktet er gruppen av medvirkere som ikke kan straffes selv om de "har gjort sin innsats" og det kun er opp til hovedmannen å avgjøre om forbrytelsen fullbyrdes.³¹⁵ Andenæs skriver om dette: "Forsøk på anstiftelse er således i en viss utstrekning gjort straffbart etter de fleste lover selv om den påvirkede ikke er kommet så langt som til straffbart forsøk".³¹⁶ En av disse lovene var den norske kriminalloven av 1842 som hadde en bestemmelse som gjorde forsøk på anstiftelse straffbart. Bestemmelsen i kap. 5 § 2 ble innledet slik: "Er den Forbrydelse, hvis Udførelse Nogen paa den i § 1 omhandlede Maade er forledet til at paatage sig, ikke paabegyndt, straffes Anstifteren som for Forsøg paa den tilsigtede Forbrydelse".

Etter vedtakelsen av straffeloven av 1902 forsvant behovet for slike særregler om forsøk ettersom hver enkelt deltaker nå "bedømmes bare etter sitt eget forhold som han har medvirket eller forsøkt å medvirke til".³¹⁷ Ei heller her fant Andenæs eller Astrup Hoel noen holdepunkter for at aksessoritetsprinsippet fremdeles var i bruk. Dette kommer ikke eksplisitt frem av Andenæs' avhandling fra 1940, men må så absolutt

³¹³ Andenæs (1940) s. 260.

³¹⁴ Astrup Hoel (1941) s. 168 fotnote 1 med videre henvisninger til s. 179-180.

³¹⁵ Andenæs (1956) s. 292.

³¹⁶ Andenæs (1940) s. 238.

³¹⁷ Andenæs (1956) s. 292.

forutsettes ut fra sammenhengen. Problemstillingen må for Andenæs ha syntes overflødig i og med lovens utforming, dens forarbeider og det faktum at Straffelovkommisjonens oppfatning på dette punkt ikke ble bestridt.³¹⁸ Hos Astrup Hoel inngikk denne siden ved aksessoritetsprinsippet i den ovenfor nevnte beskrivelsen av tankegangen som "et ørkesløst hjernespinnd".³¹⁹ Også i denne sammenhengen mente han at man kom feil ut ved å anvende en slik anskuelsesmåte som aksessoritetsprinsippet innebar.

Til tross for dette må det ved medvirkningsansvaret pekes på en tilknytning til hovedgjerningen som allikevel består. Hvor langt hovedmannen har kommet med sin handling vil jo nødvendigvis måtte innvirke på om vi har å gjøre med en fullbyrdet eller forsøkt medvirkningshandling.³²⁰ Fullbyrdet er ikke medvirkningen før også selve hovedgjerningen er fullbyrdet. Frem til det tidspunktet kan det kun bli tale om forsøk på medvirkning.³²¹ Dersom det dreier seg om forsøk på medvirkning til en forseelse, går medvirkeren imidlertid fri for straff, se strl. § 49 annet ledd.

6.1.4 Aksessoritetsprinsippets forhold til gjeldende rett

I dag er det ingen tvil om at aksessoritetsprinsippet er endelig forlatt. I forarbeidene til straffeloven av 2005 fremheves det at "medvirkningsansvaret fortsatt skal være et selvstendig straffansvar".³²² Medvirkeren kan altså straffes også i de tilfellene hvor hovedmannen ikke kan straffes: "Det må foretas en selvstendig vurdering av om den mulige medvirkeren oppfyller straffbarhetsvilkårene".³²³

6.2 Begrensninger av aksessoritetsprinsippets konsekvenser

Problemet med de straffrie medvirkerne som aksessoritetsprinsippet førte til er blitt forsøkt avdempet på flere måter. Et utslag nevnt ovenfor er kriminalloven kap. 5 § 2

³¹⁸ Se for øvrig Andenæs' standpunkt uttrykt i klartekst i Andenæs (1956) s. 292.

³¹⁹ Astrup Hoel (1941) s. 65 nederst, se om forsøk midt på siden.

³²⁰ Astrup Hoel (1941) s. 64 og Husabø s. 252. Andenæs går ikke like eksplisitt inn på temaet.

³²¹ Se mer spesifikt om forsøk i Astrup Hoel (1941) s. 51-54. Ut over det som her er nevnt gir ikke avhandlingene rom for noen utgreiing om spørsmål knyttet til medvirkningsforsøk.

³²² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412.

³²³ I.c.

som hindret anstifteren i å forbli straffri i de tilfellene hvor hovedmannen ikke kom til straffbart forsøk eller fullbyrdelse. En viktig begrensning som både Andenæs og Astrup Hoel drøftet var læren om den middelbare gjerningsperson. Før denne læren behandles skal det sies noe om en annen mulighet for å begrense prinsippets konsekvenser. I Astrup Hoels avhandling drøftes nemlig et begrenset aksessoritetsprinsipp basert på medvirkningshandlingens rent objektive kjennetegn.

6.2.1 Et begrenset aksessoritetsprinsipp

Som Andenæs var inne på kan aksessoritetsprinsippet "gjennomføres mer eller mindre strengt"³²⁴. Med en henvisning til den tyske juristen Hans von Dohnanyi drøftet Astrup Hoel et slikt begrenset aksessoritetsprinsipp. Astrup Hoels beskrivelse av prinsippet gikk på at man ved straffbar medvirkning kun skulle kreve "en strafbar handlings objektive kjendemerker".³²⁵ Altså skulle det være tilstrekkelig at handlingen "i det ydre" var en forbrytelse og dermed oppfylte straffebudets gjerningsbeskrivelse.

Med denne formuleringen ville for eksempel en medvirker som medvirket til en mindreårig eller psykotisk persons handling "uten videre være strafbar efter de sedvanlige synspunkter". Slik sett ville noe være vunnet ved denne måten å oppstille prinsippet på. Astrup Hoel mente likevel at dette var like lite fruktbart som det ubegrensede aksessoritetsprinsippet. Begrunnelsen hans var at også ved et slikt "limitert" prinsipp ville det måtte "brytes eller suppleres". Eksempelet var medvirkning til selvmord som fremdeles ikke ville være straffbart da det "i objektiv forstand" ikke forelå noen forbrytelse å medvirke til. Konklusjonen hans om et begrenset aksessoritetsprinsipp var at man bare skapte "unødige vanskeligheter" og at man derfor som ved det opprinnelige prinsipp ikke tjente noe på å oppstille det.

6.2.2 Læren om den middelbare gjerningsperson

6.2.2.1 Kort om kriminalloven og lærens innhold

Andenæs innleder sin drøftelse om den middelbare gjerningsperson med å vise til rettstilstanden under kriminalloven: "Hvor den umiddelbare gjerningsmann ikke kunne

³²⁴ Andenæs (1940) s. 238.

³²⁵ Astrup Hoel (1941) s. 66 for det følgende.

straffes på grunn av utilregnelighet eller god tro, ble den medvirkende etter kriminalloven av 1842 straffet som (middelbar) gjerningsmann. Det er også det vanlige prinsipp i fremmede lover som bygger på aksessorietetsprinsippet. Som delaktig kan den medvirkende ikke straffes p.g.a. hovedmannens straffrihet; å la ham gå helt fri ville som Skeie uttrykker det, være en hån mot all rettsbevissthet".³²⁶

Som det går frem av sitatet fra Andenæs' artikkel ble det under kriminalloven skilt mellom en umiddelbar og en middelbar gjerningsperson. Umiddelbar var gjerningspersonen hvor han direkte utførte forbrytelsen. Middelbar var gjerningspersonen i de tilfellene hvor han ikke direkte utførte forbrytelsen, men derimot bidro til at det var den umiddelbare gjerningspersonen som utførte den. Som eksempel kan nevnes at den middelbare gjerningsperson forledet et barn under straffbar lavalder eller en bevisstløs person til å begå et drap. Her ville den umiddelbare gjerningsperson være strafferettslig utilregnelig og dermed gå fri for straff. Læren om den middelbare gjerningsperson ble oppstilt for å unngå at den strafferettslig tilregnelige middelbare gjerningsperson skulle slippe straff på grunn av aksessorietetsprinsippet. Med dette ble "de uheldigste konsekvenser av grunnsetningen" avbøtt.³²⁷

Det bør innledningsvis påpekes, som gjort av Andenæs, at læren formelt sett ikke gjør "noe innhugg i prinsippet om delaktighetsansvarets aksessoriske natur".³²⁸ Grunnen til det er at den middelbare gjerningsperson straffes som gjerningsmann og ikke som medvirker. Med dagens språkbruk ville man riktignok i de fleste tilfeller omtalt den middelbare gjerningsperson som en medvirker.

6.2.2.2 Stillingen etter vedtakelsen av straffeloven av 1902

Som vist innledningsvis i kapittelet ønsket Straffelovkommissjonen å gå vekk fra læren om den middelbare gjerningsperson. Læren ble likevel grundig diskutert av både Andenæs og Astrup Hoel. Andenæs' grunn for å ta opp læren til drøfting var at Jon

³²⁶ Andenæs (1940) s. 267.

³²⁷ Andenæs (1940) s. 238.

³²⁸ Andenæs (1940) s. 238.

Skeie flere ganger hadde hevdet at den måtte gjelde også etter straffeloven av 1902.³²⁹ Dette skulle ha den konsekvens "at den middelbare gjerningsmann rammes selv om medvirkning ikke er nevnt i straffebudet og selv om straffebudets ord ikke passer på ham".³³⁰

For Skeie utgjorde det store antallet bestemmelser uten medvirkningstillegg "et betænkeligt skaar i retsbeskyttelsen, om mand ansvarsfrit skulde kunne begaa retskrænkelser paa disse omraader, bare han indretter sig saa, at han lader en, som er utilregnelig eller i uvidenhed om sammenhængen, foretage den fysiske udførelseshandling".³³¹ Han vedgikk likevel at forarbeidene og en artikkel skrevet av Bernhard Getz ga "det indtryk, at der efter den nye lov ikke skulde blive tale om at ty til den den gamle fortolkningsmaade".³³²

Til tross for dette mente han at loven allikevel ikke burde fortolkes dit hen at læren om den middelbare gjerningsperson var forlatt. Begrunnelsen hans var for det første at loven ingen steder "udtrykkelig [hadde] udtalt den sætning, at efter de bestemmelser, som ikke nævner medvirkning, er "medvirkeren" straffri, ogsaa i det tilfælde at "gjerningsmanden" er utilregnelig", og for det andre fant han i loven "tvertom vegtige støttepunkter for det motsatte".³³³ Støtteargumentene hans dreide seg om strl. § 236 (medvirkning til selvmord) og det allerede nevnte skillet mellom å "medvirke" og å "bevirke".

Skeies konklusjon etter å ha behandlet en rekke straffebud var at man "efter dette kunne opstille som gjældende ret ogsaa i følge den nye lov den løsning af spørgsmaalet, som sagens natur tilsiger; at medvirkeren aldrig er straffri, naar hovedgjerningen er utilregnelig. Han bliver med andre ord at straffe ogsaa i de tilfæ[l]de, hvor medvirkning ikke er nævnt. Betingelsen herfor maa imidlertid være: For det første, at han er sig

³²⁹ Se bl.a. Skeie (1913) s. 60 flg. og Skeie (1937) s. 526-526. Tilsvarende i Skeie (1908) s. 888 om medvirkning etter strl. § 294 nr. 2 og Skeie (1946) s. 317.

³³⁰ Andenæs (1940) s. 267.

³³¹ Skeie (1913) s. 63.

³³² I.c., se forøvrig Getz' tyske artikkel i Getz (1903) s. 226-227.

³³³ I.c.

bevidst de omstendigheter, som gjør hovedgjerningen uansvarlig. For det andet, at forbrydelsen ikke forutsætter en gjerningsmand, som staar i et særegent forhold til den krænkede. (...) Naar den, som bevirker en interessekrænkelse ved hjælp af en andens utilregnelige handling, bliver at straffe ogsaa efter de straffebud, hvor loven ikke nævner medvirkning, maa hans virksomhed her bedømmes som udførelse af selve hovedgjerningen".³³⁴

Francis Hagerup nøyde seg stort sett med å henvise til Skeies avhandlinger. Det han uttalte om spørsmålet var det følgende: "Nogen tvivl volder spørgsmaalet, om den middelbare gjerningsmand (...) rammes af disse straffebud, hvilket vistnok rettest antages".³³⁵ Med denne korte bemerkningen stilte Hagerup seg bak Skeies standpunkt, men riktignok ikke helt betingelsesløst. Peder Kjerschow var på sin side enda mer i tvil om spørsmålet: "Hvad motivene til den gjeldende strl. har ment om dette spørsmåls stilling efter nevnte lov, er (...) ikke helt klart (...). Og spørsmålets besvarelse synes tvilsomt".³³⁶ Etter å ha gitt uttrykk for sin tvil gjenga han de viktigste punktene i Skeies argumentasjon, men uten å gå inn på de ulike delene av den.³³⁷

Siste gang spørsmålet var oppe til diskusjon før Andenæs' og Astrup Hoels avhandlinger, var i Skeies oversikt over den alminnelige strafferetten fra 1937. Der understreket Skeie hva som var hans syn på saken og der fremhevd han at "fortolkningen er overenstemmende med forståelsen av den gamle straffelov. Og den har god støtte i lovens egen sprogbruk i den foran nevnte straffetrusler, hvor den skjelner mellem bevirke og medvirke til at en annen utfører en rettskrænkelse".³³⁸

6.2.2.3 Andenæs' vurdering av læren

Andenæs' gjennomgang av læren om den middelbare gjerningsperson tok for seg to ulike aspekter. Spørsmålet ble drøftet ut fra hvordan loven burde forstås og hvordan den etter gjeldende rett måtte forstås. Andenæs uttalte at det de lege ferenda, opplagt lot seg

³³⁴ Skeie (1913) s. 66-67.

³³⁵ Hagerup (1911) s. 215, likeledes Hagerup (1930) s. 176.

³³⁶ Kjerschow (1930) s. 211-212.

³³⁷ Kjerschow (1930) s. 212.

³³⁸ Skeie (1937) s. 525-526.

"anføre atskillig til fordel for en slik oppfatning" som Skeie ivret for.³³⁹ Andenæs tenkte naturlig nok også på problemet med de straffrie medvirkerne: "Når loven ikke truer medvirkeren med straff, er det fordi den finner å ha den tilstrekkelige represjon ved å holde seg til hovedmannen. Men dermed er det ikke sagt at man kan gi avkall på all represjon, hvilket vil bli tilfelle når den umiddelbare gjerningsmann er straffri. På et område har loven tatt hensyn til denne betraktning, nemlig ved oppstillingen av § 41. Men også ellers kunne det vel fortjene en overveielse i hvilken utstrekning det er rasjonelt å ha samme regel for den vanlige medvirkers straffbarhet som for dens vedkommende som har ytet medvirkningen til en utilregnelig eller godtroende tredjemann".³⁴⁰

Andenæs kom likevel til at læren "neppe" kunne antas de lege lata.³⁴¹ Dette begrunnet han blant annet med lovens ordlyd og forholdet til Grunnloven § 96: "I lovens ord har den ingen støtte, tvert imot. Spørsmålet oppstår jo bare i de tilfelle hvor Vedkommende straffebuds ord ikke passer på den middelbare gjerningsmann. Det dreier seg altså her om en straffanvendelse uten hjemmel i loven. At en slik straffanvendelse står i betenkelig liten harmoni med forbudet i grunnlovens § 96, lar seg ikke nekte".³⁴²

Deretter stilte han spørsmålet om "de konstitusjonelle betenkeligheter" kunne sies å være "avvæpnet ved en henvisning til at slik ble også kriminalloven fortolket til tross for at forholdet heller ikke der var omtalt i loven".³⁴³ Her mente han imidlertid å finne en vesentlig forskjell mellom kriminalloven og dens etterfølger. Ved å la den middelbare gjerningsperson gå fri under kriminalloven ville man fått en helt utilsiktet rettstilstand sett fra lovgivers ståsted. Om forholdet etter straffeloven uttalte han at "straffrihet for den middelbare gjerningsmann derimot ikke [vil] bety noe sterkt skår i rettsbeskyttelsen. Han kan nemlig under enhver omstendighet straffes i alle de tilfelle hvor medvirkning er uttrykkelig nevnt i straffebudet, dvs. ved de fleste viktige straffebud. Og han kan videre straffes i alle de tilfelle hvor han etter en naturlig

³³⁹ Andenæs (1940) s. 267.

³⁴⁰ l.c.

³⁴¹ Andenæs (1940) s. 268.

³⁴² l.c. I det minste måtte Grl. § 96 utgjøre "et betydelig fortolkningsmoment", se Andenæs (1940) s. 269.

³⁴³ Andenæs (1940) s. 268 for det følgende.

fortolkning går inn under lovens ord". Andenæs benektet ikke at det fantes tilfeller "hvor straffrihet for den middelbare gjerningsmann vil[le] virke mindre rimelig", men dette kunne han ikke se at gjaldt i så mange eller så betydningsfulle tilfeller at kriminallovens ordning skulle kunne trekkes inn ved tolkningen. En annen ting ved de få tilfellene er at denne poengteringen på sett og vis svekker argumentasjonen omkring hvordan loven kunne eller burde ha vært. Hvis straffriheten bare gjaldt i få og mindre viktige tilfeller, var kanskje ikke behovet for læren så stort heller?

De neste momentene Andenæs tok for seg var forarbeidene og det som ble omtalt som Getz' "supplerende motiver".³⁴⁴ Etter Andenæs' oppfatning hadde ikke Straffelovkommisjonen ment "å ramme den middelbare gjerningsmann i større utstrekning enn en vanlig medvirker". Han fant også at det "på flere steder" i forarbeidene fremgikk "at der efter lovkomiteens opfatning ikke er noen grunn til å ha forskjellige regler om disse tilfelle". Når det gjaldt Getz' tillegg til forarbeidene, pekte Andenæs på Getz' motvilje mot læren og hans løsning på problemet som var "en ny og mer nøyaktig redaksjon av de enkelte straffebud". For Getz fremstod læren som en uheldig sammenblanding av noe som burde bedømmes på samme måte.³⁴⁵

Andenæs kom etter dette til at det ikke fantes noen hjemmel for straffe den middelbare gjerningsperson. Og hvis man mente at det fantes et straffebehov mente han at "veien om lovendring" måtte være løsningen.³⁴⁶ Etter å ha konkludert gikk Andenæs likevel inn på en avgjørelse fra Høyesterett som kunne forstås slik at Høyesterett anerkjente læren om den middelbare gjerningsperson.³⁴⁷

Kjennelsen inntatt i Rt. 1938 s. 21 gjaldt en persons uberettigede utleie av jaktrett på en annen manns eiendom. Leierne, som var i god tro, skjøt en elg og spørsmålet var blant annet om utleieren kunne straffes etter strl. § 407 som fremdeles lyder slik: "Den, som krænker andens Ret ved at fiske, jage, sætte Fangstredskaber for, fange eller dræbe Dyr,

³⁴⁴ Andenæs (1940) s. 269 for det følgende. Se for øvrig S.K.M. (1896) og Getz (1903) s. 216-232.

³⁴⁵ Getz (1903) s. 229-230.

³⁴⁶ Andenæs (1940) s. 269.

³⁴⁷ Andenæs (1940) s. 270-271.

som ikke er i nogens Eie, straffes med Bøder". Noen umiddelbar gjerningsperson var han i alle fall ikke, men hvordan skulle han bedømmes når bestemmelsen ikke uttrykkelig nevnte medvirkning?

Herredsretten frifant utleieren fordi "loven ikke uttrykkelig setter straff for medvirken eller benytter uttrykk, som er så omfattende, at de kan ansees å innbefatte medvirkning".³⁴⁸ Herredsretten viste i den forbindelse til Hagerups alminnelige strafferett, men den ga også uttrykk for at den var klar over Skeies standpunkt. Om Skeies syn uttalte retten at den ikke kunne finne "at professor Skeies lære er blitt støttet av rettspraksis".³⁴⁹ Av den grunn kunne retten heller ikke legge avgjørende vekt på Skeies oppfatning.

Høyesterett opphevd herredsrettens dom, men med en kort begrunnelse: "Jeg må efter det som foreligger gå ut fra at de to som jaget og skjød elgen var i god tro, og jeg finner det da ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om hvad betydning det skal tillegges at straffelovens § 407 ikke nevner medvirkning. Jeg mener at Vareide ved sitt forhold har optrådt således at han må ansees som gjerningsmann og derfor må bli å straffe under forutsetning av at de subjektive betingelser foreligger. Hvorledes saken vilde ha stillet sig hvis de to som jaget og skjød elgen ikke hadde vært i god tro, vil jeg ikke ha uttalt noget om".³⁵⁰ Høyesterett gikk i kjennelsen verken ikke inn på forarbeidene eller oppfatningene i den juridiske litteraturen, men nøyde seg altså med enkelt nok å omtale utleieren som "gjerningsmann".

Andenæs mente at kjennelsen kunne tolkes på tre ulike måter. For det første kunne man "tenke seg at Høyesterett er gått ut fra det samme prinsipp som Getz hevdet i sin avhandling av 1876: at enhver som står i årsaksforhold til det rettsstridige resultat rammes av straffebudet uten hensyn til om dette har en snevrere ordlyd".³⁵¹ Andenæs syntes at denne tolkningsmåten fremstod som "lite sannsynlig" da "en slik fortolkning

³⁴⁸ Rt. 1938 s. 21 på s. 23.

³⁴⁹ l.c.

³⁵⁰ Rt. 1938 s. 21 på s. 21-22.

³⁵¹ Andenæs (1940) s. 270 for det følgende.

ville stå i strid både med lovens ord og med tidligere praksis". En annen måte å tolke avgjørelsen på var at Høyesterett rett og slett hadde anerkjent læren om den middelbare gjerningsperson. For det tredje kunne man se det slik at man hadde "funnet at lovens ord kunne direkte anvendes på tiltalte", da ved å ha "jaget" eller "drept" dyr.

For Andenæs stod det mellom de to siste tolkningsmulighetene, men han gjorde det klart at uansett hvilken av dem man valgte, så syntes det vanskelig å forsvare avgjørelsen: "Antar man at den bygger på en konkret fortolkning av § 407, får den imidlertid de minste konsekvenser. Siste passus i den siterte del av begrunnelsen trekker jo også i retning av denne forståelse. Noe prejudikat mot den her hevdede oppfatning kan kjennelsen iallfall ikke sies å være - rent bortsett fra det problematiske ved å bøye seg for prejudikater til skade for tiltalte".

6.2.2.4 Astrup Hoels kritikk av læren

Hos Astrup Hoel er Rt. 1938 s. 21 kun nevnt i en fotnote: "Hvorvidt der kan være grund til at strække straffbarheten videre for den middelbare gjerningsmand end det efter den antitetiske fortolkning er mulig for de almindelige medvirkendes vedkommende, skal ikke her nærmere drøftes. Sådanne grunde foreligger dog ialfald ikke efter § 407. Når HR.-kjendelse i Retst. 1938 s. 21 fastslår at den middelbare gjerningsmand er strafbar efter denne bestemmelse, vilde det ønskeligste ha været at der ikke var antydnet nogen reservation angående den sedvanlige medvirkning".³⁵²

Denne siste bemerkningen fra Astrup Hoel må sees som et utslag av at han argumenterte for et mer vidtrekkende medvirkningsansvar. Astrup Hoel var nemlig ikke enig med Andenæs når det gjaldt tolkningen av straffebud som ikke nevnte medvirkning³⁵³, men han påpekte allikevel vanskeligheten man kom opp i med "den strenge ordfortolkning": "For begrænses strafbarheten strengt til den umiddelbare gjerningsmand hvor medvirkning ikke er nævnt, åpnes derved en vid adgang til straffritt at begå forbrydelser dersom man bare benytter sig av en utilregnelig mellemmand".³⁵⁴

³⁵² Astrup Hoel (1941) s. 168 fotnote 2.

³⁵³ Se under i punkt 7.3.

³⁵⁴ Astrup Hoel (1941) s. 164.

Astrup Hoel mente at det etter en lesning av forarbeidene stod åpent for denne, etter hans oppfatning, uheldige straffriheten. Spørsmålet ble hvordan man da skulle begrunne et unntak; "Det må følgelig søkes påvist at loven i virkeligheten gir anvisning på en forskjellig behandling av den middelbare gjerningsmand og de almindelige medvirkende".³⁵⁵ Det var i denne forbindelse Astrup Hoel gikk inn på den allerede nevnte drøftelsen rundt uttrykkene "medvirke" og "bevirke". Som vist ovenfor fant verken Andenæs eller Astrup Hoel å kunne legge noe i skillet mellom å "medvirke" og å "bevirke" i forhold til tilknytningsforholdet mellom hovedmann og medvirker. Astrup Hoel mente da at "det hovedsagelige fundament for den antagelse at loven selv peker på en særstilling for den middelbare gjerningsmand" ble tilintetgjort.³⁵⁶ Urimeligheten ved å la den middelbare gjerningsperson slippe straff der hvor medvirkning ikke var nevnt kunne med andre ord ikke brukes som et argument for å opprettholde læren om den middelbare gjerningsperson, men derimot som et argument i en noe annen sammenheng – nemlig ved Astrup Hoels fortolkningsprinsipp når det gjaldt straffebud som ikke nevnte medvirkning.³⁵⁷

6.2.2.5 Læren om den middelbare gjerningsperson etter andre verdenskrig

Etter andre verdenskrig opprettholdt både Skeie og Andenæs sine synspunkter omkring læren om den middelbare gjerningsperson. Skeie stod på sitt og kunne nå i tillegg vise til kjennelsen fra 1938.³⁵⁸ Andenæs på den andre side, uttalte at rettspraksis ikke hadde "tatt noe klart standpunkt til spørsmålet".³⁵⁹ Dette standpunktet ble opprettholdt i fjerdeutgaven av Andenæs' "Alminnelig strafferett" fra 1997 og står uendret i femteutgaven ved Matningsdal og Rieber-Mohn.³⁶⁰ Etter Skeies fremstilling av strafferettens alminnelige del i 1946 synes det ikke å være flere som har hevdet at læren gjelder også etter kriminallovens opphevelse. Muligens er linjen dermed atter ubrutt fra Bernhard Getz og Straffelovkommisjonen, frem til i dag.

³⁵⁵ l.c.

³⁵⁶ Astrup Hoel (1940) s. 168.

³⁵⁷ l.c., jfr. punkt 7.3.4.2 nedenfor.

³⁵⁸ Skeie (1946) s. 317-318.

³⁵⁹ Andenæs (1956) s. 282-283.

³⁶⁰ Andenæs (1997) s. 303-304 og Andenæs (2004) s. 334.

7 Lovens utforming

Str. § 170: "Med Bøder eller med Hefte eller Fængsel indtil 1 Aar straffes den, som uden rimelig Grund til Mistanke for Retten eller Paatalemyndigheden anklager eller anmelder nogen for en strafbar Handling, eller som forleder en anden til saadan Anklage eller Anmeldelse."

Strl. §233: "Den, som forvolder en andens Død, eller som medvirker dertil, straffes for Drab med Fængsel i mindst 8 Aar."

Strl. § 237: "Den, som ved Uagtsomhed forvolder saadan Arbeidsudygtighed, Sygdom, Lyde, Feil eller Skade som i § 229 nævnt, straffes med Bøder eller med Fængsel indtil 6 Maaneder."

Strl. § 390: "Med bøter eller fengsel inntil 3 måneder straffes den som krenker privatlivets fred ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold."

Som man ser ovenfor er loven utformet på høyst forskjellige måter når det gjelder medvirkning. En del bestemmelser har et medvirkningstillegg som for eksempel § 233. Andre straffebud nevner enkelte former for medvirkning slik som § 170. Ved atter andre bestemmelser nevner ikke loven medvirkning i det hele tatt. To ulike eksempler på dette er §§ 237 og 390. Sistnevnte rammer i utgangspunktet ingen medvirkere, mens det ved blant annet § 237 er reist spørsmål om medvirkningshandlinger kan anses omfattet av ordlyden selv om medvirkning ikke eksplisitt er nevnt.

Om straffelovens system uttalte Andenæs at det skilte seg "i vesentlig grad ikke bare fra kriminalloven av 1842, men også fra systemet i de fleste fremmede straffelover opp til

idag".³⁶¹ Om det samme skrev Astrup at loven var "et unikum i den internationale kriminalretslige verden".³⁶²

En mer vanlig løsning ville ha vært å innta regler om medvirkningens straffbarhet i lovens generelle del.³⁶³ Men Getz' og Lovkommisjonens utgangspunkt var som nevnt flere ganger at det ikke fantes noen grunn for å skille mellom hovedmenn og medvirkere. I strl. § 58 ble derfor "sammenfattet alt, hvad Udkastet anser nødvendigt eller hensigtsmæssigt at udtale om det i tidligere, navnlig ældre Love saa omstændelig behandlede Emne, Delagtighed i Forbrydelser".³⁶⁴

Til tross for dette standpunktet ble det tatt inn en rekke medvirkningstillegg i lovens spesielle del. Dette ble forklart med den tvilen som ellers ville kunne oppstå i en del tilfeller; "Skal dette undgaaes, maa man slaa ind paa en ny Vei: i de specielle Bud selv udtale, hvad Loven virkelig mener", samt spørsmålsstillingen til juryen.³⁶⁵

Sagt med Andenæs' ord ble derfor "den fullstendige likestilling mellom alle deltagere" aldri virkeliggjort i og med straffelovens spesielle del.³⁶⁶ Andenæs beskrev situasjonen slik: "Som lovgiver har Getz ikke funnet å kunne gjennomføre det prinsipp han hadde hevdet som teoretisk forfatter. Lovens ordning er imidlertid på flere punkter uklar og i motivene til strl. § 58, hvor medvirkningslæren er drøftet, er kursendringen ikke kommet til noe klart uttrykk. Motivene synes å ville forlike lovens ordning med det av Getz tidligere forsvarte system. På denne måte er de blitt selvmotsigende og forvirrende og har derved ytterligere øket de fortolkningsvanskeligheter som lovens ordning gir anledning til. (...) Motivenes uklarhet og sammenkoblingen av medvirkningslæren med årsakslæren har for fortolkningen reist nesten uløselige problemer også der hvor en

³⁶¹ Andenæs (1940) s. 237.

³⁶² Astrup Hoel (1941) s. 13 under overskriften "Den norske straffelovs særstandpunkt".

³⁶³ Dette er gjort i de fleste andre lands straffelover og i strl. 2005, jfr. § 15.

³⁶⁴ S.K.M. (1896) s. 99 første spalte.

³⁶⁵ S.K.M. (1896) s. 106 første spalte.

³⁶⁶ Andenæs (1940) s. 242.

forutsetningsløs lesning av lovens bestemmelser på bakgrunn av alminnelig språkbruk neppe ville ha gitt grunnlag for særlig tvil".³⁶⁷

Om forholdet mellom Getz' teoretiske ideer og lovens endelige utforming uttalte Astrup Hoel at det hadde vekket "en viss mild forbauselse at en lov som så ubetinget bygget på den nævnte delagtighetsteori, og som blev utformet av denne teoris egen ophavsmand og netop med det formål at utslette alle spor av sondring mellem gjerningsmænd og delagtige", likevel fant det påkrevd å innta medvirkningstillegg i lovens spesielle del.³⁶⁸ Andenæs og Astrup Hoel pekte altså på den samme vanskeligheten ved lovtolkningen. For Astrup Hoel fremstod den som besynderlig, denne "motsigelse mellem teorien selv og dens praktiske lovtekniske aplikasjon".³⁶⁹ Konsekvensen var at man hadde det påstått geniale ved å utviske skillet mellom deltakerne, mens skillet like fullt sprang en i øynene for hvert skritt man tok.³⁷⁰ Resultatet ble med dette "tragikomisk" slik Astrup Hoel så det.³⁷¹

Etter ikrafttreddelsen av straffeloven av 1902 oppstod det som man skjønner spørsmål om hvordan de ulike straffebudene skulle tolkes når det gjaldt handlinger som man rent språklig ville karakterisere som bistandshandlinger. Spørsmålet har som vi skal se en klar side til lovskravet og Grunnloven § 96. Den videre behandlingen av tolkningsspørsmålene er delt inn etter straffebudenes utforming.

7.1 Straffebudet nevner medvirkning

Når det gjaldt medvirkningsbegrepet pekte Astrup Hoel på at dette kunne ha to ulike betydninger: "Dels alle deltagere, dels de delagtige i motsætning til gjerningsmanden".³⁷² Ved å fastslå at man ville innta medvirkningstillegg i lovens spesielle del, mente Astrup Hoel at kommisjonen hadde anvendt uttrykket i den siste betydningen uten at det var det den ønsket. Slik Astrup Hoel så det, bygde loven derfor

³⁶⁷ Andenæs (1940) s. 242-243.

³⁶⁸ Astrup Hoel (1941) s. 15.

³⁶⁹ l.c.

³⁷⁰ Astrup Hoel (1941) s. 15-16.

³⁷¹ Astrup Hoel (1941) s. 147.

³⁷² l.c.

likevel på "sondringen mellom gjerning og medvirkning".³⁷³ I den videre gjennomgangen av bestemmelsene med medvirkningstillegg er det fordelaktig å tematisere drøftelsene i mindre drøftelser. Spørsmålene som blant annet reiste seg var om medvirkningstilleggene kun fikk betydning i bestemte tilfeller, om Straffelovkommisjonens plan i det hele tatt ble gjennomført i loven og hva som i de enkelte tilfeller måtte forstås som medvirkning.

7.1.1 Har medvirkningstillegget avgjørende betydning bare i spesielle tilfeller?

Jon Skeie tok opp spørsmålet om medvirkningstilleggene kun hadde en selvstendig betydning hvor straffebudet forutsatte at hovedmannen hadde en bestemt stilling eller bestemte egenskaper.³⁷⁴ Tanken var at tillegget om medvirkning kanskje først fikk en reell betydning hvor medvirkeren ellers ikke kunne straffes fordi han eller hun manglet de bestemte egenskapene eller ikke innehadde den bestemte stillingen, slik som ved en utenforståendes medvirkning til incest.³⁷⁵ I andre tilfeller skulle man jo tro at medvirkningstilleggene var overflødige på grunn av Getz' lære om den ansvarlige opphavsmann – en lære som skulle lede til at medvirkerne ble ansett som gjerningsmenn. Etter en slik tankegang skulle alle deltakerne, i disse mer spesielle tilfellene, kunne straffes når medvirkningstillegget var inntatt, mens kun hovedmannen ble å straffe når tillegget manglet.

Andenæs gikk ikke eksplisitt inn på denne drøftelsen, men han var som vi snart skal se innom den.³⁷⁶ Astrup Hoel derimot gikk noe mer inn på spørsmålet reist av Skeie.³⁷⁷ Hans oppfatning var at Straffelovkommisjonen hadde lagt "en helt absolut og generell betydning" i medvirkningstilleggene.³⁷⁸ Sin forståelse av kommisjonens standpunkt oppsummerte han slik: "Loven skal ingen bestemmelse inneholde om *at* medvirkning er

³⁷³ I.c.

³⁷⁴ Skeie (1937) s. 515-516, jfr. Skeie (1913) s. 54 flg.

³⁷⁵ Se den opprinnelige § 207 tredje ledd som eksplisitt gjorde medvirkningen straffbar. Se i dag §§ 197 og 198, jfr. § 205 hvor de to førstnevnte retter seg mot incest og sistnevnte retter seg mot medvirkning når det gjelder alle straffebudene i kapittelet om seksualforbrytelser.

³⁷⁶ Se punkt 7.1.3 under.

³⁷⁷ Astrup Hoel (1941) s. 147-148.

³⁷⁸ Astrup Hoel (1941) s. 148.

strafbar, og medvirkning er *kun* strafbar i de tilfælde hvor loveteksten uttrykkelig fastslår det".³⁷⁹ Det Astrup Hoel deretter gjorde var å stille spørsmålet om kommisjonens program på dette punkt faktisk ble etterfulgt.

7.1.2 Er kommisjonens plan virkeliggjort i loven?

For å kunne opprettholde sitt standpunkt og for å unngå å bruke begrepet i sin snevre betydning, mente Astrup Hoel at Straffelovkommisjonen kunne ha utformet de spesielle straffebudene på en noe annen måte.³⁸⁰ I stedet for tillegget "eller som medvirker dertil" i strl. § 233 kunne man inntatt et uttrykk som "og enhver anden der medvirker dertil". På den måten kunne man signalisert at alle som måtte ha "bevirket eller medvirket til det rettsbeskyttede godes krænkelse"³⁸¹ var omfattet, men uten å komme i skade for å opprettholde skillet mellom hovedmann og medvirker. At dette ikke ble gjort tolket Astrup Hoel slik "at man faktisk bygget på den forskjell mellem gjerning og medvirkning som man ellers fornektet".³⁸² I tillegg til uoverensstemmelsen mellom lov og forarbeider pekte Astrup Hoel på at kommisjonen dermed hadde "git uttrykkelige bestemmelser om *at* medvirkning er strafbar".

Om dette uttalte Astrup Hoel: "Man behøver kun at kaste et blik på lovbestemmelserne for at konstatere at de aldeles ikke bare indeholder en tilkjendegivelse av *når* medvirkning er strafbar. De er formet som direkte straffetrusler også mot de medvirkende, og gir en klar hjemmel for deres strafbarhet. Forholdet er ikke her som ved § 58, der bare *forutsætter* samtlige deltageres strafbarhet". Hjemmelen for medvirkernes straffbarhet forekom da også "i uendelig, monoton gjentakelse i de spesielle straffebud".

Astrup Hoels oppsummering ble etter dette slik: "Under skin av kun at ville bestemme noget om *når* medvirkning er strafbar, har lovkommissionen i sidste øieblik svigtet hele det like i forveien opstillede program (...) og gjort det diamentralt motsatte (...). Den sunde menneskeforstands uomgjængelige krav har skjøvet hele kommissionens

³⁷⁹ l.c.

³⁸⁰ Astrup Hoel (1941) s. 149.

³⁸¹ Getz (1903) s. 15.

³⁸² Astrup Hoel (1941) s. 149-150 for det følgende.

teoretiske apparat tilside og i hovedsaken foranlediget en gjennomførelse av netop den tanke som den hele motivering var en bekjæmpelse av". Dette var det samme som ble fremhevd av Andenæs året før – og som er nevnt innledningsvis i kapittelet. I tillegg kan det fortelles at Astrup Hoel til slutt gikk så langt som å karakterisere det hele som "en rekord i eiendommelig lovgivningsvirksomhet som det skal være vanskelig at slå".

Med medvirkningstilleggene inntatt i loven oppstod naturligvis også spørsmålet om deres fortolkning.

7.1.3 Selve medvirkningsbegrepet og subsumsjonen

Det er ikke her anledning for å gi en ytterligere utdypning av hva som menes med medvirkning. Hva som i det konkrete tilfellet utgjør medvirkning kan nemlig vanskelig behandles isolert fra de øvrige sidene ved medvirkningslæren. Det vises blant annet til det som er sagt om medvirkningsbegrepet i kapittel 2, straffbarhetens nedre grense i punkt 3.3 og formene for medvirkning i kapittel 4. Ei heller gir avhandlingene noe grunnlag for å gå dypere inn på dette spørsmålet i den sammenhengen vi her er i. I tillegg må spørsmålet sies å høre minst like mye til i strafferettens spesielle del, som i den alminnelige delen.³⁸³ Det skal allikevel knyttes noen mer generelle kommentarer til temaet ut fra Andenæs' artikkel.

Andenæs var klar på at det ikke kunne være tvil om at man med medvirkningstilleggene hadde ment "å utvide straffebudets anvendelsesområde".³⁸⁴ Med andre ord måtte et straffebud med medvirkningstillegg rekke videre enn et straffebud uten medvirkningstillegg. Til tross for at det i forarbeidene fantes uttalelser som kunne forstås slik at "enhver som har forvoldt det i straffebudet beskrevne resultat uten videre rammes", pekte Andenæs på kommisjonens fremheving av to hensyn som kunne begrunne at medvirkningstillegg ble tilføyd der hvor medvirkningen skulle være straffbar: "Det er for det første den uklarhet som ofte gjør seg gjeldende om et straffebud retter seg mot enhver eller bare mot personer i visse stillinger eller med bestemte egenskaper. Og dernest hensynet til spørsmålsstillingen i lagmannsrettssaker,

³⁸³ Husabø (1999) s. 215.

³⁸⁴ Andenæs (1940) s. 245.

"da et spørsmål om den medvirkende ligefrem har gjort sig skyldig i selve den strafbare Handling, ofte vil lyde kunstigt".³⁸⁵

Om de to hensynene uttalte Andenæs at man kanskje kunne ha ventet "at medvirkning bare hadde vært uttrykkelig nevnt i de tilfelle hvor et av disse hensyn gjorde seg i særlig grad gjeldende".³⁸⁶ Andenæs' egen gjennomgang av loven viste derimot at dette ikke var tilfelle. Det Andenæs trakk ut av dette var at man "uten tvil [måtte] gå ut fra som et alminnelig prinsipp, at når all medvirkning skal være straffbar, så er medvirkning uttrykkelig nevnt. At lovkonsipisten også har vært seg dette prinsipp bevisst, fremgår, med all mulig tydelighet av den avhandling om "Teilnahme und Versuch" som Getz skrev i 1896".³⁸⁷

Andenæs gikk videre inn på spørsmålet om årsakssammenheng.³⁸⁸ Mye av hans gjennomgang er allerede behandlet i punkt 5.3.4, men noe bør likevel fremheves i denne sammenheng. Dette gjelder den mer generelle uttalelsen om tolkningen av straffeloven. Andenæs avviste som kjent at medvirkningen måtte være kausal for å kunne straffes og skrev om tolkningen at utgangspunktet måtte være "de enkelte straffebuds innhold etter alminnelig språkbruk".³⁸⁹

7.2 Straffebudet nevner noen medvirkningshandlinger

Enkelte straffebud nevner kun enkelte medvirkningsformer. Dette dreier seg særlig om handlingstypene forledelse og tilskyndelse, se for eksempel den nevnte § 170. Denne gruppen av straffebud omtalte Andenæs som en "mellomgruppe", en gruppe som

³⁸⁵ Andenæs (1940) s. 245-246.

³⁸⁶ Andenæs (1940) s. 246.

³⁸⁷ I.c., se for øvrig fotnote 21 hvor Andenæs uttaler seg om avhandlingens vekt: "Når denne avhandling her og i det følgende gjentagende er påberopt, skyldes det ikke minst den karakter av et slags uoffisielle motiver til straffeloven som den har fått ved å publiseres før lovens vedtagelse som en redegjørelse for dens prinsipper. Den får ytterligere en slags offisiell sanksjon derved at motivene til det endelige utkast (1896) på flere steder henviser til den."

³⁸⁸ Andenæs (1940) s. 247-249.

³⁸⁹ Andenæs (1940) s. 248.

dermed skulle ligge mellom de "to store grupper: De hvor medvirkning uttrykkelig er nevnt, og de hvor medvirkning ikke er nevnt".³⁹⁰

I tilknytning til en drøftelse av § 86's rekkevidde³⁹¹, uttalte Astrup Hoel om denne type straffebud at "kommisionen ved at velge andre uttrykk end akkurat "medvirke til" eller "medvirkning" at ha villet skape en hjemmel for en avgjørelse av strafbarheten for alle deltageres vedkommende".³⁹²

Noe senere ga Astrup Hoel uttrykk for hvordan han selv mente at straffebud som nøyde seg med å bruke uttrykk som "forledelse" og "tilskyndelse" burde forstås. Om disse uttalte han at bestemmelsene "neppe i alle tilfælde [kunne] være gjenstand for antitetisk fortolkning" – en tolkning som ville ha medført at ingen andre medvirkningsformer enn den nevnte ble ansett som straffbar.³⁹³ I de fleste tilfeller mente han at det mest riktige måtte være å se det slik at loven i de i disse tilfellene "fremhæver den form for medvirkning der fremstiller sig som den mest praktiske, eller kanskje endog som den eneste praktisk tænkelige, uten derfor at foreta nogen udelukkelse av de andre former om de skulde forekomme".

Eksempler på tolkningen gir Astrup Hoel i tilknytning til strl. §§ 170 (uberettiget anklage eller anmeldelse), 219 (mishandling i nære relasjoner), 294 nr. 2 (uberettiget bruk av forretningshemmeligheter) og 342 (besøks- og oppholdsforbud).

Etter § 170 straffes den som "uden rimelig Grund til Mistanke for Retten eller Paatalemyndigheden anklager eller anmelder nogen for en strafbar Handling", samt den som "forleder" noen til dette. I forhold til denne bestemmelsen mente han at "også den som yder assistance ved anmeldelsen kunne straffes". Om den nå endrede § 342 skrev han: "En begrænsning av den strafbare medvirkning til "forledelse og tilskyndelse" (...)

³⁹⁰ Andenæs (1940) s. 245.

³⁹¹ Bestemmelsen er endret etter utgivelsen av Astrup Hoels bok, men forfatterens poeng må ses uavhengig av denne spesifikke bestemmelsen. Den tidligere medvirkningsformen å yte bistand "i raad eller daad" i § 86 er erstattet med et ordinært medvirkningstillegg, jfr. § 86 første ledd.

³⁹² Astrup Hoel (1941) s. 152.

³⁹³ Astrup Hoel (1941) s. 163 for det følgende.

lar sig derfor ikke forsvare, særlig i betragtning av at den mildere bestemmelse i § 353, der for øvrig omhandler temmelig tilsvarende forhold, uten forbehold rammer al medvirkning". Om endringen og den tidligere retstilstanden sier forarbeidene til endringsloven følgende: "I tillegg går departementet inn for visse realitetsendringer i straffebudet. (...) Bare visse former for psykisk medvirkning rammes av den gjeldende § 342, ingen former for fysisk medvirkning. Departementet går inn for at alle former for medvirkning skal omfattes".³⁹⁴ Vi ser altså at lovgiveren de lege lata ikke var enig med Astrup Hoel, men at man var enig med han når det kom til straffebehovet. Mer i tvil var Astrup Hoel når det gjaldt §§ 219 og 294 nr. 2.³⁹⁵

7.3 Straffebudet nevner ikke medvirkning

7.3.1 Teoretiske oppfatninger forut for Andenæs og Astrup Hoel

På grunn av den tolkningstilstand som loven og dens forarbeider etterlot seg var Jon Skeie tilhenger av streng ordlydsfortolkning.³⁹⁶ Han støttet seg på Getz' supplerende motiver og uttalte at loven "overalt er at tage strengt paa ordet". Et utdrag fra Skeies oversettelse av Getz' "Teilnahme und Versuch" lyder slik: "Hvor strafbarheden skal omfatte enhver art forsagelse eller medvirkning (...) blir dette i udkastet tilkjendegivet ved derved, at i hvert enkelt straffebud bliver enhver medvirkning ganske i almindelighed betegnet som strafbar. Hvor dette ikke sker, er saaledes lovens mening at indskrænke strafbarheden, og loven er altsaa overalt at forstaa strengt nøiagtig efter bogstaven". Som en følge av denne strenge ordlydsfortolkningen mente Skeie at medvirkning måtte være uttrykkelig nevnt for å kunne straffes. Sagt med Andenæs' ord må man "derfor etter Skeies mening gå ut fra at loven trekker en generell grense mellom hovedgjerning og medvirkning. Hvor medvirkning ikke er nevnt, er enhver handling som kan betraktes som medvirkning straffri selv om den i og for seg går inn under straffebudets ord".³⁹⁷

³⁹⁴ Se Ot.prp.nr.81 (1999-2000) s. 45, cfr.. lov av 2. mars 2001 nr. 7.

³⁹⁵ Astrup Hoel (1941) s. 163. Se Ot.prp.nr.113 (2004-2005) s. 46 i forhold til § 219: "Medvirkning straffes etter utkastet tredje ledd på samme måte. Det er en liten utvidelse i forhold til gjeldende rett, der bare medvirkning i form av forledelse eller tilskyndelse rammes".

³⁹⁶ Skeie (1913) s. 55-58 for det følgende.

³⁹⁷ Andenæs (1940) s. 264 med henvisninger til Skeie (1913) s. 50 flg. Skeie (1937) s. 515 flg.

Francis Hagerup støttet Skeie i at loven måtte tas på ordet. Altså måtte det ligge noe i skillet mellom bestemmelser med og uten medvirkningstillegg: "Loven har tilstræbt ved den heromhandlede ordning, nemlig at udelukke straf for medvirkning i alle tilfælde, hvor denne ikke særlig er fremhævet i det specielle lovsted".³⁹⁸ På et punkt var han imidlertid uenig med Skeie.³⁹⁹ Dette gjaldt straffebud som ikke uttrykkelig nevnte medvirkning, men hvor "lovstedets beskrivelse af det strafbare forhold er formet saaledes, at det omfatter enhver, som sætter et aarsagsmoment for vedkommende retsstridige resultat".⁴⁰⁰ For Hagerup var det "umuligt paa grundlag af udtrykket "forvolde" at opbygge nogen holdbar sondring mellem gjerningsmænd og andre medvirkende".⁴⁰¹ Peder Kjerschow ga sin tilslutning til Hagerups syn: "Det er almindelig antatt, at sådanne straffebud også omfatter medvirkning".⁴⁰²

Hagerups tolkning av begrepet "forvolde" ble tilbakevist av Skeie i hans fremstilling av den alminnelige strafferetten: "Man kan imidlertid ikke undgå dette resultat på den måte som *Hagerup* har angitt (...): at lovens uttrykk "forvolder" i §§ 237, 238 og 239 "omfatter enhver, som sætter et aarsagsmoment".⁴⁰³ Begrunnelsen hans var dels alle forsettsbestemmelsene som nevnte medvirkning til tross for en generell ordlyd og dels at man ikke kunne "oppstille en egen regel om fortolkningen av straffetrusler mot uaktsomme straffetrusler".⁴⁰⁴

7.3.2 Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1936 s. 612

I 1936 behandlet Høyesterett en sak angående straffeloven § 237. Spørsmålet var om sjåføren som hadde overlatt bilkjøringen til en person uten førerkort og evne kunne straffes for medvirkning til uaktsom legemsskade idet en fotgjenger var kommet til

³⁹⁸ Hagerup (1911) s. 201, se også s. 208-215.

³⁹⁹ Det gjøres oppmerksom på at Skeie (1913) s. 49 etterlater seg en viss tvil når det gjelder uttrykk som å "forvolde", se Kjerschow (1930) s. 210 og Husabø (1999) s. 23. Ut fra Skeies senere uttalelser i samme og senere tekster taler imidlertid det meste for at han mente at heller ikke i slike tilfeller kunne medvirkning anses omfattet uten et uttrykkelig medvirkningstillegg. Se særlig i neste avsnitt.

⁴⁰⁰ Hagerup (1911) s. 213. Se også Urbye (1909) s. 35.

⁴⁰¹ l.c.

⁴⁰² Kjerschow (1930) s. 210.

⁴⁰³ Skeie (1937) s. 518.

⁴⁰⁴ l.c.

skade. Avgjørende for saken var tolkningen av uttrykket "forvolder" og den ankede rettsbelæringen lød: "Nevnte straffebestemmelse nevner ikke uttrykkelig som ansvarlig ved siden av den som direkte har forvoldt den skadeforvoldende handling ogsaa den som herunder har medvirket. Jeg antar imidlertid at bestemmelsen maa forstaaes saaledes at selv om medvirkning ikke er nevnt, maa under uttrykket "forvolde" innfortolkes som straffeskyldig enhver som, hvor de objektive og subjektive betingelser forøvrig er til stede, setter et aarsaksmoment for det rettsstridige resultat, selv om selve handlingen foretas av en annen".⁴⁰⁵

Høyesterett tok utgangspunkt i en naturlig språklig fortolkning av bestemmelsen og henviste i den forbindelse til Hagerup og Urbye. Det var for førstvoterende Larssen "litet tvilsomt at efter naturlig sproglig forstaaelse omfatter ordet forvolde "enhver som setter et aarsaksmoment for vedkommende rettsstridige resultat"". Dette måtte gjelde "uten hensyn til om den handlende naturlig vilde benevnes som gjerningsmann eller medvirkende" siden han i begge tilfeller hadde "forvoldt resultatet". Spørsmålet ble etter dette om sjåføren hadde satt "et aarsaksmoment for vedkommende rettsstridige resultat".⁴⁰⁶

Høyesterett viste til tidligere praksis og lovgivning og presiserte at det ikke var noe i forarbeidene til § 237 som tydet på at bestemmelsen "ved ikke at nevne medvirkning har ment paa det omhandlede punkt at innføre en ny regel, hvorefter kun den nærmeste, siste gjerningsmann kunde straffes som den der hadde forvoldt resultatet". Førstvoterende Larssen mente også at det talte mot en slik antagelse at "det vilde være helt uten naturlig begrunnelse at innføre en saadan regel".⁴⁰⁷

Om lovens medvirkningstillegg uttalte førstvoterende: "Efter lovens hovedsyn paa medvirkning som direkte forvoldelse av det forbryderske resultat oppfatter jeg tilføielsene i lovens spesielle paragrafer om medvirknings straffbarhet som skjedd efter et skjønn om hvor saadan tilføielse var hensiktsmessig eller paakrevet for at

⁴⁰⁵ Rt. 1936 s. 612 på s. 612-613.

⁴⁰⁶ Rt. 1936 s. 612 på s. 613.

⁴⁰⁷ Rt. 1936 s. 612 på s. 613-614.

tydeliggjøre loven. Jeg henviser heroin til forskjellige uttalelser i forarbeidene. Det maa vel innrømmes at loven ikke i alle tilfelle har vært heldig ved utformningen herav, og det maa medgis at der stundom er inntatt uttrykkelig bestemmelse om medvirkning i tilfelle hvor dette skulde synes upaakrevet".⁴⁰⁸

Deretter fulgte en for ettertiden viktig uttalelse om tolkningen av straffeloven: "Hvis derfor lovbudets egen beskrivelse av gjerningsinnholdet er saa generelt formet, at loven efter en naturlig tolkning omfatter handlingen ogsaa naar denne sproglig vilde betegnes som medvirkning, saa blir vedkommende at straffe efter bestemmelsen, selv om medvirkning ikke er nevnt i lovbudet, medmindre der maatte foreligge særlige grunner til at tillegge straffebudet en snevrere ramme. Motsetningstolkning fra andre bud hvor medvirkning uttrykkelig er nevnt, til straffebud hvor det ikke er tilfelle, bør efter dette kun brukes med forsiktighet og efter en undersøkelse i hvert enkelt tilfelle av om det ved lovbudenes forskjellige form ogsaa maa antas at være ment at gi uttrykk for at den bestemmelse som ikke nevner medvirkning kun skal tolkes som gjeldende den nærmeste gjerningsmann".

Det faktum at det var inntatt medvirkningstillegg i bestemmelsene om forsettlig legemskrenkelse og drap, men ikke i de tilsvarende bestemmelsene om uaktsomme forbrytelser, kunne etter førstvoterendes syn ikke tale for "at § 237 kun skulde faa anvendelse paa den nærmeste gjerningsmann, ikke paa mulige "medvirkere", som finnes at ha forvoldt det forbryderske resultat". Han fant derimot ikke grunn til å si noe om "hvorvidt lovens §§ 231-233 i enkelte særlige tilfelle muligens kan rekke lenger enn §§ 237-239 derved at de første lovbud uttrykkelig medtar medvirkere som straffbare".⁴⁰⁹

Ytterligere fire dommere sluttet seg til førstvoterende, mens en sjettede dommer, dommer Alten, kom med et særvotum som fikk tilslutning fra dommer Hartmann. Felles for Høyesteretts medlemmer var imidlertid at de alle fant den påankede rettsbelæringen riktig.

⁴⁰⁸ Rt. 1936 s. 612 på s. 614 for det følgende.

⁴⁰⁹ Rt. 1936 s. 612 på s. 615.

Mindretallet fant det på sin side mest nærliggende å forklare at medvirkning ikke er nevnt i §§ 237-239 med "at den gamle straffelovs sonndring i 5te kapitel mellem gjerningsmenn og delaktige bare hadde anvendelse paa forsettlige forbrydelser. De bestemmelser i den gamle straffelov som handlet om uaktsomme forbrydelser, var anvendelige paa enhver hvis forhold omfattedes av lovbudet, uten at der blev spørsmaal om han kunde betraktes som gjerningsmann eller som medvirkende (...). Efter Getz' og straffelovkommisjonens utgangspunkt maatte det derfor være tilstrekkelig at nevne medvirkning hvor det gjelder forsettlige straffbare handlinger".⁴¹⁰

Om denne avgjørelsen uttalte Skeie kort og greit i sin siste utgave av strafferettens alminnelige del: "Den nevnte høyesterettskjennelse er ikke noe klart prejudikat. A var med på kjøringen".⁴¹¹ Noe mer skrev han ikke om saken.

7.3.3 Andenæs' tilnærming

7.3.3.1 En naturlig språklig fortolkning

Etter Andenæs' oppfatning var det nokså selvsagte utgangspunktet for tolkningen av de enkelte straffebud "hva der etter naturlig språkbruk omfattes av vedkommende straffebuds ord". Følgen av dette var at med uttrykket forvoldelse skulle "enhver forårsakelse rammes", mens rekkevidden ble av mer begrenset omfang hvor bestemmelsene bare angikk "enkelte av de måter hvorpå en forvoldelse kan skje".⁴¹²

Om Skeies oppfatning uttalte Andenæs at grunnlaget for førstnevntes "motsetningsfortolkning" falt bort hvis man antok at medvirkningen ikke behøvde å være kausal for kunne straffes.⁴¹³ For Andenæs var det "intet besynderlig i at bevirke og medvirke, eller forvolde og medvirke" var brukt i samme bestemmelse og sidestillingen kunne slik han så det ikke "utgjøre grunnlag for noen innskrenkende fortolkning av de straffebud hvor medvirkning ikke er nevnt".⁴¹⁴ Støtte for sitt syn fant han i den nevnte

⁴¹⁰ l.c.

⁴¹¹ Skeie (1946) s. 329.

⁴¹² Andenæs (1940) s. 263.

⁴¹³ Andenæs (1940) s. 264.

⁴¹⁴ l.c.

avgjørelsen inntatt i Rt. 1936 s. 612 og dennes fremhevelse av å tolke loven etter en naturlig språklig forståelse: "Det er det naturlige fortolkningsprinsipp som i denne dom er fastslått ved avgjørelsen av området for de enkelte straffebud. Grensen mellom det straffbare og straffrie i de tilfelle hvor medvirkning ikke er nevnt, kan ikke trekkes som en generell grense mellom gjerningsmann og medvirker, men må trekkes særskilt for hvert enkelt straffebud, slik at hver den som rammes av straffebudets ord og mening er straffbar uten hensyn til om det ville være naturlig å benevne ham som gjerningsmann eller bare som medvirker. Alt etter det enkelte straffebuds videre eller snevrere beskrivelse kan all forvoldelse eller bare visse former for forvoldelse rammes".⁴¹⁵

Til tross for at også dette prinsippet i praksis voldt vanskeligheter ved de "flertydige eller uskarpe uttrykk", kunne ikke dette "fordunkle prinsippet: Det er bare ved en fortolkning av hvert enkelt straffebud med utgangspunkt i den naturlige forståelse, av straffebudets ord at budets anvendelsesområde kan finnes".⁴¹⁶

7.3.3.2 Grensen mellom straffebud som nevner og ikke nevner medvirkning

Andenæs drøftet også grensen mellom straffebud som nevner og ikke nevner medvirkning. Han fant at den i de fleste tilfeller var trukket slik at "medvirkning uttrykkelig er nevnt ved de grovere rettsbrudd – hvor ikke særlige hensyn taler i motsatt retning, slik som ved forbrytelser i den offentlige tjeneste –, mens medvirkning langt oftere er utelatt ved de mindre forbrytelser og forseelser".⁴¹⁷ Selv om dette var tendensen, pekte Andenæs på at det heller ikke var vanskelig å finne unntak. Til tross for de tallrike unntakene konkluderte han med at "denne vilkårlighet" ikke ga "grunn til å trekke selve prinsippet i tvil".⁴¹⁸ For til tross for lovens positive sider, lot det seg "ikke nekte at den i atskillig utstrekning bærer preget av et hastverksarbeide hvor de enkelte bestemmelser ofte hverken formelt eller reelt synes tilstrekkelig gjennomtenkt og sammenarbeidet med lovens øvrige bestemmelser".⁴¹⁹

⁴¹⁵ Andenæs (1940) s. 265.

⁴¹⁶ Andenæs (1940) s. 265-266.

⁴¹⁷ Andenæs (1940) s. 246-247.

⁴¹⁸ Andenæs (1940) s. 247.

⁴¹⁹ I.c.

7.3.4 Astrup Hoels tilnærming

7.3.4.1 Undersøkelser av om lovens program på dette punkt var gjennomført

Som vi så ovenfor oppsummerte Astrup Hoel kommisjonens standpunkt slik: "Loven skal ingen bestemmelse inneholde om *at* medvirkning er strafbar, og medvirkning er *kun* strafbar i de tilfælde hvor loveteksten uttrykkelig fastslår det".⁴²⁰ Etter dette vurderte han om kommisjonens program var gjennomført for bestemmelsene som nevnte medvirkning. Dette kunne han som nevnt ikke finne å være tilfelle og han gikk derfor videre til å vurdere hvordan situasjonen var i de tilfellene hvor medvirkning *ikke* var nevnt: "Når man på det første og viktigste punkt har kunnet konstatere en åbenbar konflikt mellem programmet og dets gennemførelse, er der al grund til at nære mistanke om at en lignende konflikt også er tilstede på det andet punkt".⁴²¹

Det første Astrup Hoel pekte på i sin undersøkelse var to ulike tendenser ved utformingen av lovens spesielle del. Dels var tendensen at man av og til anså "det fornødne sagt for en gruppe av bestemmers vedkommende, selv om tillægget uttrykkelig kun var indtatt i en enkelt av dem" og dels at man plutselig "erindret hvilket formål tillægget egentlig skulde ha" og derfor inntok tillegget.⁴²² Ved kapittel 41 i straffeloven mente han at den første tendensen måtte ha spilt sin rolle fullt ut i og med at kun kapitlets første straffebud rettet seg direkte mot medvirkning.⁴²³ For Astrup Hoel var det ingen grunn til noen begrensning på dette feltet og han fant at den mest sannsynlige forklaringen på utelatelsen i de øvrige bestemmelsene måtte være at kommisjonen "ved i spidsen av kapitlet at fastslå medvirkningens strafbarhet, har referert sig hertil for hele kapitlets vedkommende".⁴²⁴ Noe mer tvil mente han riktignok at kapittel 36 og 39 voldte.

Et annet utslag av denne sammenblandingen av lovtekniske løsninger var strl. § 91 (hensikt om å åpenbare noe som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet

⁴²⁰ Astrup Hoel (1941) s. 148.

⁴²¹ Astrup Hoel (1941) s. 150.

⁴²² Astrup Hoel (1941) s. 151.

⁴²³ Astrup Hoel (1941) s. 151-152.

⁴²⁴ Astrup Hoel (1941) s. 152 for det følgende.

mv.) og § 351 (forseelser mot den alminnelige ro og orden) som "indeholder tilføielsen om medvirkning bare i første led, mens der ingen fornuftig grund skulde være til at ikke også sidste led skulde omfatte medvirkningshandlingene". Astrup Hoel mente at man i disse tilfellene ble ledet til å anta at "kommisjonen har anset det fornødne uttrykt (...) i første led, og har underforstått som selvfølgelig at det samme skal gjælde i sidste led". Ved begge paragrafer taler mye for en løsning som oppstilt av Astrup Hoel, men kanskje like mye begrunnet i en naturlig fortolkning av bestemmelsene. Annet ledd i § 91 retter seg nemlig mot "den, som ellers uberettiget setter sig eller andre i Besiddelse af nogen saadan Hemmelighed" og vil naturlig omfatte fysisk medvirkning. Hvordan det stiller seg med psykisk medvirkning er mer tvilsomt. Enda mer er det å hente etter en naturlig språklig fortolkning av § 351 annet ledd som retter seg mot "den, som paa saadan Maade som oven nævnt...". Ovenfor, i første ledd, er jo medvirkning uttrykkelig nevnt sammen med en rekke andre handlinger, slik at alle former for medvirkning burde kunne rammes.

I en rekke andre tilfeller kunne ikke Astrup Hoel finne noen "fornuftsmæssig forklaring til medvirkningstillæggets utelatelse" i det hele tatt.⁴²⁵ Dette var det andre hovedproblemet ved undersøkelsen av om kommisjonens program var gjennomført i praksis og gjorde det "endnu umuligere at gå ut fra at der foreligger en bevisst gjennomførelse av det proklamerte program". Blant bestemmelsene Astrup Hoel fant uforklarlige i sin mangel av medvirkningstillegg var §§ 106 og 139. Førstnevnte bestemmelse setter straff for å "ved stemmegivning i offentligt Anliggende paa Grund af Aftale om eller Modtagelse af nogen Fordel stemmer paa en vis Maade eller afholder sig fra at stemme eller afgiver Tilsagn om at stemme paa en vis Maade eller at afholde sig fra at stemme". Grunnen til at bestemmelsen ikke var utformet med et medvirkningstillegg kunne være at de viktigste medvirkningsformene allerede var nevnt i § 105, men det oppstod i Astrup Hoels øyne likevel en "lakune, idet man formentlig kan medvirke til den handling som omhandles i § 106 uten derfor at rammes av § 105". Astrup Hoels eksempel var at "man tilskynder en anden til at holde den avtale, han har indgået om at stemme på en viss måte". Om § 139 som angår unnlatt anmeldelse av visse større forbrytelser skrev Astrup Hoel at "det er mulig at kommisjonen her har ræsonert

⁴²⁵ Astrup Hoel (1941) s. 153 for det følgende.

således at denne bestemmelse også finder anvendelse på den som anstifter en anden til sådan undladelse". Etter å ha dratt paralleller til § 327 som uttrykkelig nevnte det å "afholde en anden fra at yde saadan bistand" (unnlattelse av å bistå offentlig tjenestemann), kom Astrup Hoel til at det var "høist utrolig at lovkommissionen skulde ha villet udelukke denne rækkevidde av bestemmelsen". Først ved lov av 25. juni 2010 nr. 47 tok lovgiveren på sett og vis kritikken til seg da også medvirkning ble gjort straffbar etter denne bestemmelsen, se nå § 139 første ledd siste punktum.

Det at loven bygde på ulike tendenser og at den på uforklarlige steder manglet medvirkningstillegg, mente Astrup Hoel at var nok til "at vise hvor vaklende og inkonsekvent kommissionens fremgangsmåte har været, og hvor litet tillidvækkende den i det hele virker".⁴²⁶ Astrup Hoel fortsatte med å kritisere at loven ikke behandlet medvirkningsspørsmålet i sin alminnelige del og konkluderte med at "kommissionen også på dette sidste punkt har svigtet sit program".⁴²⁷

7.3.4.2 Konsekvensene av straffelovens tolkningstil

På grunn av motsetningene mellom Straffelovkommissionens teoretiske idé og lovens endelige utforming kom man etter Astrup Hoels oppfatning frem til "et pinefuldt valg". En mulighet måtte være å "lægge hovedvekten på lovanvendelsens konsekvens og sikkerhet, med opofrelse av resultaternes indre rimelighet". Den andre muligheten var å "stræbe efter mest mulig rimelige og tilfredsstillende resultater, med opofrelse av den principfasthet og sikkerhet som systemet skulde skape".⁴²⁸

Om Skeies strenge ordlydsfortolkning uttalte Astrup Hoel at man ikke kunne legge spesielt stor vekt på forarbeidenes betydning og spesielt ikke på en enkelt av kommissionens medlemmer og dennes uavhengige arbeider.⁴²⁹ Selv for det tilfellet at uttalelsene i forarbeidene hadde vært klare og straffeloven "med sikkerhet kunde betragtes som en realisation av dette program, vilde de allikevel ikke været bindende" i

⁴²⁶ Astrup Hoel (1941) s. 154.

⁴²⁷ Astrup Hoel (1941) s. 154-155.

⁴²⁸ Astrup Hoel (1941) s. 155-156.

⁴²⁹ Astrup Hoel (1941) s. 156. Det er klart at det her ble siktet til Getz' "Teilnahme und Versuch".

følge Astrup Hoel.⁴³⁰ Ytterligere måtte man ved flere mulige forståelser av loven hvorav en medførte "bedre og fornuftigere resultater (...) sette sig ut over lovgiverens anvisninger". Og i alle fall måtte dette være tilfellet hvor forarbeidenes uttalelser "gjensidig slår hinanden i hjel, og hvor man med tryghet kan påstå at programmet ikke har fundet sin gjennomførelse i loven". I sitt angrep på forarbeidene avsluttet han resonnementet med å uttale at om det noen gang skulle være på sin plass å hevde at "motiverne er ikke lov", måtte det være nettopp her.

På grunn av lovens mangel på konsekvens og "et pålidelig og strengt princip for tilføielsen eller uteladelsen av "medvirknings"-tillægget", mente Astrup Hoel at det beste måtte være å erkjenne dette og tolke loven deretter. Da fikk det heller være at man manglet et fast holdepunkt. Mer nærliggende måtte det være "at søke realisert de praktiske resultater som endog lovgiverne må antages at ha villet billige".

I sterk kontrast med Johs. Andenæs gikk Gunnar Astrup Hoel deretter inn for straff i en videre utstrekning enn det som fulgte av både en streng og en naturlig fortolkning av loven.⁴³¹ Det Astrup Hoel mente å påvise var at man ikke nødvendigvis manglet lovhjemmel for å straffe medvirkerne også der hvor medvirkning ikke var nevnt.

Om det naturlige fortolkningsprinsipp og Høyesteretts avgjørelse fra 1936 skrev Astrup Hoel: "Som det fremgår av hvad ovenfor er anført, kan man ikke med nogensomhelst rimelighet hævde at tilføielsen om medvirkning er skedd efter et skjøn om hvor den var hensigtsmæssig eller påkrævet for at tydeliggjøre loven, d. v. s. tydeliggjøre det princip at medvirkning er "direkte forvoldelse av det forbryderske resultat. (...) Der er overhodet intet vundet ved at lægge en anden mening i motivuttalelserne end den faktisk har - hvor inkonsekvent og urimelig den er - for derved at kunne ta motiverne til indtækt for et visst fortolkningsresultat. (...) skal en rimelig fortolkning opnåes, må det ske ikke *med*, men *mot* lovkommisionens planer og programerklæringer".⁴³² Ei heller kunne Astrup Hoel se at prinsippet medførte "så tilfredsstillende resultater som

⁴³⁰ Astrup Hoel (1941) s. 157 for det følgende.

⁴³¹ Astrup Hoel (1941) s. 158-163.

⁴³² Astrup Hoel (1941) s. 159-160.

ønskelig".⁴³³ Noen steder ville prinsippet føre til gode resultater, mens man andre steder fremdeles stod uten mulighet til å straffe medvirkeren, som ved §§ 170 (uaktsom anklage), 390 (krenkelse av privatlivets fred), 407 (ulovlig jakt og fiske)⁴³⁴ og 412 (slett forhold fra tjenestefolk). Disse fire bestemmelsene manglet etter Astrup Hoels oppfatning både medvirkningstillegg og tilstrekkelig vid ordlyd for å kunne straffe medvirkningshandlinger.

Astrup Hoels syn var at man burde betrakte loven "isolert fra forarbeiderne og dens "teoretiske forutsætning"". ⁴³⁵ Det man etter hans oppfatning da hadde foran seg var en lov som nettopp uttrykkelig fastslo prinsippet om medvirkningens straffbarhet – om en på en klossete måte "ved stadige gjentakelser i den spesielle del". Ved å se bort fra "motivernes forvirrende opplysninger" om et formål om "en minutiøs fastsettelse av *når* medvirkninger strafbar, får bestemmelsene med andre ord karakteren av kasuistiske utslag av det generelle princip *at* den er strafbar". Deretter poengterte Astrup Hoel at han ikke gikk inn for en antitetisk tolkning som ville ha medført straffrihet hvor loven ikke omtalte medvirkning.

Etter dette presiserte han sitt eget syn – som han for øvrig ikke kunne finne å være i strid med lovskravet: "*Hvor intet tvinger til en antitetisk fortolkning, hvor al rimelighet tilsiger at medvirkning rammes, hvor intet tyder på at denne handlingsform med klar bevissthet er udelukket, hvor det nærmest synes at fremgå av sammenhengen at den skal være strafbar eller hvor jevnførelse med andre, beslegtede bestemmelser tilsiger dette resultat, i det hele hvor den samlede vekt av alle forstandige restmotiver umiskjendelig trækker i denne retning, må medvirkning ansees strafbar selv om intet herom uttrykkelig er sagt i vedkommende bestemmelse* (min kursivering)".⁴³⁶ Astrup Hoel trakk sitt tolkningsprinsipp nokså langt, men uttalte da allikevel at det neppe kunne gjelde for kapittel 11, 30, 33 og 42, samt §§ 144, 240, 241, 288 og 386.⁴³⁷

⁴³³ l.c.

⁴³⁴ Se for øvrig punkt 6.2.2 ovenfor.

⁴³⁵ Astrup Hoel (1941) s. 160-161 for det følgende.

⁴³⁶ Astrup Hoel (1941) s. 161-162.

⁴³⁷ Astrup Hoel (1941) s. 162-163.

Som ekstra støtte for sitt syn trakk han inn konklusjonen fra drøftelsen av læren om den middelbare gjerningsperson: "Netop den iøiefaldende urimelighet i at la den middelbare gjerningsmand gå fri fordi om "medvirkning" ikke er nævnt, tilsiger jo på det bestemteste at den bokstavelige tolkning ikke bør følges. Istedendfor på tvungent og kunstig vis at skape en særstilling for den middelbare gjerningsmand, bør man ta det naturlige skridt at erkjende, at netop den middelbare gjerningsmand danner det sterkest mulige argument for efter omstændighederne at anvende en bestemmelse hvor "medvirkning" ikke er nævnt. Ganske som om dette tillæg uttrykkelig var meddelt".⁴³⁸

7.3.5 Særskilt om medvirkningsansvaret ved uaktsomme handlinger

7.3.5.1 Begrepet uaktsomhet og beskrivelse av tolkningsproblemet

Ved en del straffebud, særlig i spesiallovgivningen, er skyldkravet uaktsomhet. Enten alminnelig (simpel) uaktsomhet eller grov uaktsomhet. Med uaktsomhet menes en atferd i "i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område" når lovovertrederen "ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides", se strl. 2005 § 23 første ledd. Se annet ledd for den nye lovens legaldefinisjon av grov uaktsomhet.

Straffeloven regulerer spørsmålet om straff for uaktsomme handlinger på ulike måter. I blant annet strl. § 239 er straffetrusselen for uaktsomt drap utformet som en selvstendig paragraf med en selvstendig gjerningsbeskrivelse. I en del andre tilfeller referer gjerningsbeskrivelsen seg til en forutgående bestemmelse eller et forutgående ledd i samme bestemmelse, se for eksempel § 237 (uaktsom legemsbeskadigelse) og § 162 fjerde ledd (narkotikaforbrytelse). Ved straffebudene som rammer uaktsomhet er medvirkning sjelden uttrykkelig nevnt.⁴³⁹ Spørsmålet blir derfor også her hvorledes dette skal bedømmes. Her vil hovedfokus være på Andenæs' og Astrup Hoels tolkningsprinsipper i relasjon til uaktsomhet.⁴⁴⁰

⁴³⁸ Astrup Hoel (1941) s. 168.

⁴³⁹ Strl. § 162 fjerde ledd er et unntak fra denne tendensen og kom først inn i straffeloven så sent som ved lov av 8. juni 1984 nr. 57 (endringslov).

⁴⁴⁰ For Astrup Hoels kritikk av Skeies strenge ordlydsfortolkning i tilknytning til uaktsomhetsbestemmelsene, se særlig Astrup Hoel (1941) s. 171-172 og 174.

Astrup Hoel ga uttrykk for at spørsmålet om medvirkning ved uaktsomhet hadde "voldt spesielle vanskeligheter".⁴⁴¹ Dette skyldtes slik han så det både tilfellets særstilling og uklarheten rundt bestemmelsenes rekkevidde.⁴⁴² Rekkevidden var særlig usikker fordi det – som påpekt av både Astrup Hoel og Andenæs – ingen steder i loven var inntatt noe om medvirkning i direkte tilknytning til hjemmelen for å straffe de uaktsomme handlinger.⁴⁴³ Om den teoretiske oppfatningen uttalte Andenæs at man nærmest hadde ansett det som selvsagt "at loven kjenner medvirkningsbegrepet også i den uaktsomme skyldform".⁴⁴⁴ I forhold til den nevnte avgjørelsen fra 1936 påpekte han derimot at "to av de voterende [hadde hevdet] at loven ikke kjente noe medvirkningsbegrep ved uaktsomme forbrytelser, mens de øvrige voterende reserverte seg mot å ta standpunkt til dette spørsmål".⁴⁴⁵ Selv omtalte han spørsmålet som meget tvilsomt da det meget godt lot seg argumentere for begge syn. Han presiserte likevel at problemet ikke hadde noen "stor praktisk betydning".

Andenæs så deretter på behovet for medvirkningsbestemmelser ved uaktsomhetsbestemmelsene og fant at det var vrient å gi noe klart svar. Om straffebudene som rettet seg mot ren forårsakelse mente han at det neppe forelå noe behov: "For så vidt medvirkningen har vært en nødvendig betingelse for resultatet, rammes den direkte av straffebudet mot forårsakelse. Og videre synes det neppe å være grunn til å gå. Det fellesskap som ved fleres samvirke til forsettlige forbrytelser gjør det naturlig og berettiget at straffen også rammer den ikke-kausale medhjelp foreligger ikke her". Situasjonen var en annen for straffebudene som inneholdt en "mer konkret beskrivelse av det straffbare forhold": "Her er det jo bare de i straffebudet beskrevne handlemåter som direkte rammes. Og man kan ikke rent generelt benekte behovet for også å kunne ramme den som uten selv å utføre vedkommende handling uaktsomt har bidratt til dens tilblivelse". Her var det altså en forskjell i straffebehov etter Andenæs' oppfatning. Denne forskjellen var imidlertid ikke av større betydning enn at det "som

⁴⁴¹ Astrup Hoel (1941) s. 168.

⁴⁴² Astrup Hoel (1941) s. 168-169.

⁴⁴³ Astrup Hoel (1941) s. 169 og Andenæs (1940) s. 273.

⁴⁴⁴ Andenæs (1940) s. 271 med henvisninger til Hagerup (1911) s. 167, Skeie (1913) s. 45-46, Skeie (1937) s. 518-519, Kjerschow (1930) s. 211 og Birkmeyer (1908) s. 130.

⁴⁴⁵ Andenæs (1940) s. 272 for det følgende.

regel" neppe ville være påkrevd å la medvirkning være omfattet for det som i de fleste tilfeller dreide seg om "overtredelser av politimessige forskrifter".

7.3.5.2 De enkelte bestemmelsene

Skjønt det ikke noe sted fantes en bestemmelse rettet mot uaktsomhet som "uttrykkelig og utvetydig"⁴⁴⁶ nevnte medvirkning, fantes det en del uaktsomhetsbestemmelser som refererte seg også til medvirkningshandlinger. Andenæs og Astrup Hoel delte bestemmelsene om uaktsomhet i ulike grupper etter hvordan de forholdt seg til medvirkning og var på dette punktet stort sett enige om tolkningen. Astrup Hoel begynte med å peke på de uaktsomhetsbestemmelsene som var utformet som selvstendige paragrafer med egen gjerningsbeskrivelse.⁴⁴⁷ Straffeloven §§ 238 og 239 om uaktsom legemsbeskadigelse av betydelig omfang og uaktsomt drap var eksempler på dette. Samtidig inneholdt de heller ikke noe uttrykkelig om medvirkning. Selvstendige bestemmelser uten medvirkningstillegg var også §§ 237 (uaktsom legemsbeskadigelse) og 151 (uaktsom forvoldelse av brann, sprengning mv.), men med den forskjell at de viste til tidligere bestemmelser.⁴⁴⁸

Den neste gruppen gjaldt bestemmelser hvor hjemmelen for å straffe de uaktsomme handlingene var gitt i et annet ledd av et straffebud først og fremst rettet mot forsettlig lovovertrødelse. Astrup Hoels eksempler var §§ 88 tredje ledd (mislighold av kontrakt om krigsmaktens forsyning eller befordring) og 152 tredje ledd (forurensing av drikkevann). Om førstnevnte bestemmelse, mente begge forfatterne at tillegget om uaktsomhet kun rettet seg mot hovedgjerningen.⁴⁴⁹ Noe mer i tvil var Astrup Hoel om § 152 tredje ledd.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ Astrup Hoel (1941) s. 169, se også Andenæs (1940) s. 273.

⁴⁴⁷ Astrup Hoel (1941) s. 169.

⁴⁴⁸ I.c., se også Andenæs (1940) s. 274 som også mente at ordlyden ga "positiv støtte for den fortolkning at henvisningen ikke gjaldt medvirkning".

⁴⁴⁹ Astrup Hoel (1941) s. 169 og Andenæs (1940) s. 274. Nevnes kan også strl. § 359 som både rettet seg mot forsett og uaktsomhet, men uten å nevne medvirkning..

⁴⁵⁰ Astrup Hoel (1941) s. 169.

Gruppe nummer tre inneholdt bestemmelser om uaktsomhet som "klart" refererte seg til både hovedgjerningen og medvirkningen.⁴⁵¹ Dette var §§ 89 annet ledd (diplomatisk landsforræderi), 90 annet ledd (åpenbaring av statshemmeligheter), 150 annet ledd (farefremkallelse av ulykke nevnt i § 148 ved unnlattelse), 153 femte ledd (forgiftning av varer mv.), 293 (uaktsom skadetilføyelse) og 391 annet ledd (mindre eiendomsbeskadigelser). Felles for de to siste av gruppene og § 151 var at de gikk under Andenæs' fellesbetegnelse "henvisningsbestemmelser".⁴⁵²

Som man ser manglet – og mangler – en uttrykkelig bestemmelse om medvirkning "i en meget viktig gruppe av tilfelle hvor man skulle ha ventet at medvirkning var nevnt dersom loven kjenner begrepet uaktsom medvirkning".⁴⁵³ Denne viktige gruppen var §§ 237-239 om uaktsom legemsbeskadigelse og uaktsomt drap. Andenæs påpekte at om man tolket henvisningsbestemmelsene "slik at henvisningen gjelder også medvirkningstillegget, vil der oppstå en påfallende motsetning mellom disse bestemmelser på den ene side og § 237, § 238, § 239 om uaktsom legemsbeskadigelse og drap på den annen side. At en medvirkning til uaktsom tingsbeskadigelse skal være straffbar i større utstrekning enn en medvirkning til uaktsomt drap, er en konsekvens som iallfall umulig kan være tilsiktet".⁴⁵⁴ De samme "iøinefaldende urimeligheter" pekte også Astrup Hoel på.⁴⁵⁵ Spørsmålet de begge stilte seg var hvordan dette kunne ha seg.

7.3.5.3 Mulige forklaringer på at medvirkning ikke er nevnt

Som mulige forklaringer på lovens utforming ble det satt frem tre ulike teorier. Det første Andenæs og Astrup Hoel spurte seg om var om det kunne ha vært en forglemmelse at medvirkning ikke ble nevnt ved §§ 237-239. Skeie mente at det dreide seg om en "uopmerksomhet".⁴⁵⁶ Både Andenæs og Astrup Hoel avviste dette. Astrup

⁴⁵¹ I.c., men se også Andenæs (1940) s. 273.

⁴⁵² Andenæs (1940) s. 273-274. Det kan vel hevdes at også str. § 237 hører inn under denne benevnelsen.

⁴⁵³ Andenæs (1940) s. 273.

⁴⁵⁴ Andenæs (1940) s. 274-275.

⁴⁵⁵ Astrup Hoel (1941) s. 172.

⁴⁵⁶ Skeie (1938) s. 36.

Hoel pekte på at det gjaldt de viktigste av bestemmelsene om uaktsomhet⁴⁵⁷ og Andenæs la i tillegg til straffebudenes plassering i loven: "I de foranstående og etterstående paragrafer i kapitlet er medvirkning overalt nevnt, bortsett fra § 240 § 241 hvor ansvaret bygger på et særlig pliktforhold og medvirkning av den grunn ikke er gjort straffbar. At nettopp de 3 paragrafer som handler om uaktsomme forbrytelser mangler tilføyelsen om medvirkning, kan da vanskelig forklares som en tilfeldighet".⁴⁵⁸

I tillegg til dette pekte Astrup Hoel på tre grunner til at det ikke kunne dreie seg om en forglemmelse: "For det første at lovkommissionens formand ikke mente at gjøre den uaktsomme medvirkning straffri ved disse bestemmelser, for det andet at han ikke glemte at ta sig av dette spørsmålet under lovarbeidet, og for det tredje at han ikke ret og slet henholdt sig til den ældre retstradition hvorefter den uaktsomt medvirkende uten vider blev at bedømme efter bestemmelsen om den uaktsomme gjerningsmand".⁴⁵⁹ Astrup Hoels begrunnelse for disse tre punktene var at Getz' utkast fra 1893 nettopp uttrykkelig nevnte medvirkning i de bestemmelsene som senere skulle tilsvare §§ 237-239.

Til tross for Getz' uttrykkelige medtakelse av medvirkning i de nevnte bestemmelsene ble bestemmelsene utformet uten å nevne medvirkning og uten at forarbeidene ga noe svar på hvorfor det skjedde en endring på dette punkt.⁴⁶⁰ Astrup Hoel mente at ideen om at Straffelovkommissjonen hadde videreført rettsstilstanden etter kriminalloven ikke var spesielt sannsynlig, men viste i den forbindelse til Rt. 1936 s. 612 hvor mindretallet så ut til å anta dette.⁴⁶¹ Andenæs kommenterte ikke Getz' utkast fra 1893, men skrev i forbindelse med diskusjonen om den eldre rettsstilstanden at "det var de gamle delaktighetsregler Getz ville til livs".⁴⁶² Her var det viktig å være klar over at uaktsomhetsbestemmelsene "allerede på forhånd [lå] utenfor delaktighetslæren; for deres vedkommende var, iallfall for så vidt forårsakelsesdeliktene angår, det etter hans

⁴⁵⁷ Astrup Hoel (1941) s. 173.

⁴⁵⁸ Andenæs (1940) s. 275.

⁴⁵⁹ Astrup Hoel (1941) s. 173.

⁴⁶⁰ l.c.

⁴⁶¹ l.c.

⁴⁶² Andenæs (1940) s. 276 for det følgende.

(Getz', min anmerkning) mening naturlige system gjennomført. At uaktsomhetsdeliktene under disse omstendigheter ble uberørt av revisjonen, synes ikke å være så påfallende".

Andenæs' poengtering leder oss over i den siste av de mulige forklaringene, nemlig at straffelovkommisjonen anså det som overflødig med bestemmelser om medvirkning i de nevnte paragrafer. Andenæs benyttet seg av Høyesteretts mindretall i Rt. 1936 s. 612 på en noe annen måte enn Astrup Hoel da han uttalte at det var nærliggende mene "at lovgiveren overhodet ikke har tenkt seg bestemmelsene om medvirkning anvendelige på uaktsomhetsdeliktene". Andenæs påpekte videre at "ordningen for så vidt var i overensstemmelse ikke bare med den gamle lov, men også med de fleste fremmede straffelover", noe som også kunne være med på å forklare hvorfor det ikke ble sagt noe klart om spørsmålet i forarbeidene. I tillegg kom det faktum at behovet for "særlige bestemmelser om den uaktsomme medvirkning" ikke var like stort som ved den forsettlige.⁴⁶³ Som ytterligere et argument for at kommisjonen ikke hadde det funnet det nødvendig med slike bestemmelser pekte Andenæs på strl. § 58 som han mente at "åpenbart" kun hadde "samvirke til forsettlige forbrytelser (...) for øye".⁴⁶⁴

Også Astup Hoel kom til samme konklusjon, men med en noe annen begrunnelse.⁴⁶⁵ Han mente at grunnen til at medvirkningstillegget ble funnet overflødig var at det gjaldt "bestemmelser som uten at beskrive noget nyt objektivt gjerningsindhold" kun angikk "modaliteter i den subjektive skyld". Utformingen av § 40 tydet da også på at tillegget om uaktsomhet kun var "tænkt som et supplerende tillæg til bestemmelsen om den forsætlige forbrydelse, og derfor ialfald ikke i medvirkningsprincippet forstand er opfattet som nogen ny selvstændig straffebestemmelse, selv om den i det ydre har antat formen av en sådan".

⁴⁶³ Andenæs (1940) s. 277, se også s. 275, samt avhanlingens punkt 7.3.5.1 og dets siste avsnitt.

⁴⁶⁴ I.c.

⁴⁶⁵ Astrup Hoel (1941) s. 173.

7.3.5.4 Konklusjon

Astrup Hoel avsluttet sin behandling av temaet med å skissere løsningen etter de ulike tolkningsprinsippene som gjorde seg gjeldende i teorien.⁴⁶⁶ Han mente at man etter forklaringen om overflødighet måtte lese for eksempel § 239 "som om der stod "den som ved uagtsomhet gjør sig skyldig i nogen i § 233 nævnt forbrydelse" (...). Nemlig fordi det simpelthen er denne mening loven tilsigter at uttrykke".⁴⁶⁷

Om det naturlige fortolkningsprinsipp uttalte Astrup Hoel at det "stort set" førte til "tilfredsstillende resultater", slik at uaktsom medvirkning måtte være straffbar etter §§ 151, 152 tredje ledd og 237-239. Problematisk var det likevel at dette "umulig" kunne sies å gjelde § 88 tredje ledd hvor straff etter Astrup Hoels mening var minst like velbegrunnet som ved uaktsom medvirkning til beskadigelse av ting.

Med sitt eget tolkningsprinsipp skulle derimot den uaktsomme medvirkning "konsekvent [bli] straffbar ved alle de nævnte bestemmelser". Astrup Hoel ga uttrykk for at det ikke var noe som tilsa en antitetisk tolkning ved disse bestemmelsene. Videre pekte han på at det ikke var noe som tydet på at Straffelovkommisjonen "med klar bevissthet" hadde "villet udelukke straffbarheten".⁴⁶⁸ Tvert i mot måtte straffbarheten sies å nærmest fremgå "av sammenhengen" og anses påkrevd av hensyn til sammenhengen i bestemmelsene. Alt i alt var denne løsningen nødvendig for å unngå "helt urimelige resultater", samtidig som den styrket tolkningsprinsippet hans.⁴⁶⁹

Også Andenæs fremhevdde hensynet til sammenhengen i loven. Ut fra antagelsen om at kommisjonen hadde ansett medvirkningstillegg i §§ 237-239 som overflødig, mente han at man måtte fortolke henvisningsparagrafene på samme måte, "iallfall i den utstrekning forholdet er analogt, det vil si, i den utstrekning det dreier seg om rene forårsakelsesdelikter".⁴⁷⁰ Analogt var forholdet etter Andenæs' oppfatning "ved de

⁴⁶⁶ Astrup Hoel (1941) s. 174-175.

⁴⁶⁷ Astrup Hoel (1941) s. 174 for det følgende.

⁴⁶⁸ Astrup Hoel (1941) s. 175.

⁴⁶⁹ l.c.

⁴⁷⁰ Andenæs (1940) s. 275.

praktisk viktigste av henvisningsparagrafene, således § 90, § 151, § 293 og § 391".⁴⁷¹ Han påpekte i den forbindelse to fordeler: "Man får overensstemmelse mellom de forskjellige uaktsomhetsbestemmelser, og man innskrenker uaktsomhetsansvaret til dets rette omfang, nemlig til å gjelde den kausale uaktsomhet".⁴⁷² Derimot kunne løsningen bli en annen ved bestemmelser som for eksempel § 90 annet ledd⁴⁷³. Dette innebar likevel ingen "inkonsekvens i loven" siden det dreide seg om at man "ved en konkret fortolkning" kom til at uaktsom medvirkning ble rammet.

7.3.6 Andenæs' kritikk mot Astrup Hoels standpunkt

Allerede i sin doktoravhandling fra 1942 fant Andenæs grunn til å motgå Astrup Hoels standpunkt om at medvirkning som utgangspunkt skulle være straffbar også hvor straffebudet manglet et medvirkningstillegg.⁴⁷⁴ Det Andenæs særlig trakk frem var at verken lovens ordlyd eller lovens forhistorie ga noe støtte for Astrup Hoels oppfatning.⁴⁷⁵ Tvert i mot hadde senere lovgivningsarbeid stadfestet at medvirkning måtte være nevnt for å være straffbar⁴⁷⁶.

Andenæs var enig i at man kunne være kritisk til Straffelovkommisjonens løsninger, men han fant likevel etter en gjennomgang av loven at det var "lagt ned meget arbeid på å slå nøyaktig fast (...) i hvilken utstrekning de enkelte bestemmelser også retter seg mot medvirkeren".⁴⁷⁷ Det var for eksempel i noen tilfeller kun nevnt noen former for medvirkning som å forlede eller tilskynde. Og der hvor medvirkningstillegget ikke var tatt med mente Andenæs at det i hovedsak alltid lot seg begrunne på en fornuftig måte. Om lovskravet uttalte han at det var en gåte "hvordan Astrup Hoels skjønnsmessige utfylling av loven" lot seg forlike med Grunnloven § 96.⁴⁷⁸ I tillegg til dette, hentet

⁴⁷¹ I.c.

⁴⁷² Andenæs (1940) s. 275-276.

⁴⁷³ I.c.

⁴⁷⁴ Andenæs (1942) s. 486-488 i fotnote 3 tilhørende s. 486.

⁴⁷⁵ Andenæs (1942) s. 487.

⁴⁷⁶ I.c., se på samme måte Andenæs (1940) s. 246.

⁴⁷⁷ I.c.

⁴⁷⁸ Andenæs (1942) s. 488.

Andenæs støtte i rettspraksis fra hele begynnelsen av århundret.⁴⁷⁹ Senere videreutviklet Andenæs sitt syn i sin fremstilling av strafferettens alminnelige del.⁴⁸⁰ Skeie hadde i 1946 også anledning til å gå inn på Astrup Hoels tolkningsprinsipp, men nøyde seg med å vise til at Astrup Hoel hadde en annen oppfatning enn han selv.⁴⁸¹ Hvorfor han ikke fant noen grunn til å kritisere de enkelte punktene i Astrup Hoels argumentasjon vites ikke.

7.4 Særskilt om spesiallovgivningen

Avhandlingens rammer gir ikke rom for en sammenligning på dette punkt. Det skal derfor bare kort nevnes hva som var Andenæs' syn på saken og som fremdeles må anses for å utgjøre gjeldende rett: "Det er allikevel det samme prinsipp som må komme til anvendelse for spesiallovgivningen som innenfor straffelovens eget område: Hvor medvirkning ikke er nevnt, rammes enhver som etter en naturlig fortolkning omfattes av straffebudets ord; hvor medvirkning er nevnt, rammes dessuten også den som etter naturlig språkbruk kan sies å ha medvirket til den i straffebudet beskrevne hovedgjerning. Også prinsippet om at medvirkeren rammes selv om hovedmannen er utilregnelig eller i god tro, mens det til gjengjeld ikke blir tale om noe særskilt ansvar som "middelbar gjerningsmann", må gjelde tilsvarende. Alt dette er nemlig bare resultater som følger av det naturlige fortolkningsprinsipp som også må anvendes på spesiallovgivningens regler".⁴⁸²

7.5 Kort om medvirkningen som et delictum sui generis

Som Astrup Hoel gjorde rede for, hadde enkelte utenlandske forfattere hevdet at medvirkningen måtte utgjøre en selvstendig forbrytelsesart.⁴⁸³ Tilhengere av dette synet bestred i følge Astrup Hoel at medvirkningen var en særegen form for virksomhet som kun ga et bidrag til utøvelsen av hovedgjerningen.⁴⁸⁴ I stedet måtte medvirkning ses på

⁴⁷⁹ Andenæs (1940) s. 247 fotnote 24 og Andenæs (1942) s. 488.

⁴⁸⁰ Se senest Andenæs (2004) ved Matningsdal og Rieber-Mohn og punkt 7.7 under.

⁴⁸¹ Skeie (1946) s. 325.

⁴⁸² Andenæs (1940) s. 278, jfr. Andenæs (2004) s. 335.

⁴⁸³ Astrup Hoel (1941) s. 69-71 med henvisninger til tyske forfattere.

⁴⁸⁴ Astrup Hoel (1941) s. 69.

som egen form for forbrytelse på linje med for eksempel drap og tyveri, men med en spesielt vid strafferamme for å kunne fange opp forskjellen i alvorlighet.⁴⁸⁵

For Astrup Hoel var det viktige ved medvirkningshandlingene "det antisociale og straffverdige i at bidrage til realisationen av netop den forbrydelse gjerningsmanden begår".⁴⁸⁶ I denne forbindelse påpekte han at straffverdigheten først oppstod "hvor forholdet nærmere præciseres som (...) delagtighet i de handlinger loven i sine øvrige specielle bestemmelser beskriver som de egentlige forbrydelser".⁴⁸⁷

Etter dette avviste han hele tankegangen og påpekte at forholdet naturlig hørte hjemme i lovens alminnelige del – ikke i den spesielle. Ei heller kunne han se at den hadde kommet til uttrykk i lovgivningen eller vunnet særlig oppslutning i teorien. Sammen med årsakskravet, aksessoritetsprinsippet og det ekstensive gjerningspersonsbegrepet stod tanken "som et monument over urimeligheten i at fravige de enkle og naturlige utgangspunkter og anskuelsesmåter".⁴⁸⁸

Hos Andenæs ble ikke ideen vurdert – noe som nok skyldes de manglende foranledningene for det i loven, forarbeidene og litteraturen. Og når det gjelder lovens tilblivelseshistorie kan det jo også spørres hvorfor Getz og Straffelovkommissjonen skulle operere med et slikt standpunkt, når målet var å hviske ut skillet mellom hovedmann og medvirker.

7.6 Reformønsker

Andenæs gikk i 1940 ikke i detalj på hvordan han så for seg at loven burde ha vært utformet, men påpekte at man ved inngangen av århundret kunne ha løst vanskene på to ulike måter når forutsetningen var at man ikke ville skille mellom hovedmenn og medvirkere: "Enten ved en generell bestemmelse om at uten hensyn til de enkelte straffebuds ordlyd rammet de enhver som hadde forårsaket det i straffebudet beskrevne resultat. Eller man kunne ha unnlatt enhver uttalelse i denne retning idet man anså den

⁴⁸⁵ Astrup Hoel (1941) s. 69-70.

⁴⁸⁶ Astrup Hoel (1941) s. 70.

⁴⁸⁷ Astrup Hoel (1941) s. 71.

⁴⁸⁸ I.c.

for overflødig".⁴⁸⁹ Getz hadde nok egentlig sett for seg at man gikk for den siste løsningen, men resultatet ble likevel som vi har sett at det i lovens spesielle del ble tatt inn uttrykkelige bestemmelser om medvirkning i en rekke av bestemmelsene.

Astrup Hoel så det derimot som sin oppgave å stille seg på lovgivers sted og "søke at træffe den mest formålstjenlige ordning" og "på helt frit grundlag" danne seg en mening om medvirkningsspørsmålet.⁴⁹⁰ Det lovtekniske spørsmålet ved denne oppgaven dreide seg for Astrup Hoel om følgende underspørsmål: "For det første, hvorvidt det overhodet er påkrævet at indta i loven nogen uttrykkelig bestemmelse om *at* delagtighetshandlingene i det hele er straffbare. Dernæst hvorledes man eventuelt bedst bør gå frem i henseende til regelformuleringen om *når* de er straffbare. Og endelig hvordan loven bør uttrykke sig ved bestemmelsen av *hvorledes* de skal straffes".⁴⁹¹

Om det første uttalte han at det ikke kunne være den "ringeste tvil" om at loven uttrykkelig burde gi uttrykk for medvirkningens straffbarhet.⁴⁹² Ved det andre spørsmålet vurderte han ulike løsninger, men kom til slutt frem til dette standpunktet: "Da vi her står overfor et generelt princip som kan uttrykkes på samme måte for samtlige bestemmelsers vedkommende, tilsiger alle rimelige hensyn at de spesielle straffebestemmelser befries fra dette monotome og uendelig gjentagne tillæg, og at der isteden i lovens almindelige del utformes en generel regel om at også delagtighetshandlingene er straffbare".⁴⁹³ Som svar på det siste spørsmålet kom han med følgende presisering: "Denne generelle bestemmelse bør i princippet gjøre de spesielle bestemmelsers strafferamme anvendelige på enhver deltager, men samtidig åpne en adgang til strafnedsættelse for enhver av dem".⁴⁹⁴ Reformønsket var så fremtredende i Astrup Hoels bok at det må sies noe mer om det, men da først og fremst om det som angikk medvirkningsbestemmelsens formulering, altså spørsmål nummer to.

⁴⁸⁹ Andenæs (1940) s. 242.

⁴⁹⁰ Astrup Hoel (1941) s. 20.

⁴⁹¹ Astrup Hoel (1941) s. 26-27.

⁴⁹² Astrup Hoel (1941) s. 35.

⁴⁹³ Astrup Hoel (1941) s. 38.

⁴⁹⁴ Astrup Hoel (1941) s. 39.

Helt avslutningsvis i sin bok, satte Astrup Hoel opp noen retningslinjer for en reform av straffeloven på medvirkningslærens område.⁴⁹⁵ Han begynte med å vise til sine forutgående drøftelser og påpekte "hvilket tvingende behov" det etter hans oppfatning var for en endring av loven. Denne endringen måtte bli "en fullstendig omredaktion av loven" fordi det dreide seg om feil av "gjennomgående og gjennomgripende art".⁴⁹⁶ Derfor holdt det altså ikke med en forandring av enkeltbestemmelser eller enkelte kapitler. I forhold til lovendringen ønsket Astrup Hoel å "knytte tråden" med kriminalloven som han mente at hovedsakelig "tok det standpunkt den sunde menneskeforstand" krevde.⁴⁹⁷ Men ettersom heller ikke denne loven var fullgod, måtte det til en "forenkling og generalisering", samt at man måtte rette opp i lovens mangler.⁴⁹⁸ Ut over dette måtte man i Astrup Hoels øyne "utslette alle spor av usunde og upraktiske "teoretiske" ideers indflydelse på den nuværende lov og dens utforming". Det som derimot burde videreføres fra straffeloven av 1902, i en ny og generell regel, var de felles strafferammer og den like muligheten for nedsettelse av straffen. Dette burde etter Astrup Hoels oppfatning gjøres ved å omdanne og supplere strl. § 58.

Før han fremsatte et ordlydsforslag, gikk Astrup Hoel gjennom dansk, tysk og sveitsisk strafferett og pekte på fordeler og ulemper ved deres utforming av bestemmelsen.⁴⁹⁹ Etter dette falt han ned på følgende ordlyd som skulle hjemle medvirkningens straffbarhet: "*Hvor flere har samvirket til et strafbart øiemed, rammes alle av den for vedkommende gjerning fastsatte straf. Den enkelte deltagers straffeskyld bedømmes uavhengig av de øvriges* (min kursivering)".⁵⁰⁰ Med denne formuleringen mente han at alt det nødvendige var sagt og understrekte følgende: "Man har den uttrykkelige hjemmel for alle deltageres straffbarhet. (...) Man har (i 1. leds 2. punktum) den fornødne hjemmel for at ramme den middelbare gjerningsmand. (...) Man har en uttrykkelig hjemmel for straffbarheten av den uagtsomme medvirkning til uagtsomme

⁴⁹⁵ Astrup Hoel (1941) s. 184-200.

⁴⁹⁶ Astrup Hoel (1941) s. 184. De forutgående drøftelsene er gjennomgått tidligere i avhandlingen.

⁴⁹⁷ Astrup Hoel (1941) s. 184-185.

⁴⁹⁸ Astrup Hoel (1941) s. 185 for det følgende.

⁴⁹⁹ Astrup Hoel (1941) s. 185-191.

⁵⁰⁰ Astrup Hoel (1941) s. 192. Annet og tredje ledd i Astrup Hoels forslag tok for seg straffutmålingen og holdes derfor utenfor dette underkapittelet.

forbrydelser (1. leds 1 punktum)".⁵⁰¹ Og i tillegg skulle man ved å lese første og annet punktum i sammenheng ha tilstrekkelig grunnlag for å straffe både forsettlig medvirkning til uaktsomme handlinger og uaktsom medvirkning til forsettlige handlinger.

Ordlydsforslaget så Astrup Hoel på som et "skissemæssig utkast" som kunne endres om man for eksempel ønsket nærmere bestemmelser om medvirkningsformene.⁵⁰² Det avgjørende ville etter hans syn bli om man ville "lægge hovedvekten på bestemmelsens fullstændighet eller på dens enkelhet".⁵⁰³ Avslutningsvis kan det nevnes at det ved siden av lovarbeidet som begynte tidlig i 1980-årene⁵⁰⁴ særlig er Husabø⁵⁰⁵ som etter annen verdenskrig har begitt seg inn på spørsmålet om den nærmere utformingen av en generell medvirkningsbestemmelse.

7.7 Gjeldende rett

Da Anders Bratholm ga ut sin bok "Strafferett og samfunn" i 1980, var han i all hovedsak på linje med Andenæs i sitt syn på tolkningen av straffebed med og uten medvirkningstillegg.⁵⁰⁶ Bratholm uttalte om den norske straffeloven: "Hos oss har vi ingen generell regel om medvirkningsansvar. Strl. § 58 (...) er bare en straffutmålingsregel. Vi må derfor gå til det enkelte straffebed for å se om medvirkning rammes".⁵⁰⁷ Deretter skilte han straffebedene i de tre gruppene som er behandlet ovenfor i punkt 7.1 til 7.3.

⁵⁰¹ l.c.

⁵⁰² Se Astrup Hoel (1941) s. 192-193 hvor det i fotnote 1 sies at man også ha kunne formulert bestemmelsen slik: "Hvor flere har samvirket til et strafbart øiemed, kommer den for vedkommende gjerning fastsatte straf også til anvendelse på den som ved anstiftelse, tilskyndelse eller bistand i råd og dåd har medvirket til gjerningen.

⁵⁰³ Astrup Hoel (1941) s. 193.

⁵⁰⁴ Se særlig NOU 1983:57, NOU 1992:23, NOU 2002:4 og Ot.prp.nr.90 (2003-2004).

⁵⁰⁵ Husabø (1999) s. 266-270.

⁵⁰⁶ Selv om Bratholm sluttet seg til Andenæs når det gjaldt tolkningen de lege lata, var han helt enig med Astrup Hoel i at en generell medvirkningsbestemmelse var å foretrekke: "Ved en fremtidig revisjon av straffeloven bør dette innføres", se Bratholm (1980) s. 314.

⁵⁰⁷ Bratholm (1980) s. 314.

Om situasjonen med medvirkningstillegg uttalte Bratholm at saken var klar: "De forskjellige former for medvirkning er straffbare, dersom medvirkningsbestemmelsen er generell".⁵⁰⁸ Videre pekte han på at straffebudene fikk en videre rekkevidde i de tilfellene hvor medvirkning ble nevnt enn om tillegget manglet⁵⁰⁹. Om straffebud rettet mot bare visse former for medvirkning skrev Bratholm at det i de tilfellene kun var de nevnte formene som ble rammet.⁵¹⁰ Var medvirkning derimot ikke nevnt, slo Bratholm fast at resultatet ofte ble at bistandshandlingen falt utenfor bestemmelsens ordlyd slik at medvirkeren ikke kunne straffes på grunn av lovskravet i Grunnloven § 96.⁵¹¹ Han påpekte likevel at enkelte straffebud rakk så langt at de rammet de fleste former for medvirkning også uten et medvirkningstillegg. Eksempler på dette var §§ 237-239 om uaktsom legemsbeskadigelse og drap.⁵¹² Bratholm viste her til en naturlig fortolkning, og han fant støtte i Rt. 1936 s. 612 og Rt. 1954 s. 653 for sitt syn.

Disse mer generelle utgangspunktene har senere forfattere gitt sin tilslutning til. På grunn av striden mellom Andenæs og Astrup Hoel angående bestemmelsene uten medvirkningstillegg er den senere litteraturen her viet noe større oppmerksomhet enn ellers i avhandlingen. Henry John Mæland presiserer at svaret beror på en tolkning av de enkelte bestemmelsene og stiller opp som spørsmål "om vedkommende straffebud med rimelighet kan antas å ta sikte på å ramme den aktuelle type av bistandshandling".⁵¹³ Om straffebud uten medvirkningstillegg skriver han: "Det kan være at gjerningsbeskrivelsen er så vidt og generelt beskrevet at straffebudet rammer en eller flere bistandshandlinger *"etter det naturlige fortolkningsprinsipp"*".⁵¹⁴ Svein Slettan og Toril Marie Øie uttaler om den siste gruppen av straffebud at det ikke er

⁵⁰⁸ I.c.

⁵⁰⁹ Bratholm (1980) s. 315.

⁵¹⁰ Bratholm (1980) s. 316.

⁵¹¹ Bratholm (1980) s. 317.

⁵¹² Bratholm (1980) s. 318.

⁵¹³ Mæland (1995) s. 72, se tilsvarende Mæland (2004) s. 78. Det tas utgangspunkt i førsteutgaven på grunn av dens tidsmessige plassering i denne gjennomgangen.

⁵¹⁴ Mæland (1995) s. 76, og tilsvarende Mæland (2004) s. 85, med henvisninger til Rt. 1936 s. 612, Rt. 1954 s. 653, Rt. 1970 s. 914 og Rt. 1974 s. 382.

"avgjørende om handlingen kan karakteriseres som medvirkning eller ikke" fordi spørsmålet i stedet er om handlingen "naturlig faller inn under ordlyden".⁵¹⁵

I forhold til tolkningen av straffebud som ikke nevner medvirkning peker også Erling Johannes Husabø på det naturlige tolkningsprinsipp, og han uttrykker at læresetningen som stammer fra Rt. 1936 s. 612 senere er blitt lagt til grunn både i rettspraksis og i teorien.⁵¹⁶ Unntakene var som behandlet ovenfor Gunnar Astrup Hoel og Jon Skeie.⁵¹⁷ Også Husabø konkluderer, etter en analyse av rettspraksis, med at "alle former for medverking i prinsippet kan bli råka av §§ 237-239".⁵¹⁸

I fjerdeutgaven av Johs. Andenæs' "Alminnelig strafferett" gis det uttrykk for det samme synet som Andenæs tidligere hadde gitt uttrykk for og som andre senere hadde sluttet seg til.⁵¹⁹ Foruten noe nyere praksis, er ikke fremstillingen mye endret til femteutgaven ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn.⁵²⁰ Om det som særlig var stridens kjerne, bestemmelsene uten medvirkningstillegg, uttales det at "man må ta utgangspunkt i de alminnelige prinsipper om tolkning av straffelover" og at loven varierer mellom snevre gjerningsbeskrivelser som utelukker straff for medvirkning og vide formuleringer som omfatter en eller flere medvirkningsformer.⁵²¹ Avgjørende er altså om handlingen "etter en naturlig tolkning rammes av straffebudet".⁵²²

Også Ståle Eskeland fremhever at man må tolke det enkelte straffebud for å finne ut om medvirkningen er straffbar og uttaler: "Strengt tatt er medvirkning bare straffbart hvor det er særskilt nevnt i teksten. For hvis medvirkning ikke er nevnt, vil selvsagt bare den som faller inn under gjerningsbeskrivelsen kunne rammes av straffebudet. En annen ting er at det kan være naturlig å *kalle* en som omfattes av et straffebud som ikke nevner

⁵¹⁵ Slettan (1997) s. 124.

⁵¹⁶ Husabø (1999) s. 215.

⁵¹⁷ Astrup Hoel (1941) og Skeie (1946) s. 329, jfr. Husabø (1999) s. 215 fotnote 796.

⁵¹⁸ Husabø (1999) s. 237.

⁵¹⁹ Andenæs (1997) s. 297-308.

⁵²⁰ Andenæs (2004) s. 325-338.

⁵²¹ Andenæs (2004) s. 331-332.

⁵²² Andenæs (2004) s. 332.

medvirkning, for medvirker".⁵²³ Redegjørelsen for den juridiske teorien kan avsluttes med Magnus Matningsdals ord om straffebud uten medvirkningstillegg: "Regelen er altså at det må foretas en konkret tolkning av om vedkommendes handling omfattes av gjerningsinnholdet. Blir svaret bekreftende, dømmes man imidlertid ikke som medvirker, men som gjerningsperson. (...) Avgjørende er altså hvor vidt eller snevert straffebudet er formulert".⁵²⁴

Når straffeloven av 2005 omsider trer i kraft får vi en generell medvirkningshjemmel i § 15 som en gang for alle vil gjøre slutt på diskusjonen om straffebud som ikke nevner medvirkning. Skal ikke medvirkningen være straffbar, må det nemlig positivt gjøres unntak fra det generelle prinsippet og utgangspunktet om straffansvar for både hovedmann og medvirker: "Et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt".⁵²⁵

Om denne bestemmelsen sies det i forarbeidene: "De nærmere vilkårene for når medvirkning skal kunne straffes, er ikke foreslått lovfestet. Meningen er å videreføre gjeldende rett (...) Innføringen av en generell bestemmelse om medvirkning og den nærmere utformingen av den gjør det klart at medvirkning er noe annet enn en overtredelse av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Dette fremgår særlig av ordet " også " i lovutkastet. På den måten vil det ikke på samme måte som i dag oppstå tvil om et straffebud uten et medvirkningstillegg likevel rammer bistandshandlinger. Tolkingsproblemer som knytter seg til hva som skal regnes som straffbar medvirkning, vil imidlertid fortsatt gjøre seg gjeldende. For en stor del må slike spørsmål, som før, finne sin løsning som ledd i den praktiske anvendelsen av det enkelte straffebud og i juridisk teori".⁵²⁶

Med denne endringen vil endelig Gunnar Astrup Hoel, med flere, få gjennomslag for sin kritikk mot lovens utforming, om enn ikke for sitt fortolkningsprinsipp.

⁵²³ Eskeland (2006) s. 197. Se mer generelt om problemstillingene på s. 197-210.

⁵²⁴ Matningsdal (2008) s. 376.

⁵²⁵ Se strl. 2005 § 15.

⁵²⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410.

8 Avslutning

"Det vil ivore dage ikke tjene noget berettiget formål at lægge skjul på at Getz' delagtighetsavhandling i virkeligheten er ett av de mest forskruede, usunde og skadelige åndsprodukter som nogensinde har set dagens lys i vor retsvidenskab."

Sitatet er hentet fra Astrup Hoels bok og er betegnende på flere måter når det gjelder forfatterens bruk av språklige virkemidler og hans rettslige fokus.⁵²⁷ Dette og annet tas opp i punkt 8.1. Foruten å knytte noen merknader til de to avhandlingene som særlig har vært grunnlaget for min tilnærming til medvirkningslæren, skal det også sies noe om veien videre i punkt 8.2.

8.1 Avsluttende bemerkninger særlig knyttet til Andenæs og Astrup Hoel

I dette underkapittelet er det igjen Andenæs' og Astrup Hoels avhandlinger fra henholdsvis 1940 og 1941 som står i fokus. Det skal kort sies noe om språk og virkemidler (8.1.1) før det gjøres noen avsluttende bemerkninger om forfatternes juridiske argumentasjon (8.1.2). I tillegg vil det bli sagt noe om de to avhandlingenes bruk i ettertiden (8.1.3).

8.1.1 Språk og språklige virkemidler

Når det gjelder det rent språklige skrev Johs. Andenæs enklere og mer moderne enn Gunnar Astrup Hoel. På den måten fremstår avhandlingen hans som lettere tilgjengelig for nåtidens lesere. Dette vil ha kommet fram av siteringen gjennom hele avhandlingen. Videre anvendte Astrup Hoel i stor grad bilder for å få frem poengene sine. Særlig gikk dette ut over Bernhard Getz: "Getz ser ikke skogen for bare trær. (...) Man må under læsningen uvilkårlig tenke over den som leter høit og lavt efter de briller som sitter på hans næse, og som sluttelig erklærer at det må bero på en misforståelse at de

⁵²⁷ Astrup Hoel (1941) s. 130.

nogensinde kan ha eksistert".⁵²⁸ Eksempelene er mange. Det kan også minnes om sammenligningen med Erasmus Montanus nevnt i punkt 3.3.3 og det krasse ordvalget illustrert først i kapittelet.

8.1.2 Juridisk argumentasjon

8.1.2.1 Omfang, systematikk og oppbygging

I forhold til stikkordene omfang, systematikk og oppbygging skiller Astrup Hoel seg ut på en positiv måte ved at hans avhandling kom ut i bokform. Andenæs' artikkel er kortere og mindre ryddig ved at den mangler tydelige kapitler og overskrifter, samt underkapitler. Dette skyldes i stor grad formatet; Tidsskrift for Rettsvitenskap. Disse punktene ble i stor grad avhjulpet ved at Andenæs videreutviklet sin fremstilling i sine behandlinger av den alminnelige strafferetten. Men når det gjaldt tekstene fra 1940-årene var altså Astrup Hoel noe mer grundig. Dette viser seg blant annet ved at Astrup Hoel utskilte forsøksspørsmålene som eget emne.⁵²⁹

8.1.2.2 Fokus

Det rettslige fokuset var som vi har sett noe forskjellig hos Andenæs og Astrup Hoel. Førstnevnte konsentrerte seg i hovedsak om drøftelser de lege lata. Astrup Hoel gikk i større grad inn på de lege ferenda-drøftelser og hadde da også som mål å stille seg i lovgivers posisjon, se særlig punkt 7.6. Ytterligere viet Astrup Hoel Getz og kriminalloven mye oppmerksomhet. Astrup Hoels bok var da også et mye klarere angrep på Getz' medvirkningslære enn Andenæs' artikkel. Til tross for disse forskjellene, kan man si at mye av debatten i realiteten har dreid seg om det lange oppgjør med Bernhard Getz og hans lære. Mye kunne nok ha sett annerledes ut med en mer konsekvent gjennomføring av hans ideer i straffeloven.

8.1.2.3 De rettslige standpunkter

Gjennomgangen over vil ha vist store overordnede likheter mellom de to forfatterne, og synet på medvirkningsbegrepet, årsakskravet, aksessoritet og middelbarhet utpeker seg.

⁵²⁸ Astrup Hoel (1941) s. 99. Se også s. 98 hvor uttrykket "stratosfærisk" brukes om Getz betraktningmåte: "Så snart man tror at ha fåt fast grund under føtterne, løftes man pludselig atter med svimlende fart opp i de overjordiske høider".

⁵²⁹ Astrup Hoel (1941) s. 51-54.

Den største uenigheten dem i mellom gjaldt som vist i punkt 7.3 tolkningen av straffeбудene uten medvirkningstillegg.

8.1.2.4 Rettskildebruk og teoretisk påvirkning

Det er ikke enkelt å peke på klare forskjeller i bruken av rettskildene, men det nevnte punkt 7.3 vil allikevel ha fått frem visse ulikheter. Mens Andenæs tok utgangspunkt i lovens ordlyd og den naturlige språklige forståelsen, gikk Astrup Hoel inn for straff i en videre utstrekning enn det som fulgte av både en streng og en naturlig fortolkning av loven. Dette fant han å kunne gjøre uten å komme i konflikt med lovskravet på grunn av forarbeidenes uklarhet og det markante behovet for fornuftige og rimelige regler: "Man bringer bare i anvendelse et retsprincip som loven ganske visst på en klodset og utilfredsstillende måte har bragt til uttrykk, men som dog er inkorporert i loven".⁵³⁰

Astrup Hoels nedvurdering av forarbeidenes vekt (punkt 7.3.4.2), kan nok synes noe uberettiget, men den skyldtes ganske opplagt den krevende situasjonen man ble stilt ovenfor når man skulle tolke loven i lys av forarbeidene. Mer kontroversielt var det nok at Astrup Hoel gikk så hardt ut mot det av rettspraksis og Andenæs fremhevdde naturlige fortolkningsprinsipp. I denne sammenhengen benyttet Astrup Hoel seg av forarbeidene til å argumentere *for* sitt syn. Poenget hans var at man ikke vant noe på å legge noe annet i uttalelsene enn de faktisk ga uttrykk for, skjønt de fremstod som inkonsekvente og urimelige.⁵³¹ Også i denne forbindelsen, altså om følgene av å operere med det naturlige fortolkningsprinsipp, ble tolkningsresultatenes godhet trukket inn. Samlet sett kan Astrup Hoels løsning i denne diskusjonen oppsummeres med hans egne ord i det pinefulle valget han kom ovenfor: "Stræbe efter mest mulig rimelige og tilfredsstillende resultater, med opofrelse av den principfasthet og sikkerhet som systemet skulde skape".⁵³² I dag kan denne argumentasjonen omtales som å vektlegge reelle hensyn.

Spørsmålet en deretter må stille seg er hvilken plass de reelle hensyn har ved tolkningen av straffeloven. Dette var Andenæs inne på da han i sin doktoravhandling undret seg

⁵³⁰ Astrup Hoel (1941) s. 162.

⁵³¹ Astrup Hoel (1941) s. 159.

⁵³² Astrup Hoel (1941) s. 155-156.

over hvordan "hvordan Astrup Hoels skjønnsmessige utfylling av loven" lot seg forlike med Grunnloven § 96.⁵³³ Det Andenæs i sin kritikk av Astrup Hoel pekte på var i tillegg til lovens ordlyd og forhistorie de senere lovgivningsarbeidene og rettspraksis.⁵³⁴ For å kunne straffe i så vidt omfang som Astrup Hoel argumentere for, måtte det med andre ord en lovendring til.

Begge forfatterne tok naturligvis utgangspunkt i den norske strafferettslitteraturen i sine gjennomganger av medvirkningslæren. Særlig Getz og Skeie ble som vi har sett viet mye oppmerksomhet på grunn av sine stillinger innen norsk rettsvitenskap. Getz også som premissetter for straffeloven og Skeie på grunn av enkelte mer særegne standpunkter som vist blant annet i kapittel 6. Ut over dette finnes det en del henvisninger til tysk, men også dansk, litteratur, særlig hos Astrup Hoel som gikk noe grundigere til verks enn Andenæs hadde gjort året før. For øvrig synes særlig Andenæs' senere fremstillinger å være påvirket av Hagerups og Skeies fremstillinger når det gjelder oppbygning og struktur.⁵³⁵

8.1.3 Avhandlingenes bruk og betydning for ettertiden

Min gjennomgang av juridisk litteratur etter 1941 har vist at det i forholdsvis liten grad har vært henvist til de to aktuelle avhandlingene i ettertid. For Andenæs' del spilte hans bok "Alminnelig strafferett" fra 1956 en betydelig rolle i dette henseende. I denne, og senere utgaver, videreførte Andenæs sin fremstilling av medvirkningslæren. Fra 1956 ble det derfor naturlig å hen vise til dette verket både i litteraturen og i lovforarbeidene. Antall henvisninger til Andenæs er betydelig fram til dags dato og vil ikke bli ytterligere dokumentert her.

Mindre oppmerksomhet fikk derimot Astrup Hoel. Foruten en rekke henvisninger hos Andenæs⁵³⁶, Skeie⁵³⁷ og Husabø⁵³⁸, er det i forbindelse med medvirkningslæren kort

⁵³³ Andenæs (1942) s. 488.

⁵³⁴ Punkt 7.3.6 ovenfor.

⁵³⁵ Se da også forordet i Andenæs (1956) hvor han skrev at han stod i stor gjeld til bl.a. nettopp disse to.

⁵³⁶ Se både Andenæs (1942) og de ulike utgavene av "Alminnelig strafferett".

⁵³⁷ Skeie (1946).

⁵³⁸ Husabø (1999).

vist til Astrup Hoel ett sted hos Bratholm⁵³⁹, ett sted hos Mæland⁵⁴⁰ og ett sted i forarbeidene til den nye straffeloven.⁵⁴¹ Med sin omfattende utgreiing av spørsmålene rundt medvirkningsansvaret kan det spørres hvorfor det ble slik. Foruten noen av momentene nevnt i punkt 8.1.1 og 8.1.2, som i sum tegner et bilde av blant annet en større modernitet hos Andenæs, vil nok tiden og Andenæs' meget betydelige forfatterskap og posisjon i norsk rettsvitenskap ha spilt en viktig rolle. De første teoretiske fremstillingene av medvirkningsansvaret etter 1941, foruten Andenæs', kom først fra 1980-årene og utover. Unntaket er Skeies andre utgave av "Den norske strafferett" fra 1946 hvor vi har sett at han ikke viet Astrup Hoels tolkningsprinsipp mer enn én setning i en fotnote.⁵⁴² Hadde Astrup Hoel allerede da gått ut på dato?

De vesentlige teoretiske likhetene med Andenæs skulle tyde på at dette ikke var tilfelle, men standpunktet hans om straffebud uten medvirkningstillegg åpner altså for tvil. Et annet poeng er at Astrup Hoel i sitt forfatterskap og sin forskning i stor grad holdt seg innenfor erstatnings- og forsikringsrettslige emner, samt den juridiske metodes grunnlag – ikke strafferett.⁵⁴³ Produksjonen hans var da også langt mindre enn Andenæs'.

Hvis man ved avhandlingene fra 1940-årene skal spørre om deres betydning for gjeldende rett, bør det særlig pekes på bidraget til diskusjonen rundt årsakskravet. Som vist i punkt 5.4 er betingelseslæren nå forlatt når det gjelder medvirkningsansvaret. I den forbindelse vil ved siden av rettspraksis, Astrup Hoel, men kanskje særlig Andenæs, ha vært viktige bidragsytere. Astrup Hoels iver for å endre straffeloven bør også nevnes når det gjelder betydningen for rettsutviklingen etter andre verdenskrig – for det var særlig på dette feltet det ble vist til Astrup Hoel av andre enn Andenæs.

⁵³⁹ Bratholm (1980) s. 314.

⁵⁴⁰ Mæland (2004) s. 77.

⁵⁴¹ Bratholm (1980) s. 314 og NOU 1992:23 s. 75

⁵⁴² Se pkt. 7.3.6.

⁵⁴³ Astrup Hoel tapte i 1929 kampen om et professorat innenfor forsikringsrett. Innstillingskomiteen uttalte at de var noe skeptiske til hans standpunkter og evne til å behandle positivt rettsstoff, se Årsberetning (1929-1930) s. 16. Etter dette fungerte han som privat konsulent i saker av juridisk-økonomisk innhold, se Studentene fra 1914 s. 139. Se ytterligere om Astrup Hoel i Blandhol (2004) og Nesland (2006). Sistnevnte omtaler på s. 243 Astrup Hoel som en "outsider" i norsk rettsvitenskap.

Noe annet det bør pekes på er straffeloven og den juridiske litteraturens betydning for at de teoretiske lærene om blant annet årsakskrav, aksessoritet og middelbarhet ble svekket og til slutt måtte gi tapt på 1900-tallet. Vi har sett at både Andenæs og Astrup Hoel var viktige i disse diskusjonene, men den mest utslagsgivende faktoren for de to sistnevnte teoriene var nok allikevel Getz og selve utformingen av straffeloven. Det må da særlig pekes på at Straffelovkommisjonen gikk inn for å vurdere den enkelte deltakers virksomhet konkret og dermed tok klar avstand fra kriminallovens ordning.⁵⁴⁴

For øvrig må Andenæs' anvisning om å følge det naturlige fortolkningsprinsipp påpekes da det gjorde seg gjeldende på de fleste områder av hans drøftelser. Høyesterett, og senere den juridiske litteraturen, slo fast dette prinsippet og bidro på den måten til å styrke motstanden mot de eldre teoretiske konstruksjonene som i større eller mindre grad fortsatt hang igjen etter opphevelsen av kriminalloven.

8.2 Veien videre

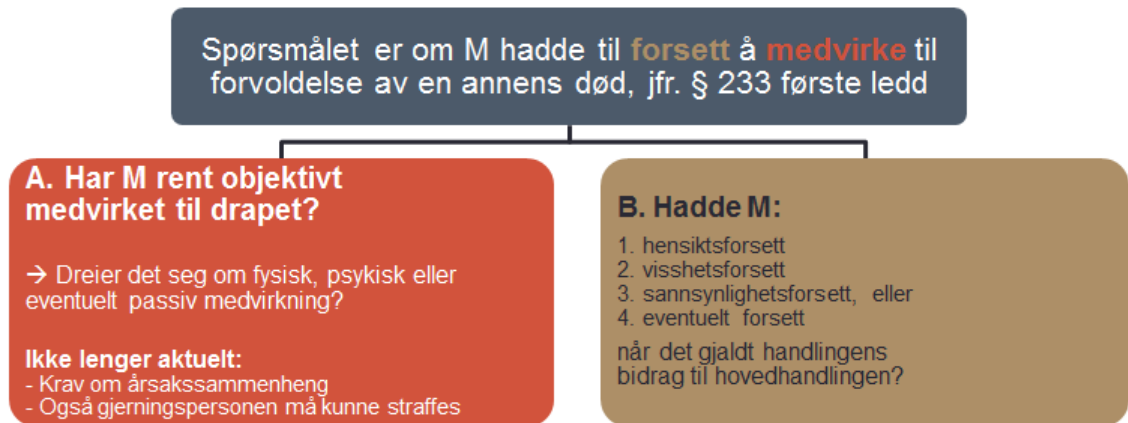
8.2.1 En modell for vurderingen av medvirkningsspørsmålet

I dette punktet vil jeg forsøke å sette opp et utgangspunkt for en modell for vurdering av medvirkningsansvar etter gjeldende rett. Med utgangspunkt mener jeg at en del av de særspørsmål som så vidt er nevnt i oppgaven ikke vil bli omfattet. Selv om strukturen blir en litt annen enn oppgavens kapitteinndeling, er det tenkt at dette punktet skal oppsummere og avrunde debatten om medvirkningslæren. Mens punkt 8.2.1 ser en del bakover skal jeg se framover i punkt 8.2.2.

Utgangspunktet tas i det som språklig sett kan karakteriseres som medvirkning. På den måten omfattes både straffeloven av 2005 § 15 og bestemmelsene i straffeloven av 1902 som 1) har et medvirkningstillegg, 2) rammer det som språklig sett er medvirkning og 3) er medvirkning til straffri atferd. Det skal ikke her igjen gås inn på straffebudene uten medvirkningstillegg, hvor både Astrup Hoels og Skeies standpunkter har måttet vike.

⁵⁴⁴ Se innledningen til kapittel 6.

Når man står ovenfor en handling som skal bedømmes i forhold til medvirkningslæren er det viktig å skille mellom den objektive og den subjektive siden. I figuren under tas det utgangspunkt i medvirkning til drap.



Skjematisk er den objektive siden til venstre (A) og den subjektive til høyre (B). Den subjektive siden er i liten grad viet oppmerksomhet i denne avhandlingen og den skal det heller ikke her gås nærmere inn på.⁵⁴⁵ Når det gjelder den objektive siden er utgangspunktet i denne øvelsen fremdeles det som språklig sett kan karakteriseres som medvirkning. Foruten spørsmålet om hva medvirkning rent språklig sett innebærer, hører spørsmålet om de ulike medvirkningsbegrepene hjemme her. I praktisk henseende vil det derimot raskt bli et spørsmål om å plassere handlingen innenfor en av medvirkningsformene. Deretter må det vurderes om handlingen oppfyller kravene for den aktuelle formen. For eksempel om påvirkningen fra M utgjorde en positiv tilskyndelse eller om det kun var snakk om en passiv billigelse.

Modellen tar også med noen emner som ikke lenger er aktuelle for å få frem rettsutviklingen etter og under straffeloven av 1902. Disse emnene er kravet om årsakssammenheng, aksessoritetsprinsippet og læren om den middelbare gjerningsperson – som vi har sett at Andenæs og Astrup Hoel argumenterte sterkt i mot.

⁵⁴⁵ Det må allikevel gjøres klart at dette er et meget viktig spørsmål som gjerne kommer i skyggen av den objektive vurderingen både i teori og praksis.

8.2.2 Medvirkningslæren og den moderne tid

Helt til slutt skal vi tilbake til innbruddstyven og hans medhjelper i eksempelet nevnt i punkt 5.2. Det kan innvendes mot eksempelet at det er for stilisert og gammeldags. Det kan med det samme spørres om tiden har løpt fra visse sider ved den forholdsvis teoretiske medvirkningslæren. Vi lever i dag i en ganske annen verden enn i 1940-årene med blant annet organisert kriminalitet og internettforbrytelser. Og selv om vi har sett at medvirkningsansvaret er i utvikling, medfører dette utvilsomt utfordringer for de som skal håndheve reglene. Som Riksadvokat Busch uttaler, er det imidlertid viktig å ikke bare fokusere på medvirkningslærens begrensninger: "Nokassaken [viser] at vårt tradisjonelle verktøy og normale arbeidsmetodikk kan brukes offensivt og effektivt mot moderne kriminalitet, forutsatt av at påtalemyndigheten er villig til å bruke jussens muligheter".⁵⁴⁶

Et spørsmål som i minst like stor grad utfordrer den tradisjonelle medvirkningslæren, med den tradisjonelle inndelingen i fysisk og psykisk medvirkning, er spørsmålet om passiv medvirkning. I den sammenheng kan det igjen minnes om påtalemyndighetens målsetning om å utforske medvirkningsansvarets område. Barnemishandlingssakene må særlig nevnes og det heter i rundskrivet:

"Erfaringsmessig kan det ofte være vanskelig å identifisere med sikkerhet den direkte voldsutøver i voldssaker mot barn. Det må vurderes grundig om medvirkningslæren likevel kan gi grunnlag for tiltale. Riksadvokaten har gitt ordre om utferdigelse av flere tiltaler for barnemishandling hvor barnets omsorgspersoner enten selv har utøvd nærmere beskrevet vold mot barnet, eller ikke har søkt å forhindre vold mot barn de har omsorg for".⁵⁴⁷ Spørsmålet kan i tillegg være aktuelt ved organisert kriminalitet og kriminalitet over internett via proxyservere – mellomtjenere om man vil – som kan skjule viktige spor for gjerningspersonen. Så sent som 23. april falt dommen i Tønsberg tingrett i den mye omtalte Christoffer-saken. Retten uttaler: "Som mor med omsorgsansvar hadde tiltalte plikt til å gripe inn når hun ble klar over at Christoffer ble utsatt for vold fra stefar. Det er hennes manglende inngripen som har ført til at

⁵⁴⁶ Busch (2011) s. 22. Stikkord i saken var culpa levissima og ranernes fellesskapsfølelse.

⁵⁴⁷ Se RA-2012-1 pkt. V1.

Christoffer ble mishandlet til døde".⁵⁴⁸ Med det fikk påtalemyndigheten den dommen de ønsket. Men siste ord er nok ikke sagt, og dommen ble nylig anket. Blant annet har spørsmålet en side til lovskravet, jfr. Grl. § 96.

⁵⁴⁸ Tønsberg tingretts dom av 23. april 2012 på s. 17.

9 Kildeliste

9.1 Lovgivning

9.1.1 Eldre norsk lovgivning

Gulatingsloven Gulatingsloven, 1000-tallet, sitert fra Robberstad (1937)

Frostatingsloven Frostatingsloven, 1000-tallet, sitert fra Hagland (1994)

Landsloven Magnus Lagabøters Landslov av 1274,
sitert fra Taranger (1915)

9.1.2 Nyere norsk lovgivning

NL Kong Christian Den Femtes Norske Lov av 15. april 1687

Grl. Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen
paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grunnloven) av
17. mai 1814

Aansvarlighedsloven Lov, indeholdende Straffebestemmelser for Statsraadets
og Høiesterets Medlemmer for Embedsforbrydelser, samt
for Stortingets og Rigsrettens Medlemmer for de
Forbrydelser, de, som Saadanne, maatte begaae,
av 7. juli 1828

Kriminalloven Lov angaaende Forbrydelser av 20. august 1842

Strl. Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai
1902 nr. 10

Milstrl.	Militær Straffelov av 22. mai 1902 nr. 13
Endringslov	Lov om endringer i straffelova m.v. (narkotikalovbrot, ran og heleri) av 8. juni 1984 nr. 57
Endringslov	Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling m.v.) av 2. mars 2001 nr. 7
Strl. 2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28
9.1.3 Traktater	
1950 (EMK)	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950
9.2 Forarbeider	
Motiver (1835)	Motiver til det i Året 1832 udgivne Forslag til en Lov for Kongeriget Norge angaaende Forbrydelser. Christiania, 1835
Utkast (1887)	Foreløbigt Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Første Del med Motiver. Udarbejdet af Prof. Dr. B. Getz, Formand i den kgl. Straffelovkommission. Kristiania, 1887
S.K.M. (1896)	Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge: II. Motiver. Kristiania, 1896
NOU 1983:57	Straffelovgivningen under omforming
NOU 1992:23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser
NOU 2002:4	Ny straffelov

Ot.prp.nr.81 (1999-2000) Straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.)

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

9.3 Rettspraksis

Rt. 1907 s. 333

Rt. 1909 s. 142

Rt. 1911 s. 32

Rt. 1926 s. 581

Rt. 1936 s. 612

Rt. 1938 s. 21

Rt. 1947 s. 69

Rt. 1954 s. 653

Rt. 1970 s. 914

Rt. 1974 s. 382

Rt. 1974 s. 622

Rt. 1979 s. 1492

Rt. 1989 s. 1004

Rt. 1995 s. 1228

Rt. 1998 s. 459

Rt. 1998 s. 1679

Rt. 2002 s. 476

Rt. 2003 s. 1455

Rt. 2010 s. 1630

Tønsberg tingretts dom av 23. april 2012, saksnr. 11-111766MED-TONS

9.4 Juridisk litteratur

- Andenæs (1940) Andenæs, Johs. *Av medvirkningslæren i norsk rett.*
Tidsskrift for rettsvitenskap 1940 s. 237-280
(lest og sitert fra <http://www.lovdatab.no/>)
- Andenæs (1942) Andenæs, Johs. *Straffbar unnløtelse: Et bidrag til*
strafferettsdogmatikken. Oslo, 1942
- Andenæs (1956) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett.* Oslo, 1956
- Andenæs (1997) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett.* 4. utg. Oslo, 1997
- Andenæs (2004) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett.* 5. utg. ved
Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg Fredrik,
Oslo, 2004
- Astrup Hoel (1925) Astrup Hoel, Gunnar *Den moderne retsmetode.*
Oslo, 1925
- Astrup Hoel (1929) Astrup Hoel, Gunnar *Risiko og ansvar: Utviklingslinjer i*
forsikringsrett- og erstatningsrett. Oslo, 1929
- Astrup Hoel (1938) Astrup Hoel, Gunnar *Hovedårsaksprinsippet.* Norsk
forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 1938
- Astrup Hoel (1941) Astrup Hoel, Gunnar *Delagtighet i forbrydelser: Et sort*
blad av den norske kriminalret. Oslo, 1941
- Birkmeyer (1908) Birkmeyer, Karl von *Teilnahme am Verbrechen. I:*
Vergleichende Darstellung des Deutschen und
Ausländischen Strafrechts. Berlin, 1908, s. 1-159

- Blandhol (2004) Blandhol, Sverre *Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrup Hoels forfatterskap*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s. 1-19
(lest fra <http://www.lovdato.no>)
- Bratholm (1980) Bratholm, Anders, *Strafferett og samfunn: Alminnelig del*. Oslo, 1980
- Eskeland (2006) Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006
- Getz (1903) Getz, Bernhard *Juridiske afhandlinger*. Utgitt av Francis Hagerup, Kristiania, 1903
- Hagerup (1911) Hagerup, Francis *Strafferettens almindelige del*. Kristiania 1911
- Hagerup (1930) Hagerup, Francis *Strafferettens almindelige del*. 3. utg. ved Paulsen, P. I., Oslo, 1930
- Hagerup Bull (1936) Hagerup Bull, E. *Endnu nogen bemerkninger til aarsakslæren*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1936 s. 332-347
- Hagland (1994) Hagland, Jan Ragnar og Sandnes, Jørn *Frostatingslova*. Oslo, 1994
- Hjelpekilder (1844) *Hjelpekilder ved Gjennemgaaelsen af Criminalloven*. Forlagt av Malling, P. T., Christiania, 1844
- Husabø (1999) Husabø, Erling Johannes *Straffansvarets periferi*. Bergen, 1999

- Kjerschow (1930) Kjerschow, Peder *Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 og lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttreden av 22 mai 1902*. Utgitt med kommentar, Oslo, 1930
- Krabbe (1931) Krabbe, Oluf H. *Borgerlig straffelov af 15. april 1930 og lov af 15. april 1930 om ikrafttræden af borgerlig straffelov m. m.* Utgitt med kommentarer, 1. utg. København, 1931
- Krabbe (1947) Krabbe, Oluf H. *Borgerlig straffelov af 15. april 1930 og lov af 15. april 1930 om ikrafttræden af borgerlig straffelov m. m.* Utgitt med kommentarer, 4. utg. København, 1947
- Lasson (1848) Lasson, Peder Carl *Haandbog i Criminalretten: Den almindelige Deel*. Christiania, 1848
- Matningsdal (2008) Matningsdal, Magnus *Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter*. Jussens Venner 2008 s. 357-383
(lest og sitert fra <http://www.lovdato.no/>)
- Mæland (1995) Mæland, Henry John *Innføring i alminnelig strafferett*. Bergen 1995
- Mæland (2004) Mæland, Henry John *Innføring i alminnelig strafferett*. 3. utg. Bergen 2004
- Nesland (2006) Nesland, Erik M. *Norsk rettskildelære 1884-1939: Rettssyn hos Platou, Hagerup, Stang, Knoph, Astrup Hoel og Castberg*. Tromsø, 2006

- Robberstad (1937) Robberstad, Knut *Gulatingsslovi: Umsett frå gamalnorsk*. Oslo, 1937
- Schweigaard (1882) Schweigaard, Anton Martin *Commentar over Den norske Criminallov: Første Deel*. 3. utg. Christiania, 1882
- Skeie (1908) Skeie, Jon *Om medvirkning efter strl. § 294 nr. 2*. Norsk Retstidende 1908 s. 885-888
- Skeie (1913) Skeie, Jon *Afhandlinger om forskjellige retsspørgsmaal*. Kristiania, 1913
- Skeie (1937) Skeie, Jon *Den norske strafferett: Første bind: Den almindelige del*. Oslo, 1937
- Skeie (1946) Skeie, Jon *Den norske strafferett: Første bind: Den almindelige del*. 2. utg. Oslo, 1946
- Slettan (1997) Slettan, Svein og Øie, Toril Marie *Forbrytelse og straff: Lærebok i strafferett*. Oslo, 1997
- Slettan (2001) Slettan, Svein og Øie, Toril Marie *Forbrytelse og straff: Bind I: Innføring i strafferett*. Oslo, 2001
- Taranger (1915) Taranger, Absalon *Magnus Lagabøters Landslov*. Kristiania, 1915
- Urbye (1909) Urbye, Andreas *Norsk Strafferet: Strafbare handlinger mod liv, legeme og helbred. Ærekrænkelser. Frihedskrænkelser. Strafbare handlinger mod sedeligheden*. Kristiania, 1909

9.5 Diverse andre kilder

- Busch (2011) Busch, Tor-Aksel. *Moderne kriminalitet – tradisjonell rettergang*. Referat fra Det nordiske juristmøtet i Stockholm 18.-19. august 2011
(lest og sitert fra <http://mote2011.nordiskjuristmote.se/>)
- RA-2012-1 Rundskriv nr. 1/2012 fra Riksadvokaten: *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2012 - politiet og statsadvokatene*
(lest og sitert fra <http://www.lovdato.no>)
- Store norske leksikon *Medvirkning*. I Store norske leksikon.
(lest og sitert fra <http://snl.no/medvirkning>)
- Studentene fra 1914 Delphin Amundsen, Haavind, og Melhus *Studentene fra 1914: Utgitt til fem-og-tyveårs-jubileet*. Oslo, 1939
- Årsberetning (1929-1930) *Det Kongelige Frederiks Universitets Årsberetning: 1. juli - 30. juni 1930 samt Universitetets matrikul for 1930*. Utgitt ved Universitetets sekretær. Oslo, 1931