

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 125

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 125

LAURI HORMIA

TODISTAMIS-
KIELLOISTA
RIKOS-
PROSESSISSA I

Oikeudellinen tutkimus

BEWEISVERBOTE IM STRAFPROZESS I

Zusammenfassung

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

TODISTAMIS- KIELLOISTA RIKOS- PROSESSISSA I

Oikeudellinen tutkimus

KIRJOITTANUT

LAURI HORMIA

OIKEUSTIETEEN LISENSIAATTI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III torstaina toukokuun 18 päivänä 1978 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vuonna 1978 julkaistun väitöskirjan näköispainos.
Kirjan uusi sarjanumero on A125PoD.

ISBN 978-951-855-350-5

ISBN 978-951-855-592-9 (pdf)

Hansaprint Oy, Vantaa 2015

Alkulause

Niiden tutkimusten suorittamiseen, joiden tuloksena käsillä oleva kirja ilmestyy, olen saanut aiheen professori *Tauno Ellilältä*. Ennen kuin *Tauno Ellilä*, rikosprosessioikeutemme erinomainen tuntija, talvella 1975 liian varhain sulki iäksi silmänsä, hän ehti aina perustelluilla näkökohdillaan ja huomautuksillaan antaa minulle hyödyllisiä virikkeitä teoksen — ei vain väitöskirjana ilmestyvän ensiosan vaan myös sitä seuraavan jatko-osan — keskeisten prosessiteoreettisten, oikeuspoliittisten ja tutkimusellisten kannanottojen kiteytymiseen. —

Kaikille, jotka ovat minua työssäni auttaneet, lausun vilpittömän kiitoksen. Erityisesti haluan mainita, että professori *Jouko Halila* on seurannut työni edistymistä perustutkimusvaiheesta alkaen. Häneltä saamani ohjaus on koitunut tutkimukselleni hyödyksi sen kaikilla tasoilla. Niin ikään kiitän oikeustieteen tohtori *Jyrki Virolaista*, joka on lukenut teokseni käsikirjoituksen. Keskusrikospoliisin apulaispäälikkö *Matti Tenhunen* on aikaansa uhraten valaissut minulle rikostutkinnan problematiikkaa ja poliisin kriminaalitaktiikkaa sekä hyväntahtoisesti luovuttanut käyttöni tutkimukselle tärkeää aineistoa. Oikeustieteen lisensiaatti *Martti Majasen* kanssa olen saanut tilaisuuden vaihtaa ajatuksia eräistä käsittelemistäni rikosoikeudellisista kysymyksistä, jolloin olen saanut arvokkaita neuvoja.

Valtion yhteiskuntatieteellinen toimikunta ja *Suomen Kulttuurirahasto* ovat myöntämillään apurahoilla tukeneet työtäni, minkä johdosta esitän kunnioittavat kiitokseni. Helsingin yliopistoa ja Suomen Akatemiaa kiitän niistä eduista, joista olen saanut nauttia assistenttina toimiessani.

Savonlinnassa huhtikuun 14 päivänä 1978.

Tekijä

SISÄLLYSLUETTELO

Alkulause	V
Sisällysluettelo	VII
Lähdekirjallisuus	X
Lyhenteitä	XXXIX

I LUKU

ESIKYSYMYKSIÄ

1. Tutkimustehtävä. Johdatus problematiikkaan	1
a) Valmistava probleemin asettelu	1
b) Kehityshistoriallisia ja oikeusteoreettisia taustaseikkoja	10
c) Nykyinen oikeustila	16
d) Tutkimusaspektia koskevia huomautuksia	22
e) Tutkimuskohteen rajaaminen	24
f) Kokoavia näkökohtia	48
2. Lähikäsitteitä	50
a) Todistelunesteet — prosessinesteet	50
b) Todistajaksi kelpaamattomuus	52
3. Terminologisia seikkoja	64

II LUKU

TODISTAMISKIELTOJEN SYSTEMATISOINNISTA

a) Yleistä	74
b) Todistamiskielto todistusoikeuden järjestelmässä	75
c) Todistamiskieltojen jäsentely	88
d) Yhteenvedoa ja johtopäätöksiä	100

III LUKU

TODISTAMISKIELTOJEN OIKEUSPERUSTEET

1. Rikosprosessilain avulla suojattu oikeushyvä todistamiskieltoja luovana perusteena	105
a) Yleistä. Oikeusvertailevia huomautuksia	105
b) Rikosprosessilain ilmaisemat todistamiskieltoja synnyttävät oikeushyvätyypit	112
ba) Todistelun luotettavuuden edistäminen	112
bb) Todistelun välittömyys	119
bc) Prosessitalouden periaate	129
bd) Valtion etu; virkaedut	139
be) Ammattisalaisuudet; kansantaloudelliset intressit	145
bf) Perhesiteiden huomioon ottaminen	163
bg) Nemo tenetur se ipsum accusare	172
bh) Persoonallisuuden oikeussuoja	183
2. Oikeasuhtaisuusperiaate	195
3. Todistamiskielto perustuslain valossa	208
4. Kokoavia huomautuksia	220

IV LUKU

TODISTAMISKIELTOJEN ADRESSAATIT

a) Rikosoikeudenhoidon organit	226
b) Asiantuntija	228
c) Myös yksityishenkilöt normiadressaatteja?	230
d) Täydentäviä näkökohtia	250

V LUKU

KIELLONVASTAISESTI HANKITTUJEN ESITUTKINTATODISTEIDEN HYÖDYNTÄMISKELPOISUUS

1. Esitutkintaviranomaisen kiellonvastaisesti hankkimat todisteet	255
a) Johdanto	255
aa) Todisteiden hyödyntämiskielto: sisältö ja prosessuaalinen tehtävä	255

Sisällysluettelo

IX

ab) Hyödyntämisiongelman ratkaisuperusteet	264
ac) Etäisvaikutuksen probleemi	292
b) Eri kiellonvastaisuustilanteet	301
ba) Kielletyillä kuulustelumetodeilla hankitut todisteet	301
baa) Tahdontoiminnan vapautta vaarantavat kuulustelumetodit	301
bab) Puhelinkuuntelu; elektroniset havainnointilaitteet	324
bb) Kiellonvastaisen takavarikon ja etsinnän avulla saadut todisteet	336
bba) Takavarikko ja paikkaan kohdistuva etsintä	336
bbb) Henkilöön kohdistuva etsintä	358
 2. Yksityishenkilöiden oikeudenvastainen todistei-	
den hankinta	372
a) Virhetilanteiden erottelua	372
b) Salainen ääninauhoitus	380
c) Henkilökohtainen päiväkirja	394
Zusammenfassung	404
Asiahakemisto	419

LÄHDEKIRJALLISUUS

- Aalto, Jorma S.*: Asianosaisen käyttäytymisestä todisteena. LM 1967 s. 731 ss.
- » — Näkökohtia lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan anonymiteettisuoja. Juhlajulkaisu Y. J. Hakulisen 70-vuotispäivänä 21. 1. 1972. Helsinki 1972. (Lehtimiehen anonymiteetti)
- » — Rikosprosessilain asiallisesta sovellutusala. Vammala 1965.
- » — Rikostuomion vaikutuksista siviiliprosessissa. Vammala 1968. (Aalto)
- » — Syytetyn totuusvelvollisuuden kehityksestä. LM 1967 s. 8 ss.
- Aarnio, Aulis*: Analyysistä, käyttäytymisen selittämisestä ja vähän muustakin. LM 1970 s. 566 ss.
- » — Juridisen tutkimuksen näköaloja. JFT 1969 s. 371 ss.
- » — Justifiointi ja selittäminen. LM 1974 s. 305 ss.
- » — Oikeudellisen ajattelun perusteista. Vammala 1971.
- » — Sananen »lakipositivismista». LM 1970 s. 276 ss.
- » — Suomalaisen oikeusteorian kehityspiirteitä. LM 1973 s. 339 ss.
- » — Ulosmittauksen kohteesta. LM 1971 s. 299 ss.
- Aarnio, Aulis — Heinonen, Olavi — Tuori, Kaarlo*: Suomen oikeus 1. Helsinki 1975.
- Afzelius, Ivar*: Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål. Ny upplaga. Stockholm 1886. (Rättegångsförfarandet)
- Agge, Ivar*: De mänskliga rättigheterna, straffprocessen och frihetsberövandet. NKÅ 1954 s. 61 ss.
- » — Något om processföremålet och dess bestämmande enligt svensk straffprocessrätt. Festskrift för Otto Hjalmar Granfelt. Helsingfors 1934. S. 18 ss.
- » — Straffprocessrätt II. Anteckningar efter föreläsningar av docent Ivar Agge (monistettu laitos); II. Uppsala 1936.
- Ahtee, Aaro*: Lääkärin vaitiolovelvollisuus oikeudenkäynnin ulkopuolella. LM 1949 s. 678 ss.
- Alanen, Aatos*: Liike- ja ammattisalaisuudesta. LM 1941 s. 169 ss.
- » — Oikeuden universaalisuudesta. Juhlajulkaisu Ilmari Caseliuksen ja Aarne Rekolan 70-vuotispäivänä 20. 4. 1963. Porvoo 1963. S. 17 ss.
- » — Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus. Toinen uusittu painos. Porvoo—Helsinki 1965. (Yleinen oikeustiede)
- Alanko, Sakari*: Rikostutkimus I. Helsinki 1941.
- Alha, Antti*: Om den rättsmedicinska undersökningen av berusningstillståndet i Finland. NKrT 1959 s. 7 ss.

- Alkio, Paavo*: Arvostelu teoksesta Tauno Tirkkonen: Uusi todistuslainsäädäntö. LM 1949 s. 557 ss.
- » — Todistajan luotettavuuden toteamisesta. LM 1964 s. 1027 ss.
- Allen, Francis A.*: The Exclusionary Rule in the American law of Search and Seizure. Teoksessa: Sowle, Police power and individual freedom. S. 77 ss.
- » — The Supreme Court, Federalism and State Systems of Criminal Justice, 8 (1) U. Chi. L. S. Record 3 (1958).
- Almquist, Jan Eric*: Den svenska processrättens historia. 2. uppl. Stockholm 1946.
- » — Svensk rättshistoria I. Processrättens historia. Efter föreläsningar. Andra upplagan. Stockholm 1962.
- Alsberg, Max — Nüse, Karl-Heinz*: Der Beweisantrag im Strafprozess. Vierte unveränderte Auflage. Mülheim 1969. (Alsberg — Nüse)
- Andenaes, Johs.*: Beweisverbote im Strafprozess nordischer Länder. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verh. des 46. DJT, Bd. I, 3 A. S. 3 ss. (Andenaes)
- » — Förhör med misstänkta, tilltalade och vittnen i brottmål. NKÅ 1962 s. 169 ss.
- » — Redaktører, journalister og vitneplikt. Lov og Rett 1973 s. 337 s.
- » — Straffeprosessen i første instans. Oslo 1962. (Straffeprosessen)
- Andersen, Kristen*: Rettsvitenskap og metode. Lov og Rett 1972 s. 435 ss.
- Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio iuridica. Tomus X. Colloquium internationale processus civilis. Budapest 1969. (Annales)*
- Antikainen, Tuure*: Rikoksenteijöittemme asenteista, kriminaalipolitiikastamme sekä rikoksenteijän tunnustuksesta ja sen tavoittelusta esitutkinnassa. SPL 1976 s. 10 ss.
- Antognazza, Giampiero*: Beschlagnahme und Hausdurchsuchung. SchwZStr 1977 s. 64 ss.
- Anttila, Inkeri*: Legal protection of professional secrets. Suomalaisen tiedeakatemian toimituksia B 69:12. Helsinki 1951.
- » — Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta Suomen oikeuden mukaan. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia Bruno A. Salmialalle II. Vammala 1950. S. 21 ss.
- » — Oikeus yksityiselämään? LM 1972 s. 505 ss.
- Anttila, Inkeri — Heinonen, Olavi*: Rikos ja seuraamus. Rikosoikeuden perusteet. Helsinki 1971.
- Apala-Arlander, Terttu*: Yleislausekkeista. Oikeussäännösten muotoamiseen ja soveltamiseen liittyviä kysymyksiä. Vammala 1972.
- Arndt, Adolf*: Urteilsanmerkungen. NJW 1961 s. 1734 ss.
- Augdahl, Per*: Norsk civilprocess. Tredje utgave. Trondheim 1961.
- Autere, Tenho*: Takavarikosta ja etsinnästä rikosasioissa uuden lain valossa. SPL 1959 s. 250 ss.
- Backman, Eero*: Oikeudellisen ratkaisun loogisista perusteista. LM 1970 s. 1037 ss.
- Bader, Helmut*: Der Schutz der privaten Sphäre gegen elektronische Abhörgeräte nach der gegenwärtigen Rechtslage in der USA. JBl 1972 s. 188 ss.
- Baker, R. W.*: The Hearsay Rule. London 1950.

- Baumann, Jürgen*: Die Narkoanalyse. Dissertation. Münster 1950.
- » — Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage. GA 1959 s. 33 ss.
- Beckman, Nils — Holmberg, Carl — Hult, Bengt — Strahl, Ivar*: Brottsbalken jämte förklaringar. Band I. Stockholm 1965.
- Beling, Ernst*: Deutsches Reichsstrafprozessrecht. Berlin und Leipzig 1928.
- » — Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46. Breslau 1903. (Beling)
- » — Rechtsprechung des RMG vom 1. 10. 1900 bis 6. 10. 1902. ZStW Bd. 24, s. 245 ss.
- » — Revision wegen »Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren« im Strafprozess. Ein Beitrag zur Systematik der Urteilsängel. SA. aus der Festschrift für Binding, 1911.
- Bennecke, Hans — Beling, Ernst*: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. 2. Aufl. Breslau 1900. (Lehrbuch)
- Bertel, Christian*: Die Ablehnung von Beweisanträgen im Strafverfahren. ÖJZ 1972 s. 592 ss.
- » — Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts. Wien 1975. (Grundriss)
- Bettermann, Karl August*: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses. JBl 1972 s. 57 ss.
- Binder, Julius*: Philosophie des Rechts. Berlin 1925.
- Binding, Karl*: Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts. 5. Aufl. Leipzig 1904.
- Birkmeyer, Karl*: Deutsches Strafprozessrecht. Berlin 1898.
- Blass, Heinz*: Ältere und neuere Problem der Pflicht zur Wahrung des »Berufsgeheimnisses«. SchwJZ 1966 s. 337 ss.
- Blass, Walter*: Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte. Dissertation. Aarau 1944. (Berufsgeheimhaltungspflicht)
- Blau, Günter*: Schweigerecht und Schweigepflicht der Fachpsychologen. NJW 1973 s. 2234 ss.
- Blomqvist, O.*: Läkärin salassapitovelvollisuudesta. Oikeuslääketiede (1970) s. 39 ss.
- Blumenwitz, Dieter*: Einführung in das anglo-amerikanische Recht. 2., Neubearb. Aufl. München 1976.
- Bohne, Gotthold*: Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung. Köln 1948. (Überzeugungsbildung)
- Bolding, Per Olof*: Bevisvärdering och domskäl. JFT 1966 s. 63 ss.
- » — Bevisbördan och den juridiska tekniken. Diss. Uppsala 1951. (Bevisbördan)
- » — Domstolens bevisvärdering. Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång s. 226 ss.
- » — Juridik och samhällsdebatt. Uppsala 1968.
- » — Psykologutlåtandets inflytande på domen. Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång s. 273 ss.
- » — Sannolikhet och bevisvärdering i brottmål. SvJT 1953 s. 305 ss.
- Bomgren, Gunnar*: Advokats tystnads- och vittnesplikt. TSA 1937 s. 221 ss.
- Bosch, Friedrich Wilhelm*: Grundsatzfragen des Beweisrechts. Bielefeld 1963. (Grundsatzfragen)

- Bouzat, Pierre*: La loyauté dans la recherche des preuves. Teoksessa: Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. L. Hugueney. Paris 1964. S. 155 ss.
- Bouzat, Pierre — Pinatel, Jean*: Traité de droit pénal et de criminologie. Tome II. Procédure pénal. Paris 1963.
- Bratholm, Anders*: Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte. Tfr 1959 s. 109 ss. (Bratholm)
- » — En snarvei til sannheten? Bruk av løgndetektor i strafferettspleien. TKrV 1965 s. 1 ss.
- » — Politiet og personlighetsvernet. Lov og Rett 1968 s. 289 ss.
- » — The Exclusionary Rule Regarding illegally Seized Evidence. Teoksessa: Sowle, Police power and individual freedom. S. 122 ss.
- » — The right to lie. Festschrift til Frede Castberg (1963) s. 531 ss.
- Bringewat, Peter*: Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeprivileg des Verteidigers. NJW 1974 s. 1740 ss.
- Broms, Bengt*: Valtiovalta ja lehdistön painovapaus. Juhlajulkaisu Kaarlo Kaira — U. J. Castrén, Vammala 1961, s. 28 ss.
- Broomé, G.*: Bidrag till besvarande af frågan: Hvad bör ett vittne få förtiga? NJA II 1877 s. 1 ss.
- Brotherus, K. R.*: Suomen valtiollisen järjestyksmuodon kehitys. Neljäs, tarkistettu painos. Porvoo 1968.
- Brusiin, Otto*: Oikeusvertailusta. LM 1954 s. 434 ss.
- » — Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938. (Tuomarin harkinta)
- » — Über die Objektivität der Rechtsprechung. Helsinki 1949. (Objektivität)
- Busch, Richard*: Zum Zeugnis- und Untersuchungsverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten. Teoksessa: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Göttingen 1961. S. 569 ss.
- Bökelmann, E.*: Zivilprozessrecht: Rechtsprechung. JR 1971 s. 67 s.
- Bølviken, Lilly*: Avhøring av barn i straffesaker. Lov og Rett 1966 s. 193 ss.
- Campbell-Westlind, G.*: Due process of law. SvJT 1969 s. 718 ss.
- Castberg, Frede*: Den europeiske konvensjon om menneskerettighetene. Oslo 1971.
- Castrén, Erik*: Diplomaattisuhteita koskevaan Wienin v:n 1961 yleissopimukseen sisältyvät uutuudet. LM 1962 s. 335 ss.
- » — Eräitä »tuomarinohjeisiin» liittyviä mietteitä. Juhlajulkaisu Tauno Tirkkonen 2. 8. 1968. Vammala 1968. S. 44 ss.
- » — Suomen kansainvälinen oikeus. Porvoo 1959.
- Castrén, Martti*: Liikesalaisuuden oikeussuojasta yhteistoimintasuhteissa ja niiden jälkeen. Vammala 1973.
- » — Piirteitä pankkisalaisuudesta. DL 1971 s. 106 ss.
- Coing, Helmut*: Den europeiska rättsvetenskapens ursprungliga enhetlighet. Tfr 1968 s. 205 ss.
- » — Zulässigkeit und Grenzen der Verwendung von Tonbandaufnahmen im Rechtsstaat. Arbeitstagung-Bericht. Mannheimer Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten 16/17 XI 1956. (Tonbandaufnahme)
- Cowen, Zelman — Carter, P. B.*: Essays on the Law of Evidence. Oxford 1956.

- Cramer, Peter*: Das Zeugnisverweigerungsrecht von Presse und Rundfunk. Tübingen 1968.
- Cross, Rupert*: Evidence. Third Edition. London 1967. (Cross)
- Cross, Rupert — Wilkins, Nancy*: An Outline of the Law of Evidence. Second Edition. London 1968.
- Dahlgren, Ulf*: Husrannsakan. TSA 1974 s. 61 ss.
- Dallinger, Wilhelm*: Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen. MDR 1956 s. 143 ss.
- » — Zur Vereinheitlichung des Strafverfahrens. Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ) 1950 s. 732 ss.
- Danielius, Hans*: Mänskliga rättigheter. Lund. 1975.
- » — Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. TfR 1967 s. 201 ss.
- David, René*: Les grands systèmes de droit contemporains. Troisième édition. Paris 1969.
- Del Vecchio, Giorgio*: Rättsordningens allmänmänsklighet. TfR 1962 s. 97 ss.
- Dencker, Friedrich*: Belehrung des Angeklagten über sein Schweigerecht und Vernehmung zur Person. MDR 1975 s. 359 ss.
- » — Verwertungsverbote im Strafprozess. Limburg/Lahn 1977. (Dencker)
- Deutscher Juristentag*. Verhandlungen des sechsundvierzigsten deutschen Juristentages. Essen 1966. Herausgegeben von der ständigen Deputation des deutschen Juristentages. Band II (Sitzungsberichte) Teil F. München und Berlin 1967. (Juristentag)
- Dillén, Nils*: Föreläsningar i straffprocessrätt enligt den nya rättegångsbalken. Falun 1947.
- Ditzen, Wilhelm*: Dreierlei Beweis im Strafverfahren. Leipzig 1926.
- » — Über Zeugenbeweisanträge im Strafverfahren. ZStW 1890 s. 111 ss.
- Donnedieu de Vabres, H.*: Traité de droit criminel et de législation pénale comparée. Paris 1947.
- Dünnebier, Hanns*: Zur Tagebuchsentscheidung des Bundesgerichtshofs. MDR 1964 s. 965 ss.
- Düwel, Peter*: Amtsgeheimnis. Berlin 1965.
- Dzendzalowski, Horst*: Die körperliche Untersuchung. Eine strafprozessual — kriminalistische Untersuchung zu den §§ 81 a und 81 c StPO. Lübeck 1971.
- Döhring, Erich*: Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess. Beweiserhebung und Beweiswürdigung. Berlin 1964. (Döhring)
- Edström, Nils*: Psykologen hos försvararen. Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång s. 97 ss.
- Ekelöf, Per Olof*: Free evaluation of evidence. Scandinavian studies in law (8) s. 45 ss.
- » — Kompendium över civilprocessen II. Uppsala 1948. (Kompendium II)
- » — Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Några problem inom den allmänna processrättsläran. Stockholm 1956. (Grundbegrepp)
- » — Rättegång. Första häftet, fjärde, omarbetade upplagan. Stockholm 1974. Andra häftet, fjärde, omarbetade upplagan. Stockholm 1974. Tredje häftet, tredje, omarbetade upplagan. Stockholm 1972. Fjärde häftet, fjärde,

- omarbetade upplagan. Stockholm 1977. Femte häftet, fjärde, omarbetade upplagan. Stockholm 1975. (Ekelöf I—V)
- » — Samhällsåskådning och civilprocess. SvJT 1941 s. 106 ss.
- » — Semantik och juridik. SvJT 1966 s. 497 ss.
- Ellilä, Reino*: Arvostelu teoksesta Pekka Koskinen: Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä erityisesti silmällä pitäen ideaali- ja reaalikonkurenssin erottelua. LM 1973 s. 520 ss.
- » — Kansainvälinen kriminalistikonferenssi Brysselissä 3—15.12.1951. LM 1952 s. 739 ss.
- » — Liikenne-rikosten tutkintaopin perusteet. Vammala 1960. (R. Ellilä)
- » — Uusittu liikenne-rikosoikeus. Toinen, uusittu painos. Porvoo 1974. (Liikenne-rikosoikeus)
- Ellilä, Tauno*: Arvostelu teoksesta Jorma S. Aalto: Rikostuomion vaikutuksista siviiliprosessissa. LM 1968 s. 806 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Tauno Tirkkonen: Suomen rikosprosessioikeus I. LM 1948 s. 486 ss.
- » — Asianosaisen kuulustelu totuusvakuutuksen nojalla ja rangaistussanktion uhalla. LM 1948 s. 612 ss.
- » — Brauchbarkeit und Bedeutung des Zeugenverhörs im Strafprozess der Gegenwart. Sitzungsberichte der finnischen Akademie der Wissenschaften 1964. Helsinki 1966. S. 203 ss. (Zeugenverhör)
- » — Esitutkintalainsäädännön uudistamisen tarpeellisuus. LM 1967 s. 810 ss.
- » — Esitutkinta rikosasioissa. Suomen Lakimiesliiton kahdeksansien lakimiespäivien pöytäkirja. 1956. S. 7 ss.
- » — Hovioikeusmenettely ja oikeudenkäynnin uudistus. Vammala 1971. (Hovioikeusmenettely)
- » — Liike-elämä ja uusi todistusoikeus. KHT-yhdistyksen vuosikirja 1949 s. 10 ss.
- » — Norjan ulosotto-oikeuden vertailevaa tarkastelua. LM 1945 s. 46 ss.
- » — Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano. Prosessioikeutta oikeustapausten valossa. Kolmas, uusittu painos. Porvoo 1976.
- » — Oikeudenkäyntivalheen rankaisemisesta. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia Brynolf Honkasalolle 1.4.1949. S. 41 ss. (Oikeudenkäyntivalhe)
- » — Puolueettomuus- eli objektiviteettiperiaate rikosasiain esitutkinnassa. LM 1970 s. 640 ss.
- » — Rikosasioiden esitutkinnan oikeudellisista perusteista nykyaikaisessa oikeusvaltiossa. SPL 1972 s. 33 ss.
- » — Rikosoikeus ja rikosprosessioikeus. LM 1970 s. 498 ss.
- » — Rättspolitiska kardinalfrågor inom processrätten. SvJT 1952 s. 800 ss.
- » — Sivullisen oikeussuojan takeista ulosotossa erityisesti silmälläpitäen ulosmittausmenettelyä. Vammala 1947. (Sivullissuoja)
- » — Todistelusta rikosasioissa. SPL 1949 s. 171 ss. ja 205 ss.
- » — Ulosotto-oikeuden yleiset opit. Toinen, uusittu painos. Porvoo 1970.
- » — Uusi rikosprosessioikeudellinen väitöskirja. LM 1966 s. 206 ss.
- » — Valheenpaljastuskojeista ja -menetelmistä. SPL 1961 s. 43 ss.

- » — Über die letzten Teilreformen des Strafprozesses in Finland. SchwZStr 1950 s. 437 ss.
- Elwin, Göran*: Om menedsansvar och vittnets rätt att vägra yttra sig. TSA 1976 s. 194 ss.
- Elwin, Göran — Heckscher, Sten — Nelson, Alvar*: Den första stenen. Studiebok i kriminalpolitik. Andra reviderade upplagan. Malmö 1972.
- Elwing, Carl M.*: Bevisning genom vittnen och sakkunniga. Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång s. 149 ss.
- » — Rättegångsbalken och den nya lagen om ordningsbot. Stockholm 1967.
- Engisch, Karl*: Einführung in das juristische Denken. 4. Auflage. Stuttgart 1968.
- Engströmer, Thore*: Vittnesbeviset. Reglerna för dess värdering i svensk ordinär process. Uppsala 1911.
- Eriksson, Lars D.*: Rättslig argumentering och den dialektiska logiken. JFT 1966 s. 445 ss.
- » — Samhällstillvänd juridik. JFT 1968 s. 565 ss.
- » — Värderingar, fakta och juridik. JFT 1969 s. 414 ss.
- Esser, Josef*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. 2. Aufl. Tübingen 1964.
- Evers, Hans-Ulrich*: Strafprozessrecht: Entscheidungen. JZ 1965 s. 67 ss.
- » — Verletzung des Postgeheimnisses (Art. 10 GG) und Beweisverwertungsverbot im Strafprozess. JZ 1965 s. 661 ss.
- Exner, Franz*: Strafverfahrensrecht. Berlin und Heidelberg 1947.
- Fahlander, Nils*: Kriminaltaktik och kriminalteknik. Brottets beivrande s. 44 ss.
- Fasching, Hans W.*: Moderne Probleme des Beweisrechts. ÖJZ 1966 s. 432 s.
- Federley, Martti*: Laintulkinnasta deskriptiivisenä tulkintaoppina. LM 1965 s. 296 ss.
- Fellenius, Waldemar*: Moderna experimentella hjälpmedel för utredning av brott. Brottets beivrande s. 318 ss.
- Flodhammar, Gunnar*: Om revisorers tystnadsplikt. SvJT 1973 s. 830 ss.
- Foighel, Isi*: Bevisvärdering. Juristen 1965 s. 267 ss.
- Foregger, Edmond*: Arvostelu teoksesta Aleksić L. Zivojic: Persönliche Beweismittel im Strafverfahren. ÖJZ 1972 s. 112.
- Foregger, Edmond — Serini, Eugen*: Strafprozessordnung. Wien 1976.
- Forsman, Jaakko*: Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver de särskilda brotten enligt strafflagen af den 19 december 1889. Första afdelningen. Brotten mot individens rättsgebit. Femte upplagan. Utgiven av Brynolf Honkasalo. Helsingfors 1946.
- » — Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror. Andra upplagan. Helsingfors 1900. (Straffrättens allmänna läror)
- Foth, Heinrich*: Zur Schweigepflicht der freien Sozialdienste im Strafprozess. JR 1976 s. 7 ss.
- Frey, Alexander*: Skiljemannainstitutet enligt finsk civilprocessrätt. Ak. avh. Helsingfors 1911.
- Frey, Erwin R.*: Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts. Teoksessa:

- Strafprozess und Rechtsstaat. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. H. F. Pfenninger. Zürich 1956. S. 41 ss.
- Frisch, Wolfgang*: Zum Wesen des Grundsatzes »in dubio pro reo«. Teoksessa: Festschrift für Heinrich Henkel. Berlin 1974. S. 273 ss.
- Geerds, Friedrich*: Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis? Teoksessa: Festschrift für Ulrich Stock. Würzburg 1966. S. 171 ss.
- Gerland, Heinrich*: Der deutsche Strafprozess. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
- Germann, O. A.*: Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht. Teoksessa: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht. Zürich 1948. S. 257 ss.
- Getz, Bernhard*: Om bevisførelsens begrensning i straffesaker. Juridiske Afhandlingar. Kristiania 1903. S. 298 ss.
- Giesker, H.*: Das Recht des privaten an der eigenen Geheimsphäre. Diss. Zürich 1904.
- Glaser, Julius*: Beiträge zur Lehre vom Beweise im Strafprozess. Leipzig 1883. (Beweis)
- » — Handbuch des Strafprozesses. Bd. I. Leipzig 1883.
- Goldschmidt, James*: Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin 1925.
- Gomard, Bernhard*: Båndoptagelser i retsplejen. Juristen 1968 s. 253 ss.
- » — Studier i den danske straffeprocess. København 1976. (Studier)
- Gomard, Bernhard* — *Hansen, Viktor* — *Hurwitz, Stephan*: Kommenteret Retsplejelov. I—II. 2. udgave. Odense 1968.
- Gorphe, Francois*: L'appréciation des preuves en justice. Paris 1947.
- Granfelt, O. Hj.*: Adhensionsprincipen. — Valda juridiska uppsatser s. 37 ss. Helsingfors 1944.
- » — Arvostelu teoksesta Bo Palmgren: Målsägandens åtalsrätt. JFT 1939 s. 566 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Tauno Tirkkonen: Uusi todistuslainsäädäntö. JFT 1949 s. 176 ss.
- » — Bör vittne, som jämlikt SL XVII:3 äger rätt att förtiga omständighet, vilken kan ådraga honom åtal, härom uppmärksamgöras av domstolens ordförande, och om sådant anses böra ske men underlåtes, innefattar detta rättegångsfel konstituerande domvilla enligt RB XXV:21? JFT 1943 s. 79 ss.
- » — Den materiella processledningen. Helsingfors 1911. (Processledning).
- » — Ehdotus oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi v. 1923. Helsinki 1925.
- » — Ilm.: Festschrift tillägnad presidenten jur. utr. dr K. J. Ståhlberg vid fyllda 80 år den 28 jan. 1945. SvJT 1945 s. 633 s.
- » — Jura novit curia. — Valda juridiska uppsatser s. 59 ss. Helsingfors 1944.
- » — Sammandrag av föreläsningar i straffprocessrätt. Andra upplagan. Helsingfors 1915. (Sammandrag)
- » — Sammandrag av föreläsningarna över Finlands civilprocessrätt. Tredje upplagan. Helsingfors 1919. (Civilprocessrätt)
- » — Straffprocessrätt. Föreläsningar I. Helsingfors 1908. (Föreläsningar)
- » — Till frågan om tysthetsplikten. Juridiska meddelanden 1903:21 s. 178 ss.

- Grassberger, Roland*: Psychologie des Strafverfahrens. Zweite, verbesserte Auflage. Wien 1968. (Psychologie)
- Gross, Rolf*: Neuregelung des journalistischen Zeugnisverweigerungsrechts. NJW 1975 s. 1763 ss.
- Grottenfelt, Julius*: Kommentar till strafflagen. Allmänna deln. Helsingfors 1913.
- Grünwald, Gerald*: Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafprozess. JZ 1966 s. 489 ss. (Grünwald)
- Grönqvist, Henrik*: Om muntlighet i hovrätt. JFT 1975 s. 196 ss.
- Gulson, J. R.*: The Philosophy of Proof. Second edition. London 1923.
- Guradze, Heinz*: Die Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar. München 1968. (Menschenrechtskonvention)
- » — Schweigerecht und Unschuldsvermutung im englisch-amerikanischen und bundesdeutschen Strafprozess. Teoksessa: Festschrift für Karl Loewenstein. Tübingen 1971. S. 151 ss. (Unschuldsvermutung)
- Gyllström, Katy*: Om förundersökning i brottmål enligt fransk rätt. JFT 1964 s. 530 ss.
- Gärde, N. — Engströmer, Thore — Strandberg, Tore — Söderlund, Erik*: Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande. Med kommentar. Stockholm 1949. (Gärde)
- Göppinger, Hans*: Die Entbindung von der Schweigepflicht und die Herausgabe oder Beschlagnahme von Krankenblättern. NJW 1958 s. 241 ss.
- Habscheid, Walther J.*: Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht. Teoksessa: Gedächtnisschrift für Hans Peters. Berlin 1967. S. 840 ss. (Persönlichkeitsrecht)
- Haffke, Bernhard*: Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot. GA 1973 s. 65 ss.
- Hagerup, Francis*: Den norske Straffeproses I. 2. utg. Kristiania 1904.
- Hakkila, Esko*: Suomen tasavallan perustuslait. Porvoo 1939.
- Hakulinen, Y. J.*: Rikosprosessin johtavat periaatteet. LM 1971 s. 657 ss.
- Halila, Jouko*: Arvostelu teoksesta Holger Wiklund: God advokatsed. LM 1974 s. 76 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Stein — Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 19. Auflage. LM 1968 s. 118 s.
- » — Eräitä näkökohtia todistajan valasta. LM 1953 s. 699 ss.
- » — In dubio pro reo-sääntö rikosprosessioikeudessa. Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900. 3/9. 1975. Vammala 1975. S. 288 ss. (In dubio pro reo)
- » — Kantelusta tuomiovirheen perusteella. LM 1964 s. 1 ss.
- » — Kuluva vuosi — prosessioikeudellisen tutkimuksen merkivuosi. LM 1968 s. 763 ss.
- » — Prosessioikeuden asemasta yliopisto-opetuksessa. LM 1971 s. 153 ss.
- » — Saako todistajana kuultu henkilö esiintyä samassa jutussa oikeudenkäyntiasiamiehenä? JFT 1954 s. 251 ss.
- » — Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo—Helsinki 1955.

- » — Tunnustamisesta. Siviiliprosessuaalinen tutkimus. Vammala 1950. (Halla)
- Hallituksen esitys* Eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta. Luonnos 10. 6. 1939.
- » — Eduskunnalle laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtionvaroista annetun lain, maakaaren 1 luvun, ulosottolain 3 luvun sekä rikoslain 17 luvun muuttamisesta. 1945 vuoden valtiopäivät N:o 137.
- » — Eduskunnalle laiksi takavarikosta ja etsinnästä rikosasioissa. 1958 vuoden valtiopäivät N:o 2.
- » — Eduskunnalle taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen hyväksymisestä ja kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen sekä siihen liittyvän valinnaisen pöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä ja viimeksimainitun yleissopimuksen 41 artiklassa tarkoitetun selityksen antamisesta. 1974 vuoden valtiopäivät n:o 42.
- Harkjerr, Reidar*: Litt om »ulovlige» bevis. Lov og Rett 1962 s. 137 ss.
- Hart, H. L. A.*: The Concept of Law. Oxford 1970.
- Hasler, J.*: Entscheidungen: Mitgeteilt von J. H. SchwJZ 1975 s. 62.
- Hass, Gerhard*: Die Grenzen des anwaltlichen Zeugnisverweigerungsrechts gemäss § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO. NJW 1972 s. 1081 ss.
- Hassler, Åke*: Bevisrätten och de extraordinära rättsmedlen. Kompendium. Andra upplagan. Stockholm 1949. (Bevisrätten)
- » — Föreläsningar över den svenska kriminalprocessen. I. Förberedande undersökning och tvångsmedel. Lund 1930.
- » — Några ord om processförutsättningar. Festskrift tillägnad Nils Herlitz (1955) s. 129 ss.
- Hauser, Robert*: Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses. Zürich 1974. (Hauser)
- » — Probleme und Tendenzen im Strafprozess. SchwZStr 1972 s. 113 ss.
- Havansi, Erkki*: Takavarikko ja hukkaamiskielto ulosottolain 7 luvun mukaan. Ensimmäinen osa. Vammala 1975.
- Hayakawa, S. I.*: Ajattelun ja toiminnan kieli. Suomens. Keuruu 1966.
- Hedenius, Ingemar*: Om rätt och moral. Stockholm 1963.
- Heinitz, Ernst*: Die Verwertung von Tagebüchern als Beweismittel im Strafprozess. JR 1964 s. 441 ss.
- Hellwig, Albert*: Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen. 4. Aufl. Stuttgart 1951.
- Hellwig, Konrad*: Prozesshandlung und Rechtsgeschäft. Teoksessa: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke. II. Breslau 1910. S. 41 ss.
- Helminen, Klaus*: Oikeudesta vaieta kuulustelussa. PM 1966 s. 818 ss.
- » — Pakkokeinot prosessissa. Takavarikko. (Moniste). Lakimiesliiton Koulutuskeskus 14. 10. 1976.
- Hemmer, Ragnar*: Suomen oikeushistorian oppikirja. I. Kolmas, muuttamaton painos. Porvoo 1968.
- Henckel, Wolfram*: Prozessrecht und materielles Recht. Göttingen 1970.

- Henkel, Heinrich*: Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion. Gutachten für den 42. DJT. Verhandlungen des 42. DJT. Tübingen 1957. S. 63 ss.
- » — Die Zulässigkeit und die Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen bei der Wahrheitserforschung im Strafverfahren. JZ 1957 s. 148 ss.
- » — Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. Stuttgart 1968.
- Herlitz, Nils*: De mänskliga rättigheterna, straffprocessen och frihetsberövandet. NKA 1954 s. 85 ss.
- » — Rechte und Sprachen. Festschrift til Frede Castberg (1963) s. 94 ss.
- Hermes, Willy*: Der § 136 a Strafprozessordnung unter besonderer Berücksichtigung des darin enthaltenen Verwertungsverbotes. Inaugural-Dissertation. Köln 1954.
- Herrmann, Joachim*: Arvostelu teoksesta Hinrich Rüping: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren. ZStW 1977 s. 177 ss.
- Hertzberg, L. R.*: Ett spörsmål rörande den speciella vittneshabiliteten. JFT 1959 s. 12 ss.
- » — Om rättegångsbiträdes tystnadsplikt. JFT 1963 s. 281 ss.
- Heuman, Lars*: Målsägande. Stockholm 1973.
- Heuman, Maths*: Om användningen av narkoanalys inom straffprocessen. SvJT 1955 s. 225 ss.
- » — Åklagarens uppgifter i kriminalprocessen. Brottets beivrande s. 119 ss.
- Heuman, Maths* — *Lassen, Bengt*: Brottets beivrande. Stockholm 1952.
- Heusler, A.*: Die Grundlagen des Beweisrechts. Archiv f.d. civilistische Praxis, LXII (1879) s. 209 ss.
- Hidén, Mikael*: Näkökohtia lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollista. JFT 1968 s. 459 ss.
- » — Oikeus yksityiselämään. LM 1967 s. 779 ss.
- » — Omaisuuden perustuslainsuoja — nykynäkymiä ja näkökohtia. LM 1971 s. 99 ss.
- » — Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa. Oikeustieteen vuosikirja 1971 s. 5 ss.
- Hintikka, Jaakko*: Rangaistusteorioiden uudessa valossa. Valvoja 1964 s. 101 ss.
- von Hippel, Robert*: Der deutsche Strafprozess. Lehrbuch. Marburg 1941. (Strafprozess)
- Hirschberg, Max*: Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht. Neuwied 1963.
- » — Das Fehlurteil im Strafprozess. Stuttgart 1960.
- Holmström, Alfred*: Bidrag till belysande av frågan om advokatverksamhetens etik. DL 1920 s. 235 ss.
- Holopainen, Toivo*: Oikeuden ykseydestä. LM 1966 s. 676 ss.
- Honig, Richard M.*: Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozess. Tübingen 1967. (Honig)
- Honkasalo, Brynolf*: De mänskliga rättigheterna, straffprocessen och frihetsberövandet. NKA 1954 s. 89 ss.
- » — Nimismies rikostutkijana ja virallisena syyttäjänä. Lahti 1946.

- » — Saako henkilöä, joka saattaisi olla syytettynä jutussa, mutta jota ei ole siinä vastaamaan kutsuttu, kuulla todistajana? LM 1954 s. 481 ss.
- » — Suomen rikosoikeus. Erityinen osa II—III. Hämeenlinna 1960, 1962.
- » — Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa. Toinen painos, Hämeenlinna 1965.
- » — Todistajan ja asiantuntijan oikeudesta tuntemansa tosiseikan salaamiseen syytteeseen joutumisen välttämiseksi. DL 1948 s. 231 ss.
- » — Tuomarin asema ja tehtävät uudessa rikosoikeusjärjestelmässä. LM 1961 s. 424 ss.
- » — Vahvistuskanneoikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan I. Aineelliset edellytykset. Helsinki 1928. (Vahvistuskanneoikeudesta) *Hormia, Lauri*: Aineellinen oikeus ja prosessioikeus. LM 1971 s. 157 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Max Alsberg — Karl-Heinz Nüse: Der Beweisanspruch im Strafprozess. 4. unveränderte Auflage. LM 1970 s. 308 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Josef M. Häussling: Einführung in das strafrechtliche und strafprozessuale Denken. LM 1970 s. 951 s.
- » — Arvostelu teoksesta Peter Stelter: Die Hearsay Rule und ihre Ausnahmen im englischen Strafprozess. LM 1970 s. 952 s.
- » — Diplomaattisesta immunitetista rikosasioiden esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä. Juhlajulkaisu Tauno Tirkkonen 2. 8. 1968. Vammala 1968. S. 96 ss. (Diplomaatin immunitetti)
- Hurwitz, Stephan*: Den danske strafferetspleje. 3. forkortede og reviderede udgave. København 1959. (Hurwitz)
- Hurwitz, Stephan — Gomard, Bernhard*: Tvistemål. 5. oplag. København 1968.
- Huttunen, Lassi*: Eräitä näkökohtia »totuusseerumin» käyttämisestä rikostutkimuksessa. PM 1955 s. 84 s. ja s. 117.
- Hyvönen, Veikko O.*: Omistusoikeuden ydin ja yhteiskunta. LM 1973 s. 550 ss.
- Händel, Konrad*: Tagebuchaufzeichnungen als unzulässiges Beweismittel. NJW 1964 s. 1139 ss.
- Häsemeyer, Ludwig*: Die Erzwingung richterlicher Entscheidungen, mögliche Reaktionen auf Justizverweigerungen. Teoksessa: Festschrift für Karl Michaelis. Göttingen 1972. S. 134 ss.
- Häussling, Josef M.*: Einführung in das strafrechtliche und strafprozessuale Denken. Ein neues rechtswissenschaftliches Studienprogramm. Freiburg 1969. (Häussling)
- Ikkala, Olli*: Tilintarkastuksesta. Porvoo 1958.
- Jacobsson, Ulla*: Hearsay rules i USA — Värdering av hörsägen i svensk bevisrätt. Lund 1970. (Hörsägen)
- Jauernig, Othmar*: Materielles Recht und Prozessrecht. JuS 1971 s. 329 ss.
- Jescheck, Hans-Heinrich*: Beweisverbote im Strafprozess. Rechtsvergleichendes Generalgutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verh. des 46. DJT, 1966, Bd. I, Teil 3 B. München und Berlin 1966. (Jescheck)
- Jessnitzer, Kurt*: Der gerichtliche Sachverständige. Köln 1973.
- Johansson, Folke*: Lag och etik för massmedier. Stockholm 1971.
- Jokela, Heikki*: Oikeustieteen kansallisuus ja kansainvälisyys. LM 1966 s. 509 ss.
- » — Tuomari lainsäätäjänä. LM 1971 s. 840 ss.

- » — Tuomioistuinten asema yhteiskunnassa — eilen — tänään — huomenna. Oikeus ja politiikka s. 22 ss.
- Jotuni, Olavi*: Eräistä rikosprosessuaalisista pakkokeinoista. PM 1959 s. 846 ss.; 1960 s. 7 ss., 80 ss., 169 ss., 249 ss., 361 ss., 411 ss., 454 ss. ja 821 ss.
- » — Esitutkintaa koskevista säännöksistä. PM 1956 s. 393 ss.
- » — Lähiomaiset todistajina. PM 1953 s. 408 ss.
- Journalisternas* tystnadsplikt i Norden. Nordisk Kontakt 1966:1 s. 95.
- Jousimaa, Kyösti*: Valheenpaljastajasta. SPL 1961 s. 23 ss.
- Joustie, Heikki*: Poliisin valtuuksista ja HM 10 §:n takaamista poliittisista perusoikeuksista. LM 1970 s. 362 ss.
- Jyränki, Antero*: Näkökohtia Suomen perusoikeusjärjestelmästä. LM 1968 s. 977 ss.
- » — Teesejä juridiikasta ja juristeista. LM 1969 s. 880 ss.
- Jyränki, Antero* — *Perttunen, Juhani* — *Vilkkonen, Eero*: Valta, valtio ja kansalainen. Julkisoikeuden peruskurssi. 2. uudistettu painos. Helsinki 1972.
- Jägerskiöld, Stig*: Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag (1654—1734). Teoksessa: Svea hovrätt. Studier till 350-årsminnet. Stockholm 1964. S. 121 ss.
- Jørgensen, Stig*: Ret og samfundsdebat. København 1972.
- Kaila, Eino*: Inhimillinen tieto. Mitä se on ja mitä se ei ole. Helsinki 1939.
- Kaira, Kaarlo*: Pressens anonymitetsrätt. Oslo 1954.
- Kaiser, Eberhard*: Zeugnisverweigerungsrecht der Diplompsychologen. NJW 1971 s. 491 ss.
- Kallenberg, Ernst*: Bevisrätten i processlagberedningens förslag. SvJT 1940 s. 497 ss. ja 593 ss.
- » — Svensk civilprocessrätt. I: 1 ja I: 2 (2. painos), I: 3—5; II: 1—7. Lund 1922—1939. (Kallenberg I—II)
- Kantorowicz, Hermann*: Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre. Freiburger Rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen. Band 19. Karlsruhe 1962.
- Kastari, Paavo*: Kansalaisten perusoikeuksista ja niiden turvaamisjärjestelmän erikoisluonteesta Suomessa. LM 1950 s. 735 ss.
- » — Kansalaisvapauksien perustuslainturva. Vammala 1972.
- » — Kansalaisvapauksien perustuslainturvan ja valtiosääntöjen hierarkkisen ylemmänasteisuuden muodostuminen. Juhlajulkaisu Kaarlo Kaira — U. J. Castrén (1961) s. 123 ss.
- » — Mannermaisena ja englantilaisperäisen oikeuden vertailua. LM 1967 s. 145 ss.
- » — Oikeus ja politiikka. Teoksessa Per Lindholm — Heikki Seppänen (toim.): Oikeus ja politiikka. Jyväskylä 1971. S. 51 ss.
- » — Oikeuslaitos, politiikka ja ideologia. LM 1970 s. 993 ss.
- » — Sananvapaus ja radiomonopoli. JFT 1960 s. 71 ss.
- » — Suomen perusoikeusjärjestelmä käytännössä. LM 1958 s. 524 ss.
- » — Suomen valtiosääntö. Helsinki 1977.
- » — Valtiojärjestyksemme oikeudelliset perusteet. Porvoo 1969.

- » — Verfassungsgerichtsbarkeit in Finland. Teoksessa: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Köln—Berlin 1962. S. 198 ss.
- Katila, Kauko*: Kriminaalitaktiikka. Kuopio 1968.
- Kaufmann, Arthur*: Strafrecht: Entscheidungen. NJW 1958 s. 272 ss.
- Kekomäki, Paavo*: Esitutkinnassa annettu perätön lausuma. SPL 1954 s. 143 ss.
- Kellner, Horst*: Zu den Aufgaben und Zur Stellung der Rechtsprechung im Rechtsverwirklichungs- und Rechtsbildungsprozess. Annales s. 81 ss.
- Kelsen, Hans*: Puhdas oikeusoppi. Saksankielisestä alkuteoksesta Reine Rechtslehre, 2. p. Wien 1960, suomentanut Olli Nikkola. Porvoo 1968.
- Kenny, C. S.*: Outlines of Criminal Law, 19th Edition by J. W. Turner. Cambridge 1966.
- Kern Eduard — Roxin Claus*: Strafverfahrensrecht. 14., neubearbeitete Auflage. München und Berlin 1976. (Kern—Roxin)
- Kiukas, Urho*: Poliisivartioinnin järjestely hallinnollisena probleemana. SPL 1956 s. 196 ss.
- Kivimäki, T. M.*: Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu. Helsinki 1924.
- » — Muuan huutava epäkohta rikosasiain käsittelyssä. Virallinen puolustaja sytetylle. DL 1948 s. 207 ss.
- » — Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä. LM 1950 s. 302 ss.
- Kivimäki, T. M. — Ylöstalo, Matti*: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Kolmas, uudistettu painos. Porvoo 1973.
- Klami, Hannu Tapani*: Historialliset aspektit positiivis-oikeudellisessa tutkimuksessa. LM 1970 s. 47 ss.
- » — Logiikka ja oikeusturva. Lainanalogiaprobleemasta. DL 1968 s. 379 ss.
- » — Oikeushistoriallisesta ja oikeusvertailevasta tutkimusintressistä. LM 1976 s. 582 ss.
- » — Oikeustieteestä. LM 1977 s. 357 ss.
- Kleinknecht, Theodor*: Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81 a StPO. NJW 1964 s. 2181 ss.
- » — Die Beweisverbote im Strafprozess. NJW 1966 s. 1537 ss. (Kleinknecht)
- » — Strafprozessordnung mit GVG, Nebengesetzen und ergänzenden Bestimmungen. Kurzkommentar. 33., neubearb. Auflage. München 1977.
- Kleinknecht, Theodor — Müller, Herman — Reitberger, Leonhard*: Kommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungs- u. Ordnungswidrigkeitengesetz. 6. neubearbeitete und erweiterte Auflage herausgegeben von Dr. Herman Müller, Dr. Walter Sax. Darmstadt 1966. (KMR)
- Kleinschrod, Gallus Aloys*: Ueber die Rechte, Pflichten und Klugheitsregeln des Richters bey peinlichen Verhören und Erforschung der Wahrheit in peinlichen Fällen, 2. Hälfte, Archiv des Criminalrechts, Bd. 1, 2. Stück (1799). S. 67 ss.
- Klug, Ulrich*: Beweisverbote im Strafprozess. Referat zum 46. DJT. Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages. Bd. II, Teil F. S. 30 ss. (Klug)
- » — Presseschutz im Strafprozess. Berlin 1965.
- Kohler, Josef*: Das Recht an Briefen. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 7, 1893, s. 94 ss.
- Kohlhaas, Max*: Beweisverbote im Strafprozess. DRiZ 1966 s. 289 ss. (Kohlhaas)

- » — Rechte der Einzelpersönlichkeit und Belange der Strafrechtspflege. Juristenjahrbuch 4, Köln 1963. S. 50 ss.
- » — Schlüsse aus dem Schweigen des Beschuldigten? NJW 1965 s. 2282 ss.
- » — Vom ersten Zugriff zum Schlussgehör. NJW 1965 s. 1254 ss.
- » — Zulässigkeit, Brauchbarkeit und Preisgabe vertraulicher Gewährsleute im Strafverfahren. JR 1957 s. 41 ss.
- Kohlman, Günter*: Waffengleichheit im Strafprozess? Teoksessa: Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag. Tübingen 1974. S. 311 ss.
- Koktvedgaard, Mogens — Olsson, Curt — Seip, Helge*: Den nordiska rättsenhetens problem i dag — repliker till Lidbom. SvJT 1973 s. 398 ss.
- Komiteanmietintö 1964*: B 58. Esitutkintatoimikunnan mietintö. Erkki Ailio, Lasse Lehtonen, Kyösti Jousimaa, K. Kankaanranta. Helsinki 1964.
- » — 1972: A 21. Avioliittolakikomitean mietintö. Helsinki 1972.
- » — 1974: 27. Valtiosääntökomitean välimietintö. Helsinki 1974.
- Korkeimman oikeuden ratkaisujen hakemisto 1926—1968*. Toimittanut Martti Miettinen. Helsinki 1969.
- Koskimies, Akseli*: Lääkärin vaitiolovelvollisuus. Suomen lääkäriliiton aikakauslehti 1941 s. 1 ss.
- Koskinen, A.*: Kotitarkastuksesta ja henkilöön käyvästä etsinnästä. SPL 1950 s. 162 ss.
- Koskinen, Pekka*: Salakuuntelun rankaisemisesta. DL 1972 s. 177 ss.
- Krabbe, Oluf H.*: Dansk Presseret. København 1939.
- Krause, Friedrich-Wilhelm*: Grenzen richterlicher Beweiswürdigung im Strafprozess. Teoksessa: Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag. Tübingen 1974. S. 323 ss.
- » — Zum Urkundenbeweis im Strafprozess. Hamburg 1966. (Krause).
- Krauss, Detlef*: Schutz der Intimsphäre im Strafprozess. Teoksessa: Festschrift für Wilhelm Gallas 22. 7. 1973. Berlin 1973. S. 365 ss.
- Krähenbühl, Werner*: Das Zeugnisverweigerungsrecht im schweizerischen Zivilprozess. Inaugural-Dissertation. Olten/Basel 1952. (Zeugnisverweigerungsrecht).
- Kühne, Hans-Heiner*: Strafprozessuale Beweisverbote und Artikel 1 Abs. 1 Grundgesetz. Inauguraldissertation. Saarbrücken 1969. (Beweisverbote)
- » — Zeugnisverweigerungsrecht von nicht in § 53 StPO erwähnten Personengruppen, insbesondere von Diplompsychologen. NJW 1971 s. 1438 ss.
- Kyläkallio, Juhani*: Suostumus todistajan vaitiolovelvollisuuden poistavana tekijänä lääkäriin, asianajajaan, apteekkarin ja kättilön osalta. DL 1953 s. 244 ss.
- Köstlin, Christian*: Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert. Tübingen 1849.
- Kötz, Hein*: Arvostelu teoksesta Dieter Blumenwitz: Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht. JZ 1972 s. 764.
- Laaksonen, Jukka*: Poliisimiehen asema todistajana rikosasiassa. SPL 1977 s. 177 ss.

- Lager, Irma:* Arvostelu teoksesta: Probleme der Strafprozessreform. Berliner Gastvorträge von Hans-Heinrich Jescheck etc. LM 1975 s. 940 ss.
- » — Tuomionpurun edellytyksistä siviili- ja hallintoprosessissa. Helsinki 1972. (Lager)
- Lahti, Raimo:* Näkökohtia potilaan oikeusturvasta. Sairaala 1970 s. 359 ss.
- Lainvalmistelukunnan* ehdotukset oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi. Ehdotus Laiksi riita-asiain oikeudenkäynnistä ynnä Perustelmat. Helsinki 1901.
- Lainvalmistelukunnan julkaisuja:* Ehdotus julistuskirjaksi, koskeva eräitä Suomen kansalaisille kuuluvia yleisiä oikeuksia, ynnä perustelut. Helsinki 1906. (LvK 1906: 2)
- » — Ehdotus uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut. Helsinki 1924. (LvK 1924: 1)
- » — Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta. Helsinki 1929. (LvK 1929: 2)
- » — Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta. Helsinki 1937. (LvK 1937: 16)
- » — Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi rikosasioissa käytettävästä takavarikosta ja etsinnästä. Helsinki 1946. (LvK 1946: 6)
- Laki pakkokeinoista rikosasioissa.* Perustelut. Monistettu luonnos 30. 6. 1976.
- Lambert, Louis:* Traité theorique et pratique de police judiciaire. 30. painos. Lyon 1951.
- Larenz, Karl:* Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2., neubearbeitete Aufl. New York 1969.
- » — Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung der modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indeskription zu schützen? Referat. Verhandlungen des 42. DJT band II. Tübingen 1957. S. 25 ss.
- Lassen, Bengt:* Förundersökning i brottmål. Brottets beivrande s. 84 ss.
- Laufhütte, Heinrich:* Staatsgeheimnis und Regierungsgeheimnis. GA 1974 s. 52 ss.
- Lavonius, Herman:* Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta ja todistajana olemisesta. Suomen lääkärilehti 1951 s. 621 ss.
- Leche, Ernst — Hagelberg, Viktor:* Kuulustelut rikosasioissa. Suomentanut sekä Suomen olojen ja oikeuden edellyttämin lisäyksiin ja huomautuksiin varustanut Paavo Alkio. Helsinki 1947.
- Lehto, Reino R.:* Valmistavasta tutkinnasta rikosasioissa. DL 1932 s. 1 ss. ja 252 ss.
- Lehtola, Kari:* Pakkokeinot prosessissa. De lege ferenda. (Moniste). Lakimiesliiton Koulutuskeskus 14. 10. 1976.
- Lehtola, Kari — Pasanen, Jukka (toim.):* Lausunnot ns. esitutkintapaketista. Yhteenveto. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 2/1974. Helsinki 1974. (Lausuntoyhteenveto)
- Leisner, Walter:* Arvostelu teoksesta Jürgen Schwabe: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. JZ 1973 s. 187 ss.
- Lent, Friedrich:* Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess. ZZP, 67. Band (1954) s. 344 ss.
- Lidbom, Carl:* Behöver vi en moralisk familjerätt? Oikeus ja politiikka s. 104 ss.
- » — Den nordiska rättsenhetens problem i dag. SvJT 1973 s. 273 ss.

- Liebscher, Viktor*: Strafverfolgung und Menschenrechte. JBl 1969 s. 465 ss.
- Liepmann, Moritz*: Die Psychologie der Vernehmung des Angeklagten im deutschen Strafprozess. ZStW 1924 s. 647 ss.
- Liermann, Stephan*: Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozess. Inaugural-Dissertation. Bonn 1963. (Tonbandaufnahme)
- Lilius, F. O.*: Vertailevasta oikeustieteestä ja suomensukuisten kansain oikeudesta. LM 1903 s. 4 ss.
- Lindblad, J. C.*: Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag. Upsala 1842. (Läran om bevisning)
- Lindblom, Per Henrik*: Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt. Stockholm 1974.
- Lindholm, Per*: Arvostelu teoksesta Karl Peters: Strafprozess. 2. Aufl. JFT 1966 s. 483 ss.
- » — Oikeusturva oikeudenkäynnissä. Oikeus ja politiikka s. 235 ss.
- Lindholm, Per — Seppänen, Heikki* (toim.): Oikeus ja politiikka. Jyväskylä 1971.
- Linkomies, Edvin*: Puhe lukuvuoden avajaisissa 10.9.1958. Kokoelmassa: Helsingin yliopisto. Rehtorin puheet lukuvuoden avajaisissa 1953—1967. Helsinki 1967.
- Lithner, Klas*: Åklagarrollen. TfR 1965 s. 85 ss.
- Livson, Mikael*: Yksityisen kotirauhan rikosoikeudellinen suoja. Suomen oikeuden mukaan. Vammala 1958.
- Lorber, Hermann*: Das non liquet. ÖJZ 1970 s. 537 ss.
- Lous, Georg*: Sakførers taushetsplikt. En utvikling og vurdering. Oslo 1960.
- Lännergren, Bengt*: Sekretesskydd för handlingar hos advokat. TSA 1976 s. 102 ss.
- Lögberg, Åke*: Personlighetsrätt. Lund 1972.
- Löhr, Holle Eva*: Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozessrecht. Berlin 1972. (Unmittelbarkeit)
- » — »In dubio pro reo» und Wahlfeststellung — BGHSt 23, 203. JuS 1976 s. 715 ss.
- Löwe-Rosenberg*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar. 22., neubearbeitete Auflage herausgegeben von Hanns Dünnebier, Max Kohlhaas, Werner Sarstedt, Karl Schäfer. Bd. I, Berlin 1971, Bd. II, Berlin 1973.
- Madsen, Søren Søltoft*: Om benyttelse af politirapporter i straffesager. Juristen & Økonomen 1975 s. 487 ss.
- Maetzel, C. B.*: Beweisverbote zwecks Geheimniswahrung. DVBl 1966 s. 665 ss.
- Maguire, John MacArthur*: Evidence: Common Sense and Common Law. Chicago 1947. (Maguire)
- Makkonen, Kaarle*: Arvostelu teoksesta Toivo Holopainen: Kunnan asema valtiossa. LM 1969 s. 467 ss.
- » — Kunnallinen säädösvalta. Hallinto-oikeudellinen tutkimus. Vammala 1968. (Säädösvalta)
- » — Lainkäyttö ja maailmankatsomus. LM 1970 s. 1056 ss.
- » — Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie. Turku 1965. (Makkonen)
- von Mangoldt-Klein*: Das Bonner Grundgesetz. Erläutert von Dr. Hermann von

- Mangoldt (†). Zweite, neubearbeitete und vermehrte Auflage von Dr. Friedrich Klein. I—II. Berlin und Frankfurt a. M. 1957.
- Marc-Wogau, Konrad: Modern logik. Örebro 1961.
- Martin, Ernst P.: Zur Frage des Beweiswerts von Tonbandaufnahmen im Strafprozess. Kriminalistik, Hamburg, Aug. Oktober 1967, s. 1 ss.
- Mayer, Hellmuth: Zum Aufbau des Strafprozesses. GS 104. Bd. (1934). S. 302 ss.
- Meier-Hayoz, Arthur: Der Richter als Gesetzgeber — Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit. Teoksessa: Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Max Guldener. Zürich 1973. S. 189 ss.
- von Meiss, Reinhard W.: Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren. Diessenhofen 1975.
- Melander, Ilmari: Intimiteetin oikeussuojasta. LM 1964 s. 785 ss.
- Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht. Vorträge und Diskussionen des Zweiten Internationalen Kolloquiums über die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Karlsruhe 1967. (Menschenrechte)
- Merikoski, V.: Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä. Toinen painos. Vammala 1968.
- » — Kansalaisen perusoikeuksista. LM 1932 s. 89 ss.
- » — Oikeuslaitosuudistus. Näkökohtia. LM 1972 s. 435 ss.
- » — Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin. I osa. Neljäs painos. Porvoo 1970.
- » — Vapaa harkinta hallinnossa. Toinen, muuttamaton uusintapainos. Vammala 1968.
- Meyer, Jürgen: Dialektik im Strafprozess. Tübingen 1965.
- Miettinen, Martti: Avioliittolain uudistamisen näköaloja. Lakimiesuutiset 9/1972 s. 5 ss.
- Mittermaier, C. J. A.: Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse. Darmstadt 1834.
- Modeen, Tore: Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen in den nordischen Staaten. Meddelanden från institutet för samhällsforskning upprätthållet av statsvetenskapliga fakulteten vid Åbo akademi. A: 56. Stuttgart 1970. (Rechtsvereinheitlichung)
- Mueller, Gerhard O. W.: Beweisverbote im amerikanischen Strafprozess. Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. I, 3 A. S. 33 ss. (Mueller)
- Muistio keskusrikospoliisin päällikön asettaman työryhmän kannanotoista, jotka koskevat esitutkintaa, puolustusta ja pakkokeinoja rikosasioissa käsittelevää oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisua 3/1973. Helsinki 27. 9. 1973.
- » — keskusrikospoliisin päällikön asettaman työryhmän kannanotoista, jotka koskevat esitutkintalain 15. 2. 1976 päivättyä luonnosta ja sen perusteluja. Helsinki 14. 5. 1976.
- » — keskusrikospoliisin päällikön asettaman työryhmän kannanotoista, jotka koskevat pakkokeinolain 30. 6. 1976 päivättyä luonnosta ja sen perusteluja. Helsinki 15. 9. 1976.
- Munch-Petersen, H.: Den Danske Retspleje I—V. Anden Udgave. København 1923—1926.

- Munktel, Henrik*: Domarreglerna i praxis före 1734 års lag. SvJT 1939 s. 516 ss.
- Müller, Egon*: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren. NJW 1976 s. 1063 ss.
- Mäkinen-Ollinen, Aune*: Vaitiolovelvollisuudesta sosiaalihuollon alalla. Huoltaja 1954 s. 552 ss. ja 565 ss.
- Mäntynen, Leena*: Käsityksiä valtiosta ja valtiosäännöstä. Oikeus 1976 s. 121 ss.
- Möhl, Hans-Peter*: Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Straf- und Disziplinarverfahren. Bad Godesberg 1963.
- Nagel, Heinrich*: Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Studie. Baden-Baden 1967. (Grundzüge)
- Neergaard, Erik B.*: Nogle bemaerkninger om båndoptagelser. Juristen 1961 s. 571 ss.
- Nef, Max*: Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess. ZStW 1969 s. 113 ss.
- Nehrman, David*: Inledning til then swenska Processum Civilem. Stockholm—Upsala 1751. (Processum Civilem)
- » — Inledning til then swenska processum criminalem. Lund 1759. (Processum Criminalem)
- Neumann, Paul*: Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozess. Dissertation. Aarau 1930. (Neumann)
- Nevái, László*: Unkarin Kansantasavallan siviiliprosessioikeuden perusteet. Suomennos. LM 1969 s. 925 ss.
- Niese, Werner*: Die allgemeine Prozessrechtslehre und der Rechtskrafteintritt bei zurückgenommenen und unzulässigen Rechtsmitteln. JZ 1957 s. 73 ss.
- » — Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. JZ 1953 s. 219 ss.
- » — Doppelfunktionelle Prozesshandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre. Göttingen 1950.
- Niethammer, Emil*: Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren. Teoksessa: Festschrift für Wilhelm Sauer 24. Juni 1949. Berlin 1949. S. 26 ss.
- Nokes, G. D.*: An Introduction to Evidence. Fourth Edition. London 1967. (Evidence)
- Noll, Peter*: Geheimnisschutz und Zeugnispflicht. Teoksessa: Festgabe zum siebenzigsten Geburtstag von Max Gerwig. Basel 1960. S. 135 ss.
- » — Strafprozessrecht. Vorlesungsskriptum. Zürich 1977.
- » — Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren. SchwZStr 1975 s. 45 ss.
- Nordenson, Ulf*: Psykologen inför rätta. Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång s. 123 ss.
- Nousiainen, Tapio*: Rangaistuksen määräämisestä erityisesti silmälläpitäen tuomarin mittaamistoimintaa oikean rangaistumäärän tavoittamiseksi normaali-latitudin puitteissa. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1961.
- Nowakowski, Friedrich*: Die Grund- und Menschenrechte in Relation zur straf-richterlichen Gewalt. ÖJZ 1965 s. 281 ss.
- » — Sind Verfahren zur Erzielung unwillkürlicher Äusserungen des Beschul-digten zulässig? JBl 1949 s. 4 ss.
- Nuutila, Matti*: Lääkärin vaitiolovelvollisuus lääkärin kannalta. SPL 1976 s. 16 ss.
- Nuvolone, Pietro*: Beweisverbote im Straverfahren der Länder des romanischen

- Rechtskreises. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des 46. DJT, Band I, Teil 3 A. S. 57 ss. (Nuvolone)
- Nybergh, Gunnar*: Till diskussionen om pressens anonymitetsrätt. JFT 1953 s. 109 ss.
- Nüse, Karl-Heinz*: Zu den Beweisverboten im Strafprozess. JR 1966 s. 281 ss. (Nüse)
- Oberle, Max*: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs. Dissertation. Affoltern am Albis 1952. (Verhältnismässigkeit)
- Oehler, Dietrich*: Oikeus ja moraali. Oikeus ja politiikka s. 81 ss.
- Oftinger, Karl*: Mikro-Abhörgeräte. SchwJZ 1966 s. 132 ja 228.
- Ojanen, Ilmari*: Staattisesta dynaamiseen oikeuteen — ajatuksia oikeustieteen ei-normatiivisesta ja normatiivisesta kielestä. LM 1970 s. 1083 ss.
- Okko, Antti*: Eräiden OK 17 luvun määräysten soveltamisesta poliisikuulustelussa. PM 1959 s. 459 ss.
- » — Rikosasioissa käytettävissä olevista pakkokeinoista. Poliisimiehen kalenteri 1960 s. 161 ss.
- » — Vaitiolovelvollisuudesta ja -oikeudesta. PM 1960 s. 825 ss.
- Oikeusministeriön* lainsäädäntöosaston julkaisu. 3/1973. Esitutkinta, puolustus ja pakkokeinot rikosasioissa. Helsinki 1973. (Esitutkinta)
- » — 2/1976. Oikeudenkäyntimenettelyn ja tuomioistuinlaitoksen uudistamisesta. Helsinki 1976. (Ns. Isku-ryhmän raportti).
- Olivecrona, Karl*: Det rättsliga språket och verkligheten. Lund 1964. (Språket)
- » — Domen i tvistemål. Lund 1943.
- » — Frågeförbud beträffande försvarare. SvJT 1947 s. 357 ss.
- » — Lagens imperativ. Lund 1942. (Imperativ)
- » — Rättegången i brottmål enligt RB. Tredje, omarbetade upplagan. Lund 1968. (Olivecrona)
- » — Rätt och dom. Stockholm 1960.
- » — Rättsordningen. Ideer och fakta. Lund 1966.
- von Orelli, Adolf*: Zeugnispflicht und Zeugniszwang im schweizerischen Zivilprozessrecht. Dissertation. Zürich 1947.
- Orlowsky, Wedigo*: Die Weigerungsrechte der minderjährigen Beweisperson im Strafprozess. Tübingen 1973. (Weigerungsrechte)
- Osmer, Jan-Dierk*: Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136 a StPO. Dissertation. Hamburg 1966. (Umfang)
- Otto, Harro*: Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren. GA 1970 s. 289 ss. (Otto)
- » — »In dubio pro reo« und Wahlfeststellung. Teoksessa: Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70 Geburtstag. Tübingen 1974. S. 373 ss.
- Pallin, Franz*: Amtsgeheimnis und Redaktionsgeheimnis. ÖJZ 1973 s. 141 ss.
- Palme, W. A.*: Om det fortsatta brottet enligt gällande straff- och straffprocessrätt i Finland. Åbo 1943.
- Palmén, A. J.*: Lääkärin salassapitovelvollisuus ja todistamispakko. Oikeuslääketiede (1961) s. 36 ss.
- » — Patienternas sekretessrätt och läkarnas tystnadsplikt. Nordisk Medicin 1957 s. 266 s.

- Palmgren, Bo*: Die nordische Rechtsüberlieferung — ihre Eigenart und ihre Belastungsproben in Finnland. Teoksessa: Einführung in das schwedische Rechtsleben. Lund 1950. S. 91 ss.
- » — Förhör med misstänkta, tilltalade och vittnen i brottmål. NKÄ 1962 s. 178 ss.
- » — Målsägandens åtalsrätt. Helsingfors 1939.
- » — När kan en person anses vara eller ha varit rättegångsbiträde för den anklagade? Vad omfattar en sådan persons tystnadsplikt? Juridiska Föreningens förhandlingar, 1962 års diskussionsprogram. JFT 1963 (s. 408 ss.) s. 414.
- » — Reformförslag för lagstiftningsarbetet. JFT 1953 s. 114 ss.
- » — Rättsväsen och rättegång i Amerika. Suomen lakimiesliiton tiedotuksia 1960: 5 s. 1 ss. ja 28 s.
- Panhuyzen, Ursula*: Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit. Berlin 1964. (Glaubwürdigkeit)
- Parikka, Olavi*: Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 33 §:n 1 momentissa mainittujen oikeusseurauslauseiden valinnasta. LM 1971 s. 43 ss.
- Paulsen, Monrad G.*: The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police. Teoksessa: Sowle, Police power and individual freedom. S. 87 ss.
- Persson, Gustaf*: Kriminalpolisväsendet. Brottets beivrande s. 13 ss.
- Peters, Karl*: Beweisverbote im deutschen Strafverfahren. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verh. des 46. DJT, Bd. I, 3 A. S. 91 ss. (Peters)
- » — Der neue Strafprozess. — Darstellung und Würdigung. Karlsruhe 1975.
- » — Eine Antwort auf Undeutsch: Die Verwertbarkeit unwillkürlicher Ausdruckserscheinungen bei der Aussagawürdigung. ZStW 1975 s. 663 ss.
- » — Fehlerquellen im Strafprozess. 1—2. Karlsruhe 1970, 1972.
- » — Freie Beweiswürdigung und Justizirrtum. Festschrift tillägnad Karl Olivecrona (1964). Stockholm 1964. S. 532 ss.
- » — Rikosprosessin koko kuva. Suomennos. LM 1968 s. 668 ss.
- » — Seelsorge und Strafvollzug. JR 1975 s. 402 ss.
- » — Strafprozess. Ein Lehrbuch. 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage. Karlsruhe 1966. (Lehrbuch)
- » — Strafprozesslehre. Zugleich ein Beitrag zur Rollenproblematik im Strafprozess. Teoksessa: Gedächtnisschrift für Hans Peters. Berlin 1967. S. 891 ss.
- Petersen, Theodor — Soukka, Paavo*: Englannin oikeuslaitos. Vammala 1971.
- Petry, Horst*: Beweisverbote im Strafprozess. Darmstadt 1971.
- Pfenninger, H. F.*: Die Bekämpfung der Lüge im Strafverfahren. SchwJZ 1961 s. 69 ss.
- » — L'emploi de microphone dans la procédure pénale. Revue de criminologie et de police technique (1951) s. 3 ss.
- » — Wie schwer ist es doch in einem Rechtsstaat zu leben! SchwJZ 1945 s. 312 ss.
- Phipson, Sidney*: On Evidence. 10th edition by M. V. Argyle. London 1963.

- Processnämnden*: Underrättsförfarandet enligt nya rättegångsbalken. Fjärde tryckningen. Stockholm 1948. (Processnämnden)
- Prosessioikeuden* professorin viranhaun asiantuntijalausunnot. Helsingin yliopiston prosessioikeuden laitoksen julkaisuja N:o 1. Helsinki 1968. (Lausunto)
- Prost, Gerhard*: Bankgeheimnis und neues Strafprozessrecht. NJW 1976 s. 214 ss.
- Radbruch, Gustav*: Einführung in die Rechtswissenschaft. 9. durchgearbeitete Auflage von Konrad Zweigert. Stuttgart 1952.
- » — Grenzen der Kriminalpolizei. Teoksessa: Festschrift für Wilhelm Sauer 24. Juni 1949. Berlin 1949. S. 121 ss.
- Reinikainen, Veikko*: Piirteitä Ranskan rikosprosessin nykyisestä kriisistä. LM 1955 s. 569 ss.
- » — Prosessinedeltytyksen puuttumisen oikeusseuraamuksista. Vammala 1958.
- Révai, Tibor*: Anwendung der vergleichenden Methode auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts und seiner Wissenschaft. Annales s. 190 s.
- Riess, Peter*: Der Hauptinhalt des ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts. NJW 1975 s. 81 ss.
- Rintala, Erkki*: Hovioikeuksien äänestyspöytäkirjasta. DL 1971 s. 439 s.
- Roeder, Herman*: Die Beweisverbote im österreichischen und deutschen Strafverfahren. ÖJZ 1974 s. 309 ss. ja 343 ss.
- » — Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes. Zweite, vollständig neu bearbeitete Auflage. Eisenstadt 1976. (Roeder)
- Rosenberg, Leo*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Neunte, verbesserte Auflage. München und Berlin 1961.
- Ross, Alf*: Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. 2. oplag. København 1966.
- Routamo, Eero*: Sääntötutkimus oikeustieteen osana. LM 1967 s. 429 ss.
- Roxin, Claus*: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. JuS 1966 s. 377 ss.
- Rudolphi, Hans-Joachim*: Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozess. MDR 1970 s. 93 ss.
- Rupp, Hans Heinrich*: Beweisverbote im Strafprozess in verfassungsrechtlicher Sicht. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des 46. DJT. Band I, Teil 3 A, München und Berlin 1966. S. 167 ss. (Rupp)
- » — Bindung des Richters an das Gesetz. NJW 1973 s. 1769 ss.
- Rüping, Hinrich*: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren. Strafrechtliche Abhandlungen 26. Berlin 1976.
- » — Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten. JR 1974 s. 135 ss.
- Rytkölä, Olavi*: Arvostelu teoksesta Kari Sinisalo: Poliisin toimivallan määrittäminen. LM 1971 s. 749 ss.
- Rødig, Jürgen*: Die Theorie des Gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Berlin 1973.
- Rørdam, Peter*: Om benyttelse af ulovligt tilvejebragte bevismidler i straffesager. Juristen & Økonomen 1975 s. 37 ss.
- Saario, Voitto*: Oikeuslaitoksen merkitys ihmisen perusoikeuksien ja -vapauksien turvaajana. LM 1968 s. 965 ss.
- » — Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet. LM 1975 s. 183 ss.
- Saarni-Rytkölä, Maarit*: Todistelumenettelystä hovioikeudessa. LM 1975 s. 892 ss.

- Sainio, Toivo*: Perusoikeudet ja ihmisoikeudet. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia Niilo Kullervo Salovaaralle. Helsinki 1972. S. 109 ss.
- Salmiala, Bruno A.*: Asianajaja ja totuus oikeudenkäynnissä. DL 1946 s. 203 ss.
- » — Asianajajan vaitiolo- ja salassapitovelvollisuudesta. DL 1950 s. 412 ss.
- » — De mänskliga rättigheterna, straffprocessen och frihetsberövandet. NKA 1954 s. 93 ss.
- » — Ihmisyysoikeudet ja yhteiskunnan reaktiot rikoksen johdosta. JFT 1954 s. 397 ss.
- » — Kysymys siitä, voidaanko päiväkirjamerkintöjä, jotka liittyvät merkintöjen tekijän persoonallisuuspiiriin ja joita hän ei ole tarkoittanut saatettavaksi kolmannen tietoon, käyttää rikosprosessissa todistuskeinona, ilman hänen suostumustaan. DL 1964 s. 307 s.
- » — Narkoanalyysi keinona rikostutkinnassa. DL 1954 s. 114 ss.
- » — Oikeusvarmuus ja vapaa todistusten harkinta nykyisessä prosessimenetellyssämme erittäinkin rikosasioita silmällä pitäen. Juhlajulkaisu Toivo Mikael Kivimäki 1956. Vammala 1956. S. 276 ss.
- » — Totuuden selvittäminen rikosprosessissa. DL 1961 s. 211 ss.
- » — Yksilön oikeusturva rikosprosessissamme. DL 1963 s. 146 ss.
- » — Yksilön oikeusturva rikosprosessissa. Menneisyyden varjon aiheuttama vaara syyllisyyskysymyksen objektiiviselle ratkaisemiselle. DL 1961 s. 274 ss.
- Salomonsen, Olaf*: Den norske straffeproseslov med kommentar. I—II. 2. utg. Oslo 1925. (Kommentar I—II)
- Salonen, Juhani*: Lääkärin vaitiolovelvollisuus poliisin kannalta. SPL 1976 s. 41 ss.
- Salonen, L. H.*: Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta. Suomen lääkärilehti 1967 s. 526 ss.
- Salovaara, Niilo*: Oikeushyvän käsitteestä rikosoikeustieteessä. Antti Tulenheimo 1879 4/12 1939 juhlaulkaisu. Helsinki 1939. S. 215 ss.
- Sandels, Stina*: Förhör med småbarn. Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång s. 196 ss.
- Sarstedt, Werner*: Beweisverbote im Strafprozess. Referat zum 46. DJT. Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages. Bd. II, Teil F. München und Berlin 1967. S. 8 ss. (Sarstedt)
- Sauer, Wilhelm*: Allgemeine Prozessrechtslehre. Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und kriminalistischen Praxis. Berlin—Detmold—Köln—München 1951. (Sauer)
- » — Grenzen des richterlichen Beweises. JR 1949 s. 500 ss.
- Sax, Walter*: Grundsätze der Strafrechtspflege. Teoksessa: Bettermann—Nipperdey—Scheuner: Die Grundrechte. Dritter Band, 2. Halbband. Berlin 1959. S. 909 ss.
- » — Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel. JZ 1965 s. 1 ss.
- Schaumann, Wilfried*: Persönliche Freiheit und neue Untersuchungsmethoden im amerikanischen und schweizerischen Strafverfahren. Teoksessa: Strafprozess und Rechtsstaat. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. H. F. Pfenninger. Zürich 1956 S. 129 ss. (Schaumann)

- Schellhammer, Kurt*: Blutentnahme durch Medizinalassistenten. NJW 1972 s. 319 s.
- Schilling, Georg*: Strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter, Sozialpädagogen und Psychologen? JZ 1976 s. 617 ss.
- Schlund, Gerhard H.*: Zur Frage der ärztlichen Schweigepflicht. JR 1977 s. 265 ss.
- Schmidt, Eberhard*: Der Arzt im Strafrecht. Leipzig 1939.
- » — Deutsches Strafprozessrecht. Ein Kolleg. Göttingen 1967. (Strafprozessrecht)
- » — Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäss § 55 II StPO als Revisionsgrund. JZ 1958 s. 596 ss.
- » — Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafprozess. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtsstaat und Technik. Teoksessa: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. München 1955. S. 625 ss. (Tonbandaufnahmen)
- » — Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Zweite, vermehrte Auflage. Göttingen 1951. (Geschichte)
- » — James Goldschmidt zum 100. Geburtstag. ZStW 1975 s. 1 s.
- » — Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Bd. I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts. Göttingen 1952. Bd. II: Erläuterungen zur Strafprozessordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung. Göttingen 1957. (Lehrkommentar I—II)
- » — Ärztliche Mitwirkung bei Untersuchungen und Eingriffen nach StPO §§ 81 a und 81 c. MDR 1970 s. 461 ss.
- Schmitt, Rudolf*: Tonbänder im Strafprozess. Entscheidungsrezension. JuS 1967 s. 19 ss.
- Schreiber, Hans-Ludwig*: Verfahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit. ZStW 1976 s. 117 ss.
- Schreiber, Rupert*: Logik des Rechts. Würzburg 1962.
- von Schrutka-Rechtenstamm, Emil*: Zeugnispflicht und Zeugniszwang im österreichischen Civilprocesse. Wien 1879.
- Schumann, Ekkehard*: Die Prozessökonomie als rechtsethisches Prinzip. Teoksessa: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag. München 1973. S. 271 ss.
- Schurter, Emil*: Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprozessordnung. Zürich 1890.
- Schwalm, Georg*: Der objektive Wille des Gesetzgebers. Teoksessa: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag. Berlin 1972. S. 47 ss.
- Schwarz, Otto — Kleinknecht, Theodor*: Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und ergänzende Bestimmungen. 24., neubearbeitete Auflage. München und Berlin 1963. (Strafprozessordnung)
- Schütz, Hans*: Die Verletzung des § 55 StPO als Revisionsgrund. Dissertation. Erlangen 1960.
- Schäfer, Karl*: Strafprozessrecht. Eine Einführung. Berlin 1976.
- Schöneborn, Christian*: Verwertungsverbot bei nichtärztlicher Blutentnahme? MDR 1971 s. 713 ss.
- Schönke, Adolf — Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch. Kommentar. 12., neubearbeitete Auflage. Nördlingen 1965.

- Schönke, Adolf — Schröder, Horst — Niese, Werner:* Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 8. Auflage. Karlsruhe 1956. (Zivilprozessrecht)
- Seebode, Manfred:* Arvostelu teoksesta Fritz Sydow: Kritik der Lehre von den »Beweisverboten«. MDR 1976 s. 963 s.
- » — Schweigen des Beschuldigten zur Person. MDR 1970 s. 185 ss.
- Seibert, Claus:* Arvostelu teoksesta Michael Marx: Zur Definition des Begriffs »Rechtsgut«. MDR 1972 s. 816.
- Seiler, Robert:* Beweismethodenverbote im österreichischen Strafprozess. Teoksesta: Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag. Tübingen 1974. S. 447 ss.
- » — Die Beweisverbote im Strafprozess. JBl 1974 s. 57 ss. ja 123 ss.
- » — Legalitätsprinzip und Weisungsrecht im Strafprozess. JBl 1965 s. 1 ss.
- Sendler, Horst:* Die Bewertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozess mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und französischen Rechts. Dissertation. Berlin 1956. (Sendler)
- Serlachius, Allan:* Lääkärin todistamis- ja vaitiolovelvollisuus. LM 1913 s. 36 ss.
- » — Oikeudenjakomme saksalaistumisesta. LM 1907 s. 37 ss. ja 69 ss.
- Sicard, Jean:* La preuve en Justice après la réforme judiciaire. Paris 1960.
- Sidler, René:* Das Redaktionsgeheimnis im schweizerischen Strafprozess. Dissertation. Basel 1968.
- Siegert, Karl:* Verwertung rechtmässiger Tonbandaufnahmen im Strafprozess. GA 1957 s. 265 ss.
- Siegrist, Edgar:* Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses. Bern 1938. (Grundfragen)
- Simader, Walter:* Die Ablehnung von Beweisunterlagen in der Hauptverhandlung. Leipzig 1933. (Beweisanträge)
- Sinisalo, Kari:* Poliisin toimivallan määrittäminen. Tutkimus poliisin valasta ylläpitää yleistä järjestystä ja turvallisuutta. Vammala 1971.
- Sipilä, Helvi:* Tarvitaanko moraalista perheoikeutta? Oikeus ja politiikka s. 136 ss.
- Sipponen, Kauko:* Arvostelu teoksesta Ilkka Saraviita: Lakiehdotuksen lepäämään jättäminen. LM 1972 s. 97 ss.
- » — Oikeus ja politiikka. Teoksessa Per Lindholm — Heikki Seppänen (toim.): Oikeus ja politiikka. S. 13 ss.
- Sjögren, Wilhelm:* Den svenska processrättens historia. Ny upplaga utgiven av Juridiska Föreningen. (Moniste). Upsala 1919.
- Sjöholm, Erik:* Om den diplomatiska immuniteten mot tvångsingripanden. SvJT 1973 s. 208 ss.
- » — Polislagen m.m. Stockholm 1959.
- Sjöström, Bertil:* Asianosaisen kuulustelu todistelutarkoituksessa. LM 1936 s. 37 ss.
- » — Eräät rikosasioissa käytettävät pakkokeinot. Julkaissut oikeusministeriö. Helsinki 1947. (Muistio)
- » — Muodollisesta prosessinjohtosta alioikeudessa tavallisissa riita- ja rikosasioissa Suomen oikeuden mukaan. Suomentanut ja muuttuneen lainsäädä-

- dännön aiheuttamin muutoksin ja lisäyksin varustanut Paavo Alkio. Turku 1948. (Sjöström — Alkio)
- » — N.s. törkeän rikoksen käsitteestä. Juhlajulkaisu Kaarlo Juho Ståhlberg. Vammala 1945. S. 104 ss.
- » — Om tredskodom enligt finsk och svensk civilprocessrätt. Helsingfors 1916. *Skarstedt, Sigfrid*. Om straffprocessuella tvångsmedel enligt svensk rätt I—II. Lund 1895 ja 1896.
- Skeie, Jon*: Den norske straffeprosess. I—II. Oslo 1939.
- Sowle, Claude R.* (toim.): Police power and individual freedom. Chicago 1952.
- Spendel, Günter*: Beweisverbote im Strafprozess. NJW 1966 s. 1102 ss. (Spendel)
- » — Wahrheitsfindung im Strafprozess. JuS 1964 s. 465 ss.
- Stang, Emil*: Rettergangsmåten i straffesaker. 2. utg. Oslo 1951.
- Statens offentliga utredningar* 1926:32. Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Rättegången i brottmål. Stockholm 1926. (PK II)
- » — 1938:44. Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk II. Motiv m.m. Stockholm 1938. (PLB II)
- » — 1972:41 Familj och äktenskap. 1 Stockholm 1972.
- » — 1975:20. Särskilda regler för handläggning av anmälan mot polisman. Betänkande av utredningen om förfarandet vid brott eller förseelse i tjänsten av anställda inom polisväsendet. Stockholm 1975.
- » — 1975:95. Telefonavlyssning. Betänkande av utredningen om telefonavlyssning. Stockholm 1975.
- Stefani, Gaston — Lévassur, Georges*: Droit pénal général et procédure pénale. Tome II. Procédure pénale. Deuxième Edition. Paris 1966. (Stefani — Lévassur)
- Stein, Friedrich*: Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893.
- » — Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts. 3. Auflage bearbeitet von Josef Juncker. Tübingen 1928.
- Stelter, Peter*: Die Hearsay Rule und ihre Ausnahmen im englischen Strafprozess. Berlin 1969. (Hearsay Rule)
- Stening, Anders*: Bevisvärde. Akad. avh. Uppsala 1975.
- » — Om sammanställning av bevisfakta och deras bevisvärde. TfR 1973 s. 64 ss.
- Stenlund, Henry*: Valheenpaljastajasta. SPL 1961 s.
- Straffeprosesslovkomitéen*: Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker. Avgitt i juni 1969. (Innstilling)
- Stree, Walter*: In dubio pro reo. Tübingen 1962.
- Ström, Björn*: Fråga om vittnesplikt. TSA 1962 s. 331 ss.
- Strömberg, Erik*: Narkoanalysens användelse i retspsykiatrien. TKrV 1949 s. 195 ss.
- Strömholm, Stig*: Användning av utländskt material i juridiska monografier. SvJT 1971 s. 251 ss.
- » — Integritetsskyddet. Ett försök till internationell lägesbestämning. SvJT 1971 s. 695 ss.
- » — Till definition av begreppet »rättsregel». SvJT 1969 s. 168 ss.
- Stützel, Karl*: Der Beweisanspruch im Strafverfahren. Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausl. Prozessrecht. H 24. Leipzig 1932.

- Ståhlberg, Kaarlo L.*: Asianomistajasta todistajana. DL 1961 s. 252 ss.
- Sundström* (Salmiala), *Bruno*: Asianajajan salassapitovelvollisuudesta. DL 1921 s. 489 ss.
- Suviranta, Antti*: Arvostelu teoksesta Pirkko K. Koskinen: Työntekijöiden osallistumisesta päätöksentekoon yrityksessä. LM 1973 s. 461 ss.
- Sydow, Fritz*: Kritik der Lehre von den »Beweisverboten«. Würzburg 1976 (Kritik)
- Söderlund, Erik*: Rättegångsbalken med kommentar. Del I: Kap. 1—12. Stockholm 1970.
- Takki, Tapio T. J.*: Sananen »avoimista» tunnusmerkistöistä siviililainsäädännössä. DL 1970 s. 58 ss.
- » — Sananen prosessioikeuden asemasta yliopisto-opetuksessa. LM 1970 s. 941 s.
- Tarjanne, Tapio*: Asianosaisseuraanto Suomen siviiliprosessissa. Helsinki 1929.
- Tetzner, Heinrich*: Arvostelu teoksesta Bernhard Pfister: Das technische Geheimnis (know how) als Vermögensrecht. JZ 1975 s. 391.
- Tiili, Virpi*: Yksityiselämän suojasta joukkoviestinnässä. LM 1975 s. 899 ss.
- Tikka, Kari S.*: Tiedepolitiikka ja tutkijan vastuu. Oikeus 1976 s. 133 ss.
- Tirkkonen, Tauno*: Advokaters och läkares tystnadsplikt i rättegång. Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet, 1952, s. 150 ss.; Bilaga IV s. 3. ss. (Tystnadsplikt)
- » — »Der Ewigkeitswerte bar». Juhlajulkaisu Toivo Mikael Kivimäki 5. 6. 1956. Vammala 1956. S. 412 ss.
- » — Lisiä lääkärin vaitiolovelvollisuuteen todistajana. LM 1951 s. 58 ss.
- » — Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta todistajana. Suomen lääkärilehti 1949. s. 793 ss.
- » — Mietteitä erään väitöskirjan johdosta. LM 1966 s. 125 ss.
- » — Oikeusvoimasta. Sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siviiliprosessioikeudessa. Helsinki 1933.
- » — Prosessioikeuden johtavista periaatteista. Juhlajulkaisu Kaarlo Juho Ståhlberg 1865. 28/1. 1945. Vammala 1945. S. 422 ss.
- » — Rikosasiassa annetun tuomion sitovasta vaikutuksesta siviiliprosessimenetelyssä. LM 1934 s. 113 ss.
- » — Rikosprosessin yleinen oikeudellinen luonne. LM 1946 s. 150 ss.
- » — Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. Neljäs, uusittu painos. Porvoo 1975. (Pääpiirteet)
- » — Suomen rikosprosessioikeus I. Toinen, uusittu painos. Porvoo 1969. (Rp I). II. Toinen, uusittu painos. Porvoo 1972. (Rp II)
- » — Suomen siviiliprosessioikeus I. Toinen, uusittu painos. Porvoo 1974. (Sp I).
- » — Totuus oikeudenkäynnissä. Suomalaisen tiedeakatemian esitelmät ja pöytäkirjat 1961. Helsinki 1962. (Totuus)
- » — Uusi todistuslainsäädäntö. Laki oikeudenkäymiskaaren 17 luvun muuttamisesta. Vammala 1949. (Tirkkonen)
- » — Valmistavasta käsittelystä riita-asioissa. LM 1949 s. 162 ss.
- Tirkkonen, Tauno* — *Ellilä, Tauno*: Muistio uuden todistuslainsäädännön johdosta.

- (Laki oikeudenkäymiskaaren 17 luvun muuttamisesta heinäkuun 29 päivältä 1948). Helsinki 1949. (Muistio)
- Tracy, John Evarts*: Handbook of the Law of Evidence. New York 1953.
- Trampe Kindt, O.*: Fremleggelse av sykejournaler som bevis i rettssak. Rt. 1957 s. 129 ss.
- Trankell, Arne* (toim.): Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång. Uddevalla 1965.
- Trockel, Horst*: Menschenwürde und medizinisch-biologische Forschung. NJW 1971 s. 217 ss.
- Trolle, Jørgen*: Procedure i Straffesager. Kjøbenhavn 1951.
- Trygger, Ernst*: Om skriftliga bevis. Stockholm 1887.
- Tröndle, Herbert*: Der Sachverständigenbeweis. JZ 1969 s. 374 ss.
- Tulenheimo, Antti*: Valmistavasta tutkinnasta rikosasioissa Suomen oikeuden mukaan. LM 1911 s. 187 ss.
- Tulenheimo, Antti—Ellilä, Tauno*: Oikeustieteellisen tutkielman laatiminen. Kolmas, uusittu painos. Vammala 1968.
- Ullmann, Emanuel*: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. München 1893.
- Uotila, Jaakko*: Normitieto ja reaalityö. LM 1967 s. 839 ss.
- Uppström, Wilhelm*: Öfversigt af straffprocessrätten enligt främmande och svensk rätt. Stockholm 1884. (Straffprocessrätten)
- Walder, Hans*: Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess. SchwZStr 1967 s. 36 ss. (Walder)
- Walter, Robert*: Zur Problematik der juristischen Entscheidung. JBI 1966 s. 225 ss.
- Vasa, Kosti*: Kriminalistiiikka oikeuskäytössä. Lakimies ja yhteiskunta 1955 s. 3 s.
- Vassalli, Giuliano*: Der strafrechtliche Schutz der Persönlichkeitssphäre im technischen Zeitalter. ZStW 1962 s. 441 ss.
- Wassermann, Rudolf*: Neuer Stil im Strafprozess. ZRP 1969 s. 169 ss.
- Wedberg, Anders*: Johdatus nykyiseen logiikkaan. Suomennos. Helsinki 1947.
- Welamson, Lars*: Domvillobesvär av tredje man. Norrköping 1956.
- » — Läkarsekretessen. En rättslig undersökning. Stockholm 1962.
- » — Några anmärkningar om advokats tystnads- och vittnesplikt. TSA 1962 s. 288 ss.
- » — Rättegångsbalken och sekretesslagstiftningen. FT 1950 s. 289 ss.
- Venoja, Harry*: Takavarikko. Rikosprosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1947.
- Westhoff, Ursula*: Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts. Berlin 1955. (Westhoff)
- Westin, Alan F. W.*: Privacy and freedom. London 1970.
- Westman, Bo*: Tystnadsplikt och upplysningsplikt. TSA 1963 s. 391 ss.; 1964 s. 211 ss.
- Vetter, Rudolf*: Probleme des Zeugnisverweigerungsrechts. Dissertation. Aarau 1954.
- Wigmore, John Henry*: A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law. Vol 2, 3, 8. 3rd edition. Boston 1940. (Evidence)

- Wiebel, Bernhard*: Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen. Köln—Opladen 1970.
- Wijk, B.*: Om mened enligt gällande svensk rätt. Lund 1895.
- Vilkkonen, Eero*: Hallintotoimen mitättömyydestä. Vammala 1970. (Vilkkonen)
- Williams, Glanville*: Evidence obtained by illegal means. The Criminal Law Review. London 1955.
- » — The Proof of Guilt — A Study of the English Criminal Trial —, 3rd edition. London 1963.
- Virolainen, Jyrki*: Oikeudenkäynnin uudistamisesta. LM 1976 s. 688 ss.
- » — Syyttäjän muutoksenhausta syytetyn eduksi. LM 1972 s. 610 ss.
- Vliet, R. Dale*: Yhdysvaltain todistusoikeus. Suomentanut LM 1963 s. 751 ss.
- Vogel, Johann*: Zeugnisverweigerung in der Psychotherapie. NJW 1972 s.
- Wrede, R. A.*: Finlands gällande civilprocessrätt. Första bandet, utgiven av Bo Palmgren. Neljäs painos. Vammala 1953. II. Redigerad av O. Hj. Granfelt. Tammerfors 1943. (Wrede I—II)
- » — Grunddragen af bevisrätten enligt gällande lag. Helsingfors 1894. (Wrede)
- » — Grunddragen av Finlands processrätt. Helsingfors 1919. (Grunddragen)
- » — Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys. Suomentaneet Hjalmar Kahanpää ja Kaarlo Kaira. Kolmas, uusittu painos. Porvoo 1949.
- » — Till frågan om läkares tysthetsplikt. JFT 1891 s. 113 ss.
- Wrede, R. A. — Sjöström, Bertil — Tirkkonen, Tauno*: Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. Kolmas, muutettu ja täydennetty painos. Porvoo—Helsinki 1946.
- von Wright, Georg Henrik*: Logiikka, filosofia ja kieli. Keuruu 1958.
- Wroblewski, Jerzu*: The problem of the so-called judicial truth. JFT 1975 s. 19 ss.
- Vuortama, Timo*: Hyvä lehtimiestapa. Karkkila 1976.
- Würtenberger, Thomas*: Der Schutz des Berufsgeheimnisses und das Zeugnisverweigerungsrecht des Sozialarbeiters. Teoksessa: Gedächtnisschrift für Hans Peters. Berlin 1967. S. 923 ss.
- Ylösjoki, Pentti*: Poliisioikeus I—II. Poliisitoiminnasta erityisesti virka-aputoimintana sekä siihen liittyvästä vastuusäännöstöstä poliisioikeuden järjestelmässä. Hämeenlinna 1965, 1966.
- Zachariä, Heinrich Albert*: Handbuch des deutschen Strafprozesses. Band II. Göttingen 1868.
- Zahle, Henrik*: Bevisretlige studier — en skitse. TfR 1975 s. 248 ss.
- von Zezschwitz, Friedrich*: Das Gewissen als Gegenstand des Beweises. JZ 1970 s. 233 ss.
- Ziegler, Wolfgang*: Zweckmässigkeitstendenzen in der höchstrichterlichen Auslegung des Beweisrechts im Strafverfahren. Tübingen 1969. (Ziegler)
- Zipf, Heinz*: Strafprozessrecht. 2., neubearb. Aufl. Berlin 1977.
- Zippelius, Reinhold*: Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit. JZ 1970 s. 188 ss.
- Zitting, Simo*: Juridiikka ja politiikka. LM 1973 s. 84 ss.

L Y H E N T E I T Ä

AlkoholiL	= Alkoholilaki 26. 7. 1968/459
AsiakJulkL	= Laki yleisen asiakirjan julkisuudesta 9. 2. 1951/83
av	= alaviite
BGE	= Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (Sveitsi)
BGHSt.	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Saksa)
BrB	= Brottsbalken (Ruotsi)
C.p.	= Code pénal (Ranska)
C.p.p.	= Code de procédure pénale (Ranska)
DL	= Defensor legis
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
dStPO	= Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877 (Saksan liittotasavalta)
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
FT	= Förvaltningsrättslig tidskrift
GA	= Goltdammers Archiv für Strafrecht
GS	= Gerichtssaal
HM	= Suomen hallitusmuoto 17. 7. 1919
HO	= Hovioikeus
iC.p.p.	= Codice di procedura penale (Italia)
ibid.	= ibidem (samassa paikassa)
JBl	= Juristische Blätter (Wien)
JFT	= Tidskrift, utgiven av juridiska föreningen i Finland
JO	= Justitieombudsmannens ämbetsberättelse
JR	= Juristische Rundschau
JurJahrb	= Juristenjahrbuch
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KL	= Kirkkolaki 23. 12. 1964/635
KOM	= Komiteanmietintö
KoO	= Korkein oikeus
l.c.	= loco citato (mainittu teos)
LM	= Lakimies. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen aikakauskirja
LvK	= Lainvalmistelukunta
MDR	= Monatschrift für Deutsches Recht
NaapuruusL	= Laki eräistä naapuruussuhteista 13. 2. 1920/26
NJA	= Nytt juridiskt arkiv

NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NKÅ	= Nordisk kriminalistisk årsbok
OA	= Eduskunnan oikeusasiamies
OK	= V. 1734 lain oikeudenkäymiskaari
OKa	= Valtioneuvoston oikeuskansleri
PainoL	= Painovapauslaki 4. 1. 1919/1
PM	= Poliisimies, Helsinki
PoliisiL	= Poliisilaki 18. 2. 1966/84
RB	= Rättegångsbalken 18. 7. 1942 (Ruotsi)
Rev. de Crim.	= Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RL	= Rikoslaki 19. 12. 1889
Rpl	= Lov om rettens pleje 11. 4. 1916 (Tanska)
Rt.	= Norsk Retstidende
RVA	= A rikoslain voimaannapemisesta 19. 12. 1889 (nimike L:ssa 1. 7. 1948)
SchwJZ	= Schweizerische Juristen-Zeitung
SchwZStr	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SPL	= Suomen Poliisilehti
SRL	= Sotaväen rikoslaki 30. 5. 1919
strl.	= Almindelig borgerlig Straffelov 22. 5. 1902 (Norja)
strpl.	= Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager 1. 7. 1887 (Norja)
SvJT	= Svensk Juristtidning
SOU	= Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
TakavarikkoL	= L takavarikosta ja etsinnästä rikosasioissa 12. 6. 1959/260
TfR	= Tidsskrift for Rettsvitenskap
TKrV	= Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab
TSA	= Tidskrift för Sveriges advokatsamfund
TSL	= Työsopimuslaki 30. 4. 1970/320
TulliL	= Tullilaki 8. 9. 1939/271
U	= Ugeskrift for Retsvaesen
ValtuusRL	= L eräitä valtuuslakeja vastaan tehtyjen rikosten rankaisemisesta 28. 6. 1958/305
VilpKilpL	= L vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi 31. 1. 1930/34
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozess
ÖJZ	= Österreichische Juristenzeitung
öStPO	= Strafprozessordnung v. 23. 5. 1873 (Itävalta)

I LUKU

ESIKYSYMYKSIÄ

1. Tutkimustehtävä. Johdatus problematiikkaan

a) Valmistava probleemin asettelu

1. Rikosprosessin päämääränä on (aineellisen) rikosoikeuden toteuttaminen konkreettisessa tapauksessa: teon ja tekijän oikea arvostelu rikoksesta johtuvien julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten seuraamusten määrittämiseksi.¹ Tällaisena rikosprosessia hallitsee oikeuden aate.² Se mitä oikeuden aate yleisenä eli abstraktisena edellyttää on konkreti-soitava rikostuomiossa annettavassa (uudessa) yksittäisnormissa, jossa tuomioistuin määrää, miten pitää olla. Sovellettavaksi tulevan yleisen oikeusnormin yksilöinti on mahdollista vasta kun on todettu, ovatko vääräryysseuraamuksen kriteerit ratkaistavassa tapauksessa täyttyneet. On

¹ Laajasta kirjallisuudesta ks. esim. Aalto s. 36 av 27; T. Ellilä, LM 1970 s. 499 ss.; Granfelt, Föreläsningar s. 1 ss.; Sjöström—Alkio, Muodollisesta prosessin johdosta s. 17; Tirkkonen, Rp I s. 18 verr. s. 1; Venoja, Takavarikko s. 1; Wrede, Grunddragen s. 131. Sama yleisluonnehdinta esiintyy yleensä ulkomaisessa prosessitieteessä. Ks. sen johdosta Olivecrona s. 16; Peters, Lehrbuch s. 7; Eb. Schmidt, Strafprozessrecht s. 17 rn 7; Roeder s. 1; Stefani—Levasseur s. 4 rn 6.

Annettu yleiskuvaus jo osoittaa, että jokaista rankaisemista varten tarvitaan oikeudenkäynti. *Nulla poena sine processu*. Tämän johdosta rikosprosessioikeuden merkitys rikosoikeudelle on ratkaisevasti suurempi kuin vastaavasti siviiliprosessioikeuden siviilioikeudelle. Ks. tästä esim. Olivecrona, mt. ibid.; Kern—Roxin (10. painos) s. 1.

² Näin Schumann, Die Prozessökonomie als rechtsethisches Prinzip s. 288; Spendel, JuS 1964 s. 466; Westhoff s. 6. Ks. myös Peters, Der neue Strafprozess s. 17. Toisella periaatteellisella kannalla Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage s. 292 ('Prosessuaalinen tarkastelutapa on »moralinfrei«.); Stein, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts s. XIV: »Der Prozess ist für mich das technische Recht... der Ewigkeitswerte bar.«

toisin sanoen todettava, miten on tai miten on ollut.³ Elämän olosuhde, johon lakia sovelletaan, on määritettävä. Mainittu tapahtumainkulun ennallistaminen vasta mahdollistaa oikeusseuraamuksen määrittämiselle tarpeellisen lain abstraktion ja elämän konkretion vertailun. Asiantilan selvittäminen näyttäytyy siten tuomarin »tuomitsevan» tehtävän välttämättömänä edellytyksenä.⁴

Katseen kohdistaminen asian tilan selvittämiseen tuo — tautologisesti sanoen — esille kysymyksen totuuden tutkimisesta rikosprosessissa.

Suuntaa antava on havainto, että rikosprosessi voi saavuttaa päämääränsä oikeuden aatteen toteuttamisen vain jos totuus saadaan ilmi. Ankuroituessaan itse rikosprosessin perustarkoitukseen totuuden tutkiminen saa arvopyrkimyksenä koko rikosprosessuaalista tapahtumaa määrittävän aseman. Tämän eettisen ja siihen läheisesti kytkeytyvän psykologisen elementin tärkeyttä vastaa todistelutapahtuman hallitseva osuus prosessin kulussa. Hahmoteltu kuva saa yleispätevyyttä ja jatkuvuutta kun näkökulmaksi valitaan täydentävä oikeushistoriallinen aspekti: Millaisia muotoja ja menetelmiä todistelussa on käytettykin, koskaan ei ole

³ Döhring s. 1; Engisch, Einführung in das juristische Denken s. 49; Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 254; Zahle, TfR 1975 s. 248.

⁴ Ks. tekstissä esitetyn johdosta esim. Halila s. 13 av 36; Wrede s. 7; sama, Grunddragen s. 176; Lindblad, Läran om bevisning s. 5; Döhring s. 12 s.; Meyer, Dialektik im Strafprozess s. 81 s.; Sauer s. 1; Krähenbühl, Zeugnisverweigerungsrecht s. 1; v. Schrutka—Rechtenstamm, Zeugnispflicht und Zeugniszwang s. 1; Cross s. 1. —

Rikosoikeus on siten prosessissa sovellettavaa oikeutta: se antaa tuomarille ylälauseen; ks. esim. Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht s. 7. Mutta on huomattava, että tuomari ei saa ratkaisuun tarvittavaa ylä- ja alalauseita siten annettuna kuin ns. syllogismiteoria väittää. Tuomio voidaan kyllä viime vaiheessa laatia syllogismin ulkonaiseen muotoon, mutta tähän tarvittavien normi- ja faktuaalipremissien muodostaminen ei tapahdu yksin logiikan keinoin. Meillä alun perin Brusiinin esittämänä (Objektivität s. 54 s.) selostettu mielipide näyttää vakiintuneen tutkijoiden enemmistön käsitykseksi. Ks. esim. Aarnio, LM 1974 s. 305; Backman, LM 1970 s. 1038; Jokela, LM 1970 s. 846 s.; Klami, DL 1968 s. 379 ss.; Makkonen s. 49 ss. (perustavasti); Ojanen, LM 1970 s. 1094; Vilkkonen s. 174 s.

Tähänastisessa prosessitieteessä sitä vastoin on huomattavan yksimielisesti pidetty tuomiota loogisena syllogismina. Ks. tämän johdosta Aalto s. 9 av 5 mainittua kirjallisuutta. Omasta puolestaan Aalto lähtee siitä (ibid. s. 9), ettei tuomiota voida pitää loogisena syllogismina mutta että valmiin tuomion johtopäätösosassa pitäisi vallita harmooninen tila. — Syllogismiteorian kritiikistä ks. lisäksi Olivecrona, Domen i tvistemål s. 45; Meyer, mt. s. 91.

luovuttu itse totuustavoitteesta. Totuuspyrkimys edustaa siten rikosprosessin kehityshistoriallisesti alkuperäisintä ulottuvuutta.⁵ Näin muodoin on vain johdonmukaista, kun oikeuskirjallisuudessa on puhuttu totuuspyrkimyksestä oikeellisuuden tavoitteluun vertautuvana ylimpänä prosessuaalisena periaatteena.⁶ Samassa tai lähes samassa merkityksessä on korostettu ns. aineellisen totuuden periaatetta keskeisenä rikosprosessuaalisena ajatuksena.⁷

2. Aineellisen eli asiallisen totuuden postulaatti muodostaa käsillä olevan tutkimuksen varsinaisen lähtökohdan.

⁵ Glaser, Beweis s. 1; Mittermaier, Die Lehre vom Beweise s. 1.

⁶ Yleiseltä luonteeltaan prosessiperiaatteet ovat kokemuksellisia ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia. Ne eivät ole yleispäteviä juridisia ajatuskategorioita. Ne ovat joustavia ajatusmuotteja (Alsberg—Nüse s. 14 s.), joille on leimallista käsitteellinen väljyys (E. Müller, NJW 1976 s. 1063). Ks. tässä suhteessa myös Eb. Schmidt, mt. s. 57 rn 97. Ks. lisäksi Tirkkonen, Rp I s. 81: »Rikosprosessioikeuden ns. johtavilla periaatteilla ei yleensä ole ehdottomien oikeusperiaatteiden merkitystä.»

⁷ Prosessiteoreettisen keskustelun nykyvaiheessa ei tarvitse erityisesti painottaa, että oikeudenkäynnissä — myös siviiliprosessissa — pyritään nimenomaan aineelliseen totuuteen; ns. muodollisen eli relatiivisen totuuden periaate on jäänyt oikeushistoriaan. Ks. esim. Aalto s. 1 av 1 ja 87 s.; R. Ellilä s. 26 ja 289 (»aineellinen totuus ylämpiä esitutkintaperiaatteita»; asiallisesti samoin Esitutkinta s. 11); T. Ellilä, Hovioikeusmenettely s. 32 ss.; sama, LM 1970 s. 644; sama, Sivullissuojaja s. 118 ss., erit. s. 123; Halila s. 87 av 15; Makkonen s. 19 s.; Salmiala DL 1946 s. 204; Tirkkonen, Rp I s. 24 s.; sama, Totuus s. 163 ss. — Vanhemmassa tieteissä ovat aineellisen totuusperiaatteen kannalla esim. Brusiin, Tuomarin harkinta s. 98; Granfelt, Processledning s. 57 ss.; Honkasalo, Vahvistuskanneoikeudesta s. 16 ja 43; Sjöström, LM 1936 s. 56; Sjöström—Alkio, mt. s. 34. — Huomatakoon myös 35. tuomarinohjeen ilmaisema aineellinen totuusperiaate.

Ulkomaisessa kirjallisuudessa puheenalaisen käsityskannan ovat esittäneet mm. Hurwitz s. 11, 188 ja 548 s.; Hurwitz—Gomard, Tvistemål s. 18; Alsberg—Nüse s. 391 (»ylin periaate»); Döhring s. 6; Häussling s. 84 ss. ja 88; Panhuysen, Glaubwürdigkeit s. 14 av 53 (»ylin periaate»); Peters, Lehrbuch s. 469 (»voimassa myös esitutkinnassa»); Sax, KMR Einl. 9. b); v. Orelli, Zeugnispflicht und Zeugniszwang s. 43; Roeder s. 23 s. — Romaanisen oikeuden kannalta on Nuvo-lone (Juristentag s. 160) esittänyt, että tuomiossa on aina kysymyksessä muodollinen totuus. Mitä anglo-amerikkalaiseen oikeuteen tulee, rikosoikeudenkäynnin asianosaisprosessin luonteesta selittyy, että ei ole tunnettu tarvetta ylippingottaa totuustulokselle asetettavia standardeja; ks. Cross s. 92 s.; Nokes, Evidence s. 491 ss. —

Siviiliprosessin osalta ks. oikeusvertailevasti Nagel, Grundzüge s. 53 ss.

Tällöin tulee kuitenkin esille eräs semanttinen ongelma. »Aineellisen totuuden periaatteen» merkitysisältö on sanonnan eri käyttötapojen valossa varsin väljä. Kielenkäytölle on yhteistä, että periaatteen on nähty kohdistuvan todistusharkinnan tulokseen; tältä osin siis merkitysisältö (käsitteen, periaatteen ala) on tarkoin sovittu. »Aineellisen totuuden periaate» merkitsee tämän mukaisesti sitä, että todisteiden harkinnan tuloksena muodostettavan tosiasiaperusteen tulee olla tosi eli vastata ulkoprosessuaalista asiantilaa.⁸ Käytännöllisenä tavoitteena tämä edellyttää todistelutoiminnan osalta asiantilan maksimaalista selvittämistä, todistusharkinnan osalta todisteiden arvioinnin luotettavuutta. Itse asiassa todistusharkintakin on »asiantilan selvittämistä».⁹ Aineellisen totuuden periaatteen soveltamisalana on selvästi sekä käytännöllinen todistelutoiminta että älyllinen todistusharkinta. Havaitaan helposti, että aineellisen totuuden periaatteen yleisyysaste (abstraktiotaso) on kor-

⁸ *Tirkkonen*, Totuus s. 165 s.; *Ekelöf* IV (2.p.) s. 9. —

Aineellisen totuuden tutkimisen periaatetta ei pidä käsittää siten, että saavutettava todistelutulos vastaisi absoluuttista totuutta. Ne tietoteoreettiset epäilykset, jotka *Döhring* (s. 6) haluaa raivata pois, säilyttävät todistuslauseen totuusarvoa rajoittavan mahtinsa. Siitä seikasta, että totuuspyrkimystä nimitetään aineelliseksi totuusperiaatteeksi, ei seuraa, että voitaisiin olla absoluuttisen varmoja relevanttien tosiseikkojen olemassaolosta. Jokainen kriittisesti ajatteleva ihminen, tuomarikin, kokee tärkeämmäksi etsiä totuutta kuin omistaa totuuden. Oikeudenkäynnissä saavutettava totuus on parhaassakin tapauksessa likiarvo. Näin ankaran tietoteoreettisesti. Juridisesti voidaan kyllä luontevasti puhua oikeudenkäynnissä saavutettavasta totuudesta. Näin jo *Wrede* s. 8 s.; ja *Uppström*, *Straffprocessrätten* s. 40. Ks. lisäksi *Makkonen* s. 19 s.; *Wroblewski*, *JFT* 1975 s. 28 ('faktaskepsismi'); *Bolding*, *Bevisbörden* s. 14; *sama*, *Domstolens bevisvärdering* s. 226; *Ekelöf* IV (2.p.) s. 21 s. ja 51 (vrt. 4.p. s. 56); *Rupp*, *Juristentag* s. 167 ('niin kauan kuin ihmiset tuomitsevat, ei ole takeita objektiivisesta totuudesta'); *Sauer* s. 151; *Spendel*, mt. s. 465 s.; v. *Stackelberg*, *Juristentag* s. 99; *Roeder* s. 141; *Maguire* s. 85. Anglo-amerikkalaiselle prosessiajattelulle kuvaava on *Maguire*nen asenne (ibid. s. 65): Aikaa jutun käsittelemiselle on liian vähän jotta kannattaisi edes ottaa vaivaksi pyrkiä (aineelliseen) totuuteen. Jäähän totuudentutkimisintressi näet merkitykseltään relatiiviseksi sen tosiseikan johdosta, että ihmiset eivät elä tuhat vuotta.

Nehrman vertaa prosessuaalista totuutta matemaattiseen varmuuteen (*Processum Civilem* s. 225) ja huomauttaa, että juridinen varmuus ei saavuta jälkimmäiselle ominaista apodiktisuutta. On tietysti harhaan johtavaa verrata näitä yhteismitattomia käsitteitä toisiinsa, ks. *Ekelöf* IV (2.p.) s. 20. Toisaalta on muistettava, että *Nehrman*in aikana faktisen/historiallisen totuuden ja matemaattisen totuuden välinen ero oli selkiintymätön.

⁹ *Bohne*, *Überzeugungsbildung* s. 8; *Häussling* s. 97.

kea. »Aineellisen totuuden periaate» onkin nimitys, jonka avulla ei ole helppo ilmaista, tarkoitetaanko pelkästään rikosoikeudenhoidon orgaanien todisteiden hankkimisessa ja esittämisessä noudatettavaa oikeussääntöä vaiko samalla tuomarin todistusharkinnalle ja vakaumuksenmuodostukselle asetettavaa oikeusohjetta. Seuraavassa esityksessä »totuuden tutkimisen/asiantilan selvittämisen periaate» painottuu yleensä siten, että nimityksellä tarkoitetaan vain todistelutoimintaa. Onko merkityssisältö laajempi, myös todistusharkinnan piiriinsä sulkeva, ilmenee nimityksen käyttöyhteydestä.¹⁰

Tutkimustehtävän kannalta on merkitsevää, että aineellisen totuuden tutkimisen periaate edustaa »todellista» oikeusperiaatetta. Rakenteeltaan puheenalainen periaate on tuomariin ja syytteenpanoviranomaisiin kohdistuva käskynormi. Totuuden tutkiminen on tuomarin velvollisuus.¹¹ Käskynä totuuden selvittäminen on mielekäs vain, jos normi-

¹⁰ Vrt. *Tirkkonen*, Rp II s. 90; *Döhring* s. 12 s. —

Huomattakoon, että käytännön tuomitsemistoiminnassa todistelu ja todistusharkinta tapahtuvat synkronisoidusti, seikka joka vaikeuttaa »aineellisen totuuden periaatteen» sellaista käyttötapaa, että nimityksellä tarkoitetaan vain toista tai toista todistelun pääulottuvuutta. Ks. tämän johdosta *Peters*, mt. s. 255 s.; *Sauer* s. 154 ss. Tietenkin on mahdollista, että tuomari »ratkaisee» jutun jo akteista ennen kuin todistuskeinojen avulla tapahtuva todistelu on edes alkanut. Ks. tästä yleisesti *Grassberger*, *Psychologie* s. 331 ss.; *Ziegler* s. 119.

Viime kädessä tekstissä pohdittu ongelma koskee kielenkäyttöä ja sellaisena se voidaan kiertää kiinnittämällä tarpeellista huomiota termien valintaan.

¹¹ Tuomari ei tietenkään ole yksin vastuussa prosessin päämäärän saavuttamisesta. Riippuen siitä, noudatetaanko prosessissa ns. akkusatorista eli syyttämismenetelmää vai inkvisitorista eli tutkimismenetelmää, aloite oikeudenkäyntiin, sen eteenpäin vieminen ja totuuden selvittämiseksi tarvittavan oikeudenkäyntiaineiston hankkiminen kuuluu joko viralliselle syyttäjälle tai tuomioistuimelle. Ajankukaisissa prosessijärjestelmissä kumpikaan menetelmä ei esiinny puhtaaksi-viljeltyinä. Suomen oikeudessa inkvisitoriset ainekset ovat etualalla ns. törkeitä rikoksia koskevissa jutuissa. Muutoin kehitys on kyllä johtamassa akkusatoristen piirteiden yleistymiseen. Vastaavasti OK 17:1:n säännös, joka asettaa todistamisvelvollisuuden syyttäjälle, saa yhä suuremman merkityksen. Tuomari on tosiasiallisesti, joskaan ei oikeudellisesti, sidottu syyttäjän esityksiin. Yksityiskohtien johdosta ks. etenkin *Tirkkonen*, Rp I s. 85 ss.; *Aalto*, LM 1967 s. 17; *T. Ellilä*, LM 1970 s. 643; *Esitutkintatoimikunnan mietintö* (1964) s. 3; *Hakulinen*, LM 1971 s. 657 ss.; *Dillén*, *Föreläsningar i straffprocessrätt* s. 31 ss.; *Andenaes*, *Straffe-prosessens* s. 292. Saksan oikeuden kannalta ks. etenkin *Westhoff* s. 9 ss. laajoin oppihistoriallisin katsauksin. Vrt. muutoin jäljempänä III 1 bg 1 av 236 kohdalla olevaa esitystä.

adressaatilla on reaaliset mahdollisuudet edellytettyyn käyttäytymiseen. Totuuden tutkiminen edellyttää vapautta. Lainsäädännössämme tämä on kiistattomasti tunnustettu. Oikeutemme mukaan onkin voimassa seuraava sääntö:

Kaikki relevantit tosiasiat on tutkittava ja tällöin on käytettävä kaikkia tarjolla olevia todistuskeinoja.¹²

Oikeudenkäymiskaari ei tosin lausu tätä oikeusajatusta eksplisiittisesti, mutta sen todistelua koskeva 17 luku rakentuu selvästi tälle ajatukselle. Näin muotoiltu perusajatus palautuu yhtä paljon säädännäisen todistusoikeutemme orgaaniseen kokonaisuuteen kuin perusnormin luonteeseen OK 17: 2,1:een.¹³

Muutoin rikosprosessuaalinen asiantilan selvittäminen muistuttaa tiedemiehen tutkimustoimintaa. Niin hyvin tuomari kuin tutkijakin pyrkii totuuteen. Molempien ihanteena on totuus. Absoluuttisena arvona totuus on välttämätön tavoitella mutta vaikea saavuttaa. Tuomarille totuuspyrkimys edustaa rikosprosessin oikeuseettistä ulottuvuutta; hänelle totuus on olemassa oikeellisuuden vuoksi, kun vuorostaan tutkijalle tiede on olemassa totuuden vuoksi.¹⁴ Ihanteiden samuudesta paljolti selittyy tuomarin ja tiedemiehen henkisen asenteen yhdenkaltaisuus.¹⁵ Mutta yhtäläisyydet eivät rajoitu tähän. Käytännöllisenä toimintana rikosprosessuaalinen tosiasiantoteaminen osoittaa läheistä samankaltaisuutta historioitsijan tutkimustoiminnan kanssa.¹⁶ Oikeudenkäynnissä selvitettävät tosiseikat kuuluvat useimmiten menneeseen aikaan; tästä juuri on

¹² Kuten tekstissä *Beling* s. 2; *Grünwald* s. 489. Ks. myös *Krause* s. 194 s.; *Spendel* s. 1103.

¹³ Vrt. *Tirkkonen* s. 22: »Tuomioistuin saa totuuden ilmisaamiseksi turvautua kaikkiin mahdollisiin tiedonlähteisiin.» Asiallisesti samoin *T. Ellilä*, Oikeudenkäyntivalhe s. 54. Näin myös Oik. min. ls. osaston julkaisu 2/1976 s. 30. Samaa tapaan varhemman oikeuden kannalta jo *Nehrman*, *Processum Criminalem* s. 2. — *Schäfer* toteaa *Saksan* oikeuden kannalta, että totuudentutkimisvelvollisuuden voimassaolo ei ehdottomasti edellytä tätä koskevaa muodollista oikeussäännöstä; ks. *Löwe—Rosenberg (Schäfer)*, *Strafprozessordnung* s. 146.

OK 17: 2:n yleisestä merkityksestä ks. *Tirkkonen—Ellilä*, Muistio s. 21: Kysymyksessä on uudistetun todistuselainsäädäntömme tärkein säännös.

¹⁴ *Beling* s. 1; *Döhring* s. 5 ss.; *Meyer*, mt. s. 35; *Sauer* s. 156; *Spendel* JuS 1964 s. 465.

¹⁵ Tätä korostaa *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 205 s.; *sama*, Objektivität s. 24 ja 85.

¹⁶ *Engisch*, mt. s. 51; *Ekelöf* IV (2.p.) s. 24 av 45.

kysymys luonnehdittaessa prosessuaalinen todistelu ns. historialliseksi todisteluksi.¹⁷ Historiantutkija pyrkii lähdeaineistonsa avulla selville menneessä ajassa esiintyneistä tosiasioista, rikosprosessin kohteena on (väitetty) historiallinen rikollinen teko.¹⁸ Mutta tuomari saattaa joutua tekemään havaintoja myös havainnontekohetkellä vallitsevasta olotilasta; tällöin on kysymyksessä katselmus, tuomarin omien aistien todistus.¹⁹ Tässä suhteessa tuomari on totuuden tutkijana lähellä luonnontutkijaa.²⁰

Verrattaessa edelleen toisiinsa tuomarin ja tiedemiehen tiedoitsemistoimintaa, on palattava edellä asetettuun aksioomaan rikosprosessuaalisen totuuden tutkimisen periaatteellisesta esteettömyydestä. Tätä teesiä vastassa on aksiooma tieteellisen tutkimuksen vapaudesta. Tieteellinen tutkimus on kulttuurissamme perinteisesti vapaata.²¹ Maamme on liit-

¹⁷ *Wrede* s. 8; *sama*, *Grunddragen* s. 86; *Tirkkonen* s. 12; *sama*, *Rp II* s. 82; *sama*, *Totuus* s. 167; *Lindblad*, *mt.* s. 46; *Ekelöf*, l.c. *ibid.*; *Sauer* s. 163.

¹⁸ Näin *Aalto* s. 34 s.; *T. Ellilä*, *LM* 1948 s. 491 s.; (vrt. *kuitt. sama*, *LM* 1966 s. 217 s.: rikosprosessissa on kysymyksessä rikokseksi väitettyyn tekoon tai lainminlyöntiin perustettu reagointivaatimus); *Granfelt*, *JFT* 1939 s. 566 s.; *Palme*, *Om det fortsatta brottet* s. 136; *Palmgren*, *Målsägandes åtalsrätt* s. 49 ss.; *Tirkkonen* *Rp I* s. 14 ss.; *Olivecrona* s. 138; *Kern—Roxin* s. 95; *Peters*, *mt.* s. 27.

Viimeksi on *Lager*, s. 23, katsonut, että rikosprosessin kohteena on rikollinen teko. — Toisin *Wrede* s. 30 ja »Finlands gällande civilprocessrätt» I s. 45: rikosprosessin kohteena on valtion rankaisuvaade. Samoin *Gomard*, *Studier* s. 63 (*Tanska*); *Roeder* s. 75 (Itävalta); *Stefani—Levasseur* s. 11 rn 16 (*Ranska*).

¹⁹ Ks. esim. *Granfelt*, *Sammandrag* s. 94 s.; *Halila* s. 189; *Tirkkonen* s. 221 ss.; *Wrede* s. 45 ja 49 ss.; *sama*, *Grunddragen* s. 90; *Ekelöf* IV s. 13 ('useinkin sellainen todistuskeino, joka mahdollistaa oikeustosiasian havainnoinnin') ja 172 ss.; *Andenaes*, *mt.* s. 159; *Döhring* s. 312 ss.; *Ziegler* s. 35, 121 ja 123. — Vanhemmasta kirjallisuudesta ks. esim. *v. Schrutka—Rechtenstamm*, *mt.* s. 2 verr. s. 20 s. — Katselmuksen luotettavuudesta ks. *Lindblad*, *mt.* s. 212; ja *Schreiber*, *Logik des Rechts* s. 71.

²⁰ Vrt. *Spendel*, *JuS* 1964 s. 468.

²¹ Oikeustieteen yhteiskuntasidonnaisuudesta ja siitä aiheutuvista vaaroista yksilökeskeiselle tutkimuksen vapaudelle on viime vuosina virinnyt laaja mieliteiden vaihto. *Erikssonin* pääteesejä on »uudenlainen kriittinen oikeustiede», joka ei saa jättää tutkimusta vain kuvailevaksi (ks. esim. *JFT* 1969 s. 414 ss.). Samassa hengessä esittää *Ojanen* (*LM* 1970 s. 1095), että lainoppi niveltyy erottamattomasti yleiseen politiikkaan. Perinteistä ajattelutapaa edustanee *Zitting*, joka, uusia ajatuksia silti torjumatta, korostaa välttämättömyyttä vaalia tieteen vapautta (*LM* 1973 s. 89 s.). Keskustelua on jatkanut *Hyvönen*, *LM* 1973 s. 563 (i.f.), joka kiinnittää huomiota siihen, ettei tieteen vapauden ihanne saa johtaa totuudellisuuden vaatimuksen unohtamiseen. — Tämän johdosta on sanottava, että tieteelläkin on vastuunsa. On tapauksia, joissa totuus ei voi olla mikään abso-

tynyt (A:lla 16. 1. 1976) taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaan v. 1966 kansainväliseen yleissopimukseen, jossa sopimusvaltiot sitoutuvat kunnioittamaan tieteellisen tutkimuksen vapautta (15 art. 3 kappale).

Rikosprosessuaalisen tiedoitsemistoiminnan kohdalla asiantila on oleellisesti toisin: totuuden vapaa tutkiminen edustaa oikeuskulttuurin varsin myöhäissyntyistä tuotetta. Merkitsihän vasta v. 1948 tapahtunut todistuslainsäädäntömme uudistus vapaan todistelun lopullista omaksumista. Varhemman lainsäädännön yritykset sitoa potentiaalisten todistuskeinojen koko runsaus ja niiden käyttämisen edellytykset kaavamaisiin luetteloihin olivat osoittautuneet totuuden selvittämiseksi haitallisiksi. Juuri tällä alueella vuoden 1948 uudistus merkitsi syvällisintä muutosta; nyt luovuttiin ns. todistajan jääveistä. Tapahtunut perusteellinen muutos tuli välttämättä ilmi myös todistusoikeudellisessa kielenkäytössä, jossa määre »vapaa» ilmaisee todistelun erään uuden attribuutin.²²

Esitetty suppea oikeushistoriallinen tausta on sinänsä riittämätön

luuttinen arvo — ajateltakoon esim. fyysis-matemaattisten tieteiden sotilaallisia sovellutuksia tahi vaikkapa tuskallisia eläinkokeita. Kaikki tiede on alistettava yhteisön valvutuneeseen kontrolliin silti säilyttäen tieteelliseen tutkimukseen kuuluvan vapaan hengen. Vrt. v. *Wright*, Ajatus ja julistus s. 13; *Linkomies*, Puhe lukuvuoden avajaisissa 10. 9. 1958 (kokoelmassa: Helsingin Yliopisto. Rehtorin puheet lukuvuoden avajaisissa 1953—1967. Helsinki 1967); ja kokoavasti *Tikka*, Oikeus 1976 s. 133 ss.

²² Lakisääntöisen eli legaalisen todistusteorian ja vapaan todistusten harkinnan periaatteen eli vapaan todistusteorian välisten eroavuuksien seikkaperäinen selvittäminen ei tässä yhteydessä tule kysymykseen. Aikaetäisyyden kasvaessa lakisääntöinen todistusteoria menettää tutkimuskohteena nykytärkeyttään. Ks. po. suhteessa lähemmin *T. Ellilä*, LM 1948 s. 614 av 5; *Halila* s. 18 ss.; *Hallituksen esitys* 1945 N:o 137 s. 1 ss.; *Tirkkonen—Ellilä*, Muistio s. 21; *Wrede* s. 15 ss.; *Afzelius*, Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål s. 81 ss.; *Ekelöf* IV s. 15 s.; *Processnämnden* s. 67 s.; PLB II s. 377 ss. — Euroopan mannermaan osalta ks. etenkin *Glaser*, mt. s. 16 ss.

Mitä todistelun määritelmään tulee, *Halila*, s. 15, kuvaa termillä »todistelu» näytön saamiseksi tarkoitettua prosessuaalista toimintaa. *Tirkkonen*, s. 11, tarkoittaa todistelulla tosiseikkojen oikeaksi todistamista, so. sellaisten perusteitten esittämistä tosiseikan tueksi, että tuomioistuim voi pitää tosiseikkaa todellisuena (totena). Asiallisesti samoin *Gärde* s. 472. — Klassisessa teoksessaan »The Philosophy of proof» *Gulson* antaa seuraavan määritelmän (s. 173 rn 1): »Evidence, as we define it, is the science of verifying individual facts, whether for their own sake, or with a view to establish other or further facts by means of an inference drawn from the facts thus actually verified.»

valaisemaan vapaan todistelun tunnuspiirteitä. Mutta se mahdollistaa tärkeän merkityso pillisen täsmennyksen: Todistelun »vapaudesta» voidaan korrektisti puhua vain pitämällä vertailukohteena varhemman lainsäädännön edellyttämää »sidottua» todistelua.²³ Käyttöyhteydestään irroitettuna nimityksenä »vapaa todistelu» saattaa herättää harhaan johtavan merkityselämyksen. Erityisesti olisi virheellistä olettaa rikosprosessuaalinen totuuden tutkiminen samassa merkityksessä vapaaksi kuin tiedemiehen tutkimustoiminta. Sillä kaikesta rikostuomarille ja syytteenpanoviranomaisille suodusta liikkumavapaudesta huolimatta totuuden tutkiminen on tarkoin säännöstettyä. Perustuu prosessin logiikkaan, että totuuden tutkimisen tulee tapahtua virallismuotoista tietä.

Tiedemiehen tutkimustulokset kypsyvät yleis päteviksi totuuksiksi vasta sen seurauksena, että hän saattaa subjektiivisen vakuuttuneisuuden kannattamat tuotteensa julkisen keskustelun ja tieteenyhteisön sisäisen arvostelun kohteeksi. Prosessuaaliselle todistelulle taas on ominaista, että lainsäätaja on tullut tuomarin avuksi luomalla ennakkotakeet totuuden selville saamisesta. Tavoitteena on tuomio, joka ratkaisu tavien tapausten hyvin suuressa enemmistössä vastaa asiallista totuutta. Tarpeellinen totuustuloksen objektiivinen varmentaminen tapahtuu ex ante tuomarin tiedoitsemistoimintaa ohjaavien normien avulla. Kelvottomien todistuskeinojen käyttö on estettävä vapaankin todistusteorian vallitessa; epäluotettavaa informaatiota tuottavia selonottotapoja on vältettävä. Vertaus tuomarista linjalaivan ohjaajana ei ole etsitty: molemmilla on tarkoin määrätty pakollisesti tavoiteltava päämäärä, johon edetään ennalta viitoitettua reittiä myöten.²⁴

²³ Korostettakoon, että todistelun vapaus on ensi sijassa todisteiden *harkinnan* vapautta; ks. Ekelöf IV s. 45; *sama*, Scandinavian studies in law (8) s. 45 ss. Sanonta ei tietenkään merkitse sitä, että oikeuden harkinta saisi perustua mielivaltaan; vrt. jäljempänä av 123. — Tekstissä lausutun johdosta muutoin vrt. Aalto, LM 1967 s. 732; Halila s. 23, 171, 257 ja 299; Tirkkonen, Totuus s. 166 ss.; Wrede s. 15 s.

²⁴ Ks. tekstissä lausutun johdosta esim. T. Ellilä, Oikeudenkäyntivalhe s. 42; Tirkkonen, Totuus s. 170 s.; Wrede s. 16; Bolding, Domstolens bevisvärdering s. 226; Andenaes s. 4; *sama*, Straffeprosessen s. 165; Hurwitz s. 320; Engisch, mt. s. 52 s. (»Der Historiker ist frei ... Dagegen ist die prozessuale Wahrheitsforschung rechtlich weitgehend geregelt.»), Panhuysen, mt. s. 5; Peters, mt. s. 72 s.; Spendel s. 1103; *sama* JuS 1964 s. 467 ss.; Bouzat—Pinatel Traité de droit pénal et criminologie II s. 1189.

Tutkimustehtävä ei edellytä tuomarin ja tiedemiehen/historiantutkijan toi-

Aineellisen totuuden postulaattiin edellä lausuttu ei vaikuta; on vain käynyt ilmeiseksi, että vapaa todistelu ei ole oikeudellisesti rajoittamatonta todistelua. Lähtökohtaista teesiä rikosprosessuaalisen totuuden tutkimisen periaatteellisesta esteettömyydestä on tämän mukaisesti tarkistettava asettamalla seuraava uusi teesi: Totuutta ei ole rikosprosessissa tutkittava millä tavoin ja mihin hintaan tahansa. Tällöin on suoritettu valmistava probleemin asettelu.

b) Kehityshistoriallisia ja oikeusteoreettisia taustaseikkoja

1. Se normatiivinen muodoste, joka ensi sijassa tulee kysymykseen rikosprosessuaalista totuuden tutkimista ohjaavana ja rajoittavana tekijänä, muodostaa käsillä olevan tutkimuksen aiheen. *Todistamiskiellot* (bevisförbud, Beweisverbot) rajoittavat totuuden tutkimista rikosprosessissa.

Oikeustieteen probleemitietoisuuteen todistamiskiellot saattoi maineikas rikosoikeussystemaattikko *Ernst Beling*. Hän kiinnitti huomiota siihen, että valtion asiantilan mahdollisimman laajaan selvittämiseen kohdistuva rikosprosessuaalinen intressi kohtaa rajansa pyrkimyksessä ottaa huomioon valtion muut kuin rikosprosessiin liittyvät edut. Tämän ohella tietyt yksilön edut saattavat Belingin mukaan estää totuuden tutkimisen: Rikosprosessissa on kunnioitettava yksilön persoonallisuutta, lähiomaisten välisiä suhteita, määrättyjä luottamussuhteita ja yksityistä omistusoikeutta. Perustava kysymys rikosprosessuaalisen totuuden tutkimisen

minnan lähempää vertailua. Kysymystä valottavista uusimmista esityksistä mainittakoon *Krause*, *Grenzen richterlicher Beweiswürdigung im Strafprozess* (1974). Mainittu tutkija huomauttaa, että oleellinen ero tehtävien laadussa piilee siinä, että kun historioitsijan tutkimustulokset voivat antaa sysäyksiä uusille, tähänastista tietämystä avartaville tutkimuksille, tuomarin antama ratkaisu on periaatteessa lopullinen. Hänen virheensä tosiasiain selvittämisessä ovat yleensä korjaamattomia. Toisaalta tuomarinkin tutkimustoiminta on siinä suhteessa ankaran tieteellistä, että logiikan päättelysäännöt ja yleiset ajatuslait ovat oikeuden immanentti osa; ks. *ibid.* s. 326.

Wrede, kuten tunnettua, tutki todistusoikeutta aikana, jolloin lakisääntöinen todistusteoria oli vielä muodollisesti voimassa. Mutta jo tuolloin (1894) tuomioistuinkäytäntö oli de facto johtamassa lain edellyttämää vapaampaan todistus-harkintaan; ks. »Bevisrätten» s. 17. Wreden kirjallinen toiminta epäilemättä joudutti sanottua kehitystä.

tutkiminen edusti vain yhtä joskin korkealle sijoittuvaa intressiä, joka saattaa joutua muiden etuuksien syrjäyttämäksi. Sama perusajatus toisrajojen määrittämisestä oli Belingille valtio-oikeudellisesti painottunut siten, että ratkaisu riippuu hänen mukaansa siitä, minkä aseman oikeusjärjestys myöntää yksilölle suhteessa valtiovaltaan.²⁵

Myöhempi tutkimus on sekin ollut vilkkainta saksalaisessa oikeuspiirissä. Keskustelun laajuudesta huolimatta yhtenäistä dogmatiikkaa ei ole muodostunut. Monet kysymykset ovat edelleen käymistilassa, ja vaikka probleemien yhtenäinen ja laaja ratkaisu näyttäisi suorastaan olevan käsillä, tähänastisilla tutkimustuloksilla on ollut väliaikainen luonne.²⁶ Joka tapauksessa on käynyt entistä selvemmäksi, että rikosprosessissa ei ole kysymys vain totuustuloksesta vaan myös totuuden selville saamiseen johtavasta siveellisesti hyväksyttävästä tiestä.²⁷ Rikosprosessioikeuden tehtävänä ei enää yksipuolisesti nähdä rikosten syytteenpanon järjestämistä. Tasavertaisena tavoitteena nähdään syyttämistoiminnan rajoittaminen.²⁸ Jo Belingille rikosprosessuaalinen totuuden

²⁵ *Beling* s. 3 ss.; *sama*, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht* s. 284 ja 289 ss. Ks. myös *Bennecke — Beling*, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts* s. 328, 350 s.

²⁶ Siten *Dzendszalowski*, *Die körperliche Untersuchung* s. 147; *Kern — Roxin* s. 114; *Otto* s. 290. — Ottaen huomioon todistamiskieltoja koskevan kirjallisuuden taukoamattoman karttumisen monien peruskysymysten osalta voi kyllä sanoa päästyn vakiintuneeseen teorianmuodostukseen. Vrt. kuitenkin *Sydow*, *Kritik* s. 16 ss. ja passim.

²⁷ Suomen oikeudessa mainittu peruskatsomus on jo saavuttanut vallitsevan oikeusideologian aseman. Kehitystä määräävä on ollut *Salmialan* kirjallinen toiminta; ks. esim. *JFT* 1954 s. 397 ss. ja *DL* 1954 s. 114 ss. Ks. lisäksi *Honkasalo*, *LM* 1961 s. 427 s. ja 431; *R. Ellilä* s. 170 s. ja 257 ss.; *T. Ellilä*, *LM* 1970 s. 500. Huomattakoon, että ongelman ajankohtaismerkitys ei ole Pohjoismaissa sama kuin Euroopan mannermaalla. Ks. sen johdosta *Honkasalo*, *NKÄ* 1954 s. 89 ss.; *Agge*, *ibid.* s. 61 ss.; *Herlitz*, *ibid.* s. 85 ss. — *Saksassa* on *Hellmuth Mayerin* vaikuttajantyö ollut perustavaa laatua; ks. »Zum Aufbau des Strafprozesses» *GS* 104. Bd. s. 302 ss. Ks. myös *Niethammer*, *Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren* s. 26 ss.; *Nüse* s. 281; *Peters* s. 93 s.; *Rupp* s. 199; *Westhoff* s. 167. — *Sveitsin* osalta ks. *Germann*, *Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht* s. 257; *Schaumann* s. 140.

Niitäkin on, jotka suhtautuvat rikosprosessin uudelleen arviointiin epäillen: *Heinitz*, *Juristentag* s. 164 s.; *Niese*, *JZ* 1953 s. 219. Yhdysvalloissa *Allen*, *The Supreme Court, Federalism and State Systems of Criminal Justice* s. 5 av 22; ja *Mueller*, s. 44, näkevät judikatuurissa merkkejä syytetyn ylisuojelusta.

²⁸ *Grünwald* s. 489; *Kohlhaas* s. 286.

tuu myöhemmässä tutkimuksessa. Laajasta kirjallisuudesta ansaitsee huomiota erityisesti *Petersin* kannanotto. Tietoisuus siitä, että rikosprosessi ei ole vain arvojen suojaamiseksi vaan kätkee samalla itseensä vaaran sosiaalisten ja persoonallisten arvojen hävittämisestä, on, kuten hän sanoo, tullut voimakkaasti etualalle. Perustellusti hän näkee rikosprosessissa ylen drastisen keinon sosiaalieettisten arvojen ylläpitämiseen. Ehdottoman etusijansa rikosprosessi on hänen mukaansa menettänyt. Lähtökohdaksi ei miin muodoin kelpaa teesi, että periaatteessa kaikki keinot ovat sallittuja asiantilan selvittämiseksi. Sellaiseksi on pikemminkin asetettava (liittotuomioistuimen käytäntöön palautuva) lause, että rikosprosessilaki ei vaadi tutkimaan totuutta mihin hintaan tahansa.²⁹

Kysymys lähtökohtaisen perusteetin valinnasta on tärkeä systemaattisten yhteyksien kannalta. Annettiinpa tutkimusmetodin valinnassa etusija systemaattisesti tai pragmaattisesti painottuneelle tutkimusasetteelle, aina on tarpeen orgaanisen kokonaisuuden huomioon ottaminen. Probleemikeskeinenkin tarkastelutapa edellyttää, että tunnetaan todistamiskieltojen asema todistusoikeuden järjestelmässä. Tässä tutkimuksessa on lähdetty siitä, että asiantila on rikosprosessissa selvitettävä, jolloin periaatteessa kaikki todistuskeinot ovat sallittuja. Arvovertailua sisältämättömänä ja systemaattisia yhteyksiä viitoittavana näin ilmaistu perusteesi on sopusoinnussa aineellisen totuuden postulaatin kanssa ja lausuu meidän oikeutemme osalta ehdottoman pääsäännön.³⁰ Samalla tulee jo perusteetin tasolla esille, että todistelun vapaus ei edes a priori ulotu todistelumetodiin, totuuden tutkimisessa noudatettavaan menettelytapaan.³¹ Ihmisarvolle kuuluu absoluuttinen etusija rangaistusvaateen

²⁹ *Peters* s. 93 s. — Mainittu tutkija esitti tekstissä mainitun arvolähtökohdan Saksan 1966 kokoontuneita 46. lakimiespäiviä varten laatimassaan alustuksessa. *Petersin* teesi ei tosin vastaa Saksan rikosprosessilain arvohierarkiaa (vrt. esitystä jäljempänä tekstissä), mutta sen näkemyksellistä voimaa kuvastaa, että Sveitsissä Solothurnin kanttooni on omaksunut asiallisesti samansisältöisen ajatuksen v:n 1970 prosessilain ohjelmanjulistukseksi (StrPO, 1 §). »Es ist kein Grundsatz der Strafprozessordnung, dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsste.»

³⁰ *Belingin* (s. 2) ja *Grünwaldin* (s. 489) ohella ennen muita *Kleinknecht*, s. 1539 ja *Juristentag* s. 79, korostaa todistamiskieltojen poikkeusluonteisuutta. Samasta seikasta pohjoismaisen oikeuspiirin osalta huomauttaa *Andenaes* s. 3 s. — Kuten tekstissä myös *Schäfer*; ks. *Löwe — Rosenberg*, mt. s. 147.

³¹ Tekstissä esitetty kuvastaa meillä ja Ruotsissa vallitsevia arvokatsomuksia; vrt. *Esitutkintatoimikunnan mietintö* (1964) s. 16; *Esitutkinta* s. 5 ja 36 s.; *Pro-*

toteuttamisintressiin verrattuna.³² Ihmisarvon loukkaamattomuuden aatteella on juurensa itse oikeuden aatteessa.³³ Prosessi palvelee syytetyn rankaisemista mutta ei hänen tuhoamistaan. Ihmisyksilönä syytetylläkin kuuluu joukko luovuttamattomia vähimmäisoikeuksia, jotka eivät osallistu siihen intressien kamppailuun, jonka normatiivista ratkaisua todistamiskiellot edustavat.³⁴

2. Alun alkaen on selvää, että todistamiskiellojen pelkällä määrittelyllä tai postuloinnilla on voitettu vain vähän.³⁵ Määritelmät ovat lyhenyksiä.³⁶ Oikotietä määriteltävän käsitteen avautumiseen ne eivät tarjoa.³⁷ Määrittely ei ole metodinen itsetarkoitus siinä katsannossa, että tutkimuskohde on määriteltävä tähän liittyvistä vaikeuksista huolimatta.³⁸ Määritelmän esittäminen on todellisuuden kahlehtimisesta.³⁹ Yleisluonteisen määritelmän avulla todistamiskiellot voidaan palauttaa lähikäsitteiden

cessnämnden s. 67. Ks. muutoin av 27 main. kirjallisuuden lisäksi *T. Ellilä*, Esi-tutkinnasta rikosasioissa s. 12; *Tirkkonen*, Rp II s. 347; *Kern—Roxin* s. 2 s.; *Panhuysen*, mt. s. 86 s.; *Peters* s. 140; *Rupp* s. 170; *Walder* s. 36 (Sveitsi); *Roeder* s. 161 ja 162 av 1 (Itävalta); *Gorphe*, L' appréciation des preuves en justice s. 101 (Ranska).

Erityisesti lauseen »totuutta ei ole tutkittava mihin hintaan tahansa» johdosta ks. *Heinitz*, Juristentag s. 135; *Klug* s. 33 s. ja 39; *Schäfer*, Strafprozessrecht s. 94 rn 7.

³² Näin *Beling* s. 32; *Habscheid*, Persönlichkeitsrecht s. 856 s.; *Häussling* s. 97; *Nüse* s. 282; *Peters*, Lehrbuch s. 24 s.; *Hauser*, Juristentag s. 76 (Sveitsi). Ks. myös *Ekelöf* III s. 113; *T. Ellilä*, mt. s. 12 ja 18; *Gomard*, mt. s. 37; *Hormia*, LM 1971 s. 160; *Lager*, LM 1975 s. 940.

³³ *Makkonen* s. 156; *Westhoff* s. 5 s.

³⁴ Vrt. Brysselin kansainvälisen kriminalistikonferenssin 3—15. 12. 1951 selonteot ja niiden johdosta *R. Ellilä*, LM 1952 s. 739 ss. Ohjelman julistuksena huomionarvoinen on Euroopan turvallisuus- ja yhteistyökokouksen päätösasiakirjan 1. 8. 1975 ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskeva osa (ponsi 1.a.VIII), jossa allekirjoittajavaltiot lupaavat taata kansalaistensa perusoikeudet.

³⁵ Näin *Jescheck* s. 1; *Kleinknecht*, Juristentag s. 79; *Kohlhaas* s. 287.

³⁶ *Schreiber*, mt. s. 32.

³⁷ *Eriksson*, JFT 1966 s. 471 ss.; *Makkonen* s. 146; *sama*, Säädosvalta s. 8 ss.

³⁸ Kuten tekstissä *Sarkko*, Työrauhavelvollisuudesta s. 13 ja 34; *Vilkkonen* s. 16 s. Tekstissä esitetty on saanut vaikutteita *Routamon* (LM 1967 s. 430) kritiikistä metodikysymysten ylikorostamista kohtaan. Skeptisesti myös *Andersen*, Lov og Rett 1972 s. 447.

³⁹ Sellaisena se merkitsee etääntymistä vallitsevista kielitottumuksista; ks. *Aarnio*, JFT 1969 s. 374.

siin totuudentutkimisvelvollisuus ja todistelua koskevat kiellot/käskyt.⁴⁰ Tältä pohjalta voitaisiin esittää ehdotus työmääritelmäksi. Pelkistetyn teknisenä ja korkean abstraktiotason omaavana yleiseen muotoon laaditun määritelmän ilmaisuarvo on vähäinen.⁴¹ On kyllä myönnettävä, että juuri rikosoikeudenhoidon alalla peruskäsitteiden täsmällinen määrittely edistää *oikeusvarmuutta*. Mutta todistamiskielloista annettu eriytynyt määritelmä osoittautuisi helposti riittämättömäksi ja pohjoismaisen dogmatiikan selkiintymättömään tilaan nähden sellaisen esittäminen voitaisiin leimata kiirehdityksi.⁴² Yleiseen muotoon laadittu määritelmä puolestaan osoittaa vain sen, mikä itse asiassa tiedetään muutoinkin, nimittäin että on joukko ilmiöitä, joista voidaan sanoa, että ne joko ovat taikka eivät ole todistamiskieltoja samalla kun joukosta muita ilmiöitä tätä ei varmuudella voida sanoa. Nyt lausuttu on yhteydessä määriteltävän käsitteen laadun kanssa. Juridiselle käsitteelle tunnusomaisesti todistamiskielto on ns. heikko käsite, jota ei voida tyydyttävällä tarkkuudella määritellä.⁴³ Käsite tosin palautuu oikeusjärjestyksen todellisuuteen, yhtäältä normitodellisuuteen, toisaalta faktisiin säännönmukaisuuksiin rikosoikeudenhoidon orgaanien toiminnassa. Mutta olisi periaatteellisesti virheellistä etsiä »voimassa olevan oikeutemme» mukaista todistamiskiellon käsitettä — ikään kuin oikeusjärjestykseen kätkeytyisi sisältyisi tutkijasta riippumaton »oikea» todistamiskieltoja edustava käsite.⁴⁴ Mitä juristi tietää siitä todellisuudesta, jonka kielellisenä symbolina on »todistamiskielto», on hänen käsitteensä tästä todellisuudesta. Oikeuden alalla todellisuusunäkemykset ovat harvoin niin yhdenmukaiset, että käsitteestä voitaisiin antaa yleispätevä määritelmä.⁴⁵

⁴⁰ Vrt. *Olivecrona*, *Språket* s. 14; *Wedberg*, Johdatus nykyiseen logiikkaan s. 77.

⁴¹ Vrt. *Hayakawa*, Ajattelun ja toiminnan kieli s. 175 ss.; *Meyer*, mt. s. 88: abstraktion hintana on yksiselitteisyyden puuttuminen. Juridisista määrittelyvaikeuksista ks. lisäksi *Stelter*, Hearsay Rule s. 14; *Maguire* s. 11.

⁴² Todistamiskielloista on kirjallisuudessa kyllä esitetty määritelmäehdotuksia. Näin ovat menetelleet anglo-amerikkalaisen oikeuden osalta *Mueller* s. 38 ja romaanisen oikeuspiirin kannalta *Nuvolone* s. 58.

⁴³ Määrittelemättömistä käsitteistä ks. esim. *Ekelöf*, SvJT 1966 s. 498; *Marc-Wogau*, *Modern logik* s. 85 s.; *Engisch*, mt. s. 108 s.; *Larenz*, *Methodenlehre* s. 222 s.

⁴⁴ Vrt. *Makkonen*, *Säädösvalta* s. 10; *Ojanen*, LM 1970 s. 1090; *Vilkkonen* s. 18.

⁴⁵ Ks. tekstissä lausutun johdosta esim. *Hart*, *The Concept of Law* s. 13 ss.;

Tärkeämpää kuin määritelmän kiteyttäminen on käsitettä ilmaisevan termin käyttötarkoituksen ilmoittaminen.⁴⁶ Kysymys kuuluu kielen pragmatiikkaan. »Todistamiskiellon» ensitehtävä perustuu termin kommunikaatioarvoon.⁴⁷ Todistamiskiello on ilmaisu, jonka avulla tietystä normiaineistosta ja viranomaiskäyttäytymisestä voidaan tarkoituksenmukaisesti keskustella. Kysymyksessä olevien oikeussäännösten suurin yhteinen tekijä on niiden todistelulle asettama, käytännön todistelutoiminnassa suurella todennäköisyydellä huomioitava este. Tämä yhteinen leikkauspiste saadaan todistamiskiello-termin avulla esille.⁴⁸

Kielen semantiikkaan kuuluu kysymys termin merkityssisällöstä. Kysymyspiiristä käsitellään tässä yhteydessä vain erästä osaongelmaa.

Mikä merkitys ilmaisulle annetaan, riippuu kielenkäytöstä ja perustuu sopimukseen.⁴⁹ Lauseen elementtinä käytettynä »todistamiskiello» näyttää merkityksensä ajatusyhteydestä. Siltä osin kuin »todistamiskiellon» merkityssisällöstä voidaan katsoa sovitun käyttöyhteydestään irroitettunakin terminä, saatetaan puhua termin leksikaalisesta, vakiintuneesta merkityksestä.⁵⁰ Erityisesti meidän oikeutemme kannalta »todistamiskiellon» standardisoitu merkitys juuri on epätietoinen. Onhan kysymyksessä oikeustieteen luoma sana, jota lakiteksti ei tunne; oikeuskirjallisuudessa »todistamiskiello» edustaa harvinaisuudessaan lähes terminologista uutuutta. Asiaan vaikuttaa myös se seuraavassa lähemmin kosketeltava seikka, että aihepiiriä on meillä asiallisestikin tutkittu varsin vähän.

Schreiber, mt. s. 9; *Ekelöf*, mt. s. 500; *Aarnio*, JFT 1969 s. 374 (»ongelma syntyy silloin ja vasta silloin, kun pyritään kiteyttämään asiasta yleispätevä määritelmä»); *sama*, LM 1970 s. 277 s. ja 282; *sama*, LM 1970 s. 571; *Halila* s. 15 verr. s. 28; *Makkonen* s. 123; *sama*, Säädosvalta s. 8 ss.; *Vilkkonen* s. 56.

⁴⁶ Tätä korostaa *Vilkkonen* s. 15 s.

⁴⁷ Vrt. *Ekelöf*, mt. s. 499; *Olivecrona*, Språket s. 19 s., 24 ja 26; *Schreiber*, mt. s. 11 ja 14.

⁴⁸ Vrt. *Olivecrona*, mt. s. 43; *Vilkkonen* s. 128.

⁴⁹ *Ross*, Om ret og retfaerdighed s. 133; *Hayakawa*, mt. s. 66 ss.; *Ekelöf*, mt. s. 499; *Makkonen* s. 57, 111 s. ja 146 ss.; *Engisch*, mt. s. 78 s.; *Federley*, LM 1965 s. 299; *Routamo*, LM 1967 s. 437.

⁵⁰ Tekstissä on yhdytty *Ekelöfin* po. suhteessa esittämään käsitykseen juridisén termin leksikaalisesta ominaismerkityksestä; ks. *Ekelöf* I s. 55; *sama*, SvJT 1966 s. 499. Lähellä tekstissä esitettyä on *Bolding*, Juridik och samhällsdebatt s. 43. Vrt. kuitenkin *Aarnio*, JFT 1969 s. 400; *Eriksson*, JFT 1968 s. 572.

c) Nykyinen oikeustila

1. Oikeuskirjallisuudessamme on tosin vanhastaan katsottu, että oikeudenkäynnissä ei vallitse rajoittamatonta totuuspyrkimystä. Jo *Wrede* ja *A. Serlachius* ovat korostaneet tätä seikkaa.⁵¹ Uudemmassa tieteisopissa sama perusajatus esiintyy useilla tutkijoilla.⁵² Muutoin meillä harjoitetulle tutkimukselle on ominaista, että probleemipiiri ei ole sitä kiinnostanut *kokonaisuutena* vaan huomion kohteena ovat olleet valikoidut yksittäiskysymykset.⁵³ Tällöinkin kysymyksenasetteluissa on useinkin vain epäsuorasti pidetty silmällä rikosprosessuaalisia kieltotilanteita. Todistamiskieltojen kohdalla prosessiteoriassa vallitsee lähes tieteellinen tyhjiö. Aihetta koskevien kokonaisesitysten puuttuminen saattaa vaikuttaa yllättävältä pidettäessä vertailukohteena meille perinteisesti voimakkaita vaikutteita antanutta saksalaista tiedettä, jossa todistamiskiellet muodostivat 1960-luvun rikosprosessuaalisessa keskustelussa keskeisen aiheen. Lähemmän tarkastelun valossa selityspäruusteet ovat kyllä ilmeiset.

Ennen muuta on tällöin mainittava valtio-oikeudellisen kehityksemme laatu. Olkoopa, että Suomen valtiollinen kehitys on etenkin tällä vuosisadalla kokenut äkillisiäkin käännteitä, yhdessä suhteessa oikeudellinen jatkuvuus on ollut hyvin selvä. Vanhaan, aina Maunu Eerikinpojan maanlakiin ulottuvaan perinteeseen liittyen ylimmät vallankäyttöelimet ovat täällä aina olleet lakiin sidotut.⁵⁴ Tämän sidonnaisuuden käännteisilmiönä yksilön persoonallisuuden suoja on meillä perinteisesti vahva. Perustuslakia kohtaan historian vaiheissa kasvaneen kunnioituksen vaikutuksesta hallitusmuotomme luettelemat perusoikeudet ovat yhteiskun-

⁵¹ *Wrede* s. 151; *A. Serlachius*, LM 1913 s. 38. — Tekstissä todettu seikka on itse asiassa trivialiteetti. Eihän ruotsalais-suomalainen prosessioikeus ole koskaan sallinut esim. todistuskeinojen rajoittamatonta, mielivaltaista käyttöä; ks. esim. *Hemmer*, Suomen oikeushistorian oppikirja I s. 155 ss.

⁵² Ks. edellä av 27 ja 31 mainitun kirjallisuuden lisäksi esim. *Palmgren*, NKA 1962 s. 178; *sama*, JFT 1963 s. 414: »Sanningen skall visserligen fram, men ej till vilket pris som helst.»

⁵³ *Andenaes*, s. 24 av 81, tekee saman huomautuksen koko pohjoismaisen kirjallisuuden osalta. Vrt. myös *Rørdam*, Juristen 1975 s. 37, joka sanoo, että »spørgsmålet (laittomasti hankittujen todistuskeinojen käytöstä rikosasioissa) er naesten uopdyrket her i landet».

⁵⁴ Ks. *Hermanson*, Finlands statsrättsliga ställning s. 47 s.; *Kastari*, Kansalaisvapauksien perustuslainturva s. 11 s.; *sama*, Valtiojärjestyksemme oikeudelliset

nassamme vertaansa hakevasti elävää todellisuutta.⁵⁵ Tällaisessa henkissä ilmastossa jännityssuhteelta yksilö-yhteiskunta puuttuu se draamatisuus, joka on värittänyt perusoikeuksien ja totuudentutkimisintressin keskisestä suhteesta manner-Euroopassa, eritoten saksalaisella maaperällä käytyä keskustelua. Vastaavasti ongelmaa ei meillä ole koettu vaikeaksi. Sanonta »toinen valtio, toinen rikosprosessi» näyttäytyy nytkin oikeaksi.⁵⁶

Selityspäätteena ansaitsee edelleen huomiota uuden todistuslainsäädäntömme ja sen mukana vapaan todistelun ja vapaan todisteiden harkinnan myöhäissyntyisyys. Todistamiskieltojen oikeusperusteet ovat yhteydessä vapaan todistelun vaaroihin. Edempänä ilmenee, että todistamiskieltojen asettamiseen vaikuttavat osaltaan vapaaseen todistusharkintaan liittyvät virhelähteet.⁵⁷ Varhemman lain oloissa todistamiskieltojen aktualisoitumispiiri oli suppeampi. Todistajan jäävit ja todisteiden harkintaa ohjaavat todistussäännöt täyttivät monessa suhteessa sen tehtävän, joka vallitsevalle ns. vapaalle todistusteorialle rakentuvassa todistusoikeudessamme kuuluu todistamiskielloille.⁵⁸ Tutkittavien kysymysten valikoituminen määräytyi tuolloin ns. lakisääntöisestä todistusteo-

perusteet s. 82 ss.; *sama*, LM 1958 s. 525; *Merikoski*, LM 1932 s. 89 ss.; *Tirkkonen*, Rp I s. 37 s. Ks. lisäksi *Brotherus*, Suomen valtiollisen järjestysmuodon kehitys s. 123; *Brusiin*, mt. s. 78, 94 ja 172; *Danelius*, Mänskliga rättigheter s. 45; *Jyränki* — *Perttunen* — *Vilkkonen*, Valta, valtio ja kansalainen s. 39; *Sjögren*, Den svenska processrättens historia s. 18 s.

⁵⁵ Ks. tämän johdosta *Hakkila*, Suomen tasavallan perustuslait s. 32 ss.; *Halila*, In dubio pro reo s. 296; *Hidén*, Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa s. 11 ss.; *Honkasalo*, NKÄ 1954 s. 90; *Jyränki*, LM 1968 s. 978 s. ja 991; *Kastari*, Kansalaisvapauksien perustuslainturva s. 292 s.; *sama*, Valtiojärjestyksemme oikeudelliset perusteet s. 90 ja 280 s.; *sama*, LM 1950 s. 735 ss.; *sama* LM 1958 s. 524 s.; *Merikoski*, mt. s. 96 ss.; *sama*, Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin I s. 21, ja 30 ss.; *Palmgren*, Die nordische Rechtsüberlieferung s. 99; *Saario*, LM 1968 s. 966; *Sainio*, Perusoikeudet ja ihmisoikeudet s. 110.

⁵⁶ *Exner*, Strafverfahrensrecht s. 7.

⁵⁷ Vapaan todistusharkinnan aineelliselle totuudelle merkitsemästä vaarasta ks. etenkin *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess, 2. osa, s. 230 ss.; *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft s. 180 s.; *Grassberger*, mt. s. 2, 111 ss. ja passim. Ks. lisäksi *Alkio*, LM 1964 s. 1037; *Salmiala*, Oikeusvarmuus ja vapaa todistusten harkinta s. 281 ja 297; *Bohne*, mt. s. 15; *Bolding*, JFT 1966 s. 73; *Ekelöf* IV s. 45; *Gorphe*, mt. s. 471. — Erityisesti tekstissä lausutun johdosta ks. *Heinitz*, Juristentag s. 135; *Krause* s. 22 ja 196 s.; *Neumann* s. 14 s.

⁵⁸ *Venoja*, Takavarikko s. 132.

riasta, joka kirjoitetun lain tasolla ilmeni todistelun ja todistusharkinnan sitomisena kaavamaisiin sääntöihin.⁵⁹

Millä perusteilla todistamiskieltojen kohdalla havaittava tutkimuksen fragmentaarisuus selitetäänkin, huomiotta ei voida jättää oikeuskäytännön harvinaista niukkuutta. Ylimmän oikeusasteemme käytännöstä on vaikea löytää edustavia prejudikaatteja. Monetkin kieltoproblematiikkaan liittyvät kysymykset on praksiksessa puutteellisesti tiedostettu.

Oikeusvertailevana havaintona voidaan todeta, että mainittu asiantila, judikatuurin niukkuus, leimaa kaikkien Pohjoismaiden oikeuskäytäntöä. *Norjan* oikeuden kohdalta tapausaineiston vähyyden on katsottu johtuvan lähinnä seuraavista seikoista: Oikeudenvastaisesti hankittu todiste johtaa asiantilan selvittämiseen ilman että tämä on tunnettua muille kuin tutkinnan suorittajalle; monet syytetyt jättävät vetoamatta heihin kohdistettuihin kiellettyihin tutkintametodeihin, joko tietämättöminä todistelun lainvastaisuudesta taikka siksi, että eivät voi näyttää oikeudenloukkausta tahi tarpeellista kausaaliyhteyttä toteen; monille syytetyille ja puolustusasianajajille lienee tuntematonta, että sinänsä relevantit todisteet voidaan torjua, jos niiden saantitapa on ollut oikeudenvastainen; syyttäväviranomaiset ovat pidättyviä oikeudenvastaisesti saatujen todisteiden hyväksikäytössä.⁶⁰

Eräs täsmennys on kuitenkin suoritettava: Jos prejudikaattitason ratkaisujen määrä onkin vähäinen, sitä enemmän joutuu alituomari askartelemaan todistamiskieltojen parissa. Juuri alioikeus muodostaa sen oikeudellisen näyttämön, jossa kieltotilanne alkuperäisesti esiintyy tai jossa on ratkaistava kysymys esitutkinnassa kiellonvastaisesti hankittujen todisteiden hyväksikäyttämisestä.⁶¹ Muutoksenhakutuomioistuimessa

⁵⁹ Lakisääntöinen todistusteoria näki paljon vaivaa todistajan jäävien tyhjentäväksi luokittelemiseksi. Itse asiassa se kehitti tässä suhteessa kokonaisen järjestelmän. Ks. lähemmin *Wrede* s. 170 ss.; *Nehrman*, *Processum Criminalem* s. 166 ss.

Legaalisten todistusharkintasääntöjen eräänlaista standarditapausta edusti epäilemättä OK 17:29 lainkohdan alkuperäisessä muodossa: »Tu vittnen äro fullt bevis, ther i the sammanstemma. Ett vittne om sjelfva målet gälle ej mer än för half bevis.» *Bolding* (mt. s. 63) huomauttaa, että näissä oloissa todisteiden harkinnasta tuli eräänlainen harjoitusmerkki: Tuomarin piti laskea todistajat ja tehdä eräitä muita toteamuksia ja tehdä sen jälkeen selväksi mitä oli todistettu.

⁶⁰ *Bratholm* s. 122 s. Ks. myös *Andenaes* s. 26.

⁶¹ Vrt. *Grünwald* s. 500; *Sarstedt* s. 13.

saattaa enää olla kysymys alioikeusmenettelyn prosessuaalisen moitteettomuuden tutkimisesta. Jos muutoksenhaun yhteydessä ei ole tehty väitettä todistelun virheellisyydestä, todistamiskiellon rikkominen — se ei läheskään aina näy asiakirjoista — jää helposti huomaamatta.⁶²

Todistamiskieltoja koskevien prejudikaattiratkaisujen harvalukuisuus osaltaan selittää aiheesta käydyn tieteellisen keskustelun vähäisyyden; tutkimuksen niukkuus puolestaan on eräänä osatekijänä vaikeuttanut problematiikan tiedostamista oikeuskäytännössä. Merkitystä omaava taustaseikka on probleemipiirin laajuus. Terävät rajat puuttuvat. Se yhteiskunnallinen todellisuus, josta selvitystä vaativat kysymykset versovat, ei ole lepotilassa. Ajateltakoon esimerkiksi kiihtyvän teknistymisen oikeudellisia seurannaisongelmia: Saadaanko oikeudenkäynnissä käyttää todisteena salaa suoritettua ääninauhoitusta? Entä elektronisten havainnointilaitteiden avulla saatua näyttöä? Onko esitutkinnassa sallittava psykologian, fysiologian ja lääketieteen kehityksen mahdollistamat uudet kuulustelumetodit?⁶³ Todistamiskieltojen koko kuvan hämäänyttävää moniulotteisuutta esitetyt kysymykset eivät vielä tavoita. Mutta niiden valossa jo on ilmeistä, että tutkittavaa aihetta koskevassa kokonaisesityksessä ei saateta tarkastella kaikkia detaljikysymyksiä; tavoitteena voi olla vain yleiskuvan etsiminen.⁶⁴

2. Tutkimusalan koko laajuus voitaisiin epäilemättä demonstroida lainmääräysten avulla. Tällöin jouduttaisiin perehtymään sangen run-

⁶² Samoin Norjan oikeuden kannalta *Bratholm* s. 123. Saksan osalta ks. *Goeschen*, *Juristentag* s. 84; *Grünwald*, *ibid.* s. 90; *Klug* s. 43; *Kohlhaas* s. 288.

⁶³ Tekstissä viitatus kysymyksestä yleensä — oikeudellisen sääntelyn tulemisesta epätäydelliseksi ja aukolliseksi muuttuneiden olosuhteiden seurauksena — ks. esim. *Larenz*, *mt.* s. 358 s.; *Engisch*, *mt.* s. 142. — Erityisesti todistamiskieltoihin suhteutettuna ongelmaa ovat käsitelleet *R. Ellilä* s. 258 s.; *Kohlhaas* s. 287; *Liermann*, *Tonbandaufnahme* s. 19; *Schaumann* s. 129 ss. — Samasta kysymyksestä todistus-oikeuden kannalta yleensä ks. *T. Ellilä*, *SvJT* 1952 s. 800 ss.

⁶⁴ Tutkimusteema muodostuu tällöin varsin laajaksi. Aiheen valinta perustuu näkemykseen, että todistamiskieltojen kohdalla vallitsee tieteellisesti kartoittamaton tyhjiö, sanonta, joka ei tietenkään ole oikeutettu pidettäessä kriteerinä detaljikysymyksistä kirjoitettuja jo sangen lukuisia esityksiä. Yksityiskohtiin pysähtymisen asemesta tutkimuksellisenä tavoitteena on synteesi. Tällaisena tehtävän asettelu ei edusta oikeustieteessämme harvinaisuutta. Ks. esim. *T. Ellilä*, *Sivullissuora* s. X s.; *Muukkonen*, *Muutosäännökset* s. 4, 8, 24, 177 (»muotokysymysten yleishahmotusta tavoitteleva kartoitustutkimus»); *Vilkkonen* s. 4 s.

Tutkimusaiheen valinnan johdosta vrt. myös *Suviranta*, *LM* 1973 s. 461 s.

saaseen normiaineistoon, minkä seurauksena valmistavaksi tarkoitettu esitys johtaisi helposti tarkasteluihin *ad infinitum*. On suoritettava tarpeellinen valikointi siten, että pitäydytään »edustaviin» lainkohtiin. Edustavien oikeussäännösten avulla on mahdollista pelkistää tutkimuksen rakenteen kannalta perustavia kysymyksenasetteluja.⁶⁵

Ensiksi näyttävät kokonaiset asiaryhmät lankeavan todistelulle sallitun tilan ulkopuolelle. OK 17:23,1:n 2 kohdan mukaan kukaan ei saa todistaa siitä, mikä valtakunnan turvallisuuden tähden tai sen oikeuksien tahi etujen suojelemiseksi on vieraalta valtiolta pidettävä salassa. Lain kysymyksenasettelu on: *mitä* ei saa todistaa? Todistusteema on julistettu kielletyksi antamalla *todistusteemakielto*. — Selvästi toinen on normitarkoitus OK 17:23,1:n 1 kohdassa. Lainpaikan mukaan virkamies tahi julkista tehtävää tai asiaa toimittamaan valittu tai määrätty ei saa todistaa siitä, mitä hänen tässä toimessaan on pidettävä salassa. Todistusteema on tosin nytkin julistettu salassapidettäväksi, mutta samalla on tarkoin yksilöity se todistuskeino, jonka avulla seikastoa ei saa todistaa. OK 17:23,1:n 1 kohdan ilmaisema todistuskeino »virkamies» kuuluu osaluokkana 2 kohdan tarkoittamaan luokkaan »kaikki todistuskeinot». Nyt tarkasteltavan lainkohdan kysymyksenasettelu on: *millä keinolla* ei saa todistaa (todistusteemaa T)? Todistuskeino on torjuttu antamalla *todistuskeinokiello*. — Todistusteeman ja todistuskeinon torjuvien kieltojen ohella oikeutemme tuntee kolmannenkin kategorian. TakavarikkoL 22 §:n 2 momentissa säädetään, että henkilöön kohdistuvassa katsastuksessa voidaan tarpeen vaatiessa ottaa verinäyte ja suorittaa muu tutkimus, joka voi tapahtua »ilman sanottavaa haittaa». Saman lain 23 §:n 1 momentin 4. virkkeen mukaan »verinäytettä ei saa ottaa eikä muuta lääketieteellistä asiantuntemusta vaativaa tutkimusta suorittaa muu kuin lääkäri». Selostetut määräykset eivät sisällä kuvausta todistelun kohteesta, todistusteemasta. Ne eivät liioin kiellä todistelun suorittamista määrätyn välineen — todistuskeinon — avulla; sellaisena on tässä tarkkaan ottaen verisubstanssi. Sen sijaan ne säännöstävät erään todistelu-toimen *suoritustavan*. Ollakseen sallittu todistelutavan tulee täyttää laissa kuvatut ehdot; osaksi on eksplisiittisesti annettu todistamiskiello. Normin

⁶⁵ Kysymyksenasettelun merkityksestä annetun probleemin ratkaisemiselle ks. *Schreiber*, mt. s. 13; *Brusiin*, mt. s. 33; *Eriksson*, JFT 1966 s. 481. — Miten kysymyksenasettelu on suoritettava? *Olivecrona*, Rättsordningen s. 12, korostaa, että kysymyksenasettelu ei saa sisältää asiallista kannanottoa, ts. siinä ei pidä edellyttää mitään vastauksesta.

antaja on lähtenyt kysymyksenasettelusta: *millä tavalla ei saa todistaa?* On annettu *todistelumetodikielto*.⁶⁶

Tutkimuksessa tullaan huomioimaan se mahdollisuus, että sama oikeuslause ilmaisee useamman kuin yhden kieltotyyppin. Jos oletamus osoittautuu paikkansa pitäväksi, siitä aiheutuu joukko systemaattisia vaikeuksia. Yhteistä nyt saaduille pääkategorioille on, että ne palautuvat kaikki kysymyksenasetteluun: *mitä* on kielletty? Sen avulla saadaan esille tutkittavan kysymyspiirin yksi keskeinen ulottuvuus: kielletyn totuuden tutkimisen laji. Tarkasteltavana on tällöin todistamiskieltojen soveltamisala. Tätä ei pidä käsittää siten, että kysymyksessä on seikaston, oikeustosiapiapuolen selvittäminen. Prosessuaalisena tosiasiana, johon prosessuaalinen seuraamus liittyy, ei tietenkään ole todistamiskielto »(x) on kielletty» vaan tämän kiellon vastainen normiadressaatin käyttäytyminen.⁶⁷ Tämän perustapauksen ohella on mielleltävä kieltojen konkurenssi: normiadressaatin yksi ja sama suhtautumistapa rikkoo useita kieltotyyppejä. Konkurenssi voi tällöin olla periaatteessa kolminkertainenkin, esimerkiksi kun poliisiviranomainen saa törkeää erehdyttämistä käyttäen lääkärin paljastamaan, että tämä on antanut hallituksen jäsenelle psykiatrasta hoitoa.⁶⁸ Kieltotunnusmerkistöjen konkurointia

⁶⁶ *Belingin* jälkeisessä tieteisopissa kolmijako todistusteemakiellot — todistuskeinokiellot — todistelumetodikiellot on ollut tutkijoiden enemmistön käytämä. Sen johdosta, ettei todistuskeinokiellojen suhde todistelumetodikieltoihin ole rajoiltaan veitsenterävä, *Otto*, s. 292 ss., päättyy tosiasiallisesti kaksijakoon todistusteemakiellot — muut todistamiskiehellot. Ks. nyt sanotun johdosta *Maetzel*, DVBl 1966 s. 665. — Oikeusvertailevana havaintona voidaan todeta, että toistaiseksi ainoana Saksan prosessitiede on kehittänyt erityisen (mainitulle kolmijaoille rakentuvan) todistamiskieltojen järjestelmän. Mutta samanaikaisesti on sanottava, että etenkin romanisen oikeuspiirin maissa puheenalaisen kysymyksen lainsäädännöllinen järjestely useinkin jo on formaalis-loogisen selvä ja yksiselitteinen, jolloin vastaavaa tarvetta erityisen dogmatiikan kehittämiseksi ei esiinny. — Toisaalta puheenalaisen kolmijaon yleispätevää soveltuvuutta osoittaa, että *Honig* ottaa sen lähtökohdakseen esittäessään Yhdysvaltain rikosprosessin todistamiskieltoja; ks. *Honig* s. 5 ss.

⁶⁷ Prosessuaalisista tosiasioista yleensä ks. *Sauer* s. 103 ss. — Yleisesti ottaen prosessuaalisen tosiasian käsite on prosessiteoriassa melko hämärä. Termi »prosessuaalinen tosiasia» esiintyy kirjallisuudessa varsin harvoin. Kun todistamiskielton rikkomista pidetään, kuten tekstissä, prosessuaalisena tosiasiana, käsitteelle on annettu mahdollisimman laaja merkitysaspekti.

⁶⁸ Oletetussa tilanteessa todistelu kohdistuu kiellettyyn todistusteemaan (valtiosalaisuuteen; OK 17:23,₁:n 2 kohta) todistuskeinokieltoa rikkoen (lääkärin vai-

vastaa reaaliaktin perustamien virheiden (kiellonvastaisuuksien) kumuloituminen.

d) Tutkimusaspektia koskevia huomautuksia

Normiadressaatti on viime kädessä kiinnostunut vain siitä, mitä on julistettu kielletyksi, kiellon sisällöstä. Miten normiadressaatti tosiasiallisesti käyttäytyy, so. noudattaako hän kieltoa vai ei, on tutkimustehtävän kannalta toissijaista. Laaja todellisuuspäinen reaalitytous epäilemättä todentaisi viranomaisten toiminnassa faktisia säännönmukaisuuksia. Lähestymiskulma edellyttäisi perin empirististä tutkimusasennetta.⁶⁹ Todistamiskieltoja ei kuitenkaan saateta tyytyä tarkastelemaan pelkästään eikä edes ensisijaisesti oikeudenkäynti-»ilmiöinä».⁷⁰ Tarkastelukulman laajentaminen ulottumaan myös annettujen normien/käyttäytymismallien kuvailuun on niin ikään riittämätöntä. Tarkoitus ei ole ensisijassa tutkia millainen merkityssisältö lain lauseille on normisubjektin taholta edellytetty annettavaksi taikka millaisia malleja normiadressaatti tosiasiallisesti seuraa. Kysymykseen ei liioin saata tulla oikeussäännösten »sisällön selvittäminen»; oikeussäännöksillä ei ole tutkijasta riippumatonta sisältöä.⁷¹ Tutkimustehtävä painottuu, lyhyesti sanoen, yhtäältä systemaattisten, toisaalta pragmaattisten aspektien ympärille siten, että eräänlaisena makroanalyysinä pyritään kartoittamaan todistamiskieltojen asema todistusoikeuden järjestelmässä ja tutkimaan niiden sisäisessä suhteessa esiintyviä lainmukaisuuksia; tässä kokonaiskentässä osoitettaville ongelmille esitetään ratkaisuehdotuksia muodostamalla tarpeellisia normipremissejä.

Tehtävä tulee problemaattiseksi sen johdosta, että suuntaa antavat prejudikaatit ovat harvalukuisia. Tästä on seurauksena, että esitettäessä

tiolovelvollisuus; OK 17:23,1:n 3 kohta) kiellonvastaisin selonottotavoin (törkeä erehdyttäminen; vrt. RB 23:12 ja v. 1973 esitutkintalakiehdotuksen 35 §). — De lege lata OK 17 luvun asianomaisia määräyksiä on, kuten tunnettua, analogisesti sovellettava myös esitutkintaan; ks. esim. *Tirkkonen*, Rp II s. 343.

⁶⁹ Vrt. *Aarnio*, LM 1970 s. 280 s.; *Klami*, LM 1970 s. 49.

⁷⁰ Oikeuden tarkastelemisesta oikeusilmiöiden (retsfaenomener) näkökulmasta ks. *Ross*, mt. s. 22 ss.; *Hedenius*, Om rätt och moral s. 87 ss.; *Strömholm*, SvJT 1969 s. 181 s.

⁷¹ Ks. *Hart*, mt. s. 121 ss.; *Ross*, mt. s. 132 ss. ja 158; *Brusiin*, mt. s. 125; *Makkonen* s. 104 s.

ns. voimassa olevan oikeuden sisältöä koskevia väitteitä, niitä on vaikea koetella todellisuuteen, oikeuskäytäntöön. Joka tapauksessa tältä osin tutkimustulokset eivät ole empiirisesti verifioitavissa eikä niillä siten voi olla tutkijasta riippumatonta yleispätevyyttä.⁷² Muutoin tutkimusta hallitsee oikeudensisäinen näkökulma so. tarkastelutapa, joka edellyttää normatiivisen kielen ja argumentaation käyttämistä. Ylimeno normatiivisesta aspektista ulkoiseen, kuvailevaan on kuitenkin liukuva. Olisi siis jo faktisesti työlästä sitoutua nimettyyn tutkimusaspektiin.⁷³ Tutkimuspoliittisesti puolestaan on selviö, että tutkimuskohde on asetettava etusijalle.⁷⁴ Tutkimuskohde vuorostaan on monikerroksinen ja alati muuttuva. Yksin normitodellisuuden osalta kirjoitetuissa oikeuslauseissa ilmaistut todistamiskiellot kattavat vain osan tutkimuskohdetta. Kielto-luetteluun kätkeytyy vaara, että lainkäyttö jää toivottomasti jälkeen probleemien kasvuperustana olevasta sosiaalisesta ja eritoten teknisestä kehityksestä. Oletus, että tulkinnalle aina löytyy kohde, on niin muodoin perusteeton. Siltäkin osin kuin ollaan tekemisissä laissa säännöstettyjen tilanteiden kanssa, käytännölliseltä merkitykseltään »perustyyppiä» tärkeämpiä ovat kieltotunnusmerkistöjen tulkinnanvaraisille reuna-alueille sijoittuvat virhetilanteet.⁷⁵

⁷² Vrt. *Andersen*, mt. *ibid.*: »Og det skaper (nim. oikeustieteeseen liittyvä arvostava momentti) ... det eneste virkelige alvorlige metodeproblem i denne vitenskap. Problemet er om det kan ettervises noe metodisk middel til å nøytralisere den store risiko for fordekt subjektiv vilkårlighet som vurderingsinnslaget fører med seg.»

⁷³ Tutkimuksen (keskustelun) jaosta sisäiseen ja ulkoiseen aspektiin ks. *Hart*, mt. s. 55 s., 84, 86 ss. ja *passim*; *Ojanen*, LM 1970 s. 1083 ss. — Pelkästään ulkoiseen, ei-normatiiviseen näkökulmaan tyytyvä oikeustiede, sellaisena kuin Rossin positivismi sitä johdonmukaisimmin edustaa, jättää oikeaa menettelytapaa valitsevan viranomaisen epätietoiseksi. Oikeustieteen, joka haluaa osallistua oikeuden kehittämiseen, on luovuttava empiristisistä tavoitteistaan. Mutta siirtyminen normatiiviseen argumentaatioon ei voi tapahtua ilman että samalla tingitään totuusarvovaatimuksesta, ks. *Ojanen*, *ibid.* s. 1090. Mutta onko oikeustiede tällöin enää »tiedettä»? Vrt. tämän johdosta *Jyräki*, LM 1969 s. 883; *Mäkelä* s. 220 av 45; *Andersen*, mt. s. 448.

⁷⁴ Tämä erityisesti *Erikssonin* (JFT 1969 s. 428) korostama ajatus on kuitenkin problemaattinen. Eri näkökohdista ja mielipidesuunnista vrt. edellä av 21 selostettua keskustelua.

⁷⁵ Ks. tekstissä lausutun johdosta *Klug* s. 59; *Kohlhaas* s. 287; *Foregger*, *Juristentag* s. 127 (Itävalta); *Hauser*, *ibid.* s. 78 (Sveitsi).

e) Tutkimuskohteen rajaaminen

1. Tutkimustehtävän kannalta kysymys »mitä on kielletty?» näyttää merkityksensä, paitsi muussa, tutkimuksen systematiikassa. Ilmeistä on, että lisäksi tarvitaan joukko täydentäviä kysymyksenasetteluja uusien näkökulmien avaamiseksi. Luontevinta on edetä kokonaisuudesta osiin eli osoittaa todistamiskieltojen asema todistusoikeuden järjestelmässä ja suorittaa tämän jälkeen tarpeelliset alajäsentelyt todistamiskieltojen sisäisessä suhteessa. Erilliskysymyksinä käsiteltäviä probleemoja ei ole mielekäästä tutkia tuntematta sitä kokonaisuutta, joka antaa osakysymyksille yhteisiä vivahteita. Tässä tapauksessa asianlaita on se, että sama peruste -tutkimusalan laajuus ja epäyhtenäisyys-, joka toisaalta tekee tutkimuskohteen määrittelyn hyödyttömäksi, toisaalta suuresti puoltaa aineiston jäsentelyä ja systematisointia. Tutkimuksessa on näin muodoin kiinnitettävä tarpeellista huomiota *todistamiskieltojen systematisointiin* (II luku).⁷⁶

Kieltoproblematiikan painottumisaluetta kysymys »mitä on kielletty?» ei tavoita. Pulmallisimmat kysymykset otaksuttavasti kasautuvat alueelle, jolta kirjoitetut oikeuslauseet puuttuvat: kiellonvastaisen todistelun *oikeusseuraamusten* yhteyteen.⁷⁷ Nyt herätetyn ongelman »oikeusloogisena» esikysymyksenä on tosin todistamiskielton soveltamisalaa tarkoitettava »mitä on kielletty?» ja tästä johdettava »miten normiadressaatti on rikkonut kieltoa (x)?». Mutta laajan argumentaatiopohjan valmistamiseksi on hedelmällistä valaista tutkimuskohdetta uudesta näkökulmasta.

⁷⁶ Todistamiskieltojen parissa askarrelleista tutkijoista samaan metodologiseen ratkaisuun ovat päätyneet *Grünwald* s. 490; *Klug* s. 30 ss.; *Otto* s. 292; *Rupp* s. 171. — Tietenkään ei esim. *Petersin* tutkimusasennetta voida nimittää epäsystemaattiseksi; sama soveltuu yleensä muihinkin tässä mainitsematta jääneisiin saksalaisiin tutkijoihin. Vrt. tämän johdosta esitystä jäljempänä tekstissä ja tutkimuksen II luvussa.

⁷⁷ Kuten tekstissä *Andenaes*, *Straffeprossen* s. 336 ss.; *Bratholm* passim; *Innstilling* s. 197; *Grünwald* s. 490; *Kern—Roxin* s. 114 ss.; *Klug* s. 34; *Otto* s. 290; *Sendler* passim; *Walder* passim. Toisin — kehittämästään järjestelmästä lähtien — *Peters* s. 97; ja *Spendel* s. 1108, joka haluaa ratkaista todistusteema- ja todistuskeinokieltojen rikkomisen yleisellä kaavalla. Yksityiskohtiin palataan tutkimuksen eri yhteyksissä.

Romaanisissa prosessijärjestyksissä, osaksi myös Itävallan oikeudessa, joille on ominaista selkeä muodollisuus, oikeusseuraamusongelma on alun alkaen vähemmän problemaattinen. Ks. tämän johdosta *Nuvolone* s. 64; *Roeder* s. 152 ss.

On kysyttävä: *miksi* normin antaja on halunnut rajoittaa todistelua todistamiskiellon asettamisella?⁷⁸ Tehtävänä ei tällöinkään saata olla pelkkä lainlaatijoiden käyttäytymisen deskriptiivinen kuvailu. Lainsäätäjän käyttäytyminen on kielellistä käyttäytymistä. Lähes ainoa tarjolla oleva havainto-objekti on tuon käyttäytymisen lopputulos: lakiteksti. Lainsäätäjän käyttäytymisen selittäminen samaistuu siten sekin tulkin-taan.⁷⁹ Empiristisiin ihanteisiin pitäytyvä tavoitteen asettelu historiallisten lainlaatijoiden subjektiivisen tahdon selvittämisestä olisi onnistunut vain sillä tosiasioita vastaamattomalla edellytyksellä, että se yhteiskunnallinen todellisuus, jota varten laki on laadittu, pysyy muuttumattomana.⁸⁰

Asetettu kysymys »miksi todistamiskielto on annettu?» palautuu kysymykseen *todistamiskieltojen oikeusperusteista* (III luku).

Todistamiskiellot ovat imperatiiveja.⁸¹ Sellaisina niiden taustana on aina jokin »voitokas» intressi. Imperatiiveilla suojataan arvoja. On tietenkin niin, että myös rikosprosessuaalisesti perustavanlaatuinen totuudentutkimuskäsky palvelee erästä arvopyrkimystä, joka tässä tapauksessa

⁷⁸ Vrt. Klug s. 34: »Die entscheidende Frage ist nun, aus welchen Gründen Beweisverbote entstehen können. Von ihrer Beantwortung hängt dann die weitere Frage nach den jeweiligen Rechtsfolgen der Beweisverbote ab.» Ks. myös *Stelter*, mt. s. 9.

⁷⁹ *Aarnio*, LM 1970 s. 582.

⁸⁰ Ks. tekstissä lausutun johdosta esim. *Aarnio*, LM 1970 s. 575; *Alanen*, Yleinen oikeustiede s. 126; *Brusiin*, mt. s. 61 ja 114; *Olivecrona*, Imperativ s. 22 s.; *Engisch*, mt. s. 90; *Esser*, Grundsatz und Norm s. 256 s. (»die Illusion einer historisch-genuinen Auslegungsmöglichkeit»); *Peters*, Lehrbuch s. 78; *Sauer* s. 22; *Kellner*, Annales s. 84 ss. ('laki saa sosiaalisen sisältönsä nykyisyydestä').

⁸¹ Tekstissä on yhdytty vallitsevaan käsitykseen, jonka mukaan kaikki oikeuslauseet ovat imperatiiveja. Ne ovat »pitämis-lauseita»; sellaisina ne ilmaisevat käskyjä tai kieltoja. Näin *Engisch*, mt. s. 22 ss. ja 182; *Olivecrona*, Imperativ s. 6 (»en regel inneslutar ett »skall» eller ekvivalent»). Erityisesti tuomiosta imperatiivina ks. *Aalto* s. 21.

Sipponen mainitsee (LM 1972 s. 100), että normin ilmaiseminen *indikatiivilauseella* on eliittiä varten käytetty kirjoitustapa. Imperatiiviteorian varsinaisesta kritiikistä ks. *Makkonen* s. 37. Mainittu tutkija kysyy, näköaloja avaavasti, eikö oikeusnormin funktion toteuttamiseksi riitä pelkkä tosiasia, että tarpeellinen seuraamusrelaatio vallitsee.

Erityisesti tekstissä lausutun johdosta ks. *Alsberg—Nüse* s. 89 av 1; *Beling* s. 5 ja 31 av 1 (»alle Beweisverbote haben imperativischen Charakter»); *Klein-knecht* s. 1537; *Simader*, Beweisanträge s. 103; *Spendel* s. 1108.

on autonomisesti rikosprosessuaalinen.⁸² Todistamiskieltojen arvotausta on paljolti rikosprosessin tuolla puolen. Prosessitapahtuman tasolla tämä näyttäytyy totuuden tutkimisen vaikeutumisena tai estymisenä. OK 17:20:n perusteella aviovaimo saa kieltäytyä todistamasta jutussa, jossa hänen miestään syytetään RL 20 luv. 3,1 §:n mukaisesta alaikäiseen kohdistuneesta seksuaalirikoksesta. Mahdollisesti hän on ainoa todistaja. Hän käyttää vaitiolo-oikeuttaan. Indisiot eivät riitä syyllisyyden todentamiseen; tuomio on vapauttava. Perhe-eheys säilyy ja vaimo säästyy siltä mielenterveydelliseltä rasitukselta, minkä aiheuttaisi tietoisuus myötävaikeutumisesta läheisen ihmisen tuomitsemiseen. Ehdottoman todistamisvelvollisuuden asettava laki ei olisi vain inhimillisistä näkökohdista piittaamaton vaan myös elämälle vieras. Lähiomaista raskauttavan todistusaineiston totuudenmukainen esittäminen edellyttäisi todistajalta lähes moraalista sankaruutta. Aina olisi tarjolla vaara, että konfliktitilassa annettu todistajankertomus on totuudenvastainen. Tämän seikan lain-sääätäjä on OK 17:20:n tapauksessa täysin oivaltanut. Normin suojelusuuntaus on monihakuinen⁸³ siten, että yhtenä suojattuna oikeushyvä on juuri totuuden tutkimisen luotettavuus.

Esimerkkitapauksen viitetausta osoittaa, että todistelun luotettavuus ja sallittavuus eivät ole eri tasoilla.⁸⁴ OK 17:11,1 torjuu yksityisluonteiset kirjalliset todisteet. Jos tämänlaatuiset todistukset olisivat kokemuksen mukaan luotettavia, niin eikö olisi jo prosessitaloudellisesti edullista sallia niiden esittäminen? Käyttäen hyväksi juridisen metodiopin kehittämiä apuneuvoja voidaan muodostaa uusia intressiluokkia: valtion etu ja kansantaloudelliset intressit tiettyjen todistusteemakieltojen oikeuspe-

⁸² Näin jo *Glaser*, Handbuch I s. 40. Ks. lisäksi *Kern—Roxin* s. 2 s.; *Meyer*, mt. s. 35; *Sauer* s. 156; *Spendel*, JuS 1964 s. 465; *Westhoff* s. 5.

⁸³ Kysymys on kuitenkin epäselvä; vrt. sen johdosta jäljempänä III 1 bf 4.

⁸⁴ Itse asiassa jo lakisääntöinen todistusteoria rakentui oleellisesti tälle premissille. — Ks. tekstissä lausutun johdosta muutoin *Andenaes*, Straffeprosessen s. 165; *Grünwald* s. 489 ja 493; *Jescheck* s. 17 s. (oikeusvertailevasti); *Klug* s. 34 s.; *v. Orelli*, mt. s. 4; *v. Schrutka—Rechtenstamm*, mt. s. 200 ja 223; *Nuvolone* s. 58 ss.; *Mueller* s. 39 s.; ja erityisesti *Ziegler* s. 1 ss. Zieglerin teoksen lähtökohdan muodostaa käsitteiden »sallittavuus» ja »luotettavuus» vastakkainasettelu, jolloin tavoitteena on osoittaa, että ne eivät ole eri tasoilla. — Toisin *Kohlhaas*, JurJahrb 4 s. 50 ja 55, joka katsoo, että todistuskeinon luotettavuus tai epäluotettavuus on merkityksetöntä harkittaessa todistelun sallittavuutta; luotettavuus tai epäluotettavuus on pelkästään todisteiden harkintaan vaikuttava näkökohta. Vrt. myös *Fasching*, ÖJZ 1966 s. 433.

rusteina, eettiset näkökohdat motivoimassa syytetyn ja hänen lähiomaisensa kieltäytymisoikeutta, virkaedut ja luottamussuhteen suoja vaitt-
olovelvollisuuden rationa, humanitääriset näkökohdat torjumassa esitut-
kintaviranomaisten liikaotteita. Näistä esimerkinomaisesti mainituista
näkökohdista voidaan tiivistää toteamus, että todistamiskiellot eivät pal-
vele vain totuuden tutkimisen ja tuomitsemisen estämistä vaan myös
yhteiskunnan vapautta ja rikosprosessin inhimillisyyttä sekä luotettavan
tosiasiaintoteamisen edistämistä.⁸⁵ Vieläkin pelkistetympää on suorittaa
kahtiajako sen mukaan, onko todistamiskiellon tarkoituksena varmistaa
prosessimenettelyn onnistunut kulku vai onko normin antaja pitänyt sil-
mällä etäisempiä, prosessuaalisen alueen tuolla puolen vallitsevia intres-
sejä. Kirjallisuudessa tavattava nimike »prosessuaaliset ja aineelliso-
keudelliset» todistamiskiellot tuo esille juuri kuvatun tehtävämukaisen
erilaisuuden.⁸⁶ Joka tapauksessa teesi »totuutta ei ole tutkittava rikos-
prosessissa mihin hintaan tahansa» osoittautuu todistamiskieltojen luon-
nehtimisessa välttämättä yksipuoliseksi ja riittämättömäksi. Probleemin
asettelu, jossa todistamiskiellot nähdään yksinomaisesti aineellisen totuu-
den tutkimisen rajoittajina, on asioiden polaariseksi tekemistä.⁸⁷

Esitetyt todistamiskieltoja luovat perusteet ovat kaikki palautettavissa
rikosprosessioikeuteen. Avoimeksi jää kysymys oikeushyvän suojaamisen
riittävyyydestä sellaisissa kollisiotilanteissa, joissa totuudentutkimiskäs-
ky johdonmukaisesti toteutettuna merkitsee yksilön perusoikeuksien uhraa-
mistä. Periaatteessa on selvää, että valtiosäännössä turvatut perusoikeu-
det varsin laajassa mitassa edustavat totuudentutkimisintressin syrjäyttä-
viä tai sitä rajoittavia intressejä.⁸⁸ Totuudentutkimiskäskey ei edes a priori

⁸⁵ Peters, Juristentag s. 165.

⁸⁶ Ks. tästä Nuvolone s. 85.

⁸⁷ Kuten tekstissä Rupp, Juristentag s. 167. Ks. myös Tirkkonen, Totuus
s. 170; Neumann s. 15 ja 59.

Perustuu virheelliseen tapaan nähdä todistamiskieltojen funktio sanottaessa
»dass die Beweisverbote ... der Wahrheitsfindung nicht dienen, sondern die
Wahrheitsfindung erschweren oder unmöglich machen». Näin Hirschberg, Das
amerikanische und deutsche Strafverfahren s. 59. — Mitä Belingiin tulee, hänen
uranaukaisijan merkitystään ei vähennä, että hän näki todistamiskieltojen normi-
suunkausten totuudentutkimiselle vastakkaiseksi: »Das Beweisverbot sperrt einen
Weg, der trefflich gangbar sein und sicher zum Ziele führen kann, es sperrt ihn,
weil er nicht begangen werden soll ...» Ks. »Beweisverbote» s. 4.

⁸⁸ Näin jo edellä s. 13. — Näkemys yksilön perusoikeuksien suojaamisesta

oikeuta sellaista todistelumetodia, joka alentaa rikoksesta epäillyn esi-
neen kaltaiseksi tutkintaobjektiksi; aksiooma ei tarvitse tuekseen perus-
tuslakia eikä edes rikosprosessilakia muodollisena oikeuslähteenä.⁸⁹ Mutta
onko tämän ohella olemassa myös varsinaisia perusoikeuksista johtuvia
todistamiskieltoja? Tuomioistuinkäytäntö ja oikeustiede tunnustavat ns.
oikeasuhtaisuusperiaatteen syyttäjän toimenpiteiden tärkeäksi arvostelu-
perusteeksi: pakkokeinojen käytön tulee olla oikeassa suhteessa toimenpi-
teen tarkoitukseen; kansalaisen persoonallisuuspiiriin puuttumisen oikeu-
denmukaisuuden ratkaisee se seikka, näyttäytyykö valtion etujen toteut-
tamiseksi valittu keino tarkoituksensa kannalta kohtuulliseksi, sove-
liaaksi, tarpeelliseksi tai välttämättömäksi.⁹⁰ PoliisiL 12 §:n 3 momen-
tin mukaan »poliisi ei saa puuttua kansalaisten oikeuksiin enempää kuin
... virkatehtävän toimittamiseksi on tarpeen». Keskeisongelmana on,
onko valtiosääntöoikeudellisesti taattu persoonallisuuden suoja rikospro-
sessissa toteutettavissa rikosprosessuaalisten todistamiskieltojen avulla vai
edellyttääkö »jäännöksetön» suojaaminen takautumista perustuslakiin.
Voidaanko perusoikeudet tarvittaessa välittömästi muuntaa todistamis-
kielloiksi? Onko perustuslain lauseiden soveltaminen sallittua vai täy-
tyykö jokainen probleemi ratkaista ankarasti lain tasolla? Miten on suh-
tauduttava lainsäädännön korvaamiseen topiikalla, tuomarin suoritetta-

määrätapauksissa jopa rikosprosessuaalisen totuudentutkimisintressin kustannuk-
sella on tutkimuksen perusajatuksia. Ks. tämän johdosta edellä av 31–34 mai-
nittua kirjallisuutta ja lisäksi *T. Ellilä*, LM 1967 s. 810; *sama*, LM 1970 s. 643;
Joustie, LM 1970 s. 364 s.; *Sinisalo*, Poliisin toimivallan määräytyminen s. 208 ss.;
Honig, mt. s. 38 ss.; *Klug* s. 37, 40 s. ja 55; *Nüse* s. 281; *Peters* s. 145 s. ja 160;
sama, LM 1968 s. 670; *Sax*, JZ 1965 s. 4 s.; *Krähenbühl*, mt. s. 33; *Williams*, *The*
Proof of Guilt s. 11 s. ja 35 ss.

⁸⁹ *Rupp*, s. 170, lausuu puheenalaisessa suhteessa: »Gewiss sind Folterungen,
Misshandlungen, Aussageerpressungen unzulässig, ohne dass es sich des Grund-
gesetzes bedurft hätte.» *Baumann*, GA 1959 s. 34 av 3, ja *Seiler*, JB1 1974 s. 128,
puolestaan sanovat, että ei olisi välttämättä tarvittu StPO 136 a §:n nimenomaisia
määräyksiä, jotta lainkohdassa mainitut »elementaariset» todistelumetodikiellot
voitaisiin sisällyttää positiiviseen oikeusjärjestykseen. Asiallisesti samoin *Hab-*
scheid, *Persönlichkeitsrecht* s. 840 ss. ja 857. — Tekstissä esitetyn johdosta on
todettava, että esitutkinnassa rikoksesta epäilty on kyllä tutkinnan kohde (*T. Elli-*
lä, LM 1970 s. 642), mutta hän on sitä vain de facto; hän ei ole oikeudeton, pas-
siivisuuteen tuomittu tutkintaobjekti.

⁹⁰ Ks. esim. *Hidén*, LM 1967 s. 782; *Kiukas*, SPL 1956 s. 198 s.; *Sinisalo*, mt.
s. 157, 178 s. ja 181; *Ylösjoki*, Poliisioikeus II s. 151 s.

vaan todistamiskieltojen kehittämiseen lain tuolle puolen yltävien arvos-
tusten avulla?⁹¹

Problematiikka on syytä konkretisoida. — Kiristuksen uhri on salaa nauhoittanut kiristäjän kanssa käymänsä puhelinkeskustelun. Ääninau-
halla saattaa oikeudenkäynnissä esitettyinä olla melkoinen todistusarvo.
— Yksin asuva A poistuu asunnostaan jättäen oven lukitsematta. B tart-
tuu tilaisuuteen ja anastaa pöydälle jätetyn henkilökohtaisen päiväkir-
jan. Sen sisältö paljastaa A:n syyllistyneen erinäisiin myymälävarkauk-
siin. B luovuttaa päiväkirjan viralliselle syyttäjälle. — Perheenisä tel-
keää alaikäiseen lapseensa kohdistuneesta pahoinpitelystä epäilemänsä
miehen kellariin ja saa tämän tunnustamaan.

Saadaanko edellä kuvatuin tavoin virheellisesti hankittu todiste esit-
tää oikeudessa ja ottaa huomioon todistusaineistoa arvioitaessa? Jos
perusoikeudet voitaisiin välittömästi muuntaa todistamiskielloiksi, todis-
teen torjuminen vaikuttaisi läheiseltä. Lopullinen ratkaisu ei ole mah-
dollinen ilman eräitä uusia kysymyksenasetteluja. Onko nimittäin perus-
oikeuksilla vaikutus vain ylhäältä alas ja kääntäen mutta ei kansalainen-
kansalainen suhteessa?⁹² Kuten havaitaan, periaatteellista laatua olevat
valtiosääntöoikeudelliset kysymykset liittyvät tässä läheisesti puhtaaseen
prosessioikeuteen. Puheenalaisissa esimerkeissä konkretisoituu toinenkin
tutkimustehtävää keskeisesti määräävä ongelma: Kun kiristuksen uhri
luovuttaa salaa nauhoittamansa puhelinkeskustelun sisältävän ääninau-
han viralliselle syyttäjälle, ei itse asiassa ole vielä tapahtunut minkään-
laista »todistelua». Kellariin telkeäminen on tosin oikeudenvastainen teko,
mutta sellaisena se on yksityishenkilön esiprosessuaalista toimintaa.
Ulottuvatko siis todistamiskiellot yksityishenkilöiden oikeudenvastaisiin
toimiin vai kohdistuvatko ne vain syytteeseenpano- ja tuomitseviin viran-
omaisiin? Lukeutuuko asiantuntija tässä katsannossa rikosoikeudenhoi-
don orgaaneihin? Kysymys muodostaa tutkimuksen systematiikassa
todistamiskieltojen adressaatteina käsiteltävän asiakokonaisuuden (IV
luku).⁹³

⁹¹ Tekstissä esiintyvien kysymyksenasettelujen johdosta ks. etenkin *Rupp*
s. 209 s. Ks. myös *Dünnebier*, Juristentag s. 125; *Häussling* s. 105; *Jescheck*, Juris-
tentag s. 170; *Klug* s. 37; *sama*, Juristentag s. 143; *Kühne*, Beweisverbote s. 45;
Nüse s. 287; *Spendel* s. 1106 s.

⁹² Ks. oikeusvertailevasti *Jescheck* s. 16 s. ja siinä mainittua kirjallisuutta;
Kohlhaas s. 287.

⁹³ Vrt. *Beling* s. 30; kysymyksenasetteluista ks. lisäksi *Jescheck*, mt. *ibid.*

Tutkimuksen kokonaisuuden kannalta niin hyvin todistamiskieltojen oikeusperusteet kuin todistamiskieltojen adressaatitkin näyttäytyvät esikysymyksinä, joiden käsitteleminen tasoittaa tietä kiellonvastaisen todistelun oikeusseuraamusten pohtimiselle. On ilmeistä, että oikeusseuraamukset eivät tyhjenny *prosessuaalisiin* seuraamuksiin.⁹⁴ Rajoittuminen on tässäkin kohden välttämätöntä siten, että keskeisenä tarkastelukohteenä tulee olemaan viimeksi mainittu seuraamuslaji. Täsmällisen kielienkäytön mukaista on, että tällöin ei käytetä merkitykseltään väljää oikeusseuraamus-termiä. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin vakiintuneesti puhuttu »oikeusseuraamuksista» juuri kuvatussa suppeassa merkityksessä;⁹⁵ kysymyksessä on siten näennäisongelma.

Mitä esityksen rakenteeseen muutoin tulee, sitä ei määrää soveltamisalaa koskeva kysymys »mitä on kielletty?» siten että ensin käsiteltäisiin »primäärisiä» kieltotilanteita alioikeusmenettelyssä. Prosessitapahtuman kronologiassa esitutkinta edustaa ensimmäistä menettelyjaksoa. Tämä tosiasia on otettu tutkimuksen systematiikassa huomioon siten, että kysymys *kiellonvastaisesti hankittujen esitutkintatodisteiden hyödyntämiskelpoisuudesta* (V luku) näyttäytyy ennakkoluonteisempänä tarkastelukohteenä kuin *todistamiskiellot alioikeusmenettelyssä* (VI luku).⁹⁶ Koska hyödyntämisongelman ratkaisuperusteet ovat oleellisesti samat siitä riippumatta, onko virhe — todistamiskiellon vastainen menettely — tapahtu-

Jescheckin tutkielma on todistamiskielloista Saksan 46. lakimiespäiviä varten laadittu yleisalustus. Tekijä systematisoi aineiston ja esittää tärkeimmät mielpidesuunnat mutta pidättyy omista kannanotoista.

⁹⁴ Vrt. *Andenaes* s. 26 s.; *Bratholm* s. 116 ss.; *Beling* s. 30 s.; *Peters* s. 97; *Otto* s. 292; *Sarstedt* s. 23; *Mueller* s. 51.

⁹⁵ Termi »oikeusseuraamus» tekstissä käytetyssä ahtaasti prosessuaalisessa merkityksessä on oikeuskirjallisuudessa yleinen. Prosessuaalisen virheen nyt puheena olevaa prosessuaalista sanktiota nimittävät oikeusseuraamukseksi esim. *Klug* s. 34 ja *Nuvolone* s. 65, kun taas *Peters*, s. 109, puhuu täsmällisemmin todistamiskiellon rikkomisen »prosessuaalisista oikeusseuraamuksista» ja *Eb. Schmidt* (Lehrkommentar II s. 358 rn 22) »prosessuaalisista seuraamuksista». — Ks. myös *Pelckmann*, *Juristentag* s. 85.

Todistamiskieltojen erään lähi-ilmion: prosessinesteiden (siitä edempänä I 2), osalta *Reinikainen* käyttää termiä »oikeusseuraamus» tai »oikeusvaikutus» tutkiessaan prosessinesteiden vaikutuksia. Ks. »Prosessinedellytyksen puuttumisen oikeusseuraamuksista» s. 34 ss.

⁹⁶ Että systematiikka voisi olla toinenkin, nähdään esim. siitä, että *Seiler* (JB1 1974 s. 57 ss. ja 123 ss.) suorittaa hyödyntämiskieltojen yleistarkastelun todistamiskieltoja koskevan tutkielman päätösjaksossa; ks. mt. s. 133 ss.

nut esitutkinnassa vai varsinaisessa oikeudenkäynnissä, esityksessä kiinnitetään aluksi huomiota seuraamuskysymykseen; saatujen tulosten voidaan olettaa soveltuvan suuntaa antavina monikerroksiseen normiaineistoon kokonaisuudessaan.

2. Ylimeno tosiasiapuolesta — normiadressaatin kiellonvastaisesta käyttäytymisestä — seuraamuspuoleen saadaan esille palaamalla todistamiskiello-termin käyttötarkoitusta kuvattaessa esitettyyn toteamukseen termin tehtävästä. Tällöinhän todettiin, että tällä sanalla tarkoitetaan oikeussäännöksiä, joiden yhteisenä piirteenä on niiden todistelulle asetama, käytännössä todennäköisesti huomioitava este. Tämän mukaisesti todistamiskiellot ovat (oikeudellisia) todistamisen esteitä. Kieltämällä todisteiden esittämisen/hankkimisen todistamiskiellot ovat *todisteiden esittämiskielloja*.⁹⁷ Kiellonvastaisesti tapahtunutta todistelua rasittaa prosessuaalinen virhe. OK 17:2,1:n mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena. Tosiasiat, jotka on saatettu oikeuden tietoon todistamiskielltoa rikkoen, ovat nekin ankaran sananmukaisesti tulkiten »esiintulleita seikkoja». Havaintoaineistona ne ovat todellisuutta, ja mitättömyysrakennelmaan ^{97a} turvautuminen puolestaan ei vaikuta onnistuneelta harvaan normitetussa prosessijärjestelmässämme, jolle pelkistetyn muodolliset ratkaisut muutoinkin ovat vieraita. Missään ei ole säädetty, että kiellonvastaisesti esitettyä todistetta ei saa sisällyttää todistusharkinnan kohteena olevaan aineistoon. Maininnan arvoista on, että vuoden 1964

⁹⁷ Tämä on tietoisopissa yksimielisesti omaksuttu käsitys. Kysymys voi enintään olla siitä, »ob sie (so. todistamiskiellot) nur (kurs. tässä) als Beweiserhebungs- oder auch als Beweisverwertungsverbote aufzufassen sind». Ks. tästä Jescheck s. 10; Rupp s. 171.

^{97a} Tekstissä sanottu voidaan yleistää koskemaan useimpia tutkimuksessa silmällä pidettyjä oikeuspiirejä. Tässä suhteessa ainoastaan *romaanisten* maiden oikeus kulkee selvästi omia teitään. Ks. yksityiskohtien johdosta *Nuvolone* s. 66 ja 85 s. (ns. prosessuaalisen todistamiskiellon rikkomisen seurauksena on aina vastaavan prosessitoimen mitättömyys); *Stefani—Levasseur* s. 400 ss. Mitä *Itä-vallan* oikeuteen tulee, tämänkin maan prosessijärjestelmää leimaa viitattu formalistinen piirre: oletettu tilanne johtaa — lain erikseen osoittamissa tapauksissa — prosessitoimen mitättömyyteen; ks. *Bertel*, Grundriss s. 164 ss.; *Roeder* s. 277 ss. ja 278 av 2.

Mitättömyydestä oikeudellisena ongelmana erityisesti hallinto-oikeuden kanalta ks. *Vilkkonen*, Hallintotoimen mitättömyydestä, passim. Mainittu teos on julkisoikeudellista mitättömyys-problematiikkaa koskeva tärkein kotimainen esitys.

esitutkintatoimikunnan mietinnössä ehdotettua kuulustelumetodikieltoa ei ole sanktioitu epäämällä tuomioistuimelta kiellonvastaisesti hankittujen todisteiden vastaanottaminen. Kysymys on jätetty säännöstämättä myös uusimmassa (vuoden 1973/76) esitutkintalakiehdotuksessa.⁹⁸ Silti täytyy olla ilmeistä, että virheellisesti esitetty todiste on määrätapauksissa torjuttava. Tätä vaatii ratio legis; todisteen torjuminen estää todistamiskiellon muuttumisen kuvitteelliseksi.⁹⁹

Edellä esitetyn perusteella voidaan todeta, että todistamiskiellot ovat todisteiden esittämiskielloja, joihin määrätapauksissa liittyy oikeusseuraamuksina *todisteiden hyväksikäyttämiskielloja* (hyödyntämiskielloja). Todistamiskiellojen problematiikka huipentuu hyödyntämisongelmaan.¹⁰⁰ Todisteiden hyväksikäyttämiskiello on todistamiskiellon yksi prosessuaalinen sanktio. Todistamiskiellojen *prosessuaalinen* problematiikka olisi laadultaan aivan toista, jos kiellonvastaisesti esitutkinnassa hankitut taikka oikeudenkäynnissä esitetyt todisteet olisivat yleisesti hyödyntämis-

⁹⁸ Voidaan kysyä, onko esitutkintaa koskevaa lakiehdotusta laadittaessa edes mielletty sitä oikeusmahdollisuutta, että lakiehdotuksen 25 (35) §:n vastaisin metodein hankitut todisteet voidaan jättää prosessuaalisesti hyödyntämättä. Asianomaisella säännösehdoituksella on esikuvia useissakin eurooppalaisissa prosessijärjestyksissä. Viitattakoon esim. Itävallan rikosprosessilain 202 §:ään, josta Seiler, JB1 1974 s. 131, mainitsee, että sitä laatiessaan lainsäätäjä ei huomaa-mattomuuttaan ole ajatellut itsessään luonnollista prosessuaalista sanktiomahdollisuutta. — Huomattakoon myös, että seuraamuskysymykseen ei liiain ole kiinnitetty huomiota lakiehdotuksesta annetuissa lausunnoissa.

⁹⁹ Näin vallitseva mielipide sekä mannermaisessa että skandinaavisessa tietoisopissa. Laajasta kirjallisuudesta ks. etenkin Jescheck s. 10 ss., 33 ja 36 ja siinä mainittua kirjallisuutta; Dencker s. 10, 33 ss. ja passim; Sendler s. 3 ss., 58 ss. ja 89 ss.; Hauser, Juristentag s. 78; sama, SchwZStr 1972 s. 129 ss. (Sveitsi); Bertel, mt. s. 164 ss. (Itävalta); Andenaes s. 24 ss.; Hurwitz s. 478 s.; Rørdam, Juristen 1975 s. 37 ss.; Bolding, SvJT 1953 s. 332; Bomgren, TSA 1937 s. 243; Kallenberg II s. 1072; sama, SvJT 1940 s. 513; Hassler, Bevisrätten s. 35; Heuman, SvJT 1955 s. 237.

Selvyyden vuoksi on korostettava, että Saksan oikeudessa jo laki liittää tiettyihin elementaarisin todistelumetodikieltoihin hyödyntämiskiellon; ks. StPO 136 a §:n 3 mom. 2 virke, 163 a §:n 3 ja 5 mom. Kysymys onkin vain siitä, voidaanko näitä määräyksiä pitää ilmauksena yleisestä säännöstä.

¹⁰⁰ Näin expressis verbis Otto s. 290. Asiallisesti samoin Grünwald s. 490; sama, Juristentag s. 81 s.; Rupp s. 171; Sendler s. 1 ss.; Hauser, Juristentag s. 77. Ks. myös Dünnebieber, MDR 1964 s. 967; Osmer, Umfang s. 4 s.; Kern—Roxin s. 115; Zipf, Strafprozessrecht s. 185.

kelvottomia.¹⁰¹ Erimielisyys saattaisi tällöin syntyä enää vain siitä, onko in concreto ylipäättään rikottu pakottavaa normia.¹⁰²

Muutoin oikeustilaa rasittaa yleiskatsauksellisuuden puute. Sanottu koskee koko pohjoismaista oikeuspiiriä. Lainsäätäjä ei ole kysymykseen puuttunut. Ruotsin RB 23:12 tosin vastaa asiallisesti Saksan StPO 136 a §:ää siltä osin kuin se julistaa kuulusteltavan vapaata tahdontoimintaa vaarantavat kuulustelumetodit kielletyiksi; mutta toisin kuin saksalainen vastineensa lainkohta ei kiellä käyttämästä hyväksi kiellonvastaisesti saatuja lausumia.¹⁰³ Prosessitieteessä *Ekelöf* on tutkinut hyödyntämisongelmaa todistajan vaitiolovelvollisuuden säännöstävän RB 36:5:n pohjalta. Hän esittää tulkintasuosituksen, jonka mukaan oikeuden olisi tyydyttävä tuomiossa vain viittaamaan tapahtuneeseen virheeseen antamatta sen vaikuttaa oikeudenkäyntiaineiston laajuuteen. Mainittu tutkija ei tosin kiistä hyödyntämiskieltojen logiikkaa, niiden prosessiteoreettista perusteltuisuutta. Esittämänsä näkökantaan hän päätyy niistä epäi-

¹⁰¹ *Beling*, s. 30 ss., edusti sitä käsitystä, että jokaista todisteiden esittämiskieltoa vastaa aina hyödyntämiskielto. Ks. myös *sama*, Deutsches Reichsstrafprozessrecht s. 290 s.; *Gerland*, Der Deutsche Strafprozess s. 194. Uudempi tutkimus on luopunut tästä näkökannasta; ks. ed. alav. mainitun kirjallisuuden lisäksi *Heinitz*, JR 1964 s. 443; *Sax*, JZ 1965 s. 6; *sama* KMR Vorb. 2.a) § 48. Toisin *Peters* s. 97; ja *Henkel*, mt. s. 270, joiden mukaan kiellonvastaisen todistelun tuloksia ei saa koskaan prosessuaalisesti hyödyntää.

Romaaniselle — lähinnä Ranskan ja Belgian — oikeudelle on tunnusomaista, että lain yksilöimissä tapauksissa (ns. prosessuaaliseen, ei: aineelliseen) todistamiskieltoon liittyy mitättömyyskonstruktion nojalla aina hyödyntämiskielto. Ks. lähemmin *Nuvolone* s. 85 s. Dogmatiikan selkiintymättömyyttä kuvastaa, että *Corderon* mukaan (Prove illecite sul processo penale, IUS 1961 s. 86 ss.) Italian oikeus ei liitä todistuskeinojen kiellonvastaiseen saantiin hyödyntämiskieltoa. Tuomarin on vain punnittava todistusarvo erityisellä huolella. — *Englannin* (ja Yhdysvaltain) oikeuden kannasta ks. *Cross* s. 262 ss.

¹⁰² *Otto* s. 290.

¹⁰³ Pohjoismaisessa prosessiteoriassa näyttää yleensäkin verraten myöhään saaneen jalansijaa käsitys, että oikeudenvastaisesti hankitut todisteet voidaan määrätyin edellytyksin torjua. Ruotsin oikeudenkäyntiuudistusta edeltäneissä lainvalmistelutöissä kysymykseen ei ole puututtu. Myös meillä valmistuneesta lainlaadinta-aineistosta, niin hyvin todistuslainsäädännön esitöistä kuin uusimmasta v:n 1973 esitutkintalakiehdotuksesta, etsii turhaan oikeusseuraamusongelmaa valaisevaa keskustelua. Norjan oikeuden osalta puolestaan *Bratholm* (s. 115) lausuu, että lakia valmisteltaessa ei nähtävästi pohdittu mikä rikosprosessuaalinen merkitys on annettava sille, että todiste on hankittu oikeudenvastaisin tavoin. De lege ferenda lainsäätäjä kyllä on tiedostanut hyödyntämisongelman; erityistä normiehdotusta ei kuitenkaan ole annettu; ks. *Innstilling* s. 197.

lyksistä käsin, joita voidaan kohdistaa hyödyntämiskieltojen käyttöarvoon. Rohkeinta kohtaa tässä kritiikissä edustaa väite, jonka mukaan todistajankertomuksen jättäminen oikeuden taholta huomioon ottamatta ei korjaa sitä vahinkoa, minkä kuulustelu on tuottanut.¹⁰⁴

Selostettu käsityskanta ei edusta vallitsevaa mielipidettä. Hyödyntämiskieltojen prosessuaalisesti relevantti tehtävä tunnustetaan oikeuskirjallisuudessa yleisesti. Laajimmin aihetta on käsitellyt *Bratholm*. Kilpailevista metodisista mahdollisuuksista hän antaa etusijan pragmaattiselle asenteelle, jolloin ratkaisu suoritetaan tapaus tapaukselta virheen vaikeusasteen ja asian tärkeyden perusteella. Epäilemättä onkin niin, että tapausryhmien muodostaminen kulloinkin perustana olevan todistamiskiellon kantavuuden mukaan — systemaattinen metodi — näyttäisi jo praksiksen epäyhtenäiseen tilaan nähden vähemmän toteuttamiskelpoiselta.¹⁰⁵

Mitä Suomen oikeuskirjallisuuteen tulee, siinä on etupäässä askarreltu erityiskysymysten parissa. *Tirkkonen* on tutkinut asianajajan ja lääkärin vatiolovelvollisuutta oikeudenkäynnissä ja esittänyt hyödyntämisongelmasta näkökohtia, jotka näyttäisivät olevan pitkälle yleistettävissä. Meillä vallitsevaa oikeuskäsitystä yleisesti kuvastaa *Reino Ellilän* maininta hyödyntämiskielloista todistamiskieltojen modernina jatkona.¹⁰⁶

Uusin tutkimus on teorianmuodostuksessaan edennyt tästäkin askeleen pitemmälle: Sen ohella, että on olemassa todistamiskieltoihin prosessuaalisina tehosteina liittyviä hyödyntämiskieltoja, postuloidaan edeltäneestä todistamiskieltorikkomuksesta riippumattomien hyödyntämiskieltojen kategoria. Prosessiteoreettisesti oletettu luokka on eri tasolla kuin todistamiskieltoihin seuraamuksina liittyvät hyödyntämiskieollot. Edellisessä tapauksessa kysymys on tuomarin näkökulmasta normin adressaattina olemisesta, jälkimmäisessä taas sen toteamisesta, että seuraamusrelaatio vallitsee. Kysymyksen yksityiskohtainen tarkastelu suoritetaan toisessa yhteydessä;¹⁰⁷ seuraavassa esityksessä pidetään silmällä yksin todistamiskieltoihin tehosteina liittyviä hyödyntämiskieltoja.

¹⁰⁴ Ks. *Ekelöf* IV s. 134; lähellä *Ekelöfiä* on *Bolding*, mt. s. 331.

¹⁰⁵ Ks. *Bratholm* s. 109 ss. ja sen johdosta *Andenaes* s. 24; *Jescheck* s. 11. Ks. myös *Andenaes*, Straffeprosessen s. 336 ss.; *Innstilling*, ibid.; ja uusimpana esityksenä *Rørdam*, Juristen 1975 s. 37 ss.

¹⁰⁶ Ks. *Tirkkonen* s. 126 s.; *sama*, Tystnadsplikt s. 152 ja Bilaga IV s. 8; *sama*, Rp II s. 254; *Alkio*, LM 1949 s. 561; ja erityisesti *R. Ellilä* s. 257.

¹⁰⁷ Jäljempänä IV d 2 av 66 ja V 1 aa 3 av 15 kohdalla.

Hyödyntämisiongelma on luonteeltaan universaalinen. Sen tähden saattaa meidänkin oikeutemme kannalta olla valaisevaa perehtyä niihin perusteisiin, jotka *saksalaisessa* tieteessä on typisoitu todisteiden hyväksikäyttämiskieltojen oikeusmotiiveiksi. Tässä suhteessa on esitetty, että todisteiden hyväksikäyttämiskieltojen tulee estää, että valtio hyötyy omista väärintekemisistään; alleviivata valtion viranomaisten, erityisesti tuomioistuinten vastuunalaisuutta ja auttaa välttämään vaikutelma, että valtio sietää oikeudenloukkauksia yksittäisten valtaoikeuksien kannattajien taholta; varustaa oikeudenloukkauksesta kärsinyt tehoisalla oikeuskeinolla; edistää aineellisen totuuden saavuttamista; ja vaikuttaa ennaltaehkäisevänä keinona, joka pidättää valtion orgaanit oikeuden rikkomisista.¹⁰⁸

Ongelman ratkaisemisen perusteina edellä systematisoidut näkökohdat ansaitsevat huomiota yli sen oikeuspiirin, jossa ne alun perin on prosessiteoriassa esitetty. Molempia ensiksi mainittuja argumentteja voidaan pitää suorastaan oikeusvaltioajatuksen johdannaisina. Oikeusvaltion mukaisen ajattelun kanssa on vaikeasti yhdistettävissä asettaa valtiosäännön perusperiaatteiden polkemisella, olosuhteista riippuen jopa RL 40 luv. 20 ja 21 §§:ien tarkoittamien virkarikosten kautta saadut todisteet tuomitsemisen perustaksi tuomioistuimissa, joille on erityisessä määrin uskottu perusoikeuksien suojeleminen ja oikeusvaltioajatuksen ylläpitäminen.¹⁰⁹ Suurimman kantavuuden tämä eettinen näkökohta on saanut *Yhdysvaltain* oikeudessa. Tässä maassa omaksutuille käsityksille ovat kuvaavia seuraavat korkeimpien tuomareiden sanat: 'Mikään ei murennu valtiolaitosta nopeammin kuin velvollisuuksien rikkominen omien lakien noudattamisessa, tai, mikä on vielä pahempaa, perustuslain noudattamisessa' (Mr. Justice Clark);¹¹⁰ 'jos hallitus rikkoo

¹⁰⁸ Ks. Otto s. 290; Dencker s. 33 ss.

¹⁰⁹ Perusoikeusproblematiikka rikosprosessissa on liian laajakantoinen kysymys, jotta siitä voitaisiin tutkimuksessa esittää muuta kuin viittauksenomaisia huomioita. Esityksessä joudutaan paljolti tyytymään aksiomaattisiin toteamuksiin ja nojautumaan lausumattomiin premisseihin. Perustuslain suhteesta rikosprosessilakiin ks. lähemmin etenkin *Bettermann*, JBl 1972 s. 57 ss. Ks. lisäksi *Dünnebier*, Juristentag s. 125; *Häussling* s. 105; *Jescheck* s. 4 ja 29 s.; *Klug*, Juristentag s. 143; *Peters* s. 146, 150, 154 ja 160; *sama*, Lehrbuch s. 24; *Rupp* s. 167 ja 175; *Ziegler* s. 145; ja muutoin toisessa yhteydessä (III 1 bg 2 ja 3) olevaa esitystä.

¹¹⁰ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

lakia, koko kansa joutuu halveksunnan alaiseksi' (Mr. Justice Brandeis).¹¹¹ Oikeuskäytännössä uusin judikatuuri on vakiinnuttanut tämän ajattelutavan. Ylin liittotuomioistuin on saattanut alkuaan vain liittovaltion viranomaisiin kohdistuneet perustuslain IV, V ja VI muutospykälien perustamat todistamiskiellot osavaltioiden viranomaisia sitoviksi. Tämä on tapahtunut siten, että mainituilla määräyksillä yksilön perusoikeuksille taattu suoja on sisällytetty todistamiskieltoina osavaltioita alun perinkin sitoneen XIV muutospykälän (ns. *due process*-klausuli) ainesosaksi. Näihin ns. moderneihin todistamiskieltoihin liittyy *Supreme Court*'in puolivuosisataisen käytännön kehittämänä hyödyntämiskielto, joka sekin nyttemmin — käänteentekevän ratkaisun Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) nojalla — sitoo myös osavaltioiden tuomioistuinta.¹¹²

Kosketeltu siveellinen näkökohta on meidänkin oikeutemme kannalta kieltämättä huomionarvoinen. Jos valtio nimittäin näkee rikollisten tekojen syytteeseen saattamisessa siveyslain mukaisen tehtävän mutta sallii samalla itselleen kiellonvastaisesti saatujen todisteiden hyväksikäyttämisen, se ei voi odottaa onnistuvansa vetoamaan tekijän vastuullisuuden tunteisiin. Yhden vääryyden ympärille kerrostuu toinen.¹¹³ Tällä perustelutavalla on kuitenkin heikot kohtansa. Rikosten syytteeseen panemisen tarkoituksena ei voi olla siveellisen ylemmyyden demonstroiminen. Rikosprosessin avulla tosin varmasti ylläpidetään soiaalieettisiä arvoja; siksi myös syyttämistoimintaa määräävät soiaalieettiset

¹¹¹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

¹¹² Kosketellun ns. integrity of government-ajatuksen kehityksestä ks. *Allen*, *The Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure* s. 77 ss., erit. s. 82 ss.; *Mueller* s. 41 s., 48 s. ja 53; *Honig* s. 41 ss.; *Schaumann* s. 130.

Muutoin tekstissä esitetty heijastaa sitä historiallista tosiasiaa, että nimenomaan Englanti on yksilön vapauden kehto (vrt. kuuluisa Magna Charta jo v:ltä 1215). »Due process» -klausulin voidaan osoittaa palautuvan v:n 1679 habeas corpus-asiakirjan kautta v:n 1215 Magna Chartaan (*Bettermann*, mt. s. 67). Kehityksen myötä valtio-oikeus ja rikosprosessioikeus sulautuivat toisiinsa liiankin kiinteästi, tavalla joka vaikeutti rikosprosessin omalakisuuksien tiedostamista. Ks. tämän johdosta *Westhoff* s. 5.

¹¹³ Rangaistusteorioista ks. *Elwin*, *Den första stenen* s. 53 ss.; *Nousiainen*, *Rangaistuksen määräämisestä* s. 14 ss. Ks. lisäksi *Forsman*, *Straffrättens allmänna läror* s. 16 ss.; *Hintikka*, *Valvoja* 1964 s. 101 ss.; *Oehler*, *Oikeus ja moraali* s. 81 ss., erit. s. 84 ss.; *Schmidhäuser*, *Vom Sinne der Strafe* s. 40 ss. — Erityisesti tekstissä lausutun johdosta ks. *Bratholm* s. 116 s.; *Osmer*, mt. s. 10 s. ja siinä mainittu kirjallisuus; *Otto* s. 290; *Roxin*, *JuS* 1966 s. 379 ss.

näkökohdat.¹¹⁴ *Due process*-klausuli ei ole muuta kuin rikosprosessiin sovellettua sosiaalietiikkaa. Varsin maltillisenä on vielä pidettävä tunnettua »Rochin»-tuomiota 342 U.S. 165 (1952), jossa vatsan tyhjäksi pumpaaminen rikoksenteikijän nielaiseman todistuskappaleen käsille saamiseksi johti *due process*-klausulin vastaisena näytön torjuntaan. Mutta on paljon esimerkkejä siitä, että sosiaalieettisistä ihanteista on tehty johtopäätöksiä *ad absurdum*. Sillä onko ryöstömurhaaja todella jätettävä rangaistukseen tuomitsematta vain sen tähden, että poliisimies on esitutkintatoimenpiteiden alkuvaiheessa käyttänyt ei-sallittua pakkoa? Onko syyte vaarallista seksuaalirikollista vastaan todella hylättävä vain siitä syystä, että esitutkintaviranomainen on jossakin vaiheessa ylittänyt valtuutensa?¹¹⁵ Käytännössä tämä merkitsee sitä, että kansalaisen tekemä vääräys kuittaantuu valtion tekemällä vääryydellä. *Fiat justitia, pereat mundus*.¹¹⁶

On syytä todeta, ettei edes Yhdysvaltain oikeudessa muutoin voimakkaasti korostettu siveellinen näkökohta ole yksinään kyennyt motivoimaan todisteiden hyväksikäyttämiskieltoja. Eettisten harkintojen ohella, jopa niiden edellä on painotettu hyödyntämiskieltojen yleisestävää tehtävää. Siten poissuljentasäännössä on nähty syytteenpanoviranomaisiin kohdistuva prosessuaalinen painostuskeino, ennalta ehkäisevä keino enempien oikeudenrikkomisten torjumiseksi.¹¹⁷ Eräissä tapauksissa poissuljennan oikeusperusteet saattavat tästäkin kumuloitua. Pakottamalla saadun tunnustuksen sisällyttäminen todistusaineistoon ei ole vain oikeuden arvon vastaista; lisäksi ylläpidetään preventiivifunktiota riistämällä poliisilta hänen vaivannäkönsä hedelmät; vihdoinkin perinteisten sääntöjen mukaan sellainen tunnustus on epäluotettava ja vaarantaa virheettömän todisteiden harkinnan.¹¹⁸

¹¹⁴ Peters s. 93 ja 163.

¹¹⁵ Mueller s. 49. — Kriittisesti Wigmore, Evidence, 8. osa, § 2184; Maguire s. 124 ss.; Honig s. 29; Bratholm s. 116 s.; Heinitz, Juristentag s. 136 s.; Otto, l.c. ibid. — Vrt. myös Rupp (Juristentag s. 167 s.) näkemystä rangaistuksesta epätäydellisen yhteiskunnan hätävarjeluarsenaalistaan ottamana reaktiivimuotona ja Sarstedtin (s. 23) yhtä realistista asennetta hänen korostaessaan rikosoikeudelle kuuluvaa tehtävää ruokkia primitiivisiä koston tunteita.

¹¹⁶ Vrt. Honkasalo, LM 1961 s. 430.

¹¹⁷ Paulsen, The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police s. 87 ss.; Maguire s. 124 ss. ('oppi, joka antaa lainrikkokojalle ansaitsemattoman edun'); Mueller s. 41 ja 49 ss.; Honig s. 46; Williams, Evidence obtained by illegal means s. 339.

¹¹⁸ Mueller s. 41 s.; Wigmore, mt. 3. osa § 822.

Eettisten argumenttien ohella todisteiden hyväksikäyttämiskieltojen yhtenä oikeusperusteena on edellä mainittu se seikka, että todisteiden poissuljenta tietää oikeudenloukkauksesta kärsineelle tehoisaa oikeuskeinoja. Periaatteessa tähän saksalaisessa tieteessä esitettyyn kantaan on yhdyttävä. Hyödyntämiskieltojen arvo loukatun oikeuskeinona on parhaiten todennettavissa osoittamalla kilpailevien oikeuskeinojen vajavuudet. Tässä suhteessa on ensiksi todettava, että todisteen hankkimisakti on harvoin niin räikeästi virheellinen, että hätävarjelu sitä vastaan olisi sallittu. Oikeussuojakeinona hätävarjelu on alkeellinen. Jo erilaistuneempi kantelu- ja virkasyytetie saattaa tosin johtaa kurinpito- ja rangaistustoimiin väärin menetellyttä vastaan, mutta itse loukattua intressiä ei tätä tietä voida pelastaa.¹¹⁹ Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan v. 1966 yleissopimukseen liittyy valinnainen pöytäkirja, jonka 2 artiklan mukaan yksityinen henkilö, joka väittää jotakin yleissopimuksessa luetelleista oikeuksistaan loukatun ja joka on käyttänyt kaikki mahdolliset kotimaiset oikeuskeinot, voi lähettää kirjallisen ilmoituksen sanotun yleissopimuksen 28 artiklassa mainitun ihmisoikeus-

¹¹⁹ Kantelu voidaan osoittaa eduskunnan oikeusasiamiehelle tai vaihtoehtoisesti oikeuskanslerille. Voidaan myös pyytää maan ylimmän oikeusviranomaisen oikeusministerin toimenpidettä. Poliisiviranomaisen väärinmenettelystä voi oikeuksissaan loukattu tietenkin aina ilmoittaa viralliselle syyttäjälle, menettely joka välttämättä edellyttää, että varsinainen rikostutkinta ja syyteharkinta on jaettu eri käsiin. Syyttäväviranomaisen voidaan nimittäin ajatella vapaaehtoisesti — esim. kritiikin pelosta — luopuvan väärin hankituista todisteista. Vrt. *Bratholm, Lov og Rett* 1968 s. 307. Valaisevan esityksen kysymyksen tulevista oikeuskeinoista de lege lata sisältää SOU 1975:20 s. 17 ss.; siinä esitetty soveltuu pääkohdiltaan meidänkin oikeuteemme.

Ne epäilykset, joita tekstissä on esitetty ei-prosessuaalisten tehosteiden mahdollisuuksista, saavat tukea siitä oikeusvertailevasta havainnosta, että *Ranskan* oikeustiede pitää mitättömyyttä (nullité) ja siitä seuraavaa todistuskeinojen hyödyntämiskelvottomuutta menettelyllisten virheiden — kysymys ei aina tarvitse olla nimenomaan todistamiskielloista — parhaana sanktiona; ks. *Lambert, Traité theorique et pratique de police judiciaire* s. 526. — Myös *Seiler*, mt. s. 128, asettaa kyseenalaiseksi, voidaanko syytetylle siitä olevaa intressiä, ettei häntä pakoteta antamaan tunnustusta, menestyksellisesti suojata, ellei hänen käytettävänään ole prosessuaalisia keinoja, jotka estävät näin saadun lausuman tuomiossa tapahtuvan hyödyntämisen. Tosiasia, että kiellonvastaisia metodeja käyttänyt voidaan saattaa henkilökohtaiseen vastuuseen, ei saata prosessuaalisesti hyödyttää syytettyä; i.c. *ibid.* Toisin *Sarstedt (Löwe-Rosenberg)*, mt. § 136 a rn 7), joka katsoo rikosoikeudellisten ja kurinpidollisten sanktiomahdollisuuksien tekevän hyödyntämiskielto tarpeettomiksi.

komitean käsiteltäväksi (2 art.). Sen johdosta, että Suomi on liittynyt tähän sopimukseen (L:lla 23.6.1975), mainittu sopimuskohta täydentää oikeuskeinojen luetteloa menettelyllä, jolla voi olla vastaiseen viranomaiskäytäntöön huomattava epäkohtia korjaava vaikutus mutta ei merkitystä tapahtuneen todistamiskiellolla suojatun oikeushyvän loukkauksen korjaajana. Toisessa asemassa on prosessuaalinen väite. Oikeuksissaan loukattu voi kiinnittää tuomioistuimen huomiota esiintyneeseen virheeseen sellaisin vaikutuksin, että todistamiskiellon rikkominen otetaan huomioon todisteiden harkintaan vaikuttavana seikkana. Tästä avautuvia näköaloja edelleen kehittären eräät tutkijat ovat pitäneet mahdollisena todisteiden hyväksikäyttämiskiellojen laajaa korvaamista tilanteen mukaisella todisteiden harkinnalla.¹²⁰ Käytännössä tämä merkitsisi sitä, että periaatteessa hyödyntämiskelvottomatkin todisteet saataisiin ottaa huomioon muuta näyttöä täydentävinä indisiolina siten kuin esim. *Ranskan* oikeus sallii meneteltävän pakottamalla saadun tunnustuksen suhteen.¹²¹

Hyödyntämism vapauden perusteluna on esitetty, että todisteiden hyväksikäyttämiskiellot saattavat tuomarin konfliktitilanteeseen; tästä syystä

¹²⁰ Tätä näkökohtaa ei pidä ilman muuta leimata perusteettomaksi. Ovathan hyödyntämiskiellot oikeuskehityksen varsin myöhäissyntyinen tuote. Siinä vaiheessa, jolloin vapaa todistusharkinta syrjäytti legaaliset todistussäännöt, todisteiden hyödyntämiskiellot edustivat prosessitodellisuudessa harvinaisuutta. Vasta nykyisen oikeustilan pohjalta saatetaan tekstissä esiintyvää kysymyksenasettelua pitää edes mielekkäänä. Tällöin on syytä kysyä, onko oletettu ratkaisu — sitä on ennen muita *Sarstedt*, s. 23; ja *Juristentag* s. 104, suosittanut — prosessiteknisesti toteuttamiskelpoinen. Jos nimittäin hyödyntämiskiellojen arvo aineellisen totuuden edistäjinä nähdään relatiivisena, niin jäljelle jää yhä joukko tapauksia, joissa jokin kilpaileva ratio tekee hyödyntämiskiellon perustelluksi. Tuo ratio saattaa esiintyä hyödyntämiskielloa luotettavuuskorotuksen edustaman näkökohdan ohella kumulatiivisesti kannattavana oikeusperusteena. Vrt. kuitenkin esitystä edempänä tekstissä.

¹²¹ On eräässä mielessä oireellista, että juuri *Ranskan* oikeudessa, jossa todisteiden harkinnan vapaus on viety mahdollisimman pitkälle, suhtautuminen prosessilakia rikkoen esitettyihin todisteisiin on sekin vastaavasti sangen liberaalia. *Saksan* oikeudessa tekstissä mainittu menettelytapa edusti vain erästä oikeushistoriallista välivaihetta. Ks. nyt sanotun johdosta *Stéfani—Levasseur* s. 357 s. ja toisaalta *Ziegler* s. 44. — *Sveitsin* oikeuden kannalta *Walder*, s. 44 ss., ei sulje pois ajatusmahdollisuutta, että todistamiskiellon vastaisesti esitetyt todisteet voitaisiin aina hyödyntää alentuneen todistusarvon omaavina indisiolina. *Andenaes*, s. 26, viittaa samaan mahdollisuuteen nimenomaan pakkoperäisten tunnustusten osalta. — Mitä vihdoin *Italian* oikeuteen tulee, kassaatio tuomioistuin on merkittä-

ne voivat aiheuttaa vääriä tuomioita.¹²² Tätä vastaan on sanottava, että psyykkiset ristiriitatilanteet ovat juuri tuomarin roolille tyypillisiä. Jos hyödyntämiskiellot saattavatkin johtaa väärin tuomioihin, niin verrattomasti useammin niiden vaikutus on päinvastainen. Kiellonvastaisella kuulustelumetodilla hankittu todistusaineisto on yleensä epäluotettavaa; torjuessaan tällaisen näytön hyödyntämiskiellot palvelevat aineellista totuutta. Siten ne osaltaan torjuvat vapaaseen todistusharkintaan liittyviä vaaroja. Kokemusperäisesti epäluotettavien todistustekijöiden sisältämiä virhelähteitä ei voida riittävästi eliminoida ottamalla todistusarvoa alentavat puutteellisuudet huomioon vasta todisteiden harkinnassa; tämän on kriminologinen tutkimus vakuuttavasti osoittanut.¹²³

Edellä esitetystä havaitaan, että aineellisen totuuden periaatteelta ei voida kiistää kaikkea merkitystä todisteiden hyväksikäyttämiskieltoja kannattavana perusteena. Eri asia on, kykeneekö puheenalainen näkökohta yksinään perustelemaan hyödyntämiskiellot. Vielä vähemmän tämä vaikutus voidaan tunnustaa hyödyntämiskieltojen yleisestävälle teh-

vässä ratkaisussaan 14. 12. 1957, Rivista italiana di Diritto Penale 1958, s. 564 ss. (tapaus *Egidi*) lausunut, että lainvastaista pakkoa käyttäen saatu todistustekijä ei ole juridisesti inekssistentti. Mutta tuomarin tulee punnita sen todistusarvo erityisellä huolella,

¹²² Näin *Sarstedt* s. 64; *Goeschen*, Juristentag s. 84. — *Sarstedt*, joka siis tuomarin todistusharkintaan luottaen on valmis luopumaan hyödyntämiskielloista, näyttää tässä kieltävän lähtökohtansa omaksuessaan todistusharkinnan mahdollisuuksia epäilevän asenteen.

¹²³ Kuten tekstissä *Grünwald* s. 489; *Hasler*, SchwJZ 1975 s. 62; ja *Seiler*, mt. s. 57, jotka korostavat hyödyntämiskieltojen merkitystä totuuden tutkimiselle. Todistamiskieltoa rikkoen esitettyjen todisteiden in concreto alentuneesta todistusarvosta ks. lisäksi *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess, 2. osa, s. 327 ss.; *Ziegler* s. 42. Ks. toisaalta *Seiler*, mt. s. 129, joka toteaa, että konkreettisessa tapauksessa saattaa moni seikka puhua jopa sellaisten todisteiden täysitakeisuuden puolesta. Tämän vuoksi puheenalaiseen ongelmaan ei voida löytää yleistä ratkaisua todisteiden harkinnan tasolla.

Virhetuomioiden kriminalistikaasta yleensä ks. etenkin *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozess s. 15 ss. Ks. lisäksi *Bohne*, mt. s. 50 ss.; *Döhring* s. 472 ss. —

Vapaa todistusharkinta ei tietenkään sellaisenaan »merkitse vaaraa aineellisellet totuudelle» (vrt. av 57). Oikeampaa on korostaa nykymuotoisen todisteiden harkinnan jälkijättöisyyttä, sen riittämättömyyttä prosessille asetetun totuustavoitteen kannalta. Vrt. tämän johdosta *Brusiin*, Objektivität s. 38 s.; *Lindholm*, JFT 1966 s. 483; *sama*, Oikeusturva oikeudenkäynnissä s. 235 ss.; *Peters*, Freie Beweiswürdigung und Justizirrtum s. 532 ss.; ja erit. *Heinitz*, Juristentag s. 135.

tävälle. Meidän oikeutemme katselee poliisiväärinkäytöksiä toisin silmin kuin amerikkalainen oikeus, jossa yleisestävät näkökohdat perustuvat kriminaalipoliittisiin välttämättömyyksiin. Yhdysvaltojen kaltaisessa maassa, jossa poliisin suuret joukot on rekrytoitu useinkin alhaisen koulutustason omaavista järjestyksenvallvoista, todisteiden torjuminen on näyttäytynyt menestykselliseksi keinoksi ojentaa väärin menelleitä poliisiviranomaisia. Yhdysvaltain oikeuden kriminaalipoliittinen esikuvaksi kelpaamattomuus on kuitenkin ilmeinen. Hyödyntämiskielot ovat tässä maassa selvästi johtaneet syytetyn ylisuojeluun. Ei ole tavoiteltavaa, että hyödyntämiskielot näyttäytyvät eräänlaisena rikoksentekijän Magna Chartana. Poliisiviranomaisten ojentamiseen todisteiden hyväksikäyttämiskielot ovat oloissamme täysin soveltumattomia.¹²⁴

Ylipäättäänkin ei-pohjoismaisen periaatekeskustelun argumenttiarvo on monessa tapauksessa kyseenalainen. Lukuisat yksittäiskysymykset, joiden kohdalla pohjoismainen oikeus kulkee omia teitään, heijastavat perustavien yhteiskunnallisten tarpeiden ja arvostusten erilaisuutta.¹²⁵

¹²⁴ Hyödyntämiskieltojen perustaminen yleisestäviin näkökohtiin on oikeusajatus, joka voidaan ymmärtää ja toteuttaa vain »adekvaatissa» kulttuuris-yhteiskunnallisessa todellisuudessa. Se yksimielisyyttä, millä puheenalainen argumentti on eurooppalaisten juristien taholta torjuttu — vrt. kuitenkin *Hermes*, Der § 136 a Strafprozessordnung etc. s. 85 s.; *Osmer*, Umfang s. 46; *Hasler*, l.c. ibid.; *Seiler*, JBl 1974 s. 128 s.; *sama*, Beweismethodenverbote s. 451 i.f. —, kuvaa sitä tosi-seikkaa, ettei oikeusmuodosteita voida luonnontuotteiden tavoin repäistä irti historiallisesta kasvuympäristöstään. — Preventiivifunktion kritiikistä ks. *Andenaes* s. 26 s.; *sama*, Juristentag s. 133; *Bratholm* s. 116; *Kleinknecht* s. 1544; *Heinitz*, Juristentag s. 136 s.; *Honig* s. 46; *Otto* s. 301; *Sarstedt* s. 23. — Vrt. kuitenkin *Evers*, JZ 1965 s. 69; *Grünwald* s. 499; *Klug* s. 46; ja *Peters* s. 101: yleispreventiiviset harkinnat ovat käyttökelpoinen argumentti hyödyntämiskieltojen ylläpitämiselle sillä hypoteettisella edellytyksellä, että poliisimieliävaltaisuuksista on tullut osa valtion oikeuspakon systeemiä.

¹²⁵ Ks. *Jescheck* s. 3 (laajoin oikeusvertailevin viittauksin); *Andenaes*, Juristentag s. 132 ss. — Oikeuden yhteiskuntasidonnaisuudesta ks. lisäksi *Alanen*, Yleinen oikeustiede (1. p.) s. 16 s.; *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 173 ja 227; *Eriksson*, JFT 1969 s. 414 ja 424 s.; *Klami*, LM 1970 s. 47 ss.; *Makkonen*, LM 1969 s. 475; *Sipponen*, Oikeus ja politiikka s. 18; *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie s. 117 s.; *Radbruch*, mt. s. 176; *Sauer* s. 3 verr. 199. Samasta kysymyksestä erityisesti rikosprosessuaalisiin ilmiöihin suhteutettuna ks. *Exner*, Strafverfahrensrecht s. 7; *Peters*, Lehrbuch s. 47 s.; *sama*, LM 1968 s. 668; *Liebscher*, JBl 1969 s. 467; *Roeder* s. 3.

Kiintoisana huomiona voidaan todeta, että yksin oikeusteoriakin on sidoksissa kulttuuritraditioon, kieleen ja kansaan. Näin *Walter*, JBl 1966 s. 225, esittelles-

Viime kädessä nämä ovat tietysti ahtaasti yhteiskuntakohtaisia;¹²⁶ on varottava luomasta fiktiota pohjoismaisesta oikeuspiiristä monoliittisesti yhdentyneenä kokonaisuutena.

Joka tapauksessa hyödyntämiskieltojen edellä käsiteltyjen oikeusperusteiden tietty yleispätevyys on ilmeinen. Argumentaatiopohjana niiden merkitys on hyvin huomattava.

Sen johdosta, että poikkeusasemassa olevien ammatinharjoittajaryhmien — lääkärin, asianajajan, papin jne. — todistamisvapautus on Pohjoismaissa toteutettu absoluuttisena vaitiolovelvollisuutena, puheenalaisen oikeuspiirin osalta äsken esitettyä argumentaatiopohjaa voidaan vieläkin laajentaa. Kun nimittäin oikeudelle annetaan valta jättää vaitiolovelvollisuutta rikkoen annettu todistajankertomus huomiotta, tämän voi ajatella pidättävän asianosaista pyytämästä todistajankuulustelua siinä toivossa, että kyselykiellon olemassaolo havaitaan vasta jälkeen päin.¹²⁷

Vapaa todistusteoria on luulotellun täydellisen hyödyntämisvapauden puoltajana arvoton. Tätä on syytä voimakkaasti korostaa sen vuoksi, että pohjoismaisessa kirjallisuudessa on paljonkin merkkejä päinvastaisesta ajattelutavasta. Siten on hyödyntämiskelpoisuuden perusteluksi saatettu esittää, että olisi ilmeisessä ristiriidassa vapaan todistusteorian kanssa, jos tuomioistuimien pakotettaisiin jättämään huomioon ottamatta (todistamiskieltoa rikkoen esitetty) asiaan vaikuttava oikeudenkäyntiaineisto.¹²⁸ Niin ikään voidaan ulkomaisesta judikatuurista löytää esimerkkejä siitä, että vapaan todisteiden harkinnan periaatteen nojalla on annettu merkitystä sellaisille todisteille, jotka on saatu todistamiskiellon vastaisella tavalla.¹²⁹

Näin sovellettuna vapaan todisteiden harkinnan periaatteesta tulee väline, joka avaa ovia mielivallalle ja laittomuudelle. Todisteiden harkinnan vapaus merkitsee, että tuomari ei ole todistussääntöjen sitoma,

sään *Makkosen* tutkimuksen »Zur Problematik der juristischen Entscheidung» itävaltalaiselle lukijakunnalle.

¹²⁶ Ks. edellisessä alav. mainitun kirjallisuuden lisäksi *Judelson*, *Annales* s. 57 ss.; *Ross*, mt. s. 116 ss.; *Sauer* s. 52; *Stelter*, mt. s. 8 ('kansan luonne, poliittinen historia jne.').

¹²⁷ *Ekelöf* IV s. 134.

¹²⁸ Epätyydyttävästi *Helminen*, PM 1966 s. 822; *Tirkkonen*, *Tystnadsplikt* s. 152; *Hurwitz* s. 479; *Lous*, *Sakførers taushetsplikt* s. 75. Hurwitzin johdosta ks. *Bolding*, SvJT 1953 s. 332.

¹²⁹ Ks. tämän johdosta *Nuvolone* s. 62.

sääntöjen, joiden mukaan määrättyjä tosiasioita voidaan näyttää toteen vain määrättyillä todistuskeinoilla ja määrättyjä todisteita kumota vain määrättyillä muilla todisteilla. Puheenalainen todisteluperiaate ei sitä vastoin merkitse, ettei tuomari ole todistuskeinojen valinnassa ja todisteiden vastaanottamisessa lakiin sidottu. Epäjohdonmukaisuudesta päästään kun todetaan, että tuomarin vakaumuksenmuodostus on vapaata vain prosessin puitteissa ja rajoissa. Näin rajattuun tilaan kuuluu vain se, mikä on tuotu oikeudenkäyntiin prosessilain määräyksiä noudattaen. Vapaan todisteiden harkinnan periaate ei ulotu todisteisiin, joita lakia asianmukaisesti noudattaen ei tosiasiallisesti olisi voitu esittää. Vastavasti vain sellainen tuomio on oikea, johon on päädytty lainmukaisessa menettelyssä; muunlainen tuomio on aina väärä, olkoonpa, että se ehkä sattumalta on aineellisen totuuden mukainen.¹³⁰

Kokonaisuutena hyödyntämisongelma edustaa tyypillisesti aluetta, jossa demonstraatio on korvattava argumentoinnilla. Vaikea kysymys hyödyntämiskieltojen asettamisesta ei ratkea yleisellä harkintakaavalla. Lainsäätäjän vallassa on tietysti menetellä toisinkin, kuten *romaanisen* oikeuspiirin esimerkki osoittaa: laki ilmaisee joukon todistamiskieltoja, joiden rikkominen perustaa *ex lege* hyödyntämiskiellon. Normittomuuden tila puolestaan tekee tuomarista lainsäätäjän, ja hyödyntämisongelman edessä hän tarvitsee monikerroksisen argumenttiaineiston. Mitä useammalla oikeusajatuksella hän kykenee perustelemaan todisteen torjumisen, sitä varmempaa on, että ratkaisu on oikeaan osunut. Yleensä vasta oikeusperusteiden kumuloituminen saattaa tehdä todisteen torjumisen perustelluksi. Tämän seurauksena hyödyntämiskieollot näyttäy-

¹³⁰ Kuten tekstissä useat tutkijat; ks. esim. *Hasler*, mt. *ibid.*; *Seiler*, mt. *ibid.*; *Nuvolone* s. 63; v. *Stackelberg*, *Juristentag* s. 99. — Tutkimuksessa ei ole katsottu aiheelliseksi erityisesti korostaa sitä seikkaa, että todisteiden harkinta ei todellisuudessa ole »vapaata»; näkökohta on melko triviaali. Hallituksen esityksestä (1945 vp. N:o 137) antamassaan lausunnossa Korkein oikeus kiinnitti mainittuun seikkaan huomiota ja ehdotti sanan »vapaasti» poistettavaksi säännöstekstistä (OK 17:2,1); lainkohta kirjoitettiinkin uudelleen käyttäen esikuvana Ruotsin RB:n vastaavaa säännöstä 35:1,1:ssä, ks. mainittu HE s. 18 ja 4. Todettakoon myös, että Korkein oikeus on ratkaisussaan KoO 1956 II 23 tuominnut raastuvanoikeuden jäsenet rangaistukseen sen johdosta, että nämä olivat rikkoneet velvollisuuttaan kiinnittää esitettyyn todistusaineistoon riittävää huomiota. Ks. tämän johdosta myös OKa 1956 s. 59 s.; sekä muutoin *Makkonen* s. 143 ja 150 s.; *Tirkkonen* s. 21; *Ekelöf* IV s. 18; *Foighel*, *Juristen* 1965 s. 267. Oikeuden sisäisen vertailun kannalta ks. *Merikoski*, Vapaa harkinta hallinnossa s. 2 ss., 35 ss., 57 ss. ja passim.

tyvät oikeudessamme varsin poikkeusluonteisina.¹³¹ Niiden poikkeusluonne vain korostuu, kun tiedetään, että ne liittyvät normeihin, joiden ilmaisema käyttäytymismalli itsessään edustaa poikkeusta. Niiden tapausten määrä, joissa pääsääntöä pitää soveltaa ja totuus tutkia on suurempi kuin niiden, joissa pääsääntöä ei pidä soveltaa eikä totuutta tutkia. Jos todiste on esitutkinnassa hankittu tai alioikeudessa esitetty, vaikka pääsääntöä ei olisi pitänyt soveltaa, tuomari voi prosessuaalisesti reagoida virheeseen useammalla kuin yhdellä tavalla. Perusteita on esitettävissä sen käsityksen puolesta, että tilanteet, joissa tuomarin pitää torjua todiste, ovat harvalukuisempia kuin päinvastainen tilanteisto. Kun tutkittava kysymys täten lepää epämääräisillä premissillä, on täysi syy yhtyä *Sarstedtiin*, joka huomauttaa, että varsinaisena tehtävänä on estää todistamiskieltojen rikkomiset tai ainakin tehdä ne toteennäytettäviksi, ei sitä vastoin kiellonvastaisuuksien oikeusseuraamusten sääntely, jotka kiellonvastaisuudet itsessäänkään eivät ole lopullisesti tyypisoitavissa.¹³²

Hyödyntämisiongelma ei ole täydellisesti rajattu ottamatta huomioon seuraavaa.

Todisteiden hyväksikäyttämiskielto torjuu todistamiskieltoa rikkoen esitetyn todisteen. Tällä ei ole sanottu muuta kuin että prosessuaaliset seuraukset ulottuvat loukkauksen välittömiin vaikutuksiin. Esitutkinnassa pakkoa käyttäen saatu syytetyn tunnustus ei räikeissä tapauksissa omaa edes indisioarvoa; kysymyksessä ei näet tarkkaan ottaen ole syytetyn lausuma vaan vieraan tahdontoiminnan tuote.¹³³ Sellainen »tunnustus» ei kelpaa näyttöksi. Ongelma nähdään toisessa valossa kun tehdään eräs lisäoletus: Todistamiskiellon rikkomisella saattaa olla myös etäisvaikutuksia. Esitutkintakuulustelijan pahoinpitelemä A tunnustaa syyllistyneensä varastetun tavaran kätkentään (RL 32:1). Hän ilmaisee henkilö X:n, joka voi todistaa häntä vastaan; A paljastaa myös kätköpaikan. Saadaankö X:ää kuulustella ja kätköpaikan tutkimisen tuottamaa näyttöä käyttäen oikeudenkäynnissä hyväksi vai täytyykö rikosprosessi sellaisessa tapauksessa rakentaa fiktiolle, että ilman edeltänyttä

¹³¹ Tässä suhteessa, kuten yleensä muutoinkin, antagonismi on jyrkin relaatiassa pohjoismainen oikeus — anglo-amerikkalainen oikeus. Vrt. *Bratholm*, *Lov og Rett* 1968 s. 307.

¹³² *Sarstedt* s. 21. — Ks. myös *Andenaes*, *Straffeprosessen* s. 336 s.; *Kern—Roxin* s. 115; *Kleinknecht*, *Juristentag* s. 112; *Nüse* s. 287; *Walder* s. 59.

¹³³ Vrt. *Kühne*, mt. s. 24; *Liepmann*, *ZStW* 1924 s. 669.

menettelyvirhettä lisäevidenssiä ei olisi koskaan saatu? — Syytetyn lähiomaista B:tä ei ole informoitu hänelle todistajana kuuluvasta kieltäytymisoikeudesta siten kuin OK 17: 28,2 edellyttää. Hänen todistajankertomuksensa on muutoin asiaan vaikuttamaton paitsi että sen perusteella saadaan selville, että Y omaa asiaan vaikuttavia tietoja. Y:n kuulustelu tuottaa tuomitsemiseen riittävän näytön. Todistamiskiellon primääri rikkominen on johtanut uusien todistushenkilöiden ja todisteiden löytämiseen. Viimeksi mainittujen kuulusteleminen/esittäminen oikeudenkäynnissä tapahtuu prosessilain edellyttämässä järjestyksessä ja tältä osin siis prosessuaalisesti moitteettomasti.¹³⁴

Kaikissa kuvattua tyyppiä olevissa tapauksissa on kysymys siitä, miten todistamiskiellon rikkominen vaikuttaa näin avautuvien uusien todistusmahdollisuuksien hyväksikäyttöön. Probleemin syntymisen lisäedellytyksenä tietenkin on, että ensiksi saatu todistelutulos on hyödyntämiskelvoton; vasta tällöin tuomari saa eteensä »myrkyllisen puun hedelmät», joka amerikkalaisten juristien käyttämä kielikuva on kotiuutuksessa mannermaiseenkin sanastoon.¹³⁵ Onko todistamiskiellon rikkomisen tapauksessa tunnustettava hyödyntämiskiellon ns. etäisvaikutus vai rajoittuuko puheenalainen kiello ei-sallituin tavoin saatuun todistelutulokseen itseensä? Miten on toisin sanoen arvosteltava ns. *etäishyödyntämisen* sallittavuutta? Ulottuuko hyödyntämiskielto siis todistelun kokonaistulokseen vai onko tässä suhteessa konstruoitava ero välittömästi ja välillisesti saatujen todistuskeinojen/todisteiden kesken? Esitettyjen kysymysten lisäksi on syytä tutkia, onko etäishyödyntämisen kiello, jos sellainen on oikeutemme kannalta tunnustettava, hyödyntämiskiellon säännönmukainen seuras vai onko kasuistinen harkinta nytkin asetettava oikeusselvyyden edelle.¹³⁶

3. Kokoavasti voidaan todeta, että kysymys »mitä on kielletty?» tuo

¹³⁴ Kysymyksenasettelusta vrt. kuten tekstissä *Peters* s. 97 s.

¹³⁵ Ns. »poisoned fruit» -teesi. — Oppi »myrkyllisen puun hedelmistä» on yhteydessä amerikkalaisen rikosoikeudenkäynnin asianosaisprosessin luonteeseen: Kantajapuolta »rangaistaan» virheellisestä menettelystään säilyttämällä hänelle prosessuaalinen epäetu; samalla ylläpidetään hyödyntämiskieltojen preventiivifunktiota poliisiviranomaisiin nähden. Oppihistoriallisesti »fruit of the poisonous tree doctrine» palautuu korkeimman oikeuden ratkaisuun *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U. S. 385 (1919); ks. *Paulsen*, mt. s. 96.

¹³⁶ *Dünnebier* (MDR 1964 s. 967 av 27) kuvaa etäishyödyntämisen ongelmia todistamiskieltojen vaikeimmaksi ongelmaksi.

tutkimuskohteen esille lepotilassa. Säännönmukaisesti asianlaita on se, että todistamiskiellot on ilmaistu prosessioikeuden objektiivisten ilmaisukeinojen: muodollisten oikeuslähteiden, avulla. Säännöstekstit informoivat lain soveltajaa siitä, mikä todistamiskielto on »olemassa». Tältä osin tuomarin tehtävänä on totunnainen tekstin tulkinta, kielellisen ilmaisun merkityssisällön selvittäminen. Oikeuslähteiden piiriä laajentaa tavanomainen oikeus; varsinainen tulkinta ei tällöin voi tulla kysymykseen vaan soveltamispremissit tulevat tuomarille eräässä mielessä annettuina.¹³⁷ Sen johdosta, että todistamiskiellot eivät palvele vain ahtaasti prosessitekniä tarkoitusperiä vaan niillä suojataan myös prosessuaalisen elämänalueen tuolla puolen vaikuttavia yhteiskuntaetuuksia, ratkaisutilanteiden joukossa saattaa esiintyä säännöstämättömiä tilanteita, varsinaisia oikeusaukkoja, enemmän kuin rikosprosessioikeudessa on tavallista.¹³⁸ Olipa kysymyksessä tulkintatilanne, tavanomaisen oikeuden soveltaminen tahi normin puuttuminen, ongelmana on seikaston, tosiasiapuolen selville saaminen, todistamiskiellon soveltamisalan pohtiminen. Problematiikka on tältä osin esikysymyksen luonteista ja huipentuu oikeusseuraamusta tarkoittavaan kysymykseen »mikä seuraamus liittyy normiadressaatin kiellonvastaiseen menettelyyn?» Kuten edellä oleva valmistava esitys on osoittanut, tutkimuskohdetta lähestyttäessä puhtaaseen prosessioikeuteen kietoutuu niin hyvin valtiosääntö-oikeudellisia kuin aineellisrikosoikeudellisiakin aspekteja.

4. Toisessa asemassa on *todistamiskiellojen prosessuaalinen käsittely* (VII luku). Lähinnä tulee pohdittavaksi hyödyntämiskiellojen tehoisaksi tekeminen. On jo viitattu siihen, että todisteiden hyväksikäyttämiskiellojen ylläpitämisen yhtenä hankaluutena ovat juuri niiden toteuttamiseen liittyvät vaikeudet. Todistamiskielloa rikkoen saadulla todistelutuloksella on kaikissa tapauksissa psyykkisiä vaikutuksia oikeudenkäyntiin. Elämyksellisesti koettua on vaikea häivyttää pois todisteiden harkintaan ja todistelutulokseen vaikuttavana tekijänä siten kuin hyödyntämiskielto edellyttää. Ongelma on psykologisesti väritynyt. Tuomioistuimen jäseniltä ei voida odottaa sellaista persoonallisuuden jakautumista, mitä ei-sallitun todistelun tajunnasta haihduttaminen lähes edel-

¹³⁷ Vrt. Makkonen s. 102 s.

¹³⁸ Tässä suhteessa *Grünwald*, s. 499, mainitsee karakteristisesti »einen Musterfall der Entstehung neuer Rechtsprobleme: das Auftreten technischer Neuerungen». Ks. tämän johdosta myös *Fasching*, ÖJZ 1966 s. 432; *Hauser*, SchwZStr 1972 s. 113 ss.

lyttää.¹³⁹ On kuitenkin huomattava, että todisteiden harkinta ei ole pelkästään — eikä edes voittopuolisesti — intuitiivista vaan rationaalisesti analysoivaa. Ajatusoperaation, jota asiaan vaikuttavan todisteen tuottaman todistelutuloksen poissuljenta edellyttää, pitäisi siten olla mahdollinen samalle tuomarille, jolle todiste on esitetty. Päätelmä antaa viitteitä siitä, että ongelma ei ratkea yksin psykologisella tasolla.¹⁴⁰

5. Edelleen tullaan käsittelemään kysymystä tuottaako jokainen todistamiskiellon rikkominen valitusoikeuden vai vaaditaanko tähän lisäedellytyksiä. Onko sellaiseksi asetettava esimerkiksi se seikka, että tapahtunut virhe on kausaalisesti vaikuttanut tuomion sisältöön? Huomiotta ei nähtävästi voida jättää kulloinkin kysymyksessä olevan todistamiskiellon suojelusuuntausta. Entä mikä merkitys on harkintaperusteena annettava oikeushyvän loukkauksen vakavuusasteelle?

Kiellonvastainen todistelu ja hyödyntämiskiellon vastainen todistelutuloksen hyväksikäyttäminen on ongelmallista silloin, kun tämä tapahtuu

¹³⁹ Hyödyntämiskiellojen tehoisiksi tekemisen psykologiset vaikeudet on tieteisopissa yleisesti tiedostettu. Ks. tämän johdosta av 128 mainittua kirjallisuutta. Ks. lisäksi *Andenaes* s. 31; *sama*, Straffeprosessen s. 340; *Bolding*, mt. s. 331 (»En sådan distinktion ... skulle ... ställa stora krav på domaren.»); *Ekelöf* IV s. 134; *Madsen*, Juristen 1975 s. 490 s.; *Rørdam*, mt. s. 55; *Goeschen*, Juristentag s. 84; *Grünwald* s. 501; *sama*, Juristentag s. 91; *Kunert*, ibid. s. 102; *Sarstedt* s. 14 s. ja 64 (teesi I 4); *Seidel*, Juristentag s. 107; *Foregger*, ibid. s. 128 (Itävalta); *Maguire* s. 212.

¹⁴⁰ Näin *Klug* s. 43 s.; *Rørdam*, mt. s. 56. — Kun tekstissä painotetaan todistusharkinnan diskursiivisuutta, niin samanaikaisesti on huomattava, että todistusharkinnan lopputulos epäilemättä perustuu todistusaineiston intuitiiviseen arviointiin. Yksityiskohtiin ei tässä tutkimuksessa voida puuttua. Po. suhteessa viitattakoon erityisesti *Bohnen* klassiseen teokseen »Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung»; ks. etenkin s. 50 ss. Yksin jutun käsittelylle varattu rajoitettu aika voi tehdä välttämättömäksi tinkiä vakaumuksen- ja päätöksenmuodostuksen kognitiivisista ehdoista joudutetun »volitiivisen päätöksentekomekanismin» hyväksi; mt. s. 80. Vastaavaa tarkoittanee *Sauer*, s. 191, lausussaan, että hyvä tuomari näkee prosessin lopputuloksen »sisäisesti» jo ensi silmäyksellä. Ks. myös *Bolding*, mt. s. 306; *Ekelöf* IV (2. p.) s. 30 s. Todisteiden harkintaa koskevista uusimmista esityksistä viitattakoon *Rödigin* tutkimukseen »Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens». Teoksen perusajatus on, että prosessilla on loogisen todistelun luonne; sitä käydään määrätyn väitteen todentamiseksi tai kumoamiseksi; ks. mt. s. 3, 117 ss. ja 163 ss., jossa korostetaan yksin tuomiosylogismin ankaraa loogisuutta. — Ks. toisaalta *Lindholm*, JFT 1966 s. 483; siinä todetaan todisteiden harkintaan liittyvien *todellisten* ongelmien jääneen meillä annettavassa opetuksessa toisarvoiseen asemaan.

syytetyn *vahingoksi*. Onko siis syytetyn valitusoikeuden edellytyksenä, että hyödyntämisvirhe on johtanut hänen oikeusasemansa kaventumiseen?¹⁴¹

6. Mitä itse muutoksenhakuoikeudenkäyntiin tulee, tässä suhteessa on huomattava, että muutoksenhakutuomioistuimen alioikeusprosessista saama kuva perustuu yleensä yksin asiakirjoihin.¹⁴² Epätietoista saat-
taa olla, onko muutoksenhakutuomioistuimelta vaadittava koko akti-
aineiston lukemista mahdollisen todistamiskiellon rikkomisen toteami-
seksi, vaikka tätä tarkoitettavaa väitettä ei ole tehtykään. Onko siis todis-
tamiskieltojen rikkomiseen kiinnitettävä ylioikeudessa huomiota viran
puolesta vai seuraako tämän puolen tutkiminen vain väitteestä? Missä
määrin ylituomioistuimen noudatettava käyttäytymismalli riippuu tosi-
asiallisista mahdollisuuksista todeta alioikeusprosessin mahdollinen
moitteettomuus?¹⁴³ Muutoin on todettava, että analogisten tilanteiden
osalta oikeutemme periaatteellinen kanta on kyllä selvä. Harkintape-
rusteet näyttäisivät siis viittaavan varsin yksiselitteiseen ratkaisuun.

f) Kokoavia näkökohtia

1. Rikosten syytteeseenpanemisella valtio ylläpitää sitä oikeudellista
ja sosiaalista järjestystä, joka mahdollistaa kansalaisten järjestyneen
yhteiselämän. Jos tähän tehtävään määrättyjä valtion orgaaneja ei
varusteta riittävillä toimivaltuuksilla, tuloksena voi olla vain anarkia
ja kaaos. Toisaalta juuri valtio kykenee vallantäyteydestään tuotta-
maan jokaiselle sosiaalisen järjestyksen piirissä elävälle yksilölle vaka-
vimman vahingon.¹⁴⁴ Valtio, joka tahallisesti loukkaa yksityisille taat-
tuja oikeuksia ja vapauksia, rappeuttaa kansalaistensa oikeudentuntoa
ja oikeustajuntaa. Sen tähden oikeusjärjestystä ylläpitävän valtion on
suoritettava itserajoitus. Kansalaisten vähimmäisoikeuksien hyväksi
tämä itserajoitus tapahtuu jo perustuslain tasolla. Todistamiskieltojen

¹⁴¹ Oikeusvertailevan yleiskatsauksen esittää *Jescheck* s. 8 ss.

¹⁴² *T. Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 104 ja 107 s.; *sama*, Todistelusta rikos-
asioissa s. 172 (»hovioikeudet ja korkein oikeus eivät saa riittävän oikeata kuvaa
todisteista yksistään pöytäkirjan nojalla»); *Grönqvist*, JFT 1975 s. 197 (»hovrätts-
förfarandet hos oss är rent skriftligt»); *Saarni—Rytkölä*, LM 1975 s. 892 ss.

¹⁴³ Ks. oikeusvertailevasti *Jescheck* s. 7 s.

¹⁴⁴ *T. Ellilä*, SPL 1972 s. 37.

muodossa valtio rajoittaa itseään lain tasolla siten, että se luopuu rikosprosessuaalisen totuudentutkimisintressin ehdottomasta toteuttamisesta.¹⁴⁵ Vahvimmin suojattuna intressitahona on tällöin prosessiin osallistumaton »kolmas» henkilö, kansalainen ylipäätään.¹⁴⁶

Intressien kamppailu synnyttää prosessia hallitsevan jännitystilän, jonka vasta tuomio kumoo.¹⁴⁷ Epätietoisissa ja tulkinnanvaraisissa tapauksissa tuomarın suoritettava arvovertailu on välttämätön. Tärkeää vain on korostaa, ettei tuomarille pidä — säädettävässäkin oikeudessa — antaa ohi lainsäätäjän blankovaltuuksia tämän arvorkaisun tekemiseen. Lainsäätäjä asettaa todistamiskiellot. Ajatus tuomarista normin antajana merkitsisi prosessioikeudessa täydellistä kumousta. Tuomarın suhde lakiin ei ole todistamiskieltojen osa-alueella toinen kuin prosessioikeudessa ylipäätään. Prosessioikeus on ankaraa oikeutta eivätkä siinä vaikuttavat oikeusvarmuussyyt salli tuomarille edes lain soveltajana laajaa harkinnan vapautta.¹⁴⁸

2. Aivan yleisesti luonnehtien todistamiskiellot edustavat todistus-oikeudessamme uutuutta. Mainittu seikka on omansa vähentämään varsinaisten *de lege ferenda*-harkintojen tarvetta. Samasta syystä tutkimuksessa suoritettava *todistamiskieltojen kriittinen arviointi* (VIII luku) kohdistuu todistamiskieltoihin sellaisina kuin ne esiintyvät voimassa olevassa oikeudessa.

¹⁴⁵ Ks. tekstissä lausutun johdosta yleisesti *Aarnio—Heinonen—Tuori*, Suomen oikeus 1 s. 35 ss. ja 151 ss.; *Anttila—Heinonen*, Rikos ja seuraamus s. 13 ss. ja 24 ss.; *Honkasalo*, Suomen rikosoikeus I s. 22 ss.; *Olivecrona* s. 15 s.; *sama*, Rättsordningen s. 266 ss. —

Perusoikeusjärjestelmässä valtiovallan itserajoitus yksityisen vapauden hyväksi tapahtuu perustuslain tasolla (*Jyräki*, LM 1968 s. 978 s.), todistamiskielloissa vuorostaan lain tasolla; ks. *Beling* s. 3; *Heinitz*, Juristentag s. 136 s.; *Otto* s. 291; *Peters* s. 150; *Spendel* s. 1108.

¹⁴⁶ Näin *Maetzel*, DVBl 1966 s. 666 ja 670; *Noll*, SchwZStr 1975 s. 68 s.; *Otto*, mt. *ibid.*; *Schaumann* s. 133; *Spendel* s. 1107.

¹⁴⁷ Ks. *T. Ellilä*, mt. s. 33; *Ekelöf* I s. 49; *Häussling* s. 82 ja 86; *Schneider*, JuS 1970 s. 275 s.; *Spendel* s. 1107; *sama*, JuS 1964 s. 467. — Näkemys rikosprosessin rakenteeseen ja dynaamiseen luonteeseen ankkuroituneista jännityksistä on *Meyerin* teosta »Dialektik im Strafprozess» kannattava perusajatus, jossa tutkimuksessa myös osoitetaan jännitysten (Spannungen) aineellista totuutta edistävää tehtävää. Meyer näkee jännitysten johtuvan jo rikosprosessin tietoteoreettisesta peruskonseptiosta, joka on dialektinen; ks. mt. s. 61 ss., 73 ss. ja 90.

¹⁴⁸ *Alanen*, mt. s. 41. — Näkökohta on ylipositivistinen ja sellaisenaan yleispätevä; sitä korostaa esim. *Névai*, LM 1969 s. 931.

2. Lähikäsitteitä

a) Todistelunesteet — prosessinesteet

1. Todistamiskiellot kuuluvat oikeudellisiin todistelunesteisiin.¹⁴⁹ Jo tältä pelkistetyn aksiomaattiselta pohjalta ero oikeudellisiin *prosessinesteisiin* on periaatteessa selvä. Oikeudellinen prosessin (täsmällisemmin: tuomitsemisen) este on käsillä prosessinedellytyksen puuttumisen tapauksessa.¹⁵⁰ Prosessinesteet torjuvat (pääasiaa koskevan) oikeudenkäynnin kokonaisuudessaan; todistelunesteet sitä vastoin koskevat vain todistelumenettelyn erästä osaa. Molemmat instituutiot tosin rajoittavat prosessia, mutta todistamiskiellojen edustama rajoitus on jotakin vähempää, osittaisempaa. Ensiksi mainitut tekevät prosessin kokonaisuudessaan tai ainakin määräosalta ei-sallituksi; vastaavassa laajuudessa ne torjuvat pääasiaa koskevan lopullisen ratkaisun sallimalla ainoastaan muodollisen prosessiratkaisun, jolla kanne jätetään tutkimatta. Todistamiskiellot puolestaan eivät tee asiaratkaisua tarpeettomaksi eivätkä oikeudellisesti mahdottomaksi. Vaikuttamalla näyttötuloksen riittävyYTEEN ja luotettavuuteen niiden vaikutus heijastuu asiaratkaisun totuusarvoon. Yksittäistapauksessa ne saattavat toimia

¹⁴⁹ Alsberg—Nüse s. 89 av 1.

¹⁵⁰ Vakiintuneen määritelmän mukaan oikeudenkäynnin eli prosessin edellytyksillä tarkoitetaan seikkoja, joiden tulee olla olemassa, jotta kantajan kanne eli pääasia voidaan ottaa tutkittavaksi. Laajasta kirjallisuudesta ks. etenkin Reinikainen, mt. s. 11 ss. ja 23 ss. (systemaattiset ryhmittelytavat); sekä lisäksi T. Ellilä, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 42 ss., 84 ss. ja 89 ss. (systemaattiset ryhmittelytavat); Granfelt, Sammandrag s. 101 ss.; Sjöström—Alkio, mt. s. 123 ss. (vrt. Sjöström, Om tredsokodum s. 121); Tirkkonen, Pääpiirteet s. 126 ss.; sama, Rp I s. 382 ss.; Wrede I s. 343 ss.; sama, Grunddragen s. 64 ss. ja 156 ss.; Ekelöf I s. 19; ja II s. 9 ('prosessineste on tietty oikeustositiasia'); Gärde s. 466 ss.; Hassler, Några ord om processförutsättningar s. 129 ss.; Lindblom, Processhinder s. 12 ('I RB betecknar man avsaknaden av en processförutsättning med att det föreligger rättegångshinder. »); Andenaes, Straffeprosessen s. 117 ('prosessinedellytykset vai jutun tutkimatta jättämisen perusteet?'); Peters, Lehrbuch s. 238; Schönke—Schröder—Niese, Zivilprozessrecht s. 205 ss. — Erityisesti termin »prosessineste» johdosta ks. Sauer s. 204: Asiallisesti ko. termin merkitys ei poikkea »prosessinedellytyksestä»; termillä on vain esitystekninen käyttöarvo. — Ks. myös T. Ellilä, mt. s. 84; ja Roeder s. 3 av 2 ja 208 av 3: »prosessineste» on eri tasolla kuin »tuomitsemisen este». Oppihistoriallisessa suhteessa ks. Halila, LM 1968 s. 763 ss.

sinä vaa'anikielenä, joka määrää asiaratkaisun lajin:¹⁵¹ Pappi, joka tietää salaripissä uskotun asiakirjaväärennöksen tekijän, ei saa paljastaa syyllistä (OK 17:23,2 verr. KirkkoL 75/6 §§). Jos jäännösnäyttö ei riitä syyppääksi tuomitsemiseen,¹⁵² on annettava vapauttava tuomio. Tässä havainnollistuu todistamiskiellon tehtävä ja sen tuomion sisältöön ulottuva vaikutus.

Prosessinesteet tosin normaalisti torjuvat oikeudenkäynnin kokonaisuudessaan, mutta toisaalta kysymyksessä olevat puutteet ovat useinkin korjaamiskelpoisia.¹⁵³ Kun rikosprosessissa on vallalla virallisperiaate, on virallisen syyttäjän tai törkeitä rikoksia koskevissa asioissa tuomioistuimen ryhdyttävä tarpeellisiin toimenpiteisiin puutteen korjaamiseksi. Siten on väärään forumiin saatettu juttu siirrettävä (OK 10:29,1:n tapauksessa ex officio) alueellisesti toimivaltaiseen oikeuspaikkaan. Puutteellisuudet haasteen tiedoksiantotavassa aiheuttavat jutun lykkäämisen toiseen oikeudenkäyntitilaisuuteen, johon virallinen syyttäjä veloitetaan haastattamaan rikoksesta epäilty vastaamaan. Ja jos alioikeuden puheenjohtaja on esteellinen käsittelemään rikosjuttua, hänen on ilmoitettava asiasta hovioikeudelle esteettömän puheenjohtajan määräämistä varten.¹⁵⁴

Todistamiskiellojen prosessia ja todistelua jarruttava ja rajoittava vaikutus on lopullisempaa. Todistusteema — esim. valtiosalaisuus —, jota ei saa näyttää toteen, säilyttää kiellonalaisen seikaston luonteensa eikä ole prosessiin osallistuvien toimenpitein saatettavissa todistelun piiriin. Lääkäri ja asianajaja saavat todistaa vain, jos edun haltija todistamiseen suostuu (OK 17:23,1:n 3 ja 4 k.). Mitä esitutkinnassa noudattaviin todistelumetodikieltoihin tulee, monet niistä ovat siinä mie-

¹⁵¹ Vrt. *Beling* s. 32: »Aber freilich bleiben eine ... Zahl von Fällen übrig, in denen das eintretende Beweisverbot der ganzen Beweisaufnahme das Rückgrat bricht, dergestalt, dass das Restchen von Beweis ... zur Gewinnung eines klaren Bildes nicht ausreicht.»

¹⁵² Vrt. mainituissa suhteissa KoO 1975 II 86.

¹⁵³ Ks. tämän johdosta av 150 mainittua kirjallisuutta. Ks. lisäksi *Frey*, *Skiljemannainstitutet* s. 33.

¹⁵⁴ Prosessinedellytyksen puuttuminen johtaa kyllä säännönmukaisesti siihen, että tuomioistuimen on jätettävä kanne tutkimatta. Tästä pääsäännöstä tehtävät *poikkeukset* on ryhmitelty tilanteisiin, joissa prosessinedellytyksissä oleva virhe korjaantuu tai sellainen virhe — rikosprosessissa lähinnä virallisen syyttäjän tai tuomioistuimen toimesta — korjataan. Ks. tämän johdosta *Reinikainen*, mt. s. 49 ss.; *Tirkkonen*, Rp I s. 389 s. verr. s. 151; *sama* Sp I s. 480 ss.; *T. Ellilä*, mt. s. 88.

lessä absoluuttisia ettei rikoksesta epäilty voi jälkeenkään annetuin suostumuksin vaikuttaa todistelutuloksen hyödyntämiskelpoisuuteen.

Prosessinedellytykset ovat yleiskatsauksellisia; prosessitieteessä ne on yleensä kyetty typisoimaan ja tyhjentävästi luettelemaan; tuomioistuin saattaa kussakin tapauksessa suhteellisen helposti todeta, onko prosessinedellytyksen mahdollinen puuttuminen tutkittava viran puolesta tahi onko asianosaisen prosessiväitteeseen kiinnitettävä huomiota. Toisin todistamiskieltojen kohdalla: ne eivät ole varsin yleiskatsauksellisia, niiden typisointi on vaikeaa eivätkä ne ole tyhjentävästi lueteltavissa; yhteiskunnallisen todellisuuden muuttuminen ja tekniikan aluevaltaukset synnyttävät helposti oikeusaukkoja siten, ettei sovellettavaa normia sisälly edes tavanomaiseen oikeuteen; kysymys onko todistamiskieltoa yksittäistapauksessa rikottu ei aina ratkea selvien premissien pohjalta; näyttövaikeudet ovat usein hyvin huomattavat. Prosessinedellytykset voidaan esittää formalistisen järjestelmän avulla, kun taas todistamiskieltojen yhteydessä formalismilla saavutettava hyöty näyttää vähäisemmältä.¹⁵⁵

2. Toisin kuin prosessinedellytys todistamiskielto edustaa puhtaasti todistusoikeudellista kysymysryhmää. Mainittu seikka ei estä pitämästä puheenalaisia oikeuskuvioita lähikäsitteinä; Ruotsin RB 42:13:ssa käytettyyn terminologiaan liittyen todistamiskiellot kuuluvat prosessinesteiden tavoin 'oikeudenkäyntikysymyksiin'.¹⁵⁶ On vain huomattava, että nämä säännöstit sijoittuvat prosessioikeuden järjestelmässä eri lohkoihin. Kysymyksessä eivät siten ole *todistusoikeudelliset* lähikäsitteet. Jotta käsitepariin voitaisiin liittää mainittu attribuutti, molemmat jäsenet on valittava todistusoikeuden piiristä.

b) Todistajaksi kelpaamattomuus

1. Rajoittuminen on nytkin välttämätöntä. Tarkasteltavaksi otetaan vastakkainasettelu: todistamiskiellot — *todistajaksi/asiantuntijaksi kelpaamattomuus*.

¹⁵⁵ Tekstissä suoritettua vertailua johdosta ks. *Kleinknecht* s. 1544 s. (osaksi toisin kuin tekstissä: »haben beide Rechtsinstitutionen ... völlig verschiedenen Rechtscharakter» — kysymys on tosin vain korostuseroista); *sama*, Juristentag s. 117; *Kohlhaas* s. 288; *Peters* s. 96 ('Prosessinedellytysten puuttuminen on helppo todeta asiakirjoista ilman että on tehty edes väitettä').

¹⁵⁶ Mainitun lainkohdan osalta ks. esim. *Lindblom*, mt. s. 94 ja 106; *Welamson*, Domvillobesvär av tredje man s. 78 s.

Mitä ensiksi tulee todistajaksi kelpaamattomuuteen, se samaistuu kysymykseen todistajan kelpoisuusehdoista. Jos jokin kelpoisuusehto puuttuu, on olemassa todistajan esteellisyysperuste. Kirjallisuudessa esteellisyysperusteet on jaoteltu yleisiin ja erityisiin. Yleinen esteellisyysperuste aiheuttaa, että henkilö on missä tahansa jutussa todistajaksi kelpaamaton. Erityinen esteellisyysperuste riistää henkilöltä todistajakelpoisuuden määrätystä jutussa. Kielenkäyttö näyttää vakiintuneen sellaiseksi, että todistajan esteellisyydellä tarkoitetaan tavallisesti juuri erityisen kelpoisuuden puuttumista eli että jokin erityinen esteellisyysperuste on olemassa.¹⁵⁷ Verrattuna lakisääntöisen todistusteorian vallitessa esiintyneeseen kieleen »todistajan esteellisyyden» merkityssisältö on suuresti muuttunut. Nimityksellä ei enää tarkoiteta määrättyä kvaliteetit (ikä, sukupuoli, uskonto, maine, psyykinen status jne.) omaavista henkilöistä koostuvaa luokkaa, joilta pakottava oikeusnormi riistää kelpoisuuden esiintyä missä tahansa oikeudenkäynnissä todistajana. Juuri tässä katsannossa lakisääntöisen todistusteorian edellyttämät todistajan jäävit on kumottu. Vastakohtapari *testes habiles-testes inhabiles* on siis oikeutemme kannalta anakronismi.¹⁵⁸ Potentiaalisia todistajia ei ole sensuroitu numerus clausus-periaatteella. Oikeuskehitys on yleisemmin johtanut sivistysvaltioissa siihen, että todistajaksi kelpaamattomien luokat on poistettu tai että ne ovat suuresti vähentyneet.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Ks. *Tirkkonen* s. 95 s.; *sama*, Rp II s. 227. Vrt. toisaalta *T. Ellilä*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 224 s.; *sama*, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 17; *Halila*, JFT 1954 s. 255 (»OK 17 luku ei tunne jäävillisyyssperustetta, joka tekisi asianmiehen esteelliseksi»); *Hertzberg*, JFT 1959 s. 17 (»prövning av frågan av förhandenvaron av ett vittnesjäv»); *Honkasalo*, LM 1954 s. 483 (»lainsäätäjät pyrkivät jäävien poistamiseen»); *Palmgren*, NKÅ 1962 s. 184 (»vad avskaffandet av vittnesjäven ... egentligen har betytt ...»). — Huomattakoon, että laki ei kuvaa esteellisiä todistajia »jäävillisiksi». Koska termi ei esiinny lakitekstissä ja on omansa johtamaan käsitteellisiin sekaannuksiin (vrt. edellä *Hertzberg*), siitä voitaneen luopua. »De s.k. vittnesjäven avskaffades vid processreformen», lausuu Ruotsin osalta nimenomaisesti *Ekelöf* (IV s. 122). Ks. myös PK II s. 264 s.; *Processnämnden* s. 81 ss.; *Elwing*, Bevisning genom vittnen och sakkunniga s. 153.

¹⁵⁸ *T. Ellilä*, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus *ibid.*, lausuu po. suhteessa: »Ehdotonta estettä ei ole sille, että todistamaan kelpuutetaan — todistajaksi kelpaamaton.»

Lakisääntöisen todistusteorian mukaisista todistajan jääveistä ks. av 59 mainittua kirjallisuutta; ks. lisäksi *Engströmer*, Vittnesbeviset s. 138 ss.; *Lindblad*, Läran om bevisning s. 110 ss.

¹⁵⁹ Tästä kehityksestä ks. *Glaser*, Beweis s. 194 ss.; v. *Schrutka—Rechten-*

Todistajan yleisten kelpoisuusehtojen kohdalla saattaa oikeutemme mukaan olla kysymys enintään relatiivisesta, harkinnanvaraisesta kelpaamattomuudesta. Tämä ilmenee OK 17:21:n määräyksistä. Voidaanko lainkohdassa ilmaistuja henkilöitä kuulustella todistajina, riippuu oikeuden harkinnasta.¹⁶⁰ Toisessa asemassa ovat todistajan erityiset kelpoisuusehdot. OK 17:18,1:n mukaan todistajana ei voida kuulla jutun asianosaista eikä myöskään sitä, joka on ollut siinä asianosaisena. Lisäksi määrätään, ettei todistajana voida kuulla asianomistajaa silloinkaan, kun hän ei käytä jutussa puhevaltaa.¹⁶¹ Määräys koskee myös henkilöä, joka jo on tuomittu rangaistukseen samasta rikoksesta. — Asianosaisen lakimääräinen edustaja on lainkohdan tarkoittamassa suhteessa asianosaisen veroinen.¹⁶²

OK 17:21,1:ssä määrätään, että jos todistajaksi nimetty henkilö ei ole täyttänyt viittätoista vuotta tai jos hän on mielisairas tai kehitysvammai-

stamm, mt. s. 32 ss.; *Neumann* s. 16 ss.; *Nagel*, mt. s. 141 ss.

Kehityksen nykytilaa kuvaavat hyvin *Ditzenin* jo 1890 kirjoittamat sanat (ZStW 10 s. 128): »Es gibt keine unfähigen Zeugen aber es gibt eine Zeugnisunfähigkeit.« — Toisaalta luonnehdinta säilyi kauan epäkattavana: *Krähenbühl*, mt. s. 18 ss.; ja v. *Orelli*, mt. s. 25 ja 40 ss. esittivät (1952 ja 1947), että jopa tuolloin uusiinkin (kantonaalisiin) prosessilakeihin sisältyi väsyttävällä kasuistiikalla laadittuja luetteloja todistajan esteellisyysperusteista; lait pitäytyivät itsepintaisella takaperoisuudella legaaliseen todistusteoriaan. — Sveitsin nykyoikeuden johdosta ks. esim. *Noll*, *Strafprozessrecht* s. 67.

¹⁶⁰ Lainkohdan tulkinnasta ks. *Tirkkonen* s. 111 ss.; *sama*, Rp II s. 228 ss. Ruotsin osalta — OK 17:21:tä vastaa RB 36:4 — ks. *Ekelöf* IV s. 128 s.; *Elwing*, mt. s. 153 s.

¹⁶¹ Vrt. tämän johdosta OA p. n:o 617/7.4.1975, DN:o 464/74; OKa 1966 s. 80 s.; sekä Ruotsin oikeuden suhteen (RB 36:1) *Heuman*, *Målsägande* s. 81.

¹⁶² *Honkasalo*, LM 1954 s. 481 ss., kysyy saako henkilöä, joka saattaisi olla syytettynä jutussa, mutta jota ei ole siinä vastaamaan kutsuttu, kuulla todistajana. Esittämillään perusteilla hän päätyy jo de lege lata siihen, että kahdesta alternatiivisesta syyllisestä ei kumpaakaan pitäisi kuulla todistajana toistaan vastaan. Näin myös *Tirkkonen* s. 98 s. Toisin *sama*, Rp II s. 234 ss.; *T. Ellilä*, *Todistelusta rikosasioissa* s. 175; *Hertzberg*, mt. *ibid*. Viimeksi mainittu viittaa siihen, että jos on »todennäköisiä syitä» syyttää henkilöä, jota ei ole vastaamaan kutsuttu, esteellisysharkintaa ei voida suorittaa näin epämääräisen käsitteen varassa; ja todennäköisyyden konkretisoitumista on joka tapauksessa vaikea ennakoida ilman että asianomaista kuullaan todistajana. — Tähän on yhdyttävä.

Huomattakoon, että *Honkasalon* suorittamassa kysymyksenasettelussa ei edellytetä mitään siitä mahdollisuudesta, että potentiaalisen syytetyn kuulusteleminen todistajana perustuu prosessitaktisiin syihin. Tästä ns. roolimanipuloinnista ks. jäljempänä VI 3 c.

nen¹⁶³ tahi sieluntoiminnaltaan häiriintynyt, oikeuden on, esiintyneet asianhaarat huomioon ottaen, harkittava voidaanko häntä kuulustella todistajana. Saman pykälän 2 momentin (L:ssa 10.1.1969/5) mukaan näin on meneteltävä myös siinä tapauksessa, että todistajaksi nimetty on virallisen syytteen alainen tai tuomittu rangaistukseen rikoksesta, jota tarkoitetaan rikoslain 17 luvun 1 §:n 1 tai 2 momentissa, 2 §:ssä, 3 §:n 1 momentissa, 3 a §:n 1 momentissa taikka 5 §:n 2 momentissa.

Selostetut esteellisyysmääräykset kuvastavat lainsäätäjän epäluottamusta tiettyjä henkilöryhmiä kohtaan. Ne palvelevat todistelun luotettavuuden edistämistä; lainsäätäjä on halunnut helpottaa todisteiden harkintaa.¹⁶⁴ OK 17:18,1:n määräyksissä tämän näkökohdan osuus on alisteisempi. Määräysten pääasiallisena perustana on eräs koko prosessitapahtumaa kannattava oikeusajatus: yksiroolisuus prosessissa.¹⁶⁵ Prosessin logiikka edellyttää ennalta määrättyä tehtävien jakoa erilaistunein

¹⁶³ Vrt. tämän johdosta OA p. 20.5.1961 DN:o 1080.

¹⁶⁴ Lainsäätäjän postulaattina on toisin sanoen ollut, että todistamiskelpoisuuden rajoitus palvelee prosessin tarkoitusta ja aineellista totuutta. Ks. tämän johdosta yleisesti *Neumann* s. 15 s. Erityisesti Suomen (ja Ruotsin) positiivisen oikeuden kannalta ks. *Tirkkonen* s. 111 ss.; *PLB* II s.; *Ekelöf* IV s. 45 ss.

Tutkimuksessa ei voida lähemmin kajota niihin oikeudellisiin ja todistajapsykologisiin ongelmiin, joita lapsen todistajana esiintymiseen liittyy. Ks. tämän johdosta *Tirkkonen*, Rp II s. 228 ja av 17 mainittua kirjallisuutta. Ks. lisäksi *Bølviken*, *Lov og Rett* 1966 s. 193 ss. ('Onko lapsella edes todistamisvelvollisuutta, jos todistajana esiintyminen vahingoittaa häntä?'); *Sandels*, *Förhör med småbarn* s. 196 ss. — Probleemin asettelu »lapsi todistajana» on — jo historiallisesti — eri tasolla kuin kysymys todistajan vaitiolovelvollisuudesta; ks. *Orlowsky*, *Weigerungsrechte* s. 32 ss. ja 118 ss.

¹⁶⁵ Tätä universaalista prosessiajatusta valottavasta tieteisopista viitattakoon seuraaviin keskieurooppalaisiin esityksiin: *Alsberg—Nüse* s. 109 ja 195 ss.; *Beling*, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht* s. 287; *Ditzen*, mt. s. 129; *Henkel*, *Strafverfahrensrecht* s. 203 s.; *Peters*, mt. s. 189; *Eb. Schmidt*, *Lehrkommentar* II s. 45 rn 2 ja 101 ss.; *Simader*, *Beweisanträge* s. 161 ss.; *Spendel*, *JuS* 1964 s. 468; *Ziegler* s. 45 verr. 97; *Neumann* s. 22, 25, 27 ja 40 ss.; *v. Orelli*, mt. s. 25 ja 37; *v. Schrutka—Rechtenstamm*, mt. s. 234.

Anglosaksisissa maissa prosessiroolien erilaistuminen tapahtui hitaasti; vasta 1500-luvun ensimmäisellä puoliskolla todistaja aletaan kutsua valamiehистön ulkopuolelta; ks. *Phipson*, *On Evidence* s. 279; *Williams*, *The Proof of Guilt* s. 5. — Käytäntö, jonka mukaan asianosainen voi esiintyä valallisesti kuultuna todistajana omassa asiassaan, on yhä voimassa; ks. *Maguire* s. 25 ja 80; *Vliet*, *LM* 1963 s. 763; *Wigmore*, *Code of Evidence*: »No person in a criminal case is disqualified as a witness by reason of being a party.» (Rule 88 Art. 1.)

prosessiroolein; roolinmuuntelu prosessisubjektien disponointi- tai delegointitoimin johtaisi epäjärjestykseen ja kaaokseen. Yksiroolisuuden vaatimuksesta selittyy OK 17:19:n määräys, jonka mukaan tuomari ja virallinen syyttäjä eivät tässä ominaisuudessaan so. prosessisubjekteina kelpaa todistajiksi. Todistajana esiintyminen edellyttää heiltä lainkohdan mukaan roolinvaihdosta.

Määräämällä, ettei prosessisubjekteja: asianosaisia ja tuomaria, voida kuulla todistajina, lakimme liittyy vanhastaan ylläpidettyyn todistajakäsitteeseen. »Nullus idoneus in causa sua» — todistajana voi olla vain jutun ulkopuolinen »kolmas» henkilö.¹⁶⁶ Todistajana oloa ja prosessisubjektin asemaa ei voi yhdistää toisiinsa. Prosessisubjektin rooli mahdollistaa henkilölle todistajanlausuntojen kriittisen arvioinnin. Omaa kertomustaan hänen ei edellytetä voivan puolueettomasti arvostella. Vielä vähemmän hänen on mahdollista todistajan rooliin sidottuna ottaa objektiivinen kanta asiaan kokonaisuudessaan.¹⁶⁷ Oikeutemme lähtee siitä, että milloin tuomari todistajaksi nimettynä tietää jotakin asiaan vaikuttavaa, hänen on luovuttava tuomioistuimen jäsenyydestä ja esiinnyttävä todistajana.

Tuomarin yksityisten tietojen hyväksikäyttämisen ongelma saa tässä lain tasolla ratkaisunsa. Prosessiteoreettisesti kysymys saadaan esille oikeassa asiayhteydessä vain tarkastelemalla sitä yksiroolisuuden periaatteen johdannaisena. Vähemmän luontevaa on abstrahoida tuomariin kohdistuva kielto hyödyntää yksityisiä tietojaan todistelun välittömyyden periaatteesta.¹⁶⁸ Luotettavin ja välittömin tietolähde: oma havainto oikeudellisesti arvosteltavasta tapahtumainkulusta, on tuomarilta eväty,

¹⁶⁶ Ks. esim. *Halila*, mt. s. 251 (vrt. »Tunnustamisesta» s. 175 av 29: kehitys on (Suomessa) johtanut asianosaisen ja todistajan roolien lähentymiseen); *Tirkkonen*, Rp II s. 220; *Wrede* s. 161; *Engströmer*, Vittnesbeviset s. 20; *Kallenberg* II s. 1003 s.; *Kern—Rozin* s. 125; *Westhoff* s. 123; *Krähenbühl*, mt. s. 18 s.; *v. Orelli*, mt. s. 37; *v. Schrutka—Rechtenstamm*, mt. s. 19; *Gulson*, The Philosophy of Proof s. 281 rn 369.

¹⁶⁷ Prosessiroolin oikeuspsykologisesta merkityksestä ks. *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozess s. 24 ss.; *Ziegler* s. 45; *Siegrist*, Grundfragen s. 127.

¹⁶⁸ Pidettäessä silmällä yksin OK 17:19:n lakisystemaattista sijaintia voidaan kyllä puoltaa puheenalaisen kiellon postulointia välittömyysperiaatteen johdannaiseksi; vrt. *Ekelöf* IV s. 43; *Henkel*, mt. s. 266 ja 355. — Kuten tekstissä v. 1734 lain kannalta — OK 17:21 — *Granfelt*, Processledning s. 62; ja erityisesti *Spendel*, JuS 1964 s. 468. Ks. myös *Tirkkonen* s. 23; *sama*, Rp II s. 221; *Wrede* s. 11 verr. s. 188 s.; *Elwing*, mt. s. 159; *Gärde* s. 475; *Andenaes* Straffeprosessen

koska tätä vaatii prosessuaalisen tehtävien jaon koko logiikka.¹⁶⁹ Tuomari todistajana on vallitsevan käsitejärjestelmän vastainen kuva, todistelutapahtuma vailla fenomenaalista ulottuvuutta. Kaiken todistelun tulee olla tässä katsannossa välillistä, todistuskeinojen avulla tapahtuvaa.¹⁷⁰

Milloin tuomarin yksityiset tiedot sitten ovat siinä määrin asiaan vaikuttavia, että hän ei saa niitä prosessuaalisesti hyödyntää? Subjektiivinen vakaumuksenmuodostus noudattaa omia lainalaisuuksiaan eikä ole lainmääräyksiin standardisoitavissa; tuomarin psykologisen pakkotilan ongelma uhmaa kaikkia oikeudellisin keinoin tapahtuvia poistamisyhteyksiä.¹⁷¹ Tutkimustehtävän kannalta on riittävää, että on osoitettu se asia-yhteys — todistajaksi kelpaamattomuus —, johon tuomarin yksityisten tietojen nimikkeellä kutsuttu ongelmakokonaisuus systemaattisesti sijoittuu.

Esitettyä taustaa vasten on mahdollista osoittaa, missä suhteessa todistajaksi kelpaamattomuus normikompleksina eroaa todistamiskielloista. Kysymys todistajan kelpoisuudesta tarkoittaa *voidaanko* henkilöä käyttää *todistajana*. Jos todistajakelpoisuus in concreto puuttuu, henkilö ei kykene osallistumaan prosessiin *todistajan* roolissa. Hänen mahdollisesti antamansa lausuma ei siis ole todistajankertomus.¹⁷² Se ei kuitenkaan ole inekssistentti eikä välttämättä edes vaikutukseton.¹⁷³ Niinpä se voi saada merkitystä tuomioistuimen vapaasti arvioitavana todisteena.

s. 160 s.; Hurwitz—Gomard, Tvistemål s. 80; Alsberg—Nüse s. 109; Beling, mt. ibid.; Peters, mt. s. 289; Eb. Schmidt, mt. s. 45 rn 2 ja 103 rn 8; Siegrist, mt. s. 127 ss.; Stein, Das private Wissen des Richters s. 2 (perustavasti); Cross s. 135; Nokes, mt. s. 381 s. (»by virtue of their office (judges and jurors) are not competent to give evidence«).

Oikeushistoriallisesti tuomariin kohdistuva kielto hyödyntää yksityisiä tietojen palautuu roomalaisen oikeuden oppilauseeseen »Quod non est in actis, non est in mundo«.

¹⁶⁹ Graf zu Dohna, Strafprozess s. 94.

¹⁷⁰ Tätä paradoksia korostaa Spendel, mt. ibid., ja osoittaa, miten tuomarin rikosprosessuaalinen selonotto toiminta on typistetty juuri siinä, missä tiedemies voi käyttää parasta selonottotapaa: omaa havaintoa. Vrt. tämän johdosta esitystä edellä s. 9. Ks. myös Gulson, mt. s. 194.

¹⁷¹ Kuten tekstissä Maetzel, DVBl 1966 s. 671. Vrt. Bolding, SvJT 1953 s. 332.

¹⁷² Näin Ruotsin korkein oikeus päätöksissään 4. 7. 1925 ja 31. 12. 1928; ks. niiden johdosta SvJT 1927: 18 s. 29 ja 1928: 54 s. 70 s.

¹⁷³ Kysymyksestä milloin todistajankertomus on inekssistentti ks. Krähen-

Samoin tällaisen henkilön muu prosessikäyttäytyminen voi vaikuttaa indisiona tuomarin vakaumuksenmuodostukseen. OK 17:21,¹n tarkoitamien henkilöiden joukossa on sellaisia, joita tuomioistuin voi käyttää tietolähteenä ilman todistushenkilön aktiivista myötävaikutusta; ajateltakoon vain tilannetta, että tuomari tekee relevantteja havaintoja vaikeasti aistivalliseksi henkilöstä.¹⁷⁴ Mitä asianomistajaan tulee, hän on useinkin jopa paras saatavilla oleva tietolähde.¹⁷⁵ OK 17:18,¹ määrää ainoastaan, että häntä »alköön kuulusteltako» *todistajana*. Tästä ei vielä voida päätellä, että normitarkoitus edellyttää tietolähteen täydellistä torjumista. Henkilö ei ole menettänyt todistuskeinon ominaisuuttaan; hän kelpaa todistushenkilöksi mutta ei todistajaksi.¹⁷⁶ OK 17:21,¹tä ja sitä asiallisesti vastaavaa RB 36:4:ää on kyllä erällä tahoilla tulkittu siten, että jos oikeus harkitsee, ettei henkilöä voida kuulla todistajana, niin häntä ei voida kuulla edes »selvityksen saamiseksi asiaan».¹⁷⁷ Tulkinta siis johtaa (relatiivisesta) *todistajaksi* kelpaamattomuudesta (relatiivisen) *todistushenkilöksi* kelpaamattomuuden. Todistajaksi kelpaamattomuus tällöin implikoi todistushenkilöksi kelpaamattomuuden.

bühl, mt. s. 173 ss. ja 186 ss.; *Vetter*, Probleme des Zeugnisverweigerungsrechts s. 36 s. — Mitä meidän todistusoikeutemme tulee, se suhtautunee substantiaaliseen ineksisenssi-rakennelmaan alun alkaen torjuvasti.

¹⁷⁴ Asianosaisen käyttäytymisestä todisteena ks. *Aalto*, LM 1967 s. 731 ss.

¹⁷⁵ Näin jo JFT 1909 s. 415 ss. (eräs keskustelukysymys). Ks. lisäksi *R. Ellilä*, Liikennerikosoikeus s. 222; *T. Ellilä*, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 30; *sama*, Oikeudenkäyntivalhe s. 54; *Ståhlberg*, DL 1961 s. 253; *Ekelöf* IV s. 124; *Siegrist*, mt. s. 48.

¹⁷⁶ Epätydyttävänä on pidettävä *Andenaesin*, s. 9, esitystapaa: Tehtyään selkoa OK 17:21:n ja sitä vastaavan RB 36:4:n sisällöstä mainittu tutkija jatkaa: »Der Richter entscheidet nach konkretem Ermessen, ob diese Personen als Zeugen geführt werden können. » Esitysyhteydestä saa käsityksen, että kysymyksessä on käsitteellisesti todistamiskielloksi luettava »Beweisverweigerungsrecht» (s. 7) vastaavasti kuin esim. syytetyn lähiomaisten (s. 8) ja privilegioitujen ammatinharjoittajaryhmien (s. 11) todistamisvapaus. — Positiivisissa oikeusjärjestyksissä laki yleensä selvästi erottaa todistamiskiellot todistajaksi kelpaamattomuudesta. Toisin kuitenkin de lege lata *Itävallan* oikeudessa: StPO 151 §:n 3 kohta määrää mitättömyystehostein, ettei oikeus saa kuulustella henkilöitä, jotka fyysisen tai henkisen rakenteensa johdosta eivät kykene todistamaan. Säännös on kohdannut kritiikkiä; *Roeder*, ÖJZ s. 310, esittää sen kumoamista. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Tirkkonen* — *Ellilä*, Muistio s. 23.

¹⁷⁷ Näin *Alkio*, LM 1949 s. 560; *Tirkkonen*, Rp II s. 228; *Ekelöf*, Kompendium II s. 396.

Edellä lausutusta voidaan tiivistää johtopäätös, että todistajaksi oikeuden harkinnan nojalla kelpaamattoman henkilön prosessikäyttäytyminen ei voi konstituoida sellaisen *todistuskeinokiellon* rikkomista, jonka tarkoituksena on estää *todistajan* avulla tapahtuva todistelu. Henkilö, joka normijärjestelmän mukaan ei ole todistaja, ei voi verbaalisella käyttäytymisellään »tehdä» sellaista, minkä juridisen pätevyyden¹⁷⁸ edellytyksenä on muodollinen todistajan rooli. Empiirinen samanarvoisuus ei ole oikeudellista samanarvoisuutta. On näet korostettava, että todistajan roolin puuttuminen ei riistä henkilöltä hänen ominaisuuttaan todistuskeinona eikä aktiivisen todistushenkilön roolin puuttuminen kumoa passiivisen todistushenkilön roolia. Riippumatta oikeusmahdollisuudesta omata aktiivisen todistushenkilön rooli henkilöä voidaan aina käyttää passiivisena todistushenkilönä, jolloin inhimillisiä tosiasioita ja asiantiloja tutkitaan ilman hänen myötävaikutustaan. Jos rikosoikeudenhoidon orgaani tällaisessa *objektiivisessa henkilötodistelussa* kohdistaa totuuden tutkimisen kiellettyyn todistusteemaan tahi käyttää kiellettyä todistelumetodia, hän rikkoo todistamiskieltoa.¹⁷⁹ Jos taas oikeus OK 17:21,1:n tapauksessa kuulustelee henkilöä, jonka se on harkinnut todistajaksi kelpaamattomaksi, selvityksen saamiseksi asiaan, niin liityttäessä *siihen* tulkintaan, joka johtaa todistajaksi kelpaamattomuudesta kiellon vapaamuotoisesti kuultella henkilöä, on kyllä tapahtunut todisteluvirhe, mutta sitä ei voida subsumoida *todistamiskieillon* rikkomiseksi. Näkökannan takana oleva ajatuskulku on seuraava: Henkilö, jolta puuttuu kvaliteetit a & b & c, on todistajaksi kelpaamaton; todistajaksi kelpaamattomuus implikoi todistushenkilöksi kelpaamattomuuden. Menettely on OK 17:21,1:n vastaisena virheellinen.

Tarkasteltujen oikeuskuvioiden — todistamiskieltojen ja todistajaksi kelpaamattomuuden — välinen ero on edellä esitetyn valossa periaatteessa selvä. Eri asia on, onko perusteltua johtaa todistajaksi kelpaamattomuudesta yleinen todistushenkilöksi kelpaamattomuus siten kuin edellä on kuvattu. Aineellisen totuuden vuoksi tuntuu pikemminkin aiheelliselta sallia tuomioistuimelle mahdollisimman laaja ilmaisuhenkilöiden

¹⁷⁸ Tekstissä on lähdetty siitä, että prosessitoimen virheellisyys on oletettavissa tilanteissa pätemättömyyttä (ei: tehottomuutta); vrt. *Halila* s. 47 s. ja 59; *Vilkkonen* s. 134 ja 139; *Kleinknecht* s. 1543; *Krähenbühl*, mt. s. 186; *Sauer* s. 215 ja 223.

¹⁷⁹ Vrt. *Peters* s. 113; *sama*, *Lehrbuch* s. 272 s.

kuulusteluvapaus.¹⁸⁰ Prosessiteoreettisesti voidaan menetellä siten, että otetaan käyttöön erityinen kuultavien henkilöiden luokka Ruotsin oikeuden »upplysningsperson» — kategorian tapaan. Tuomioistuin voisi siten harkintansa mukaan kuulla todistajaksi kelpaamatonta henkilöä vapaa-uoitoisesti ilman valaa. Toisin kuin todistajaksi kutsutulla tällaisella henkilöllä ei kuitenkaan voine aina olla *ilmaisuvelvollisuutta*.¹⁸¹ Selvää myös on, ettei kuulemissäännöstöä saa soveltaa in fraudem legis *todistamiskiellon* kiertämiseksi. Todistuskeinokiellon nojalla virkamies ei saa oikeudenkäynnissä paljastaa virkasalaisuutta (OK 17: 23,1:n 1 k.) eivätkä lääkäri, asianajaja ja pappi ilmaista ammattisalaisuutta (23,1:n 3—4 k. ja 23,2). Mikäli tuomioistuin kuulusteleo tällaista henkilöä salassa pidettävästä seikastosta, menettely on yhtä hyvin valan nojalla kuin ilman valaa tapahtuvana todistamiskiellon rikkomista.

2. Asiantuntijatodistelun ongelmat ovat paljolti analogiset. Koska kaikkia asiantuntijan jäävejä ei ole todistajan jäävien tavoin kumottu,¹⁸² probleemin asettelu on osaksi toinen. Asiantuntijaksi oikeudenkäymiskaaren nojalla (17: 44,1 verr. 21:een ja 17: 47) kelpaamattoman henkilön esiintyminen oikeudenkäynnissä ei edes periaatteessa konstituoi *asiantuntijatodistelun* kieltävän normin rikkomista. Toisin sanoen: koska lain-

¹⁸⁰ Lähellä tekstissä esitettyä on *T. Ellilä*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 213; *Halila*, LM 1953 s. 719. — Erityisesti RB 36: 4:n tulkinnasta ks. *Elwing*, mt. s. 154; *Gärde* s. 497.

¹⁸¹ Kuulemissäännöstö on nykyoikeudessamme epäilemättä verraten kehittyvätön. Ks. siitä esim. *T. Ellilä*, Sivullissuoja s. 323 ss.; *sama*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 86 (»hämäräsisältöinen ja epäyhtenäinen säännöstö») ja — korostuneemmin rikosprosessuaalisesta näkökulmasta — s. 213. — Henkilön kuulemisesta »upplysningsvis» ks. Ruotsin oikeuden kannalta *Ekelöf* II s. 46 ja 62; IV (2. p.) s. 120 ss., 146 ja 188; *Heuman*, mt. s. 80 ss.

Säädettävän oikeuden kannalta *Sveitsin* oikeus tarjoaa valmiin esikuvan: tässä maassa lainsäätäjä on legalisoinut kuulemissäännöstön. »Auskunftsperson» on monessa suhteessa alkuperäisesti sveitsiläinen instituutio. Kanttoonien prosessilaista ks. tämän johdosta St. Gallen (StrPO 73 §), Aargau (StrPO 105 §), Glarus (StrPO 83 §), Solothurn (StrPO 69 ja 70 §§) ja Thurgau (StrPO 105 §).

Kuulemissäännöstö toteuttaa fakultatiivisen valan ajatuksen. Tässä piilee vaara että kuultavaa pidetään toisen luokan todistajana; tällainen »todistus-sääntö» merkitsee ilmaisen todistusvoiman kiellonvastaista alentamista ex ante. Ks. tämän johdosta *Hauser*, SchwZStr 1972 s. 143; *Noll*, Strafprozessrecht s. 68.

¹⁸² Myös Ruotsin oikeus on säilyttänyt ko. jäävit; ks. niistä RB 40: 2 ja sen johdosta *Ekelöf* IV s.179.

säättäjä on lainkäyttäjää sitovalla tavalla liittänyt kelpoisuuden annettujen tunnusmerkkien täyttämiseen, tuomarin tosiasiallisesti suorittama asiantuntijan kuulustelu ei edusta sellaista toimenpidettä, jonka vaikutuksesta olisi syntynyt *pätevästi* annettu asiantuntijatodistus. Henkilö, joka ei edes tuomarin tahdonilmaisun nojalla voi virheettömästi saavuttaa asiantuntijan asemaa, ei ole lauseen »asiantuntija ei saa todistaa» referenssiin kuuluva todistuskeino.¹⁸³ Hän on kyllä todistuskeino mutta ei *asiantuntijoiden* kategoriaan kuuluva todistushenkilö. Ja hän on joka tapauksessa *tietolähde*, joka periaatteessa aina voidaan hyödyntää. Jos todistelu tällöin kohdistuu kielletyksi julistettuun todistusteemaan tai tapahtuu kiellettyä selonottotapaa käyttäen, tapahtunut virhe konstituoii vastaavan todistamiskiellon — todistusteema tai todistelumetodikiellon — ylittämisen.

Miten on tilannetta arvosteltava siinä tapauksessa, että asianosainen (tehoisasti) jäävää asiantuntijan niin myöhäisessä vaiheessa, että tämä on jo ehtinyt antaa kertomuksensa? Annettu lausunto on kielletty hedelmä, jota tuomioistuin ei saa ottaa vastaan. Kysymyksessä ei ole tehosteena asetettu todisteen hyödyntämiskielto; tällainen kielto liittyy, kuten aikaisemmin on todettu, seuraamuksena edeltäneeseen todistamiskiellon rikkomiseen, eikä tässä vaiheessa ole vielä esiintynyt mitään kiellonvastaisuuden tyyppistä virheellisyyttä. Virhe tehdään vasta silloin, jos jäävätyn asiantuntijan kertomus otetaan vastaan. Mutta tilanteessa ei myöskään välttämättä tarvitse nähdä — toisin kuin *Sax* menettelee — todistamiskieltoa.¹⁸⁴ Henkilö, joka vaikkapa taannehtivastikin menettää asiantuntijan roolinsa, ei kuulu lauseen »asiantuntija ei saa todistaa» referenssiin. Havainto ei tosin sulje pois mahdollisuutta, että kysymyksessä on todistelumetodikielto. Luontevampaa on kuitenkin lähteä siitä, että asiantuntijan esteellisyyden säännöstävät normit eivät ylipäättään kuulu todistamiskieltojen luokkaan.¹⁸⁵ Jäävätyn asiantuntijan kertomuksen torjuminen ei puolestaan lainkaan edusta normatiivista järjestelyä vaan perustuu käytäntöön sovellettuun logiikkaan. Eri asia on, että jos kerto-

¹⁸³ Referenssi-sanaa on tekstissä käytetty samassa merkityksessä kuin *Ahmavaara*, Yhteiskuntatieteen kyberneettinen metodologia (1969) s. 26, jolloin sillä tarkoitetaan käsitteen/lauseen alaa.

¹⁸⁴ *Sax*, KMR § 74 5 b) StPO.

¹⁸⁵ Vrt. jäljempänä II b 1.

mus on annettu kielletystä todistusteemasta ja tuomioistuin ottaa sen vastaan, menettely konstituoii todistusteemakiellon rikkomisen.

Pelkistettynä lain kysymyksenasettelu edellä eritellyissä tilanteissa kuuluu: kuka voi/ei voi esiintyä todistajana/asiantuntijana? Osaksi on henkilöiltä, jotka eivät täytä lain edellyttämiä kvalifikaatioita, ehdollisesti riistetty kyky ja mahdollisuus esiintyä todistajan roolissa, osaksi tämä kyky on sidottu erään lisäedellytyksen — roolinvaihdoksen — täyttymiseen. Asiantuntijatodistelussa muodollinen kelpoisuus asianomaiseen prosessirooliin on vastaavan todistuskeinokiellon esiintymisen välttämätön edellytys.¹⁸⁶

Oikeuskirjallisuudessa on OK 17:18,1:tä tulkittaessa osaksi poikettu lain terminologiasta. Sen sijaan että olisi johdonmukaisesti pitäydytty lain kysymyksenasetteluun »ketä voidaan/ei voida kuulustella todistajana?» on tutkittu mitä lainkohta julistaa sallituksi tai ei-sallituksi. Edellä suoritettua analyysin valossa kielenkäyttö vaikuttaa epätasälliselta.¹⁸⁷ Siinä laajuudessa kuin lainkohta kiistämättä sisältääkin imperatiivisen elementin, tuo pitämisvelvoite ei ole sellaisenaan palautettavissa todistamiskieltoihin. Epätietoisuutta on omiaan lisäämään eräissä ulkomaisissa — lähinnä sveitsiläisissä — tutkimuksissa käytetty esitystapa, jonka mukaan määrätty henkilöryhmät eivät voi eivätkä saa esiintyä todistajina.¹⁸⁸ Kielenkäytön epäpuhtauteen on epäilemättä vaikuttanut eräissä van-

¹⁸⁶ Mitä erityisesti todistajaksi kelpaamattomuuteen tulee, *Alsberg* tekee todistelupyyntöä koskevassa perustavassa tutkimuksessaan (siitä *Hormia*, LM 1970 s. 308 ss.) selvän eron todistajaksi kelpaamattomuuden (ungeeignetheit des Zeugen) ja ei-sallitun todistajan (unzulässiger Zeuge) välillä. Todistajaksi kelpaamattoman käsite ei ole, toisin kuin ei-sallitun todistajan, täsmällisesti rajattavissa. Ks. »Der Beweisantrag im Strafprozess» s. 207. Ks. myös *Ditzen*, mt. s. 129; *Simader*, mt. s. 170; *Ziegler* s. 68 s.; *Neumann* s. 56 s.

¹⁸⁷ Korostettakoon, että kysymys on pelkästään terminologinen; jo esitystekniset syyt ovat saattaneet vaikuttaa, että termiä »saadaan/ei saada» käytetään merkityksessä »voidaan/ei voida»; ks. tässä suhteessa esim. *Tirkkonen* s. 102 s. Myös lainsäätäjä voi käyttää näitä termejä synonyymisesti; ks. esim. TakavarikkoL 13 § — Asiallisesti epätydyttävänä on sitä vastoin pidettävä *Ekelöfin*, IV s. 129, esitystapaa kun hän lausuu: »Men i vissa fall har tystnadsplikten utom rätta kombinerats med en obehörighet att vittna.»

¹⁸⁸ Vrt. *Neumann* s. 27; v. *Orelli*, mt. s. 40 s. Vrt. toisaalta *Neumann* s. 18: Lainsäätäjä on saattanut vaistonvaraisesti erottaa todistamiskieillon muista todistamissäännöistä (Beweisregel) yhdessä ja samassa oikeusnormissa käyttämällä verbejä »saada» (dürfen) ja »voida» (können). Näin Bernin vanha (v:n 1854) rikosprosessilaki (art. 219).

hemmissä¹⁸⁹ kantonaalisissa säännösteksteissä esiintyvä epätarkkuus, vierasmiestodistelun sallittuisuuden sitominen todistajakelpoisuuden lakimääräisiin edellytyksiin.

3. Jos todistushenkilöltä puuttuu todistaja- tai asiantuntijakelpoisuus, hän ei voi todistaa/antaa asiantuntijalausuntoa. Hän ei voi esiintyä todistajan/asiantuntijan roolissa, mutta häntä saadaan kuulla ilman valaa selvityksen saamiseksi asiaan. Näin nimenomaisesti myös *esitutkinnassa*: v. 1976 esitutkintalakiehdotus sisältää 29 §:ssä kysymystä koskevan säännöksen, jonka tarkoituksena on lakiehdotuksen perustelujen mukaan estää (OK 17:18:ssa) »mainittujen henkilöiden kuulusteleminen todistajana hänelle kuuluvalla rangaistushallalla tehostetulla totuusvelvollisuudella». Estettä ei sitä vastoin ole kuulustella tai puhutella heitä vapaa-uoitoisesti, jolloin kertomus tosin entisen asianosaisen antamana menettää todistusarvoaan.¹⁹⁰ Kosketeltu diskvalifikaatio ei nyt esitetyn mukaisesti perusta absoluuttisesti vaikuttavaa oikeudellista todistelunestettä, edellyttäen, että »todistelulle» annetaan merkityssisältö, joka sulkee piiriinsä ilmaisuhenkilön vapaan kuulemisen. Enintään voidaan puhua relatiivisesta, harkinnanvaraisesta todistelunesteestä.¹⁹¹ Toinen vaikutus on muodollisesti saavutetulla ei-todistajan/asiantuntijan prosessiroolilla. Kuten edellä on ilmennyt, yksiroolisuuden vaatimuksesta seuraa, että prosessiin muussa kuin todistajan/asiantuntijan roolissa osallistuva on estynyt yhdistämästä omaa rooliaan todistajana tahi asiantuntijana esiintymiseen.

Normikomplekseina todistamiskieltoja ja todistajaksi/asiantuntijaksi kelpaamattomuutta lähentää toisiinsa niiden osaksi yhteinen tehtävä: todistelun luotettavuuden edistäminen. Muutoin periaatteellinen ero on jo tähänastisen esityksen valossa selvä. Täysin havaittavaksi todistamiskieltojen asema todistusoikeuden kokonaiskuvassa ja rajoittuminen lähi-käsitteisiin käy vasta kun tutkittavat kysymykset suhteutetaan makroskooppisiin todistusoikeudellisiin yhteyksiin.

¹⁸⁹ Mitä Sveitsin nykyiseen oikeuteen tulee, kantonaalisten rikosprosessilakien mukaan — niitä on kaikkiaan 25, vanhin (Schaffhausen) v:lta 1909, uusin (Nidwalden) v:lta 1976 — periaatteessa jokainen voi olla todistajana. Asianosaiset eivät ole todistajakelpoisia. Yksittäisten prosessilakien mukaan lapset ja mielisairaats ovat kokonaan tai osaksi todistajaksi kelpaamattomia; *Noll*, mt. s. 67.

¹⁹⁰ *Luonnos* 31. 7. 1977 s. 60.

¹⁹¹ Toisin *Simader*, mt. s. 104.

3. Terminologisia seikkoja

1. Alkavassa esitysjaksossa tullaan esittämään eräitä kielenkäyttöä koskevia huomautuksia. Tällöin joudutaan osaksi takautumaan edellä tutkimuksen eri yhteyksissä jo esitettyihin näkökohtiin ja suorittamaan tarpeellinen koordinointi. Kieli ja todellisuus kuuluvat läheisesti yhteen; oikeuskielen avulla tutkija kuvaa tutkimuskohdettaan.¹⁹² Kielenkäyttöä koskevien havaintojen jäännöksetön keskittäminen omaksi systemaattiseksi kokonaisuudekseen edustaa tutkimuksellista ihannetta, jonka toteuttaminen ei ole vaikeudetonta. Kun tässä yhteydessä esitetään kokoavia ja täydentäviä näkökohtia tutkimuksen perussanastosta, niin tämä ei merkitse sitä, että myöhemmissä esitysyhteyksissä ei saattaisi herätä terminologista kannanottoa vaativia probleemoja. Tieteellinen tutkimus on orgaaninen kokonaisuus; aina välttämättömät systemaattiset jäsentelyt eivät saata kumota mainittua tosiasiaa.

2. Perustermi on »todistamiskielto». Sana on luonteeltaan tieteellinen: se ei esiinny lakitekstissä; »todistamiskielto» johdannaisineen ei liioin ole juurtunut praksikseen.¹⁹³ Tässä tutkimuksessa on kohdittain käytetty »todistamiskiellon» asemesta termijonoa »todisteiden esittämiskielto». Merkitysero on epäoleellinen. Periaatteessa ei tosin ole tarkoituksenmukaista käyttää samasta ilmiöstä kahta tai useampaa kielellistä symbolia.¹⁹⁴ Menettelytapa saattaa kuitenkin olla puolustettavissa esitysteknisistä syistä. Havaittavammin alkuperäismerkitys muuttuu otettaessa käytäntöön sanayhdelmä »oikeudellinen todisteluneste». Viimeksi mainittu on intensioltaan laajempi; se ilmaisee yläkäsitteen, joka todistamiskiellon ohella sulkee piirinsä eräitä lähi-ilmiöitä. Kuten edellä (I 2 a)

¹⁹² Näin sanottaessa on tietenkin pidetty silmällä vain yhtä oikeuskielen tehtävää: kielen käyttöä tutkimuskohteen mikäli mahdollista arvovapaaseen kuvailuun *Kelsenin* (Puhdas oikeusoppi s. 90) edellyttämässä merkityksessä. — Kun *Olivecrona*, *Språket* s. 32 ja 44, sanoo oikeuskielen olevan direktivististä eikä kuvailuvaa, niin tällöin lienee tarkoitettu ahtaasti lakikieltä sosiaalisen sääntelyn välineenä. Ks. tässä suhteessa *Apala—Arlander*, *Yleislausukkeista* s. 81.

¹⁹³ Saman havainnon Saksan oikeuden kannalta tekevät *Kern—Roxin* s. 114; ja *Ziegler* s. 2. — Lakikielessä tunnetusti vältetään tieteellisiä termejä.

Suomenkielisessä oikeustieteellisessä kirjallisuudessa termin lienee ensimmäisenä ottanut käytäntöön *Anttila*; ks. »Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta Suomen oikeuden mukaan» s. 30.

¹⁹⁴ *Makkonen* s. 57.

on havaittu, *todistajaksi kelpaamattomuus* konstituoii aina »oikeudellisen todistelunesteen».¹⁹⁵

Kirjallisuudessa »todistamiskielto» on osaksi korvattu »todistamisen esteellä».¹⁹⁶ Tätä on syytä kritikoida. Väritön »todistamisen este» on abstraktiotasoltaan korkeampi kuin »todistamiskielto». »Todistamisen/todistelun esteen» merkityspiiriin kuuluvat tarkkaan ottaen myös erinäiset tosiasialliset todistelunesteet; tällaisina voidaan mainita esimerkiksi todistajan kuolema, asiakirjan tuhoutuminen tahi teonjälkien häviäminen sodan tai luonnonmullistuksen seurauksena. Perustermiin verrattuna yhtä hyvin »oikeudellinen todisteluneste» kuin erityisesti »todisteluneste» ovat selvästi ei-synonyymisia; »todistamiskielton» korvaaminen näillä termeillä johtaa helposti käsitteellisiinkin sekaannuksiin.¹⁹⁷

Mutta myös »todistamiskielto» on abstraktiotasoltaan perin korkea. Kysymyksessä on kollektiivinimitys, yhteinen prisma, jonka läpi sisällöllisesti erilaatuista aineistoa tarkastellaan.¹⁹⁸ Mainittu seikka pakottaa välttämään menettelytapaa, että työskennellään *ad hoc* muodostetulla käsitteellä ilmoittamatta probleemiyhteyttä, josta käsite saa dimensionsa. Juridis-tekniselle käsitteelle tyypillisesti todistamiskielto on siinä katso-
sannossa »avoin» käsite, että sitä ei voida tyhjentävästi määritellä. Huo-

¹⁹⁵ Toisin *Simader*, mt. s. 114 verr. s. 170. Ks. myös *ibid.* s. 129 ss., jonka mukaan absoluuttinen soveltumattomuus todistuskeinoksi (absolute Untauglichkeit des Beweismittels) perustaa tosiasiallisen todistelunesteen. Mainittu kategoria on tutkimuksellisia tarkoituseriä palveleva konstruktio eikä sellaisenaan palaudu StPO:n käsitteistöön.

¹⁹⁶ Näin *Goldschmidt*, *Der Prozess als Rechtslage* s. 450 ('esim. todistajan tehoisasti käyttämä kieltäytymisoikeus on »Beweishinderniss»); *Kleinknecht* s. 1545; *Simader*, mt. s. 103 s.

¹⁹⁷ Tämä on jäänyt huomaamatta *Simaderilta* (mt. s. 103 s.), joka esittää, että todistelunesteen vaikutuksesta todisteen esittäminen on *oikeudellisesti* (kurs. tässä) mahdotonta ja sen vuoksi kiellettyä (unzulässig). Mainittu tutkija tosin katsoo (*ibid.* s. 104 av 5), että jo esitysyhteys osoittaa, että »todisteluneste» tarkoittaa aina oikeudellista estettä, mutta lausuu toisaalla (s. 129) hämäännyttävästi, että perusteet, joiden nojalla henkilöä saadaan (ei: täytyy) pitää todistajaksi absoluuttisesti kelpaamattomana, ovat tosiasiallisia todistelunesteitä. — Kuten tekstissä *Nüse* (*Alsbergin* teoksen uusintapainos; ks. mt. s. 89 av 1). — Vrt. tekstissä esitetyn johdosta *Schönken* esityksen oikeudenkäynnin tosiasiallisesti katkaisevista asiantiloista (sota, kulkutaudit, tulvat) tarjoamaa analogiaa (*Schönke—Schröder—Niese*, mt. s. 310).

¹⁹⁸ Kuten tekstissä *Kleinknecht*, *Juristentag* s. 79; *Sax*, *KMR Vorb.* § 48 2 a. — Eri määrittelytavoista ks. kokoavasti *Dencker* s. 4.

lellisimmankin oikeusdogmaattisen analyysin avulla voidaan tuskin kehittää sellaista työkäsitetä, joka ilman tarpeellista modifiointia ja täydennystä soveltuisi kaikkien mielletävissä olevien probleemien ratkaisemiseen. Todistamiskiellon yhteydessä ilmaiset »työkäsité» ja »työmaa-ritelmä» ovat pleonasmeja. Eräs seuraus »todistamiskiellon» merkitysisällön väljyydestä on, että yleiseen muotoon laaditut kysymyksenasettelut ja teesit eivät ole valaisevia.¹⁹⁹

Soveltuuko »todistamiskieltoon» *Olivecronan* problemaattinen oppi »tyhjistä» sanoista? Onko »todistamiskielto» minkään faktisen käsitteen nimi? Todistamiskielto ei tietenkään ole siten »olemassa», että se olisi fyysiseen maailmaan kuuluva substanssi. Mutta onko sillä ylipäätään ostensiivisesti havaittavaa ulottuvuutta? Jos vastaus on kielteinen, niin se merkitsee, että »todistamiskielto» ei herätä muuta mielletä kuin mitä siihen itseensä sisältyy; sana toisin sanoen käsitetään visuaalisesti tai audiitiivisesti. Sanalla ei tällöin ole semanttista referenssiä fyysisessä ilmiömaailmassa.²⁰⁰

Kun todistamiskielto -termiä käytetään oikeudellisessa kommunikoinnissa niin tällöin tarkoitetaan, kuten toisaalla on todettu, tiettyä normiaineistoa ja tiettyä viranomaiskäyttäytymistä. Viranomaisten toiminnassa voidaan epäilemättä todeta ostensiivisesti havaittavia säännönmuokaisuuksia. Mainitut lainmukaisuudet palautuvat kiellon adressaattina olemiseen. Oikeudenkäyntiä seuraava tarkkailija havaitsee, että kaikissa määrättyinä aikavälinä esiintyneissä tapauksissa tuomioistuin torjuu viralisen syyttäjän esittämän lääkärin potilaskortiston; että kaikissa havai-

¹⁹⁹ Siten ei esim. voida sanoa, että »todistamiskiellot ovat/eivät ole totuudentutkimiskäskyn negaatio». Näin yleisessä muodossa esitettyä kumpikin väite on epätasällinen. Vrt. jäljempänä V 2 a av 352.

Käsitteiden käytöstä juridisena tekniikkana ja sille asetettavista vaatimuksista ks. esim. *Hart*, *The Concept of Law* s. 124 ss.; *Ross*, *Om ret og retfaerdighed* s. 136; *Apala—Arlander*, mt. s. 27 ss.; *Eriksson*, *JFT* 1966 s. 460 ('käsitteet sidoksissa probleemiin'); *Ekelöf*, *SvJT* 1966 s. 504. — Tekstissä lausuttu on saanut vaikutteita *Sauerin*, s. 131, prosessioikeuden peruskäsitteistä: prosessitoimea, koskevasta esityksestä. Viitattakoon myös *Westhoffin*, s. 7, oppihistoriallisiin havaintoihin prosessuaalisesta käsitteenmuodostuksesta kun hän osoittaa miten yleistä on, että oikeuspoliittiset arvostukset ovat päässeet vaikuttamaan arvovapaaseen, objektiiviseen käsiteanalyysiin.

²⁰⁰ Ks. tämän johdosta *Olivecrona*, mt. s. 19 s., 24 ja 26; *Makkonen*, *Säädösvalta* s. 8 s.: Useimmat juridiset termit ovat »tyhjiä»; niiltä puuttuu semanttinen vastaavuus reaali maailmassa. Asiallisesti samoin *Tirkkonen*, *Rp* I s. 13.

tuissa tapauksissa tuomioistuin kieltäytyy vastaanottamasta »valaehetoisesti» annettuja yksityisiä todistuksia; että kaikissa esiintyneissä tapauksissa intiimiä tai kiusallista tilannetta esittävä valokuva jätetään todisteena vastaanottamatta. Tämän mukaisesti »todistamiskiello» tarkoittaisi selvästi prosessin empiriaan palautettavissa olevia realiteetteja.²⁰¹

Edellä lausuttu ei ole tarkoitettu esitetyn ongelman lopulliseksi vastaukseksi. On vain viitotettu kehittely, jonka valossa käsitys »todistamiskiellosta» tyhjänä sanana ei vaikuta läheiseltä. Todistamiskiellot tarkoittavat erästä prosessi-ilmiöiden kokonaisuutta. Tästä kokonaisuudesta voi empiirisesti havainnoimalla nähdä vain yhden tai useamman särmän; särmä edustaa sitä havainto-objektin kokonaisuutta, jonka hahmottuminen tapahtuu toisiaan täydentävien peräkkäisten havaintojen synteesinä.²⁰² Tutkimuksellisella metatasolla kohteen hahmottuminen vaatii samoin eriytyneempää sanastoa ja käsitteistöä. Abstraktiotason pudottaminen näyttäytyy tällöin sinä keinona, joka edistää merkityksen selvittämistä.²⁰³ Olkoonpa, että merkitysero on vähäinen, niin tutkimuksessa usein käytetty nimike »todisteiden esittämiskiello» jo palvelee perustermin merkityksen avautumista.²⁰⁴ Todisteiden esittämiskiellot puoles-

²⁰¹ Vrt. *Tirkkonen*, Rp I s. 13: »Loogiselta rakenteeltaan oikeustieteelliset käsitteet useimmiten kuuluvat ns. funktiokäsitteiden piiriin: niitä ei ole muodostettu vastaamaan fyysisessä luonnossa ilmeneviä realiteetteja — esineitä tai voimia... vaan niiden yksinomaisena tehtävänä on helpottaa oikeusjärjestyksen sisällön ymmärtämistä.» Ks. tämän johdosta *Apala—Arlander*, mt. s. 29: »Funktio-naalisen käsitteellisuuden korostaminen on lähtöisin prosessioikeudesta. Erityisesti sen piirissä onkin vakiintunut konstruktiivinen käsitejärjestelmä, jolla on välineellinen käyttö oikeusjärjestystä toteutettaessa.»

Tässä tutkimuksessa on lähdetty siitä, että prosessuaalisena tosiasiana (»oikeustositiasiana»), johon prosessuaalinen seuraamus (»oikeusseuraamus») — todistelutuloksen hyödyntämättä jättäminen — liittyy, on normiadressaatin todistamiskiellon vastainen menettely. Ne ostensiivisesti havaittavat säännönmukaisuudet prosessuaalisen sanktion asettamisessa, jotka tekstissä on esimerkinomaisesti mainittu, liittyvät seuraamuspuoleen. Perustellulta tuntuu ajatus, että jo oikeustositiasia — todistamiskiellosta poikkeaminen — voidaan ymmärtää empiirisesti, reaalisien ilmiömaailman asiantilana. Onhan sillä prosessioikeuden todistuskeinoin osoitettava todellisuus. Mutta voidaanko todistamiskielloista saada informaatiota pelkästään ostensiivisesti, jos havainto-objektia tarkastellaan lepotilassa? Vrt. nyt sanotun johdosta *Makkonen* s. 16 s. ja 37 s.

²⁰² Vrt. *Jokela*, LM 1964 s. 620.

²⁰³ Ks. tekstissä esitetyn johdosta *Hayakawa*, mt. s. 169 ss.; *Meyer*, mt. s. 88; *Ojanen*, LM 1969 s. 909 av 51; *Routamo*, LM 1967 s. 439.

²⁰⁴ Vrt. kuitenkin esitystä edempänä tekstissä.

taan ovat joko todistusteemakieltoja, todistuskeinokieltoja tai todistelumenetelmäkieltoja. Todistusteemakielto estää määrätyn seikaston selvittämisen.²⁰⁵ Todistusteema (*factum probandum*) muodostuu asiantilasta, jonka olemassaolo päätellään todistavien tosiasioiden eli todistustositasioiden (*factum probans*) avulla.²⁰⁶ Todistusteemakielto estää ohjaamasta totuuden tutkimista niihin todistustositasiioihin, joiden olemassaolosta todistusteeman olemassaolo päätellään. A maiore ad minus vallitsee kielto selvittää edes niitä aputositasioita, jotka vahvistavat tai heikentävät todistustositasioiden todistusarvoa.²⁰⁷ Tätä tarkoittavana terminä on asianmukaista käyttää sanaa »todistustositasiakielto».²⁰⁸ Todistuskeinokielto vuorostaan saattaa julistaa esim. katselmuksen ei-sallituksi »katselmuskieltona». Todistelumenetelmäkielto velvoittaa esitutkintaviranomaisia useimmiten »kuulustelumenetelmäkieltona».

²⁰⁵ Tämän kielenkäytön mukaisesti todistusteema on tietty seikasto, tosiasioiden kokonaisuus. Tällöin tarkoitetaan sitä rikosoikeudellisesti relevanttia asiantilaa, joka muodostaa jutun lopullisen todistusteeman. (Todistusteemasta ns. todistusketjun jäsenenä ks. *Ekelöf* IV s. 9.)

²⁰⁶ Tekstissä on seurattu *Ekelöfin* terminologiaa, jonka mukaan jutussa relevantti oikeustositasia on todistusteema; ks. *Ekelöf* IV s. 9; *Jacobsson*, Hörsägen s. 49, liittyy tähän kielenkäyttöön. Näin myös *Makkonen* s. 16 ja 22: Todistustositasian avulla pyritään todistamaan oikeustositasia. Lähellä tekstissä esitettyä on *Halila* s. 16 av 41. »Ontologisesti» todistusteema voitaneen aina hajoittaa alkeisrakenteisiin, todistettaviin tosiasioihin; vrt. edellinen alav. — Vrt. toisaalta *Wrede* s. 10, joka käyttää termiä »todistustositasia» kuvaamaan oikeustositasiata. Termiä »todistusperuste» mainittu tutkija käyttää samassa merkityksessä kuin tekstissä on puhuttu »todistustositasiasta»; ks. »Finlands gällande civilprocessrätt» II s. 81, 85 ja 90.

²⁰⁷ Erityisesti aputositasioista ks. *Halila* s. 17 ja 217; *Ekelöf* IV s. 10 ja 122 s.; *Jacobsson*, mt. s. 49 s.; *Peters*, Lehrbuch s. 251; *Sauer* s. 186; v. *Orelli*, mt. s. 30 ja 144; *Siegrist*, mt. s. 24 av 1.

²⁰⁸ Todistustositasiakiellot toisin sanoen ajankohtaistuvat silloin, kun asian tilan selvittäminen kohdistetaan määrättyihin aputositasioihin, joita käytetään indisioiden todistustositasian — esim. todistajan lausuman tai asiakirjan sisällön — todistusarvoa punnittaessa. Kysymyksessä voi olla esimerkiksi todistajan luotettavuuden tai asiakirjan aitouden päättelemineen. Todistusteemakieltojen kohdistuessa ulkoprosessuaaliseen todistusteemaan todistustositasiakiellot kohdistuvat ulkoprosessuaalisiin aputositasioihin.

Sen johdosta, että todistamiskiellot koskevat myös valmistavassa tutkinnassa suoritettavaa todistelua, *Schäfer* haluaa puhua todisteiden hankintaa rajoittavista kielloista erityisenä »Ermittlungsverbot»-kategoriana; ks. *Löwe—Rosenberg*, Strafprozessordnung s. 146. *Osmen*, Umfang s. 14 av 24, pitää menettelytapaa taroituksenmukaisena. Onkin sanottava, että termin valinta tekee oikeutta esitut-

Termin kääntäminen so. korvaaminen synonyymisella termillä ei palvele merkityksen avautumista. Jotta termi nimittäin olisi täsmällisesti käännettävissä niin uuden termin merkityssisällön tulisi olla sama kuin alkuperäistermin. Termin (merkin, symbolin) suhde merkitykseen jäisi edelleenkin epätietoiseksi.²⁰⁹ Termiltä todistamiskielto ilmeisesti puuttuu synonyyminen merkitysvastine; tosin läheiseltä tuntuu myös ajatus, että »todistamiskielton» asemesta voidaan aina puhua »todisteiden esittämiskiellostä» ilman että tapahtuu merkityksen häviötä.²¹⁰

Perustermin moniselitteisyys ei välttämättä vähennä sen käyttökelpoisuutta oikeuskielessä. Useimmat juridiikan termit ovat moniselitteisiä.²¹¹ Tutkimuksessa käytettynä termi näyttää merkityksensä lauseyhteydestään. Todistamiskielto-sanan merkitys voidaan oppia juuri tätä tietä, ostensiivisesti. Puheenalaisella termillä työskentelevä tutkija taas ei »totea» sanan merkityssisältöä vaan hän »määrää» merkityssisällön

kinnan (varhaisvaiheen) ja sitä seuraavien prosessijaksojen realiteettierolle. Esitutkinnassa *kerätään* todisteita, oikeudenkäynnissä *esitetään* todisteita yksilöidyn syyteen, konkreettisen todistusteeaman toteen näyttämiseksi. »Noch nicht zur Beweisführung gehört die *Sammlung* der Beweise», kuten *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage s. 444, korostaa ja josta myös *Glaser*, Handbuch I s. 354 s., mainitsee. Tältä pohjalta käy havaittavaksi »todisteiden esittämisen» eriytynyt, »todisteluun» verrattuna ahtaampi merkityspiiri. Vastaavasti käsitys '»todistamiskieltojen» ja »todisteiden esittämiskieltojen» merkityserosta osoittautuu perusteluksi. Eri asia on, tarvitseeko ottaa käyttöön erityinen termi kuvaamaan esitutkinnassa noudatettavia todisteiden hankkimiskieltoja. Saksalaisen kirjallisuuden tarjoama esikuva päinvastoin osoittaa — *Schäferin* em. termi ei ole juurtunut kielenkäyttöön —, että puheenalaisessa suhteessa voidaan tyytyä perustermiin »todistamiskielto»; käyttöyhteys osoittaa, tarkoitetaanko oikeudenkäynnissä noudatettavia »esittämiskieltoja» vai esitutkinnassa huomioitavia »hankkimiskieltoja».

²⁰⁹ *Schreiber*, Logik des Rechts s. 37; *Ojanen*, l.c. *ibid.*; *Olivecrona*, Imperativ s. 15.

²¹⁰ Viime kädessä asia riippuu siitä, annetaanko termeille »todistelu» ja »todisteiden esittäminen» synonyyminen merkityssisältö; vrt. tämän johdosta edellä av 208. Epätydyttävästi *Klug* s. 31: »Bei den Beweiserhebungsverboten ist zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten zu unterscheiden.» — Näin myös *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 309: »...bei den Beweisverboten als dem Oberbegriff... zwischen Beweiserhebungs-(gewinnungs-) verboten und Beweisverwertungsverboten...». — Oikeimmiten hyödyntämiskieltoa on pidettävä *sanktiona*, joka liittyy tehosteena todisteiden esittämiskielton vastaiseen prosessitoimeen. Tämä liityntä perustaa (seuraamus-)relaation, jota ilman todisteiden esittämiskielto jäisi *lex imperfecta*-luonteiseksi.

²¹¹ *Herlitz*, Rechte und Sprachen s. 96.

sen perusteella, millaisissa lauseyhteyksissä hän termiä käyttää. Asiahyteyden muuttuessa merkityskin muuttuu. Aina ei ole helppo siirtyä »todistamiskiellon» yhdestä merkityksestä toiseen. Tutkijalle mainittu seikka asettaa vaatimuksen, että hän selvästi ilmoittaa, minkä merkityksen hän antaa käyttämälleen termille. Merkitystä antaessaan hän on sosiaalisten ja oikeudellisten käytösääntöjen sitoma. Tätä tarkoitetaan vaatimuksella, että sanojen käytön tulee olla »adekvaattia».²¹² Olkoonpa, että terminologia ei ole juurtunut praksikseen ja että tutkimus tällä alueella on kehitystilassa, »todistamiskiellolle» voidaan mieltää sellainen apriorinen käyttöalue, jonka piirissä kommunikointi ylipäänsä voi onnistua. Oikeustieteessä on suuri määrä sellaisia juridis-teknisiä termejä, joiden merkitys on tarkoin sovittu. Näitä sopimuksia yksityisen tutkijan ja oikeuskielen käyttäjän on kunnioitettava. Jos todistamiskielloiksi mielivaltaisesti kutsutaan ilmiöitä, jotka on sopimusperäisesti luokitettu täysin toisentyypisten instituutioiden alaisiksi, kommunikointi jää hedelmättömäksi. Vallitsevien kielitottumusten ja sanojen merkitystä koskevien sopimusten vaikutuksesta »todistamiskiellollakin» epäilemättä on tietty »apriorisesti» rajattu merkitys.²¹³

Mitä pohjoismaiseen kirjallisuuteen tulee, termi »todistamiskiello» on siinäkin harvinaisuus. Mainittu seikka on yhteydessä kieltoproblematiikan puutteelliseen tiedostamiseen. Uudet ajatukset vaativat uuden niitä vastaavan sanaston, ja voi olettaa puheenalaisen sanan ennen pitkää vakiintuvan pohjoismaiseen kirjallisuuteen. Merkinnän arvoista kuitenkin on, että Ruotsin prosessitieteessä eritoten *Ekelöf* ja *Olivecrona* näyttävät tietoisesti välttävän puheenalaista termiä. Meidän OK 17: 23:ea vastaavaa RB 36: 5:ttä tulkitessaan mainitut tutkijat puhuvat johdonmukaisesti tuomariin kohdistuvasta »kyselykiellosta».²¹⁴ Termin valinta on epätydyttävä. »Kyselykiello» on prosessiteknisesti painottunut eikä tuo esille prosessuaalisen normin taustana olevia aineellisia yhteiskunta-

²¹² *Ekelöf*, SvJT 1966 s. 499.

²¹³ Ks. tekstissä esitetyn johdosta esim. v. *Wright*, Logiikka, filosofia ja kieli s. 226; *Ross*, mt. s. 136; *Olivecrona*, mt. s. 15 av 1; *sama*, Språket s. 41 s.; *Apala—Arlander*, mt. s. 73 ss.; *Vilkkonen* s. 15 s.; *sama*, LM 1967 s. 374 ss. (»ns. erityis-kielissä sanojen merkitys on tarkoin sovittu»; s. 377).

²¹⁴ Oikeuskielen sanastoon termin on alun perin kotiuttanut *Olivecrona* v. 1947 ilmestyneessä kirjoituksessaan »Frågeförbud beträffande försvarare» (SvJT 1947 s. 357 ss.).

intressejä, jotka perustavat asianomaisten henkilöryhmien vaitiolovelvollisuuden. Primäärisesti ei ole kysymys »kyselykiellosta» vaan tuomarin käyttäytymisestä riippumattomasta »todistamiskiellosta».²¹⁵ Tässä kohden kuten muutoinkin on syytä pyrkiä oikeuskielen yhdenmukaisuuteen. Vasta-argumentiksi ei riitä, että kun jo lakiteksti käyttää termejä horjuvasti, on hyödytöntä ajaa vaatimusta yhdenmukaisen terminologian puolesta.²¹⁶ Jos laki käyttääkin termejä epäjohdonmukaisesti, tätä epäjohdonmukaisuutta ei pidä siirtää oikeustieteeseen. Perinteinen terminologia on syytä säilyttää, harhaan johtavat uudissanat on torjuttava.²¹⁷ Äänneasultaan »kyselykielto» muistuttaa »kyselytapakieltoa» herättäen OK 17:33:n säännöstämiin tilanteisiin liittyviä miellelyhtymiä. Mutta epäilemättä juuri OK 17:23:n/RB 36:5:n piirissä on osoitettavissa jäännösalue, jolla »kyselykielto» omaa adekvaatin ilmaisutehtävän. Mainittu seikka on sekin yhteydessä abstraktiotasoltaan korkean perustermin vähäiseen ilmaisuarvoon.²¹⁸

Terminologisten seikkojen eittämättömästä tärkeydestä huolimatta on erheellistä luulla, että prosessielämässä heräävät probleemit on poistettavissa yhdenmukaisella nimistöllä.²¹⁹ Kielenkäyttöä analysoiva aspekti jättää tutkimuksen vain kuvailevaksi.²²⁰ Perinteistä mittapuuta käytäen analyysin tarve on tutkittavan aiheen kohdalla jopa totunnaista vähäisempi. Toisin kuin saksalaisella kielialueella todistamiskiello -termiltä uutuussanana puuttuu samanlainen väljästä ja epätarkasta kielen-

²¹⁵ Näin *Andenaes*, Straffeprosessen s. 202. Lähellä tekstissä esitettyä on *Welamson*, Läkarsekretessen s. 28 av 4, joka katsoo, että RB 36:5:n yhteydessä on asianmukaisempaa puhua todistamisvelvollisuuden rajoituksesta kuin kyselykiellosta. Vrt. *Bomgren*, TSA 1937 s. 241 (»vittnesförbud»).

Kotimaisessa tietoisopissa on *Lahti* esittänyt valaisevasti aineellisen vaitiolovelvollisuuden (tässä tapauksessa RL 38:3) ja prosessuaalisen todistamiskiellon (OK 17:23) välisen suhteen; ks. »Näkökohtia potilaan oikeusturvasta» s. 359 s.

²¹⁶ Vrt. kuitenkin *Ekelöf* I s. 23.

²¹⁷ Näkökohta on universaalinen, sitä korostaa esim. amerikkalainen *Maguire*, s. 85 s.

²¹⁸ Ks. *Ekelöf* IV s. 84 (termien käyttämiselle asetettavista vaatimuksista) ja s. 129 (»kyselykielto»); *Olivecrona* s. 103 (»kyselykielto»); *sama*, SvJT 1947 s. 357.

Saksalaisella kielialueella käytetyn sanaston osalta ks. esim. *Klug*, Juristentag s. 175 (»Frageverbot»); *Sax*, KMR s. 256 (»Vernehmungsverbot»; StPO 54 §); *Neumann* s. 61 (»Einvernahmeverbot»).

²¹⁹ *Sauer* s. 114.

²²⁰ Vrt. *Apala—Arlander*, mt. s. 23 s. ja 75; *Eriksson*, JFT 1969 s. 414 ja 428.

käytöstä johtuva rasitus, mikä on ominaista useille juridiikan perinteisille termeille. Oikeustermikin on aikansa lapsi; se on sijoitettava oikeaan koordinaatistoon, jotta sen merkitys avautuisi.²²¹ Siinä keskusteluym-päristössä, jossa *Glaser* ja *Beling* vaikuttivat, »todistamiskielto» merkitsi oleellisesti muuta kuin nykypäivän saksalaiselle tutkijalle tämän samalla nimellä kutsuma ajatusobjekti.²²² Toisin Suomessa; ei ole tarpeen asettaa kysymystä, onko puheenalaisen termin merkityssisältö ajan mukana muuttunut. Aihepiirin kohdalla vallitseva tutkimuksen niukkuus poistaa mahdollisuuden, että varhempien tutkijapolvien jäljiltä löytyvät virheel-liset ajatustottumukset olisivat kotiutuneet surkastumina tämän päivän oikeustieteeseen.²²³

3. Esikysymyksiä valottavan luvun päätteeksi on viittaus amerikka-laisen oikeuspiirin henkisiin ihanteisiin paikallaan: Tiede ja praksis eivät ole kehittäneet erityistä terminologiaa; pragmaattisen tutkimusasenteen nähdään parhaiten suojaavan oikeustiedettä vieraantumiselta; »everyday language» ja »everyday logic» riittävät hyvin juridisten ajatusten ilmai-semiseen.²²⁴ Näin suoritettu metodin valinta ei ole tämän päivän suoma-laisellekaan tiedepolitiikalle vieras. Oikeustieteellinen tutkimus on yhä yleisemmin tunnustettu yhteiskunnallisen keskustelun muodoksi, joka

²²¹ Tätä korostaa *Herlitz*, mt. s. 98. Ks. myös seuraavassa alav. mainittua kirjallisuutta.

²²² Välttämättömyyttä nähdä todistusoikeudelliset ilmiöt aikakoordinaatis-tossa, historiallisissa yhteyksissään, on meillä perinteisesti korostettu; ks. esim. *Wrede* s. 41; *Tirkkonen* s. 3. Yleisen oikeusteorian kannalta aikaperspektiivin hedelmällisyyttä korostaa esim. *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 35 av 20. Problee-mien ratkaisemisen aikasidonnaisuudesta ks. myös *sama*, mt. s. 201; *Klami*, LM 1970 s. 47 ss.; *sama*, LM 1976 s. 584; *Sauer* s. 11; *Ziegler* s. 1.

Oikeushistoriallinen aspekti on tietenkin hyödyksi jo kielenkäyttöä analysoi-taessa. Kun *Ekelöf*, IV s. 84, esittää termin »presumtio» esimerkkinä siitä, miten termien merkityssisältö saattaa ajan mukana muuttua, niin vastaavasti voidaan »todistamiskiellostä» sanoa sen merkityksen olevan »noch im Werden»; vrt. *Dencker* s. 4; *Kleinknecht* s. 1545. — Erittäin havainnollistava on *Erikssonin* sano-jen merkityksen muuttumista kuvaava esimerkki (JFT 1966 s. 478): »Ett 'ford-ron' i en lag från 1840 betyder t.ex. inte detsamma som 'fordron' 1960.» Ks. myös *Apala—Arlander*, mt. s. 92: »Mitä ilmiöitä tarkoitetaan huomispäivän yhteis-kunnassa termeillä kulkuneuvo, tie, asunto...»

²²³ Ks. puheenalaisesta kysymyksestä yleensä *Vilkkonen* s. 314; *Ojanen*, LM 1969 s. 897 ss.

²²⁴ Ks. *Maguire* s. 8 ja 117; *Honig* s. 5. Ks. lisäksi *Jokela*, LM 1970 s. 849.

lähtee avoimesti ilmaistuista arvopremisseistä. Vastaavasti lainoppi on entistä avoimemmin voinut omaksua lainsäätäjän työn jatkajan roolin. Tämä oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävien uudelleen arviointi vaikuttaa välttämättä myös tutkimuksen muodolliseen välineistöön.²²⁵

²²⁵ Tekstissä esitetty ei merkitse kannanottoa meillä 1960-luvun loppupuolella vaikutuksensa alkaneen suuntauksen puolesta, joka korostaa oikeustieteen yhteiskunnallista sidonnaisuutta. Lainoppi on kyllä »perusteltujen ratkaisuehdotusten esittämistä». Ratkaisusuosituksista ei voida pidätyä. Mutta ovatko kantaa ottavat ratkaisut pääasia lainopissa? Ks. tämän johdosta *Eriksson*, JFT 1969 s. 415; ja — toisaalta — *Zitting*, LM 1970 s. 88 s. Ks. lisäksi *Aarnio*, Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 184; *Klami*, LM 1977 s. 357 ss.; sekä erit. *Jørgensen*, *Ret og samfundsdebat* s. 66.

II LUKU

TODISTAMISKIELTOJEN SYSTEMATISOINNISTA

a) Yleistä

Rikosprosessuaaliset todistamiskiellot ovat erästä probleemikokonaisuutta tarkoittava kollektiivinimitys.¹ Alue on rajoiltaan epätasällinen eivätkä ratkaisua vaativat yksittäiskysymykset muodosta varsin yleiskatsauksellista kokonaisuutta. Tutkimuskohteen laadun huomioon ottaen pragmaattisella, probleemikeskeisellä tutkimusmetodilla on puolellaan ilmeisiä etuja. Systemaattisesta tutkimusasenteesta ei silti voida täysin luopua. Eihän tutkimusala koostu mielivaltaisesta kasuistiikasta vaan muodostaa elimellisen kokonaisuuden. Yritys hahmottaa kokonaisproblematiikkaa systemaattisia yhteyksiä ja näkökohtia esittämällä on siten perusteltu. Eri yksittäiskysymysten vastakkainasettelu ja systematisointi epäilemättä edistää kokonaisproblematiikan avautumista. Käänteisessä suhteessa on niin, että yksittäisprobleemoja on mikäli mahdollista lähesyttävä kokonaisuudesta käsin. Systemaattisen ja pragmaattisen tutkimusasenteen ei tarvitse olla toisensa kumoavia vaihtoehtoja.

Yritys systematisoida todistamiskieltoja merkitsee, kuten voidaan sanoa, myönnytystä »saksalaisesti» suuntautuneelle tutkimusasenteelle. Systematisointi on yksinkertaistamista. Sen avulla avataan linjoja käsitteiden ja periaatteiden viidakkoon. Oikeutta luovaa arvoa systematisoinnilla ei ole: Eihän se voi saada aikaan yhtäläisyyksiä ja eroavuuksia, jotka eivät jo sisältyisi tutkittaviin käsitteisiin.²

¹ Asiallisesti samoin *Sax*, KMR Vorb. 2 a § 48 StPO.

² Systematisointiin metodisena apuneuvona ovat viimeaikaisessa prosessitieteellisessä tutkimuksessa turvautuneet esim. *Aalto*, s. 8 ss., ja *Lager*, s. 55 ss., esittäessään vastaavasti tuomion vaikutuksia ja eri purkutyyppejä. — Esitetyn johdosta muutoin ks. *Rupp* s. 171.

Siltä osin kuin on kysymys todistamiskiellojen systematisoinnista niiden sisäisessä suhteessa, voidaan paljolti nojautua toisessa yhteydessä³ jo esitettyyn. Lähinnä tullaan tutkimaan, onko tarkoituksenmukaista kehittää yli tuolloin jo esitetyn erityinen todistamiskiellojen formalistinen järjestelmä, menettelytapa, jolta ei puutu esikuvia ulkomaisessa kirjallisuudessa.

Ahtaassa merkityksessä todistamiskiellojen systematisoinnilla tarkoitetaan tässä tutkimuksessa pelkästään niiden sisäisessä suhteessa suoritettavia jäsentelyjä. Välttämätön ulkoinen aspekti tuo esille todistamiskiellojen aseman todistusoikeuden kokonaiskentässä. Mikäli yleiskatsauksellisuuteen ylipäänsä voidaan päästä, se on mahdollista vain esittämällä todistamiskiellot todistusoikeuden kokonaiskuvassa ja suorittamalla kysymyksen tulevat alajäsentelyt. Tällöin on syytä tiedostaa, että jokainen systematisointiyritys merkitsee vasta ensimmäistä askelta lähestyä todistamiskiellojen yhteydessä tavattavia monitahoisia probleemoja.⁴

b) *Todistamiskiellot todistusoikeuden järjestelmässä*

1. Edellä esitetyn mukaisesti todistamiskielloja systematisoitaessa voidaan erottaa ulkoinen ja sisäinen aspekti aina sen mukaan, pidetäänkö silmällä todistamiskiellojen asemaa todistusoikeuden järjestelmässä vaiko erilaisten kieltoyhömiön muodostamista yhteisten tunnusmerkkien avulla.

Belingin ansioksi on luettava, että todistamiskiellojen ja todisteiden harkintaa ohjaavien *todistussääntöjen* eli todistusharkintasääntöjen välinen ero on alusta alkaen ollut selvä. Viimeksi mainituista hän käytti termiä »Beweisregel». *Belingillä* esiintyi kolmaskin ryhmä: määräykset, jotka tähtäävät välittömyysperiaatteen ylläpitämiseen sulkemalla pois välillisen todistelun. Näitä hän piti totuuden selvittämistä palvelevina muotomääräyksinä. Ne olivat tuskin erotettavissa »miten?»-kysymykseen vastaavista todistelun suorittamistapaa koskevista oikeuslauseista (ilman valaa annettavien todistajankertomusten poissuljenta, kidutuskielto, kielto kuulustella kantajaa tai syytettyä todistajana jne.). Näiden määräysten alkuperän *Beling* näki todisteluteknisissä harkinnoissa.⁵

³ Edellä I 1 c 2.

⁴ Vrt. *Klug* s. 30.

⁵ Ks. *Beling* s. 3 ss.; *sama*, Deutsches Reichsstrafprozessrecht s. 289.

⁶ Tässä suhteessa on ennen muita mainittava sveitsiläinen *Neumann*. Aikana,

Myöhempi tutkimus on aiheuttanut Belingin jäsentelyyn joitakin muutoksia.⁶ Silti dogmatiikkaa ei voida systematiikkaan tasolla pitää vakiintuneena.⁷ Voidaanpa myöhemmässä teorianmuodostuksessa osoittaa suoranaisia taka-askeleitäkin.

Sellaiseksi on ennen muuta leimattava *Schwarz-Kleinknechtin* valitsema lähtökohta, jonka mukaan todistamiskielto rajoittavat vapaata todisteiden harkintaa.⁸ Vaikka näin tiettyyn rajaan asti tosiasiallisesti onkin, niin varsinaisesti tämä tehtävä kuuluu todistusharkintasäännöille (*Beweisregel*).⁹ Epätydyttävänä on niin ikään pidettävä sellaista menetelytapaa, että termi todistamiskielto (*Beweisverbot*) rajoitetaan koskemaan vain sellaisia todistelumenettelykieltoja (*Beweisverfahrensverbot*), joiden rikkomiseen liittyy todistelutuloksen hyödyntämiskielto. *Kleinknecht* ja *Sax*, jotka tässä liittyvät muun muassa *Dünnebieriin*, suorittavat tältä pohjalta jaon kvalifioituihin ja yksinkertaisiin todistelumenettelykieltoihin; edelliset ovat todistamiskieltoja, jälkimmäiset pelkkiä muotomääräyksiä. Näin meneteltäessä systematisointiperusteena käytetään

jolloin tunnettu *Alsberg* omaksui Belingin systematiikan sellaisenaan, mainittu tutkija jo osoitti Belingin rakennelmissa heikkouksia. Siten Neumann kiinnitti huomiota siihen, että välittömyysperiaatteen ylläpitämistä tarkoittavien normien erottaminen itsenäiseksi kategoriaksi ei vastaa puheenalaisten määräysten normiluonnetta. Sillä yhtä hyvin kuin välittömyysperiaate sellaisenaan palvelee prosessin tarkoituksen toteutumista, sitä tekevät myös välittömyysperiaatteen ylläpitämiseen tähtäävät normit; ks. *Neumann* s. 13 av 2.

Mitä uusimpaan prosessitieteeseen tulee, siinä on yleensä sellaisenaan liitetty Belingiin ja erotettu välittömyys- (ja suullisuus-) periaate todistamiskieltojen piiristä; ks. lähemmin *Dencker* s. 5 ja siinä mainittua kirjallisuutta. Vrt. myös jäljempänä VI 3 b.

⁷ Tätä korostavat esim. *Kern—Roxin* s. 114; *Kleinknecht* s. 1545; *Löwe—Rosenberg (Schäfer)*, *Strafprozessordnung* s. 169 av 123.

Voidaanko systematiikkaa pitää vakiintuneena riippuu viime kädessä siitä, miten yksityiskohtaista jäsentelyä tässä yhteydessä pidetään tarpeellisenä. Jos systematiikalla tarkoitetaan vain kolmijakoa todistusteemakiellot — todistuskeinokielto — todistelumenetdikiellot, sitä voidaan pitää lopullisena. Tätä kuvaa esim. se seikka, että *Roeder* ja *Seiler* ovat rakentaneet Itävallan oikeuden todistamiskieltoja koskevat esityksensä tämän kolmijaon pohjalle; ks. *Roeder*, *ÖJZ* 1974 s. 309 ss. ja 343 ss.; *Seiler*, *JBl* 1974 s. 57 ss. ja 123 ss.

⁸ Ks. *Schwarz—Kleinknecht*, *Strafprozessordnung* s. 419 (§ 261 Anm 4). Ks. myös *Kühne*, *Beweisverbote* s. 23; *Seiler*, *JBl* 1974 s. 57.

⁹ *Spendel* s. 1102 av 2; sama *JuS* 1964 s. 473.

seikkaa, joka itsessään lepää epätietoisilla perusteilla. Onkin työläs välttyä vaikutelmalta, että on käytetty päättelyä *petitio principii*.¹⁰

Klug näyttää ensimmäisenä muodostaneen systemaattisia yhteyksiä tarpeellisella selvyydellä esille tuovan yläkäsitteen. Lähtökohdan muodostava yläkäsite on hänen mukaansa *todistamissääntö*. Merkitysvastineena hän käyttää termiä »Beweisregel» eli samaa ilmaisua, jota saksankielisessä kirjallisuudessa vallitsevasti käytetään merkityksessä »todistusharkintasääntö». Klug on siten antanut mainitulle termille uuden merkityssisällön; tämä väite perustuu tietenkin Klugin esityksen *tulkintaan*.¹¹

Meidänkin oikeutemme kannalta on täysi syy lähteä siitä, että todistamiskielloja perustavat normit kuuluvat todistamissääntöihin laajimmassa merkityksessä. Näin katsottaessa lähdetään siitä, että todistamissääntöjen soveltamisalana on sekä todisteiden esittäminen että todisteiden harkinta. Yksinkertaisin jäsentely on sellainen, jossa todistamissäännöt jaotellaan määräyksiksi, jotka joko ovat taikka eivät ole todistamiskielloja. Jälkimmäisestä ryhmästä erottuvat omaksi kategoriakseen *puhtaat muotomääräykset*; asiallisesti on tällöin yhdytty saksalaisessa ja itävaltalaisessa kirjallisuudessa laajimmin edustettuun kantaan. Puheenalaiset normit ovat pelkkiä järjestysmääräyksiä. Niiden tarkoitus tyhjentyy todistelumenettelyn ulkoisen kulun ohjaamiseen. Ne antavat todistelulle tarpeellista yleiskatsauksellisuutta ja selvyyttä. Järjestysmääräykset ovat todistelutekniikkaa. Toisin kuin todistamiskiellot ne eivät palvele yksilön vapauden suojaa eivätkä aseta esteitä totuuden tutkimiselle. Puh-taisiin muotomääräyksiin ei liity niiden noudattamista tehostavia *todistusoikeudellisia* sanktioita.¹² Siten niiden rikkomiseen ei esim. liity prosessuaalista todistelutuloksen hyväksikäyttämiskielloa. Lähikäsitteiden: todistamiskiellot — todistajaksi/asiantuntijaksi kelpaamattomuus, välinen ero näyttäytyy tätä taustaa vasten suojelusuunkauksen ja intensiteetti-asteen perusteella tehtävänä erona normilajissa. Todistamiskiellot ovat pakottavaa oikeutta, todistajaksi/asiantuntijaksi kelpaamattomuus kuu-

¹⁰ Ks. *Kleinknecht* s. 1538; *Sax*, KMR 3.—5. p. 1954, 1958, 1963, 2 vor § 48 StPO; *Dünnebie*r, MDR 1964 s. 965; *sama*, *Löwe—Rosenberg*, Strafprozessordnung, 21. p., 3 b vor § 94 StPO.

Kritiikistä vrt. kuten tekstissä *Otto* s. 292: »Diese Gliederungen werden in der Regel durch das angestrebte Ergebnis, das gerade streitig ist, bestimmt.» Kriittisesti myös *Dencker* s. 2 av 11; *Liermann*, Tonbandaufnahme s. 99 av 196.

¹¹ Ks. *Klug* s. 30 s.

¹² Vrt. jäljempänä av 19.

luu normikompleksina puhtaisiin muotomääräyksiin; viimeksi mainitut ovat milloin pakottavaa oikeutta, milloin ohjeen luonteisia määräyksiä. Siinäkin tapauksessa, että ne (poikkeuksellisesti) ovat pakottavaa oikeutta, niillä ei ole todistamiskielloille ominaista vireillä olevan prosessin tuolle puolen yltävää suojelutarkoitusta.¹³

Todistusoikeuden perusnormi totuudentutkimiskäskey voitaneen sekin luokitaa todistamissääntöihin laajimmassa merkityksessä. Totuudentutkimiskäskey on yleislauseke.¹⁴ Rakenteeltaan se ei eroa muista todistamissäännöistä. Viimeksi mainittujen tavoin totuudentutkimiskäskey sisältää tuomariin ja syytteenpanoviranomaisiin kohdistuvan imperatiivin. Kuten johdanto-osassa on todettu, totuudentutkimiskäskyn — aineellisen totuuden periaatteen — soveltamisalana on todistelumenetely kokonaisuudessaan: todistelutoiminta ja todisteiden harkinta.¹⁵

¹³ Käsitys todistusoikeudellisten normien välillä vallitsevasta »luonnollisesta porrastuksesta» (*Kleinknecht* s. 1538) edustaa manner-eurooppalaisessa kirjallisuudessa vallitsevaa ajattelutapaa. Tällä perusteella suoritettavasta kahtiajaosta todistamiskieltoihin ja järjestysmääräyksiin ks. esim. *Grünwald* s. 492; *Häussling* s. 105; *Jescheck* s. 1 ja 12; *Henkel*, Strafverfahrensrecht (1.p.) s. 258 av 1 (»... eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung für das Verfahren keine Folgen hat»); *Klug* s. 30 s.; *Osmer*, Umfang s. 14; *Otto* s. 292; *Peters* s. 100, 102 s., 113, 130, 142 ja 147; *sama*, Lehrbuch s. 255; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II § 94 StPO rn 14; *Hauser*, Juristentag s. 78; epätydyttävästi *sama*, SchwZStr 1972 s. 130 (»kriteerin muodostaa se seikka, olisiko syytteenpanoviranomainen voinut saada kiellonvastaisen todistuskeinon tahi todistelutuloksen myös lainmukaista tietä»); *Walder* s. 43 s.; *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 309 av 6 (»Beweisregelungen... sind bloss reglementarischer Natur.»); *Seiler*, mt. s. 59.

Nyttemmin on murtautumassa esiin katsomus, joka pitää kysymyksenasettelua: todistamiskielto vai järjestysmääräys, metodisesti vanhentuneena. Tähän asti tuomioistuimet ovat voineet menetellä siten, että virheellinen prosessitoimi on yksinkertaisesti varustettu järjestysmääräyksen rikkomisen nimikkeellä, joka nimikkeenanto on toiminut argumentoinnin korvikkeena. Menettelytapa, paitsi että se on petitio principii-päätelyä, mahdollistaa suoranaisen oikeudenkäynnin jarrutuksen sillä verukkeella, että ei ole kysymys laintasoisista määräyksistä. Sellainen käsitys, kritiikki esittää, sallii lainkäyttäjälle laista piittaamattomuuden ilman prosessuaalisia tehosteita. Ks. lähemmin *Dencker*, MDR 1975 s. 360; *Rudolphi*, MDR 1970 s. 99. — Kieltämättä onkin niin, että »juuri juristi on taipuvainen omaksumaan käsityksen, että sanktioimatonta normia tuskin tarvitsee ottaa vakavasti»; *Bosch*, Grunsatzfragen s. 106 s.

¹⁴ Näin *Ziegler* s. 37.

¹⁵ Toisessa yhteydessä (IV b av 6) osoitetaan, että totuudentutkimiskäskystä voidaan johtaa uusia, eriytyneempiä todistamissääntöjä.

Muodostetuilla normiluokilla ei ole välitöntä esikuvaa todistusoikeudellisessa kirjallisuudessamme. Vanhastaan on ollut vallitsevana dikotomia, joka erottaa muodollisen ja aineellisen todistusoikeuden. Edelliseen kuuluvat säännökset järjestävät itse todistelumenettelyn eli todisteiden esittämisen, jälkimmäiseen on luettu kuuluviksi ne määräykset, jotka säännöstyvät todistajan (ja asiantuntijan) vaitiolo-oikeuden ja vaitioloovelvollisuuden. Tämän mukaisesti OK 17: 26—42 on nähty muodollisen todistusoikeuden määräyksiä kun taas OK 17: 18—25 on luokitettu aineellisen todistusoikeuden oikeuslauseiksi. Todistusoikeudellisissa yleisesityksissä kahtiajako on osoittautunut varsin käyttökelpoiseksi.¹⁶ Mutta on kysyttävä, voidaanko sen avulla saada esille todistamiskiellojen asema todistusoikeuden järjestelmässä. Todistamiskiellot itsessään edustavat spesifiikkiä, eriytyntä normiryhmää, joka ei ole yhteismitallinen niiden todisteluluokkien kanssa, jotka ovat äsken mainitun kahtiajaon perustana. Todistamiskiellojen yhteismitallinen vertailuryhmä saadaan juuri todistusoikeudellisista muotomääräyksistä.

Jaottelu todistamiskiellot — puhtaat muotomääräykset näyttää merkityksensä ajatuskuviona, joka antaa ääriiivoja laajoille systemaattisille kokonaisuuksille. Se ei sinänsä anna ajatuksellisia välineitä problemien ratkaisemiselle. Eihän muodostetuilla kategorioilla ole riidatonta, »annettua» sisältöä. Siinäkin tapauksessa, että loukatun normin laji näiden luokkien puitteissa voitaisiin varmuudella määrittää todistamiskielloksi, oikeusseuraamuskyseminen jäisi edelleenkin epätietoiseksi.¹⁷

Toisin kuin todistamiskiellojen kohdalla on havaittu olevan, puhtaasta muotomääräyksestä voidaan jo pelkän normiluonteen nojalla tehdä päätelmiä oikeusseuraamuskysemykseen nähden. Tiedettäessä, että normi kuuluu muotomääräykseen, tiedetään samalla aina, ettei virheelliseen menettelyyn $\sim g(x)$ liity tehostetta. Mutta eikö tällainen »konstruktiosta johtopäätöksiä» -metodi johda prosessitodellisuudessa epätydyttäviin tuloksiin? Tarvitsematta luopua muotomääräyksistä teoreettisena kategoriana mahdolliset prosessielämässä esiintyvät väärinkäytökset voidaan ja tulee nähdä valtiosääntöoikeudellisena ongelmana siten kuin *Peters* esittää. *Peters* katsoo, että jos todistusoikeudellisen muotomääräyksen vastainen menettely on juurtumassa oikeudenkäyntijärjestykseen osana sen syste-

¹⁶ *Tirkkonen*, Pääpiirteet s. 130; *sama*, Rp II s. 90; *sama*, Sp II s. 88.

¹⁷ Voivatko edes todistamiskiellojen sisäisessä suhteessa suoritettavat jäsenetelyt luoda valaistusta hyödyntämiskiellojen ehtoihin? Vrt. siitä esitystä jäljempänä tekstissä (II c).

miä, ilmiö saa valtiosääntöoikeudellisen värityksen. Yksityinen kansalainen ei enää saa osakseen järjestyksenmukaista, olkoonpa virheellisestikin johdettua rikosprosessia, vaan koko oikeudenkäyntijärjestys on saatettu kyseenalaiseksi. — Tähän on yhdyttävä. Jos nimittäin muotomääräysten rikkominen saa sellaiset mittasuhteet, että voidaan puhua lainkäytöllisestä ongelmasta, *prosessuaalisten* sanktioiden käyttöön ottaminen siten kuin *Dencker* esittää, vaikuttaa näennäisratkaisulta.¹⁸

Vaikeinta on suorittaa erottelu järjestysmääräyksen ja todistelumetodikiellon kesken. Järjestysmääräys osoittaa sen tavan, jolla todistelu on suoritettava; todistelumetodikielto määrää, millä tavalla ei saa todistaa. Puhtaina muotomääräyksinä voidaan pitää esimerkiksi OK 17:14:ää (editiovelvollisuuden toteuttamistapa), 27:ää (oikeuden valta antaa todistajalle kuulusteltavien seikkojen mieleen palauttamista tarkoittavia määräyksiä), 28,1:tä (todistajan henkilöön liittyvät kysymykset), 29:ää (todistajanvala), 32,1:tä (todistelun suullisuus), 33:ea (todistajankuulustelun suorittamistapa)¹⁹ ja 35:tä (todistajankertomuksen pöytäkirjaaminen). Tähän ryhmään kuuluvat myös TakavarikkoL 4,1 ja 15,1 §§:ien säännökset takavarikon ja kotietsinnän edellytyksistä. Jos poliisimies suorittaa takavarikon, vaikka olosuhteet eivät vaadi »kiireellistä tointa» ja takavarikoimismääräys voidaan heti saada, niin hän rikkoo pelkkää järjestysmääräystä mutta ei perusoikeuksia, jotka asettavat todisteiden hankkimiselle luovuttamattomia rajoituksia.²⁰ Sanottu soveltuu vastaavasti virheelliseen kotietsintään. Molemmissa tapauksissa ylitetään järjestysmääräys. Toisin on asian laita, jos henkilöön käyvä tarkastus suoritetaan

¹⁸ Ks. *Peters* s. 101; ja toisaalta *Dencker*, mt. *ibid*.

¹⁹ OK 17:33:n johdosta ks. *Parikka*, LM 1971 s. 43 ss.; sekä praksiksen osalta OA 1955 s. 35: Kihlakunnantuomari oli tuomittu rangaistukseen siitä, että hän oli vaatinut kirkkoon kuulumattomalta todistajalta todistajanvalan. Vrt. tämän johdosta esitystä edellä av 12 kohdalla tekstissä.

²⁰ Tutkimuksessa käytetty kysymyksenasettelu: todistamiskielto vai järjestysmääräys, ei ole juurtunut pohjoismaiseen kirjallisuuteen. Vastaavasti ei meidän oikeutemme osalta ole mahdollista esittää »Stand der Meinungen», ei myöskään skandinaavisten prosessijärjestelmien. Mitä Saksan oikeuteen tulee, vallitseva mielipide lähtee siitä, että StPO 98 §:n määräykset avustavan viranomaisen toimivallasta — elleivät olosuhteet vaadi kiireellistä tointa, tämä ei saa omatoimisesti suorittaa takavarikkoa — ovat luonteeltaan vain ohjeellisia (»Sollen-Vorschriften»). Näin *Bennecke—Beling*, Lehrbuch s. 166 rn 10; *Kleinknecht* s. 1538; *Müller*, KMR § 98 rn 3; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II s. 241 rn 6. Samoin Itävallan oikeuden — StPO 141 § — kannalta *Seiler*, mt. s. 135.

vastoin TakavarikkoL 21 §:n määräyksiä. Toisessa yhteydessä²¹ esitettyyn liittyen on katsottava, että puheenalaisen lain 22 ja 23 §§:ien määräykset henkilöön käyvästä katsastuksesta ja verinäytteen ottamisesta edustavat toimenpiteen suoritustapaa koskevalta osaltaan todistelume-todikieltoa. Olkoonpa todiste, esim. verisubstanssi, joka on saatu näitä määräyksiä rikkoen, ehkä hyödyntämiskelpoinen, niin on korostettava, että hyödyntämiskielto on vain yksi todistamiskiellon mahdollinen sanktio. Sellaisena se edustaa nimenomaan prosessuaalista, todistusoikeudellista sanktiota. Sen puuttuminen ei sinänsä riistä loukatulta normilta todistamiskiellon luonnetta. Nyt tarkasteltavissa tapauksissa ei ole kysymys itsessään sallitun todisteiden hankinnan pelkistä modaliteeteista eikä näkökohdista, joiden sivuuttaminen muka ei sellaisenaan vaikuttaisi todistelun sallittavuuteen. Siksi ei saata olla puhe pelkistä järjestysmääräyksistä.²² Ei ole sallittua, että viranomainen antaa verinäytteen ottamisen lääketieteellisen esitutkinnon suorittaneen henkilön tehtäväksi laillistetun lääkärin asemesta. Näin siksi, koska tällaista henkilöä ei voida pitää »lääkärinä» edes TakavarikkoL 23 §:n spesifiikissä merkityksessä. Määräyksen tarkoituksena on kyllä taata toimenpiteen oikea suoritustapa, ei sen sijaan tai ainakaan ensisijaisesti perustaa tutkittavalle oikeutta tulla rikosprosessissa käsitellyksi vain laillistetun lääkärin taholta. Silti kysymyksessä on enemmän kuin pelkkä järjestysmääräys. Luokituskriteeri saadaan normin suojelutarkoituksesta. Jos normi on annettu prosessiin osallistuvien henkilöiden prosessuaalisen oikeusaseman turvaamiseksi, se on todistamiskielto. Järjestysmääräyksen rikkominen taas ei välttämättä kosketa yksityisen prosessisubjektin oikeusasemaa; pikemminkin se on ristiriidassa oikeusvaltiossa noudatettavien prosessiperiaatteiden kanssa ylipäätään. TakavarikkoL 22,2 §:n suojelutarkoitus

²¹ I 1 c 2 av 66 edellä.

²² Kuten tekstissä *Andenaes* s. 29; *Otto* s. 292; *Schellhammer*, NJW 1972 s. 319 s.; *Eb. Schmidt*, MDR 1970 s. 465 ja 468; *Spendel* s. 1107. Toisin *Jescheck* s. 2; *Kleinknecht* 1.c. *ibid.*; *sama*, NJW 1964 s. 2181 ja 2184, tosin sillä varauksella, että todistamiskieltoja koskevan teorian kehittyminen voi tehdä uudelleenarvioinnin välttämättömäksi. — Myös *Peters*, s. 142, pitää mahdollisena — tosin ahtaasti omasta järjestelmästäan lähtien; ks. siitä jäljempänä II c 1 — käsitellä asianomaista lainkohtaa (StPO 81 a §) järjestysmääräyksen (*Beweisregelung*) ilmaisevana oikeuslauseena. Jos nimittäin verinäytteenotosta aiheutuva haitta ei ole epäsuhteessa konkreettiseen totuudentutkimisintressiin, todistelutoimen suoritustapaa koskevien määräysten rikkominen ei ole esteenä tuloksen hyödyntämiselle. »In diesem Falle wäre nur eine Beweisregelung verletzt...»

ei tosin ole yksiselitteisen selvä. Vastaavasti kumpikaan tutkittavista luokitusvaihtoehdoista ei ole dogmaattisessa perusteltuisuudessaan toisensa poissulkeva. Mainittu seikka mahdollistaa oikeutta kehittävä, perusoikeuksille ja yksilön oikeusasemalle suojelemaan postuloinnin. Tämän mukaisesti tutkimuksessa lähdetään siitä, että kosketellut TakavarikkoL:n säännökset — myös 21 ja 23 §§ — suojaavat primäärisesti yksilön perusoikeuksia; laki ei tässä kuten muuallakaan anna viranomaiselle blankovaltuuksia perusoikeuspiiriin puuttumiseen. Viranomainen on perustuslaillisesti varmennetun todistamiskielton — todistelumetodikiellon — sitoma.²³

Suoritetuissa luokituksissa olisi saatettu puoltaa edellä omaksutuista poikkeaviakin ratkaisuja. Viitattakoon vain puheenalaisesta kysymyspiiristä Saksan oikeuden kannalta käytyyn, huomattavia mielipide-eroja heijastavaan keskusteluun.²⁴ Oikeusselvyyttä tietenkin edellyttää lainsäätäjältä mahdollisimman yksiselitteisiä rajanvetoja. Tämän yksiselit-

²³ Käytännölliseltä merkitykseltään tärkeä kysymys: onko verinäytteenotto sallittu lääkärin avustajan — lääkäriksi opiskelevan tai sairaanhoitajan — toimesta, on tietoisopissa kiistanalainen. Osa tutkijoista sallisi myös avustavan henkilökunnan ottaa verinäytteitä, joko itsenäisesti tai lääkärin johdon ja valvonnan alaisena. Näin *Kleinknecht* s. 1538; *sama*, NJW 1964 s. 2181 ja 2185 s.; *Otto* s. 292 av 22; *Sax*, KMR § 81 a rn 6; *Walder* s. 43. — Kuten tekstissä erit. *Dallinger*, JZ 1953 s. 537; *Dzendzalowski*, Die körperliche Untersuchung s. 62 s.; *Kern*, Strafverfahrensrecht s. 149; *Schwarz—Kleinknecht*, mt. § 81 a rn 4. — Tieteellisen koulutuksen merkityksestä oikeusturvatakeena yleensä ks. *Blass*, Berufsgeheimhaltungspflicht s. 12.

Esitetyn johdosta muutoin vrt. jäljempänä V 1 bbb 3.

²⁴ Viimeksi on *Seiler* suorittanut rajankäyntiä todistamiskieltojen ja todistus-oikeudellisten muotomääräysten kesken. Liittyen yleensä perinteiseen katsomukseen mainittu tutkija korostaa eroavuuden näyttäytyvän ennen kaikkea normin rikkomisen vaikutuksissa: muotomääräyksiin ei liity niiden noudattamista tehostavia prosessuaalisia seuraamuksia. Järjestysmääräykset tosin ensi kädessä ohjaavat prosessin säännönmukaista kulkua ja sellaisina palvelevat menettelyn järjestyksen peräistämistä; mutta rajankäyntiä vaikeuttaa se seikka, että mainitusta suuntauksesta huolimatta järjestysmääräysten taustalla vaikuttaa myös yksilön intressinsuojaus. Saksan StPO 81 a §:n säännöstä verinäytteenotosta *Seiler* pitää järjestysmääräyksenä: »Diese Vorschrift wurde nur geschaffen, weil die Beweisgewinnung in der Hand des Arztes ungefährlicher erscheint.» Tarve nykyistä suurempaan oikeusselvyyteen kuvastuu toivomuksesta, että lainsäätäjän tulisi, mikäli mahdollista, liittää kaikkiin todistamiskieltoihin tehosteeksi hyödyntämiskielto siten kuin *Peters*, s. 97, ja *Henkel*, Strafverfahrensrecht s. 270, selittävät oikeustilan jo de lege lata olevan. Tämä mahdollistaisi todistamiskieltojen erottamisen muotomääräyksistä nykyistä täsmällisemmin. Ks. lähemmin *Seiler*, mt. s. 135 s.

teisyyden relativisuus näyttäytyy siinä, että raja-alueet jäävät aina josakin määrin kokeellisiksi. Täyttääkseen tehtävänsä viranomaisten toimintaa ohjaavina välineinä säännöstekstien tulee sisältää yleisluokkia kuvaavia termejä. Oikeussäännöksen täten varmistettu soveltamiskelpoisuus joudutaan lunastamaan raja-alueiden epäselkaisuutena. Tutkimustehtävän kannalta on tärkeintä, että on suoritettu normiluokkien nimeäminen ja pyritty konkretisoimaan luokituskriteerit. Tutkittuun kysymykseen palataan enää vain epäsuorasti myöhemmissä esitysyhteyksissä. Normin käsitteleminen todistamiskieltona merkitsee tällöin tietenkin kannanottoa sitä vaihtoehtoa vastaan, että kysymyksessä on puhdas muotomääräys.

2. Edellä on suoritettu todistamissääntöjen kolmijako todistamiskieltoihin, puhtaisiin muotomääräyksiin ja todistussääntöihin sekä osoitettu, että kaksi ensin mainittua ryhmää kohdistuvat todisteiden esittämiseen, käytännölliseen todistelutoimintaan. Jäännösryhmän soveltamisalana on todisteiden harkinta.²⁵ Todistusharkinta- eli todistussäännöt ovat oikeusnormeiksi tiivistyneitä kokemussääntöjä.²⁶ Ne ovat lähes tyystin syrjäytyneet vapaan todistusharkinnan periaatteen omaksumisen vaikutuk-

²⁵ Todistamiskiellot erottaa todistus(harkinta-)säännöistä niiden erilainen funktio; toisessa yhteydessä (ks. esitystä av 8 kohdalla ja sanottu alav.) on osoitettu, että *Belingin* jälkeisessä tietoisopissa mainittu eroavuus ei aina ole tullut riittävästi huomioon otetuksi. Toisin, vähemmän kriittisesti on suhtauduttava *Belingiä* edeltäneen tutkimuksen puheenalaisessa suhteessa tekemiin virheisiin. Rikosprosessuaalinen teorianmuodostus ei tuolloin ollut kyllin valmis, jotta olisi selkeästi tiedostettu todistusoikeudellisten normien funktiossa piileviä, tyyppiä muodostavia eroja. Siten *Glaser*, Handbuch I s. 353, näki kelvottomien *todistuskeinojen* käytön kieltävissä normeissa rajoituksen vapaan todisteiden harkinnan periaatteelle. Vrt. kuitenkin edempänä av 30 kohdalla olevaa esitystä ja sanottu alav.

²⁶ Todistussääntö merkityksessä »todistusharkintasääntö» on merkityspiiriltään ahtaampi kuin legaalisen todistusteorian »todistussääntö» (bevisregel; Beweisregel); vrt. myös esitystä tekstissä. Todistussäännön käsitteestä muutoin ks. seuraavaa kirjallisuutta: *Aalto* s. 109 av 23 ja 239; *Granfelt*, Den materiella processledningen s. 58 s.; *Halila*, Todistustaakan jaosta s. 17; *Tirkkonen*, Rp II s. 94 ss.; *Wrede* s. 16; *sama*, Grunddragen s. 177; *Afzelius*, Rättegångsförfarandet s. 79 ss.; *Engströmer*, Vittnesbeviset s. 136 s.; *Hassler*, Bevisrätten s. 10 s.; *Lindblad*, Läran om bevisning s. 26 ss.; *Trygger*, Om skriftliga bevis s. 67 ss.; *Uppström*, Straffprocessrätten s. 40; *Munch—Petersen*, Den danske Retspleje I s. 161 ss.; *Alsberg—Nüse* s. 90 av 2 ja 105 av 47; *Beling* s. 3 s. ja 13 s.; *Esser*, Grundsatz und Norm s. 115; *Glaser*, Beweis s. 214; *sama*, Handbuch I s. 353 s.; *Häussling* s. 90; *Krause* s. 12; *sama*, Grenzen richterlicher Beweismwürdigung im Straf-

sesta.²⁷ Todellisuutta koskevan tietämyksen karttuminen on saanut lain-sääntäjän hylkäämään kuvitelman totuuden ennalta takaavista todistusperusteista; tällaisen vaikutuksen omaavia todistusperusteita on vain alkukantaisten kulttuuriasteiden mielikuvituksessa.²⁸ Toiselta puolen on kyllä myönnetty, että tuomarin täydellinen harkintaitsevaltaisuus merkitsee oikeusvaaraa. Kaikista todistussäännöistä luopuminen vapauttaa tuomarin subjektiivisen vakaumuksenmuodostuksen pidäkkeistä ja avaa ovia mielivallalle. Todistelumenettelyn oikeudellinen sääntely on sidoksissa kulttuurin yleistilaan. Todistusharkintaa ohjaavia todistussääntöjä tarvitaan niin kauan kunnes yleinen kulttuurikehitys mahdollistaa vapaan todistusharkinnan korvaamisen tieteellisellä todisteiden arvioinnilla.²⁹ Englannin oikeuden komplisoidut todistussäännöt varmaankin vaikuttavat mannereurooppalaisen juristin silmissä käsittämättömiltä his-

prozess s. 323; Peters s. 103 s.; sama, Lehrbuch s. 53 ja 256; Sarstedt s. 67; Sax, KMR § 261 rn 2 c; Spendel s. 1104; sama, JuS 1964 s. 473; Stein, Das private Wissen des Richters s. 49 s.; Stree, In dubio pro reo s. 56 (termit »Beweisregel» ja »Beweiswürdigungsregel»); Westhoff s. 120; Neumann s. 5, 13 ss. ja 18 ss.; Siegrist, Grundfragen s. 32 ss.; Bertel, Grundriss s. 21; Roeder s. 24 ('Vapaan todisteiden harkinnan periaatteen kanssa eivät ole ristiriidassa ainoastaan legaaliset todistussäännöt (gesetzliche Beweisregeln) vaan myös fiktiot, legaaliset presumptiot ja syytetylle sälytetyt todistamisvelvollisuudet.');

Nuvolone s. 62 s.; Gorphe, L'appréciation des preuves en justice s. 26 ss.; Maguire s. 10 s.; Mueller s. 36 s.; Nokes, Evidence s. 16 ss.

²⁷ Vrt. kuitenkin Alkio, LM 1964 s. 1029; Hertzberg, JFT 1962 s. 109: Legaaliset todistussäännöt jäivät de facto ohjaamaan tuomioistuimen todistusharkintaa vielä vapaan todistusteorian omaksumisen jälkeenkin.

²⁸ Ks. Gorphe, mt. s. 30; Glaser, Handbuch I s. 354; Westhoff s. 122. Ks. myös Aalto s. 226 (mahdollisuudesta nykyisen inhimillisen tiedon vallitessa määritellä ex ante rikostuomiolle uudessa oikeudenkäynnissä todisteena tuleva merkitys).

²⁹ Vaatimuksen tieteellisestä todistusharkinnasta on Radbruch esittänyt jo 1909 (»Einführung in die Rechtswissenschaft» 1. Aufl.; vrt. mt. 9. painos 1952 s. 181). Vrt. tämän johdosta Krause, Grenzen etc. s. 325 ss., jossa tarkastellaan missä määrin tieteellinen todisteiden arviointi jo on saanut jalansijaa tuomioistuinpraksiksessa. Heinitz, Juristentag s. 135, ei näe puheenalaisessa suhteessa vallitsevaa asiantilaa erityisen rohkaisevana; hän sanoo pelkäävänsä enemmän kuin mitään muuta tuomaria, joka yksinkertaisesti selittää: 'Tämä nyt vain on minun vakaumukseni'. — Samassa hengessä on meillä Lindholm, JFT 1966 s. 483, todennut, ettei edes juridiikan yliopisto-opetuksessa askarrella tieteellisyyden kriteerit täyttävien kysymyksenasettelujen parissa: »... i avseende på själva kärnfrågan — bevisvärderingen — faller man tillbaka på sådant som »sunt förstånd», »livserfarenhet», »inre övertygande», »intuition» m.fl. skäligen diffusa be-

toriallisilta kivettymiltä. Kulttuurin nykyistä kehitysvaihetta mittapuuna pitäen myös *Ranskan* oikeus vaikuttaa esikuvaksi kelpaamattomalta. Siinä toteutettu todistussääntöjen kertakaikkinen poistaminen johtaa kontrollin höltymisen mukana todistelutuloksen varmuusasteen alenemiseen.³⁰

Todistussäännöllä on perusteensa puhtaasti todistusoikeuden sisäisissä näkökohdissa, se askaroi todistusharkinnalla itsellään ja sen mahdollisuuksilla. Se ei torju todistetta vaan antaa todistustosiasialle tai todistuskeinolle määrätyn todistusvoiman tai riistää niiltä tämän ominaisuuden. RL 27:5,2:n 1. virke muodostaa tästä esimerkin. Lainkohdan mukaan on soimaus katsottava toteennäytetyksi, jos soimaus käsittää syytöksen rikoksesta, josta on annettu lainvoimainen päätös, mutta todistamattomaksi, jos soimattu on vapautettu. Todistussääntö antaa lainvoimaiselle päätökselle kumoamattoman todistusvoiman ja määrää tuomaria sitovasti totuuden.³¹ Esimerkkinä todistussäännöstä, joka määrää todistuskeinolle kuuluvan todistusarvon, mainittakoon tavanomaiseen oikeuteen perustuva sääntö oikeuden pöytäkirjan todistusvoimasta. Kysymys on ajankohtaistunut ylimmän oikeusasteemme lainkäytössä. Korkein oikeus on ratkaisussaan KoO 1946 I 1 katsonut, vallinneeseen oikeustilaan liit-

grepp». Siteerattu esitys saattaa epäilemään, täyttääkö nykymuotoinen todisteiden harkinta edes sitä »rationaalisuuden» periaatetta, jolla *Uppström*, mt. s. 42, ajastaa edellä jo 1884 haluaa korvata vapaan todisteiden harkinnan periaatteen.

³⁰ On ilmeistä, että legaalisen todistusteorian luomat säännöt olivat monessa tapauksessa sekä todistelua että todisteiden harkintaa ohjaavia normeja, siten että sama oikeuslause sisälsi kaksi eri oikeuskuviota. Vrt. tämän johdosta tekstissä esiintyvää mainintaa Englannin oikeuden todistussäännöistä. Ks. myös *Halila*, mt. ibid.: »Ja kun vapaa todistusteoria yleensäkin suo tuomarille mahdollisuuden punnita näytön arvoa täysin objektiivisesti, eivät epäluotettavat todisteet enää pääse legaalisten *todistelussääntöjen* (kursiv. tässä) avulla vaikuttamaan tuomioistuinten ratkaisuihin.» Tähän kielenkäyttöön — vrt. sen johdosta edellä av 26 — voidaan yhtyä.

Vapaan todisteiden harkinnan periaate palautuu Ranskassa valistuksen aika-kaudella kehittyneeseen käsitykseen tuomarin »sisäisestä vakuuttuneisuudesta» (conviction intime), joka jo 1791 johti legaalisten todistussääntöjen poistamiseen Ranskan rikosprosessista; ks. *Gorphe*, mt. s. 26 ss. Ks. tekstissä esitetyn johdosta lisäksi *Bolding*, Domstolens bevisvärdering s. 226 ss.; *Gorphe*, mt. s. 471; *Westhoff* s. 38; *Maguire* s. 101.

³¹ Ks. *Aalto* s. 17 s., 32 s., 97 s., 109 av 23 ja 157 av 90. Vrt. *Tirkkonen*, Rp II s. 111. Ks. lisäksi *Beling*, Deutsches Reichsstraßprozessrecht s. 285; *Graf zu Dohna*, Strafprozessrecht s. 111 s.; *Henkel*, Strafverfahrensrecht s. 348; *Schönke—Schröder*, Strafgesetzbuch § 190 rn 1.

tyen, ettei oikeuden pöytäkirjaan tehtyjä merkintöjä siitä, mitä jutun käsittelyssä on tapahtunut, saa samassa oikeudessa todistaa vääriksi.³²

Todistussäännön perustapausta edustaa lause *in dubio pro reo*. Puheenalainen todistusperiaate on oikeuskäytännön ja tieteisopin kehittämänä tavanomaisoikeudellisesti voimassa. Se osoittaa, miten tuomarin on arvosteltava todistelutulosta siinä tapauksessa, että hän on katsonut ulkoprosessuaalisen tapahtumainkulun olevan *non liquet*. Oikeusprosessin molemmissa päälajeissa vallitsee ns. oikeuden epäämiskielto.³³ Rikosprosessissa tämä kielto on läheisessä yhteydessä siinä noudatettavaan virallisperiaatteeseen. Tuomari ei voi kieltäytyä antamasta oikeussuojaa. Hänellä on ratkaisupakko silloinkin, kun hänen ei ole onnistunut saada totuutta selville.³⁴ Pääsyn tästä pulmasta osoittaa rikosprosessissa *in dubio pro reo*-sääntö. Jos todistelutulos jättää sijaa epäilyksille, tuomarin on oletettava syytetylle edulliset tosiasiat tosiksi ja annettava tälle edullinen tuomio.³⁵ Kokonaisuuden etua palvelee paremmin, että rikoksentekijä, jonka syyllisyyttä ei ole näytetty toteen, vapautetaan, kuin että

³² *Tirkkosen* mukaan (Rp II s. 111 av 36; Todistuslainsäädäntö s. 13) faktisesti kysymys on aineellisoikeudellisesta säännöstä. *Wrede* (Grunddragen s. 34; Finlands gällande civilprocessrätt II s. 100 verr. I s. 347) käsittelee tapausta ehdottomana eli kumoamattomana oikeusedellytyksenä (*praesumptiones juris et de jure*).

³³ Ks. tästä esim. *T. Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 29.

³⁴ Tutkimuksen johdantoluvussa on tuomarin selonotto toimintaa verrattu tiedemiehen tutkimustyöhön ja osoitettu yhdistäviä ja erottavia piirteitä; toisin kuin tuomarilla viimeksi mainitulla ei ole ratkaisupakkoa, minkä johdosta totuutta tutkivan tuomarin toiminta dramaattisesti eroaa tiedemiehen työskentelystä. Ratkaisupakko on oikeuden maailmassa tavattavista ilmiöistä omalaatuisimpia. Ks. siitä esim. *Halila*, mt. s. 2; *Jokela*, LM 1970 s. 845; *Makkonen* s. 23 s. ja 220; *Uotila*, LM 1967 s. 842; *Ekelöf*, SvJt 1966 s. 498; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken s. 61; *Häsemeyer*, Die Erzwingung richterlicher Entscheidungen etc. s. 134 ss.; *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie s. 19 s.; *Lorber*, ÖJZ 1970 s. 537; *Meyer*, Dialektik im Strafprozess s. 79 ('oikeudenkäynti ei saa päättyä *non liquet*').

³⁵ Ks. tämän johdosta esim. seuraavaa kirjallisuutta: *T. Ellilä*, mt. s. 47; *Halila*, mt. s. 87 ss. ja 131; *sama*, In *dubio pro reo*, passim; *Tirkkonen*, Rp I s. 23 s.; *Wrede* s. 30; *Ekelöf* I s. 47, IV s. 113; *Gomard*, Studier s. 36 ja 372; *Munktel*, SvJT 1939 s. 524 ss.; *Beling* s. 32; *Döhring* s. 227 s.; *Jescheck* s. 2; *Häussling* s. 103; *Kern-Roxin* s. 71 ss.; *Kleinknecht* s. 1543 ja 1545; *Krause* s. 195; *Peters* s. 103 ja 159; *sama*, Lehrbuch s. 247 ss. ja 284; *Sarstedt* s. 63; *Sauer* s. 155 av 14; *Spendel*, JuS 1964 s. 473; *Roeder* s. 24 ja 243. Uudehko monografia on *Stree*, In *dubio pro reo* (1962). Ks. myös *Frisch*, Zum Wesen des Grundsatzes »in dubio pro reo» s. 273 ss.; *Otto*, »In dubio pro reo» und Wahlfeststellung s. 373 ss. — Huomatta-

syytön tuomitaan rangaistukseen.³⁶ In dubio pro reo-sääntö velvoittaa tuomarin tekemään tämän arvoratkaisun konkreettisessa tapauksessa.³⁷

Edellä esitetyn valossa todistamiskiellojen ja todistussääntöjen välinen ero näyttää periaatteessa selvältä: Todistamiskiellot kohdistuvat todistelutoimintaan, todistussäännöt taas todistusharkintaan. Mutta on huomattava, että soveltamisalojen epäidenttisyys ei estä molempia oikeuskuvioita liittymästä läheisesti yhteen; kaikesta päättäen näiden oikeuskuvioiden suhde toisiinsa määräytyy seuraavassa osoitettavissa tapauksissa — varsin harvinaislaatuisesti — puhtaan oikeuslogiikan, oikeuskie-
len syntaksin kehittämien päättelysääntöjen mukaisesti.

Havaitaan helposti, että in dubio pro reo-sääntöä lukuun ottamatta todistamiskiellon ja todistussäännön välinen ero ei ole edellä todistus-
sääntöinä esitetyissä oikeuslauseissa kliinisen terävä. RL 27:5,2:n 1. virk-
keen ilmaisema todistussääntö velvoittaa tuomarin pitämään erästä tosi-
asiaa (T) totena; tuomioistuimen pöytäkirjaa ei saa samassa oikeudessa
todistaa vääräksi. Kun todistussääntö lausuu todeksi tosiasian T, tuomari
ei edes saa tutkia tuota tosiasiaa. *Todistusteemakielto* estää tuomaria
tutkimasta tosiasiaa T, todistussääntö määrää hänet pitämään saman tosi-
asian T totena.³⁸ Samalla tavoin voidaan todistuskeinon (tuomioistuimen
pöytäkirjan) todistusarvon lausuva todistussääntö palauttaa oikeuslau-
seeseen, joka implikoi todistamiskiellon. Havaitaan siis, että puheenalai-
set oikeuskuviot voivat olla toisiinsa implikaatiosuhteessa (»Jos tosiasia
T on pidettävä totena niin tosiasiaa T ei saa tutkia.»).³⁹

koon, että ratkaisemista in dubio pro reo edellytetään jo 40. tuomarinohjeessa:
»Jos asia on hämärä, niin pitää olla taipuvampi auttamaan syytettyä kuin syyttä-
jää...»

³⁶ Näin esim. *Esitutkinta* s. 6; *Luonnos* 31. 7. 1977 s. 19; *Honkasalo*, NKÄ 1954
s. 90 s. (viittaus ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan
sopimuksen 11 I artiklaan); *Lager* s. 25; *Virolainen*, LM 1972 s. 611; *Beling* s. 3;
Westhoff s. 73; *Cross* s. 92 s. Ks. lisäksi V 1 ab 3 av 102 mainittua kirjallisuutta.

³⁷ Ks. tästä todistusperiaatteesta av 35 main. kirjallisuuden lisäksi *Löhr*, JuS
1976 s. 715 ss.: In dubio pro reo-periaatteen formaalisesti määräytyneenä sovel-
tamisalana ovat ns. loogis-käsitteelliset vertailusuhteet, toisin sanoen todistelu-
tilan valossa vaihtoehtoisesti kysymykseen tulevien tunnusmerkistöjen sellai-
nen suhde, jota logiikan terminologiassa nimitetään alistussuhteeksi ja oikeu-
dellisessa konkurenssiopissa spesialiteetiksi; (ibid. s. 717).

³⁸ Todistamiskielto kohdistuu tuomioasiakirjan luotettavuuteen ja siten apu-
tosiasian luonteeseen seikkaan. Näin ollen sitä voitaneen pitää nimenomaan
todistustosiasiakieltona; vrt. I luku av 208.

³⁹ Kuten tekstissä *Beling* s. 4 av 1; *Spendel* s. 1104; *Neumann* s. 18. Ks. myös

c) Todistamiskieltojen jäsentely

1. Todistamiskieltojen sisäisessä suhteessa on *Belingin* kahtiajaolla: absoluuttiset ja relatiiviset todistamiskiellot, kauan ollut suuntaa antava merkitys. Absoluuttisilla todistamiskielloilla *Beling* tarkoitti todistus-tosiasiakieloja so. sellaisia oikeuslauseita, jotka kieltävät määrätyn tosi-seikan tutkimisen; relatiiviset todistamiskiellot ovat hänen mukaansa määrätyn todistuskeinon ei-sallituksi julistavia todistuskeinokieltoja.⁴⁰ *Alsberg* on omaksunut *Belingin* kahtiajaon sellaisenaan systematiikkansa perustaksi.⁴¹ Sveitsiläisessä kirjallisuudessa se on niin ikään saanut kan-natusta. Uudemmassa kirjallisuudessa *Nuvolone* on esittänyt sen avulla romaanisen oikeuspiirin todistamiskieltoja.⁴² *Jescheck* ei kiistä dikoto-mian periaatteellista arvoa mutta esittää eräitä epäilyksiä sen käyttökel-poisuutta vastaan.⁴³ Toisessa yhteydessä ⁴⁴ on — tosin epäsuorasti — tul-lut esille, että *Beling* itse oli alun perin lähtenyt systematisoinnissaan kulloinkin kysymyksessä olevan määräyksen ratiosta; tätä tietä hän pää-tyi kuuteen alaryhmään.

Sax ja häneen liittyen *Häussling* tekevät eron »varsinaisten» todista-miskieltojen (*Beweisverbot*) ja ns. todistelumenettelykieltojen (*Beweis-verfahrensverbot*) kesken. Todistamiskiellon rikkomiseen liittyy aina todisteiden hyväksikäyttämiskielto, todistelumenettelykielto puolestaan säännöstää taikka kieltää todisteiden saannin mutta ei kiellä lainvastai-sesti saadun todistusaineiston hyväksikäyttämistä. Näille kieltokatego-rioille on yhteistä määrättyjen todisteidensaantilajien kieltäminen. Varsi-nainen ero liittyy seuraamuspuolueen. Hyödyntämisen sallittavuuden/ei-sallittavuuden perusteella tehtävä ero tuo tarpeellista selvyyttä muu-toksenhakukysymyksen harkitsemiseen. Revisiokelpoinen on vain sellai-

Aalto s. 109. Toisin *Peters* s. 104. — Vrt. tekstissä esitetyn johdosta mitä edellä av 30 on sanottu mahdollisuudesta, että legaalisen todistusteorian luomien todis-telusääntöjen joukossa oli sellaisia, jotka ohjasivat samanaikaisesti praktillista todistelutoimintaa ja älyllistä todistusharkintaa.

⁴⁰ Ks. *Beling* s. 3 ja 24.

⁴¹ Ks. *Alsberg* — *Nüse* s. 90 ss. Näin myös *Stützel*, *Der Beweis Antrag im Strafverfahren* s. 85 ss. Lähellä edellisiä on *Spendel* s. 1103; sama JuS 1964 s. 467.

⁴² Ks. *Nuvolone* s. 66.

⁴³ Ks. *Jescheck* s. 1. Kriittisesti myös *Gerland*, *Der deutsche Strafprozess* s. 194 av 45.

⁴⁴ I 1 b 1 av 25 edellä.

nen todistelumenettelyvirhe, joka konstituoii »varsinaisen» todistamiskiellon noudattamatta jättämisen.⁴⁵

Asiallisesti nyt kosketeltu jäsentelytapa on lähellä toisessa yhteydessä esitettyä, muun muassa *Kleinknechtin* suorittamaa jaottelua, jossa todistamiskiellot nähdään »todistelumenettelykieltojen» (*Beweisverfahrensverbot*) yhtenä alaryhmänä.⁴⁶ Molemmissa jäsentelytavoissa päädytään kahden tyyppisiin normeihin: sellaisiin, joiden rikkomiseen liittyy prosessuaalisena sanktiona hyödyntämiskielto, ja sellaisiin, joihin ei liity tätä seuraamusta. Tältä osin ero on termien erilaisessa valinnassa. Ylimeno ulkoisesta aspektista sisäiseen tapahtuu tällöin lähes huomaamatta ja jää helposti terminologiselle tasolle. Onkin ilmeistä, että systematisointiperusteena on nytkin käytetty itsessään tietymätöntä seikkaa: normin vastaisen todistelun seurausta.⁴⁷

Varsin omaperäinen on *Petersin* järjestelmä. Hän erottaa todistamiskielloista erään erityisen tärkeän kategorian omaksi ryhmäkseen, josta hän käyttää vaikeasti suomennettavaa termiä »*Beweisverfolgungsverbot*». Tähän nimitykseen hän sisällyttää ne todistamiskiellot, joiden rikkomisen loukkaa erityisen vakavasti valtiosääntöoikeudellisesti suojattuja arvoja ja siten valtiosäännön aatetta, perustuslain mukaisia peruskatsomuksia ihmisten yhteiselämästä oikeusyhteisössä. Mainittuun ryhmään kuuluvan kiellon rikkominen johtaa säännönmukaisesti todisteiden hyväksikäyttämiskieltoon sen äärimmäisessä muodossa: etäishyödyntäminenkin on kielletty. Erityisesti tässä korostuu ero todistelumenettelykieltoihin (*Beweisverfahrensverbot*). Viimeksi mainittua tyyppiä olevien todistamiskieltojen rikkomiseen ei liity todistelumenettelyn ulkopuolelle yltäviä seuraamuksia; niihin ei liity etäisvaikutuksia. Ei-sallitun todistelun kautta välillisesti saadut todisteet saadaan käyttää hyväksi. Prosessilakia on tosin varmasti rikottu. Julkisia intressejä ja yksilön oikeuksia on tosin varmasti vaarannettu. Mutta sosiaalinen ja oikeudellinen perusjärjestys ei ole kokenut loukkauksia. Toisin »*Beweisverfolgungsverbot*»-kategoria, jonka kohdalla valtion täytyy tehdä orgaaniensa kiellonvastaisesta käyttäytymisestä äärimmäiset johtopäätökset. Tämän postulaatin eräs seuraus on, että revisiotuomioistuimen tulee ottaa tätä tyyppiä olevan todistamiskiellon rikkominen huomioon viran puolesta. Pu-

⁴⁵ Häussling s. 104; Sax, KMR vor § 48 rn 2; sama, JZ 1965 s. 6.

⁴⁶ Ks. *Kleinknecht* s. 1538.

⁴⁷ Tästä huomauttaa yleisesti *Otto* s. 292.

heenalaiseen ryhmään Peters lukee erityisesti ne todistamiskiellot, jotka kohdistuvat salaiseen ääninauhoitukseen ja henkilökohtaisen päiväkirjan todisteena käyttämiseen. Myös StPO 136 a §:ssä mainitut kuulustelu-metodikiellot kuuluvat tähän kategoriaan.⁴⁸

Petersin järjestelmä ansaitsee tunnustusta siinä suhteessa, että se ilmentää hyvää huolenpitoa yksilön oikeusturvasta ja oikeusvaltiossa kunnoitettavista perusarvoista. Sen pitkälle viety formalismi edistää oikeus-selvyyttä. Muutoin tähänkin rakennelmaan voidaan kohdistaa kritiikkiä; kirjallisuudessa se ei ole saanut mainittavaa kannatusta.⁴⁹ Edellä esitetyn valossa näyttää yleisemminkin olevan niin, että formalistiset järjestelmät eivät kelpaa todistamiskieltojen esittämiseen. Niiden heikkou-tena on, että ne pyrkivät määräämään virheellisyyden seuraukset ennal-ta.⁵⁰ Normikategorioiden muodostamisen perustana on sinänsä oikea havainto rikosprosessuaalisten määräysten keskisestä »luonnollisesta por-rastuksesta».⁵¹ Virhe tehdään siinä, kun luullaan todisteiden hyödyntä-miskelpoisuuden määräytyvän yksin tämän eriateisuuden eli siis vain yhden näkökohdan perusteella, tai kun jaotteluperusteena suorastaan käytetään oikeusseuraamusta eli kasuistisesti määräytyvää seikkaa.

2. Formalististen järjestelmien mahdollisuuksista edellä esitetyt epäilykset vain vahvistuvat sen tosidekan valossa, että aihetta käsitelleet *poh-joismaiset* tutkijat ovat päätyneet huomionarvoisiin tutkimustuloksiin ankarasti ei-systemaattisin metodein. Pynkimättä kiistämään pragmaat-tisen tutkimusasenteen etuja on joka tapauksessa sanottava, että kielto-tyyppien systematisointi saattaa olla hedelmällistä siinä maltillisessa muo-dossa, jossa Klug on jäsentelyn suorittanut. Klug ei kehitä *järjestelmää* vaan esittää *näkökohtia*. Onkin täysi syy hylätä ajatus aukottomasta jär-jestelmästä, jonka puitteissa esiintyviin ongelmiin saadaan ennakoitavissa oleva ratkaisu tuon järjestelmän itsensä sisältämien harkintaperusteiden pohjalta. Sen sijaan että pyrittäisiin konstruoimaan sidotun ratkaisun

⁴⁸ Peters s. 99; sama, Lehrbuch s. 253.

⁴⁹ Siten esim. Petersin luoma termi »Beweisverfolgungsverbot» ei ole kotiu-nutun yleisesti käytettyyn saksankieliseen tieteelliseen sanastoon. Mainittu seikka on epäilemättä yhteydessä siihen, että Petersin suorittamilta todistamiskiellon intensiteetin mukaisilta jäsentelyiltä puuttuu järjestelmänä vakuuttavuus; näin expressis verbis Löwe — Rosenberg (*Schäfer*), Strafprozessordnung s. 170.

⁵⁰ Vrt. tämän johdosta E. v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehler-haften Staatsaktes s. 70. Formalisoinnilla saavutettavista eduista ks. toisaalta Makkonen s. 12.

⁵¹ Kleinknecht s. 1538.

takaava ajatusrakennelma tarkastelu on kohdistettava todellisuuteen, tutkittava eri tyyppisiä kieltotilanteita ja osoitettava niissä mahdollisia yhteisiä tunnusmerkkejä.⁵²

Selväpiirteisin jäsentely on tällöin sellainen, jossa todistamiskiellot jaotellaan *absoluuttisiin* ja *relatiivisiin*.⁵³ Perustuu sopimukseen, mikä asetetaan absoluuttisuuden kriteeriksi. Selväpiirteisintä olisi, jos todistusjärjestelmän rakenne mahdollistaisi koko luokitusongelman kiertämisen. Näin on laita *Yhdysvaltain* oikeudessa. Koska rikosoikeuden käynti on tässä maassa asianosaisprosessia, absoluuttisia todistamiskieltoja ei ole olemassa. Todistamiskielto otetaan jo ensimmäisessä oikeusasteessa huomioon vain edellytyksellä, että syytetty tätä vaatii ja voi lisäksi osoittaa kiellonvastaisen todistelutoimen materiaalisesti loukanneen hänen oikeuksiaan.⁵⁴ Meidän oikeutemme virallistoimintoisessa rikosprosessissa mainitulle menettelytavalle ei voida osoittaa mitään vastinetta. Enintään voitaisiin ajatella todistamiskieltojen jaottelua absoluuttisiin ja relatiivisiin sillä perusteella, onko todistamiskiellon rikkominen otettava *ylemmässä* oikeudessa huomioon viran puolesta vai väitteestä.

Prosessitieteessä on saanut tiettyä kannatusta katsomus, joka pitää pelkästään todistusteemakieltoja absoluuttisina todistamiskieltoina.⁵⁵ Menettelytapa on epätyydyttävä, sillä jos absoluuttisuuden kriteeriksi valitaan, kuten kirjallisuudessa on vallitsevasti tehty, kiellon poikkeuksettomuus, niin poikkeuksettomasti noudatettavia todistamiskieltoja voidaan

⁵² Metodisena vaatimuksena tekstissä sanottu merkitsee sitä, että oikeudellinen ajattelu on kohdistettava todellisuuteen eikä konstruoitava ilmiöiden »olemuksia». Ks. tämän johdosta *Hassler*, SvJT 1963 s. 81 ss.; *Makkonen* s. 169. Ks. lisäksi *Koskinen*, DL 1968 s. 102: on hyödytöntä etsiä tutkittavan oikeusilmiön laintakaista »olemusta». Toisaalta *Makkonen* korostaa (LM 1969 s. 472 s.), että ontologisesta ajattelutavasta ei välttämättä *tarvitse* olla haittaa. Ks. po. suhteessa myös *Jokela*, LM 1964 s. 620 s.

⁵³ Näin *Klug* s. 31.

⁵⁴ *Allen*, *The Exclusionary Rule Regarding Illegally Seized Evidence* s. 77 s. — Tekstissä esitetyn johdosta on kuitenkin kysyttävä, ovatko käsitteen »absoluuttinen» käyttämisen ehdot amerikkalaiselle juristille samat kuin hänen eurooppalaiselle kollegalleen. Että kommunikointivaikeudet oikeuspiiristä toiseen joka tapauksessa ovat hyvin huomattavat, sitä havainnollistaa esim. seuraava lause: »Einestells sind die Beweisverbote nicht so (kursiv. tässä) absolut wie die... des deutschen Rechts...» Näin *Mueller* s. 37.

⁵⁵ *Alsberg—Nüse* s. 90; *Beling* s. 3; *Spendel*, JuS 1964 s. 471. Lähellä edellisiä on *Simader*, *Beweisanträge* s. 104.

varmasti osoittaa muuallakin kuin todistusteemakieltojen alaryhmässä.⁵⁶ Toisaalta on kyseenalaista, ovatko kaikki todistusteemakiellot poikkeuksettomia. Yksi mahdollisuus on pitää silmällä todistamiskieltojen oikeusseuraamuksia, jolloin voidaan erottaa toisaalta todisteiden esittämiskielto, joihin aina liittyy hyödyntämiskielto, sekä toisaalta esittämiskielto, joihin mainittu seuraamus liittyy vain määrätapauksissa. Tällöin edelliset ovat absoluuttisia, jälkimmäiset relatiivisia todistamiskieltoja.⁵⁷ Vaikeuksia aiheutuu jo siitä, että viimeksi mainittujen kohdalla ei juurikaan voida asettaa yksilöidympää voimassaolosääntöä, esim. sellaista, että relatiivisen kiellon vastainen todistelu johtaa todisteen torjumiseen vain asianosaisen tai oikeuksissaan loukatun reaktiosta. Oikeusselvyyden kannalta vaikuttaakin tarkoituksenmukaisemmalla nähdä absoluuttisuudessa todistamiskieltoihin todisteiden esittämiskieltoina kytkeytyvä kvaliteetti edellyttämättä mitään kiellonvastaisuuden oikeusseuraamuksista. Tämän mukaisesti absoluuttiset todisteiden esittämiskielto ovat voimassa poikkeuksettomasti, relatiiviset (ei: dispositiiviset) esittämiskielto eivät sitä ole.

Kuten toisessa yhteydessä⁵⁸ on todettu, RL 27: 5,2:n 1. virkkeestä seuraa todistusteemakielto: erästä tosiasiaa T ei saa näyttää toteen. Tämä todistusteemakielto on luonteeltaan absoluuttinen. Jos soimauksessa väitetystä rikoksesta on annettu lainvoimainen tuomio, esitetyn väitteen todenperäisyyttä ei saa näyttää todistelun avulla toteen. Missä tahansa oikeudenkäynnissä puheenalainen teema muodostaa todistelun ulkopuolelle jäävän seikaston. Sääntö ei koe poikkeusta edes siinä tapauksessa, että oikeusvoimainen esikysymys on ensiprosessissa ratkaistu väärin.⁵⁹

⁵⁶ *Klug* s. 31.

⁵⁷ *Klug*, 1.c. *ibid.*; *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 345.

⁵⁸ II b 2 i.f.

⁵⁹ Mainituissa piirteissä tulee esille RL 27: 5,2:n 1. virkkeelle todistus (harkinta-) sääntönä kuuluva funktio: ensiprosessissa saavutettu näyttötulos on kumoamattomasti tosi. Oikeusvoima on tällöin se uhri, jonka aineellinen oikeellisuus joutuu oikeusvarmuuden intressille antamaan. — Kuten tekstissä Saksan oikeuden kannalta *Spendel*, JuS 1964 s. 472 av 92. Ks. myös *Andenaes*, Straffeprosessen s. 311; ja Ruotsin vanhemman oikeuden (SL 16:13) kannalta *Beckman* ym., *Brottsbalken* I s. 168, jossa myös todetaan, että uuteen rikoskaareen ei sisälly vastaavaa todistelun rajoitusta. — Ks. tekstissä esitetyn johdosta lisäksi *Klug* s. 36; *Peters* s. 104; *sama*, *Lehrbuch* s. 437; *Spendel* s. 1104; *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 310; *Schäfer*, *Strafprozessrecht* s. 273 rn 5.

Mutta kaikesta päätellen on myös relatiivisesti noudatettavia todistus-teemakieltoja. OK 1:7:n mukaan tuomion antamista edeltävät neuvottelut, joita ei pöytäkirjata, ovat salaisia. Lainkohtaa on tulkittu siten, että tuomaria ei saa kuulla todistajana tuomioperusteista. Periaatteessa tuomarin vaitiolovelvollisuus ulottuu myös tuomiota ehkä edeltäneeseen äänestykseen.⁶⁰ Kysymyksessä on todistamiskielto, joka palvelee tuomarin riippumattomuutta, avoimen ja vapaan keskustelun mahdollistamista tuomion harkinnassa ja tunnollisuutta seuraamuksen määräämisessä, lyhyesti: tuomion oikeudenmukaisuutta. Oikeusperusteet ovat oikeus-yhteisön kollektiivisissa etuuksissa ja liittyvät vain välillisesti yksityisen tuomarin subjektiiviseen intressialueeseen.⁶¹ Näennäisesti käsillä on abso-luuttinen, kollegiset tuomarit todistuskeinona torjuva todistuskeinokielto. Todellisuudessa suojeluobjektin laatu oikeuttaa näkemään juuri seikas-ton suojatun oikeushyvän kannattajana ja käsittelemään tilannetta todis-tusteemakieltona. Tämä todistamiskielto ei kuitenkaan saa muodostua peitteeksi väärinkäytöksille: tarvittaessa — esimerkiksi äänestysvirheen toteen näyttämiseksi — on saatava esittää näyttöä siitä, mitä tuomiota harkittaessa on tapahtunut. Yleisön luottamus neuvottelu- ja äänestys-tapahtuman moitteettomuuteen ansaitsee etusijan tuon tapahtuman salas-apidon palvelemaan intressiin verrattuna.⁶² Edelleen neuvottelu- ja äänestystapahtuma on voitava saattaa päivänvaloon oikeudenkäynnissä, jossa tuomioistuimen jäsenelle vaaditaan rangaistusta tahallisuudesta väärin tuomitsemisesta. Oikeusjärjestys, joka jo perustuslain (HM 92,1 §) ja edel-leen rikoslain (RL 40:2) tasolla vaatii tuomitsemistoiminnalta lainmukai-suutta ja on valmis lunastamaan ihanteensa kieltämällä tätä vaatimusta rikkovilta tuomioilta pysyvyyden (OK 31:7—9), edellyttää lain sovelta-jalta normin valintaa totuudentutkimiskäskyn ja siis viime kädessä oikeu-den aatteen hyväksi. Todistusteemakielto on siten vain relatiivinen.⁶³

⁶⁰ Ks. tämän johdosta *Rintala*, DL 1971 s. 439 s.; *Tirkkonen*, Rp I s. 100 s.; Rp II s. 414; *Wrede* I s. 99; *sama*, Bevisrätten s. 191. — Kysymystä asiapuolien oikeudesta saada tieto äänestyspöytäkirjojen sisällöstä on jo *Calonius* kosketellut; ks. lähemmin »Opera omnia» III (1883) s. 95 ss.

⁶¹ Ks. esim. *Ekelöf* IV s. 129; *Andenaes*, mt. s. 201; *Belting* s. 6 av 1; *Klug* s. 36; *Peters* s. 110; *sama*, Lehrbuch s. 296; *Simader*, mt. s. 107 s.; *Spendel* s. 1105; *Neumann* s. 25 ss.; *Maguire* s. 89.

⁶² *Simader*, mt. s. 109.

⁶³ Kuten tekstissä Saksan oikeuden vastaavan todistamiskiellon osalta *Alsberg—Nüse* s. 94; *Belting* s. 24 av 2 verr. 6 av 1:een ja 27: kysymyksessä on relatiivinen todistamiskielto (ylempi viranomainen voi vapauttaa tuomarin vaiti-

Useimpien sivistysvaltioiden tavoin meilläkin on eräille todistajaryhmille myönnetty vaitiolo-oikeus. Siten on säädetty, että asianosaisen lähiomaiset saavat kieltäytyä todistamasta (OK 17: 20). Edelleen todistajalla on oikeus salata tuntemansa tosiseikka välttyäkseen saattamasta itseään tai lähiomaistaan syytteen vaaraan (OK 17: 24,₁). Aikakautisen painokirjoituksen julkaisijalla, päätoimittajalla, kustantajalla ja kirjanpainajalla on todistajana oikeus vaieta ammattisalaisuudesta (OK 17: 24,₂). Todistajan vaitiolo-oikeus johtaa relatiiviseen todistuskeinokieltoon, kun todistaja toteuttaa vaitiolo-oikeutensa oikeusvaikutuksellisin tavoin.⁶⁴ OK 17: 23:ssa mainitaan eräitä privilegioituja ammattiryhmiä, joihin kuuluvat eivät saa todistaa lain nojalla salassa pidettävistä seikoista. Nytkin on kysymyksessä todistamiskielto, joka syntyy vain laissa säännöstettyjen edellytysten täyttyessä. Kyselykielto kohdistuu lainkohdassa yksilöityihin seikastoihin; tämän todistelualueen ulkopuolella tietolähde saadaan periaatteessa aina hyödyntää.

Toisin kuin muut OK 17: 23:ssa mainitut ammatinharjoittajat pappi ei saa todistaa edes edun haltijan (ripitetyn) suostumuksella. Ellei rikoksesta säädetty ankarin rangaistus ole kuusi vuotta vapausrangaistusta tai sitä enemmän, häntä ei voida 23 §:n 3 mom:n nojalla velvoittaa todistamaan. Todistamiskielto on siten absoluuttinen. Mutta kielto on voimassa vain tarkoin yksilöityyn todistusteemaan, rippisalaisuuteen, nähden. Tämän luottamusalueen ulkopuolelle jäävien seikastojen osalta pappi on todistamisvelvollisuuden alainen.

Laissa ei ylipäänsäkään ole säännöstä, joka leimaisi määrätyn todistuskeinon aina torjuttavaksi todistusteemaan katsomatta. Tässä *merkityksessä* todistuskeinokiellot eivät ole absoluuttisia.⁶⁵ Tässä suhteessa

olovelvollisuudestaan); *Klug* s. 32 (vrt. kuitenkin *ibid.* s. 36); *Peters* s. 110 s.; *Sax*, KMR § 54 rn 1 a; *Simader*, mt. s. 107 ss.; *Spendel* s. 1105. Viimeksi mainittu lausuu, ettei voida ylläpitää käsitystä enempää neuvottelu- ja äänestystapahtumaa koskevasta todistustosiakiellosta kuin kollegisia tuomareita koskevasta absoluuttisesta todistuskeinokiellostakaan. Samoin Sveitsin oikeuden kannalta *Neumann* s. 27. Toisin *Binding*, Grundriss des Strafprozessrechts § 81 V B 2: kysymyksessä on absoluuttinen todistamiskielto.

⁶⁴ Ks. tekstissä esitetyn johdosta esim. *Alsberg—Nüse* s. 205; *Beling* s. 5 ja 14; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken s. 53; *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage s. 450; *Klug* s. 32 s.; *Sarstedt* s. 9. Kuten tekstissä Sveitsin oikeuden kannalta *Neumann* s. 15. Ks. myös *Krähenbühl*, Zeugnisverweigerungsrecht s. 108.

⁶⁵ Vrt. *Klug* s. 33: »Absolute Beweismittelverbote scheint es nicht zu geben.»

ne myös ratkaisevasti eroavat lakisääntöisen todistusteorian mukaisista todistajan jääveistä. Kirjoittamattomista oikeusperiaatteista absoluuttista torjuntasääntöä ei voida johtaa. Niin epähienoa kuin voi ollakin käyttää todistuskeinona salaisen otoksen sisältävää ääninauhaa, henkilökohtaista päiväkirjaa tai intiimistä tahi kiusallisesta tilanteesta otettua valokuvaa, ehdoton todistuskeinokielto olisi tässäkin liian jäykkä. Jos todistuskeino on saatu esimerkiksi pakkotilaan verrattavassa tilanteessa, todisteen esittäminen sen avulla on epäilemättä sallittava.⁶⁶ Edelleen OK 17:11,1:n mukaan tuomioistuim voi »erityisistä syistä» sallia yksityisluontoisten kirjallisten todisteiden esittämisen.

Mitä todistelumetodikieltoihin tulee, niin on pidettävä suoranaisena selviönä, että elementaariset todistelumetodikiellot ovat luonteeltaan ehdottomia. Sanottu koskee ennen muuta esitutkinnassa huomioitavia kuulustelumetodikieltoja. Epäilyksenalaisuus ei riistä kuulusteltavalta hänen ihmisarvoaan. Mutta ihmisarvostaan henkilö ei voi muutoinkaan luopua. Näin ollen hän ei voi rikoksesta epäiltynä tehoisesti antaa suostumusta alistuakseen sosiaalieettisesti hylättäviin tutkintamethodeihin.⁶⁷ Kirjoitettu oikeutemme on tässä kohden täydennystä vaativa.⁶⁸ Vangitsemis-, pidättämis- ja karkoittamismääräyksiä tutkivan Yhdistyneiden Kansakuntain komitean laatimassa säännöstöluonnoksessa luetellaan kiellettyinä keinoina ruumiillinen ja henkinen pakko, kidutus, uhkaus ja suostuttelut sekä menettelytavat, joissa käytetään kavaluutta, vilppiä ja väkivaltaa, hypnoosia tai huumaaavia aineita. Tämä ohjelman luonteinen

⁶⁶ Konkreettinen intressivertailu voi muodostaa oikeuttamisperusteen, jonka vaikutuksesta *yksityishenkilön* taholta tapahtuva puuttuminen vieraaseen perusoikeuspiiriin ei ole oikeudenvastaista. Voidaan jopa kysyä, eikö pakkotilasäännöstö, silloin kun sen soveltaminen tulee kysymykseen, kykene yksityisten välisissä suhteissa redusoimaan minkä tahansa todistuskeinokiellon relatiiviseksi. Ks. nyt lausutun ja tekstissä esitetyn johdosta *Dünnebie*, MDR 1964 s. 966 s.; *sama*, Juristentag s. 126; *Goeschen*, Juristentag s. 84; *Heinitz*, JR 1964 s. 442 s.; *Kleinknecht* s. 1543; *Nüse* s. 286 s.; *Otto* s. 303; *Seiler*, mt. s. 133; *Trechsel*, SchwZStr 1977 s. 255 i.f.; *Walder* s. 41.

⁶⁷ Pidätettyjen käsittelystä 24.1.1972 annettujen virallisoheiden 3 §:ssä määrätään, täysin oikeusvaltioajatusta vastaavasti, että pidätettyä on kohdeltava oikeudenmukaisesti ja ihmisarvoa vastaavalla tavalla, mutta edellytetään toisaalla (24 §) epätydyttävästi, että pidätetty voidaan oman suostumuksensa perusteella alistaa yölliseen kuulusteluun; Poliisin käskylehti N:o 1/1972.

⁶⁸ Vrt. *Grönqvist*, JFT 1972 s. 21: »Om förundersökning i brottmål har vi som känd för närvarande praktiskt taget inga regler, åtminstone inte i lag.» Samasta seikasta mainitsee *Jotuni*, PM 1956 s. 393.

sääntösuositus vastaa hyvin meillä vallitsevaa oikeuskäsitystä.⁶⁹ Säädetävässä esitutkintalaissa tultaneen antamaan tähänastista seikkaperäisempiä määräyksiä ehdottomasti kielletyistä kuulustelutavoista ja tällöin tultaneen yleensä seuraamaan mainittuja YK:n suosituksia.⁷⁰

Rikostutkinnan välttämätön minimitehokkuus edellyttää, ettei säädetävässäkään esitutkintalaissa viranomaisen käsiä sidota kovin yksityiskohtaisilla normeilla. Normituksen on kokonaisuutena oltava harvaa. Samanaikaisesti on huolehdittava rikoksesta epäillyn oikeusturvasta antamalla seikkaperäiset määräykset kielletyistä kuulustelutavoista. Oikeusturvan vaatimusten mukaista on, että kuulustelumetodikiellot muodostetaan yleensä absoluuttisiksi. Erityisen turmiollista olisi luoda vaarallisia assosiaatioita synnyttävää fiktiota »relatiivisesti kiellonvastainen kuulustelumetodi».⁷¹ Käsite relatiivinen todistelumetodikielto sitä vastoin on mielekäs.⁷² Todistelumetodikielto ei tällöin ole poikkeukseton. Tämän tyyppiset kiellot eivät kuitenkaan ole oikeudessamme yleisiä. Tällaisena oikeustila epäilemättä tehostaa yksilön koskemattomuutta ja persoonallisuuden oikeussuojaa. Tavanomaisen oikeuden perusteella poliisi saa suorittaa teknisellä laitteella kuuntelua ja tarkkailua. Menetelmään on turvauduttu eräiden vaikeahkojen rikoslaissa rangaistaviksi säädettyjen rikosten selvittämiseksi. Esimerkkinä muodolliseen lakiin perustu-

⁶⁹ Mainitun oikeuskäsityksen positivoitumista edustavat rikostutkinnassa noudatettavat poliisin virallisohteet:

»Rikostutkinnassa ei saa käyttää minkäänlaista tutkittavan ratkaisuvapautteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyen vaikuttavia sopimattomiksi katsottavia keinoja tai menettelytapoja. Sopimattomina keinoina on muun muassa pidettävä ruumiillista ja henkistä pakotusta, kidutusta, uhkailua ja menettelytapoja, joissa käytetään kavaluutta, vilppiä, väkivaltaa, hypnoosia tai huumausaineita.

Tutkinnassa olevalle on tarpeen mukaan varattava tilaisuus lepoon ja säännönmukaiseen ateriointiin.» (Poliisin käskylehti N:o 5/16. 7. 1970)

⁷⁰ Mikäli tulevassa esitutkintalaissa annettavat kuulustelumetodikiellot vastaavat v. 1973 lakiehdotuksen 35 §:n määräyksiä, nykyinen (ja lähimenneisyydessä vallinnut) oikeustila muodostaa kouluesimerkin siitä oikeuskulttuurin alalla usein havaittavasta ilmiöstä, että normin muodostusta edeltää tosiasiallinen käytäntö. Niinpä alav. 69 selostetut virallisohteet vastaavat asiallisesti v:n 1964 esitutkintatoimikunnan mietinnössä ehdotettuja säännöksiä kielletyistä kuulustelumetodeista; ks. ko. ehdotuksen 15 §. Näillä menettelyohjeilla puolestaan oli jo tuolloin poliisi-käytännössä vakintunut asema; ks. *R. Ellilä* s. 260 av 78.

⁷¹ Epätyydyttävästi *Peters* s. 157.

⁷² *Klug* s. 48.

vasta relatiivisesta todistelumetodikiellosta mainittakoon TakavarikkoL 22 §:n 2 momentin säännös, jonka mukaan henkilöön käyvässä katsastuksessa voidaan tarpeen vaatiessa ottaa verinäyte ja suorittaa muu tutkimus, joka voi tapahtua ilman huomattavaa haittaa. Samaan ryhmään kuuluvat epäilemättä TakavarikkoL 12,2, 13 ja 21,2 §§:ien ilmaisemat todistelumetodikiellot.

3. Edelleen voidaan erottaa *yleiset* ja *erityiset* todistamiskieollot. Jaot-luperusteena on se inhimillinen suhtautuminen — oikeusyksilön/viran-omaisen teko tai laiminlyönti —, joka muodostaa normitunnusmerkistön kuvaaman reaaliaktin.⁷³ Erityisen todistamiskieollon edellyttämänä käyt-täytymisenä tulee kysymykseen vain rikosoikeudenhoidon orgaanin toi-minta. Tyypillisiä henkilöryhmiä, jotka kykenevät täyttämään kieollon reaalisenä perustana olevan suhtautumistavan, ovat tuomari, virallinen syyttäjä ja poliisi; tällöin on edellytetty, että viranomaisen oletettu suh-tautumistapa liittyy hänen toimintaansa tuomitsevana tai syytteeseen-panevana orgaanina. Yleisiä todistamiskieollota synnyttävä tekojoukko on kvalifioitumpi. Yleinen todistamiskieollto voi kokea loukkauksen myös kolmannen tahon, siis yksityishenkilöiden suorittamien toimien seurauk-sena. Mielipide ei sisällä kannanottoa kysymykseen, voiko yksityishen-kilö olla todistamiskieollon adressaattina. Esimerkkinä yleisestä todista-miskieollosta mainittakoon kieollto käyttää rikoksesta epäillyn kuuluste-lussa ihmisarvoa alentavia metodeja. Olosuhteista riippuen tuomioistui-men on torjuttava syytetyltä ruumiillista tai henkistä pakkoa käyttäen saatu tunnustus olipa se annettu viranomaiselle tai yksityishenkilölle.⁷⁴ Erityistä todistamiskieolltoa puolestaan edustaa selvästikin esim. OK 17:22, joka kieolltaa kutsumasta todistajaksi tasavallan presidenttiä. Yksityis-henkilö ei voi olla lainkohdassa kuvatun suhtautumistavan subjektina.

Muutoin on katsottava, että yleiset todistamiskieolllot ovat yleensä (jos-kaan eivät poikkeuksetta) samalla absoluuttisia todistamiskieolllota.⁷⁵ Oikeusvaltiossa ei voida sietää menettelyä, että todistusaineisto hankitaan yksilön vähimmäisoikeuksia rärkeästi loukaten, yhdentekevää onko vää-rinmenettely tapahtunut viranomaisen vai yksityishenkilön taholta. Määrällisessä suhteessa useimmat todistamiskieolllot ovat erityisiä todista-

⁷³ *Klug* s. 31, 33 s. ja 65.

⁷⁴ Kysymys on kuitenkin problemaattinen; huomattava osa sitä käsitelleistä tutkijoista on omaksunut tekstissä esitetystä poikkeavan mielipiteen. Yksityis-kohtiin palataan toisessa yhteydessä (V 2 a).

⁷⁵ *Klug* s. 33 s.

miskieltoja.⁷⁶ Rikosprosessioikeuden ankaramuotoisuus ja normituksen seikkaperäisyys aiheuttavat välttämättömästi tämän johtopäätöksen. Asiaan vaikuttaa myös se seikka, ketä on pidettävä rikosprosessuaalisen normin adressaattina, kysymys, johon palataan toisessa yhteydessä.

4. Sen mukaan onko todistamiskielto annettu vireillä olevan oikeudenkäynnin tarkoituksen so. aineellisen totuuden edistämiseksi vai palveleeko se etäisempiä, konkreettisen prosessin tuolle puolen yltäviä yhteiskunnallisia tarkoituksia, voidaan puhua *prosessuaalisista* ja *aineellisista* todistamiskielloista. Kahtiajaon perustana on todistamiskieltojen oikeusperusteiden erilaisuus, niiden prosessuaalinen tai aineellinen luonne. Prosessuaalisen todistamiskiellon ratio on prosessiteknikan alueella; todisteiden esittämiskielto palvelee ankarasti prosessuaalisia tavoitteita, viime kädessä totuuden selville saamista. Aineellisen todistamiskiellon avulla suojataan yksilön ja yhteiskunnan elämänintressejä rikosprosessuaalisen totuudentutkimisintressin kustannuksella.⁷⁷

Yksilön perusoikeuksien suoja murtaa totuudentutkimiskäskyn. Sama vaikutus on lukuisilla muilla oikeushyvillä. Siten valtio ei voi rikosprosessissaan sallia ulkopoliittisten intressiensä uhraamista, ei liioin virkatehtävien vaarantamista. Kansantaloudellisille intresseille tunnustetaan todistamiskiellon synnyttävä vaikutus ja erityisissä luottamusasemissa toimiville ammatinharjoittajille on säädetty vaitiolovelvollisuus.⁷⁸ Kahtiajaon systemaattista arvoa vähentää »puhtaiden» tapausten harvalukuisuus: Kuten tuonnempana tulee esille, todistamiskielto on harvoin perusteltavissa vain yhdellä oikeusajatuksella siten, että normitarkoitus tyh-

⁷⁶ Klug s. 34.

⁷⁷ On jossakin määrin odottamatonta, että systemaattikot ovat verraten harvoin käyttäneet puheenalaista jaottelutapaa. Epäilystä ei voine olla siitä, että dikotomiolla on relevanssia tässä tutkimuksessa silmällä pidetyissä oikeusjärjestyksissä. Vrt. tämän johdosta *Nuvolone* s. 64 ja 85 s., joka esittää Italian oikeuden kannalta, että prosessuaalisen todistamiskiellon rikkomisessa toteutuva oikeudenloukkaus on tyyppiä »atto illegittimo» aineellisen todistamiskiellon vastaisen menettelyn ollessa »atto illecito». Ks. myös *sama*, *Juristentag* s. 165; *Haffke*, GA 1973 s. 76 s. — *Petry*, *Beweisverbote im Strafprozess* s. 183 ss., erottaa *yleiset* ja *prosessioikeudelliset* todistamiskiellot; tässä dikotomiassa ensiksi mainitut ovat luonteeltaan »aineellisia»: ne suojaavat ulkoprosessuaalisia oikeushyviä.

⁷⁸ »Aineellisia todistamiskieltoja» tarkoittaa tosiasiallisesti *Tirkkonen*, *Totuus* s. 171, kun hän lausuu: »Lainsäätäjät on katsonut, että tietyt yleisinhimillistä laatua olevat näkökohdat ovat määrättyissä tilanteissa siksi painavia, että on aiheellista rajoittaa jutun tosiasiapuolen selvittämismahdollisuuksia silläkin uhalla, että totuuteen pääseminen estyy.»

jentyisi yhden ainoan oikeushyvän suojaamiseen.⁷⁹ Normaalisti oikeusperusteet kumuloituvat siten, että primäärisesti aineellis-yhteiskunnallisten intressien vuoksi annettu todistamiskielto samalla edistää todistelun luotettavuutta ja siten palvelee oikeudenkäynnin tarkoituksen saavuttamista.⁸⁰ Useimmilla todistamiskielloilla on täten kaksoisluonne.⁸¹ Tätä tietä päädytään tosiasiallisesti kolmijakoon, jossa suurimman luokan muodostavat »sekatyypiset» todistamiskielto. Toisin kuin *romaanisessa* oikeuspiirissä, jonka prosessijärjestelmille on ominaista korostunut loogisuus ja pelkistetty muodollisuus, meidän todistusoikeutemme kannalta on käsitteellisesti riittämätöntä tyytyä ylyksinkertaistavaan kahtiajakoon. Kolmijako taas tekee kyllä oikeutta realiteeteille mutta antaa »sekatyypisinä» todistamiskieltoina vastineeksi teoreettisen epämuodostuman, eräänlaisen sui generis-rakennelman.⁸²

Lähtökohtana käytetyssä dikotomiassa erityisesti prosessuaalisten todistamiskieltojen luokka tuottaa vaikeuksia. On kyseenalaista, voidaananko edes tutkimuksessa usein kosketeltua OK 17:11,1:tä sellaisenaan lukea prosessuaalisiin todistamiskieltoihin. Tähän lainkohtaan erityistapauksena perustuva mainetodistusten esittämiskielto voitaneen sitä vastoin lukea puhtaasti prosessuaaliseksi todistamiskielloksi. Vähemmän problemaattinen on RL 27:5,2. Säännöksen tarkoittamasta oikeusvoimaisesti ratkaistusta esikysymyksestä ei saa esittää näyttöä, joka tähtää rikostuomiossa vahvistetun todistelutuloksen kumoamiseen. Mitä aineellisiin todistamiskieltoihin tulee, kysymyksessä oleva kategoria on vertailuluokkaa suurempi.⁸³ Esimerkkinä totuudentutkimiskäskylle vastakkaisen suunnan omaavista normeista mainittakoon OK 17:23:n 1 ja 2 mom:n

⁷⁹ Meidänkin oikeutemme soveltuu se, mitä *Maguire*, s. 78, lausuu aineellisten ja prosessuaalisten todistamiskieltojen rinnakkainesiintymisestä prosessijärjestelmässä: »Combination of such rules with those directly relevant to the conduct of the instant proceeding very much complicates the trial lawyer's job.»

⁸⁰ Vrt. *Nuvolone* s. 85; *Mueller* s. 41.

⁸¹ Sanonta on oikeutettu sen tosiseikan valossa, että todistamiskieltojen määrällinen enemmistö on, kuten III luvussa tullaan osoittamaan, luonteeltaan »aineellisia» so. niillä on konkreettisen prosessin tuolle puolen yltävä etäisfunktio.

⁸² Vrt. *Vilkkonen* s. 100, josta kuvastuu se oikeana pidettävä ajatus, että sui generis-rakennelmaan turvautuminen ei välttämättä ole eräänlainen »köyhyyden osoitus».

⁸³ Vrt. *Neumann*, s. 12, joka toteaa, että todistajanaolovelvollisuudesta tehtävät poikkeukset perustuvat osaksi harkintoihin, joiden alkuperä on prosessi-oikeuden alueella, osaksi — ja tämä on asianlaita tapausten enemmistössä — ilmiöihin, jotka sijoittuvat prosessin tuolle puolen.

määräykset todistajan vaitiolovelvollisuudesta. Viitattakoon myös niihin tiedoitemistoinnin rajoituksiin, jotka johtuvat valtiolle kansainvälisen oikeuden nojalla kuuluvista velvollisuuksista.

5. Sen johdosta, että todistamiskiellot ovat totuudentutkimiskäskyn murtavia tai sitä modifioivia poikkeuksia, ne tarvitsevat perustakseen muodollisen oikeusnormin.⁸⁴ Sellainen voi olla annettu oikeudenkäymiskaassa, rikoslaissa tai muussa oikeussäädöksessä. Tämän ohella todistamiskiellot voivat perustua tavanomaiseen oikeuteen. Mainittu seikka on yhteydessä harvaan säännötetyn rikosprosessioikeutemme aukollisuuteen; tavanomaisen oikeuden merkitys oikeuslähteenä on vastaavasti suuri. Mutta voiko todistamiskieltojen yhteydessä lisäksi syntyä varsinaisia oikeusaukkoja, säännöstämättömiä tilanteita? Voiko tuomari täydentää lakia johtamalla todistamiskieltoja kirjoittamattomista oikeusperiaatteista? Entä mitä on erityisesti sanottava takautumisesta perustuslakiin ja perusoikeusnormien välittömästä muuntamisesta todistamiskielloiksi? Voidaanko siten erottaa toisalta *laissa ilmaistut*, toisalta *perustuslailliset* todistamiskiellot? Tässä yhteydessä tyydytään vain viittaamaan mahdollisuuteen suorittaa oletettu jaottelu.⁸⁵ Ongelmallista kysymystä, onko jaottelutavalla selitysarvoa oikeusjärjestelmässämme, käsitellään toisessa yhteydessä.⁸⁶

d) Yhteenvedoa ja johtopäätöksiä

1. Edellä käsitellyt kysymykset ovat vaikeita.⁸⁷ Tarkoituksena on ollut avata järjestystä antavia linjoja tutkimusalan monitahoiseen prob-

⁸⁴ *Kleinknecht* s. 1539.

⁸⁵ Saksan prosessitieteeseen puheenalaiset kategoriat on tuonut *Kleinknecht*, i.c. *ibid.*, tosin mainittavasti seuraajia saamatta. Ks. kuitenkin *Petry*, mt. s. 142 ss. (»verfassungsrechtliche Beweisverbote»; vrt. *Kleinknecht*: »grundgesetzliche B.»).

⁸⁶ Ks. jäljempänä III 3. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Nuvolone* s. 64.

⁸⁷ Todistusoikeudellisten normien jäsentelyyn liittyviä vaikeuksia kuvaa *Neumannin*, s. 13 s., yritys asettaa kriteerit, joiden perusteella todistamiskiellot voidaan erottaa hänen »Beweisregel»-termillä kuvaamistaan määräyksistä. Todettuaan täsmällisten luokituskriteerien asettamisen hankaluudet mainittu tutkija päätyy, resignaatiotaan salaamatta, seuraavaan luokitusohjeeseen: »Je moderner die in einem Gesetzbuch niedergelegten Grundideen ausgestaltet sind, umso mehr spricht die Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein eines Beweisverbotes.»

lematiikkaan ja pyrkiä kasuistiikkaa koordinoimalla synteisiin. Tätä tietä on hahmottunut kuva *todistusjärjestelmästä* käskyjen, kieltojen ja sallittuisuuksien kokonaisuutena.⁸⁸ Teorianmuodostuksen tavoitteena onkin juuri invariantssien etsiminen ja osoittaminen; ns. opin arvo on sen invarianttisuudessa. Kaikkialla missä inhimillinen ajattelu liikkuu se etsii yhtäläisyyksiä, joiden avulla se hahmottaa havainto-objektia.⁸⁹

Todistamiskieltoja systematisoitaessa samoin kuin muussakin tutkimusalaan kohdistuvassa tarkastelussa vaikeuksia on omiaan lisäämään se seikka, että oikeudenkäymiskaari on alun perin kirjoitettu lähinnä siviiliprosessia varten.⁹⁰ Prosessilakimme on yhtenäiskoonnos, jonka johtavat periaatteet omaavat siviiliprosessuaalisen painotuksen. Rikosprosessin erityislaatu, sen omalakisuus, ei ole kirjoitetun oikeuden tasolla tullut riittävällä selvyydellä huomioon otetuksi. Oikeusprosessin päälaajat on oikeussäädöksen tasolla nivottu yhteen sillä seurauksella, että siviiliprosessin ja rikosprosessin välinen dualismi on hämärtynyt.⁹¹ Pro-

⁸⁸ Todistusjärjestelmällä tarkoitetaan tällöin niiden oikeuslauseiden kokonaisuutta, jotka koskevat todistelua ylipäätään eli — lyhyesti — todistusoikeutta. Vrt. tämän johdosta *Wrede* s. 2: »Bevisrätten är sammanfattningen af de rättssatser, som gälla angående laga bevis». *Wrede* ei kuitenkaan samaista todistusjärjestelmää todistusoikeuteen vaan ymmärtää ensiksi mainitulla sitä *todistelujärjestelmää* (bevissystem), johon eri todistuskeinot voidaan järjestää niiden keskinäistä yhteyttä silmällä pidettäessä. Käsitteellisesti samoin *Tirkkonen*, Rp II s. 91. Kuten tekstissä *Mittermaier*, Die Lehre vom Beweise s. 82 ss. ja 297 ss., jossa tosin todistusjärjestelmää pidetään vain käskyjen ja kieltojen kokonaisuutena sen sijaan että siihen luettaisiin myös sallimisen (»miten saa olla/käyttäytyä») ilmaisevat normit.

⁸⁹ Ks. tämän johdosta esim. *Kaila*, Inhimillinen tieto s. 13.

⁹⁰ *Aalto*, Rikosprosessilain asiallisesta sovellutusalaista s. 41 s.; *Tirkkonen*, Rp II (1. p.) s. 753; *Wrede* I s. 13; *sama*, Bevisrätten s. 3.

⁹¹ *Ekelöf* sanoo tämän dualismin kuuluvan »till processrättens elementa»; ks. SvJT 1941 s. 138. Ks. puheenalaisessa suhteessa lisäksi *Aalto* mt. s. 5 ss.; *T. Ellilä*, Sivullissuoja s. 372 s. ja av 65; *Granfelt*, Adhensionsprincipen s. 37 ss.; *Halila*, In dubio pro reo s. 288; *Hormia*, LM 1971 s. 162; *Lager* s. 1 ss.; *Tirkkonen*, Rp I s. 20 s. *Venoja*, Takavarikko s. 2 ss.; *Wrede* s. 2 s.; *sama*, Föreläsningar s. 2 s. (»Detta förhållande, att både civil- och kriminalprocess framställes i samma lag, och till och med i samma balk, är något högst ovanligt och något som i allmänhet icke eger rum i andra länders processlagstiftning.»); *Agge*, Något om processföremålet och dess bestämmande enligt svensk straffprocessrätt s. 18 ss.; *Dillén*, Föreläsningar i straffprocessrätt I s. 8 ss.; *Ekelöf*, Grundbegrepp s. 158 ('valtaosa rikosprosessissa noudatettavista säännöksistä on pakottavia, siviiliprosessissa taas dis-

sessilajin oikeudellinen rakenne, sen yhteiskunnallinen tehtävä ja siinä näyttäytyvät sosiaalipsykologiset lainalaisuudet vaikuttavat käsitteenmuodostuksiin, käsitesisältöihin ja käsitteen merkitysaspektien valintaan.⁹² Tutkimuksellisenä vaatimuksena todistamiskieltojen koordinointi ja systematisointi onkin paremmin ylläpidettävissä edellytyksellä, että tutkimuksessa pidäytään ylittämästä prosessilajin — rikosprosessin — aina huomioitavia rajoja.⁹³

positiiviset ovat enemmistönä'); *Kallenberg* I s. 45 s.; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 3 ss.; *Augdahl*, Norsk civilprocess s. 2 s.; *Hurwitz* s. 11; *Hurwitz—Gomard*, Tvistemål s. 15; *Munch—Petersen*, Den Danske Retspleje I s. 10 ss.; *Gerland*, Der deutsche Strafprozess s. 10; *Köstlin*, Der Wendepunkt des Deutschen Strafverfahrens s. 52; *Peters*, Lehrbuch s. 7 ss.; *sama*, LM 1968 s. 686; *Sauer* s. VII s. ja 66; *Westhoff* s. 5 ss.; *Stefani—Levasseur* s. 2. — Toisaalta on nähty merkkejä oikeusprosessin päälajien yhdenmukaistumisesta. Puhutaan kehitystendenssistä, »jonka toteutuminen tietäisi rikos- ja siviiliprosessin välisten raja-aitojen huomattavaa horjumista ellei suorastaan niiden täydellistä luhistumista»; näin *Tirkkonen*, LM 1946 s. 162. Yhdenmukaistumiskehityksestä ks. lisäksi *sama*, »Der Ewigkeitswerte bar» s. 417 av 11; *sama*, Prosessioikeuden johtavista periaatteista s. 437 ss. Samasta ilmiöstä — siviiliprosessin kriminalisoitumisesta — on myös *T. Ellilä* useissa yhteyksissä huomauttanut; ks. esim. LM 1945 s. 73; Sivullissuoja s. 373 av 65; LM 1970 s. 499 av 3; LM 1970 s. 641. Hänen mukaansa voidaan havaita suorastaan oikeuskiertoa alkuaikoihin, jolloin rikos- ja siviiliasioita ei tarkoin pidetty erillään; ks. Sivullissuoja ibid. — Tämän johdosta on sanottava, että joka tapauksessa 1734 vuoden lain säätämisen aikoihin, olkoonpa että prosessilaista tehtiin yhtenäiskoonnos, siviili- ja rikosprosessin välinen ero oli jo täysin kehittynyt; siten *Nehrman* julkaisi siviili- ja rikosprosessia koskevat tutkimuksensa eri teoksina ja korosti eroavuuksia; ks. *Proc. Civilem* s. 13 s.; *Proc. Criminales* s. 12 ss. — Viimeaikaisesta yhdenmukaistumistendenssistä ks. lisäksi *Brusiin*, Objektivität s. 38; *Halila*, mt. s. 301; Lvk N:o 16/1937 96 §; ja *Ekelöf* I s. 76, joka pitää ulkomailla toteutettuja prosessilajien välisiä eroja osin keinotekoisina. Kosketeltu ilmiö — siviiliprosessin kieltämättä jatkuvasti osoittama läheneminen rikosprosessiin — on historiallisesti määräytynyt (*Sauer* s. 61 av 16) ja yhteydessä totalitääriin sosialismiin. Odotettavissa on, että heiluri ennen pitkää alkaa hakeutua vastakkaiseen suuntaan. Näin *Sauer* s. 93; toisin *Tirkkonen*, Rp I s. 21.

⁹² *Peters* s. 106; *Schäfer*, mt. s. 111 rn 2. Vrt. kuitenkin *Halila* s. 171.

⁹³ Näin siitakin huolimatta, että Suomessa (ja Ruotsissa) menettely riita- ja rikosjutuissa on yhdenmukaisempaa kuin esim. Saksan, Ranskan ja Norjan oikeudessa; näissä maissa rikos- ja riitajuttuja varten on, kuten tunnettua, eri lait ja eri tuomioistuimet. Meillä ja Ruotsissa vallitseva järjestely edustaa vanhakan-taista tilaa eikä ota huomioon aineellisen rikosoikeuden ja sitä toteutettavan rikosprosessioikeuden läheistä suhdetta; tuo yhteenkuuluvuus on kiinteämpi kuin rikosprosessin ja siviiliprosessin horisontaalisessa suhteessa vallitseva. Ks. tämän

2. Systematisointi palvelee yleiskatsauksellisuutta ja esitysteknisiä tarkoituksia; sen avulla muodostetut normikategoriat alaryhmineen ovat ajatuskuvioita, joiden tehtävänä on helpottaa oikeudellisen aineiston hallitsemista. Tältä pohjalta ja edellä muutoin esitettyyn liittyen on kokoavasti esitettävä seuraavaa.

Perusnormi on totuudentutkimiskäsky. Sen soveltamisalana on koko (käytännöllinen ja älyllinen) todistelutapahtuma. Todistelu on vapaata: kaikki relevantit tosiasiat on tutkittava, jolloin on käytettävä kaikkia asiaa valaisevia todistuskeinoja. Koska myös todistusharkinta on vapaata, totuudentutkimiskäskyä voidaan pitää yleislausekkeena. Yhtenä kokonaisuutena tarkastellen todistusoikeuden määräykset ovat todistamissääntöjä.⁹⁴ Siltä osin kuin ne kohdistuvat todisteiden esittämiseen ne ovat joko todistamiskieltoja tai muodonantoon tyhjentyviä järjestysmääräyksiä. Todistamissäännöt, jotka antavat tuomarille ohjeen esitetyille todisteille mitattavasta todistusvoimasta, ovat todistussääntöjä. Todistamiskielto ja todistussäännöt *rajoittavat* ja *ohjaavat* vapaata todistelua, todistusoikeudelliset muotomääräykset yksinomaan *ohjaavat* sitä. Näille todistamissäännöille on yhteistä, että ne modifioivat todistamissääntöjen perusnormia: totuudentutkimiskäskyä. Niiden vaikutuksesta »vapaa todistelu» saa tietyn ankaramuotoisuuden leiman prosessioikeuden yleisluonnetta vastaavasti.⁹⁵ Samassa suhteessa väistyy perusnormin yleislausekkeen luonteisuudesta oikeusvarmuudelle aiheutuva vaara.⁹⁶

Todistamiskieltojen sisäisessä suhteessa toteuttamiskelpoinen on vain sellainen jäsentely, joka määräytyy kysymyksen »mitä on kielletty?» perusteella. Kysymyksenasettelu avaa tutkimuskohteeseen näkökulman, jossa todistamiskielto näyttävät lepöillä. Tällöin päädytään oikeus-

johtosta *Hormia*, LM 1970 s. 952; *sama*, LM 1971 s. 162; ja toisaalta *Tirkkonen*, Rp I s. 20 ja av 13. — Tyystin eri asia on, että prosessioikeudessa voidaan osoittaa joukko keskeisiä kysymyksiä, joihin annettava ratkaisu ei ole sidoksissa menettelyläjiin; ks. *Aalto*, mt. s. 8 ss.; *Gärde* s. 12; *Niese*, JZ 1957 s. 73 ss., erit. 76.

⁹⁴ Vrt. *Klug* s. 31.

⁹⁵ Vrt. *Spendel* s. 1107: Totuuden tutkimisen muotosidonnaisuus pakottaa prosessia johtavan tuomarin noudattamaan todistelumenettelyssä määrättyä »proseduuria». Näin myös — RB 35:14:ään viitaten — *Gärde* s. 472. Mainitussa muotosidonnaisuudessa tulee näkyviin itse prosessin rakenne; sen alkuperäisenä tehtävänä on muodostaa tae mielivaltaa vastaa (*Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 98).

⁹⁶ Tekstissä viitatus kysymyksestä — yleislausekkeiden oikeusvarmuutta heikentävästä vaikutuksesta — ks. yleisesti *Kivimäki*, LM 1950 s. 302 ss.

kirjallisuudessa yleisimmin käytettyyn kolmijakoon todistusteemakiellot, todistuskeinokiellot ja todistelumetodikiellot. Näiden kieltoluokkien systemaattinen, tutkimuksen rakennetta määräävä arvo on keskeinen. Dialektisten käsiteparien: absoluuttinen — relatiivinen, yleinen—erityinen, prosessuaalinen—aineellinen, avulla on saatu joukko uudella tavalla nähtyjä todistamiskieltojen ryhmiä. Niiden voidaan olettaa edistävän erinäisten yksittäisprobleemojen avautumista.

III LUKU

TODISTAMISKIELTOJEN OIKEUSPERUSTEET

1. Rikosprosessilain avulla suojattu oikeushyvä todistamiskieltoja luovana perusteena

a) Yleistä. Oikeusvertailevia huomautuksia

1. Pidettäessä silmällä todistamiskieltojen oikeusperusteita, tutkimuskohde näyttäytyy lepotilassa. Tämä staattinen ulottuvuus saadaan esille, kun kysymyksenasetteluissa pidätytään edellyttämästä mitään kiellonvastaisen todistelun rikosprosessuaalisista seuraamuksista (»oikeusseuraamuksista»). Vaatimus perustuu tutkimuksen rakenteeseen ja sitä kannattaviin tutkimustavoitteisiin, jolloin — pelkistetyksi ilmaisten — »perusteet» edustavat (soveltamisalaa tarkoittavan kysymyksen »mitä on kielletty?» ohella) esikysymyksen luonteista lähtökohtaa, »seuraamukset» dynaamisesti väritynyttä »problematiikkaa».¹ Oikeusperusteiden ja seu-

¹ Vrt. edellä II a, jossa todistamiskieltojen systematisoinnin ja yksittäiskysymysten vastakkainasettelun on jo katsottu palvelevan kokonaisproblematiikan avautumista. Tähän verrattuna käsillä olevassa luvussa valittu »epädogmaattinen» näkökulma merkitsee eräänlaista tutkimuksellisen kehittelyn pysähtymistä. Todistamiskieltoja tarkastellaan lainsäädännölliseltä tasolta, jolloin — täsmällisemmin puhuen — huomion kohteena eivät korostuneesti ole todistamiskiellot normiaineistona vaan ne yhteiskuntatodellisuudessa vaikuttavat poliittiset, taloudelliset ja humanitääriset, toisaalta myös oikeudenhoidolliset syyt, jotka ovat »tihentyneet» todistamiskielloiksi; vrt. *Beling* s. 5. Tutkimuksellinen aspekti on tällöin deskriptiivinen, normien sosiologispoliittiseen taustaan suuntautuva. Laajasti ottaen esitys tältä osin on, silloinkin kun huomion kohteena on ulkomainen oikeus, oikeussosiologiaa; vrt. *David*, *Les grands systèmes de droit contemporains* s. 15 s.; *Schreiber*, *Logik des Rechts* s. 14. Näin suuntautuva tutkimus voi arvokkaalla tavalla täydentää todistamiskieltoja koskevaa tietämystä vaikka se ei tuot-

raamuksen keskinen yhteys ei kuitenkaan ole niin kiinteä, että kysymys »miksi todistelua on rajoitettu?» tarjoaisi riittävän viitekehysten hyödyntämiskysymyksen harkitsemiselle. Kuten toisessa yhteydessä on todettu, hyödyntämiskieltojen oikeusmotiivit näyttäytyvät suuressa määrin itsenäisinä ja omalakisina.²

Kysymys »miksi todistamiskielto on annettu?» johtaa lainsäätäjän tahdon selvittämiseen. Kuvitteellinen lainsäätäjän tahto todellistuu lakitekstissä. Tulkittavat säännöstekstit elävät itsenäistä elämää alati muuttuvassa oikeudellisessa ja sosiaalisessa todellisuudessa. Oikeussäännös saa sisältönsä nykyisyydestä. Tulkinnalla selvittettävä lainsäätäjän tahto on siten lain tahto. Tämä ei merkitse historiallisen lainsäätäjän tahdosta piittaamattomuutta: onhan lainsäätjä juuri tahtonut luomuksestaan edelleen kehittyvää. Koska lainvalmisteluaineisto dokumentoi historiallisen lainsäätäjän alkuperäisen tahdon, sen merkitys tulkintaperusteena vähenee aikaetaisyyden kasvaessa.³

Terminologisessa suhteessa voitaneen puoltaa »oikeusperuste» -sanana korvaamista semanttisesti täsmällisemmällä »oikeusmotiivi» -termillä.

taiskaan käytännön ratkaisutoiminnassa välittömästi hyödyntämiskelpoisia tutkimustuloksia siten kuin *Klug* näyttää edellyttävän. Mainittu tutkija nimittäin sanoo nimenomaisesti, että kysymys: miksi todistamiskielto on annettu, määrää ratkaisevasti kiellonvastaisen todistelun oikeusseuraamuksen; ks. *Klug* s. 34. Toisin *Peters*, s. 109, jonka esittämä käsitys on lähes dramaattisen vastakkainen: »Die Motive, die den Gesetzgeber veranlasst haben, ein Beweisverbot zu erlassen, sind für die prozessualen Rechtsfolgen unerheblich.»

² Edellä I 1 e 2.

³ Vrt. tekstissä esitetyn johdosta *Aalto*, LM 1967 s. 19, joka huomauttaa, että uutta lainsäädäntöä on tulkittava sanamuotonsa mukaisesti. — Itse asiassa tämä on todistamiskieltoihin soveltuva tärkein tulkintasääntö. Kaikki tulkinta alkaa sanamuodosta; jos sanamuodon mukainen tulkinta johtaa järkevään tulokseen, siinä on pysyttävä; ks. *Kleinknecht*, Juristentag s. 112. Rikosprosessissa vaikuttavat oikeusvarmuussyyt vaativat, että lain adressaattien on voitava luottaa lakitekstin termien leksikaaliseen merkitykseen, seikka joka rajoittaa teleologisen tulkintametodin käyttökelpoisuutta; ks. *Ekelöf* I s. 55. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Aarnio*, LM 1970 s. 575; *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 61, 88 ja 114; *Jyränki*, LM 1968 s. 984; *Palmgren*, JFT 1953 s. 114 ss. (osaksi toisin kuin tekstissä); *Uotila*, LM 1967 s. 845; *Olivecrona*, Imperativ s. 22 s.; *Strömholm*, Lagtolkning: huvudproblem och funktioner, passim; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken s. 90; *Peters*, Lehrbuch s. 78; *Schwalm*, Der objektive Wille des Gesetzgebers s. 47 ss.; *Zippelius*, JZ 1970 s. 241; *Roeder* s. 8.

Esitysteknisistä syistä voidaan valita menettelytapa, että käytettävää työkäsitettä kutsutaan useammalla kuin yhdellä termillä.⁴

Muutoin esitys on jäsenmelty ja rajattu siten, että ensin käsitellään todistamiskieltojen rikosprosessilaissa ilmaistuja oikeusperusteita. Tällöin on tutkittavana kysymys siitä, mitkä ovat ne oikeushyvätyypit, joille rikosprosessioikeutemme antaa todistamiskieltoja synnyttävän vaikutuksen.⁵ Käsillä olevan esitysjakson (III 1) otsikointi tarkoittaa juuri tätä kysymystä. Erikseen tullaan pohtimaan muodostaako ns. oikeasuhtaisuusperiaate todistamiskieltoja synnyttävän tai niitä kumulatiivisesti kannattavan perusteen (III 2). Edelleen tutkitaan kysymystä, onko oikeutemme mukaan sallittua johtaa todistamiskieltoja suoraan perustuslaista (III 3). Lopuksi esitetään eräitä kokoavia näkökohtia (III 4).

2. Todistamiskieltoja koskevassa kokonaisesityksessä on monessa suhteessa perusteltua käyttää hyväksi *ulkomaisen* oikeuden tarjoamaa vertailupohjaa. Aikakaudellemme ominainen voimakas sivistyksellinen yhdentyminen näyttäytyy myös oikeuden osakulttuurissa. Tässä henkissä todellisuudessa oikeusvertailun mahdollisuudet ovat lupaavat. Yleisesti ottaen eurooppalaisten todistus-oikeuden nykytilalle on leimallista teoreettisten konseptioiden jyrkkä hajonta. Ilmiö edustaa kehityshistoriallista siirtymävaihetta. Aatteelliset valtavirtaukset ennakoivat nimitäin jo uuden yleiseurooppalaisen todistus-oikeuden tulemistä.⁶

Ulkomaisen oikeuden huomioimista puoltavia seikkoja voidaan osoittaa useita. Sellaisia ovat lainsäädäntömme kohdittainen aukollisuus ja oikeuskäytännön samoin kuin aihetta koskevan kirjallisuuden niukkuus. Tarpeellisille *de lege ferenda*-harkinnoille laaja vertailupohja on niin ikään eduksi. Lähinnä on tavoitteena kristallisoida ulkomaisesta oikeudesta positiivisoikeudellisesti hyödyllisiä kysymyksenasetteluja. Oikeusvertailu on tällöin avointa; tutkimuskohteen valottaminen ankarasti annetun oikeusjärjestyksen kannalta sitä vastoin on useinkin kätkeytyä

⁴ Menettelytapa — useiden eri ilmaisujen käyttäminen samasta käsitteestä — ei ole lakikielessäkään harvinainen; ks. *Ekelöf* I s. 23; *Herlitz*, *Rechte und Sprachen* s. 96; *Andenaes*, *Straffeprosessen* s. 61 av 32.

⁵ Oikeushyvän (*rättsgott*; *Rechtsgut*) käsitteestä ks. *Honkasalo*, *Suomen rikosoikeus* I s. 141; *Salovaara*, Oikeushyvän käsitteestä rikosoikeustieteessä s. 215 ss.; *Nowakowski*, *ÖJZ* 1965 s. 282; *Seibert*, *MDR* 1972 s. 816 («... *Rechtsgüter als diejenigen Gegenstände, die der Mensch zu seiner freien Selbstverwirklichung braucht*»).

⁶ Näin *Nagel*, *Grundzüge* s. 20 ss.

oikeusvertailua. Silloinkin kun teoreettiset rakennelmat vaikuttavat vertailukohteina etäisiltä, inhimilliset perusongelmat säilyttävät universaalisuutensa, seikka, jonka ansiosta eivät ainoastaan lähisukuiset vaan myös meille vieraammat oikeusjärjestykset ansaitsevat huomiota.⁷

Aineiston runsauden vuoksi oikeusvertailua ei voida suorittaa muusta esityksestä systemaattisesti täysin erillään. Rajoittamalla oikeusvertailumat havainnot oikeusperusteiden alueelle tutkimuskohde jossakin määrin pirstoutuu. Tutkimusala on kuitenkin liian laaja ja hajanainen, jotta totaalisempi oikeusvertailu olisi positiivisoikeudellisen kokonaisuutensa puitteissa mahdollista. Todistamiskieltojen oikeusperusteiden avaamasta näkökulmasta tutkimuskohdetta katsellaan lainsäätäjän silmin. Tämän ansiosta puheenalainen osa-alue näyttäisi soveltuvan erityisen hyvin oikeusvertailevien havaintojen kohteeksi.

3. Oikeusvertailevassa suhteessa voidaan lähtökohtaisesti esittää joukko perustoteamuksia. Ensiksi on syytä ilmaista ne oikeuspiirit, joiden kesken vertailu suoritetaan.⁸ Sellaisiksi valitaan seuraavat enem-

⁷ Vertaileva metodi merkitsee prosessioikeuden alalla tutkimusta, joka kohdistuu identtisten tai toisiaan lähellä olevien oikeussäännösten järjestelyä ja toimintaa hallitseviin periaatteisiin, teorioihin, sääntöihin ja soveltamismetodeihin, niiden vertailua, johtopäätösten tekemistä näin saadulta pohjalta, niiden yleistämistä ja mahdollista kansallista lakiehdotusta. Tämä unkarilaisen Révayn luonnehdinta oikeusvertailun tehtävistä on lähes tyhjentävä; ks. »Annales etc.» s. 183 ss. — Oikeusvertailun periaatteellisesta merkityksestä ks. lisäksi Alanen, Oikeuden universaalisuudesta s. 17 ss.; *Brusiin*, LM 1954 s. 434 ss.; *sama*, Tuomarin harkinta s. 189 ja 203; *T. Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 9 s.; *sama*, LM 1945 s. 46 ss.; *sama*, Oikeustieteellisen tutkielman laatiminen s. 40 s.; *Jokela*, LM 1966 s. 509 ss. (»Oikeustieteen ylläpitäminen ahtaasti kansallisena ei ole ajateltavissa.»; s. 514); *Kastari*, LM 1967 s. 145 ss.; *Lager* s. 29 s. (vertaileva tutkimus oikeustieteen perinteisenä ilmiönä); *sama*, LM 1975 s. 940 s.; *Lilius*, LM 1903 s. 4 ss.; *Makkonen* s. 171 ('oikeusvertailu ei saa johtaa liian jyrkkiin yleistyksiin'); *Ylöstalo* Testamentinmoitteesta s. 32 s.; *Coing*, TFR 1968 s. 205 ss., erityisesti 224; *Del Vecchio* TFR 1962 s. 97 ss.; *Nagel*, mt. s. 19 ss.; *Peters*, Lehrbuch s. 66 s.; ja — erityisesti todistamiskieltoihin suhteutettuna — *Dünnebier*, Juristentag s. 6; *Jescheck* s. VII ss.; *Honig*, s. 5; *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 309 ss. (jo otsikko »Die Beweisverbote im österreichischen und deutschen Strafverfahren«).

Vertailevan metodin asema on erityisesti monografiamuotoisissa tutkimuksissa siinä määrin vakiintunut, että ahtaasti kansalliseen oikeuteen pitäytyvät teokset ovat harvinaisia. Vrt. tässä suhteessa *Welamson*, Läkarsekretessen s. 9.

⁸ Käsite »oikeuspiiri» on oikeusvertailevissa — myös todistamiskieltoja koskeissa — esityksissä vakiintuneesti käytetty. Oikeuspiirillä tarkoitetaan tällöin

män tai vähemmän eriytyneet oikeusjärjestykset: pohjoismainen, saksalainen, romaaninen ja anglo-amerikkalainen.⁹ — Toiseksi on nähtävä puheenalaisten oikeuspiirien tutkittavassa suhteessa ja muutoinkin osoittama varianssi. Toisaalta pohjoismainen, toisaalta anglo-amerikkalainen oikeuspiiri muodostavat sen relaation, jossa vastakohtaisuus on jyrkin; nämä oikeuspiirit sijoittuvat janan vastakkaisiin päihin.¹⁰ — Kolmanneksi on huomattava vertailuyksikköinä käytettyjen oikeuspiirien yhdentymisen eriaisteisuus. Ainoastaan Saksan liittotasavallan oikeus muodostaa eheytyneen yksikön. Romaanisessa oikeuspiirissä kansalliset lainsäädännöt varioivat eniten. Pohjoismaisen oikeuspiirin yhdentymisen kesken-eräisyys on sekin yleisesti tunnettu. Suurissa puitteissa tästä oikeus-alueesta voidaan keskustella itsenäisenä, eriytyneenä kokonaisuutena.¹¹ Mutta kun näkökulma rajataan ahtaammaksi vertailuja voidaan tulokseksikkaasti suorittaa jo tämän oikeuspiirin sisäisessä suhteessa. Erityisase-
massa on tällöin Ruotsin oikeus. Oikeudellinen sääntely on lukuisissa kysymyksissä täysin sama kuin meidän oikeudessamme. Nykypäivän-
kään realiteettien vastaista ei ole puhua erityisestä itäskandinaavisesta oikeuspiiristä, käsitteestä, jolla on oikeushistoriassa kauas ulottuvat perin-
teet.¹²

On tunnettua, että valistuksen aikakaudesta asti *Englannin* oikeus on

usean oikeusjärjestyksen muodostamaa kokonaisuutta; ks. esim. *Jokela*, mt. s. 510. Ne epäilykset, jotka *Brusiin*, LM 1954 s. 441 s., esittää ko. käsitettä kohtaan, eivät vaikuta vakuuttavilta.

⁹ Tällöin on seurattu *Jescheckin* oikeusvertailevassa yleisalustuksessa esiin-
tyvää oikeuspiirien nelijakoa. Käytetty ryhmittely ei tietenkään ole ainoa »oikea»;
niistä periaatteista, jotka takaavat luontevimman ryhmittelyn, ei edes oikeusver-
tailun suurissa perusteoksissa olla yhtä mieltä. Ks. tämän johdosta *David*, mt.
s. 23.

¹⁰ Kuten tekstissä *Bratholm*, Lov og Rett 1968 s. 307; *Jescheck* s. 3; *Kastari*,
l.c. *ibid.*; *Liebscher*, JBl 1969 s. 465 ss.

¹¹ Ks. esim. *Brusiin*, mt. s. 203; *T. Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 10; *Andenaes*,
Juristentag s. 132. — Epätietoisuutta ei vallitse sen suhteen muodostaako pohjois-
mainen oikeuspiiri omaleimaisen, eriytyneen oikeusryhmän; teemasta »den nor-
diska rättsenhetens problem i dag» käyty polemiikki koskee käytännön yhteistyö-
muotoja ja lainsäädäntöpoliittisia tavoitteenasetteluja. Ks. tämän johdosta *Lid-
bom*, SvJT 1973 s. 273 ss.; ja toisaalta *Koktvedgaard—Olssen—Seip*, *ibid.* s. 398 ss.

¹² Ks. tämän johdosta *Kastari*, LM 1958 s. 524; *Modeen*, Rechtsvereinheit-
lichung s. 157; *Palmgren*, Die nordische Rechtsüberlieferung s. 92. Ks. lisäksi *R.
Ellilä*, Liikennetrikosoikeus s. 79; *T. Ellilä*, mt. s. 19 ja 72; *sama*, Oikeustieteellisen
tutkielman laatiminen s. 40; *sama*, SchwZStr 1950 s. 437.

ollut mannermaiselle oikeusajattelulle esikuvana.¹³ Vaikka lähentyminen on ollut jatkuvaa, anglo-amerikkalainen todistusoikeus edustaa vieläkin lähes mannermaisen järjestelmän negaatiota.¹⁴ Karkeasti ilmaisten asiointi on se, että kun Euroopan mannermaalla todistamiskielto ja todistusharkintasäännöt edustavat vapaaseen totuuden tutkimiseen verrattuna poikkeusta, Englannissa ja Yhdysvalloissa eri tyyppiset torjuntaja todistusharkintasäännöt muodostavat juristin pääasiallisen työllistäjän.¹⁵ Erityisen ankarasti todistamiskieltojen edustama »laskelmoitu jarrutus» on toteutettu Yhdysvaltojen oikeudessa.¹⁶ Valaisevinta onkin, että anglo-amerikkalaisen oikeuden osalta päähuomio kohdistetaan Yhdysvaltojen todistusoikeuteen.¹⁷

Mitä *romaaniseen* oikeuspiiriin tulee, romaanisten kansojen kehittyneen muototajun ansiosta englantilaisperäiset oikeusajatukset ovat tässä oikeuspiirissä saaneet formaalisemman ja siten helpommin resipioitavan asun. Eritoten Ranskan oikeus on kotiuttanut englantilaisperäisiä oikeusmuodosteita mannermaalle samalla kun sille itselleen monenkin instituution kohdalla kuuluu edelläkävijän asema. Ennen muuta Napoleonin lainsäädännöllä on ollut tyyppiä muodostava vaikutus.¹⁸

¹³ Ks. *Halila*, In dubio pro reo s. 295; *Mueller* § 1; *Nagel*, mt. s. 20 s.; *Peters*, mt. s. 50 s.; *Westhoff* s. 1.

¹⁴ *Nokesin* mukaan Englannin todistusoikeutta voidaan pitää modernina, sillä monet sen säännöistä eivät ole 300 vuotta vanhempia; ks. »An Introduction to Evidence» s. 18. Joka tapauksessa Englannin todistusoikeus on ajallisessa suhteessa tässä tutkimuksessa tarkasteltavista todistusjärjestelmistä selvästi vanhin; ks. *Nagel*, mt. s. 21. Tekstissä lausutun johdosta muutoin vrt. *T. Ellilä*, SchwZStr 1950 s. 437. Ks. lisäksi *Kötz*, JZ 1972 s. 764, joka toteaa suurten järjestelmien — mannermaisen ja anglo-amerikkalaisen — jatkuvasti lähenevän toisiaan.

¹⁵ *Maguire* s. 10; *Tracy*, Handbook of the Law of Evidence s. 4: Suurin osa amerikkalaisen todistusoikeuden säännöistä on todistamiskieltoja.

¹⁶ *Maguire* s. 11; *Mueller* s. 38.

¹⁷ Toisinaan näkee ylläpidettävän käsitystä anglo-amerikkalaisesta oikeuspiiristä kahden lähes identtisen oikeusjärjestyksen muodostamana kokonaisuutena. Tätä kontinuiteettia korostaa esim. *Westhoff*, joka pitää Yhdysvaltain todistusoikeutta osana Englannin oikeutta; ks. *Westhoff* s. 123 av 1. Todellisuudessa molemmat oikeusjärjestykset poikkeavat yksin todistusoikeuden osalta huomattavasti toisistaan; USA:n todistusoikeuteen sisältyy jopa englantilaiseen nähden vastakkaisia järjestelyjä. Ks. tämän johdosta *Stelter*, Hearsay Rule s. 10. Muilla oikeuden aloilla — ennen kaikkea valtiosääntöoikeudessa — nämä eroavuudet ovat vielä jyrkemmät; ks. *Blumenwitz*, Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht s. 22.

¹⁸ Ks. tämän johdosta esim. *David*, mt. s. 70; *Bomgren*, TSA 1937 s. 222; *Upp-*

Maantieteellinen sijainti on määrännyt *saksalaisen* oikeusalueen toimimaan näiden lännestä tulleiden vaikutteiden vastaanottajana. Sen luomisvoimaa kuvastaa se mahtava ajatusten virta, joka tästä oikeuspiiristä on erityisesti Pohjoismaiden oikeuteen kantautunut. Tarkasteltaessa Suomen oikeutta erillisenä yksikkönä ei ole mitään syytä luopua näkemästä saksalaisessa todistusoikeudessa edelleenkin esikuvaksi kelpaavia luomuksia.¹⁹ Anglo-amerikkalaisen todistusoikeuden välitön reseptio sitä vastoin merkitsisi koko perinteisen prosessijärjestelmämme kumousta.²⁰

Samalla kun korostetaan oikeusvertailun merkitystä on nähtävä vertailevan metodin rajat. Silloinkin kun ns. voimassa oleva oikeus näennäisesti on lähellä omaamme, oikeussäännösten ideologinen tausta saattaa suuresti poiketa toisistaan. Suoraviivaiset yleistykset ovat harvoin mahdollisia. Kysymyspiiriä koskevassa runsaassa kirjallisuudessa korostetaan yhtenä johtoaikutuksena, että oikeudellisia instituutioita ja rakennelmia ei voida luonnontuotteiden tavoin sellaisinaan siirtää oikeusjärjestyksestä toiseen.²¹ Ulkomaiseen oikeuteen perehtyminen merkitsee vasta esiripun avaamista. Todistamiskieltojen oikeusperusteet voidaan lopullisesti selittää ja ymmärtää vain siitä oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta todellisuudesta käsin, jossa asianomainen rikosprosessilaki on tarkoitettu sovellettavaksi.²²

ström, Straffprocessrätten s. 19; *Lous*, Sakførerers taushetsplikt s. 101; *Nagel*, mt. s. 189 ss.; *Sauer* s. 6 ja 12; *Westhoff* s. 114; *Roeder* s. 6.

¹⁹ Vrt. *T. Ellilä*, SchwZStr 1950 s. 437; *sama*, Hovioikeusmenettely s. 10; *Hormia*, LM 1971 s. 159. — Lähinnä historiallisena kuriositeettina voidaan mainita, että *A. Serlachius* puhui aikoinaan oikeudenjakomme saksalaistumisvaarasta; ks. LM 1907 s. 37 ss. ja 69 ss.

²⁰ Kuten tekstissä vastaavasti Saksan ja Norjan oikeuden kannalta *Sauer* s. 199; ja *Andenaes*, Juristentag s. 132. — *Westhoff*, s. 170, huomauttaa aiheellisesti, että paluu englantilaisiin todistamissääntöihin merkitsisi suoranaista taka-askelta. — Mitä erityisesti Suomen prosessioikeuteen tulee, englantilaisperäiset vaikutteet ovat siinä aina jääneet vähäisiksi; ks. *T. Ellilä*, LM 1970 s. 501.

²¹ Ks. *Makkonen* s. 11 ja 171; *sama*, LM 1969 s. 475; *Salmiala*, Oikeusvarmuus ja vapaa todistusten harkinta s. 298 s.; *Stelter*, mt. s. 7 ss.

²² Oikeusvertailun yleisestä periaatteellisesta merkityksestä tavoitetaan jotakin oleellista todettaessa, että vertaileva metodi antaa kansalliselle oikeustieteelle yhdyssiteen »suureen maailmaan». Euroopan periferiaan sijoittuvassa, kieli-muurin eristämässä maassamme tämä yhdysside on välttämätön suojakeino oikeudellista erakoitumista vastaan; vrt. *Strömholm*, SvJT 1971 s. 251.

b) *Rikosprosessilain ilmaiset todistamiskieltoja synnyttävät oikeushyvätyypit*

ba) Todistelun luotettavuuden edistäminen

1. Kehityshistoriallisesti alkuperäisin ja vanhin peruste todistamiskieltojen asettamiselle on vaara asiantilan epäluotettavasta selvittämisestä.²³ Todistamiskielto palvelee tällöin puhtaasti rikosprosessin sisäisiä tarkoituksia. Rikosprosessuaalisen normin avulla suojattuna oikeushyvä on valtion aineellisen totuuden selville saamiseen kohdistuva rikosprosessuaalinen intressi.²⁴ Ensi katsomalta on olettavissa, että tätä alkuperää olevat todistamiskielto ovat vapaan todistelun (ja todisteiden harkinnan) omaksuneissa todistusjärjestelmissä reunailmiöitä. Onhan todistelun luotettavuuden edistäminen tuomaria sitovan normin avulla huonosti sopusoinnussa vapaan todistelun kanssa.²⁵ Kuten toisessa yhteydessä on todettu, todisteiden harkinnan eriytyneessä suhteessa oikeustila onkin se, että tuomaria sitovat todistussäännöt ovat valtaosaltaan jääneet oikeushistoriaan.²⁶

Seuraava katsaus tulee osoittamaan, ettei oletus nyt tarkasteltavan oikeusajatuksen epäajankohtaisuudesta ole kestävä. Käsillä oleva kategoria on todistamiskieltoja perustavista oikeushyväluokista tärkeimpiä.

2. *Saksan* oikeudessa pyrkimys korottaa todistelun luotettavuutta voidaan osoittaa rikosoikeudenhoidon humanisointivaatimuksen ohella siksi perusteeksi, joka johti kidutuksen asteettaiseen poistamiseen. Edelläkävijänä oli Preussi, jossa tämä merkittävä uudistus toteutui lopullisesti v. 1756. Jo vuosisadan alussa oli kirjallisuudessa osoitettu pakkoperäisten tunnustusten arvottomuus.²⁷ Mitä nykyiseen oikeustilaan tulee, luotettavuuskorotuksen merkitys kieltonormeja luovana perusteena on tehostunut. StPO 136 a § epää kuulustelumetodit, jotka eivät vain loukkaa ihmisarvoa ja oikeusvaltioajatusta vaan tahdontoiminnan vapautteen puut-

²³ Jescheck s. 17; Ziegler s. 1; Wigmore, Evidence, 3. osa, § 822.

²⁴ Ks. esim. Andenaes, Straffeprosessen s. 165; Alsberg—Nüse s. 105; Klug s. 34 s.; Peters, Juristentag s. 165; v. Stackelberg, Juristentag s. 99 s.; Neumann s. 15; Mueller s. 47 s.

²⁵ Tästä huomauttavat Andenaes s. 3; Grünwald s. 493; ja Jescheck l.c. ibid.

²⁶ Edellä II b 2.

²⁷ Käänteentekevä merkitys oli Christian Thomasiuksen (1655—1728) toiminnalla. Ks. tämän johdosta lähemmin Peters, Lehrbuch s. 57; Eb. Schmidt, Geschichte s. 96 ja 269.

tuvin tuottavat myös epäluotettavia todistelutuloksia. Tässä siis todistamiskielto palvelee välittömästi myös luotettavuutta.²⁸ Tässä yhteydessä on mainittava myös StPO 52 ja 55 §§. Edellisen lainkohdan mukaan syytetyn tietyillä lähiomaisilla on vaitiolo-oikeus; jälkimmäinen lainpaikka antaa todistajalle oikeuden salata tuntemansa tosiseikan torjuakseen itseensä tai 52 §:ssä tarkoitettuun lähiomaiseensa kohdistuvan syytteen vaaran (ns. *nemo tenetur se ipsum accusare-privilegio*). Puheenalaisten todistamiskieltojen oikeuspoliittisena perusteena on — paitsi perhesiteiden huomioon ottaminen ja todistajan persoonallisuuden kunnioittaminen — pyrkimys eliminoida asiantilan epäluotettavan selvittämisen vaara.²⁹ Kysymys on kuitenkin osaksi kiistanalainen.³⁰

Romaanisessa oikeuspiirissä on perinteisesti annettu suuri arvo vapaalle todisteiden harkinnalle. Tuomarin subjektiivinen vakaumuksenmuodostus on lähes tyystin vapautettu todistusharkintasääntöjen edustamista pidäkkeistä.³¹ Tästä huolimatta Ranskan, Belgian, Italian ja Espanjan oikeudessa on yksittäisiä todistamiskieltoja, joiden rationa on epäluotettavan todistuskeinon merkitsemä oikeusvaara. Syytetyn lähiomainen on kokemuksen mukaan todistuskeinona epäluotettava; tämä tosiasia on myötävaikuttavana tekijänä motivoimassa todistamiskiellon, joka estää kuulustelemasta tällaista henkilöä todistajana. Luonteenomainen on Italian rikosprosessilain kanta, jonka mukaan rikoskumppania ei saa kuu-

²⁸ StPO 136 a § ei koske vain tuomarin toimittamia kuulusteluja vaan on voimassa esitutkintakuulusteluissa ylipäätään; ks. sen johdosta StPO 163 a § III—V. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Alsberg—Nüse* s. 105; *Jescheck* s. 17 s.; *Klug* s. 35; *Löwe—Rosenberg (Sarstedt)* 136 a rn 1 a; *Peters*, Lehrbuch s. 280; *Ziegler* s. 50. — Tutkimuksessa on tosin korostettu (edellä III 1 a 1), että todisteiden esittämiskieltoihin verrattuna *hyödyntämiskieltojen* oikeusperusteet näyttäytyvät itsenäisinä. Mutta on epätietoista, onko tämä omalakisuus niin täydellistä, että luotettavuuskorotuksella ei enää olisi merkitystä StPO 136 a §:n 3 mom. 2. virkkeen ilmaisevan hyödyntämiskiellon argumenttina; näin kuitenkin *Osmer*, Umfang s. 10 ss.

²⁹ *Alsberg—Nüse* s. 96 (StPO 52 §) ja 100 (StPO 55 §); *Dünnebie*, MDR 1964 s. 965; *Grünwald* s. 499; *Jescheck* s. 18; *Klug* s. 35; *Peters* s. 128 s.; *Sax*, KMR § 52 rn 1 ja § 55 rn 1; *Eb. Schmidt*, JZ 1958 s. 599; *Schütz*, Die Verletzung des § 55 StPO als Revisionsgrund s. 57 s.; v. *Stackelberg*, Juristentag s. 99 ('lähiomainen on huono todistaja'); *Ziegler* s. 27 verr. 97 s. — Huomattakoon, että *Niese*, JZ 1953 s. 223, pitää kaikkien kieltäytymisnormien yhteisenä rationa todistelun luotettavuuden edistämistä.

³⁰ Ks. tämän johdosta edempänä av 383.

³¹ Ks. edellä II b 2.

lustella todistajan (C.p.p. 348,3 art.). Tämän oikeuspiirin tuntemat todistelumenetelmät eivät sisällä erikoisuuksia. Kaikkien kulttuurivaltioiden lainsäädännöt kieltävät käyttämästä pakkoa syytetyn taivuttamiseksi tunnustamiseen.³²

Anglo-amerikkalaisen todistusoikeuden yhtenä erityispiirteenä ovat sen lukuisat todistusharkintasäännöt; niiden tehtävänä on muodostaa tasapainoittava tekijä valamiesten maallikko-ominaisuudelle.³³ Ne epäilemättä vähentävät todistelun luotettavuutta edistävien todistamiskieltojen tarvetta. Silti tähän kategoriaan kuuluvia poissuljentasääntöjä on määrällisestikin paljon. Niiden merkitys tuomioistuinjuristin työllistäjänä on hyvin huomattava.³⁴ Sanonta on oikeutettu erityisesti sen vuoksi, että soveltamisalaltaan perin laaja *hearsay rule* on tyypillinen todistelu-teknisillä välttämättömyyksillä selittyvä todistamiskielto. Kuulopuhe ei kelpaa todisteeksi, koska sellainen lausuma on epäluotettava. Oikeuskehityksen myötä luotettavuuskorotus on saanut rinnalleen muita näkökohtia: syytetyn oikeusturvan tehostamisen,³⁵ oikeuseettisiä ja oikeuspoliittisia argumentteja. Tämän seurauksena puheenalainen alun perin todistelun luotettavuuden takeeksi kehittynyt torjuntasääntö saattaa määrätapauksissa johtaa luotettavankin näytön epäämiseen.³⁶ — Edelleen

³² Ks. tekstissä esitetyn johdosta *Nuvolone* s. 58 ss. ja 64 ss.; *Gorphe*, *L'appréhension des preuves en justice* s. 402 ss.

³³ *Maguire* s. 213; *Mueller* s. 35 ss. ja 48; *Nokes*, mt. s. 18 ss.; *Vliet*, LM 1963 s. 751; *Petersen—Soukka*, Englannin oikeuslaitos s. 175 ss. — Vm. teoksessa käytetty suomenkielinen terminologia poikkeaa tässä tutkimuksessa omaksutusta. Otsikolla »todistussäännöt» (IX luku) käsitellään varsinaisten todistusharkintasääntöjen lisäksi todistelutoimintaa ohjaavia normeja, niiden joukossa myös todistamiskieltoja. Vrt. tämän johdosta esitystä edempänä tekstissä. »Todistussääntöä» onnistuneemmalla vaikuttaa *Jokelan* vastaavasta normiaineistosta käyttämä termi »todistelusääntö»; ks. LM 1963 s. 751 ss. (suomennos). Toisaalta on sanottava, että lähempi tarkastelu saattaisi osoittaa englantilaistenkin todistamissääntöjen joukossa tapauksia, joissa sama oikeuslause kohdistaa vaikutuksensa sekä todistelutoimintaan että todisteiden harkintaan — mahdollisuus johon tutkimuksessa on analogisissa tilanteissa useissa kohdin viitattu. Vrt. nyt lausutun johdosta edellä s. 85 av 30.

³⁴ *Kenny's Outlines of Criminal Law* s. 471 rn 519; *Maguire* s. 10.

³⁵ *Baker*, *The Hearsay Rule* s. 10 ss.

³⁶ Laajasta kirjallisuudesta ks. esim. *Cross* s. 380 ss.; *Gulson*, *The Philosophy of Proof* s. 267 rn 349; *Maguire* s. 11; *Mueller* s. 39 s. ja 40 s.; *Nokes*, mt. s. 267 ss.; *Stelter*, mt. passim; *Jacobsson*, *Hörsägen* s. 8 ss.; *Petersen—Soukka*, mt. s. 185 ss.

tähän ryhmään kuuluu ns. *best evidence*-sääntö; asian luonteen mukaan on kulloinkin sallittava vain paras saatavissa oleva näyttö. Nykyisin sääntö rajoittuu kirjallisiin todisteisiin.³⁷ Etevä amerikkalainen tutkija *Maguire* huomauttaa, että säännön »good sense» on aivan ilmeinen: sanojen harhaanjohtavuus.³⁸

3. Johdantoluvussa on valmistavasti todettu, että *Suomen* oikeudessa todistamiskiellot voidaan määrätapauksissa nähdä totuuden tutkimisen edistäjinä. Oikeudellemme kuten *pohjoismaiselle* oikeudelle ylipäättäänkin on leimallista, että todistuskeinon tai todistelumetodin epäluotettavuus esiintyy harvoin yksinään kannattamassa todistamiskieltoa. Yleensä puheenalainen ratio kumuloituu muiden perusteiden kanssa. Tämä mahdollisuus — oikeusperusteiden kumuloituminen — on todistamiskieltojen yhteydessä syytä mieltää yleisemminkin; todistamiskiellon perusteleminen vain yhdellä oikeusajatuksella on useinkin riittämätöntä.³⁹

Oikeutemme mukaan syytetyn lähiomaisilla on vaitiolo-oikeus (OK 17: 20; ns. kokonaiskieltäytymisoikeus). Todistajan ei liioin tarvitse todistaa itseään tai lähiomaistaan vastaan (OK 17: 24,1:n 1. virke). Mainitut todistamisvelvollisuuden rajoitukset ovat tavanomaisen oikeuden ja poliisiohjeiden nojalla voimassa myös esitutkinnassa. Lähiomaisen vaitiolo-prerogatiivin yhtenä rationa on, että kokemusperäisesti lähiomainen on todistuskeinona epäluotettava.⁴⁰ Täydellä syyllä on lainsäätäjä presumoinut myös sellaisen lausuman todistusarvon vähäiseksi, jonka antaja on vaarassa komprometoida itseään tai lähiomaistaan.⁴¹ Lain esityöt an-

³⁷ *Vliet*, LM 1963 s. 773.

³⁸ *Maguire* s. 31 s. — Parhaan näytön säännöstä ks. lisäksi *Cross* s. 11; *Kenny*, mt. s. 493 s. rn 558—60; *Nokes*, mt. s. 10. — *Gulson*, mt. s. 387 ss., huomauttaa (rn 391—2) että po. sääntö on monessa suhteessa kuvitteellinen »existing in theory and legal phraseology». Kritiikistä ks. lisäksi jäljempänä av 77.

³⁹ Mainittuun seikkaan — oikeusperusteiden kumuloitumiseen — on ennen muita *Peters*, Juristentag s. 165, kiinnittänyt huomiota. Ks. lisäksi *Klug* s. 35; ja Yhdysvaltain oikeuden kannalta *Mueller* s. 41.

⁴⁰ Näin jo *Paulus* sent. V 15 § 3: »Quia rei verge testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit.» — Todistajanpsykologiaa koskevassa tutkimuksessa kysymys lähiomaisista todistajana muodostaa erään keskeisongelman. Ks. tämän johdosta etenkin *Grassberger*, Psychologie s. 204 ja 242 s.; *Panhuisen*, Glaubwürdigkeit s. 4 ss.; *Vetter*, Probleme des Zeugnisverweigerungsrechtes s. 27. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Salmiala*, mt. s. 287; *Tirkkonen* s. 108; *sama*, Totuus s. 170; PLB II s. 390.

⁴¹ Kysymyksessä olevasta näkökohdasta yleisesti ks. *Honkasalo*, DL 1948 s. 234.

tavat suoranaista tukea tässä esitetylle käsitykselle totuuspyrkimyksestä vaitioloprivilegioiden rationa.⁴² Eri pohjoismaissa oikeustila on lähes yhdenmukainen. Tanskan oikeudessa lähiomaisen vaitioloprivilegio kuitenkin rajoittuu vain aviopuolisoihin; lisäksi on säädetty, että oikeus voi velvoittaa syytetyn aviopuolison todistamaan, jos se on tarpeen totuuden ilmi saamiseksi (Rpl 170,2 §).

Lainsäädännössämme on muitakin esimerkkejä siitä, että todistamiskielto on annettu todisteluteknisistä syistä. Osaksi on tässä valossa nähtävä OK 17:22:n määräys, joka kieltää kutsumasta todistajaksi tasavallan presidenttiä. Lainsäätäjä on halunnut vapauttaa tuomarin pulmallisesta todisteiden harkinnasta. Valtionpäämiehen antaman todistajankertomuksen todistusarvon mittaaminen tuomarin toimesta on arkaluonteista.⁴³ Miten asianlaita todellisuudessa onkin, tämä näkökohta jää etäisemmäksi kuin todistamiskieltoa kumulatiivisesti kannattava oikeusperiaate: valtion etu. Tähän näkökulmaan palataan toisessa yhteydessä.⁴⁴

OK 17:11,1:n normitarkoitus on sekin monisuuntainen. Lainkohdassa lausutaan yksityisluonteisten kirjallisten todisteiden esittämisen kielto. Vireille pannun tai alkavan oikeudenkäynnin varalta laaditun kirjallisen kertomuksen antajaa on yleensä pakko kuulla kontradiktorisesti, ellei oikeus »erityisistä syistä» salli todisteen esittämistä. Ensijaisena prosessiajatuksena on todistelun välittömyyden turvaaminen.⁴⁵ Välittömyysperiaate puolestaan selittyy useilla oikeusargumenteilla. Niiden joukossa on määräävimpänä tällaisen todistelutavan välilliseen todisteluun verrattuna suurempi luotettavuus. OK 17:11,1 torjuu sellaisia todisteita, jotka

⁴² Tässä suhteessa erityisen ilmaiseva on HE v:ltä 1937, rikosasiain oikeudenkäyntilain 127,2 §: »Sama olkoon laki (so. todistajaa on kuulusteltava ilman valaa), jos voidaan olettaa, että todistaja sukulaisuudesta syytettyyn tai johonkuhun, jolla on asiassa osa, taikka muusta syystä ei tulisi todistamaan totuuden mukaisesti.»

⁴³ Kuten tekstissä *Beling* s. 10.

Mainittakoon, että v. 1939 esitysluonnoksessa oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta ko. todistamiskielto oli sijoitettu lakisystemaattisesti toisin: todistamisesta vapautettujen ammatinharjoittajaryhmien yhteyteen. Ks. lähemmin *ibid.* 30. luv. 348 §: »Todistamaan älköön vaadittako 1) Tasavallan presidenttiä. — — —»

⁴⁴ Jäljempänä III 1 bd.

⁴⁵ Näin *T. Ellilä*, Todistelusta rikosasioissa s. 173; *Tirkkonen* s. 65; *sama*, Rp II s. 122 s.; ja Ruotsin oikeuden vastaavan määräyksen — RB 35:14:n — osalta *Hassler*, *Bevisrätten* s. 23.

kokemus on osoittanut epäluotettaviksi. Aineellisen totuuden edistäminen osoittautuu nytkin todistamiskieltoa kannattavaksi näkökohdaksi.⁴⁶

Mitä todistelumetodeihin tulee, niiden kohdalla vallitseva numerus clausus-periaate ei ole tyhjentävästi selitettävissä ottamatta huomioon aineellisen totuuden periaatetta. Tämä on tullut esille jo edellä; epäluotettavan todistuskeinon kieltävä OK 17:11,¹ julistaa samalla erään todistutavan — välillisen asiakirjatodistelun yksityisten kirjallisten kertomusten avulla — kielletyksi. Esitutkintaviranomaista sitovat lukuisat todistelumetodikiellot näyttäytyvät nekin monessa suhteessa todistelu-teknisinä välttämättömyyksinä. Ihmisarvon vastaiset ja tahdontoiminnan vapautta vaarantavat kuulustelumetodit tuottavat useinkin todistusarvoltaan kyseenalaista näyttöä.⁴⁷ Epähumaani tai tahdontoimintaa lamauttava todistelumetodi ei tietenkään välttämättä kostaudu todistuloksen epäluotettavuutena. Kuulustelumetodikiellolla on tällöin perusteensa puhtaasti oikeusvaltiollisissa näkökohdissa.⁴⁸ Perustyyppiä edustanee kuitenkin tilanne, jossa oikeuseettiset argumentit kumuloituvat aineellisen totuuden postulaattiin perustuvan luotettavuusvaatimuksen kanssa.

4. Kokonaisuutena edellä esitetty mahdollistaa todistamiskieltojen näkemisen osaksi uudessa valossa. Kun asiantilan luotettavan selvittämisen edistäminen osoittautuu todistamiskieltoja varsin yleisesti kannattavaksi oikeudelliseksi perusteeksi, niiden todistusoikeutemme järjestelmässä omaamaa poikkeusluonnetta on pidettävä vain relatiivisena. Esitettäköön vielä seuraava esimerkki: OK 17:12,³:ssa säädetään, että kirjoitusta, joka on tarkoitettu yksinomaan henkilökohtaista käyttöä varten, ei saa määrätä tuotavaksi oikeuteen, elleivät erittäin tärkeät syyt sitä vaadi. *Hassler* on tulkinnut säännöksen esikuvana ollutta RB 38:

⁴⁶ Kuten tekstissä *T. Ellilä*, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 14; *sama*, Todistelusta rikosasioissa s. 173; *Tirkkonen*, mt. *ibid.*; ja *Gärde*, s. 491, joka nimenomaisesti selittää RB 35:14:n oikeusmotiiviksi todistelun luotettavuuden edistämisen. — Todistelun välittömyyden yleisestä merkityksestä asiantilan selvittämislle ks. esim. *Ekelöf* I s. 96; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 319; *Munch—Petersen*, Den Danske Retspleje I s. 150; *Döhring* s. 28 ss.; *Grassberger*, mt. s. 302 ja 330; *Peters*, Lehrbuch s. 571; *Gorphe*, mt. s. 65 ss.; *Wigmore*, mt., 3. osa, § 1362 s. Ks. lisäksi jäljempänä III 1 bb yhteydessä viitattua kirjallisuutta.

⁴⁷ Ks. tämän johdosta esim. *Esitutkintatoimikunnan mietintö* (1964) s. 16; *Heuman*, Brottets beivrande s. 12 ja 318 s.; *sama*, SvJT 1955 s. 225; *Bratholm*, TKrV 1965 s. 1 ss.; *Innstilling* s. 189.

⁴⁸ Ks. *R. Ellilä* s. 258 av 78 ja siinä mainittua kirjallisuutta.

2,3:ea siten, että lainkohta soveltuu esim. henkilökohtaiseen päiväkirjaan.⁴⁹ Kysymyksessä on hengentuote, jossa ihminen toteuttaa omaa persoonallisuuttaan, siinä hän purkaa minäkohtaista elämys- ja tarveaailmaansa. Näitä merkintöjä hän ei ole tarkoittanut kanssaihmistensä luettaviksi, ne ovat hänen yksityisiä salaisuuksiaan. Kun oikeusjärjestys suojaa tätä intymiteettiä jopa oikeudenhoidon orgaanienkin puuttumisilta, niin puheenalainen (relatiivinen) todistamiskielto palvelee nytkin välillisesti totuuden selvittämistä ja siten prosessin aatetta. Sillä varsin yleisesti on niin, että päiväkirjassaan ihminen esittää täysin keksittyjä fantasioita ja todellisuutta ihannoivia tapahtumainkuvauksia. Näin muodin päiväkirja on todistuskeinona monesti epäluotettava.⁵⁰ Taaskin havaitaan, että todistamiskielto eivät välttämättä edusta rikosprosessin tarkoitukselle vierasta elementtiä.⁵¹ Oikeampaa on pitää niitä rikosprosessuaalisesti varsin normaalityyppisinä menettelymääräyksinä.⁵² Rikos-

⁴⁹ Hassler, mt. s. 65: »Det skulle innebära ett alltför starkt intrång i den enskildes rättssfär, om han skulle vara skyldig att framlägga dagboksanteckningar ... avsedda endast för hans personliga bruk.» — Asiallisesti samoin Tirkkonen s. 78 s.; sama, Totuus s. 171. Ks. lisäksi Ekelöf, Kompendium II s. 423; Gärde s. 532.

⁵⁰ Tekstissä valittu näkökulma ei ole tyhjentävä; monitahoista kysymystä henkilökohtaisen päiväkirjan käyttämisestä todistuskeinona rikosasioiden esittämisenä ja oikeudenkäynnissä käsitellään seikkaperäisemmin toisaalla. Ks. sen johdosta jäljempänä V 2 c ja VI 2 db.

⁵¹ Tätä ajatusta korostaa ennen muita v. Stackelberg, Juristentag s. 99 s. Näin myös Peters s. 95 ('todistamiskielloilla vain osaksi poikkeusluonne'); sama, Juristentag s. 165. Mainittu tutkija on nyttemmin laajan empiirisen materiaalin pohjalta perusteellisesti valaissut todistamiskieltojen prosessitekniistä, totuuden selvittämistä palvelevaa funktiota. Hänen esittämänsä aineisto osoittaa, että myös niihin todistamiskieltoihin, joiden on totunnaisesti nähty suojaavan yksin ulkoprosessuaalisia intressejä, saattaa liittyä kriminalistisia Aspekteja. Peters viittaa erityisesti ääninauhojen ja päiväkirjojen todistuskeinoina sisältämiin virhelähteesiin ja huomauttaa, ettei tämä näkökohta ole tullut riittävästi huomioiduksi hänen Saksan 46. lakimiespäiviä varten laatimassaan alustuksessa. Ks. »Fehlerquellen im Strafprozess», 2. osa, s. 329. Puheenalainen näkökohta — todistelun luotettavuuden edistäminen todistamiskieltojen avulla — on niin ikään Zieglerin tutkimusta »Zweckmässigkeitstendenzen etc.» kannattava eräs keskeinen aspekti. — Muutoin voitaneen tekstissä esitetystä johtopäätöksestä sanoa, että se tuo Suomen ja yleensä pohjoismaisen todistusoikeuden askeleen lähemmäksi anglo-amerikkalaista järjestelmää. Vrt. tämän johdosta Jescheck s. 2.

⁵² Vrt. kuitenkin Kleinknecht s. 1537; sama, NJW 1964 s. 2185; sama, Juristentag s. 79, joka korostaa johdonmukaisesti todistamiskieltojen poikkeusluonteisuutta. Näin myös Pohjoismaiden oikeuden kannalta Andenaes s. 4.

prosessuaalisina välineinä ne tosin saattavat osoittautua liian karkearakenteisiksi edistääkseen prosessin tarkoituksen toteutumista. Eiväthän ne ole — OK 17:11,₁:tä ilmeisesti lukuun ottamatta — *valikoivia* siten, että ne torjuisivat vain totuuden selvittämislle haitallista todistusaineistoa.⁵³ Kaikki edellä kosketellut oikeudenkäymiskaaren määräykset saattavat *yksittäistapauksessa* johtaa siihen, että tuomioistuimien menettää luotettavan todistuskeinon.⁵⁴

bb) Todistelun välittömyys

1. Todistelumenettelyn välittömyys todisteluteknisenä järjestelynä tähtää viime kädessä todistelun luotettavuuden edistämiseen.⁵⁵ Tuomitsevan oikeuden suhde todistuskeinoihin on tällöin sellainen, että todistusvaikutelma perustuu havaintoon.⁵⁶ Suojattuna oikeushyvänä ei kui-

⁵³ OK 17:11,₁ ei voine johtaa luotettavan todisteen menettämiseen: oletetussa tilanteessa on nimittäin »erityinen syy» sallia todisteen esittäminen.

⁵⁴ Tutkimuksessa on verrattu tuomarin ja tiedemiehen tutkimustoimintaa ja osoitettu oleellisia yhtäläisyyksiä mutta myös drastisia eroavuuksia. Päätyneessä esitysjaksossa on sivuttu tuomarin tiedoitemis toiminnan eräitä sellaisia puolia, jotka mahdollistavat suoritettun vertailun täydentämisen. Kuten todettu, lainsäätäjät on tullut totuutta tutkivan tuomarin avuksi luomalla joukon (relatiivisia) todistamiskieltoja, joiden vaikutuksesta käytännön prosessielämässä hyvin huomattava joukko muutoin epäluotettavia todistajia karsiutuu pois vaitiolo-oikeuden tehoisaksi tekemisen seurauksena; arg. OK 17:20 ja 24,₁:n 1. virke. Muutoin todistajan luotettavuuden arvioiminen jää aina tuomarin tehtäväksi. Todistajankertomuksen vakuuttamisvoima riippuu siitä millaisen käsityksen tuomari saa todistajan luotettavuudesta, siis henkilöön kytkeytyvästä subjektiivisesta seikasta. Tuomarin ajattelu on tällöin viime kädessä argumentointia *ad hominem*. Metodisen tieteen pelisäännöt puolestaan eivät tällaista argumentointia salli. Ajattelun historiassa päättely *ad hominem* kuuluu keskiajan tieteseen. Vrt. nyt sanotun johdosta *Jyränki*, LM 1969 s. 885; *Vilkkonen* s. 178 av. 3.

⁵⁵ Todistelussa noudatettavasta välittömyysperiaatteesta yleensä ks. esim. *Aalto* s. 231 ja av 35 b; *Tirkkonen*, Prosessioikeuden johtavista periaatteista s. 433; *Wrede*, Grunddragen s. 179; *Ekelöf* IV s. 42 ss.; *Hassler*, mt. s. 18 ss.; *Trygger*, Skriftliga bevis s. 51; *Hurwitz* s. 49 ss., 358 ja 379 ss.; *Henkel*, Strafverfahrensrecht s. 342 s.; *Sauer* s. 87; *Siegrist*, Grundfragen s. 203; *Roeder* s. 30 s.; *Cross* s. 393 s.; *Maguire* s. 14; sekä etenkin *Löhr*, Unmittelbarkeit s. 41 ja 157, jossa osoitetaan puheenalaisen prosessitekniikan järjestelyn merkitys totuuden tutkimiselle. Ks. lisäksi edellä av 46 mainittua kirjallisuutta.

⁵⁶ *Häussling* s. 88 ja 102; *Löhr*, mt. s. 37.

tenkaan ole yksin rikosprosessuaalinen totuudentutkimisintressi. Osaksi välittömyysperiaatteen ratio näet on eräissä rikosprosessin perustuslainmukaisuudesta johdettavissa vaatimuksissa. Todistelun välittömyyteen liittyy tietty itseisarvo, joka vaatii tämän prosessiajatuksen toteuttamista.⁵⁷ Todistamiskieltoja synnyttävinä ja selittävinä perusteina todistelun välittömyyden periaate ja aineellisen totuuden periaate on siten periaatteessa pidettävä erillään. Tästä aiheutuu erinäisiä systemaattisia vaikeuksia. Tieteen tasolla joudutaan suorittamaan distinktioita, jotka havainto-objektin laadun ja prosessielämän realiteettien valossa ehkä vaikuttavat keinotekoisilta. Samoja oikeussäännöksiä joudutaan valottamaan uusiutuvasti näkökulmista, jotka eivät asiallisesti aina ole kaukana toisistaan. Systemaattiset hankaluudet eivät kuitenkaan saa olla kysymyspiirin käsittelemisen esteenä.

2. Oikeusvertailevassa suhteessa voidaan *Saksan* oikeuden osalta todeta, että laissa olevan määräyksen mukaan todistelun tulee tapahtua tuomitsevan oikeuden edessä (StPO 261 §); välillinen asiakirjatodistelu on kielletty (StPO 250 §). Kirjallisuudessa on katsottu, että todistelun välittömyyden vaatimuksesta seuraa todistamiskieltoja henkilötodistelunkin alueella. Tässä suhteessa on — vastoin liittotuomioistuimen kantaa — esitetty, että käsiin saatavissa olevaa silminnäkijätodistajaa ei saa korvata kuulopuhetodistajalla,⁵⁸ keskustelua ei tällä alueella kuitenkaan

⁵⁷ Ks. tämän johdosta *Schorn*, Menschenwürde s. 62; ks. myös esitystä edempänä tekstissä.

⁵⁸ Liittotuomioistuimen tekstissä mainittu kanta on esitetty eräissä ns. valtionsuoja-asioita koskevista ratkaisuissa; viitattua ns. Vertrauensmann-probleemia, kysymystä anonyymien välillisten todistajien kuulemisesta, ei tässä saateta lähemmin käsitellä. Ongelmaa koskeva kokonaisesitys on *Mehner*, Die Vernehmung von Verhörspersonen im deutschen Strafprozess (1975).

Käsitys, jonka mukaan kuulopuhetodistelu on oletetussa tilanteessa kielletty, ei ole oppihistoriallisesti uusi. Näin jo *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozessrecht s. 319; *Ditzen*, ZStW 10 s. 154; *Gerland*, Der deutsche Strafprozess s. 173; *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage s. 438 av 2297 («... die Vernehmung solcher Zeugen ... gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz verstösst»); v. *Hippel*, Strafprozess s. 391 ja 395. Uudemmassa doktriinissa saman mielipiteen ovat omaksuneet mm. *Grünwald* s. 493 av 42; *Klug* s. 57 ss.; *Kunert*, Juristentag s. 101; *Peters* s. 108; *sama*, Lehrbuch s. 267; *Spendel*, JuS 1964 s. 463 ja 472 s. Jyrkin mielipidesuuntaus on valmis torjumaan kuulopuhetodistelun rajoituksetta. Näin *Ullmann*, Lehrbuch s. 473. Myös *Kohlhaas*, JR 1957 s. 41, viittaa kuulopuhetodistelun vaa-roihin ylipäätään.

voida pitää päättyneenä.⁵⁹ Onko puheenalaisten kieltojen ratio nähtävä eriytyneessä välittömyysperiaatteessa, on kuitenkin kiistanalaista. Koska nimittäin todistelun välittömyys aina palvelee luotettavan tosiasiaain selvittämisen turvaamista, puheenalaiset todistamiskiellot on katsottu voitavan selittää jo tällä suojelutarkoituksella.⁶⁰

Romaaninen oikeus tarjoaa esimerkin siitä, että lainsäätäjä on tietoisesti ja avoimesti antanut välittömyysperiaatteelle itsenäisen tehtävän syytetyn oikeuksien suojaajana. Siten Italian rikosprosessilain 349 artikla kieltää tuomaria ottamasta poliisiviranomaiselta vastaan tietoja, jotka nämä ovat saaneet anonymiteettisuojaan oikeutetuilta henkilöiltä.⁶¹ Kirjallisuudessa on samoin korostettu todistelun välittömyyden ja kontradiktorisen periaatteen keskistä yhteyttä. Niinpä on esitetty, että tuomio ei saa perustua todistelutuloksiin, joita asianosaiset eivät ole saaneet tietoonsa suullisessa käsittelyssä.⁶²

Anglo-amerikkalaisen oikeuden ankara *hearsay rule* näyttäytyy käytännössä todistelun välittömyyden ylläpitämiseen tähtäävänä todistamiskieltona. Mikä tahansa lausuma, koostuipa se puhutuista tai kirjoitetuista sanoista, on torjuttava kuulopuheena, jos lausumaa ei

⁵⁹ Siten *Nüse* pitää kuulopuhetodistelua rajoituksetta sallittuna; ks. *Alsberg—Nüse* s. 199 s. *Westhoffin* mukaan taas kuulopuhetodisteluun saa turvautua vain milloin alkuperäistodistajaa ei tavoiteta; ks. *Westhoff* s. 124. Viimeksi on *Löhr*, mt. s. 51 ss., tutkinut po. kysymystä: Ei voida osoittaa abstraktis-muodollista periaatetta, joka oikeuttaisi edes ehdollisen kuulopuhetodistelua rajoittavan kiellon; *ibid.* s. 84 ja 189. Tämän katsomustavan ei tarvitse merkitä syytetyn oikeusaseman kaventumista eikä puolustuksen rajoittamista kunhan syytetylle aina taataan mahdollisuus tehdä kysymyksiä tiedossa olevalle alkuperäistodistajalle. Ko. näkökohdasta — oikeudellisesta kuulustelusta — muutoin ks. *Stelter*, mt. s. 5 s.; ja *Hormia*, LM 1970 s. 952 s., jossa termi 'oikeudellinen »kuulustelu»' esiintyy toimivirheen johdosta asussa 'oikeudellinen »keskustelu»'.

⁶⁰ Näin *Kern—Roxin* s. 229.

⁶¹ Ks. *Nuvolone* s. 66.

⁶² Todistelun välittömyys muodostaa siten arvokkaan takeen kontradiktorisen periaatteen toteutumiselle. Tässä kohden olennoituu puheenalaisen todisteluperiaatteen itseisarvo: käy havaittavaksi, että todistelun välittömyyden funktio ei tyhjenny todistelun luotettavuuden edistämiseen. Kysymykseen liittyy oikeusvaltiollisia näkökohtia. (Vrt. tämän johdosta jäljempänä III 1 bb 4 sekä av 78 ja 86) Puheenalaisessa suhteessa *Ranskan* ja *Belgian* oikeudet täyttävät korkean standardin; ks. esim. *Stefani—Levasseur* s. 444 rn 588; *Trousse*, La preuve des infractions s. 746.

ole sen antaja esittänyt oikeudessa tietyssä jutussa todistajana kuultuna.⁶³ Säännön todisteluteknisenä perustana on se ajatus, että todistusta ei pidä ottaa vastaan, jollei ole ollut tilaisuutta lausuman antaneen henkilön riskikuulusteluun.⁶⁴ Kuten toisessa yhteydessä on todettu, kuulopuheen torjuva todistamiskielto on alkuaan kehittynyt välttämättömyydestä edistää todistelun luotettavuutta. Erityisesti englantilaisella maaperällä tämä näkökohta on uusimmalla ajalla jäänyt taka-alalle. Oikeuskehitys, jonka juuret ovat 17. ja 18. vuosisadan praksiksessa, on tehnyt *hearsay rule*'sta ensi sijassa syytetyn alistettua asemaa lieventävän suojelusään-
nön. *Hearsay rule* nähdään sääntönä, jossa oikeusyhteisö luopuu osasta etujaan oikeusyksilön hyväksi: prosessitodellisuuden tasolla tämä edellyttää, että syytetty saa osakseen *fair trial*'in, hyvän ja tasapuolisen koh-
telun.⁶⁵

3. *Pohjoismaisessa* oikeuspiirissä *Suomen* oikeus noudattaa todiste-
lun välittömyyden periaatetta tämän oikeusalueen muita oikeusjärjes-
tyksiä rajoitetummin. Mainittu seikka on yhteydessä oikeudenkäyntime-
nettelymme vanhoillisuuteen, sen suullis-pöytäkirjalliseen luonteeseen.⁶⁶

⁶³ V. 1967 annettu Criminal Justice Act on aiheuttanut oikeustilaan muutok-
sia. Ensimmäisessä oikeusasteessa (Magistrates' Court) toimitettavassa esitutkin-
nassa on nyttemmin sallittua käyttää kirjallisia todistajanlausumia aiemmin vaa-
ditun kontradiktorisen kuulustelun asemesta. Syytetyn tulee olla laillisesti edus-
tettuna. Lisäksi edellytetään, ettei hän tai tuomioistuin vaadi suullista todistajan
kuulustelua. — Toisaalta on huomattava, että jo vanha common law- oikeus oli
kehittänyt hearsay rule'iin noin 20 poikkeusta; *Cross* s. 397 ss. — *Mc Cormick*,
Evidence, Title 9: The Hearsay Rule and its Expectations s. 455 ss., mainitsee, että
amerikkalaisessa rikosprosessissa vallitseva suuntaus on johtamassa poikkeuk-
sien jatkuvaan enentymiseen.

⁶⁴ *Williams*, *The Proof of Guilt* s. 140.

⁶⁵ *Stelter*, mt. s. 1 s. — Tekstissä käytetty termi »fair» on vaikeasti käännet-
tävässä suomen kielelle. Termiltä epäilemättä puuttuu muissa kielissä täsmällinen
merkitysvastine; saksalaisen oikeusalueen osalta tästä mainitsee *Guradze*, *Men-
schenrechtskonvention* s. 98. Puheenalainen seikka selittyy »fair» -termitte eng-
lantilaisten juristien keskuudessa vakiintuneesta terminus technicus -tehtävästä:
sanayhdelmässä *fair trial* se ilmaisee Englannin oikeuteen sisältyvän määritte-
lemättömän oikeuskäsitteen. Tarkoituksenmukaisinta onkin, että fair-termiä joh-
dannaisineen käytetään englannin kielen mukaisessa asussa. Vrt. tämän johdosta
Stelter, mt. s. 28 av 87, jossa viitataan kaikessa oikeusvertailevassa tutkimuksessa
kohdattavaan ongelmaan: käsitteiden nimien kääntämisen vaikeuteen. Ks. siinä
suhteessa myös *Herlitz*, mt. s. 100: Jokaisella kielellä on oma »maailmankuvansa».
Samoin erityisesti englantilaisten termien osalta *David*, mt. s. 341 s.

⁶⁶ Ks. tässä suhteessa OK 14:5 ja 17:35. — *T. Ellilä*, *Hovioikeusmenettely*

Uudenaikaisissa pohjoismaisissa prosessijärjestelmissä välittömyysperiaate sisältää oikeuteen kohdistuvan kiellon käyttää hyväksi aineistoa, jonka se on saanut tietoonsa pääkäsittelyn ulkopuolella; tuomion tulee perustua havaintoon eikä pöytäkirjaan.⁶⁷ Lain nojalla on kielletty käyttämästä todisteena vireille pannun tai alkavan oikeudenkäynnin varalta laadittuja kirjallisia kertomuksia, olivatpa ne yksityisluonteisia — esim. todistajaa tai syytettyä koskevia mainetodistuksia (strpl. 336 ja 337 §§)⁶⁸ — tahi esitutkintaviranomaisen pöytäkirjoja (RB 35:14; strpl. 329,2 §); Tanskan oikeus ei edes tunnusta kirjallisia selityksiä »todistuksiksi».⁶⁹ Toisin Suomen oikeudessa: OK 17:11,¹ ei aseta estettä sille, että virallinen syyttäjä esittää tuomioistuimelle poliisikuulustelupöytäkirjan syytteen perusteeksi.⁷⁰

Kirjallisuudessa näyttää Ekelöf katsoneen, että todistelun välittömyyden periaate on ilmaus laaja-alaisemmasta *parhaan todistusaineiston periaatteesta*.⁷¹ Lähellä tätä katsantokantaa on mielipide, jonka mukaan todistelun välittömyyden periaatteen oikeudellisena perusteena on tällaisen todistelutavan tuottaman näytön paremmuus välilliseen todiste-

s. 50, luonnehtii suullis-pöytäkirjallisen menettelyn seuraavasti: »Oikeudessa asianosaiset (avustajat; valtuusmiehet) esiintyvät suullisesti ja todistajia kuulustellaan pääsääntöisesti suullisesti, mutta kaikesta näin tapahtuneesta asiaan vaikuttavat kohdat merkitään oikeuden pöytäkirjaan.» — Historiallisesti menettelymuoto palautuu 1600-luvun loppupuolella po. suhteessa vakiintuneeseen käytäntöön; Hemmer, Suomen oikeushistorian oppikirja I s. 152. Ks. lisäksi Granfelt, Straffprocessrätt s. 9; HE 10.6.1939 s. 14 s.; Sjöström—Alkio, Muodollisesta prosessin johdosta s. 182 ss.; Tirkkonen, Rp I s. 92 ss.; sama, LM 1949 s. 162 ss.; Virolainen, LM 1976 s. 692 (»Suomi lienee tiettävästi ainoa maa, jossa vapaata todisteiden harkintaa sovelletaan suullis-pöytäkirjallisessa menettelyssä.»); Wrede I s. 94 s.

⁶⁷ Ennen 1.1.1948 voimaan tullutta (uutta) oikeudenkäymiskaarta menettely oli Ruotsissakin suullis-pöytäkirjallista; ks. esim. Kallenberg II s. 102.

⁶⁸ Ks. Andenaes s. 14 s.; sama, Straffeprosessen s. 332: Mainetodistusten esittämiskielto voitaisiin perustaa jo strpl. 332 §:ssä lausuttuun todistelun välittömyyden periaatteeseen.

⁶⁹ »Tavallinen» kuulopuhetodistelu sen sijaan on sallittu; ks. Trolle, Procedure i Straffesager s. 54; sekä Tanskan oikeuden johdosta muutoin Gomard, Studier s. 184 s.

⁷⁰ Suomen oloissa kuulustelupöytäkirjan reaalimerkitys on varsinaisessakin oikeudenkäynnissä suuri; näin T. Ellilä, Esitutkinnasta rikosasioissa s. 9. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. HE 1945 N:o 137 s. 18 s. Ks. lisäksi Aalto s. 231; T. Ellilä, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 15; sama, Todistelusta rikosasioissa s. 208; Tirkkonen s. 64 s.; sama, Rp II s. 366 s.

⁷¹ Ekelöf IV s. 47 ss.; V s. 9.

luun verrattuna.⁷² Ajattelutavalla on esikuvansa Englannin oikeuden »best evidence»-säännössä.⁷³

»Paras todistusaineisto» saa käsitesisältönsä prosessin tarkoituksesta. Näyttö on sitä parempaa mitä lähemmäksi se johtaa asiantilan selville saamista ja oikeellisuuden toteutumista. Jos yhtä ja samaa tietolähdettä voidaan vaikeuksitta käyttää useammalla eri tavalla, on valittava se todistelutapa, joka tuottaa luotettavimman näytön. Tämä Ekelöfin formulointitapa viittaa siihen, että arvokäsitteille »luotettavuus» ja »hyvyys» voidaan antaa analoginen merkitysaspekti.⁷⁴ Näiden käsitteiden alkuperäiset käyttöalueet eivät kuitenkaan näytä olevan samalla tasolla. »Luotettavuus» on ensi sijassa todistuskeinon attribuutti kun taas »hyvyys» on todistelutuloksen kvaliteetti. Todistelun luotettavuus ei loogisesti merkitse sitä, että todistelutulos on *asiaan vaikuttava*. »Luotettavuus» on potentiaalisen todistuskeinon ominaisuus, »hyvyys» tarkoittaa konkreettisen todistelutuloksen laatua.

Näkemys, jonka mukaan väitön todistelu on nimen omaan »paras» todistelutapa, on perusteltu.⁷⁵ Vähemmän luontevaa sitä vastoin on pitää todistelun välittömyyden periaatetta eksponenttina erityisestä parhaan todistusaineiston periaatteesta. Koko nimitys on harhaan johtava. Ei voida sanoa, että paras saatavissa oleva näyttö on aina sallittu.⁷⁶ Todistelun välittömyydestä pidetään meillä kiinni rajoitetummin kuin muissa pohjoismaissa. Lakimme ei sisällä Ruotsin RB 35:8:aa vastaavaa, välillisen todistelun laajasti kieltävää yleissäännöstä, jota Ekelöf pitää parhaan näytön periaatteen tärkeimpänä esimerkkinä. Oikeudenkäymiskaaren 17. luvun määräykset eivät oikeuta sellaista yleistystä, että oikeudessamme muka on voimassa erityinen parhaan todistusaineiston periaate. Totuudentutkimiskäsky sellaisenaan asettaa tuomarille toimintamallin, joka on prosessielämän realiteettien ja tarpeiden kannalta yksi-

⁷² Andenaes, Straffeprosessen s. 319.

⁷³ Vrt. Getz, Om bevisførelsens begrepsning i straffesager (1892), jonka mukaan Norjan oikeus »paa dette punkt har ... optaget den engelske rets tanke»; s. 310.

⁷⁴ Vrt. Ekelöf IV s. 47.

⁷⁵ Andenaes, l.c. ibid.; Gulson, mt. s. 127 rn 179. — Vrt. kuitenkin Simader, Beweisanträge s. 194, joka katsoo, ettei väitöntä todistelua voida aina pitää parempana; Saksan Reichsgericht on päinvastoin eräässä ratkaisussaan leimannut välillisen todistelun »paremmaksi»; ibid. av. 12.

⁷⁶ Näin vastaavasti Saksan oikeuden kannalta Alsberg—Nüse s. 200 av 13; Löhr, mt. s. 79 ja 84; Simader, mt. s. 194.

selitteinen ja riittävä. Parhaan näytön periaate eräänlaisena totuuden-tutkimisvelvollisuuden modaliteettina antaa prosessiteknisille tosiasioille niille kuulumattoman imperatiivisen värytyksen.⁷⁷

Ainoa lainkohta, jossa muu kuin paras näyttö on yksiselitteisesti evätty, on todistelun välittömyyden määräävä OK 17:11,¹. Kannanottoa vaativaksi jää lainkohdan osalta enää kysymys siitä, onko oikeutemme kannalta perusteltua nähdä välittömyyspyrkimyksessä itsenäinen todistamiskieltoa kannattava prosessiajatus. Varsin läheiseltä tuntuu nimittäin selitystapa, jonka mukaan mainitun lainkohdan oikeuspoliittisena perusteena on yksin todistelun luotettavuuden edistäminen.⁷⁸

Oikeutemme kannalta *Tauno Ellilä* ja *Tirkkonen* pitävät OK 17:11,¹:n oikeudellisenä rationa toteamusta, etteivät yksityisluonteisiin kirjallisiin kertomuksiin sisältyvät lausumat tarjoa samoja objektiivisuuden takeita kuin tuomioistuimelle välittömästi annetut kertomukset. Lain esityöt

⁷⁷ *Ekelöfin* esityksen jäsentelyn valossa tuntuu läheiseltä, että hän pitää puheenalaista periaatetta välittömyysperiaatteeseen vertautuvana abstraktis-muodollisena so. »todellisenä» prosessimaksiiminä; ks. *Ekelöf* IV § 23. IV. 1 («Omedelbarhetsprincipen») ja 2. B. («Principen om det bästa bevismaterialet»). Erityisesti seuraava lause on tekstissä kritikoidussa suhteessa ilmaiseva: »... präglas en del stadganden av vad jag skulle vilja kalla för principen om det bästa bevismaterialet»; *ibid.* s. 42. Nimitys on saatu Englannin oikeudesta; ks. *l.c. ibid.* av 105 ja siinä viitattua kirjallisuutta. Vrt. kuitenkin *Maguire* s. 31 s., jossa expressis verbis torjutaan ko. nimitys prosessijärjestelmässä vastinetta omaamattomana. *Gulson*, mt. s. 391 rn 522, vakuuttaa lukijansa suorastaan siitä, että parhaan näytön sääntö, käsitettynä yleisesti sovellettavaksi oikeusohjeksi, »is a mere chimera».

⁷⁸ Näin *Gärde*, s. 491, OK 17:11,¹:tä oleellisesti vastaavan RB 35:14:n osalta. Vrt. tämän johdosta esitystä tekstissä av 70 edellä.

Erityisesti edellä oleva Saksan oikeutta koskeva esitys osoittaa, että välittömyysperiaate näyttää vain hitaasti saavuttavan todistamiskieltoja kannattavan itsenäisen oikeusajatuksen aseman. Se on haluttu nähdä ankarasti prosessitek-nisenä rakennelmana, jolloin se on tutkittavassa suhteessa voitu palauttaa todis-telun luotettavuuden edistämiseen. Viimeksi näin on menetellyt *Löhr* edellä viita-tussa tutkimuksessaan; ks. »Unmittelbarkeit» passim. Huomattakoon myös, ettei *Jescheck* anna todistelun välittömyydelle itsenäistä tehtävää todistamiskieltoja perustavana näkökohtana. (Uudenlaista ajattelutapaa edustaa sen sijaan *Rüping*, *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren* 1976; vrt. av 86.) Prosessioikeus näyttää kaiken kaikkiaan olevan vielä varsin kiinteästi positivismin sidottu; vrt. jäljempänä V 1 ab 2 av 57 a; sekä Suomen oikeustieteen tilasta po. suhteessa yleisemmin *Klami*, LM 1977 s. 359. Havainto antaa aiheen tarkistaa tutkittavassa kysymyksessä vakiintuneesti suoritettuja postulointoja. Vrt. tässä suhteessa esitystä edempänä tekstissä.

eivät anna viitteitä siitä, että lainsäätäjä olisi tarkoittanut suojata totuuspyrkimyksen ohella muita oikeushyviä. Tämän kanssa on sopusoinnussa, kun OK 17:11,⁷⁹ on toisessa yhteydessä leimattu — varsin poikkeuksellisesti — valikoivaksi todistamiskielloksi, joka periaatteessa johtaa ainoastaan eksyttävän todistusaineiston torjumiseen. Lainkohdan pohjoismaisittain katsoen suppea soveltamisala yhdessä tämän todistamiskiellon relatiivisuuden kanssa — määräys ei ole poikkeukseton — vain vahvistaa käsitystä totuudentutkimisintressistä ainoana suojeluobjektina.⁷⁹

OK 17:11,^{1:n} mukaan todistelun välittömyys kokee poikkeuksen, milloin sellainen on laissa erikseen myönnetty tai jos oikeus erityisistä syistä sen sallii.⁸⁰ Rikosprosessin osalta edellisen tilanteen merkitys on vähäinen. Toisessa asemassa on jälkimmäinen poikkeus; käytetty sanonta »erityiset syyt» ei kuitenkaan itsessään tuo lisävalaistusta säännöksen suojelusuuntaukseen. »Erityiset syyt» on blankokäsite, jonka tuomari täyttää aksiologis-teleologisten, siis viime kädessä oikeutta luovien arvoistusten avulla. Nytkään tuomari ei voi täysin vapaasti määrätä laissa olevan käsitteen sisältöä.⁸¹ Merkitysaspektia valitessaan hän on sidottu prosessilain johtaviin arvopyrkimyksiin. Tässä suhteessa on mielenkiintoinen *Tirkkosen* esittämä tulkinta, jonka mukaan erityisenä syynä voitaneen pitää myös sitä, että asianosaiset antavat yksityisluonteiselle kertomukselle täyden arvon todisteena.⁸² Asianosainen voi siis oikeusvaikutuksellisin tavoin hyväksyä vastapuolen esittämän kirjallisen todistajankertomuksen. Lisäedellytyksenä kirjallisen todistuksen sallimiselle *Tirkkonen* maimitsee, ettei julkinen etu vaadi kertomuksen antajan henkilökohtaista kuulustelemista. Antaessaan asianosaisen prosessuaaliselle tahdonilmaisulle tulkintatulosta määräävän merkityksen mielipide suosii

⁷⁹ *T. Ellilä*, Todistelusta rikosasioissa s. 5 s.; *sama*, Liike-elämä ja uusi todistus-oikeus s. 15; *Tirkkonen* s. 64 ss.; *sama*, Rp II s. 122; *Tirkkonen—Ellilä*, Muistio s. 22 s. Vrt. *Alkio*, LM 1949 s. 559. Lain esitöiden johdosta ks. HE 1945 N:o 137 s. 18 s.

⁸⁰ Välittömyydestä myönnetyt poikkeukset eivät tyydytä *Isku-ryhmää*, jonka mukaan »nykyinen kirjallisten todisteiden esittämiskielto on liian ehdoton»; ks. Oik.min. ls. osaston julkaisu 2/1976 s. 30.

⁸¹ Vrt. *Schreiber*, Logik des Rechts s. 35; *Jørgensen*, Ret og samfundsdebat s. 65 s. — Mutta tuomari voi kyllä valita sellaisen käsitteen merkitysaspektin, joka lähinnä vastaa hänen tapaansa arvioida ratkaistava probleemi; ks. *Eriksson*, JFT 1966 s. 462 s.; *Joustie*, LM 1970 s. 367 av 10.

⁸² Ks. Rp II s. 124; vrt. *Gärde* s. 492.

asianosaisen yksityistä intressipiiriä. Tätä tervettä tulkinta-ajatusta edelleen kehittämällä voidaan katsoa, että jos *syytetty* vaatii kertomuksen antajan kontradiktorista kuulustelua, välittömyysperiaatteesta ei saa poiketa ellei pyyntöä ole esitetty ilmeisessä shikaanitarkoituksessa. Tällöin on kontradiktoriselle periaatteelle annettu sille kuuluva syytetyn oikeuksia suojaava tehtävä.⁸³

OK 17:11,1:n tulkintaa valaisevana oikeustapauksena mainittakoon Turun HO:n p. 6.6.1972: RO:n jäsenet tuomittiin RL 40 luv. 21 §:n 1 mom:n nojalla varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä, koska nämä olivat, ratkaistessaan erään törkeää rikosta (heitteillepanoa) koskevan jutun, toimituttaneet puutteellisen esitutinnan ja kiinnittäneet ratkaisevaa huomiota ainoastaan jäljennöksinä oikeudelle esitettyihin yksityisluonteisiin kirjallisiin todistuksiin. — Huomattakoon myös OKa 1950 s. 53 s.: Kihlakunnanoikeus oli menetellyt virheellisesti muun muassa siinä, että oikeudessa asiamiehen kautta edustettuna ollut syytetty oli tuomittu rikoksesta, jota koskevaan syytteeseen asiamiestä ei ollut valtuutettu vastaamaan. — Kontradiktorisen periaatteen yleistä merkitystä oikeusturvatakeena valaisee OKa 1971 s. 17: Kaupunginviskaalin, joka oli tehnyt syytteen rikoksesta epäiltyjä vastaan esitutinnan perusteella, jossa näitä ei ollut kuultu, tiedoksi saatettiin, että syylliseksi epäillyn kuulemistä *esitutkinnassa* ennen syytetoimenpiteisiin ryhtymistä häntä vastaan oli pidettävä tavoiteltavana ja rikosprosessuaalisesti moitteettomana menettelynä, vaikkakaan laki ei sitä suorastaan vaadi. — Edelleen praktiksesta havaitaan (OA 1960 s. 40), että oikeudellisen kuulustelun laiminlyönti saattaa *siviiliprosessissakin* muodostaa purkuperusteen.

4. Edellä on oikeussäännöksen — OK 17:11,1:n — tulkinnan avulla annettu kontradiktoriselle periaatteelle todistelun välittömyyden perustava vaikutus. Metodisesti perusteltavissa olisi suorittaa esipositiviseen todistelun välittömyyden periaatteeseen kohdistuva tavoiteanalyysi ja tältä pohjalta ratkaista kysymys suojelusuuntauksesta. Vaikeutena on puheenalaisen periaatteen ahdas, OK 17:11,1:een ankkuroidun soveltamismahdollisuus.⁸⁴ Tästä johtuvin rajoituksin tutkittavassa suhteessa on oikeutemme kannalta yhteenvedollisesti lausuttava seuraavaa.

⁸³ Vrt. tekstissä esitetyn tulkinta-ajatuksen johdosta edellä av 63 mainittu Englannin uudistetun rikosprosessilain po. suhteessa omaksuma kanta: syytetyn sitä vaatiessa kirjallisen lausuman antajaa on kuultava kontradiktorisesti/suullisesti; ks. lähemmin v. 1967 Criminal Justice Act, section 2 ja 9.

⁸⁴ Suoritettu analyysi osoittaa, pelkistetyksi ilmaisten, että OK 17:11,1:n sisältämä todistamiskielto perustuu kahteen eri prosessiajatuksen: todistelun luotetta-

Suojeluobjekteja on useita. Aineellinen totuus on eri yhteyksissä jo mainittu. Kun OK 17:9 edellyttää todistelulta, prosessin tärkeimmältä jaksolta, kontradiktorisuutta, niin todistelun välittömyyden periaate näytetään kontradiktorisuuden varmentajana.⁸⁵ Suojeltavana oikeushyvä ei kylläkään ole kontradiktorisuus ostensiivisesti nähtävänä muotona vaan tämän muodon noudattamiseen pakottavat prosessitavoitteet: aineellinen totuus, syytetyn oikeudet ja yksilön oikeussuoja yleisesti, luottamus oikeudenhoitoon.⁸⁶ Välillinen asiakirjatodistelu riistää syytetyltä oikeuden tehdä kysymyksiä epäsuopealle todistajalle, oikeuden, jota nimenomaisesti edellytetään ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevassa v. 1950 Euroopan sopimuksessa (art. 6 III d)⁸⁷ samoin kuin kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa v. 1966 yleissopimuksessa (art. 14 III e). Viimeksi mainittu sopimus on meillä saatettu, siihen (A:lla 30.1.1976) tehdyin varauksin, virallisen oikeuslähteen asemaan. Tutkittavassa suhteessa niin hyvin perustuslakimme kuin prosessilakimme osoittautuvat täydennystä vaativiksi. Asiantila edellyttää tuomarilta luovaa, perusoikeuksille suopeaa tulkintaa. Todistelun välittömyyden periaatteen merkitystä syytetyn suojelusaäntönä on erityisesti teroitettava aikana, jolloin totalitääriset ideologiat vakavasti horjuttavat ihmisarvoa ja yksilön oikeusturvaa poliittisen vallan käyttäjiä vastaan.⁸⁸

vuoden edistämiseen ja todistelun välittömyyden ylläpitämiseen. Toisessa yhteydessä — jäljempänä VI 3 b — tullaan tarkastelemaan kysymystä voidaanko todistelun välittömyyden vaatimuksesta *sellaisenaan* so. kirjoittamattomana oikeusperiaatteena johtaa todistamiskieltoja.

⁸⁵ Kontradiktorisen periaatteen suhdetta todistelun välittömyyden periaatteen käsitellään alioikeusmenettelyä silmällä pitäen seikkaperäisemmin toisessa yhteydessä; ks. sen johdosta jäljempänä VI 2 da.

Tekstissä lausutun johdosta muutoin vrt. *Walder* s. 54: Syytetyn vahingoksi koituvien todistuskeinojen hyväksikäyttö, joihin nähden syytetty ei ole saanut antaa vastinetta, kvalifioituu oikeudellisen kuulustelun epäämiseksi.

⁸⁶ Lähellä tekstissä esitettyä on *Rüping*, *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs* etc. s. 134 s. Ks. myös *Herrmann*, *ZStW* 1977 s. 180: Oikeudellisella kuulustelulla on huomattava itseisarvo. Sen varsinaisena perustana on ihmisarvo.

⁸⁷ Ks. mainitun sopimuskohdan johdosta *Castberg*, *Den europeiske konvensjon om menneskerettighetene* s. 119 s.; *Guradze*, *Menschenrechtskonvention* s. 109 s. Sen rikosprosessuaalisista sovellutuksista ks. lisäksi *Klug* s. 57 s.; *Seiler*, *JBl* 1974 s. 63.

⁸⁸ Siinä muodossa, jossa puheenalainen ongelma on tekstissä formuloitu, sillä ei ole relevanssia yhteiskuntatodellisuuden tasolla pidettäessä silmällä ahtaasti tässä tutkimuksessa vertailtuja neljää oikeuspiiriä ja rajoituttaessa romaanisen

Todistelun välittömyyttä palveleva todistamiskielto suojelee siis periaatteessa jotakin enemmän kuin rikosprosessin sisäisiin tarkoituksiperiin ankkuroitunutta totuudentutkimisintressiä. Kysymyksessä on itsenäinen todistamiskieltoja kannattava oikeusajatus, joka ei samaistu luotettavuuskorotukseen eikä selity pelkästään todisteluteknisillä välttämättömyyksillä. Syytetyn suojelusääntöinä tähän ryhmään kuuluvilla todistamiskielloilla on epäilemättä tietty takuutehtävä. Mainittu piirre vuorostaan antaa niille merkitystä oikeudenhoitoa kohtaan osoitettavan luottamuksen edistäjinä; tässä näyttäytyy niiden yhteiskunnallinen funktio.

bc) Prosessitalouden periaate

1. *Jescheck* on todistamiskieltoja koskevassa komparatiivisessa esityksessään lausunut, että todistamiskieltojen perusteeksi voidaan muun muassa pohjoismaisessa oikeudessa eräissä tapauksissa asettaa *prosessitalouden periaate*.⁸⁹

Prosessitalous on prosessiteknikkaa.⁹⁰ Menettelyn tulee johtaa päämääränä olevaan tuomioon lyhyintä mahdollista tietä, nopeasti ja vähin

oikeusalueen osalta eurooppalaisiin maihin. Perusongelma — tuomioistuinten suhde poliittisiin päätöksentekijöihin — on sitä vastoin koettu meidänkin maassamme ajankohtaiseksi. Aiheesta viime vuosina käydystä vilkkaasta keskustelusta ks. esim. *Jokela*, Tuomioistuinten asema yhteiskunnassa — eilen — tänään — huomenna s. 22 s.; *Kastari*, LM 1970 s. 993 ss.; *Makkonen*, LM 1970 s. 1056 ss.; *Merikoski*, LM 1972 s. 435 ss.; *Tuominen*, »Tasa-arvo, demokratia, oikeusturva», HS 31. 3. 1972; *Uotila*, Valtiosääntöuudistus koko kansan asia, HS 21. 10. 1973.

⁸⁹ *Jescheck* s. 18 s.

⁹⁰ Toteamus on kuitenkin problemaattinen. Jo käsitteenä »prosessitalous» on hämärä. Siten *Schwab*, NJW 1959 s. 1824, leimaa sen lähes iskusanan arvoksi ja suosittaa pidätyvyyttä käsitteen käytössä. Onkin todettava, että oikeustieteellisten teosten asiahakemistoissa sana »prosessitalous» esiintyy varsin harvoin. *Schumann*, Die Prozessökonomie als rechtsethisches Prinzip s. 271 ss., osoittaa, että toisaalta »prosessitalous» ja toisaalta »tarkoituksenmukaisuus» ja »asianmukaisuus» ovat kyllä lähikäsitteitä. Mutta perinteinen näkemys prosessitaloudesta puhtaasti oikeusteknisenä periaatteena ei hänen mukaansa ole kestävä. Prosessin välttämätön formalismi ja teknisyydet ovat olemassa oikeellisuuden vuoksi. Prosessi saa oikeutuksensa ja rajoituksensa oikeuden aatteesta. Prosessitalouden periaatteella on oikeutuksensa yksin prosessin tarkoituksen edistäjänä; tämän vuoksi se on jotakin muuta ja enemmän kuin »der Blick auf finanzielle, kommerzielle oder ökonomische Zusammenhänge». Prosessitaloudellisia välttämättömyksiä ei pidä toteuttaa prosessin tarkoituksen kustannuksella; *ibid.* s. 287.

kustannuksin. Tosiasioiden mahti ja järkevä intressien punninta on tarvittaessa voitava asettaa prosessuaalisten periaatteiden ankaran soveltamisen edelle. Parhaan rikosprosessin aatetta ei pidä uhrata jäykän periaatteiden palvonnan alttarille. Prosessitalouden periaate ei tosin välttämättä edusta johtaviin prosessiperiaatteisiin nähden erisuuntaista pyrkimystä. Kysymyksessä on tuomarille annettu väljä ajattelumuotti, joka sallii tarkoituksenmukaisuusvalintojen tekemisen prosessinjohtovallan käyttämisessä. Tarpeettomia prosessitoimia ei pidä suorittaa, tarpeellisetkin on suoritettava vain välttämättömässä laajuudessa. Tavoitteista on määräävin oikeudenkäynnin keskitys; tässä suhteessa on olemassa vastaavuuksia rikosprosessuaalisen keskityisperiaatteen kanssa.⁹¹

Tutkittavana olevassa eriytyneessä suhteessa prosessitaloudella tarkoitetaan todistelusta aiheutuvan ajanhukan ja kustannusten oikeasuhtaisuutta pitäen arviointiperusteena jutun merkitystä ja todistuskeinon arvoa.⁹² Totuuden tutkimiselle prosessitalouden periaate asettaa aina huomioitavia rajoja. Siten on tosiasioita, ns. presumtioita eli olettamia, joiden olemassaoloa puoltaa tietynlainen luonnollinen edellyttämys: Ellei yksittäistapauksessa herää perusteltuja epäilyksiä, tosiasiaa on pidettävä totena.⁹³ Niin ikään on tosiasioita, jotka tuomari menettelyssä kertyneen tosiasia-aineiston perusteella (ei: yksityisinä tietoinaan) tietää tosiksi; kysymyksessä saattaa olla esimerkiksi toisessa oikeudenkäynnissä toteen näytetty seikasto⁹⁴ tai esitutkintapöytäkirjojen valossa tosi tosiseikka.

⁹¹ Ks. tekstissä esitetyn johdosta *Aalto* s. 98; *T. Ellilä*, Lausunto s. 30; *Sjöström*, *Processledning* s. 27; *Wrede* I s. 390 s.; *Henckel*, *Prozessrecht und materielles Recht* s. 232; *Sauer* s. 62; *Westhoff* s. 2.

⁹² Näin *Andenaes* s. 4.

⁹³ Kosketeltu todisteluajatus, ns. totena pitäminen/todeksi edellyttäminen (*Wahrunterstellung*) on positiivisessa oikeudessamme suhteellisen selkiintymä-tön. Toisin kuin Saksan prosessijärjestelmässä (ks. StPO 244,3 § i.f.) lainsäätäjää ei ole kyseistä prosessi-ilmiötä Pohjoismaissa huomionut. Joka tapauksessa voidaan todeta, että kysymys kuuluu oppiin presumtioista eli edellyttämyksistä: Todistusaiheen olemassaolosta päätellään, että todistettava tosiseikka on käsillä; ks. esim. *Halila*, *Todistustaakan jaosta* s. 326 ss. Ks. lisäksi *Aalto* s. 235 ss.; *T. Ellilä*, LM 1969 s. 810; *Granfelt*, *Civilprocessrätt* s. 36; *Tirkkonen*, Rp II s. 109; *Wrede* s. 33 ss.; *Bolding*, *Bevisbördan* s. 132 ss.; *Ekelöf* IV s. 84 ss.; *Kallenberg* II s. 569 ss. ja 750 ss. Ks. myös esitystä edempänä tekstissä, jossa kysymyksestä esitetään (Saksan oikeuden osalta) eräitä lähinnä aksiomaattisia huomautuksia.

⁹⁴ Ks. tämän johdosta KoO t. 12.4.1951 taltio 1042; KoO t. 9.7.1956 taltio 1789; KoO t. 20.6.1960 taltio 1793; KoO t. 3.8.1960 taltio 1938; KoO t. 28.1.1963 taltio 196, joissa kaikissa on kysymys rikosasiain oikeudenkäynnin todistusvaiku-

Yhtä hyvin totena pitäminen kuin todeksi tietäminenkin tekevät todistelun tarpeettomaksi. Miksi ryhtyä laajamittaiseen todisteluun, jos ennakolta on varmaa, että todistelutulos ei kykene kumoamaan tuomarin vakaumusta, josta hänen on jutussa esille tulleen aineiston perusteella lähdettävä?⁹⁵ Kysymyksenasettelu on pidettävä erillään OK 17:3,1:n tarkoittamasta tilanteesta, jossa (aputosiasiana käytettävä) tosiseikka on yleisesti tunnettu tai oikeuden viran puolesta tuntema ja jota lainkohdan mukaan ei tarvitse näyttää toteen.⁹⁶

Prosessitaloudelliset näkökohdat saattavat siis tehdä todistelun tarpeettomaksi. Seuraako tästä varsinaisia todistamiskieltoja? Kysymys on oikeuskirjallisuudessa osaksi selkiintymätön. Yhdenmukaisempaa doktriinia on muodostunut vain nyt valotetun probleemipiirin eräällä osalueella, jota systematiikan tasolla usein käsitellään erillisenä kokonaisuutena: Oikeusvoimaisesti ratkaistuille esikysymyksille myönnetään määrätapauksissa todistamiskieltoja synnyttävä vaikutus.

tuksesta myöhemmässä siviiliprosessissa. Mainittu ilmiö — oikeudenkäynnin todistusvaikutus — on pidettävä erillään tuomion todistusvaikutuksesta; ks. *Aalto* s. 230; *Halila*, Lausunto s. 4.

⁹⁵ Ks. tässä suhteessa etenkin *Aalto* s. 223 ss. (»ellei — ensiprosessissa ker-
tynyt — materiaalia voitaisi käyttää ollenkaan, jouduttaisiin melkoiseen pro-
sessiekonomiseen tuhlailuun»; s. 224) ja 236 (»mikä suhde vallitsee rikostuomion
todistusvaikutuksen ja ns. presumtioiden välillä»); *Lager* s. 191. — Korostetta-
koon, ettei tekstissä esitetty sisällä *yleistä* kannanottoa kysymykseen mikä
(todistus-) vaikutus tiettyssä menettelyajissa annetulla tuomiolla on myöhem-
mässä (siviili- tai rikos-) oikeudenkäynnissä, jossa ensiprosessissa vahvistetut
tosiseikat ovat ennakkokysymyksen luonteisia. Ks. tämän johdosta *Aalto*, l.c.
ibid.; *T. Ellilä*, LM 1969 s. 810 s.; *Halila*, mt. s. 3 s.

⁹⁶ Tämän lainkohdan tulkinnasta ks. *Tirkkonen* s. 29 ss. — Yleisesti tunnettu
eli ns. notorinen tosiseikka on asetettava tuomion perustaksi siinäkin tapauksessa,
ettei tuomioistuimien olisi vakuuttunut tosiseikan tosi/epätosi-kvaliteetista. Muu-
toin on huomattava, että kun tuomari normaalisti on tietoinen notorisen tosisei-
kan olemassaolosta, OK 17:3,1:n (1. lauseen) soveltaminen merkitsee poikkeusta
siitä periaatteesta, ettei tuomari saa täydentää todistusaineistoa yksityisillä tie-
doillaan. Vrt. tämän johdosta edellä I 2 b 1. Puheenalaisen periaatteen (»notoria
non egent probatione») johdosta muutoin ks. *Granfelt*, Processledning s. 138 s.;
Halila s. 183; *Tirkkonen*, Rp II s. 112 ss.; *Wrede* s. 10 s.; *Ekelöf* IV 57 s.; *Kal-
lenberg* II s. 598 s.; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 364; *Munch-Petersen*, mt. s.
170 s.; *Alsberg—Nüse* s. 111 ss.; *Krause*, Urkundenbeweis s. 64 s., 141 s., 178 ja
196; *Roeder* s. 140; ja Englannin oikeuden osalta, jossa po. periaate luetaan »judi-
cial notice»-instituutioon, *Nokes*, mt. s. 54 ss. — Oikeustosiasia on harvoin koko-
naisuudessaan notorinen (*Ekelöf*, ibid. s. 58 av 5), rikosprosessin kohde sellaise-
naan ei ole koskaan oikeudellisesti notorinen (*Spendel*, JuS 1964 s. 468).

Oikeutemme kannalta on *Aalto* kiinnittänyt huomiota siihen läheiseen yhteyteen, mikä vallitsee oikeusvoimavaikutuksen ja todistelumahdollisuuden kesken, kun jälkiprosessissa esikysymyksenä käsiteltävästä seikastosta on jo annettu oikeusvoimainen ratkaisu. *Aalto* huomauttaa, ettei minkäänlaisen näytön esittäminen asiassa oikeusvoimaisesti vahvistetun todistamiseksi virheelliseksi tällöin tule kysymykseen; tuomarin on jälkiprosessissa asetettava aikaisempi ratkaisu uuden prosessi- tai asiaratkaisun perustaksi sen aineellista oikeellisuutta tutkimatta.⁹⁷

Esitetty viitetausta muodostaa lähtökohdan ongelman tutkimiselle; se ei sellaisenaan oikeuta johtopäätöstä, että prosessitalouden periaatteesta yleisesti seuraa edes oikeusvoimaisten esikysymysten kvalifioidussa tapauksessa todistamiskielloiksi luokitettavia todistelunesteitä.

2. Prosessitaloudelliset näkökohdat todistelun rajoittajina ovat välttämättömyyksiä, jotka on huomioitava kaikissa oikeusjärjestyksissä. Konstruktiiviset ratkaisut saattavat tosin vaihdella.

Mitä *Saksan* oikeuteen tulee, aika- ja kustannustekijälle myönnetään ilman muuta totuudentutkimisvelvollisuutta rajoittava vaikutus. »Luonnollinen edellyttämys» tosiseikan olemassaolosta — ns. Wahrunterstellung-tapaus — tekee todistelun tarpeettomaksi. Totena pitäminen tuomarin tahdonaktina korvaa näytön ja hän voi luopua tosiseikan enemmästä selvittämisestä.⁹⁸ Subjektiivinen intellektuaalinen momentti tunnustetaan myös siinä tapauksessa, että tuomari jutussa kertyneen näytön perusteella tietää tosiseikan todeksi. Tuomarin ollessa vakuuttunut tosiseikan olemassaolosta todistelun päämäärä on saavutettu. Vallitsee »Beweissattheit».⁹⁹ Oletetuissa tilanteissa tuomarin käyttäytymisvelvoite

⁹⁷ Vrt. kuitenkin KoO 1962 II 2 ja 1963 II 83, joissa omaksuttu kanta merkitsee asiallisesti sitä, että rikosprosessissa julistettu tuomio on myöhemmässä siviiliprosessissa (vastanäytöin kumottavissa olevan) todisteen asemassa. Näin myös v:n 1963 *Esitysluonnoksen* (Mälkki) OK 23:3. Kriteeritistä ks. lisäksi *T. Ellilä*, mt. s. 808 ss., erit. s. 810: Rikostuomiosta ei saa vapaan todistusteorian valitessa tehdä mitään ehdotonta presumtiota; aikaisempaa rikostuomiota voidaan käyttää vain yhtenä, usein ratkaisevanakin totuusargumenttina. — Tähän on yhdyttävä. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Aalto* s. 17 ja 157 av 90; vrt. s. 98: prosessitaloudelliset näkökohdat. Ks. myös *ibid.* s. 74: Ruotsin RB:n mukaan rikostuomiolla on uudessa oikeudenkäynnissä vain vapaasti harkittava todistusarvo.

⁹⁸ Ks. *Alsberg—Nüse* s. 146 ss.; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II rn 58—64 zu § 244.

⁹⁹ Ks. *Ditzen*, Dreierlei Beweis im Strafverfahren s. 26; *Simader*, mt. s. 24 s.

ei kuitenkaan perustu todistamiskieltoon. On lähdetty siitä, että totuuden tutkiminen on alun perin rajoitettu siten, että määrätty tosiasiaimpiiri jää totuudentutkimiskäskyn ulkopuolelle.¹⁰⁰

Myöskin *romaanisen* oikeuden mukaan asiaan vaikuttamattomien ja hyödyttömien todisteiden esittäminen on prosessitaloudellisista syistä kielletty. Tässäkään oikeuspiirissä tilannetta ei käsitellä todistamiskieltona. Siinäkin tapauksessa, että todeksi tietäminen so. tuomarin vakuuttuneisuus tosiseikan olemassaolosta perustuu oikeusvoimaisessa tuomiossa vahvistettuun todistelutulokseen, todistelun tarpeettomuus ei välttämättä johda todistamiskieltoon.¹⁰¹ Saksassa vain StGB 190 §:n erityistapauksessa rikostuomion oikeusvoimaa suojataan todistamiskielloksi luokitettavan normin avulla.¹⁰² Romaanisen oikeusalueen osalta kysymyspiiriä on kirjallisuudessa käsitelty verraten hajanaisesti. Ylipäänsäkin teorianmuodostuksessa havaitsee tiettyä epävalmiutta. Niinpä saksalaisessa kirjallisuudessa voi tavata — virheellisenä pidettävän — mielipiteen, jonka mukaan asiaan vaikuttamattoman näytön epäävä sääntö edustaisi varsin naista todistamiskieltoa.¹⁰³ Edelleen tieteisopissa katsotaan tosin varsin yksimielisesti, että esim. siviilioikeudelliset muotoamistuomiot ja inter omnes vaikuttavat vahvistustuomiot omaavat jälkiprosessissa sitovan vaikutuksen. *Spendel* mainitsee tässä yhteydessä myös hallintoviranomaisen oikeutta muodostavan päätöksen katsoen sen estävän asiantilan jäännöksettömän selvittämisen myöhemmässä rikosprosessissa.¹⁰⁴ Käsitystä, jonka mukaan mainituissa tilanteissa olisi kysymyksessä todistamiskielto, ei kuitenkaan ole vakuuttavalla tavalla perusteltu.

Kaikissa edellä puheena olleissa oikeusjärjestyksissä prosessitalouden sinänsä tärkeä periaate on vain poikkeuksellisesti tiivistynyt todistamiskielloksi. Pikemminkin se rajoittaa asianosaisten oikeutta esittää todisteita siten, että asianosaisten *todistelupyyntö* on evättävä, jos prosessitalou-

¹⁰⁰ Ks. tämän johdosta *Alsberg—Nüse* s. 91 s.; *Kleinknecht* s. 1537; *Sauer* s. 196; *Ziegler* s. 141; vrt. *Jescheck* s. 18.

¹⁰¹ Ks. lähemmin *Gorphe*, mt. s. 31; *Sicard*, La preuve en Justice a près la réforme judiciaire s. 34 ss.

¹⁰² Jo *Glaser* piti tätä määräystä todistamiskieltona; ks. »Beweis» s. 40: »Ein Verbot des Gegenbeweises muss im ersten Satz des § 190 StGB gesehen worden.» — Näin myös vallitseva käsitys nykytieteessä; ks. esim. *Klug* s. 36; *Otto* s. 293; *Peters* s. 104; *Spendel* s. 1104; *sama*, JuS 1964 s. 471 s.

¹⁰³ Näin *Jescheck*, s. 18, perustaan mielipiteensä liittotuomioistuimen ratkaisuun BGHSt. 17, 28.

¹⁰⁴ Ks. lähemmin *Spendel* s. 1104.

delliset seikat tätä vaativat.¹⁰⁵ Toisin *anglo-amerikkalaisessa* oikeudessa. Kuten toisessa yhteydessä on todettu, todistamiskielloille kuuluu etenkin Yhdysvaltojen tuomioistuimissa muutoinkin keskeinen funktio. Todistusjärjestelmän rakenne ja sitä kannattava tarkoitukskompleksi tekee ymmärrettäväksi, että todistamiskielloiksi voidaan luokittaa prosessi-ilmiöitä, jotka mannereurooppalainen juristi sijoittaa lähi-instituutioiden piiriin. Amerikkalainen rikosprosessi on selväpiirteistä asianosaisprosessia, jossa todistelua ohjataan todistamiskielloilla ja poissuljentasäännöillä. Tyyppillisiä ovat todistamiskielto, jotka palvelevat »tuomarin kallisarvoisen ajan säästämistä».¹⁰⁶

Lähemmin eriteltynä prosessitaloudelliset näkökohdat ovat perusteena kahdentyyppisille kielloille: Todistuskeinon esittämistä ei sallita, jos se on asiaan vaikuttamaton, »irrelevant» tai jos se on epäoleellinen, »immaterial». Näiden kriteerien alaisia ovat kysymykset, jotka todistajan nimenneen asianosaisen edustaja tekee todistajalle kriminalisoitua tapahtumainkulkua vastaavassa järjestyksessä (direct examination); samoin kysymykset, jotka vastapuolen edustaja tässä todistelukohtassa todistajalle osoittaa (cross examination). Kumpi tahansa asianosaisedustaja voi esittää vastaväitteen (objection) tällaisten kysymysten torjumiseksi. Jos todisteen sallimista vastustetaan sillä perusteella, että näyttö on irrelevanttia, asiaan vaikuttamatonta, väite tarkoittaa, että kysymys kohdistuu tosiasioihin, joista ei voida johtaa konkreettiseen todistusteemaan kohdistuvia päätelmiä. Tosiasioiden kesken ei tällöin ole tarpeellista loogista yhteenkuuluvuutta. Puheenalainen torjuntasääntö palvelee selvästi prosessin sisäisiä tarkoituksperiä: oikeudenkäynnin rationaaliala järjestystä. Tätäkin selvemmin korostuu prosessitaloudellinen näkökohta todistuskeinon ollessa »immaterial»: Sinänsä relevanttia todistuskeinoja ei sallita, jos tarjottu todiste ei kykene oleellisesti lisäämään tuomarin tuntemusta todistettavasta tapahtumainkulusta. Siten ristikuulustelijalta on oikeuskäytännössä evätty oikeus kysyä lääkäriltä, joka todistajana kuultuna on jo selvittänyt ampumahaavan laadun, oliko laukaus ammuttu läheltä vai kaukaa. Ankaran loogisesti epätietoinen seikka tosin kuuluu asiaan mutta sen merkitys todistusharkinnassa on vähäinen.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Ks. tämän johdosta *Simader*, mt. s. 103.

¹⁰⁶ *Mueller* s. 39. — Ks. lisäksi *Maguire* s. 10, 51, 63, 167 ja 221; *Hirschberg*, *Das amerikanische und deutsche Strafverfahren* s. 15, 45 ja 49 s.; *Honig* s. 11 s.

¹⁰⁷ Tekstissä sanotun johdosta viitattakoon seuraaviin esityksiin: *Cross* s.

3. Edellä on tarkasteltu prosessitalouden periaatetta tuomarille annettuna väljänä ajattelumuottina ja tällöin on todettu, että kysymyksessä on prosessin tarkoituksenmukaisuutta palveleva työväline. Rikostuomarin toiminta on ennen muuta todistelun johtamista ja ohjaamista. Tällä prosessinjohtoon eriytyneellä alueella asetettuja perustavia kysymyksiä on edellä tarkasteltu oikeusvertailevasta näkökulmasta ja tällöin on osoitautunut, että prosessitalouden periaate johtaa mannermaisissa todistusjärjestelmissä vain poikkeuksellisesti todistamiskieltoihin. On sen tähden vähemmän luultavaa, että prosessitaloudellisilla näkökohdilla olisi pohjoismaisessa oikeudessa varsin korostunutta asemaa todistamiskieltojen oikeusperusteiden joukossa. Sitä merkittävämpää on, että Andenaes on tämän oikeusalueen osalta antanut prosessitaloudellisille seikoille varsin keskeisen sijan totuudentutkimisvelvollisuutta rajoittavana perusteena. Mainittuaan totuuden kaikinpuolisen selvittämisen ehdottomana pääsääntönä hän toteaa tästä tehtävän poikkeuksia osaksi ulkoprosessuaalisista intresseistä, osaksi prosessitaloudellisista syistä, kun on otaksuttavissa, että todisteen arvo ei ole oikeassa suhteessa todistelun vaatimaan aikaan ja vaivannäköön.¹⁰⁸ Vaikka Andenaesin käyttämät termit eivät suoranaisesti osoita hänen tarkoittavan todistamiskiellon luonteisia rajoituksia, esitysyhteys tekee tämän tulkinnan läheiseksi. Niinpä Jescheck on oikeusvertailevassa kokonaisesityksessään tulkinnut mainitun esityskohdan siten, että pohjoismaisessa oikeudessa todistamiskielto voidaan perustaa prosessitaloudellisiin syihin. Esimerkkinä hän mainitsee Norjan oikeudessa vallitsevan kiellon esittää (todistajaa ja syytettyä koskevia) mainetodistuksia.¹⁰⁹ Todellisuudessa Andenaes perustelee tämän todistamiskiellon todistelun välittömyyden periaatteella; mainittu näkökohta on rikosprosessilain tasolla tihentynyt todistamiskielloksi.¹¹⁰ Toisessa asemassa on todistajan luotettavuutta koskeva *kontradiktorinen* todistelu. Tanskan ja Norjan prosessilait jättävät tuomioistuimen ratkaistavaksi, onko sellainen todistelu in concreto sallittu (Rpl

15 s. ja 20; Gulson, mt. s. 377 rn 499; Kenny, mt. s. 483 rn 541; Maguire s. 44 ss. ja 221; Mueller s. 39; Nokes, mt. s. 83 s.; Vliet, LM 1963 s. 752 s. ja 762 s.; Honig s. 12; Nagel, mt. s. 125 ss.; Petersen—Soukka, mt. s. 163 ss.

¹⁰⁸ Andenaes s. 4.

¹⁰⁹ Ks. Jescheck s. 19.

¹¹⁰ Ks. »Straffeprosessen» s. 332; vrt. myös edellä av 68 kohdalla olevaa esitystä. — Pidettäessä silmällä yksin prosessitaloudellisia näkökohtia mainetodistusten esittämisen epäävä todistamiskielto ei ole mielekäs.

873 §; strpl. 336 §). Norjan oikeus antaa tuomioistuimelle sanotun harkintavallan myös todistelun koskiessa syytetyn väitettyjä huonoja elämäntapoja (strpl. 337 §). Todistamiskieltojen rationa on prosessuaalinen tarkoituksenmukaisuusnäkökohta ja tällöin viime kädessä prosessitalouden periaate.¹¹¹

Suomen oikeudessa asiaa koskeva perussäännös on OK 17:7. Lainkohdan mukaan oikeuden ei pidä sallia todisteen esittämistä, jos todiste, jonka asianosainen tahtoo esittää, koskee seikkaa, joka on asiaan vaikuttamaton tai selvitetty, tahi jos näyttö on huomattavasti vähemmän hankaluuksin tai kustannuksin saatavissa toisella tavoin.¹¹² Lainkohtaa vastaa Ruotsin oikeudessa asiallisesti yhdenmukaisena RB 35:7.¹¹³ Kysymyksessä on todistelun rajoitus. Siltä osin kuin kielletään esittämästä todistetta, joka koskee asiaan vaikuttamatonta seikkaa, tuomioistuin joutuu askartelemaan kysymyksen parissa, joka on käytännöllisesti sovellettua logiikkaa eikä juridista tekniikkaa.¹¹⁴ Muulta sisällöltään lainkohta lausuu todistusoikeudellisen tarkoituksenmukaisuusajatuksen.¹¹⁵ Jos tosi-seikka on jo selvitetty, todistelulta puuttuu mielekkäys. Aika- ja kustannustekijä määrää kaikkea inhimillistä toimintaa; prosessitaloudellisista välttämättömyyksistä tinkiminen johtaisi huonoon oikeudenkäyntijär-

¹¹¹ Mainittujen lainkohtien johdosta ks. *Hurwitz* s. 318 s.; *Andenaes* s. 14 s.

¹¹² Lainkohdan herättämistä tulkintaongelmista ks. etenkin *Tirkkonen* s. 47 ss.

¹¹³ Ks. sen johdosta *Gärde* s. 483 ss. (»Svensk rätt intar ... ej den ståndpunkten, att bevis, som rör parts eller vittnets trovärdighet ... ej får förebringas.» ibid. s. 484; vrt. edellä av 110 jäljessä olevaa esitystä.); *Hassler*, mt. s. 17 s.; NJA II 1943 s. 457; PLB II s. 384; *Processnämnden* s. 75 ss.

¹¹⁴ Lähellä tekstissä esitettyä on *Getz*, mt. s. 310. Ks. lisäksi ibid. s. 298, 300 ss. ja 311, jossa tarkastellaan relevantin näytön käsitettä jury-tyyppisen tuomioistuimen kannalta.

¹¹⁵ *T. Elulä* kirjoittaa puheenalaisessa suhteessa: »Prosessimenettelyssä valitsee eräänä taustasääntönä prosessiekonomisten seikkojen varteen ottaminen. Uusi todistus tästä taloudellisesti järkevästä periaatteesta on laissa oleva säännös (7 §) siitä, että tuomioistuimella on valta evätä tietynlaisen todisteen esittäminen, jos se on huomattavasti vähemmällä vaivalla tai kustannuksella saatavissa toisella tavoin.» (»Liike-elämä ja uusi todistusoikeus» s. 14). Varhemman oikeuden kannalta vrt. *Wrede* s. 11 ja 199, josta ilmenee, että todistelupyyntöön myöntyminen riippui siitä, kohdistuiko pyyntö relevantteihin faktoihin. Puhtaasti prosessitaloudelliset näkökohdat jäivät siten taka-alalle. Positiivisista oikeusjärjestyksistä tälle kannalle on pitäytynyt *Norjan* oikeus; ks. sen johdosta *Andenaes*, *Straffeprosessen* s. 317 s.

jestykseen.¹¹⁶ Tutkittavassa suhteessa on oleellista, että OK 17:7 ei rajoita *tuomarille* viran puolesta kuuluvaa selonottovelvollisuutta. Sen sijaan lainkohta kaventaa erästä *asianosaisoikeutta*: asianosaisen oikeutta vaikuttaa *todistelupyynnön* esittämisellä tuomarin käyttäytymiseen ja sitä tietä annettavan ratkaisun sisältöön. Totuudentutkimiskäskey jää täysilaaajuisena voimaan. Prosessitalouden periaate ei siis ole lainkohdassa johtanut todistamiskieltoon.¹¹⁷

Edellä esitetyn mukaisesti OK 17:7 ei ilmaise todistamiskieltoa vaan säännöstää todistelupyynnön epäämisen. Ne tosiseikat, joiden olemassaolo aiheuttaa todistelupyynnön epäämisen, eivät perusta todistamiskieltoa. Asianosaisten, tässä tapauksessa rikosjutun vastaajan ja kantajan, näkökulmasta todistamiskielto eivät näyttäyty kieltoina ja käskyinä vaan pikemminkin (oikeudellisina) todistelunesteinä. Ne ilmaisevat heille, että kysymykseen tuleva todiste on vallitsevien tosiseikkojen vaikutuksesta oikeudellisten perusteiden nojalla ei-sallittu ja että tämän johdosta he eivät voi tuloksekkaasti pyytää tuon todisteen esittämistä. Asianosaiset

¹¹⁶ Vrt. OK 16:4,₁: Milloin asianosainen pyytää asian *lykkäämistä* esittääkseen lisänäyttöä tahi muusta syystä, oikeuden on lykättävä asia, jos se katsoo lykkäämiseen olevan syytä; samalla on määrättävä asian uusi käsittelyaika. — Lainkohdan mukaan siten tuomioistuim ratkaisee, onko asianosaisen lykkäyspyyntöön suostuttava. Tällöin sen on otettava huomioon OK 17:7:n määräykset todistelupyynnön epäamisestä: Uuden näytön esiin tuomiseksi asia voidaan lykätä ainoastaan edellytyksellä, että asianosainen tekee todennäköiseksi sellaisen näytön saamisen ja että kyseinen näyttö on asiaan vaikuttavaa; pyynnön esittäjän on samalla selvitettävä, miksi hän ei ole aikaisemmin vedonnut puheenalaiseen näyttöön. Tuomioistuimen katsoessa jutun ratkaisukypsäksi sen on hylättävä lykkäyspyyntö. Asianlaita onkin se, että yhtä hyvin OK 17:7 kuin varsinaisesti jutun lykkäämistä koskevat säännökset OK 16 luvun 4,₆ ja 7 §§:issä sekä RVA 26 §:ssä lähtevät siitä, että tarpeetonta lykkäämistä on vältettävä. Vrt. tämän johdosta edellä av 91 kohdalla olevaa esitystä, jossa on todettu prosessitaloudellisten näkökohtien ja rikosprosessuaalisen keskityksperiaatten läheinen yhteenkuuluvuus. Nyt esitetyn johdosta muutoin ks. *T. Ellilä*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano (2. painos) s. 199; *Sjöström—Alkio*, mt. s. 80 ss., erit. s. 85; *Tirkkonen*, Rp I s. 425 verr. s. 98; *Processnämnden* s. 76.

¹¹⁷ Normikompleksina todistelupyynnön epääminen on siten eri tasolla kuin todistamiskielto. Tässä suhteessa erityisesti *Kleinknechtin*, s. 1537, esitys on valaiseva: Todistelupyynnön epäämisen tapauksessa todistelu/totuuden tutkiminen on alun perin rajoitettu siten, että määrätty tosiasia-mpiiri jää totuudentutkimiskäskyn ulkopuolelle. — Tämän johdosta on kuitenkin huomautettava, että jos oikeus *perusteettomasti* epäää todistelupyynnön, se rikkoo totuudentutkimisvelvollisuuttaan; ks. *Bertel*, ÖJZ 1972 s. 594 ja 597.

eivät voi tehoisasti esittää todistelupyyntöä, joka johtaisi todistamiskielon vastaiseen todisteiden esittämiseen.¹¹⁸

OK 17:7:n normitarkoitus on esitettyä taustaa vasten periaatteessa selvä. Prosessitaloudellisille näkökohdille on mainitussa lainkohdassa annettu todistelua oikeusnormin tasolla ohjaava ja rajoittava vaikutus. Todistelulle on johdettu sidonnaisuuksia parhaan prosessin aatteesta. Tällöin ei kuitenkaan ole kysymys todistamiskiellosta. Jälleen käy havaittavaksi, että todistamiskielto edustavat järjestelmässä jotakin poikkeuksellista, sellaista, mitä ei ilman muuta voida abstrahoida johtavista prosessiajatuksista. Kysymys on kuitenkin problemaattinen.

Edellä esitetystä huolimatta prosessitalouden periaatetta ei voida meidänkään oikeudessamme tyystin sivuuttaa todistamiskieltoja luovia oikeusajatuksia systematisoitaessa. Tuomion oikeusvoiman vaikutus todistelutapahtumaan muodostaa tällöin sen jäännösalueen, jolla prosessitaloudellisille näkökohdille voidaan osoittaa todistamiskieltoa kannattava tehtävä. Kuten *Aalto* on laajasti perustellen todennut, oikeusvoimaisella tuomiolla on aina vaikutuksia uudessa oikeudenkäynnissä suoritettavaan todisteluun.¹¹⁹ Se mitä prosessitalouden periaate abstraktisena ajatusmallina edellyttää toteutuu instituutioiden keskisessä eriytyneessä suhteessa tuomion todistusvaikutuksena, kuten ilmiötä nimitetään. Ensiprosessissa todetut tosiseikat otetaan uudessa oikeudenkäynnissä huomioon tuomioasiakirjan sisältäminä todisteina. Olkoonpa tuomari tällöin vakuutunut noiden tosiseikkojen olemassaolosta tai ei, pitipä hän asiaa tältä osin selvitettyä tai ei, aina on kysymys vaikutuksesta todistusharkintaan eikä todistelutoimintaan. Todistamiskiellon mahdollisuus on siten periaatteessa poissuljettu. Ainoastaan RL 27:5,2:n erityistapauksessa oikeus-

¹¹⁸ Säännönmukaisesti asianosaisen todistelupyyntö tietenkin tarkoittaa relevantin, asiaan vaikuttavan näytön esittämistä. Mikäli todistelupyyntö tällöin täyttää muutkin OK 17:7:ssä kuvatut sallittuisuuden ehdot, tuomioistuim ei voi OK 17:7:n nojalla evätä todistelupyyntöä. Mutta jos puheenalaisessa suhteessa virheetön todistelupyyntö kohdistuu kiellettyyn todistusteemaan tahi edellyttää kielletyn todistuskeinon tai todistelumetodin käyttämistä, todistelupyyntö on evättävä vastaavan todistamiskiellon nojalla. Vrt. tämän johdosta *Alsberg—Nüse* s. 89; ja *Hormia*, LM 1970 s. 309: Jos todistelupyyntö tarkoittaa esim. nimetyn todistajan kuulemista, näytön esittämistä ei voida sallia, jos on olemassa tuon todistajan kuulemisen estävä todistamiskielto. Ks. lisäksi *Simader*, mt. s. 103 (»Unzulässigkeit der begehrten Beweiserhebung«).

¹¹⁹ *Aalto* s. 17 s., 32 s., 157 av 90, 224 ss. ja 232 s. — Ks. lisäksi *Tirkkonen*, Oikeusvoimasta s. 257 ss.; *sama*, LM 1934 s. 113 ss.

voimaisesti ratkaistulla esikysymyksellä on uudessa oikeudenkäynnissä todistamiskiellon perustava vaikutus.¹²⁰ Todistamiskiello perustuu tässä nimenomaiseen lainmääräykseen. Suojattuna oikeushyvinä on rikos-tuomion oikeusvoima.¹²¹ Oikeusrauhan intressi voittaa rikosprosessuaalisen totuudentutkimisintressin. Todistamiskiellon alkuperä on prosessitalouden periaatteessa ja siten prosessitekniikan alueella.¹²²

bd) Valtion etu, virkaedut

1. Todistamiskiellojen oikeusperusteiden erilaisuuden perusteella voidaan suorittaa yksinkertaistava kahtiajako siten, että erotetaan toisaalta oikeusteknisistä näkökohdista annetut »prosessuaaliset» todistamiskiellot, toisaalta oikeuspoliittisiin harkintoihin palautuvat »aineelliset» todistelu-
lunesteet. Määrällisesti oikeuspoliittisista perusteista muodostettavat oikeushyväluokat edustavat enemmistöä. Tästä pitäen tullaan esityk-
sessä pitämään silmällä jälkimmäistä tyyppiä olevia todistelun rajoituk-
sia. Ylimeno oikeusteknisistä oikeuspoliittisiin perusteisiin tapahtuu sel-
västi vasta nyt tarkasteltavan asiaryhmän kohdalla. Valtion edun vuoksi
annetut todistamiskiellot edustavat tyypillisesti määräyksiä, joiden joh-
dosta »totuuteen pääseminen vaikeutuu tai käy suorastaan mahdottomaksi».¹²³ Todistamiskiellolla on tällöin vireillä olevan prosessin tuolle
puolen suuntautuva ja sen tarkoitukselle vastakkainen etäistehtävä.

Asiaryhmänä valtion etu on vaikeasti rajattava. Käyttökelpoiselta näyttävä tapa saada intensioltaan muutoin liian laajalle »valtion edulle» itsenäinen tehtävä todistamiskielloja luovana perusteena on ankkuroida
pohdinta lainmääräyksiin, joissa mainittu ratio liittyy valtion ominaisuu-
teen oikeussubjektina juridis-teknisessä merkityksessä. Jos todistamis-
kiello on annettu valtiolle julkisen vallan kannattajana kuuluvien teh-

¹²⁰ Vrt. *Aalto* s. 228 s. ja 248 av 12: RL 27:5,2:n määräys on käsitettävä rikos-
tuomion prosessioikeudelliseksi sivuvaikutukseksi. Näin myös *Andenaes*, Straffe-
prosessen s. 423, *Norjan* oikeuden sisältämän vastaavan todistamiskiellon osalta;
ks. sen johdosta strl. § 249 n:o 4 a.

¹²¹ Kuten tekstissä Saksan oikeuden vastaavan — StGB 190 §:ään perustu-
van — todistamiskiellon osalta *Klug* s. 36.

¹²² *Jescheck* s. 18.

¹²³ *Tirkkonen*, Totuus s. 170. Samasta seikasta OK 17:23:n mukaisen tilan-
teiston kannalta huomauttaa *Anttila*, Legal protection of professional secrets s. 97.

tävien häiriöttömän täyttämisen suojaamiseksi, se epäilemättä kuuluu tähän ryhmään.¹²⁴ Totuustavoitteen väistymisen syy on erityisen selvä, jos sanonta »valtion etu» suorastaan sisältyy säännöstekstiin. Yksiselitteisesti valtion etu konkretisoituu ja yksilöityy virkaeduissa. Monessa suhteessa juuri virkamiehet ovat valtio.¹²⁵ Virkaedut ovat valtion etuja toisessa asteessa. Intressin ei tässä tapauksessa tarvitse liittyä ahtaasti valtionhallinnollisiin tarkoitukseen vaan todistamiskielto palvelee julkisen hallinnon kaikkia lohkoja, siis erityisesti kunnallista toimintaa.¹²⁶ Kolmantena muunnelman valtion edun totuudentutkimiskäskyä murtava vaikutus liittyy kansainvälisen kanssakäymisen vaatimusten huomioimiseen tuomiovallan käyttämisessä. Ulkopoliittiset intressit ovat valtion etuisuuksista tärkeimpiä. Nämä mahtavat realiteetit pakottavat valtion alistumaan erinäisiin iterajoituksiin rikosprosessuaalisessa totuuden tutkimisessa.¹²⁷ Todistamiskielton normatiivinen perusta on tällöin kansainvälisessä oikeudessa. Tämä seikka vaikuttaa yhdenmukaistavasti kansallisten järjestelmien prosessitodellisuuteen.

2. Toisessa yhteydessä on todettu, että *Saksan* oikeudessa StPO 136 a § muodostaa klassisen tapauksen syytetyn persoonallisuuden suojaksi annettua todistamiskieltoa; samalla on nähty, että suojeluobjektina on myös totuudentutkimisintressi sinänsä.¹²⁸ Mutta lainmääräyksellä on kolmaskin tavoite: Siinä kielletyt todisteiden hankkimismetodit ovat yksittäistapauksittain esiintyessään omiaan murentamaan oikeusvaltion perustaa ja siten vakavasti vaarantamaan kokonaisuuden etua.¹²⁹

¹²⁴ Näin *Beling* s. 6. — Erityisesti *valtiosalaisuuden* käsitteestä ks. *Laufhütte*, GA 1974 s. 52 ss.; *Pallin*, ÖJZ 1973 s. 141.

¹²⁵ Valtio kuuluu niihin ihmisen kulttuuriluomuksiin, joiden kohtalona on »die mannigfachsten Bildungen durchlaufen» (*Julius v. Kirchmann*). Po. suhteessa Suomessa omaksutuista käsityksistä ks. kokoavasti esim. *Mäntynen*, Oikeus 1976 s. 121 ss. ja siinä mainittua kirjallisuutta. Erityisesti todistamiskieltojen valtio-oikeudellisia ulottuvuuksia tutkittaessa näyttäisi hedelmälliseltä korostaa aspektia, jonka mukaan jännityssuhteessa yksilö — yhteiskunta ratkeaa yhä uudelleen, mitä oikeastaan on valtio; kirjoitetut valtiosäännöt on katsottava vain kuvailuryityksiksi.

¹²⁶ Ks. *Beling* s. 8; *Henkel*, Strafverfahrensrecht s. 269; *Seiler*, JBl 1974 s. 60.

¹²⁷ Ks. tässä suhteessa yleisesti *Hormia*, Diplomaatin immuniteetti s. 96 ss. ja siinä viitattua kirjallisuutta. Ks. myös *Sjöholm*, SvJT 1973 s. 208 ss.

¹²⁸ Ks. edellä I 1 e 2 ja III 1 ba 2.

¹²⁹ *Hermes*, Der § 136 a Strafprozessordnung unter besonderer Berücksichtigung des darin enthaltenen Verwertungsverbotes s. 8; *Osmer*, Umfang s. 10; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II § 136a rn 3.

StPO 54 §:n suojelusuuntaus painottuu toisin. Siinä ilmaistut todistamiskiellot palvelevat ensi kädessä virkaetuja kieltäessään julkisen viran haltijoita ilman asianomaista lupaa todistamasta seikoista, joihin nähden heillä on valtiolovelvollisuus.¹³⁰ Pykälän 3. momentti edellyttää, että liittopresidentti voi kieltäytyä todistamasta, milloin todistuksen antaminen olisi vastoin liittovaltion tai jonkin sen osavaltion etua. Virkaetuihin taas perustuu, että esimiesasemassa oleva voi kieltää alaistaan virkamiestä toimimasta asiantuntijana oikeudenkäynnissä. Näin esim. kun asiantuntijalausunnon antaminen kuuluu samalla hallinnonhaaralle toimivalle ylemmälle viranomaiselle ja alaisen kilpailu koetaan häiritsevä¹³¹ (arg. StPO 76,2 §).¹³¹

Ranskan oikeudessa tavanomaisoikeudellisesti moudatettava »lojaliteettiperiaate» on alun perin muodostunut torjumaan esitutkintaviranomaisten liikaotteita. Todistelun yhteydessä tämä näkökohta rajoittaa tuomarin todistusharkinnan vapautta. Yhtäältä lojaliteettinäkökohta tehostaa ihmisoikeuksien suojaa esitutkinnassa, toisaalta se ylläpitää oikeudenkäytön arvonmukaisuutta. Kirjallisuuden valossa jää kuitenkin epätietoiseksi, edustavatko lojaliteettiperiaatteeseen palautuvat käyttäytymisvelvoitteet aitoja todistamiskieltoja.¹³² *Italian* oikeudessa suojataan valtiosalaisuuksia välittömästi rikosprosessuaalisen normin avulla (C.p.p. 352,2 art.); *Belgian* oikeus vuorostaan tarjoaa esimerkin siitä, että virkaetuja suojaava todistamiskielto palautuu aineellisen rikosoikeuden normiin, jossa virkasalaisuuksien paljastaminen on julistettu rangaistavaksi teoksi.¹³³

Anglo-amerikkalaisen oikeuden kuva on tutkittavassa suhteessa hämentävän moni-ilmeinen. Yhtäältä se tuntee common law-oikeuteen perustuvan laaja-alaisen »crown-privilege»-ryhmän; tältä osin todistus-oikeuden aineellinen sisältö tarjoaa läheisiä analogioita mannermaiselle oikeudelle. Klassista tapausta edustaa valtiosalaisuus; tällaiseksi on katsottu esimerkiksi sodan varalta tehty suunnitelma vihollisen mairinnou-
sun torjumiseksi. Niin ikään on valtion virkamiesten välisessä avoimessa tiedotuksessa nähty intressi, jota on suojattava rikosprosessuaalisen

¹³⁰ Ks. esim. *Beling* s. 6 ss.; *Jescheck* s. 20; *Klug* s. 36; *Spendel* s. 1106.

¹³¹ Ks. *Beling* s. 8.

¹³² Ks. tekstissä esitetyn johdosta esim. *Bouzat*, La loyauté dans la recherche des preuves s. 155 ss.; *Nuvolone* s. 70 verr. s. 63.

¹³³ Ks. *Nuvolone* s. 66 s.

totuuspyrkimyksen kustannuksella.¹³⁴ Toisaalta kuvaan tulevat Yhdysvaltain korkeimman oikeuden praksiksen kehittämät ns. modernit todistamiskiellot. Sen johdosta, että amerikkalaiset eivät ole kehittäneet tutkittavia kysymyksiä tarkoin vastaavaa terminologiaa, puheenalaiset oikeusilmiöt on prosessiteoriassa luokitettu todistamiskielloiksi. Manereurooppalaista käsitteistöä käyttäen kysymys on, kuten johdantoluvussa on todettu, todisteiden hyödyntämiskielloista. Toisessakin suhteessa puheenalaiset kiellot sijoittuvat eri tasolle kuin saman oikeuspiirin perinteiset todistamisrajoitukset. Ne eivät näet perustu välittömästi rikosprosessilakiin vaan niiden avulla suojataan erinäisiä perustuslaissa varmennettuja oikeushyviä. Näitä vain nimellisesti todistamiskieltojen tyyppisiä oikeusilmiöitä ei voida sekaannuksitta käsitellä todisteiden esittämiskieltojen yhteydessä, seikka, jonka eräät komparatistit ovat sivuuttaneet.¹³⁵

3. Lainsäätäjälle todistamiskielto edustaa periaatteessa vain yhtä vaihtoehtoista tapaa suojata tiettyä aineellisuonteista intressiä prosessin merkitemältä tosiasialliselta vaaralta. Eri normisubjektien näkemys kilpailevien ratkaisutapojen tarkoituksenmukaisuudesta useinkin vaihtelee. Tyypillisen esimerkin sanotusta tarjoaa *pohjoismainen* oikeus siinä suhteessa, että valtion etua, sikäli kuin on kysymys valtiosalaisuuksien suojaamisesta, toteutetaan kansallisissa prosessilainsäädännöissä osaksi eri tavoin. Tanskan oikeus edellyttää (Rpl 194 a §), että valtiosalaisuudesta kuulustellulle todistajalle asetetaan oikeuden toimesta vaihtolovelvollisuus; määräyksen noudattamisen tehosteena on rangaistus-sanktio. Kuulustelu tapahtuu suljetuin ovin (Rpl 1017,1 a §). Julkisuu-den poissulkemisesta on lähtenyt myös Ruotsin prosessilaki (RB 5:1). Norjan oikeus asettaa tässä kohden relatiivisen todistusteemakiellon siten, että Kuninkaan antama kuulusteluostumus saattaa kiellon raukeamaan (strpl. 180,1 §). Vain Suomen oikeus määrää valtiosalaisuuden absoluuttisesti kielletyksi todistusteemaksi (OK 17:23,1:n 2 kohta).¹³⁶

¹³⁴ Näin Nokes, mt. s. 185.

¹³⁵ Vrt. tässä suhteessa Jescheck s. 19 s. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. Honig s. 5: »... zumal die Amerikaner eine Terminologie zur Klassifizierung der Beweisverbote nicht entwickelt haben.»

¹³⁶ Ks. tämän johdosta Tirkkonen s. 118; sama, Rp II s. 246; ja varhemman oikeuden kannalta Wrede s. 191. Ks. lisäksi Hurwitz s. 475 ja 484; Ekelöf I s. 110; Andenaes, Straffeprosessen s. 205. Esitysluonnoksessa Norjan uudeksi rikosprosessilaksi on po. suhteessa pitäyditty voimassa olevan lain edellyttämään oikeustilaan; ks. Innstilling s. 21 verr. s. 199.

Normatiivisten ratkaisujen erilaisuudesta huolimatta prosessitodellisuuden tarjoama kuva lieenee varsin yhdenkaltainen. Valtiosalaisuudet näet esiintyvät harvoin relevantteina todistusteemoina valtion tuomioistuimissa; tosiasiallisesti siis tässä kohden on olemassa todistusteeman rajoitus.¹³⁷

Viime kädessä valtion etuun perustuu tasavallan presidentille OK 17:22:ssa annettu poikkeusasema. Siltä osin kuin todistajanaolovelvollisuudesta vapauttamisella on haluttu säästää tasavallan presidentti siltä rasitukselta, mitä todistajana esiintyminen aiheuttaa, todistamisvapaus palvelee valtionpäämiehen subjektiivista intressiä.¹³⁸ Tämän ohella on mahdollisesti haluttu välttää siltä ehkäpä kiusalliselta huomiolta, jota todistajan kuulusteleminen sellaisessa tapauksessa herättäisi. Hankalimmat kysymykset liittyvät todisteiden harkintaan. On jo todettu, että todisteiden arviointi on oletetussa tilanteessa arkaluonteista.¹³⁹ Aina on olemassa mahdollisuus, että oikeus arvioi todistajankertomuksen tavalla, joka käytännössä merkitsee tuomioistuimen ja valtionpäämiehen näkemysten eroavuutta, lopputulos, joka on valtion edun vastainen.¹⁴⁰

Virkaetuja suojataan kaikissa neljässä maassa prosessilaissa lausuttujen todistamiskieltojen avulla. Aineellisena oikeushyvinä, johon suoja kohdistuu, on virkasalaisuus. Objektiivisesti todistamiskielto ulottuu yhtä laajalle kuin virkamiehen tahi julkista tehtävää tai asiaa toimittamaan valitun henkilön aineellisoikeudellinen vaitiolovelvollisuus. Asiaa koskeva blankomääräys on OK 17:23,1:n 1 kohta vastineinaan Rpl 169,3 §, strpl. 180,2 § ja RB 36:5,1. Tuomarin käyttäytymismallin lähempi sisältö määräytyy prosessilain ulkopuolella olevien oikeusohjeiden perusteella. Prosessilaki ei perusta vaitiolovelvollisuutta vaan edellyttää sellaisen olevan jo olemassa.¹⁴¹ Oikeusselvyyden edistämiseksi muodollinen oikeus on lakitekstin tasolla koordinoitu aineellisen oikeuden kanssa siten, että aineellisesti oikeudenvastainen julistetaan prosessuaalisesti

¹³⁷ Tähän seikkaan on jo *Wrede*, s. 192, kiinnittänyt huomiota. Ks. lisäksi *Peters* s. 107.

¹³⁸ Tekstissä esitetylle näkökohdalle on osoitettavissa paralleeli roomalaisesta oikeudesta: Pyrkimyksenä oli välttää kutsumasta johtavassa asemassa olevia henkilöitä (etenkin piispoja) oikeuteen; ks. *Glaser*, *Beweis* s. 200.

¹³⁹ Ks. edellä III 1 ba 3.

¹⁴⁰ Kuten tekstissä Saksan oikeuden vastaavan prerogatiivin osalta *Beling* s. 10 av 1.

¹⁴¹ Vrt. *Welamson*, *Läkarsekretessen* s. 20.

ei-sallituksi. Todistamiskielto on relatiivinen: ylemmän viranomaisen tai esimiehen vaitiolovelvollisuudesta vapauttama alainen ei voi kieltäytyä todistamasta. Tanskan, Norjan ja Ruotsin oikeudessa todistamiskielon raukeaminen perustuu asianomaiseen oikeussäännökseen, meillä sen katsotaan johtuvan asian luonteesta.¹⁴² Verrattuina valtion etuun varsinaisessa so. poliittisessa merkityksessä virkaedut ovat hallinnollisina intresseinä siis vaikutuksiltaan heikompia. Vaitiolovelvollisuus ei ole virkasuhteen välttämätön korrelaatti. Virkasuhde muodollisena kriteerinä ei ratkaise vaitiolovelvollisuutta vaan lainsäätäjällä on alakohtaisesti annettujen erityislakien nojalla määrännyt eksklusiivisesti ne intressityypit, joihin vaitiolovelvollisuus liittyy. Lainsäädäntö on tällä alalla johtanut siihen, että vaitioloon velvollisten virkamiesryhmien määrä on nykyisellään runsas. Yksityiskohdat on tässä yhteydessä sivuutettava. Tämän ryhmän eräänlaista perustyyppiä edustaa tuomarin vaitiolovelvollisuus (OK 1:7).¹⁴³

Syvällisesti valtion etua koskettaa se tuomiovallan rajoitus, johon valtio kansainvälisen oikeuden nojalla on velvollinen alistumaan vieraiden valtioiden diplomaattisia edustajia kohtaan. Itserajoituksen reaalinen perusta liittyy itse valtion olemassaoloon ja sen toimintaan valtiona valtioiden joukossa. Oikeudellisesti lainkäyttövallasta luopumisella on kansainvälisessä tapaoikeudessa vuosisataiset perinteet. Tärkein muodollinen oikeuslähde on diplomaattisuhteita koskeva Wienin vuoden 1961 yleissopimus. Oikeustila on tutkittavassa suhteessa lyhyesti kuvattuna se, että diplomaattista immuniteettia nauttivaa henkilöä vastaan ei saa kohdistaa minkäänlaista oikeuspakkoa. Lainkäyttövapautuksesta johtuen diplomaattihenkilö ei ole todistajanaolovelvollisuuden alainen. Toisen selitystavan mukaan kysymyksessä ei ole varsinainen poikkeus todistamisvelvollisuudesta vaan tuomiovallan subjektiivisen ulottuvuuden rajoitus. Todistamiskielon tehoisaksi tulemisen kannalta selitystavan valinta on epäoleellinen seikka. Ratkaisevaa on, että diplomaattihen-

¹⁴² Ks. tämän johdosta *Tirkkonen* s. 116 s., *Hurwitz* s. 477 av 11; *Andenaes* s. 7; *Ekelöf* IV s. 129; *Gärde* s. 498; *Hassler*, mt. s. 34; *Welamson* mt. s. 27; *sama*, FT 1950 s. 313. Ks. myös PLB II s. 392. — Mitä erityisesti *Norjan* oikeuteen tulee, *Stang*, *Rettergangsmåten i straffesaker* s. 141, katsoo, ettei vaitiolovelvollisuudesta vapautetulla virkamiehellä ole ehdotonta todistamisvelvollisuutta. Sellainen syntyy vasta jos oikeus suorittamansa intressivertailun perusteella velvoittaa hänet todistamaan.

¹⁴³ Tämän johdosta viitataan jäljempänä (IV 1 e) olevaan esitykseen.

kilö kelpaa todistajaksi. Niin halutessaan hän voi todistaa asiassa. Hänen todistajankertomuksensa on tällöin todellinen ja prosessuaalisesti virheetön. Lainkäyttövapautus näyttää vaikutuksensa tuomitseviin viranomaisiin kohdistuvana todistamiskieltona, jonka reaalisäältönä on, että diplomaattihenkilöä ei kutsuta tuomioistuimeen todistajaksi. Ulkopoliittisista tarkoituksenmukaisuussyistä valtio kieltää viranomaisiaan käyttämästä vieraan valtion diplomaattista edustajaa rikosprosessissa tietolähteenä muutoin kuin siinä muodossa, että mainitun aseman omaava henkilö omaehtoisesti antaa rikosoikeudenhoidon orgaanille apuaan.¹⁴⁴

be) Ammattisalaisuudet; kansantaloudelliset intressit

1. Kaiken oikeuden liikkeellepaneva voima on intressi. Rikosoikeudellisesti värittyyn vääryyteen on muodollisesti norminvastaisuutta, aineellisesti se on yksilön ja yhteiskunnan elintärkeiden etujen vahingoittamista.¹⁴⁵ Rikosprosessin avulla ylläpidetään rikostunnusmerkistöissä julkilausuttua arvojärjestystä. Vireillä oleva konkreettinen rikosprosessi merkitsee sitä, että sanktiojärjestelmän ennaltaestävä teho on yksittäistapauksessa pettänyt ja suojattu intressi kokenut loukkauksen.¹⁴⁶ Tällöinkin vaatimus intressien vahingoittamisen minimoinnista säilyttää perusteltuisuutensa. Yksi (väitetty) intressin loukkaus — rikollinen teko — ei saa kumulatiivisesti johtaa uusiin intressin loukkauksiin rikosoi-

¹⁴⁴ Tekstissä esitetty perustuu lähinnä *Hormian* esitykseen »Diplomaattisesta immunitetista rikosasioiden esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä» s. 96 ss. Ks. lisäksi *Castrén*, Suomen kansainvälinen oikeus s. 214; *sama*, LM 1962 s. 335 ss.; *Tirkkonen* s. 114; *Ylösjo*, Poliisioikeus II s. 246 av 1; *Sjöholm*, SvJT 1973 s. 208 ss.; *Andenaes*, mt. s. 201 (»poikkeus todistamisvelvollisuudesta vai tuomiovallan rajoitus?»); *Peters*, Lehrbuch s. 291; *Krähenbühl*, Zeugnisverweigerungsrecht s. 7; *Neumann*, s. 1 ss.; *Roeder* s. 11.

Suomessa vallitsevaa oikeustilaa lähinnä poliisin toiminnan kannalta koskevana tärkeänä oikeuslähteenä mainittakoon Poliisin käskykäsikirja N:o 4/1972 (9.11.1972): Ulkomaiden edustustoista, niiden henkilökunnasta ja siihen kuuluvien henkilöiden tekemistä rikkomuksista.

¹⁴⁵ Näin esim. *Alanen*, Yleinen oikeustiede s. 175; *R. Ellilä*, Liikenne-rikos-oikeus s. 14 av 2; *Klami*, LM 1977 s. 361; *Beckman* ym., Brotsbalken I s. 18; *Sauer* s. 9 av 3; *Schönke-Schröder*, Strafgesetzbuch s. 10 rn 1.

¹⁴⁶ Vrt. *Schönke-Schröder-Niese*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts s. 3: »Wo die innere Überzeugungskraft des Rechts versagt, muss der äussere Zwang helfen.»

keudenhoidon orgaanien tiedoittamis- ja selonottoimenpiteiden seurauksena.¹⁴⁷ Toisin sanoen: totuutta ei ole tutkittava mihin hintaan hyvänsä.

Niiden intressien joukossa, joita rikosprosessissa suojataan totuuden tutkimisintressin kustannuksella, ammattisalaisuudet ja niihin läheisesti liittyvät kansantaloudelliset intressit muodostavat — persoonallisuuden oikeussuojan ohella — tärkeimmän ryhmän.

2. Salaisuuden suojaa palvelevissa prosessuaalisissa määräyksissä voidaan periaatteessa erottaa kolme kategoriaa. Osa normeista suojaa poliittista salaisuuspiiriä. Tällöin on kysymys valtion edusta varsinaisessa merkityksessä, sen sisäisestä ja ulkoisesta turvallisuudesta. Toiseksi voidaan erottaa hallinnon suojanalainen salaisuuspiiri. Asianomaiset normit takaavat viranomaisten taholta tapahtuvan julkisten tehtävien häiriöttömän täyttämisen. Teleologinen aines, joka on tämän kategorian perustana, on ilmaistavissa käsitteellä virkaedut. Molempia nyt mainittuja kategorioita on käsitelty edellisessä esitysjaksoissa. Vihdoin voidaan puhua tunnusmerkistöiltään vaikeasti rajoitettavasta yksityisten salaisuuksien piiristä.¹⁴⁸ Siinä laajuudessa kuin ihmiselle tunnustetaan oikeus yksityiselämään ja persoonallisuutensa kaikinpuoliseen kehittämiseen hänelle kuuluu persoonallisuuden suojan perusteella tietty kaikkialla oikeusaloilla tehoisa suojautumisoikeus. Kirje-, lennätin- ja puhe- linsalaisuus on loukkaamaton (HM 12 §), samoin Suomen kansalaisten

¹⁴⁷ Tämän jo tutkimuksen johdantoluvussa korostetun näkökohdan johdosta ks. etenkin *Hermes*, mt. s. 8: Yhteiskunta ei saa rikollisuutta vastustaessaan turvautua keinoihin, joita käyttämällä se itse vajoaisi lainrikkoojan tasolle. Ks. lisäksi *T. Ellilä*, LM 1970 s. 641; *Bratholm* s. 116 s.; *Klug* s. 33 s. ja 39; *Kühne*, Beweisverbote s. 45 s.; *Osmer*, mt. s. 10 s.; *Otto* s. 290; *Peters* s. 93 s.; *Roxin*, JuS 1966 s. 379 ss.; *Schorn*, mt. s. 13 ss.; *Nowakowski*, ÖJZ 1965 s. 282; *Seiler*, Beweismethodenverbote s. 448. — *Sauerin* mielipide, jonka mukaan totuuden selvittämisen edustaa arvokkaampaa tarkoitusta kuin yksilön vapauden ja ruumiillisen koskemattomuuden suoja, on suurella yksimielisyydellä torjuttu. Ks. po. suhteessa *Sauer* s. 138; *sama*, JR 1949 s. 501.

¹⁴⁸ Tekstissä lausuttu perustuu lähinnä *Maetzelin* esitykseen; ks. siitä DVBl 1966 s. 666 s. Erityisesti salaisuuden käsitteestä ks. *Alanen*, LM 1941 s. 170: »Salaisuudella tarkoitetaan yleisessä kielenkäytössä sellaista seikkaa, minkä julkisuuteen saattaminen on omiansa vahingoittamaan yleistä tai yksityistä etua.» Asiallisesti samoin *Anttila*, Legal protection of professional secrets s. 93; *Salmiala*, DL 1950 s. 418; *Tirkkonen*, Tystnadsplikt (Bilaga IV) s. 6. Kuten edelliset jo *Forsman*, Anteckningar öfver de särskilda brotten I s. 411. Ks. po. suhteessa myös *Neumann* s. 154 s. ja 158; v. *Orelli*, Zeugnispflicht und Zeugniszwang s. 138.

oikeus kotirauhaan (HM 11,1 §). Nämä ja lukuisat muut perustuslaillisesti varmennetut oikeushyvät saavat prosessuaalisen täydennyksensä niissä määräyksissä, jotka sallivat kansalaisen todistajana kieltäytyä todistamasta.¹⁴⁹ Yksityisten salaisuuksien kokonaiskuvassa ammattisalaisuudet sijoittuvat reuna-alueelle. Suojatun oikeushyvän liittyminen yksilön persoonaan on etäisempää. Oikeusperusteissa havaitsee voimakkaan yhteiskunnallisen kudoksen. Ylimeno julkisiin salaisuuksiin ei ole terävä.¹⁵⁰

Ammattisalaisuuksien yleinen suojaaminen ei ole lainsäädäntöpoliittisesti tarkoituksenmukaista. Pikemminkin on suoritettava intressivertailu siten, että vain riittävän voimakas julkinen tai yksityinen etu kykenee murtamaan totuudentutkimisintressin. Rikosprosessilaissa on vanhastaan myönnetty seuraaville intressiluokille erikoisasema.

(a) Ihmisen henkinen ja ruumiillinen hyvinvointi on kaiken produktiivisen toiminnan perusedellytys. Viime kädessä tällä alueella lepää yksilön elämän koko mielekkyys. Tarkasteltiinpa asiaa eettiseltä kannalta taikka puhtaasti yhteiskunnallisista hyötynäkökohdista, hoitajan ja hoidettavan välinen luottamussuhde näyttäytyy oikeudellisen suojan arvoisena. Sairaana on voitava tuntea perusteltua luottamusta siihen, että lääkäri ei ilmaise sivullisille enempää potilaan spontaanisti kertomia tietoja kuin diagnoosissa tekemiään kliinisiä havaintoja.¹⁵¹ Hoitoon hakeu-

¹⁴⁹ Ks. tämän johdosta yleisesti esim. *Anttila*, LM 1972 s. 505 ss.; *T. Ellilä*, LM 1967 s. 810; *sama*, LM 1970 s. 643; *Hidén*, LM 1967 s. 780 ss.; *sama*, Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa s. 5 ss.; *Saario*, LM 1968 s. 966. — Persoonallisuuden suojan rikosoikeudellisista aspekteista ks. *Vassalli*, ZStW 74 s. 447 ss. — Tekstissä lausutussa kuvastuu se näkökohta, että nimenomaan persoonallisuuden oikeussuojan vuoksi annetut todistamiskiellot ovat funktioltaan perusoikeusnormien realisointinormeja; ks. *Dünnebier*, MDR 1964 s. 965; *Kühne*, mt. s. 64; *Rupp* s. 199. Vrt. myös esitystä tekstissä.

¹⁵⁰ Vrt. *Düwel*, Amtsgeheimnis s. 28 ss.

¹⁵¹ Kosketeltujen lääkärin vaitiolovelvollisuutta kannattavien esijuridisten näkökohtien johdosta ks. esim. *Ahtee*, LM 1949 s. 681; *Anttila*, Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta Suomen oikeuden mukaan s. 21; *Granfelt*, Juridiska meddelanden 1903:21 s. 180; *Koskimies*, Suomen lääkäriliiton aikakauslehti 1941 s. 1 ss.; *Lavonius*, Suomen Lääkärilehti 1951 s. 621 ss.; *Nuutila*, SPL 1976 s. 16 ss.; *Palmén*, Nordisk Medicin 1957 s. 266 s.; *Salonen*, Suomen Lääkärilehti 1976 s. 526 ss.; *J. Salonen*, SPL 1976 s. 41 ss.; *A. Serlachius*, LM 1913 s. 36 ss.; *Tirkkonen*, Suomen Lääkärilehti 1949 s. 793; *Wrede*, JFT 1891 s. 113 ss.

Ulkomaisesta kirjallisuudesta viitattakoon erityisesti seuraaviin esityksiin: *Welamson*, mt. s. 7 ('lääkärisalaisuus on yhtä vanha kuin itse lääkintätaito'); *Hage-*

tuminen ja hoidon onnistuminen riippuvat merkittävästi tämän luottamussuhteen ehdottomuudesta. Vaitiolovelvollisuus on lääkärin ammatin essentialia.¹⁵²

(b) Voimakkaat yhteiskunnalliset intressit leimaavat myös asianajan toimintaa. Näiden etuuksien ei välttämättä tarvitse olla totuudentutkimispyrkimykselle vastakkaisia. Valtion on edistettävä perustuslaissa taattujen yksilökohtaisten oikeuksien vapaata harjoittamista. Tähän kuuluu puolustusmahdollisuuksien luominen oikeuden rikkomisesta syytetyille. Ihmisoikeuksista käytävän keskustelun nykyvaiheessa ns. syyttömyysolettama on hyvin perusteltu: niin kauan kuin syyllisyyttä ei ole näytetty toteen rikoksesta syytettyä pidetään syyttömänä.¹⁵³ Hän ansaitsee demokraattisen oikeudenkäynnin syyttäjään nähden tasavertaisiin mahdollisuuksiin.¹⁵⁴ Puolustusasianajan oikeusinstituutio palvelee tätä prosessipoliittista tavoitetta. Perusasetelma on sama kuin lääkärin ja

dorn, Juristentag s. 150; *Klug* s. 54; *Peters* s. 123; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht s. 3 ss.; *Blass*, Berufsgeheimhaltungspflicht s. 1 ss. ja 144; *Frey*, Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts s. 41 ('lääketieteellä ja oikeustieteellä tärkeitä raja-alueita'); *Krähenbühl*, mt. s. 114; v. *Schrutka—Rechtstamm*, Zeugnispflicht und Zeugniszwang s. 217 s. ('missä laajuudessa lääkärin vaitiolovelvollisuus on perusteltavissa?').

¹⁵² Näin *Rupp* s. 179, joka tässä kohden viittaa lääkärin vaitiolovelvollisuuden perustuslaillisiin piirteisiin. Asiallisesti samoin *Schlund*, JR 1977 s. 265. Vrt. tämän johdosta *Jescheck* s. 22. Ks. myös *Welamson*, mt. s. 9: Eettisenä velvollisuutena lääkärin vaitiolovelvollisuus on keskustelun tuolla puolen?

¹⁵³ Syyttömyysolettaman historiallinen alkumuoto on osoitettavissa Ranskan vallankumouksen v. 1789 ihmisoikeuksien julistuksessa, josta se omaksuttiin v. 1791 hallitusmuotoon (9 art.); *Guradze*, Unschuldsvormutung s. 159 ss. Silti voidaan väittää, että syyttömyysolettama, »presumption of innocence», on nimenomaan englantilaisen oikeusmaailman lahja mannermaiselle oikeuskulttuurille. Ks. tämän johdosta etenkin *Halila*, In dubio pro reo s. 295 s., jossa valotetaan puheenalaisen oikeusajatuksen taustahistoriaa ja osoitetaan periaatteelle meidänkin oikeudessamme kuuluva nykytärkeä merkitys. Tässä suhteessa on huomionarvoista, että v. 1973 ehdotuksessa esituskintalaiksi syyttömyysolettama on *expressis verbis* lausuttu julki; ks. *Esitutkinta* s. 6. Huomattakoon edelleen, että puheenalainen, Yhdistyneiden Kansakuntien 10.12.1948 hyväksymän Ihmisoikeuksien Julistuksen I artiklan 11 kohdassa julkilausuttu periaate tuli esille OK:n alkupe-
räisessä sanamuodossa (17:33): »Käranden äligger sitt käromål lagliga bevisa; eller vore svaranden fri.» Ks. tämän johdosta *Honkasalo*, NKA 1954 s. 91; sekä yleisemmin *Luommos* 31.7.1977 s. 19.

¹⁵⁴ Tekstissä edellytetty asetelma — tasa-aseisuuden periaate, Prinzip der Waffengleichheit, equality of arms — on monessa suhteessa kuvitteellinen. Asian-

potilaan välisessä suhteessa: asianajajankin toiminta perustuu luottamussuhteeseen. Vaitiolovelvollisuus on näin muodoin psykologisena edellytyksenä sille, että asianosaiset antavat asiamiehilleen tai oikeudenkäyntiavustajilleen oikeita ja niin täydellisiä tietoja, että nämä saavat puolustukselle tarpeellista aineistoa.¹⁵⁵

(c) Erikoisasemassa on rippisalaisuus. Papin vaitioloprivilegion erikoisasema on mielekäs hänen toimintansa transsendentin luonteen nojalla.¹⁵⁶ Nykyinen oikeustila tuskin käy täysin ymmärrettäväksi tuntematta tämän oikeusinstituution kulttuurihistoriallista taustaa; se on tässä yhteydessä kuitenkin sivuutettava. Mainittakoon vain, että kanoni-

laita on todellisuudessa se, ettei edes tuomioistuinmenettelyssä saata olla puhetta mistään tasavertaisuudesta (toisin siviiliprosessissa; ks. *Halila*, LM 1968 s. 119). Vielä jyrkempi epäsuhta vallitsee esitutkinnassa, jossa rikoksesta epäilty on alistetussa asemassa. Ks. tämän johdosta *T. Ellilä*, LM 1970 s. 642; *sama*, SPL 1972 s. 34; *Ekelöf I* s. 47; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 36; *E. Müller*, NJW 1976 s. 1063 ss.; *Roeder* s. 86. Tasa-aseisuuden asemasta on perusteltua ottaa käytäntöön käsite Chancengleichheit siten kuin *Häussling*, s. 85, ja *Peters*, Lehrbuch s. 88 ja 182, menettelevät. Vrt. toisaalta *Alsberg—Nüse* s. 452 ja 502; ja *Bettermann*, JBl 1972 s. 63: »Die Chancengleichheit betrifft ... die Waffengleichheit der Parteien.» Vrt. lisäksi *Guradze*, Menschenrechtskonvention s. 98; ja *Kohlmann*, Waffengleichheit im Strafprozess? s. 311 ss., erityisesti s. 321: Jo oikeusvaltioperiaate edellyttää tasa-aseisuuden periaatetta; expressis verbis mainittu periaate on ilmaistu ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevassa v. 1950 Euroopan sopimuksessa (art. 6 I:n 1. virke). Näin myös *Sauer* s. 127: Syytetyn puolustus takaa tasa-aseisuuden, jota on pääkäsitellyssä ankarasti noudatettava. — Mielenkiintoinen on *Meyerin*, Dialektik im Strafprozess s. 93, esittämä rinnastus, jonka mukaan puolustusasianajajan roolin perustana on samanlainen periaate kuin mikä määrää opposition tehtävää demokraattisessa parlamentissa.

¹⁵⁵ Ks. tämän johdosta esim. *Hertzberg*, JFT 1963 s. 285; *Kivimäki*, Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu s. 1 s. ja 39 s.; *Salmiala*, DL 1950 s. 412 ss.; *Tirkkonen*, mt. s. 8 ss. Ks. lisäksi *Palmgren*, JFT 1963 s. 413 (eräs keskustelukysymys) sekä etenkin *Holmström*, DL 1920 s. 235 ss. — Kysymyspiiriä valottavasta skandinaavisesta kirjallisuudesta ks. esim. *Bomgren*, TSA 1937 s. 221; *Welamson*, TSA 1962 s. 288 ss.; *Lous*, Sakførers taushetsplikt s. 28 ('vaitiolovelvollisuuden oikeusperuste tavanomaisessa oikeudessa') ja 30. Ks. myös *Westman*, TSA 1963 s. 398: Asianajaja asettaa etusijalle yksityisen klientin toivomukset ja yleisön luottamuksen asianajajakunnan lojaliteettiin. Muiden asia on pitää huolta oikeusjärjestyksen toivomuksista. — Huomattakoon, että *Neuvostoliiton* rikosprosessissa todistamisvelvollisuudesta tehdään poikkeus (vajaakykyisten henkilöiden ohella) ainoastaan puolustusasianajajan hyväksi; ks. *Lous*, mt. s. 107.

¹⁵⁶ *Bosch*, Grundsatzfragen s. 88.

sessä oikeudessa rippisalaisuus, sigillum confessionem, oli jo 1200-luvulla vaitiolovelvollisuuden suojaama. Rangaistussanktioin tehostettua vaitiolovelvollisuutta vastasi todistamisvelvollisuuden rajoitus oikeudenkäynnissä. Katolisen teologian kehittämä ja sittemmin protestanttisten kirkonmiesten omaksuma konstruktio oli, että rippi-isä ei ollut kuullut hänelle uskottua ensi sijassa ihmisenä vaan Jumalan edustajana; tästä syystä hän ei voinut disponoida tiedonsisällyksestään samalla tavoin kuin omista inhimillisistä tiedoistaan.¹⁵⁷

(d) Edellä kosketeltujen klassisten ammatinharjoittajaryhmien vaitioloپرerogatiivi on eurooppalaisessa todistusoikeudessa yleensä vakiintunut.¹⁵⁸ Toisessa asemassa ovat aikakautisten painokirjoitusten toimittajat. Oikeudellisesti tunnustettuna realiteettina sanomalehden toimittajien — lyhyiden vuoksi käytetään tätä ilmausta — vaitiolo-oikeus on myöhäissyntyinen. Puheenalainen privilegio on ammattiyhdistysliikkeen voittoja, tulos määrätietoisesta poliittisesta joukkoesiintymisestä.¹⁵⁹ Nyky-yhteiskunnassa tämän vaitioloپرerogation perusteltuisuutta voidaan tuskin vakavasti asettaa kyseenalaiseksi. Nykyaikaisessa demokradiassa sanomalehdistöllä on tärkeitä valtio-oikeudellisia tehtäviä. Sanomalehdistö myös varsinaisesti muodostaa sen foorumin, jossa kansalaisten perustuslaillisesti turvattu ajatuksen- ja sananvapaus todellistuu.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Ks. *Beling* s. 19; *Wach*, Gerichtssaal 66, s. 24 s.; *Neumann* s. 152 ja 161; *v. Orelli*, mt. s. 136; *v. Schrutka-Rechtenstamm*, mt. s. 200 ja 203.

¹⁵⁸ Vrt. tämän johdosta *Noll*, Geheimnisschutz und Zeugnispflicht s. 139: *Sveitsin* eri kanttoonien prosessilainsäädäntöjen tarjoama kuva on muutoin sangen kirjava, mutta siihen tuo yhdenmukaisuutta näiden kolmen klassisen ammattiryhmän kohdalla toteutettu todistamisvapautus.

¹⁵⁹ Puheenalaisessa suhteessa kiintoisa on *Klugin*, Presseschutz im Strafprozess s. 28 s., mainitsema yksityiskohta: Ennen lehtimiehen anonymiteettisuojan legalisointia ainoa tapa toteuttaa lehdistön vapaus oli mennä ammattinsa puolesta vankilaan. Ja näin todella tapahtui: oli muodostunut yli 100 vuoden aikavälin kattava perinne valita ennemmin painostusvankeus kuin paljastaa tietolähde. Vuosisadan vaihteessa tapahtui, että »Frankfurter Zeitung» lehden koko toimistuskunnasta 3/4 osaa oli samanaikaisesti vankilassa.

¹⁶⁰ Sen johdosta, että ajattelua suojataan normein jo perustuslain tasolla, lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeuden takaavat todistamiskiellot omaavat — selvemmin kuin esim. lääkäri- ja asianajosalaisuutta suojaavat vaitioloپرerogatiivit — perustuslaillisen värietyksen. Vrt. tämän johdosta *Möhl*, Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse s. 20 ss.; *Vetter*, Probleme des Zeugnisverweigerungsrechtes s. 21 ja 24.

Sanomalehtimiehen oikeus salata uutislähteensä palvelee elintärkeitä yhteiskunnallisia ja yksilöllisiä etuja.¹⁶¹

(e) Lääkäri-, asianajo-, rippi- ja lehdistösalaisuuden ohella on viidentenä perinteisesti huomionarvoisena salaisuuslajina mainittava liike- ja elinkeinosalaisuudet. Suojelu kohdistuu kansantaloudellisiin intresseihin. Liike- ja elinkeinosalaisuudella on yritystoiminnassa määrätty varallisuusarvo, joten sen paljastamisesta koituu elinkeinonharjoittajalle taloudellista tappiota.¹⁶² Aikana, jolloin taloudellisen kasvun ideologia saa yhteiskuntakehitystä ohjaavien voimien joukossa yhä määräävämmän aseman, nyt puheena olevan intressiluokan reaalimerkitys on arvioitava erinomaisen suureksi.

Edellä esitetty antaa aiheen eräisiin huomautuksiin. On todettava, että yhtä vähän kuin julkisten ja yksityisten salaisuuksien välinen ero on raja-alueilla erityisen selvä, yksityisten salaisuuksien sisäisessä suhteessa ei välttämättä ole perustavaa eroa eri salaisuuslajien välillä. Maalustumisen seurauksena lääkäri ja asianajaja ovat saaneet lähes rippi-

¹⁶¹ Ks. nyt lausutun johdosta LvK 1966 N:o 2. Ks. lisäksi Aalto, Lehtimiehen anonymiteetti s. 22 ss.; Broms, Valtiovalta ja lehdistön painovapaus s. 28 ss.; Kaira, Pressens anonymitetsrätt s. 83 ss.; Kastari, JFT 1960 s. 70 ss.; Nybergh, JFT 1953 s. 109 ss.; Johansson, Lag och etik för massmedier s. 11 ss. ja 25 ss.; Klug, Juristentag s. 144; Nef, ZStW 85, 1969 s. 113 ss.; Pallin, ÖJZ 1973 s. 144 (»Ohne freie Informationsmöglichkeit gibt es ... keine freie Presse.»); Sidler, Das Redaktionsgeheimnis im schweizerischen Strafprozess, passim.

¹⁶² Ks. tässä suhteessa etenkin M. Castrén, Liikesalaisuuksien oikeussuojasta s. 6 s., 12, 51 s., 59 s. ja 139 ss. Ks. myös Alanen, LM 1941 s. 170 s.; Tirkkonen s. 129 ss.; Tetzner, JZ 1975 s. 391 (tekninen salaisuus — »know how» — varallisuus oikeutena). — Huomattakoon, että liikesalaisuuden suojaa koskevat lainmääräykset — lähinnä VilpKilpL 11 §:n 1 ja 2 mom., TSL 15 §:n 1 mom. sekä OK 17:24,1:n 2. virke — käyttävät termiä »liikesalaisuus» merkityksessä, joka on lähes synonyminen »ammattisalaisuuden» kanssa. M. Castrén, mt. s. 10, huomauttaa tämän johdosta, että »liikesalaisuus» viittaa yrityksen taloudellisuonteisiin salaisuuksiin kun taas »ammattisalaisuus» tarkoittanee etupäässä teknisluonteisia salaisuuksia.

Tässä tutkimuksessa »liikesalaisuudella» tarkoitetaan ahtaasti OK 17:24,1:n 2. virkkeen edellyttämää elinkeinotoimintaan liittyvää liike- tai ammattisalaisuutta; termillä »ammattisalaisuus» (»sigillum professionis») vuorostaan kuvataan kutsumusluonteisissa tehtävissä toimivien henkilöryhmien ammattietiikan mukaista »aatteellista» salaisuutta (»kallsmessig tushetsplikt»; Andenaes, Straffeprosessen s. 202). Vrt. muutoin esitystä tekstissä.

isän roolin.¹⁶³ Eritoten psykiatri harjoittaa meidän aikanamme lähes sielunhoitoon verrattavaa toimintaa.¹⁶⁴ On tavallista, että henkilö neuvottelee avioliittokriisin johdosta psykiatrin kanssa mutta tarvitsee samalla asianajajan lainopillista apua ja ehkäpä myös verovalmistelijan palveluksia.¹⁶⁵ Tällöin ylitetään jo yksityisen salaisuuspiirin raja, ja suo-
jeluobjektina tulevat kuvaan salaisuuden itsensä ohella virkaedut. Toi-
saalta vaitioloperusteet saattavat kumuloitua. Ajateltakoon vaikkapa mahdollisuutta, että vaitiolovelvollinen virkamies, esim. hintaneuvoston jäsen, saa tiedon liike- ja elinkeinosalaisuudesta. Tällöin ajankohtais-
tuva todistamiskielto suojaa virkaetujen ohella kansantaloudellisia int-
ressejä.¹⁶⁶

Muutoin on todettava, että vaitioloon oikeutettujen ammatinharjoit-
tajaryhmien määrä näyttää jatkuvasti kasvavan. Ilmiö on psykologisesti
väritynyt. Prosessilain tasolla tunnustettu vaitiolo-oikeus koetaan sta-
tussymboliksi. Etujärjestöjen aktio vaitiolo-oikeuden saavuttamiseksi
perustuu useinkin ahtaasti ammatillisiin ambitioihin. Kun nyt jo kir-
janpitäjät ja tilintarkastajat ovat vaatimassa todistajan vaitiolo-oikeutta
niin tämä on antanut aiheen sanoa, että julkisen tunnustuksen ja arvon-
annon käsirahaksi tarvitaan aavistuksen verran laillistettua mystiik-
kaa.¹⁶⁷

3. *Saksan* oikeuden mukaan ammattisalaisuudet eivät ipso jure nauti
rikosprosessuaalista suojaa. Privilegoidulla todistajalla ei ole vaitiolo-

¹⁶³ *Bomgren*, TSA 1937 s. 221; *Tirkkonen*, Tystnadsplikt (Bilaga IV) s. 8.

¹⁶⁴ *Bosch*, mt. s. 88.

¹⁶⁵ Näin *Bosch*, mt. s. 85, joka tekee tästä sen johtopäätöksen, että mainittu-
jen salaisuusmuotojen kesken ei ole perustavaa eroa. Katsomustapa on yksipuo-
linen; se jättää huomioon ottamatta, että siirryttäessä ammattiryhmästä toiseen
luottamussuhteen intensiteetti vaihtelee. Vrt. *Neumann*, s. 169.

¹⁶⁶ Vrt. *Andenaes*, Straffeprosessen s. 206; *Lous*, mt. s. 66.

¹⁶⁷ Näin *Maguire* s. 100. Myös *Sarstedt*, s. 16, on kiinnittänyt huomiota pri-
vilegioitujen ammatinharjoittajaryhmien hypertrofiaan: vuonna 1926 kyseinen
luettelo käsitti vain papit, puolustusasianajajat, oikeusasiamiehet ja lääkärit, 1966
näitä ammatteja on 24. Vrt. tämän johdosta *Jescheck* s. 22, joka ei epäröi huo-
mauttaa, että ammattiyhdistyksiä on kiinnostanut päästä StPO 53 §:n luetteloon
siihen liittyvän arvovaltaisuuden vuoksi. Itävaltalaiset *Foregger*, Juristentag s.
127, ja *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 314, puolestaan ovat lukeneet dStPO 53 ja 53 a §§:ien
luettelot ulkomaalaisen silmin ja saaneet aiheen kysyä kenen enää tarvitsee todis-
taa.

velvollisuutta, ainoastaan vaitiolo-oikeus.¹⁶⁸ Ulkoprosessuaaliset salaisuuden suojaa tehostavat normit yhdessä kieltäytymisoikeuden kanssa johtanevat prosessitodellisuudessa yleensä siihen, että todistaja ei paljasta ammattisalaisuutta. Asianomaiset todistusteemat jäävät siten todistelun ulkopuolelle. Kirkko-oikeuden mukaan rippisalaisuus on erityisesti ankarasti suojattu. Rikoslaisissa säädetään määrätyille henkilöryhmille rangaistus toisen salaisuuksien ilmaisemisesta. Näiden todistustesteiden poissulkemisen oikeudenkäynnistä voivat saada aikaan vain prosessilaissa mainittu ammatinharjoittajaryhmät käyttämällä vaitiolo-oikeuttaan. Jos taas todistaja ilmaisee salaisuuden oikeudelle, menettely on prosessuaalisesti täysin korrekti, olkoonpa että hän tällöin rikkoo ammatillista vaitiolovelvollisuuttaan ja vieläpä saattaa itsensä alttiiksi rikosoikeudellisille seuraamuksille. Tältä osin aineellinen rikosoikeus ja rikosprosessioikeus näyttäytyvät täysin itsenäisinä suureina, joiden edustamat tasot eivät leikkaa toisiaan.¹⁶⁹ Kysymys on kuitenkin kiistanalainen.¹⁷⁰

StPO 53 §:n privilegioimaan henkilöpiiriin kuuluivat alun perin vain papin, puolustusasianajajan, oikeudenkäyntiavustajan ja lääkärin ammatit. Aikaa voittaen puheenalainen henkilöpiiri on suuresti laajentunut, ei vähiten asianomaisten ammattiyhdistysten vaikutuksesta. Vaitiolo-oikeus kuuluu nyttemmin muun muassa patenttiasiamiehille, notaareille, tilintarkastajille, valantehneille kirjanpitäjille, hammaslääkäreille, apteekkareille ja kättilöille. Luetteloa täydentävät erinäiset valtiosään-

¹⁶⁸ Tällaisena lainsäätäjän kannanotto on hyvin perusteltu: Ammatinharjoittajalle annettu itsenäinen ratkaisuvallta on sopusoinnussa sen tosiasian kanssa, että ainoastaan privilegioitu todistaja itse tuntee ammattinsa sosiaaliset velvoitteet ja tosiasialliset perusteet samoin kuin yksittäistapauksen useinkin mutkikkaat asianhaarat. Ks. tämän johdosta *Bosch*, mt. s. 23 s.; *Arthur Kaufmann*, NJW 1958 s. 272; *Peters* s. 123; ja Sveitsin osalta *Frey*, mt. s. 44 av 7.

¹⁶⁹ Ks. nyt lausutun johdosta *Bosch*, mt. s. 82: StGB 300 § vaikuttaa prosessuaaliseen tasoon eikä kääntäen: todistamisvelvollisuus ei murra rikoslain vaikeumiskäskyä. Ks. lisäksi *Jauernig*, JuS 1971 s. 329 ss.; *Kleinknecht* s. 1542; *Klug* s. 52; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen s. 129 ss. (perustavasti); *Peters* s. 122 ja 134; *Rupp* s. 183; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht s. 53 ss.; *Spendel*, JuS 1964 s. 470; *Blass*, mt. s. 144; *Frey* mt. s. 41 ss. ('aineellisista normeista seuraisi lääkärille vaitiolo-oikeus siinäkin tapauksessa, että prosessilaki vaikenee kysymyksestä'; s. 44); *Krähenbühl*, mt. s. 115, 128, 139 ja 141 s.; *Neumann* s. 12, 26, 148 ss. (jossa todetaan aivan oikein, että »...die Bestimmungen des Strafrechts und des Strafprozess-Rechts grundsätzlich (kursiv. tässä) koordiniert sind»), 168 ss. ja 181 av 2.

töoikeudellisista syistä mukaan otetut ammattiryhmät: liitto- ja maapäivien jäsenet, aikakautisten painotuotteiden toimituskunta ja radio- ja televisiolähetysistä vastaava henkilöstö. Luettelo käsittää nykyisin kaikkiaan 24 ammattia, eikä lainsäädännöllinen työ tällä alueella kaikesta päättäen ole vielä päättynyt. Mahdollisina uusina ammattiryhminä on mainittu sosiaalityöntekijät, itsenäiset sairaanhoitajat ja terveystoimikot.¹⁷¹

StPO 53 a §:n mukaan edellisessä pykälässä mainittujen henkilöiden ammattiapulaiset ovat nämäkin vaitiolo-oikeudesta osallisia. Henkilöllistä todistamiskieltoa täydentää esineellinen: StPO 97 § sisältää määräyksiä, jotka kieltävät takavarikoimasta ammattisalaisuuksia sisältäviä kirjallisia tiedonantoja tai muistiinpanoja samoin kuin muitakin esineitä, erityisesti lääkärin potilaskortistoa, joihin privilegioitujen ammatinharjoittajien vaitiolo-oikeus ulottuu.

Kansantaloudellisia intressejä ei Saksan oikeudessa suojata todistamiskieltoon avulla. Jos totuuden ilmisaamiseksi on tarpeen saada tietoja liike- ja ammattisalaisuudesta, menetellään siten, että juttu käsitellään kokonaan tai osaksi suljetuin ovin (GVG 172 §). Läsnäoleville henkilöille voidaan tällaisessa tapauksessa asettaa oikeuden toimesta rangaistussank-

¹⁷¹ Ks. esim. *Beling* s. 17 s.; *Henkel*, Strafverfahrensrecht s. 207 s.; *Jescheck* s. 21 ss.; *KMR* § 53; *Löwe — Rosenberg (Kohlhaas)*, Strafprozessordnung § 53; *Peters* s. 122 ss.; *Sarstedt* s. 16; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II § 53; *Schwarz — Kleinknecht*, Strafprozessordnung § 53.

Lainkohdan herättämien erityisten tulkintaongelmien johdosta ks. esim. *Blau*, NJW 1973 s. 2234 (ammattipsykologit); *Bringewat*, NJW 1974 s. 1740 ss. (puolustusasianajajat); *Cramer*, Das Zeugnisverweigerungsrecht von Presse und Rundfunk s. 41 s.; *Foth*, JR 1976 s. 7 ss. (vapaat sosiaalitoimet); *Gross* NJW 1975 s. 1763 ss. (sanomalehden toimittajat); *Hass*, NJW 1972 s. 1081 (asianajajat); *Hoffmann*, NJW 1971 s. 1438 ss. (diplomipsykologit); *Kaiser*, NJW 1971 s. 491 ss. (samasta kysymyksestä); *Klug*, Presseschutz im Strafprozess s. 54 s.; *Löffler*, NJW 1958 s. 1215 ss. (lehdistö ja radio); *Möhl*, mt. s. 20 ss.; *Peters*, JR 1975 s. 404 (papin vaitiolo-oikeus); *Schilling*, JZ 1976 s. 617 ss. (sosiaalityöntekijät, sosiaalipedagogit ja psykologit); *Vogel*, NJW 1972 s. 2209 ss. (lääketieteellistä koulutusta vailla olevat psykoterapeutit); *Wiebel*, Das Berufsgeheimnis, passim.

Mitä erityisesti lehdistön ja radion anonymiteettisuojaan tulee, Lilla 25.7. 1975 toimitussalaisuuden prosessioikeudellinen suoja on nyttemmin saanut osakseen yhdenmukaisen sääntelyn.

Tulevassa lainsäädännössä toteutettavista uusista privilegioinneista ks. *Würtenberger*, Der Schutz des Berufsgeheimnisses und das Zeugnisverweigerungsrecht des Sozialarbeiters s. 923 ss.

tioin tehostettu, asian käsittelyn yhteydessä esiin tulleita tosiasioita koskeva salassapitokäskey (GVG 174,2 §).¹⁷²

Toisin kuin Saksan oikeudessa *romaanisissa* oikeusjärjestyksissä on yleensä sääntönä, että sen henkilön suostumus, jonka hyväksi vaitiolo-oikeus on säädetty, ei riistä todistajalta hänen vaitiolo-oikeuttaan.¹⁷³ Niinpä Italian oikeuden mukaan todistajan on sellaisessa tapauksessa omavastuusesti harkittava, haluaako hän todistaa vai ei. Jos todistaja päättää ilmaista ammattisalaisuuden oikeudelle, niin yhdenmukaisesti Saksan oikeuden kanssa vaitiolovelvollisuuden aineellis-oikeudellinen rikkominen ei vaikuta lausuman prosessuaaliseen moitteettomuuteen.¹⁷⁴ Vastaava takavarikkokiello ei käsitä samaa henkilöpiiriä kuin vaitiolo-privilegio. C.p.p. 341 art:n mukaan lähinnä vain puolustusasianajaja saa hyväksyä takavarikkovapautuksen. Ranskan oikeus (C.p.p. 109,1 art. verr. C.p. 378 art.) myöntää vaitiolo-oikeuden kirkon, oikeuslaitoksen ja lääkintähuollon palveluksessa toimiville klassisille ammattiryhmille eli samalle henkilöpiirille kuin Italian oikeus. Huolimatta siitä, että oikeuskäytäntö on jossakin määrin tätä piiriä laventanut, sanomalehden toimittajat ovat täällä yhtä lailla kuin Italiassakin turhaan pyrkineet vaitioloon oikeutettujen ammattiryhmien luetteloon.¹⁷⁵ Prosessilaki ei siis Ranskassakaan määrää todistajalle vaitiolovelvollisuutta vaan myöntää ainoastaan vaitiolo-oikeuden; tässä suhteessa rikoslain rangaistussäännöksillä on epäilemättä vaitiolo-oikeuden käyttämiseen taivuttava vaikutus. Todistamisvapautusta täydentää takavarikkokiello. Erikoisuutena mainittakoon, että Belgian oikeudessa virkamiehen vaitioloprivilegiota ei ole perusteltu virkaetujen avulla vaan konstruktivisesti virkemiehen vaitiolo-oikeus rinnastuu ammatinharjoittajan hyväksi asetettuun todis-

¹⁷² Ks. lähemmin *Jescheck* s. 20; *Ziegler* s. 92. Ks. lisäksi *Prost*, NJW 1976 s. 214.

¹⁷³ Sama on asianlaita *Sveitsin* oikeudessa, joka tässä kohden on poikennut saksalaisista esikuvista. Ks. tämän johdosta *Frey*, mt. s. 47; *Werner*, *Le secret professionnel* s. 64 ss., erityisesti s. 72: »L'intérêt de la société, pas le seul intérêt des individus.» Toisin kuitenkin siviiliprosessioikeudessa: useimmat siviiliprosessilait (ks. esim. Zürichin ZPO 187 §:n 2 mom.) määräävät, että vaitiolo-oikeus raukeaa edun haltijan antaman suostumuksen vaikutuksesta. Ks. lähemmin esim. *Blass*, SchwJZ 1966 s. 340.

¹⁷⁴ Näin cass. 29.5.1954; ks. Riv. it. dir. pen. 1954, s. 857.

¹⁷⁵ Ks. *Bouzat — Pinatel*, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2. osa, s. 935 s.; *Nuvolone* s. 66 s.; *Stefani — Levasseur* s. 359 rn 468.

tamiskieltoon. Siten esimerkiksi tuomarien, virallisten syyttäjien ja positiivivirkamiesten vaitiolo-oikeus perustuu ammattisalaisuuden suojaan.¹⁷⁶

Englannin oikeudessa asianajosalaisuutta ei saa oikeudenkäynnissä paljastaa. Pidettiin silmällä varsinaisesti tuomioistuimessa esiintyvää asianajajaa (barrister) tai lähinnä asioiden valmisteluun osallistuvia, juridisina neuvonantajina toimivia lakimiehiä (solicitor), common law asettaa molemmille asianajajaryhmille ankaran vaitiolovelvollisuuden.¹⁷⁷ Tuomioistuimet eivät salli, että oikeudessa esiintyvä asianajaja paljastaa päämiehensä luottamuksellisesti ilmaisemia tietoja. Asiakkaan suostumukselle tunnustetaan vaitiolovelvollisuuden poistava vaikutus.¹⁷⁸ Mitä papin ja ripittäytyjän väliseen luottamussuhteeseen tulee, *Cross* huomauttaa, että useimmat englantilaiset tuomarit tuskin pakottaisivat pappia ilmaisemaan vangin kertomia luottamuksellisia tietoja; mutta jos pappi päättää ilmaista ne, tuomioistuin ottaa ne vastaan todistusaineistona.¹⁷⁹ Kaikki tutkijat eivät kuitenkaan myönnä papille poikkeusasetmaa vaan rinnastavat hänet puheena olevassa suhteessa lääkäriin, jolla common law'n perusteella ei ole oikeutta kieltäytyä todistamasta.¹⁸⁰ *Yhdysvalloissa* suunnilleen puolet osavaltioista on lainsäädäntöteitse antanut lääkärille vapautuksen potilaalta saamiensa tietojen ilmaisemisesta. Poikkeus on voimassa potilaan mutta ei lääkärin tai sellaisen jutun asianosaisen hyväksi, jossa potilaalla ei ole osaa. Samoin noin puolella osavaltioista on lainsäädännössään säännös, joka oikeuttaa ja velvoittaa

¹⁷⁶ *Le Chevalier Braas*, Précis de procédure pénale II s. 546. — Verrattaessa toisiinsa saksalaista ja ranskalaista käsitystä ammattisalaisuuksien oikeussuojasta havaitaan, että ensiksi mainittu on suvaitsevaisempi, vähemmän ankara: se asettaa etusijalle yksilön — potilaan, klientin, ripittäytyjän — intressit. Ranskan oikeudessa lainsäätäjän tähtäyspisteenä on ollut voittopuolisesti valtion etu. Ks. tämän johdosta *Blass*, mt. s. 337. Ks. myös esitystä edempänä (s. 158/9) tekstissä.

¹⁷⁷ Ns. legal professional privilege, joka palautuu 1800-luvun praksikseen, mutta on nyttemmin huomioitu myös statute law-oikeudessa; ks. siinä suhteessa Act of Agency (1896), erit. art. 47, 55 ja 58. Po. todistamisvapautuksen johdosta muutoin ks. *Marchant*, Barrister-at-law s. 64 ss. — Johtavana prejudikaattina pidetään lordi *Broughamin* tuomiota tapauksessa *Greenough v. Gaskell* (1833). Vrt. kuitenkin *Petersen — Soukka*, mt. s. 158, joka esittää säännön vakiintuneen vasta v. 1881.

¹⁷⁸ Vrt. *Cross* s. 241: »... the privilege is that of the client». Näin myös *Kenny*, mt. s. 513 rn 588.

¹⁷⁹ *Cross* s. 245 s.

¹⁸⁰ Näin esim. *Kenny*, mt. s. 514 rn 588; *Stephen*, Digest of the Criminal Law s. 177.

papin olemaan todistamatta ripissä tietoonsa saamasta seikasta. Vanhastaan on todistajana esiintyvää asianajajaa sitonut vaitiolovelvollisuus sellaisten seikkojen suhteen, jotka asiakas on hänelle ilmaissut. Vaitiolovelvollisuus ulottuu myös asianajajan päämiehelleen antamaan lainopilliseen neuvoon. Paitsi edellä mainitulle henkilöpiirille ammatillinen vaitioloprivilegio myönnetään eräille muillekin ryhmille, ei kuitenkaan esim. lehdistön edustajille.¹⁸¹

4. Toisin kuin Saksan oikeudessa lainsäädäntö ei ole *Pohjoismaiden* oikeudessa johtanut privilegioitujen ammatinharjoittajaryhmien jatkuvaan paisumiseen: vaitiolo-oikeus/velvollisuus kuuluu periaatteessa vain lääkäreille, asianajajille, papeille ja eräille muille kutsumustyötä tekeville henkilöryhmille. Todistamiskielto ulottuu myös näiden henkilöiden ammattiapulaisiin. Tanskan oikeutta lukuun ottamatta asianomaiset oikeusjärjestykset eivät salli kättilön todistaa ammattisalaisuudesta, Suomen ja Norjan prosessilait suojaavat lisäksi apteekkarin ammattisalaisuutta. Ruotsin laki ei salli hammaslääkäreiden todistaa potilaan salaisuuksista, ja Norjan oikeus asettaa saman rajoituksen sairaanhoitajille. Ruotsin oikeutta lukuun ottamatta pohjoismainen oikeus sallii sanomalehtimiehen salata uutislähteensä.¹⁸²

Suomen oikeudessa kutsumustyötä tekevän ammatinharjoittajan prosessuaalinen vaitiolovelvollisuus perustuu OK 17,23,1:n 3 ja 4 kohdan määräyksiin. Papin osalta vaitiolovelvollisuus määräytyy OK 17:23,2:n

¹⁸¹ Ks. tekstissä esitetyn johdosta *Maguire* s. 81, 91 ja 95 ss.; *Mueller* s. 39; *Vliet*, LM 1963 s. 757 ss.

¹⁸² Oikeusvertailevan katsauksen kysymyspiiristä esittää *Andenaes* s. 5 ss. ja 11 s. Ks. lisäksi seuraavia pohjoismaisia esityksiä: *Ekelöf* IV s. 129 ss.; *Elwing*, *Bevisning genom vittnen och sakkunniga* s. 155 ss.; *Gärde* s. 497 ss.; *Hassler*, mt. s. 33 ss.; *Andenaes*, *Straffeprosessen* s. 201 ss.; *Salomonsen*, *Kommentar I* s. 200 ss.; *Skeie*, *Den norske straffeprosess I* s. 165 ss.; *Hurwitz* s. 477; *Munch — Petersen*, mt. s. 185 ss. ja 205 s.

Andenaes, mt. s. 205, huomauttaa, että lainsäädäntö on saattanut laventaa vaitiolovelvollisten piiriä siitä, millaiseksi prosessilaki on kyseisen poikkeusjärjestyksen edellyttänyt, ja mainitsee esimerkkinä säästöpankkien luottamusmiehet. Mitä Ruotsin oikeuteen tulee, veroviranomaisten katsotaan olevan todistamisvelvollisuuden alaisia; ks. *Taxeringsförordningen* (1956) 50 ja 117 §§ sekä niiden johdosta *Hedborg*, *Taxeringshandbok* s. 138. Ks. myös RÅ 1940:174. — Oikeudenkäymiskaaren vaitiolovelvollisuutta koskevat määräykset (RB 36:5) rakentuvat ylipäättäänkin enumeratiiviselle säännöstystekniikalle. Siten *Flodhammar*, SvJT 1973 s. 833 s., päättyy katsomaan, että *tilintarkastajat* ovat velvollisia esiintymään todistajina.

ja KirkkoL 75 ja 76 §§:ien perusteella. Näille ammatinharjoittajaryhmille on yhteistä, että heidän työkenttänään on ihminen, hänen yksityiset elämänsuhteensa ja henkilökohtaiset ongelmansa.¹⁸³ Alue on arkaluonteinen eikä rikoslainsäätäjällä ole pitänyt ammattietiikkaa ja ammattikunnan sisäistä valvontaa riittävänä väärinkäytösten torjumisen takeena. Prosessilain asettama vaitiolovelvollisuus täydentää RL 38:3:ssa säänneltyä salassapitovelvollisuutta. Prosessioikeuden ja aineellisen oikeuden koordinoimiseksi on tässä kysymyksessä meillä suoritettu täydellisemmin kuin miten todettiin menetellyn Saksan oikeudessa. Todistajalla ei ole vaitiolo-oikeuden suomaa valintavaltaa; tuomioistuimelle tästä seuraa ammattisalaisuuteen kohdistuva kyselykielto.¹⁸⁴ Myös Ruotsin ja Norjan prosessilait asettavat todistajalle vaitiolovelvollisuuden (RB 36:5 ja strpl. 178 §). Tanskan oikeuden periaatteellinen kanta on sama; laissa käytetty kirjoitustapa on, että todistajalle ei saa tehdä kysymyksiä salassapidettävistä seikoista ilman aineellisen intressin haltijan suostumusta (Rpl 169 §).

Kokonaisarvosteluna vaitiolovelvollisuutta koskevista prosessilain säännöksistä on sanottava, että Pohjoismaiden oikeudessa puheenalainen oikeusinstituutio on yksityisoikeudellisesti painottunut. Se mukautuu joustavasti elämän vaihteleviin olosuhteisiin ja sallii intressejä punnitsevalle tuomarille huomattavan liikkumavapauden.¹⁸⁵ Suomen ja Ruotsin oikeudessa todistamiskielto raukeaa, milloin rikoksesta saattaa seurata ankarampi rangaistus kuin kuusi tai vastaavasti kaksi vuotta vankeutta. Tanskan ja Norjan lain mukaan rikoksen laadulla ei ole vaikutusta todistamiskiellon voimassaoloon. Sen sijaan todistamiskielto raukeaa siinä tapauksessa, että salaisuuden ilmaisemisella voidaan estää syyttömän henkilön tuomitseminen.¹⁸⁶

Varsinaisesti vasta suostumukselle kuuluva vaitiolovelvollisuuden pois-

¹⁸³ Meidänkin oikeudessamme todistajan vaitiolovelvollisuuden sääntely rakentuu kasuistiselle tekniikalle; näin esim. *T. Ellilä*, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 8. Siten esim. *tilintarkastajat*, yhtäläisesti kuin Ruotsin oikeudessa, eivät voi OK 17:23,₁:n nojalla kieltäytyä todistamasta; ks. *Ikkala*, Tilintarkastuksesta s. 173.

¹⁸⁴ Ks. nyt lausutun johdosta *Tirkkonen*, Tystnadsplikt s. 5; *Mäkinen—Ollinen*, Huoltaja 1954 s. 565. Vrt. varhemman oikeuden kannalta KoO 1927 II 141.

¹⁸⁵ Näin *Bomgren*, mt. s. 224, 226 ja 232. Ks. myös *Salmiala*, DL 1950 s. 416.

¹⁸⁶ OK 17:23,₃; RB 36:5,₄; Rpl 169,₂ § ja strpl. 178,₃ §. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Andenaes* s. 7; *Tirkkonen*, mt. s. 9 ss.

tava vaikutus oikeuttaa luonnehtimaan ammattisalaisuutta suojaavan säännösten yksityisoikeudellisesti värittyneeksi.¹⁸⁷ Mainittu piirre havainnollistuu edellä esitettyä oikeusvertailevaa taustaa vasten. Tällöin hän todettiin, että romaanisissa oikeusjärjestyksissä on yleensä sääntönä, että edun haltijan suostumus ei poista vaitioloprivilegiota. Lainsäätäjän kannanotto on tällöin valtio-oikeudellisesti painottunut.¹⁸⁸

Edellä mainittu periaatteellinen eroavuus tekee kysymyksen suojeluobjektista uudella tavalla kiintoisaksi. Suoritettaessa kaavamainen kah-tiajako julkisiin ja yksityisiin salaisuuksiin, ammattisalaisuudet sijoittuvat tässä jäsentelyssä jälkimmäiseen ryhmään. Luokitus ei tee oikeutta instituution takaisille yhteiskuntaintresseille. Tosin todistamiskiellon tarkoituksena on aivan varmasti estää yksityisten salaisuuksien ilmitulo virallisessa oikeudenkäynnissä ja täten suojella yksilökohtaisia intressejä. Tämän ohella todistamiskiellolla on ylikysilöllinen tarkoitus. Salaisuuden suoja on täydellinen vasta kun vaitiolovelvollisuus on voimassa myös prosessissa. Tämä koituu välittömästi niiden tarkoituserien hyödyksi, jotka määräävät asianomaisen ammatinharjoittajan kutsumuksellista toimintaa. Todistamiskiellon avulla tuetaan privilegioitujen ammatinharjoittajaryhmien yhteiskunnallista tehtävää. Todistamiskiellon oikeusperusteet ovat siten tässäkin tapauksessa monikerroksiset: suojeltavana oikeushyvinä on yhtäältä salaisuus sellaisenaan, toisaalta ammatinharjoittajan ja hänen apuaan tarvitsevan välinen luottamussuhde.¹⁸⁹

Ruotsin oikeutta lukuun ottamatta pohjoismainen oikeus tunnustaa lehdistösalaisuuden totuudentutkimiskäskyn murtavaksi intressiksi.

¹⁸⁷ Vrt. *Kyläkallio*, DL 1953 s. 244 ss., jossa tosin ei erityisesti korosteta tekstissä mainittua näkökohtaa.

¹⁸⁸ Kuten tekstissä *Bomgren*, mt. s. 224; *Blass*, mt. s. 337.

¹⁸⁹ Näin vallitseva käsitys keskieuropalaisessa prosessitieteessä. Ks. sen johdosta *Dünnebier*, MDR 1964 s. 965; *Klug* s. 53; *Maetzel*, DVBl 1966 s. 667; *Frey*, mt. s. 47. Toisin vielä *Beling* s. 22 av 1; ja erityisesti *Neumann* s. 154: Luottamuksellisesti kerrottu tosiasia muodostaa yksinomaisen suojeluobjektin. — Aikakaudelleen kuvaava oli v. *Schrutka* — *Rechtenstammin*, mt. s. 214, näkemys: Rippisalaisuuden oikeussuoja palveli hyvin laajojen henkilöryhmien hengellisiä intressejä kun taas lääkärisalaisuuden kohdalla saattoi olla puhe enintään lääkärin omista tai mahdollisesti myös potilaan eduista ja siten yksityisistä intresseistä; *ibid.* s. 215. — Mitä pohjoismaiseen kirjallisuuteen tulee, *Salmiala*, DL 1950 s. 419, ja *Welamson*, mt. s. 31, korostavat luottamussuhdetta todistamiskiellon suojeluobjektina asianajajan ja vastaavasti lääkärin osalta, *Tirkkosen*, mt. s. 7, pitäessä ammatinharjoittajalle uskottua salaisuutta sinänsä suojeluobjektina. Toisin — kuten tekstissä — *sama*, Totuus s. 171. Epätydyttävästi *sama*, LM 1951 s. 66.

Oikeudessamme on tästä määräys OK 17:24:n 2 momentissa. Vastaava lainkohta Tanskan prosessilaissa on Rpl 170,4 §; Norjan rikosprosessilaki sääntelee sanomalehtimiehen vaitiolo-oikeuden strpl. 177,3 §:ssä. Tanskan laki myöntää vaitioloprivilegion ainoastaan toimittajille ja toimituksen sihteereille kun taas Suomen ja Norjan oikeuden mukaan myös kustantaja ja kirjanpainaja saavat salata uutislähteen.¹⁹⁰ Suomen oikeudessa on anonymiteettisuoja nyttemmin (L:lla 13.2.1971) myönnetty myös ohjelmatoimittajille ja muille yleisradiotoiminnan harjoittajan palveluksessa oleville henkilöille, milloin kysymys on radiovastuulaissa (219/71) tarkoitettussa yleisradiotoiminnassa lähetettyyn ohjelmaan sisältyneestä tiedonannosta (OK 17:24,3).

Toisin kuin »klassisten» ammatinharjoittajaryhmien kohdalla lainsäätäjä ei ole ottanut kysymyksessä olevaan henkilöpiiriin ylen holhoavaa asennetta: Todistamiskielto syntyy vasta sen seurauksena, että todistaja käyttää vaitiolo-oikeuttaan. Sen lisäksi että vaitiolovelvollisuus todistamisvapautuksen toteuttamistapana muutoinkin edustaa poikkeusta, sanomalehtimiehen vaitioloprivilegio ei asiallisestikaan ole itsestäänselvyys. Kosketelluilla vaitiolonormeilla on alkuperänsä lehdistön toivomuksessa saada salata uutislähteensä ja täten turvata tehtävänsä sananvapauden kannattajana, mielipiteen ilmaisun foorumina ja yhteiskuntapolitiikkaa harjoittavana »neljäntenä valtiomahtina». Tämä sinänsä suojanarvoinen intressialue ei ole säästynyt epäterveiltä kasvannaisilta: On syntynyt aivan uusi aikakautisen lehdistön laji, joka näyttää olevan enemmän kiinnostunut kansalaisten yksityiselämän häikäilemättömästä paljastamisesta kuin rakentavasta yhteiskuntakeskustelusta ja tasapuolisesta uutispalvelusta.¹⁹¹ Puhtaasti sensaation haluun ja taloudellisiin hyöty-

¹⁹⁰ Ks. oikeusvertailevasti »Nordisk Kontakt» 1960:1 s. 95: »Journalisternas tystnadsplikt i Norden»; ks. myös *Andenaes* s. 11 s. Erityisesti Tanskan oikeuden suhteen ks. *U(geskrift for Retsvaesen)* 1950. 829; *U* 1957. 764; *U* 1925. 1004; *U* 1949. 1121; *U* 1936. 178; sekä yleisemmin *Krabbe*, *Dansk Presseret* s. 127 ss. — Strpl. 177,3 §:n johdosta ks. *Andenaes*, *Lov og Rett* 1973 s. 337; *sama*, *Straffeprosessen* s. 199 s. Ruotsin oikeuden kantaa kuvastaa esim. *JO* 1959:75. Ks. myös *SvJT* 1928 n:o 10 s. 10 s.: »Fråga om vittnesplikt för medarbetare i tidningen.»

¹⁹¹ Ks. tämän johdosta *Vuortama*, *Hyvä lehtimiestapa* s. 82: »Näkyvä osa lehdistöeettisestä keskustelusta on käyty sensaatiojournalismiksi kutsutun ilmiön vaiheilla. Suomessa ilmiö liittyy 1960-luvulla syntyneeseen viihdeaikakauslehtityyppiin...» Ks. lisäksi *ibid.* s. 83 ss., jossa kosketellaan (eräiden julkisen sanan neuvoston päätösten pohjalta) lehdistön vastuuta kunnian ja yksityiselämän suojaamisessa.

näkökohtiin perustuva journalistiikka ei edusta suojanarvoista lehtimiestoimintaa.¹⁹² Tämä on myös lainsäädännössämme tunnustettu. Oikeutemme mukaan vaitiolo-oikeus kumoutuu, jos lehdistösalaisuus koskee rikosta, mistä saattaa tulla vankeutta kuusi vuotta tai ankarampi rangaistus. Niin ikään todistus voidaan aina vaatia, jos julkaistu artikkeli tai ilmoitus sisältää tietoja, jotka on annettu vastoin sellaista salassapitovelvollisuutta, jonka rikkomisesta on erikseen säädetty rangaistus (OK 17: 24,4). Myös Tanskan ja Norjan rikosprosessimenettelyssä sanomalehtimiehen täytyy todistaa, jos oikeus harkitsee tämän tarpeelliseksi.¹⁹³ Molemmissa maissa laki antaa tuomarin intressiharkinnalle tiettyjä suuntaviivoja, jotka erityisesti Tanskan oikeuden osalta eivät oleellisesti poikkea meillä voimassa olevista.¹⁹⁴

Samat näkökohdat, jotka aiheuttavat määrättyjen henkilöryhmien kohdalla todistamisvelvollisuuden rajoituksia, vaativat vastaavia poikkeuksia rikosprosessuaalisen takavarikon käyttämisessä. Kaikkien neljän maan prosessilait tuntevat ammattisalaisuuden suojaksi annetun takavarikkokiellon; yksityiskohdat on tässä yhteydessä sivuutettava.¹⁹⁵

¹⁹² Kysymys lehdistön etiikasta on herättänyt vilkkaan julkisen keskustelun niin hyvin meillä kuin Ruotsissa. Ks. tämän johdosta esim. *Kemppinen*, Missä viipyy yksityiselämän suoja; HS 16. 4. 1972; ja Ruotsin osalta *Johansson*, mt. s. 40 ss. Ks. lisäksi *Vuortama*, mt. *ibid*.

Periaatteellisesti huomionarvoinen on Painovapaustoimikunnan mietintö 5. 2. 1973 siinä olevan esityksen johdosta joukkotiedotusvälinettä käyttäen tapahtuvan yksityiselämän loukkaamisen kriminalisoimiseksi. Mainitun esityksen perusteella on nyttemmin annettu uusi rikoslain 27 luvun 3 a § (L:ssa 13. 12. 1974/908). Lainkohdassa säädetään rangaistavaksi joukkotiedotusvälinettä käyttäen tai muulla sen kaltaisella tavalla tapahtuva toisen yksityiselämää koskevan tiedon, vihjauksen tai kuvan julkinen levittäminen, milloin tämä on omiaan aiheuttamaan asianomaiselle vahinkoa tai kärsimystä. Pykälän jälkimmäisen virkkeen mukaan yksityiselämän loukkaamisena ei pidetä julkistamista, joka koskee henkilön menettelyä julkisessa virassa tai tehtävässä, elinkeinoelämässä, poliittisessa toiminnassa tai muussa näihin rinnastettavassa toiminnassa ja on tarpeen yhteiskunnallisesti merkittävän asian käsittelemiseksi. Mainitun lainkohdan tulkinnasta ks. lähemmin *Tiili*, LM 1975 s. 899 ss.

¹⁹³ »Ingen journalist bør ha større rett enn du og jag til å dekke forbrytere for å tjene penger til sin oppdragsgiver.» (*Axel Sandemose*).

Suomen oikeuden osalta ks. Oikeuskanslerin periaatteellista kannanottoa OKa 1965 s. 37.

¹⁹⁴ Ks. tämän johdosta edellä av 190 mainittuja lähteitä.

¹⁹⁵ Ks. lähemmin *Andenaes* s. 20.

Ammattisalaisuuksiin verrattuna *kansantaloudelliset intressit* edustavat todistamiskieltojen oikeusperusteina laadullisesti erilaista tarveluokkaa. Näiden intressien suojanarvoisuudesta ei saata olla epäilystä. Toisin kuin eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä yleensä lainsäätäjä ei ole tässä oikeuspiirissä tyytynyt siihen vähemmän tehoisaan intressin suojaamistapaan, jonka julkisuuden poissulkeminen tässä tapauksessa tarjoaa. Tanskan oikeutta lukuun ottamatta lainsäätäjä on pohjoismaisessa oikeuspiirissä luonut liikesalaisuuksien suojaksi itsenäisen oikeusinstituution. Tämän johdosta kansantaloudellisten intressien prosessuaalinen suoja on kyseisissä maissa täydellisempi kuin Tanskassa, jossa liike- ja elinkeinosalaisuuksien suoja määräytyy Rpl 170,2 §:n itsevaarantamiselta vapauttavan todistuskeinokiellon mukaisesti.¹⁹⁶

Suomen oikeudessa liikesalaisuuksien suoja perustuu OK 17:24,1:n 2. virkkeeseen. Lainkohdassa käytetty sanonta »liike- tai ammattisalaisuus» vastannee asiallisesti Ruotsin oikeudessa esiintyvää lakitermiä »ammattisalaisuus» (RB 36:6); Norjan lain käyttämä ilmaisu »liike- tai elinkeinosalaisuus» (strpl. 177,2 §) kattanee suurin piirtein saman alueen.¹⁹⁷ Nämä määräykset ulottuvat varsin laajalle. Todistajalla on vaitiolo-oikeus, jolloin vaitioloon oikeutettujen henkilöiden piiriä ei ole millään tavoin rajoitettu.¹⁹⁸ Vaitiolo-oikeutta ei kuitenkaan ole, jos erittäin tärkeät syyt vaativat, että todistajaa kuulustellaan liikesalaisuudesta; norjalaisessa säännöstekstissä käytetty sanonta viittaa *expressis verbis* tuomarin suoritettavaan intressivertailuun.

Sen lisäksi, että kansantaloudellisten intressien suojaaminen todistamiskieltojen avulla on periaateratkaisuna leimattava erikoisuudeksi, todistamiskieltojen järjestelmässä nyt puheena oleva tapaus edustaa harvinais-

¹⁹⁶ »I straffesager kan vidnesbyrd kun naegtes, når besvarelsen af det stillede spørgsmål må forudsættes at ville udsætte vidnet selv for tab af borgerlig agtelse eller velfærd.» — Siteerattu Rpl 1970,2 §:n 1. virke ilmaisee ns. nemo tenetur prodere seipsum -ajatuksen. Vrt. sen johdosta edempänä III 1 bg. Ks. muutoin Hurwitz s. 479 s.; Munch — Petersen, mt. s. 204; Andenaes s. 10.

¹⁹⁷ Ks. oikeusvertailevasti Andenaes s. 12 s. Kansallisten laintulkintaesitysten johdosta ks. T. Ellilä, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 18 ss.; Tirkkonen s. 129 ss.; sama, Rp II s. 257 ss.; Ekelöf IV s. 138; Gärde s. 499 s.; Hassler, mt. s. 37 s.; Andenaes, mt. s. 198 s.; Skeie, mt. s. 179 s.

¹⁹⁸ Kuten tekstissä Andenaes s. 13 (»ein gänzlich aussenstehender Dritter, der zufälligerweise Einblick in das ... Betriebsgeheimnis bekommen hat»). Toisin M. Castrén, mt. s. 234 av 72; T. Ellilä, mt. s. 16 s. ja 25; Tirkkonen s. 130; sama, Rp II s. 258; sama, Sp II s. 240.

suutta. Vaitiolo-oikeuden subjektinahan on kuka tahansa todistaja yli-päättään; OK 17:48,¹ lausuu analogisen säännön asiantuntijatodistelun osalta. Oikeuden niin harkitessa todistajan on vastattava kysymykseen. Tutkimuksessa käytetyn käsitteistön mukaan kysymyksessä on relatiivinen todistusteemakielto.¹⁹⁹

Kokonaisuutena edellä tarkastellut intressityypit muodostavat monessa suhteessa varsin epäyhdenmukaisen alueen. Käytännön ratkaisutoiminnassa aineistoa yhdentää OK 17:34,¹:ssä (L:ssa 12.3.1971/220) edellytetty kuulustelutekninen järjestely: Milloin privilegoidun todistushenkilön on saamansa vapautuksen (23,¹ §:n 1 k.) tahi suostumuksen (23,¹ §:n 3 ja 4 k.) perusteella taikka 23,³ §:n (L:ssa 19.7.1974/622) tahi 24,¹⁻³ §:n nojalla todistamaan velvoitettuna todistettava asiassa tai vastattava kysymyksen, tuomioistuimen tulee kuulustella häntä suljetuin ovin. Vastaava vahinkoriskin minimointia tarkoittava määräys sisältyy myös Ruotsin ja Norjan prosessilakeihin.²⁰⁰

bf) Perhesiteiden huomioon ottaminen

1. Eurooppalaisessa rikosprosessissa voidaan todistajan vaitiolovelvollisuutta, sellaisena kuin se on Pohjoismaissa toteutettu ammattisalaisuuksien suojaksi, pitää jossakin määrin epätyypillisenä järjestelynä. Säännönmukaista on, että todistajalle on annettu vaitiolo-oikeus; vaitiolo-oikeuden käyttämistä tarkoittava selitys on tällöin se reaaliakti, jonka vaikutuksesta latentti todistamiskielto tulee prosessissa tehoisaksi. Erityisesti niissä tapauksissa, joissa ammattisalaisuus on samansisältöinen jonkin syytetylle edullisen tosiseikaston kanssa, todistajalle annettu valintamahdollisuus palvelee paremmin aineellista totuutta ja kokonaisuuden etua kuin tietolähteen ehdoton torjuminen. Viimeksi mainittuakin vaih-

¹⁹⁹ Omaksuttu kanta merkitsee muun ohella sitä, että kysymys *liikepankin toimenhaltijain* (OK 17:24,¹:n mukaisesta) vaitiolo-oikeudesta on epätasaisesti asetettu; vrt. *Tirkkonen* s. 130. Ei ole kysymys siitä, onko esim. yksityisten pankkien virkailijoilla taikka tilintarkastajilla (vrt. edellä av 183) oikeus puheenalaisen lainkohdan nojalla kieltäytyä todistamasta; on kysyttävä muodostaako se seikasto, josta todistaja haluaa vaieta, liike- tai ammattisalaisuuden, esim. juuri pankkisalaisuuden. Epätydyttävästi *Tirkkonen* s. 130; *sama* Rp II s. 258 av 65; *sama*, Sp II s. 240 av 58. Varhemman oikeuden kannalta ks. *Wrede* s. 192. — Erityisesti pankkisalaisuuden käsitteestä ks. *M. Castrén*, DL 1971 s. 106 ss.

²⁰⁰ Ks. RB 5:1,2 ja 5:4; strpl 177,2 2 §.

toehtoa — vaitiolovelvollisuutta — tosin kannattaa myös aineellisen totuuden aate: jos kutsumustyötä tekevälle ammatinharjoittajalle asetettaisiin rajoittamaton todistamisvelvollisuus, hänen ammattietiikkansa ja ehkäpä ammattiin liittyvät hyötylaskelmatkin saattaisivat houkutella hänet todistamaan väärin. Nyt esitetyssä toistuu tutkimuksen eräs perusajatus: todistamiskielloilla ei välttämättä ole prosessin tarkoitukselle vastakkaista suuntausta.²⁰¹

2. Todistamiskiellon läheinen yhteys aineellisen totuuden periaatteen näyttäytyy eräissä suhteissa edelleen selväpiirteisenä siirryttäessä tutkimaan perhesiteiden suojaksi säädettyä vaitiolo-oikeutta.²⁰²

Havaittavammin kuin Euroopan nykyisissä todistusjärjestelmissä totuuspyrkimys näyttäytyi puheenalaista todistamisrajoitusta kannattavana oikeusperusteena roomalaisessa oikeudessa. Määräyksen, joka epäsi vanhemmat ja lapset todistamasta toisiaan vastaan, *Paulus* selitti perustuvan lähiomaisen todistuksen epäluotettavuuteen.²⁰³ Kuitenkin jo roomalaisen oikeuden kannalta on saatettu epäillä, muodostiko Pauluksen mainitsema näkökohta todella ainoan poissuljentasääntöä kannattavan perusteen.²⁰⁴ Siinä vaiheessa, jolloin roomalais-kanoninen rikosprosessi juurtui Euroopan mannermaalle, uudenlainen näkemistapa poissuljentasäännön ratiosta

²⁰¹ Tekstissä lausuttu on lähellä toisessa yhteydessä — edellä III 1 ba 4 — esitettyä käsitystä, jonka mukaan »todistamiskiellot eivät välttämättä edusta rikosprosessin tarkoitukselle vierasta elementtiä». Siltä osin kuin tiettyä todistamiskieltoa kannattaa — joko yksinomaisesti tai kumulatiivisesti muiden oikeusmotiivien ohella — totuustavoitteen edistäminen, todistamiskiellon poikkeusluonne on vain näennäinen. Kysymys nähdään toisessa valossa tarkasteltaessa todistamiskieltoja perustavaa normiaineistoa kokonaisuudessaan. Tällöin osoittautuu, että »todistamiskiellot edustavat järjestelmässä jotakin poikkeuksellista, selkeää mitä ei ilman muuta voida abstrahoida johtavista prosessiajatuksista». Vrt. tämän johdosta edellä III 1 bc 3.

²⁰² Toisin *Busch*, Zum Zeugnis- und Untersuchungsverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten s. 569: Niiden todistamiskieltojen joukossa, jotka rajoittavat rikosprosessuaalista tutkimistoimintaa tai suorastaan estävät sen, on suurin käytännöllinen merkitys syytetyn lähiomaisille kuuluvalla vaitiolo- ja tutkinnasta kieltäytymisoikeudella. Nämä henkilöt nimittäin tulevat paljon useammin kysymykseen todistajina kuin privilegoidut ammatinharjoittajat.

²⁰³ Ks. tämän johdosta edellä av 40 olevaa *Paulus*-sitaattia. Vrt. myös I. 6 c. de test. (4,20): »Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt.»

²⁰⁴ Ks. siinä suhteessa esim. *Zachariä*, Handbuch des deutschen Strafprozesses II s. 187 Anm. 17.

jätti luotettavuuskorotuksen taka-alalle. Lähdettiin siitä, että lähiomaisten erikoisasema oli olemassa heidän itsensä vuoksi.²⁰⁵

Tapahtunut aatteellinen murros on mielenkiintoinen kahdessakin suhteessa. Kun roomalaisessa oikeudessa lähiomaisten ei sallittu todistaa aivan riippumatta hänen subjektiivisesta todistamisvalmiudestaan, uudenlaista todellisuuskäsitystä vastaa paremmin todistajan tahdosta riippuva ehdollinen todistamiskielto. Enää pidetään vain psykologisena tosiasiana, että toisilleen sukua olevien henkilöiden kohdalla väärin todistajanlausumien vaara on erityisen lähellä. Yksimielisiä ei sitä vastoin olla siitä, että tällä näkökohdalla on ollut vaikutusta instituution sisältöön. On epäilty, voidaanko lähiomaisten lausumia kohtaan tunnettavaa epäluottamusta pitää perusteena pelkälle vaitiolo-oikeudelle.²⁰⁶ Toiseksi oikeudellisessa ajattelussa kehityksen myötä tapahtunutta muutosta vastaa merkillinen epäsymmetria yleisessä kulttuurikehityksessä. Asianlaita on nimittäin se, että samalla kun käsitys perhesiteiden suojaamisesta lähiomaisten vaitioloprivilegion määräävänä oikeusperusteena on tullut yhä elävämmäksi, kulttuurihistoria osoittaa perheinstituution jatkuvasti heikentyneen.²⁰⁷

Millaiseksi on tämän eettisen siteen merkitys arvioitava meidän aikamme ihmiselle?

²⁰⁵ *Beling* s. 15; *v. Schrutka — Rechtenstamm*, mt. s. 223 ss.

²⁰⁶ Näin *Grünwald* s. 497. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. edellä av 29 ja 40 mainittua kirjallisuutta.

²⁰⁷ Indoeurooppalaisten kansojen varhaishistoria osoittaa, että perheen alkuperä oli pyhä. Perhe oli uskonnollinen yhteenliittymä. Yksilön korkein velvollisuus oli perheen jatkaminen, perheen jossa kaikki oli jumalallista. Joka oikeudessa todisti oman sukunsa miestä vastaan, rikkoi uskontoa. Vanhan kotiuskonnon silmissä yksilö oli perheen irroittamaton jäsen. Aikana, jolloin ihminen uskoi vain kotijumaliin, oli olemassa vain perheitä. Ne elivät erillään eivätkä tunnustaneet mitään yhdistävää valtiollista sidettä. Vasta kun uskonnollinen ajattelutapa avartui, edellytykset varsinaisen yhteiskuntaelämän syntymiselle olivat olemassa. Ks. nyt esitetyn johdosta *de Coulanges*, Vanhan ajan kaupunkivaltio (1920; suomennos) s. 41 ss., 51 ss., 111 ss., 120 ja 130 ss.; *Westermarck*, *The History of Human Marriage* II s. 318 ss. Perheen varhaismerkityksestä ks. lisäksi *Preller*, *Das Altertum* s. 104.

Katsauksen perheen ja erityisesti avioliiton historiasta Suomessa (ja Ruotsissa) sisältää *LvK* 1924: 1 s. 51 ss. Kiintoisia kulttuurikuvia näistä instituutioista esittävät *Brummer*, *Elämää Pohjoismaissa* 15. sataluvulla (1918) s. 98 ja 110; sekä *G. Suolahti*, *Vuosisatain takaa* (1913) s. 53 ss.

Monet aikamme ilmiöt viittaavat perheinstituution kiihtyvään hajoamiseen.²⁰⁸ Poliittinen, taloudellinen ja eettinen sosialismi jouduttavat perhekeskeisyyden väistymistä. Tuleeko perhe säilymään sosiaalisena perusyksikkönä, jopa etuoikeutettuna yksikkönä, siitä riippuu suuresti nykyisen sivistysmuotomme säilyminen. Erityisesti Pohjoismaissa yhteiskuntakeskeisyys on jo saavuttanut sen pisteen, että esiintyy valmiutta leimata nykymuotoinen avioliitto ja perhe epäedistyskellisyyden poltinmerkillä. Joka tapauksessa pohjoismaisen juristin arvopremissit ovat toiset kuin hänen amerikkalaisen kollegansa, joka lähtee avoimesti siitä, että onnelliset avioliitot ovat yhteiskunnalle monin tavoin arvokkaita.²⁰⁹

Olisi kuitenkin lyhytnäköistä pitää lähiomaisen vaitiolo-oikeutta lainsäätäjän korostetusti yhteiskuntapoliittisena kannanottona. Viime kädessä lähiomaisen poikkeusasema perustuu psykologisten tosiasioiden tunnustamiseen. Useimmat kanssaihmisemme löytävät elämälleen mielekkyyden ja tarkoituksen lähimmästä elämänpiiristään, jona normaalisti on perhe.²¹⁰ Tässä suhteessa yhteiskunta ei koskaan voi korvata perhettä; yksilön käsite- ja miellemailmassa yhteiskunta on pelkkä fiktio mutta ihmiset elävää todellisuutta.²¹¹ Perhesiteet ovat ihmissuhteita, ja ihmissuhteet voivat korvautua vain uusilla ihmissuhteilla mutta ei samaistumisella yhteisöön. Jos perhesiteet osoittavatkin höltymistä niin sama kohtalo on tullut ihmissuhteiden osaksi ylipäättäänkin.²¹² Kulttuurin yleistila ei siten ennakoi perhesiteiden väistymistä yksilön läheisimpinä ihmissuhteina. Liittymällä taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaan v. 1966 kansainväliseen yleissopimukseen Suomikin on tunnustanut, että »suurin mahdollinen suojele ja apu on annettava perheelle,

²⁰⁸ Vrt. kuitenkin *Miettinen*, Avioliittolain uudistamisen näköaloja s. 6; *H. Sipilä*, Tarvitaanko moraalista perheoikeutta? s. 136 s.; *Lindbom*, Behöver vi en moralisk familjerätt? s. 104.

²⁰⁹ *Maguire* s. 85. — Vrt. toisaalta *Wigmore*, mt., 2 osa, § 601, joka — kieltämättä sopusointuisten avioliittojen yhteiskuntaa säilyttävää merkitystä — epäilee, johtaisiko puolison todistamisvapautuksen poistaminen todella yhteiskunta-elämän tasolle ulottuviin häiriöilmiöihin.

²¹⁰ *Eckert*, Juristentag s. 94.

²¹¹ Vrt. tekstissä esitetyn johdosta *Goethen* sanoja *Eckermannille* 'Ihmiskunta — se on pelkkä fiktio. Aina on ollut vain ihmisiä ja vain ihmisiä tulee aina olemaan.'

²¹² 'Nykyihminen on parhaassa tapauksessa käynyt ihmissuhdekursseilla, mutta hänellä ei ole ihmissuhteita.' (*E. Fromm*)

joka on yhteiskunnan luonnollinen ja perustavaa laatua oleva yksikkö» (10 art. 1 kappale).^{212a}

Havaitaan siis, että lähiomaisen vaitiolo-oikeus ei vielä ole näytellyt osaansa loppuun. Tästä on tehtävä täydet prosessuaaliset johtopäätökset. Lähiomainen tuntee luontaista halua suojella syytettyä. Todistamispakko tuottaisi hänelle vaikean omantunnonkonfliktin, eettisen ja oikeudellisen vakaumuksen kamppailun.²¹³ Humaanisia arvoja kunnioittava oikeusjärjestys ei voi vaatia oikeusyksilöltä uskottomuutta perhettä kohtaan, kriminalistisesti valveutunut lainsäätäjä puolestaan on tietoinen siitä, että konfliktitila alentaisi todistajankertomuksen luotettavuutta.²¹⁴ Puheenalaisella todistamiskiellolla on siten juurensa sekä inhimillisissä että puhtaasti todisteluteknisissä näkökohdissa. Verrattaessa lähiomaisen vaitiolo-oikeutta privilegioitujen ammatinharjoittajien (ja virkamiehen) todistamisvapautukseen, peruseroavuus on selvä. Vaitioloovelvollisuuksien suojeluobjektina on ensi sijassa salaisuus sellaisenaan, seikastona, kun taas lähiomaisen vaitiolo-oikeus on tarkoitettu estämään sen, että asianomainen joutuu vastoin tahtoaan toimimaan prosessissa; suojeluobjektina on ihmisen tunne-elämä.²¹⁵

^{212a} Tekstissä mainitussa suhteessa ennen muuta v. 1901 lainvalmistelija oli selvillä arvopremisseistään: lähiomaisen vaitiolo-oikeuden perusteena oli »perhe- ja sukulaisuussuhteiden pyhyys»(!); ks. Ehdotus laiksi riita-asiaiden oikeudenkäynnistä ynnä Perustelmat s. 218. Edelleen: kun v:n 1924 lainvalmistelijan mukaan (LvK 1924 N:o 1) perhe »on se perimmäinen peruste, jonka varaan yhteiskunnallinen järjestys rakentuu» (s. 53), avioliittolakikomitea ei sekään kiellä perheellä olevan hoidettavanaan »yhteiskunnan kannalta tärkeitä tehtäviä» (KOM 1972: A 21, s. 23). Mainitun komiteanmietinnön kritiikistä ks. Suomen Asianajajaliiton lausunto 22. 10. 1973 (DL 1973 s. 447 ss., erit. s. 450). Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. lisäksi PK II s. 268; SOU 1972: 41 (»Familj och äktenskap»; avioliiton päättämistä ja purkamista koskeva osamietintö); ja *Segerstedt*, Familjen i samhället. Inledning s. 2.

²¹³ Vrt. *Peters*, Lehrbuch s. 324: Todistaja on mahtiasemassa: tuomio ja syytetyn kohtalo on hänen käsissään.

²¹⁴ Laajasta kirjallisuudesta ks. esim. *Alkio*, LM 1964 s. 1029; *Jotuni*, PM 1953 s. 408 ss.; *Okko*, PM 1960 s. 827 s.; *Salmiala*, Oikeusvarmuus ja vapaa todistusten harkinta s. 287; *Tirkkonen* s. 108; *sama*, Totuus s. 170 s.; *Ekelöf* IV s. 135 (»Stadgandet — RB 36:3 — borde... framför allt böra fattas som en eftergift från samhällets sida gentemot släktsamhörigheten.»); PLB II s. 396; *Andenaes* s. 8; *Busch*, mt. s. 570; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken s. 53; *Jeschek* s. 20; *Klug* s. 35; *Ziegler* s. 27 ja 72; *Krähenbühl*, mt. s. 38 s. ja 53 ss.; v. *Schrutka-Rechtenstamm*, mt. s. 200 ja 226.

²¹⁵ Näin *Beling* s. 22 av 1; *Seiler*, JBl 1974 s. 64.

3. *Saksan* oikeudessa StPO 52 § perustaa syytetyn lähiomaiselle vaitiolo-oikeuden. Liittotuomioistuimen tulkinnan mukaan todistamiskiellon tarkoituksena on säästää lähiomainen todistamisvelvollisuuden merkitsemältä sisäiseltä konfliktilta.²¹⁶ Häntä ei pidä pakottaa myötävaikuttamaan läheisen ihmisen tuomitsemiseen eikä häntä liioin pidä johdattaa antamaan perätöntä lausumaa. Prosessitieteessä ei epäröidä palauttaa kysymyksessä olevaa todistamiskieltoa ihmisarvon ja persoonallisuuden vapaan kehittämisen perusoikeuksiin.²¹⁷ Sekä oikeuskäytännössä että kirjallisuudessa pidetään todistelun luotettavuuden edistämistä kumulatiivisena oikeusperusteena. Sen sijaan perhe-eheyden suoja sellaisenaan on jäänyt ehkä vähemmälle korostukselle.²¹⁸

Todistajan vaitiolo-oikeutta vastaa takavarikkovapautus (StPO 97 §) eikä todistajalta nyttemmin vaadita edes passiivista myötävaikuttamista lähiomaisensa tuomitsemiseen siten, että hän olisi velvollinen alistumaan henkilöön kohdistuvaan tutkintaan (StPO 81 c §:n 1 mom.).²¹⁹ Vaitiolo-oikeuden perustavaa normia täydentää lisäksi määräys, joka kieltää lukemasta ennen pääkäsittelyä kuulustellun todistajan lausumaa, milloin todistaja käyttää vasta pääkäsittelyssä vaitiolo-oikeuttaan (StPO 252 §).²²⁰

Ranskan oikeus ei anna syytetyn lähiomaisille varsinaista vaitiolo-privilegiota. Sen sijaan että olisi säädetty todistamiskielto tähän henkilöpiiriin kuuluvan todistajan esiintyminen antaa asianosaisille oikeuden torjua hänet valallisesti kuultavana todistajana (C.p.p. 335 art. verr. 448

²¹⁶ BGHSt. 12,239.

²¹⁷ *Dünnebier*, MDR 1964 s. 965; *Kühne*, Beweisverbote s. 64.

²¹⁸ Ks. edellä av 214/17 mainittujen lähteiden lisäksi *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozessrecht s. 289 ss. ja 306 ss.; KMR § 52 rn 1 c; *Orlowsky*, Weigerungsrechte s. 180; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II Vorbem. zu § 52 rn 4; *Schütz*, Die Verletzung des § 55 StPO als Revisionsgrund s. 65 s.; *Zachariä*, mt. s. 186.

²¹⁹ Ks. vm. lainkohdan johdosta *Dzendszalowski*, Die körperliche Untersuchung s. 34 ss., 46 ss., 146 ja passim.

²²⁰ Mainitun lainkohdan herättämiä tulkintaongelmia koskeva kirjallisuus on nykyisellään jo niin laaja, että sen täydellinen huomioiminen voi tulla kysymykseen ainoastaan kansallisissa erityistutkimuksissa. Eräänä johtavana ajatuksena korostetaan, että StPO 252 §:n määräämän lukemiskiellon takana on aineelliseen todistuslähteeseen — todistajan varhemmin antamaan lausumaan — kohdistuva hyödyntämiskielto. Judikatuuri, joka kiertää hyödyntämiskiellon sallimalla kuulusteluhenkilön kuulustelun — eli paremman tietolähteen: pöytäkirjan, asemesta huonomman — on yksimielisesti leimattu lakiin perustumattomaksi. Ks. tämän johdosta *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 349 ja siinä olevaa edustavaa saksalaisen kirjallisuuden dokumentointia.

art.). Tässä kohden tulee esille Ranskan oikeudelle tyypillinen jako henkilöihin, jotka saavat todistaa ja joiden on vannottava vala, ja sellaisiin, jotka eivät saa vanhoa valaa ja joiden on annettava pelkkiä tietoja (renseignements). Johtamalla helposti molempien ilmaisulajien ennakoituun punnitsemiseen mainittu jako on vaikeasti yhteensovitettavissa vapaan todistusharkinnan periaatteen kanssa; on ilmeistä, että se kätkee itseensä virhelähteitä.²²¹ Vastaavaa epäpuhtautta ei esiinny *Italian* oikeudessa. Perhesiteiden merkitys yksilön elämään vaikuttavana voimana on tässä maassa perinteisesti suuri. Lähiomaisille myönnetty vaitiolo-oikeus (C.p.p 350 art.) on tämän tosiasian luonnollinen lainsäädännöllinen korrelaatti. Henkilön on kuitenkin varauduttava siihen, että hän joutuu passiivisesti myötävaikuttamaan lähiomaisensa tuomitsemiseen. Italian oikeus ei nimittäin tunne vastaavaa takavarikkovapautusta.²²²

Yhdysvaltain todistusoikeus ei tunne varsinaista lähiomaisille kuuluvaa vaitiolo-oikeutta tämän instituution totunnaissessa muodossa. Syyte-tyllä itsellään on oikeus olla kutsumatta tällaista henkilöä todistajaksi ja hän voi esittää väitteitä, jos syyttäjä vetoaa tällaiseen todistajaan. Ainoastaan aviopuolisot ovat poikkeusasemassa. Sääntönä on, että aviopuoliso ei saa todistaa toista vastaan ilman tämän suostumusta; eräissä osavaltioissa aviopuolison todistusta ei sallita edes toisen puolison eduksi. Mainittuja poikkeuksia on perusteltu lähinnä ns. »happy home» -argumentilla: Jopa toisen puolison eduksikin annettava todistajankertomus voi osoittautua kodin sopusoinnulle turmiolliseksi, koska on pelättävissä, että todistajankertomus tuo ilmi puolisolalle epäedullisia yksityiskohtia. A fortiori ihmissuhteita vaurioittaa toista vastaan todistaminen. Toisena argumenttina on esitetty, että on olemassa luontainen vastahakoisuus käyttää puolisoa toisen puolison tuomitsemisen välikappaleena. Puolison todistaminen toista vastaan sallitaan vain milloin tuo puoliso on joutunut toisen tekemän rikoksen kohteeksi; tällöinhän ei ole olemassa säilyttämisen arvoista kodin sopusointua. Mutta tässäkään tapauksessa asianomaisella puolisolalla ei ole todistamispakkoa.²²³

4. *Pohjoismaiden* oikeuden mukaan henkilön ei tarvitse vastoin tahtoa todistaa jutussa, jossa asianosaisena on hänen laissa mainittu lähi-

²²¹ *Sicard*, mt. s. 268 s.; *Stefani — Levasseur* s. 447 rn 592. — Tämän järjestelyn kritiikistä ks. *Westhoff* s. 127.

²²² *Nuvolone* s. 64 s.; *Jescheck* s. 20.

²²³ Ks. lähemmin *Maguire* s. 80, 85 ja 213; *Wigmore*, mt., 2. osa, §§ 600—620, erit. § 601; *Vliet*, mt. s. 759.

omaisensa. Tanskan oikeus myöntää tämän etuoikeuden ainoastaan aviopuolisolle (Rpl 170,2 §),²²⁴ joskin de lege ferenda on odotettavissa henkilöpiirin laajennus.²²⁵ Muissa pohjoismaissa todistamisvapautus ulottuu myös entiseen aviopuolisoön ja asianosaisen kihlattuun, viimeksi mainittuun myös Tanskassa. Edelleen tämä ns. kokonaiskieltäytymisoikeus koskee suoraan etenevässä tai takenevassa polvessa olevia sukulaisia ja sisaruksia. Myös läheinen lankoussuhde tuottaa vapautuksen. Myöskään ei asianosaisen ottovanhempia eikä ottolapsia pakoteta todistamaan.²²⁶

Suomen oikeudessa todistajan kokonaiskieltäytymisoikeus on lausuttu OK 17: 20:ssa. Lainkohtaa täydentävät OK 17: 12,2:n ja 57,1:n määräykset editio- ja katselmuksen sietämisvelvollisuuden rajoituksista syytetyn lähiomaisten hyväksi. Tähän yhteyteen kuuluu myös TakavarikkoL 1,2 §:ssä säännelty, rikoksesta epäillyn lähiomaisten hyväksi koituvaa takavarikkokiello. Soveltamisalaltaan takavarikkokiello on suppea rajoittuen erinäisiin kirjallisiin tiedonantoihin. Sen johdosta, että takavarikossa todisteen saanti tapahtuu ilman haltijan aktiivista myötävaikutusta, vaitiolo-oikeutta kannattava näkökohta jää taka-alalle eikä vaadi takavarikkokiellon täydellisempää koordinoimista alkuperäisen todistamiskiellon kanssa.²²⁷

Todistajan vaitiolo-oikeuden tueksi lain esitöissä mainitut näkökohdat eivät pinnallisesti katsoen ole täysin tyydyttäviä.²²⁸ Niiden perusteella syntyy vaikutelma, että määräävinä ovat olleet ahtaasti yksilökeskeiset, todistajan henkilöön liittyvät tosiasiat. On tietenkin oikein nähdä asia siten, että ehdoton todistamisvelvollisuus saattaisi todistajan totuudessa-pysymisvelvollisuuden ja hänen luontaisen halunsa suojella läheistä omaista vaikeaan ristiriitaan. *Andenaes* lausuu puheenalaisessa suhteessa

²²⁴ Vaitiolo-oikeutta ei kuitenkaan ole, mikäli todistamisella uskotaan olevan »avgørende betydning for sagens forsvarlige oplysning»; Rpl 170,2 §:n 2. virke i.f. Ks. sen johdosta *Trolle*, mt. s. 53.

²²⁵ Valmisteilla olevien lainmuutosten johdosta ks. *Betaenkning* Nr. 316 (1962); sekä muutoin *Gomard*, *Studier* s. 195.

²²⁶ Ks. oikeusvertailevasti *Andenaes* s. 8 s. — Erityisesti *Norjan* lain osalta — strpl. 176 § — ks. *Hagerup*, *Den norske Straffeproses* I s. 426; *Skeie*, mt. s. 76 ss.

²²⁷ Sama periaatteellinen kanta on omaksuttu muiden pohjoismaiden lainsäädännössä; ks. Rpl 745 §; strpl. 212 §; RB 27:1; ja niiden johdosta *Andenaes* s. 19.

²²⁸ Vrt. kuit. esim. *Skeie*, *Den norske straffeprosess* I s. 196. Vrt. lisäksi tekstissä seuraavaa esitystä.

varsin realistisesti, että yhden rikoksen paljastamiseen pyrkiminen ei saa aiheuttaa toista rikosta: väärää valaa.²²⁹ Mutta kuten *Ekelöf* vastaavasta kysymyksestä Ruotsin lain (RB 36:3) osalta huomauttaa, kiusaus tehdä väärä vala voitaisiin tehdä tyhjäksi kuulemalla todistajaa ilman valaa.²³⁰ Tosiasiallisesti laki edellyttääkin näin meneteltävän; jos lähiomainen nimittäin suostuu todistamaan, hän ei saa vanhoa valaa (OK 17:30; RB 36:13). *Tirkkonen* viittaa tässä yhteydessä niihin kriminaalipoliittisiin arveluttavuuksiin, joiden välttämiseksi viimeksi mainittu määräys on annettu.²³¹

Kun laki edellä kuvatuin tavoin osoittaa keinon, millä väärän valan vaara on torjuttavissa, OK 17:20:n normitarkoituksena ei voine osaksi-kaan olla tällaisen deliktin ehkäiseminen. Todellisuudessa vaitiolo-oikeuden myöntämisellä pyritään estämään aineellisesti epätoivot lausumat. Tällaisena todistamiskielto palvelee todistelun luotettavuuden edistämistä.²³² Mainittu prosessitekninen näkökohta ei kuitenkaan ole ensisijainen. »Aineelliselle» todistamiskiellolle ominaisesti vaitiolo-oikeudella on vireillä olevan prosessin tuolle puolen yltävä etäisfunktio: se kumoaa todistamisvelvollisuuden tilanteessa, jossa keskiavertoihmiseltä ei voida vaatia totuuden ilmi tuomista. Harkitsemattomasti annetun lähiomaista raskauttavan todistajankertomuksen seuraukset varjostavat todistajaa ehkäpä koko hänen jäljellä olevan elämänsä ajan. Tätä taustaa vasten on perusteltu OK 17:28,2:n määräys, joka velvoittaa tuomarin informoimaan todistajaa vaitiolo-oikeuden olemassaolosta.

Edellä esitetyn mukaisesti kokonaiskieltäytymisoikeudella on perusteensa ennen muuta todistajan henkilöön liittyvissä inhimillisissä näkökohdissa. Se seikka, että OK 17:20:n todistamisvapautus useinkin hyö-

²²⁹ »Straffeprosessen» s. 194. — Ks. myös *Jurykommisjonen*ns *innstilling* (1885) s. 542, jossa mainittu premissi on nimenomaisesti asetettu normin erääksi ratioksi.

²³⁰ »Rättegång» IV s. 135.

²³¹ »Uusi todistuslainsäädäntö» s. 146.

²³² Tämä on oleellisesti muuta kuin jos sanottaisiin, että todistamiskielto on »annettu» todistelun luotettavuuden edistämiseksi. Vrt. esitystä tekstissä. —

OK 17:28,1:n mukaan oikeuden puheenjohtajan on tiedusteltava todistajalta mm. sellaisia seikkoja, mitkä voivat vaikuttaa todistajan uskottavuuteen; niistä on myös tehtävä merkintä oikeuden pöytäkirjaan. — *Alkio*, LM 1964 s. 1029, tulkitsee sanottua määräystä siten, että tuomarin tietoonsa saama todistajaksi ilmoitetun sukulaisuussuhde asianosaisiin — saman lainkohdan mukaan se on selvitetävä *ex officio* — on merkittävä pöytäkirjaan nimenomaan todistajan luotettavuuteen vaikuttavana seikkana.

dyttää myös prosessin sisäisiä tarkoituseriä — totuudentutkimisintressiä — edustaa pikemminkin todistajalle myönnetyn kieltäytymisoikeuden *seurausta* kuin määräyksen oleellista tarkoitusta.²³³

Muodollisena edellytyksenä vaitioloprivilegion syntymiselle on, että todistaja kuuluu lain eksklusiivisesti luettelemaan henkilöryhmään. Todistajan ja asianosaisen välillä tulee olla laissa määrätty muodollinen perheoikeudellinen side.²³⁴ Onkin ilmeistä, että omaksuttu lainsäädännöllinen ratkaisu käy täysin ymmärrettäväksi vasta kun edellytetään, että normin antajaa on muiden tarkoituserien ohella motivoinut pyrkimys vahvistaa perheenjäsenten yhteenkuuluvuuden tunnetta.

bg) *Nemo tenetur se ipsum accusare*

1. Valistuksen aikakaudella vaikuttaneiden yhteiskuntafilosofien huomenlahja länsimaiseen kulttuuriperintöön on kiteytettävissä sanoiksi »rationalisoituminen», »humanisoituminen» ja »liberalisoituminen». Oikeuden osakulttuurille aikakauden yleisten aatevirtausten merkitys oli käänteentekevä. Tuolloin kylvettiin ne siemenet, joiden jälkikasvuna yksilön vähimmäisoikeudet ovat useimmissa sivistysvaltioissa saavuttaneet perustuslaillisesti varmennetun aseman. Alun perin valtio-opin alueelta lähteneinä uudet käsitykset levisivät ensiksi valtio-oikeuteen ja edelleen rikosprosessioikeuteen. Syytetyn persoonallisuuden piirin suojaksi luotiin vähimmäistakeet valtion kaikkivoipuutta vastaan. Yksilön vapauden aate toi rikosprosessiin uusia elementtejä, joiden vaikutus näyttyi toisaalta syytetyn toimimis- ja vaikutusmahdollisuuksien kasvuna, toisaalta valtion aktiivisuuden vähenemisenä. Kehityksen alkupistettä edusti syytetyn tahtoon välittömästi vaikuttavien pakkokeinojen poistaminen, askelta eteenpäin merkitsi muodollisesti tasavertaisen oikeudenkäyntiasianosaisen aseman saavuttaminen.²³⁵

²³³ Lähdekritiikki näyttäisi tukevan tekstissä omaksuttua käsitystä. Ks. tässä suhteessa PK II s. 268 ss.; PLB II s. 390. Vrt. kuitenkin v:n 1937 Esitysluonnoksen 127,2 §: »Sama olkoon laki (so. todistajaa on kuulusteltava valatta), jos voidaan olettaa, että todistaja sukulaisuudesta syytettyyn ... ei tulisi todistamaan totuuden mukaisesti.»

²³⁴ Kysymys on kuitenkin osaksi epäselvä; vrt. sen johdosta oikeustapauksia SvJT 1973 n:o 3 s. 19 ja 1975 n:o 2 s. 14. Ks. muutoin toisessa yhteydessä (VI 2 ca) olevaa esitystä.

²³⁵ Kuvattua yhteiskunnallis-oikeudellista kehitystä koskevasta erittäin laa-

Edellä viitotetun prosessimuodon historiallisen kehityksen vastakkaisia pisteitä on sopimusperäisesti nimitetty »inkvisitoriseksi» ja »akkusatoriseksi» rikosprosessiksi. Akkusatorisen periaatteen aineellisena sisältönä on tärkeältä osin syytetylle kuuluva täydellinen valinnan vapaus sen suhteen, haluaako hän aktiivisesti myötävaikuttaa menettelyn kulkuun vai ei.²³⁶ Syytetty ei ole velvollinen vastaamaan hänelle esitettyihin kysymyksiin. Mainittu vaitiolo-oikeus on ilmaus siitä liberalistis-oikeusvaltiollisesta postulaatista, jonka mukaan syytetty ei ole oikeudellisesti velvollinen myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä toteamiseen.

»Nemo tenetur se ipsum accusare» — kukaan ei ole velvollinen myötävaikuttamaan omaan tuomitsemiseensa. Rikosprosessilain positivoimana menettelyperiaatteena mainittu postulaatti ei ole yhdellekään nyt tarkasteltavalle oikeuspiirille vieras.²³⁷

jasta kirjallisuudesta ks. esim. *Noll*, Strafprozessrecht s. 5; *Stefani — Levasseur* s. 50 ss. (jossa huomioitu myös siviiliprosessi); *Henkel*, mt. § 11; *Peters*, Lehrbuch s. 58; *Eb. Schmidt* Geschichte s. 257 ss.; *Schorn*, Menschenwürde s. 14; *Westhoff* s. 115; *Roeder* s. 6 ('Ranskan Code d'instruction criminelle v:lta 1808 merkitsi uudenaikaisen rikos- ja rikosprosessioikeuden syntyä'); *Uppström*, Straffprocessrätten s. 18 s. Ks. lisäksi *Halila*, In dubio pro reo s. 294 (»Valistuksen aikakautena ryhdyttiin ... kiinnittämään toden teolla huomiota ns. persoonallisuusoikeuksiin ja kansalaisten oikeusturvaan.»); *Kastari*, Kansalaisvapauksien perustuslainsuojan ja valtiosääntöjen hierarkkisen ylemmänasteisuuden muodostuminen s. 123 ss.; *Sainio*, Perusoikeudet ja ihmisoikeudet s. 110; *Tirkkonen*, Rp I s. 30 ss. — Vallankumousjuristit valoivat perinteisen rikosprosessin muotteihin uuden, englantilaisesti värityneen liberaalin ideasisällön. Ks. tämän johdosta *Halila*, mt. s. 295; *Hassler*, Kriminalprocessen I s. 8 s.; *Mueller*, § 1. Toisaalta on huomattava, että rikosprosessin humanisoimiseksi oli tuohon mennessä jo eritoten Saksassa tehty määrätietoista työtä. Ranskan vallankumouksesta saadut impulssit tietenkin koi-tuivat kehityksen jatkuvuudelle eduksi. Nykytilanteelle on tavallaan kuvaavaa, että eräissä suhteissa rikosprosessin oikeusvaltiollisuus on — mannermaalla vaikuttaneen uudistusmielisyyden seurauksena — täällä ohittanut Englannissa vallitsevan standardin; vrt. *Williams*, The Proof of Guilt s. 39 ja av 9.

²³⁶ Tutkimuksessa ei ole mahdollista ryhtyä seikkaperäisesti selvittämään inkvisitorisen ja akkusatorisen rikosprosessin kehityshistoriaa ja yleistä käsitesisältöä. Esitettyjen lähinnä aksiomaattisten toteamusten johdosta ks. *Ekelöf*, Grundbegrepp s. 187 ss.; *Olivecrona* s. 18 ss.; *Sauer* s. 98 ('Rikosprosessi on vain muodollisesti asianosaisprosessia; aineellisesti se on inkvisitioprosessia, mikä ilmenee jo siitä, että syyttäjän on noudatettava objektiivisuutta.');

sekä edellä I 1 a 2 av 11 mainittua kirjallisuutta.

²³⁷ Puheenalaisen vapausperiaatteen yleismaailmallista kantavuutta kuvastaa, että se on ilmaistu vangitsemis-, pidättämis- ja karkoittamismääräyksiä tutkivan YK:n komitean laatimassa säännöstöluonnoksessa. Ks. tässä suhteessa

Useimpien todistamiskieltoja synnyttävien »aineellisten» perusteiden tavoin itsevaarantamiselta suojaava vaitiolo-oikeuskin voidaan palauttaa ihmisarvon käsitteen kautta itse oikeuden aatteeseen.²³⁸ Näin menetellen saadaan esille itsevaarantamiselta suojaavan todistamisvapautuksen läheinen yhteys perustuslaillisesti suojattuihin arvoihin. Tutkimuksellisesti saattaa kuitenkin olla vähemmän antoisaa etsiä »viimesijaista» oikeusperustetta. Tarkoituksenmukaisempaa on pysähtyä *nemo tenetur periaatteeseen* ja absolutisoida juuri tämä vapauslause vastaavia positiivisoikeudellisia todistamiskieltoja kannattavaksi oikeusajatuksiksi.²³⁹

Itsevaarantamiselta suojaava todistamisvapaus ilmenee positiivisissa todistusjärjestelmissä yleensä kahdessa päämuodossa: (i) syytetyllä ei ole oikeudellista velvollisuutta vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin; (ii) todistaja saa salata tuntemansa tosiseikan tai kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, jos hän täten voi välttää itseensä tai lähiomaiseensa kohdistuvan syytteen vaaran.²⁴⁰

Syytetyt vaitiolo-oikeuden aatehistorialliseen taustaan on edellä viitattu. Puheenalainen kieltäytymisoikeus on rikosprosessiin sovellettua sosiaalietiikkaa.²⁴¹ Syytetyt puolustusasemaa vahvistavana instituutiona mainittu järjestely on omansa edistämään oikeudenkäynnin demokraattisuutta; iskusanan asemesta prosessidemokratia saa adekvaatin kuvai-

myös New Delhin kansainvälisen juristikongressin ponsilauselman 10.1.1959: »No one should be compelled to incriminate himself...» Ks. lisäksi esitystä edempänä tekstissä; ja oikeusvertailevasti *Guradze*, *Unschuldsvormutung* s. 151 ss.; *Jescheck* s. 3, 25 ss. ja 33; *Liebscher*, *JBl* 1969 s. 467; *Westhoff* s. 132 ja 134. Oikeushistoriallisessa suhteessa ks. v. *Schrutka—Rechtenstamm*, mt. s. 241 ss.; *Wessels*, *Juristentag* s. 145 s.; *Williams*, mt. s. 35 ss.

²³⁸ Näin *Hermes*, mt. s. 6. Ks. myös *Geerds*, *Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis?* s. 171 ss., erit. s. 187; *Kühne*, mt. s. 51 ss.; *Schütz*, mt. s. 65.

²³⁹ Kuten tekstissä *Rupp* s. 200.

²⁴⁰ *Williams*, mt. s. 35 s., katsoo, että syytetylle myönnettyssä vaitiolo-oikeudessa on, tarkkaan ottaen, kysymys vapauslauseen »*nemo tene(ba)tur prodere seipsum*» sovellutuksesta; siitä Amerikassa käytetty ilmaus »*privilege against self-incrimination*» on käsitteellisesti epätasällinen. Viimeksi mainittu nimitys soveltuu yksinomaan puheenalaisen todistamisvapautuksen jälkimmäiseen, todistajaan nähden voimassa olevaan päämuotoon. Vrt. tämän johdosta edellä av 196, josta ilmenevä käsitys on toinen: On lähdetty siitä, että periaatteen »*nemo tenetur prodere seipsum*» referenssi on laajempi kuin tekstissä tarkasteltavan, ahtaasti rikosprosessuaalisen painotuksen omaavan vapauslauseen. Kysymyksen prosessikäytännöllinen merkitys on vähäinen.

²⁴¹ Lähellä tekstissä esitettyä on *Peters*, *Lehrbuch* s. 279.

lutehtävän.²⁴² Menettelyn »fairness» saa tällöin konkreettisia piirteitä siten kuin ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamista koskevassa v. 1950 Euroopan sopimuksessa (art. 6 I) samoin kuin kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa v. 1966 yleissopimuksessa (art. 14 I) on nimenomaisesti edellytetty.²⁴³ Edelleen syytetylle myönnetty vaitiolo-oikeus on sopusoinnussa mainituissa asiakirjoissa julkilausutun periaatteen kanssa, jonka mukaan jokaisen rangaistavasta teosta syytetyn henkilön edellytetään olevan syytön niin kauan kuin hänen syyllisyyttään ei ole näytetty lainmukaisesti hänelle toteen julkisessa oikeudenkäynnissä (art. 6 II; art. 14 II). Tämäkin periaate — ns. syyttömyysolettama — on meillä tavanomaisoikeudellisesti vanhastaan voimassa.²⁴⁴

Syytetylle asetettava positiivinen totuudessapysymisvelvollisuus sovelvollisuus ilmaista kaikki seikat, joilla voi olla merkitystä juttua ratkaistaessa, merkitsisi sellaisen vaatimuksen asettamista, jonka täyttämi-

²⁴² Vrt. tämän näkökohdan soveltamisesta siviiliprosessiin *Névai*, LM 1969 s. 928 ja 945.

²⁴³ Ks. mainitun sopimuskohdan tulkinnasta *Castberg*, mt. s. 106 ss.; *Guradze*, mt. s. 87 ss. rn 1—20; *Kohlmann*, mt. s. 314; *Schorn*, mt. s. 139.

²⁴⁴ Syyttömyysolettamasta johtuu loogisesti se oikeudessamme erittäin tärkeä periaate, että *syyllisyys on näytettävä syytetylle toteen*.

Mainittua seikkaa on syytä korostaa sen vuoksi, että nykyoikeudessamme puheenalainen menettelyohje ei ole yhtä yksiselitteisesti ankkuroitunut positiiviseen oikeusnormiin — kysymykseen tulee OK 17:2,1 — kuin miten oli laita varhemman lain aikana; ks. siinä suhteessa v. 1734 lain OK 17:33.

Toisessa yhteydessä — edellä av 153 — on lausuttu, että syyttömyysolettama on nimenomaan englantilaisen oikeusmaailman lahja manner-Euroopalle. Sanonta on oikeutettu kun otetaan huomioon se lähes yliverlainen merkitys, minkä »presumption of innocence» on saavuttanut englantilaisessa oikeudenhoidossa. Periaatteen valtio-oikeudellisia kytkeitä osoittaa, että se on lausuttu julki niissä lukuisissa ihmisoikeuksien julistuksissa (»bills of rights»), joita Yhdysvaltojen itsenäistymisen yhteydessä annettiin eri osavaltioiden perustuslaeissa 1770- ja 1780-luvulla. Ks. tämän johdosta *Halila*, mt. s. 295 ja av 22; sekä *Kastari*, mt. s. 123 ss., joka mainitsee, että näiden julistusten ajatussisältö oli suurelta osin lähtöisin vanhalta mantereelta. — Että näin oli laita nimenomaan myös syyttömyysolettaman suhteen, voitaneen päätellä siitä, että jo jesuiitta *Friedrich von Spee* (1591—1635) formuloi tämän ajatuksen 1631 ilmestyneessä kuuluisassa teoksessaan »Cautio Criminalis»: »... tam diu quemlibet praesumendum esse bonum, donec sufficienter probetur esse malus.»; s. 284.

Mitä erityisesti tekstissä mainitun sopimuskohdan tulkintaan tulee, ks. sen johdosta *Castberg*, mt. s. 120; *Guradze*, mt. s. 103 ss. rn 21—26; *Klug* s. 38; *Sax Grundsätze der Strafrechtspflege* III 2 s. 971 ja 987.

seen ihmisluonto on liian heikko.²⁴⁵ Vaitiolo-oikeuden käyttämisellä syytetty saa mahdollisuuden välttää totuudessapysymishalun ja itsesäilytystarpeen väliseltä kamppailulta. Ilmeistä on, että todistamiskielto tällöin välillisesti palvelee todistelun luotettavuuden edistämistä karsiessaan todistusaineistosta psykologisessa pakkotilassa annettuja lausumia.²⁴⁶

Edellä esitetty soveltuu mutatis mutandis myös todistajan vaitiolo-oikeuteen. Todistajalle myönnetty vapautus on lainsäätäjän vastaus todistajan omantunnonkonfliktiin. Oikeus olla vastaamatta kysymykseen on todistajan persoonallisuus-oikeus; se pohjautuu välittömästi lauseeseen »nemo tenetur se ipsum accusare».²⁴⁷ Eri asia on, että puheenalainen vaitiolo-oikeus palvelee myös totuuden selvittämistä seulomalla todistusaineistosta konfliktiperäisiä lausumia. Välillisesti todistamiskielto koituu siten myös syytetyn suojaksi.²⁴⁸ On kuitenkin epätodennäköistä, että mainittu näkökohta kykenisi yksinään tekemään lausumankielämisoikeuden perustelluksi. Ovathan vapaan todistusteorian omaksumisen mukana myös kokemusperäisesti epäluotettavat todistajaryhmät tulleet kelvollisiksi todistuskeinoiksi.²⁴⁹

Huomionarvoista on, että periaatteessa nemo tenetur-sääntö on voimassa myös todistajan lähiomaisen hyväksi. Mainittu seikka osaltaan

²⁴⁵ Näin *Tirkkonen*, Tystnadsplikt (Bilaga IV) s. 4; *Rupp* s. 178. Epättydyttävästi *Händel*, NJW 1964 s. 1141; ja erityisesti *Nowakowski*, JBl 1949 s. 5. Kun öStPO 199 § määrää, että syytettyä on kehotettava totuuden mukaisesti vastaamaan hänelle esitettyihin kysymyksiin, mainittu tutkija pääättelee tästä, että syytetyllä ei ole vain eettinen vaan myös oikeudellinen velvollisuus sanoa totuus. Vrt. tämän johdosta *Bertel*, Grundriss s. 69; *Roeder* s. 161; *sama*, ÖJZ 1974 s. 311; *Seiler*, mt. s. 127; *Foregger — Serini*, Strafprozessordnung § 199.

²⁴⁶ Vrt. tekstissä esitetyn johdosta *R. Ellilä* s. 231 ss.; *Leche — Hagelberg*, Kuulustelut rikosasioissa s. 79 ss. Ks. lisäksi *Jescheck* s. 31.

Korostettakoon, että itsevaarantamiselta suojaava vaitiolo-oikeus saattaa varsinkin esitutkintavaiheessa johtaa oikeudenhoidollisesti vähemmän tyydyttävään käytäntöön: Kun epäillyn ei tarvitse todistaa itseään vastaan, poliisi kenties tuntee houkutusta puristaa kuulusteltavasta sellaisia tietoja, jotka johtavat virheettömän evidenssin löytämiseen.

²⁴⁷ Kuten tekstissä jo *Broomé*, NJA II 1877 s. 11; *Wijk*, Om mened enligt svensk gällande rätt s. 79 s. Ks. lisäksi *Granfelt*, JFT 1943 s. 85 (»det personliga tvångsläget»); *Tirkkonen* s. 127; *Kallenberg* II s. 1087; *Thyrén*, Förberedande utkast till strafflag. Speciella delen III s. 74 s.; *Salomonsen*, mt. s. 183 s.; *Beling* s. 11 ja 37; *Jescheck* s. 25; *Peters* s. 128; *Rupp* s. 178; sekä Saksan oikeuskäytännön johdosta BGHSt. 1,39. Sveitsin tieteisopin suhteen ks. *Krähenbühl*, mt. s. 53 ss.

²⁴⁸ Vrt. *Andenaes* s. 9.

²⁴⁹ Lähellä tekstissä esitettyä on *Schütz*, mt. s. 65 ss.

tukee sitä edellä esitettyä käsitystä,²⁵⁰ että asianosaisen lähiomaiselle kuuluvan kokonaiskieltäytymisoikeuden oikeusperusteena on — muiden näkökohtien ohella — perhesiteiden suoja sellaisenaan.²⁵¹

2. Periaate, jonka mukaan syytettyä ei voida rajoittamattomasti käyttää rikosprosessissa todistuskeinona, on nykyaikaisen oikeusvaltioajatuksen yksi kulmakivi. *Saksan* oikeudessa tämä näkökohta on johtanut todistuskeinokieltoon niissä rikosprosessilain määräyksissä, jotka antavat syytetyille vapaan vallan lausua mielensä syytteen johdosta ja vastata esitettyihin kysymyksiin tai olla niin tekemättä (StPO 136 I ja 163 a III §§). Tuomarilla ja esitutkintaviranomaisella on vastaava informointivelvollisuus.²⁵² Todistajan oikeus kieltäytyä vastaamasta syytteen vaaran aiheuttamaan kysymykseen on lausuttu StPO 55,1 §:ssä; pykälän 2. momentissa säädetään tuomarille informointivelvollisuus. Lain esitöissä rikossyytteen uhkaaman todistajan suojaksi säädetty kieltäytymisoikeus leimataan StPO 136 §:ssä ilmaistun nemo tenetur-periaatteen johdannaiseksi kun taas lähiomaista suojaava lausumankieltämis-oikeus nähdään StPO 52 §:n loogisena seurauksena. Todistamiskiellon normitarkoitus on kolmitahoinen. Määräys suojaa todistajaa itseään ja hänen lähiomaistaan mutta myös syytettyä; yksilön persoona, perheen eheys ja rikosprosessuaalinen totuus ovat ne oikeushyvät, joilla todistamiskielto on oikeuspoliittisesti perusteltu.²⁵³

Romaanisissa oikeusjärjestyksissä syytetyllä on periaatteessa oikeus kieltäytyä vastaamasta hänelle esitettyihin kysymyksiin. Todistamiskiellon reaalimerkitystä syytetyn suojelusäntönä vähentää se seikka, että kuulusteluviranomainen voi todistusharkinnassaan vapaasti arvioida vai-

²⁵⁰ III 1 bf.

²⁵¹ Vrt. *Ekelöf* IV s. 135: »... ett komplement till det skydd för släktsamhörigheten, varom stadgas i 3 §.»

²⁵² Kosketeltujen määräysten johdosta ks. lähemmin *Jescheck* s. 31 ja 35; *KMR* §136 rn 4; *Kohlhaas*, NJW 1965 s. 2282 ss.; *Seebode*, MDR 1970 s. 185 ('rikoksesta epäillyllä on oikeus olla vastaamatta myös kysymyksiin *ad personam*'); *Wessels*, Juristentag s. 145 ss.; sekä erit. *Rüping*, JR 1974 s. 135: Epäillyllä/syytetyllä on tosin siveellinen mutta ei oikeudellista velvollisuutta puhua totta. Teesi, että epäillyn pitää jo totuudenmukaisin ilmoituksin *ad personam* aloittaa sovituksensa, kariutuu lopulta syyttömyysolettamaan.

²⁵³ StPO 55 §:n johdosta ks. *Alsberg* — *Nüse* s. 99 s.; ja erit. *Peters* s. 127 ss.: Sen johdosta, että StPO 55 §:n 1 momentin vaitiolo-oikeus ja 2 momentin informointivelvollisuus palvelevat totuuden selville saamista, ne suojaavat syytettyä vääralta tuomiolta.

tiolo-oikeuden käyttämisen merkityksen todisteena. Syytetyn vaikeneminen tulkittaneen useinkin syyllisyysindisioksi.²⁵⁴ Mitä tulee nemo tenetur-ajatuksen toteutumiseen todistajan kuulustelussa, romaaninen oikeuspiiri on puheenalaisessa suhteessa yleensä omaksunut todistajaa jyrkästi syrjivän kannan. Syytteen vaara ei perusta todistajalle prosessuaalista oikeutta kieltäytyä vastaamasta esitettyyn kysymykseen. Ranskan oikeudessa todistajan mahdollinen niskoittelu aiheuttaa, että hänet tuomitaan C.p.p. 109 art:n edellyttämään sakkoon.²⁵⁵ Liioin ei Italian rikosprosessioikeus pidä itsevaarantamismahdollisuutta todistamisvelvollisuutta rajoittavana perusteena. Toisin kuin Ranskan oikeudessa todistajan totuudessapysymisvelvollisuus tulee mahdollisen rikkomuksen tapauksessa arvosteltavaksi rikosoikeudellisten pakkotilasäännösten pohjalta. Rikoslaki (C.p. 384 art.) pitää ilmaisupakkotilaa henkilökohtaisena rangaisituksen poissuljentaperusteena. Määräyksellä ei ole vaikutusta prosessuaaliseen tasoon siten, että siitä voitaisiin johtaa todistajalle vaitiolo-oikeus.²⁵⁶

Anglosaksinen oikeus on vanhastaan ollut edelläkävijän asemassa mitä tulee syytetyn prosessuaalisen aseman suosimiseen ja hänelle annettuihin vaikutusmahdollisuuksiin. Syytettyä suosiva peruspyrkimys on pääteltävissä jo englantilaisen oikeudenhoidon ylimmäksi periaatteeksi leimatusta syyttömyysolettamasta: kunnes syyllisyys on näytetty *presumptio käy syyttömyyden puolesta*. Syytetyn muodollisen tasavertaisuuden merkinä on, että hän voi esiintyä todistajana omassa asiassaan. Tällaiseen yleiskuvaan sopii saumattomasti, että *nemo tenetur se ipsum accusare*-periaatteen laaja tulkinta koetaan arvokkaaksi tehtäväksi.²⁵⁷

²⁵⁴ Ks. tämän johdosta Leone, *Trattato di diritto processuale penale* II s. 254. — Vaikka syytetyllä onkin, siten kuin tekstissä on esitetty, »periaatteessa» oikeus vaieta, erityisesti Ranskan oikeudessa korostetaan, että syytetyn osallistuminen menettelyyn passiivisena syrjästäkatsojana ei sovellu rikosprosessin luonteeseen. Syytettyä on päinvastoin kehoitettava vastaamaan hänelle esitettyihin kysymyksiin. Näin Garraud, *Traité d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale* II s. 230.

²⁵⁵ Ks. Stefani — Levasseur s. 539 rn 468.

²⁵⁶ Nuvolone s. 67.

²⁵⁷ Ks. tekstissä esitetyn johdosta Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* IV s. 296; Cross s. 140; Kenny, *mt.* s. 512 rn 585 ja av 2 (»One of the most sacred principles of the law of this country.»); Maguire s. 82 ja 107 (»säännön yhteiskunnallinen funktio: luottamus oikeudenhoidon »fairness»iin»); Nokes, *mt.* s. 206 ss. (po. vapausoikeus oli vakiintunut jo 1600-luvulla; s. 207);

Yksityiskohtien suhteen mainittakoon, että Yhdysvaltain todistusoi-
keudessa itsevaarantamiselta suojaavan todistamiskiellon muodollisena
oikeuslähteenä on perustuslaki, tarkemmin ilmaisten sen V muutospy-
kälä. Tämän perusnormin mukaan syytetyn tulee olla suojattu jokaista
itsevaarantamisen muotoa vastaan.²⁵⁸ Tuomioistuimet ovat tulkinneet
määräystä siten, että se estää takavarikoimasta syytetyltä hänen hallus-
saan olevia todistuskappaleita. Takavarikkokiellolla ei ole vastinetta ver-
taintavien oikeuspiirien todistusoikeudessa ja se antaakin vaikutelman
syytetyn ylisuojelusta. Määräyksestä, jonka mukaan ketään ei saa rikos-
jutussa pakottaa todistamaan itseään vastaan, korkein oikeus johtaa —
varsin poikkeuksellisesti — kuulusteluviranomaisiin kohdistuvan infor-
mointivelvollisuuden. Laiminlyönti tässä suhteessa saattaa periaatteessa
johtaa, mikäli tarpeellinen kausaalisuus on todettavissa, tuomion kumo-
miseen.²⁵⁹ Sen johdosta, että perustuslain V muutospykälä kuuluu aines-
osana XIV muutospykälään, puheenalainen vaitiolo-oikeus palautuu viime
kädessä *due process* -klausuliin.²⁶⁰ —

3. Syytetyllä on rikosprosessissa kahdenlainen tehtävä: hän on menet-
telyyn myötävaikuttavasti osallistuva asianosainen samalla kun hän on
mitä tärkein todistuskeino.²⁶¹ Mahdollisena tietolähteenä hänen asemansa
on ainutlaatuinen. Ajateltakoon vain tilannetta, että rikollisella teolla
ei ole ollut havaitisijoita samalla kun teonjäljet tyystin puuttuvat. Tätä
taustaa vasten periaatetta, jonka mukaan syytetty ei ole velvollinen myö-

Petersen — *Soukka*, mt. s. 268 ja 272 s.; *Wigmore*, mt., 8. osa, § 2269; *Vliet*, mt.
s. 259 s.

Erityisesti syyttömyysolettamasta ks. *Cross* s. 92 s.; *Hirschberg*, *Das amerika-
nische und deutsche Strafverfahren* s. 7; *Nokes*, mt. s. 67; kriittisesti *Maguire*
s. 192: syyttömyysolettama on käytännön oikeudenhoidossa kestämaton. Näin
myös *Seiffs*, *The Presumption of Innocence* s. 53 ss.

²⁵⁸ *Gouled v. US*, 255 US 298, 1921.

²⁵⁹ *Pelckmann*, *Juristentag* s. 85 s.

²⁶⁰ Ks. puheenalaisessa suhteessa lähemmin *Allen*, *The Exclusionary Rule
in the American Law of Search and Seizure* s. 77 ss.; *Honig* s. 5 ss., 34 ja passim;
Mueller s. 40 ss.

²⁶¹ Näin *Aalto*, LM 1967 s. 21; *Andenaes*, *Straffeprosessen* s. 36; *Häussling*
s. 99; *Westhoff* s. 131; *Zipf*, *Strafprozessrecht* s. 62 ('epäillyllä sekä aktiivi- että
passiiviasema'); *Roeder* s. 86; *Noll*, mt. s. 66. — Tässä tutkimuksessa on toisaalla
edellytetty, että asianosaisena syytetty on menettelyn subjekti mutta samalla
(rikoksesta epäiltynä) tosiasiallisesti sen objekti; ks. I le av 89 ja jäljempänä
VI 2 a.

tävaikuttamaan syyllisyytensä toteamiseen, on tervehdittävä ennen muuta oikeusvaltioajatuksen voittona.²⁶²

Puheenalaisessa suhteessa *pohjoismaiset* oikeusjärjestykset täyttävät kiistattomasti oikeusvaltiollisen standardin. Sääntönä on, että syytetty ei ole velvollinen antamaan vastinetta asiassa. Niin suuresti kuin rikosprosessia hallitsevan akkusatorisuuden aste näissä maissa vielä vaihtelee, oikeusvaltiollisesti merkitsevissä peruskysymyksissä eroavuudet ovat epäoleellisia. Syytetyn eduksi voimassa oleva vaitioloprivilegio, joka vapauttaa hänet siitä pakkotilasta, mitä vastineenantamisvelvollisuus useinkin merkitsisi, ei välttämättä tarvitse tuekseen lakia muodollisena oikeuslähteenä. Suomen oikeudessa lainsäädäntö onkin tässä kohden aukollinen. OK 17:5 viittaa epäsuorasti siihen, että syytetyllä on oikeus olla lausumatta syytteen osalta mitään.²⁶³ Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuk-

²⁶² Käsite *oikeusvaltio* on tutkimuksen keskeisimpiä. *Rikosoikeudessa* oikeusvaltioperiaate muodostui jo 1800-luvun alussa lauseen »nullum crimen, nulla poena sine lege» myötä (*Seebode*, MDR 1976 s. 963). Suomen positiivisen oikeuden kannalta periaate on palautettavissa perustuslakiin: HM 92 §:n 1 momentin mukaan kaikessa virkatoiminnassa on laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin noudatettava lakia. Tässä on lausuttu oikeusvaltion *kaikki oikeudenalat* kattava perusajatus (vrt. *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 92). Se antaa tuomioistuimille mahdollisuuden valvoa maan hallituksen ja ylimpien vallanpitäjien pysymistä lakien puitteissa, mitä pidetään oikeusvaltion eräänä tärkeimpänä tunnusmerkkinä; ks. *Kastari*, Oikeus ja politiikka s. 55. Varsin edustava on *Sipposen* määritelmä, jonka mukaan oikeusvaltiona pidetään tavallisesti valtiota, jossa kaikki valtiovallan käyttö tapahtuu oikeusajatuksen ja oikeusjärjestyksen mukaisesti ja niiden puitteissa ja jossa mielivaltaa ei sallita; *ibid.* s. 14. Ks. myös *R. Ellilä* s. 290 i.f.; *T. Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 14 ja 34; *sama*, LM 1970 s. 644; *Merikoski*, Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin I s. 16 s.; II s. 27 s.; *Ekelöf* III s. 30 ('miten rikosprosessuaalisia pakkokeinoja yhteiskunnassa käytetään muodostaa kriteerin sille onko tämä oikeusvaltio vai poliisivaltio'); *Osmer*, mt. s. 10 ss.; *Rüping*, mt. s. 124 ('aineellisen oikeusvaltiokäsitteen varsinaisena sisältönä on ihmisarvon kunnioittaminen ja suojaaminen'); *Pfenninger*, SchwJZ 1945 s. 312 ss. — Tässä tutkimuksessa lähdetään siitä, että yhtä lailla kuin jännityssuhteessa yksilö — yhteiskunta ratkeaa mitä on »valtio» (vrt. edellä av 125), yksilön ja viranomaisen keskinäissuhteessa ratkeaa aina uudestaan, mitä on »oikeusvaltio». Määritelmät ovat nytkin vain kuvailuyrityksiä.

²⁶³ Näin myös OKa 1926 s. 55: syytettyä ei voida sakon uhalla pakottaa vastaamaan. Samalla periaatteellisella kannalla on KoO 1967 II 94: syytettyä ei voida pakkokeinoja käyttämällä velvoittaa antamaan oikeudenkäynnissä selitystä. Vainemisoikeutta edellytti niin ikään jo *Granfeltin* ehdotus (1923) rikosasiain oikeudenkäyntilaksi (XV:19); LvK 1929:2 (Rikosasiain oikeudenkäyntilaki 191,4 §);

sia koskevan v. 1966 yleissopimuksen 14 artiklan 3 kappaleen g kohdan mukaan »jokaisella on tutkittaessa rikossyytettä häntä vastaan oikeus olla tulematta pakotetuksi todistamaan itseään vastaan tai tunnustamaan syyllisyytensä».

Muissa pohjoismaissa kirjoitetun oikeuden kanta on yksiselitteisempi (RB 46:6,4; Rpl 765, 766 §§; strpl. 255 §). Tehostetuinta suojaa syytetty nauttii Tanskan oikeudessa, jossa laki (Rpl 807,3 §) asettaa tuomioistui-
melle ja esitutkinnan suorittajalle vastaavan informointivelvollisuuden. — Joka tapauksessa puheenalainen vaitiolo-oikeus palautuu aina viime kädessä *nemo tenetur se ipsum accusare* -postulaattiin.²⁶⁴

Mitä tulee tarkasteltavan vaitiolosäännön toiseen pääulottuvuuteen: todistajaa itsevaarantamiselta suojaavaan lausumankielämis-oikeuteen, mainittu todistamisvapautus oli meillä voimassa jo ennen todistusoikeu-
den uudistamista. OK 17:24,1:n 1. virkkeessä vapautus todistamisvelvolli-
suudesta on ulotettu koskemaan tapauksia, joissa todistaja ei voisi kertoa seikkaa tai vastata kysymykseen saattamatta syytteen vaaraan henkilöä, joka on häneen sellaisessa suhteessa, kuin 20 §:ssä on sanottu. Tältä osin määräystä voidaan pitää täydennyksenä 20 §:ssä säännellylle perhesiteiden suojalle.²⁶⁵

Pohjoismaisissa prosessilaeissa määräysten hajonta on tiettyjen yksi-

sekä v. 1939 *Esitysluonnoksen* Oikeudenkäyntilain 579,3 §. Näin myös *Esitutkinta* s. 5 ja 11. — Selostettu kanta on vallitsevana myös prosessioikeudellisessa kirjallisuudessamme. Ks. sen johdosta *Aalto*, LM 1967 s. 17 s., 19 av. 48 ja 20; *sama*, LM 1967 s. 745 s. ja 749 («syytetyn 'privilegium odiosum' merkitsee oikeutta vaatia, että syyttäjä esittää riittävän näytön»; vrt. edellä av 244); *sama*, Lehtimiehen anonymiteetti s. 24 av 5; *R. Ellilä* s. 169 ja 258 av 78; *T. Ellilä*, Oikeudenkäyntivaihe s. 41 ss.; *sama*, Todistelusta rikosasioissa s. 69 ss. ja 172 s.; *sama* LM 1948 s. 612 ss.; *sama*, SPL 1972 s. 34; *Helminen*, PM 1966 s. 820 s.; *Tirkkonen* s. 44; *sama*, Rp I s. 368 s.; *sama*, Totuus s. 169; *Venoja*, Takavarikko s. 23.

²⁶⁴ Ks. oikeusvertailevasti *Andenaes* s. 17; ja muutoin *Bolding*, Bevisbörden s. 123; *Dillén*, Föreläsningar i straffprocessrätt s. 290; *Ekelöf* IV s. 158; *Olivecrona* s. 93; *Processnämnden* s. 303; *Gomard — Hansen — Hurwitz*, Kommenteret Retsplejelov II § 765 rn 4, § 766 rn 2 ja § 807 rn 11; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 53 s. 166 ja 173; *Innstilling* § 90. Ks. toisaalta *Bratholm*, Lov og Rett 1968 s. 303, joka mainitsee, että norjalaisessa tietoisopissa ei ole kehitetty varsinaista *nemo tenetur*-periaatetta selittävää oppirakennelmaa.

²⁶⁵ Ks. tämän johdosta *Tirkkonen* s. 127 ss.; *sama*, Rp II s. 255 ss.; *sama*, Totuus s. 169; ja varhemman oikeuden kannalta *Granfelt*, JFT 1943 s. 79 ss.; *Honkasalo*, DL 1948 s. 231 ss. ja siinä mainittua oikeuskäytäntöä.

tyiskohtien osalta silmiinpistävä. Ruotsin laki (RB 36:6) rinnastaa rikolliseen tekoon häpeällisen teon (*vanärande handling*). Käytetty sanonta »rikollinen teko» (pro »syytteen vaara») osoittaa lisäksi, että toisin kuin Suomen (ja Norjan) lain mukaan sillä seikalla, onko rikos vanhentunut tai syytteeseenpano-oikeus muusta syystä rauennut, ei ole mitään merkitystä.²⁶⁶ Muutoin myös Norjan (strpl. 177 §) ja Tanskan (Rpl 170,2 §) lait huomioivat asianomaisen todistajan moraalisen maineen, tosin sillä erotuksella, että norjalainen säännösteksti — tässä kohden yhdenmukaisesti Ruotsin lain kanssa — sallii todistajan vaieta myös lähiomaisen kansalaiskunnian suojaamiseksi.²⁶⁷ Tanskan lain kanta eroaa siinäkin suhteessa kolmen muun maan oikeudessa omaksutusta, että laki ei sisällä nimenomaista vaihtoehtoa rikollisten tekojen varalta. Todistamisvapautuksen edellytyksenä on, että lausuman antaminen asettaisi todistajan alttiiksi yhteiskunnallisen arvonnannon tai menestyksen menettämislle. Rikollinen teko ei siten ipso jure perusta todistamisvapautusta vaan lisäedellytyksenä on lain ilmaisemien kriteerien täyttyminen. Toisaalta säännöksen asiallinen soveltamisala on siinä suhteessa erityisen laaja, että myös henkilökohtaisten tai taloudellisten suhteiden vakava häiriintyminen muodostaa vaitiolooperusteen. Tulkintaa voidaan pitää vakiintuneena, ja se johtaa siihen lakiteknisesti varsin erikoislaatuiseen ratkaisuun, että *nemo tenetur-näkökohdan* perusteella annetaan suojaa liike- ja ammattisalaisuuksille.²⁶⁸

Kun todistaja on oikeutettu kieltäytymään vastaamasta johonkin kysymykseen, tulee puheenjohtajan ilmoittaa se todistajalle. Informointivelvollisuus on laissa säädetty,²⁶⁹ ei kuitenkaan Norjan oikeudessa, jossa tuomioistuimet yleensä käytännössä noudattavat samaa periaatetta.²⁷⁰

²⁶⁶ *Ekelöf* IV s. 136; *Elwin*, TSA 1976 s. 194; *Gärde* s. 499 s.; *Ström*, TSA 1962 s. 332 ja 335 s.

²⁶⁷ Ks. strpl. 177 §:n johdosta *Norsk Retstidende* 1912, s. 203, 1927 s. 390 ja 1958 s. 276; sekä Rpl 170,2 §:n soveltamisesta U 1936. 200 (naispuolinen todistaja sai kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, oliko hänellä ollut palkkiotuloja haurauden välikappaleena olemisesta) ja U 1940. 1059.

²⁶⁸ Vrt. tämän johdosta esitystä av 182 edellä ja sanottu alav. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Andenaes* s. 9 ss.; *Hurwitz* s. 479.

²⁶⁹ Ks. OK 17:28,2 ja 31 (vrt. tästä esim. OKa 1952 s. 54 ss.); RB 36:14; Rpl 170,6 §.

²⁷⁰ *Andenaes* s. 11.

bh) Persoonallisuuden oikeussuoja

1. Rikosprosessin polttopisteessä on syytetty, toisin sanoen ihminen. Syytetylläkin on ihmisarvo. Rikosprosessista aiheutuvat perusoikeuksien rajoitukset eivät saa johtaa syytetyn persoonallisuuden tuhoamiseen. A fortiori tämä koskee todistushenkilöitä. Tarvittaessa persoonallisuuden oikeussuoja on toteutettava totuustavoitteen kustannuksella.²⁷¹

Esitetyt aksiomaattiset toteamukset muodostavat lähtökohdan siirryttäessä käsittelemään todistamiskieltojen viimeaikaisen kehityksen seurauksena yhä tärkeemmän merkityksen saanutta oikeuspoliittista perustetta: yksilön perus- ja ihmisoikeuksia.²⁷² Meilläkin vilkkaana virinneessä oikeuspoliittisessa keskustelussa esiintyneet teemanimikkeet »intimiteetin oikeussuoja» ja »oikeus yksityiselämään» kattavat vain osan tarkastelunalaisesta oikeushyväjoukosta. Tutkittaessa persoonallisuuden oikeussuojaa nimenomaan todistamiskieltoja luovana perusteena ei voida välttyä käsittelemästä kysymyksiä, joita systemaattisista ja prosessiteoreettisista syistä valotetaan edempänä uusiutuvasti keskitetysti valtiösääntöoikeudellisesta näkökulmasta.

Mitä oikeastaan ovat ihmisoikeudet? Asiaryhmänä ihmisoikeudet on lähes rajoittamaton.²⁷³ Määrittely- ja kuvailuyritykset ovat tuskin hyö-

²⁷¹ Tämä seuraa jo *syyttömyysolettamasta*; ks. *Schorn*, mt. s. 100.

²⁷² Rikosprosessin arvopäämääriä ja yksilön vapausoikeuksia punnitsevan periaatekeskustelun yleismaailmallinen laajuus, tämän keskustelun perinpohjaisuus ja ihmisoikeuksien suoja tehostavien äänenpainojen jyrkkyys oikeuttavat johtopäätöksen, että todistamiskieltoja kannattavien näkökohtien joukossa persoonallisuuden oikeussuoja on nykymerkitykseltään tärkein. Tämän oikeusperusteen priorisointi vaikuttaa sitäkin läheisemmältä, kun nähdään, että useimmat »aineellisia» todistamiskieltoja perustavat harkinnat — esim. perhesiteiden suoja ja itsevaarantamiselta vapauttava vaitiolo-oikeus — voidaan palauttaa ihmisarvon kautta persoonallisuuden oikeussuojaan; vrt. *Dünnebie*r, MDR 1964 s. 965. Tutkittavan arvonäkökohdan poliittista, yhteiskunnallista ja oikeudellista ajankohtaismerkitystä kuvastaa keskustelua dokumentoivan kirjallisuuden määrä: se ei enää ole yleiskatsauksellisuuden rajoissa. Vrt. tämän johdosta esim. *Dane-lius*, SvJT 1969 s. 384.

²⁷³ *Makkonen* s. 191; *Kühne*, mt. s. 46. — Kuvaavaa on, että kirjallisuudesta etsii turhaan ihmisoikeuksien määritelmää. On esimerkkejä siitä, että ihmis-oikeudet on luettu yleisiin oikeusperiaatteisiin (sen johdosta kriittisesti *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 161), toisaalta on olemassa ajattelutapa, joka näkee lähes kaikessa oikeuden käsitteelliseen ja institutionaaliseen puoleen kuuluvassa vain ulkoisen kehityksen, joka saa sisältönsä ihmisarvon aatteesta, ihmisoikeuksista

dyllisiä. On lähdettävä siitä, että moderni luontaisoikeus tunnustaa ne realiteetiksi.²⁷⁴ Tässä suhteessa voidaan viitata erityisesti toisen maailmansodan jälkeen tapahtuneeseen kehitykseen, jonka tuloksena syntynyt ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamista koskeva v. 1950 Euroopan sopimus asettaa kansalliset perustuslain laatijat uudenlaisten velvoitteiden eteen. Viittaus näihin velvoitteisiin on perusteltu erityisesti sen johdosta, että teknologian aluevaltausten seurauksena yksilön persoonallisuuspiiri on uudella tavalla uhanalainen. Olemme valinnan edessä: Joko mukautamme henkilökohtaisesta vapaudesta ja ihmisarvosta omaksumamme käsitykset uusiin olosuhteisiin tai pidämme tekniikan ja tieteen edistymisestä huolimatta ihmisarvon ihanteen korkealla.²⁷⁵

Millainen arvovalinta puheenalaisessa suhteessa tullaankin tekemään, tietty persoonallisuuden suojan ydinalue epäilemättä tulee säilymään. Tarkasteltaessa persoonallisuuden oikeussuojaa rikosprosessissa sellaisena kuin se tämän päivän eurooppalaisessa rikosoikeudenkäynnissä esiintyy, havaitaan, että yleensä ei tarvita takautumista perustuslakiin kun rikoksesta epäiltyä tai syytettyä on suojattava kiellonvastaisilta tutkintatoimenpiteiltä. Rikoksesta epäillyn tai syytetyn vähimmäisoikeudet, joissa hänen ihmisarvonsa juuri todellistuu, tulevat turvatuiksi rikosprosessilain määräysten avulla; niitä on tulkittava ja tarvittaessa täydennettävä

(vrt. Häussling s. 26). Mitä erityisesti rikosprosessuaaliseen tutkimukseen tulee, on selvää, että niin pian kuin ylitetään prosessitekniikan ahtaat rajat, ollaan jo vastakkain ihmisoikeuksien edustaman asiaryhmän kanssa. Ks. tämän johdosta Schorn, mt. passim. A fortiori äsken sanottu soveltuu todistamiskieltoihin. Ks. tässä suhteessa esim. Salmiala, JFT 1954 s. 397 ss.; ja laajasta saksalaisesta kirjallisuudesta Beling s. 37. Mainittu tutkija ei ollut uran aukaisija vain todistamiskieltojen yleisen teorian kehittäjänä. Sanat, joilla Beling korosti ihmisarvon prioriteettia, kaikkuvat sängen moderneilta: 'Kaikin puolin yhtä mieltä oltaneen siitä, että rikosprosessinkin on kunnioitettava ihmisarvoa; sen tähden täytyy olla niin, että ihmisarvon ja rikosprosessuaalisen intressin välinen sovittamaton ristiriita johtaa todistamiskieltoon.' — Profeettallisesti hän vielä jatkaa: »Was freilich Menschenwürde ist — darüber werden wohl noch Generationen den Kopf zerbrechen.»; ibid. s. 37.

²⁷⁴ Kastari, Kansalaisvapauksien perustuslainturva s. 1 av 1; Sainio, mt. s. 116.

²⁷⁵ Ks. esim. Anttila, LM 1972 s. 505 ss.; Hidén, LM 1967 s. 780 ss. (»Oikeus yksityiselämään»: Tukholmassa 22/3 V 1967 pidetty lakimieskokous); Sainio, Perusoikeudet ja ihmisoikeudet s. 109 ss.; sekä laajasta ulkomaisesta kirjallisuudesta Lögdberg, Personlighetsrätt s. 9 ja 82 ss.; Schaumann s. 140 ss.; ja erit. Vasalli, ZStW 74. Bd., s. 447 ss.

perustuslakia vastaavasti.²⁷⁶ Todistamiskieltoihin sovellettuna mainittu näkökohta saattaa johtaa erinäisiin vaikeuksiin. Lähinnä joudutaan kysymään, voidaanko todistamiskieltoja johtaa kirjoittamattomista oikeusperiaatteista. Niin ikään nousee esille kysymys todistamiskielloille asetettavista kvaliteettivaatimuksista. Todistamiskieltojen johtaminen ihmisarvon käsitteestä saattaa olla oikeuden aatteen vaatima välttämättömyys. Mutta mitä seurauksia tästä on oikeusvarmuudelle?²⁷⁷

Kokonaisuutena persoonallisuuden suojan ongelma rikosprosessissa on perin moniulotteinen. Alun perin valtio-opin ja valtio-oikeuden alueelta lähteneinä osa syytetyn persoonallisuuden suojaksi kehittyneistä takeista on keskustelun tuolle puolen jääviä itsestäänselvyyskysymyksiä. Muuta tuskin voidaan sanoa niistä kuulustelumetodikielloista, jotka estävät tutkittavan tahdontoimintaa lamauttavan ruumiillisen tai henkisen kidutuksen käyttämisen; todistamiskielton kumulatiivisena oikeusperusteena on todistelun luotettavuuden edistäminen. Todistelumetodi on tällöin absoluuttisesti kielletty.²⁷⁸ Mutta todistelumetodi voi myös olla laissa

²⁷⁶ Viitattu ongelma on todistamiskieltojen yhteydessä esiintyvistä periaatteellisesti tärkeimpiä. Kuten tekstissä *Andenaes* s. 19; *Jescheck*, Juristentag s. 170; *Maetzel*, mt. s. 666; *Nüse* s. 286 s.; *Rupp* s. 167, 170 ja 209. Toisin *Klug*, Juristentag s. 175; *Kohlhaas* s. 287 s.; *Nuvolone* s. 64. Ks. myös esitystä ja kirjallisuusviittauksia edempänä tekstissä.

²⁷⁷ Tekstissä esiintyvän kysymyksenasettelun johdosta ks. erit. *Sarstedt* s. 13 ja 65. Ks. lisäksi *Foregger*, Juristentag s. 127; *Kleinknecht*, ibid. s. 80 s.; *Spendel* s. 1107 (»die Notwendigkeit, aber auch Fragwürdigkeit, aus dem Begriff der »Menschenwürde« Beweisverbote abzuleiten«). Kysymyksestä, millaisia kvaliteettivaatimuksia erityisesti esituskintaa ajatellen todistamiskielloille on asetettava, ks. *Janetzke*, Juristentag s. 141 s. Samasta kysymyksestä tuomioistuinten maallikkoaineiden näkökulmasta ks. *Maguire* s. 214.

²⁷⁸ Näkemys ihmisarvon absoluuttisesta etusijasta rangaistusvaatteen toteuttamisintressiin verrattuna on postuloitu jo lähtökohtaisen perusteiden tasolla (ks. s. 12) ja toistettu eri tyyppisissä ongelmayhteyksissä (ks. esim. s. 95 ja s. 174). Samalla on viitattu siihen, että kirjoitettu oikeutemme on tässä kohden täydennystä vaativa. Toisaalta on huomautettu (s. 12), että totuudentutkimiskäskey ei edes a priori oikeuta sellaista todistelumetodia, joka alentaa rikoksesta epäillyn tutkintaobjektiksi, ja että tämä aksiooma ei tarvitse tuekseen lakia muodollisena oikeuslähteenä. Todellisuudessa oikeutemme siten sisältyy kielellisesti formuloiduista todistamiskieltoista, eli, kuten myös voidaan sanoa, oikeudessamme on kirjoittamattomista oikeusperiaatteista johdettuja todistamiskieltoja. Tämä tarkoittaa periaatteellisesti muuta kuin kysymys voidaanko kirjoittamattomista oikeusperiaatteista johtaa uusia todistamiskieltoja. Vrt. tämän johdosta esitystä tekstissä av 277 edellä. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. I 1 e 2 av 109 mainittua kirjallisuutta.

tarkoin määrätyin edellytyksin periaatteessa sallittu (takavarikko, koti-etsintä ja ruumiiseen kohdistuva tulkinta). Tällöin sitä on arvosteltava *oikeasuhtaisuusperiaatteen* kannalta, joka periaate, kuten edempänä nähdään, perustaa osassa nyt tutkittavista oikeusjärjestyksistä varsinaisia todistamiskieltoja.²⁷⁹ Nyt ei ole kysymys todistamiskieltoja kumulatiivisesti kannattavista oikeusajatuksista. Perustuslakiin ankkuroitua persoonallisuuden suoja implikoi keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuuden. Jos epäusuhde on kyllin räikeä, todistelumetodia ei saa käyttää; asianomainen kiellonormi voi olla puhdas muotomääräys tai myös todistelumetodikielto. Oikeasuhtaisuusperiaate näyttäytyy siten perusoikeuksiin ja persoonallisuuden oikeussuojaan palautuvaksi oikeusajatuksiksi, joka vain harvoin perustaa aitoja todistamiskieltoja. Myös edellä käsitelty itsevaarantamiselta suojaava vaitiolo-oikeus voidaan nähdä persoonallisuuden suojan johdannaisena. Näin pelkistettynäkin persoonallisuuden suojan nimityksen takana oleva jäännösalue on problemaattinen.²⁸⁰

2. Tutkittavasta kysymyksestä *Saksassa* käyty periaatekeskustelu on ollut erittäin monitahoinen. Johtavana ajatuksena on ollut rikosprosessiin osalliseksi joutunutta kansalaista suojaavien oikeustakeiden tehostaminen. Keskustelun nykyvaihetta leimaa tietty persoonallisuuden oikeussuojan ylippingotus.²⁸¹ Asiantila on kyllä tiedostettu, mutta sitä pidetään poliittisen lähimenneisyyden determinoimana välttämättömyy-

²⁷⁹ *Sax*, JZ 1965 s. 5. — Ks. tekstissä lausutun johdosta edempänä (III 2) olevaa esitystä, josta ilmenee, että oikeasuhtaisuusajatuksen positiivisoikeudellinen merkitys varioi siirryttäessä oikeuspiiristä toiseen.

²⁸⁰ Selvyyden vuoksi on korostettava, että tekstissä usein käytetyn käsitteen »ihmisarvo» referenssi on etsittävä yleisen persoonallisuus oikeuden ydinpiiristä. Termit »ihmisarvo» ja »persoonallisuus oikeus» eivät siten ole synonyymeja. Tässä suhteessa epäselvästi *Neuman—Nipperdey—Scheuner*, Die Grundrechte II s. 4 ss. ja 14 verr. s. 9.

²⁸¹ Ulkopuolinen tarkkailija saa vaikutelman, että Saksan lakimiespiireissä nykyisin vallitseva mieliala edustaa eräänlaista reaktiota lähimenneisyyden väärinkäytöksiä kohtaan samalla tavoin kuin Yhdysvaltain oikeuskäytäntöä leimaa reaktio poliisi mielivaltaisuuksia vastaan. Tämä johtaa helposti persoonallisuusarvojen, ihmisoikeuksien ja perustuslain voimakkaaseen korostamiseen — ettei sanottaisi: palvontaan — ja henkiseen valmiuteen tervehtiä mitä tahansa rikoksesta epäillyn hyväksi koituvia muutoksia edistysaskeleina. Käydystä keskustelusta ks. *Andenaes*, Juristentag s. 133; ja toisaalta *Klug*, ibid. s. 174, joka korostaa, että perustuslakia sen enempää kuin ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevaa v. 1950 Euroopan sopimusta ei pidä nähdä menneisyyden perspektiivistä vaan tulevaisuutta viitoittavina kodifikaatioina.

tenä. Tässä sosiaalipsykologisesti uudessa ilmapiirissä käsitys rikosprosessioikeudesta sovellettuna valtiosääntöoikeutena on liittotuomioistuinten eksplikoiamana saanut syvällisen kantavuuden.²⁸²

Persoonallisuuden oikeussuojan perusta on valtiosäännössä. Perustuslain 1. artikla lausuu ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteen, 2. artiklassa tunnustetaan jokaiselle oikeus persoonallisuutensa vapaaseen kehittämiseen. Vallitsevan mielipiteen mukaan näitä määräyksiä ei voida välittömästi muuntaa todistamiskielloiksi; niiden merkitys näyttäytyy rikosprosessilain sisältämien todistamiskieltolauseiden tulkinnassa.²⁸³ Joka tapauksessa näiden perusoikeusnormien vaikutuksesta yksilön suoja rikosoikeudenhoidon orgaanien tutkintatoimenpiteitä kohtaan on entistä paremmin turvattu.

StPO 136 a §:ssä ja 163 a §:n 3. ja 4. momentissa kielletään ihmisarvon vastaiset ja rikoksesta epäillyn tahdontoiminnan vapautta ehkäisevät kuulustelumetodit. Pahoinpitely, tunnustukseen kiusaaminen ja muut niihin verrattavat toimenpiteet eivät ole kiellettyjä vain siksi, että ne tuottavat epäluotettavaa näyttöä, vaan ennen kaikkea persoonallisuuden suojan turvaamiseksi.²⁸⁴ Eräät tutkijat lukevat tähän yhteyteen StPO

²⁸² BGHSt. 19,325; ns. »Tagebuchfall», kysymys henkilökohtaisen päiväkirjan käyttämisestä rikosprosessissa todistuskeinona vastoin kirjoittajansa tahtoa. — On merkille pantavaa, että teesi »rikosprosessioikeus on sovellettua valtiosääntöoikeutta» on vasta uusimman prosessiteoreettisen keskustelun kehittämä oppilause. Ensimmäisenä sen lieene formuloinut ja esittänyt Sax; ks. »Grundsätze der Strafrechtspflege» (1959) III 2 s. 967. Siihen ovat liittyneet mm. *Habscheid*, *Persönlichkeitsrecht* s. 853; *Häussling* s. 86; *Peters*, *Lehrbuch* s. 87; *sama*, LM 1968 s. 670; *Schorn*, mt. s. 13; ja *Itävallan* oikeuden kannalta *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 343.

²⁸³ *Dünnebier*, mt. s. 968, on koordinoanut judikatuurin ja tietoisopin lausuen puheenalaisessa suhteessa: »Oikeuskäytäntö on toistanut kirjallisuuden monin paikoin esittämän vaatimuksen, jonka mukaan rikosprosessilakia on tulkittava perustuslaista käsin. — Ks. lisäksi edellä av 276 mainittua kirjallisuutta.

²⁸⁴ Mainituista arvopyrkimyksistä — totuuden tutkimisen edistämisestä ja yksilön persoonallisuuden suojaamisesta — viimeksi mainitun merkitys on ratkaisevasti suurempi. Tässä suhteessa erityisesti *Osmerin*, *Umfang* s. 12 s., esitys on vakuuttava: »StPO 136 a § on ensi sijassa lainsäätäjän ratkaisu rajoittamatonta totuuden tutkimista vastaan ... Siinäkin tapauksessa, että luonnontieteiden onnistuisi jonakin päivänä kehittää sellaisia tahdontoimintaa lamaavia kuulustelumetodeja, jotka tuottaisivat absoluuttisen luotettavia tuloksia, niiden käyttö olisi tämän lainkohdan nojalla ehdottomasti ja yksiselitteisesti kielletty.» — *Ziegler*, s. 145, osoittaa oikeuskäytännön johdonmukaisesti ottaneen huomioon 136 a §:n valtiosääntöoikeudelliset aspektit; prosessiteknisillä näkökohdilla ei ole ollut vaikutusta lainkohdan tulkintaan. Laajasta kirjallisuudesta ks. lisäksi *Hermes*, mt.

136 §:n; täsmällisempää on kuitenkin pitää mainittua suojelusäännöstä eriytyneemmän »*nemo tenetur se ipsum accusare*» -vapauslauseen ilmentymänä, kuten toisaalla on esitetty.²⁸⁵ StPO 81 a § säännöstää rikoksesta epäillyn ruumiiseen kohdistuvan tutkinnan; 81 c § koskee muiden henkilöiden kehon katsastusta. Näistä lainkohdista johdettavat todistamiskielot suojaavat ihmisen ruumiillista koskemattomuutta kun taas StPO 81 d § suojaa häveliäisyyden tunnetta ja naisen intymiteettiä. StPO 68 a § kieltää tekemästä todistajalle kysymyksiä tosiasioista, jotka voivat koitua todistajalle tai hänen lähiomaiselleen häpeäksi; tämän todistusteemakiellon suojaamana oikeushyvinä on kunnia.²⁸⁶

Kosketelluissa rikosprosessilain määräyksissä perustuslain rikosprosessia muodostava vaikutus on positivoitunut oikeusnormeiksi. Huolimatta normituksen melkoisesta seikkaperäisyydestä kirjoitettu oikeus jättää persoonallisuuden oikeussuojan rikosprosessilain tasolla aukolliseksi. Tässä suhteessa keskeisiä kysymyksiä ovat kirjeenvaihtoon ja henkilökohtaisiin »omantunnonratkaisuihin» sekaantuminen, päiväkirjan käyttö todistuskeinona, äänen tallentaminen, puhelinkeskustelujen salakuuntelu ja elektronisten havainnointivälineiden käyttö. Laajassa kirjallisuudessa esitettyjen mielipiteiden yksityiskohtiin ei saateta kajota. Riittää, kun todetaan, että GG 1 artiklan 3 momentissa edellytetty perusoikeuksien suojan saattaminen viranomaisia velvoittavaksi oikeudeksi on praksiksessa toteutettu pedanttisella johdonmukaisuudella, seikka, joka on yhteydessä kirjallisuudessa voimakkaasti korostettuun vaatimukseen suojata persoonallisuuspiiriin kytkeytyviä arvoja.²⁸⁷

s. 4 (lain *occasio legis*) ja 6; *Jescheck* s. 28 ss.; *Klug* s. 36; *Kühne*, mt. s. 50; *Peters* s. 146 ss. Ks. lisäksi edellä av 28 mainittua kirjallisuutta.

²⁸⁵ III 1 bg 2.

²⁸⁶ Ks. *Dzendzalowski*, mt. passim (81 a ja c §§); *Kohlhaas* s. 289 s. (81 c §); *Riess*, NJW 1975 s. 83 (81 c §); *Klug* s. 36 (81 d ja 68 a §§).

²⁸⁷ Ks. oikeuskäytännön osalta esim. BVerfG p. 31.1.1973 (salainen ääninauhitus; MDR 1973 s. 437 s.). Erityisesti perustuslain rikosprosessia muodostavasta vaikutuksesta ks. *Dünnebier*, Juristentag s. 125; *Klug*, ibid. s. 143; ja *Kern—Roxin* s. 115, jossa korostetaan persoonallisuuden oikeussuojan vuoksi annettujen todistamiskieltojen tehtävää perusoikeusnormien realisointinormeina. Ks. tässä suhteessa myös *Rupp*, passim (perustavasti); ja lisäksi *Habscheid*, Persönlichkeitsrecht s. 840 ss.; *Krauss*, Schutz der Intimsphäre im Strafprozess s. 365 ss. — Tekstissä viitattujen erityiskysymysten johdosta ks. *Diemer—Nicolaus*, Juristentag s. 121 (puhelinsalakuuntelu); *Goeschen*, ibid. s. 83 (päiväkirja todistuskeinona); *Peters* s. 155 (kirjeenvaihtoon sekaantuminen); v. *Zeßschwitz*, JZ 1970 s. 233 (omantunnon ratkaisu todistelun kohteena).

Euroopan mannermaalla uudenaikainen ihmisoikeuskäsitys saavutti ensimmäiset voittonsa *Ranskassa*. Vuoden 1789 »ihmisoikeuksien julistus» tuli olemaan kehitystä määräävä valtioteko. Tätä kulttuurihistoriallista taustaa vasten on jossakin määrin outoa, että Ranskan oikeudessa persoonallisuuden oikeussuoja rikosprosessissa on eurooppalaista ja anglo-amerikkalaista mittapuuta käyttäen heikko.²⁸⁸ Tämä kielteinen arvostelu on sitäkin oikeutetumpi, kun Ranska edelleenkin lukeutuu niihin harvoihin sivistysmaihin, joiden rikosoikeus tuntee kuolemanrangaistuksen. Antinomia on ilmeinen. Kun rikoslaki on ankara ja oikeudenkäynti saat- taa päättyä kuolemantuomioon, on todellisempi tarve rajoittaa rikosoikeudenhoidon orgaanien toimintaa todistamiskieltojen avulla kuin miten on laita lievän ja monipuolisen seuraamusjärjestelmän oloissa.²⁸⁹ Ranskan oikeudessa totuudentutkimisintressi on vahva. Kaikkien sivistysvaltioiden tavoin tosin tässäkin maassa syytetyn ruumiillinen koskemattomuus on turvattu; kidutus, pahoinpitely ja tunnustukseen pakottaminen ovat itses- tänselvästi kiellettyjä todistelumuotoja. Mutta todistamiskieltoa kan- nattavana oikeuspoliittisena näkökohtana tulee tällöin — persoonallisuuden oikeussuojan ohella — voimakkaasti esille todistelun luotettavuuden edistäminen. Eräissä suhteissa Ranskan oikeus osoittaa perin arvelutta- via piirteitä. *Lambert'in* kanta, jonka mukaan poliisi saa käyttää »sallit- tua kiusaamista» taivuttaakseen kuulusteltavan tunnustukseen, ei tosin edusta vallitsevaa mielipidettä.²⁹⁰ Huolestuttavampaa on, että tuomio- istuimet suhtautuvat varsin vapaamielisesti esitutkintaviranomaisten ta- holta tapahtuneisiin todistamiskieltorikkomuksiin. C.p.p. 105 artiklaan ankkuroitunut ihmisoikeuksia suojaava »lojaliteettiperiaate» näyttää mai- nitun tosiseikan valossa verraten tehottomalta.²⁹¹

²⁸⁸ Erityisesti rikoksesta epäillyn asema esitutkinnassa on vaikea. Kriitii- kistä ks. lähemmin *Reinikainen*, Piirteitä Ranskan rikosprosessin nykyisestä krii- sistä (LM 1955) s. 569 ss.

²⁸⁹ Todettakoon, että *Ruotsi—Suomen* v. 1734 lain rikoskaari määräsi kuo- lemanrangaistuksen 68 eri rikoksesta.

²⁹⁰ »Traité de police judiciaire» s. 728 s.

²⁹¹ Ks. tämän periaatteen johdosta *Bouzat*, La loyauté dans la recherche des preuves s. 155 ss.; sekä tekstissä esitetyn johdosta muutoin *Stefani—Levasseur* s. 350 rn 454, 357 rn 466 ja s. 360 s. rn 469/70. Rikosasioden esitutkinnasta Rans- kan oikeudessa yleisesti ks. lisäksi *Gyllström*, Om förundersökningen i brottmål enligt fransk rätt (JFT 1964) s. 530 ss.; sekä rikostutkintakäytäntöä rasittavista epäkohdista *Reinikainen*, ibid. s. 572 ja 575 s.: »Kun poliisi pyrkii voimakkaasti toteuttamaan syyttäjän toivomuksia, saattaa se eksyä noudattamaan ... menet-

Tutkimuksen eri yhteyksissä on ilmennyt, että ennen muuta *Yhdysvaltain* oikeudessa persoonallisuuden oikeussuoja totuudentutkimistoimenpiteitä vastaan on elävää prosessitodellisuutta. Amerikkalaisen rikosprosessin ns. modernit todistamiskieollot perustuvat ennen kaikkea eettisiin harkintoihin.²⁹² Muodollisesti ne pohjautuvat perustuslakiin. Asianosaisten tuomioistuimelle esittämä vaatimus näytön torjumiseksi perustuu lähes aihai siihen, että tutkintaviranomainen on loukannut jotakin *Bill of Rights*'in IV, V tai VI muutospöykälässä taattua perusoikeutta. Ihmisioikeudet ovat voitollisesti kestäneet kokeensa. Kiintoisana osaselityksenä mainitsee *Allen*, että jo eräiseen korkeimman oikeuden 1932 antamaan *due process*-klausulin tulkintaa koskeneeseen periaateratkaisuun vaikutti, että korkein oikeus tiedosti ihmisioikeuksien tuolloin yhä syvenevän kriisin.²⁹³

telytapoja, jotka eivät kestä lain eivätkä julkisen mielipiteen arvostelua.» Tämä on antanut *Sauerille* (s. 81) aiheen lapidaariseen toteamukseen: Ranskassa rikoksesta epäillyn asema esitutkinnassa on vaikea.

²⁹² Näillä todistamiskieolloilla (tarkkaan ottaen: hyödyntämiskieolloilla) ei ole vastinetta *Englannin* oikeudessa, jossa tuomioistuimet säännönmukaisesti hyväksyvät laittoman kotietsinnän ja takavarikon avulla saadut asiaan vaikuttavat todistuskeinot; ks. *Cowen—Carter*, *Essays on the Law of Evidence* s. 82 s. ja 100.

²⁹³ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932); ks. sen johdosta *Allen*, *The Supreme Court etc.* s. 5 av 22.

Tutkimuksesta käy selville, että samat historialliset arvolähtökohdat ovat toisaalta Ranskassa, toisaalta Yhdysvalloissa johtaneet persoonallisuuden suojan alueella oleellisesti erilaiseen prosessitodellisuuteen. Siinä missä ulkopuolinen tarkkailija näkee Ranskan oikeuden antavan sijaa moitteille (esim. *Sauer* s. 180; vrt. myös edellä av 288 ja 291), Yhdysvaltain tuomioistuinkäytäntö tarjoaa aivan toisenlaisen kuvan. Paatuneiden uusintarikollistenkin kohtelussa on käytettävä »those canons of decency and fairness, which express the notions of justice of English-speaking peoples» (*Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952)). Esiintyvissä arvioinneissa toistuu vakuuttuneisuus persoonallisuuden oikeussuojan kunioittamisesta ja oikeusvaltioajatuksen ankarasta ylläpitämisestä. Ks. tässä suhteessa esim. *Bader*, *JBl* 1972 s. 188 ss.; *Bettermann*, *JBl* 1972 s. 67 (»Diese Funktion des Prozesses als Instrument der Freiheitsbewahrung, der Grundrechtssicherung, ist in dem kontinentalen Denken weniger bewusst als im angelsächsischen Rechtskreis.»); *Hirschberg*, *mt.* s. 13; *Liebscher*, *JBl* 1969 s. 467; sekä erityisesti suomalaisen oikeusoppineen näkökulmasta *Palmgren*, *Rättsväsen och rättegång i Amerika* s. 29.

Toisaalta on korostettava, että rikosprosessin varhaisvaihe — poliisitutkinta — on vielä kaukana oikeusvaltiollisista ideaaleista. Uudenaikaiset kokeelliset apuneuvot kuten narkoanalyysi, »totuusseerumi» ja valheenpaljastajat on tässä maassa hyväksytty totuuden tutkimisen oikoteinä laajemmin kuin Atlantin tällä

3. Edellä on todettu, että Saksan ja Yhdysvaltojen todistusoikeudessa tavanomainen oikeus on saanut kasvavan merkityksen persoonallisuuden oikeussuojaan palautuvien todistamiskieltojen perustajana. *Pohjoismaisessa* oikeudessa ei tämän suuntaista kehitystä voida *Andenaesin* mukaan pitää jäljittelyn arvoisena. Niinpä hän lausuu, että täällä tuomioistuimet tuskin katsovat omaavansa oikeutta täydentää lakia kirjoittamattomilla persoonallisuuden suojaamista tarkoittavilla periaatteilla.²⁹⁴

Mainittu kannanotto herättää välittömästi joukon kysymyksiä; niiden tyhjentävä käsittely edellyttää, että niihin palataan myöhemmissä esitysyhteyksissä täydentävistä näkökulmista.

Lähtökohdaksi voidaan ottaa toteamus, että kodifioitu oikeus on tällä osa-alueella harvaan normitettu. Ruotsin oikeudenkäymiskaari sisältää todistelumenetdikiellon, jonka mukaan esitutkintakuulustelija ei saa käyttää tietoisesti vääriä ilmoituksia, lupauksia erityisistä etuuksista, uhkauksia, pakkoa, väsyttämistä tai muita sopimattomia toimenpiteitä (RB 23:12). Ihmisarvon vastaiset kuulustelumenetodit on kielletty myös Norjan rikosprosessilaisissa (strpl. 256 ja 257 §§). Valmisteilla olevaan *Suomen* esitutkintalakiin otettaneen samansisältöinen määräys.²⁹⁵ Vaikka laki ei sisällä asiasta määräyksiä, pidetään kaikissa neljässä maassa itsestäänselvyytenä, että narkoanalyysin ja valheenpaljastajien käyttö syytetyn ja todistajan kuulustelussa on kielletty. Huomionarvoinen on Norjan rikosprosessilakiin sisältyvä määräys (strpl. 145 a §), joka kieltää poliisiviranomaiselta puhelinkeskustelujen salakuuntelun ja muunkinlaisten keskustelujen salaisen rekisteröinnin. Vastaava lainkohta Ruotsin oikeudenkäymiskaarissa (RB 27:16) on soveltamisalaltaan suppeampi; tuomioistuin voi määrätäpauksissa oikeuttaa poliisin rikoksesta epäillyn puhelinkes-

puolen. Käytännön rikostutkinnassa esiintyneet räikeät poliisimielivaltaisuudet ovat vuorostaan johtaneet tekstissä mainittujen »modernien todistamiskieltojen» asettamisen mukana syytetyn ylisuojeluun. Eurooppalaisen terminologian mukaan tällöin on nimittäin kysymys oikeimmiten hyödyntämiskielloista, tarkemmin ilmaisten niiden preventiivitehtävästä. Vrt. tämän johdosta edellä s. 41. Ks. myös *Andenaes*, Juristentag s. 132; *Heinitz*, ibid. s. 136; *Mueller*, ibid. s. 162 ss.; *Maguire* s. 123. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Allen*, The Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure s. 77 ss.; *Paulsen*, The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police s. 87 ss.; *Honig* s. 5 ss. ja passim.

²⁹⁴ *Andenaes* s. 19.

²⁹⁵ Ks. v. 1973 ehdotus esitutkintalaksi 35 § verr. v. 1976 ehdotus esitutkintalaksi 25 §.

kustelujen kuunteluun.²⁹⁶ Eräät vähemmän keskeiset lainmääräykset on tässä yhteydessä sivuutettava; niiden kohdalla saattaa sitä paitsi olla epätietoista, edustavatko ne aitoja todistamiskieltoja vai todistusoikeudellisia muotomääräyksiä. Takavarikkoa, etsintää ja henkilöön kohdistuvaa katsastusta koskeviin pohjoismaisiin säädöksiin sisältyy kumpaankin normiluokkaan kuuluvia oikeussäännöksiä.

Esitetty katsaus normiaineistoon ei ole tyhjentävä; vain edustavimmat ja normiluonteeltaan yksiselitteisimmät on mainittu. Toisaalta on korostettava normituksen niukkuutta. Tässä suhteessa voidaan viitata erääseen periaatteellisen kantavuuden omaavaan yksityiskohtaan. Puhuessaan edellä mainitusta puhelinsalakuuntelun kieltävästä Norjan rikosprosessilain määräyksestä *Andenaes* huomauttaa, että tällaiset tutkintametodit »on katsottava» muissakin pohjoismaissa kielletyiksi, vaikkakaan tätä ei ole laissa nimenomaisesti sanottu.²⁹⁷ Jos tämä pitää paikkansa, näkökanta tosiasiallisesti myöntää praksiksella olevan oikeuden täydentää persoonallisuuden oikeussuojaa kirjoittamattomien oikeusperiaatteiden soveltamisella. Puhelin(sala-)kuuntelun estävän todistamiskielion oikeusperusteena on nimittäin juuri persoonallisuuden oikeussuoja. Huomattakoon kuitenkin, että *Suomessa* poliisille kuuluu tavanomaisen oikeuden nojalla valtuus suorittaa rajoitetussa laajuudessa puhelinkuuntelua.²⁹⁸

Kysymyksenasettelu tarjoaa luontevan siirtymäkohdan näkökulman rajoittamiseen siten, että problematiikkaa valotetaan ensisijaisesti *Suomen* oikeuden kannalta. Keskeiseksi osoittautunut kysymys, voidaanko todistamiskieltoja johtaa kirjoittamattomista oikeusperiaatteista, vaatii valmistavan tarkastelun nimenomaan tässä systemaattisessa yhteydessä. Kysymys ei ole ankarasti juridinen. Lainkäyttäjä joutuu yhteiskuntapoliittisen arvovalinnan eteen. Tässä suhteessa on ensiarvoisen tärkeää, että hän omaa tarpeellisen yhteiskunnallisen reaalitytouden; sama koskee normisuosituksen esittävää tutkijaa. Normin puuttumisen tapauksessa esiintyvän intressikollision ratkaiseminen tekee tuomarista lainsäätäjän.²⁹⁹

²⁹⁶ Ks. yksityiskohtien johdosta toisessa yhteydessä (V 1 ba) olevaa esitystä ja siinä mainittua kirjallisuutta.

²⁹⁷ Ibid. s. 24.

²⁹⁸ *Esitutkinta* s. 101 ss.

²⁹⁹ Kysymys normin puuttumisesta, lain aukosta, kuuluu yleisen oikeusteorian piiriin, jossa se muodostaa erään keskeisen teeman. Tältä osin rajoitutaan viittaamaan kysymystä valottavaan laajaan erityiskirjallisuuteen. Ks. siinä suh-

Perustosiasiat, joiden pohjalta ratkaisu on tehtävä, ovat yhtäältä rikosprosessuaalista persoonallisuuden suojaa koskevan säännöstyksen aukollisuus, toisaalta alati kasvava tarve lisätä persoonallisuuden oikeussuojaa. On yhteiskunnallinen realiteetti, että yksilön persoonallisuuspiiriin suojarvarvoisuus on tunnustettu mitä laajimmissa väestökerroksissa. Yleisen mielipiteen tulkkinä esiintyvä sanomalehdistö ei tässä suhteessa jätä sijaa epäilyksille. Rationaalisen perustelun oikeustakeiden lisäämisen tarve saa siitä tosiseikasta, että kehittyvä tekniikka tuottaa kiihtyvässä tahdissa laitteita ja kojeita, jotka mahdollistavat intimitteettiä loukkaamisen ennen tuntemattomalla tavalla.³⁰⁰ Osoituksena siitä, että asiantila on tiedostettu lainsäädännöllisiäkin toimenpiteitä vaativaksi, viitattakoon 1967 kokoontuneen pohjoismaisen lakimiessymposiumin hyväksyntä ponsiläuselmiin. Näissä oli johtavana ajatuksena, että nykyaikaisen yhteiskunnan lisääntyvä monisärmäisyys vaatii lisäämään yksityiselämän suojaa. Nytemmin on maassamme lainsäätäjät vastannut kuvattuihin uusiin välttämättömyyksiin kriminalisoimalla joukon yksityiselämän suojaa loukkaavia tekoja.³⁰¹

Edellä esitetystä havaitaan, että nykyaikaisessa oikeusvaltiossa persoonallisuuden oikeussuojan probleemi rikosprosessissa on saanut uudenlaisen värityksen. Ongelmana ei enää ole syytetyn ruumiillisen koskemattomuuden turvaaminen; tämä ihmisoikeuksien loukkaamisen vaikein

teessa *Alanen*, Yleinen oikeustiede s. 44 ja 156; *Apala—Arlander*, Yleislausekkeista s. 133 ja 149; *Brusiin*, Tuomarin harkinta, passim; *Eriksson*, JFT 1966 s. 462; *Jokela*, LM 1970 s. 840 ss.; *Makkonen* s. 117, 123 ss. ja 185 ss.; *Zitting*, LM 1973 s. 88; *Engisch*, mt. s. 107, 127 ja 137; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s. 350 ss.; *Meier—Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber s. 189 ss.; *Meyer*, mt. s. 68 av. 187.

³⁰⁰ Puheenalaisessa suhteessa esim. seuraavat uutisotikoinnit ovat ilmaisevia: »Tietokonekortistot — yksityiselämän uusi uhka» (US 8. 12. 1969); »Tietokone uhkaa yksilönvapautta» (HS 20. 11. 1970). Ks. lisäksi edellä av 192 ja erityisesti persoonallisuuspiiriin ydinalueen: intimitteettiä loukkaamisen ongelmasta jäljempänä (V 1 bab ja 2 b) olevaa esitystä. Samasta kysymyspiiristä lähinnä aineellisoikeudellisesta näkökulmasta ks. *Melander*, LM 1964 s. 785 ss., jossa oleva esitys tosin ei ole voinut huomioida uusimman tekniikan oikeudellisia seurausongelmia. Oikeusvertailevassa suhteessa ks. *Lögdberg*, mt. s. 17 ss.

³⁰¹ Ks. RL 24:3 b (kotirauhan suojaaminen teknisin laittein tapahtuvalta salakuuntelulta ja -katselulta; L 1. 7. 1972/543) ja 27:3 a (joukkotiedotusvälinettä käyttäen tapahtuvan yksityiselämän loukkaamisen kriminalisointi; L 13. 12. 1974/908). — Tekstissä mainittujen yksityiselämän suojaa tehostavien päätösläuselmiä johdosta ks. *Hidénin*, LM 1967 s. 779 ss., ko. lakimieskokousta koskeva selostus.

aste on kaikissa sivistysvaltioissa voitettu. Tässä tutkimuksessa on muutoinkin lähdetty siitä, että suomalaiselle oikeuskäsitykselle syytetyn ruumiillinen kiduttaminen on aina ollut vieras; sikäli kuin oikeushistoriamme tällaisen totuudentutkimistavan tuntee, se on edustanut vierasperäistä sairausilmiötä.³⁰² Niin ikään tutkimuksessa on korostettu, että yksilön suoja valtiovaltaa vastaan on meillä perinteisesti vahva.³⁰³ Tämän historiallisen tosiasian yliarvostaminen kätkee itseensä vaaran menneisyyteen kapseloitumisesta, aktiivisen oikeuspolitiikan korvaamisesta oikeusfatalismilla.

Esitetyt näkökohdat eivät vielä oikeuta katsomaan, että tuomari saa oikeutemme mukaan suojata yksilön persoonaa totuudentutkimisintressin kustannuksella »periaatteessa» silloinkin, kun laista puuttuu nimenomainen todistamiskieltoause. Tämä olisi vastoin todistamiskieltojen poikkeusluonnetta. Silti ei voitane lopullisesti kiistää mahdollisuutta, etteikö todistamiskieltojen piirissä saattaisi syntyä varsinaisia oikeusaukkoja, säännöstämättömiä tilanteita, joiden osalta kasuistiikka ei ole ehtinyt kehittyä vakiintuneeksi oikeuskäytännöksi. Ongelman kokoava tarkastelu suoritetaan toisessa yhteydessä.³⁰⁴

Esityksen päätteeksi on syytä luoda suppea katsaus niihin rikospro-

³⁰² Huomattakoon, että jo tuomarinohjeille oli ominaista syytetyn suojaamisen tarve; ne painettiin jatkuvasti lakikirjojen alkulehdille v:sta 1635 alkaen (*Halila*, mt. s. 296). Tuomarinohjeiden oletettu laatija *Olaus Petri* († 1552) asettui yleensä jyrkästi vastustamaan kidutuksen käyttämistä myöntäen kuitenkin, että poikkeuksia voidaan tehdä valtiorikoksissa ja »tappoasioissa» (38. ohje). Näillä ohjeilla on nykyisin tietenkin merkitystä vain aikahistoriallisena dokumenttina; vrt. *Castrén*, Eräitä »tuomarinohjeisiin» liittyviä mietteitä s. 44 ss. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. lisäksi *Aalto*, LM 1967 s. 13 s.; *Almquist*, Den svenska processrättens historia s. 53; *sama*, Svensk rätthistoria I s. 71; *Hemmer*, Suomen oikeushistorian oppikirja I s. 156; *Jägerskiöld*, Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag (1654—1734) s. 295 s.; *Lindblad*, Läran om bevisning s. 90 ss.; *Nehrman*, Processum Criminalem s. 158 s.; *Tirkkonen*, Rp I s. 41.

³⁰³ Kun toisaalta meilläkin on omaksuttu katsomus, jonka mukaan rikosprosessioikeus on sovellettua valtiosääntöoikeutta (*Halila*, mt. s. 291), niin tämä on käsitettävä pikemminkin oikeusteoreettiseksi kannanotoksi kuin oikeushistoriallisista tosiasioista määräytyneeksi ohjelman julistukseksi. Juuri historiallisen (lähi-) menneisyyden erilaisuudesta nimittäin johtuu, että Pohjoismaissa — toisin kuin mannermaalla — ei yleensääkään ole tunnettu tarvetta toistuvasti korostaa rikosprosessin valtiosääntösidonnaisuutta. Ks. tämän johdosta *Andenaes*, Juristentag s. 133; *Bratholm* s. 73 (teoksessa: *Sowle*, Police power and individual freedom).

³⁰⁴ III 3 ja 4.

sessilakimme oikeuslauseisiin, joissa persoonallisuuden oikeussuoja on tiivistynyt todistamiskielloiksi. Tähän yhteyteen kuuluu epäilemättä OK 17:12,3. Lainkohdan mukaan henkilökohtaista käyttöä varten tarkoitettua asiakirjaa ei yleensä saa määrätä tuotavaksi oikeuteen. TakavarikkoL 21 ja 22 §§:issä määrätään, milloin saadaan toimittaa henkilöön kohdistuva tarkastus ja katsastus. Vastoin pakkokeinon käytölle säädettyjä edellytyksiä suoritettu todisteen hankinta rikkoo todistelumetodikieltoa; loukattuna oikeushyvinä on toimenpiteen kohteeksi joutuneen persoonallisuus-oikeus. Persoonallisuuden oikeussuojaan perustuu myös TakavarikkoL 23,1 §:n 4. virkkeen ilmaisema todistamiskielto, jonka mukaan verinäytettä ei saa ottaa eikä muuta lääketieteellistä asiantuntemusta vaativaa tutkimusta suorittaa muu kuin lääkäri.³⁰⁵ Kosketeltujen määräysten osalta voidaan todeta, yksityiskohtiin puuttumatta, että niille voidaan osoittaa asiallinen vastine *Ruotsin* oikeudenkäymiskaaren vastaavissa todistamiskielto-lauseissa.³⁰⁶

2. Oikeasuhtaisuusperiaate

1. Tutkimuksen eri yhteyksissä on käynyt ilmi, että todistamiskiellot ja oikeusvaltioajatus kytkeytyvät läheisesti yhteen. Tästä ei ole syytä

³⁰⁵ Meillä on *Autere* katsonut (SPL 1958 s. 255), että »verinäytteen ottaminen on sinänsä niin vähäinen toimenpide, että siinä tuskin tulee kysymykseen asianomaisen terveyden tai hengen vaarantaminen». Vrt. tämän johdosta *Hagedorn*, Juristentag s. 149 s. Mainittu tutkija, joka on peruskoulutukseltaan myös lääkäri, kirjoittaa: »Rikostutkintaviranomainen, joka antaa verinäytteen ottamisen lääkinnällisen apulaisen (Medizinalassistent) tehtäväksi, ei kykene arvioimaan tämän koulutustasoa. Sillä saavutettu taso ei riipu vain opintoihin jo käytetystä ajasta vaan myös siihen mennessä hankituista ammatillisista valmiuksista. Lisäksi tulee, että milloin verinäytteen ottaminen edellyttää tutkittavan vastarinnan murtamista, toimenpiteen suorittaminen on äärimmäisen vaikeata. Ei voida eliminoida mahdollisuutta, että hermo tai valtimo vahingoittuu. Herää jopa kysymys, eikö tällöin suorastaan aiheuteta asianomaiselle terveydellistä haittaa lain (StPO 81 a §:n 1 mom. 2. virke) edellyttämässä merkityksessä. Puheenalainen tehtävä ei vastaa lääketieteellisen esikoulutuksen saaneen henkilön ammattitaitoa; tämän vuoksi vain lääkäri saa suorittaa rikosprosessilain puitteissa kysymykseen tulevia ruumiiseen kohdistuvia tutkimuksia ja vain tällä edellytyksellä tulokset ovat hyödyntämiskelpoisia.»

³⁰⁶ Ks. RB 38:2,3; 28:11 ja 12; 28:13,2:n 3. virke.

³⁰⁷ Kuten tekstissä *Sarstedt* s. 8.

³⁰⁸ Vrt. *Oberle*, Verhältnismässigkeit s. 1.

tehdä johtopäätöstä, että rikosprosessi on sitä oikeusvaltiollisempaa mitä enemmän siinä on todistamiskieltoja.³⁰⁷ Enemmän kuin todistamiskieltojen määrä oikeusvaltiollisuuden asteeseen vaikuttaa niiden sisältö. Tässä suhteessa on edellä todettu, että erityisesti *nemo tenetur se ipsum accusare*-privilegio näyttäytyy oikeusvaltioajatuksen todellistajana. Nimenomaan oikeusvaltiollisena periaatteena on nähtävä myös nyt tarkasteltava todistamiskieltoihin vaikuttava näkökohta: oikeasuhtaisuusperiaate.³⁰⁸

Todistamiskieltoja kannattavana näkökohtana oikeasuhtaisuusperiaate on kehityshistoriallisesti myöhäissyntyinen.³⁰⁹ Yleisen valistustason nousun seurannaisilmiönä esitutkintavaihe — oikeasuhtaisuusperiaatteen varsinainen käyttöala — on saanut osakseen entistä enemmän oikeusyhteisön kriittistä huomiota.³¹⁰ Tämän tasapainoutumisen valossa käy ymmärrettäväksi, että vaatimus esitutkintaviranomaisen liikaotteiden torjumisesta on tullut erityisen eläväksi. Vastaavasti rikosprosessuaalinen oikeasuhtaisuusperiaate on saanut uudenlaisen merkityksen oikeusvaltion asevarastossa. Muutoin puheenalainen oikeusajatus on monessa suhteessa erittäin kiistanalainen. Epäilystä ei saata olla siitä, että oikeasuhtaisuusperiaate on esitutkintaviranomaista (ja rikostuomaria) normin voimaisesti sitova näkökohta; jo menettelyn »fairness» ja syyttömyysolettama, sellaisina kuin ne on ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamista koskevassa v. 1950 Euroopan sopimuksessa samoin kuin kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa v. 1966 yleissopimuksessa julkilausuttu, edellyttävät keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuutta.³¹¹

³⁰⁹ *Jescheck* s. 27; *Peters* s. 140. — *Oberlen* mukaan (l.c. *ibid.*) oikeasuhtaisuusperiaatteen synty itsenäisenä oikeusajatuksena oli yhteydessä 19. vuosisadan viimeisellä neljänneksellä keski-Euroopassa tapahtuneeseen erityisten hallinto-tuomioistuinten perustamiseen. Tällöin kävi välttämättömäksi ratkaista, miten pitkälle varsinaisten tuomioistuinten kuului valvoa hallintotoimien lainmukaisuutta. Käyttökelpoisen ratkaisun näytti tarjoavan oikeus- ja harkintakysymysten erottaminen toisistaan. Tuomioistuintutkinnan tuli ulottua vain kysymykseen hallintotoimen oikeudenmukaisuudesta (*Rechtmässigkeit*); hallintoviranomaisen harkintaan sitä vastoin jäi kysymys hallintotoimen tarkoituksenmukaisuudesta. Vrt. kuitenkin *Mittermaier*, *Die Lehre vom Beweise* s. 425, jossa oleva esitys osoittaa, että oikeasuhtaisuusperiaate tunnustettiin viranomaisia sitovaksi oikeusajatuksiksi jo 19. vuosisadan alussa.

³¹⁰ *Pelckmann*, *Juristentag* s. 88.

³¹¹ Vrt. *Luonnos* 31. 7. 1977 s. 19 s.: »Epäilytä ei saa pitää syyllisenä, ennen-

Tutkittava kysymys on monikerroksinen, ja jo tilasyistä sen tyhjentävä käsitteleminen ei ole mahdollista. Sielläkin, missä aihetta on perusteellissimmin tutkittu, so. saksalaisessa kirjallisuudessa, mielipiteiden hajonta on varsin suuri. Kotimaisessa kirjallisuudessa on tyydytty eräisiin lähinnä aksiomaattisluonteisiin huomautuksiin. Näennäinen yksimielisyys vallitsee, mutta esitettyjä totuuksia rasittaa lausumattomien oletusten runsaus.³¹²

Merikoski on tutkinut oikeasuhtaisuusperiaatetta hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta ja lausuu, että puheenalainen periaate merkitsee arvostelua, jossa verrataan keskenään »yhteismitattomia suureita»: hallintotoimen ankaruutta hallintoalamaisen kannalta katsottuna verrataan siihen intressiin, jonka vuoksi toimeen ryhdytään. Merikoski huomauttaa edelleen, että mitään yleisiä vertailuperiaatteita ei voida esittää.³¹³ Tähän on rikosprosessuaaliselta kannalta yhdyttävä. Oikeasuhtaisuusvertailu muistuttaa läheisesti rikosoikeudellista etujen vertailua. Keskenään verrattavat intressit — yhtäältä rikosprosessuaalinen totuudentutkimis- ja syytteenpanointressi, toisaalta kulloinkin kysymyksessä oleva henkilökohtainen, ammatillinen, taloudellinen tai perhesuhteisiin liittyvä intressi — suhtautuvat toisiinsa kuten pintamitat ja energiamitat. Totuudentutkimisintressin arvioinnille tarjoaa kiinnekohtia rikoksen ja rangaistusasteikon luokittelu, samoin syyllisyysindisioiden määrä ja laatu. Mikäli näiden mittapuiden nojalla suoritettava arviointi osoittaa, että todistelutoimen ankaruuden ja totuudentutkimisintressin kesken vallitsee epäsuhte, sinänsä sallittu todistelutila supistuu oikeasuhtaisuusperiaatteen vaikutuksesta. Näin luonnehdittuna oikeasuhtaisuusperiaate voidaan käsitteellisesti pelkistää liikaotteiden kielloksi (»Verbot des Übermasses»; W. Jellinek).³¹⁴

kuin tuomioistuin on todennut hänen syyllisyytensä. Tämän vuoksi on johdonmukaista, ettei epäillylle saa aiheuttaa haittaa enempää kuin on välttämätöntä asian selvittämisen kannalta.» Vrt. lisäksi *Guradze*, mt. s. 54 rn 9; *Peters* s. 141.

³¹² Vrt. *Rytkölä*, LM 1971 s. 753; *Sinisalo*, Poliisin toimivallan määräytyminen s. 161 av 9; *Ylösjoki*, Poliisioikeus II s. 151 s.

³¹³ »Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä» s. 68. Ks. myös *sama*, Vapaa harkinta hallinnossa s. 75 ja 275.

³¹⁴ Tekstissä esitetty on lähellä *Merikosken*, Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin II s. 39, puheenalaisesta kysymyksestä hallinto-oikeuden kannalta suositettavaa harkintaohjetta: »Hallinto-oikeuden alalla joudutaan erityisesti hallintopakkoa koskevassa esityksessä korostamaan sitä näkökohtaa, että hallintotoimen ankaruusaste on sopeutettava toimen yleisen laadun ja kulloinkin kysymyksessä

Mutta kuka tällöin asettaa todistamiskiellon? Ellei laissa ole annettu »valmista» todistamiskieltoa, tuomari ei saa korvata normin puuttumista oikeasuhtaisuusperiaatteesta muka johdettavissa olevilla oikeusmittapuilla. Oikeasuhtaisuusperiaate ei muuta totunnaista tehtävien jakoa, jonka mukaan normin antaminen on lainsäätäjän asia.³¹⁵

2. *Saksan rikosprosessilaki* ei varsinaisesti sisällä oikeasuhtaisuusperiaatteeseen palautuvia todistamiskieltoja. Oikeasuhtaisuusnäkökohta sinänsä ei ole ollut lainsäätäjälle vieras. Tämän osoittavat säännökset, jotka on annettu vähäisten rikosten syyteeseen panemisen rajoittamitoimenpide on epäsuhtainen asian merkitykseen verrattuna.³¹⁶ Oikeuskäytäntö ei ole jäänyt odottamaan lainsäätäjän tekoja vaan on alkanut soveltaa oikeasuhtaisuusperiaatetta myös todisteiden hankkimiseen. Huomionarvoinen on ratkaisu, jossa siveellisyysrikoksen yhteydessä vaadittiin tarkoin harkittavaksi, onko syytetyn mielentilan tutkimiseksi käytettävä keino — aivokammion täyttäminen ilmalla aivonesteen ottamiseksi — oikeassa suhteessa asian merkitykseen.³¹⁷ Oikeasuhtaisuuden tutkimista vaatii myös perustuslakituomioistuvin ratkaisussaan, joka koskee StPO 81 a §:n nojalla suoritettavaa selkädinnesteen ottamista syyn-takeisuuden tutkimiseksi.³¹⁸ Ruumiiseen kohdistuvan tutkinnan ohella seksi samoin kuin määräykset tutkintavankeuden kieltämisestä, milloin

olevan intressin tärkeyden mukaiseksi. Käytetyn pakon ankaruuden tulee olla kohtuullisessa ja järjestelmässä suhteessa siihen, mitä hallintotoimella tavoitellaan.» — Oikeasuhtaisuusperiaate aiheuttaa, siten kuin tekstissä on todettu, rajoituksia sinänsä sallittujen todistelumetodien käyttämiselle. Sen sijaan periaate ei merkitse sitä, että saataisiin turvautua lain tai tavanomaisen oikeuden nojalla kiellettyyn todistelumetodiin, milloin kysymys on erityisen vakavasta rikoksesta. Vrt. tämän johdosta *Merikoski*, Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä s. 69: »Suhteellisuusperiaatteella saattaa olla merkitystä osoitettaessa, mitä hallintoviranomainen ei saa tehdä.» (Kursiv. tässä). Ks. tekstissä esitetyn johdosta myös *Oberle*, mt. s. 19; *Rupp* s. 194 ja 206. Ks. myös *Bratholm* s. 120 ja 128 s. (totuudentutkimisintressin kriteereistä). — Erityisesti oikeasuhtaisuusperiaatteen suhteesta rikosoikeudelliseen etujen vertailuun (intressivertailuun) ks. *Goeschen*, Juristentag s. 83 s.; *Händel*, NJW 1964 s. 1143; *Heinitz*, JR 1964 s. 442 s.; *Klug* s. 37 s.; *Rupp* s. 191; *Sax*, JR 1965 s. 5. — Problematiikasta yleisemmin ks. lisäksi *Sauer* s. 180; *Nowakowski*, ÖJZ 1965 s. 281 ss.

³¹⁵ Samoin *Jescheck* s. 39; *Rupp* s. 176.

³¹⁶ StPO 153 § ja 112 I §:n 2. virke.

³¹⁷ OLG Hamm (NJW 1960 s. 1400).

³¹⁸ BVerfGer. 16, 201. — Tässä tapauksessa toimenpide katsottiin kielletyksi, koska kyseistä tekoa, StGB 266 §:n tarkoittamaa luottamusrikosta, oli pidettävä vähäisenä rikosasiana (Bagatelldelikt).

erityisesti takavarikko ja kotietsintä tulevat kysymykseen todistelumetodeina, joihin oikeasuhtaisuusperiaatetta saatetaan joutua soveltamaan. Perustuslakituomioistuimien on antanut joukon ratkaisuja, joissa painopaikkeen perusoikeudelle on oikeasuhtaisuusnäkökohdan nojalla annettu suojaa kirjapainorakennuksissa ja sanomalehden toimitaloissa suoritettavia takavarikko- ja etsintätoimia vastaan.³¹⁹ Kirjallisuudessa on esitetty, että liittotuomioistuimen antamat erilaiset tuomiot kysymyksestä, oliko rikoksesta epäiltyä kuulustelun kuluessa väsytetty ihmisarvoa loukkaavalla tavalla, eivät ole keskenään ristiriidassa vaan vastaavat valtiosääntöoikeudellista vaatimusta keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuuden punnitsemisesta.³²⁰

Tutkijoiden enemmistö lähtee muutoinkin siitä, että oikeasuhtaisuusperiaatteesta on tarvittaessa johdettava sinänsä sallitun todistelumetodin torjuvia kieltoja.³²¹ *Sarstedt* näkee tässä vaaran oikeusvarmuudelle. Yksi hänen perusteesejään on, että todistamiskieltojen on oltava selviä ja yksiselitteisiä. Ovatko todisteiden hankkiminen/esittäminen ja todistelutulos oikeassa suhteessa toisiinsa, tämä kysymys tulee hänen mukaansa lainsäätäjän harkita todistamiskieltojen asettamisen yhteydessä; yksittäistapauksessa tätä kysymystä ei, mikäli mahdollista, pidä herättää.³²² Näihin epäilyihin yhtyy *Jescheck*, joka sanoo olevan kuvaaavaa, että *ulkomaisesta* oikeudesta ei löydy ainoatakaan esimerkkiä siitä, että todistamiskieltojen asettamisessa olisi turvauduttu oikeasuhtaisuusperiaatteeseen.³²³ *Romaanisen* oikeuden osalta maininta pitääkin paikansa. Lainsäädännöstä on vaikea löytää esimerkkejä siitä, että kohtuuttomuuskielto olisi tiivistynyt varsinaisiksi todistamiskielloiksi. Mitä

³¹⁹ BVerfGer. 7, 208; 10, 121; 12, 130; 15, 78.

³²⁰ *Nüse* s. 284.

³²¹ Näin *Dzendszalowski*, mt. s. 44 ss.; *Kleinknecht* s. 1539; *sama*, Juristentag s. 115 s.; KMR Vorbem. § 94 rn 4; *Kohlhaas* s. 289; *Kühne*, mt. s. 69 ss.; *Orlowsky*, mt. s. 107; *Otto* s. 302 ss.; *Peters* s. 140 ss.; *sama*, Lehrbuch s. 358; *Ziegler* s. 145. Ks. lisäksi edellisissä alaviitteissä mainittua kirjallisuutta.

³²² *Sarstedt* s. 65 s. (teesi I 7). Näin myös *Seidel*, Juristentag s. 119. — Vrt. kuitenkin *Sarstedt* s. 12: Rikosoikeuden hypertrofia, alati lisääntyvä normitus, — ja vain tämä näkökohta — tekee mielekkääksi asettaa todistelulle (ja tuomitsemiselle) esteitä oikeasuhtaisuusperiaatteen nojalla.

³²³ *Jescheck*, Juristentag s. 170. — Vrt. kuitenkin *sama*, l.c. ibid: »Ich persönlich würde meinen, dass man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dort anwenden darf, wo ein evidentes... Missverhältnis von Eingriffsschwere und Bedeutung der Sache vorliegt.»

tavanomaiseen oikeuteen tulee, siitäkin etsii turhaan tähän ratioon palautuvia todistamiskieltoja. Romaanisen oikeuden muodollis-loogisen luonteen kanssa onkin vähemmän sopusoinnussa kehittää todistamiskieltoja kirjoittamattomista oikeusperiaatteista; pelkästään oikeuskäytännön ja tietoisopin kehittämänä todistamiskielto muodostuu lainkäyttäjän kädessä helposti mielivaltaiseksi. Lisäksi on huomattava, että romaanisissa oikeusjärjestyksissä todistamiskielto ovat saksalaista oikeuspiiriä selvemmin säilyttäneet poikkeusluonteisuutensa. Periaatteessa vallitseva todisteiden esittämisen vapaus todentuu siinäkin suhteessa, että oikeasuhtaisuusperiaatteella ei ole todistamiskielloiksi leimattavia vaikutuksia todisteiden esittämiseen.³²⁴

Se jyrkkä vastakohtaisuus, jonka on edellä todettu vallitsevan relaatiossa roomalaiset oikeudet — *Yhdysvaltain* oikeus,³²⁵ näyttäytyy myös nyt tutkittavassa suhteessa. Todistamiskielto eivät tässä maassa ole poikkeusluonteisia; *case law*-oikeuden luonteeseen sopii, että niitä voidaan johtaa kirjoittamattomista oikeusperiaatteista; maassa, jossa yksilön perusoikeuksien suoja on vanhastaan ollut vahva, myös oikeasuhtaisuusperiaatteella voi odottaa olevan rikosprosessuaalista totuuden tutkimista rajoittavan vaikutuksen.

Perustuslain IV muutospykälä kieltää epäasianmukaisen etsinnän samoin kuin perusteettoman vangitsemisen ja takavarikon. Mainittu muutospykälä kuuluu ainesosana perustuslain XIV muutospykälään, jossa määrätään, ettei keneltäkään saa ottaa henkeä, vapautta tai omaisuutta ilman, että asianomaisen osaksi on tullut *due process*. Syytetty on suojattu jokaista poliisitoimenpidettä vastaan, joka loukkaa hänen vapauttaan *due process*-klausulia rikkovalla tavalla. Tämän ohjelman

³²⁴ Kansallisten todistusjärjestelmien vertailua on omansa vaikeuttamaan ja johtopäätösten arvoa suhteellistamaan, että keskustelupohja ei ole yhteinen. »Oikeasuhtaisuusperiaate» on jo käsitteenä »mitään ilmaisematonta» (*Simisalo*, mt. ibid.), »ungewiss» (*Jescheck*, 1.c. ibid.), »scharfe Umriss fehlen» (*Oberle*, mt. s. 20). Vastaavasti eri tutkijoiden »oikeasuhtaisuusperiaatelle» antama merkityssisältö ei aina ole yhdenmukainen. Siten *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 345, esittää *Itävaltan* oikeuden kannalta, että oikeasuhtaisuusperiaate merkitsee 'yksittäistapauksen erityisten asianhaarojen huomioon ottamista'. Näin käsitetyn periaatteen mainittu tutkija siirtää *hyödyntämiskieltojen* alueelle: Oikeasuhtaisuusperiaatteella on 'ratkaiseva merkitys' aina milloin herätetään kysymys todisteen hyödyntämiskelpoisuudesta. Tämän käsityksen kritiikistä ks. jäljempänä V 1 ab 4 av 112 kohdalla.

³²⁵ Ks. edellä III 1 a 3.

luonteisen määräyksen soveltaminen on prosessitodellisuudessa saanut laskemattomat mittasuhteet. *Due process*-ajatukseen kuuluu olennaisena osana vaatimus rikosprosessuaalisen pakkokeinon ja asian merkityksen oikeasuhtaisuudesta. Ratkaisussa *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), *Supreme Court* lausui, että syytetyn nielemien morfiinikapseleiden vatsasta pumppaaminen oli vastoin *due process* -klausulia; tästä johtuen todisteita ei saanut hyödyntää *Rochinia* vastaan nostetussa jutussa. Ratkaisu osoittaa, että Yhdysvaltain oikeus soveltaa oikeasuhtaisuusperiaatetta — toisin kuin Saksan oikeus — todisteiden esittämisen ohella todisteiden *hyödyntämiseen*.³²⁶

3. Siinä määrin kuin julkinen etu edellyttää oikeusjärjestyksen tarjoamien pakkokeinojen käyttämistä, rikoksesta epäillyn perusoikeuksien rajoittaminen on oikeutettua. Oikeasuhtaisuusperiaate edellyttää, että perusoikeuksia saadaan rajoittaa vain siinä laajuudessa kuin julkisten etujen suojaamiseksi on välttämätöntä.³²⁷ Säätelemällä voiman ja pakkokeinojen käyttöä oikeasuhtaisuusperiaate näyttäytyy ennen muuta persoonallisuuden oikeussuojan reaalisesti tekemisen välineenä.³²⁸

Pohjoismaiden valtiosäännöt eivät *expressis verbis* ilmaise puheenalasta oikeusajatusta. Silti oikeasuhtaisuusperiaate tunnustetaan Pohjoismaissa esitutkintaviranomaisen toimenpiteiden tärkeäksi arvostelupe-

³²⁶ *Due process*-klausulia valottavasta laajasta kirjallisuudesta ks. esim. *Campbell — Westlind*, SvJT 1969 s. 718 ss.; *Maguire* s. 82; *Mueller* s. 43 ja 45; *Honig* s. 45; *Vliet*, mt. s. 761; *Jescheck* s. 3 ja 33; *Rupp* s. 169; *Bettermann*, JBl 1972 s. 67. — Erityisesti *Rochin* -tuomion johdosta ks. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1952—53, Vol. 43, s. 128 ss. (*Fred E. Inbau*).

³²⁷ Vrt. *Hidén*, mt. s. 782.

³²⁸ Vrt. edellä s. 186. — Tällaisena oikeasuhtaisuusperiaate on tietenkin vain yksi persoonallisuuden oikeussuojan toteuttamista palveleva normatiivinen muodoste. Tässä suhteessa sen merkitys on ratkaisevasti vähäisempi kuin itse niiden *todistamiskieltojen*, joiden rationa on persoonallisuuden oikeussuoja. Oikeasuhtaisuusperiaatteen funktio on täydentävä, toissijainen. Oikeasuhtaisuusperiaatteen merkitys persoonallisuus oikeuksien tärkeän oikeushyväluokan suojaamisessa on alun alkaen rajoitettu. Tämä on hyvin perusteltua: olisi täysin riittämätöntä turvautua persoonallisuuden oikeussuojan tehoisaksi tekemisessä yksin harkinnanvaraiseen ja sellaisena epämääräiseen oikeasuhtaisuusperiaatteeseen. Tästä periaatteesta nimittäin tiedetään *ex ante* vain sen muoto; sen sisältö sitä vastoin vaihtelee kulloinkin omaksuttavan oikeuskäsitteen mukaisesti (*Oberle*, mt. s. 29). — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin vrt. *T. Ellilä*, Ulosotto-oikeuden yleiset opit s. 338; *Sinisalo*, mt. s. 178 s.; *Ylösjoki*, mt. s. 152; *Kleinknecht* s. 1545 (IX.3); *Rupp* s. 206; sekä erit. *Sax*, JZ 1965 s. 5; ja *Honig* s. 38 ss.

rusteeksi.³²⁹ Asiantila on historiallisesti määräytynyt; onhan pohjoismaisessa oikeuspiirissä yksilön persoonallisuuden suoja perinteisesti vahva. Oikeasuhtaisuusperiaatteella on yhtymäkohtia yleiseen kohtuusperiaatteeseen, jolla vuorostaan on silläkin pohjoismaisessa oikeusajattelussa syvät juuret.³³⁰

Mikä tahansa dogmaattinen tarkastelutapa aiheuttaa helposti, että historialliselle todellisuudelle tehdään väkivaltaa asetettavan teesin

³²⁹ Ks. tässä suhteessa etenkin *Luonnos* 31. 7. 1977 s. 17 ja 19 s. Ks. lisäksi *Alanko*, Rikostutkimus I s. 114 s.; *R. Ellilä*, s. 67, 104 ja 164; *T. Ellilä*, LM 1970 s. 646; *sama*, SPL 1972 s. 34; *Venoja*, Takavarikko s. 216; *Ekelöf* III s. 30 s.; IV s. 174 ja 191; *Hassler*, Kriminalprocessen I s. 131; *Olivecrona* s. 189; *Sjöholm*, Polislagen s. 135 (Polisinstruktionen 11 ja 13 §§; vrt. JO 1949 s. 127); *Bratholm*, Lov og Rett 1968 s. 289 ss.; *Hurwitz* s. 420 s.

³³⁰ Kohtuuden huomioon ottaminen oikeudellisessa ajattelussa ei tietenkään ole ahtaasti määrättyyn oikeusjärjestykseen/-ryhmään taikka historialliseen ajanjaksoon liittyvä piirre. Kohtuus ei ole oikeuden ulkopuolella, siitä erotettavissa (*Sinisalo*, mt. s. 178; vrt. kuitenkin *Fabrequettes*, La logique judiciaire et l'art de juges s. 397 ja 401). Historiallisena ilmiönä kohtuuden varteenotto ulottuu kulttuurin aamuhämärään: kuninkaan/päällikön vallan synty ja siihen liittynyt mahdollisuus armoa antamalla kumota tuomio merkitsi kohtuuden tulemistä instituutioksi. Ks. puheenalaisessa suhteessa yleisesti *Binder*, Philosophie des Rechts s. 400 ss. Mitä meidän oikeutemme tulee, kohtuus (roomalaisten aequitas) on siinäkin vanhastaan noudatettu periaate; siten tuomarinohjeiden 8. ja 9. kohdassa korostetaan kohtuussyyden tärkeyttä yleensä ja 10. ohje lausuu klassisen »summum ius summa iniura» -ajatuksen.

Mitä oikeasuhtaisuusperiaatteeseen tulee, yhdenmukaisesti sen kanssa, että puheenalaisen maksiimin synty itsenäisenä, omalakisena oikeusajatuksena voidaan aikahistoriallisesti rajata suhteellisen tarkasti (vrt. av 309), sitä ei käsitteellisesti-kään pidä samaistaa kohtuusperiaatteeseen (epätydyttävästi *Sinisalo*, mt. s. 179; kritiikistä ks. myös *Rytkölä*, mt. *ibid.*). Instituutioiden tasolla kohtuus, sen huomioiminen, on perusteena toisistaan varsin etäällä oleville säännöstoille; näitä ovat armahdus, ehdollinen tuomio ja opportunitteettiperiaate (vrt. *Andenaes*, Straffeprosessen s. 106). Viimeksi mainittua eräät tutkijat tosin pitävät jo ilmauksena yleisestä oikeasuhtaisuusperiaatteesta (näin kaikesta päättäen *Peters* s. 141). Mutta tämän lisäksi eroavuus on selvä jo per definitionem: Kohtuusperiaate edellyttää, että (kaikkien) lainkäytön ratkaisujen tulee, mikäli mahdollista, vastata yksittäistapauksen erityisluonnetta (*Alanen*, Yleinen oikeustiede s. 117); oikeasuhtaisuusperiaate edellyttää sen tutkimista, supistuuko muutoin sallittu toimimismahdollisuus sillä perusteella, että aiottu kajoamistoimi (»Eingriff») on epäsuhteessa yksittäistapauksen konkreettisiin asianhaaroihin (*Peters*, *ibid.*), onko tietyn toimenpiteen suorittamisesta aiheutuva haitta epäsuhteessa tavoiteltavaan tulokseen (KMR Vorb. § 94 rn 4 b; valaisevasti myös *Ylösjoki*, mt. s. 151: »Aiheen ja seurauksen pitää olla oikeassa suhteessa toisiinsa.»). Analogia puo-

hyväksi. Oikeushistoriallisessa suhteessa taas on syytä todeta, että valtio-oikeudellinen kehitys on täällä aina ollut tasajatkuisia. Ihmisoikeudet eivät ole kokeneet sellaisia kriisejä, että tunnettaisiin tarvetta ylipin-gottaa perusoikeuksien suojaa. Totuudentutkimiskäskyyn verrattuna todistamiskiellot edustavat pohjoismaisessa oikeuspiirissä ilmeistä poik-keusta. Vihdoin tämä oikeuspiiri, kuten *Andenaes* huomauttaa, suhtau-tuu torjuvasti ajatukseen johtaa todistamiskielloja kirjoittamattomista oikeusperiaatteista,³³¹ jollaista oikeasuhtaisuusperiaatteen kiistämättä edustaa. Onkin ilmeistä, ettei oikeasuhtaisuusperiaatetta voida *välittö-mästi* so. esitutkintaviranomaisen ja tuomarin konkreettisessa (lain aukko-) tapauksessa suorittamien harkintojen nojalla muuntaa *todista-miskielloiksi*. Lainsäätäjä on todistamiskiellojen normisubjekti.³³²

Problematiikkaa lähinnä hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta valai-sevana esitettäköön seuraava *Suomen* ylimmän oikeusasteen käytännöstä saatu tapaus:

KoO 1959 II 83: Poliisikonstaapeli oli, saadakseen taltutetuksi päih-tyneen, joka poliisilaitoksen päivystysuoneessa oli lyönyt häntä pullolla päähän, ja tämän kädestä pois siihen vielä jääneen rikkoutuneen pullon suosan, polvillaan painanut humalaista, joka syntyneessä käsikämmässä oli yhdessä hänen kanssaan kaatunut lattialle, rintaan ja vatsaan seu-rauksin, että tämä oli kuollut siitä saamiinsa vammoihin. Kun poliisi-konstaapelin ei voitu katsoa tällöin käyttäneen ilmeisesti enempää väki-valtaa kuin mitä voitiin pitää puolustettavana, syyte häntä vastaan hylät-tiin RL 3 luv. 8 a §:n nojalla. —

Toisaalta asianlaita on se, että oikeasuhtaisuusperiaate ei rajoitu yksin prosessi- ja hallinto-oikeuteen. Siten *Tauno Ellilä*, joka on perus-teellisimmin käsitellyt rikosprosessuaalista oikeasuhtaisuusperiaatetta, toteaa, että mainittu näkökohta hallitsee oikeuden kaikkia osajärjestel-miä. Samassa yhteydessä Ellilä luettelee joukon lainkohtia, joissa tämä

lestaan on siinä, että oikeasuhtaisuusperiaatteen tavoin kohtuudenkin tehtävä on negatiivinen; se osoittaa, että määrätty oikeusnormi ei sovellu annetun konk-reettisen oikeustapauksen ratkaisun pohjaksi. (*Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 139 s.).

³³¹ *Andenaes* s. 19.

³³² Vrt. av 315 edellä olevaa esitystä. Ks. myös *Andenaes*, Straffeprosessen s. 172: »Hensiktsmessighetshensyn har sin vekt *de lege ferenda*, men kan ikke erstatte lovhjemmel.»

periaate on saanut eriytyneen suojelutehtävän.³³³ Näistä ansaitsee tässä yhteydessä huomiota TakavarikkoL 17 ja 23 §§. Ensiksi mainitun pykälän mukaan kotietsinnässä ei saa aiheuttaa haittaa tai vahinkoa enempää kuin on »välttämättömän tarpeellista» (1 mom.). Sama on 23 §:n mukaan soveltuvien kohdin voimassa henkilöön käyvästä tarkastuksesta ja katsastuksesta (1 mom.). Käytetty sanonta »välttämättömän tarpeellista» viittaa selvästi oikeasuhtaisuusharkintaan. Annettu harkintaohje on mielekäs vain, jos edellytetään, että se saa sisältönsä todistelutoimen tuottaman haitan ja asian merkityksen vertailusta. Oikeasuhtaisuusharkinta kohdistuu tähän vertailutulokseen, toimenpiteen sisältöön, ei sen muotoon.³³⁴

Takavarikosta annetun lain edellä kosketelluilla määräyksillä on Ruotsin oikeudessa vastineensa RB 28:6,₁ssä ja 28:13,₁ssä. Tanskan oikeudenkäyntilaki ei sisällä nimenomaisia mainintoja oikeasuhtaisuusperiaatteesta; praksisessä sitä vastoin noudatetaan de facto Rpl 755 §:n soveltamisessa tiettyä oikeasuhtaisuusharkintaa.³³⁵ Myöskään Norjan rikosprosessilaki ei eksplikoi oikeasuhtaisuusperiaatetta; de lege ferenda lakiin otettaneen yleislauseke esitutkinnassa noudatettavasta »hienotunteisuusperiaatteesta».³³⁶

4. Suuri osa niistä vaikeuksista, joita oikeasuhtaisuusperiaatteen projisoiminen todistamiskieltoihin aiheuttaa, voitaisiin välttää pidättymällä herättämästä ratkaisutilanteen yhteydessä kysymystä keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuudesta. Oikeasuhtaisuusperiaate on erään *ajattelu-*

³³³ Ks. »Ulosotto-oikeuden yleiset opit» s. 338: »Tämä sääntö johtuu yleisestä suhteellisuusperiaatteesta ja oikeastaan jo oikeusalan yleisistä opeista, joiden mukaan siviilioikeudessaakin vallitsee tarpeellista kovemman seurauksen välttelmisperiaate, rikosoikeudessa ja rikosprosessioikeudessa liiallisen väkivallan käytön kieltö sekä hallinto-oikeudessa vaatimus pysytellä suhteellisuusperiaatteen mukaisissa rajoissa. Ks. NaapurisuusL 1920, 14 §; RL 3:6, 8 ja 8 a sekä 16:6 §§ ynnä SRL 38 §; TulliL 17 §; OK 17:15,₃ i.f. ja TakavarikkoL 17 § vrt. 23 §. Voiman käytössä ei saa ylittää oikean tilannearvion mukaan puolustettavissa olevien voimakeinojen laatua eikä tehon määrää.» Ks. lisäksi R. Ellilä, LM 1973 s. 532: Rikosoikeudelliseen sovitussajatukseen liittyy funktio, joka painottaa rikoksen ja rangaistuksen välistä oikeasuhtaisuutta.

³³⁴ Samoin vastaavasti Saksan oikeuden kannalta Peters s. 142.

³³⁵ Ks. Olivecrona s. 258 s. (RB 28:6,₁) ja 244 (RB 28:13,₁); Gomard — Hansen — Hurwitz, mt. § 755 rn. 4.

³³⁶ Ks. Innstilling § 231,₃, jossa ehdotetun määräyksen esikuvana on RB 23:4 (ibid. s. 268). Vrt. myös edellä av 332.

tavan nimi. Säännönmukaisesti lainsäätäjä ja vain lainsäätäjä on kutsuttu suorittamaan oikeasuhtaisuusharkintoja. Lain soveltamisessa oikeasuhtaisuusperiaate saa ratkaisufunktion vain niissä tapauksissa, jolloin lainsäätäjä on nimenomaisesti delegoinut lainkäyttäjälle puheenalaista harkintavaltaa. Tällöin normista puuttuu jotakin. Tunnuksmerkistössä, niiden ehtojen kokonaisuudessa joihin oikeusseuraamus liittyy, on käytetty — välttämättömien deskriptiivisten käsitteiden (»oliotunnusmerkien») ohella — määrittelemättömiä blankokäsitteitä (»arvostelmatunnusmerkkejä») sillä tavoin, että normi ei ole soveltamisvalmis ennen kuin tuomari on suorittanut avoimiksi jätettyjen käsitteiden oikeuspoliittisen »täyttämisen».³³⁷

Tuomarin näkökulmasta suuri osa rikosprosessilakiin sisältyvistä todistamiskielloista on tulos lainsäätäjän jo suorittamasta ja sellaisena lain soveltajaa sitovasta oikeasuhtaisuusharkinnasta.³³⁸ Riippuen todistamiskielolla suojattavan oikeushyvän laadusta oikeasuhtaisuusperiaatteen merkitys normin sisältöön vaikuttavana näkökohtana vaihtelee. Oikeasuhtaisuusperiaatteella on juurensa oikeuden aatteessa, oikeellisuusperiaatteessa, jonka eriytynyttä, johdannaista muotoa se edustaa. On todistamiskieltoja, joiden yhteydessä oikeasuhtaisuusperiaate jakaa oikeellisuusperiaatteen kohtalon ja jää sen mukana täysin taka-alalle. OK 17:23,1:n 2 kohdan mukaan kukaan ei saa todistaa valtiosalaisuuksista. Todistusteemakielto suojaa valtion etua, jolloin lainsäätäjää on motivoinut pyrkimys (ulkopoliittiseen) *tarkoituksenmukaisuuteen*. Kuva muuttuu toiseksi tarkasteltaessa persoonallisuuden oikeussuojan vuoksi annettuja todistamiskieltoja. Lainsäätäjä on määrännyt luovuttavaksi todistelusta, koska todisteiden esittäminen loukkaisi *oikeellisuutta*, oikeuden aatetta.

³³⁷ Tällaista tunnuksmerkistöä voidaan nimittää »avoimeksi». Sille on ominaista, että »lainsäätäjä ei ilmoita oikeusseuraamuksen syntymiselle välttämättömyyttä tunnuksmerkistöä, seikastoa kiintein, täsmällisin kriteerein, vaan »väljästi» ... viittaamalla esim. vain sellaisiin epätasällisiin oikeudellisiin mittapuihin kuin asianomaisten »olosuhteisiin» tai »kohtuuden» vaatimukseen.» Näin *Takki*, DL 1970 s. 58, joka mainitsee myös, että tunnuksmerkistö voi yksittäistapauksessa olla »avoin» yhdessä tai useammassa suhteessa (referenssi, mielekkäysalue, arvostuksenvaraisuus); *ibid.* av 1. Ks. lisäksi *Brusiin*, mt. s. 47 ja av 51 (»Joustavaa normia ei sovi pitää puutteellisenä; se on päinvastoin uuden aikaisen säännöstystekniikan huippusaavutus.»); *Ojanen*, LM 1974 s. 153; *Pietilä*, LM 1973 s. 744 ss. (olioja arvostelmatunnusmerkit).

³³⁸ Vrt. *Rupp* s. 206; *Sarstedt* s. 65 s. (teesi I 7). Vrt. myös jäljempänä V 1 bbb 3 av 328/9 kohdalla olevaa esitystä.

TakavarikkoL 4,1 § estää poliisimiestä takavarikoimasta esinettä, milloin olosuhteet eivät vaadi kiireellistä tointa eikä kysymyksessä ole lainkohdan 1. lauseessa kuvattu tilanne. Normi ei ole todistamiskielto vaan järjestysmääräys; sen rikkominen loukkaisi oikeellisuutta syystä että menettelyt olisi vastoin *oikeasuhtaisuutta*.³³⁹

Milloin lainsäädäntöaktin nojalla annettu todistamissääntö edellyttää säännöstekstin nimenomaisen määräyksen nojalla *viranomaisen* suoritettavaa oikeasuhtaisuusharkintaa, periaatteen tehtävä näyttäytyy *negatiivisena*, sinänsä sallittua totuuden tutkimista rajoittavana. Konkreettisesti tapauksessa oikeasuhtaisuusharkinnan aineellinen lopputulos voi tietysti olla päinvastainenkin: rikoksen erityinen vakavuus vaatii yksityisen elämänpiirin suojan väistymistä. Yksittäistapauksen erityiset asianhaarat toisin sanoen *eivät* ole sen laatuiset, että jo normin sallimasta oikeushyvään sekaantumisesta olisi luovuttava. Prosessiteoreettisesti kysymys ei tällöin ole siitä, että viranomainen suorittaisi todistelutoimen — esim. henkilöön kohdistuvan katsastuksen — sen vuoksi, että menettelytap on oikeasuhtainen, vaan koska se on *sallittu*.

Lukuisat ennen muuta persoonallisuuden oikeussuojan vuoksi annetut todistamiskielto on kirjoitettu joustavalla tekniikalla siten, että lainkäyttäjälle/esitutkintaviranomaiselle on annettu normatiivinen harkintavalta. OK 17:12,3:n mukaan henkilökohtaista käyttöä varten laadittua kirjoitusta ei saa määrätä tuotavaksi oikeuteen, elleivät »erittäin tärkeät syyt» sitä vaadi.³⁴⁰ Vastaavasti säädetään TakavarikkoL 22,2 §:ssä, että henkilöön kohdistuvassa katsastuksessa voidaan »tarpeen vaatiessa» ottaa verinäyte ja suorittaa muu tutkimus, joka voi tapahtua ilman »sanottavaa» haittaa. Annettu joustava oikeusnormi mahdollistaa viranomaisen

³³⁹ Vrt. Oberle, mt. s. 29: »Mittel und Zweck sollen in einem »vernünftigen«, »richtigen« oder »gerechten« Verhältnis stehen. Es handelt sich also um die gleiche Forderung, die an das *Recht als Ganzes* (kursiv. tässä) ergeht, dass es vernünftig und gerecht sei.»

Tekstissä on edellytetty, että vastaavasti kuin todistamiskieltoihin oikeellisuusarvostelma voidaan kohdistaa myös järjestysmääräysten luokkaan kuuluviin todistamissääntöihin. Tämä on kuitenkin poikkeuksellista.

³⁴⁰ Korostettakoon, että tällöin ei käsitteellisesti ole kysymys oikeasuhtaisuusperiaatteen soveltamisesta. Eihän ko. näkökohta omaa positiivista, todistamiskieltoa murtavaa funktiota. Toisin BGHSt. 19,325 (s. 332); vrt. myös Jescheck s. 50. Kriittisesti Kühne, mt. s. 74: Oikeasuhtaisuusperiaatteen soveltaminen korkeimman oikeuden omaksumassa muodossa johtaa helposti ihmisarvon täydelliseen suhteellistamiseen.

suoritettavan oikeasuhtaisuusharkinnan, jonka sisältönä on rikoksen selvittämistä vaativan julkisen intressin ja yksilön persoonallisuus oikeutta kannattavan intressin vertailu.³⁴¹ Edelleen: asettamalla TakavarikkoL 12,2 ja 13 §:ien mukaisen kotietsinnän edellytykseksi »erittäin pätevien perusteiden» esiintymisen, lainsäätäjällä on velvoittanut viranomaisen ennen konkreettiseen todistelutoimeen ryhtymistä tarkoin huomioimaan yksittäistapauksen asianhaarat. Vastaavasti antaessaan OK 17:12,3:ssa henkilökohtaisia muistiinpanoja prosessuaaliselta totuuden tutkimiselta suojaavan todistamiskiellon, lainsäätäjällä on ilmaissut, että sellaisten merkintöjen yleinen hyväksikäyttö todistuskeinona ei tule kysymykseen. Pikemminkin on in casu harkittava, onko merkintöjen todisteena käyttäminen oikeassa suhteessa tavoiteltavaan rikostutkinnalliseen päämäärään. Jokainen puuttumistoimenpide tarvitsee erityisen oikeutuksen välttämättömyydestä suojella tärkeämpiä oikeushyviä.³⁴²

Sellaiset kajoamiset vieraaseen persoonallisuuspiiriin, joita vastaan ei normaalisesti voida suojautua, loukkaavat yksilön persoonallisuus-oikeutta. Osaksi on kysymys toimenpiteistä, jotka ovat absoluuttisesti oikeudenvastaisia ja sellaisina myös absoluuttisesti kiellettyjä. Tutkimuksessa on tässä merkityksessä puhuttu »elementaarisista» todistelu-

³⁴¹ TakavarikkoL 22,2 § jättää täten ikään kuin »avoimeksi» sen mahdollisuuden, että toimenpide — verinäytteenotto — loukkaa oikeasuhtaisuutta (vrt. av 337). Ajateltakoon esim. tapauksia, että henkilöllä epäillään moottoriajoneuvon kuljettamisesta juopuneena, mutta rikoksesta ei ole aiheutunut vaaraa yleiselle liikenneturvallisuudelle ja asianhaarat ovat muutenkin erittäin lieventävät. Kuljettaja on iäkäs, hänen terveydentilansa on heikko ja hän on tapahtuneesta kiinniotosta psyykkisesti järkyttynyt. Jos katsotaan, että verinäytteenotto on vastoin oikeasuhtaisuutta, se on samalla todistamiskiellon (22,2 §:n tapauksessa siis ei järjestysmääräyksen) vastaista. Oikeasuhtaisuusperiaate kohdistuu, kuten todettu, toimenpiteen sisältöön eikä sen muotoon. Jos taas lähdetään siitä, että toimenpide on materiaalisesti oikeasuhtainen mutta ei täytä säädettyä prosessuaalista muotoa — verinäytteen ottaa esim. poliisiviranomainen —, toimenpide on nytkin todistamiskiellon (ei: järjestysmääräyksen) vastainen. Toisin Peters s. 142,

³⁴² Vrt. Otto s. 304. — Käytetty sanonta »onko merkintöjen todisteena käyttäminen oikeassa suhteessa ... päämäärään» ei tarkoita sitä, että myönteisessä tapauksessa olisi kysymys todistamiskieltoon oikeasuhtaisuusperiaatteen nojalla tehtävästä poikkeuksesta (vrt. av 340); lainkäyttäjän kädessä oikeasuhtaisuusperiaatteella on, siten kuin esityksessä on korostettu, ainoastaan negatiivinen funktio. OK 17:12,3:ssa lainsäätäjällä on antanut *relatiivisen todistamiskiellon*, jonka mahdollinen raukeaminen riippuu tuomioistuimen suoritettavasta *intressi-vertailusta*.

metodikielloista, rikoksesta epäillyn vähimmäisoikeuksien suojaksi noudatettavista todistelun rajoituksista. Jos on oletettavissa, että todistelu toimi loukkaisi kohdehenkilön ihmisarvoa sen ydinpiirissä, todistelu-metodikielto on absoluuttinen eikä oikeasuhtaisuusharkinnoille ylipäänsä ole sijaa. Vasta »relatiivisten todistelumetodikieltojen» piirissä oikeasuhtaisuusperiaate saa ratkaisufunktion. Takavarikko ja etsintä ovat laissa tarkoin lausuttujen edellytysten nojalla periaatteessa sallittuja mutta erinäisiä tällöin käytettäviä todistelutapoja on ennen konkreettiseen todisteen hankintaan ryhtymistä arvosteltava oikeasuhtaisuusperiaatteen avaamasta näkökulmasta.³⁴³ Sanottu soveltuu myös henkilöön kohdistuvaan etsintään. Tällöin esitutkintaviranomainen ratkaisee lopullisesti pakkokeinon käyttämisen oikeasuhtaisuuden. Edelleen oikeasuhtaisuusperiaatteelle saattaa (poikkeuksellisesti) kuulua ratkaisufunktio säännöstämättömissä tilanteissa tiettyjen intiimipiirin suojaa palvelevien todistuskeinokieltojen yhteydessä. Kysymyksen intiimipiiriin kajoamisen oikeasuhtaisuudesta ratkaisee lopullisesti tuomioistuin.

3. Todistamiskiellot perustuslain valossa

1. Tutkimuksen varsinaiseksi lähtökohdaksi on valittu aineellisen totuuden postulaatti siten ymmärrettynä, että todistamiskiellot muodostavat poikkeuksen tuomioistuimen periaatteessa rajoittamattomasta tiedoitsemisvelvollisuudesta.³⁴⁴ Tutkimustulokset eivät muodostuisi jyrkän eriäviksi, vaikka perusteesiksi omaksuttaisiin oletus, että selonotto-toiminta on jo alun alkaen perusoikeuksien sitoma. Millainen lähtökohta omaksutaankin, tutkimustuloksia määräävät aina periaatteet yksilön oikeuden ja kokonaisuuden edun punninnasta sekä keinon ja tarkoituk-sen oikeasuhtaisuuden harkitsemisesta. Rikosoikeus, rikosprosessioikeus ja valtiosääntöoikeus eivät edusta staattisesti rinnakkain olevia lohkoja vaan muodostavat elimellisen kokonaisuuden.³⁴⁵ Kokonaisvaltainen ajattelutapa avaa mahdollisuuden nähdä rikosprosessioikeuden sovellet-tuna valtiosääntöoikeutena. Tällöin nousee keskeiseksi kysymykseksi yksilön perusoikeuksien turvaaminen rikosprosessissa.

³⁴³ Vrt. *Peters* s. 154; *Sax*, mt. s. 5.

³⁴⁴ Ks. edellä s. 3 verr. s. 10.

³⁴⁵ Näin *Häussling* s. 28 s. ja 86; *Sarstedt* s. 9.

Tutkimuksessa on ihmisarvon loukkaamattomuus absolutisoitu yhdeksi rikosprosessia kannattavaksi perustavaksi oikeusajatuksiksi. Mainittu periaate näyttäytyy ennen muuta niissä luovuttamattomissa vähimmäisoikeuksissa, joita yksilöltä ei voida riistää edes rikosprosessuaalisen totuudentutkimisintressin nimessä. Toiselta puolen rikosten selvittämiseen ja tuomitsemiseen tähtäävä toiminta itsessään on sekin erään perusoikeuden todellistumista: yhteiskunnan jäsenille kuuluvan oikeuden saada elää järjestyneessä yhteisössä siten, että heidän elintärkeitä intressejään ei häiritä. Suojautuminen rikollisuutta vastaan on yhteiskunnan perusoikeus.³⁴⁶ Sen perustana on kokonaisuuden etu. Molempien intressipiirien — yhtäältä oikeusyksilön persoonallisuuden vapautta palvelevien intressien, toisaalta valtion intressin rikoksentekijän tuomitsemiseen — oikeudellinen rinnakkainelo on tunnustettu valtiosäännön tasolla. Yhteinen mittapuu, jolla molemmat intressipiirit määrätään ja rajoitetaan, on oikeuden aate.³⁴⁷ Intressikonfliktin tapauksessa rikoksentekijälle ihmisarvon nojalla muutoin kuuluvat vapaudet välttämättä väistyvät. Toisin kuin kirjallisuudessa on osaksi esitetty, periaatteessa ei ole epä tietoista edes kysymykseen tulevan perusoikeusrajoituksen laajuus. Muodollisena oikeuslähteenä on rikosprosessilaki, jonka normit osoittavat, missä laajuudessa yksilön oikeuspiiriin saadaan totuutta tutkittaessa kajoa. Mainituille normeille on yhteistä, että ne eivät salli ihmisarvon typistämistä »essentialialtaan».³⁴⁸

Edellä esitetyn mukaisesti kysymys todistamiskiellojen soveltamisesta ratkeaa useimmiten jo rikosprosessilain tasolla ilman että olisi tarpeen takautua perustuslakiin. Syytetyn vähimmäisoikeudet tulevat turvatuiksi rikosprosessioikeuden määräysten avulla. Rikosprosessilain säännöksiä laadittaessa on vaatimus ihmisarvon loukkaamattomuudesta jo otettu huomioon.³⁴⁹ Erityisiä vaikeuksia tuottaa tällöin oikeudenkäymiskaarelle ominainen normituksen harvuus. Sen sijaan että uuden aikaisille prosessilaeille on tunnusomaista normituksen perusteellisuus, oikeudenkäymiskaaren määräykset ovat »verkon silmiä, joilla voidaan

³⁴⁶ Esim. *Wrede*, Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys (3.p.) s. 347. Ks. myös BVerfGer. 19,348 ja sen johdosta *Honig* s. 38 s.

³⁴⁷ *Ullmann*, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts s. 16.

³⁴⁸ Vrt. *Nüse* s. 286.

³⁴⁹ Vrt. *Maetzel*, mt. s. 666; *Nüse* s. 287; *Rupp* s. 205 ss.; *Schorn*, mt. s. 16. Vrt. myös edellä av 276 kohdalla olevaa esitystä.

pyydystää vain säännönmukaiset tapaukset». ³⁵⁰ Jotta oikeudenkäymiskaari yleensä täyttäisi perustuslain mukaisen funktionsa ja erityisesti sen todistamiskieltoja ilmaisevat oikeuslauseet täyttäisivät tehtävänsä syytetyn suojelusäntöinä, lainkäyttäjän tulee säännöstmättömissä tilanteissa täydentää oikeudenkäymiskaarta perustuslakia vastaavasti. Mutta samanaikaisesti on korostettava, että esitetyn vaatimuksen reaaliimerkitys jää vähäiseksi; näin siksi, että mielikuva oikeusaukkojen esiintymisestä on huonosti sopusoinnussa prosessioikeuden luonteen kanssa. Vastaavasti on todistamiskieltojenkin tapauksessa ylälauseen puuttuminen leimattava perin etäiseksi mahdollisuudeksi. ³⁵¹ Tosiasiallisesti vaatimus tuomarin suoritettavasta prosessin perustuslainmukaisuuden valvomisesta lähes tyhjentyy *tulkintatilanteisiin* siten, että lainkäyttäjän on todistamiskieltolauseita tulkitessaan otettava huomioon perustuslakiin ankkuroidut arvopyrkimykset. Mutta perustuslakikaan ei vielä edusta oikeus- ja tulkintaohjetta etsivälle lainkäyttäjälle normihierarkian ylärajaa. Ensisijaisin ja tärkein perustuslakimme: vuoden 1919 Hallitusmuoto, on monessa suhteessa aukollinen ja epäajanmukainen. Soveltamispremisseejä muodostettaessa saatetaan siten joutua täydentävinä oikeuslähteinä turvautumaan eräisiin Yhdistyneiden Kansakuntien julkaisemiin suosituksiin, ennen muita vuoden 1950 Euroopan Ihmisoikeussopimukseen ja — puheenalaisessa suhteessa normitukseltaan väljempään — kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan v. 1966 yleissopimukseen. ³⁵²

2. Tutkittavan kysymyksen edelleen hahmottamiseksi on tarkoituksenmukaista ottaa käyttöön nyt avautuvaa uutta näkökulmaa vastaava työkäsite: *perustuslailliset todistamiskiellot*.

³⁵⁰ Ekelöf I s. 57.

³⁵¹ Vrt. kuitenkin Hauser, Juristentag s. 78: *Sveitsissä* ei ole todistamiskieltoja ja niiden rikkomisten seuraamuksia koskevaa täydellistä normitusta eikä sellaista tultane koskaan saamaankaan. Tässä suhteessa sveitsiläiset ovat *Eugen Huberin* oppilaita, joka lähti siviililakikirjassaan siitä, että laki ei voi eikä saa olla täydellinen. Kuuluissa 1. artikla sisältää tuomarille annetun ohjeen ratkaista lain aukon tapauksessa niiden sääntöjen mukaisesti, jotka hän lainsäätäjänä asettaisi.

³⁵² Vrt. Klug s. 37: »Zu den besonders wichtigen Erkenntnissen für den modernen Strafprozess gehört die Feststellung, dass es daneben Beweisverbote gibt, die sich aus dem Strafverfahrensrecht vorgeordneten Normen, also etwa aus dem Grundgesetz oder aus der Europäischen Menschenrechtskonvention herleiten.»

Totuudentutkimiskäskyyn verrattuna todistamiskiellot edustavat poikkeusta. Kyetäkseen murtamaan pääsääntöisesti vallitsevan totuudentutkimisvelvollisuuden ne tarvitsevat perustekseen muodollisen oikeusnormin. Osa näistä oikeussäännöksistä johtuu välittömästi perustuslain perusoikeusnormeista. Puheenalaiset oikeussäännökset — perustuslailliset todistamiskiellot — ovat yleensä kanavoituneet perustuslaista rikosprosessilakiin siten, että sovellettava todistamiskieltolause on ilmaistu rikosprosessuaalisessa tekstissä. Mutta voidaanko perustuslaillisten todistamiskiellojen luokkaa laventaa siten, että tätä käsitettä käytetään sellaisistakin todistamiskielloista, joita ei (tahi ei vielä) ole rikosprosessilaissa/oikeudenkäymiskaassa formuloitu oikeuslauseiksi?³⁵³ Siltä osin kuin tavanomainen oikeus antaa osoituksen sovellettavasta oikeusohjeesta vastaus esitettyyn kysymykseen on myönteinen; sitä vastoin on mahdollisuuteen varsinaisten oikeusaukkojen esiintymisestä suhtauduttava enemmän epäillen.

Mitä ensiksi tulee rikosprosessilaissa ilmaistuihin »perustuslaillisiin» todistamiskielloihin, niin avarasti tulkiten *kaikki* rikosprosessilaissa lausutut todistamiskiellot voidaan selittää syytetyn suojeluvälineiksi ja nähdä perusoikeusnormien johdannaisina.³⁵⁴ Tosiasiallisesti selitystapa johtaa siihen, että ilmaisu »perustuslailliset todistamiskiellot» on pleonasmi. On siis suoritettava tarpeellinen normiaineiston jäsentely.

Rikosprosessille ominainen perusjännitys aiheutuu niiden erisuuntaisten arvopyrkimysten kollisiosta, joita yhtäältä totuudentutkimisvelvollisuus ja toisaalta vaatimus syytetyn ihmisarvon kunnioittamisesta edustavat. Edellä esitetyn mukaisesti rikosprosessuaalinen totuuden tutkiminen on palautettavissa siihen »yhteiskunnalliseen» perusoikeuteen, jota yhteisön jäsenten oikeus lain suojaan ilmentää.³⁵⁵ Tällöin ollaan kuitenkin tekemisissä käsitteen kanssa, jota ei voida vaikeuksitta niveltää perusoikeusjärjestelmäämme. Meikäläiselle järjestelmälle on oleellista tietty yksipuolisuus siinä suhteessa, että perusoikeusnormien kärki on vanhastaan kohdistunut valtioon; päähuomio on omistettu yksilön ja valtion välisille suhteille.³⁵⁶ Näin muodoin ei tunnu luontevalta selittää

³⁵³ Vrt. *Habscheid*, mt. s. 855 s.; *Kleinknecht* s. 1539.

³⁵⁴ Tekstissä lausuttu koskee nimenomaan myös todisteluteknisistä syistä annettuja todistamiskielloja. Palvelemalla totuuden selvittämistä ne koituvat välittömästi syytetyn eduksi; vrt. *Peters* s. 128.

³⁵⁵ Ks. III 3 1 av 346 edellä.

³⁵⁶ Lvk 1906:2; *Hidén*, Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa s. 18;

tiettyä todistamiskieltoa »perustuslailliseksi» sillä perusteella, että normitarkoituksena on *todistelun luotettavuuden edistäminen*.

Tarkkaan ottaen ei myöskään *todistelun välittömyys* edusta sellaista prosessiajatusta, että tälle näkökohdalle rakentuva OK 17:11,1:ssä lausuttu todistamiskielto voitaisiin luokittaa nyt puheena olevaan kategoriaan. Kysymys on kuitenkin problemaattinen. Todistelun välittömyyden periaate näyttäytyy olennaisesti syytetyn suojelusääntönä. Todistelun kontradiktorisuuden takaavana se antaa syytetylle mahdollisuuden tehdä kysymyksiä epäsuopealle todistajalle; näin syytetty saa osakseen »oikeudellisen kuulustelun».³⁵⁷ Perustuslakimme on tässä kohden täydennystä vaativa. Epäkohtaa tosin lieventää, että kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva v. 1966 yleissopimus, jonka 14 artiklan 3 kappaaleen e kohdassa syytetyn kyselyoikeus on nimenomaisesti julkilausuttu, on meillä saatettu viralliseksi oikeuslähteeksi.

Varsinaisesti vasta *ammattisalaisuuksien* ja niihin liittyvien *luottamussuhteiden* suojaa palvelevat todistamiskiellot ovat käsitteellisesti perusoikeusnormeihin palautettavissa olevia oikeuslauseita. Puheenalaiset todistamiskiellot ovat niiden perusoikeuksien suojeluvälineitä, joiden suojeluobjektina on yksityisen ihmisen salaisuuspiiri.³⁵⁸ Vastaava perusoikeusnormi on HM 6 §:n 1 mom., jonka mukaan jokainen Suomen kansalainen on lain mukaan turvattu hengen, kunnian, henkilökohtaisen vapauden ja omaisuuden puolesta. Tämän määräyksen prosessuaalinen täydennys on niissä tunnusmerkistöissä, jotka kieltävät lääkäriä ja asianajajaa todistamasta potilaan/asiakkaan salaisuuksista. Ammatinharjoittajille, joiden toiminta tähtää erityisessä määrin kansalaisten henkilökohtaisten oikeushyvien vaalimiseen, on prosessilaki asettanut vaitiolovelvollisuuden. Täydentävänä perusoikeusnormina, johon lääkintähenkilöstön vaitiolovelvollisuus on suhteutettavissa, voidaan viitata HM 6 §:n 2 mom:n määräykseen, jonka mukaan kansalaisten työvoima on valtakunnan erikoisessa suojeluksessa. Papin vaitiolovelvollisuuden perustuslaillisena pohjana on HM 8 §, mutta merkitystä on myös HM 6,1 §:llä. Mitä painovapauteen tulee, on se perustuslaillisesti vanhastaan varmennettu

Jyränki, LM 1968 s. 978 ja 991; *Kastari*, Kansalaisvapauksien perustuslainturva s. 1; *sama*, LM 1950 s. 736; *Merikoski*, LM 1932 s. 91 ss.; *Saario*, LM 1975 s. 188.

³⁵⁷ Vrt. edellä III 1 bd 4.

³⁵⁸ Kuten tekstissä *Jescheck* s. 4; *Maetzel*, mt. s. 667; *Peters* s. 93; *Rupp* s. 199. Lähellä tekstissä esitettyä on *Habscheid*, mt. s. 840 ss.

HM 10 §:ssä. Prosessilainsäätäjää voidaan arvostella siitä, että se antoi OK 17:24,2:n säännöksillä vastaavan vaitiolo-oikeuden sanomalehden toimittajille vasta v. 1966.³⁵⁹

Perusoikeusproblematiikkaa rikosprosessissa koskettavat syvällisesti *persoonallisuuden oikeussuojaa* palvelevat todistamiskiellot.³⁶⁰ Tässä näyttyy perustuslakimme alkuperäisin tehtävä. Perusoikeuksista johdetaan tietynlaajuinen yksityisautonomia.³⁶¹ Perusoikeusjärjestelmä merkitsee valtiotodistamiskiellon itserajoitusta yksityisen vapauden hyväksi. Ajatuskuviona tämä on todistamiskiellon peilikuva: perusoikeusnormeissa itserajoitus vain tapahtuu ylemmänasteisen säädöksen tasolla.³⁶² Lakitekniikan ratkaisun yhdenkaltaisuutta vastaa tavoitteiden yhteisyys. HM 12 §:n mukaan kirjjesalaisuus on loukkaamaton. Sama oikeusajatus prosessuaalisin etumerkein on ilmaistu OK 17:12,3:ssa. Hyvin selvä vastavuus vallitsee myös HM 11 §:n ja (tässä tutkimuksessa tosin vain järjestysmääräyksiksi katsottujen) TakavarikkoL 4,1 ja 15,1 §§:ien välillä.

Vaatus keinoon ja tarkoituksen *oikeasuhtaisuudesta* on perusoikeuksien edellyttämä. Milloin todisteluavan käyttämiselle ei ole lakiin tai tavanomaiseen oikeuteen perustuvaa estettä, lainkäyttäjän/esitutkintaviranomaisen asiana ei ole ryhtyä oikeasuhtaisuusharkintoihin. Kun todistamiskiellon asettaminen ei muutoinkaan kuulu lainkäyttäjälle, niiden johtaminen soveltamiskriteereiltään epämääräisestä oikeasuhtaisuusperiaatteesta veisi mitä suurimpaan oikeudelliseen epävarmuuteen. Todistamiskiellon puuttuminen ilmaisee lainkäyttäjää sitovasti, että oikeusjärjestys ei pidä todistelutoimesta aiheutuvia perusoikeuksien rajoituksia rikostutkintatavoitteen valossa epäsuhtaisena. Oikeustila, joka edellyttää totuudentutkimiskäskyn soveltamista, on siten tulos lainsä-

³⁵⁹ Vrt. tässä suhteessa Lvk 1966 N:o 2. Ks. myös HS 19.2.1965 ja 21.4.1965 (keskustelua sanomalehden toimittajan oikeudesta salata uutislähteensä erään alioikeuspäätöksen johdosta; tästä sittemmin Helsingin HO:n p. 1.9.1965).

³⁶⁰ Vrt. *Kern—Roxin* s. 115: Persoonallisuuden oikeussuojan vuoksi annetut todistamiskiellot ovat perusoikeusnormien realisointinormeja.

³⁶¹ Ks. *Aarnio—Heinonen—Tuori*, Suomen oikeus 1. s. 115; *Makkonen*, Säädosvalta s. 144 s. — Huomattakoon, että yksityisautonomian merkitys tulee erityisen selvästi esille *ammattisalaisuuksien* suojaksi annettujen todistamiskiellon yhteydessä: Yksityisautonomialle rakentuvassa oikeusjärjestyksessä tehoisesti ilmaistu suostumus perustaa salaisuuden haltijalle todistamisvelvollisuuden; ks. *Bosch*, Grundsatzfragen s. 91.

³⁶² Vrt. tämän johdosta edellä I 1 f 1 ja siinä (av 145) mainittua kirjallisuutta.

täjän jo suorittamasta oikeasuhtaisuusharkinnasta. Mutta samaa voidaan sanoa vastakkaisenkin sisältöisestä oikeustilasta eli sellaisesta, jossa todistamiskieltoa on sovellettava. Näin on asianlaita ennen muuta persoonallisuuden oikeussuojaa palvelevien todistamiskieltojen tapauksessa. Mainittuun luokkaan kuuluvia oikeuslauseita voidaan pitää oikeasuhtaisuusperiaatteenkin avaamasta näkökulmasta korostuneesti »perustuslailisina» todistamiskieltoina.³⁶³

Suuri osa mainituista oikeuslauseista on kirjoitettu joustavalla tekniikalla siten, että normi ei lopullisesti osoita, onko aiottu todistelutoimi, esim. kotietsintä, keino-tarkoitukserelaation valossa oikeasuhtainen. Tämän kysymyksen harkitsemisen lainsäätäjä on oikeussäännöksen nimenomaisen ilmaisun mukaan jättänyt viranomaiselle. Vastaavasti vain *tähän ryhmään* kuuluvien todistamiskieltojen yhteydessä oikeasuhtaisuusperiaate saa itsenäisen ratkaisufunktion. Käsitteellistä selvyyttä edistävää on, että puhuttaessa oikeasuhtaisuusperiaatteesta todistamiskieltojen yhteydessä huomioitavana regulatiivisena näkökohtana, nimitystä käytetään vain nyt mainitun ryhmän yhteydessä.

3. Kuten tähänastisesta esityksestä on käynyt ilmi, rikosprosessilaki (oikeudenkäymiskaari) muodostaa todistamiskieltojen varsinaisen normipohjan. Sen johdosta, että säännöstys on eritoten esitutkintaa koskevalta osalta varsin harvaa, ei kuitenkaan voitane lopullisesti sulkea pois mahdollisuutta todistamiskieltojen perustuslakia vastaavasta täydentämisestä; muuttuva teknis-sosiaalinen todellisuus on omansa vahvistamaan mainittua täydentämistarvetta. Mutta myös perustuslaille voi kilpajuoksu muuttuvan todellisuuden kanssa olla toivoton.³⁶⁴ Tätä taustaa vasten heräävä kysymys on pelkistetysti asetettuna seuraava: Millä tavoin oikeus-

³⁶³ Vrt. edellä III 2.

³⁶⁴ Vrt. *Uotila*, Valtiosääntöuudistus koko kansan asia; HS 21.10.1973. Ks. myös *Rupp* s. 168 s.: Milloin valtiosääntö ankkuroituu oikeustajuntaan koettuna ja elettyinä järjestyksenä siten kuin Yhdysvalloissa on tapahtunut, valtiosääntö toimii, vaikka olosuhteet olisivat suuresti muuttuneet sitten alkuperäisen perustuslain laatimisen. — Mitä erityisesti Suomen valtiosääntöön tulee, *Kastari* huomauttaa (LM 1958 s. 527) sen olevan lähes ainoa ensimmäisen maailmansodan jälkinäytöksessä syntyneistä, joka edelleen on voimassa.

Tosiasia, että prosessioikeutemme tärkein voimassa oleva lähde on annettu jo 1734 samalla kun Hallitusmuotomme on, tällä vuosisadalla annettuna, leimattu »vanhaksi», paljastaa jotakin oleellista toisaalta prosessioikeuden, toisaalta valtiosääntöoikeuden luonteesta: »Prozessrecht besteht, Verfassungsrecht vergeht.» Vrt. *Bettermann*, JBl 1972 s. 57.

järjestys voi taata oikeushyvän suojaamisen riittävyys sellaisissa kolliotilanteissa, joissa totuudentutkimiskäsky toteutettuna tietäisi yksilön (kirjoitettujen tai kirjoittamattomien) vähimmäisoikeuksien uhraamista?³⁶⁵

Kysymystä on perusteellisimmin käsitellyt *Rupp*. Mainitun tutkijan lähtökohdanvalintaa on määrännyt Saksassa käyty laaja keskustelu niistä menetelmistä, joita on noudatettava positiivisen oikeuden valtiosääntö-hakuisessa tulkinnassa. Tuleeko jättää lainsäätäjän tehtäväksi muodostella rikosprosessuaaliset todistamiskiellot perusoikeuksien hengessä vai onko tämä tehtävä annettava tuomarille? Ruppin mukaan olemme tässä selvästikin tekemisissä lainsäätäjälle kuuluvan tehtävän kanssa. Tuomarin ratkaisuitsevaltaisuus tällä alueella ei ole toivottavaa. Lainkäyttäjän ei pidä korvata lainsäädäntöä topiikalla kehittämällä todistamiskielloja »lain tuolle puolen» yltävistä arvostuksista. Tämä merkitsisi lainsäädännöllisen ratkaisun ennakoimista — tehtävä, johon lainkäyttäjä ei ole legimitoitu. Useimmat kysymykseen tulevat probleemit tulee ratkaista lain tasolla eikä välittömästi perustuslain lauseita soveltamalla; tosin pakottaa valtiosääntöoikeudellisesti taattu persoonallisuuden suoja monien perinteisten prosessimääräysten uudelleen tulkittamiseen.³⁶⁶

Ruppin kannanotto on ollut suuntaa antava. Niinpä *Nüse* lausuu täysin Ruppin hengessä, että jos perustuslaista olisi kanavoitava lisää todistamiskielloja rikosprosessilakiin, tämä tehtävä kuuluisi ensi sijassa lainsäätäjälle.³⁶⁷ Yhtä lailla on *Jescheck* valmis sitomaan tuomarin kädet. Hänenkään mukaansa perusoikeuksien välitön muuntaminen todistamiskielloiksi ei ole suositeltavaa. Hän näkee tässä vaaran oikeudenkäytön yhdenmukaisuudelle ja oikeusvarmuudelle. Kiintoisaa on, että *Jescheck*kin kehittelyyn sisältyy viittaus *Andenaesiin*, joka on varoittanut saksalaisia kollegojaan vahvistamasta prosessin olennaisia peruskysymyksiä tässä muodossa yksittäisratkaisujen tietä. Toistamiseen *Jescheck* muistuttaa, että mainitun norjalaisen tutkijan mukaan praksis ei Pohjoismaissa

³⁶⁵ Vrt. I 1 e 1 av 88 edellä. — Toisessa yhteydessä (I 1 b 1 av 34 edellä) on esitetty, että (syytetyllä) on joukko luovuttamattomia vähimmäisoikeuksia, jotka eivät osallistu siihen intressien kamppailuun, jonka normatiivista ratkaisua todistamiskiellot edustavat. Tekstissä herätetty kysymys tuo ongelman esille uudessa asiayhteydessä; tällöin tutkitaan vasta muodostumassa olevien »uusien» perusoikeuksien suojan toteuttamista.

³⁶⁶ *Rupp* s. 167, 175, 205, 209 ja passim.

³⁶⁷ *Nüse* s. 286 s.

varmaankaan katso olevansa oikeutettu täydentämään lakia kirjoittamattomilla persoonallisuuden oikeussuojaa koskevilla periaatteilla.³⁶⁸

Arvokkaan lisän keskusteluun on tuonut *Sarstedt*. Hän kiinnittää huomiota niihin käytännöllisiin toteuttamisvaikeuksiin, jotka ovat esteenä ohi lain suoritettaville tuomarin harkintaratkaisuille. Todistamiskieltotilanteet syntyvät useinkin aivan yllättäen kesken kiireisintä prosessia. Ajateltakoon tilannetta, että asianosainen laskee tuomarin pöydälle tavanomaisen oikeudenkäyntiaineiston lomassa henkilökohtaisen päiväkirjan. Aikaa on vähän, ja tuomarin tehtävä mitä vaikein ratkaisu arkaluonteisesta asiasta. Harkintaperusteet ovat häilyvät. Siinä vaiheessa, jolloin hän saa eteensä päiväkirjan, hän ei edes tunne sen sisältöä. Hän ei voi etukäteen tietää sisällön intimitteettiasetusta. Saako hän siis edes avata päiväkirjaa? Jokainen tapaus on vivahteiltaan erilainen. Muutoksenhakutuomioistuimella on enemmän aikaa näiden yksityiskohdientunnistamiseen. Tämän tietää alioikeustuomari, jolta on liikaa vaadittu, että hänen antamansa päätös on muutoksenhaun kestävä. Etujen vertailu ja oikeasuhtaisuusharkinta ei tee vain alioikeustuomarin asemaa epävarmaksi vaan avaa myös ovia kasuistiikalle ja oikeudelliselle epävarmuudelle. Ylipäänsä kysymys todistamiskielloista pitää herättää vain edellytyksellä, että tuomari voi pohjata harkintansa kiinteihin normeihin.³⁶⁹

Edellä esitetyltä perustalta *Sarstedt* asettaa seuraavan teesin: Todistamiskieltojen tulee olla, kuten prosessioikeuden normien ylipäätyäänkin, selviä ja yksinkertaisia.³⁷⁰

Selostettuja mielipiteitä kriittisesti arvioitaessa on todettava, että kokonaisuutena ne avaavat rikosprosessuaaliseen perusoikeusproblematiikkaan erittäin hedelmällisiä näkökulmia. Erityisesti *Ruppin* puheenvuoro on ollut teorianmuodostukselle uraa uurtava. Niin ikään on *Sarstedtin* anti periaatekeskusteluun ollut hyvin huomattava. Maassa, jossa yksin peruskysymystenkin suhteen vallitsee lähes dramaattisia mielipide-eroja, hänen esittämänsä teesi todistamiskielloille asetettavista kvaliteettivaatimuksista on hyväksytty harvinaisella yksimielisyydellä.³⁷¹ Kokonai-

³⁶⁸ »Juristentag» s. 170.

³⁶⁹ *Sarstedt* s. 12.

³⁷⁰ Ibid. s. 13 ja 65 (teesi I 7).

³⁷¹ Ks. tämän johdosta *Foregger*, Juristentag s. 127; *Janetzke*, ibid. s. 141; *Jeschek*, ibid. s. 171; *Kleinknecht*, ibid. s. 81; *Seidel*, ibid. s. 119. Ks. lisäksi *Andenaes*, ibid. s. 132.

suutena nyt selostettu mielipidelinja on hyvin sopusoinnussa todistamiskiellojen poikkeusluonteisuuden kanssa.

Jos kysymys asetetaan, kuten edellä on tehty, koskemaan yksilöllisen oikeushyvän suojaamisen riittävyyttä, niin edellä mainittujen tutkijoiden kannan omaksuminen merkitsee perusoikeuksille epäsuopeaa asennetta. Arvovalinta totuudentutkimisintressin ja perusarvojen välillä on tällöin jälkimmäisille epäedullinen. Mutta tämän arvovalinnan tekeminen ei kuulu lainkäyttäjälle vaan lainsäätäjälle. Missä lainsäätäjä jo on tämän arvovalinnan tehnyt, lainkäyttäjä on siihen sidottu. Todistamiskiellojen asettaminen ei kuulu lainkäyttäjälle, kuten *Rupp* johdonmukaisesti korostaa.³⁷²

Tärkeätä on nähdä, että todistamiskiellojen perustuslailliset aspektit eivät tyhjenny kysymyksenasetteluun: kuka asettaa todistamiskiellot? Prosessioikeuden järjestelmän kannalta on lähes itsestäänselvyys, että vain lainsäätäjä on legitimoitu asettamaan (uuden) prosessuaalisen normin. Jos kysymyksessä olevan oikeushyvän suojaksi ei ole rikosprosessuaalisessa säädöksessä annettu todistamiskielloa ja jos perustuslakikaan ei tarjoa tulkinta- ja täydennyspohjaa, tuomari rikkoo totuudentutkimisvelvollisuuttaan, jos hän tuota oikeushyvää suojatakseen laiminlyö vastaavan asiantilan selvittämisen.³⁷³ Tuomari on pakottavan oikeusnormin: totuudentutkimiskäskyn, sitoma. Mutta problematiikka ei tyhjenny »uusien» todistamiskiellojen asettamiseen. Aina ei ole kysymys siitä kuka asettaa todistamiskiellot, vaan oikeusnormikollisista valtiosääntöoikeudellisella tasolla, jotka tuomarin on ratkaistava, jos lainsäätäjä ei sitä tee.³⁷⁴ Totuudentutkimiskäsky sijoittuu samalle arvotasolle kuin perusoikeudet. Tuomiovallan käytön perussäädöksenä on sama oikeuslähde, joka sisältää säännökset kansalaisen perusoikeuksista: Hallitusmuoto. Normikollision ratkaisu edellyttää valintaa kahden normin — totuudentutkimiskäskyn ja perusoikeusmääräyksen — välillä, mikä puolestaan viime kädessä merkitsee oikeusseuraamuksen valintaa. Tällöin ei enää olla ankarasti loogisella eikä juridis-teknisellä alueella, vaan valintata-

³⁷² Ks. esim. *Rupp* s. 205 s. ja 210. — Saksassa käydyssä periaatekeskustelussa tekstissä mainittu kysymys on muodostunut lähtökohtaa määrääväksi. Ks. tämän johdosta *Jescheck* s. 4 s. ja 53 (Fragen an die Referenten I 1).

³⁷³ Asiallisesti samoin *Sarstedt* s. 12.

³⁷⁴ Kuten tekstissä *Maetzel*, mt. s. 666 av 19.

pahtuma määräytyy paljolti erilaisista tavoitteellisista aspekteista, jotka ovat osin tuomarin subjektiivisten arvostusten tuotetta.³⁷⁵

Edellä esitetty näyttäisi viitoittavan tien sidotun ratkaisun ajatuksesta teleologiaan, konstruktiiivisesta metodista lain tarkoituksen etsimiseen, viime kädessä koko oikeusjärjestyksen tarkoitukskompleksin arvotamisperusteena käyttämiseen. Oltuaan alun perin eräänlainen protesti saksalaisperäistä käsittelainoppia vastaan teleologinen metodi on Pohjoismaissa nyttemmin saanut määräävän aseman.³⁷⁶ Tällainen protesti on tehtävä myös nyt tutkittavaa ongelmaa lähestyttäessä. Harvaan normitetussa prosessijärjestelmässämme sidotun ratkaisun ajatus on epärealistinen.

Suoritettu erittely näyttäisi johtavan lopputulokseen, jonka mukaan positivistisiin lähtökohtiin nojaava käsitys todistamiskielloista on periaatteessa oikea mutta ei kaikissa ratkaisutilanteissa kestävä. Järjestelmän vastaista ei ole pitää *mahdollisena* oikeusaukkojen syntymistä lähinnä teknis-tieteellisen kehityksen seurauksena.³⁷⁷ Säännöstämätön tilanne on tällöin ns. sekundäärinen aukko. Sellaisen esiintyessä perustuslaki saa merkitystä rikosprosessilain täydentäjänä. Tämän ohella on

³⁷⁵ Tekstissä kosketellun probleemin lähempi tutkiminen on, yleisen oikeusteorian piiriin kuuluvana, tässä yhteydessä sivuutettava. Puheenalaisessa suhteessa ks. etenkin *Makkonen* s. 87, 95 ss. ja 118. Ks. myös *Brusiin*, Tuomarin harjonta s. 51; *Eriksson*, JFT 1969 s. 415; *Jyränki*, LM 1968 s. 996; *Ojanen*, LM 1970 s. 1087.

³⁷⁶ Ks. esim. *Aarnio*, LM 1970 s. 281 s.; *Brusiin*, mt. s. 5 ja 149; *Ekelöf* I s. 52 ss.; *Hormia*, LM 1971 s. 159. — Kuten tunnettua, Suomessa harjoitettu prosessioikeudellinen tutkimus on perinteisesti saanut voimakkaimmat vaikutteensa saksalaisesta tieteestä (vrt. edellä s. 111). *Takki* huomauttaa tämän johdosta (LM 1970 s. 942): »Oman maamme osalta tämän suuntaista kehitystä (so. tutkijoiden viehtymystä abstraktisiin käsiteläselvittelyihin ja rakennelmapunnintoihin) oli omiaan edistämään johtavien prosessualistien... tutkijanasenne.» — Tähän sisältyy paljon oikeaa. Vrt. kuitenkin *Halila*, LM 1971 s. 155. — Huomattakoon edelleen *Aarnion* kriittinen puheenvuoro LM 1971 s. 299 ss. Mainittu tutkija lausuu: »Prosessioikeudessa ts. synnytetään *tarpeettomia ongelmia* ja jätetään tästä johtuen sivuun tarpeellisia ongelmia, mistä puolestaan seuraa mm. haitallinen »teorian» ja »käytännön» ristiriita tai vähintään niiden toisistaan erkaneminen (s. 302) Ehkä se... osoittaa erään oikeuden alan, prosessioikeuden, jossa nykyaikaisilla teoreettisilla ajatusvälineillä voitaisiin osoittaa hyvin suuri osa perinteistä ongelmanasettelua *käytännön laintulokinnan kannalta tarpeettomaksi*.» (s. 308).

³⁷⁷ *Foregger*, Juristentag s. 127, mainitsee, että todistamiskieltojen laissa tapahtuvan säännöstämisen ei tarvitse aiheuttaa oikeustieteessä ja lainkäytössä huolta omalta ajattelulta säästymiseltä, sillä lain aukot muodostuvat itsestään.

painotettava, ettei normitus alun perinkään ole niin seikkaperäistä, etteikö saattaisi esiintyä myös ns. primäärisiä oikeusaukkoja. Säännöstämätön tilanne ei tällöin johdu olosuhteiden muutoksesta vaan lainsäätäjän on tarkoituksellisesti jättänyt määrätyn asiaryhmän lain ulkopuolelle.³⁷⁸

Selvää on, että säännöstämätön tilanne voi tulla kysymykseen vain äärimmäisenä poikkeuksena siitä säännöstä, että todistamiskiellon asettaminen tapahtuu (rikosprosessi-) lakiin tai tavanomaiseen oikeuteen sisältyvän oikeusohjeen perusteella.³⁷⁹ Ennen muuta persoonallisuuden oikeussuoja on tällöin se asiaryhmä, jonka piirissä voidaan odottaa syntyvän tilanteita, joissa vaatimus oikeushyvän suojaamisen riittävydestä on toteutettava perusoikeusnormien välittömällä todistamiskielloiksi muuntamisella. Käytännössä tämä merkitsee tuomarin suoritettavaa itse rajoitusta. Sillä jos oikeushyvän suoja on valtiosääntöoikeudellisesti tunnustettu, lainkäyttäjän ei voine jäädä odottamaan lainsäätäjän tekoja, vaan hänen on tehtävä tuo suoja tehoisaksi.³⁸⁰

Edellä nähdyn tavoin säännöstämätön tilanne voidaan ymmärtää (valtiosääntöoikeudellisesti varmennetun) totuudentutkimiskäskyn ja perusoikeusnormin kollisiona. Konkreettisesti tapauksessa tarjoavat ihmis-oikeuksia ja perusvapauksia koskeva v. 1950 Euroopan sopimus samoin kuin kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva v. 1966 yleissopimus täydentävän argumentaatiopohjan; myös eräillä yksilön suojaa tehostavilla rikoslain määräyksillä saattaa olla merkitystä. Viime kädessä tuomari joutuu johtamaan todistamiskiellon ihmisarvon käsitteestä. Erityisesti meidän oikeudessamme, jossa tuomioistuimet ovat yleensä soveltaneet perusoikeussäännöksiä vastahakoisesti,³⁸¹ normin puuttuminen merkitsee yksilölle oikeusvaaraa. Mikäli tutkimuksessa voidaan osoittaa ratkaisutilanteita, joissa perusoikeuksien suoja vaatii todistelutoimesta

³⁷⁸ Käsitteistä primäärinen ja sekundäärinen lain aukko ks. esim. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken s. 141 ss.

³⁷⁹ Milloin oikeusohje sisältyy tavanomaiseen oikeuteen, tuomioistuin soveltaa voimassa olevaa joskin kielellisesti formuloimatonta oikeutta; vrt. *Brusiin*, mt. s. 97.

³⁸⁰ Kuten tekstissä *Habscheid*, mt. s. 855 ss.; *Heinitz*, JR 1964 s. 442 s.; *Kern—Roxin* s. 117; *Kleinknecht* s. 1539; *sama*, Juristentag s. 115; *Löwe—Rosenberg (Schäfer)*, Strafprozessordnung s. 172 a.; *Sax*, JZ 1965 s. 5; *Schorn*, mt. s. 17 ss.; sekä etenkin *Klug* s. 40 s. — Oppi- ja aatehistoriallisessa suhteessa voitaneen *Belingiä* pitää puheenalaisen prosessiajatuksen ensimmäisenä esittäjänä; ks. »Beweisverbote» s. 37.

³⁸¹ *Kastari*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland s. 218 ss.

luopumista »valmiin» todistamiskiellon puuttumisesta huolimatta, asian-tila muodostaa lainsäätäjään kohdistuvan velvoitteen. Perustuu oikeusvarmuussyihin ja prosessitekniisiin välttämättömyyksiin, että todistamiskieltojen tulee olla selviä ja yksiselitteisiä.

4. Kokoavia huomautuksia

Säännönmukaisesti todistamiskieltojen asettaminen kuuluu lainsäätäjälle. Vain milloin kysymyksessä on varsinainen oikeusaukko voidaan puoltaa menettelytapaa, että tuomari yksilöi »uuden» ylälauseen. Tuomarioikeuden muodostumista sinänsä ei pidä vastustaa vain prosessiteoreettisen puhdasoppisuuden vuoksi; sillä kuten jo hyödyntämisongelman yhteydessä on nähty, »tuomari lainsäätäjänä» voi olla käyttökelpoinen ratkaisu normittomuuden tilaan. Tuomarioikeudella on prosessioikeuden alalla sitä paitsi jo perinteitä. Onhan esim. tapahtunut, että oikeuskäytäntö ennakoி vapaan todisteiden harkinnan aikana, jolloin lakisääntöinen todistusteoria vielä oli muodollisesti voimassa.³⁸²

Muutoin edellä suoritettu todistamiskieltojen oikeusperusteiden analyysi antaa aiheen voimakkaasti korostaa näille määräyksille kuuluvan tehtävän monisuuntaisuutta. Mainittu seikka tekee hyödyttömäksi sellaisen määritelmän antamisen, joka lausuu yleisessä muodossa mitä varten todistamiskiellot ovat olemassa. Määritelmä, jonka mukaan todistamiskiellot rajoittavat tuomioistuimen periaatteessa esteetöntä totuudentutkimistoimintaa, on synteessä liian ahdas. Se jättää ilmaisematta, että todistamiskiellot alun perin syntyivät luotettavuuskorotuksen vaatimuksesta ja että prosessin tarkoituksen edistäminen on säilyttänyt asemansa todistamiskieltoja kannattavana näkökohtana.³⁸³ Edellä on osoi-

³⁸² Tästä mainitsee jo *Wrede* s. 17. Ks. lisäksi HE 1945 N:o 137 s. 1; sekä *Makkonen* s. 196, johon tutkimukseen sisältyy merkittävässä määrin puhdasta prosessiteoriaa. Ks. tämän johdosta *Tirkkonen*, LM 1966 s. 125 ss.

³⁸³ Toisessa yhteydessä (II c 4) on suoritettu todistamiskieltojen jako »prosessuaalisiin» ja »aineellisiin». Edelliset palvelevat prosessitekniisiä näkökohtia, viime kädessä totuuden selvittämistä, jälkimmäisillä on prosessin tuolle puolen yltävä yhteiskunnallinen etäisfunktio. Mutta kuten tässä luvussa on osoittautunut (ks. esim. III 1 bf av 202 edellä), »aineellisillakin» todistamiskielloilla saattaa olla totuuden selvittämistä edistävä *tosiasiallinen* funktio. Pidettäessä silmällä todista-

tettu, että erään normijoukon kohdalla mainittu oikeusajatus — todistelun luotettavuuden edistäminen — painottuu muita näkökohtia voimakkaammin. Siirryttäessä muiden perusteiden varassa muodostettuihin kategorioihin mainittu aspekti jää taka-alalle. Tällöinkin luotettavuuskorotuksella saattaa olla todistamiskieltoa kumulatiivisesti kannattava tehtävä. Riidattomimmin sanottu soveltuu todistajan vaitiolo-oikeuteen; *Niese* suorastaan katsoo, että kaikkien kieltäytymisnormien yhteisenä perusteena on todistelun luotettavuuden edistäminen.³⁸⁴ Joka tapauksessa on ilmeistä, että todistamiskieltojen poikkeusluonne on vain relatiivinen.

Pidettäessä silmällä todistamiskieltoja kannattavia aineellisia oikeushyviä, tärkeimmäksi osoittautuu persoonallisuuden oikeussuoja. Systemaattisin keinoin so. eriytyneiden normiluokkien muodostamisella tämän oikeusajatuksen koko kantavuutta ei saada esille. Asianlaita on nimittäin se, että persoonallisuuden oikeussuoja muodostaa läpitunkevan kudoksen näennäisesti aivan toisenlaatuisten näkökohtien perusteella muodostetuissa oikeushyvänimikkeissä. Jo todistelun välittömyys palvelee puheenalaista suojeluajatusta. Todistamiskielto, jotka antavat suojaa ammattisalaisuuksien tärkeälle intressiluokalle, koituvat aina myös yksilön persoonallisuus-oikeuksien hyväksi. *Nemo tenetur se ipsum accusare*

jan vaitiolo-oikeutta (OK 17:20 ja 24,1:n 1. virke) seuraava kysymys on merkitykseltään keskeinen: Onko lainsäätäjän tarkoituksena ollut yksinomaan suojella todistajaa siten että todistelun luotettavuuden edistäminen on otettu lukuun enintään primääritavoitteen mahdollisena seurausvaikutuksena? Tässä tutkimuksessa kysymykseen on vastattu myönteisesti; ks. tämän johdosta III 1 bf 4 av 233 edellä ja sanottu alaviite. Näin myös Saksan oikeuden kannalta BGHSt. 4, 57 (21. 1. 1958); ja kirjallisuudessa *Beling* s. 12 s. ja 15 s.; *Schütz*, mt. s. 69. Toisin *Eb. Schmidt*, JZ 1958 s. 600: Lakisääntöisen todistusteorian poistamisen jälkeen lainsäätäjä on luonut todistelusääntöjen tilalle uusia juridisia muotoja, joilla tavoitellaan täsmälleen samaa päämäärää kuin jo kadonneilla määräyksillä: estetään tuomaria »ammentamasta sameasta lähteestä». — Joka tapauksessa voidaan osoittaa oikeusjärjestys, jossa todistelun sallittavuutta koskevilla oikeuslauseilla on johdonmukaisesti tavoitteena todistelun luotettavuuden edistäminen: Yhdysvaltain oikeus. Oikeusvertailevissa tutkimuksissa on erityisesti korostettu tämän oikeuspiirin *admissibility* - kysymystä säännöstävien todistus-oikeuslauseiden rakentumista toiselle periaatteelle kuin Saksan oikeuden todistamiskieltojen. Ks. tämän johdosta *Sendler* s. 49 s. *Sendlerin* v. 1956 julkaistun teoksen johdosta on kuitenkin huomattava, että siinä ei ole voitu ottaa huomioon uusimman praksiksen kehittämiä ns. moderneja todistamiskieltoja.

³⁸⁴ JZ 1953 s. 223.

näkökohta on yksin tutkimuksellisista syistä absolutisoitu itsenäiseksi suojeluajatuksiksi; asiallisesti on kysymys yksilön suojasta. Oikeasuhtaisuusperiaate selittyy perusoikeuksien edellyttämänä ajatusvälttämättömyytensä. Se liittyy persoonallisuuden oikeussuojaan täydentävänä aspektina siksi läheisesti, että tieteessä välttämättömän disjunktion selitysarvo on vähäinen.

Toisin kuin eräissä ulkomaisissa esityksissä tässä tutkimuksessa on lähdetty siitä, että todistamiskielloilla ei ole erityistä *preventiivifunktiota*. Tämä tehtävä kuuluu, kuten toisaalla on todettu, todisteiden hyödyntämiskielloille, mutta *Suomen* oikeudessa ei edes niille.³⁸⁵ Käytetyn käsitteistön kannalta on harhaan johtavaa tarkastella normia ja oikeusseuraamusta näkökulmasta, joka liittyy vain tarkasteltavan kokonaisuuden erääseen osaan so. oikeusseuraamukseen. Jos sanotaan, että todistamiskiellon asettamisella pyritään siihen, että määrättyjä todistuskeinoja tahi todistelumetodeja ei vastaisuudessa enää käytetä, koska syytteenpanoviranomainen tietää tämän hyödyttömäksi — tuomioistuin torjuu todisteen —, niin tällöin edellytetään jo jotakin oikeusseuraamuksista. Käsitteellisesti erillään pidettävät elementit näyttäytyvät ykseytenä.³⁸⁶ Mainittakoon, että *Itävallan* oikeuden kannalta on puheenalaista termiä käytetty täysin erilaisessa merkityksessä: muutoksenhakutuomioistuimen toimenpiteiden vaikutuksen kuvaajana. On pidetty mahdollisena, että muutoksenhakutuomioistuimen tulee puuttua vakavimpiin todistamiskieltojen rikkomisiin, vaikkakaan tapahtuneesta virheestä ei olisi yksittäistapauksessa koitunut asianosaisille haitallisia vaikutuksia — siinä todistamiskieltojen ehkäisevä tehtävä.^{386a} Käsitteellisesti mainittu tehtävä ei nytkään lukeudu todistamiskieltoja todisteiden esittämiskieltoina kannattavaksi oikeusajatuksiksi; merkityssisältö on annettu (oletetun) oikeusseuraamuksen perusteella.

Todistamiskieollot siis palvelevat osaksi prosessiteknisiä, osaksi taas tiettyjä ulkoprosessuaalisia yhteiskuntaintressejä. Muodollisena oikeuslähteenä on yleensä ja yksinomaisesti rikosprosessilaki; säännöstämättö-

³⁸⁵ Ks. tämän johdosta I 1 e 2 av 114 edellä.

³⁸⁶ Vrt. *Andenaes* s. 26; sekä etenkin *Jescheck* s. 19 s. — Kun *Mueller*, s. 41, puhuu amerikkalaisen rikosprosessin ns. moderneille todistamiskielloille kuuluvasta preventiivifunktiosta, tätä ei ilman muuta sovi kritikoida epätasällisenä kielenkäyttönä. Eiväthän amerikkalaiset ole kehittäneet erityistä tieteellistä luokittelua palvelevaa terminologiaa; *Honig* s. 5.

^{386a} *Foregger*, *Juristentag* s. 128.

mien tilanteiden mahdollisuutta ei silti voida tyystin torjua. Nyt sanottu merkitsee periaatteellista kannanottoa sen mahdollisuuden puolesta, että todistamiskiellot saattavat perustua kirjoittamattomiin oikeusperiaatteisiin. Kirjoittamattomat (yleiset) oikeusperiaatteet täyttävät oikeusaukoja; ne tekevät järjestelmästä suljetun. Rakenteeltaan ne eivät poikkea kielellisesti formuloidun oikeuden ilmaisemista normeista.³⁸⁷

Välittömästi aineellisesta rikosoikeudesta johdettavia todistamiskielloja ei oikeutemme näytä sisältyvän. RL 27:5,2 tosin edellyttää, että oikeusvoimaisesti ratkaistulla esikysymyksellä on uudessa oikeudenkäynnissä todistamiskiellon perustava vaikutus. Mutta todistamiskiello on kyllä nytkin prosessioikeudellinen; tunnetusti on niin, että oikeusnormin luonnetta ei määrää sen lakisystemaattinen sijainti.³⁸⁸

Elementaariset todistamiskiellot eivät tarvitse tuekseen lakia eivätkä edes perustuslakia muodollisena oikeuslähteenä; todistelumetodit, jotka alentavat rikoksesta epäillyn tahdottomaksi tutkintaobjektiksi ja loukkaavat hänen ihmisarvoaan sen ydinpiirissä, on tavanomaisen oikeuden nojalla kielletty siitä riippumatta, että positiivinen oikeutemme on tältä osin vaillinainen. Kielto merkitsee rikosoikeudenhoidon orgaanin käyttäytymisvelvollisuutta eli viime kädessä normiadressaattina olemista.

Tosiasia, että on olemassa kielellisesti formuloimattomia todistamiskielloja, pakottaa tarkastelemaan todistamiskielloille asetettavia kvaliteettivaatimuksia uudessa valossa. *Sarstedtin* teesi, jonka mukaan todistamiskiellojen tulee olla selviä ja yksinkertaisia, osoittautuu liian optimistiseksi. Oikeuden aate modifioi oikeusvarmuuden vaatimusta. Etenkin jos asianomainen periaate on valtiosääntöoikeudellisesti tunnustettu, kuten keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuuden punninta,³⁸⁹ lainkäyttö ei voi jäädä odottamaan lainsäätäjän tekoja vaan sen on tuo periaate yksinkertaisesti toteutettava. Prosessioikeuden normien tulee tosin olla selviä

³⁸⁷ Tekstissä lausuttu perustuu lähinnä *Makkosen* puheenalaista kysymystä valaiseviin esityksiin; ks. »Zur Problematik etc.» s. 10, 157 ss., 163 s., 168, 176, 180 s. ja 183 ss. Ks. lisäksi esim. *Alanen*, Yleinen oikeustiede s. 6; *Brusiin*, mt. s. 6, 159 s., 162 ja 165.

³⁸⁸ Ks. esim. *Tirkkonen*, Rp I s. 9; *Wrede* s. 194 s.; *Hurwitz—Gomard*, Tvistemaal s. 17; *Henckel*, mt. s. 10; *Schönke—Schröder—Niese*, Zivilprozessrecht s. 11 s.

³⁸⁹ Oikeasuhtaisuusperiaatetta ei tietenkään ole expressis verbis lausuttu perustuslaissamme. Tämän periaatteen perustuslailliset kytkennät saadaan esille vasta oikeuden, tässä tapauksessa perusoikeuksien, logiikan avulla: vaatimus keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuudesta on perusoikeuksien (ja syyttömyys-olettaman) implikoima. Vrt. *Peters* s. 141; *Rupp* s. 206.

ja yksiselitteisiä, koska prosessi on olemassa aineellisen oikeuden vuoksi. Prosessioikeudellisten ja aineellisoikeudellisten kysymysten välinen arvojärjestys ei kuitenkaan ole niin kaavamainen, että aineellisessa oikeuskysymyksessä ruumiillistuvat intressit edustaisivat yhteiskunnallisesti tärkeämpiä arvoja kuin prosessioikeudellisella normilla suojattavat oikeushyvät. Juuri todistamiskieltojen yhteydessä totunnainen asetelma useinkin kaatuu.³⁹⁰ Oikeusjärjestyksen mainittuun arvojärjestykseen omaksuma kanta on aivan selvä; tähän arvoratkaisuun juuri perustuu tutkimuksessa käytetty käsite absoluuttiset todistamiskielto. Selvää on, että myös mainitun luokan ulkopuolelle jäävät todistamiskielto turvaavat intressejä, joiden rinnalla totuudentutkimisintressi saattaa yksittäistapauksessa osoittautua kevyemmäksi. Todistamiskieltojen yhtenä tehtävänä onkin vähentää nykyaikaiselle yhteiskunnalle ominaisen ylinormituksen haittoja.³⁹¹ Edellä systematisoitujen oikeusperustetyyppien ohella ansaitseekin huomiota seuraava näkökohta: Todistamiskielto ovat prosessioikeudellinen keino lieventää rikostunnusmerkistöjen alituisen lisääntymisen aiheuttamia ongelmia; niissä näyttäytyy rikosoikeuden rikosprosessioikeutta muotoava vaikutus.³⁹²

Edellä esitetyn mukaisesti todistamiskieltojen rikkomisella aiheutettava oikeushyvän loukkaus saattaa olla oikeusjärjestykselle paljon haitallisempi kuin se primääri aineellisen oikeushyvän loukkaus, joka on prosessin kohteena. Todistamiskieltoilla on siten prosessioikeudellisten nor-

³⁹⁰ Ajateltakoon esim. tapausta, jossa rikosprosessin kohteena on RL 29:1,1:n mukainen kavaltaminen. Teosta säädetty rangaistusmaksimi on kaksi vuotta vankeutta. Syytetty tekee väitteen, että häntä on esitutkinnan yhteydessä kidutettu tunnustuksen saamiseksi. Teosta RL 25:11:ssä säädetty rangaistusmaksimi on neljä vuotta vapausrangaistusta. Vrt. nyt sanotun johdosta yleisemmin R. Ellilä s. 179.

³⁹¹ Viitatus esiprosessuaalisen näkökohdan johdosta vrt. esim. *Wrede* (*Anttila*), Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys (Porvoo 1970) s. 386 s.; sekä erit. *Ekelöf* V s. 105: »Problemet har blivit allvarligare under innevarande sekel på grund av den enorma ansvällningen av specialstraffrätten. För människor, som på det hela taget leva laglydigt, har risken att begå förseelser blivit långt större än förr.»

³⁹² Näin *Sarstedt* s. 9 ja 12; *Diemer—Nicolaus*, Juristentag s. 120; *Dünnebie*, ibid. s. 125; *Häussling* s. 28 s.; *Klug* s. 40. Toisin *Heinitz*, Juristentag s. 135; sekä etenkin *Maguire* s. 102: Nykyoloissa, jolloin rikoslaki on joustava ja seuraamusjärjestelmä entistä monipuolisempi ja lievempi, ei syyttäjän toiminnalle pidä asettaa enää prosessuaalisia esteitä. Vrt. myös esitystä III 1 bh 2 av 290 edellä.

mien joukossa erityisen tärkeä suojelutehtävä. Tämä seikka sijoittaa ne eri tasolle kuin todistusoikeudelliset muotomääräykset, kuten toisaalla on todettu. Vastaavasti niiden soveltaminen edellyttää lainkäyttäjältä perinpohjaisuutta ja tunnollisuutta tarvittaessa jopa aineelliseen oikeuskysymykseen käytettävän ajan ja työmäärän kustannuksella.³⁹³ Ihanne-tila olisi tietenkin sellainen, että tuomari voi harkinnassaan nojautua kiinteisiin, laissa ilmaistuihin normeihin. Mutta säännöstekstejä laadittaessa joudutaan välttämättä käyttämään termejä, jotka ilmaisevat arvokäsitteitä. Antaessaan merkityssisällön näille termeille lainkäyttäjät tekee arvovatkaisun. Arvopremissien asettaminen on harkinnanvarainen normatiivinen ongelma eikä tee ratkaisusta sidottua. Havaitaan siis, että ylimenno säännöstetystä tilanteesta säännöstämättömään on liukuva; *Hartin* hengessä harjoitettava normiskeptisismi on tässä kohden paikallaan.³⁹⁴

³⁹³ Erityisesti amerikkalaisten juristien suosimalla iskulauseella: »trials are no place for waste», on siten puolellaan vain suhteellinen oikeellisuus. — Tekstissä esitetty vaatimus merkitsee, lapidaarisesti ilmaisten, oikeudenkäynnin hidastamista. Asiaan ei vaikuta, että hidastelu itsessään vaarantaa totuuden selvittämistä; vrt. *Schönke—Schröder—Niese*, Zivilprozessrecht s. 50. Sillä tutkimuksessa »aineelliseksi» todistamiskielloiksi nimitetyt oikeudenkäynti-ilmiöt eivät ole muuta kuin aineellista oikeutta, materiaalisia yhteiskuntaintressejä prosessuaalisissa muodoissa. Onhan todettu (av 390) että esim. syytetyn väite esitutkijan häneen kohdistamasta kidutuksesta saattaa olla oikeudellisesti drastisempi kuin pääasiaa koskeva syytevaatimus.

³⁹⁴ Kuten tekstissä *Seidel*, Juristentag s. 108, joka kyllä myöntää seikka-peräisen säännöstyksen tarpeellisuuden mutta samalla käytännön rikostuomarina epäilee lainmääräysten mahdollisuuksia. Ks. lisäksi *Krähenbühl*, mt. s. 33: »...diese »festen Normen« müssen Begriffe verwenden, deren Anwendung auf einen vorliegenden Fall ... Sache der Abwägung...wäre ...» — Tekstissä viitastusta kysymyksestä — sääntöskeptisismistä — ks. lähemmin *Hart*, The Concept of Law s. 121 ss. ja 132 ss. (»rule-scepticism»); *Aarnio*, Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 184 ss. Valaiseva on lisäksi seuraava lainaus, jossa *Rupp*, NJW 1973 s. 1774, kuvaa tuomarin sidottuisuutta lakiin: »Kein Gesetz kann den Ehrgeiz haben, einen Kanon antizipierter Einzelfallrezepte zu geben.»

IV LUKU

TODISTAMISKIELTOJEN ADRESSAATIT

a) Rikosoikeudenhoidon organit

Rikosprosessuaaliset todistamiskiellot ovat rikosasiainoikeudenkäynnin todisteluvaihetta ohjaavia menettelymääräyksiä. Ne säännöstävät käytännössä todistelutoiminnassa tapahtuvaa todisteiden esittämistä. Tutkimuksessa on todettu, että todistamiskielto estää syytteeseenpanoviranomaista selvittämästä määrättyä asiantilaa tai tapahtumainkulkua, käyttämästä määrättyä todistuskeinoa tahi turvautumasta määrättyyn todistelumetodiin. Jokaisella todistamiskiellolla on adressaatti. Esityksestä on epäsuorasti käynyt ilmi, että nimenomaan syytteeseenpanoviranomaiset ovat rikosprosessuaalisten todistamiskiellojen adressaatteja. Syytteeseenpanoviranomaisiin taas on luettava (nyt tutkittavassa suhteessa) kaikki prosessitapahtuman puitteissa totuuden tutkimiseen määrätty viranomaiset: poliisi, virallinen syyttäjä ja tuomioistuimen jäsenet.¹

Sellainen prosessioikeustila, jossa normiadressaatteja ovat vain prosessilaissa nimetyt viranomaiset, on tietenkin yksiselitteisen selkeä.² Ajustuskuviona se on helppo niveltää prosessioikeuden järjestelmän kokonaiskuvaan ilman että tarvitsee luopua koko prosessioikeutta määräävästä

¹ Näin määriteltynä termi »syytteeseenpanoviranomainen» saa merkityspiirin, joka on mahdollisimman laaja. Ns. stipulatiiviselle määritelmälle (tästä: *Black, Critical Thinking* s. 108 s.) ominaisesti definitio ei tällöin voi olla oikea tai väärä vaan enintään onnistunut tai epäonnistunut. Ilmoitetussa merkityksessä po. termiä käytti jo *Beling*; ks. »Beweisverbote» s. 30. Myöhempi tutkimus on vakiinnuttanut termin; siten esim. *Peters*, s. 94 ja 161, sekä häneen liittyen *Kohlhaas*, s. 288, antavat »syytteeseenpanoviranomaiselle» (Strafverfolgungsbehörde) nyt puheena olevan kysymysryhmän yhteydessä tekstissä ilmaistun merkityssisällön. Näin myös *Maetzel*, DVBl 1966 s. 666: »Syytteeseenpanoviranomaisiin, jotka ovat rikosprosessuaalisten todistamiskiellojen adressaatteja, eivät kuulu vain syyttäjäorganit vaan myös tuomioistuimet.»

² Vrt. *Klug* s. 47.

predikaatista »muodollinen».^{2a} Ajatuskoe, jossa prosessioikeuden normeja ryhdytään purkamaan instituutio instituutiolta, tuottaisi epäilemättä tulokseksi, että subjektiivisessa eli henkilöllisessä suhteessa menettelyoikeus yleensä kohdistuu tuomiovaltaa käyttäviin valtion orgaaneihin ja vain näihin. Prosessi on juristeja varten.³ Vain prosessilain perustamilla valtuuksilla varustetut henkilöt voivat suorittaa toimia, joihin oikeusjärjestys liittää prosessin vireille saattavan, prosessia eteenpäin vievän ja prosessin päättävän vaikutuksen.

Toisaalta tutkimuksesta on ilmennyt, että erityisesti todistamiskiellot ovat jotakin muuta kuin pelkkää prosessitekniiikkaa. Niiden tehtävä ei tyhjenny muodonantoon, todistelutapahtuman järkiperaistamiseen. Suoritettu oikeusperusteiden analysointi on päin vastoin osoittanut, että suuri osa todistamiskielloista omaa vireillä olevan prosessin tuolle puolen yltävän etäisfunktion. Tutkimuksessa muodostettu antiteettinen käsitepari: todistamiskiellot — todistusoikeudelliset muotomääräykset, perustuu juuri mainittuun eroavuuteen normitarkoituksessa.⁴ Nyt sanotusta ei sinänsä voida dedusoida päätelmää, joka kumoaisi oletuksen rikosoikeudenhoidon orgaaneista todistamiskiellojen yksinomaisina adressaatteina. Mutta

^{2a} Niese, JZ 1953 s. 219, lausuu puheenalaisessa suhteessa yleisesti: 'Prosessioikeudessa on usein tietty jännitys toisaalta (valtio-oikeudellisesti aineellista oikeusarvoa edustavan) »Justizförmigkeit» -piirteen ja toisaalta niiden muodollisuuksien välillä, jotka monesti aiheuttavat prosessioikeudelle moitteen kaavamaisuudesta. »Justizförmigkeit» palvelee toisaalta totuuden löytämistä, toisaalta prosessisubjektien oikeusvaltiollista suojaamista.' Samoin Schönke—Schröder—Niese, Zivilprozessrecht s. 12 s.: 'Tämän menettelyn erityinen tunnusmerkki on ankara »Justizförmigkeit» (Eb. Schmidt); prosessioikeus asettaa kaikkialla muodon asian edelle.' Näin myös Schurter, Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprozessordnung s. 5. Osaksi toisin Arndt, NJW 1961 s. 1734; Henkel, Strafverfahrensrecht (1. painos) s. 103 (vrt. 2. p. s. 91); Sauer s. 67. Tämän näkemyksen kritiikistä ks. lisäksi T. Ellilä, Sivullissuoja s. 100; sama, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 4. Kuten tekstissä sitä vastoin Tirkkonen, Rp I s. 8.

³ Onko prosessi kansanomaista? Tirkkonen, Sp II s. 42 av 14 a, sanoo tästä T. Ellilän useissa kohdin (ks. »Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano» s. 4 ja 212; 2. painos s. 243) korostamasta näkökohdasta: »... en antaisi prosessin kansanomaisuudelle ... suurta merkitystä yksityisiä säännöksiä tulkittaessa. Tämän, sellaiseen varsin epämääräisen näkökohdan ... korostaminen johtaa näet helposti erilaisiin tulkintatuloksiin...» Tähän on yhdyttävä; vrt. esitystä tekstissä. Ks. myös Sauer s. 93 s.: Uudistus, joka pyrkii kansanomaiseen prosessiin, ei täytä tehtäväänsä.

⁴ Ks. tämän johdosta edellä II b 1.

se antaa aiheen tutkia omaksutun työhypoteesin kestävyyttä periaatteessa uudella tavalla asetetun kysymyksen avulla.

b) Asiantuntija

Tutkimuksessa on lähdetty siitä postulaatista, että todistamiskieltojen normiadressaateina ovat periaatteessa vain poliisi, virallinen syyttäjä ja tuomari. Heidän veroisenaan on pidettävä asiantuntijaa, johon siis todistamiskielto subjektiivisessa eli henkilöllisessä suhteessa niin ikään kohdistuvat.⁵ Asiantuntija on tuomarin ja varsinaisten syytteenpanoviranomaisten: poliisin ja virallisen syyttäjän, avustaja.⁶ Hänen toimeksiantajanaan on rikostuomari tai esitutkintaviranomainen. Erotukseksi

⁵ Kuten tekstissä BGHSt. 11,211; ja Saksan tieteisopissa *Hermes*, Der § 136 a Strafprozessordnung etc. s. 24; KMR § 136 a rn 7; *Kohlhaas* s. 288 verr. s. 291; *Nüse* s. 283; *Peters* s. 161; *sama*, Lehrbuch s. 311. Tämä lienee tulkittava myös *Seilerin*, JBl 1974 s. 58, Itävallan oikeuden kannalta esittämäksi mielipiteeksi. Ks. lisäksi *Nuvolone* s. 77.

On merkille pantavaa, että tärkeää kysymystä todistamiskieltojen adressaateista ei ole Pohjoismaissa systemaattisesti käsitelty. Tutkimuksessa on tältä osin käytetty lähdeaineistona lähinnä alan saksalaisia esityksiä.

⁶ *Schurter*, mt. s. 123 ss., on esittänyt mielipiteen, jonka mukaan asiantuntijat eivät ole todistuskeinoja vaan pelkästään tuomarin avustajia. Näin myös *Heusler*, Die Grundlagen des Beweisrechts s. 243 ss. *Wrede* (s. 228) puolestaan edellyttää, että määrätyin ehdoin toimiva asiantuntija on ainoastaan tuomarin avustaja eikä todistuskeino, nimittäin silloin kun hän rajoittuu antamaan abstraktisessa muodossa tietoja kysymykseen tulevan kokemussäännön sisällyksestä. Käsityksen, että asiantuntijat eivät koskaan käy todistuskeinosta vaan ovat aina tuomarin avustajia, *Wrede* torjuu viittaamalla siihen, että tuomarin omakin toiminta voi sisältää todistelua; näin katselmuksessa. Aiheellisesti mainittu tutkija huomauttaa myös siitä, että 1734 vuoden laki käsitteli asiantuntijoita alun perin todistajina; ks. *Wrede* s. 228 verr. s. 226. Ks. lisäksi *sama*, Finlands gällande civilprocessrätt II s. 201; ja toisaalta *Tirkkonen* s. 199; *sama*, Rp II s. 306 s.; *Hassler*, Bevisrätten s. 75; *Kallenberg* II s. 1117. Instituution yleisestä oikeushistoriallisesta kehityksestä ks. *Glaser*, Beweis s. 382 ss.

Kysymyksenasettelu onko asiantuntija todistuskeino vai pelkästään tuomarin avustaja, ei ole onnistunut. Oikeudenkäymiskaaren käyttämässä systematiikassa asiantuntijat muodostavat instituution tasolla itsenäisen todistuskeinon. Mutta olipa kysymys ns. julkisesta asiantuntijasta (OK 17:44) tai yksityisen kutsumasta (OK 17:55), aina hänen toimintansa on tosiasiallisesti mutta myös juridis-käsitteellisesti tuomitsevan oikeuden avustamista. Asiantuntijat ovat *judices facti*.

yksityisen asianosaisen aloitteesta esiintyvään asiantuntijaan viranomaisen toimeksiantoa täyttävä asiantuntija on virkamies.⁷ Kerätessään lausuntoja edellyttämää aineistoa hän useinkin saa itsenäisesti tietoonsa relevantteja tosiasioita, jotka vasta hänen välityksellään joutuvat oikeudenkäyntiaineistoon. Jos hän kuulustelee rikoksesta epäiltyä tai muita henkilöitä, hän on samojen kuulusteluperiaatteiden sitoma kuin esitutkintaviranomaiset.⁸ Tarvittaessa hän on esim. velvollinen informoimaan kuulusteltavaa vaitiolo-oikeudesta. *Olivecrona* huomauttaa siitä seikasta, että oikeudenkäymiskaaressa aineellisoikeudellisen vaitiolovelvollisuu-

Näin jo *Lindblad*, *Läran om bevisning* s. 226; *v. Schrutka—Rechtenstamm*, *Zeugnispflicht und Zeugniszwang* s. 23. Ks. lisäksi *Granfelt*, *Processledning* s. 117 ss.; *Ekelöf* IV s. 176 (kuten tekstissä); *Elwing*, *Bevisning genom vittnen och sakkunniga* s. 162 ss.; *Andenaes*, *Straffeprocessen* s. 210; *Gomard—Hansen—Hurwitz*, *Kommenteret Retsplejelov I* s. 191 (»en blanding af et bevismiddel og en sagkundig bistand for retten»); *Alsberg—Nüse* s. 41 (»asiantuntija on eräässä mielessä tuomarin avustaja»); *Kohlhaas* s. 291 (kuten tekstissä); *Sauer* s. 168 s. ja 183; *Scönke—Schröder—Niese*, *Zivilprozessrecht* s. 296 (»a. ei oikeastaan ole todistuskeino teknisessä merkityksessä vaan tuomarin avustaja»); *Ziegler* s. 110 av 414 (»a. ei ole syytteenpanoviranomaisen avustaja»); *Roeder* s. 149 (»ei vain henkilöllinen todistuskeino vaan samalla tuomarin avustaja», toisin l.p. s. 146). — Erityisesti ns. oikeustieteellisestä asiantuntijasta ks. *Makkonen* s. 219.

Onko asiantuntija todistuskeino vai tuomarin avustaja, on tarpeeton kysymys. *Todelliset* ongelmat liittyvät siihen seikkaan, että asiantuntijatodistelun merkitys on alati kasvamassa (näin jo *Wrede* s. 234). Teknis-luonnontieteellinen edistys tuottaa kiihtyvässä tempossa kojeita ja laitteita, joiden rikostutkinnallinen hyödyntäminen onnistuu vain alan specialistilta. Näin todistelu joutuu usein ratkaisevasti asiantuntijoiden käsiin. Tämä ei vain rajoita todistusharkinnan vapautta vaan voi jopa riistää koko todistusharkinnan tuomarilta. Ks. tämän johdosta *Fasching*, *ÖJZ* 1966 s. 432; *Tröndle*, *JZ* 1969 s. 378; *Bolding*, *Psychologutlåtandets inflytande på domen* s. 280 s.; ja erit. *Peters*, *Strafprozesslehre* etc. s. 891; *sama*, *ZStW* 1975 s. 669: Todistusharkinnan siirtyminen tuomarilta asiantuntijalle merkitsee kiellettyä roolinmuuntelua. — Toisaalta on korostettava, että »jos sovellettava kokemussääntö ei kuulu tavallisen yleissivistyksen piiriin, on *asianmukaista* (kursiv. tässä) että tuomioistuin turvautuu asiantuntijaan» (*Tirkkonen* s. 198). Oikeimmiten on puhuttava tuomaria velvoittavasta *todistamissäännöstä* totuudentutkimiskäskyn implikaationa; ks. *Spendel*, *JuS* 1964 s. 473; *Andenaes*, mt. s. 163; epäselvästi *KMR* § 261 rn 2 c).

⁷ Vrt. *Grottenfelt*, *Kommentar till strafflagen* s. 51 ss.; *Honkasalo*, *Suomen rikosoikeus*. Erityinen osa III s. 235 s.; *Beckman* ym., *Brottsbalken* III s. 414 ss.; *Haftner*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. II § 130/II; *Schönke—Schröder*, *Strafgesetzbuch* § 359 rn 6. Varauksellisesti *Jessnitzer*, *Der gerichtliche Sachverständige* s. 296 s. Vrt. myös *Heuman—Lassen*, *Brottets beivrande* s. 12.

den korrelaattina esiintyvä kyselykielto ei kohdistu vain tuomioistuimeen vaan myös niihin, jotka oikeudenkäynnin aikana esittävät tuomioistui-
men luvalla kysymyksiä.⁹

Nyt mainittu ajatus voidaan yleistää. Olkoonpa, että todistamiskiellot kohdistuvat periaatteessa vain syytteenpanoviranomaisiin, tämä tosi-
asia ei alun perinkään oikeuta sellaista johtopäätöstä, että kaikki se, jon-
ka hankkiminen poliisin toimesta on kiellonvastaista, käy hyödynnettä-
väksi, kun yksityinen taho on sen oikeudenvastaisesti hankkinut ja sitten
toimittanut poliisille. Niihin vaaroihin, jotka syntyvät siitä, että tällä
tavoin on mahdollista löytää *näennäisesti* itsenäisiä todistusperustoja, on
Sendler aiheellisesti viitannut.¹⁰ Tämä mahdollisuus nimittäin houkut-
telee asettumaan varhaisvaiheessa todistamiskieltojen yläpuolelle, jotta
myöhäisvaihetta varten jotakin löydettäisiin. Näin ollen vain sellainen
sääntö on perusteltu, että kaikki mikä tapahtuu syytteenpanoviran-
omaisen nimessä ja toimeksiannosta, on kirjattava syytteenpanoviran-
omaisen vastuulle.¹¹

c) *Myös yksityishenkilöt normiadressaatteja?*

1. Kohdistuvatko todistamiskiellot vain syytteenpano- ja tuomitse-
viin viranomaisiin vai täytyykö todistamiskiellot tehdä tehokkaiksi sil-
loinkin, kun tunnusmerkistön mukaisen virheen on toteuttanut yksityis-
henkilö?

Rikosprosessi alkaa teon ilmitulosta ja päättyy tekoa ja tekijää kos-
kevaan ratkaisuun. Rikosprosessi lähtee liikkeelle yksityisen tahdosta
riippumatta. Tämän mukaisesti rikosprosessissa on vallalla ns. virallis-
periaate: oikeussuojaa annetaan valtiovallan orgaanien aloitteesta, jotka

⁸ Asiallisesti samoin *Katila*, Kriminaalitaktiikka s. 249; *Nordenson*, Psyko-
logen inför rätta s. 135. Toisin *T. Ellilä*, Zeugenverhör s. 215. Vrt. lisäksi *R.*
Ellilä s. 254; *Leche—Hagelberg*, Kuulustelut rikosasioissa s. 34 s.; *Olivecrona*
s. 196; *Munch—Petersen*, Den Danske Retspleje I s. 238; *Löwe—Rosenberg*, Straf-
prozessordnung § 136 a Anm. 2.

⁹ *Olivecrona* s. 103.

¹⁰ *Sendler* s. 44 ss. ja 58.

¹¹ Kuten tekstissä *Kohlhaas* s. 288; *Peters* s. 162; *Petry*, Beweisverbote im
Strafprozess s. 82; *Seiler*, l.c. *ibid*.

myös määräävät, missä laajuudessa oikeussuojaa annetaan ja mitä oikeussuojan muotoa yksittäistapauksessa käytetään.¹²

Rikosprosessin kannattajana, vaikuttajana ja keskipisteenä on ihminen.¹³ Ontologisessa suhteessa rikosprosessi on sarja (tahallisia) inhimillisiä tekoja.¹⁴ Normeihin suhteutetulla tarkastelutasolla rikosprosessi muodostuu prosessitoimista, joita suorittavat siihen eri rooleissa osallistuvat henkilöt. Prosessitapahtumaa sääntelevät normit määräävät kukin rooliin liittyvät tehtävät: toimimisvälttämättömyydet tai pelkät toimimismahdollisuudet. Oikeussäännösten tehtävänä on antaa prosessin empirialle järjestystä ja selvyttä. Näiden prosessitapahtumaa ohjaavien normien olemassaolo on oikeudenkäynnin välttämätön käsitettynä tunnusmerkki: prosessi on nimenomaan lailla järjestettyä menettelyä, jolla valtio antaa oikeussuojaa ja harjoittaa tuomitsemistoimintaa. Prosessi saattaa siten syntyä, edetä ja päättyä vain rikosprosessilain tarkoin rajaa-massa tilassa.¹⁵

Rikosprosessi voidaan jakaa eri menettelyjaksoihin. Tärkein menet-

¹² Virallis- eli offisiaaliperiaate kuuluu rikosprosessioikeuden johtaviin periaatteisiin ja sellaisena tämän oikeudenalan alkeisiin. Kirjallisuuden osalta viitattakoon lähinnä *Tirkkosen*, Rp I s. 83 s., esitykseen. Ks. myös *Dillén*, *Föreläsningar i straffprocessrätt* s. 26 ss.

¹³ Vrt. *Aalto* s. 44.

¹⁴ Siten esim. tuomitsemispäätös on, kuten *Ojanen* (LM 1970 s. 1087) huomauttaa, muuan tahallisen teon muoto.

¹⁵ Tekstissä sanotun johdosta viitattakoon lähinnä *Petersin* kirjoitukseen »Rikosprosessin koko kuva» (suomennos); LM 1968 s. 668 ss.

Syntyykö asianosaisille (ja tuomioistuimelle) oikeudenkäynnin aloittamisen vaikutuksesta prosessuaalista laatua olevia oikeuksia ja velvollisuuksia? Tekstissä lausuttu on saanut vaikutteita siitä alun perin *Goldschmidtin* (»Der Prozess als Rechtslage» s. 76 ss.) esittämästä näkemyksestä, jonka mukaan on olemassa vain toimimismahdollisuuksia ja -välttämättömyyksiä sen sijaan että voitaisiin ylläpitää käsitystä prosessuaalisista oikeuksista ja velvollisuuksista. Näin sittemmin myös *Niese*, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen* s. 57 ss. ja *Eb. Schmidt*, *Lehrkommentar I.2.* s. 66 ss.; ks. myös *sama*, *ZStW* 1975 s. 1 s. Kysymyksen kokoavan tarkastelun on meidän rikosprosessioikeutemme kannalta suorittanut *Tirkkonen*, Rp I s. 365 ss. Mainittu tutkija osoittaa, että Suomen rikosprosessioikeudessa asianosaisilla on niin hyvin yleisiä kuin erityisiäkin tuomioistuimeen kohdistuvia oikeuksia ja velvollisuuksia. Onkin painottettava, että prosessuaalisten oikeuksien ja velvollisuuksien käsite on täysin perusteltu. Eri asia on, että saattaa olla tarpeen muodostaa täydentävä toimimismahdollisuuksien ja -välttämättömyyksien kategoriapari; vrt. *Lent*, *ZZP Bd.* 67 s. 344 ss.

telyjakso on todistelu.¹⁶ Todistamiskieltojen kohdalla on kysymys prosessuaalisista määräyksistä, jotka kohdistuvat rikosprosessin yhteen osaan: todistelumenettelyyn, tarkemmin ilmaistuna praktiseen todistelu-toimintaan. Rikosprosessuaalinen selonottotapahtuma sille prosessilaissa määrätyn tilan puitteissa on yksinomaan syytteeseenpano- ja tuomitsevien viranomaisten asia. Totuudentutkimiskäskey todistus oikeudellisena perusnormina kohdistuu ainoastaan tuomiovaltaa käyttäviin viranomaisiin. Mainittu seikka ei ole käsitteellisessä yhteydessä virallisperiaatteen kanssa. Periaatteessa rikosprosessuaalinen totuuden tutkiminen tapahtuu aina viran puolesta riippumatta oikeudenkäyntijärjestyksessä omakutun virallistoimintaisuuden asteesta. Yksityisillä on vain poikkeustapauksissa velvollisuus myötävaikuttaa objektiivisen oikeuden ylläpitämiseen. Nykyaikaisen yhteiskunnan toteuttama tehtävien jako on tässä suhteessa kuten muutoinkin pitkälle erilaistunut;¹⁷ kehityshistoriassa on palattava kokonaisten aikakausien taakse ennen kuin tavataan oikeus-tila, joka edellytti oikeusyksilöltä omatoimisuutta aineellisen rikosoikeuden toteuttamisessa.¹⁸ Oikeutemme mukaan yksityishenkilöillä ei ole

¹⁶ Laajasta kirjallisuudesta ks. esim. *Aalto*, LM 1967 s. 16 (osaksi epätyydyttävästi; vrt. esitystä tämän alav. jälkimm. kappaleessa); *Tirkkonen*, Totuus s. 164 ss.; *Ekelöf* II s. 30; IV s. 18; *Lindblad*, Lärän om bevisning s. 5 (sangen valaisevasti); *Bosch*, Grundsatzfragen s. 13 ('prosessin selkäranka'); *Häussling* s. 96 s. ja 100 s.; *Peters*, Lehrbuch s. V; *Stelter*, Hearsay Rule s. 2; *Westhoff* s. 51.

Tässä yhteydessä on syytä kiinnittää huomiota erääseen yleisluonteiseen näkökohtaan. Luettaessa, että »nykyaikaisessa prosessissa pyrkimys aineelliseen totuuteen esiintyy korostetumpana kuin muinaisruotsalaisessa» (*Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 98) tahi että »lainsäätäjällä on OK 17 lukuun sisällytettyjen uusien määräysten avulla ... pyrkinyt tehostamaan oikeudenkäynnin varmuutta» (*Tirkkonen* s. 8), syntyy helposti mielikuva itse totuuspyrkimykselle annetusta oikeuspoliittisesti entistä määräävämmästä merkityksestä. Todellisuudessa totuuspyrkimys on, kuten tutkimuksessa on useissa kohdin korostettu, menettänyt absoluuttisen etusijansa. Vrt. tämän johdosta *Glaser*, Beweis s. 1: 'Vanhoina aikoina totuuden selvittämisessä mentiin yleensä liian pitkälle.' Erityisesti *Brusiinin* lausuman johdosta vrt. *Aalto*, mt. s. 8 av 2.

¹⁷ Vrt. *Lager* s. 1.

¹⁸ »Mit Selbsthilfe und Rache hat jedes Recht begonnen.» (v. *Ihering*)

Kuvattaessa rikosoikeuden suhdetta rikosprosessioikeuteen on tapana korostaa aineellisen oikeuden primäärisyyttä; kanne on mahdollinen vasta kun on olemassa sellaisen synnyttävä aineellinen oikeus (*Windscheid*, Die Actio des römischen Zivilprozessrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts s. 3). Tekstissä käytetty sanonta sisältää kätkeytyä väitteen, jonka mukaan sellainen yhteiskunta

tapahtuneen rikoksen johdosta edes mitään yleistä ilmiantovelvollisuutta.¹⁹ Heidän vallassaan on kyllä tehdä tiettyjä palveluksia syytteeseenpanoviranomaisille. Niinpä rikosprosessi useinkin tosiasiallisesti lähtee liikkeelle yksityisestä ilmiannosta. RVA 23 §:n 1 mom:n mukaan jokaisella — siis myös yksityisellä kansalaisella — on oikeus suorittaa rikoksesta epäillyn kiinniottaminen, jos henkilö on tehnyt rikoksen, josta saat-
taa tulla vankeutta, ja hänet tavataan verekseltään tai pakosalta. Sama on voimassa henkilöön nähden, joka lainkohdassa mainitun viranomaisen antaman kuulutuksen mukaan on vangittava. Yksityiset voivat muutoinkin tehdä rikosprosessin toteuttamista ja menettelyn muotoittamista tarkoittavia esityksiä ja aloitteita. Asianomainen viranomainen harkitsee virkavastuullaan, antavatko nämä esitykset aiheutta toimenpiteisiin.

Suurimmillaan yksityishenkilöiden panos näyttäytyy jutun tosiasia-
puolen selvittämisessä. He toimittavat syytteeseenpanoviranomaisille näiden oikeudellisesti arvioitavaa todistusaineistoa sikäli kuin he ylipää-
tään ovat kiinnostuneet tämän suuntaisesta toiminnasta. Niinpä saattaa tapahtua, että maastossa liikkuja ilmoittaa poliisiviranomaiselle löytä-
mästään teräseestä, jota hän epäilee rikoksentekevälaineeksi; että öiseen aikaan kalastamassa oleva kertoo rikostutkijalle lähistöllä kuulemastaan laukauksesta; että kassanhoitaja luovuttaa poliisiviranomaisen haltuun väärennetyksi epäilemänsä setelin.²⁰ Esimerkkitapauksia voisi esittää loputtomiin, sillä juuri yksityishenkilöt normaalisti omaavat sen tiedon,

on mahdollinen, jossa on — jopa kodifioitua — rikosoikeutta mutta ei menettely-
oikeutta. Kulttuurin varhaishistoria näyttää todentavan tämän väitteen. Ks. tässä suhteessa esim. *Ernst Sellin*, *Die Religion des Alten Testaments* (Wien 1907): 'Kolmannen esikristillisen vuosituhannen lopulla tavataan hämmästyttävän kehity-
tynyt oikeuslaitos. Ajattelen ensi kädessä kieltoa turvautua verikostoon. Babylonian valtiovalta, toisin kuin myöhemmin Mooseksen oikeusyhteisö, tiesi saavut-
tavansa murhaajan.' (II luku av 33 edellä). — Muutoin kysymys oikeuden syn-
nystä ei tässä yhteydessä ansaitse lähempää tarkastelua. Kosketellussa suhteessa yleisesti ks. *T. Ellilä*, *Sivullissuoria* s. 235 ss.; *Frey*, *Skiljemannainstitutet* s. 1 ss. (kirjallisuusviittauksin); *Kivimäki—Ylöstalo*, *Suomen siviilioikeuden oppikirja* s. 429; *Wrede* I s. 1.

¹⁹ *Jotuni*, PM 1956 s. 395; *Tirkkonen*, Rp I s. 336; *Granfelt*, *Lärobok i straffprocessrätt* s. 113. — Toinen kysymys on, mitkä suunnitteilla olevat rikokset on annettava tiedoksi viranomaiselle tahi sille, johon rikossuunnitelma kohdistuu. Kysymyksen säännöstää RL 16:19.

²⁰ Tyypillinen on niin ikään tilanne, että asianomistaja kerää aineistoa osoit-
taakseen tekijän syylliseksi.

josta tuomari ennallistaa pala palalta totuuden.²¹ Tässä mielessä yksityishenkilöt ovat oikeusjärjestyksen silmiä ja korvia.²² Kaikkien oikeusyksilöiden edun mukaista on, että oikeusrauha säilyy ja että mahdollisen oikeudenloukkauksen tapauksessa rikkoutunut elämänolosuhde saadaan korjatuksi tai sovitetuksi. Tästä syystä, so. kokonaisuuden edun vuoksi oikeusyksilö on tarvittaessa voitava pakottaa osallistumaan rikosprosessuaaliseen asiantilan selvittämiseen. *Todistajanaolovelvollisuuden* oikeusperuste on juuri tässä.²³ Poliisilainsäädännön perusteella jokainen, jolta voidaan otaksua saatavan asiaa valaisevia tietoja, on velvollinen kutsusta saapumaan esitutkintaan; vastaava saapumisvelvollisuus on oikeudenkäymiskaaren nojalla todistajaksi kutsutulla henkilöllä.

Todistajanaolovelvollisuus on julkisoikeudellinen, valtiovaltaan kohdistuva velvollisuus. Tämä yleinen periaate on ilmaistu OK 17:20:n 1. virkkeessä. Tämä valtiolle annettava henkilökohtainen apu ei ole vain oikeusyksilölle koituva yksipuolinen rasitus. Pikemminkin se on nähtävä vastasuorituksena siitä edusta, jota jokainen oikeusyksilö nauttii valtion toimesta annettavan oikeussuojan muodossa. Todistajanaolovelvollisuus syntyy sen nojalla, että henkilö on laillisin tavoin kutsuttu asiaan todistajaksi. Asianomaisesta yksityishenkilöstä on tällöin tullut

²¹ Vrt. *Esitutkinta* s. 13: On tavallista, että rikosprosessi saa alkunsa yksityisestä — asianomistajan tai sivullisen — ilmiannosta.

²² Muutoinhan ei olisi ollut mielekästä pitää vierasmiestodistelua tärkeimpänä todistuskeinona siten kuin 1734 vuoden laissa oli menetelty (vrt. tämän johdosta *Granfelt*, *Processledning* s. 95; *Wrede* s. 168); puhua myös de lege lata todistajien avulla tapahtuvasta todistelusta tärkeimpänä todistelulajina (*Tirkkonen*, *Totuus* s. 172); ja nimittää todistajia oikeuden silmiksi ja korviksi (*Ekelöf*, V s. 66).

²³ Ks. PK II s. 267. Ks. lisäksi *Tirkkonen*, Rp II s. 236 s.; *Wrede* s. 184 ('perustuu oikeusvarmuuden intressiin'); *Hassler*, *Bevisrätten* s. 30; *Lindblad*, mt. § 6; *Trygger*, Om skriftliga bevis s. 39; *Andenaes*, mt. s. 183 ss.; *Hurwitz—Gomard*, *Tvistemål* s. 246; *Munch—Petersen*, mt. s. 193 ss.; *Laband*, *Staatsrecht* III s. 482 ss. («eine zu Zwecken der Rechtspflege bestehende Last»); *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht* II s. 221 («Justizlast»); *Neumann* s. 1 ss.

Tekstissä oleva esitys yksityishenkilöistä havaintojen suorittajina ja — todistajiksi kutsuttuina — tietojen ilmoittajina herättää kysymyksen eivätkö todistajatkin, yhtä lailla kuin asiantuntijat, ole vain väline tuomarin kädessä ja sellaisena tuomarin avustajia (vrt. esitystä av 6 kohdalla ja sanottu alav.). *Schreiber*, *Logik des Rechts* s. 70, vastaa tähän myönteisesti.

Todistajanaolovelvollisuudesta ks. edell. alav. mainitun kirjallisuuden lisäksi *Skarstedt*, *Straffprocessuella tvångsmedel* I s. 53.

prosessisubjekti.²⁴ Hän on velvollinen saapumaan määrättyyn käsittelytilaisuuteen. Jos hän on syytettyyn OK 17: 20:n tarkoittamassa suhteessa, hänen ei tarvitse vannon edes todistajanvalaa, edellyttäen, että hän käyttää kieltäytymisoikeuttaan (OK 17: 30). Tähän prosessirooliin liittyvät velvollisuudet eivät laajimmillaankaan edellytä muuta kuin todistajan kertomuksen antamista (OK 17: 26) sekä tiettyihin toimenpiteisiin ryhtymistä, joitten tarkoituksena on edistää kuulusteltavien seikkojen mieleen palautumista (OK 17: 27).

Jokainen yksityishenkilö on potentiaalinen todistaja. Siinäkin tapauksessa, että henkilö saa todistajan roolin, hänen käyttäytymis- ja toimimisvelvollisuutensa on edellä esitetyn mukaisesti eksklusiivisesti määrätty. Jos yksityishenkilö ei ole saanut edes muodollista todistajan asemaa, niin on aivan selvää, että se toiminta, jolla hän esimerkiksi todistusaineiston keräämisen muodossa avustaa syytteenpanoviranomaisia, lankeaa esi- ja ulkoprosessuaaliseen tilaan.²⁵ Rikostutkija saattaa kieltäytyä vastaanottamasta tarjottuja todisteita. Esitetystä aineistosta tulee todistus- ja siis myös *oikeudenkäyntiaineistoa* ²⁶ vasta sen seurauksena, että syytteenpanoviranomainen ottaa sen vastaan. Vasta tässä kohden saattaa ylipäänsä herätä kysymys, ovatko syytteenpanoviranomaiset oikeutettuja ottamaan vastaan ja hyödyntämään minkä tahansa yksityisiltä saamansa aineiston riippumatta yksityistä hankkimisaktia mahdollisesti rasittavista virheellisyyksistä.

²⁴ Vrt. *Tirkkonen*, Rp II (1.p.) s. 283 s., josta ilmenee, että Tirkkonen luki prosessisubjekteiksi (uusintapainoksessa hän on luopunut ko. käsitteestä) ainoastaan tuomioistuimen jäsenet ja asiantuntijat. Kuten tekstissä *Ekelöf* I s. 16, joka mainitsee lisäksi, ettei termi esiinny laissa. — Mielipide-ero kysymyksestä, onko todistaja prosessisubjekti, näyttäisi perustuvan omaksutun stipulatiivisen määritelmän valintaan; esitetystä määritelmävaihtoehdoista ei tällöin kumpikaan saata olla ehdottomasti oikea.

Muutoin voidaan tekstissä esitetyn valaisemiseksi olettaa seuraava tilanne: Lääkäri ottaa yksityisiä kanavia myöten yhteyden esitutkintaa suorittavaan viranomaiseen ja ilmaisee tälle spontaanisti rikosselvittelylle relevantin ammattisalaisuuden. Menettely lankeaa ulkoprosessuaaliseen tilaan eikä sitä voida leimata prosessuaalisesti »virheelliseksi». Kysymys OK 17: 23,₁:n (analogisesta) soveltamisesta ei ylipäänsä tule ajankohtaiseksi.

²⁵ *Peters* s. 95.

²⁶ Tästä käsitteestä yleisesti ks. esim. *Granfelt*, Jura novit curia s. 59; *Halila* s. 10. Ks. lisäksi *Makkonen* s. 14, joka toteaa, että oikeudenkäyntiaineisto — annetut suureet — on yleensä verbaalista.

Peters, jonka ajatuksenkehittelyä edellä on osaksi seurattu, pitää — varsin johdonmukaisesti — yksityisestä toimesta hankitun tosiasia-aineiston luovuttamista syytteeseenpanoviranomaisille sinä oikeustekona, joka vasta kykenee muuntamaan näihin mahdollisesti latenttina kohdistuneen todistamiskiellon oikeusvaikutukselliseksi. Todistamiskiellon aktualisoitumisella mainittu tutkija näyttää ymmärtävän lähinnä sellaisia tilanteita, että todistelu asianomaisesta oikeustositasiasta on todistusteemakiellon nojalla absoluuttisesti kielletty tahi että todistuskeinokielto estää viranomaiselle annetun todistuskappaleen hyödyntämisen. Todisteen saantitapaa rasittavilla aineellisoikeudellisilla virheellisyyksillä ei sitä vastoin ole *Petersin* mukaan todistamiskiellon synnyttävää vaikutusta. Siinäkin tapauksessa, että yksityishenkilöt ovat aineiston keruusaan syyllistyneet lainvastaiseen menettelyyn, heidän toimintansa seurausvaikutuksineen rajoittuu aineelliselle elämänalueelle. Todistamiskiellot nimittäin kohdistuvat vain syytteeseenpanoviranomaisiin. Yksityishenkilöt eivät ole rikosprosessilain adressaatteja; he eivät siten ole myöskään todistamiskieltojen adressaatteja. Räikeinkään yksityisten harjoittama vääryys ei estä reaalinäytön sisällyttämistä rikosprosessissa arvioitavaan todistusaineistoon.²⁷

Peters siis jättää jokaisen yksityishenkilön vahvimpienkin todistamiskieltojen adressaattipiirin ulkopuolelle. Saman kannan on omaksunut *Sarstedt*. Mainitun oikeusoppineen tässä kohden omaksuma käsitys on hyvin sopusoinnussa hänen perusnäkemyksensä kanssa, joka edellyttää todistamiskielloilta selvyyttä ja yksinkertaisuutta. Tässä suhteessa hän esittää, että todistamiskieltojen edellytysten tulisi tyhjentyä mahdollisimman helposti todettaviin ulkoisiin tosiasioihin. Sisäisille tosiasioille (tietoisuus, vaikutin, tarkoitus) ei pitäisi tunnustaa enempää todistamiskieltoja synnyttävää kuin niitä poistavaakaan vaikutusta. Kysymystä todistelumenetelmän ja todistelutuloksen oikeasuhtaisuudesta ei pitäisi yksittäistapauksessa lainkaan herättää. Mitä erityisesti yksityishenkilöt tekevät vireillä olevan rikosprosessin ulkopuolella ilman rikosoikeudenhoidon orgaanin tehtäväksiäntoa, ei ole rikosprosessilain eikä sen vuoksi myöskään minkään todistamiskiellon alaista. Sellaiset tapahtumat voidaan (sikäli kuin vaitioloprivilegit eivät ole esteenä) rajoituksitta ottaa selville ja käyttää todisteina.²⁸

²⁷ *Peters* s. 94 ja 161 s.

²⁸ *Sarstedt* s. 65 (teesi I 6).

Edellä kuvattu katsomussuuntaus esiintyy, tosin modifioituna, myös *Kleinknecht*illa. Hän huomauttaa aluksi siitä, että praksiksessa ei ole koskaan epäilty käyttäa todistuskeinona esimerkiksi sellaista asiakirjaa, jonka intressoitu henkilö on anastanut toiselta väkivaltaa tai erehdyttämistä käyttäen ja luovuttanut poliisiviranomaiselle. Tämä käsitys onkin pragmaattisesti ainoa tyydyttävä. Poliisiviranomaiselta ei näet voida edellyttää tutkimuksia sen selvittämiseksi, miten asiakirjan luovuttaja on saanut sen haltuunsa. Silloinkin, kun lainsäätaja on liittänyt syytetyn perusoikeuksia suojaavien todistelumetodikieltojen tehosteeksi hyödyn-tämiskiellon, normiadressaattina on yksin rikostutkinnan suorittaja. Oman etunsa vuoksi todisteita keräävän yksityishenkilön suorittamina vastaavat väärinkäytökset eivät saa prosessioikeudellista väritystä.²⁹

Kosketeltu mielipidesuuntaus on prosessioikeudellisesti perin puhdas-oppinen. Se on helppo sovittaa sellaiseen oikeusjärjestelmän malliin, jossa osajärjestelmät muodostavat selvästi eriytyneitä lohkoja. Tässä järjestelmässä prosessioikeutta ei enää virheellisesti nähdä jonakin tois-sijaisena, aineelliseen oikeuteen nähden alistettuna suureena. Oikeus-alana prosessioikeus on itsenäistynyt. Aineellisen oikeuden toteuttami-seksi prosessioikeuden normit on yleensä koordinoitu vastaavien aineellisten normien kanssa.³⁰ Prosessioikeuden itsenäisyys näyttäytyy siinä, että

²⁹ *Kleinknecht* s. 1541 ss.; *sama*, *Juristentag* s. 114.

³⁰ Laajasta kirjallisuudesta ks. esim. *T. Ellilä*, *LM* 1970 s. 502; *Hormia*, *LM* 1971 s. 160; *Tirkkonen*, *Rp* II s. 249 av 56 (»Yhtyisin seuraavaan *Neumannin* (... s. 150) huomautukseen: »— — — die Bestimmungen des Strafrechts und des Strafprozess-Rechts grundsätzlich koordiniert sind«); *Olivecrona* s. 16; *Uppström*, *Straffprocessrätten* s. 2; *Andenaes* s. 7 (eräs todistamiskieltoja koskeva erityis-kysymys); *v. Hippel*, *ZZP* 1965 s. 431; *Klug* s. 52; *Peters*, *mt.* s. 7 ss.; *Rosenberg*, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* s. 434; *Rupp* s. 183; *Eb. Schmidt*, *Der Arzt im Strafrecht* s. 53 ss.; *Spendel*, *JuS* 1964 s. 470; *Frey*, *Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts* s. 41 ja 43 (eräiden erityiskysymysten osalta periaatteellisesti toisin kuin tekstissä); *Neumann* s. 12, 26, 148 ss., 168 ss. ja 181 av 2; *v. Orelli*, *Zeugnisspflicht und Zeugniszwang* s. 48 ss.; *Nuvolone* s. 89.

Tyystin eri asia on, että voidaan osoittaa sellaisia erityiskysymyksiä, joiden yhteydessä »materielles und prozessuales Recht ... völlig getrennt nebeneinander stehen» (*Peters* s. 122) tahi joista voidaan sanoa, että vallitsee »völlige Unabhängigkeit beider Rechtsordnungen» (*Krähenbühl*, *Zeugnisverweigerungsrecht* s. 129 av 1). Siten esim. *Blass*, *Berufsgeheimhaltungspflicht* s. 144, kiinnittää huomiota mahdollisuuteen, että aineellinen oikeus asettaa periaatteen — esim. vaitiolo-oikeuden —, prosessioikeus poikkeuksen: todistamisvelvollisuuden. Ks. myös *Bosch*, *mt.* s. 82; *Kleinknecht* s. 1542.

prosessuaalisia ilmiöitä ei voida ilman muuta selittää aineelliseen oikeuteen palautuvilla, yleensä liian staattisilla rakennelmilla. Prosessin erikoislaatuinen empiria tarvitsee oman käsitteistönsä. Aineellisia arvokategorioita oikeudenmukainen/oikeudenvastainen ei voida kaavamaisesti käyttää prosessuaalisissa yhteyksissä. Kysymykseen tulevat vain sellaiset kategoriat, jotka vastaavat prosessin luonnetta ja joiden avulla prosessuaalinen »tapahtuminen» voidaan ymmärtää oikeudellisesti relevantiksi funktioksi: aineellisen oikeuden toteuttamiseksi.³¹

Käsitys rikosoikeudenhoidon orgaaneista todistamiskieltojen yksinomaisina adressaateina liittyy luontevasti juuri edellä kuvattuun prosessimalliin, jossa prosessi-ilmiöiden selittämiseksi käytetyt käsitteet on mahdollisimman tarkoin kytketty irti aineellisoikeudellisista lisäaspekteista. Mutta ajattelutapa ei ole ollut vieras toisenlaisenkaan, aineellistaattisesti värittyneen prosessikäsitteen omaksuneille oikeusoppineille. Niinpä *Beling*, joka yleisessä prosessiopissaan käsitteli prosessitoimia prosessuaalisina oikeustoimina ja jonka prosessirakennelmassa muutoinkin oli häiritsevää aineellisoikeudellisen ajattelutavan vaikutusta, lähti varsin realistisesti siitä, että todistamiskiellot kohdistuvat vain syytteeseen-

³¹ Ansio siitä, että prosessuaalinen ajattelu ratkaisevasti ja lopullisesti vapautui aineellisesta oikeudesta lainatuista konstruktioista ja ajatustottumuksista, kuuluu *James Goldschmidtille* (1874–1940). Ääretöntä oppineisuutta osoittavassa tutkimuksessaan »Der Prozess als Rechtslage» (1925) hän ei vain osoittanut aineellisoikeudellisten arvokategorioiden soveltumattomuuden prosessuaalisten ilmiöiden selittämiseen vaan luonnosteli myös ja ennen kaikkea ns. prosessuaalisten toimimismahdollisuuksien ja -välttämättömyyksien käsitteet (tästä edellä av 15). Modernissa prosessioikeusopissa on ennen muita *Eb. Schmidt* omaksunut Goldschmidtin peruskatsomukset ja niitä edelleen kehittänyt. Ks. tässä suhteessa ja myös tekstissä lausuttuun liittyen »Lehrkommentar» I. 2. rn 55 ss.; ZStW 1975 s. 2. Ks. lisäksi *Häussling* s. 82 s.; *Niese*, mt. s. 75 ja passim; *Sauer* s. 135 ja 260.

Goldschmidtin oppi prosessista oikeustilana, jolla hän halusi korvata *Bülowin* rakennelman prosessista oikeussuhteena, ei ole osoittautunut kestäväksi. Mainitun käsityksen kritiikistä ks. esim. *Tarjanne*, Asianosaisseuraanto s. 3 ss. ja 13 ss. Niin hyvin Suomessa kuin Saksassakin näyttää vallitsevana olevan käsitys, joka pitää prosessia oikeussuhteena. Tämä mielipide on torjuttava; yksityiskohtaiset perustelut ja dokumentointi on tällöin sivuutettava. Tekstissä (ja tässä tutkimuksessa muutoinkin) on lähdetty näkemyksestä, jonka mukaan prosessi on »tapahtuma». Näin *Hormia*, l.c. *ibid.* (toisin *sama*, Diplomaatin immuniteetti s. 108: prosessi on oikeussuhde); *Häussling*, l.c. *ibid.* Ks. myös jäljempänä V 2 a av 345 kohdalla ja sanottu alav.

panoviranomaisiin.³² Tapahtunut oppihistoriallinen kehitys ei ole juriikan kyennyt horjuttamaan tätä mielipidettä. Mikä jo Belingille oli itsensäselvyys, sen on uudempi tutkimus edellä kuvatuin tavoin prosessiteoreettisesti todistellut. Mielipiteen voitollisuutta ja sen tueksi esitettyjen argumenttien painavuutta kuvastaa, että Saksan 46. lakimiespäivillä, joiden teemana olivat rikosprosessuaaliset todistamiskiellot, suoritettussa äänestyksessä nyt selostettu mielipide sai taakseen enemmistön kannatuksen. Katsottiin, että todistuskeinot, jotka yksityiset ovat saaneet oikeudenvastaisilla toimilla, saadaan poikkeuksesta hyödyntää. Huomattavaa kannatusta sai kuitenkin myös mielipide, jonka mukaan tällaiset todistuskeinot saadaan »periaatteessa» hyödyntää.³³

Jos kysymys asetetaan siten kuin aikaisemmin on tehty eli tutkitaan täytyykö todistamiskiellot tehdä tehokkaiksi silloinkin, kun tunnusmerkistön kuvaaman virheen on toteuttanut yksityishenkilö, niin tarkkaan ottaen kysymyksenasettelu ei sisällä mahdollisuutta, että yksityishenkilöt ovat/eivät ole normiadressaatteja. Jos nimittäin todistamiskiellot on »tehtävä tehokkaiksi» yksityishenkilön väärinmenettelyn vaikutuksesta, niin tätä ei pidä samaistaa käsitykseen, että yksityishenkilö on todistamiskiellon adressaattina. Näyttää kuitenkin tarkoituksenmukaiselta lähestyä ongelmaa tästä oikeuskirjallisuudessa yleisesti käytetystä näkökulmasta.

2. Miten sitten on ymmärrettävä kysymyksenasettelussa käytetty ilmaus todistamiskiellojen »tehokkaiksi tekemisestä»? Tarkoittaako todistamiskiellon tehokkaaksi tekeminen tässä yhteydessä sitä, että yksityishenkilön oikeudenvastaisesti hankkimaa todistuskeinoa ei saa rikosprosessuaalisesti hyödyntää? Kysymyksenasettelu näyttäisi tällöin samaistuvan edellä Saksan oikeuden osalta mainittuun äänestyskysymykseen yksityisten virheellisesti hankkimien todistuskeinojen hyödyntämiskelpoisuudesta.

Tutkimuksen johdanto-osassa on todettu, että todistamiskiellot ovat todisteiden esittämiskieltoja, joihin määrätapauksissa liittyy tehosteina todisteiden hyödyntämiskieltoja. Jos todisteiden esittäminen on suori-

³² Ks. »Beweisverbote» s. 30. — Tekstissä kritikoidun Belingin yleisen prosessiopin johdosta ks. »Deutsches Reichsstrafprozessrecht» §§ 41/2. — Todettakoon, että käsityksen prosessitoimista eräänlaisina prosessuaalisina oikeustoimina on alun perin esittänyt *Hellwig*; ks. »Prozesshandlung und Rechtsgeschäft» s. 41 ss.

³³ Ks. »Juristentag» s. 181: Yksityisten oikeudenvastaisesti hankkimat todisteet saadaan hyödyntää a) poikkeuksesta: 40 ääntä; b) periaatteessa: 30 ääntä.

tettu vastoin todistamiskieltoa, niin hyödyntämiskielto, milloin sellainen on olemassa, sulkee saadun todistelutuloksen todistusharkinnan ulkopuolelle. Havaitaan, että hyödyntämiskiellon välttämättömänä käsitetun-
nusmerkkinä on sen liittyminen *todistamiskieltoon*.³⁴ Hyödyntämiskielto tarkoittaa sitä tuomarin spesifiikkiä käyttäytymisvelvollisuutta, joka määrätapauksissa tulee hänen osakseen edeltäneen todistamiskiellon rikkomisen seurauksena. Kysymyksenasettelu, jossa edellytetään, että määrätapauksissa todistuskeinoa ei saa yksityishenkilön hankkimanakaan rikosprosessuaalisesti hyödyntää, sisältää näin muodoin kätkeytyä edellytyksenä mahdollisuuden, että yksityishenkilö on rikkonut *todistamiskieltoa*.³⁵ Mutta kuten edellä on todettu, suoritettu kysymyksenasettelu ei implikoi mahdollisuutta, että yksityishenkilöt ovat/eivät ole normi-adressaatteja. Käytetty ilmaus todistamiskieltojen »tehokkaiksi tekemisestä» ei siis tarkoita hyödyntämiskiellon esiintymistä. Näin ankarasti kielifilosofisella tasolla; eri asia on, että kysymyksenasettelusta avautuvien kehityslinjojen seuraaminen tuo epäilemättä uutta valoa myös siihen edellä ennakoivasti käsiteltyn kysymykseen, voivatko yksityishenkilöt olla todistamiskieltojen adressaatteja. Tärkeintä on nytkin ollut sen osoittaminen, että kysymyksenasettelussa ei pidä edellyttää mitään oikeusseuraamuksista (hyödyntämisongelmasta).³⁶

Jos katsotaan vallitsevaan mielipiteeseen liittyen, että todistamiskielot eivät kohdistu yksityishenkilöihin, niin saattaa tuntua läheiseltä leimata tutkimuksen johdanto-osassa suoritettu perusoikeuksien kolmannen tahon vaikutuksen tutkiminen väärään asiayhteyteen sijoitetuksi.

³⁴ Tässä suhteessa on etenkin *Grünwaldin* esitys valaiseva; ks. »Beweisverbote» s. 489 ss., erit. s. 496. Ks. myös *Sax*, JZ 1965 s. 6: »BGH oli konstruoinut todistamiskiellon pelkkänä hyödyntämiskieltona (ns. »päiväkirjatapauksessa» — BGHSt. 19, 325). Sitä vastoin julistavat kaikki tähänastiset todistamiskielot vain todisteen hankkimiskiellon (todisteen saantitapa-, hankkimistapakiellon) siten että on tarpeen yksittäistutkinta sen selvittämiseksi, seuraako kiellon rikkomisesta myös todisteen hyödyntämiskielto.» Ks. myös *Löwe—Rosenberg (Schäfer)*, mt. s. 170. — Aina ei ole selvää, tarkoittaako tutkijan käyttämä sanonta todistamiskieltojen asettamista vaiko niiden tehoisaksi tekemistä hyödyntämiskieltojen avulla. Siten esim. *Andenaes*, Juristentag s. 133, sanoo epäselkoisesti: »... (wir) sind im Norden ... zurückhaltend betreffend Beweisverbote als Folge von Verfahrensverstößen.»

³⁵ Asiallisesti samoin *Gründwald*, l.c. *ibid*.

³⁶ Tämän jo aikaisemmin korostetun tutkimuksellisen näkökohdan johdosta ks. II 2 c 2 av 59 edellä; ja III 1 a 1 av 1 edellä.

Kun ratkaisu päätellään pitäytymällä ahtaasti prosessioikeuden järjestelmään niin ei ole tarpeellista pohtia perusoikeuksien vaikutusta kansalainen—kansalainen suhteessa. Ulottuuko perusoikeuksien vaikutus kansalaisten keskeiseen suhteeseen ja onko tuo vaikutus myönteisessä tapauksessa intensiteetiltään saman veroinen kuin perusoikeuksien vaikutus vertikaalisessa suhteessa, nämä ovat kysymyksiä, joiden tutkimisella ei tässä yhteydessä ole päättelytulosta edistävää funktiota.³⁷

Niinpä *Bratholm*, joka on pohjoismaisessa kirjallisuudessa laajimmin tutkinut laittomalla tavalla (ulovlig måte) hankittujen todisteiden problematiikkaa, ei ole kajonnut juuri mainittuun valtiosääntöoikeudellisesti värittyneeseen kysymykseen.³⁸ Mielenkiintoista kyllä hän näyttää kuitenkin edellyttävän mahdollisuuden, että yksityishenkilön oikeudenvastaisesti hankkima todiste tulee tuomioistuimen taholta torjutuksi. Ilmaisematta kannanottonsa perusteluja ja asettamatta kategorista sääntöä *Bratholm* tyytyy lausumaan, että yleensä on vähemmän syytä torjua todiste sen johdosta, että se on saatu yksityishenkilön tekemän oikeudenvastaisuuden seurauksena, kuin jos poliisi on menetellyt väärin.³⁹

Sveitsin oikeuden kannalta on *Walder* esittänyt analogisen voimassaolosäännön. Olkoonpa, että hän käyttää termejä epätasaisesti ja formuloi ilmaisuarvoltaan jokseenkin vähäisen voimassaoloväitteen, hän päätyy siihen huomionarvoiseen lopputulokseen, että tuomioistuin voi määrätapauksissa kieltäytyä vastaanottamasta yksityishenkilön virheel-

³⁷ Periaatteellinen lähtökohta voi nimittäin olla vain se, että viime kädessä *lainsäätäjän* tulee määrätä missä muodossa perusoikeuksien on rikosprosessissa toteuduttava. Ks. tämän johdosta *Andenaes* s. 19; *sama*, Juristentag s. 133; *Henczel*, Prozessrecht und materielles Recht s. 358 s.; *Jescheck*, Juristentag s. 170; *Nüse* s. 287; *Rupp* s. 174, 209 ja passim; *Foregger*, Juristentag s. 130. — Muutoin on tekstissä sivutusta kysymyksestä — perusoikeuksien vaikutuksesta kansalainen — kansalainen suhteessa — todettava, että sitä koskeva teoreettinen keskustelu on tuskin edes alkanut. Oikeusjärjestyksen tasolla tapahtuva kehitys näyttää joka tapauksessa kulkevan suuntaan, joka ennakoi perusoikeuksien entistä laajempaa sitovuutta kaikkia oikeussubjekteja kohtaan. Ks. lähemmin *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, passim; *Leisner*, JZ 1973 s. 187 s.; ja *Suomen* oikeuden kannalta KOM 1974: 27.

³⁸ Ks. Tfr 1959 s. 109 ss.; *sama*, Lov og Rett 1968 s. 289 ss. — *Rørdam* on tutkinut laittomasti saatujen todisteiden hyväksikäyttöä Tanskan oikeuden kannalta. Mainittu tutkija liittyy kysymyksenasetteluihinsa ja ratkaisuehdotuksiinsa yleensä *Bratholmiin*, mutta sivuuttaa esim. kysymyksen yksityishenkilöiden lainvastaisen menettelyn seuraamuksista. Ks. Juristen 1975 s. 37 ss.

³⁹ Ibid. s. 131. Toisin *Heuman*, SvJT 1955 s. 237.

lisesti hankkimän näytön. Walder erottaa »oikeudenkäynnin ulkopuoliset» ja »oikeusviranomaisen» todistuskeinot. Edellistä tyyppiä on esimerkiksi sellainen tunnustus, jonka johtokunta on saanut epärehelliseltä kassanhoitajalta uhkaamalla tätä välittömällä rikosilmoituksella. Walder sanoo, että tuomioistuimet yleensä hyväksyvät sellaiset kirjalliset tunnustukset siinäkin tapauksessa, että olosuhteet, joissa ne on saatu, eivät olisi sopusoinnussa rikosprosessissa noudatettavien kuulusteluperiaatteiden kanssa. Asianlaita onkin se, että samoissa tai samankaltaisissa olosuhteissa saatu tunnustus voi olla hyödyntämiskelpoinen tai hyödyntämiskelvoton aina siitä riippuen, onko se annettu rikosprosessissa vai sen ulkopuolella.⁴⁰

Erityisesti molemmat viimeksi selostetut kannanotot heijastavat tutkittavan ongelman monitahoisuutta. Ne kuvastavat sitä tosiseikkaa, että yksityishenkilöiden oikeudenvastaisuuksien johdosta suoritettavaa todisteen torjumista on vaikea ilmaista täsmällisen voimassaolossäännön avulla. Jos nimittäin asetutaankin sille kannalle, että puheenalainen vaihtoehto — todistamiskiellon tehoisaksi tekeminen yksityisten vääryyksien seurauksena — on teoreettisesti perusteltavissa, asetettava voimassaoloväite joudutaan ilmaisemaan perin yleisessä muodossa. Tällaisen väitteen ilmaisuarvo on vähäinen koskapa epätietoisten, raja-alueelle sijoittuvien tekojoukkojen määrä jää suureksi. Ongelman ratkaisu on epäilemättä sidoksissa useampaan kuin yhteen muuttujaan. Tästä syystä saattaa olla hyödytöntä kehittää yleistä kaavaa ratkaisun avaimeksi. Niinpä *Otto* tyytyy lausumaan paljolti edellä mainittujen tutkijoiden tapaan, että yksittäistapauksessa saattaa olla soveliaista torjua sellaisten todisteiden hyödyntäminen ei-sallittuna, jotka yksityishenkilöt ovat hankkineet vakavien perusoikeusloukkausten avulla.⁴¹

⁴⁰ SchwZStr 1966 s. 42 s. Samoin *Hauser*, Juristentag s. 78.

Mitä *Itävallan* oikeuteen tulee, *Seiler* (l.c. *ibid.*) katsoo, että yksityishenkilöt eivät vain jää adressaattipiirin ulkopuolelle vaan asianlaita on samalla se, että yksityiseltä taholta saatujen todisteiden hyödyntäminen ei konstituoisi perusoikeusloukkausta; perusoikeusnormin tarkoitus ei lainkaan suuntaudu tällaiseen menettelyyn. Tästä seuraa, että yksityisten pakottamalla saama esiprosessuaalinen tunnustus on myöhemmässä prosessissa sallittu todistuskeino (*Beweismittel*). Ks. lisäksi *Foregger*, l.c. *ibid.*: Pääasiallinen aihe vireillä olevaan (1966) rikosprosessiuudistukseen on välttämättömyys saada menettelylaki yhdenmukaiseksi perusoikeusjärjestyksen kanssa.

⁴¹ »Beweisverbote» s. 305. — Todettakoon, että *Otton* esitys perustuu oleel-

Selostetussa normisuosituksessa on merkinnän arvoista, että oikeus-tosiasiana, johon oikeusseuraamus liittyy, pidetään tiettyä tekoa, joka loukkaa perusoikeutta/-oikeuksia. Tämän mukaisesti perusoikeudet vaikuttaisivat periaatteessa myös kansalaisten välillä, jolloin tuomari toimisi perusoikeusnormien toteuttamisen valvojana.⁴² Tässä tapauksessa perusoikeusnormien realisointi tietäisi sitä, että tuomari kieltäytyy ottamasta vastaan todistetta, jonka saantiaktia rasittaa räikeä aineellisoikeudellinen vääryys. Perusoikeusrikkomus johtaisi toisin sanoen vastaavan todistamiskiellon »tehokkaaksi tekemiseen».

Onko oletettu tilanne — todistamiskiellon tehoisaksi tekeminen yksityisen perusoikeusrikkomuksen seurauksena — selitettävä prosessiteoreettisesti siten, että prosessuaalisen normin (so. todistamiskiellon) tunnusmerkistöön sisältyy ulkoprosessuaalisia seikastoja?

Prosessi ei ole itsetarkoitus. Prosessioikeudellisia normeja ei pidä ymmärtää pelisäännöiksi, kuten *Halila* on aiheellisesti korostanut.⁴³ Pro-

lisesti *Kleinknechtin* (s. 1543) puheenalaista ongelmaa valottavaan esitykseen. Tosiasiallisesti Otton katsomuskanta merkitsee myönnytystä käsitykselle, jonka mukaan on olemassa »perustuslaillisia» todistamiskieltoja siten kuin *Kleinknecht* ja *Habscheid*, *Persönlichkeitsrecht* s. 840 ss., esittävät. Vrt. myös edellä II c 5 av 85.

⁴² Näin *Klug* s. 40.

⁴³ Ks. »Tunnustamisesta» s. 154: »Nykyajan prosessiahan ei enää voida verrata shakkipeliin, jossa tehtyjä siirtoja ei käy muuttaminen.» Ks. myös *ibid.* s. 101 av 46. — Tekstissä lausuttu perustuu tietenkin *Halilan* esityksen *tulkintaan*. — Omaksuttaessa tekstissä esitetyin tavoin näkemys, jonka mukaan prosessioikeuden normit eivät ole pelisääntöjä, etäännyttään jo siitä ennen muita *Eb. Schmidtin* puoltamasta käsityksestä, että nämä normit tulee, mikäli mahdollista, muodostaa »Muss—Vorschriften» -tyyppisiksi ja sellaisina todellisuudessa pelisäännöiksi. Ks. tämän johdosta »*Deutsches Strafprozessrecht*» s. 16; ja *ZStW* 1975 s. 2; *Diemer—Nicolaus*, *Juristentag* s. 120. Prosessioikeuden normien luonteesta kuten tekstissä *Alsberg—Nüse* s. XVII (Vorwort zur 1. Aufl.): »... die prozessualen Rechtsregeln (sind) nicht ... Spielregeln, sondern ... zweckbetonte Klugheitsregeln...»; *Roeder*, *ÖJZ* 1974 s. 346. Osaksi toisin — perustellusti — *Makkonen* s. 31: Prosessioikeudellisten normien joukossa on myös puhtaita pelisääntöjä. — Problematiikan johdosta muutoin ks. lisäksi *Parikka*, *LM* 1971 s. 41 s.

Lähempi tarkastelu, joka ei tässä voi tulla kysymykseen, saattaisi ehkä antaa viitteitä, joiden valossa *toimimisvälttämättömyyksiä* perustavat normit ovat luonteeltaan lähinnä pelisääntöjä, kun taas *toimimismahdollisuuksia* avaavat säännökset vertautuisivat *Alsbergin* (ja *Osmerin*, »*Umfang*» s. 30 s.) *Klugheitsregeln* -nimellä kutsumiin oikeuslauseisiin. Kysymys jätetään tässä tutkimuksessa avoimeksi.

sessi on olemassa aineellisen oikeuden vuoksi. Siksi prosessin tarkoitusta on etsittävä prosessin tuolta puolen, siksi myös prosessivoitto ei oikeimmiten kuulu paremmalle pelaajalle vaan sille, jolla on parempi oikeus.⁴⁴ Pääsääntöisesti tosin prosessuaalisia ilmiöitä arvosteltaessa kysymykseen tulee yksin prosessioikeus eräänlaisena *lex specialiksena*. Mutta samanaikaisesti on mielletävä, että itsenäiset prosessuaaliset arvokategoriat »sallittu/ei-sallittu», »prosessuaalisesti relevantti/irrelevantti», »perusteltu/perustelematon» tarvitsevat täydennykseen aineellisen oikeudenmukaisuus/oikeudenvastaisuus-arvostuksen.⁴⁵ (Jo valistuksen aikakausi oli tuonut prosessiin ulkoprosessuaalisia arvokategorioita: vapauden ja ihmisarvon.) Prosessi tulee vireille aineellisella elämänalueella esiintyneiden häiriöiden, järkytysten tai epävarmuustilojen seurauksena. Vireilläolo päättyy oikeusvoimaiseen tuomioon, joka vuorostaan käy oikeustosiasiasta:⁴⁶ sillä on vaikutuksia aineelliseen elämänalueeseen. Nuo vaikutukset voivat vahvimmillaan aiheuttaa muutoksia aineellisissa oikeussuhteissa. Mutta tämän ohella tuomio on aina myös tosiasiallinen realiteetti jolla on heijastusvaikutuksia reaaliaimaailmaan.⁴⁷

Prosessi siis saa alkunsa aineellisella elämänalueella nousevista tarpeista ja jokainen prosessi tähtää takaisin tähän aineelliseen alueeseen. Prosessi on väline, jolla aineellisia elämänsuhteita muodotaan. Välineen arvon ratkaisee sen tarkoituksenmukaisuus. Se voidaan korvata toisella sitä tarkoituksenmukaisemmalla välineellä. Itse se edustaa vain erästä oikeushistoriallista kehitysvaihetta, itseavun kehittyneempää muunnosta. Prosessi edustaa oikeuden pragmaattista dimensiota.⁴⁸ Sillä on oma lo-

⁴⁴ Tähän voisi lisätä: Siksi myös »prosessivoitto» (*T. Ellilä*) on terminä epäonnistunut; vrt. *Sauer* s. 169 s.

⁴⁵ Tätä vastaan kriittisesti *Halila* s. 48 av 72. — Tekstissä lausuttu merkitsee, että sanoudutaan irti *Goldschmidtin*, *Eb. Schmidtin*, *Niesen* ja *Häusslingin* ahtaasti »prosessuaalisesta» prosessikäsitteestä ja lähennytyään *Henckelin* ja *Sauerin* »aineellisempaa» katsomustapaa, jonka mukaan esim. prosessuaaliset sallittuisuus-kysymykset ovat vain esikysymyksiä. Ks. tässä suhteessa *Sauer* s. 216, 234 ja 258. Vrt. myös mitä tässä luvussa on toisaalta (av 30 edellä) sanottu prosessioikeuden normien koordinoinnista vastaavien aineellisten säännösten kanssa.

⁴⁶ Näin *Ekelöf* II s. 108; V s. 51; *Roeder* s. 25 av 2. Ks. myös *Aalto* s. 9; *Kelsen*, *Puhdas oikeusoppi* s. 256. Vrt. myös edellä I 1 a 1 s. 1.

⁴⁷ Tekstissä esitetty on saanut vaikutteita siitä, mitä *Halila*, *In dubio pro reo* s. 300, sanoo vastaavasti syyttämispäätöksen tosiasiallisista vaikutuksista.

⁴⁸ Vrt. *Sauer* s. 91 verr. *Schreiber*, *mt.* s. 14.

giikkansa, joka edellyttää prosessi-ilmiöihin nähden eriytyneitä arvotamistapoja. Mutta prosessi ei esiinny tyhjiössä, oikeusjärjestyksen ulkopuolella. Normijärjestelminä aineellinen oikeus ja prosessioikeus eivät esiinny rinnakkain kuin kaksi toisilleen vierasta maailmaa tai kuin kaksi valtameren saarta, joilta yhdistävät sillat puuttuvat, tai kuin kaksi mosaiikkikuutiota, joilta puuttuu yhdistävä substanssi. Oikeusjärjestyksen normit muodostavat, yhtenä kokonaisuutena tarkastellen, ykseyden, jossa osia yhdistää toisiinsa elimellinen side.⁴⁹ Prosessin vireille tulo ei kykene sammuttamaan aineellisella elämänalueella ennen prosessia ja sen ulkopuolella esiintyneen inhimillisen käyttäytymisen oikeusjärjestyksen kokonaisuuden kannalta relevantteja seurausvaikutuksia. Tuomari ei vain johda prosessia vaan pitää yllä oikeusjärjestystä kokonaisuudessaan.⁵⁰

Edellä esitetyn tavoin tuomarin tehtävänä on edistää yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteutumista sellaisena kuin se on oikeusinstituutioissa objektiivisesti ilmaistu.⁵¹ Oikeusjärjestys ei tietenkään voi olla siten pirstoutunut, että yksittäistä välivaihetta — prosessia — varten annetut normit eivät saattaisi tunnusmerkistöissään sisältää aineellisen elämänalueen seikastoja. Prosessi ei ole hermeettisesti sulkeutunut, sisäänpäin hakeutuva menettely. Tarkasteltakoon esim. OK 17:11,1:tä. Lainkohdan edellyttämä todisteen torjunta liittyy siihen aineellisella elämänalueella esiintyneeseen tapahtumaan, että joku on laatinut vireille pannun tai alkavan oikeudenkäynnin varalta yksityisen kirjallisen ker-

⁴⁹ Mitä tekstissä on lausuttu prosessioikeuden suhteesta aineelliseen oikeuteen ja sen asemasta oikeusjärjestyksen kokonaisuudessa, perustuu kaikessa oleellisessa *Henckelin* — voittopuolisesti siviiliprosessuaalisesta näkökulmasta laadittuun — tutkimukseen »Prozessrecht und materielles Recht». Ks. tässä suhteessa mt. s. 233 ss. Kuten tekstissä myös *Brusiin*, mt. s. 133; *Eriksson*, JFT 1966 s. 461; *Holopainen*, LM 1966 s. 676 ss.; *Hormia*, mt. *ibid.*; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken s. 90; *Ross*, Om ret og retfaerdighed s. 255; sekä erit. *Foth*, JR 1976 s. 7: »Der Primat des materiellen Strafrechts führt zur einer ganzheitlichen Betrachtungsweise.» Ks. myös esitystä av 30 edellä.

⁵⁰ *Jokela*, LM 1970 s. 847. — Ks. myös *Engisch*, mt. s. 107; *Sauer* s. 171; sekä erit. *Goldschmidt*, mt. s. 246: »Itse asiassa tuomari ei ole vain oikeuden palvelija vaan myös sen herra samalla tavoin kuin käsityöläinen on työkalunsa herra. »Denn wie der Maurer mittels des Richtscheits, so »richtet» der »Richter» mittels des Rechts.» — Tällöin hän saa oikeuden avulla aikaan (schaffen) määrätyn sosiaalisen järjestyksen.

⁵¹ Vrt. *Eriksson*, mt. s. 460 ('oikeussäännöt historian yrityksiä vastata kysymykseen: mikä on oikeudenmukaista?').

tomuksen. Nyt tutkittavaa ongelmaa voidaan helposti valaista analogisilla esimerkeillä, joissa joku ryhtyy vireille pannun tai alkavan oikeudenkäynnin varalta todisteiden hankintaan seurauksin, että tuomioistuin torjuu todisteen. Mutta toisin kuin OK 17:11,1:n tapauksessa nyt ei ole valmista normia, joka antaisi ohjeen noudatettavasta menettelytavasta: todisteen torjunnasta. Selvästikin on käsillä lain aukko. Lainsäätäjä on tarkoituksellisesti jättänyt puheenalaisen kysymysryhmän säännöstämättä; säännöstämätön tilanne on tällöin ns. primäärinen oikeusaukko.⁵²

Millainen normisuositus voidaan puheenalaisessa aukkotapauksessa esittää?

On jo mainittu, että kirjallisuudessa on laajasti edustettuna näkökanta, jonka mukaan yksityishenkilöiden suorittamaa todisteiden hankintaa rasittavat räikeät väärinkäytökset ja oikeudenloukkaukset johtavat todisteiden torjuntaan.⁵³ Tuomioistuin ei voi ummistaa silmiään törkeiltä perusoikeuksien loukkauksilta.

Mielipidettä, että perusoikeuksien tulee vaikuttaa myös kansalaisten välillä, on erityisesti *Kohlhaas* vakuuttavasti perustellut. Hän toteaa, että perusoikeuksien kolmannen tahon vaikutuksen kiistämisestä on se arveluttava seuraus, että tällöin kansalaiset kääntyvät pyyteineen yhtenä joukkona esivallan puoleen mutta polkevat keskinäissuhteissaan perusoikeudet jalkoihinsa, kuten usein on havaittavissa. Varmaa on, että kaikki se, mikä on yksityiseltä taholta toimitettu poliisille, ei ole hyödyntämiskelvotonta, vaikka se poliisin itsensä hankkimana tulisi torjuttavaksi. Muutoin tulisi taistelu rikollisuutta vastaan pian perin vaikeaksi. Asia-kirjan väärentäjältä varastettu dokumentti ei varmasti käy yksityishenkilön suorittaman anastuksen johdosta hyödyntämiskelvottomaksi. Mutta tällä kaikella on *Kohlhaas*in mukaan oltava rajansa siellä, missä käytetyt keinot myös yksityisten kesken kohdistuvat ruumiillisen koskemattomuuden ja vapauden perusoikeuksiin niin drastisesti, että ne koskevat otaksuttua perusoikeutta sen ydinpiirissä ja johtavat käytännössä vahvemman oikeuteen. Kellariin suljetulta ja siellä päiväkausia ravinnotta pidetyltä pakotettu tunnustus on hyödyntämiskelvoton samoin kuin piiskanlyönneillä kolmansien edessä saatu tunnustus, jotka kolmannet vuorostaan esiintyisivät kuulopuhetodistajina. Mihin on vedettävä raja, jonka ylit-

⁵² Vrt. tämän johdosta III 3 3 av 378 edellä ja sanottu alav.

⁵³ Ks. esitystä ennen av 39 (*Bratholm*), 40 (*Walder*), 41 (*Otto*, *Kleinknecht*, *Habscheid*) ja 42 (*Klug*). Ks. myös av 33 mainittu äänestys.

täessään yksityisten harjoittama vääräys on leimattava niin vakavan asteiseksi, että se ei enää kykene tuottamaan käyttökelpoisia havaintoperustoja, on kysymys, joka ratkeaa vain tapaus tapaukselta.⁵⁴

Käsitys, jonka mukaan todisteet, jotka yksityiset ovat hankkineet ohi valtion viranomaisten, saadaan poikkeuksetta käyttää rikosprosessissa todisteina, ei siis ole prosessiteoreettinen ajatusvälttämättömyys. Päin vastoin voidaan esittää vahvoja asiallisia perusteita sen vaihtoehdon puolesta, että jos ihmisarvoa loukataan erityisen karkeasti, siten saadut todisteet on yksityishenkilöidenkin hankkimina torjuttava. Epäilyksiä herättää kuitenkin se seikka, onko nimenomaan Suomen oikeuden kannalta perusteltua aihetta selittää todisteiden torjuntaa sillä näkökohdalla, että tuomioistuin näin menetellessään toimii perusoikeusnormien realisoinnin valvojana. Oppi perusoikeusnormien luulotellusta kolmannen tahon vaikutuksesta on problemaattinen. Erityisesti meidän perusoikeusjärjestelmällemme on luonteenomaista, että päähuomio on siinä kiinnitetty yksilön ja valtion välisiin suhteisiin. Perustuslakimme on harvaan normitettua ja tuomioistuimet ovat varsin pidättyvästi nojautuneet ratkaisuissaan perusoikeussäännöksiin.⁵⁵

Toinen asia on, että kuvattu tuomioistuinikäytäntö on perusoikeustietoisuuden syventymisen kannalta epätydyttävä. Teoreettisesti täysin perusteltu on lähtökohta, jonka mukaan perusoikeussäännökset ovat sellaisenaan ja yhtä konkreettisesti kuin muuntaoiset säännökset viranomaisia yksittäistapauksessa sitovaa oikeutta. Vallitseva asiointi, jossa perusoikeuksilla on vaikutus vain kansalaisen suhteessa valtiovaltaan ja sen toiminnan kannattajiin: viranomaisiin, ei voine edustaa kehityksen päätepistettä. Päin vastoin katsotaan, että sitä mukaa kuin valtion toiminnot muodostuvat monimuotoisemmiksi ja laajemmalle ulottuviksi, sitä ilmeisempää on, että on luovuttava suhteuttamasta perusoikeuksia tässä kohden totunnaiseksi muodostuneeseen käsitepariin viranomainen—kansalainen. De lege ferenda onkin odotettavissa, että perusoikeussäännöksistä tehdään mahdollisimman laajalti suoraan viranomaisia sitovia normeja, joihin kansalaiset voivat välittömästi vedota tuomioistuinmessä ja muissa viranomaisissa.⁵⁶

⁵⁴ »Beweisverbote» s. 288 s.

⁵⁵ Ks. *Hidén*, Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa s. 25 ss.; *Jyränki*, LM 1968 s. 980; *Kastari*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland s. 218. Ks. lisäksi *Sinisalo*, Poliisin toimivallan määräytyminen s. 208.

⁵⁶ Ks. KOM 1974: 27 s. 108; sekä muutoin *Hidén*, JFT 1968 s. 464 ss.; *sama*, LM 1971 s. 103.

Mitä erityisesti nyt tutkittavaan kysymykseen tulee, ei näytä olevan tarpeen turvautua perusoikeusnormien yksilöiden väliseen vaikutukseen apukonstruktiona. Luontevampaa on valita harkintaperusteeksi rikosprosessin oikeusvaltiollisuuden postulaatti. Puheenalainen näkökohta on tosin sisällöltään väljä eikä sen lupaamien ratkaisujen ennustettavuusaste ole varsin korkea. Sen avulla voitaneen kuitenkin yksittäistapauksessa useimmiten päästä oikeustajuntaa, oikeuden aatetta tyydyttävään tulokseen. Oikeusvarmuutta palvelevaa yksilöityä voimassaolosääntöä ei nimenomaisen lainmääräyksen puuttuessa saateta tyydyttävästi asettaa.

Edellä oleva kehittäely tuottaa siis tulokseksi, että määrätapauksissa tuomitsemismenettelyssä ei saateta ottaa vastaan sellaisia todistelutuloksia, jotka juontuvat yksityishenkilöiden vakavista oikeudenvastaisuuksista ja rikollisista teoista. Jos tällaisten todistelutulosten esittäminen oikeudenkäynnissä sallittaisiin, koko rikosprosessin oikeusvaltionmukaisuus vaarantuisi kohtalokkaalla tavalla.⁵⁷ Tuomitsemistoiminnan arvonomukaisuus — näkökohta, jota erityisesti *Tauno Ellilä* on johdonmukaisesti korostanut — on sovittamattomassa ristiriidassa sellaisen oikeustilan kanssa, joka sallii tuomion kausaalisesti perustuvan sosiaalieettisesti mitä paheksuttavimpiin väärinkäytöksiin. Rikosprosessi, joka juuri on yhteiskunnan väline sosiaalieettisten arvojen ylläpitämiseksi, kieltäisi omat arvotavoitteensa, jos se avoimesti ja tietoisesti käyttäisi oikeuden aatteen toteuttamisessa vakavien perusoikeusloukkausten tuottamaa näyttöä. Täydentävänä, joskin merkitykseltään vähäisempänä näkökohdana omaksutun lopputuloksen puolesta voidaan viitata tällaisen aineiston kyseenalaiseen näyttöarvoon. Aineellisen totuuden tavoittamisen

⁵⁷ Kuten tekstissä Saksan judikatuuri; ks. erit. BGHSt. 19,325 (ns. päiväkirjatapaus). Ks. lisäksi BGHSt. 14,364. Prosessiteoriassa on puheenalaisen katsantokannan omaksunut ja sitä vakuuttavasti perustellut ennen muita *Klug* (s. 47). Kuten tekstissä myös *Evers*, JZ 1965 s. 663; *Kern—Roxin* s. 119; *Kleinknecht* s. 1541 ss.; *sama*, Juristentag s. 114; *Löwe—Rosenberg (Schäfer)*, mt. s. 171 s.; *Schmidt—Lechner*, Juristentag s. 139 (hyvin tulkinnanvaraisesti); *Schmitt*, JuS 1967 s. 25. Ks. lisäksi av 53 olevia kirjallisuusviittauksia sekä problematiikasta kokoavasti *Liermann*, Tonbandaufnahme s. 101 ss. — Viitattakoon niin ikään *Osmerin* tutkimukseen, jossa — puheenalaisen kysymykseen suoraanaisesti kajoamatta — korostetaan todisteiden torjunnan tarpeellisuutta prosessin moitteettomuuden (Reinheit) ylläpitämiseksi; ks. »Umfang» s. 11 ja 26.

kannalta on useinkin eduksi, että tuomioistuin kieltäytyy vastaanottamasta ihmisarvoa sietämättömästi loukaten hankittuja todisteita.⁵⁸

Edellä on päädytty normisuositukseen, jonka mukaan todisteet, joita hankkiessaan yksityishenkilöt ovat syyllistyneet vakaviin oikeudenloukkauksiin, on periaatteessa voitava rikosprosessissa torjua. Tätä vaatii rikosprosessin oikeusvaltionmukaisuus, joka puolestaan palautuu oikeuden aatteeseen. Viime kädessä siis oikeuden aate, oikeellisuusperiaate antaa lainkäyttäjälle ohjeen oikeusseuraamuksesta (todiste torjutaan/ei torjuta).⁵⁹

Milloin sitten yksityishenkilön todistelutoimen vääryyspitoisuus saavuttaa sen asteen, että tuomion rakentaminen näin saadulle aineistolle antaisi menettelylle oikeusvaltionvastaisuuden leiman, on kysymys, jonka yksityiskohtien käsitteleminen tapahtuu toisessa systemaattisessa yhteydessä.⁶⁰ Tässä kohden voidaan vain viitata niihin yleisiin harkintaperusteisiin, joiden pohjalta ratkaisu yksittäistapauksessa suoritetaan: toisaalta tapahtuneen oikeudenloukkauksen vakavuuteen, toisaalta pääasian laatuun. Viimeksi mainitussa suhteessa on erityistä huomiota kiinnitettävä tuomitsemista vaativaan julkiseen etuun.

⁵⁸ Ks. tämän johdosta *Bratholm*, mt. s. 121; *Döhring* s. 250; *Grünwald* s. 489; *Kühne*, Beweisverbote s. 24; *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess, 2. osa, s. 327 ss.; *Ziegler* s. 44; *Hasler*, SchwJZ 1975 s. 62; *Seiler*, mt. s. 57. Vrt. kuitenkin *Hermes*, mt. s. 85; ja *Seiler*, mt. s. 58: Yksityishenkilöiden rikosprosessin ulkopuolella hankkima pakkoperäinen tunnustus voidaan kyllä esittää oikeudelle todisteena, jolloin tosin sen uskottavuuteen on suhtauduttava varauksin.

⁵⁹ Oikeuden aatteen (oikeellisuuden; *Gerechtigkeit*) tehtävänä on tällöin täyttää laissa oleva aukko siten kuin *Goldschmidt*, mt. s. 160 s., yleisemmällä tasolla edellyttää. Yleisenä oikeusperiaatteena oikeuden aate saa tällöin sen aukkoja täyttävän ja suljetun järjestelmän ajatusta toteuttavan tehtävän, jonka on katsottu kuuluvan yleisille oikeusperiaatteille niiden päätehtävänä; ks. *Makkonen* s. 158 s. ja 184.

Korostettakoon, että kun esiprosessuaalinen oikeuden aate antaa oletetussa tilanteessa ohjeen määrättävästä oikeusseuraamuksesta, niin tapahtuu vain nyt nimenomaisesti silmällä pidetyssä tilanteessa. *Pääsääntö* on nimittäin se, että harkittaessa prosessitoimien sallittuisuutta *määräävänä on yksin prosessioikeus eräänlaisena lex specialiksena*. Vrt. tässä suhteessa jäljempänä V 2 a.

⁶⁰ V 2 a.

d) Täydentäviä näkökohtia

1. Edellä esitetyin tavoin todistamiskiellot kohdistuvat yksinomaan syytteesenpano- ja tuomitseviin viranomaisiin.⁶¹ Toisaalta on osoitettu, että määrätapauksissa todistamiskiellot täytyy tehdä tehokkaiksi silloinkin, kun tunnusmerkistön kuvaaman virheen on toteuttanut yksityishenkilö. Herää kysymys, eikö tähän kytkeydy antinomia: Yksityishenkilöt eivät ole normiadressaatteja mutta heidän väärinsuhtautumisensa saattaa silti johtaa samaan prosessuaaliseen seuraamukseen kuin viranomaisen tekemä virhe: todisteen torjuntaan.

Yksityishenkilön väärinsuhtautuminen on ulkoprosessuaalista toimintaa. Jos tuo ulkoprosessuaalinen seikasto vastaa todistamiskiellon tunnusmerkistön sisältämää teonkuvausta, todistamiskieltoa on sovellettava.⁶²

Todistamiskiellon vaikutusvoimaiseksi tuleminen merkitsee tässä kuten muutoinkin todistamiskiellon tehoisaksi tulemista *todisteiden esittämiskieltona*. Toisin sanoen: *tuomarin* on sovellettava todistamiskieltoa, koska juuri hän on normiadressaatti. Tuomarin näkökulmasta todistamiskielto edustaa käyttäytymisvelvollisuutta. Normi on muotoa: »Tee näin halusitpa tai et.»⁶³ Yksityisen individin kannalta todistamiskielto

⁶¹ Epätydyttävästi *Simader*, *Beweisanträge* s. 103. Viitekohdassa ei tosin edellytetä todistamiskieltojen kohdistuvan yksityishenkilöihin sikäli kuin on kysymys näiden ulkoprosessuaalisesta toiminnasta; sen sijaan katsotaan, että kaikki prosessiin osallistuvat — siis myös todistajat — ovat kieltojen adressaatteja. Käsityskanta on tekstissä esitetyn mukaan virheellinen. Edelleen voidaan kysyä, miten se on sopusoinnussa positiivisen oikeuden tuomarille säätämän informoitivelvollisuuden kanssa (Suomen oikeudessa OK 17:28₂). Informointi kohdistuu todistajiin ja vain näihin. *Jura novit curia*. — Termin »syytteesenpanoviranomainen» johdosta vrt. esitystä av 1 edellä.

⁶² Tekstissä tarkoitettussa merkityksessä »tunnusmerkistö» on täysin empirian takainen kuva. Eihän kirjoitettu oikeutemme sisällä edes yleislausekkeen omaista oikeusohjetta, jonka mukaan yksityisten oikeudenvastaisesti hankkimat todisteet voidaan tietyn edellytyksin torjua. Ratkaisuteoreettisesti oletettu tilanne ei silti suuresti poikkea totunnaisesta. Kysymyksessä on — pelkistetysti ilmaisten — tilanne, jossa päätellään seuraamuksesta: Annetuissa olosuhteissa tuomioistuin harkitsee oikeaksi torjua todisteen. Vasta tämän jälkeen ratkaisulle luodaan argumentaatiotausta ja yksilöidään se tunnusmerkistö, johon seuraamus liittyy.

⁶³ Ks. erit. *Hart*, *The Concept of Law* s. 20 ss., jossa myös tutkitaan kysymystä »what is usually intended by those who speak of laws being 'addressed' to certain persons»; *ibid.* s. 22. Ks. lisäksi *Vuorio*, Työsuhteen ehtojen määäämi-

edustaa pelkkää käyttäytymisvälttämättömyyttä: Saadakseen todisteen oikeudessa läpi yksityisen on välttämätöntä pidäytyä todisteen hankinnassa rikoslakia räikeästi loukkaavista toimista. Normin antama ohje kuuluu: »Tee näin, jos haluat vaikutuksen (x)»⁶⁴

2. Suoritettu normiteoreettinen analyysi vain vahvistaa sitä johtopäätöstä, johon aikaisemmin on jo ennakoivasti päädytty: todistamiskiellot kohdistuvat vain rikosoikeudenhoidon organeihin. Tämä lopputulos mahdollistaa tärkeän käsitteellisen täsmennyksen: Kun todistamiskiellon adressaatteina ovat vain tuomiovaltaa käyttävät valtionorgaanit, ei ole korrektia puhua yksityishenkilöiden »kiellonvastaisesti» suorittamasta todisteen hankinnasta. Tutkittavan aiheen yhteydessä termien »sallittu/ei-sallittu» ja »kiellonvastainen» merkityssisältö on ahtaasti rikosprosessuaalinen. Yksityishenkilön ulkoprosessuaalinen toiminta puolestaan on joko »oikeudenmukaista» tai »oikeudenvastaista», seikka, joka kysymyspiiriä koskevilla esityksillä on toisinaan unohdettu.⁶⁵

Edellä on puhuttu todistamiskiellosta yksityisen huomioitavana käyttäytymisvälttämättömyytenä. Saadakseen todisteen oikeudessa läpi yksityisen on toimittava oikeusjärjestyksen edellyttämällä tavalla. Henkilön oikeudenvastainen menettely todisteiden keruussa perustaa tuomarille käyttäytymisvelvollisuuden: todistamiskielloa on sovellettava. Selvyyden vuoksi on korostettava, että tällöin ei ole olemassa kirjoitettuun oikeuteen sisältyvää valmista, kielellisesti formuloitua todistamiskielloa.

nen s. 57; *Olivecrona*, *Lagens imperativ* s. 10. — Tekstissä mainitussa tilanteessa normi (»tee näin halusitpa tai et») lausuu käskyn »torju todiste halusitpa tai et».

⁶⁴ Oletettuun tilanteeseen sovellettuna normin lausuma ohje kuuluu: »Tee näin, jos haluat tuomioistuimen ottavan todisteen vastaan.» Vielä selvempänä oikeusohje saadaan ilmaistuksi kiellon muodossa: »Vältä menettelytapoja $m_1 \dots m_n$, jos haluat tuomioistuimen ottavan todisteen vastaan.» Individin/asianosaisen näkökulmasta tällainen normi merkitsee vain *käytännöllistä* välttämättömyyttä toimia määrättyllä tavalla vastaavasti kuin *Makkonen* (s. 40 s.) toteaa siitä »velvollisuudesta», minkä todistustaakkaa koskevat normit asettavat jollekulle. Tällaista normia voisi kutsua »hypoteettiseksi imperatiiviksi»; kysymyksessä on ns. tekninen normi, »jossa vain lausutaan, miten pitää käyttäytyä jos halutaan saavuttaa tietty tavoite» (*Ojanen*, LM 1970 s. 1087).

⁶⁵ Tekstissä on po. kysymyksistä omaksuttu lähinnä *Sauerin* (s. 179 s.) edustama kanta. — Esitetyn kritiikin johdosta vrt. *Kohlhaas* s. 288; ja toisaalta *Bratholm* s. 120 ja 128, jossa tekstissä suoritettu distinktio on korvattu eräänlaisella »yliprosessuaalisella» oikeudenmukaisuus/(-vastaisuus)- kategorialla (tästä: *Sauer* s. 216).

OK 17:11,1:n tarkoittamissa tilanteissa asianlaita on toinen. Säännös velvoittaa tuomarin torjumaan yksityisluonteisen kirjallisen todisteen. Mainitun lainkohdan mukainen tilanteisto eroaa nyt tarkasteltavasta siinä, että yksityisen ulkoprosessuaalinen toiminta (kirjallisen todistajan kertomuksen laatiminen) ei ole oikeudenvastaista. Kertomuksen torjuminen todisteena on asiallisesti »hyödyntämättä jättämistä». Mainittu seikka ei vaikuta kysymyksen normiteoreettiseen arvosteluun, jonka mukaan lainkohta perustaa selvästi todistamiskiellon. Perustuu todistuksen laatuun, että ajatus todistamiskieltoon liityvästä tehosteesta: hyödyntämiskiellosta, ei ole mielekäs. Todistamiskielto riistää hyödyntämiskielloilta sen logiikan. Vastaavasti nyt silmällä pidettävissä tilanteissa kysymyksen prosessuaalinen puoli tyhjentyy todistamiskiellon noudattamiseen: tuomioistuin torjuu yksityiseltä taholta oikeudenvastaisiin toimin hankitut todisteet. Toisin kuin *Walder* ja *Dencker* menettelevät,⁶⁶ ei näytä olevan syytä ottaa käytäntöön erityistä edeltäneestä todistamiskieltorikkomuksesta riippumattomien hyödyntämiskieltojen kategoriaa. Tapahtuneella oikeudenvastaisuudella ei ole hyödyntämiskieltoihin nähden konstitutiivista vaikutusta. Tällainen vaikutus kuuluu ainoastaan todistamiskiellon/todisteiden esittämiskiellon vastaiselle menettelylle, minkä taas ainoastaan viranomainen voi toteuttaa.

Nyt esitetyn mukaisesti kysymyksenasettelu: saadaanko sellaiset todisteet rikosprosessuaalisesti hyödyntää, jotka yksityiset ovat saaneet käsiinsä oikeudenvastaisten tekojen avulla? on epätasällinen.⁶⁷ Kuten juuri on esitetty, todisteiden hyödyntämiskielto on todistus oikeudellinen sanktio, joka liittyy tehosteena edeltäneeseen *rikosprosessuaaliseen* menettelyvirheeseen ja nimenomaan sellaiseen menettelyvirheeseen, joka konstituoii *todistamiskiellon* rikkomisen. Yksityishenkilö puolestaan ei saata rikkoa todistamiskielloa, koska hän ei ole kiellon adressaatti. Kielto kohdistuu oikeusviranomaiseen. Se todistamiskiellon »tehoisaksi tekeminen», johon tuomari määrätapauksissa on velvollinen yksityisenkin väärinsuhtautumisen johdosta, ei merkitse hyödyntämiskiellon asettamista vaan *todistamiskiellon* soveltamista.⁶⁸

⁶⁶ *Walder* s. 39 ss.; *Dencker* s. 10 ja 101 ss.

⁶⁷ Kysymyksenasettelua ei kuitenkaan sovi kritikoida, milloin se — kuten on yleistä — perustuu esitysteknisiin syihin.

⁶⁸ Tutkittavasta kysymyksestä omaksuttu kanta on niin hyvin lopputuloksen kuin perustelujenkin osalta oleellisesti sama kuin *Klugin* (s. 46) vastaavasti Saksan oikeuden suhteen esittämä. Lopputulokseen nähden kuten tekstissä myös

3. Olosuhteista riippuen tuomioistuimen on torjuttava syytetyltä ruumiillista tai henkistä pakkoa käyttäen saatu tunnustus sitä riippumatta kenelle — viranomaiselle tai yksityishenkilölle — tunnustus on annettu. Ihmisarvoa sietämättömästi alentavat todisteen hankintatavat johtavat yleensä yksityistenkin käyttäminä todisteen torjuntaan. Muutoin yksityisten väärinsuhtautumisia kyllä arvostellaan lievemmän asteikon mukaan kuin mitä sovelletaan poliisin todistelutoimintaan. Tätä vaatii jo rikostutkinnan tehokkuus. Myös näyttövaikeuksilla on merkitystä: yhtä lailla kuin rikosprosessissa vallitsee syyttömyysolettama, poliisiviranomaisen tulee saada lähteä esitetyn aineiston suhteen virheettömyysolettamasta.⁶⁹ Rikostutkintaa suorittaviin viranomaisiin sovelletaan sosiaalieettisesti ankarampaa mittapuuta. Näiden korkeampi rikostutkinnallinen koulutus pohja vaatii myös enemmän. Vihdoin on huomattava, että useimpien rikosprosessilaissa positivoitujen todistamiskieltojen tunnusmerkistö on siten laadittu, että yksityishenkilö ei saata toteuttaa tunnusmerkistön tai sen osan sisältämää teonkuvausta. Tähän kategoriaan kuuluvat esimerkiksi kaikki todistajan vaitiolo-oikeutta ja vaitiolovelvollisuutta sääntelevät määräykset. Näiden normien kuvaamissa tilanteissa yksityishenkilö on jo saavuttanut prosessisubjektin aseman.⁷⁰ Tyypillinen on myös OK 17:22, joka kieltää kutsumasta todistajaksi tasavallan presidenttiä. Useimmat oikeutemme tuntemat todistamiskiellot ovat toisin sanoen *erityisiä* todistamiskieltoja. Normin edellyttämänä käyttäyty-

Saksan 46. lakimiespäivillä suoritettu äänestys (ks. »Juristentag« s. 182; kohta I 10).

Todistamiskiellot siis eivät kohdistu yksityishenkilöihin. Kun tuomioistuin kuitenkin määrätapauksissa torjuu yksityisten omatoimisesti hankkimat todisteet, tämä tapahtuu syystä, että tuomarin on näin mahdollista »pelastaa» rikosprosessin oikeusvaltionmukaisuus. Vastaavasti on kysymyksenasettelu: toimiiko tuomari perusoikeusnormien realisoinnin valvojana? hylättävä. On kysyttävä: toimiiko tuomari rikosprosessin oikeusvaltioadekvaattisuuden valvojana?

Lähinnä erikoisuutena mainittakoon, että Niese (mt. s. 139 ss.) päätyy suorittamansa prosessitoimien aineellisen ja prosessuaalisen tehtävän toisistaan erottamisen pohjalta perin epätydyttävään tulokseen: Todistuskappaleen saantiaktia rasittava aineellinen virheellisyys ei ole esteenä prosessuaaliselle hyödyntämiselle. Siten esim. poliisiviranomaisen takavarikoima asiakirja saadaan periaatteessa aina ottaa todisteena vastaan.

⁶⁹ Kleinknecht, Juristentag s. 114.

⁷⁰ Selvyiden vuoksi korostettakoon nytkin, että tällöinkään — so. todistajana — hän ei ole vastaavan todistamiskiellon adressaatti; vrt. esitystä edellä tekstissä.

misenä tulee tällöin kysymykseen vain rikosoikeudenhoidon orgaanin toiminta. Yleiset todistamiskiellot sen sijaan voivat kokea loukkauksen myös kolmannen tahon, siis yksityishenkilöiden suorittamien toimien seurauksena, jos tuomioistuin ottaa esitetyn todisteen vastaan. Toisessa yhteydessä on todettu, että tätä tyyppiä olevia todistamiskieltoja kykenee synnyttämään vain varsin kvalifioitu tekojoukko ja että nämä kiellot itsessään edustavat todistusjärjestelmässämme poikkeusta.⁷¹

⁷¹ Vrt. edellä II c 3.

V LUKU

KIELLONVASTAISESTI HANKITTUJEN ESITUTKINTATODISTEIDEN HYÖDYNTÄMISKELPOISUUS

1. Esitutkintaviranomaisen kiellonvastaisesti hankkimat todisteet

a) Johdanto

aa) Todisteiden hyödyntämiskielto: sisältö ja prosessuaalinen tehtävä

1. Tuomarin tehtävänä on antaa lakiin perustuva ratkaisu soveltamalla oikeussäännöksiä prosessissa selvitettyihin relevantteihin tosiasioihin. Hän tekee ratkaisunsa vapaan, menettelyn kokonaistuloksesta muodostamansa vakaumuksen pohjalta. Saadussa todistelutuloksessa näyttäytyy mahdollisten todistamiskieltojen vaikutus: asianhaarat — todistusasiat ja indisiot —, jotka on esitetty tuomarille kiellonvastaisesti, eivät periaatteessa saa tulla lasketuiksi mukaan todistelumenettelyn kokonaistulokseen.¹ Jos näin on kuitenkin tapahtunut, todisteiden harkintaa rasittaa oikeudellinen virhe. Sen ei aina tarvitse vaikuttaa tuomion sisältöön, mutta mahdollista on myös, että virhe aiheuttaa väärän tuomion.²

¹ *Beling* s. 30; *Hauser* s. 26 ja 131; *Kleinknecht* s. 1538; *Maetzel*, DVBl 1966 s. 666. — Tässäkin yhteydessä on korostettava, että »vapaa todisteiden harkinta» on ilmaisuna epätyydyttävä; se kuvaa epätäsmällisesti positiivisen oikeuden sisältöä. Tutkimuksessa on päinvastoin todettu, että todisteiden harkinta on sidottua. Todellisuudessa asianlaita onkin se, että pyrkimys rajoittaa tuomarin harkintaa on yhtä vanha kuin oikeudenhoito itse; se perustuu oikeusvarmuussyihin. Ks. *Westhoff* s. 169. Nimenomaan *todistusharkintaan* osalta vrt. kuitenkin *Stening*, *Bevisvärde* s. 15 ss.

² Ajateltakoon tapausta, että tuomari ottaa vastoin OK 17:11,1:n kieltoa huomioon yksityisen kirjallisen todistuksen. Se sisältää ratkaisevan alibitodistuksen. Jos se on totuuden vastainen mutta tuomari pitää sitä totena, tuomio on

»Todisteen hyödyntäminen» tarkoittaa viime kädessä todistelutuloksen hyödyntämistä.³ Todistelutulos on todistuskeinon antama harkintaineisto, joka palvelee todistuskysymyksen ratkaisemista. Saatujen todistelutulosten kokonaisuus tulee arvioiduksi ja hyväksikäytetyksi todisteiden harkinnassa. Todistelutapahtuman lopullisena päämääränä on tuomarin vakuuttuneeksi tuleminen.⁴ Tähän todistelumenettelyn päätösjaksoon todistamiskielto periaatteessa kohdistuvat. Niiden on voitava estää se, että oikeudellisen virheen rasittama todistelutulos tulee otetuksi huomioon todisteiden harkinnassa. Viitatus intentionaalisen momentin kannalta todistamiskieltojen ylläpitäminen sanktioimattomina todisteiden esittämiskieltoina ei olisi mielekästä. Se oikeushyvän suojaaminen, jota todistamiskielto palvelee, vaatii useinkin, että vastoin todisteiden esittämiskieltoa saatu todistelutulos on suljettava pois todisteiden lopullisesta harkinnasta. Tässä näyttäytyy todisteiden hyödyntämiskieltojen prosessuaalinen tehtävä.⁵

väärä. Epätydyttävä lopputulos ei tietenkään kausaalisesti perustu niinkään tapahtuneeseen oikeudelliseen virheeseen kuin siihen, että oikeudellinen virhe *mahdollisti* asiallisesti virheellisen todistusharkinnan. Vrt. *Ekelöf* IV (2. p.) s. 29, jossa tarkastellaan analogista tapausta: Todistusharkinta on ollut asiallisesti korrektiä mutta jutussa on silti annettu totuutta vastaamaton tuomio. Tämä on mahdollista esim. silloin, kun harkinta kohdistuu asiaan vaikuttamattomiin todisteisiin; nyt ei ole rikottu ajatuslakeja vastaan vaan todisteiden harkintaa rasittaa »vain» oikeudellinen virhe (OK 17:7 ex anal.). Eräiden lähikysymysten johdosta vrt. lisäksi *Halila*, LM 1964 s. 11. Vrt. lisäksi OKa 1956 s. 59; ja 1972 s. 66 s.

³ Kuten tekstissä *Bolding*, SvJT 1953 s. 330 ss.; *Baumann*, GA 1959 s. 33 ss.; *Hermes*, Der § 136 a Strafprozessordnung etc. s. 88; *Kleinknecht* s. 1543; *Osmer*, Umfang s. 35; *Cordero*, Prove illecite nel processo penale s. 47. Epätydyttävästi *Liermann*, Tonbandaufnahme s. 99. Muistuttamista ei sen sijaan ole sitä kirjallisuudessa tavallista menettelytapaa vastaan, että esitysteknisistä syistä puhutaan »todistuskeinon» hyödyntämisestä. — Mitä anglo-amerikkalaiseen todistusoi-keuteen tulee, termi »evidence» voi, käyttöyhteydestä riippuen, tarkoittaa yhtä hyvin todisteita kuin todistelutulosta. Ks. tekstissä mainitussa suhteessa ja myös yleisemmin *Richardson — Prince*, The law of evidence s. 113 ss., ja (jo työnimen osalta po. suhteessa valaiseva) *Williams*, Evidence obtained by illegal means s. 339 ss.

⁴ *Bolding*, Bevisbördan s. 13; *Gorphe*, L'appreciation des preuves en justice s. 42 s.; *Maguire* s. 180; *Siegrist*, Grundfragen s. 9; *Tirkkonen*, Totuus s. 166. — Tekstissä mainittu »vakuuttuneeksi tuleminen» tarkoittaa tietenkin vakuutuneisuutta oikeustosiasioiden olemassaolosta; *Stening*, TfR 1973 s. 64 ss.

⁵ Ks. tekstissä esitetyn johdosta esim. *Alkio*, LM 1949 s. 561; *R. Ellilä* s. 257;

Todisteiden hyödyntämiskielto on todistamiskiellon prosessuaalinen tehoste. Sen tehtävänä on estää aistein havaitun sisällyttäminen todisteiden harkintaan, so. todistustosiasioiden arvioimiseen.⁶ Kun todistamiskieltojen asettaminen kuuluu lainsäätäjälle, hyödyntämiskiellot asettaa tuomari. Tarkkaan ottaen tuomari ei tietenkään voi asettaa itselleen käyttäytymisvelvollisuutta.⁷ Käytetty sanonta »hyödyntämiskiellon asettaminen» ei merkitse muuta kuin että tuomari jättää erään relevantin todistelutuloksen huomioon ottamatta todisteiden harkinnassa. Tarpeetomalta, jopa harhaiselta vaikuttaa tässä kohden käytetty apukonstruktio, jonka mukaan todistamiskiellon rikkominen johtaa hyödyntämiskiellon esiintyessä todistelutulokseen kohdistuvaan todistustosiasiakieltoon.⁸

2. Todistamiskiellot ovat voimassa todistelun potentiaalisina tai todellisina rajoittajina oikeudenkäynnin kaikissa jaksoissa, joihin todistelutapahtuma ulottuu. Niin hyvin esitutkinta kuin sitä seuraava alioikeusmenettelykin ovat eri sisältöisten todistamiskieltojen kyllästämät. Yhtä lailla kysymys todistamiskieltoa rikkoen saadun todistelutuloksen hyödyntämiskelpoisuudesta saattaa herätä niin hyvin esitutkinnan suorittajan kuin tuomitsevan viranomaisen virheellisen menettelyn johdosta.

Toisaalta voidaan kyllä osoittaa myös tiettyjä perustavia eroavuuksia. Tarkasteltakoon käsitteitä todistelun kohde, todistuskeinot ja todistelumenetdit. Kun ne suhteutetaan sanotussa järjestyksessä prosessin molempiin pääjaksoihin, muodostuu deltamaisesti laajeneva ajatuskuvio. Alkupisteenä on tällöin todistelun kohde, joka on kautta koko prosessin sama. Todistuskeinojen kohdalla tapahtuu jo hajontaa. Alioikeusmenettelyssä

Tirkkonen s. 126 s.; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 336 ss.; *Innstilling* s. 197; *Rørdam*, Juristen 1975 s. 43 ja 55 (häneen kohdistetusta kritiikistä ks. *Madsen*, ibid. s. 487 ss.); *Alsberg—Nüse* s. 104 s.; *Dünnebier*, MDR 1964 s. 965; *Grünwald*, passim (vrt. myös ilmaiseva työnimi »Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafprozess»); *sama*, Juristentag s. 81; *Häussling* s. 110; *Kern—Roxin* s. 115; *Sendler*, passim; *Hauser* s. 131; *Seiler*, JBl 1974 s. 133 ss. (»Bei der Beantwortung dieser Frage hat man vom Schutzzweck der Einschränkung der Beweis-erhebung auszugehen.»). — Tekstissä kuvatuin tavoin hyödyntämiskielloilla on oma logiikkansa. Tältä pohjalta *Beling* (s. 30 ss.) ja uudemmassa tieteisopissa *Henkel* (Strafverfahrensrecht s. 270), *Peters* (s. 97) ja *Spendel* (s. 1108) tekevät äärimmäiset johtopäätökset esittäen, että *jokaista* todistamiskieltoa tulee vastata hyödyntämiskielto.

⁶ *Sax*, JZ 1965 s. 5.

⁷ Vrt. *Makkonen* s. 138.

⁸ *Spendel* s. 1108 verr. s. 1104.

pitäydytään vielä suuressa määrin OK 17 luvun sääntelemiin perinteisiin, lakisääntöiseen todistusteoriaan palautuviin todistuslähteisiin. Valmistavassa menettelyssä sitä vastoin kuvaan tulevat laajassa mitassa eri tyyppiset todistuskeinot *sui generis*. Kehittyvä teknologia tuottaa jatkuvasti uusia apuneuvoja rikostutkijan työvälineistöön.⁹ Mitä todistelumetodeihin tulee, vastaavanlainen poikkeama vallitsee niidenkin kohdalla. Esitutkintalaitoksen on oltava toimintavalmis, mukautumiskykyinen ja tehokas. Toisin kuin alioikeusmenettelyä esitutkintaa ei siinä noudatettavien metodien osalta voida puristaa jäykkien normien kahleisiin.¹⁰ Totuuden selvittämisen painopiste sijoittuu pakostakin tähän alioikeusmenettelyä edeltävään vaiheeseen; oikeudenkäynnin tullen arpa on jo heitetty, tiedustelu, etsinnät ja kuulustelut suoritettu, aika on kulunut.¹¹

⁹ Valaisevasti erit. Ekelöf IV s. 190. Ks. lisäksi R. Ellilä s. 68, 83 ja passim; T. Ellilä, Zeugenverhör s. 207; sama, SPL 1961 s. 43 ss.; Esitutkinta s. 100 ss.; L. Huttunen, PM 1955 s. 84 s.; Katila, Kriminaalitaktiikka s. 9 s.; Lehtola, Pakkokeinot prosessissa s. 4; Salmiala, DL 1954 s. 114 ss.; Fahlander, Kriminaltattik och kriminalteknik s. 61; Bratholm, TKrV 1965 s. 1 ss.; sama, Lov og Rett 1968 s. 289; Innstilling s. 257; Trolle, Procedure i Straffesager s. 85 ss. — Kysymyspiiriä valottava laaja mannermainen kirjallisuus, jonka yleiskatsauksellinen huomioiminen ei ole mahdollista, on tässä yhteydessä sivuutettava.

¹⁰ Näin Esitutkintatoimikunnan mietintö (1964) s. 5; Esitutkinta s. 7; Luonnos 31.7.1977 s. 18.

¹¹ Kysymykseen onko esitutkinta »totuuden hetki» vai onko päinvastoin myöhemmin seuraava oikeudenkäynti se vaihe, jossa mahdolliset esitutkintavirheet oikaistaan ja totuus selvitetään, on meillä yleensä vastattu edellisen vaihtoehdon mukaisesti. Ks. tämän johdosta Esitutkinta s. 19 s. Ks. lisäksi R. Ellilä s. 19; T. Ellilä, LM 1970 s. 649 (»esitutkinnassa tehtyjä virheitä on vaikea korjata oikeudenkäynnissä»); sama Zeugenverhör s. 219. — Että näin on laita, johtuu jo siitä, että tuomarilta yleensä puuttuu kriminalistinen koulutus. — Näkökohtaa, että aika, sen kuluminen, ei ole tutkintaviranomaisen puolella vaan häntä vastaan, painottaa myös Honkasalo, Nimismies rikostutkijana ja virallisena syyttäjänä s. 16. — Analogisesta tilanteesta ylimääräisessä muutoksenhaussa kuten edelliset Lager s. 192. — Ks. edelleen Alanko, Rikostutkimus I s. 108; Palmgren, NKÄ 1962 s. 179 ss.; Leche — Hagelberg, Kuulustelut rikosasioissa s. 11 ja 17; Lassen, Förundersökning i brottmål s. 84 ss.; Persson, Kriminalpolisväsendet s. 25 s. Mitä manner-eurooppalaiseen kirjallisuuteen tulee, siinäkin on vallitsevana näkökanta, jonka mukaan totuuden selvittämisen painopiste sijoittuu esitutkintaan. Näin ennen muita tämän kysymyksen ehkä etevin tuntija Peters; ks. lähemmin »Fehlerquellen im Strafprozess», 2. osa, s. 195; »Lehrbuch» s. 4, 145 ja 148; LM 1968 s. 680. Näin myös tunnettu wieniläinen kriminalisti Grassberger; ks. »Psychologie» s. 319 (»quod non ab initio valet, non tractu temporis convalescere potest»). Schmidt — Leichner, Juristentag s. 138, näkee tässä suorastaan vaaran,

Mitä edellä on sanottu todistelusta ja sen kohteesta, on sovittavissa vastaaviin todistamiskieltoihin. Siten alioikeusmenettelyssä noudatettavat todistusteemakiellot ovat sellaisinaan voimassa myös esitutkinnessa ja kääntäen. Alioikeusmenettelyssä noudatettavat todistuskeinokiellot ovat nekin yleensä voimassa myös valmistavassa tutkinnessa.¹² Tämän johdosta käy mahdolliseksi valottaa kysymystä esitutkintaviranomaisen tekemän virheen vaikutuksesta todisteen hyödyntämiskelpoisuuteen oikeudenkäynnissä samassa yhteydessä kuin käsitellään todistamiskieltoja alioikeusmenettelyssä (VI luku). Vasta todistelumetodikiellojen piirissä tapahtuu esitutkinнан ja varsinaisen oikeudenkäynnin kesken selvempää hajontaa: esitutkinnessa huomioitavilla todistelumetodikielloilla ei yleensä ole vastinetta alioikeusmenettelyssä. Kysymys on kuitenkin problemaattinen. Lukuun ottamatta varsinaisia esitutkintakuulusteluja rikostutkinnessa kysymykseen tulevat todistelumetodit edellyttävät yleensä tietyn rikostutkintavälineistön käyttämistä. Puheenalaiset välineet juuri ovat edellä mainittuja sui generis-tyyppisiä todistuskeinoja. Kysymys, onko vastaava mahdollinen todistamiskielto luokitettava todistelumetodikielloksi vai todistuskeinokielloksi, ei kuitenkaan ole tutkimustulosten kannalta relevantti.

Seuraavassa esityksessä tutkitaan esitutkintaviranomaisen (tai yksityishenkilön) virheellisin tavoin hankkimien todisteiden hyödyntämiskelpoisuutta myöhemmässä alioikeusmenettelyssä. Verrattuna VI luvussa käsiteltäviin kysymyksiin eroavuus kytkeytyy aineiston, so. itse kielto-tilanteiden laatuun. Nyt ovat tutkittavina tapaukset, jolloin esitutkinnessa tehty virhe on laadultaan sellainen, että sillä ei ole vastaavuutta

että ns. pääkäsittelystä tulee helposti esitutkinнан mekaaninen toisinto. Eri mieltä ovat *Eckert*, *ibid.* s. 94 (»Hauptverhandlung ist Stunde der Wahrheit.»); *Goeschen*, *ibid.* s. 84; ja *Ziegler* s. 24. Onkin myönnettävä, että nimenomaan esitutkintakuulustelujen emotionaalisuus on tekijä, joka saattaa aiheuttaa, että syytetty tai todistaja oikeudenkäynnissä, sen vapaammassa henkisessä ilmapiirissä, poikkeaa esitutkintaviranomaiselle antamastaan kertomuksesta — huomio, jonka ovat tehneet mm. *Ekelöf* V (1.p.) s. 122; ja *Andenaes*, *mt.* s. 229.

¹² Ks. tämän johdosta erit. v. 1973 *Ehdotus* esitutkintalaiksi 24 §:n lause: »Todistaja on kuitenkin samoin edellytyksin kuin todistaja oikeudenkäynnissä oikeutettu ja velvollinen kieltäytymään todistamasta, ilmaisemasta seikkaa, vastaamasta kysymykseen tahi antamasta liike- tai ammattisalaisuuden paljastavaa lausumaa.» — Kuten tekstissä lisäksi *R. Ellilä* s. 152 ja 207; *Helminen*, PM 1966 s. 821 ss.; *Okko*, PM 1960 s. 827 s.; *Tirkkonen*, Rp II s. 343. Toisin *Ylösjo*, Poliisioikeus I s. 188 av 4; ja varhemman oikeuden kannalta *Honkasalo*, *mt.* s. 16 s.

oikeudenkäynnissä. On aivan ilmeistä, että kieltotilanteen viitattu erityislaatuisuus perustuu esitutkintaviranomaisen käyttämän todistuskeinon tai todistelumetodin sisältämiin todistusteknisiin mahdollisuuksiin ja rajoituksiin ja siten viime sijassa kriminalistisiin näkökohtiin. Tässä suhteessa on edellä juuri todettu, että valmistavassa tutkinnassa joudutaan laajalti turvautumaan todistuskeinoihin ja metodeihin, joilla ei ole vastinetta varsinaisessa oikeudenkäynnissä.¹³

3. Periaatteellisesti eri tasolle sijoittuu kysymys yksityishenkilön suoritettaman oikeudenvastaisen todisteiden hankinnan vaikutuksesta mahdollisuuteen ottaa näin saatu todistelutulos huomioon todisteiden harkinnassa. Yksityishenkilö ei koskaan voi olla prosessuaalisen todistamiskiellon adressaattina.¹⁴ Tästä johtuen ei olisi täsmällistä puhua yksityishenkilön kiellonvastaisesti hankkimista todisteista. Ajatus yksityishenkilöstä todistamiskiellon so. todisteiden esittämiskiellon rikkojana on järjestelmän vastainen kuva, *contradictio in adjecto*. Mutta kun nyt ei käsitteellisesti ole kysymys todisteiden esittämiskiellon rikkomisesta, niin voidaananko korrektisti herättää kysymys mahdollisen hyödyntämiskiellon esiintymisestä? Vastaus on kielteinen. Vesialueen omistaja, joka aseella uhaten pakottaa luvatta kalastaneen kirjoittamaan tunnustuksen, menettelee kyllä oikeusjärjestykseen soveltumattomalla tavalla (arg. RL 25: 12) mutta ei riko todistamiskielloa. Sen sijaan tuomioistuim, joka ottaa vastaan tunnustusasiakirjan tietoisena sen saantitavasta, rikkoo todistamiskielloa eikä hyödyntämiskielloa. Virheen synty tapa tuo tämän tapausryhmän lähelle kysymystä esitutkintaviranomaisen kiellonvastaisen todistelutoimen seuraamuksista. Molempia osaongelmia yhdistävä piirre on virheellisen todisteiden saannin kronologinen sijoittuminen alioikeusmenettelyä edeltävään vaiheeseen ja joka tapuksessa »pääkäsittelyn» ulkopuolelle. Yhtäläisyyksiä voidaan ajatella esiintyvän myös käytetyn todistuskeinon tai todistelumetodin laadussa.

Toisessa yhteydessä¹⁵ esitettyyn liittyen on todettava, että oikeutemme kannalta ei näytä olevan tarpeen, järjestelmää rikkoen, olettaa itsenäisiä hyödyntämiskielloja, jotka eivät liity seuraamuksina edeltäneeseen todistamiskiellon vastaiseen menettelyyn. Merkitsee kyllä asiallisesti

¹³ Ks. tämän johdosta av 9 edellä olevaa esitystä. Eräiden lähikysymysten johdosta vrt. *Rørdam*, mt. s. 41.

¹⁴ Tästä edellä IV c—d.

¹⁵ IV d 2.

todisteen hyödyntämättä jättämistä, kun tuomioistuin torjuu yksityisen esittämän pakkoperäisen tunnustusasiakirjan. Kysymys ei kuitenkaan ole hyödyntämiskiellon asettamisesta vaan siitä, että oletettua tyyppiä olevissa tilanteissa todistamiskiellon soveltaminen tuottaa käytännöllisen tuloksen, joka ei jätä hyödyntämiskiellolle tehtävää. Todistamiskiellon tehoisaksi tekeminen, sen soveltaminen, on tällöin juuri hyödyntämisestä pidättymistä.

4. Tutkimuksen johdanto-osassa on luonnosteltu ja koottu yhteen ne yleiset perusteet, jotka voidaan esittää todisteiden hyödyntämiskieltojen ylläpitämisen puolesta.¹⁶ Tällainen argumenttien keruu olisi tarpeetonta, mikäli todistamiskiellon rikkomiseen liittyisi aina — esimerkiksi lakiin sisältyvän yleislausekkeen nojalla — todisteen hyödyntämiskielto. Objektiivinen oikeustila on meillä kuitenkin se, että todistamiskieltoon liittyy hyödyntämiskielto »määrätapauksissa». Tämä perusteeksi on tarkoitus todentaa tässä sekä seuraavassa, todistamiskieltoja alioikeusmenettelyssä käsittelevässä luvussa. Toisaalta on korostettava sitä, että hyödyntämiskiellot eivät ole ajatusvälttämättömyys. Kun edellä on lausuttu, että todistamiskiellolla tavoiteltu oikeushyvän suojaus vaatii kiellonvastaisesti saadun todistelutuloksen hyödyntämisen estämistä, niin voidaan esittää eräs vastaväite. Tarkasteltaessa prosessioikeuden normeja eri instituutiot käsittävänä kokonaisuutena on sanottava, että lain määräyksiä yleensä tarkoin noudatetaan silloinkin — ja tämä on ehdoton pääsääntö —, kun lainvastaista menettelyä ei ole sanktioitu *prosessuaalisin* seuraamuksin. Kokonaisuutena normijärjestelmä on siksi tehokas, että käytännön tuomitsemistoiminnassa prosessilain määräysten noudattamatta jättäminen on perin harvinaista;¹⁷ kantelu ja tuomionpurku prosessuaalisen virheen oikaisemiseksi ovat juristeillekin vieraaksi jääneitä oikeuskeinoja. Näin ollen voidaan perustellusti olettaa, että käytännön prosessielämässä todistamiskiellot sellaisinaankin, so. ilman hyödyntämiskieltosanktiota johtaisivat siihen, mitä niiden logiikka edellyttää: estä-

¹⁶ Ks. I 1 e 2.

¹⁷ Tekstissä lausuttu on saanut vaikutteita kelseniläisestä näkemyksestä, jonka mukaan yksittäisen normin kohdalla riittää vähimmäistehokin kunhan järjestelmä kokonaisuudessaan toimii tyydyttävästi. Yleisessä muodossaan kysymys on kuitenkin problemaattinen. Vrt. tämän johdosta *Savigny*, *Prinzipienfragen* (1846) s. 99, jossa lähinnä oikeushistoriallisten havaintojen perusteella katsotaan, että ainoa tyydyttävä tapa varmentaa menettelysäännösten noudattaminen on liittää väärinmenettelyyn mitättömyystehoste.

mään virheellisen todistelun ja siten välillisesti oikeudellisen virheen rasittaman todisteiden harkinnan.

Esitetyn perusteella voitaisiin väittää, että prosessielämässä »tultaisiin toimeen» ilman hyödyntämiskieltoja. Odotettavissa oleva todisteiden harkinnan muuttuminen kehityksen myötä yhä järkipäisemmäksi, jopa tieteelliseksi, epäilemättä sekin tulee vähentämään hyödyntämiskieltojen ylläpitämisen tarvetta. Sen sijaan ei voida yhtyä niihin epäilyihin, joita on esitetty hyödyntämiskieltojen mahdollisuudesta korjata kerran tehdyn virheen vaikutuksia, ja *tällä* perusteella leimata hyödyntämiskielto tarpeettomiksi.¹⁸ Päin vastoin on tähdennettävä, että kun tuomioistuin jättää virheellisesti saadun todistelutuloksen huomioon ottamatta, tällä seikalla on tietty ensivirhettä korjaava vaikutus.¹⁹ Kokonaisuutena hyödyntämiskielto merkitsevät prosessijärjestyksessä ilmeistä edistysaskelta.²⁰

5. Toisessa yhteydessä on kiinnitetty huomiota siihen, että hyödyntämiskieltojen tehoisaksi tekeminen on psykologisesti vaikeaa: aistein havaittua ja elämyksellisesti koettua on vaikea pyyhkiä mielestä.²¹ Mutta hyödyntämiskielto eivät aiheuta hankaluuksia yksinomaan tuomarille. Esitutkintaviranomainen, joka rikosselvittelyn intressissä joutuu puuttumaan yksilön intiimipiiriin, saattaa jäädä täysin epätietoiseksi siitä, saako hän käyttää hyväkseen asianomaisen henkilökohtaista päiväkirjaa tai muita yksityisiä muistiinpanoja. Hänen on ehkä varauduttava siihen, että vasta tuomiossa sanotaan viimeinen sana konkreettisen intiimipiiriin kajoamisen sallittisuudesta tai ei-sallittisuudesta.²² Tätä vastaan on huomautettava, että syytteenpanoviranomaisella on periaatteessa aina mahdollisuus harkita todistelun sallittisuutta poliisikäytännön ja kirjallisuudessa esitettyjen mielipiteiden pohjalta ennen kuin hän uskal-

¹⁸ Ekelöf IV s. 134. — Ks. tämän johdosta myös esitystä I 1 e 2 av 104 edellä.

¹⁹ Näin *Andenaes* s. 30; *sama*, Straffeprosessen s. 341. Ks. myös *Hassler*, *Bevisrätten* s. 35.

²⁰ Vrt. edellä IV c 2 av 45 jälkeen seur. esitystä.

²¹ Edellä I 1 e 4.

²² Epättydyttävästi *Goeschen*, *Juristentag* s. 83; *Händel*, *NJW* 1964 s. 1140; *Nüse* s. 287. — Prosessiteoreettisena näkökohtana on syytä lyhyesti todeta, että tekstissä edellytetyssä tapauksessa aineellinen oikeudenmukaisuus/-vastaisuus ja prosessuaalinen sallittisuus/kiellonvastaisuus epäilemättä peittävät toisensa. Tässä tapauksessa siis prosessilaki ei ole *lex specialis*. Vrt. nyt sanotun johdosta IV c 2, erit. av 47 seuraavaa esitystä.

tautuu kenties perusoikeuksia loukkaavaan todistuslähteen hyväksikäyttöön.²³ Silti hänen arviointinsa voi olla väärä. Tällöin hänellä on edessään, että tuomioistuin toteaa esitutkinnassa menetellyn todistamiskielon vastaisesti. Tuomioistuimen mainittu selitys ei kuitenkaan tee hyödyntämiskieltoa loogisesti determinoiduksi vaan seuraamuskysymys jää yhä avoimeksi. Eihän nimittäin todistamiskiellon rikkomisesta seuraa »automaattisesti» hyödyntämiskieltoa vaan tarpeen on harkinta in casu.

Edellä esitetty osoittaa, että poliisivirkamiehen ja syyttäjän näkökulmasta todisteiden hyödyntämiskieltoon liittyy jotakin vaikeasti ennakoitavaa ja laskematonta. Mutta tällainen epävarmuus leimaa lopulta suurinta osaa esitutkintaviranomaisen toiminnasta. Olkoonpa, että nimenomaan syyttämispäätös samoin kuin syytteestä luopuminenkin rinnastuvat monessa suhteessa tuomioon/tuomitsematta jättämiseen,²⁴ silti on korostettava, että esitutkinta ei ole oikeudellista ratkaisutoimintaa.²⁵ Tämä näkökohta on erityisen tärkeä. Väheksymättä sitä merkitystä, mikä hyödyntämiskielloilla on tuntemattomien virhelähteiden poistajana, niillä on tärkeänä tehtävänä estää esitutkintaa saamasta hallitsevaa asemaa oikeudenkäynnin kustannuksella. Totuuden selvittämisen ratkaisevat vaiheet sijoittuvat tosin esitutkintaan.²⁶ Mutta tämä asiantila ei vaikuta rikosoikeudenhoidon orgaanien sisäiseen tehtävien jakoon, jossa oikeudellisten kysymysten ratkaiseminen ja varsinainen lainkäyttö on tuomitsevan viranomaisen asiana. Oikeuden aate ja oikeusvarmuus vaativat, että prosessuaalinen kysymys kiellonvastaisesti saadun esitutkintatodisteen hyödyntämiskelpoisuudesta ratkaistaan vasta tuomitsevassa instanssissa.²⁷

²³ Sax, JZ 1965 s. 3.

²⁴ Ks. tästä av 27 olevia viittauksia.

²⁵ Sax, l.c. ibid. Ks. myös Skarstedt, Straffprocessuella tvångsmedel I s. 50: »Detta stadium utgör ... endast en inledning till något annat, som möjligen skall komma, möjligen också inte.»

²⁶ Silti on syytä korostaa Niesen (JZ 1953 s. 220) tavoin, että esitutkinnassa todistuskysymys on yhä avoin.

²⁷ Toisaalta olisi yksipuolista nähdä vastuun oikeusjärjestyksen ylläpitämisestä kuuluvan »periaatteessa» vain tuomitsevalle viranomaiselle. Siten esim. Halila (In dubio pro reo s. 300) toteaa aiheellisesti, että syyttämispäätös rinnastuu monessa suhteessa tuomioon. Tätä näkökantaa yleistäen voidaan sanoa, että oikeusvaltiossa virallinen syyttäjä on se oikeudenhoidon orgaani, josta ennen muita tulee »lain vartija». — Virallisen syyttäjän tehtävistä muutoin ks. Heu-

ab) Hyödyntämisiongelman ratkaisuperusteet

1. Eräässä *Norjan* korkeimman oikeuden ratkaistavaksi saatetussa jutussa²⁸ tuomioistuimen oli otettava kanta kysymykseen, miten tulee suhtautua murhajutussa annettuun tunnustukseen, jonka saamiseksi poliisi oli turvautunut shokkikäsittelyyn. Poliisi oli vienyt pidätetyn yöllä tekopaikalle, jossa tapahtumainkulku rekonstruointiin. Høyesterett katsoi, että poliisi oli menettelyllään syrjäyttänyt joukon rikoksesta epäillyn suojaksi annettuja oikeussäännöksiä. Rikosoikeudenhoidon tehtävä oli käsitetty tavalla, joka on norjalaiselle oikeuskäsitykselle vieras ja jota ei tässä maassa voida sietää, ratkaisussa sanottiin. Oikeus ei kuitenkaan tehnyt sitä johtopäätöstä, että tunnustus olisi ollut hyödyntämiskelvoton. Kokonaisuutena perustelu ei ole valaiseva eikä sisällä suuntaa antavaa periaatepohdintaa.²⁹

On merkille pantavaa, että *Saksan* oikeuskäytännössä esiintynyt analoginen tapaus on ratkaistu toisin. Poliisi oli uhannut viedä rikoksen tekijän, joka oli surmannut lapsensa, tekopaikalle ja näyttää hänelle ruumiin, ellei tekijä kertoisi rikoksen kulkua. Liittotuomioistuin piti poliisi-

man, Åklagarens uppgifter i kriminalprocessen s. 119 ss.; *Lithner*, TfR 1965 s. 85 ss.

Euroopan mannermaalla ja Yhdysvalloissa käyty syyttäjän roolia koskeva keskustelu sitoutuu sekin avoimesti ilmaistuihin arvokatsomuksiin. Todetaan, että yleisen valistustason nousun seurausilmiönä esitutkinta on tullut uudella tavalla oikeusyhteisön kiinnostuksen kohteeksi. Tässä mielessä on tapahtunut julkisuuskontrollin »uusi tuleminen». Ks. puheenalaisessa suhteessa *Seiler*, JBl 1965 s. 1; *Pelckmann*, Juristentag s. 88. Toivottavasti menneisyyteen kuuluu näkemys, jonka mukaan »tuomitsevat viranomaiset asuvat toisessa kerroksessa, jossa vallitsevat hioutuneet seurustelutavat, rikospoliisi alhaalla kellarikerroksessa, missä tavat ovat karkeammat» (*Radbruch*, Grenzen der Kriminalpolizei s. 126). Mutta ei liioin sovi unohtaa, että aina on ollut aikaansa edellä olleita miehiä, joiden oikeuseetos ei jää jälkeen tämän päivän valistuneesta mielipiteestä. Siten voidaan todeta, että juuri näkemyksen virallisesta syyttäjästä »lain vartijana» on jo *Savigny* (1779—1861) esittänyt.

²⁸ Rt. 1948 s. 46 s. Huomattakoon myös Rt. 1918 s. 684; vrt. seur. alav.

²⁹ *Bratholm* (s. 127) sanoo, että judikatuuri ylipäänsä jättää oikeustilan epäselväksi. Erityisesti prejudikaattitason oikeuskäytännön niukkuutta kuvaa se *Andenaesin* (s. 26) maininta, että ko. ratkaisu on ainoa hänen tuntemansa rikostuomio, joka koskee kysymystä saadaanko kiellonvastaisin kuulustelumetodein hankitut todisteet ottaa prosessissa huomioon. Vrt. tämän johdosta vastaavaa toteamusta Suomen oikeuskäytännön osalta; edellä I 1 c 1.

sin menettelyä StPO 136a §:n 1 momentin tarkoittamana tahdontoiminnan vapautta salpaavana kiusaamisena eikä rikoksesta epäillyn antamia lausumia saanut saman pykälän 3 momentin nojalla käyttää hyväksi.³⁰ Muitakin ratkaisuja on, joissa hyödyntämiskysymys on ratkaistu samaan suuntaan. Siten katsottiin esimerkiksi sen tosiasian, että kuulusteltavalla ei ollut ollut tunnustusta edeltäneinä 30 tuntina tilaisuutta nukkua, alentaneen tahdonvapautta siinä määrin, ettei väsyttämällä saatua tunnustusta saanut hyödyntää. Kirjallisuudessa on kuitenkin varoitettu suorittamasta näiden ratkaisujen perusteella yleistä.³¹

Selostetut ratkaisut kuvastavat hyödyntämisiongelman moniselkoisuutta. Saksan oikeudessa puheenalainen tilanne on tosin laissa säännöstetty siltä osin kuin kysymys on esitutkinnassa kielletyistä kuulustelumetodeista, mutta oikeuskäytännössä ratkaistaviksi valikoituvat tapaukset edustavat harvoin sellaista »perustyyppiä», joka takaisi sidotun ratkaisun suoraan viivaisena subsumtiona.³² Vastaava havainto voidaan tehdä *Sveitsin* oikeudesta. Aargaun rikosprosessilaki vuodelta 1958 sisältää määräyksen, jossa ilmaistun hyödyntämiskiellon suoranaisena esikuvana on ollut Saksan oikeuden vastaava järjestely. Zürichin rikosprosessilain 15 § määrää mitättömyys- ja hyödyntämiskiellotseuraamuksen todistajan ja asiantuntijan kuulustelusta ilmiannetun vahingoksi, milloin tekijälle tai hänen puolustajalleen ei ole vastoin 14 §:ää varattu tilaisuutta osallistua kuulusteluun. Kokonaisuutena oikeustila on kuitenkin täälläkin monessa suhteessa vakiintumaton.³³

2. Suomen voimassa oleva esitutkintalainsäädäntö vaikenee kysymyksestä, miten on meneteltävä todisteiden suhteen, jotka on hankittu lain määräyksiä rikkoen. Meillä vallitseva muodollinen oikeustila on tässä

³⁰ BGHSt. 15, 187; 17,364.

³¹ BGHSt. 13,60. — Kun *Jescheck* (s. 10) sanoo oikeuskäytännön lähtevän siitä, että todisteiden esittämiskielltoa vastaa »yleensä» hyödyntämiskiello, *Löwe—Rosenberg (Schäfer)*, *Strafprozessordnung* s. 170 av 125, kiistää näin olevan. Kuten edellinen myös *Schwarz — Kleinknecht*, *Strafprozessordnung* § 136 a Anm. 1 A d. — Ratkaisussa BGHSt. 19,331 liittotuomioistuin on nyttemmin lausunut, että säännöstämättömissä tilanteissa on tarpeen kasuistinen harkinta sen määrittämiseksi seuraako todistamiskiellon rikkomisesta hyödyntämiskiello.

³² *Grünwald*, *Juristentag* s. 90.

³³ Varsin edustava on niin ikään Bernin StPO 106 § siihen sisältyvine yksilöityine kuulustelutapakieltoineen. — Oikeustilaa selittävän kirjallisuuden osalta ks. *Hasler*, SchwJZ 1975 s. 62; *Hauser*, *Juristentag* s. 77; *sama*, SchwZStr 1972 s. 129 ss.; *Walder* s. 36 ss.

kohden yhdenmukainen muissa pohjoismaissa vallitsevan kanssa.³⁴ Valmistunut ehdotus esitutkintaa, puolustusta ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi laiksi vuodelta 1973 jättää kysymyksen merkinnän arvoisesti avoimeksi. Esitutkintalaista sittemmin (1976) laaditussa korjatussa ehdotuksessa seuraamuskysymys on samoin jätetty säännöstämättä. Kaikesta päättäen on tiedostettu, että oikeussäännösten mahdollisuudet hyödyntämiskysymyksen selkiinnyttämiseksi ovat kyseenalaiset ja että lakia tällöin kohtuuttomasti rasitettaisiin probleemilla, jonka lopultakin vaatimaton käytännöllinen merkitys ei välttämättä edellytä lainlaatijan toimenpidettä.³⁵ Toisin kuin seuraamuspuoleen lakiehdotus on sitä vastoin tuonut tunnusmerkistökysymykseen tarpeellista selvyyttä. Uudistetun ehdotuksen 25 § yksilöi kielletyt kuulustelumetodit, minkä ansiosta todistamiskiellon soveltamisala on määritettävissä entistä tarkemmin: »Tunnustuksen tai määrättyyn suuntaan käyvän lausunnon saamiseksi kuulusteltavalta ei saa käyttää tietoisesti vääriä tai harhaanjohtavia ilmoituksia, suostutteluja, lupauksia tai uskotteluja erityisistä eduista, uuvuttamista, uhkausta, pakkoa taikka muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja tai menettelytapoja.»³⁶

Tutkimuksen johdanto-osassa on skematisoivasti tarkasteltu niitä perusteita, jotka voidaan esittää hyödyntämiskieltojen ylläpitämisen tueksi.³⁷ Viitatus argumentit näyttävät yleensä vaativan sellaista lain soveltamista, että tuomioistuim ei saa käyttää hyväksi esitutkinnassa kiel-

³⁴ Pohjoismaiden prosessilakeihin ei toisin sanoen sisälly määräyksiä, jotka vastaisivat Saksan StPO 136 a §:n positivoimaa hyödyntämiskieltoa; *Andenaes* s. 26. Merkinnän arvoista on edelleen, että kysymys jätettäneen säädettävissäkin laissa normittamatta, ei vain Suomessa (vrt. esitystä tekstissä) vaan myös Norjassa, maassa jonka prosessioikeustiede on muita havaittavammin tiedostanut hyödyntämisongelman. Ks. nyt lausutun johdosta *Innstilling* s. 197.

³⁵ Näin *expressis verbis* Norjan *Innstilling*, *ibid.* Mitä Suomen lainvalmisteluaineistoon tulee, siitä etsii turhaan termiä »hyödyntämiskielto». Mahdollisuuteen, että tuomioistuim voi torjua kiellonvastaisen näytön, ei asiallisesti muutoinkaan viitata. Epäilyksiä ei silti saada olla siitä, että ongelma on tiedostettu, ovat-han oikeusoppineemme koskettelleet sitä tutkimuksen tasolla. Vrt. *kuitt. edellä* I 1 e 2 av 98.

³⁶ Vrt. Poliisin käskylehti N:o 5/16.7.1970 (siitä *edellä* II c 2 av 69), jossa annetut voimassa olevat poliisiohjeet eivät oleellisesti poikkea säännösehdoituksesta. Poliisitavan johdosta ks. myös *R. Ellilä* s. 260 av 78 i.f.

³⁷ I 1 e 2.

lonvastaisesti hankittuja todisteita. Virheen vaikutus on katkaistava. Lähemmän tarkastelun valossa lopputulos on kestävä. Se on ristiriidassa tutkimuksessa aksiomaattisesti esitetyn teesin kanssa, jonka mukaan hyödyntämiskielto-olot ovat poikkeusluonteisia.³⁸ Toiseksi hyödyntämisiongelman ratkaiseminen muka annettuina tulevien premissien pohjalta on metodisesti virheellistä. Ne argumentit (niistä käytetään merkintätapaa $a_1 \dots a_n$), jotka johdanto-osassa on esitetty hyödyntämiskieltojen perusteluksi, on saatu siten, että on pidetty silmällä kaikkia oletettavia tapauksia $T_1 \dots T_n$, joissa todistamiskieltoa rikotaan, eli kieltoilanteiden ekstensiota. Argumentit $a_1 \dots a_n$ ovat selvästi potentiaalisia siinä mielessä, että ilman nimenomaista havaintoa so. yksittäistapauksen laadun tutkimista ei tiedetä, aktualisoituvatko ne kaikki konkreettisesti tapauksessa T . Todellisuudessa kieltoilanteiden kesken vallitsee aina tietty varianssi siten että tapauksessa T_1 hyödyntämiskieltoa puoltavat esimerkiksi argumentit a_1 , a_2 ja a_3 kun taas tapauksessa T_2 tulevat kysymykseen a_3 ja a_4 . Vielä vähemmän on mahdollista asettaa vakioituja ehtoja hyödyntämiskieltoa vastaan puhuvien muuttujien esiintymiselle. Tapauksessa T_1 esiintyvä peruste x — esimerkiksi rikoksen erityinen vakavuus — vaatii, ettei todistetta jätetä hyödyntämättä. Tapauksessa T_2 peruste saattaa olla toinen, esimerkiksi tekijän syyllisyyden notorisuus. Siitä seikasta, että tunnetaan hyödyntämiskieltojen yleinen argumenttitausta, ei voida dedusoida esillä olevan tapauksen ratkaisua. Ne argumentit, ratkaisuperusteet, joiden pohjalta tuomari tässä ja nyt määrää prosessuaalisen seuraamuksen tai siitä pidättymisen, eivät tule hänelle siinä mielessä annettuina, että hän saisi käyttöönsä ikään kuin ennalta määrätyn tilavuusmitan täyttäviä suureita. Argumentit ovat (osaksi arvostuksenvaraisia) *harkintoja*; niillä ei voi laskea. Deduktiivinen argumentointi on tässä kuten muutoinkin mahdollon.³⁹

Suoritettu erittely antaa uutta tukea tutkimuksessa lähtökohtaisesti asetetulle teesille, jonka mukaan kilpailevista metodisista mahdollisuuksista — systemaattisesta ja pragmaattisesta — viimeksi mainittu on käyt-

³⁸ Pidettäessä silmällä pohjoismaista oikeuspiiriä kokonaisuudessaan, epäilyksiä ei voi olla sen suhteen, että tekstissä lausuttu soveltuu kaikkiin tämän alueen oikeusjärjestyksiin. Ks. tämän johdosta *Bolding*, SvJT 1953 s. 330; *Brat-holm*, Lov og Rett 1968 s. 306; *Innstilling* s. 197; FT 1971/72 (A) s. 597 ss. (Retsplejerådet 15. 6. 1971).

³⁹ Vrt. *Eriksson*, JFT 1966 s. 463.

tökelpoisempi.⁴⁰ Ratkaisua ei tehdä annetuista premisseistä loogisesti ja abstraktisesti vaan metodi on arvostava ja konkreettinen. Kaikkiin tapauksiin soveltuvaa yleistä kaavaa ei ole olemassa. Käsitys yleisestä ratkaisukaavasta on harhainen yhtä hyvin siinä muodossa, että luullaan voitavan osoittaa yksi ainoa argumentti, jonka toteutuminen määrää oikeusseuraamuksen, kuin vaatimuksena useamman kuin yhden ehdon toteutumisesta oikeusseuraamuksen edellytyksenä.⁴¹

Edellä esitetyn valossa on ehkä odottamatonta, että ulkomaisessa oikeudessa on tehty useitakin yrityksiä probleemin ratkaisemiseksi yhden ainoan oikeusajatuksen pohjalta. Näistä on epäilemättä tunnetuin *Saksan* liittotuomioistuimen kehittämä ns. oikeuspiiriteoria. Käsitystavalta on leimallista eron tekeminen sen mukaan, palveleeko se oikeuslause, jota todisteiden hankinnassa on rikottu, syytetyn »oikeuspiiriin» suojaa vai muita intressejä. Ratkaisut, joissa linjanveto on suoritettu, eivät tosin ole koskeneet hyödyntämiskysymystä; osaksi on osoitettavissa etäinen yhteys tähän probleemiin. Kysymyksenasettelu, joka tämän asemesta on esiintynyt, on koskenut »revisiomoiteoikeutta». Prosessiosallisilla ei ole — niin sanoo teoria — mitään yleistä oikeutta moittia revision tietä minkä tahansa normin rikkomista, johon tuomio perustuu. Pikemminkin on jokaisen määräyksen kohdalla tutkittava, ulottaako sen rikkominen vaikutuksensa valituksen esittäjän oikeuspiiriin vai edustaako loukkaus hänelle vain toisarvoista tai merkityksetöntä seikkaa.⁴²

Eberhard Schmidt on kohdistanut »oikeuspiiriteoriaan» revisiomoiteoikeuden teoriana vakuuttavan kritiikin.⁴³ Arvosteluun yhtyy muiden

⁴⁰ Ks. tämän johdosta esitystä I 1 e 2 av 105 edellä.

⁴¹ Kuten tekstissä nimenomaisesti *Andenaes* s. 24 ss.; *sama*, Straffeprosessen s. 336 ss.; *Bratholm*, passim; *sama*, Lov og Rett 1968 s. 306 s.; *Rørdam*, mt. s. 43 ja 55; *Kern—Roxin* s. 101; *Hasler*, l.c. ibid.; *Walder* s. 59. — Toisin erit. *Heuman*, SvJT 1955 s. 237: Tuomioistuin on oikeutettu ja *velvollinen* (kurs. tässä) torjumaan todisteen sen arvoon katsomatta (vain niissä) tapauksissa, joissa todiste on hankittu tavalla joka on vastoin RB:n tahi muun prosessuaalisen lain nimenomaista määräystä.

⁴² BGHSt. 1,34; 11,213; 17,245. — Prosessitieteessä tähän judikatuuriin liittyvät *Häussling* s. 104 ss.; ja *Kleinknecht*, Juristentag s. 81. — Metodisessa suhteessa on huomattava, että vieraan maan oikeustapausten analyysistä on yleensä pidättäydettävä; *Makkonen* s. 11. Kun tästä vaatimuksesta on tekstissä poikettu, se perustuu yksin kotimaisen judikatuurin vähyyteen.

⁴³ JZ 1958 s. 596 ss.

ohella *Grünwald*. Hän tosin antaa teorialle tunnustusta siitä, että se aivan oikein kytkee moiteoikeuskysymyksen ja hyödyntämisiongelman yhteen; sillä jos todiste on hyödynnetty kiellonvastaisesti, aina on voitava moittia. Mutta samalla hän kiinnittää huomiota siihen, että jos on rikottu esimerkiksi todistamiskieltoa, joka myöntää lähiomaiselle vaitiolo-oikeuden, virhe johtaa hyödyntämiskieltoon ja perustaa moiteoikeuden vaikka normi suojaa sukulaista eikä syytettyä. Liittotuomioistuimen sanat, että syytetyn revisiomoiteoikeus on käsillä silloin ja vain silloin, kun loukattu oikeuslause koskettaa oleellisesti hänen oikeuspiiriään, on sen tähden käännettävä teesiksi, jonka mukaan todistetta hankittaessa tapahtunut prosessuaalinen virhe tekee todisteen silloin hyödyntämiskelvottomaksi, kun määräys koskettaa oleellisesti hänen oikeuspiiriään.⁴⁴ — Mutta teorian heikkoudeksi jää yhä, että se tähtää problematiikan yleiseen ratkaisuun ja tällöin yhden ainoa näkökohdan pohjalta.

Yritys kehittää oikeuspiiriteoriasta hyödyntämisiongelman yleinen ratkaisuväline ei ole onnistunut edes siinä modifioidussa muodossa, jossa *Sax* on puheenalaisen teorian omaksunut. Varsinaisesti uutta on mainittu tutkijan suorittama »syytetyn oikeuspiirin» uudelleen määrittely. »Syytetyn oikeuspiirillä» *Sax* tarkoittaa syytetyllä siitä olevaa intressiä, että häntä vastaan käydään oikeutta oikeusvaltiollisissa muodoissa. Tämän mukaisesti todistelua rajoittavan määräyksen rikkominen aiheuttaa hyödyntämiskiellon aina milloin tapahtunut virhe vaarantaa menettelyn oikeusvaltiollisuuden.⁴⁵ — Saksan oikeudessa katsotaan tosin vakiintuneesti, että syytetyllä on oikeus vaatia, että häntä vastaan käydään oikeutta prosessilain tunnustamisissa muodoissa.⁴⁶ Mutta kuten *Klug* huomauttaa, mainittu seikka ei yksinään perusta syytetylle moiteoikeutta kaikissa kiellonvastaisuustapauksissa. Tärkeämpää on kiinnittää huo-

⁴⁴ »Beweisverbote» s. 490.

⁴⁵ KMR Vorb. 2. vor § 48.

⁴⁶ *Alsberg* — *Nüse* s. 205 av 28; *Jescheck* s. 8; *Klug* s. 45; *Niese*, mt. s. 223; *Peters* s. 128 ja 134; *Spendel* s. 1108. — Huomattakoon, että kosketeltu kysymys ei kytkeydy ahtaasti kansalliseen prosessijärjestykseen. Todellisuudessa nimittäin kysymyksenasettelu: onko prosessisubjektilla oikeus tulla käsitellyksi prosessilain edellyttämässä muodoissa? lähes samaistuu Englannin oikeudesta lähteneeseen »fair process» -ajatuksen (asiallisesti samoin *Nüse* s. 286). Kuten tutkimuksessa on todettu (III 1 bb 2 ja 2 1), tämä prosessiajatus on valloittanut maailman. Aivan eri asia on, eikä tule tässä lähemmin tarkasteltavaksi, että kansallinen prosessilaki voi olla ristiriidassa fair trial-ihanteen kanssa.

miota siihen, suojaako todistamiskiellon asettava normi välittömästi syytetyn etuja, kuten alkuperäisteoria tekeekin.⁴⁷

Esitetystä kritiikistä huolimatta käsitys hyödyntämiskiellosta rikosprosessin oikeusvaltiollisuuden eräänä takeena sisältää paljon arvokasta. On vain nähtävä, että yksinään tämäkin näkökohta on riittämätön hyödyntämisoingelman ratkaisuperusteeksi. Siten ei liioin voida yhtyä Nüsen mielipiteeseen, jonka mukaan todisteen hyödyntämisestä on luovuttava vain silloin, kun todisteen saanti konkreettisesti tapauksessa loukkaa räikeästi oikeusvaltiollisia periaatteita.⁴⁸

Petersin järjestelmälle, jota on toisessa yhteydessä jo valotettu, on ominaista normikategorioiden muodostaminen pitäen perusteena rikosprosessuaalisten määräysten välillä vallitsevaa »luonnollista porrastusta». Todistusoikeydelliset muotomääräykset (Beweisregelung) ohjaavat todistelun kulkua. Niiden tehtävänä ei ole todisteiden poissuljenta siten kuin todistamiskiellojen. Ne ovat *lex imperfecta* - luonteisia eikä niiden rikkomiseen liity prosessuaalista sanktiota. Tämä ominaisuus kuuluu todistamiskielloille. Olipa todistamiskiello tyypiltään »Beweisverfahrensverbot» tai vahvempiasteisesti »Beweisverfolgungsverbot», sen rikkomiseen liittyy aina hyödyntämiskiello.⁴⁹

Järjestelmässä herättää epäilyksiä jo se seikka, että se pyrkii määrittämään virheellisuuden seuraukset ennalta. Luokitus ei liioin ole käsitteellisesti puhdas. Lukeehan Peters todistusoikeydellisiin muotomääräyksiin myös määräyksiä, jotka säännöstyvät todisteiden hankkimisen sallittavuusedellytykset.⁵⁰ Mutta puheenalaiset oikeuslauseet täyttävät jo ne tunnusmerkit, jotka on asetettu »todistelumenettelykiellojen» (Beweisverfahrensverbot) alaryhmälle. Lähellä onkin ajatus, että Petersin jäsentely perustuu viime kädessä siihen kuinka vakavaksi kulloisenkin oikeuslauseen rikkominen koetaan. Kysymyksessä näyttäisi siten olevan kul-

⁴⁷ Klug s. 39, 43 ja 45.

⁴⁸ Alsberg — Nüse s. 105 av 46 a. — Myöhemmässä tuotannossaan Nüse on selvästi modifioinut kantaansa pragmaattisemman ratkaisumethodin hyväksi; Ks. »Beweisverbote» s. 281 ss.

Tässä yhteydessä mainittakoon myös Osmerin, Umfang s. 10 ss., metodinen lähtökohta: Tutkimustulokset kehitellään yksin siitä argumentista lähtien, että rikosten syytteeseen paneminen on valtion siveellinen tehtävä; siksi vastaavasti rikostutkinnan on tapahduttava eettisesti moitteettomin menetelmin.

⁴⁹ Peters s. 97 — Ks. ko. järjestelmästä myös esitetystä II c 1 av 48 edellä.

⁵⁰ Ks. tämän johdosta erit. Grünwaldin (s. 492) esittämää kritiikkiä. Vrt. lisäksi edellä II b 1 olevaa esitystä.

loisenkin oikeudenloukkauksen vakavuuden mukaan suoritettu porrastus. Tämä sinänsä huomionarvoinen näkökohta — todisteen saantiaktia rasittavan virheen laatu — on kuitenkin sekin vain yksi kriteeri, ja sen tarjoama ratkaisupohja on liian kapea soveltuakseen kaikkien hyödyntämistilanteiden arvostelemiseen.⁵¹

Muutoin käsityskanta, jota Petersin järjestelmä ilmentää — vastoin todistamiskieltoa suoritettun todistelun tuloksia ei saa koskaan ottaa huomioon todisteiden harkinnassa — esiintyi jo *Belingillä*. Uudemmassa tieteisopissa sillä on ollut vain yksittäisiä kannattajia. Jo mainitun *Saxin* ohella — hänen mukaansa hyödyntämiskielto on todistamiskiellon *edellytys* eikä vasta sen seuraus — kannattaa huomioida *Spendelin* puhealaisessa suhteessa omaksuma jyrkkä asenne. Määräävänä premissinä on hänelläkin, että syytetyllä on oikeus vaatia prosessilain muotojen mukaisista menettelyä. Jotta todistamiskielloista ei tulisi lajistaan huonontunut harhakuva, niiden noudattamatta jättämisen on avattava tie revisioon. Samoin täytyy todistamiskiellon rikkomisen johtaa oikeudenvastaisesti saadun todistelutuloksen suhteen *todistustosiakielloon*; tässä suhteessa StPO 136 a §:n 3 momentin 2. virke on katsottava ilmaukseksi yleisestä oikeusseuraamuksesta.⁵²

Vallitseva mielipide, sellaisena kuin tieteisoppi ja liittotuomioistuimen käytäntö sitä ilmentävät, ei hyväksy katsomusta, jonka mukaan virheellisesti saatua näyttöä ei voi koskaan hyödyntää. Toisaalta hyödyntämiskieltoja ei pidetä välttämättä poikkeusluonteisina. Että oikeustila on kehitykselle avoin, sen osoittaa liittotuomioistuimen eräässä viimeaikaisessa ratkaisussaan esittämä näkökanta. Siinä korostetaan, että tapauksissa, joita ei ole huomioitu laissa, on tarpeen yksittäistutkinta sen ratkaisemiseksi, seuraako todistamiskiellon rikkomisesta hyödyntämiskielto.⁵³ Huomionarvoista on lisäksi tähän lausumaan sisältyvä ilmeinen myönnitys pragmaattisen ratkaisumetodin hyväksi.

Vertailutaustan laajentamiseksi saattaa olla valaisevaa perehtyä *Walderin* hyödyntämismatiikkaa *Sveitsin* oikeuden kannalta valottavaan esitykseen. Lähtökohtaa muodostava on toteamus, että yleensä

⁵¹ Vrt. II c 1. Petersin normierottelujen vakuuttamisvoiman ovat nimenomaisesti kiistäneet *Grünwald* s. 492 ja 501; *Henkel*, mt. s. 269; *Kleinknecht* s. 1544; *Kohlhaas* s. 288; *Löwe — Rosenberg (Schäfer)*, mt. s. 170; ja *Sarstedt* s. 27.

⁵² Ks. *Beling* s. 30 ss.; KMR Vorb. 2 vor § 48; *Spendel* s. 1108 verr. s. 1104.

⁵³ BGHSt. 19,331.

todistuskeino sellaisenaan, so. todistuskeinon erityinen laatu ei sulje pois siihen sisältyvän informaation hyväksikäyttöä. Poikkeuksen muodostavat henkilön salaisuuspiiriin liittyvät muistiinpanot, jotka jäävät takavarikon ulkopuolelle. Positiivisoikeudellisena perustana on tällöin Zürichin rikosprosessilain 102 §, joka vaatii asiakirjojen etsinnässä ja takavarikossa yksityisten salaisuuksien maksimaalista suojaamista. Muutoin virheellisyyden seurauksia on arvosteltava osaksi eri tavoin riippuen siitä onko todiste hankittu esitutkintaviranomaisen vai yksityishenkilön toimesta. Merkitystä on edelleen sillä seikalla onko kysymyksessä »tärkeän oikeuden» vai pelkän järjestysmääräyksen rikkominen. Viimeksi mainittua tyyppiä oleva virhe ei aiheuta prosessuaalista hyödyntämiskelvottomuutta. Säännöstämättömien tilanteiden osalta mainittu tutkija suosittaa ratkaistavaksi tapaus tapaukselta onko prosessuaalinen virhe niin räikeä, että kiellonvastaaisesti esitettyä todistetta ei saa käyttää hyväksi.⁵⁴ — Tämän johdosta herää kuitenkin epäilyksiä, kelpaako virheen laatu, joka jälleen on vain yksi tunnusmerkki, yleispäteväksi ratkaisukriteeriksi.

Kokonaisuutena edellä oleva katsaus tutkittavan kysymyksen dokumentointina on siinä suhteessa epäedustava, ettei se osoita positiivisesti ongelman tyydyttävää lähestymistapaa. Esitetty aineisto on valtaosaltaan painottunut siten, että se sisältää niin sanotusti opillisen tulostaseen voittoa ilmaisemattomat sivut. Problematiikan edelleen valottamisessa sillä on merkitystä lähinnä poissuljentojen mahdollistajana. Tutkimuksen kannalta ei kylläkään ole toisarvoista, että voidaan osoittaa mitkä ratkaisu ehdotukset eivät ole tyydyttävästi perusteltavissa. Tällöin joudutaan joka tapauksessa suorittamaan kysymyksenasetteluja, jotka täsmentävät tutkittavan ongelman ääriviivoja ja paljastavat systemaattisesti merkittäviä yhteyksiä. Mitä tulee eriytyneempiin systematisointeihin siten kuin saksalaisessa kirjallisuudessa osaksi on tehty, niin meidän oikeutemme kannalta menettelytapa ei vaikuta tarkoituksenmukaiselta. Pidettäessä silmällä todistamiskieltoja lepotilassa — puhtaina todisteiden esittämiskieltoina — aineiston systematisointi, siten kuin tutkimuksessa on teh-

⁵⁴ SchwZStR 1966 s. 36 ss., erit. s. 59. — Prosessiteoreettisesti huomion-arvoinen on mainitun tutkijan omaksuma lähtökohta »*Rechtswidrig* (kurs. tässä) *erlangte Beweismittel im Strafprozess*». Kuten tutkimuksessa on toisaalla (IV c 2) ilmennyt, probleemin asettelu on tällöin periaatteessa onnistuneempi kuin oletus kiellonvastaaisesti saaduista todistuskeinoista. Viimeksi edellytetty kysymyksenasettelu rajaa virhetilanteet ahtaasti prosessin »sisäpuoliseen» tilaan.

tykin, epäilemättä edistää tutkittavien kysymysten avautumista.⁵⁵ Toisin hyödyntämiskieltojen kohdalla; niiden jakaminen *Klugin* tavoin abso-luuttisiin ja relatiivisiin hämärtää niiden poikkeusluonteisuutta ja on pragmaattiselle ratkaisuasenteelle vieras.⁵⁶

Tähänastinen viitetausta on epäilemättä riittävä osoittamaan, että hyödyntämisiongelmaa ei pidä lähestyä ankaran lakipositivistisessä hengessä. Laajoja perusteluja esittämättä voidaan siten katsoa, että se lopputulos, johon *Ruotsin* oikeuden osalta *Heuman* on päätenyt, ei ole kestävä. Mainittu tutkija lausuu, että tuomioistuin on oikeutettu ja velvollinen torjumaan todisteen sen arvoon katsomatta vain niissä tapauksissa, joissa todiste on hankittu tavalla, joka sotii nimenomaista RB:n tai muun prosessuaalisen lain määräystä vastaan.⁵⁷ — Niin pian kuin siirrytään ahtaasti todistelutekniikan piiriin rajoittuvien kysymysten ulkopuolelle, ollaan jo arvosidonnaisten probleemien edessä. Arvostusten lausumista karttavan prosessiteorian on täällä tyydyttävä esittämään yleistyksiä, joilla ei ole todistusjärjestelmässä mainittavaa relevanssia.^{57a} *Heumanin* kannanotto ansaitseekin huomiota lähinnä *Ruotsin* — ja yleensä pohjoismaisen — oikeuden perussuuntauksen ilmentäjänä, siinä kun selvästi edellytetään

⁵⁵ Vrt. edellä II a.

⁵⁶ Hyödyntämiskieltojen erityistä luokittelua vastaan puhuu edelleen se näkö-kohta, että kysymys on norminvastaisen menettelyn seuraamuksista. Tässä kat-sannossa termiä »hyödyntämiskielto» voidaan pitää hämäännyttävänä. Kuten tässä luvussa toisaalla (av 8 edellä) on todettu, kysymys ei ole siitä, että tuomari olisi kiellon kohteena. Oikeimmiten hän (tahi joku toinen rikosoikeuden hoidon orgaani) on jo ollut erään (todisteiden esittämisen-) kiellon kohteena.

⁵⁷ SvJT 1955 s. 237.

^{57a} *Bettermann*, JBl 1972 s. 57, tosin pitää kiinni käsityksestä, jonka mukaan prosessioikeus näyttää olevan yksi positivismiin viimeisiä jäänteitä. Pitäisikö siis vastaavasti prosessiteoriaa harjoittaa ankaran positivistisessä hengessä? Suomen prosessioikeustieteessä vaikuttanut tutkimusperinne ei jätä epätietoiseksi sen suhteen miten prosessioikeutta on meillä vakiintuneesti tutkittu. On kyllä oikein katsoa *Tirkkosen* tavoin, että »prosessioikeuden ja siis myös rikosprosessioikeuden ylimpänä periaatteena on tarkoituksenmukaisuus» (Rp I s. 81; vrt. *Hormia*, LM 1971 s. 160: oikeusjärjestyksen ylimmät periaatteet oikeellisuus, oikeusvarmuus ja tarkoituksenmukaisuus). Mutta samanaikaisesti on välttämätöntä korostaa proses-sioikeuden siteitä aineelliseen oikeuteen, sen tehtävää viimeksi mainitun toteutta-jana. Tässä tutkimuksessa on jo valmistavan probleemin asettelun tasolla (I 1 a 1) lausuttu, että rikosprosessia hallitsee oikeellisuuden periaate, oikeuden aate. Näin ei ole ollut aina. Oikeuskehityksen historiallisina alkuaikoina prosessi oli itse-hakuinen, sisään päin suuntautunut. Tästä johtui, että prosessin oli oltava tarkoi-tuksenmukainen. Mutta valistusaika toi prosessiin ulkoprosessuaalisia arvokate-

hyödyntämiskieltojen kuuluvan oikeudenkäyntijärjestyksen tuntemiin sanktiomuotoihin.⁵⁸

3. Kosketeltuja ratkaisuehdotuksia voidaan — »oikeuspiiriteoriaa» lukuun ottamatta — kritikoida siitä, että ne eivät tee oikeutta todistamiskieltoja kannattavalle tarkoituksajatukselle. Ne turvautuvat formalismiin ja luottavat »oikeusloogiseen» päättelyyn kysymyksissä, joiden yhteydessä tuomarin on uskaltauduttava itsenäisiin arvostuksiin ellei jopa käyttäytymään lainsäätäjän tavoin. Niissä voi nähdä muistumia kelseniläisestä käsityksestä lain soveltajasta erityisessä »sollen»-maailmassa, josta ei ole siltoja sosiaaliseen todellisuuteen. Ankarassa loogisuudessaan ne unohtuvat todistamiskieltojen »sisäisen» logiikan.⁵⁹

Katseen kääntäminen tähän uudella tavalla käsitetyyn loogisuuteen — se on eri maailmasta kuin filosofinen logistiikka — tuo etualalle todistamiskieltojen oikeuspoliittiset tavoitteet. Kuten oikeudelliset normit ylipäätään todistamiskiellotkaan eivät ole itsetarkoitus vaan yhteiskunnallisia tarkoituspieriä palvelevia välineitä. Ne ovat »lainsäätäjän» vastaus oikeusyhteisössä elintärkeiksi koettuihin intresseihin. Ne saavat mielekkyytensä siitä tehtävästä mikä niillä on oikeushyvän — yhden tai useamman — suojeluvälineinä. Hyödyntämisongelmaa lähestyttäessä on näin muodoin kiinnitettävä huomiota kulloisenkin oikeuslauseen ration

gorioita: vapaus ja ihmisarvo näyttäytyivät uusina päämäärinä (*Eb. Schmidt, Geschichte*, 3. painos, s. 269). Tämän kehityslinjan valossa olisi takaperoista jättää myöntämättä, että prosessioikeus on osa oikeuden kokonaisuutta. Oikeus vuorostaan on osa yhteiskuntakokonaisuutta. Kelseniläinen normativismi on prosessioikeudenkin palveluksessa metodisesti riittämätön.

⁵⁸ Pohjoismaisen prosessioikeustieteen oppihistoriasta puuttuu *Belingin* kaltaisen uranaukaisija, jonka kulttuuriteko toi todistamiskiellot yhtenä kokonaisuutena kansallisen oikeustieteen probleemitietoisuuteen. Mikäli täällä halutaan nimetä erityinen vaikuttaja, on sellaiseksi katsottava *Bratholm*, joka toi *hyödyntämiskiellot* tutkimuksen valokeilaan. Kun mainittu tutkija, voimatta osoittaa ketään varsinaista edelläkävijää, viittaa *Getzin* tutkimukseen (1903), niin viimeksi mainitun puheenalaisessa suhteessa esittämä perusteesi tavataan jo *Wredellä*: kelvottomien todistuskeinojen käyttö on estettävä vapaankin todistusteorian vallitessa. Ks. »Om bevisførelsens begrensning i straffesager» s. 307 verr. »Bevisrätten» s. 16. Oikeusvertailevassa suhteessa ks. *Rordam*, mt. s. 40, joka mainitsee, että *Tanskan* tieteisopissa ei vastaavaa periaatekeskustelua ole tähän mennessä osoitettavissa.

⁵⁹ Tähän yhteyteen soveltuvat hyvin *Alasen* (*Yleinen oikeustiede*, 1.p. s. 76) oikeudellisesta logiikasta lausumat sanat, joiden mukaan tämä on »teleologiikka». Vastaavasti todistamiskieltojen logiikka on niiden tarkoituksen etsimistä.

kysymällä »miksi todistamiskielto on annettu?» Kysymyksenasettelu palauttaa hyödyntämisiongelman ratkaisupremissit todistamiskieltojen oikeusperusteisiin. Tosiasiallisesti tätä edellyttää jo tutkimusaiheen jäsentely: tutkimuksen systematiikassa todistamiskieltojen oikeusperusteet näyttäytyvät »esikysymyksen» luonteisina.⁶⁰

Hahmoteltu lähestymistapa antaa hyödyntämiskysymyksen tarkastelulle tarpeellista probleemikeskeisyyttä. Metodisessa suhteessa nyt sanottu epäilemättä korostaa pragmaattisen tutkimusasenteen perusteltuisuutta. Kysymykseen tuleva päättely on oleellisesti sama jota kuvaavat nimitykset »teleologinen metodi» ja »intressivertailu.» Päättelylle on tällöin leimallista tietty kasuistisuus, joka ei lupaa »invariansseja» siinä määrin kuin »oikeuslooginen» metodi. Mainittu seikka on yhteydessä teleologiselle metodille ominaiseen arvostusperusteiden moneuteen. Dialektisessa argumentoinnissa, sellaisena kuin tarkoitushakuisesti suuntautunut juridiikka sitä käyttää, päättelyä määräävänä arvotaustana on oikeusjärjestyksen koko tarkoituskompleksi. Perinteisessä juridiikassa ylläpidetty käsitys arvostusten ja faktojen välisestä yhteensovittamattomasta erosta on tällöin voitettu.⁶¹

Esillä olevaan ongelmaan sovellettuna edellä sanottu näyttäisi vaativan sellaista menettelytapaa, että kysymys kiellonvastaisen todistelun oikeusseuraamuksista ratkaistaan aina useamman kuin yhden kriteerin perusteella. Yleisesti ottaen näinkin onkin asianlaita.⁶² Toisaalta ei olisi luontevaa korostaa todistamiskiellon ration merkitystä harkintaperusteena siten kuin edellä on tehty, ellei tämä näkökohta ansaitsisi huomiota yli muiden. Perusväittämäksi onkin postuloitava seuraava alun perin *Grünwaldin* esittämä teesi: Aina on tutkittava onko määräyksen suojelutarkoitus tehty lopullisesti tyhjäksi niin pian kuin sitä vastaan on rikottu vai tietäisikö vasta todistelutuloksen hyväksikäyttäminen suojatun intressin loukkaamisen täydentymistä tai syventymistä. Jos mitään peruuttamatonta ei ole tapahtunut, vallitsee *presumptio* saadun todistelutuloksen

⁶⁰ Vrt. III 1 a 1.

⁶¹ Pidettäessä silmällä nimenomaan oikeusteoriaa havaitaan se jatkuvasti suuri ajankohtaismerkitys, joka myönnetään *Brusiinin* perustavalle, tässäkin tutkimuksessa laajalti huomioidulle teokselle »Tuomarin harkinta normin puuttuessa»; ks. *Aarnio*, LM 1973 s. 346 ss. Tekstissä kosketellussa suhteessa huomionarvoinen on etenkin *Brusiinin* (mt. s. 149) näkemys siitä, että teleologisen metodin arvottamisperusteena on oikeusjärjestys kokonaisuudessaan, ts. koko sen tarkoituskompleksi.

⁶² Mainittua seikkaa korostaa etenkin *Innstilling*, s. 197.

hyödyntämiskelvottomuudesta, lopputulos, joka seuraa välittömästi asianomaisen määräyksen ratiosta. Jos sitä vastoin suojatun intressin loukkaus tyhjentyy tapahtuneeseen todistelurikkomukseen, on tarkattava esiintyykö tapauksessa mahdollisesti muita todistelutuloksen hyödyntämistä vastustavia piirteitä vai onko päin vastoin käsillä enää mitään intressiä, joka voisi estää totuuden tutkimisen.⁶³

Saavutettavien tulosten — konkreettisten ratkaisuehdotusten — kannalta käytetyn metodin merkitys on perustavaa laatua. Tämä on käynyt ilmi jo edellä. Erityisen selvästi mainittu seikka todentuu todistusteemakieltojen osa-alueella. Konstruktiiiviseen ajatteluun viehtynyt tutkija on valmis katsomaan, että todistusteemakieltojen osaluokassa 'lainsäätävä nimenomaisesti kieltää todisteiden hyödyntämisen'.⁶⁴ Tämän mukaisesti esimerkiksi OK 1:7:ssä mainitun tuomarin neuvottelu- ja äänestysalaisuuden hyväksikäyttäminen todisteena ei kävisi päinsä silloinkaan, kun todistajana kuultava sivullinen ilmaisee kuulopuheena tietoonsa saaman salaisuuden. Teleologisesti asennoitunut prosessiteoria ei pidä ratkaisua ennalta määrättynä yhtä vähän kuin se katsoo, että rikosprosessissa oikeudenvastaisesti ilmaistu OK 17:24,1:n 2. virkkeen mukainen liike tai ammattisalaisuus tulisi ilman muuta jättää todistusharkinnassa huomioon ottamatta.⁶⁵

⁶³ »Beweisverbote» s. 492 s. — Ajatus ratio legiksen korostuneesta merkityksestä hyödyntämisongelman ratkaisukriteerinä on siinä määrin elementaarinen, että olisi perusteetonta liittää vastaavaa ratkaisumetodia tietyn yksittäisen tutkijan nimeen. Kysymys on vain siitä, minkä painotuksen tutkija antaa suojeluajatukselle eri argumenttien joukossa ja kuinka selkeästi hän muotoilee kysymyksenasettelunsa. Tässä tutkimuksessa huomioiduista todistamiskieltoja käsitelleistä prosessualisteista tuskin ainoakaan on tyystin syrjäyttänyt päättelyssään ratio legistä; tämä olisi perustavanlaatuinen virhe. (Vrt. ko. suhteessa viimeksi Zipf, Strafprozessrecht s. 185: Liittyykö todistamiskieltoon hyödyntämiskielto, riippuu »aus dem Sinn und Zweck jedes Beweisverbots».) Todettakoon edelleen, että teleologinen päättelytapa nyt puheena olevan ongelman tarkastelussa näyttäisi olevan erityisesti pohjoismaisten juristien suosiossa. Tässä suhteessa edustava on etenkin seuraava lause (*Innstilling*, ibid.): »Hovedregelen bør visstnok vaere at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte.» Ks. myös *Rørdam*, mt. s. 42; *Seiler*, mt. s. 133.

⁶⁴ *Otto* s. 305. — Tässä tutkimuksessa on termin »todistustosiasiakielto» asemesta omaksuttu, vallitsevaan kielenkäyttöön liittyen, nimitys »todistusteemakielto» (I 1 c 2).

⁶⁵ Lähellä tekstissä esitettyä on *Seiler*, mt. s. 134.

Pääteltävän valinnan kiistämättömästä merkityksestä huolimatta on kysymyksiä, joiden yhteydessä tietty metodinen relativismi ja skeptisyys on paikallaan. Lopputulos on tällöin siksi ilmeinen, että tosiasiallisesti vallitseva oikeusvakaumus ei hyväksy muita vaihtoehtoja. Näin on laita ennen muuta tiettyjen »elementaaristen» todistelumetodikieltojen kohdalla. Erityisen räikeästi virheellisen todistelumetodin tapauksessa todistelutuloksen torjuminen on asianmukainen paheksumisreaktio. Siten voidaan, esimerkin mainitaksemme, aksiomaattisesti lähteä siitä, että tuomioistuimien ei saa ottaa todisteena huomioon viranomaisen kiduttamalla saamaa tunnustusta. Todisteen saantitapa ei tällöin ole virheellinen yksin prosessuaalisessa mielessä; kumulatiivisena virheperusteena vaikuttaa RL 25: 11. Väärinmenettely konstituoii tässä lainkohdassa mainitun rikoksen, tunnustukseen kiduttamisen. Lisäksi teko rikkoo kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan v. 1966 yleissopimuksen 7 artiklaa ja 10 artiklan 1 kappaletta vastaan.⁶⁶ Pakkoperäinen tunnustus on todisteena arvoton olipa se saatu suoranaisella pahoinpitelyllä tai hienostuneemilla kiusaamistavoilla, esimerkiksi ravinnotta pitämisellä tai pimeään huoneeseen sulkemisella.⁶⁷

Poliisikäytännössä esiintyvien tilanteiden lähempi tarkastelu asettaa hyödyntämiskiellon ylläpitämiselle ja soveltamiselle eräitä vaikeuksia.

Ensiksi on otettava huomioon näyttövaikeudet. Tässä suhteessa on sanottava, että poliisimielivaltaisuudet eivät varmasti ole niin yleisiä kuin lainrikkijat väittävät; mutta ne eivät varmasti ole myöskään niin harvinaisia kuin poliisivirkamiehet uskottelevat. Useimmissa tapauksissa, jolloin poliisi menettelee todella väkivaltaisesti, se tapahtuu siinä lujassa ja usein myös oikeassa uskossa, että väärinmenettelyä ei jälkeen päin onnistuta näyttämään toteen. Aika parantaa kuulusteltavan saamat muskelmat ja muut pahoinpitelyn jäljet, ja kun jälkeen päin on väite väitettävä vastaan, tuomari on taipuvainen uskomaan mieluummin viranomaista kuin syytettyä.⁶⁸ Kunnianhimoisinkaan kuulustelija ei toki halua ostaa

⁶⁷ Ks. tekstissä esitetyn johdosta myös HM 92 §:n 1 mom. ja 93 §:n 2 mom. Muutoin on tässäkin yhteydessä korostettava sitä seikkaa, että esitutkinnassa todistuskysymys on vielä avoin (vrt. av 26). Kuulustelutilanteessa ei yleensä vielä tiedetä, kenen kanssa ollaan tekemisissä. Esitutkintaa koskevan v. 1973 lakiehdotuksen 35 § ei kiellä tunnustukseen pakottamista vain siksi että tämä alentaisi valtion oikeudenhoidon arvoa vaan myös koska näin loukattaisiin kuulusteltavan ihmisarvoa. *Nemo tenetur se ipsum accusare*.

⁶⁸ Periaatteessa näin tuleekin menetellä. Oikeudessamme nimittäin vallit-

tunnustuspöytäkirjaa vapausrangaistuksen hinnalla. Rikosoikeudenkäynnit tunnustukseen kiduttamisen ja yleensäkin virassa tehtyjen väkivalta-rikosten johdosta ovat perin harvinaisia.⁶⁹ Väärinkäytökset eivät normaalisti näy asiakirjoista ja poliisivirkamiehet puolestaan ovat tunnustusti haluttomia todistamaan virkatovereitaan vastaan; tässä suhteessa oikeudenkäynti ei lupaa paljon. Näyttövaikeudet ulottuvat vähäisempiinkin laittomuuksiin. Sillä kuinka voidaan nähdä pöytäkirjasta onko ja missä olosuhteissa tarjottu savukkeita, esimerkiksi »palkinnoksi» auliisti tehdystä tunnustuksesta? Entä ilmaiseeko pöytäkirjan teksti murhasta epäillyn järkytyksen, jota tämä on tuntenut ruumiin luokse vietyä? Ja voidaanko pitää todennäköisenä, että kuulusteluviranomaisen kirjoittaa tunnontarkasti muistiin havaintonsa siitä, että kuulusteluhuoneen sokaisevat valot ja räikeät äänet ovat alentaneet rikoksesta epäillyn tahdonvoimaa?⁷⁰

Poliisikäytännön julkisivun taakse kätkeytyy, siten kuin edellä on esitetty, tietty määrä poliisin piilorikollisuutta. Salaan jäävä numero ei oloissamme kuitenkaan liene suuri. Tutkittavassa suhteessa on oleellista, että poliisimielivaltaisuuksien näyttövaikeudet eivät saa johtaa hyödynämiskielloista luopumiseen. Ne tuovat, kuten kaikki todistamisvaikeudet, vain esille kysymyksen todistustaakan jaosta mutta eivät periaatteessa

see *virheettömyysolettama*, jonka sisältönä on presumtio valtaoikeuksia käyttävän toiminnan oikeudenmukaisuudesta. Mainitun virheettömyysolettaman kumoaminen edellyttää säännönmukaisesti vastaanäytön prosessioikeuden todistuskeinojen avulla. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin vrt. *Madsen*, Juristen 1975 s. 489.

⁶⁹ Vuosittain annetaan maassamme rikosasioissa alioikeuksissa yhteensä yli 300.000 rangaistustuomiota ja -määräystä (lähde: Suomen virallinen tilasto XXIII B:110; Hki 1976). Kun jo oikeudenkäynnit poliisiviranomaisia vastaan ovat perin harvinaisia, väitettyjen väkivalta-rikosten johdosta annetut tuomiot ovat lähinnä erikoisuuksia ja herättävät julkisuudessa yleensä suurta huomiota. — Tähän yhteyteen liittyvänä mainittakoon Oikeuskanslerin kirje N:o 296/12.2. 1973: Tutkinnan suorittaminen asioissa, joissa poliisiin kuuluva on asianosaisena.

⁷⁰ Näiden esimerkkien valossa ei vaikuta aivan aiheettomalta varottaa yleisemminkin yliarvioimasta kuulustelupöytäkirjan todistusarvoa (*Ekelöf* V s. 139) etenkin kun pöytäkirjatekstin merkitys suomalaisessa rikosprosessissa on sellaisenaan suuri (*T. Ellilä*, Esitutkinnasta rikosasioissa s. 9). Problematiikkaa koskevasta keskustelusta muutoin ks. erit. *Kohlhaas* s. 288. Ks. lisäksi *Sarstedt* s. 22, joka pitää näyttövaikeuksia niin suurina, että ne antavat aiheen puhua poliisin piilorikollisuudesta. Ks. myös *Bratholm* s. 123; *Grünwald*, Juristentag s. 90; *Klug* s. 43; *Seiler*, mt. s. 129.

vaikuta normatiiviseen yhteyteen kiellonvastaisen todistelun ja prosessuaalisen sanktion välillä.⁷¹ Suureksi osaksi näyttövaikeudet kieltämättä ovat todellisia; täten ne osaltaan selittävät oikeustapausaineiston niukkuuden. Mutta osaksi näyttövaikeudet ovat etupäässä teoreettisia. Monesti näet pöytäkirja sittenkin todentaa poliisin virheellisen menettelyn, esimerkiksi kun kuulustelu on suoritettu öiseen aikaan tahi kohdehenkilöä suunnitelmallisesti uuvuttaen.⁷²

Toteamus, jonka mukaan näyttövaikeuksien reaali merkitys on vähäinen, mahdollistaa tutkittavan kysymyksen näkemisen uudessa valossa. Käytännön rikosoikeudenhoidossa ongelmana eivät ole näyttövaikeudet vaan oikeudelliset soveltamisvaikeudet. Kysymys on siitä, että esitutkijan (tai yksityishenkilön) väärinmenettely edustaa harvoin »perustyyppiä», oikeusjärjestykseen selvästi soveltumatonta toimenpidettä. Ehdottomana enemmistönä ovat tapaukset, jotka sijoittuvat lainmukaisuuden tulkinnanvaraisille äärialueille.⁷³ Hyödyntämisiongelman akuutiksi tulemisen edellytyksenä ei suinkaan ole, että on ikään kuin esikysymyksen luonteisesti ratkaistu kysymys, onko kuulusteluviranomaista rangaistava. Väärinkäytösten objektiivinen puoli on harvoin näin räikeä. Sama koskee esitutkijan subjektiivista syyllisyyttä; tavallista on, että kuulusteluviranomainen ei koe menettelleensä oikeudenvastaisesti.⁷⁴

Edellä esitetyn mukaisesti on kiellonvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämiskelpoisuutta harkittaessa kiinnitettävä huomiota siihen, onko hankkimisakti ollut virheelliseltä osaltaan tahallinen vai tuotta-

⁷¹ Grünwald, mt. ibid.

⁷² Se, että näin on laita, johtuu epäilemättä siitä, että »vähänkin huomattavammassa jutuissa kuulustelupöytäkirjat ovat hyviä»; T. Eulila, Todistelusta rikosasioissa s. 208. — Ks. myös esitutkintaa koskevan v. 1973 lakiehdotuksen 38 §:n 1 mom.: »Kuulustelusta on laadittava pöytäkirja (kuulustelupöytäkirja). Se on heti luettava kuulustellulle tai annettava hänen tarkastettavakseen. Häneltä on samalla kysyttävä, onko hänellä kertomuksensa kirjaamisen johdosta muistutettavaa. Myös sellainen muistutus, joka ei aiheuta muutosta, on merkitävä kuulustelupöytäkirjaan. Sen jälkeen ei pöytäkirjaa saa muuttaa.» — Kysymyksestä Saksassa käydystä keskustelusta ks. (av 70 mainitun kirjallisuuden lisäksi) esim. Koffka, Juristentag s. 95, joka pitää poliisimielivaltaisuuksien näyttövaikeuksia etupäässä teoreettisina.

⁷³ Grünwald, l.c. ibid.; Bratholm s. 112; Rørdam, mt. s. 40 s.

⁷⁴ Grünwald, mt. s. 91. — Hermes, mt. s. 33, huomauttaa siitä tärkeästä seikasta, että kuulusteluviranomaisen »tarkoitus» tai ylipäänsä hänen subjektiivinen syyllisyytensä on kysymys, joka ei millään tavoin vaikuta prosessioikeudellisen tunnusmerkistön edellyttämän menettelyn olemassaoloon.

muksellinen.⁷⁵ Vakavinta hyödyntämiskieltoihin turvautumiseen taivutettavaa pakotetta merkitsee, että poliisiväärinkäytöksistä on tullut osa esitutkinnan systeemiä. Tutkimuksessa on todettu, että tarkasteltavissa oikeuspiireissä mainitulla preventiivinäkökohdalla ei ole, Yhdysvaltain oikeutta lukuun ottamatta, oikeustodellisuuteen perustuvaa reaali-merkitystä.⁷⁶

Jos virhe aiheutuu kompetenssierehdyksestä, todisteen torjunta ei tule kysymykseen.⁷⁷ Erittäin tärkeä näkökohta kytkeytyy siihen, onko todisteen hankintaa rasittava virhe korjaamiskelpoinen. Tutkintaviranomainen, joka suorittaa etsinnän vaitiolovelvollisuuden sitoman lääkärin kodissa ja valmistaa sairaskertomuksesta valokopion, ei voi laskea saavansa esitetyksi todistetta oikeudelle. Takavarikon ja etsinnän aineellisten edellytysten kiertämiseen liittyy toisin sanoen hyödyntämiskielto.⁷⁸ Muodollisten edellytysten puuttumista on arvosteltava toisin. Poliisimies, joka suorittaa kotietsinnän ilman että toimenpide perustuisi konkreettiseen todistusteemaan (TakavarikkoL 12,1 §) ylittää kyllä toimivaltansa.⁷⁹ Jos hän tällöin sattuman ansiosta löytää esineen, joka voi antaa selvitystä konkreettisesta rikoksesta, esine saadaan takavarikoida ja tarvittaessa esittää oikeudelle. Muodollisesti uuden takavarikon määrääminen vaikuttaisi tarpeettomalta perinpohjaisuudelta.⁸⁰

Vastaväite, jolla *Sarstedt* arvostelee äskeistä päättelytapaa, ei ole vakuuttava. Mainittu tutkija epäilee käykö päinsä tehdä hypoteeseista

⁷⁵ *Bratholm* s. 119.

⁷⁶ Ks. I 1 e 2. — Hyödyntämiskieltojen käyttäminen väärinmenetelleen poliisiviranomaisen ojentamiseen, siten kuin Yhdysvalloissa tehdään, on antanut *Muellerille* (s. 49 s.) aiheen osoittaa menettelytavan psykologinen tehoisuus: Kuten suutari, näyttelijä tai lääkäri on poliisikin ylpeä työnsä tuloksesta. Hänen kohdallaan sen muodostavat hyvin ratkaistut, mieluummin tuomion kruunaamat rikostapaukset. Lähellä on kiusaus parantaa tätä tulosta kielletyin työnhelpoituksin, esim. lainvastaisin kuulusteluin. Tämän estämiseksi on kajottava väärinmenetelleen ylpeyteen. Häneltä on riistettävä työnsä hedelmät.

⁷⁷ *Bratholm* s. 123; *Harkjerr*, Lov og Rett 1962 s. 138.

⁷⁸ Vastakkaisessa tapauksessa päädyttäisiin nimittäin, kaikkea johdonmukaisuutta polkien, siihen, että takavarikon avulla voitaisiin mitätöntää vaitiolovelvollisuuden perustavat oikeussäännökset. Ks. tämän johdosta *Andenaes* s. 29; *sama*, Straffeprosessen s. 219; *Lous*, Sakførers taushetsplikt s. 87; *Bomgren*, TSA 1937 s. 229; *Rørdam*, mt. s. 43.

⁷⁹ Arg. TakavarikkoL 1,1 §.

⁸⁰ Näin *Walder* s. 57 s.

prosessuaalisten seuraamusten toteutumisen edellytyksiä.⁸¹ Tämän johdosta on korostettava, että kysymykseen tuleva ajatusoperaatio ei poikkea tavanomaisesta juridisesta kausaalisuusharkinnasta.⁸² Tutkittaessa, olisiko todisteiden esittämiskieltoa rikkoen saadut todistelutulokset voitu yhtä hyvin saada norminmukaisen menettelyn tietä, tehtävänä on selvittää, puuttuuko virheen ja tuloksen väliltä kausaliteetti. Kun siten asetetaan voimassa oloa koskeva (lähtökohtainen) väite »oikeudenloukkaukseen $\sim g(x)$ liittyy hyödyntämiskielto» on tehtävä seuraava varaus: Todiste on virheellisestä menettelystä huolimatta käytettävä hyväksi, jos se olisi voitu saada myös oikeudellisesti moitteettoman menettelyn tietä. Esimerkiksi voidaan valita lähimaisen kieltäytymisoikeus (OK 17:20). Jos häntä ei informoida vastaavasta privilegiosta, annettua lausumaa ei saa käyttää hyväksi todisteiden harkinnassa. Mutta se muuttuu hyödyntämiskelpoiseksi, jos todistaja selittää, että hän on kyllä tuntenut etuoikeutensa tai että hän olisi joka tapauksessa todistanut.⁸³

Yleensä lainvastaiseen menettelytapaan on suhtauduttava ankarammin suoranaisesti henkilöön — syytettyyn tai todistushenkilöön — kohdistuvana kuin tapahtuessaan esineellisen todistuskeinon hankkimisen yhteydessä.⁸⁴ Henkilöön kohdistuvia väärinmenettelyjä arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota syytetyn ja kolmannen henkilön aina relevanttiin eriarvoisuuteen. Sama toimenpide, esimerkiksi laitton kotietsintä tai perusteeton alistaminen lääkirintutkimukseen, on kolmanteen henkilöön kohdistuvana arveluttavampi asia kuin syytetyn vastaavasti väärä kohdeltu. *Bratholm*, joka on todennut mainitun henkilötahoon liittyvän eriarvoisuuden, esittää sen varauksen, että näissä tapauksissa *syytetyllä* tuskin on oikeutta vaatia todisteen torjumista, koska hän ei disponoinut todistuskeinosta ja hänen oli mielletävä mahdolliseksi, että todistaja tai muu kolmas henkilö suostuu tutkintaan.⁸⁵

⁸¹ »Beweisverbote» s. 23.

⁸² Kuten tekstissä *Klug* s. 46 s., joka huomauttaa, että tuomioistuinten täytyy muissakin yhteyksissä hallita tämän kaltaiset vaikeudet. Ennen muuta näin on tietenkin laita aineellisen rikosoikeuden edellyttämässä kausaalisuusharkinnassa. Prosessioikeudessa sama kysymys herää varsin tyypillisenä tutkittaessa perustuuko jutussa annettu ratkaisu käsittelyssä tapahtuneeseen menettelyvirheeseen; vrt. OK 31:1:n 4 kohta.

⁸³ *Grünwald* s. 495; *Nüse* s. 283; *Henkel*, *Strafverfahrensrecht* s. 272.

⁸⁴ *Bratholm*, l.c. *ibid*.

⁸⁵ *Ibid.* s. 120. — Puheena olevasta problematiikasta muutoin ks. I 1 f 1 av 146 edellä.

Kannanotto on periaatteellisesti merkittävä. Ensi katsomalta saa vaikutelman kätkeytyksi lausutusta ajatuksesta, jonka mukaan syytetyllä/prosessisubjektilla ei ole mitään yleistä oikeutta vaatia, että häntä käsitellään prosessilain edellyttämässä muodoissa. Ohjelmalauseen positiivinen sisältö olisi tällöin Saksan oikeudessa samasta kysymyksestä omakutun käsityksen suoranainen negaatio. On kuitenkin pidettävä selvänä, että näin jyrkästi eivät puheenalaiset kaksi oikeuspiiriä saata keskeisten prosessi-ihanteidensa puolesta poiketa toisistaan.⁸⁶ Havainto onkin oman sa herättämään epäilyksiä yleiseen muotoon formuloitujen prosessiperiaatteiden arvosta. Niiden ratkaisufunktio on vähäinen. Esillä olevassa kysymyksessä riittää, kun todetaan, että syytetty voi aina protestoida todisteen hyödyntämistä vastaan esittämällä prosessuaalisen väitteen todistelua rasittavasta virheestä.⁸⁷ Miten tuomioistuimien reagoi, määräytyy, kuten muulloinkin, konkreettisesti hyödyntämistapauksessa esiintyvien relevanttien asianhaarojen pohjalta. Tällöin on huomattava, että syytetyn/puolustusasianajajan esittämä muistutus on itsessään relevantti asianhaara, joka on päätöksenteossa otettava huomioon erityisenä lisäargumenttina: Mitä joutuisammin vetoaminen tiedossa olevaan virheperusteeseen tapahtuu, sitä vahvempi on muistutuksen arvo ja kääntäen.⁸⁸

⁸⁶ Edellä (av 46) on mainittu, että englantilaisesta oikeusmaailmasta lähtenyt fair process/trial -ajatus muodostaa kansallisia prosessijärjestyksiä po. suhteessa yhdenmukaistavan tekijän. Viittaus mahdollisuuteen, että kansallinen prosessilaki on ristiriidassa sanotun ajatuksen kanssa, ei tässä yhteydessä ole tosiasioiden vaatima. Ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan sopimuksen 6 I artikla edellyttää, että jokaisella on oikeus vaatia, että hänen asiansa käsittelyssä noudatetaan »fair hearing» -periaatetta. Sopimus on siihen liittyneitä valtioita valtionsisäisesti velvoittava. Ks. tämän johdosta »Menschenrechte» s. 159 (*Buergenthal*); *Castberg*, Den europeiske konvensjon om menneskerettighetene s. 114 verr. s. 24; *Guradze*, Menschenrechtskonvention Art. 6 rn 15.

⁸⁷ *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess s. 82: Tuomioistuimen tulee tosin viran puolesta kiinnittää huomiota tapahtuneeseen virheeseen mutta tämä ei sulje pois asianosaisen väiteoikeutta.

⁸⁸ Tekstissä esitetylle analoginen näkökohta on osoitettavissa rikosoikeuden piiristä tarkasteltaessa kysymystä asianomistajan syyteoikeuden käyttämisestä. Siten *Forsman* mainitsee (*Straffrättens allmänna lärar* s. 625), että mitä pitempi aika kuluu ennen kuin asianomistaja nostaa syytteen, sitä todennäköisempää on, että epäpuhtaasti motiivit ovat vaikuttaneet hänen päätöksensä. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Bratholm* s. 121; *Harkjerr*, mt. *ibid.*; *Rørdam*, mt. s. 49.

Kiellonvastaisesti saatujen todisteiden todistusvoima vaihtelee noudattaen asteikkoa, jossa esiintyvät kaikki vakuuttavuuden modaliteetit. *Bratholm* korottaa faktisen todistusvoiman ratkaisua määrääväksi perusteeksi. Hänen mukaansa todistusvoiman ja seuraamuskysymyksen välillä vallitsee yhteys siten, että todistusvoiman kasvaessa hyödyntämiskielto on vähemmän perusteltu ja kääntäen.⁸⁹ Katsomustavassa on paljon oikeaa. Onhan aineellisen totuuden periaate koko oikeudenkäyntiä hallitseva johtava ajatus, jonka säteilyvoima läpäisee useimmat alainstituutiot.⁹⁰ Näihin kuuluvat myös todistamiskiellot. Kuten tutkimuksessa on havaittu, ne eivät välttämättä edusta prosessin tarkoitukselle vierasta elementtiä. Valtaosalla todistamiskielloista on kahdensuuntainen funktio: osaksi konkreettisen prosessin tuolle puolen yltävä »etäisfunktio», osaksi todisteluteknisiä tarkoituseriä palveleva todistelun luotettavuuden edistäminen. Milloin yksittäistä todistamiskieltoa kannattavien oikeusperusteiden joukossa esiintyy tämä todistelutekninen näkökohta, on mielekästä, että sama aspekti otetaan huomioon vielä virheellisuuden seuraamusta punnittaessa. Se seikka sinänsä, että todiste on saatu kiellonvastaisesti, yleensä pudottaa todisteen näyttöarvoa.⁹¹ Tämän johdosta todistusvoimaa ilmaisevassa asteikossa esiintyy tiettyä kasautumista »heikkojen» todisteiden alueelle.

Viittaus virheellisen näytön vähentyneeseen todistusarvoon näyttäisi avaavan metodisen oikotien hyödyntämisiongelman ratkaisemiseen: Periaatteessa hyödyntämiskelvottomatkin todisteet hyväksyttäisiin indisioksi. Menettelytapa ei ole positiivisille oikeusjärjestyksille täysin tuntematon. Viitattakoon vain *Ranskan* oikeuteen, jossa vakiintuneesti katsotaan, että yksinpä poliisin pakottamalla saama tunnustus voidaan ottaa lukuun indisiona sikäli kuin muut todisteet sitä tukevat.⁹² Tosiasiallisesti menettelytapa johtaisi juuri siihen mikä hyödyntämiskielloilla on tarkoitus estää: täydelliseen hyödyntämismapauteen. Tämä puolestaan avaisi uusia

⁸⁹ Ibid. s. 120; *Rørdam*, mt. s. 42.

⁹⁰ Kuten tekstissä *Löhr*, Unmittelbarkeit s. 72.

⁹¹ *Leche* — *Hagelberg*, mt. s. 32 ss.; *Bratholm* s. 121. — Todettu seikka on tavallaan trivialiteetti. Onhan toisessa yhteydessä osoittautunut (I 1 e 2 av 123 edellä; III 1 ba 3 av 47 edellä), että kiellonvastaisin kuulustelumetodein saatu todistusaineisto on yleensä epäluotettavaa ja että on tapauksia, jolloin saadun aineiston yhteydessä ei voida puhua »todistus»aineistosta (I 1 e 2 av 133 edellä).

⁹² Ks. tämän johdosta I 1 e 2 av 121 edellä sekä III 1 bh 2 av 291 edellä.

virhelähteitä ja johtaisi oikeusturvaa vaarantavaan esitutkintavaltaisuuteen.⁹³

Hyödyntämisiongelman ratkaisuun vaikuttavana argumenttina edellä kosketeltu näkökohta — kiellonvastaisesti saadun todisteen vahvuus — palautuu aineellisen totuuden periaatteeseen. Totuuden selville saaminen on rikosprosessin praktinen tavoite. Puhtaasti prosessin sisäisestä näkökulmasta käsin aineellisen totuuden periaate näyttäytyy ylimpänä prosessiajatuksena. Asia nähdään toisessa valossa, kun prosessi suhteutetaan oikeusjärjestyksen kokonaiskenttään. Korkeimmaksi arvopäämääräksi nousee tällöin aineellisen oikeuden toteuttaminen, itse oikeuden aate. Tuomion viimesijaisena tavoitteena on juuri oikeuden aate, oikeellisuus.⁹⁴ Aineellista totuutta ei panna juristerian vakan alle vaan edistämään oikeellisuuden toteutumista. Oikeellisuuteen verrattuna aineellinen totuus edustaa eriytyneempää, esikysymyksen luonteista prosessi-periaatetta.

Yhtä lailla kuin hyödyntämisiongelman ratkaisu on ankkuroitunut aineellisen totuuden periaatteeseen ovat ratkaisua määräävät premis-

⁹³ Näin ennen muita *Ziegler* s. 44. Ks. puheenalaisessa suhteessa, ja myös yleisemmin, lisäksi *Donnedieu de Vabres*, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée* (1947) s. 728; *A. Hellwig*, *Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen* s. 66 ss.; *Aalto* s. 236; *Halila* s. 297 ja 304; *Wrede* s. 116; *Ekelöf* I s. 48; *Andenaes*, *Straffprosessens* s. 339; *Peters*, *Lehrbuch* s. 4 (väärä tunnustus ja esitutkinnan pitkäällisyys); *Sauer* s. 162; *Ziegler* s. 42.

⁹⁴ Sanottaessa, että prosessin sisäisestä näkökulmasta käsin aineellisen totuuden periaate näyttäytyy ylimpänä prosessiajatuksena (näin jo edellä I 1 a 1), epäilemättä todennetaan se toisessa yhteydessä (edellä av 57a) lausuttu teesi, jonka mukaan »rikosprosessioikeuden ylimpänä periaatteena on tarkoituksenmukaisuus» (*Tirkkonen*, Rp I s. 81). Vasta kun näkökulma laajennetaan käsittämään prosessin sisäisen tilan ohella sen aineellisen elämänalueen, josta prosessi nousee ja johon se tuomion kautta suuntautuu takaisin, etualalle kohoo oikeuden aate. Tällöin tarkoituksenmukaisuusperiaatteelle jää lähinnä välineellinen arvo oikeellisuuden edustaessa absoluuttista, viimesijaista arvopäämäärää. Vrt. tämän johdosta edellä I 1 a 1 av 1 kohdalla olevaa esitystä.

Oikeellisuudesta (*Gerechtigkeit*) juridisena periaatteena muutoin ks. *Brusiin*, *Tuomarin harkinta* s. 230 ss.; *Makkonen* s. 190; *Engisch*, mt. s. 129 ja 163; *Peters*, *Lehrbuch* s. 73 s.; *Sauer* s. 2, 20, 245, 258 s. ja 266; sekä edellä I 1 a 1 av 2 mainittua kirjallisuutta. — Mainittakoon, että *Alanen* (*Yleinen oikeustiede* s. 114) käyttää puheenalaisesta käsitteestä termiä »oikeudenmukaisuus». Tämän johdosta voitaisiin kenties sanoa, että mainittu termi herättää mielikuvan ajatusobjekteista, jotka yhdessä muodostavat sen, mikä on *oikeuden* mukaista, mm. juuri oikeellisuus ja tarkoituksenmukaisuus.

sit sidoksissa oikeellisuuden vaatimukseen. Sekä erityis- että yleisestä välttämättä kannalta olisi kestävämpiä, jos notorisesti syylliset välttyisivät rangaistukselta vain siitä syystä, että todiste on hankittu lainvastaisella tavalla.⁹⁵ Hyödyntämiskiellot eivät ole sitä varten, että niillä ojennettaisiin väärin menetellyttä poliisiviranomaista riistämällä häneltä hänen työnsä hedelmät. Oppi hyödyntämiskiellojen preventiivi- eli ojentamistehtävästä on heikosti perusteltu ja antaa lainrikkajalle ansaitsemattoman edun. Jos on syytä reagoida sen tavan johdosta, jolla esitutkintaviranomainen tai yksityishenkilö on hankkinut todisteet, vastuu on saatettava voimaan rangaistuksen tai muiden ei-prosessuaalisten sanktioiden muodossa. Rikosoikeuden eräänä tehtävänä on ruokkia primitiivisiä koston tunteita. Prosessioikeus ei saa kääntyä rikosoikeutta vastaan turhauttamalla nämä tunteet silloin kun kenelläkään ei ole epäilystä tekijän syyllisyydestä.⁹⁶

Muulloin, so. kun tekijän syyllisyydestä ei ole notorista näyttöä, on kiinnitettävä huomiota väitetyn rikoksen vakavuuteen. Yleisenä sääntönä on tällöin, että mitä törkeämpää rikosta syyte koskee, sitä ankarammat vaatimukset tulee asettaa todistelutuloksen hyödyntämättä jättämiselle. Hyödyntämiskiellon asettaminen on tietenkin erityisen arveluttavaa silloin, kun on syytä pelätä väitetyn tekijän jatkavan rikollista toimintaansa.⁹⁷

Mikä merkitys on sitten sillä seikalla, että oikeudenvastaisesti saadut todisteet koituisivat, jos ne otettaisiin huomioon, syytetyn eduksi? Tuli-

⁹⁵ *Bratholm* s. 116. — Ks. myös *Grünwald* s. 500 s.

⁹⁶ Ks. tämän johdosta *Rørdam*, mt. s. 40: Ei ole syytä tehdä hyödyntämiskielloista eräänlainen väärin menetelleen poliisin kasvatusväline. Toisin kuin Amerikassa Tanskan poliisikäytännössä esiintyneet epätydyttävyydet ovat harvoin johtuneet poliisin »pahasta tahdosta». Ks. lisäksi *Maguire* s. 124 s., joka oman maansa oikeutta arvostellen huomauttaa, että oppi poliisin kasvattamisesta riistämällä häneltä työnsä tuottama tyydytys antaa lainrikkajalle ansaitsemattoman edun. Ks. myös edellä I 1 e 2 av 115 ja 124 kohdalla olevaa esitystä; sekä V 1 ab 3 av 76. — Erityisesti tekstissä viitatus rikosoikeudellisesta aspektista ks. *Sarstedt* s. 23.

⁹⁷ Näin *Bratholm* s. 120; *Rørdam*, mt. s. 43; *Heinitz*, Juristentag s. 136 s.

Tanskan korkeimman oikeuden ratkaisemassa tapauksessa U. 1970.901 mainittu tuomioistuimien katsoi, että esitettyä avaintodistetta ei olisi pitänyt ottaa huomioon. Näin, koska oli näytetty, että esitutkinnassa oli laiminlyöty Rpl 807 §:n 3 mom. edellyttämä epäilyksenalaisen informointi hänelle kuuluvasta oikeudesta evätä vastine. Juttu koski *lievää* pahoinpitelyä (henkilö oli lyönyt toista kämmenellä kasvoihin).

siko todisteen hyväksikäyttämisen tällöin olla aina sallittua siten kuin *Otto* suosittaa?⁹⁸ Vai ratkeaako kysymys nytkin kulloinkin rikotun määräyksen suojelutarkoituksen perusteella, kuten *Grünwald* katsoo?⁹⁹ Tahi onko tyydyttävä *Andenaesin* tavoin — yksiselitteistä ratkaisua välttämällä — täsmentämättömyyden merkityksen antoon?¹⁰⁰

Oletettakoon, että poliisit ovat mukavuussyistä päättäneet saada »hankalan» lainrikkokojen A:n vähäksi aikaa vankilaan. A:ta on toistuvasti rangaistu väkijuomien luvattomasta mynnistä (AlkoholiL 85,1 §). Muodollisena kiinniottoperusteena on huvitilaisuudessa tapahtunut häiritsevä juopumus (L julkisista huvitilaisuuksista 19 §). Kuulusteluhuoneessa A:ta vaaditaan tunnustamaan, että hän on myynyt väkijuomia siviilipukuiselle etsivälle E:lle ja tehnyt hänelle, tämän näytettyä provosoidun teon jälkeen virkamerkkinsä, väkivaltaista vastarintaa. Laaditaan kuulustelupöytäkirja, johon A:n kertomuksena merkitään täysi tunnustus luvattomasta väkijuomien mynnistä ja virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta. Fyysistä pakkoa käyttäen A:lta saadaan nimikirjoitus pöytäkirjan konseptiin. E kertoo asioiden todellisen laidan vaimolleen. Tämä ilmaisee asian yksityisessä ripissä vankilapastori M:lle. Viimeksi mainitun neuvosta A haastaa hänet todistajaksi, jolloin M paljastaa tietonsa.

M:n todistajankertomus on vaitiolovelvollisuuden vastainen ja rikkoo todistamiskieltoa.¹⁰¹ Mutta epäilyksiä ei voi olla siitä, että annettu todistus on hyödyntämiskelpoinen. Tämä taas merkitsee, kuten vastaavissa tapauksissa muutoinkin, että tuomioistuin on *velvollinen* ottamaan annetun todistuksen huomioon. Lopputulos perustuu oleellisesti siihen, että kysymys on virheellisesti saadun näyttötuloksen hyödyntämisestä syytetyn eduksi. Itse oikeuden aate huipentuu siihen, ettei syytöntä tuomita.¹⁰²

⁹⁸ »Beweisverbote» s. 305.

⁹⁹ »Beweisverbote» s. 490, jossa samalla todetaan, että kysymyksen käytännöllinen merkitys on vähäinen.

¹⁰⁰ »Straffeprosessen» s. 337: 'Jotakin merkitystä voi olla silläkin seikalla, onko kysymys todisteiden hyödyntämisestä syytetyn eduksi vaiko häntä vastaan.' Vrt. kuit. jäljempänä av 103.

¹⁰¹ OK 17:23,2 verr. KirkkoL 75, 76 ja 102 §§.

¹⁰² Ks. esim. *Halila*, In dubio pro reo s. 290; *Salmiala*, DL 1961 s. 273; *sama*, DL 1963 s. 146; sekä erit. *Andenaes*, mt. s. 7: 'Ettei syytöntä tuomittaisi — siinä ehkä tärkein koko rikosprosessia hallitseva intressi.' Lähellä edellisiä vanhem-

Tarkasteltaessa todistamiskieltoja lepotilassa so. puhtaina todisteiden esittämiskieltoina, ne tosiasiallisesti avaavat mahdollisuuden, että syyllinen jää tuomitsematta taikka että syyttömälle määrätään rangaistus. Tämä perustuu juuri todistamiskieltojen ominaisuuteen totuuden tutkimisen rajoittajana. Mutta jos todistamiskiellon todistelua rajoittava ja jarruttava primäärivaikutus, niiden ehkäisytehtävä, pettää — normia rikotaan ja tietty asiantila saadaan sen seurauksena selville — ei ole mitään syytä miksi virheettömän prosessin aate pitäisi »pelastaa» oikeuden aatteen kustannuksella. Jos on oikeustajua loukkaavaa, että notorisesti syylliset välttävät rangaistukselta, niin a fortiori sitä on syyttömän tuomitseminen rangaistukseen vain sen vuoksi, että muodollisoikeudellinen puhdasoppisuus ei salli ulkoprosessuaalista asiantilaa vastaavaa tuomiota.

Kysymys virheellisesti hankitun todisteen hyödyntämisestä syytetyn eduksi on, kuten edellä on havaittu, ongelmaton silloin kun puheenalainen todiste muodostaa ratkaisevan avaintodisteen syyttömyyden puolesta. Oletettu tilanne havainnollistaa sitä tosiseikkaa, että ääritapaukset ovat yleensä selviä. Problemaattisempaa on arvostella oikeudenvastaisen näytön prosessuaalista käsittelyä, milloin saatu todiste tosin keventää syytetyn oikeusasemaa mutta ei riitä kumoamaan raskauttavan näytön todistusvaikutusta. Tuleeko oikeudenvastaisesti saatu, syytetyn eduksi koitua todiste aina ottaa huomioon lieventävänä asianhaarana? Myönteinen vaihtoehto on saanut prosessitieteessä huomattavaa kannatusta?¹⁰³ Tauno Ellilä on tarkastellut papin mahdollisuutta todistaa, kun salaripitetty on antanut siihen suostumuksen. Periaatteessa suostumus ei poista papin vaitiolovelvollisuutta. Ellilä katsoo kuitenkin, että suostumukseen pitäisi »tietyissä tapauksissa» kiinnittää huomiota ja perustelee kantaansa erityisesti favor defensionis-periaatteella. Merkille pantavaa

massa kirjallisuudessa *Nehrman*, *Processum Criminalem* s. 2. Ks. lisäksi edellä II b 2 av 36 mainittua kirjallisuutta.

¹⁰³ Ks. tämän johdosta *Andenaes* s. 30, joka — oppikirjassaan esittämästään näkökannasta osaksi poiketen — lausuu, että milloin kysymys on vaitiolovelvollisuutta rikkoen annetuista todistajankertomuksista, syytetyn hyväksi koituvina niiden hyödyntämiskelpoisuus määräytyy todennäköisesti toisin kuin häntä raskauttavina. Kantaansa mainittu tutkija perustelee Norjan (ja Tanskan) oikeuteen sisältyvillä nimenomaisilla lainmääräyksillä (strpl. 178,3 § ja 172 §; Rpl 169 §). Niiden mukaan vaitiolovelvollisuus raukeaa, milloin todistaminen on tarpeen estämään syyttömän rankaisemisen. Ks. myös *Bolding*, l.c. *ibid.*; *Ekelöf* IV s. 134; *Otto*, l.c. *ibid.*; *Seidel*, *Juristentag* s. 107. Vrt. toisaalta *Rupp* s. 180.

on, että mainittu tutkija pidättyy — epäilemättä täysin perustellusti — esittämästä kategorista ratkaisuehdotusta.¹⁰⁴

Oikeinta lienee nytkin, että vältetään esittämästä kaikki tapaukset kattavaa soveltamisohjetta. Onko oikeudenvastaisesti hankittu todiste hyödynnettävä syytetyn eduksi, ratkaistaan tapaus tapaukselta. Lopputulosta määräävien näkökohtien joukossa loukatun oikeuslauseen suoje-lutarkoitus omaa merkitystä yli muiden.

Omaksuttu kanta merkitsee sitä, että hyödyntämisiongelman ratkai-superusteet ovat oleellisesti samat olipa kysymyksessä syytetyn oikeus-asemaa raskauttava tai hänen edukseen koituva todistusaineisto. Tämän johdosta voidaan väittää, että esitetty ratkaisuehdotus ei ota huomioon rikosprosessia määräävää arvojärjestystä. Ettei syytöntä tuomita on tämän järjestyksen mukaan intressinä tärkeämpi kuin että syyllinen saa-tetaan edesvastuuseen. Esillä olevassa ongelmayhteydessä tällä seikalla ei ole merkitystä: Todistamiskiellot ja niitä täydentävät hyödyntämiskiellot eivät omaa tehtäväpiiriä, joka olisi suhteutettu mainittuun arvo-järjestykseen. Todistamiskieltojen ja hyödyntämiskieltojen tehtävänä on edistää aineellisen totuuden tavoittamista; vaikuttaako todistettava seikasto syytetyn oikeusasemaa raskauttavasti vai sitä keventävästi, on tällöin yhdentekevää. Useinkaan ei sitä paitsi edes voida arvioida, miten tietty todiste vaikuttaa; samakin todiste voi vaikuttaa milloin syytetyn eduksi, milloin vahingoksi.¹⁰⁵

Se seikka, että oikeudenvastaisesti saadun todisteen hyödyntäminen on tässä omaksutun kannan mukaan määrätapauksissa kielletty syytetyn eduksikin, ei välttämättä merkitse syytetylle oikeusvaaraa. On näet huomattava, että epätietoisuus aineellisoikeudellisesti relevantista tosisei-kasta ratkaistaan ex lege syytetyn eduksi *in dubio pro reo*-säännön nojalla.¹⁰⁶

¹⁰⁴ »Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano», 2. painos, s. 224 s. (vrt. 3. painos s. 246). — Todettakoon, että mainittu tutkija on sittemmin tarkistanut ja muuttanut favor defensionis-periaatteesta omaksumaansa käsitystä: »Nimitys 'puolustus-tuksen suosimis-periaate' ei ... anna täysin oikeaa kuvaa. Periaatteen mukaista ei ... ole yksipuolisesti suosia syytettyä. Oikeamman kokonaiskuvan antaisi ... 'syytetyn oikeusaseman tasoitus-periaate'.»; SPL 1972 s. 34. — Tähän on yhdyt-tävä.

¹⁰⁵ Dencker s. 74; Osmer, Umfang s. 99 ss.

¹⁰⁶ Kleinknecht s. 1543. Toisin Seiler, mt. s. 131.

4. Kokoavasti on oikeudenvastaisesti saatujen todisteiden hyödyntämiskelpoisuudesta sanottava seuraavaa.

Hyödyntämisiongelma on säännönmukaisesti useamman kuin yhden muuttujan funktio. Mainittu seikka on otettu päättelytavan valinnassa huomioon siten, että on käytetty eräänlaista *pro et contra* -argumentaatiota. Päättelylle on tällöin ominaista, että tietoisesti kartetaan esittämästä yksiselitteistä ratkaisua.¹⁰⁷ Ratkaisuehdotusten kiteyttämistä tärkeämpänä on pidetty, että osoitetaan ja konkretisoidaan ne harkintaperusteet, joiden vastakkainasettelu yksittäistapauksessa määrää ratkaisun sisällön.

Vain »ääritapaukset» ovat selviä (ihmisarvoa loukkaavat todistelumetodit; vastaajan notorinen syyllisyys/syyttömyys). Muulloin on lähökohdaksi otettava se oikeushyvä, jonka suojaksi todistamiskiello on asetettu, ja tutkittava, onko kysymyksessä oleva oikeushyvä riittävästi suojattu todistamiskiellon rikkomisesta huolimatta. Jos näin on laita, hyödyntämiskiellon ylläpitäminen ei ole tarpeen, elleivät yksittäistapauksessa vaikuttavat *muut* näkökohdat tee sitä perustelluksi. Edellä kosketeltu Saksan oikeudessa kehitetty »oikeuspiiriteoria» tarjoaa esimerkin yrityksestä toteuttaa tämä oikeusajatus ja tehdä siitä *yleinen* ratkaisukaava.¹⁰⁸

Edelleen saattaa todistamiskiellojen oikeusseuraamusten rajoittamiseen johtaa se näkökohta, että *korjaamiskelvoton* oikeudenloukkaus yleensä kumoaa sen intressin, joka muutoin vaatisi hyödyntämiskiellon ylläpitämistä. Stereotyyppistä tapausta edustavat tietyt vaitiolovelvollisuudet, joiden kohdalla salassa pidettävän seikaston ilmaiseminen usein riittää hyödyntämiskiellolta sen mielekkyyden.

Tiettyä osaa näyttelee se seikka, vallitseeko hyödyntämiskiellon akuutiksi tekevän oikeudenloukkauksen ja asiaan vaikuttavan todistelutuloksen kesken kausaliteetti. On asetettava hypoteesi, että todistelu on ollut prosessilain mukainen, ja tutkittava, onko täten ajatusoperaationa saatu todistelutulos yhdenmukainen konkreettisessa tapauksessa (virheellisesti) saadun kanssa.¹⁰⁹

Jokainen todistamiskiellon ilmaiseva oikeuslause on *intressivertailun* — voisi sanoa: intressien kamppailun — tulos. Yhtä lailla kuin kilpailu-

¹⁰⁷ Meyer, Dialektik im Strafprozess s. 20; Vilkkonen s. 233.

¹⁰⁸ Klug s. 39. — Ks. po. teoriasta edellä av 41 seuraavaa esitystä.

¹⁰⁹ Klug s. 39. — Vrt. tämän johdosta myös edellä av 82/3 kohdalla olevaa esitystä.

vien intressien vastakkaisuus muodostaa sen kasvualustan, jolta todisteiden esittämiskiellot nousevat, voi etujen vertailu olla myötävaikuttamassa oikeusseuraamusten rajoittamiseen.¹¹⁰

Rikosprosessuaalisena ajattelutapana etujen vastakkainasettelu — intressivertailu, kuten myös voidaan sanoa — osoittaa läheistä yhtäläisyyttä *oikeasuhtaisuusperiaatteen* kanssa. Tästä johtuen on hyvin ymmärrettävissä, että tiettyä kannatusta on saanut katsomussuunta, jonka mukaan keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuus muodostaa itsenäisen arvosteluperusteen hyödyntämisongelmaan vaikuttavien muuttujien joukossa. Oikeasuhtaisuusperiaatteesta on katsottu seuraavan, että muutoin hyödyntämiskelvoton potilaskortisto saataisiin käyttää hyväksi, kun on selvitettävä vakava henkirikos. Samoin on saatettu puoltaa narkoanalyyysin antamien tulosten hyödyntämistä »paatuneiden rikollisten tutkimisessa».¹¹¹ Mielipidesuuntaus perustuu käsitteiden sekaannukseen: Toisin kuin intressivertailun, oikeasuhtaisuusperiaatteen käyttöala on vain siellä, missä todisteita hankitaan, eikä siellä missä ne jo käsillä olevina ovat odottamassa mahdollista hyödyntämistä.¹¹²

Mikä merkitys on vihdoin sillä seikalla, että *syytetty* antaa *suostumuksen* oikeudenvastaisesti saadun todisteen hyödyntämiseen?

Näin muotoiltuna kysymyksenasettelu on perusteltu. On nimittäin jokseenkin alkeellinen tosiasia, että suostumus ei ole tehoisa harkittaessa todisteiden *esittämisen* sallittuisuutta. Rikoksesta epäilty ei siten voi tehoisasti antaa suostumusta esimerkiksi ihmisarvon vastaisten kuulustelumetodien käyttämiseen. Yleisemminkin asianlaita on se, että suostumuksella ei ole merkitystä harkittaessa pakkokeinojen käytön sallittuisuutta. Vastakkaisessa tapauksessa olisi aina olemassa vaara, että kuulusteluviranomainen *pakottaa* kuulusteltavalta suostumuksen.¹¹³ Prosessioikeuden normit ovat yleensä absoluuttisia ja sellaisina prosessisubjektien disponointivallan ulkopuolella. Erityisesti tämä pitää paikkansa todistamiskiellojen kohdalla; todisteiden esittämiskiellot ovat tyypillisesti »ankaraa oikeutta».

¹¹⁰ Klug s. 39 s.

¹¹¹ v. Mangoldt—Klein, Bonner Grundgesetz (2.p.) Art. I Anm. III 5.

¹¹² Ks. edellä III 2. Erityisesti tekstissä lausutun johdosta ks. myös Honig s. 39; Kohlhaas s. 289.

¹¹³ Ks. R. Ellilä s. 258; sama, LM 1952 s. 739 ss. (Kansainvälinen kriminalis-

Puheenalaisessa suhteessa hyödyntämiskiellot sijoittuvat eri tasolle. Prosessilaki ei säätele niiden toteutumisen edellytyksiä. Niiden esiintyminen kytkeytyy hämmentävän monikerroksiseen argumenttiaineistoon. Merkitykseltään määräävä on kulloinkin loukatun oikeuslauseen ratio, normin suojelusuuntaus. Milloin todistamiskielto — joko yksin tai muiden tarkoituserien ohella — suojaa syytetyn etuja, on todistamiskieltoa kannattavan tarkoitussajatuksen mukaista, että hyödyntämiskysymystä harkittaessa otetaan huomioon syytetyn ehkä antama suostumus virheelisen näytön vastaanottamiseen. *Kleinknecht* menee niin pitkälle, että katsoo syytetyn oletetussa tilanteessa voivan »poistaa todistamiskielton» antamalla suostumuksen todisteen hyödyntämiseen.¹¹⁴ Mielipide korostaa aivan oikein, että syytetylle puheenalaisessa suhteessa kuuluva vaikutusmahdollisuus on hyvin huomattava. Tämä vaikutusmahdollisuus voi olla jopa niin totaalinen, että syytetty voi tuomioistuinta sitovasti disponoida todistelutuloksesta.¹¹⁵ Analogisen tapauksen muodostaa syytetyn mahdollisuus tehdä täysi tai osittainen tunnustus. Juttua ei tosin tällöin voida ratkaista yksin syytetyn tahdonilmaisun perusteella; OK 17:4,2:n mukaan oikeuden on tutkittava, mikä vaikutus asianosaisen tunnustuksella on todisteenä oleva.

tikonferenssi Brysselissä 3—15. 12. 1951; juridisen osaston selonteko (s. 742 ss.), II 10 b: menetelmät, joita tutkintaelin ei saisi käyttää edes tutkittavan suostumuksin); *T. Ellilä*, Oikeudenkäyntivalhe s. 44 (»arveluttavia menettelytapoja ei ole hyväksyttävä edes tutkittavan suostumuksella»); *sama*, Esitutkinnasta rikosasioissa s. 18; *sama*, SvJT 1952 s. 809 s.; *Salmiala*, DL 1954 s. 114 ss.; *sama*, JFT 1954 s. 404; *sama*, NKÅ 1954 s. 96 i.f.; *Ekelöf* III s. 31; IV s. 192; *Heuman*, SvJT 1955 s. 231 s.; *Heuman—Lassen*, Brottets beivrande s. 12 s.; *Andenaes* s. 22; *sama*, Straffeprosessen s. 174 s. (vrt. kuitenkin s. 173); *Bratholm*, The right to lie s. 531 ss.; *sama*, TKrV 1965 s. 1 ss.; *Innstilling* s. 189 ja 251; *Hurwitz* s. 432; *Nuvolone* s. 85; *Roeder* s. 162 av 1; *Seiler*, mt. s. 128. Ks. myös V 1 bbb 3 av 339 edellä.

Vrt. tekstissä esitetyn johdosta dStPO 136 a III §:n 1. virke, jonka mukaan I ja II kohdissa lausuttu todistelumenetelmäkielto on voimassa epäillyn suostumukseen katsomatta; ja normin johdosta *Klug* s. 44: Määräyksen eräänä tarkoituksena on ennaltaehkäistä kuulusteluviranomaista pakottamasta epäiltyä antamaan suostumuksen.

¹¹⁴ Ei kuitenkaan tapauksissa, joissa laki nimenomaisesti edellyttää muuta. Kysymykseen tulee StPO 136 a III §:n 2. virke, jonka mukaan rikoksesta epäillyllä ei ylipäänsä ole disponointivaltaa saman pykälän 1 ja 2 momenttia rikkoen saatun todistelutulokseen kohdistuvaan hyödyntämiskieltoon nähden. Ks. lähemmin »Beweisverbote» s. 1543 s. Vrt. myös esitystä välittömästi tekstissä.

¹¹⁵ Ks. *Schäfer*, Strafprozessrecht s. 280 rn 26; sekä jäljempänä V 2 b 3.

ac) Etäisvaikutuksen probleemi

1. Todisteiden — täsmällisemmin ilmaisten: todistelutuloksen — hyödyntämiskielto on todistamiskiellon prosessuaalinen sanktio. Liittykö todistamiskieltoon mainittu tehoste, ratkaistaan lähtemällä kulloinkin loukatun oikeuslauseen ratiosta ja tutkimalla edelleen onko tapahtunut korjaamiskelvoton oikeudenloukkaus. Ellei mitään peruuttamatonta ole tapahtunut, on edelleen tarkattava aiheuttavatko kysymykseen tulevat muut näkökohdat, esimerkiksi oikeudenvastaisen todistelutavan erityiset kvaliteetit taikka syytteen laatu, että hyödyntämiskiellon asettaminen ei ole perusteltua. Pääsääntöisesti asianlaita on tämä; hyödyntämiskiellot ovat siten poikkeusluonteisia.

Hyödyntämisiongelma on täydellisesti rajattu vasta kun probleemin asettelussa otetaan huomioon kysymys hyödyntämiskiellon *ulottuvuudesta*.

Tarkasteltakoon todisteluaktia, esimerkiksi rikoksesta epäillyn esitutkintakuulustelua, kausaalisenä tapaussarjana. Primäärisenä todistelutuloksena on kuulusteltavan lausuma. Se on todistelun »välitön» seuraus, joka puolestaan vaikuttaa syynä (ajallisesti ja paikallisesti) etäisemmille ilmiöille. Lausuman perusteella saadaan esimerkiksi tietää, että henkilö A on silminnäkijätodistaja; taikka että murha-ase, jossa on rikoksesta epäillyn sormenjäljet, on kätkeyty henkilö B:n asuntoon; taikka että ruumis on upotettu yksinäisellä seudulla olevaan suohon. On ilmeistä, että mainittujen etäisempien todistuskeinojen merkitys rikoksen selvittämiseksi on ratkaisevaa laatua. Normaaliin kriminalistiseen käytäntöön tietenkin kuuluu, että tällaisten avaintodisteiden löytämiseen juuri pyritään.¹¹⁶

Oletettakoon, että äskeisessä esimerkissä todisteen alkuperäistä saantiaktia — rikoksesta epäillyn kuulustelua — rasittaa oikeudellisesti relevantti virhe. Rikoksesta epäillyn tahdonvoima oli murrettu kohdistamalla häneen fyysistä pakkoa tai hänen arvostelukykynsä ja minän kontrollinsa oli alennettu antamalla hänelle psykofarmakologista lääkevalmistetta. Primäärinen todistelutulos — kiellonvastaisesti saatu lausuma — on tällöin hyödyntämiskelvoton. Mutta miten on suhtauduttava lausuman seurauksena saatuihin »välillisiin» todistuskeinoihin? Oletettakoon edelleen, että murhasta epäillyn pojan äidille tehdyn kielletyn kysymyk-

¹¹⁶ Kysymyksenasettelun johdosta vrt. edellä I 1 e 2 av 132 seuraavaa esitystä.

sen perusteella — häntä ei ole informoitu kieltäytymisoikeudesta (OK 17: 28,2 ex anal.) — onnistutaan saamaan selville pojan olinpaikka ja tekovälineen kätköpaikka. Saavatko syytteeseenpanoviranomaiset käyttää hyväkseen tätä tietoa, jonka perusteella tekijä voitaisiin vangita ja tuomita rangaistukseen?¹¹⁷ Sama probleemi tulee eteen, kun sukupuolielämää kuvaavasta päiväkirjasta luetaan, että hotellissa on tapahtunut kohtaaminen. Saadaanko matkustajakortisto tarkastaa ja henkilökuntaan kuuluvaa A:tä kuulustella todistajana?

Suoritettu kysymyksenasettelu demonstroi ns. etäisvaikutuksen probleemia.¹¹⁸ Samassa merkityksessä näkee kirjallisuudessa puhuttavan »välillisen hyödyntämisen» ongelmasta, vaihtoehtoisesti myös »hyödyntämiskiellon kontinueetista».¹¹⁹ Mitä ilmaisia käytetäänkin, aina on kysymys siitä, ulottuuko hyödyntämiskielto primääriseen todistelutuloksen, esimerkiksi syytetyn lausuman, seurausvaikutuksiin.

2. Kannanmäärittely hyödyntämiskieltojen oletettuun etäisvaikutukseen muodostuu alun alkaen vaikeaksi sen johdosta, että voimassa olevaan esitutkintalainsäädäntöön ei sisälly todistelumenetelmäkietoja koskevaa yleissäännöstä. Esitutkintalakiehdotuksen 35 (25) § sisältää kyllä edustavan luettelon kielletyistä kuulustelumetodeista, mutta jättää kysymyksen virheellisen menettelyn seuraamuksista säännöstmättä. Teleologiselta laintulkinnalta, joka muutoin epäilemättä tulisi kysymykseen, puuttuu siten kohde.

Viitatuista vaikeuksista huolimatta saattaa teleologinen lähestymistapa silti olla hedelmällinen. Onhan koko tutkimusta hallitseva metodinen peruskaava niin sanotusti teleologinen: lähtökohtana ovat oikeusperusteet, todistamiskieltojen ratio legis.¹²⁰ Näin ymmärretty todista-

¹¹⁷ Vrt. Walder s. 46.

¹¹⁸ Oppihistoriallisessa suhteessa voitaneen uranaukaisijana pitää Kleinschrodia. Mainittu tutkija pitää hyödyntämiskelvottomina kaikkia sellaisen tunnistuksen seurauksia ja vaikutuksia (Folgen und Wirkungen), joka on saatu lupamalla lakiin perustumattomia etuja. Perustelukin on huomionarvoinen: On parempi, että rikoksentekijää kohdellaan lempeämmin kuin että sallittaisiin (sellaisen) menettelyn vahingoittaa tuomitsemistoiminnan arvonmukaisuutta ja luottamusta oikeudenhoitoon. Ks. Arch. d. CrimR., Bd. 1,2. (1799) s. 86 ss.

¹¹⁹ Terminologiasta ks. Rørdam, mt. s. 43 (»følgebeviser»); Baumann, Juris-tentag s. 108 (»Kontinuerlichkeit»); Jescheck s. 14 (»mittelbares Verwertungsverbot»); Klug s. 46 (»Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots»); Otto s. 293 s. (»mittelbare Verwertung»); Peters s. 99 (»Kettenreaktion»).

¹²⁰ Vrt. III 1 a 1.

miskieltojen »sisäinen logiikka» tekee hyödyntämiskiellon perustelluksi, milloin mainittu tehoste estää suojatun intressin loukkauksen täydentymisen.¹²¹ Tässä tehtävässä on hyödyntämiskieltojen mielekkyys. Ajatustenkehittely jäisi keskeneräiseksi, ellei kysyttäisi, onko konkreettisen hyödyntämiskiellon tarkoitukselle tehty oikeutta, jos sanktio rajoitetaan ensin saatuun todistelutulokseen ulottamatta sitä menettelyvirheen kokonaistulokseen.

OK 17: 20:n mukaan todistaja saa kieltäytyä todistamasta, milloin hän on lainkohdan ilmaiseudessa sukulaisuussuhteessa asianosaiseen. 24 §:n nojalla hänellä on oikeus vaieta, jos hän ei voisi todistaa saattamatta syytteen vaaraan itseään tai toista, joka on häneen sellaisessa suhteessa kuin 20 §:ssä on sanottu. Jos edellytetään, että näitä todistamiskieltoja periaatteessa tehostetaan hyödyntämiskielloin, niin suojatun intressin loukkaus täydentyy yhtä lailla hyödynnettiinpä itse kiellonvastaisesti saatu lausuma tai todistuskappale, josta ei tiedetty ennen kuin se lausumassa paljastettiin.¹²²

Esitutkinnassa on — toistaiseksi vain tavanomaisen oikeuden nojalla — kielletty käyttämästä valtion rikosoikeudenhoidolle arvottomia ja ihmisarvon vastaisia kuulustelukeinoja. Hyödyntämiskielto on, kuten *Reino Ellilä* lausuu, tämän periaatteen ajanmukainen jatko.¹²³ On helppo demonstroida, että hyödyntämiskielto menettäisi paljon arvostaan, jos se

¹²¹ Ks. tämän johdosta edellä av 59 kohdalla olevaa ja sitä seuraavaa esitystä. — *Itävallan* oikeudessa todistuskeinokieltoa rikkoen suoritettut todistelu-toimet ovat yleensä mitättömiä (nichtig). Sellaisina ne eivät saata tuottaa hyödyntämiskelpoisia todistelutuloksia. Toisaalta tämän maan rikosprosessilaista puuttuu Saksan StPO 136 a §:n edellyttämän hyödyntämiskiellon vastine. *Seiler* (mt. s. 134) pitää vastaavaa normitusta de lege ferenda välttämättömänä, sillä epäilyksenalaisen oikeuksien loukkaus syvenyy täyteen vaikutukseensa vasta jos oikeudenvastaisesti (rechtswidrig) saadut todistuskeinot käytetään todistelussa hyväksi. Asiallisesti nyt esitetty merkitsee sitä, että Itävallan oikeus jo de lege lata edellyttää hyödyntämiskieltojen käyttöä jopa laajemmin kuin Saksan ja Pohjoismaiden prosessijärjestykset. Ks. po. suhteessa myös *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 345.

¹²² Vrt. puheenalaisessa suhteessa *Grünwald* s. 492, 497 s. ja 500; *Peters* s. 98 s.; *Schütz*, Die Verletzung des § 55 StPO als Revisionsgrund s. 94 s.; *Sendler* s. 44 ss.; *Hauser* s. 156 ss.; *Walder* s. 47; sekä probleemin asettelun kannalta erit. *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 345 s.: Hyödyntämiskieltojen logiikka saattaa kyllä vaatia etäisvaikutuksen tunnustamista. Eri asia on, että prosessuaalisia probleemoja ratkaistaessa logiikan on useinkin annettava uhri käytännöllisille välttämättömyyksille.

¹²³ »Liikenne-rikosten tutkintaopin perusteet» s. 258.

rajoittuisi välittömiin todistelutuloksiin, esimerkiksi kuulusteltavan lausumaan. Käytännöllisten tulosten kannalta on ratkaisevaa, konstruoidaanko ero lausuman kautta saadun *tiedon* oletetun tai luulotellun sallitun hyödyntämisen ja epäilyksittä ei-sallitun (tiedon välittävän) *lausuman* hyödyntämisen välillä.¹²⁴ Tällöin näet hyödyntämiskiellosta tulee tehoton sen seurauksena, että kuulusteltavaa pahoinpitelemällä saatujen tosiasiatietojen so. lausuman asemesta otetaan huomioon »vain» nuo tosiasiat: rikoksen tekovälineet, tekopaikalle unohdettu nenäliina, maahan jääneet jalanjäljet jne. Lopputulos on sama: kuulustelumetodiellon rikkominen johti »menestykseen».

Käytännön rikostutkija, joka tietää voivansa mitätöidä hyödyntämiskielion sen aineiston avulla, jonka hän saa »myrkyllisen puun hedelmistä»,¹²⁵ joutuu ehkä vaikeaan motivaatiotilanteeseen. Hänellehän ei riitä, että hän pakottaa rikoksesta epäillyltä tunnustuksen. Hänen on päin vastoin jatkettava ja kovennettava kuulusteltavan kiusaamista saadaksesen käsiinsä (etäisempiä) todisteita, jotka varmasti menevät oikeudessa läpi.¹²⁶ Onko valtion suotava väärin menetelleelle organilleen »menestyksellisen» toiminnan tuottama tyydytys? Näin kysyttäessä on muistettava, että joskus voivat jopa rikosoikeudelliset ja kurinpidollisekin mahdollisuudet raueta tyhjiin; näin milloin tutkintaviranomaista ei voida kuoleman, paon, syyntakeettomuuden tai sairauden vuoksi panna edes vastuuseen.¹²⁷

Esitetyt etäisvaikutusta puoltavat argumentit ovat osaksi sen laatuksia, ettei niitä voida ilman muuta sivuuttaa. Valtio tunnustaa ylläpitämänsä oikeusjärjestyksen eri tasoilla, ettei rikoksesta epäilty ole velvolinen myötävaikuttamaan omaan tuomitsemisensa. Hyödyntämiskielto, silloin kun se tulee kysymykseen tämän vapauslauseen loukkaamisen sanktiona, perustuu oleellisesti näkökohtaan, että valtio ei saa laajentaa ihmisoikeuksien loukkaamisen sietämättömiksi koettuja seurauksia. Näin

¹²⁴ Tämä on *Spendelin* puheenalaisessa suhteessa esittämä perusteeksi. Ks. »Beweisverbote» s. 1105; ja JuS 1964 s. 471. Perustelujen ja lopputuloksen suhteen asiallisesti samoin *Kohlhaas* s. 291.

¹²⁵ Mainitun alun perin amerikkalaisesta prosessikäytännöstä ja -tieteestä lähteneen metaforan johdosta ks. edellä I 1 e 2 av 135 kohdalla olevaa esitystä ja sanottu alav. Ks. myös esitystä edempänä tekstissä.

¹²⁶ Vrt. *Löwe—Rosenberg (Sarstedt)*, Strafprozessordnung § 136 a Anm 7; *Seiler*, mt. s. 130.

¹²⁷ Vrt. *Sendler* s. 39 s.

tapahtuisi, jos todistetta, jonka saaminen on välittömästi tai välillisesti johdettavissa väärinmenettelystä, käytettäisiin kuulusteltavaa/syytettyä vastaan.¹²⁸

Edellä esitettyyn liittyen on suoritettava eräs täydentävä kysymyksenasettelu: Jos katsotaan, että hyödyntämiskielloilla on etäisvaikutus, niin liittykö niihin aina tällainen kontinueetti vai vaaditaanko siihen kvalifioituja ehtoja? Molemmilla mielipidesuunnilla on tietoisopissa kannattajansa. Oikeusvertailevana havaintona voidaan esittää, että toisin kuin Euroopan mannermaan oikeuspiirit *Yhdysvaltojen* oikeus tekee todistamiskieltojen rikkomisesta juuri kuvatut äärimmäiset johtopäätökset. Jos nimittäin syytetty on käyttänyt oikeuttaan saattaa todistamiskielto voimaan, se ulottuu myös »myrkyllisen puun hedelmiin». Siten ei esim. ole sallittua käyttää todistuskeinona syytetylle tehdyn kielletyn kysymyksen kautta löydettyä tekovälinettä.¹²⁹ Oikeustila on kuitenkin osaksi selkiintymätön.¹³⁰

Modifioitu kanta — hyödyntämiskieltoihin ei *aina* liity etäisvaikutusta — on tässä yhteydessä enemmän näköaloja avaavaa. Se herättää kysymyksen: mitkä ovat eksplisiittisesti ne ehdot, joiden täytyminen on etäisvaikutuksen edellytyksenä?

Onko etäisvaikutus tunnustettava ainoastaan valtiosääntöoikeudellisesti erityisen vakavien kiellonvastaisuuksien tapauksessa? Mutta mitkä ovat tällöin niitä todistamiskieltoja, joiden kohdalla 'perustuslakiin suh-

¹²⁸ *Grünwald* s. 500; *Nüse* s. 284; *Peters* s. 99; *Sendler* s. 38 ss.

¹²⁹ Näin *Mueller* s. 37 s., jossa korostetaan etäisvaikutuksen tunnustamisen merkitystä erityisesti poliisimieliolaisuus- ja rikollisuuden ehkäisijänä; oppi hyödyntämiskieltojen etäisvaikutuksesta palvelee siten tämän sanktion yleistä preventiivitehtävää.

¹³⁰ »Fruit of the poisonous tree doctrine» edustaa oikeuskehityksen suhteellisen myöhäissyntyistä tuotetta. Common law'n mukaan todistuskeinoja, jotka on saatu tahdonvastaisen tunnustuksen perusteella, pidettiin aina hyödyntämiskelpoisina, koska näin oli mahdollista määrittää tunnustuksen totuuspuhtaus. Ks. *Wigmore*, *Evidence*, 3. osa, § 859. Ne oikeustapaukset (ks. I 1 e av 135; sekä lisäksi *Nardone v. US*, 308 US 338 (1939), joissa hyödyntämiskielto on ulotettu välillisesti saatuihin todistuskeinoihin, eivät niukkuudellaan osoita etäishyödyntämisen kieltävän periaatteen yleistä voimassaoloa. Ainoastaan Kaliforniassa hyödyntämiskielto ulottuu (perustuslain IV ja V muutospäykäliä rikkovan) todistelun kokonaistulokseen; ks. *People v. Ditson*, 369 P 2 d 714, 1962. Ks. nyt sanotun johdosta lähemmin *Honig* s. 42; *Williams*, mt. s. 339 ss.; sekä Englannin oikeuden osalta (tapaus *R. v. Barker*) *Cowen—Carter*, *Essays on the Law of Evidence* s. 101 s.

teutetun tulkinnan täytyy johtaa etäishyödyntämisen kieltoon?’¹³¹ Taikka onko asia nähtävä siten, että pelkästään puuttuva kausaliteetti katkaisee hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksen? Pohjoismaisessa tieteisopissa tätä ajattelutapaa edustaa *Bratholm*. Hänen ehdottamansa ratkaisutapa on modifioidulle käsityskannalle kuvaava: ‘Monet seikat puhuvat näiden todisteiden torjumisen puolesta, edellyttäen, että poliisi ei olisi saanut näitä todisteita, mikäli se olisi edennyt lainmukaista tietä.’¹³² Mutta voidaananko tuomitsevalta instanssilta vaatia *niin* vaikeita kausaalisuusharkintoja, jotka tällöin epäilemättä olisivat tarpeen?¹³³

Ne näkökohdat, joihin edellä on viitattu, eivät herätä epäilyksiä vain sitä vaihtoehtoa kohtaan, että hyödyntämiskiellot ulottuvat (vain) kvalifioituissa tapauksissa välillisiin todisteisiin. Ne horjuttavat koko etäisvaikutuksen oppirakennelmaa.

Uudelleenarvioinnin suorittamiseksi saattaa olla tarkoituksenmukaista typisoida konfliktitilanteet siten kuin *Baumann* on tehnyt.¹³⁴ Tällöin saadaan kolme eri kategoriaa:

- (1) samaa henkilöä on kuulusteltu ensin kiellonvastaisesti, myöhemmin lainmukaisesti;
- (2) kiellonvastaisesti kuulusteltu henkilö ilmaisee toisen henkilön, jota voidaan kuulustella lainmukaisesti;
- (3) kiellonvastainen kuulustelu paljastaa esitutkintaviranomaiselle esi-neellisiä todistuskeinoja.

Ensimmäisen ryhmän osalta on sanottava, että ongelma ei ratkea kieltämällä kausaalisuus. Pikemmin on todennäköistä, että kuulustelu-

¹³¹ Vrt. *Nüse*, l.c. *ibid.*; ja toisaalta *Alsberg—Nüse* s. 105 av 46 a.

¹³² *Bratholm* s. 128. Asiallisesti samoin *Rørdam*, mt. s. 43.

¹³³ Toisessa yhteydessä (edellä av 82/3 kohdalla) on osoitettu, että sen kysymyksen tutkiminen, olisiko todisteiden esittämiskielloa rikkoen saadut todistelutulokset voitu yhtä hyvin saada normin mukaisen menettelyn tietä, ei poikkea tavanomaisesta juridisesta kausaalisuusharkinnasta. Tällöin näet on kysymys primäärisestä todisteesta T ja sen tuottamasta todistelun ensituloksesta Tt. Oletetakoon, että T (esim. pakottamalla saatu tunnustus) on hyödyntämiskelvoton. Tt paljastaa todisteen T₁; sen avulla löydetään T₂, josta saatu johtolanka tuottaa ratkaisevan avaintodisteen T₃. Kysymys, olisiko T₃ saatu myös ilman tapahtunutta oikeudenloukkausta $\sim g(x)$ on vaikeusasteeltaan eri tasolla kuin vastaava kysymys Tt:n yhteydessä. Kuten tässä *Sarstedt* s. 23. Ks. myös *Kleinknecht*, Juristentag s. 112 s.; *Liermann*, mt. s. 109; *Löwe—Rosenberg (Schäfer)*, mt. s. 175 s.; *Seiler*, mt. s. 130 s.; ja toisaalta *Schmidt—Leichner*, Juristentag s. 139.

¹³⁴ Ks. GA 1959 s. 33 ss.; Juristentag s. 109 ss.

tilanteessa tapahtunut muutos ei pyyhi kuulusteltavan tajunnasta ensi-kuulustelun luomaa psykologista rasitetta.¹³⁵ Objektiivinen asiantila on tässä kohden kuitenkin niin vaikeasti määritettävissä, että kausaalisuusharkinnat jäävät pakostakin hyödyttömiksi. Niiden pohjalta ongelmaa ei voida ratkaista. Oikeudenkäyntijärjestys ei ole niin hienorakenteinen, että siihen sisältyisi psyykkisen epäkypsyyden huomioon ottava adekvaatti menettelykaava. On lähdettävä siitä varsin ulkokohtaisesta näkökohdasta, että milloin myöhempi lausuma on annettu prosessilain säätämissä muodoissa, presumtio käy psyykkisen riippumattomuuden ja vapaan tahdontoiminnan tilassa annetun lausuman puolesta. Vain tämä ratkaisu säilyttää ilmaisuhenkilöllä hänen prosessisubjektin ominaisuutensa.¹³⁶

Edellä sanotussa on itse asiassa viitotettu ratkaisukaava, joka soveltuu myös toiseen ryhmään eli siihen tilanteeseen, että kiellonvastaisesti kuulusteltu henkilö ilmaisee toisen henkilön. Prosessilaki takaa ja tunnustaa lausujahenkiön vapaasta tahdosta antaman todistajankertomuksen ominaisuuden prosessisubjektin kertomuksena. Todistajankertomus on hyödyntämiskelpoinen, koska se on prosessisubjektin vapaan tahdonmuodostuksen tuote.¹³⁷

Mitä kolmanteen ryhmään eli siihen tilanteeseen tulee, että kiellonvastaisen kuulustelumethodin avulla on saatu tieto esinetodisteista, niin jo systemaattisista perusteista johtuu, ettei esinetodisteiden hyödyntämiselle ole estettä. »Kuulustelussa» on kysymys henkilötodistelusta. Todistus-oikeuden järjestelmässä se sijoittuu eri lohkoon kuin esinetodistelu; tämä kuvastuu, paitsi muusta, oikeudenkäymiskaaren rakenteesta.¹³⁸

¹³⁵ *Baumann*, Juristentag s. 110.

¹³⁶ *Baumann*, mt. s. 110 s. — On syytä painottaa, että kausaalisuusharkinnat eivät ole vain tulokseen johtamattomina hyödyttömiä; päinvastaisessa tapauksessa ne ovat järkevälle rikostutkinnalle vain haitaksi. Sillä yksittäistapauksessa saat-
taa kyllä olla mahdollista suorittaa kysymykseen tuleva ajatusoperaatio; tällöin lopputulos olisi käytännön prosessielämälle vieras ja sellaisena epämieliekäs: Rikostutkijalta ei yksinkertaisesti voida vaatia sellaista »aivoakrobatiaa», jonka mukaan henkilö ei saa tietää jotakin sellaista, minkä hän tosiasiallisesti tietää.

¹³⁷ *Baumann*, mt. s. 111.

¹³⁸ Ks. puheenalaisessa suhteessa OK 17:18—43 (»Todistajat») verr. 12—17 (»Asiakirjan esittämisvelvollisuus») ja 56—65 (»Katselmus»). Ks. myös TakavarikkoL alaotsakkeet »Takavarikko» (1 luku) ja »Kotietsintä sekä henkilöön käyvä tarkastus ja katsastus» (3 luku). — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin vrt. *Baumann*, l.c. *ibid.*; *sama*, GA 1959 s. 42 ja av 38.

Kokoavasti on puheenalaisten kolmen tapausryhmän osalta syytä korostaa, että hyödyntäminen on käsitteensä mukaisesti *prosessimuotoista* hyödyntämistä. Kuulustelija on kiellonvastaisesti saanut esimerkiksi tiedon, että henkilö A tietää todistusteemasta. Annettua lausumaa ei voida prosessimuotoisesti hyödyntää (edellyttäen että primäärisen hyödyntämiskiellon ehdot muutoin ovat täyttyneet); sen sijaan kuulustelija voi käyttää hyväksi tietoaan, että on eräs henkilö/todistaja A, joka ehkä osoitautuu arvokkaaksi tietolähteeksi.¹³⁹

Suoritettu erittely osoittaa, että käsitys hyödyntämiskieltoihin liittyvästä etäisvaikutuksesta ei ole prosessiteoreettisesti kestävä. Käytännön rikosoikeudenhoidossa etäisvaikutusoppi johtaisi perin epätyytyttäviin tuloksiin. Ajateltakoon tyypillistä kiellonvastaisuustilannetta, jossa kuulustelun suorittanut poliisiviranomainen on syyllistynyt — tahallisesti tai tuottamuksellisesti — liikaotteisiin. Virallinen syyttäjä nimeää välittömästi kuulustelun päätyttyä kaikki kysymykseen tulevat silminnäkijätodistajat ja lisäksi uhrien ja tekovälineiden löytöpaikan. Etäishyödyntämisen kieltä johtaisi siihen, että kaikista näistä todistuslähteistä pitäisi luopua. Poliisiviranomaisen taitamattomuus lamauttaisi tosiasiallisesti koko rikosprosessin.¹⁴⁰ Siinä tapauksessa, että esitutkinnassa sattunut väärinkäytös tulisi tuomitsevan viranomaisen tietoon vasta kun tuomio on jo annettu, etäisvaikutuksen haitat eivät juuri olisi vähemmät. Pitäisikö koko tuomio kumota tai purkaa menettelyn oikeusvaltiollisuuden pelastamiseksi?¹⁴¹

Etäisvaikutusoppi on prosessikäytännölle vieras. Sen haittoja ei lievennä hyödyntämiskiellon sellainen modifioiminen, joka rajoittaa etäisvaikutuksen vain niihin (välillisiin) todisteisiin, joita poliisiviranomainen ei olisi löytänyt, jos se olisi edennyt lainmukaista tietä. Kuulusteltava

¹³⁹ Baumann, Juristentag s. 111.

¹⁴⁰ Ks. Baumann, GA 1959 s. 40. — Tämän mahdollisuuden on mieltänyt myös Seiler; ks. JBl 1974 s. 131. Mainittu tutkija katsoo, että oletetun epätyytyttävän lopputuloksen välttämiseksi on meneteltävä siten, että konkreettisesti tapauksessa tutkitaan, olisiko (oikeudenvastaisen tunnustuksen perusteella) välillisesti saadut todisteet löydetty myös lainmukaista tietä, siis ilman tapahtunutta menettelyllistä väärin toimimista. Mikäli suoritettava kausaalisuusharkinta osoittaa, että näin olisi tapahtunut, etäistodisteet saadaan hyödyntää. Suoritettava ajatustoimitus, Seiler jatkaa, saattaa tosin yksittäistapauksessa osoittautua äärimmäisen vaikeaksi ellei mahdottomaksi. Vrt. tämän johdosta esitystä av 133 edellä.

¹⁴¹ Vrt. Walder s. 47.

on siihen pakotettuna tunnustanut, että ruumis on upotettu mereen kohdalle, jota käynnissä olevat etsinnät ovat lähestymässä. Tästä löydöstä avautuvia todistusmahdollisuuksia ei siten saisi käyttää hyväksi, jos on oletettava, ettei ruumista olisi löydetty ilman kuulusteltavalta saatua vihjettä. Millaisiksi löytömahdollisuudet onkin arvioitava, kysymys riippuu niin monista epävarmuustekijöistä ja hypoteeseista, ettei oikeusviranomaisen ole mielekäästä ottaa sitä harkittavakseen.¹⁴²

3. On syytä palauttaa mieleen etäisvaikutusopin oikeushistoriallinen tausta. Hyödyntämiskiellon puheenalainen laajennus syntyi, kuten johdanto-osassa on todettu, Yhdysvaltain oikeudessa reaktiona poliisiviranomaisten toistuviin väärinkäytöksiin. Mainitussa valtiossa teesillä »myrkyllisestä hedelmästä» on ajankohtaista tarvetta vastaava käytännön tehtävä väärinmenetellessä viranomaisten ojentamisessa ja liikaotteiden ennalta ehkäisemisessä. Yritykset kotiuttaa tämä oppi mannermaiseen ja ennen muuta pohjoismaiseen oikeuteen havainnollistavat, miten huonosti oikeusmuodosteet useinkin toimivat niille vieraan perinteen vaikutuspiirissä.¹⁴³ Mitä erityisesti Suomen oikeuteen tulee, historiallinen kehitys on täällä ollut siinä määrin vakaa ja yksilön suoja perinteisesti vahva, että meiltä puuttuu henkinen valmius leimata syytetyn oikeusaseman keventäminen ilman muuta edistysaskeleeksi.¹⁴⁴

Lopputuloksena on siis se, että hyödyntämiskielloilla ei oikeutemme mukaan ole etäisvaikutusta.¹⁴⁵ Alkuperäinen todistelutulos jo on *ne plus*

¹⁴² Vrt. *Kleinknecht*, Juristentag s. 112 s.: On kokemusperäinen tosiasia, että ruumiit yleensä löydetään — ennemmin tai myöhemmin. Mutta olipa tämän kysymyksen suhteen miten tahansa, kiellonvastaisen lausuman paljastamien uusien todistuslähteiden hyväksikäyttö on jo oikeusteknisesti jotakin muuta kuin lausuman hyödyntämistä; *ibid.* s. 113. Vrt. myös *Liermann*, *mt.* s. 109.

¹⁴³ Vrt. edellä I 1 e 2 av 124 kohdalla olevaa esitystä ja sanottu alav., ks. myös III 1 a 3 av 21 edellä. Erityisesti tekstissä esitetyn johdosta ks. *Andenaes*, Juristentag s. 132 s.; *Rørdam*, *mt.* s. 40; ja toisaalta *Hasler*, *SchwJZ* 1975 s. 62.

¹⁴⁴ Vrt. *Andenaes*, *mt.* s. 133.

¹⁴⁵ Kuten tekstissä *Andenaes* s. 25 ja 28 s. Näin myös Saksan judikatuuri (ks. OLG Stuttgart 25.3.1973; NJW 1973 s. 1941 s.) sekä tietoisopissa *Baumann*, GA 1959 s. 33 ss.; *sama*, Juristentag s. 109 ss.; *Dallinger*, SJZ 1950 s. 734; *Döhring* s. 214; *Erbs*, NJW 1951 s. 389; *Haffke*, GA 1973 s. 82; *Heinitz*, JR 1964 s. 444; *sama*, Juristentag s. 136; *Kleinknecht* s. 1544; *sama*, Juristentag s. 112 s.; *Liermann*, *mt.* s. 111; *Löwe—Rosenberg (Schäfer)*, *mt.* s. 176; *Müller*, KMR § 136a Anm. 4a; *Orlowsky*, Weigerungsrechte s. 113; *Petry*, Beweisverbote s. 126 s.; *Sarstedt* s. 23; *Schäfer*, Strafprozessrecht s. 286 rn 43; *Schwarz—Kleinknecht*, Strafprozessord-

ultra, johon hyödyntämiskielto — tällöinkin poikkeuksellisesti — enintään ulottuu. Etäisvaikutusoppiin sisältyvä kieltämättä tehokas mahdollisuus taistella poliisiväärinkäytöksiä vastaan ei tee sen toteuttamista tarpeelliseksi oloissa, joissa väärinmenettelyt eivät, toisin kuin Yhdysvalloissa, ole juurtuneet osaksi poliisin toiminnan koko *systeemiä*. Meillä vallitsevia olosuhteita ajatellen riittää, kun viitataan niihin mahdollisuuksiin, joita hyvin hoidettu henkilöstöpolitiikka tarjoaa.¹⁴⁶

b) Eri kiellonvastaisuustilanteet

ba) Kielletyillä kuulustelumetodeilla hankitut todisteet

baa) Tahdontoiminnan vapautta vaarantavat kuulustelumetodit

1. Esitutkinnan päämääränä on totuuden selville saaminen. — Esitutkinta alkaa teon ilmitulosta ja päättyy virallisen syyttäjän päätökseen,

nung Anm. 5 zu § 136 a; *Siegert*, DRiZ 1953 s. 100; *Hauser*, SchwZStr 1972 s. 131 (Sveitsi); *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 346 (Itävalta). — Etäisvaikutuksen puolesta *A. Hellwig*, mt. s. 219; *Grünwald* s. 500; *Henkel*, mt. s. 270 (toisin ed. p. s. 232 av 33); *Hermes*, mt. s. 97 ss.; *Kern—Roxin* s. 119; *Klug* s. 46; *Kohlhaas* s. 291; *Nüse* s. 284; *Osmer*, mt. s. 35 ss.; *Otto* s. 294; *Peters* s. 98 s. ja 160; *sama*, Juristentag s. 165; *sama*, Lehrbuch s. 254 ja 283; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II § 136 a rn 23; *Sendler* s. 44 ss.; *Spendel* s. 1105; *sama*, JuS 1964 s. 471; *Seiler*, JB1 1974 s. 130 s. (Itävalta); ja Sveitsin oikeuden kannalta (toisin kuin Hauser) *Noll*, Strafprozessrecht s. 65; *Walder* s. 47; sekä judikatuurissa Zürichin kassaatio-oikeus: *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* 1974 Nr. 44, SchwJZ 1975 s. 60: Tunnustus oli tosin sinänsä vapaaehtoinen. Mutta se oli saatu esittämällä laitton ääninauhitus, minkä vuoksi sitä ei otettu vastaan. — Etäisvaikutuksen puolesta periaatteessa myös *Dencker* s. 80 ja 85: Hyödyntämiskielto estää jokaista oikeusviranomaista menettelyn jokaisessa vaiheessa huonontamasta epäilyksenalaisen oikeusasemaa. Siten hyödyntämiskielto ulottuu kaikkiin toimenpiteisiin, joita ei olisi voitu suorittaa, mikäli todistamiskieltoa ei olisi rikottu. Hyödyntämiskielto ei kuitenkaan ole esteenä itse esitutkintamenettelyn toimeenpanemiselle eikä myöskään sellaisen menettelyn virheettömälle uusimiselle. — Määrittelemättömästi *Zipf*, mt. s. 186.

Kysymyksestä Saksan 46. lakimiespäivillä suoritettu *äänestys* tuotti tulokseksi: Todistamiskieltoja (*Beweisverbot*) ei ole ulotettava välillisesti saatuihin todistelu-tuloksiin: 60 ääntä puolesta, 20 ääntä vastaan.

¹⁴⁶ Vrt. *Andenaes*, NKÄ 1962 s. 174; *Heinitz*, Juristentag s. 136.

jonka sisältönä on joko syytteen nostaminen epäiltyä vastaan taikka asianomaisen/pidätetyn syyttämättä jättäminen/vapauttaminen.¹⁴⁷ Tätä rikostutkinnallista etenemistapahtumaa vastaa synkronisoidusti esitutkinnan suorittajan/johtajan vakaumuksenmuodostuksessa tapahtuva muutos mahdollisuusarvostelmasta todennäköisyyden eri asteiden kautta varmuusarvostelmaan.¹⁴⁸

Keskeisimmän osan esitutkinnasta muodostaa *kuulustelu*. Kuulustelut alkavat vasta kun on ehkäpä useita kuukausia kerätty todisteita rikoksesta epäiltyä¹⁴⁹ vastaan. Tämä ei muuta sitä tosiasiaa, että kuulusteluvaiheessa todistuskysymys on vielä avoin; ei tiedetä, kenen kanssa kuulusteluviranomainen on tekemisissä.¹⁵⁰ Selvää on, että kuulustelutilanne itsessään luo epäiltyyn voimakkaasti vaikuttavan pakkotilan. Tämän vuoksi on ensiarvoisen tärkeää, että selvitetään saako kuulusteluviranomainen käyttää tätä pakkotilaa hyväkseen eri tyyppisten fyysisten tai henkisten painostuskeinojen avulla vai onko hän tässä suhteessa todistamiskiellojen sitoma.¹⁵¹

Asetettuun kysymykseen on tutkimuksen eri yhteyksissä jo puututtu. Tällöin ei ole vain yleisesti viitattu siihen, että kuulustelutapahtuma on eri sisältöisten todistelumetodikiellojen sitoma, vaan lisäksi on korostettu, että näihin kieltoihin useinkin latautunut intensiteetti oikeuttaa puhumaan »elementaarisista» todistelumetodikielloista. Todistamiskiellolle on tällöin ominaista, että siihen liittyy tehosteena todistelutuloksen hyödyn- tamiskiello.¹⁵²

2. Ennen muuta kaksi seikkaa vaikeuttaa tutkittavan kysymysryhmän kaikinpuolista valaisemista. Lähinnä on mainittava lainsäädännön ja tällöin nimenomaan laintasoisten oikeuslähteiden puutteellisuus ja laki-

¹⁴⁷ Teon ilmitulo on tällöin se oikeustapahtuma, joka perustaa viralliselle syyttäjälle kyseiseen tekoon kohdistuvan tutkintavelvollisuuden. Vrt. tässä suhteessa OA p. N:o 2379/29. 11. 1966: Kaupunginviskaalin tulee, saatuaan ilmoituksen virka-alueellaan tapahtuneeksi väitetystä virallisen syytteen alaisesta rikoksesta, ryhtyä toimenpiteisiin valmistavan tutkimuksen suorittamiseksi, jollei ilmoitus ole ilmeisesti vailla perää.

¹⁴⁸ Vrt. *Sauer* s. 154 s.

¹⁴⁹ Kuka on »rikoksesta epäilty»? Ks. tästä *Kekomäki*, SPL 1954 s. 144.

¹⁵⁰ Ks. esim. *Tirkkonen*, Rp II s. 347. Tästä myös edellä av 26 ja av 67.

¹⁵¹ Näin erit. *Jescheck* s. 31. Ks. myös *R. Ellilä* s. 231 ss.

¹⁵² Ks. esim. I 1 b 1 i.f.; II c 2 av 67 edellä; III 1 bh 1 av 278 edellä; V 1 ab 4 av 108 edellä.

systemaattinen hajanaisuus.¹⁵³ Tutkijan näkökulmasta tämä merkitsee, että kenttä on avoin toisistaan dramaattisestikin poikkeaville mielipiteille. De lege lata-pohdinnoilta puuttuu säännöstekstin tarjoama lähtökohta. Tämän ohella on viitattava tapahtumassa olevaan aatteelliseen murrokseen, jolle on ominaista perinteisten rikosprosessuaalisten arvopyrkimysten uudelleenarvioiminen. Aineellisen totuuden tutkiminen on menetämässä ehdottoman etusijansa; kilpailevaa intressiä edustaa voimakkaasti korostettu yksilön oikeuksien suojaaminen valtion vallankäyttöä vastaan. Aatteellisen murroksen heijastusilmiönä ihmisoikeuksista on tullut uudenaikaisen luontaisoikeusopin tärkein osa.¹⁵⁴

Esitetty viitetausta näyttää vaikutuksensa tutkimusaspektissa. Kuvaillevan, ei-normatiivisen lähestymistavan asemesta tai ohella tutkijan on oltava valmis osallistumaan oikeuspoliittiseen keskusteluun; tällöin hän tarkastelee kohdettaan oikeuden sisäisestä näkökulmasta ja käyttää sen vaatimaa normatiivista kieltä.

3. Ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan sopimuksen 3 artiklassa lausutaan, että ketään ei saa alistaa kidutuksen taikka muunlaisen epäinhimillisen tai alentavan kohtelun alaiseksi. Asiallisesti samansisältöinen määräys sisältyy kansalaisoikeuksia ja poliit-

¹⁵³ Tämän johdosta viitattakoon *Esitutkintatoimikunnan mietintöön* (1964) s. 4 s., joka sisältää luettelonomaisen katsauksen esitutkintaa koskeviin positiivisiin oikeussäännöksiin.

¹⁵⁴ Ks. tämän johdosta edellä I 1 b 1 ja III 1 bh 1. — Oikeusvaltio on tosin historiallisena ilmiönä vanha, vanhempi kuin demokratia (*Maetzel*, DVBl 1966 s. 666). Mutta samalla siihen soveltuvat *Julius von Kirchmannin* (1802—1884) sanat ihmisen maailman alituisesta muuttumisesta. »Rechtsstaat im Wandel» on jo käsite. Tässä suhteessa on oleellista, että modernissa oikeusvaltiossa mahtikeinojen rajoittamattomaan käyttöön suhtaudutaan herkkätunteisemmin kuin itsevaltiuden ja totalitääristen valtiojärjestysten aikakaudella. Ks. tämän johdosta *Olivecrona*, *Rättsordningen* s. 70 ss.; sekä erit. tekstissä esitettyyn liittyen *Klug* s. 40; *Pelckmann*, *Juristentag* s. 88; *Radbruch*, *Grenzen der Kriminalpolizei* s. 121 ss.; *Sarsstedt* s. 12; *Hauser* s. 131 s. — Tekstissä esitetyt ajatukset eivät tietenkään ole jääneet vieraiksi *oman maamme* rikosprosessioikeudelliselle keskustelulle. Aihetta käsittelevä kotimainen kirjallisuus on tässä yhteydessä sivuutettu siitä meillä harjoitettuun tutkimukseen liittyvästä rajoituksesta johtuen, joka on mainittu jo johdantoluvussa (I 1 c 1): todistamiskieltoihin kohdistunut tutkimus on ollut valikointia, erityiskysymyksiin keskittyvää. Todistamiskiellot *yhtenä kokonaisuutena* ovat jääneet tässä keskustelussa taka-alalle. Meillä ei ole muodostunut todistamiskieltojen yleistä systematiikkaa, yleisessä muodossa suoritettuja kysymyksenasetteluja on perin vähän, terminologia on vasta kehittyvässä.

tisia oikeuksia koskevan v. 1966 yleissopimuksen 7 artiklaan, jonka mukaan ketään ei saa kiduttaa eikä kohdella julmalla, epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla. Kuten toisaalla on todettu, mainittu sopimus on meillä saatettu valtion sisäiseksi oikeudeksi. Tutkittavassa suhteessa yleissopimus vastaa meillä vanhastaan vallinnutta oikeustilaa; tältä osin sopimustekstille jää lähinnä ohjelmallinen merkitys sen asettaessa tavoitteen, johon on vastaisessa (esitutkintaa koskevassa) lainsäädännössä pyrittävä. Toisaalta on varmaa, että kidutus, pahoinpitely ja tunnustukseen pakottaminen on oikeutemme mukaan kielletty ilman että tarvittaisiin muodollisia oikeussäännöksiä.¹⁵⁵ Puheenalaisessa suhteessa vakiintunut poliisitapa sitä määräävine virallisohjeineen¹⁵⁶ täyttää hyvin oikeusvaltiollisen standardin. Sanotusta ilmenee, että nykyoikeutemme sisältää itse asiassa paradoksin: vahvimmat todistamiskiellot perustuvat kirjoittamattomaan oikeuteen.

Vallitseva oikeustila on toisaalta, kuten jo on viitattu, kehitykselle avoin. Vuoden 1973 esitutkintalakiehdotuksen 23 §:ää olisi toteutuessaan ollut tervehdittävä edistysaskeleena. Tässä yhteydessä ansaitsee huomiota ennen muuta säännösehdotukseen sisältynyt oikeusajatus, jonka mukaan epäillylle on selitettävä, että hänellä on oikeus kieltäytyä lausumasta asiasta. Tavanomaisen oikeuden nojalla on tosin vanhastaan voimassa periaate, että rikoksesta epäilty ei ole velvollinen myötävaikuttamaan syyllisyytensä toteen näyttämiseen. Uutta olisi sen sijaan ollut tämän vapausoikeuden tehoisaksi tekeminen ehdottamalla säädettäväksi pakollinen informointi.¹⁵⁷

Annetuissa lausunnoissa puheenalainen säännösehdotus on ollut vastatuulella. Käytännön rikostutkijoiden taholta on lakisääteistä informointivelvollisuutta vastustettu jyrkästi. Annettu informaatio on haluttu rajoittaa sen toteamiseen, että epäilyksenalainen ei ole RL 17:4:ssä sanktioidun totuusvelvollisuuden alainen. Kriminologisen tutkimuslaitoksen

¹⁵⁵ Näin jo edellä I 1 e 1 (av 89 kohdalla) ja II c 2 (av 68 kohdalla). Praksiksen kannanottoja edustavina viitattakoon esim. OKa 1951 s. 55 s.; ja 1952 s. 54 ss.; sekä viimeaikaisesta käytännöstä OA p. n:o 836/9. 5. 1973.

¹⁵⁶ Ks. niiden johdosta edellä II c 2 av 69.

¹⁵⁷ Lakiehdotuksen 23 § kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti: »Epäillylle on ennen häneen kohdistuvan toimenpiteen aloittamista ilmoitettava, mistä teosta häntä epäillään. Hänelle on myös selitettävä, että hänellä on oikeus kieltäytyä lausumasta asiasta ja milloin tahansa saada neuvotella puolustajansa kanssa. Lisäksi hänelle on tehtävä selkoa mahdollisuuksista saada julkinen puolustaja.» Säännösehdotuksen perusteluista ks. *Esitutkinta* s. 26 s.

mielestä »23 §:n sanamuoto korostaa voimakkaasti epäillyn oikeutta kieltäytyä yhteistoiminnasta tutkijaviranomaisten kanssa. Informaatio tästä olisi annettava vähemmän kärjekkäässä muodossa, koska passiivisen asenteen yleistyminen ei ole kriminaali- eikä oikeuspoliittisesti suotavaa.»¹⁵⁸

On kyllä totta, että jos poliisilla ei ole informointivelvollisuutta, »ensi iskusta» tulee tehokkaampi. Mutta on syytä korostaa, että esitutkinnan ns. tehokkuus on arvopyrkimyksenä yksipuolinen; se korostaa rikostutkinnan offensiivista puolta ja johtaa helposti *väärään* tehokkuuteen.¹⁵⁹ Tyydytyksellä onkin todettava, että Helsingin hovioikeus omaksui puheenalaisen säännöshdotukseen uudistusmielisemmän kannan. Lausunnossaan mainittu oikeusinstanssi esitti, että kun epäillyllä on vanhaan oikeus olla sanomatta mitään, siitä voitaisiin hänelle ilmoittaa.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Ks. *Lausuntoyhteenveto* s. 23, josta voidaan lukea oikeusvaltiollisesti paljon arveluttavampiakin ajatuksia kuin mainittu tutkimuslaitoksen kannanilmaisu. Lähempää selostamista ne eivät ansaitse. Mitä erityisesti tulee »epäillyn oikeuteen kieltäytyä yhteistoiminnasta tutkijaviranomaisten kanssa», niin tätä oikeutta juuri tuleekin korostaa sillä tavoin kuin 23 §:n sanamuoto osoittaa. Näkemys rikosprosessista työyhteisyytenä (*Sauer* s. 65; *Skarstedt*, Straffprocessuella tvångsmedel I s. 52; vrt. edellä III 1 bg 1 av 236 kohdalla) on yksipuolinen ja aatehistoriallisesti vanhentunut. Perin vanhakantaiselta kuulostaa tutkimuslaitoksen samassa yhteydessä esittämä ponsi, jonka mukaan »olisi pyrittävä palkitsemaan sitä, joka avoimella esiintymisellään helpottaa viranomaisten toimintaa» (ibid.; vrt. *Radbruch*, mt. s. 122). Koska esitutkinnassa todistuskysymys on vielä avoin, argumentiksi ei kelpaa näkökohta, että toimenpiteen kohteeksi joutuneen resosialisointi alkaa jo rikosselvittelyn varhaisvaiheessa; vrt. *Wassermann*, ZRP 1969 s. 169; epätydyttävästi *Antikainen*, SPL 1976 s. 14. Teesi, että epäilyksenalaisen pitää jo totuudenmukaisin vastauksin aloittaa sovituksensa, kariutuu lopulta syyttömyysolettamaan; *Rüping*, JR 1974 s. 139.

¹⁵⁹ Vrt. *Ziegler* s. 44: Jos poliisilla ei ole informointivelvollisuutta, esitutkinnan offensiivinen puoli hyötyy. — Tämä verraten alkeellinen kriminalistinen tosiasia ei ole kyennyt pidättämään lainsäätäjää antamasta määräystä, joka säilyttää kuulustelun suorittajalle informointivelvollisuuden (dStPO 136 §:n 1 momentin muutos 19.12.1964). Näin myös *Norjan* v. 1969 ehdotus rikosprosessilaiksi; ks. *Innstilling* s. 272, josta ilmenee, että säännöshdotuksen (237 §:n 1 mom.) esikuvana on ollut *Tanskan* Rpl 807 §:n 3 mom.

Korostettakoon, että rikostutkintaan välttämättä kuuluvan tehokkuusvaatimuksen ei tarvitse olla ristiriidassa yksilön suojan edellyttämän humanisuuden kanssa. Näin *Bratholm*, Lov og Rett 1968 s. 290; epätydyttävästi *Hormia*, LM 1971 s. 161. Problematiikasta kokonaisuudessaan ks. *T. Ellilä*, LM 1957 s. 799 ss.; *sama*, SPL 1972 s. 33 ss.; sekä erityisesti *Palmgren*, NKA 1962 s. 178.

¹⁶⁰ *Lausuntoyhteenveto* s. 24, jossa myös mainitaan siitä, että *Englannin* »The

Ilmoitusvelvollisuuden sisällöstä käyty laaja mielipiteiden vaihto vaikutti lainvalmistelijoiden lopulliseen kannanmäärittelykseen siten, että v. 1976 esitutkintalakiehdotuksessa valittiin rikostutkinnallisia tarkoituksiperiä suosiva vaihtoehto: Lakiehdotuksen 27 §:n mukaan epäillylle on pelkästään ilmoitettava, että kysymyksiin vastaamatta jättämisellä voi olla merkitystä todisteena.

On valitettavaa, että näin on suoritettu rikoksesta epäillylle epäsuopea oikeuspoliittinen arvovalinta. Kuulustelutilanne omaa voimakkaan emotionaalisen latauksen. Viranomaisen yllättäen pidättämä henkilö on affektitilassa. Hänen henkinen suorituskäyrynsä ja tiedollinen valmiutensa on alentunut. Vaikka katsottaisiinkin, että epäillyn vaikenemisoikeus on yleisesti tunnettu, seikasta on kuulusteltavalle huomautettava. Informointivelvollisuus tekee meilläkin omaksutun vapauslauseen »*nemo tenetur se ipsum accusare*» eläväksi oikeudeksi; se on sopusoinnussa tasapuolisuus- eli objektiviteettiperiaatteen kanssa, joka on esitutkinnassa noudatettavista yleisistä oikeusperiaatteista tärkein; ja se estää esitutkintaa määräävän tehokkuustavoitteen muuttumisen eräänlaiseksi aineellisen totuuden periaatteen lajistaan huonontuneeksi muunnokseksi.¹⁶¹

De lege ferenda saatetaan edellä esitetyn lisäksi viitata seuraavaan näkökohtaan: OK 17:28,2:n mukaan tuomarin on ilmoitettava todistajalle, että tämä saa kieltäytyä todistamasta tai vastaamasta kysymykseen, jos hän ei voisi sitä tehdä saattamatta syytteen vaaraan henkilöä, joka on häneen sellaisessa sukulaisuussuhteessa kuin 20 §:ssä on sanottu. Vakiintuneesti katsotaan, että mainittu informointivelvollisuus on voimassa

Judges' Rules» velvoittaa kuulustelijan ilmoittamaan epäillylle, että hänen ei tarvitse lausua mitään.

¹⁶¹ Ks. esim. R. Ellilä s. 231 s. (»viiatonkin henkilö käyttäytyy syyllisen tavoin»); Honkasalo, Nimismies rikostutkijana ja virallisena syyttäjänä s. 30; Leche — Hagelberg, mt. s. 83; Edström, Psykologen hos försvararen s. 99; Fahlander, Förhör vid förundersökning s. 287 ss.; Döhring s. 174 ss.; Grassberger, Psychologie s. 150 ss.; Lürken, Juristentag s. 97 s. (esitutkintatilanteen emotionaalisuus: »Sie übersehen, Herr Professor Sarstedt, die Aufregung des Mannes, der plötzlich ergriffen wird.»); Peters, ibid. s. 166 (»... wenn ich völlig unschuldig in ein Strafverfahren verwickelt würde, ob ich mich nicht ebenfalls völlig dumm verhalten würde.»). — Erityisesti objektiviteetti- (tasapuolisuus-/puolueettomuus-) periaatteesta ks. Sisäasiainministeriön kiertokirje 11.10.1938; edelleen esitutkintaa koskevan v. 1973 lakiehdotuksen 15 §:n 1 mom. ja sen johdosta Esitutkinta s. 21; T. Ellilä, LM 1970 s. 640 ss.; RB 23:4 (Ruotsi); Innstilling, 231 §:n 3 mom. (Norja); StPO 160 §:n 2 mom. (Saksa); StrPO 30 § (Zürich, Sveitsi).

myös esitutkinnassa. Johdonmukaista olisi, että informointivelvollisuus ulotettaisiin kohdistumaan myös rikoksesta epäiltynä kuulusteltavaan henkilöön. Jos edelleen katsotaan, että lähiomaiselta informoinnin laiminlyönnin seurauksena saatua lausumaa ei saa hyödyntää syytetyn vahingoksi, niin sitä painavampi syy on jättää hyödyntämättä informoimatta jätetyltä kuulusteltavalta/epäilyksenalaiselta itseltään saatu lausuma. Presumptio, että kuulusteltava on tietoinen vaitiolo-oikeudestaan, ei kumoaa hyödyntämiskieltoa. Jotta lausuma saataisiin hyödyntää, kuulusteltavan on nimenomaisesti selitettävä, että hän on tuntenut vaitioloprivilegionsa. Rehabilitoiva, hyödyntämiskelpoiseksi tekevä vaikutus on myös sillä seikalla, että syytetty myöhemmässä oikeudenkäynnissä luopuu protestoimasta informoinnin laiminlyönnin (tai väärin informoinnin) johdosta.¹⁶²

Muutoin ovat esitutkintaa koskevista todistamiskielloista epäilemättä keskeisessä asemassa ne todistelumenetelmien rajoitukset, jotka on luettelomaisesti koottu puheenalaisen lakiehdotuksen 35 (25) §:ään. Siinä ilmaistut anomaalit kuulustelumenetelmät on meillä tosin tavanomaisen oikeuden nojalla vanhastaan kielletty eikä vakiintuneessa poliisikäytännössä voida tässä suhteessa osoittaa vakavia virheitä. Joka tapauksessa valmisteilla oleva laki tuo oikeustilaan tarpeellista selvyyttä. Ottaen huomioon rikostutkinnasta vastaavien viranomaisten tehtävien laadun, on kohtuullista, että lainsäätäjät luo todistamiskieltojen varalta selvät tunnusmerkit ja yksiselitteiset normit.¹⁶³ Tästä ei hyödy vain rikostutkinnan defensiivinen, yksilön oikeuksia suojaava puoli, vaan offensiivinenkin puoli tehostuu kun rikostutkijan ei tarvitse olla epätietoinen harmitsemansa toimenpiteen sallittuisuudesta.¹⁶⁴ Vähiten ei merkitse, että oikeusjärjestyksen tärkeä osa-alue koonnostetaan tasolle, joka kestää vertailun muiden sivistysvaltioiden vastaavan lainsäädännön kanssa.

¹⁶² *De lege lata* esitetyt soveltamispremissit eivät perustu oikeudenkäyntijärjestykseen. Problematiikasta yleisesti ks. *Klug*, Juristentag s. 142; *Lürken*, l.c. ibid.; *Pelckmann*, mt. s. 86 s. ('Ei olisi mielekästä pitää pääkäsittelyssä yllä ankaraa muotopakkoisuutta, jos samanaikaisesti poliisin on mahdollista saada salaisluonteisessa esitutkinnassa epälojaalein tavoin kuulusteltavalta tunnustus, esim. informointivelvollisuuden laiminlyömisellä. Oletettu väärinmenettely on epäilyksenalaisen pettämistä. Siksi tunnustusta ei saa hyödyntää.'). *Peters*, Lehrbuch s. 309 ('Informoinnin laiminlyönti johtaa tosiasiallisesti tiedon puutteen hyväksi käyttöön. Tämä ei ole oikeuden arvon mukaista.'). *Ziegler* s. 47; *Nuvolone* s. 65.

¹⁶³ Vrt. *Janetzke*, Juristentag s. 135; *Jotuni*, PM 1956 s. 393.

¹⁶⁴ *T. Ellilä*, SPL 1972 s. 37.

Esitutkintalakiehdotuksen 35 §:ssä on ilmaistu, minkä tyyppiset kuulustelutavat ovat esitutkintaan soveltumattomia metodeja. Niiden käyttäminen on säännösehdotuksen ilmaiseman vastaavan *todistelumetodi-kiellon* nojalla kielletty. Lähemmin eriteltynä säännösehdotus kieltää käyttämästä tietoisesti vääriä tai harhaanjohtavia ilmoituksia, suostutteleja, lupauksia tai uskotteluja erityisistä eduista, uuvuttamista, uhkausta, pakkoa taikka muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja tai menetelytapoja. Edelleen ehdotetaan säädettäväksi, että kuulusteltavalle on annettava tilaisuus säännölliseen ateriointiin ja lepoon.¹⁶⁵

Riippumatta siitä, millaiseksi todistamiskiellon lopullinen kielellinen sisältö annettavassa laissa muodostuu, vallitsevaa oikeustilaa silmällä pitäen on korostettava, että lainsäädännön puutteellisuudelle ei pidä mitata liiallista merkitystä. Asianlaita on nimittäin se, että oikeusvaltioissa universaalisesti hyväksytyt ja meilläkin jo perustuslain tasolla tunnustetut periaatteet on esitutkintakuulustelussa aina toteutettava, olkoonkin, että lainsäätäjä on puheenalaisessa suhteessa ehkä hidastellut. Yleisesti ottaen ihmisoikeuksien suoja on meikäläisessä esitutkinnassa

¹⁶⁵ Mitä tulee säännösehdotuksesta annettuihin lausuntoihin, niissä on osaksi — etenkin käytännön rikostutkijain taholta — annettu määräävä merkitys yksipuolisesti kriminalistisille näkökohdille. Arvovalintaa offensiivisen puolen ja siten totuudentutkimisintressin hyväksi on perusteltu mm. sillä argumentilla, että vakiintuneessa poliisikäytännössä ei ole osoitettu vakavia virheitä (vrt. esitystä tekstissä av 163 edellä). Tämän johdosta on sanottava, että normituksesta pidätyminen esitetyllä perusteella ei ole puollettavissa; ennen pitkää tämä nimittäin vahingoittaisi maamme eurooppalaisena oikeusvaltiona nauttimaa mainetta (vrt. tekstissä av 164 kohdalla lausuttua). Hylättävää katsomustapaa edustaa suositus, että 35 §:stä »olisi poistettava viittaukset suostutteluihin ja lupauksiin, koska ne saattavat estää kiinnittämästä huomiota erityisiin etuihin, jotka epäillylle koituvat siitä, että hän itse myötävaikuttaa totuuden ilmitulemiseen» (*Lausuntoyhteen-veto* s. 34). Poliisiviranomaisen asiana ei näet voine olla luvata erityisiä etuja auliisti tehdystä tunnustuksesta; vrt. *Niese*, JZ 1953 s. 221. Toisin kuitenkin, jos esim. rikoslakiin sisältyvä rangaistuksen mittaamista koskeva säännös sitä nimenomaisesti edellyttää; vrt. *Lausuntoyhteen veto* ibid.

Huomattakoon, että 35 §:n kieltämien selonottotapojen joukossa on kahden tyyppisiä metodeja: sellaisia, joiden osalta edellytetään jo ennalta, että ne vaikuttavat tahdonvoimaa ja ratkaisuvapautta vahingoittavasti (esim. uhkaukset ja suostuttelut; abstraktinen vahingoittamisvaara); sekä sellaisia, joiden kohdalla riippuu konkreettisesta tapauksesta, vahingoittavatko ne tahdonvoimaa, muistia tai arvostelukykyä (esim. uuvuttavat kuulustelut; konkreettinen vahingoittamisvaara).

hyvä, asiantila, jonka toteutumiseen oikeuskirjallisuudella — voimakaimpana vaikuttajanaan *Salmiala* — on ollut tärkeä merkitys.

4. Esitutkinta on välttämättä inkvisitorista: eihän esitutkinnassa ole tuomaria. Tästä johtuu, että rikoksesta epäilty on oleellisissa suhteissa tutkintaobjekti.¹⁶⁶ Tämän ohella hänellä on toinenkin tehtävä: hän on (henkilöllinen) todistuskeino.¹⁶⁷

Siihen seikkaan, että esitutkinta on perusluonteeltaan inkvisitorista, kytkeytyy eräs rikosprosessille ominaista *jännitystä* aiheuttava tekijä: Vastakohtana tuomarin oikeusajattelulle poliisin ajattelu on *tarkoituksajattelua*.¹⁶⁸ Erästä uudehkosta kriminaalitaktiikkaa koskevasta poliisi-koulutuksen oppikirjasta voidaan siteerata puheenalaisessa suhteessa varsin kuvaava lause: »Kuulusteltaessa syylliseksi epäiltyä on päämääränä aina tunnustuksen saaminen.»¹⁶⁹ Näin suoritettu tavoitteen asettelu on huonosti sopusoinnussa meilläkin kiistattomasti vallitsevan syyttömyys-olettaman kanssa. Mainittu teesihän edellyttää, että epäilyksenalaisen oletetaan olevan syytön, kunnes oikeus on julistanut hänet syylliseksi.¹⁷⁰ Vallitsevaan asiantilaan kätkeytyy siten paradoksi, jonka voittaminen ei tapahtune aivan läheisessä tulevaisuudessa.

Esitutinnan praktisena tavoitteena on aineellisen totuuden selville saaminen. Keskeisongelmaksi muodostuu, miten tämä tavoite saavutetaan ilman että epäilyksenalaisen tai kolmannen henkilön oikeusasemaa tarvitsee rajoittaa enemmän kuin rikoksen selvittämisenintressi välttämättä vaatii. Perusajatus voidaan ilmaista toisessakin, kärjistetyssä muodossa: Tehtävänä on sovittaa yhteen tavoitteet, joina yhtäältä on rikosten selvittämisenasteen maksimointi, toisaalta epäillyn/todistajan persoonallisuus-oikeuksiin kajoamisen minimointi. Edellä on jo kosketeltu niitä seikkoja, joiden vaikutuksesta edellytetynlainen tavoitteiden yhteensovittelu muodostuu vaikeaksi. Tehtävä komplisoituu entisestään, kun otetaan

¹⁶⁶ T. Ellilä, Esitutkinnasta rikosasioissa s. 8 ja 22; sama, LM 1970 s. 642; sama, SPL 1972 s. 34; Olivecrona s. 189; Gomard, Studier s. 222.

¹⁶⁷ Näin kuitenkin vain sikäli kuin hän suostuu lausumaan asiassa.

¹⁶⁸ Tälle ajattelulle on tyypillistä, että kuulustelija/poliisi on tekemisissä »rikollisten» kanssa. Ks. po. suhteessa Palmgren, NKÄ 1962 s. 182; Andenaes, ibid. s. 169 ss.; Meyer, Dialektik im Strafprozess s. 63; Spendel, JuS 1964 s. 470 av 66; Rüping, JR 1974 s. 139.

¹⁶⁹ Katila, Kriminaalitaktiikka s. 274. Näin myös Antikainen, mt. s. 10 ss. Vrt. tämän johdosta edempänä av 172.

¹⁷⁰ Ks. Esitutkinta s. 6; Luonnos 31.7.1977 s. 19.

huomioon, että esitutkinta on, vastakohtana oikeudenkäynnille, salaista.¹⁷¹ Se mitä esitutkinnassa tapahtuu ja mikä tällöin julkisuudelta salassa pöytäkirjataan, omaa mittaamattoman vaikutuksen koko rikosprosessin myöhempään kulkuun. Tunnustus on yhä vielä »regina probationum», todisteiden kuningatar. Siihen poliisi pyrkii ja sen poliisi usein myös saa — ilman julkisuusvalvontaa ja kontrollimahdollisuuksia.¹⁷²

5. Niistä todistamiskielloista, jotka on ilmaistu asianomaisissa oikeuslähteissä — osaksi eräissä Yhdistyneiden Kansakuntien säännöstöluonnoksissa, osaksi poliisitoiminnasta 1970 annetuissa virallisohejeissa — on

¹⁷¹ V. 1976 esitutkintaa koskevassa lakiehdotuksessa on päädytty siihen (32 §:n 1 mom.), että avustajalla on pääsääntöisesti oikeus olla läsnä päämiehensä kuulustelussa. Esitutinnan suorittaja saa kieltää läsnäolon vain, milloin erittäin painavat rikostutkinnalliset syyt sitä vaativat. Kielto voidaan antaa vain poikkeustapauksissa ja perustelluin syin. Järjestely vastaa oleellisesti muiden pohjoismaiden lainsäädäntöä. Keskusrikospoliisin lausunnossa säännösehdotukseen on kohdistettu ankaraa kritiikkiä; ks. *Muistio* 14.5.1976 s. 20 ss. Oikeusvertailevassa suhteessa ks. RB 23:10.

¹⁷² Ks. R. *Ellilä* s. 243; *Wrede* s. 114; *Ekelöf* IV s. 69; *Alsberg* — *Nüse* s. 347; *Radbruch*, mt. s. 123. — Missä määrin tunnustukselle kuuluva kuvatonlainen merkitys on historiallisesti määräytynyt, on kysymyksenä lähinnä akateeminen. Ks. tässä suhteessa *Glaser*, *Beweis* s. 277 ss.; *Hemmer*, Suomen oikeushistorian oppikirja I s. 155: »Kanonisen oikeuden mukaan oli synnin tunnustaminen sovituksen edellytyksenä, ja tunnustuksen aikaansaaminen muodostui täten tuomarin tärkeimmäksi tehtäväksi.»

Miten on de lege lata arvosteltava väittämystä, että »kuulusteltaessa syylliseksi epäiltyä on päämääränä aina tunnustuksen saaminen» (edellä av 169 kohdalla)? Eikö kuulusteluviranomainen tällöin toimi pikemmin mukavuussyistä ja ajattele enemmän omantuntonsa rauhoittamista kuin todistelutuloksen luotettavuuden ja riittävyyden edistämistä? Onhan todistajanpsykologia osoittanut tunnustusselitysten olevan varmuusasteeltaan alhaisia (*Andenaes*, *Straffeprosessen* s. 166 ja av 9; *Radbruch*, mt. s. 122; *Sauer* s. 162); ja onhan kriminaalitekniikan, oikeuskemian ja -lääketieteen kehitys sysännyt henkilölliset todistuskeinot — niiden mukana tunnustuksen — todistusarvonsa puolesta esineellisten todistuskeinojen taakse. Oikeuskirjallisuuden valossa vastaus on yksiselitteisesti se, että kuulustelussa pyritään tunnustuksen saamiseen; ks. SPL 1957 s. 130 (nimim. T. T.); *Honkasalo*, mt. s. 30; *Leche* — *Hagelberg*, mt. s. 79; ks. myös *Halila* s. 297 ja av 17. De lege ferenda oikeustilaa olisi syytä lähentää *Englannissa* vallitsevaan. Tässä maassa poliisilta on vanhastaan kielletty mikä tahansa vaikuttaminen tunnustuksen saamiseen (*Cross* s. 448 s.) eivätkä englantilaiset tilastot silti osoita kriminaalipoliittisesti huolestuttavaa asiaintilaa. Meillä valmistunut v. 1973 ehdotus esitutkintalaiksi merkitsee toteutuessaan oikeusvaltiollisten arvojen entistä laajempaa toteutumista.

tässä esitysjaksossa käytetty kokoavaa nimitystä »tahdontoiminnan vapautta vaarantavat kuulustelumetodit». Laintasoisten normien toistaiseksi puuttuessa on lähtökohtaisena säännöstekstinä pidetty ehdotetun esitutkintalain 35 §:ää. On toisin sanoen lähdetty siitä olettamuksesta, että mainitun säännösehdotuksen ilmaisemat todistelumetodikiellot ovat jo nyt tavanomaisen oikeuden nojalla voimassa; muutoinhan ei esimerkiksi edellä mainituissa poliisiohjeissa olisi päädytty asiallisesti lakiehdotuksen 35 §:ssä viitotetuille linjoille.

Ne kaksi keskeistä oikeushyvää, joita nyt puheena olevilla todistelumetodikielloilla suojataan, ovat ihmisarvo ja persoonallisuuden oikeussuoja.

Tässä tutkimuksessa on omaksuttu menettelytapa, jonka mukaan ihmisarvolle ei ole annettu itsenäistä, *systematiikan* tasolla ilmaistua tehtävää todistamiskieltoja luovana perusteena. Menettelytavan valinta on yhteydessä ihmisarvo-käsitteen vaikeaselkoisuuteen. Ihmisarvo on tosin realiteetti, mutta sisällöltään alituisesti muuttuva. Arvokäsitteenä se on sidoksissa yhteiskuntatodellisuuteen. Käsitteeseen liittyvä metafyysinen väritys tekee siitä määrittelemättömän blankokäsitteen. Tutkimuksellisista syistä on perusteltua absolutisoida ihmisarvo joksikin persoonallisuuden oikeussuojan yläpuolella olevaksi suureeksi. Jotakin oleellista tavoitetaan sanottaessa, että ihmisen arvo liittyy persoonallisuutena olemiseen ja kykyyn tehdä siveyslain mukaisia ratkaisuja.¹⁷³

Kuulusteltavan esitutkinnassa antama totuuden mukainen tunnustus tai muu lausuma on aina siveellinen tapahtuma, persoonallisuuden suoritus. Siksi tunnustuksesta tulee arvokas vasta kun se kypsyy sanoiksi sisäisen muutoksen hedelmänä. Tällöin rikosprosessi on täyttänyt sille kuuluvan siveellisesti kasvattavan, resosialisoivan tehtävän. Tuntikausia kestävä kuulustelu — »non stop» -metodi — murtaa etenkin nuoren ihmisen tahdonvoiman. Pakkoperäisenä tunnustuksena se on eettisesti arvoton ja faktisessa suhteessa useinkin väärä.¹⁷⁴ Mutta olisi ennenai-

¹⁷³ Vrt. Saario, LM 1975 s. 183 ss.; Salmiala, JFT 1954 s. 397 ss.; sama, NKA 1954 s. 93 ss.; Kühne, Beweisverbote s. 74 s.; Schorn, Menschenwürde s. 17 ss. — Tekstissä sanottu merkitsee toisin sanoen sitä, että ihmisarvo ei käsitteenä edusta sellaista, mikä ei jo sisältyisi persoonallisuuden oikeussuojan merkityspiiriin. Tässä merkityspiirissä, käsitteen alassa, ihmisarvo muodostaa eräänlaisen ydinalueen, kaikelta rikosoikeudenhoidon nimessä tapahtuvalta puuttumiselta absoluuttisesti suojatun tilan.

¹⁷⁴ Kuten tekstissä erit. Osmer, Umfang s. 10 ss.; Peters, Lehrbuch s. 39 ss.

kaista väittää, että tuomioistuin ei *koskaan* saa hyödyntää pakkoperäistä tunnustusta. Ratkaisutapahtuma on erittäin hienojakeinen ja lopputulos määräytyy oleellisesti *oikeasuhtaisuusperiaatteesta*.^{174a}

Ajatteltakoon tapausta, jossa A on anastanut uimassa olevalta henkilöltä matkaradion (RL 28:1). Tapahtuma-aikana on rannalla nähty A:n lisäksi B ja C, kaikki 17-vuotiaita. Poliisiviranomaiset kuulustelevat kaikkia kolmea epäilyksenalaista. Useita vuorokausia kestäneiden kuulustelujen jälkeen A, joka on kahden muun tavoin kerta kerran jälkeen herätetty yöllä, tunnustaa varkauden.

Verrattakoon edellä konstruoitua tapausta rikokseen, jossa kahdelta ihmiseltä otetaan henki (RL 21:2). Epäilykset kohdistuvat heti tiettyyn tekopaikalla havaittuun poliisin tuntemaan uusintarikolliseen. Käyttäen samanlaista metodia kuin edellisessä tapauksessa poliisi saa miehen tunnustamaan. —

Oikeasuhtaisuusperiaate eli, kuten myös voidaan sanoa, liikaotteiden kielto, osoittaa ratkaisun ääriviivat.¹⁷⁵ Toimenpiteen tulee olla oikeassa suhteessa teon vakavuuteen ja sen tulee olla oikeutettu epäilyksen vahvuuden perusteella. Oikeasuhtaisuusperiaatteen funktio on *negatiivinen*, se tekee itsessään sallitun toimenpiteen kielletyksi. Sillä on todistelua rajoittava vaikutus. Sen sijaan sillä ei ole käänteistä vaikutusta: se ei aiheuta poikkeuksia olemassaoleviin todistamiskieltoihin. Esimerkiksi itsessään kielletyt selonottotavat eivät tule oikeasuhtaisuusharkintojen nojalla sallituiksi. Oikeasuhtaisuusperiaate ei siten ole sellainen oikeusajatus, joka murtaisi lakiin tai tavanomaiseen oikeuteen perustuvan todistelumetodikiellon. Koska sen käyttöala on todistamiskieltojen (eikä hyödyntämiskieltojen) alueella, siihen turvautuminen ei esillä olevan kaltaisissa tilanteissa merkitse muuta kuin että tuomitseva viranomainen

— Korostettakoon toisaalta, että koska esitutkinnassa syyllisyyskysymys on vielä avoin ja koska valmistavan tutkinnan tarkoitus tyhjentyy todistusaineiston keruuseen ja tallentamiseen, rikosprosessin resosialisoiva tehtävä alkaa periaatteesta vasta varsinaisessa oikeudenkäynnissä; vrt. av 158.

^{174a} Vrt. esitetyn johdosta *Gomard*, mt. s. 223: Harkittaessa kuinka kauan kuulustelu saa kestää on otettava huomioon »såvel sagens karakter og alvor som sigtedes person og hans svar». Vrt. lisäksi Folketingets Ombudsmands Beretning 1963. 56: Poliisikuulustelu oli alkanut aamulla klo 8.30 ja päättynyt klo 4.00 seuraavana aamuna. Sen keskeytti yksi ateriointi. Kuulustelun pitkäällisyys oli omansa synnyttämään vaikutelman, että tunnustus pyrittiin saamaan Rpl 767,2 §:n sisältämään kieltoon soveltumattomalla tavalla.

¹⁷⁵ Vrt. edellä III 2.

toteaa todisteen saantiaktin, alkuperäisen todistelumetodin (tässä: non stop-kuulustelun) olleen oikeasuhtaisuusperiaatteen vastainen.¹⁷⁶

Edellä sanotusta seuraa, että paatunutta uusintarikollistakaan ei saa kuulustella oikeusjärjestyksen vastaisilla keinoilla, olkoonpa, että rikollinen teko — se on voinut olla esim. raaka kaksoismurha — olisi erityisen törkeä. Sivistysvaltiot ovat syystä ylpeitä siitä, että lause »in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem iura transgredi licet» ei enää ole voimassa.¹⁷⁷

Oikeasuhtaisuusperiaate on *syyttömyysolettaman* johdannainen, sen looginen posterius. Syyttömyysolettama implikoi oikeasuhtaisuuden vaatimuksen. Oikeasuhtaisuusperiaate vuorostaan implikoi perusoikeussidonnaisuuksia: perusvapauksiin ei saa kajota suuremmassa määrin kuin rikoksen selvittämisen intressi ja siten viime kädessä itse oikeuden aate välttämättä vaatii. Rikostutkijan tällöin suoritettava ajatusoperaatio on intressivertailua, etujen vastakkain asettelua. Tässä yhteydessä on suoritettava eräs käsitteellinen täsmennys. On kyllä oikein sanoa, että molemmat näkökohdat — oikeasuhtaisuusperiaate ja etujen vertailu — 'ovat kiinteästi yhteydessä toisiinsa'. Mutta *lainkäyttäjän* kädessä etujen vertailu ei ole (eräitä säännöstämättömiä tilanteita ^{177a} lukuun ottamatta), toisin kuin oikeasuhtaisuusperiaate, itsenäinen *todistamiskieltoja* luova näkökohta. Prosessuaalinen oikeasuhtaisuusperiaate *johtaa* etujen vertailuun; *tässä* etujen vertailussa keskenään verrattavat suureet ovat, toisin kuin alkuperäisesti rikosoikeudellisessa intressivertailussa, selvemmin yhteismitattomia; vertailun tuloksesta puolestaan määräytyy mahdollisen todistamiskiellon tehoisaksi tuleminen. Rikos aiheuttaa prosessin. Kun oikeudenhoidon orgaani, esimerkiksi virallinen syyttäjä, turvautuu oikeasuhtaisuusajatteluun, tapahtuu niin sanotusti retrospektiota: prosessiin osallistuva viranomainen tarkastelee prosessuaalisen prisman läpi sitä elämänaluetta, jolla esiintynyt ja ajassa taaksepäin sijoittuva

¹⁷⁶ Ks. edellä V 1 ab 4 av 111/2 kohdalla (oikeasuhtaisuusperiaatteen käyttöala); V 1 aa 5 (esitutkintaviranomaisen käsitys aiotun todistelutoimen sallittuisuudesta on luonteeltaan väliaikainen, tuomitsevan viranomaisen tarkastusta edellyttävä).

¹⁷⁷ »Vaikeissa rikoksissa on sallittua siirtyä säännöttömään oikeudenkäyttöön.» (*Carpzov, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* 8. ed. p. III qu. 102 Nt 67,2). — Epätydyttävästi v. *Mangoldt — Klein*, mt. Art. I Anm. III 5 a.

^{177a} Ks. niistä s. 377 s. ja 393.

ilmiö on aiheuttanut prosessin.¹⁷⁸ Edelleen: *tässä* intressivertailussa etujen vastakkainasettelu on alistettu oikeasuhtaisuusperiaatteelle, se muodostaa tuon periaatteen sisällön; *tässä merkityksessä* oikeasuhtaisuusperiaate on intressivertailua. Toisin *siinä* intressivertailussa, jota tuomari käyttää harkitessaan *hyödyntämiskiellon* asettamista tai siitä luopumista: intressivertailu ei ole käsitteellisessä yhteydessä oikeasuhtaisuusperiaatteeeseen vaan on *teleologisen metodin* soveltamista.

Selvyyden vuoksi on korostettava, että edellä esimerkkeinä käytetyissä tapauksissa (non stop -kuulustelu) jälkimmäisen yhteydessä ei edes voitane katsoa, että oikeasuhtaisuusperiaatetta ja siten todistamiskielloa olisi rikottu. Näin joka tapauksessa de lege lata. Toisin edellisessä tapauksessa: asian laadun/rikoksen vakavuusasteen ja kuulusteltavien nuoren iän huomioon ottaen käytetty todistelumetodi: suunnitelmallinen uuvuttaminen, rikkoo oikeasuhtaisuusperiaatetta; nimenomaan tämän näkökohdan nojalla todistelumetodi on todistamiskiellon vastainen, lopputulos, jolla on esikuvia ulkomaisessa oikeuskäytännössä.¹⁷⁹ Epäilyksiä ei silti saata olla siitä, että todistelutulos: kuulusteltavan tunnustus, on hyödyntämiskelpoinen ja tekijä voidaan sen nojalla tuomita.

Edellä esitetystä voidaan päätellä, ettei ole mahdollista asettaa yksiselitteisiä kriteerejä sen ratkaisemiseksi, milloin pakkoperäistä esitutkintatunnustusta ei saa hyödyntää. On oireellista, että tietyissä ulkomaisissakin oikeusjärjestyksissä on turhaan yritetty kiteyttää absoluuttista mittapuuta, jonka perusteella hyödyntämiskysymys konkreettisessa tapauksessa ratkaistaan. *Englannin* common law-oikeuden mukaan on epäilyksenalaisen ratkaisuvapauteen vaikuttaminen (»inducement») seurauskin, että tunnustusta ei saa hyödyntää, ajateltavissa kahdessa muodossa: Ensiksi on kiellettyä vaikuttamista erityisten etujen lupailu (»promise») sen tapauksen varalta, että epäilty tunnustaa tosiasioita tai oman

¹⁷⁸ Ks. edellä III 2 av 314 ja V 1 ab 4 av 112 mainittua kirjallisuutta.

¹⁷⁹ Toisessa yhteydessä (edellä av 165) on lausuttu, että esitutkintaa koskevan lakiehdotuksen 35 §:n kieltämien selonottotapojen joukossa on (myös) sellaisia, joiden kohdalla riippuu *konkreettisesta tapauksesta*, vahingoittavatko ne tahdonvoimaa tai arvostelukykä, esim. juuri uuvuttavat kuulustelut. Tässä kohden tulee kuvaan oikeasuhtaisuusperiaate. Se osoittaa ratkaisun ääriviivat mutta ei itse ratkaisua. Kun Saksan liittotuomioistuim on ratkaisuisissaan BGHSt. 1, 376 ja 13,60 vastannut toisistaan poikkeavasti kysymykseen, oliko kuulustelun kuluessa käytetty lainvastaista väsyttämistaktiikkaa, niin annetut erilaiset tuomiot (vrt. vastaavasti tekstissä) heijastavat valtiosääntöoikeudellista vaatimusta keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuuden punnitsemisesta; vrt. *Nüse* s. 284.

syllisyytensä. Toinen lainvastainen vaikuttamisen muoto on epäilyksenalaisen uhkaaminen (»threat»); häntä ei saa uhkauksin estää vaikene-
masta.¹⁸⁰ Mitä *Ranskan* oikeuteen tulee, oikeustila on tässä maassa tosin
selkiintyneempi mutta samalla oikeuseettisesti kyseenalaisempi. Oikeus-
järjestys tuntee »sallitut kiusaamiset». Kysymys on kuitenkin oikeuskir-
jallisuuden valossa kiistanalainen. Joka tapauksessa poliisin oveluudella,
petoksella tai pakottamalla saama tunnustus voidaan tuomioistuimessa
aina ottaa huomioon indisiona.¹⁸¹

Mitä Suomen oikeuteen tulee, oikeustila on, kuten todettu, murros-
vaiheessa. Tutkijalle mainittu seikka antaa mahdollisuuden lausua polee-
misesti, että niin hyvin de lege lata kuin de lege ferenda oikeutemme on
tai sen tulee olla nyt puheena olevassa suhteessa lähellä edellä kuvattua
Englannin common law-oikeutta. Pelkistetysti ilmaisten äsken sanottu
merkitsee kannanottoa yksilön oikeusturvan tehostamisen puolesta.¹⁸²

Yksityiskohtien suhteen on täydentävästi esitettävä seuraavaa. Tut-
kinnan suorittaja ei saa vastoin parempaa tietoaan ilmoittaa kuulustel-
tavana olevalle epäilyksenalaiselle, että rikoskumppani on tunnustanut
tai että häntä vastaan on olemassa muuta raskauttavaa todistusaineis-
toa.¹⁸³ Rikoskuulustelijan asiana ei liioin ole erityisten »palkintojen»
— esimerkiksi tuomion lievenemisen — lupaaminen tunnustamistahdon
aktivoimiseksi.¹⁸⁴ Oikeusvaltiollisesti moitittavana ei kuitenkaan voida
pitää sitä kokeneiden poliisikuulustelijoiden meillä noudattamaa me-
nettelyä, että epäilylle ilmoitetaan *yleisessä muodossa* tuomioistuinten

¹⁸⁰ Ks. *Cross* s. 448 s.; *Kenny*, *Outlines of Criminal Law* s. 532 rn 615 (Kiel-
lettyä vaikuttamista on esim. lause 'Teidän olisi parempi puhua totta kuin valeh-
della'); *Nokes*, *Evidence* s. 300 s.; *Stelter*, *Hearsay Rule* s. 60 s.

¹⁸¹ Ks. tämän johdosta edellä III 1 bh 2 av 290/1 kohdalla olevaa esitystä
ja sanotut alav.

¹⁸² Vrt. edellä av 162.

¹⁸³ Kuten tekstissä *Leche—Hagelberg*, mt. s. 32; *Gärde* s. 302. Ks. myös
R. Ellilä s. 261 s.; *T. Ellilä*, *Esitutkinnasta rikosasioissa* s. 17; *Fahlander*, mt. s. 289
s. De lege ferenda puheenalaisesta seikasta on ehdotettu otettavaksi nimenomainen
määräys esitutkintalakiin; ks. v. 1973 ehdotuksen 35 §:n 1 mom. 2. virke ja sen
johdosta *Esitutkinta* s. 36. Asiallisesti samoin Poliisin käskylehti N:o 5/16.7.
1970. — Vilppiin turvautuminen on yleisesti kielletty myös mannermaan oikeus-
järjestyksissä; ks. siinä suhteessa esim. *Hermes*, mt. s. 55; *KMR* § 136 a Anm. 2 e;
Sendler s. 15; *Seiler*, mt. s. 128; *Walder* s. 44.

¹⁸⁴ Ks. *Esitutkinta* s. 37; *Honkasalo*, mt. s. 33; *Katila*, mt. s. 285. Samasta
kysymyksestä yleisemmin ks. *Niese*, *JZ* 1953 s. 221. Vastakkaisista käsityksistä
ks. edellä av 158.

ottavan auliisti suoritettun tunnustuksen huomioon rangaistuksen mitaamiseen vaikuttavana, syytetylle edullisena seikkana. Lähinnä erikoisuutena mutta samalla yleismaailmallisia kehityspiirteitä heijastavana seikkana voidaan mainita, että Saksan oikeudessa mutta myös meillä on keskusteltu siitä, onko tupakoinnin kieltäminen ketjupolttajalta lainvastaista vaikuttamista päätöksenteon vapauteen.¹⁸⁵ Käytännön rikoskuulustelija on toki selvillä siitä, että kuulustelun asialliseen lopputulokseen ei tätä tietä voida vaikuttaa. — Edelleen: saako lapselle tarjota suklaata, naiselle kupin kahvia?¹⁸⁶ *Reino Ellilä* on aiheellisesti huomauttanut siitä, että valtion arvon mukaista ei ole pitää varsinaista kuulustelua silloin kun kuulusteltava on väkijuomien tai huumausainien aineiden vaikutuksen alainen.¹⁸⁷ Oikeusministeriön vankeinhoito-osasto on esittänyt mainitun ajatuksen sisällyttämistä lopulliseen säännöstekstiin.¹⁸⁸ Kuulustelua ei tämän mukaisesti saisi pitää silloin kun kuulusteltavan kyky käsittää esitutkinnan merkitys on alentunut väsymyksen, sairauden, päihtymyksen tai muun niihin verrattavan syyn takia. — Menettelytapa voidaan tosin säätää kielletyksi, mutta on huomattava, että käytännössä todistelumenetelmien rikkeiden noudattaminen saattaa olla perin vaikeaa. Kuulustelutilanne on siihen joutuvalla psyykkisesti raskas, ja tämän johdosta hän on saattanut nauttimiltaan psykofarmakologisilla lääkeaineilla aiheuttaa itselleen päihtymyksen verrattavan tilan. Ongelmana on, millä todennäköisyydellä kuulusteluviranomainen *havaitsee* mainitun poikkeavan psyykkisen tilan.¹⁸⁹

Kuulusteltavan psykologinen shokkikäsittely on kielletty. Edellä mainitusta — käytännössä jokseenkin syrjään jääneestä — poliisikoulu-

¹⁸⁵ BGHSt. 5,290. — Suomen oikeuskäytännön osalta vrt. OA 1947 s. 50 (p. N:o 1230/8.5.1947): Pidätetyn tupakointioikeutta ei voida jättää riippumaan häntä tutkimaan määrätyn poliisimiehen suostumuksesta. Poliisimestarille annettu huomautus pidätettyjen virheellisestä käsittelystä. — Pidätettyjen käsittelystä annettujen virallishojien mukaan pidätetyllä on oikeus tupakoida ja pitää sitä varten tarvittavat välineet hallussaan, ellei sitä häneltä paloturvallisuuden, säilytysvarmuuden tms. syyn vuoksi kielletä; Poliisin käskylehti N:o 1/1972, ohjeiden 10 §. — Tekstissä esitetyn johdosta ks. myös *Katila*, mt. s. 225; *Olivecrona* s. 198.

¹⁸⁶ Vrt. *Hermes*, mt. s. 80; *Sauer* s. 139 av 25.

¹⁸⁷ Ibid. s. 261.

¹⁸⁸ *Lausuntoyhteen veto* s. 35.

¹⁸⁹ Tässä kuten muutoinkin näyttövaikeudet rajoittavat lainsäädännön mahdollisuuksia.

tuksen oppikirjasta tosin saatetaan lukea, että »joihinkin kuulusteltaviin saattaa vaikuttaa käynti rikospaikalla, sairaalassa tai ruumishuoneella olevan uhrin luona ja johtaa välittömään tunnustukseen».¹⁹⁰ Mieli pide on torjuttava; tietojen mukaan sitä ei seurata käytännön toimintaohjeena. Tässä kohden saatetaan jopa herättää kysymys, eikö tuomioistuimen tulisi shokkikäsittelyn tapauksessa tehdä todistamiskielto tehoisaksi asettamalla vastaava *hyödyntämiskielto*. Viitattakoon vain toisessa yhteydessä kosketeltuun, Norjan oikeuskäytännössä esiintyneen tapauksen johdosta käytyyn keskusteluun.¹⁹¹ On syytä panna merkille, että hyödyntämiskielto ovat poikkeusluonteisuudestaan huolimatta saamassa pohjoismaisessa oikeusajattelussa entistä enemmän jalansijaa. — Nyt esitetyn johdosta on toisaalta tehtävä se varaus, että kuulusteltavan käyttäminen *rikospaikalla* voi tilanteesta riippuen olla rikostutkinnallisten tosiasioiden vaatima toimenpide. Poliisikäytännössä näin menettellään, milloin toimenpiteeseen turvautumisen voi odottaa saavan rikoksesta epäillyn luopumaan ilmeisesti totuuden vastaisesta kertomuksestaan. Rikospaikalla käynnin tarkoituksena ei tällöin ole aiheuttaa kuulusteltavan henkistä luhistumista vaan osoittaa hänen kertomuksessaan olevat ristiriitaisuudet ja mahdottomuudet. Sellainen kriminaalitikka kestää arvostelun. Puheenalaisessa suhteessa edustava on seuraava poliisikäytännössä esiintynyt tapaus.

K:n kunnasta oleva A oli löydetty asunnostaan kuolleena. Häntä oli ammuttu tarkkuuspistoolilla lähietäisyydeltä päähän. Tekijäksi epäiltiin E:tä. Tämä tunnusti, mutta väitti toimineensa hätävarjelussa. E:n kertomuksen mukaan laukaus oli ammuttu ovelta kuuden metrin etäisyydeltä. Tällöin hylsyjen olisi pitänyt lentää lattialle. Rikospaikkatutkimuksessa hylsy oli löydetty puulaatikosta. Muun muassa tällä perusteella voitiin päätellä, että aseella oli ammuttu lähilaukaus. E:n kertomus voitiin osoittaa totuuden vastaiseksi.

Onko kielletyn toimenpiteen ja sen avulla saadun lausuman sisällön välillä voitava osoittaa *kausaaliyhteys* mahdollisen hyödyntämiskiellon edellytyksenä? Varsinaiset kausaalisuusharkinnat eivät voi tulla kysymykseen; riittää, kun viitattu vaikutusmahdollisuus on lähellä tai todennäköinen.¹⁹²

¹⁹⁰ Katila, mt. s. 288.

¹⁹¹ Edellä V 1 ab 1.

¹⁹² Näin Saksan tietoisopissa KMR § 136 a Anm. 4 b; Peters s. 156. Ks. myös Hermes, mt. s. 114 ss.

Milloin tunnustus on saatu esitutkinnassa sillä tavoin kiellonvastaisesti, että sitä ei voida hyödyntää oikeudenkäynnissä, poliisiviranomaisen ei saa todistaa tunnustuksen sisällöstä. Sitä vastoin ei ole estettä sille, että *sattumalta* paikalla ollutta todistajaa kuulustellaan siitä, mitä epäilty on tunnustanut. Eihän hyödyntämiskielloilla oikeutemme mukaan ole »välillisen» hyödyntämisen estäviä etäisvaikutuksia. Muutoin virhe korjaantuu vasta sen seurauksena, että syytetty uudistaa oikeudenkäynnissä tunnustuksensa sen jälkeen kun häntä on informoitu siitä, miksi esitutkinnassa annettua tunnustusta ei voida ottaa huomioon.¹⁹³

6. Edellä on ohimennen viitattu siihen, että valtion arvon mukaista ei ole suorittaa kuulustelua silloin, kun kuulusteltava on päihdyttävien aineiden vaikutuksen alainen.¹⁹⁴ Ajatusta edelleen kehiteltäessä herää kysymys: Miten oikeusjärjestyksen tulee suhtautua niihin totuuden »oikoteihin», joita aikamme psykologia, fysiologia, lääketiede ja muut soveltavat tieteet tarjoavat rikostutkijan käyttöön? Saadaanko rikostutkinnassa ja syyllisyyskysymyksen harkitsemisessa käyttää hypnoosia, narkoanalyysejä, erilaisia testauspsykologisia metodeja ja valheenpaljastuskojeita?

Asetetun kysymyksen periaatteellinen kantavuus on suuri. Se koskettaa oikeusjärjestyksen ideologista perustaa; oikeus ja moraalitietoutuvat siinä läheisesti yhteen. Tämän seurauksena ongelma saa maailmankatsomuksellista ulottuvuutta. Asetettua kysymystä lähestyttäessä vakuuttuu erityisen voimakkaasti, että elävä oikeus ei ole abstraktisia sääntöjä vaan koettuja arvoja.¹⁹⁵ Seuraavassa esitetään aluksi eräitä valmistavia näkökohtia.

¹⁹³ Mahdollisuus kuulustella esitutkintaviranomaista kiellonvastaisesti saadusta lausumasta riistäisi hyödyntämiskiellolta sen mielekkyyden. Ks. tämän johdosta *Andenaes*, Straffeprosessen s. 339 ('Koska kiellonvastaisen tunnustuksen totuusarvo on kyseenalainen, poliisi ei saa todistaa sen sisällöstä.');

Alsberg — Nüse s. 105; *Baumann*, Juristentag s. 111; *Dallinger*, MDR 1951 s. 658; *Peters*, Lehrbuch s. 283. — Sen sijaan hyödyntämiskiellon tehoisaksi tekeminen ei estä käyttämästä hyväksi lausuman/tunnustuksen avaamia uusia todistelumahdollisuuksia. Tältä osin ongelman asettelu palautuu etäisvaikutuksen probleemiin; ks. siitä edellä V 1 ac.

¹⁹⁴ Ks. av 187/8 kohdalla olevaa esitystä.

¹⁹⁵ Kun toisessa yhteydessä (I 1 c 1 av 53 kohdalla) on mainittu, että meillä harjoitettu tutkimus on kohdistunut todistamiskieltojen kokonaisuuden asemesta valikoituihin erityiskysymyksiin, nimenomaan nyt tarkasteltavat uudenaikaiset kokeelliset rikostutkinnan apukeinot edustavat sellaista kysymysryhmää, jota tutkimus on jo varsin perusteellisesti valaissut.

Perustuu esitutinnan luonteeseen, että säännöstämättömiä tilanteita syntyy erityisen helposti. Ilmiö ei johdu yksin lainsäätäjän hidastelusta; valppainkaan lainlaajitus ei osaa ennakoida tieteellis-teknisen ekspansioon synnyttämiä uusia oikeusongelmia.¹⁹⁶ Mainittu tosiasia ei kuitenkaan tee puolustettavaksi menettelyä, että ratkaisuvalltaa delegoidaan nykyistä enemmän esitutkintaviranomaiselle. Kriminalistiset välttämättömyydet vaativat kyllä varsin suvaitsevan suhtautumistavan psykologian, lääketieteen ja tekniikan edistysaskeliin ja niiden rikostutkinnallisiin sovelluksiin.¹⁹⁷ Esitutkintaviranomainen on elämää lähinnä ja tuntee vähiten viehtymystä asettua perittyjen oikeushistoriallisten ja teologisten oppien nimissä jarruttamaan uusien rikostutkintakeinojen käyttöön ottoa. Tämän suuntaista kehitystä ei kuitenkaan ole syytä rohkaista mikäli ei käsitystä yksilön oikeusturvasta ja rikosprosessin perustuslainmukaisuudesta haluta radikaalisti tarkistaa.¹⁹⁸

On helppo vedota siihen, että sellaiset tutkintakeinot kuin narkoanalyysi ja valheenpaljastajat kehittyvät yhä täydellisemmiksi. Niinpä esim. valheenpaljastajaa voidaan käyttää kauko-ohjatusti siten, ettei kohdehenkilö edes tiedä laitteen olemassaoloa. Kun rikostutkijan tulee tarkata myös kuulusteltavan käyttäytymistä ja hänen tahattomia ilmaisu-
liikkeitään niin vaarantuuko havaintojen luotettavuus ja kohdehenkilön oikeusturva, jos viranomainen täydentää omien aistiensa todistusta valheenpaljastajan rekisteröimillä tosiseikoilla?¹⁹⁹ Entä miten on arvoستeltava vallitsevaa jäykän torjuvaa asennetta lääkevalmisteiden kuulusteltavalle antamista kohtaan, lääkevalmisteiden, jotka ehkä auttavat henkilön voittamaan jännitystilansa ja estyneisyytensä? Onko tällainen asenne realistinen aikakaudella, jolloin esitutinnan suorittaja saa aina

¹⁹⁶ Tekstissä lausutun johdosta viitattakoon erityisesti *Schaumannin* oikeusvertailevaan tutkielmaan »Persönliche Freiheit und neue Untersuchungsmethoden im amerikanischen und schweizerischen Strafverfahren» (1956).

¹⁹⁷ Kriminalistikan koko kehityskykyisyys riippuu sen valmiudesta hyödyntää soveltavien tieteiden alalla saavutettuja tutkimustuloksia; vrt. *R. Ellilä* s. 20.

¹⁹⁸ Johdonmukaisen salliva asenne uusiin rikostutkintamenetelmiin nähdessä merkitsee viime kädessä arvovalintaa, joka asettaa totuudentutkimisintressin aina yksilön vapauden suojan edelle. Näin on menetellyt *Sauer*, s. 138, joka kirjoittaa: »Der Zweck ist Wahrheitsermittlung; dieser ist wertvoller als der Schutz der individuellen Freiheit und körperlicher Unversehrtheit...»

¹⁹⁹ Vrt. *Instilling* s. 189, jossa kysymys valheenpaljastajien käytöstä on, mainittuja laitteita ehdottomasti torjumatta, jätetty avoimeksi.

olla varautunut siihen, että kuulusteltava on nauttimillaan rauhoitus-aineilla itse aiheuttanut itselleen huumaustilan?²⁰⁰ — Vastaus jää riippumaan siitä, minkä asenteen *lainsäätäjä* tulee omaksumaan.²⁰¹

Kysymykseen liittyvä korostunut ideologinen ulottuvuus oikeuttaa poikkeamaan totunnaisesta juridisesta menettelytavasta, jonka mukaan tutkittavaa ongelmaa valaistaan eri näkökulmista ja argumenttien vastakkainasettelun tuloksena esitetään oikeellisimmaksi osoittautuva käsitys. Oikeutemme kannalta on aksiomaattisesti omaksuttava torjuva asenne sellaisten teknisten apuneuvojen ja lääkevalmisteiden käyttöä vastaan. Todistamiskielto on tässä kohden itsestäänselvyys; pohjoismaisessa tieteisopissa johtavat oikeusoppineet ovat yksimielisesti leimanneet mainitunlaisten metodien käyttämisen kielletyksi.²⁰²

Mitä erityisesti Suomen oloihin tulee, rikosten selvillesaamisprosentti²⁰³ on meillä kansainvälisesti ottaen korkea. Jo tästä syystä on

²⁰⁰ Ongelmaan on kiinnittänyt huomiota *Hagedorn*, Juristentag s. 148.

²⁰¹ Vrt. *T. Ellilä*, Oikeudenkäyntivalhe s. 44.

²⁰² Tutkimuksessa on jo perusteesin tasolla edellytetty, että todistelun vapaus ei edes periaatteessa ulotu todistelumetodeihin (ks. I b 1 i.f.). Päin vastoin on olemassa joukko »elementaarisia» todistamiskieltoja, eräänlaisia itsestäänselvyksiä (joiden alkuperä on ihmisarvon loukkaamattomuudessa; vrt. esitystä jäljempänä tekstissä). Tähän näkökohtaan perustuu, että valtaosa tieteen kehittämistä teknisistä apuneuvoista (ja lääkevalmisteista) ei sovellu rikostutkinnan palvelukseen. Tämä on Suomen oikeuden yksiselitteinen kanta. Ks. sen johdosta Poliisin käskylehti N:o 5/16.7.1970; esitutkintaa koskevien v. 1964 ja v. 1973 lakiehdotusten 15 §:n 1 mom. ja vastaavasti 35 §:n 1 mom. sekä niiden johdosta KOM 1964:B 58 s. 16 ja vastaavasti *Esitutkinta* s. 36. Kysymystä käsitelleistä oikeusoppineista puheenalaisen kannan ovat esittäneet *Autere*, SPL 1959 s. 256; *Brax*, Lakimiespäivien 1956 pöytäkirja s. 49; *R. Ellilä* s. 257 ss.; *sama*, LM 1952 s. 739 ss., erit. s. 742 s. (Brysselin v. 1951 kriminalistikonferenssin hyväksymät periaatteet); *T. Ellilä*, LM 1948 s. 640 s.; *sama*, Todistelusta rikosasioissa s. 173; *sama*, Valvoja 1951 s. 215 s.; *sama*, Esitutkinnasta rikosasioissa s. 18; *sama*, SPL 1972 s. 35; *L. Huttunen*, PM 1955 s. 84 s. ja 117; *Salmiala*, DL 1954 s. 114 ss.; *sama*, JFT 1954 s. 403 s.; *sama*, NKÄ 1954 s. 96; *sama*, DL 1961 s. 211 s.; *Tirkkonen*, Rp II s. 347 av 30; *sama*, Totuus s. 170. — Mitä *Ruotsin* oikeuteen tulee, siinäkin ollaan yleensä hylkäävällä kannalla nyt tarkasteltavien kuulustelutapojen käyttöön nähden. Ks. lähemmin esim. *Ekelöf* IV s. 192; *Fahlander*, l.c. *ibid.*; *Fellenius*, Moderna experimentella hjälpmedel jne. s. 318 ss.; *Heuman — Lassen*, Brottsb. beivrande s. 12. Samasta kysymyksestä Pohjoismaiden osalta kokoavasti ks. *Andenaes* s. 21 s. Ks. lisäksi *sama*, Straffeprosessen s. 174 s.; *Bratholm*, Lov og Rett 1968 s. 300; *Hurwitz* s. 432; sekä erityisesti *Norjan* oikeuden osalta lisäksi rikosprosessia koskevan v. 1969 lakiehdotuksen 92 §:n 3 mom. ja sen johdosta *Innstilling* s. 189.

perusteltua omaksua kanta, jonka mukaan teknisten apuneuvojen ja lääkevalmisteiden käyttö on syyllisyyskysymyksen tutkimisessa kielletty. Jos esimerkiksi narkoanalyysin käyttö sallittaisiin, olisi olemassa vaara, että luovutaan muista, kokemuksen mukaan luotettavammista tutkintametodeista.²⁰⁴ Narkoanalyysin yhteydessä kysymykseen tulevista valmisteista käytettävä kansanomainen ilmaus »totuusseerumi» on nimeään vastaamattomana harhaan johtava.²⁰⁵

Edellä sanottu ei kuitenkaan kosketa ongelman ydinkohtaa. Oletetunlaisten metodien käyttäminen loukkaa kohdehenkilön *persoonallisuusoikeutta*. Todistamiskiellon oikeusperusteena on toisin sanoen persoonallisuuden oikeussuoja. Sanotusta johtuu, että aiotun menetelmän käyttämisen sallittuus ei periaatteessa riipu tutkittavan/epäilyksenalaisen suostumuksesta. Samasta syystä kysymyksen ratkaisuun ei liioin vaikuta psykofarmakologisen valmisteen vaikutuksen alaisena (tai hypnoosissa) annetun lausuman luotettavuusaste.²⁰⁶

²⁰³ V. 1975 ilmoitettu täsmällinen arvo oli 82 % (lähde: SPL 1976 s. 225).

²⁰⁴ Baumann, Narkoanalyse s. 14.

²⁰⁵ Schaumann s. 137 av 25.

²⁰⁶ Kuten tekstissä R. Ellilä s. 258; T. Ellilä, Todistelusta rikosasioissa s. 173; L. Huttunen, l.c. ibid.; Salmiala, DL 1954 s. 117; Ekelöf, l.c. ibid. (»ett allvarligt ingrepp i den personliga integriteten»); Bratholm, TKrV 1965 s. 1 ss.

Saksalais-itävaltalaisella oikeusalueella kosketeltujen valheenpaljastamismenetelmien käyttö on niin ikään leimattu persoonallisuusoikeuden vastaisena kielletyksi. Tässä suhteessa viitattakoon esim. seuraavaan kirjallisuuteen: Hagedorn, Juristentag s. 148; Hermes, mt. s. 38 ja 45 ss.; Jescheck s. 35 ja 38; Klug s. 33 ja 49; Kühne, Beweisverbote s. 21 ss. verr. s. 45; Peters s. 97 ja 155; Schorn, mt. s. 109; Schwarz — Kleinknecht, Strafprozessordnung § 81 a Anm. 3; Ziegler s. 145 av 86; Fasching, ÖJZ 1966 s. 432; Roeder, ÖJZ 1974 s. 344; Seiler, mt. s. 128; Foregger — Serini, Strafprozessordnung § 199 Anm. 1. — Erityisesti Sveitsin osalta ks. Hauser, Juristentag s. 76; sama, SchwZStr 1972 s. 127; Schaumann s. 139; Walder s. 49. — Sauerin (s. 138) vastakkainen mielipide on kohdannut ankaraa kritiikkiä.

Sen johdosta, että puheenalaisten todistelumetodikieltojen oikeusperusteena on persoonallisuuden oikeussuoja, vastaavien kuulustelutapojen torjumisen kannalta on merkityksetöntä mikä on niiden tuottaman näytön todistusarvo. Tässä suhteessa asianlaita on se, että tällaiset tutkintamenetelmät kehittyvät yhä luotettavammiksi. Esim. narkoanalyysin suhteellinen todistusarvo ei jää jälkeen tavanomaisesta indisiotodistelusta (Kühne, mt. s. 33). Mutta siinäkin tapauksessa, että luonnontieteiden onnistuisi kehittää narkoanalyysistä ja lähimenetelmistä ehdottoman luotettavia, niiden käyttö rikostutkinnassa olisi yhtä lailla absoluutisesti kiellettyä; Osmer, Umfang s. 13; Sendler s. 10 ss.

Narkoanalyysi herätti kyllä varhaisvaiheessa tiettyä kiinnostusta. Niinpä Ruotsin praksiksessa on esiintynyt muutamia tapauksia, jolloin epäiltyä on suostumuksen tai pyynnön nojalla kuulusteltu narkoanalyysin avulla. *Heuman* ja *Ekelöf* pitävät menettelyä lainvastaisena. Sen sijaan *Heuman* sallii *todistajan* kuulustelun narkoanalyysin avulla, jos todistaja tähän suostuu.²⁰⁷

Merkinnän arvoista on, että juristien — ja lääkäreiden — enemmistö hyväksyy narkoanalyysin käytön oikeuspsykiatrisessa tutkimuksessa, edellyttäen, että epäilyksenalainen on tunnustanut tai ettei hän ainakaan ole kiistänyt syyllisyyttään. Sen sijaan katsotaan jokseenkin yksimielisesti, että puheenalaiset metodit eivät saa palvella rikostutkinnallisia tarkoituksia. Sen johdosta, että todistamiskiellot kohdistuvat myös *asian-tuntijaan*, esitutkintaviranomaisen kutsuma lääkäri ei, esimerkin mainitaksemme, saa antaa epäilyksenalaiselle pervitiiniä saadakseen tämän tunnustamaan.

Puheenalaiset todistamiskiellot ovat eurooppalaisessa rikosprosessissa universaalisia, »oikeuspiirien» rajat ylittäviä. Niinpä esimerkiksi romaanisessa oikeuspiirissä hypnoosi, valheenpaljastajat ja narkoanalyysi kuuluvat anomaaleihin esitutkintametodeihin. Ne eivät ole vain epäluotettavia, vaan, kuten katsotaan, ihmisarvon vastaisia.²⁰⁸

Tässä yhteydessä ansaitsee huomiota *Roederin Itävallan* oikeuden kanalta esittämä puheenalaisten todistamiskieltojen perustelu. Koska rikoksesta epäilty/syytetty ei ole velvollinen myötävaikuttamaan totuuden ilmitulemiseen, johtuu tästä kielto käyttää metodeja, jotka kohdistuvat hänen tahattomiin ilmaisuihinsa. De lege lata epäilty/syytetty tulee nimittäin *Roederin* mukaan kysymykseen todistuskeinona vain kuulustelun tietä.²⁰⁹ Perustelutapa on torjuttava. Se jättää huomioon otta-

²⁰⁷ Ks. *Heuman*, SvJT 1955 s. 225 ss.; *Ekelöf* IV s. 192.

²⁰⁸ *Gorphe*, mt. s. 101; *Nuvolone* s. 80, 83 ja 85. — *Seiler* (l.c. ibid.) kiinnittää tässä kohden huomiota siihen, että narkoanalyysiin turvautuminen ja eräät lähimenetelmät ovat vastoin ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan sopimuksen 6,1 artiklan edellyttämää fair trial-periaatetta.

²⁰⁹ *Roeder* s. 162 av 1. — Rikoksesta epäilty/syytetty ei tosin ole velvollinen myötävaikuttamaan omaan tuomitsemiseensa. Sen sijaan hänellä on paikalletulovelvollisuus: hänen on kutsusta saavuttava poliisikuulusteluun (PoliisiL 15 §) ja oltava läsnä/edustettuna oikeudenkäynnissä (OK 12:8). Tällöin hänellä on kyllä vaikenemisoikeus mutta ei mahdollisuutta estää sitä, että viranomainen tekee johtopäätöksiä hänen ei-verbaalisesta käyttäytymisestään, jopa tahattomista ilmaisuistaan. Sen johdosta, että »totuusseerumin» kaltaiset valmisteet (esim. eunar-

matta, että epäillyn/syytetyn ei-verbaalinen, siis muukin kuin varsinainen ilmaisukäyttäytyminen antaa kuulustelijalle/tuomarille relevantteja todisteita. Viitattakoon vain toisessa yhteydessä käsiteltävän objektivisen henkilötodistelun avaamiin todistumahdollisuuksiin.²¹⁰

Puheenalaiset uudet, eurooppalaisen oikeuskäsityksen mukaan hylättävät rikostutkintamenetelmät ovat saaneet melkoisen laajan käytön alkuperämaassaan *Yhdysvalloissa*. Mainittu seikka on epäilemättä yhteydessä tämän maan teknologian korkeaan tasoon ja siihen liittyvään henkiseen valmiuteen hyödyntää tieteellis-teknisen kehityksen saavutuksia. Tutkitavassa suhteessa on kuitenkin oleellisempaa, että amerikkalainen prosessi on selväpiirteisesti asianosaisprosessia. Tällaisen prosessin luonteeseen soveltuu hyvin, että yksityisestä toimeksiannosta suoritettu narkoanalyyysi esitetään todisteeksi.²¹¹ Toisin eurooppalaisessa oikeudenkäynnissä, jossa syyttäjän on näytettävä toteen syytetyn syyllisyys. Voitaisiinko erityisesti Suomen oikeuden kannalta sallia sellainen menettely, että syytetty esittää oikeudelle yksityisesti suoritetun narkoanalyyysikokeen tuloksen? Onko katsottava, että koe loukkaa syytetyn luovuttamatonta, disponointivaltaan kuulumatonta persoonallisuus oikeutta? Jos lähdetään siitä, että oikeudenkäynnin ulkopuolella suoritettu narkoanalyyysi voi olosuhteista riippuen tarjota indision syytetyn syyttömyydestä, niin eikö tapahtuisi suurempi vääryys syytettyä kohtaan ja vakavampi persoonallisuus oikeuksien loukkaus, jos tämä indisio jätetään huomioon ottamatta?²¹²

Osaksi toisin on arvosteltava ns. valheenpaljastuskojeiden käyttöä. Tällaista laitetta voidaan käyttää kauko-ohjatusti kohdehenkilön tietämättä. Menetelmä on itse asiassa vain muunnos rikostutkinnassa vanhas-

kon, evipan, amythal, pentothal, skopolamine) aiheuttavat niitä nauttineessa estojen laukeamisen myötä minän kontrollin häiriintymisen, ne saattavat de facto pakottaa henkilön antamaan tunnustuksen vastoin vapaata tahtoaan. Kun *Palmgren* perustaa kielteisen kantansa tähän argumenttiin (oma ilmoitus), perustelutapa on korrekti. Ks. myös V 1 bbb 1 av 308 kohdalla.

²¹⁰ Jäljempänä VI 3 d.

²¹¹ *Wigmore*, mt., 3. osa, § 998, tosin vielä pitää lääkevalmisteiden vaikutuksen alaisena annettuja lausumia yleisesti hyödyntämiskelvottomina. Nyttemmin lähdettäneen — tekniikan kehittymisen seurauksena — siitä, että vapaaehtoisuutensa puolesta taatut tunnustukset ovat sallittua todistusaineistoa. Ks. lähemmin *Dession*, *Freedman*, *Donnelly*, *Redlich*, *Yale Law Journal* 62 (1953) s. 315.

²¹² Vrt. *Heuman*, mt. s. 231 s.; *Strömberg*, *TKrV* 1949 s. 195 ss.; *Schaumann* s. 139; *Walder* s. 49.

taan käytetystä metodista, jossa kuulusteltavan käyttäytymistä salaisesti tarkataan läpinäkyvästä peilistä.²¹³ Menetelmä ei vaaranna kuulusteltavan tahdontoiminnan vapautta eikä alenna hänen muistamis- tai arvoitelukykyään. Siksi saatetaan ainakin *de lege ferenda* puoltaa näiden laitteiden käyttöön ottamista.²¹⁴ Palautettakoon mieleen, että juristit alun perin vastustivat jopa veriryhmätutkimuksia prosessuaalisessa todistelussa, menetelmää, joka nyttemmin kuuluu oikeuselämän jokapäiväiseen kuvaan. Miksi ei valheenpaljastajien kohdalla saattaisi ennustaa samanlaista kehityskulkua? *Sveri* hyväksyy tällaiset laitteet jo *de lege lata* esittämättä kuitenkaan lähempiä perusteluja.²¹⁵

7. Kieltoon käyttää rikostutkinnassa hypnoosia, psykofarmakologisia valmisteita ja päihdyttäviä aineita liittyy tehosteena todistelutuloksen *hyödyntämiskielto*. Tässä yhteydessä on toisarvoista, konstruoidaanko vastaava todistamiskielto todistuskeino- vai todistelumetodikielloksi.

bab) Puhelinkuuntelu; elektroniset havainnointilaitteet

1. Edellä on tarkasteltu tahdontoiminnan vapautta vaarantavia kuulustelumetodeja ja tällöin on todettu, että tämän päivän lääketiede ja tekniikka antavat rikostutkijan käteen apuneuvoja, jotka määrätapauksissa saattavat jouduttaa totuuden selville saamista. Samanaikaisesti on kuitenkin korostettu, että tahdontoiminnan vapautta vaarantavina ja ihmisarvon vastaisina näiden apuneuvojen mahdollistamiin todistelumetodeihin tulee yleensä vastata todistamiskiellolla. — Tässä esitysajaksossa siir-

²¹³ Ks. tästä *Katila*, mt. s. 237.

²¹⁴ Menetelmän luotettavuutta osoittaa, että sillä jo nykyisellään päästään aina 95 %:iseen tarkkuuteen; *Kühne*, mt. s. 28.

²¹⁵ »Jussens Venner» N, Nr. 6, s. 147 ss. — Verrattaessa eri oikeuspiirien suhtautumista valheenpaljastuskojeiden käyttöön rikostutkinnassa, havaitaan tiettyä kirjavuutta. Meillä vallitsevaa asennetta kuvaa *Tirkkosen*, Totuus s. 170, maininta, jonka mukaan »niiden mahdollista käytäntöön ottamista on... arvovaltaisella lakimiestaholla... yleensä vastustettu». Näin nimenomaisesti *T. Ellilä*, SPL 1961 s. 43 ss.; ja *Salmiala*, DL 1961 s. 211 ss. Siten myös *Ekelöf*, IV s. 192; ja *Bratholm*, The right to lie s. 531 ss. — *Saksan* judikatuurissa valheenpaljastajan (piirtimen) käyttö on leimattu kielletyksi tutkintamenetelmäksi (BGHSt. 5,332); näin myös tutkijoiden enemmistö tieteisopissa. Ks. siitä *Peters*, ZStW 1975 s. 663; vrt. kuitenkin *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess s. 174 ss. — *Sveitsissä* sen sijaan vallitsee suopeampi asenne; ks. esim. *Pfenninger*, SchwJZ 1961 s. 70 ss.; *Schaumann* s. 136. — Liioin *Ranskan* kirjallisuudessa ky-

rytään käsittelemään niitä apuneuvoja, jotka moderni tekniikka on kehittänyt informaation salaiseksi saamiseksi varsinaisen kuulustelutilanteen ulkopuolella. Kysymykseen tulevista menettelytavoista vanhin ja käytännölliseltä merkitykseltään tärkein on puhelinkeskustelujen (salainen) tarkkailu. Tämän rinnalle on nousemassa erilaisten mikrokuuntelulaitteiden ja muiden elektronisten havainnointivälineiden käyttö rikosprosessin palveluksessa.

2. HM 12 §:n mukaan »kirje-, lennätin ja puhelinsalaisuus on loukkaamaton, mikäli siitä ei ole laissa poikkeusta säädetty».²¹⁶

Mitä kirje- ja lennätinsalaisuuteen tulee, takavarikosta ja etsinnästä annetussa laissa säädetään, että postilähetykset ja sähkeet voidaan takavarikoida posti- ja lennätintoinipaikasta, edellyttäen, että ne olisi voitu takavarikoida vastaanottajan hallusta (TakavarikkoL 2 §). Valmistuneessa ehdotuksessa laiksi pakkokeinoista rikosasioissa mainittu takavarikointimahdollisuus edellytetään säilytettäväksi oleellisesti samansisältöisenä (4 luv. 3 §). Vastaavaa poikkeusta ei de lege lata ole säädetty puhelinsalaisuuden osalta. Poliisin valtuus suorittaa teknisellä laitteella kuuntelua ja tarkkailua perustuu tavanomaiseen oikeuteen. Näi-

seistä tutkintamenetelmää ei täysin hylätä tutkittavan siihen suostuessa; ks. *Stefani — Levasseur* s. 24 rn 29.

— *Yhdysvalloissa* puolestaan valheenpaljastajalla saatu todistus on tavallisesti torjuttu sen nojalla, ettei ole olemassa riittävää kokemusta näiden laitteiden luotettavuudesta; ks. esim. *Vliet*, LM 1963 s. 765.

Jousimaa, SPL 1961 s. 23 ss., toteaa, että samalla kun hypnoosi ja narkoanalyyysi ovat rikosprosessimme soveltumattomia, valheenpaljastajat ovat tässä suhteessa eri tasolla. TakavarikkoL 22 § ei ole esteenä niiden käyttämiselle. Vastustuksen syyt voivat olla asian puutteellisessa tuntemisessa tahi siinä, ettei rikostutkijoihin luoteta. Ks. lisäksi *Stenlund*, SPL 1961 s. 83; *Bratholm*, l.c. ibid. ('valheenpaljastajat hyväksyttävissä de lege ferenda'); *Foregger*, ÖJZ 1972 s. 112.

²¹⁶ Tätä perustuslain pykälää selittävistä laajasta kirjallisuudesta viitataan lähinnä *Hakkilan* kommentaariin; ks. »Suomen tasavallan perustuslait» s. 72 s. Ks. lisäksi *Kastari*, Kansalaisvapauksien perustuslainturva s. 240 ss.

Mitä *Ruotsiin* tulee, tässä maassa suoritettu perustuslain uudistus johti myös kansalaisvapauksien kohdalla entistä tehostetumpaan perustuslain tasoiseen suojaan. 1.1.1975 voimaan tulleen hallitusmuodon (Regeringsformen) 2 luv. 3 § sisältää perustavan määräyksen siitä, että jokainen kansalainen on suojattu viranomaisen suorittamalta ruumiintarkastukselta tai muulta ruumiilliselta kajoamiselta, kotietsinnältä, sekaantumiselta kirje-, posti- tai puhelinyhteyksiin sekä salaiselta kuuntelutarkkailulta. Ks. tämän johdosta *Danelius*, Mänskliga rättigheter s. 105 ss.; SOU 1975:95 s. 27.

hin etsintämuotoihin on turvauduttu eräiden rikoslaissa rangaistaviksi säädettyjen rikosten selvittämiseksi.²¹⁷ Sen johdosta, että puhelinkuuntelu tulee tavanomaisen oikeuden mukaan kysymykseen vain poikkeustapauksissa, tässä kohden vallitsee relatiivinen todistelumetodikielto. Oikeustila, jossa puhelinkuuntelu on sallittu pelkän tavanomaisen oikeuden nojalla, on epätyydyttävä. Puhelin (sala-) kuuntelussa saadaan välitön selvyys kaikista tiedonannoista ilman epäilyksenalaisen/ilmiannetun suostumusta taikka edes tietoisuutta. Mainitun seikan vaikutuksesta puhelinkuuntelu ei ole sellaisenaan rinnastettavissa posti- ja lennätinsensuuriin.²¹⁸

Toisessakin suhteessa kirje- ja lennätinsalaisuus sekä puhelinsalaisuus sijoittuvat eri tasoille. Kirje- ja lennätinsalaisuus on otettu perusoikeuksien luetteloon siitä syystä, että tällä rintamalla vallitsee monopolioikeuteen perustuva valtion immanentti läsnäolo. Nimenomaan tästä monopoliasemasta aiheutuu vaara, että valtio tunkeutuu niiden rajojen yli, jotka suojaavat yksilön intiimipiiriä. Posti- ja lennätinliikenne edustaa vaarallista murtokohtaa, josta käsin yksilön intiimipiiri saattaa joutua valtion taholta tulevien loukkausten kohteeksi.²¹⁹ Tästä syystä perustuslain laatija on varmentanut kirje- ja lennätinsalaisuuden suojan valtion erilaisia asioihin puuttumistapoja vastaan. Ensisijaisena syynä ei siten ole ollut kirje- ja lennätinsalaisuuden kiistämätön, universaalisesti tunnustettu itseisarvo.

Vasta kun pidetään silmällä suuria systemaattisia yhteyksiä puhelimen salakuuntelu sijoittuu samalle tasolle kuin kirjeenvaihtoon sekaantuminen, henkilöön käyvä etsintä, lääkärintutkimukset, elektronisten havainnointivälineiden käyttö, äänen tallentaminen, valokuvaaminen tai filmaaminen yksityisympäristössä tahi intiimeissä tai kiusallisissa olosuhteissa. Kaikki nyt mainitut toimenpiteet kohdistuvat viime kädessä persoonallisuuden oikeussuojaan.²²⁰ Puheenalaisten toimenpiteiden avaa-

²¹⁷ Ks. *Esitutkinta* s. 102; *Luonnos* 30. 6. 1976 s. 10.

²¹⁸ *Schaumann* s. 132 s. Selostetun tutkintakäytännön kritiikistä ks. *Kastari*, mt. s. 252 s.

²¹⁹ Ks. v. *Meiss*, Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren s. 156 s.; *Guradze*, Menschenrechtskonvention Art. 8 rn 22 ss.; *Rupp* s. 200; *Menschenrechte* s. 221 (*Scheuner*).

²²⁰ Sellaisina ne loukkaavat yksityiselämän suojaa, joka määritelmänsä mukaan sisältää käytännössä mm. henkilöön kohdistuvan etsinnän, puhelimen salakuuntelun, elektronisten havainnointilaitteiden käytön, äänen tallentamisen,

mista näkökulmista tulevat esille yksityiselämän suojan eri ulottuvuudet. Tässä yhteydessä rajoitutaan tarkastelemaan otsikossa mainittuja rikostutkimetodeja.

3. Mitä muiden pohjoismaiden oikeuteen tulee, näissä maissa poliisin valtuudet suorittaa puhelinkuuntelua perustuvat joko prosessilain nimenomaisiin määräyksiin (RB 27:16; Rpl 750 a §) tai, kuten Norjassa, asiaa koskevaan erityislakiin (L 24.6.1915). Kaikissa kolmessa maassa puhelinkuuntelu on, joskin ahtaissa rajoissa, periaatteessa sallittu. Osaksi mainittu tutkimetodi tulee kysymykseen sellaisiin henkilöihin kohdistuvana, joita epäillään vakoilusta tai muista valtion turvallisuutta vaarantavista rikoksista. Näin on asianlaita Norjassa. Kahdessa muussa pohjoismaassa oikeussäännökset ulottuvat jonkin verran laajemmalle, mutta nytkin puhelinkuuntelun edellytykset on tarkoin rajattu; käytännössä toimenpiteeseen turvaudutaan harvoin. Kaikissa kolmessa maassa puhelinkuuntelu edellyttää sitä koskevan tuomioistuimen päätöksen. Tanskassa ja Norjassa poliisi saa pakottavissa tapauksissa suorittaa itsenäisestikin puhelinkuuntelua, mutta on tällöin velvollinen viipymättä ilmoittamaan toimenpiteestä tuomioistuimelle, joka päättää saadaanko

valokuvaamisen tai filmaamisen. Ks. sanotun johdosta *Hidén*, LM 1967 s. 781. Huomattakoon myös RL 38:8:n rangaistussäännös, jossa toisen suljetun kirjeen oikeudeton avaaminen sekä tiedon hankkiminen puhelinlaitoksen välitettävän puhelun sisällöstä on otettu samaan tunnusmerkistöön. — Ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan sopimuksen 8 artiklan 1 kohdan mukaan jokaisella on oikeus vaatia muita kunnioittamaan yksityis- ja perhe-elämänsä, asuntoaan ja kirjeenvaihtoaan. *Unger*, Menschenrechte s. 237, pitää tätä määräystä yksityiselämän suojan perusnormina ja mainitsee sen lukuisten sovelutusten joukossa mm. puhelinkeskustelujen (salaisen) kuuntelun. Ks. tämän sopimuskohdan johdosta myös *Danelius*, mt. s. 100 ss.

Se valvonta, jota yhteiskunta voi — teknisen kehityksen seurauksena — harjoittaa yksilöä kohtaan, on *Westinin*, Privacy and Freedom s. 69 ss., mukaan jaoteltavissa kolmeen kategoriaan: fyysiseen valvontaan (surveillance), tietokonevalvontaan ja psykologiseen valvontaan. Fyysisen valvonnan piirissä on yksityisten puhelinkeskustelujen kuuntelu (»wire tapping») tämän valvonnan nähtävästi tärkein esiintymismuoto; *ibid.* s. 73. — Problematiikasta yleisesti ks. lisäksi *Anttila*, LM 1972 s. 505 ss.; *Habscheid*, Persönlichkeitsrecht s. 840 ss.; *Krauss*, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess s. 365 ss., sekä erit. puhelinkuuntelun osalta *Lausuntoyhteenveto* s. 78 ss.; SOU 1975:95 s. 89 ss. — Valistunut kansalaismielipide, jonka tulkkina sanomalehdistö on toiminut, on niin ikään tiedostanut puhelujen salakuuntelun yksityiselämälle merkitsemän uhan. Ks. siinä suhteessa esim. »Missä viipyy yksityiselämän suoja», HS 16.04.1972.

kuuntelua jatkaa. Erityisen huomionarvoista on, että Norjassa on voimassa rangaistussäännöksiä, jotka kohdistuvat yksityisten kansalaisten ohella myös poliisiin (strl. 145 a §). Viranomaisenkin on siten rangaistusvastuun alainen, jos se suorittaa puhelinkuuntelua muissa kuin lain sallimissa tapauksissa.²²¹

Yleiseen rikoslakiin nyttemmin otetun säännöksen (RL 24:3 b) johdosta oikeustila on meilläkin se, että kotirauha on suojattu teknisin laittein tapahtuvalta salakuuntelulta- ja katselulta.²²² Puhelin- ja kirjessalaisuus puolestaan on RL 38:8:n (L:ssa 153/55) rangaistussäännöksen suojaama. Mainitun rangaistussäännöksen ansiosta puhelinsalaisuuden perustuslainsuoja saa tarpeellista tehoisuutta.²²³ Ilmeistä on, että puheenalainen oikeudellinen järjestely heijastuu myös rikosprosessuaaliseen tasoon. Ei voi olla oikein, että puhelimen käyttäjä, joka sattumalta kuulee verkostossa käydyn puhelinkeskustelun, tekee poliisille ilmiannon luvattomasti suoritetusta raskauden keskeyttämisestä. Jos nimittäin puhelinsalaisuudelle annetaan se merkitys, jota sen asema perusoikeutena vaatii, kansalaisten täytyy tuntea itsensä turvatuiksi sellaista menettelyä vastaan, että satunnaiset puhelinkeskustelun todistajat suorittavat ilmiannon viralliselle syyttäjälle.²²⁴

Yksityisten suorittama puhelinkeskustelujen seuraaminen saatetaan epäilemättä perustellummin leimata »sala»kuunteluksi kuin viranomaisen toimesta tapahtuva; näin meilläkin joka tapauksessa de lege ferenda. Oikeusvertailevassa suhteessa saatetaan tässä yhteydessä viitata *Ranskan* oikeuteen. Tutkintatuomarin järjestämänä puhelinkuuntelu on rikos selvittelyssä laajassa mitassa sallittu. Yksityiseltäkin taholta saadut sala-

²²¹ Ks. lähemmin *Ekelöf* IV s. 191; *Gärde* s. 375; *Olivecrona* s. 254 s.; *Andenaes* s. 23 s.; *Gomard — Hansen — Hurwitz*, Retsplejeloven II § 750 a; *Rørdam*, mt. s. 39. Erityisesti Rpl 750 a §:n tulkinnasta ks. lisäksi U 1960.79 ja U 1960.906.

²²² Ks. tämän lainkohdan johdosta av 236 jäljessä olevaa esitystä. Ks. lisäksi V 2 b 2—3.

²²³ Huomattakoon myös RL 38:9 a (153/1955), jossa yksityisenkin puhelinlaitoksen henkilökuntaan kuuluva puhelinvälittäjä asetetaan luvattomasta puhelun sisällön ilmaisemisesta saman rangaistusuhan alaiseksi kuin virkamies. — Tätä ja edellistä pykälää koskevassa HE:ssä 116/1954 vp. korostettiin olevan »pidettävä jo perustuslainturvan kannalta suurena epäkohtana» sitä, että yksityisten puhelinlaitosten harjoittamalta puhelinliikenteeltä puuttuu puhelinsalaisuuden loukkaamattomuuden rikosoikeudellinen suoja.

²²⁴ Vrt. *Diemer — Nicolaus*, Juristentag s. 121.

kuuntelutulokset voivat käydä syyllisyysindisioista. Eräässä ratkaisusaan kassaatiotuomioistuimien katsoi, että vasta sellainen menettely, jossa syyttäjän avaintodistaja kävi syytetyn kanssa puhelinkeskustelun »agent provocateur» -roolissa, toteutti todistamiskiellon rikkomisen.²²⁵

Selostetun kanssa analoginen tapaus on esiintynyt *Ruotsin* oikeuskäytännössä. Esitutkinta koski erään avioparin veronkiertämistarkoituksessa väärin laatimaa veroilmoitusta. Tutkimuksia suorittava poliisimies lainasi yksityiselle henkilölle äänentallennuslaitteen kytkettäväksi tämän puhelimeen keskusteluissa avioparin tai heidän puolustusasianajajansa kanssa. Oikeusasiamies leimasi käytetyn tutkintametodin RB 23:12:n vastaiseksi ja korosti, että mainitun lainkohdan mukaan ei ole sallittua, että esitutkinnassa yritetään saada henkilöltä tietoja erehdyttämällä häntä niiden olosuhteiden laadusta, joiden vallitessa hän antaa tietonsa.²²⁶

Viimeksi esitetty oikeustapaus näyttäisi avaavan lupaavia näkökulmia *hyödyntämisiongelman* tarkasteluun. Tässä yhteydessä seuraamus-kysymyksen pohtiminen ei kuitenkaan vaikuta mielekkäältä. Näin siksi, että oikeustila on murrosvaiheessa: on jo valmistunut uusia säännöshotuksia, jotka, oikeustilaa selventäen, tekisivät viranomaisen suorittaman puhelinkuuntelun tietyin edellytyksin sallituksi. Sittemmin asian on todettu vaativan vielä lisäselvityksiä. — Sinänsä hyödyntämiskysymys on oletetuissa tilanteissa kyllä selvä: yhtä hyvin voimassa olevan oikeu-

²²⁵ Crim. 12. 6. 1952, J.C.P. 1952 II. 7241. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Bouzat*, *Loyauté* s. 164 ss.

Mitä *Yhdysvaltain* oikeuteen tulee, laajasti noudatetun käytännön mukaan Federal Communications Act estää tuomioistuimia käyttämästä hyväksi vain suoranaisen puhelinliitännän (wire tapping) avulla saatua näyttöä (*Nardone v. US*, 302 US 379, 1937), ei sen sijaan omasta laitteesta satunnaisesti kuultuja sivullisten keskusteluja (*Rathbun v. US*, 355 US 107, 1957). Ks. lähemmin *Bader*, JBl 1972 s. 188 ss.; *Maguire* s. 83.

²²⁶ JO 1960:22; vrt. sen johdosta TKrV 1955 s. 349 s. — Huomionarvoinen on samoin NJA 1953 s. 582 ss.: Oikeusasiamies oli määrännyt syytteen nostettavaksi kaupunginviskaali M:ää vastaan rikoslain 25 luvun 4 §:n mukaisesta virkavirheestä. M oli poliisitutkinnan yhteydessä määrännyt (potentiaalisen todistajan) A:n vierailemaan tietojensaantitarkoituksessa K:n kodissa sen jälkeen kun M:n määräyksestä oli käyty poliisin tarkkailema puhelinkeskustelu A:n ja K:n välillä. Syyte M:ää vastaan hylättiin, koska hän ei ollut menettelyllään rikkonut mitään nimenomaista oikeussäännöstä tahi selvää käytäntöä. Lisäksi korostettiin syyttäjältä vaaditun ratkaisun vaikeutta sen määräytyessä vastakkaisten intressien vertailusta.

den kannalta kuin *de lege ferenda* noudatetaan sitä pääsääntöä, jonka mukaan todistamiskiellon rikkominen ei estä todistelutuloksen hyödyntämistä.²²⁷

V. 1973 valmistuneessa ehdotuksessa laiksi pakkokeinoista rikosasioissa puhelinkuuntelun mahdollistava säännös (5 luv. 14 §) oli saanut seuraavan sanamuodon: »Jos on syytä epäillä, että on tehty rikos, josta ei ole säädetty lievempää rangaistusta kuin kahden vuoden vankeusrangaistus, tai törkeä huumausainerikos ja asian selvittämisen kannalta on oleellinen merkitys sillä, että rikoksesta epäillyn hallinnasta olevasta tai hänen oletettavasti muuten käyttämästään puhelinkoneesta käytyjä keskusteluja kuunnellaan, voidaan poliisille antaa lupa näiden puhelujen kuuntelemiseen.» Saman luvun 16 §:n mukaan »kuuntelusta... päättää tuomioistuimien esitutkinnan johtajan tai syyttäjän pyynnöstä».

On jossakin määrin odottamatonta, että uudistusehdotus ei saanut lausunnon antajien taholta varauksetonta hyväksymistä. Niinpä esitettiin muun muassa, että »perustelut puhelinkuuntelun sallimisen puolesta eivät ole vakuuttavia». Sitä vastoin on, kuten korostettiin, esitettävissä runsaasti painavia perusteluja puhelinkuuntelun sallimista vastaan. Sellaisena mainittiin, että kuuntelun sallimisella laillistetaan kuuntelulaitteiden hallussapito. Kun tieto tästä leviää yleisön keskuuteen, aiheutuu turvallisuuden tunnetta, epävarmuutta ja epäluuloja. Edelleen viitattiin oikeuden väärinkäyttämisen vaaraan.²²⁸

Esitetyt kriittiset huomautukset ovat suuressa määrin yleispäteviä siinä katsannossa, että kaikkialla, missä oikeusjärjestys on ottanut käyttöön puhelinkuuntelun, vastustajat ovat arvostelleet sitä oleellisesti

²²⁷ Kuten tekstissä vastaavasti Tanskan oikeuden kannalta Retsplejerådet 15. 6. 1971 (Liite 3 lain nr. 89, 29. 3. 1972, perustana olleeseen ehdotukseen; ks. FT 1971/72, tillæg A, s. 597 ss.). Vrt. myös Saksan judikatuurissa esiintynyt tapaus OLG Hamburg 11. 10. 1972: Lennätinliikenteen tarkkailun avulla tietoon saadut tosiasiat ovat rikosprosessuaalisesti hyödyntämiskelpoisia siitä riippumatta, onko konkreettinen rikoksen epäily, joka on StPO 100 a §:n mukaisesti oikeuttanut tarkkailun, vielä voimassa. Saksan oikeuden sisällöstä muutoin ks. *Jescheck*, *Juristentag* s. 156 s.; *Klug* s. 55 s.

Miten on hyödyntämiskelpoisuutta arvosteltava siinä tapauksessa, että vilpillisesti kuunneltu puhelinkeskustelu salaa nauhoitetaan äänentoistolaitteelle ja äänitallenne esitetään oikeudelle? Vrt. tämän tilanteen osalta jäljempänä V 2 b 3 av 395 kohdalla.

²²⁸ Näin Lakimiesliitto; ks. *Lausuntoyhteenvedo* s. 78 s.

samoilla näkökohdilla. Eri asia on, ovatko käytetyt argumentit asiallisesti kestäviä. Puheenalaisessa suhteessa on ratkaiseva merkitys annettava itse sille tosiasialle, että puhelinkuuntelu on tutkintametodina kestänyt kritiikin ja useimmissa Euroopan maissa lyönyt itsensä voitokkaasti läpi. Edellä jo mainittujen oikeusjärjestysten lisäksi voidaan viitata *Sveitsin* oikeuteen. Puhelinsalaisuus on tosin täälläkin valtiosäännössä tunnustettu perusoikeus (Bundesverfassung Art. 36), mutta rikoksia ja rikkomuksia vastaan taisteleminen nousee intressinä tämän perusoikeuden edelle. Näin ainakin silloin, kun salaisuus koskee jotakuta rikossuunnitelmaan osallistunutta. Bundesgericht ei vaadi puhelinkuuntelun osalta valtiosäännönmukaisuusvalvontaa. Eräässä viimeaikaisessa ratkaisussaan mainittu tuomioistuin on velvoittanut lennätin- ja postihallituksen antamaan poliisiviranomaisille tietoja kolmannestakin henkilöstä, milloin osoitetaan, että vaadittu sensuuri on yhteydessä rikostutkintaan.²²⁹ — *Itävallan* oikeuden osalta tyydyttäkään vain viittaamaan täälläkin toteutettuun puhelinkuunteluun oikeudellisena realiteettina.²³⁰ Mitä *Italian* oikeuteen²³¹ tulee, *Vassalli* selittää, että puheenaolevan kaltaiset perusoikeuksien rajoitukset ovat rikosprosessin valmistelussa välttämättömiä; *Italian* valtio ei voi koskaan luopua näistä apuneuvoista.²³²

²²⁹ BGE 79 IV 185, jossa ratkaisussa tehdään se huomionarvoinen varaus, että rikostutkinnallisessa tarkoituksessa suoritettavaa puhelinkuuntelua ei ole lupa kohdistaa rikoksesta epäillyn tahi esim. paenneen syytetyn ja hänen lähiomaistensa välisiin tahi puolustusasianajajan kanssa käytäviin keskusteluihin. Tässä kohden siis vallitsee todistamiskielto vaikka asianomaisilta henkilötahoilta puuttuukin muodollinen, vasta oikeudenkäynnissä saavutettava todistajan vaihtolo-oikeus. Ks. ratkaisun johdosta *Hauser*, SchwZStr 1972 s. 128; *Schaumann* s. 132; sekä muutoin *Hauser*, Juristentag s. 77; *Noll*, SchwZStr 1975 s. 45 ss.; *Walder* s. 51.

²³⁰ Ks. lähemmin *Roeder* ÖJZ 1974 s. 316; *Seiler*, mt. s. 68. Vm. palauttaa oikeustilan ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan sopimuksen 8 art. 2 kohtaan. — Puhelintarkkailu on tosin laajalti sallittu mutta ei ulotu asianajotoimintaan. Sen sijaan sukulainen, joka puhelimesta raskauttaa syytettyä, tekee sen omalla vastuullaan: kuuntelu on sallittu. Toisaalta: viranomainen ei saa tällä tavoin kiertää (vaitiolo-oikeutta koskevaa) neuvontavelvollisuuttaan. — Ks. lisäksi *Foregger* — *Serini*, mt. §§ 149 a—b Anm. sekä erit. *Bertel*, Grundriss s. 94 s. (öStPO 149 a 1,2 §).

²³¹ C.p.p. 339 art.

²³² ZStW 74. Bd., s. 463. Ks. myös *Nuvolone* s. 75; sekä oikeusvertailevassa suhteessa kokoavasti *Jescheck* s. 39 ss.

Meidänkin oikeutemme osalta on syytä lähteä aksiomaattisesti siitä, että ilman puhelinkuuntelun laillistamista rikostutkinta ei voi odottaa menestyksekkäästi täyttävänsä sille nykyaikaisessa valtiossa kuuluvia tehtäviä. Tästä teesistä on pidettävä kiinni siitäkin huolimatta, että pyrkimyksenä muutoin on yksilön suojan tehostaminen. Tässä omaksuttu katsantokanta heijastuu enemmistössä niitä lausuntoja, joita puheenalaisesta uudistusehdotuksesta on annettu.²³³ Yksityiskohtaiset perustelut on tässä yhteydessä sivuutettava. Millaiseksi laadittavan lain lopullinen sisältö tältä osin muodostuukin, kokoavasti on syytä tuoda esille seuraavat näkökohdat.

Säädettävässä laissa tulisi täsmentää, minkä rikostyyppien yhteydessä ja minkä asteisen syyllisyydenepäilyn pohjalta toimenpiteeseen saadaan ryhtyä samoin kuin kysymys prosessuaalisista edellytyksistä — esimerkiksi että vain tuomioistuin on kelpoinen päättämään puhelinkuuntelun toimeenpanosta. Erityisesti tulisi harkita, olisiko kolmansiin henkilöihin, so. muihin kuin epäilyksenalaisiin kohdistuvat kuuntelutoimet kokonaan kiellettävä. Sen johdosta, että puhelinkuuntelu kohdistuu myös samaa laitetta käyttäviin kolmansiin henkilöihin, seuraa jo tästä pakottava kuunteluoikeuden rajoitus.²³⁴

4. Kysymys *elektronisten havainnointivälineiden* käytön sallittuisuudesta rikosprosessissa herättää oikeudellisia ongelmia, jotka käytännöllisen merkitsevyytensä ohella ovat periaatteelliseltakin kantavuudeltaan varsin mittavia.²³⁵ Tutkimuksellisista syistä joudutaan seuraavassa esityksessä sivuuttamaan joukko detaljikysymyksiä ja lähestymään problematiikkaa yleisestä näkökulmasta.

Tekniikan kehitys on puheenalaisella alueella johtanut siihen, että lainsäädäntö on vaarassa jäädä pahasti jälkeen vallitsevasta todellisuudesta. Transistorointi ja miniatyointi ovat avanneet arvaamattomia mahdollisuuksia ottaa selvää siitä, mitä ihminen tekee tai sanoo. Mikro-

²³³ *Lausuntoyhteen veto*, *ibid.*

²³⁴ Lähellä tekstissä esitettyä on *Schaumann* s. 133 s. Ks. myös *Foregger*, *Juristentag* s. 131 (Itävalta).

²³⁵ Vrt. *Gomard*, *mt.* s. 262: »Aflytning ved hemmeligt anbragte mikrofoner etc. anses i almindelighed for et endnu alvorligere indgreb end telefonafllytning.» Mainitusta seikasta johtuu, että poliisin mahdollisuudet suorittaa teknisellä laitteella tarkkailua on Rpl 750 c §:ssä sidottu ankarampiin edellytyksiin kuin puhelinkuuntelun tapauksessa.

foni ei nykyisellään ole tulitikun päätä suurempi. Taskussa kannettavan televisiokameran »silmä» ei ole juuri savukkeen läpimittaa suurempi. Miniattyrikkokoiset nauhurit toimivat tunnista tuntiin nauhaa vaihtamatta. Ne kykenevät pysäyttämään käyntinsä automaattisesti puheen lakatessa käynnistyäkseen uudelleen heti äänisignaalien tullen. Yksilön suojasta uhkaa tämän todellisuuden vaikutuksesta tulla täysin suhteellinen käsite.²³⁶

Tyydytyksellä on todettava, että rikoslain säätäjä on tiedostanut ongelman. RL 24 luv. 3 b §:n mukaan kotirauha on suojattu teknisin laittein tapahtuvalta salakuuntelulta ja -katselulta. Rangaistusuhaksi on säädetty sakkoa tai vankeutta enintään vuosi.

Mainitun uuden määräyksen johdosta oikeustila on saanut tarpeellista selvyyttä kansalainen-kansalainen suhteessa.²³⁷ Samaa ei voida sanoa prosessuaalisesta kysymyksestä mikrokuuntelulaittein tapahtuvan rikostutinnan sallittuisuudesta. Tilanne on oikeudellisesti säännöstmätön; lainsäädäntö ei ole pysynyt tekniikan kehittymisen tasalla. Ilmiö ei rajoitu meidän oikeuteemme; ulkomaiset prosessijärjestykset tarjoavat kosolti esimerkkejä vastaavasta lain aukosta. Asiantilaan kytkeytyvä jännitys epäilemättä aiheuttaa, ettei ilmiö saata jäädä pysyväksi. Enneminkin on odotettavissa, että tässä kohden tulee toteutumaan sanonta »mikä tänään on kiellettyä, on huomenna oikeuselämän yleinen käytäntö».²³⁸

²³⁶ Niinpä *Bader* (mt. s. 188) huomauttaa mikrokuuntelulaitteiden mahdollistavan väärinkäytöksiä, joiden rinnalla tavanomainen »wire tapping» on suhteellisen harmiton ilmiö. Ks. puheenalaisessa suhteessa lisäksi *Lögdberg*, *Personlighetsrätt* s. 82 ss.; *Oftinger*, *SchwJZ* 1966 s. 228 (»George Orwell's »1984« ist bereits 1966 verwirklicht.»); *Fasching*, *ÖJZ* 1966 s. 432; *SOU* 1970: 47 s. 23 ss.

²³⁷ Näin ei nimittäin ollut ennen suoritettua kriminalisointia, mikä ilmenee esim. sanomalehdistössä käydystä julkisesta keskustelusta. Ks. siinä suhteessa HS 23. 07. 1972: »Salakuuntelu mahdollista — mutta valvontaa ei ole»; ja toisaalta HS 29. 01. 1972: »Y. J. Hakulinen: Salakuuntelu sittenkin kiellettyä». — Nimenomaisen rangaistussäännöksen puuttuminen aiheutti myös praksiksessa epätietoisuutta. Tässä suhteessa viitataan jäljempänä (V 2 b 2 3) olevaan esitykseen.

²³⁸ *Kohlhaas* s. 287. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Ekelöf* IV s. 191; *Andenaes*, *Annaire de législation française et étrangère* 1958 s. 238 s.; *Brat-holm*, *Lov og Rett* 1968 s. 294 ss.; *Kühne*, mt. s. 62 s.; *Liermann*, *Tonbandaufnahme* s. 19 ja 59 (»Ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan sopimuksen 8 II art. antaa johtoa lain aukon tapauksissa.»); *Peters* s. 162.

Mitä *Yhdysvaltain* oikeuteen tulee, Supreme Court edellyttää todistamiskiel-

Sen johdosta, että valmisteilla olevassa esitutkintalaissa ehdotetaan elektronisten havainnointivälineiden käyttö tietyin edellytyksin sallituksi, ei vaikuta mielekkäältä lähteä perinpohjaisesti selvittämään vaikeaa kysymystä tällaisten tutkintametodien sallittisuudesta voimassa olevan oikeuden kannalta. Tosiasiana voidaan todeta, että nykyoikeudessamme ei ole lainsäädännöstä, johon voitaisiin perustaa kielto käyttää elektronisia havainnointilaitteita kuulustelun ulkopuolella. Poliisikäytäntö, jossa teknisellä laitteella suoritettava kuuntelu ja tarkkailu on tärkeä etsintämuoto, perustuu tavanomaiseen oikeuteen.²³⁹ Tuomioistuimet tuskin katsovat tehtäviinsä kuuluvan lain täydentämisen persoonallisuuden oikeussuojan tehostamiseksi kirjoittamattomista oikeusperiaatteista johdettavilla todistamiskielloilla.²⁴⁰ HM 11 § tosin asettaa normin Suomen kansalaisten kotirauhan loukkaamattomuudesta. Mutta on kyseenalaista, voidaanko tästä abstraktiotasoltaan korkeasta periaatteesta johtaa puheenalaiseen tilanteeseen soveltuvaa todistamiskieltoa. Pikemminkin on taipuvainen esittämään, että intiimipiiri on *tässä tapauksessa* kytkettävä irti tunnekompleksista. Joka tulee poliisin yllättämäksi käyttäessään puhelintaan oikeusjärjestyksen vastaiseen toimintaan tai valokuvausksi omassa huoneessaan kesken asiakirjan väärennystoimen, se on hänen asiansa.²⁴¹

Selvää on, että edellä herätetyn kaltaiset kysymykset kytkeytyvät monin säikein oikeasuhtaisuusperiaatteeseen. Yhtä lailla kuin puhelinkuuntelun osalta lainvalmistelija on mikrokuuntelulaitteiden käytönkin osalta antanut huomispäivän lainsoveltajaa sitovan vastauksen siihen, millä edellytyksillä puheenalaisten tutkintametodien käyttö ei ylitä oikeasuhtaisuuden rajoja. Ehdotuksessa rikosprosessuaalisten pakkokeinojen käytöstä säädetäväksi laiksi v:lta 1973 asianomainen lainkohta

lon oikeudenvastaisen »eaves dropping» menetelmän johdosta vain milloin kuuntelulaite on sijoitettu IV muutospykälän suojaamaan syytetyn asuinpiiriin. Siten on katsottu sallituksi käyttää kuuntelulaitetta, jonka poliisiviranomainen oli kiinnittänyt erään toimiston ulkoseinään (*Goldman v. US*, 316 US 129, 1942).

²³⁹ Ks. *Esitutkinta* s. 101 ss.; *Katila*, mt. s. 130 s. — Selvää on, etteivät rikoslain uudet säännökset salakuuntelun ja -katselun rankaisemisesta vaikuta poliisin oikeuteen suorittaa kuuntelutarkkailua; ks. lvk. mietintö n:o 5/1972 vp.

²⁴⁰ Vrt. jäljempänä V 2 b 2 av 372 kohdalla tarkasteltua kysymystä missä määrin *vanki* nauttii huoneessaan yksityisyyden suojaa erilaisin havainnointivälinein tapahtuvalta tarkkailulta.

²⁴¹ Vrt. *Kohlhaas* s. 291.

(5 luv. 15 §) oli saanut seuraavan sanamuodon: »Selvityksen saamiseksi edellä 14 §:stä mainitusta rikoksesta tai sellaisen rikoksen johdosta takavarikoitavan esineen löytämiseksi voidaan poliisille antaa lupa teknisellä laitteella suorittaa kuuntelua, äänen tallentamista, tarkkailua tai kuvaaamista silloinkin, kun tällainen menettely muuten on kielletty. Toiseen kuin siihen, jota todennäköisin perustein epäillään (1 momentissa) mainitusta rikoksesta, saadaan kohdistaa kuuntelu- ja tarkkailutoimenpiteitä teknisellä laitteella ainoastaan silloin, kun erittäin pätevin perustein voidaan olettaa, että siten saatetaan saada selvitystä rikoksesta tai löytää takavarikoitava esine.» Seuraavan eli 16 §:n mukaan tarkkailusta olisi päättänyt tuomioistuin esitutinnan johtajan tai syyttäjän pyynnöstä. V. 1976 valmistuneessa korjatussa ehdotuksessa laiksi pakkokeinoista rikosasioissa tarkkailu ehdotetaan sallittavaksi vain siinä laajuudessa, kuin sitä on tähänkin asti harjoitettu tavanomaisen oikeuden nojalla. Lakiehdotuksen 5 luv. 10 §:ssä asiasta säädetään seuraavasti: »Jos on syytä epäillä sellaisen rikoksen tapahtuneen, josta saattaa seurata vankeutta, saadaan rikoksesta epäillyn henkilön kotirauhan suojaamaa aluetta esitutinnan johtajan tai syyttäjän luvalla tarkkailla ja kuvata teknisin välinein (tarkkailu), jos se voi tapahtua sijoittamatta välinettä tälle alueelle tai tunkeutumatta asuntoon.»²⁴²

Sanalla »tarkkailla» ymmärretään säännösehdoituksessa vain näköhavaintojen tekemistä ja kuvaamista. Kuuntelutarkkailu olisi kielletty. Annettaessa »tarkkailulle» näin ahdas merkityssisältö on haluttu ottaa huomioon yksityiselämän suojan rikoslain uusissa kriminalisoinneissa toteutunut kehitys. Näin meneteltäessä on luotu käytännön rikostutkinnalle vieras oikeusohje. Puhuminen on ihmisen normaali ilmaisutapa ja sen seuraamiseen rikostutkinta luontaisesti ohjautuu.²⁴³

²⁴² Ks. sen johdosta *Esitutkinta* s. 102 ss.; *Lausuntoyhteenveto* s. 81. — *Lehola* mainitsee (Pakkokeinot prosessissa s. 4), että ehdotuksen mukaisen lain voimaantullessa »teknisin välinein tapahtuva tarkkailu saataisiin kohdistaa kotirauhan suojaamaan alueeseen, jos se voi tapahtua viemättä välinettä tälle alueelle tai tunkeutumatta asuntoon». Vrt. *Bratholm*, mt. s. 295: Tämä näkökohta on syytä yleistää siksi kriteeriksi, jonka perusteella määräytyy elektronisin havainnointivälinein tapahtuvan tutkinnan oikeusvaltionmukaisuus. Vrt. myös edellä av 238 i.f.

²⁴³ *Keskusrikospoliisi* kysyy aiheellisesti vaarantuuko ihmisen intimitteetti enemmän, jos hänen puheitaan kuunnellaan kuin jos vain katseltaisiin hänen toimiaan. *Muistio* 15. 9. 1976 s. 56.

bb) Kiellonvastaisen takavarikon ja etsinnän avulla saadut todisteet

bba) Takavarikko ja paikkaan kohdistuva etsintä

1. Otsikossa mainitut toimenpiteet, takavarikko ja paikkaan kohdistuva etsintä, palvelevat rikosprosessille välttämättömien esineiden ja henkilöiden käsiin saamista tarkoituksena turvata rikosoikeudellista lainkäyttöä. Niiden käyttäminen merkitsee aina prosessuaaliseen pakkoon turvautumista, seikka, joka ilmenee jo niiden luokitusyhteydestä: niiden kuulumisesta rikosprosessuaalisiin pakkokeinoihin. Puheenalaisille prosessitoimille on yhtenä kokonaisuutena tarkastellen ominaista, että niillä puututaan yksilön oikeuksiin vastoin kohdehenkilön tahtoa tai ilman hänen suostumustaan oikeudenkäynnin tarkoituksen turvaamiseksi. Sen johdosta, että ne kaventavat yksilön lailla suojattuja ja tällöin yleensä perustuslaillisesti varmennettuja oikeuksia, ne ovat sallittuja vain nimenomaisen lain perusteella.²⁴⁴ Mitä erityisesti takavarikkoon ja paikkaan kohdistuvaan etsintään tulee, muodollisena oikeuslähteenä on takavarikosta ja etsinnästä rikosasioissa 12.6.1959 annettu laki. Valmisteilla olevassa laissa pakkokeinoista rikosasioissa ehdotetaan TakavarikkoL:n säännökset asiallisesti lähes sellaisinaan siirrettäviksi uuteen lakiin. Laki-ehdotuksessa on otettu käyttöön terminologinen uutuus »paikkaan koh-

²⁴⁴ Vrt. HM 11 §:n 2 mom.: »Kotietsinnän edellytyksistä ja toimittamisesta säädetään lailla.» — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Autere*, SPL 1959 s. 250; *R. Ellilä* s. 66 s. ja 257; *T. Ellilä*, LM 1967 s. 811; *Esitutkinta* s. 73; *Kastari*, mt. s. 244 ss.; Lvk ehdotus 25.9.1939 N:o 7/1939 (»Kun pakkotoimenpiteet kajoavat kansalaisten perusoikeuksiin, on ne lailla järjestettävä.»); Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 2 HE:stä 17/1919 vp. s. 3; *Venoja*, Takavarikko s. 58.

Kun *T. Ellilä* lausuu (l.c. *ibid.*; ja LM 1970 s. 645), että radikaalista pakkokeino ei saa käyttää ilman laintasoista perustetta ja vertaa sääntöä rikosoikeuden *nulla poena sine lege* -postulaattiin, niin meidänkin oikeutemme kannalta voidaan tässä merkityksessä puhua pakkokeinojen käyttöä määräävästä *legaliteetti-periaatteesta*; vrt. *Andenaes* s. 17; ja jäljempänä av 316.

Rikosprosessuaalisia pakkokeinoja määriteltäessä voitaneen omaksua seuraava *Tirkkosen* esittämä luonnehdinta: »Rikosprosessuaaliset pakkokeinot merkitsevät toimenpiteitä, joilla oikeusjärjestyksen suojaama yksityinen etu ... saatetaan, tarpeen tullen pakkoa käyttäen, väistymään julkisen edun tieltä siinä tarkoituksessa, että rikosprosessimenettely johtaisi objektiivisesti oikeaan tulokseen.» (Rp II s. 6). Valinnaisista määritelmistä ks. *Granfelt*, Sammandrag s. 62; *Jotuni*, PM 1959 s. 846; *Wrede—Tirkkonen*, Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin s. 286 s.

distuva etsintä» kun taas voimassa oleva laki puhuu samassa merkityksessä »kotietsinnästä».²⁴⁵

Rikosprosessuaalinen takavarikko (beslag; Beschlagnahme) on suora-
naisesti vaikuttava (so. fyysinen) pakkokeino, jota käyttäen viranomaisen
ottaa talteen esineitä ja asiakirjoja, joiden oletetaan selvittävän rikos-
asiaa tai tulevan julistetuksi menetetyksi (konfiskaatio) tahi joutuvan
palautetuksi sille, joka ne on rikoksen johdosta kadottanut (restituutio).²⁴⁶
Viimeksi mainituissa tarkoituksissa suoritettu takavarikko tietenkin usein
koituu hyödyksi myös rikosasian selvittämiseksi. Takavarikolla puutu-
taan omaisuuden suojaan (HM 6,1 §) mutta myös kirje- ja lennätinsalai-
suuteen (HM 12 §). Normaalisti takavarikkotoimiin ryhdytään jo esi-
tutkinnan asteella ja tällöin useinkin hyvin varhaisessa tutkinnan vai-
heessa.

Paikkaan kohdistuva etsintä voi olla joko kotietsintä tai paikan tar-
kastus. Kysymyksessä on rikosprosessuaalinen toimenpide, jolloin lain-
mukaisin tavoin puututaan yksilön kotirauhan loukkaamattomuuteen (HM
11,1 §), omistusoikeuteen taikka henkilökohtaiseen vapauteen (HM 6,1 §).
Kotietsintä (husrannsakan; Haussuchung) voi olla esineellinen tai hen-
kilöllinen. Esineellisen eli reaalisen kotietsinnän tarkoituksena on taka-
varikoitavan esineen löytäminen tahi muutoin sellaisen seikan tutkimi-
nen, jolla voi olla merkitystä rikoksen selvittämisessä. Henkilöllinen

²⁴⁵ Ks. pakkokeinoja koskevan v. 1973 lakiehdotuksen 5 luku (1—9 §§) verr.
TakavarikkoL 2 lukuun (12—20 §§).

²⁴⁶ Määritelmä on *Tirkkosen* (Rp II s. 65) esittämä. Kun mainittu tutkija
samassa yhteydessä esittää, että poikkeuksellisesti yksityinenkin henkilö voi suo-
rittaa takavarikon, niin tämä tulee kyllä kysymykseen eräissä RVA:n sääntele-
missä tilanteissa (ks. 12 ja 23,1 §§). Käsitteellisesti ei tällöin kuitenkaan ole kysy-
myksessä takavarikko vaan eräänlainen (itse-)aputoimenpide, johon yksityinen
turvautuu. Ks. *Jotuni*, PM 1960 s. 9 s.; *Venoja*, mt. s. 185; *Agge*, *Straffprocessrätt*
II s. 69; sekä etenkin *Havansi*, Takavarikko ja hukkaamiskielto ulosottolain 7 luvun
mukaan I s. 4: »...yksityishenkilö saa itseaputoimena kohdistaa takavarikkotyypp-
pisen haltuunoton sellaiseen toisen omaisuuteen, jota tämä käyttää laissa krimina-
lisoidulla tavalla (tyypillisen esimerkin muodostavat luvaton metsästys ja kalas-
tus)... MetsästysL 62, 63 ja 66 §, KalastusL 91, 92 ja 103 §. Ks. myös *ibid.* s. 256
av 148, jossa RVA 12 §:n tarkoittamasta itseaputoimenpiteestä käytetään onnistu-
nutta termiä »takavarikonomainen haltuunotto». Takavarikon käsitteestä ks.
lisäksi *Helminen*, Takavarikko s. 1 (moniste); *Sjöström*, Muistio s. 5; *Ylösjo*, Poli-
isioikeus II s. 233 ja av 1; *Gärde* s. 362 ss.; PLB II s. 323 s. Ks. ko. suhteessa myös
TakavarikkoL 1,1 §; vrt. v. 1937 rikosasiain oikeudenkäyntilain 104 §.

kotietsintä palvelee kiinniotettavan, pidätettävän tai vangittavan taikka kuulusteluun tai tuomioistuimeen tuotavan henkilön tavoittamista.²⁴⁷

Seuraavassa esityksessä pidetään silmällä takavarikon ja paikkaan kohdistuvan etsinnän käyttöä puhtaasti todistelutarkoituksissa: esineellisten ja poikkeuksellisesti myös henkilöllisten todistuskeinojen käsiin saamiseksi ja prosessuaaliseksi käyttämiseksi. Esityksen painopiste sijoittuu takavarikon yhteydessä esille tulevaan oikeudelliseen problematiikkaan.

2. Voimassa olevan oikeutemme kanta on se, että (niillä) henkilöillä todistuskeinokielloilla (joita tarkastellaan tutkimuksen seuraavassa luvussa)²⁴⁸ on yleensä vastineensa esinetodistelun piirissä. Todistus oikeudellisesta näkökulmasta takavarikko on katselmuksen tavoin esinetodistelua, ja jo pikainen silmäys TakavarikkoL 1 luvun säännöksiin osoittaa, että henkilöllisiin todistuskeinokieltoihin liittyy yleensä täydennyksenä vastaava *takavarikkokielto*. Tämä ei ole ajatusvälttämättömyys. Voidaan päin vastoin hyvin ajatella, että jotakuta ei saa kutsua henkilökohtaisesti myötävaikuttamaan asiantilan selvittämiseen mutta että valtiovalta saa kuitenkin tunkeutua etuoikeutetun henkilön omaisuuden suojan piiriin. Henkilö voisi tällöin kyllä kieltäytyä todistamasta asiassa omaamatta kuitenkaan mahdollisuutta torjua omaisuuteensa/esineistönsä kohdistuvia pakkotoimia.²⁴⁹ Positiivisen oikeutemme mukaan tällainen

²⁴⁷ Kotietsinnän käsitteestä ks. etenkin *Tirkkonen*, Rp II s. 59 s., joka määritelmässään lausuu puheenalaisen toimenpiteen aina tarkoittavan kotirauhalla suojatun asunnon (RL 24:1,1) tutkimista. Näin yleensä muidenkin tutkijoiden käsitelmääritelmissä. Ks. esim. *Autere*, mt. s. 252; *Granfelt*, Sammandrag s. 71; *Jotuni*, PM 1960 s. 322; *Kastari*, mt. s. 244 ss.; *Sjöström*, Muistio s. 17; *Venoja*, mt. s. 57 ja 65 ss. (erit. instituution kehityshistoriasta); *Wrede*, Grunddragen s. 173 (»undersökning af en persons genom hemfrid skyddade bostad»); *Ylösjoiki*, Poliisioikeus II s. 228. Ks. lisäksi v. 1937 ehdotuksen rikosasiain oikeudenkäyntilaiksi 114/5 §§; Lvk N:o 6/1946; ja erit. HE 2/1958 vp. s. 2, jossa korostetaan, että kotietsintä ei voi tapahtua *yksityishenkilön* toimesta (vrt. tämän johdosta edellisessä alav. takavarikon osalta todettu käsitteellinen analogia). — Ruotsin tieteisopin osalta ks. esim. *Ekelöf* III s. 45 (paikkaan kohdistuva etsintä todistajan kiinni saamiseksi); *Gärde* s. 377; *Olivecrona* s. 255 ss.; *Dahlgren*, TSA 1976 s. 61 ss.

Paikan tarkastusta koskevat nykyisen lain säännökset sisältyvät TakavarikkoL 20 §:ään: »Sitä tarkoitusta varten, josta puhutaan 12 ja 13 §:ssä, saa virallinen syyttäjä tahi muu viranomainen, joka rikoksen johdosta toimittaa valmistavaa tutkintaa, niin myös poliisimies suorittaa tarkastuksen muussa kuin 12 §:ssä mainitussa paikassa, vaikkakaan yleisöllä ei ole siihen pääsyä.»

²⁴⁸ Jäljempänä VI 2 b ja c.

²⁴⁹ *Peters* s. 130 s.

henkilötaho onkin olemassa. Ehdotetun uuden esitutkintalain mukaan (23 §/1973; 27 §/1976) rikoksesta epäillyllä on oikeus kieltäytyä lausumasta asiassa. Tavanomaisen oikeuden nojalla tämä periaate on vanhastaan ollut voimassa niin hyvin esitutkinnassa kuin oikeudenkäynnissäkin, jossa vastaavasti syytetyllä ei ole vastineenantovelvollisuutta. Rikoksesta epäilty/syytetty ei kuitenkaan omaa niin laajoja privilegioita, että voisi estää häneltä löytyvien raskauttavien esineiden, papereiden ja asiakirjojen takavarikoimisen; yhtä lailla hänen on siedettävä mahdollinen kotietsintä.²⁵⁰ Poliisikäytännössä esiintyviä tilanteita silmällä pitäen onkin pidettävä normaalitapauksena, että takavarikko (ja kotietsintä) kohdistetaan suuntaan, joka lupaa eniten: rikoksesta epäillyn hallussa oleviin esineisiin ja asiakirjoihin. Tässä yhteydessä on mainittava myös OK 17: 24,1:n 1. virkkeen ilmaisema todistajan vaitiolo-oikeus. Lauseella »nemo tenetur se ipsum accusare» ei siten ole relevanssia takavarikon edustaman passiivisen esine- ja asiakirjatodistelun piirissä. Nykyisen lain mukaan henkilö ei myöskään voi estää häneltä löytyvien todistusvoimaisten esineiden ja asiakirjojen takavarikointia sillä perusteella, että objekti sisältää tietoja liike- tai ammattisalaisuudesta, todistusteemasta, josta todistaja saa OK 17: 24,1:n 2. virkkeen nojalla kieltäytyä kertomasta. — Muutoin äsken mainittu periaate on universaalinen; vain *Yhdysvaltain* oikeudessa itsevaarantamiselta suojaava privilegio ulottuu — perustuslain V muutospykälän nojalla — koskemaan myös syytetyn hallussa olevia todistuskappaleita.²⁵¹

Kuten edellä esitetystä on käynyt selville, todistajienkin kohdalla saattaa aktiivinen ja passiivinen todistelu olla eri tavoin säännelty. Ennen v. 1959 TakavarikkoL:n antamista oikeustila oli puheenalaisessa suhteessa epäselvä. Kirjallisuudesta tapaa yksittäisiä lausumia, jotka osoittavat, että takavarikon ja kotietsinnän sietämisvelvollisuutta pidettiin mahdollisena silloinkin, kun henkilö on rikosjutun syytettynä sellaisessa suhteessa kuin OK 17: 20 osoittaa ja jolloin hän siis ei 12 §:n mukaan ole edi-

²⁵⁰ TakavarikkoL 1,1, 2, 4,1 ja 12 §§. — Epäilyksenalaisen/syytetyn oikeudesta vaieta kuulustelussa/oikeudenkäynnissä ks. edellä III 1 bg sekä jäljempänä VI 2 b.

²⁵¹ Näin Supreme Court jo v. 1886 ratkaisussaan *Boyd v. US*, 116 US 616, 630. Oikeuskehityksestä ks. lähemmin *Honig* s. 5 ss.; *Mueller* s. 40; ja toisaalta *Hirschberg*, Das amerikanische und deutsche Strafverfahren s. 59; *Inbau*, ZStW 1966 s. 78 ss.

Oikeusvertailevassa suhteessa yleisesti ks. *Jescheck* s. 46 ss.

tiovelvollinen.²⁵² Puheenalaisessa suhteessa nykyinen laki on tuonut oikeustilaan tarpeellista johdonmukaisuutta ja selvyyttä liittämällä takavarikkokiellot yleensä välittömästi vastaaviin henkilöllisiin todistuskeino-kieltoihin.

Ilman voimassa olevassa laissa annettuja takavarikkokielloja todistamiskieltojen järjestelmä olisi epäilemättä jäänyt aukolliseksi ja epäehyeksi. Tämä on helposti demonstroitavissa käyttämällä esimerkkinä OK 17:23:ssa lueteltuja vaitiolovelvollisia ammatinharjoittajia: lääkäriä, asianajajaa ja pappia. Ilman nimenomaista lain määräystä takavarikkokiellon ylläpitäminen olisi todistusoikeuttamme hallitsevan perustendenssin valossa epätietoista. Jos siten lääkäri kieltäytyy vaitiolovelvollisuuteensa vedoten todistamasta potilaan hänelle uskomista luottamuksellisista tiedoista, niin ilman takavarikkokielloa esitutkintaviranomainen saisi yksinkertaisesti ottaa lääkäriltä pois sairaskertomuksen ja lukea siitä relevantit tiedot.²⁵³ Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta tulisi tällöin farssi. Oletetunlainen käytäntö pakottaisi tunnollisen lääkärin, asianajajan ja sie-lunhoitajan tekemään mahdollisimman vähän muistiinpanoja hänelle uskotuista asioista. Tästä olisi seurauksena näiden tärkeitä yhteiskunta-tehtäviä toteuttavien ammatinharjoittajien työn vaikeutuminen. Asiakir-

²⁵² *Tirkkonen* s. 75: »Tämän mukaisesti säädetäänkin 12,1 §:n toisessa lauseessa, ettei rikosjutun syytetty tai häneen 20 §:ssä sanotussa suhteessa oleva henkilö ole velvollinen esittämään hallussaan olevaa asiakirjaa. Huomattava kuitenkin on, että mikäli kotietsinnän ja takavarikon ... edellytykset ovat yksittäistapauksessa olemassa, voidaan näitä pakkokeinoja käyttämällä ehkä päästä käsiksi mainittujen henkilöitten hallussa oleviin asiakirjoihin.» — Problematiikkaan etäisemmin liittyvänä mainittakoon OKa 1929 s. 26: Hovioikeus ei katsonut nimismiehen syyllistyneen virkavirheeseen kun tämä erään mieshenkilön kuolemansyyntutkinnassa oli kuulustellut läheisessä elämänsuhteessa vainajaan ollutta naista ja, vaadittuaan nähtäväksi vainajan lähettämiä kirjeitä, oli naisen kieltäytyttyä antanut etsiä niitä ja mahdollisia muita todisteita naisen asunnosta ja ottaa ne poliisin haltuun.

²⁵³ Aikaisempi lainsäädäntö jätti oikeustilan kaiken kaikkiaan selkiintymättömäksi. Siinä suhteessa kuvaava on esim. seuraava *Tirkkosén*, Rp II (1.p.) s. 94, lausuma: »Niinpä saatettaneen, OK 17:23:een viitaten, säännöksi asettaa, että jos voidaan olettaa asiakirjalla olevan sellainen sisältö, ettei asiakirjan antajaa voitaisi siitä kuulla todistajana, ei asiakirjaa myöskään saa takavarikoida...» Näin expressis verbis *Sjöström*, Muistio s. 7. — Ennen v. 1948 todistuslainsäädännön voimaan tuloa oikeutemme kanta oli yksiselitteisempi: Sen johdosta, että ammatinharjoittajaryhmän erityinen luottamusasema ei perustanut todistamisvapau-

jojen takavarikoiminen jo sinänsä häiritsisi suuresti ammattitoimintaa. Nämä ovat ilmiöitä, joista hinnan joutuisi viime kädessä maksamaan koko oikeusyhteisö. Ratkaisevaa on kuitenkin, ettei todistamiskieltojen sisäisestä näkökulmasta voida sietää sitä epä johdonmukaisuutta, mikä oletetunlaiseen menettelyyn sisältyy. Jos nimittäin valtio suuripiirteisesti luopuu vaatimasta todistajalta salaisuuden paljastamista, niin vielä vähemmän valtio saa suoralta kädeltä tunkeutua luottamuksen suojan alueelle ja mielensä mukaan riistää todistajalta hänen salaisuuksiaan.²⁵⁴

Lankeaa näin muodoin luonnostaan, että voimassa oleva oikeus lähtee siitä, että vaitiolovelvollisuuden alaisen todistajan ei vain tarvitse olla myötävaikuttamatta positiivisilla toimillaan totuuden tutkimiseen vaan että häntä ei voida velvoittaa muillakaan tavoin, pelkän sietämisen muodossa, osallistumaan todisteluun. TakavarikkoL 1 §:n 2 momentin 1. virkkeessä kielletään ottamasta takavarikkoon asiakirjaa, milloin sillä voidaan olettaa olevan sellainen sisältö, josta virkamiestä tai muuta oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 23 §:ssä mainittua henkilöä ei saa todistajana kuulustella, ja asiakirja on hänen tai sen henkilön²⁵⁵ huostassa, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty. Ns. törkeitä rikoksia koskevissa

tusta (esim. KoO 1927 II 141; ks. myös KoO 8.1.1930, DL 1930:16), a fortiori valitsi etsinnän ja takavarikon sietämisvelvollisuus; ks. *Venoja*, mt. s. 153 s.

Tekstissä on todettu, että sellainen todistamiskieltojen koordinointi, jota uuden todistuslainsäädännön perustaman vaitiolovelvollisuuden (OK 17:23) meillä katsottiin edellyttävän, ei-ole-ajatusvälttämättömyys. Siten *Hassler*, Kriminalprocessen I s. 122, lausuu puheenalaisessa suhteessa *Ruotsin* vanhemman oikeuden kannalta: »Den tystnadsplikt, som åligger försvarare, präst, läkare och andra utgör visserligen hinder för avgivande av vittnesmål, men torde näppeligen kunna därpå grunda något absolut förbud mot beslagtagande av skriftliga meddelanden mellan nämnda personer och den misstänkte.» — Sellainen takavarikko-oikeuden rajoitus tarvinnee tuekseen nimenomaisen lain; *ibid.* s. 123.

²⁵⁴ Vrt. nyt esitetyn johdosta HE 2/1958 vp. s. 2; *Alkio*, LM 1949 s. 561; *Jotuni*, PM 1959 s. 852; *Okko*, Poliisimiehen kalenteri 1960 s. 161 s.; *Gärde* s. 364; PK II s. 105; *Welamson*, Läkarsekretessen s. 66 s.; *Andenaes* s. 19 s.; *sama*, Straffeprocessen s. 219; *Innstilling* s. 252 s. (v. 1969 lakiehdotuksen 207 §:n johdosta); RT. 1924 s. 197, 1934 s. 717; *Lous*, Sakførerers taushetsplikt s. 87; *Hurwitz* s. 504; *Gomard—Hansen—Hurwitz*, mt. § 745; *Beling* s. 22; KMR § 97; *Peters* s. 131; *Rupp* s. 179; *Frey*, Ärztliches Zeugnisverweigerungsrecht s. 49; *Klug* s. 59.

²⁵⁵ Tanskan ja Norjan lakien mukaan (Rpl 745 §; strpl. 214 §) tässä tapauksessa takavarikkovapautus ei ole voimassa.

jutuissa takavarikkovapautus raukeaa yhdenmukaisesti kuin vastaavan vaitiolovelvollisuuden väistymisestä on OK 17:23,3:ssa säädetty.²⁵⁶

Lainkohtaa tulkittaessa on lähdettävä siitä oletuksesta, että samat näkökohdat, jotka ovat aiheuttaneet todistajan vaitiolovelvollisuuden nimellä esiintyvän instituution luomisen, vaativat rajoittamaan myös viranomaiselle muutoin kuuluvaa takavarikko-oikeutta. Lainsäätäjän tarkoituksena on toisin sanoen ollut koordinoida aktiivinen henkilötodistelu ja passiivinen esine- (ja asiakirja-) todistelu, jolloin perusajatuksena on ollut salaisuuden suojan säilyminen. Salaisuutta suojellaan sellaiseen, määrättyä tosiseikastona.²⁵⁷ Tästä on seurauksena eroavuus takavarikointioikeuden laajuudessa kun vertailukohteena pidetään rikoksesta epäillyn lähiomaiselle myönnettyä takavarikkovapautusta. Lähiomaisen vaitiolo-oikeuden perusteena on estää se, että hän joutuu vastoin tahtoaan *toimimaan* prosessissa, tunteiden ristiriita.²⁵⁸ Tätä taustaa vasten käy ymmärrettäväksi ja puollettavaksi lainsäätäjän kanta, jonka mukaan esine (ei: asiakirja) voidaan takavarikoida silloinkin, kun se on rikoksesta epäillyn/syytetyn läheisen sukulaisen huostassa (arg. TakavarikkoL 1 §:n 1 mom.).²⁵⁹

Sen johdosta, että TakavarikkoL 1 §:n 2 momentin 1. virkkeen mukaan asiakirjaa ei saa ottaa takavarikkoon silloinkaan, kun se on sen henkilön huostassa, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty, puheenalainen todistelun rajoitus on periaatteessa laajempi kuin pelkästään ammattisalaisuuden suojaamista tarkoittava vapautus todistamisvelvollisuudesta. Poikkeaman käytännöllinen merkitys ei kuitenkaan ole suuri: säännönmukaisesti oikeus vaatia seikaston salassapitoa kuuluu syytetylle tai hänen lähimmille omaisilleen, ja nämä henkilöthän on vapautettu todistamisvelvollisuudesta.²⁶⁰

²⁵⁶ Selostetun positiivisoikeudellisen järjestelyn johdosta ks. HE 2/1958 vp. s. 2; ks. lisäksi *Jotuni*, PM 1959 s. 852; *Tirkkonen*, Pääpiirteet s. 195. Vrt. edelleen *AsiakJulkL* 17,1 ja 23,1 §§ sekä niiden johdosta *Lahti*, Näkökohtia potilaan oikeusturvasta s. 361.

²⁵⁷ Vrt. III 2 be 2 av 166 ja 189 edellä olevaa esitystä sekä jäljempänä VI 2 cac.

²⁵⁸ Vrt. esitystä III 1 bf 2 av 215 edellä ja sanotussa alav. main. lähteet; vrt. lisäksi *Sjöström*, Muistio s. 5 ss.; *Tirkkonen*, Rp II (1.p.) s. 95 av 18; *Venoja*, mt. s. 149 ss.; *Andenaes* s. 19, vm. de lege lata.

²⁵⁹ Vrt. HE 2/1958 vp. s. 2; PLB II s. 323; *Lagrådets utlåtande* (1940) s. 59; PK II s. 102 ss.; *Ekelöf* III s. 43; *Olivecrona* s. 250.

²⁶⁰ Puheenalaisessa suhteessa TakavarikkoL 1,2 §:n 1. virke ilmaisee saman-

Puheenalaisella takavarikkokiellolla on käytännöllistä merkitystä ennen muuta lääkärisalaisuuden suojaajana. Tällöin on periaatteessa lähdettävä siitä, että takavarikkokiello raukeaa, jos se, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty, on oikeusvaikutuksellisin tavoin suostunut lääkärin todistajana kuulustelemiseen (OK 17:23,1:n 3 k. i.f. ex anal.). Omaksuttu katsantokanta merkitsee samalla sitä, että salaisuudesta interessoitu potilas ja vain hän voi tehoisesti antaa suostumuksen itseään koskevan sairaskertomuksen viranomaiselle luovuttamiseen.²⁶¹ Pulmalisemmalta näyttää kysymys puheenalaisen todistelun rajoituksen subjektiivisesta ulottuvuudesta: Onko takavarikkokiello voimassa silloinkin, kun potilas ei ole rikosjutun syytetty vaan kolmas henkilö? Entä onko potilaskortiston takavarikointi sallittu, jos on perusteltua aihetta epäillä lääkärin syyllistyneen rikolliseen menettelyyn ja takavarikon avulla uskotaan saatavan tarpeellista todistusaineistoa?

TakavarikkoL 1,2 §:n sanamuoto ilmaisee takavarikkokiellon alaisen objektin varsin yksiselitteisesti: lääkäriltä ei saa takavarikoida asiakirjaa, jonka voidaan olettaa sisältävän lääkärisalaisuuden. Mainittuun tunnusmerkkiin ei liity rajoituksia; takavarikkokiello on siten voimassa kenen tahansa potilaan hyväksi hänen mahdolliseen prosessirooliinsa katsomatta.²⁶² Yksityinen potilas ei useinkaan edes tiedä, mitä ja keitä hen-

sisältöisen normin kuin RB 27:2:n jälkimmäinen virke. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin vrt. *Andenaes* s. 20. Huomattakoon myös Norjan v. 1969 rikosprosessia koskevan lakiehdotuksen 207,1 §: »Det kan ikke tas beslag i dokumenter eller annet hvis innhold er undergitt taushetsplikt, og som besittes enten av den som er forpliktet til taushet, eller av den som har krav på hemmeligholdelse.» — Toteutuessaan lakiehdotus johtaisi po. kysymyksen yhdenmukaiseen säännöstyksen tarkasteltujen kolmen maan prosessijärjestyksissä.

²⁶¹ Vrt. HE 2/1958 vp. s. 2; *Kyläkallio*, DL 1953 s. 246 (»On luonnollista, että potilaan..., jonka salaisuuksia suojellaan, suostumus poistaa vaitiolovelvollisuuden, sillä ko. tapauksissa lienee melkein aina potilaan... edun mukaista, että todistus annetaan.»); *Gärde* s. 364 s.; *Olivecrona* s. 251; *Welamson*, Läkarsekretessen s. 46 ss. verr. s. 23 ja 56 (kuten tekstissä); PK II s. 105; PLB II s. 324 verr. s. 393; *Andenaes* s. 19 s.; *sama*, Straffeprosessen s. 203; *Bosch*, Grundsatzfragen s. 91 (»Yksityisautonomialle rakentuvassa oikeusjärjestyksessä tehoisa vapautus perustaa salaisuuden haltijalle todistamisvelvollisuuden.»); *Jescheck* s. 25; *Peters* s. 132 s. Vrt. myös tekstissä av 262 jäljessä seuraavaa esitystä.

²⁶² Vrt. *Trampe Kindt*, Fremleggelse av sykejournaler som bevis i rettssak. Rt. 1957 s. 129 ss.; sekä vastaavasti asianajosalaisuuden osalta *Palmgren*, JFT 1963 s. 413 (eräs keskustelukysymys).

kilöitä koskevia salaisuuksia sairaskertomus sisältää. Kun sairaskertomukset useinkin sisältävät tietoja myös potilaan omaisista tai muista henkilöistä, takavarikkokiellosta raukeaa vasta jos *kaikki* edun haltijat ovat vapauttaneet lääkärin salassapitovelvollisuudesta.²⁶³ Kolmas henkilö on edun haltijan asemassa silloinkin, kun esimerkiksi syytetty tai toinen henkilö on ilmaissut lääkärille ensiksi mainittua koskevan salaisuuden.²⁶⁴

Salassapitovelvollisuudesta vapauttaminen on prosessuaalinen tahdonilmaisu. Se on tehoisa siinäkin tapauksessa, että vapauttamisselityksen antava potilas/edun haltija ei ole objektiivisesti selvillä lääkärin (häntä koskevan) tiedon sisällöstä eikä sairaskertomuksen tekstistä.²⁶⁵ Tehoisuuden sitominen selityksen antajan tietoisuuteen riistäisi prosessuaaliselta tahdonilmaisulta tarpeellisen yksiselitteisyyden. Selvyysvaatimuksen vastaista ei sitä vastoin ole, että vapautus annetaan osittaisena; tällöin sen tulee kohdistua yksilöityihin, rajattavissa oleviin tosiseikkoihin.²⁶⁶

Muutoin lain edellä selostettu kanta vastaa hyvin kriminalistisia tosiasioita: kysymys asiakirjan takavarikoimisesta tulee useinkin ajankohtaiseksi niin varhaisessa prosessivaiheessa, että kertynyt todistusaineisto ei vielä ole johtanut syytteen nostamiseen. Kiellon voimassa ololle asetettu lisäedellytys — asiakirjan tulee olla lääkärin tai sen henkilön hallussa, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty — on hyvin perusteltu.²⁶⁷ Tulkinnan tietä voidaan päätellä, että objekti nauttii todistamiskiellon antamaa suojaa silloinkin, kun se on toisen lääkärin, sairaalan tai hoito-

²⁶³ Vrt. *Welamson*, mt. s. 47 ss. — Kuten tekstissä vastaavasti Saksan oikeuden kannalta *Göppinger*, NJW 1958 s. 241 ss.; *Arthur Kaufmann*, NJW 1958 s. 272. Toisin *Frey*, mt. s. 51: Sairaskertomukset sisältävät yleensä lääkärin omiakin salaisuuksia, minkä vuoksi potilaalla ei ole salassapitovelvollisuudesta vapauttamiseen tarvittavaa aktiivista legitimaatiota. Vrt. tässä suhteessa yleisesti *Salonen*, Suomen Lääkärilehti 1967 s. 529: »Lääkäripiireissä oltaneen yleensä sitä mieltä, että potilaskortistot ja vastaavat asiakirjat ovat heidän yksityisiään, joista ao. potilaallakaan ei ole oikeutta saada tietoja.»

²⁶⁴ *Saksan* positiivisen oikeuden mukaan takavarikkokiellon ylläpitäminen edellyttää, että potilas on rikosjutun syytetty. Ks. tämän johdosta *Jescheck* s. 23; ja *Rupp* s. 179, jonka mukaan asiantilassa piilee »systemimmanente Bruch des Straf- und Strafprozessrechts».

²⁶⁵ Tähän mahdollisuuteen lääkärin toiminnassa yleisesti viittaa *Koskimies*, Suomen lääkäriliiton aikakauslehti 1941 s. 38.

²⁶⁶ Näin *Welamson*, mt. s. 46 s. verr. s. 87 ss.; ja Saksan oikeuskäytännössä OLG Hamburg, NJW 1962 s. 689.

²⁶⁷ Ks. tämän johdosta jäljempänä VI 2 ccc 1 analogista tilannetta henkilöllisessä todistelussa koskevaa esitystä.

laitoksen huostassa.²⁶⁸ Jos asiakirja sen sijaan on täysin sivullisen henkilön hallussa, jolle se on voinut kulkeutua usean välikäden kautta, on yleensä syytä olettaa salaisuuden vuotaneen julkisuuteen. Tällöin takavarikkokiellon ratio raukeaa.²⁶⁹

Mitä tulee kysymykseen takavarikon sallittisuudesta siinä tilanteessa, että objektin voidaan olettaa tuottavan näyttöä *lääkärää vastaan* nostettavassa rikosasiassa, laki ei ensi näkemältä sisällä asiaa koskevaa oikeusohjetta. Myöskään lain esityöt eivät ole valaisevia.²⁷⁰ Selvää on, että niin kauan kuin lääkäri ei ole epäilyksenalainen, hän on potentiaalinen todistaja, eikä takavarikko tällöin ole sallittu. TakavarikkoL 1 §:n 1 momentti sisältää yleislausekkeen omaisen pääsäännön julkisen viranomaisen suorittamasta rikosprosessuaalisesta takavarikosta. Merkille pantavaa on, että käytetty kirjoitustapa »Esine voidaan takavarikoida...» ei sisällä nimenomaisesti ilmaistua imperatiivia. Mutta kysymyksessä on pelkkä muotoseikka. Puheenalainen oikeussäännös on nähtävä osana todistusoikeuden normijärjestelmää ja tällöin yleisen totuudentutkimiskäskyn johdannaisena. Tämän mukaisesti oletettu tilanne näyttäytyy normikollisiotilanteena. Ristiriitatilanne ei tunnetusti ratkea tulkinnan keinoin.²⁷¹ Ratkaisijan tehtäväksi jää itse harkituilla perusteilla normin ja sen mukana oikeusseuraamuksen valinta. Ratkaisuprosessin apuneuvoiksi on konventionaalisesti kehitetty joukko oppilauseita; nämä eivät kuitenkaan oleellisesti nosta ratkaisun sidottuudesta.

Esillä olevassa tilanteessa voitaneen päätyä ratkaisuehdotukseen, jonka mukaan TakavarikkoL 1 §:n 1 momentti on 2 momenttiin verrattuna *lex specialis*. Potilaskortistoja koskeva takavarikkokiello ei siis ole voimassa, jos halutaan saada selvitystä lääkärin tekemäksi epäilystä rikok-

²⁶⁸ Kuten tekstissä vastaavasti Saksan oikeuden kannalta *Peters* s. 133.

Johtuen mm. takavarikkoa ja etsintää koskevien seikkaperäisten säännösten puuttumisesta lainsäädännöstämme ennen v. 1959 TakavarikkoL antamista tekstissä kosketeltuja kysymyksiä on tietoisopissa tutkittu verraten puutteellisesti. Huomionarvoinen on kuitenkin esim. *Tirkkoson* (Todistuslainsäädäntö s. 119) lääkärin OK 17: 23:n mukaisesta vaitiolovelvollisuudesta esittämä, tekstissä lausuttua epäsuorasti tukeva käsitys, että »sellainenkin henkilö, jonka tehtäviin kuuluu ns. potilaskortistosta huolehtiminen, on (vaitiolovelvollisuuteen nähden) samanlaisessa asemassa» (kuin lääkäri).

²⁶⁹ *Gärde* s. 365.

²⁷⁰ Vrt. *Luonnos* 30.6.1976 s. 69 s.

²⁷¹ Esim. *Jyränki*, LM 1968 s. 996; *Makkonen* s. 95; *Schreiber*, Logik des Rechts s. 60.

sesta. Samoin on katsottava, että epäilyksenalaisuus osallisuuteen, rikoksen suosimiseen ja varastetun tavaran kätkeentään poistaa takavarikkokiellon.²⁷²

Edellä esitetyn havainnollistamiseksi oletettakoon, että kuolemansyynä on ollut lääkärin tekemä rikosoikeudellisesti relevantti virhe (RL 21:10). Lääkäri muuttaa jälkeensä sairaskertomusta salatakseen virheen (RL 36:5; 7:3). Väärän merkinnän tekeminen perustaa poliisiviranomaiselle Poliisil 4,1 ja 14,1 §§:ien mukaisen normaalin rikostutkintavollisuuden. Koko potilaskortiston takavarikoinnille ei tällöin voine olla periaatteellista estettä. Saattaa tapahtua, että potilaskortistoon oletetussa tilanteessa perehtyvä viranomaislainen saa edessään olevista sairaskertomuksista tietoja potilaiden A, B ja C tekemistä rikoksista. Nämä satuman ansiosta saadut tiedot voidaan rikosprosessuaalisesti kyllä hyödyntää.²⁷³ Potilaskortistojen systemaattinen etsintä ja tutkiminen tällaisen näytön saamiseksi on sitä vastoin kielletty. — Koska potilaskortiston tutkiminen kuitenkin viranomaisen toimittamana aina on omansa vaarantamaan salaisuuspiiriä, käytännössä voidaan puoltaa äsken esitettyä ankarampaa menettelyohjetta. Siten on pidettävä asianmukaisena, että papereiden tarkastaminen annetaan toisen lääkärin, joka voi olla esim. virkalääkäri, tehtäväksi. Tämä perehtyy kortistoon, erottaa siitä asiaa valaisevat paperit, luovuttaa ne tutkintaviranomaiselle ja tulkitsee asiaan vaikuttavat merkinnät.²⁷⁴

Mitä takavarikkokiellon objektiiviseen ulottuvuuteen tulee, se ei käsitä vain edellä jo mainitut objektit: sairaskertomukset ja potilaskortistot, vaan on huomattavasti laajempi. Siten takavarikkkoa ei saa kohdistaa myöskään lääkemääräyksiin, erilaisiin ehkä irrallisiinkin muistiinpanoi-

²⁷² Vrt. *Palmén*, Lääkärin salassapitovelvollisuus ja todistamispakko s. 42; *sama*, *Nordisk Medicin* 1957 s. 267; ja toisaalta *Andenaes* s. 19 (”Tanskan ja Norjan oikeuden mukaan takavarikkokiello raukeaa, jos lääkäriä, asianajajaa tai pappia epäillänsä osallisuudesta *samaan* rikokseen kuin edun haltijaa.”); *sama*, *Straffeprosessen* s. 203; *Innstilling* s. 253: De lege ferenda takavarikkokiello on voimassa silloinkin, kun syyte kohdistuu vaitiolovelvolliseen itseensä.

²⁷³ Toisin Saksan oikeuden kannalta OLG Celle 30.9.1964 (NJW 1965 s. 362), jossa omaksuttuun kantaan myös tietoisoppi on liittynyt. Ks. sen johdosta *Jescheck* s. 23; *Kohlhaas* s. 289; *sama*, NJW 1965 s. 1163; *Peters* s. 132 s.; *Rupp* s. 179 s. Vrt. lisäksi *Andenaes*, i.c. *ibid.*, joka — käsitystään tosin perustelematta — lausuu kategorisesti, että vaitiolovelvollisuus on voimassa takavarikkokiellon perustavin vaikutuksin silloinkin kun lääkäri on syytettynä.

²⁷⁴ *Antognazza*, *SchwZStr* 1977 s. 75.

hin, päiväkirjoihin eikä niihin vertautuvaan muuhun aineistoon. Takavarikkokiellon alaisia eivät ole vain asiakirjat totunnaudessa merkityksessä vaan myös esineet, jotka ilmaisevat salaisiksi leimattavia tosiasioita muulla tavoin kuin kirjoitetun kielen avulla. Tällaisina mainittakoon valokuvat, röntgenkuvat ja kardiogrammit. Takavarikkoon ei liioin saa ottaa ihmisen kehosta leikattua palasta.²⁷⁵

Muista TakavarikkoL 1,2 §:n privilegioimista henkilötahoista koskettellaan tässä lyhyesti vain asiamiehen ja oikeudenkäyntiavustajan asemaa. Takavarikkola ei saa kohdistaa asianajajan salassa pidettäviin asiakirjoihin; näitä eivät ole vain juttujen hoitamisessa normaalisti kertyvät asiapaperit vaan myös esimerkiksi kauppakirjat.²⁷⁶ Rikoksen tekovälineet ja rikoksen kautta saadut esineet, instrumenta ja producta sceleris, voidaan aina takavarikoida. Näitä ovat esimerkiksi väärennetyt asiakirjat, huolimattomasti pidetyt tilikirjat konkurssirikosten yhteydessä, tekovälineenä käytetty ampuma-ase tai veitsi, edelleen varastetut esineet tai arvopaperit. Rikoksentehtäjän ei siten kannata luovuttaa tällaisia välineitä ja esineitä asianajajalleen piiloteltutarkoituksessa; välittömästi heräävä epäily rikoksen suosimisesta murtaa asianajajan takavarikkovapautuksen.²⁷⁷ Asianajajaa suojataan vain hänen ammattitoiminnassaan.²⁷⁸

Jos potilas tai asiakas vapauttaa vastaavasti lääkärin tai asianajajan vaitiolovelvollisuudesta, nämä ovat velvollisia luovuttamaan etsittävät

²⁷⁵ Ks. *Honkasalo*, Suomen rikosoikeus. Erityinen osa II s. 124; *Jotuni*, PM 1959 s. 852; *Andenaes* s. 20; *Innstilling* *ibid.* (lääkärin potilaalta saamat kirjeet); *Schwarz — Kleinknecht*, Strafprozessordnung § 97 Anm. 2 c.

²⁷⁶ Vrt. *Antognazza*, mt. s. 75, ja *Seiler*, mt. s. 67, jotka mainitsevat tässä yhteydessä eräänlaisena standarditapauksena syytetyn asianajajalleen lähettämät kirjeet. Siten *ex lege* *Norjan* (strpl. 217 §; ks. *Lous*, Sakførers taushetsplikt s. 35 ja 87) ja *Tanskan* (Rpl 738 ja 750 §§; ks. *Gomard*, mt. s. 192) oikeudessa. — TakavarikkoL 1,2 §:ää asiallisesti vastaavan RB 27:2:n osalta ks. esim. *Dahlgren*, TSA 1976 s. 61. Ruotsin oikeuskäytäntöä valaisee TSA 1976 s. 26 s. (Husrannsakans hos och häktning av advokat I. En JO-anmälan.), johon liittyy asianajajakunnan periaatteellisen kannanilmaisun sisältävä vastine (TSA 1977 s. 71 ss.; Framställning till JK om åtgärder) ja sen johdosta annettu Oikeuskanslerin päätös (*ibid.* s. 224 ss.).

²⁷⁷ Ks. tässä yhteydessä myös Suomen Asianajajaliiton säännöt, AsK 191/59, 38,2 §; ja Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (9.6.1972), 19 §.

²⁷⁸ *Löwe — Rosenberg (Dünnebier)*, Strafprozessordnung § 97 Anm. 4 c; *Peters* s. 134. — Tekstissä esitetyn johdosta kokonaisuudessaan vrt. *Lännergren*, TSA 1976 s. 102.

esineet ja asiakirjat takavarikkotarkoituksiin. Sama koskee virkamiestä, milloin ylempi viranomainen tai esimies on antanut suostumuksen salassa pidettävän asiakirjan luovuttamiseen syytteenpanoviranomaiselle tai tuomioistuimelle.²⁷⁹ Pelkästään yleisluonteiset ammatilliset tai julkiset intressit eivät oikeuta lääkäriä eikä asianajajaa luovuttamaan objektia viranomaiselle.²⁸⁰ Jos taas virkamies tai etuoikeutettu ammatinharjoittaja vapaaehtoisesti luovuttaa takavarikkokiellon alaiset objektit viranomaiselle, tämän tulee palauttaa esineet ja asiakirjat, niihin lähemmin perehtymättä, luovuttajalle. Sairaskertomuksesta, kirjeestä tai muusta suojaa nauttivasta asiakirjasta ei saa valmistaa valokopiota. Se seikka, että luovuttaja menettelyllään rikkoo aineellisoikeudellista salassapitovelvollisuuttaan, ulottaa siten Suomen oikeudessa vaikutuksensa prosessuaaliseen tasoon.²⁸¹ Tämä vaikutus on siinä mielessä ulkokohtainen, että se tyhjentyy juuri kuvattuun menettelytapakysymykseen. Estettä ei nimittäin ole sille, että poliisiviranomainen käyttää tutkintasuunnitelmassaan hyväkseen niitä tietoja, jotka esineestä tai asiakirjasta ehkä ilmenevät otettaessa selvää objektin kuulumisesta takavarikkokiellon tunnusmerkistön alaisuuteen. Tietojen »unohtaminen» merkitsisi silmänkääntötaitoa, jota käytännönläheisesti asennoituneelta rikostutkijalta ei sovi odottaa.

Toisaalla on jo todettu, että *itsevaarantamiselta* suojaavalla todistajan vaitiolo-oikeudella (OK 17:24,1:n 1. virke) ei ole varsinaista vastinetta nykyisten takavarikkokiellojen piirissä.²⁸² TakavarikkoL 1,1 §:n ilmaiseman pääsäännön perusteella esine voidaan takavarikoida, »jos on syytä olettaa, että se voi olla todisteena rikosasiassa». Poikkeusta ei ole sää-

²⁷⁹ Ks. OK 17:23,1:n 3 ja 4 k. i.f. — Oikeusmahdollisuudesta, että ylempi viranomainen tai esimies vapauttaa virkamiehen vaitiolovelvollisuudestaan ks. esim. *Tirkkonen*, Rp II s. 245; *Ekelöf* IV s. 129; *Olivecrona* s. 251. Muutoin kysymyksen osalta viitataan toisessa yhteydessä (VI 2 ccb) olevaan esitykseen.

²⁸⁰ Toisin *Arthur Kaufmann*, l.c. *ibid*.

²⁸¹ *Tirkkonen* (Tystnadsplikt, Bilaga IV s. 6) on tarkastellut esille otettua kysymystä yleisestä näkökulmasta päätyen katsomaan »att dessa bägge fall av tystnadsplikt äro i princip oberoende av varandra». — Saksan oikeudessa, jossa ko. todistamisvapaus on toteutettu vaitiolo-oikeutena, lähdetään siitä, että luovutustointa rasittava aineellisrikosoikeudellinen virhe ei estä takavarikkokiellon alaisten esineiden ja asiakirjojen hyödyntämistä; *Peters* s. 134. Ks. myös *Blass*, Berufsgeheimhaltungspflicht s. 144; *Frey*, mt. s. 41 ss.; *Krähenbühl*, Zeugnisverweigerungsrecht s. 115 ja 128 s. Hyödyntämisongelmasta muutoin ks. analogista tilanteistoa oikeudenkäynnissä koskevaa esitystä VI 2 ccc 5.

detty sen tapauksen varalta, että esineen haltija voisi takavarikon johdosta saattaa itsensä tai lähiomaisensa syytteen vaaraan. Toisin säädetävässä pakkokeinolaissa, jossa todistajaa itsevaarantamiselta suojaavaa vaitiolo-oikeutta on ehdotettu täydennettäväksi vastaavalla takavarikkokiellolla. V. 1976 pakkokeinoja koskevan lakiehdotuksen 4 luv. 2 §:n 1 mom. 1. virkkeessä, jossa mainitusta seikasta säädetään, asetetaan myös OK 17:24,1:n 2. virkkeen lausumaa todistamiskieltoa vastaava täydentävä takavarikkokielto.

Kosketeltujen säännösehdotusten johdosta *keskusrikospoliisi* on lakiehdotuksesta antamassaan lausunnossa esittänyt varteen otettavaa kritiikkiä. Niiden katsotaan olevan tulkittavissa esim. siten, että »konkurssirikollisen kirjanpidon saa takavarikoida hänen kirjanpitäjänsä hallusta vain silloin kun rikosilmoitus koskee konkurssipetosta. Muut konkurssirikokset ja törkeä veropetos eivät oikeutaisi suorittamaan takavarikkoa. Miten ns. valkokaulusrikollisuutta voitaisiin tutkia, kun lainvalmistelija aikoo estää jo tutkimusmateriaalinkin joutumisen poliisin haltuun? Ehdotettu säännös palvelisi yksinomaan ammattirikollisten etuja. Olisihan esim. koronkiskojan hyvin turvallista pitää kirjanpitoaan jonkin lakimiehen toimistossa.»²⁸³

Todistamisvapautuksen aktiivisen ja passiivisen puolen koordinointi on nykyisenkin lain mukaan täydellinen siltä osin kuin kysymys on OK 17:20:n edellyttämästä lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeudesta. TakavarikkoL 1 §:n 2 momentin 2. virkkeen mukaan rikoksesta epäillyn ja häneen oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 20 §:ssä tarkoitettussa suhteessa olevan henkilön hallusta ei saa takavarikoida rikoksesta epäillyn ja sanotun henkilön välistä tai mainitussa suhteessa epäiltyyn olevien henkilöiden keskeistä kirjallista tiedonantoa, ellei rikoksesta saata tulla kuusi vuotta kuritushuonetta (vankeutta) tai ankarampi rangaistus. Merkille pantavaa on — tässä kohden Suomen (ja Ruotsin) oikeus poikkeaa Tanskan ja Norjan laista —, että takavarikkokielto ulottuu lähiomaisten keskenään vaihtamiin kirjallisiin tiedonantoihin (esimerkiksi kirjeisiin).²⁸⁴ Edelleen on huomionarvoista, että lainkohdan mukaan sellaiset tiedonannot eivät nauti todistamiskiellon suojaa vain ollessaan lähiomaisten vaan myös

²⁸² Edellä av 250 kohdalla.

²⁸³ *Muistio* 15.9.1976 s. 51 s.

²⁸⁴ Ks. RB 27:2 ja toisaalta Rpl 748 §, joka ei tunne tällaista takavarikkokieltä. — Norjan rikosprosessilain kysymystä koskevat säännökset sisältyvät strpl. 214 §:ään.

syytetyn itsensä hallussa. Vaikka puheenalainen takavarikkokiello laki-tekniisesti liittyykin OK 17: 20:n kieltotilanteeseen, niin todistamiskiellon tosiasiallinen tehtävä ei tyhjenny mainitun kieltotilanteen täydennykseen. Ilmeistä on, että TakavarikkoL 1,2 §:n 2. virkkeen perustama vapautus useinkin suojaa henkilöä siltä, että hänen pitäisi luovuttaa rikostutkijan haltuun lähiomaistaan raskauttavaa todistusaineistoa. Mainitun seikan vaikutuksesta puheenalaisella takavarikkokiellolla on liittymäkohtia OK 17: 24,1:n 1. virkkeen ilmaisemaan todistajan vaikenemisoikeuteen.²⁸⁵

TakavarikkoL 2 §:ssä säädetään, että rikoksesta epäillylle tarkoitettuihin tai häneltä lähtöisin olevat kirjeet ja muut postilähettykset sekä sähkösanomat, jotka ovat posti- ja lennätinlaitoksen huostassa, saa takavarikoida ainoastaan milloin rikoksesta saattaa tulla vankeutta kovempi rangaistus ja ne tämän lain mukaan — viittaus kohdistuu 1 §:n 2 momenttiin — voitaisiin takavarikoida vastaanottajan hallusta. Pakkokeinoja rikosasioissa koskevan v. 1973/76 lakiehdotuksen 4 luv. 3 §:n mukaan toimenpiteeseen voitaisiin ryhtyä samoilla edellytyksillä, jos rikoksesta saattaa seurata vuosi vankeutta tai sitä ankarampi rangaistus. Ehdotettu muutos johtuu siirtymisestä yksiläjiseen vapausrangaistukseen. Mitä lainkohdan ilmaisemaan oikeusajatuksen muutoin tulee, sitä on pidettävä hyvin perusteltuna. Se on omansa varmentamaan sen, ettei lähiomaiselle oikeudenkäymiskaassa samoin kuin esitutkinnasta annettussa lakiehdotuksessa myönnettyä kokonaiskieltäytymisoikeutta murenneta esitutkintaviranomaisen pakkotoimin. Niissä prosessijärjestyksissä — esimerkiksi Saksan —, joissa vastaavaa normia ei ole, lakia on voitu syystä arvostella aukolliseksi.²⁸⁶

²⁸⁵ Kyseisen takavarikkokiellon rationa on, lyhyesti ilmaisten, estää todistamiskiellon kiertäminen takavarikkotoimien avulla. Ks. tämän johdosta HE 2/1958 vp. s. 2; *Jotuni*, PM 1959 s. 851; *Sjöström*, Muistio s. 6 s. sekä siinä mainitut Ruotsin lainvalmistelutyöt. Nämä osoittavat, että TakavarikkoL 1,2 §:n 2. virkkeen esikuvana olleen RB 27: 2:n vastaavan määräyksen oikeusperusteena on ollut syytetyn ja lähiomaisen välisen luottamussuhteen suojaaminen, harkinta joka viittaa persoonallisuusoikeuksien ja ihmisarvon (vrt. *Dünnebier*, MDR 1964 s. 965) kunnioittamiseen. Vrt. myös esitystä edellä av 252 kohdalla. Varhemman oikeuden kannalta vrt. *Tirkkonen*, Rp II (1.p.) s. 95.

²⁸⁶ TakavarikkoL 2 §:n tulkinnasta ks. *Autere*, mt. s. 252; *Jotuni*, PM 1959 s. 851; *Tirkkonen*, Rp II s. 71. Ruotsin lain (RB 27: 3) suhteen ks. *Olivecrona* s. 252. Rpl 750 §:n osalta (Tanska) ja strpl. 217 §:n (Norja) osalta ks. *Andenaes* s. 21; ja oikeusvertailevasti muutoin *Jescheck* s. 48.

Tässä yhteydessä on syytä ohimennen mainita siitä seikasta, että laki ei sido esitutkintaviranomaisen käsiä kysymyksen ollessa yksityisluonteisten tai intiimien muistiinpanojen, esimerkiksi henkilökohtaisen päiväkirjan, takavarikoimisesta rikosprosessia varten. Kysymys on silti problemaattinen; tutkimuksessa on monin kohdin viitattu mahdollisuuteen, että nimenomaisen normin puuttuessaakin yksilön persoonallisuutta olisi pyrittävä suojaamaan oletetunlaiselta drastiselta oikeuspiiriin puuttumiselta. Ongelma on laajakantoinen ja periaatteellisesti tärkeä; siihen palataan lähemmin toisessa yhteydessä.²⁸⁷

Sen johdosta, että takavarikko aina merkitsee kajoamista perustuslain suojaa nauttivaan omistusoikeuteen (HM 6,1 §), se tarvitsee oikeutusperusteeseen muodollisen oikeussäädöksen.²⁸⁸ TakavarikkoL 3 §:n mukaan takavarikkoon panosta päättää viranomainen, jolla lain mukaan on valta antaa vangitsemismääräys, tuomioistuin kuitenkin vain sen käsiteltävänä olevassa asiassa. Uudessa laissa päätäntävalta ehdotetaan siirrettäväksi pidättämiseen oikeutetuille virkamiehille, toisin sanoen esitutkinnan johtajalle tai syyttäjälle.²⁸⁹ Mutta muodollinen laki oikeutusperusteena ja kysymys päätäntävällän muodollisesta järjestelystä ovat vasta elementaarisia näkökohtia. Takavarikkoinstituution oikeusvaltionmukaisuus vaatii lisäksi, ettei päätäntävaltaa käyttävälle viranomaiselle anneta blankovaltuuksia takavarikon toimeenpanemiseen. Takavarikko on sallittu vain kun toimenpide voidaan suhteuttaa tarkoin rajattuun todistusteemaan. On toisin sanoen vaadittava, että on tullut ilmi konkreettinen teko, konkreettinen todistusteema, jonka johdosta esitutkinta on aloitettu taikka että ainakin tietyllä todennäköisyydellä epäillään rikostunnusmerkistön mukaisen teon tapahtumista. Yhtä lailla kuin todistelu vastaisen varalta, in perpetuum rei memoriam, on rikoksen sel-

²⁸⁷ Jäljempänä V 2 c. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin vrt. *Andenaes* s. 19.

²⁸⁸ Vrt. puheenalaisessa suhteessa yleisesti *Hidén*, LM 1971 s. 99 ss.; *sama*, Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa s. 49 ss.

Takavarikkosäännösten kehityshistoria osoittaa, että omaksuttu katsantokanta voidaan, siten kuin tekstissä on menetelty, esittää eräänlaisena aksioomana vain pidettäessä silmällä perusoikeustietoisuuden ja yleensäkin oikeuskulttuurin viimeistä kehitystasetta. Siten esim. v. 1734 oikeudenkäymiskaari ei sisältänyt mitään yleisiä säännöksiä pakkokeinoista. Takavarikosta ei vielä ollut muodostunut legaalisesti säänneltyä rikosprosessuaalista instituutiota. Ks. tämän johdosta NJA 1911 s. 222; *Hassler*, mt. s. 106 ss.; *Skarstedt*, Straffprocessuella tvångsmedel I s. 52 s.; *Venoja*, mt. s. 60 ss.

vittämiseksi kielletty (OK 17:10,1), takavarikkotoimiinkaan ei saada ryhtyä sellaisen aineiston käsiin saamiseksi, joka voi johtaa tutkijat ennalta tietymättömien rikosten jäljille.²⁹⁰

Takavarikon (ja etsinnän) yhteydessä on noudatettava *oikeasuhtaisuusperiaatetta*. Konkreettinen, pakkotoimen käyttöä rajoittava tehtävä mainitulle oikeusajatukselle voidaan osoittaa esim. epäsiiveellisten julkaisujen levittämisen ehkäisemisestä 28.1.1927 annetun lain 3 §:n soveltamisessa. Painovapauden perusoikeuden (HM 10 §) huomioon ottaminen vaatii, että ryhdyttäessä rikosprosessuaalisiin toimiin, jotka kohdistavat vaikutuksensa tämän perusoikeuden suojanarvoiseen piiriin, on suoritettava vertailu vapaan lehdistön ja rikosoikeudenhoidon välttämättömyyksien välillä.²⁹¹

Takavarikoitua objektia, joka on saatu todistamiskiellon vastaisesti, *ei saa* rikosprosessissa *hyödyntää*. Takavarikkokieltoon liittyy siten tehosteena *hyödyntämiskiello*.²⁹² Hyödyntämiskiellon kiertämistä mer-

²⁸⁹ V. 1973 lakiehdotuksen (L pakkokeinoista rikosasioissa) 4 luv. 4 §.

²⁹⁰ Näin vallitseva mielipide sekä Suomen että ulkomaisessa keskustelussa. Ks. esim. HE 2/1958 vp. s. 2; ja varsinaisesti kirjallisuuden osalta *Autere*, mt. s. 250; *Helminen*, Takavarikko s. 2; *Jotuni*, PM 1959 s. 846 ss.; *Sjöström*, Muistio s. 5 s.; *Tirkkonen*, Rp II s. 65 verr. s. 73 ss.; *Venoja*, mt. s. 120 ss.; *Ylösjoki*, Poliisioikeus II s. 233 av 1; PK II s. 104; PLB II s. 323 (»Däremot innebär beslagsrätten icke i och för sig någon befogenhet att vidtaga åtgärder för att eftersöka föremål.»); sekä Ruotsin tieteisopin osalta *Ekelöf* III s. 43; *Gärde* s. 364; *Hassler*, mt. s. 130 (»Beslaget har... karaktären av ett moment i en redan inledd undersökning av ett kriminellt förhållande.»); *Olivecrona* s. 250; ks. edelleen *Skeie*, Den norske straffprosess I s. 288; *Munch — Petersen*, Den danske Retspleje V s. 124 ss.; *Jescheck* s. 46; *Klug* s. 59; *Peters* s. 142 s. (»Aus diesen Vorschriften — StPO 94 I, 102 ja 103 §§ — ergibt sich, dass für die Beschlagnahme die Einleitung einer Untersuchung erforderlich ist.»); *Rupp* s. 182; *Noll*, SchwZStr 1975 s. 62 (»Das Strafprozessrecht regelt das Verfahren nach begangener Straftat und ist seiner ganzen Struktur nach nicht geeignet, auch die an sich unbestrittene polizeiliche Aufgabe der Vorbeugung... von Straftaten zu normieren.»); *Bertel*, Grundriss s. 89 s.; *Roeder* s. 109.

²⁹¹ Kuten tekstissä vastaavasti Saksan oikeuden kannalta *Schwarz — Kleinknecht*, mt. § 97 Anm. 1 ja Einl. 1 E, 7 C. Ks. myös *Klug* s. 37 s.; *Peters* s. 142. — Takavarikkomenettelystä sen kohdistuessa painotuotteisiin ks. muutoin PainovapausL 42 ja 43 §§.

²⁹² Selvyyden vuoksi on korostettava, että käytetty sanonta objektin takavarikoimisesta todistamiskiellon vastaisesti tarkoittaa takavarikon aineellisten edellytysten huomiotta jättämistä, todistamiskiellon kiertämiseksi tapahtuvaa takavarikkoa. Tässä suhteessa kuten tekstissä *Andenaes* s. 29 (»Takavarikon

kitsisi, jos tosin objekti sellaisenaan suljettaisiin pois todisteiden harkinnassa huomioon otettavasta aineistosta mutta takavarikon suorittanutta viranomaista kuultaisiin todistajana todistuskeinon antamasta näytöstä.²⁹³ Jos takavarikko loukkaa vaitiolovelvollisuutta tai on muutoin takavarikon aineellisten edellytysten vastainen, tuomari ei saa käyttää hyväkseen todistuskeinoon kätkeytyviä todistusperusteita. Entä jos tuomari on saanut jutussa kertyneistä pöytäkirjoista tietoonsa saman näytön, joka alun perin sisältyi lainvastaisesti saatuun todistuskeinoon? Tällöin tulee esille hyödyntämiskiellon reaalisesti tekemisen ongelma ja kiellon ylläpitämiseen liittyvät psykologiset vaikeudet, kysymys, jota tutkitaan toisessa systemaattisessa yhteydessä.²⁹⁴

Edellä esitetyssä on pidetty silmällä takavarikon aineellisten, TakavarikkoL 1,2 ja 2 §§:issä määrättyjen edellytysten kiertämistä. Samaa vaikutusta — todistuskeinon hyödyntämiskelvottomuutta — ei sitä vastoin voida liittää takavarikon muodollisten edellytysten ylittämiseen. Siitä riippumatta, rikottiinpa takavarikossa sen aineellisia tai muodollisia edellytyksiä, poliisi voi esteettä käyttää hyväkseen ja tuoda prosessiin mahdollisesti löytämiään muita, itsessään sallittuja todisteita. Tässä kuten todistamiskieltojen yhteydessä muutoinkaan ei siten vallitse etäishyödyntämisen kieltoa.

3. Rikosprosessuaalisia pakkokeinoja koskevan v. 1973 lakiehdotuksen 4 luvun 14 §:ssä ehdotetaan säädettäväksi, voimassa olevaan lakiin (TakavarikkoL 11 §) liittyen, että rikosasian selvittämisen turvaamiseksi saadaan sulkea rakennus tai huone, kieltää pääsy tietylle paikalle tai antaa

muodollisten edellytysten syrjäyttäminen ei sitä vastoin voi tuottaa hyödyntämiskieltoa.’ — Vrt. esitystä tekstissä av 294 jäljessä.); *Bratholm* s. 119; *Rørdam*, mt. s. 42 s. (‘Jos takavarikko suoritetaan rikoksesta epäillyn asunnossa muodollisten edellytysten vastaisesti, niin tällöin löydetty asiaa selvittävä todistusaineisto saadaan kyllä hyödyntää; toisin siinä tapauksessa, että takavarikko suoritetaan vaitiolo-oikeus tai -velvollisuusmääräysten kiertämiseksi.’); *Beling*, ZStW 24. Bd., s. 265; *Grünwald* s. 496; *Heinitz*, JR 1964 s. 443; *Otto* s. 305; *Peters* s. 135; *Sendler* s. 158 s. (»Wenn also... eine Beschlagnahme gar nicht hätte erfolgen dürfen, dann hätte das Beweismittel, das bei einer gleichwohl erfolgten Beschlagnahme erlangt wurde, den Ermittlungsbehörden auch nicht zur Verfügung gestanden und muss unverwertbar sein.»); Saksan judikatuurissa RG 20,91;47, 195 (‘Takavarikkokiello sisältää kiellon hyödyntää objektia todistuskeinona.’); edelleen *Walder* s. 56; *Nuvolone* s. 74. — Vrt. nyt esitettyä edellä av 273 kohdalla käsitellyn tilanteeseen.

²⁹³ Näin *Heinitz*, l.c. *ibid*.

²⁹⁴ Jäljempänä VII 1.

kielto jonkin esineen siirtämisestä muualle tai ryhtyä muuhun sellaiseen toimenpiteeseen. Säännösehdotus on lakisystemaattisessa suhteessa sijoitettu lakiehdotuksen takavarikkoa koskevaan lukuun. Menettely poikkeaa tavallisesta takavarikosta, minkä johdosta lakiehdotuksesta annetuissa lausunnoissa on osaksi esitetty, että menettelylle olisi annettava oma nimensä.²⁹⁵ Pitää kieltämättä paikkansa, että puheenalainen menettely ei kohdistu takavarikon tyypillisiin objekteihin: irtaimiin esineisiin ja asiakirjoihin, mistä johtuen sen luokittaminen takavarikkoinstituution alaiseksi herättää tiettyjä epäilyksiä. Eräissä suhteissa menettely osoittaa yhtymäkohtia katselmustodisteluun. Rikosprosessuaalisista pakkokeinoista v. 1976 valmistuneessa uudistetussa lakiehdotuksessa menettelyä koskeva säännös sisältyy 4 luv. 15 §:ään. Perusteluissa menettelylle on annettu onnistuneelta vaikuttava nimi *paikan eristäminen*; se ei, kuten todetaan, käsitteellisesti kuulu takavarikon piiriin, mutta asiayhteyden vuoksi se on katsottu tarkoituksenmukaiseksi sijoittaa lakiehdotuksen takavarikkoa koskevaan lukuun. — Ehdotettua lakisystemaattista ratkaisua on pidettävä perusteltuna.²⁹⁶

Edistää tietenkin oikeusselvyyttä, että äsken mainittujen toimenpiteiden käyttämisestä on annettu nimenomainen oikeussäännös. Silti ei voida välttää, että TakavarikkoL 11 §:n mainitsemiin toimenpiteisiin ryhtyminen herättää mittavia soveltamis- ja tulkintaongelmia. Siinä suhteessa asiantila on selvä, että mainitunlaisiin pakkotoimiin saadaan kyllä ryhtyä silloinkin, kun ne kohdistuvat rikosprosessiin osallistumattoman kolmannen henkilön omaisuuteen.²⁹⁷ Mutta saadaanko näitä toimenpiteitä käyttää silloinkin, kun omaisuusesine tutkinnan vuoksi vahingoittuisi tai tuhoutuisi? Näin tapahtuisi, jos rikostutkintaviranomaisten olisi esimerkiksi kaivautettava maaperää viljapellon tai talon alta saadakseen selville joukkomurhan uhrien luvun. Entä miten on tilannetta arvosteltava, jos rikoksen selvittämiseksi on päästävä käsiksi salakuuntelulaitteisiin, jotka

²⁹⁵ Siten Kihlakunnantuomarien yhdistys; ks. *Lausuntoyhteen veto* s. 77.

²⁹⁶ Vrt. tässä suhteessa *Olivecronan* (s. 252) esitystä Ruotsin lain vastaavan säännöksen (RB 27:15) johdosta: »Utanför beslag i egentlig mening falla... de åtgärder som avses i 15 § ... Man avstänger t.ex. en brottsplats medan den undersökes ... Reglerna om beslag ha motsvarande tillämpning på hithörande åtgärder.» Samasta kysymyksestä TakavarikkoL 11 §:n valossa erityisesti liikenneonnettomuuden selvittelyn kannalta ks. *R. EUllä* s. 66.

²⁹⁷ Onhan nimittäin eräs instituutiota kannattava johtava ajatus, että takavarikkoonotto-oikeus on periaatteessa riippumaton siitä, kenen hallussa takavarikoitava esine on. Ks. tästä etenkin *Venoja*, mt. s. 169 ss.

epäilyksenalainen on asentanut asianomistajan asumaan mutta kolmannen henkilön omistamaan rakennukseen ja havaitaan, että laitteiden lähempi tutkiminen vaatisi rakennuksen osittaista purkamista? Ilmeistä on, että kysymys todistamiskiellon esiintymisestä ratkaistaan oletettunlaisissa tilanteissa *oikeasuhtaisuusperiaatteen* ilmaisemien harkintaperusteiden pohjalta. Toimenpiteisiin ryhtyminen on todistamiskiellon vastaista, milloin keinon ja tarkoituksen välillä vallitsee aiheutuvan vahingon ja rikoksen selvittämistressin keskinäisen vertailun valossa räikeä epäsuhte.²⁹⁸

4. HM 11 §:n lausuman perusoikeusnormin mukaan Suomen kansalaisen kotirauha on loukkaamaton. Mainitun perusoikeusnormin rikosoikeudellisena garantiana on lähinnä RL 24 luvun 1 §:n 1 momentti, jossa yksityisen kotirauhan rikkomisesta määrätään rangaistus. HM 11 §:n 2 momentin mukaan kotietsinnän edellytyksistä ja toimittamisesta säädetään lailla.

Pidettäessä silmällä tutkimuksessa suoritettua todistamiskieltojen kolmijakoa todistusteema-, todistuskeino- ja todistelumetodikieltoihin, takavarikkokiellot kuuluvat todistuskeinokiellojen kategoriaan.²⁹⁹ Toisin vain siltä osin kuin on kysymys takavarikon lainvastaisuudesta ilman konkreettista todistusteemaa, jolloin vastaava todistamiskielto täyttää todistelumetodikiellon tunnusmerkit. Mitä paikkaan kohdistuvaan etsintään tulee — seuraavassa puhutaan lyhyiden vuoksi kotietsinnästä—, todistamiskieltojen näkökulmasta tutkittava ilmiö näyttäytyy lähinnä eräänä todistelumetodina, rikosselvittelyssä käytettävänä menettelytapana.³⁰⁰ Kysymyksenasettelu, jota mainittu havainto edellyttää, kuuluu tällöin: Millä tavalla kotietsintää ei saa suorittaa?³⁰¹

TakavarikkoL 12 §:n 1 momentissa säädetään, että jos on syytä epäillä, että on tehty rikos, josta saattaa seurata kovempi rangaistus kuin kuusi kuukautta vankeutta, saadaa rakennuksessa, huoneessa taikka suljetussa säilytyspaikassa tai kulkuneuvossa toimittaa kotietsintä takavarikoitavan esineen löytämiseksi tahi muutoin sellaisen seikan tutkimiseksi, jolla voi

²⁹⁸ Vrt. *Beling* s. 23, 35 s. ja 39; *sama*, Deutsches Reichsstrafprozessrecht s. 294; *Gerland*, Der deutsche Strafprozess s. 230 av 328; *Graf zu Dohna*, Strafprozessrecht s. 120; ja *Spendel* s. 1106, joka — rikosprosessilain jättäessä kysymyksen säännöstämättä — liittää tilanteen katselmustodistelun piiriin.

²⁹⁹ *Peters* s. 130 ss. ja 142.

³⁰⁰ Vrt. *Peters* s. 143.

olla merkitystä rikoksen selvittämisessä. Saman pykälän 2 momentissa annetaan kvalifioituja määräyksiä kotietsinnän suorittamisesta toisen kuin epäilyksenalaisen luona.³⁰²

Vaikka lainkohta sijaitsee kotietsintää koskevassa luvussa, sen normatiivinen vaikutus ulottuu myös takavarikkoon. TakavarikkoL 1,1 §:n ohella se muodostaa kumulatiivisen normiperusteen sille edellä tarkastellulle todistamiskiellolle, jonka sisältönä on, että takavarikkoa ei saa suorittaa ilman että on aloitettu konkreettiseen todistusteemaan kohdistuva rikostutkinta.³⁰³ Kotietsinnän osalta lainkohta perustaa analogisen todistamiskiellon. Kotietsintä ei ole sallittu, ellei edes epäillä, että on tehty lainkohdassa mainitut ehdot täyttävä rikos. Rikoksen tutkiminen ja teon epäily edellyttävät vähintäänkin, että on olemassa konkreettinen kohde, johon tutkintatoimet ja epäilykset suuntautuvat. TakavarikkoL 12 § ilmaisee ne edellytykset, joilla saadaan ryhtyä pakkotoimiin esineiden löytämiseksi kun taas 13 § ilmaisee vastaavat edellytykset henkilöetsinnän osalta. Ollakseen sallittu, tietyn henkilön luona suoritettava kotietsintä edellyttää — pyrittiinpä sitten löytämään tietty esine tai määrätty henkilö —, että voidaan objektiivisesti olettaa tutkinnan kohteen liittyvän konkreettiseen esineeseen tai määrättyyn henkilöön.

Edellä sanottu merkitsee, että umpimähkäinen, konkreettista todistusteemaa vailla oleva kotietsintä on todistelumetodikiellon vastainen. Nyt sanottu on aivan muuta kuin poliisin päivittäiseen työrotiiniin kuuluva havaintojen teko ja epäilyttävien henkilöiden seuranta, vihjeiden vastaanottaminen ja varjostajien käyttäminen. Nämä ja muut niihin verrattavat lainmukaiset keinot palvelevat vasta teon epäilyn syntyyn tar-

³⁰² V. 1973 ehdotuksessa pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi laiksi TakavarikkoL 12 §:ää vastaa asiallisesti samansisältöisenä ehdotuksen 5 luv. 1 §. — Todettakoon, että lakiehdotus seuraa voimassa olevaa lakia myös siinä lakisysteemaattisessa suhteessa, että kotietsintää koskevat määräykset sijaitsevat ehdotuksen 5 luvussa eli takavarikkoa säännöstävän 4 luvun jäljessä. Tähän perustuu tutkimuksessa noudatettu vastaava systematiikka. Kyseisten toimenpiteiden logiikan mukaisesta näkökulmasta menettelytapa on epätyydäyttävä: tapahtuuhan kotietsintä usein juuri siinä tarkoituksessa, että saataisiin käsiin takavarikoitavia esineitä.

Tanskassa valmistuneen lakiehdotuksen 6.2.1976 mukaan voimassa olevan oikeuden (Rpl 755/6 §§) tekemä ero etsinnän edellytyksissä sen mukaan kohdistuuko toimenpide epäilyksenalaisen vai siviilisen asuntoon ei de lege ferenda ole puollettavissa; ks. *Gomard*, mt. s. 265 s.

³⁰³ Ks. esitystä av 290 edellä.

vittavan aineiston hankkimista.³⁰⁴ Rikosprosessuaalisten pakkokeinojen kuten takavarikon ja kotietsinnän käyttäminen ei sitä vastoin ole tässä vaiheessa sallittua. Siten ei esimerkiksi saada toimeenpanna ratsiaa epäilyttävissä paikoissa, jotta löydettäisiin yksi tai toinen rikollinen.³⁰⁵ TakavarikkoL 14 §:n mukaan etsinnän edellytykset ovat tällöin tosin väljemmät (»rikoksen laatuun katsomatta») mutta edellytyksenä on nytkin konkreettinen todistusteema. Tuntemattomankin henkilön etsintä on sillä tavoin yksilöön sidottu, että hänen täytyy yksittäishenkilönä kuulua epäiltyjen piiriin.

Esimerkkinä tapauksesta, jolloin todistusteemaa ei ole rajattu tarpeellisella selväpiirteisyydellä ja täsmällisyydellä, mainittakoon tilanne, jolloin vain aivan yleisesti voidaan olettaa mahdolliseksi (määrätyn henkilön) maanpetoksellinen tai laillisen yhteiskuntajärjestyksen kumoamiseen tähtäävä toiminta (RL 11: 1—6, 12: 1—8), murhapolton valmistelu (RL 34: 6,1) tai rikoksen suosiminen (RL 16: 19/20). Tällöin ei saada toimittaa kotietsintää sen selville saamiseksi, voidaanko ehkä löytää jotakin asiaa valaisevaa aineistoa. Vastaavuuksia (objektiiviseen) henkilötodisteluun voidaan osoittaa. Niinpä ei ole sallittua pakottaa esimerkiksi kaikkia tietyn kylän tai taloryhmän naisia alistumaan lääkärintutkimukseen, jotta saataisiin vasta epämääräinen lähtökohta tulevaan rikosprosessiin

³⁰⁴ Mainitut tiedustelutoimet ovat osa poliisin *kriminaalitaktiikkaa*. Ks. siinä suhteessa esim. *R. Ellilä* s. 95 ss.; *Katila*, mt. s. 116 ss.; *Vasa*, Lakimies ja yhteiskunta 1955 s. 3 ss. — Kysymystä, kuuluuko toimitettava tarkastus tavanomaiseen kriminaalitaktiikkaan vai onko sitä pidettävä kotietsintänä, koskee OA N:o 830/11. 4. 1967, DN:o 653/66.

Todistelumenetdikiellosta, jonka sisältönä on, ettei kotietsintää saa suorittaa ilman konkreettista todistusteemaa, ks. esim. *Jescheck* s. 46; *Peters* s. 142 s.; *Roeder* s. 109. — Toisaalta on korostettava, että vastaavaan takavarikkokieitoon verrattuna (siitä edellä av 290 kohdalla) puheenalainen etsintäkielto on vähemmän ankara; käänteisesti puhuen kotietsinnän sallittuuskynnyks ei ole yhtä ankara kuin takavarikon. *Jotuni* (PM 1960 s. 363) jopa tulkitsee voimassa olevaa lakia tässä kohden siten, että »kun rikos on määrätyn suuruinen, voidaan etsintä epäillyn luona suorittaa niin sanoakseni umpimähkäisesti». Vrt. myös esitystä av 305 jäljessä tekstissä.

³⁰⁵ *Olivecrona* s. 258. — Kun mainittu tutkija viitekohdassa lausuu, ettei yksityishenkilö saa koskaan toimittaa kotietsintää (näin myös HE 2/1958 vp. s. 2), niin tähän liittyen on todettava, ettei yksityinen kotietsintä ylipäänsä saa rikosprosessuaalista väritystä. Teon oikeudellinen arviointi tyhjentyy sen rikosoikeudelliseen aspektiin (RL 16: 14 ja/tai 24: 2; BrB 4: 6).

toteamalla onko heissä sukupuolitauti tai jälkiä luvattomasta raskauden keskeyttämisestä.

Oikeuskirjallisuudessa puheenalaista todistamiskieltoa on ensimmäisenä ja perusteellisimmin tutkinut *Peters*, jonka esitystä edellä on yleensä sellaisenaan seurattu.³⁰⁶ Mainittu tutkija katsoo, että jos tällä tavoin löydetty todistusaineisto tuodaan oikeudenkäyntiin, toimenpiteen kohteeksi joutuneet voivat protestoida todisteiden esittämistä vastaan. Jos aineisto kuitenkin hyödynnetään, tuomiota rasittaa *Petersin* mukaan moitteenvaarainen pätemättömyys — kysymys, jota tässä tutkimuksessa käsitellään toisessa yhteydessä.³⁰⁷

bbb) Henkilöön kohdistuva etsintä

1. Esitutkintaan eri rooleissa osallistuvista henkilöistä rikoksesta epäilty on aina menettelyn polttopisteessä. Potentiaalisena tietolähteenä hän kiinnostaa kuulusteluviranomaisia eniten. Kuulustelu myös on se todistelutie, joka säännönmukaisesti lupaa parhaan todistelutuloksen. Useista syistä kuitenkin johtuu, että epäilyksenalaisen osallistuminen rikosprosessuaalisen totuuden selvittämiseen pelkästään *subjektiivisen henkilötodistelun* — kuulustelun — tietä ei anna riittäviä takeita esitutkinnan tarkoituksen saavuttamisesta. Tässä suhteessa on ennen muuta viitattava epäilyksenalaisen kokonaiskieltäytymisoikeuteen: oikeutemme mukaan hänen ei tarvitse (aktiivisesti) myötävaikuttaa omaan tuomitsemiseensa. Sanotusta johtuu, että on olemassa tarve täydentää kuulustelun avaamia todistelumahdollisuuksia niillä todistelutoimilla, jotka tulevat kysymykseen *objektiivisen henkilötodistelun* yhteydessä.³⁰⁸ Lainsäätäjän vastaus tähän tarpeeseen on ilmaistu otsikossa esiintyvällä kokoaavalla nimityksellä »henkilöön kohdistuva etsintä»;³⁰⁹ puheenalainen instituutio mahdollistaa epäilyksenalaisen alistamisen henkilöntarkastukseen

³⁰⁶ Ks. *Peters* s. 142 ss. (»Die Unzulässigkeit derartiger Verfolgungsmassnahmen ergibt sich daraus, dass der Strafprozess gegenständlich gebunden ist.»).

³⁰⁷ Jäljempänä VII 2.

³⁰⁸ Tästä käsitteestä ks. jäljempänä VI 3 d. Vrt. myös edellä av 210 kohdalla esitettyä.

³⁰⁹ Termi on otettu v. 1973 rikosprosessuaalisia pakkokeinoja koskevan lakiehdotuksen 5 luvusta, jossa sitä käytetään alaotsakkeena; ks. *Esitutkinta* s. 169. Ks. myös ko. lakiehdotuksen 5 luv. 13,1 §. Nykyinen laki käyttää vanhahtavia termejä »henkilöön käyvä tarkastus» (TakavarikkoL 21,1 §) ja »henkilöön käyvä katsastus» (22,1 §).

ja henkilönkatsastukseen. Kysymyksessä oleville toimenpiteille on tunnusomaista, että epäilyksenalainen ei aktiivisesti osallistu omaan tuomitsemiseensa. Hänen roolinsa on passiivinen; hän joutuu sietämään erilaisia tarkastuksia ja ruumiiseensa kohdistuvia tutkimuksia. Vaikka epäilyksenalaisen ei siten tarvitse aktiivisesti osallistua esitutkinnan tarkoituksen toteutumiseen, niin nyt puheena oleva sietämisvelvollisuus todentaa usein esitetyn teesin, jonka mukaan rikoksesta epäilty on esitutkinassa ensisijaisesti tutkinan kohde eikä tasavertaisilla vaikutusmahdollisuuksilla varustettu asianosainen.³¹⁰

Henkilöön kohdistuva etsintä (kroppsrannsakan; Durchsuchung der Person) on kirjallisuudessa määritelty suoranaisesti vaikuttavaksi (fyysiseksi) pakkokeinoksi, joka sisältää joko sen tutkimisen, mitä jollakulla on vaatteissaan tai muutoin yllään, taikka kohdehenkilön ruumiin tarkastamisen; tarkoituksena on saada käsiin takavarikoitavia esineitä taikka löytää tapahtuneen rikoksen jälkiä tai tehdä muita rikoksen selvittämisen kannalta relevantteja havaintoja.³¹¹ Vaatteiden tai mukana kannettavien esineiden — esimerkiksi muistikirjan, lompakon tai käsilaukun — tutkiminen on henkilöntarkastusta. Henkilönkatsastus menee pitemmälle ja siihen sisältyvä pakkomomentti on vastaavasti ankarampi. Tällainen katsastus voidaan suorittaa esimerkiksi tunnistamistarkoituksessa; näin silloin kun katsastuksen avulla todetaan vaikkapa arven, syntymämerkin, tatuoinnin tai kroonisen sairauden olemassaolo. Edelleen katsastus pal-

³¹⁰ Edellä I 1 e 1 av 89; V 1 baa 4 tekstissä av 166 kohdalla.

³¹¹ Tekstissä on omaksuttu *Tirkkosen*, Rp II s. 55, puheenalaisesta käsitteestä esittämä määritelmä. Valinnaisista tämän käsitteen kuvauksista ks. *Autere*, SPL 1959 s. 255; *T. Ellilä*, Todistelusta rikosasioissa s. 210; *Esitutkinta* s. 101; *A. Koskinen*, SPL 1950 s. 164; *Lehto*, DL 1932 s. 19; *Lehtola*, Pakkokeinot prosessissa s. 4; *Merikoski*, Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin II s. 226; *Sjöström*, Muistio s. 20 s. (lvk. ehdotuksen 25. 9. 1939 22/3 §§); *Ylösjoiki*, Poliisioikeus II s. 215 ja 219; *Ekelöf* III s. 45; IV s. 191 s.; *Elwing*, JFT 1967 s. 309 s.; *Hassler*, mt. s. 151 s.; *Olivecrona* s. 243; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 171 s.; *Innstilling* s. 249 (v. 1969 lakiehdotuksen 195 §); *Hurwitz* s. 425 ss.; *Bruhn—Christiansen—Hansen*, Laeren om forbrydelsers efterforskning s. 75 ss.

Tekstissä on, kuten tutkimuksessa vastaavissa yhteyksissä muutoinkin, puhuttu asianomaisen käsitteen »määrittämisestä». Tällöin on liitetty vakiintuneesti seurattuun tutkimusperinteeseen; näin jo tutkimuksen johdantoluvussa (ks. I 1 b 2). Mutta samanaikaisesti on todettava, että tutkimussuuntauksella, joka katsoo oikeudellisten käsitteiden olevan määrittämättömiä ja askartelee käsitteiden kuvaamisen ongelman parissa (tästä *Eriksson*, JFT 1966 s. 471 s.), saattaisi olla paljon annettavaa kaikelle positiivisoikeudelliselle tutkimukselle.

velee rikosjälkien selvittämistä, kun tutkitaan, onko rikoksesta epäilty saanut haavoja, mustelmia tai naarmuja uhrinsa kanssa kamppaillessaan. Verijälkien toteaminen epäilyksenalaisen vaatteista on vielä henkilöntarkastusta kun taas röntgentutkimus, jolla otetaan selvää, onko hän kätke mistarkoituksessa niellyt jonkin esineen, on henkilönkatsastusta. Katsastuksen avulla voidaan myös tehdä päätelmiä syyllisyyden asteesta ja epäilyksenalaisen vaarallisuudesta.³¹²

Ne toimenpiteet, jotka henkilöön kohdistuvan etsinnän yhteydessä tulevat kysymykseen, ovat useinkin sen laatuksia, että ne merkitsevät tuntuvaa kajoamista yksilön ruumiilliseen koskemattomuuteen. Sen tähden ne voivat olla yhtä arveluttavia kuin tahdontoiminnan vapautta vaarantavat kuulustelumetodit. Niihin sisältyvä pakkomomentti tekee välttämättömäksi, että etsinnän edellytykset määrätään laintasoisella oikeussäädöksellä ja että luodaan takeet väärinkäytöksiä vastaan. Näin onkin oikeudessamme menetelty. Syytteenpanoviranomaisten toimivaltuuksia on rajoitettu todistamiskielloilla. Puheenalaisten todistamiskieltojen intensiteetti nousee asteittain siten, että kun rikoksesta epäiltykin voidaan vastoin tahtoaan vain tietyissä rajoissa alistaa henkilöön kohdistuvaan etsintään, todistajien nauttima suoja on huomattavasti vahvempi samanaikaisesti kun prosessiin osallistumattoman kolmannen henkilön tarvitsee alistua itsemääräämisoikeutensa rajoitukseen vain aivan poikkeuksellisissa tapauksissa.³¹³

³¹² *Gärde* (s. 384) selittää henkilöntarkastuksella (kroppsvsitation; RB 28: 11) tarkoitettavan »undersökning av någons kläder eller vad han eljest har på sig» kun taas henkilönkatsastus (kroppsbesiktning; RB 28: 12) varsinaisena ruumiintarkastuksena »innebär undersökning av kroppen». Samoin *Elwing*, mt. s. 309 s. — Rikosprosessuaalisia pakkokeinoja koskeva v. 1973 lakiehdotus sisältää näistä käsitteistä legaalisen määritelmän: »Henkilöön kohdistuva etsintä voi olla *henkilöntarkastus* sen tutkimiseksi, mitä tarkastettavalla on vaatteissaan tai muutoin yllään, tahi *henkilönkatsastus*, joka käsittää katsastettavan ruumiin tarkastamisen.» (5 luv. 10 §)

³¹³ Rajattaessa tarkastelu ahtaasti positiivisen lain säännöksiin kolmijaolla: epäilty — todistaja — kolmas henkilö, ei ole relevanssia. (Toisin *Andenaes* s. 17, joka tosin tarkoittanee »todistajilla» kolmansia henkilöitä ylipäättään; vrt. myös esitystä tekstissä av 318 jäljessä.) Lain edellyttämät henkilökategoriat ovat rikoksesta epäilty ja »toinen kuin se, jota todennäköisin perustein epäillään rikoksesta» (TakavarikkoL 21,2 §; näin myös Rpl 755/6 §§). Muutoin tekstissä esitetyssä todentuu se tutkimuksen johdantoluvussa (I 1 f 1 av 146 edellä) esitetty perusajatus, että vahvimmin suojattuna intressitahona on aina prosessiin osallistumaton tertius. Vrt. tämän johdosta *Olivecrona* s. 244; *Henkel*, Strafverfahrensrecht s. 293.

Perustuslakiin ei sisälly yksiselitteistä viittausta henkilöön kohdistuvaan etsintään. Sen johdosta, että puheenalainen pakkotoimi kohdistaa kärkensä yksilön henkilökohtaiseen vapauteen, voidaan päätellä, että kysymykseen tuleva perusoikeusnormi on ilmaistu HM 6 §:n säännöksessä, jonka mukaan »jokainen Suomen kansalainen olkoon lain mukaan turvattu ... henkilökohtaisen vapauden ... puolesta».³¹⁴ Henkilöön kohdistuvasta etsinnästä on näin ollen säädettävä lailla.

2. Henkilöön kohdistuvaa etsintää koskevat tärkeimmät positiivisoikeudelliset säännökset sisältyvät takavarikosta ja etsinnästä annetun lain 21—23 §:iin.³¹⁵ Rikosasioissa käytettäviä pakkokeinoja koskeva v. 1973/76 lakiehdotus ei toteutuessaan merkitse asiallista muutosta voimassa oleviin säännöksiin. Uutuutena voidaan pitää vain ehdotuksen 5 luvun 10 (11) §:ää, jossa todetaan, että henkilöön kohdistuva etsintä voi olla henkilöntarkastus tai henkilönkatsastus ja jossa määritellään näiden käsitteiden sisältö. Säännösehdotus selventää vallitsevaa oikeustilaa sitä kuitenkin asiallisesti muuttamatta.

TakavarikkoL 21 §:n 1 momentin mukaan henkilöntarkastus saadaan toimittaa takavarikoitavan esineen löytämiseksi tai muutoin sellaisen seikan tutkimiseksi, jolla voi olla merkitystä rikoksen selvittämisessä, jos on syytä epäillä, että on tehty rikos, josta saattaa seurata kuutta kuukautta ankarampi vankeusrangaistus. Subjektiiivisessa suhteessa säännöksen soveltamisala rajoittuu koskemaan pelkästään epäilyksenalaisen henkilöntarkastuksen. Toiseen kuin siihen, jota todennäköisin perustein epäillään säännöksessä mainitusta rikoksesta, henkilöntarkastus saadaan kohdistaa ainoastaan silloin, kun erittäin pätevin perustein voidaan olettaa, että siten saatetaan löytää takavarikoitava esine tahi muutoin saada selvitystä rikoksesta (21,2 §). Kuten havaitaan, laki lähtee siitä edellytyksestä, että minkäänlainen kajoaminen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen vastoin asianomaisen tahtoa ei ole sallittu ilman lain tukea.³¹⁶

³¹⁴ Kuten tekstissä *Tirkkonen*, Rp II (1.p.) s. 70 av 5; *Venoja*, mt. s. 58. Ks. myös *T. Ellilä*, LM 1970 s. 643.

³¹⁵ Henkilöön kohdistuvasta etsinnästä/tarkastuksesta puhutaan myös *ValtuusRL* 11,1 §:ssä, *tullilainsäädännössä* (*TulliL* 19, 20 ja 122,1 §§) ja *L:ssa* toimenpiteistä lentoliikenteen turvaamiseksi eräissä tapauksissa (*L* 10.12.1971/842, 1,2, 3,1 ja 4 §§).

³¹⁶ Tekstissä esitetty sallii johtopäätöksen, että Suomen lainsäätäjä on korottanut pakkokeinot instituutiona samalle arvotasolle kuin rikosasioiden esitutkinta ja syytetyn puolustuksen järjestely. Miten rikosprosessuaalisia pakkokeinoja yh-

On siten vain johdonmukaista, että henkilöön kohdistuvan etsinnän ankarampi muoto: henkilönkatsastus, on sekin sallittu vain laissa olevan nimenomaisen valtuutuksen perusteella.

Aikaisemmin on jo mainittu joukko sellaisia toimenpiteitä, jotka tulevat kysymykseen epäilyksenalaisen henkilöntarkastuksen yhteydessä.³¹⁷ Henkilötuntomerkkien ottamisesta 19.6.1936 annetun asetuksen 1 §:n nojalla poliisi on oikeutettu henkilöllisyyden toteamista ja rikollisten rekisteröintiä varten ottamaan valokuvan sekä sormenjäljet ja muut tarpeelliset tuntomerkit myös muusta henkilöstä. Mahdollisuus ottaa sormenjäljet ei siten ole rajoittunut epäilyksenalaiseen. Suomenkin oikeuteen soveltuu se *Olivecronan* maininta, että selvitetäessä esimerkiksi jossakin myymälässä tapahtunutta varkautta sormenjäljet voidaan ottaa koko henkilökunnasta.³¹⁸

teiskunnassa käytetään, muodostaa mainittujen kahden muun instituution tavoin kriteerin arvioitaessa onko tämä »poliisivaltio» vai »oikeusvaltio». Tässä mielessä tärkeää ja modernin oikeuskäsityksen mukaista on, ettei pakkokeinojen käyttöä sallita analogisen lain soveltamisen perusteella. Vrt. esitetyn johdosta *Kivimäki*, DL 1948 s. 207 ss.; *Tulenheimo*, LM 1911 s. 190 ss.; *Bratholm*, Lov og Rett 1968 s. 304. Vrt. myös mitä edellä av 244 on sanottu pakkokeinojen käyttöä määräävästä legaliteettiperiaatteesta.

³¹⁷ Av 311 kohdalla.

³¹⁸ *Olivecrona* s. 245. Ruotsin lain (RB 28:14) johdosta muutoin ks. *Elwing*, mt. s. 310 ('RB lukee pakkokeinoiksi myös valokuvan ja sormenjälkien ottamisen'). — Tekstissä mainitun asetuksen tulkintaa valaisee eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 11.11.1965 n:o 2031: Kunnianloukkaus on sellainen rikos, jonka johdosta, mikäli syyllisen henkilöllisyys muutoin on selvitetty, ei ole tarpeen ottaa sormenjälkiä. — *Tanskan* praksista valaisevana mainittakoon U 1956. 538: Rangaistavasta homoseksuaalisesta suhteesta syytetty ei ollut velvollinen alistumaan poliisin valokuvattavaksi, koska valokuvan ottamisella ei ollut merkitystä jo nostetulle syytelle; Rp. 755 §.

Sormenjälkien otto on henkilönkatsastusta. Oikeusvaltiollisen ihanteen (ja pakkokeinojen käyttöä määräävän legaliteettiperiaatteen) mukaista on, että tällaista toimenpidettä ei suoriteta ilman lakiin perustuvaa valtuutusta; vrt. esitystä av 316 kohdalla tekstissä sekä edellä av 244. Toisaalta tiedetään, että sormenjälkien taltioiminen (ja jopa verinäytteen otto) on saanut alkunsa rikostutkinnallisiin tarpeisiin mukautuneesta poliisikäytännöstä: Yleisillä oikeustavoilla on tunnetusti taipumus ehättää vakiintuneita muutoksia kirjaavan lainsäätäjän tekojen edelle. Säännöstämättömän oikeustilan aikaista praksista kuvaavana mainittakoon OA 1932 s. 36 s. (p. N:o 179/12. 5. 1932): Periaatteellisesti huomionarvoinen ei ole niinkään oikeusasiamiehen omaksuma kanta — viranomaiset eivät olleet menettelleet virheellisesti ottaessaan epäilyksenalaisesta sormenjäljet — kuin kantelussa käytetty perustelutapa: »J. esitti, että hänen mielestään sormenpäänjälkien otta-

Mitä tulee erityisesti todistajaan kohdistuvaan henkilöntarkastukseen, sille ei edellä esitetyn mukaisesti ole periaatteellista estettä. Käytännössä sellaiset tarkastukset ovat harvinaisia. Huolimatta TakavarikkoL 21,2 §:n perustamasta sietämisvelvollisuudesta todistajaa ei juurikaan alisteta toimenpiteisiin, joita ei voida suorittaa oikeudenkäyntitoimien luonnollisena osana. Henkilöntarkastus saattaa olla perusteltu esimerkiksi silloin, kun todistaja vastustelee poliisilaitokselle lähtemistä. Prosessiin osallistumaton kolmas henkilö on nytkin parhaiten suojattu. Henkilöntarkastus saattaa silti tulla kysymykseen esimerkiksi siinä *Tirkko-sen* mainitsemassa tapauksessa, että takaa-ajetun rikoksentekijän epäillään väentungoksessa piilottaneen jonkin esineen sivullisen henkilön tas-kuun eikä viimeksi mainittu noudata poliisin kehotusta tarkastaa tas-kunsa.³¹⁹

Henkilönkatsastusta koskevat perussäännökset sisältyvät TakavarikkoL 22 §:ään. Lainkohdassa säädetään, että se, jota todennäköisin perustein epäillään rikoksesta, josta saattaa seurata kuutta kuukautta ankarampi vankeusrangaistus, on velvollinen 21 §:ssä mainittua tarkoitusta varten alistumaan henkilöön käyvään katsastukseen (1 mom.). Tällaisessa katsastuksessa voidaan tarpeen vaatiessa ottaa verinäyte ja suorittaa muu tutkimus, joka voi tapahtua ilman sanottavaa haittaa (2 mom.). Täydentävästi määrätään, että verinäytettä ei saa ottaa eikä muuta lääketieteellistä asiantuntemusta vaativaa tutkimusta suorittaa muu kuin lääkäri (23,1 § i.f.).³²⁰

Merkinän arvoista on, että laki puhuu vain rikoksesta epäillyn velvollisuudesta alistua henkilönkatsastukseen. Säännöstystekniikka poikkeaa 21 §:ssä käytetystä siinä suhteessa, että erityistä määräystä ei ole

minen ja siihen liittyvä rajoittamattoman ajan kestävä jälkien säilyssäpito oli sinänsä sellainen ruumiillisen koskemattomuuden loukkaus ja ihmisarvoa alentava teko, johon rikoslaki ei rankaisematta sallinut kenenkään ryhtyä vastoin asianomaisen tahotoa.»

³¹⁹ Rp II (1.p.) s. 71 av 8. — Problematiikasta ks. myös *Autere*, mt. s. 255; *T. Ellilä*, Todistelusta rikosasioissa s. 210; *Andenaes* s. 17; *Gomard—Hansen—Hurwitz*, Retsplejelov § 755 rn. 4; *Alsberg—Nüse* s. 392; sekä erit. *Hagedorn*, Juristentaag s. 148 ss.; *Jescheck* s. 37 s.; *Peters*, Lehrbuch s. 381 s.; *Bertel*, Grundriss s. 92 ss.

³²⁰ Selvyyden vuoksi on korostettava, että kumpikaan käytetyistä termeistä — henkilöntarkastus ja henkilönkatsastus — ei palaudu lakitekstiin. V. 1973 rikosprosessuaalisia pakkokeinoja koskeva lakiehdotus säännöstää mainitut toimenpiteet näitä termejä käyttäen 5 luv. 11 ja 12 §§:issä.

annettu toisen kuin rikoksesta epäillyn velvollisuudesta sietää henkilönkatsastus. Tästä on e contrario tehtävä se johtopäätös, että asianomistaja ei ole velvollinen alistumaan vastoin omaa tai holhoojansa tahtoa TakavarikkoL 22 §:ssä tarkoitettuun tutkimukseen. Vamman saanut henkilö saadaan siten kyllä poliisin toimesta valokuvata, koska toimenpide on vielä henkilöntarkastusta; sen sijaan häntä ei saada vastoin suostumustaan röntgenkuvata. Viimeksi mainitussa tapauksessa on jo puhuttava — tutkimukseen liittyvästä säteilyvaikutuksesta johtuen — henkilönkatsastuksesta.³²¹ Ja jos pahoinpidelty henkilö kieltäytyy paljastamasta yläruumistaan iskunjälkien tutkimiseksi, häntä ei voida siihen pakottaa. Eri asia on, että kieltäytyminen voidaan todisteita harkittaessa tulkita hänen vahingokseen.³²²

Voidaanko sitten todistaja velvoittaa alistumaan TakavarikkoL 22 §:ssä tarkoitettuihin tutkimuksiin? Sen johdosta, että jo henkilöntarkastusta koskevan säännöksen soveltamisessa todistajaan on noudatettava pidättyvyyttä, a fortiori näin on meneteltävä ankarampaa oikeuspakkoa edustavan henkilönkatsastuksen kohdalla. Todistajalla ei ole velvollisuutta alistua perusteellisiin tutkimuksiin. Todistajanolovelvollisuutteen sisältyvät osavelvollisuudet on oikeudenkäymiskaaressa tyhjentävästi lueteltu³²³ eikä esitutkinnan suhteen ole annettu erityismääräyksiä; valmistunut ehdotus esitutkintaa koskevaksi laiksi ei puheenalaisessa suhteessa sisällä periaatteellisesti uutta. Esitetyn perusteella on katsottava, että henkilönkatsastuksen toimittaminen on kielletty, jos se edellyttäisi todistajan alistamista tutkimuksiin ja kokeisiin, joita ei voida suorittaa todistajankuulustelun luonnollisena osana.³²⁴ Jos todistajan epäillään

³²¹ Hagedorn, mt. s. 149.

³²² Ks. tekstissä esitetyn johdosta *Tirkkonen*, Rp II s. 57 (Asianomistajaa ei voida vastoin tahtoaan alistaa katsastuksen kohteeksi.); *Ylösjoki*, mt. s. 219 (»ainakin rikoksesta epäilty on velvollinen alistumaan henkilöön käyvään katsastukseen»); *Ekelöf* III s. 45; IV s. 188 (kuten tekstissä); *Olivecrona* s. 244; *Andenaes*; *Straffeprosessen* s. 172 (»Ei edes syytettyä voida vastoin tahtoaan alistaa lääkärin-tutkimukseen, verinäytteen ottoon eikä sormenjälkien taltioimiseen.»).

Erityisesti mahdollisuudesta tehdä asianomistajan kieltäytymisestä hänelle epäedullisia johtopäätöksiä OK 17:5:tä soveltaen ks. *Halila* s. 171 ja 175; *Tirkkonen*, Rp II s. 57 av 6 (kuten tekstissä); *Gärde* s. 384 s. (RB 28:12; johtopäätöksiä asianomistajan kieltäytymisestä).

³²³ Ks. OK 17:26 (todistajan kutsuminen oikeuteen), 27 (todistajan erityisvelvollisuudet) ja 29 (todistajanvala) sekä muutoin edellä IV c 1 av 23/4 kohdalla olevaa esitystä. Ks. myös esitutkintaa koskevan v. 1973 lakiehdotuksen 17 §.

³²⁴ Kuten tekstissä vastaavasti Norjan oikeuden kannalta *Andenaes*, Straf-

olevan päihdyksissä, hänestä ei saa ottaa verinäytettä todistajankertomuksen luotettavuuden arvostelemiseksi. Myös ns. puhalluskokeen toimitaminen, jolloin humalatilán tutkimus suoritetaan uloshengitetyn ilman analyysin perusteella, herättää tiettyjä epäilyksiä. Puhalluskoe on kyllä tyypillisesti sellainen, »muu tutkimus, joka voi tapahtua ilman sanottavaa haittaa».³²⁵ Mutta säännöstekstin (TakavarikkoL 22 a § L:ssa 10. 12. 1976) valossa alistumisvelvollisuus koskee vain rikoksesta, liikennejuopumuksesta, epäiltyä. Lain vaikenemisesta on tehtävä päätelmiä todistajan henkilökohtaisen päätöksentekovapauden hyväksi.³²⁶

Kokonaisuutena arvostellen todistajan velvollisuus alistua henkilöön kohdistuvaan etsintään on oikeudessamme varsin rajoitettu. Havainnolla on kantavuutta yli nyt tarkasteltavan oikeussäännösten. Se informaatio, jonka todistaja antaa rikosprosessuaalisen asian tilan selvittämiseksi, yleensä tyhjentyy subjektiivisen henkilötodistelun tietä tapahtuvaan todistajana esiintymiseen. Todistajatodistelun reaalimerkitys sisältyy ja tyhjentyy todistajan kuulusteluun, annettuun todistajankertomukseen. Vastaavasti mahdolliset konfliktit ja intressiristiriidat kytkeytyvät juuri subjektiivisen henkilötodistelun yhteydessä syntyviin kollisiotilanteisiin. Tältä pohjalta saa selityksensä, että todistamisvelvollisuutta rajoittavalta todistajan vaitiolo-oikeudelta, sellaisena kuin tämä privilegio esiintyy OK 17: 20:n ja 24,₁ 1. virkkeen ilmaisemissa todistamiskielloissa, puuttuu vastine objektiivisen henkilötodistelun — henkilöön kohdistuvan etsinnän — piirissä. Mahdollisuus, että epäilyksenalaisen lähiomainen joutuisi pas-

feprosessin s. 191. Lähellä tekstissä esitettyä on *Ekelöf* IV s. 189. Mitä Tanskan oikeuteen tulee, henkilöön kohdistuva tutkinta ei käsitteellisesti sisällä varsinaista ruumiintarkastusta. Silti katsottaneen, että myös todistaja on velvollinen alistumaan sellaiseen, jos rikoksen selvittäminen tätä vaatii. Näin esim. seksuaalirikosasioissa; Rpl 756,₂ §. Ks. lähemmin *Hurwitz* s. 496 ss.

³²⁵ Vrt. JO 1. 9. 1967 diario 907/1966: »Alcotestprovet förutsätter medverkan av den person, å vilken provet skall tagas. I motsats till förhållandet vid blodprov är det icke tekniskt möjligt att genomföra undersökningen tvångsvis.» — Ratkaisussa asetetaan kyseenalaiseksi, soveltuvatko henkilöntarkastusta ja -katsastusta koskevat säännökset puhalluskokeeseen. Toisin *Elwing*, mt. s. 310: Puhalluskokeen ja verinäytteenoton välinen paralleeli on silmiinpistävä. Näin myös *Olivecrona* s. 245. Ks. myös *R. Ellilä* s. 148 av 8: »Jos joku kieltäytyy alcotest-menettelyyn alistumasta, niin suhtautumista voidaan pitää aiheena epäillä verikokeen tarpeellisuutta ja asianomaisen onkin sitten pakko verikokeeseen alistua.» Kokeessa käytettävän ns. alcotest-laitteen merkityksestä humalatilán tutkimisessa yleisesti ks. *Alha*, NKrT 1959 s. 7 ss.

³²⁶ Vrt. *R. Ellilä* s. 146 verr. s. 153 s.

siivisen sietämisen muodossa alistumaan toimenpiteisiin, jotka de facto antaisivat syytteeseenpanoviranomaisille rikoksesta epäiltyä tai todistajaa itseään raskauttavaa näyttöä, on perin etäinen. Lainsäätäjä onkin syystä pitänyt tarpeettomana koordinoita subjektiivista ja objektiivista henkilötodistelua puheena olevassa suhteessa siten kuin on tehty esimerkiksi Saksan oikeudessa, jossa todistajan sietämisvelvollisuus muutoin on huomattavan laaja.³²⁷

3. TakavarikkoL 23,1 §:n 1. virkkeessä määrätään muun ohella, että henkilöön käyvistä tarkastuksesta ja katsastuksesta on soveltuvin kohdin voimassa, mitä kotietsinnästä 17 §:ssä säädetään. Kun viimeksi mainitussa lainkohdassa puolestaan määrätään, että kotietsinnässä ei saa aiheuttaa haittaa tai vahinkoa enempää kuin on välttämättömän tarpeellista (1 mom.), niin henkilöön kohdistuvaan etsintään sovellettuna lainkohdassa ilmaistu oikeusajatus merkitsee vaatimusta minimoida kulloisestakin toimenpiteestä aiheutuva haitta. Mainitusta vaatimuksesta seuraa, että viranomaisen on ennen henkilöön kohdistuvan etsinnän toimittamista harkittava aiotun toimenpiteen *oikeasuhtaisuus*. Periaatteessa on tosin niin, että etsinnän säännöstävät oikeuslauseet ovat tulos lainsäätäjän ennalta suoritamasta ja tunnusmerkistön mukaisissa väljissä rajoissa viranomaista sitovasta keino — tarkoitukselaation punnitsemisesta.³²⁸ Koska kuitenkin, kuten on laita kaikkien regulatiivisten periaatteiden kohdalla, ratkaisun sisältö voidaan määrittää ja yksilöidä vain yksittäistapauksen asianhaarojen vastakkainasettelun tietä, viranomaisen tulee suorittaa kysymykseen tuleva täydentävä ja tarkentava oikeasuhtaisuusharkinta.

³²⁷ Todistajan velvollisuus alistua henkilöön kohdistuvaan tutkintaan ja tämän velvollisuuden laajuus on ilmaistu StPO 81 c §:ssä, jossa samalla säädetään, että tutkinnasta voi kieltäytyä samoin perustein kuin todistamisesta. *Dünnebie* (MDR 1964 s. 965) tulkitsee lakia siten, että lähiomaisen kieltäytymisoikeus ja siitä johtuva *hyödyntämiskielto* omaavat perustelunsa *ihmisarvon* kunnioituksessa. Tämä edellyttää lähiomaisen yksin määräävän, haluaako hän vaikkapa pelkän sietämisen muodossa myötävaikuttaa syytetyn raskauttamiseen. (BGH pitää informoinnin tarpeellisenä, jos tutkittava on oikeutettu kieltäytymään todistamisesta.) Tieteisopin suhteen viitattakoon lisäksi seuraaviin esityksiin: *Bosch*, mt. s. 18 s.; *Dzendzalowski*, mt. s. 46 ss.; *Jescheck* s. 37 s.; *Kohlhaas* s. 289 s.; *Peters* s. 130; *Spendel* s. 1106 s. ('Todistajina kysymykseen tulevien henkilöiden tarvitsee alistua vain rikollisen teon jälkien toteamiseen kehon pinnalla, esim. pahoinpidellyn on annettava tarkastaa selässään olevat naarmut (StPO 81 c I §), kolmansien henkilöiden sietämisvelvollisuus on tätäkin rajoitetumpi.'). *Ziegler* s. 82, 90 ja 128.

³²⁸ Ks. edellä III 2 4 av 338 kohdalla olevaa esitystä.

Tässä suhteessa etenkin henkilönkatsastus on tyypillinen oikeasuhtaisuusperiaatteeseen sidottu pakkokeino. Kun lainsäätäjä on TakavarikkoL 22,2 §:ssä asettanut verinäytteen ottamisen ja muun tutkimuksen suorittamisen riippuvaksi siitä, että toimenpiteeseen on olemassa rikostutkinnallinen tarve (»tarpeen vaatiessa») ja että tutkimus samalla voi tapahtua »ilman sanottavaa haittaa», niin normi selvästi tekee oikeasuhtaisuusperiaatteesta rikosoikeudenhoidon orgaanien valtuuksia rajoittavan lisäkorrektiivin. Toimenpide, joka kyllä on 22,1 §:n yleislausekkeen mukainen, ei ole sallittu, jos siitä aiheutuva haitta ei ole järkevässä suhteessa asian tärkeyteen. Tällöin oikeasuhtaisuusperiaatteen funktio on, kuten säännönmukaisesti muutoinkin, todistelua estävä, totuuden tutkimista rajoitettava ja todistamiskieltoja synnyttävä mutta ei käänteinen: Itsessään kielletty metodi ei tule sallituksi sen perusteella, että kysymyksessä on erityisen törkeä rikos tai vaarallinen rikoksen uusija.³²⁹

Liian ahdasta on tulkita sanontaa »ilman sanottavaa haittaa» *Autereen* tavoin siten, että tarkoitettaisiin vain terveydellistä haittaa.³³⁰ Oikeushyvä, jota todistamiskielto suojaa, ei ole vain ruumiillinen koskemattomuus ontologisessa, arvovapaassa merkityksessä, vaan persoonallisuuden oikeussuoja ylipäättään ja viime kädessä itse ihmisarvo.³³¹ Tällöin ruumiillisen koskemattomuuden oikeushyvä ja siihen palautuva kielto aiheuttaa tutkittavalle terveydellistä haittaa sijoittuu tietenkin persoonallisuus-oikeuksien vahvimmin suojattuun ydinpiiriin. Eivät vain sellaiset tutkimukset ole kiellettyjä, joista aiheutuu terveydelle *pysyvää* haittaa. Nykyaikaisen lääketieteen keinoin on mahdollista suorittaa mitä erilaisimpia tutkimuksia, joista ei aiheudu terveydelle aina edes ohimenevää haittaa, mutta jotka niihin liittyvän kivun, komplikaatiovaaran tahi eettisen moitittavuuden vuoksi on silti leimattava todistamiskiellon vastaisiksi.³³² Tämän mukaisesti on katsottava, ettei edes kaikkein törkeimmissäkään

³²⁹ Ks. III 2 4 av 339 jäljessä. — Kuten tekstissä vastaavasti Saksan oikeuden kannalta *Dzendzalowski*, mt. s. 45.

³³⁰ SPL 1959 s. 256.

³³¹ Jo *Beling* (s. 11) asetti ihmisarvon siksi kriteeriksi, jonka pohjalta eri tyyppisten kajoamistoimien sallittuus määräytyy. Kuten tekstissä myös *Löwe—Rosenberg (Sarstedt)* Strafprozessordnung § 81 a Anm, 6 g; *Schorn*, Menschenwürde s. 110 ja 112.

³³² Tekstissä esitetty on saanut vaikutteita *Trockelin* artikkelista »Menschenwürde und medizinisch-biologische Forschung», NJW 1971 s. 217 ss. Kuten tekstissä nimenomaisesti *Jescheck*, Juristentag s. 156. Lähellä tekstissä esitettyä on *Hagedorn*, Juristentag s. 148 ss.; *Simader*, Beweisanzüge s. 209.

rikosasioissa ole sallittua pakottaa rikoksesta epäiltyä alistumaan lumbaal- ja oksipitaalipunktioon, vatsalaukun tyhjentämiseen kirurgisesti tai oksennusainetta nauttien eikä sperman luovuttamiseen. Rikoksenteikijää, joka on saanut uhrinsa itsepuolustukseksi käyttämästä aseesta luodin rinnaansa, ei saa alistaa luodin poistamista tarkoittavaan hengenvaaralliseen leikkaukseen. Nainen, jota epäillään luvattomasta raskauden keskeyttämisestä (RL 22: 5,1), ei ole velvollinen alistumaan perusteelliseen lääke-rintutkimukseen.³³³

Minkä laatuiset tutkimukset ovat *sallittuja*, siitä antaa johtoa TakavarikkoL 22,2 §:ssä esimerkkinä mainittu verinäytteen ottaminen.³³⁴ Tämäkään toimenpide ei ole, toisin kuin Autere esittää,³³⁵ aina sallittu; kuten edellä on esitetty, oikeasuhtaisuuperiaate saattaa asettaa esteen sinänsä lainmukaisen toimenpiteen suorittamiselle. Kun esitutkinta koskee moottoriajoneuvoa kuljetettaessa aiheutettua tiellä kulkevan kuolemaa, verinäytteen ottaminen antaa yleensä kumoamattoman näytön sen toteamiseksi, onko kysymyksessä RL 23 luvun 1 tai 2 §:n valossa arvostellen törkeä kuolemantuottamus (RL 21: 9). Vastaavasti verinäytteen ottaminen on välttämätöntä, edellyttäen, että kuljettaja on kieltäytynyt TakavarikkoL 22 a §:n tarkoittamasta puhalluskokeesta. Toisin on asiaa arvosteltava, milloin RL 21: 7:n tarkoittamassa pahoinpitelyssä rikospaikalta tosin löydetään verijälkiä mutta epäilyksenalainen voidaan tuomita tunnustuksensa ja sitä tukevien muiden todisteiden perusteella.³³⁶ Tekijäksi epäillyn parran poisajaminen ja hiusten leikkaaminen saattaa törkeää rikosta koskevassa jutussa olla puolustettavissa esim. tunnistamisyistyistä kun taas samat toimenpiteet asiassa, jossa rangaistusmaksimi jää lähelle säädettyä alarajaa, vaikuttavat ihmisarvon vastaisilta ja persoonallisuutta alentavilta.³³⁷

³³³ Ks. esitetyn johdosta *Andenaes* s. 16; ja Norjan judikatuurista Rt. 1936 s. 204; sekä edelleen *Beling* s. 12; *Hagedorn*, mt. s. 149; *Sarstedt* s. 67 (teesi II 3 c); ja toisaalta *Alsberg—Nüse* s. 393; *Spendel* s. 1107.

³³⁴ Tästä kysymyksestä RB 28:12,2:n kannalta ks. *Gärde* s. 385, joka tässä yhteydessä mainitsee »undersökning för utrönande av om den misstänkte är behäftad med viss sjukdom eller röntgenundersökning» (vm. esim. sen selvittämiseksi onko epäilty kätkemistarkoituksessa niellyt jonkin esineen; *Olivecrona* s. 245).

³³⁵ SPL 1959 s. 25^f.

³³⁶ Vrt. *Klug* s. 49 s. ja 67 (teesi II 3); *Estl*, ZVR 1958 s. 201 ss.

³³⁷ Vrt. *Beling* s. 11; *Kühne*, Beweisverbote s. 51; *Löwe—Rosenberg (Sarstedt)*, mt. *ibid.* — Oikeusvertailevassa suhteessa saatetaan todeta, että *Itävallan* oikeu-

Autere, joka edellä mainituin tavoin katsoo verinäytteen ottamisen aina sallituksi, milloin henkilöä todennäköisin perustein epäillään TakavarikkoL 12:ssä tarkoitettusta rikoksesta, lausuu edelleen, että verinäytteen tai muun tarpeellisen tutkimuksen suorittaminen ei ole riippuvainen tutkittavan *suostumuksesta*. Esitystapaa voidaan kritikoida harhaan johtavana, etenkin kun luetaan perusteluna esitetty lause: »Verinäytteen ottaminen on sinänsä niin vähäinen toimenpide, että siinä tuskin tulee kysymykseen asianomaisen hengen tai terveyden vaarantaminen.»³³⁸ — Onko siis olemassa sellaisia erityisen vaarallisia toimenpiteitä, joihin ryhtyminen riippuisi rikoksesta epäillyn suostumuksesta? Vastaus on kielteinen. Laki lähtee perustellusti siitä edellytyksestä, että suostumuksella ei ole merkitystä. Positiivisen oikeuden mukainen dikotomia käsittää toisaalta toimenpiteet, joihin saadaan ryhtyä, ja toisaalta toimenpiteet, joihin ei saada ryhtyä. Oikeutemme ei sitä vastoin tunne — TakavarikkoL 22 a §:n tarkoittamaa puhalluskoetta lukuun ottamatta — suostumuksenvaraisia ja siten epäilyksenalaisen disponointivaltaan jätettyjä toimenpiteitä.³³⁹

Jos henkilöön kohdistuvan etsinnän yhteydessä kysymykseen tuleva toimenpide edellyttää rikoksesta epäillyn aktiivista myötävaikutusta todistelutoimen onnistumiseen, toimenpide ei ole sallittu. Yhtä vähän epäilyksenalainen kuin alioikeusmenettelyssä syytetty on velvollinen missään muodossa myötävaikuttamaan syyllisyytensä toteamiseen.

4. Toisessa yhteydessä³⁴⁰ on tutkittu TakavarikkoL 22,2 §:n normiluonnetta ja tällöin on todettu, että säännöksen tarkoituksena on taata

nessa tekstissä esimerkinomaisesti mainitut toimenpiteet ovat, kehontarkastusta (Eingriffe in den Körper) edustavina, tutkittavan henkilön tahdon vastaisina kiellettyjä. Laki (StPO 142,1 §) säännöstää henkilökatsastuksen (Personsdurchsuchung) yli menevänä toimenpiteenä ainoastaan rikoksesta epäiltyyn kohdistuvan verinäytteenoton. Ks. tämän johdosta *Bertel*, mt. s. 94.

³³⁸ Mt. *ibid*.

³³⁹ Kuten tekstissä vastaavasti Ruotsin oikeuden kannalta *Elwing*, mt. s. 320. Näin myös NJA II 1933 s. 114 s.: Ei ole tarpeen ottaa lakiin erityistä säännöstä suostumuksen vaikutuksettomuudesta. — RB 28:1,3:een nyttemmin sisältyvä määräys (L:ssa 20. 3. 1964) suostumuksen irrelevanssista pitää silmällä yksin epäilyksenalaisen luona suoritettavaa kotietsintää. Ks. siitä *Elwing*, mt. s. 321; sekä tekstissä esitetyn johdosta muutoin *Salmiala*, NKÄ 1954 s. 96; *Hagedorn*, mt. *ibid*. Ks. myös edellä V 1 ab 4 av 113 kohdalla sekä sanottu alav.

³⁴⁰ Edellä II b 1 av 17/8 kohdalla. Ks. myös I 1 c 2 av 66 edellä.

toimenpiteen oikea suoritustapa. Sen sijaan se ei perusta epäilyksenalaiselle prosessuaalista oikeutta tulla esitutkinnassa käsitellyksi vain lääkärin taholta. Verinäytettä otettaessa tulos voidaan hyödyntää vaikka näytteen olisi ottanut sairaanhoitaja tai muu lääkärin avustaja. Lopputulosta määräävä on se näkökohta, että oikeasuhtaisuusperiaate ei kohdistu tutkimuksen muotoon vaan sen sisältöön. Muotovirhe on verrattavissa toimivallan puuttumiseen; todistelutulos ei ole sillä tavoin sisäisesti »sairas», etteikö se kelpaisi huomioon otettavaksi todisteiden harkinnassa.³⁴¹

³⁴¹ Eräässä *Ruotsin* oikeusasiamiehen antamassa ratkaisussa mainittu viranomaisomainen katsoi, ettei ollut aihetta ryhtyä toimenpiteisiin poliiseja vastaan, jotka, sen jälkeen kun olivat turhaan pyytäneet rikoksesta epäiltyä avaamaan oven, tunkeutuivat voimaa käyttäen hänen asuntoonsa ja ottivat hänestä verinäytteen. Määräävä näkökohta perusteluissa oli, että epäilyksenalaisen saatettiin perustellusti olettaa tehneen vapausrangaistuksella uhatun rikoksen. Näin JO diario 413/1955 (JO Rudewall). — Ratkaisussa ei aseteta kiistanalaiseksi käytetyn menettelytavan lakiin perustumattomuutta (RB 28:13,2:n 2. virke). Ratkaisun kohteena on seuraamuspuoli, todistamiskiellon rikkomisesta väärinmenetellyille ehkä aiheutuva henkilökohtainen vastuu, kysymys johon oikeusasiamies on omaksunut vapauttavan kannan. Mitä erityisesti tulee tapahtuneen virheen prosessuaaliseen seuraamukseen tahi sen puuttumiseen, vastaus kuuluisi tekstissä esitetyn valossa jälkimmäisen vaihtoehdon mukaisesti: Ei-lääkärin ottama verinäyte on todisteena hyödyntämiskelpoinen. Näin ilmeisesti (tosin myös vasta-argumentteja esittäen) *Andenaes* s. 29: Sen jälkeen kun kiellonvastainen verinäytteenotto on jo tapahtunut, käsillä on todistuskeino, joka voidaan takavarikoida ja hyödyntää samalla tavoin kuin jos ei-sallittu kotietsintä johtaa takavarikkoon. — Kuten tekstissä edelleen *Grünwald* s. 496 ('Tässäkin on voimassa periaate, että todistuskeino on silloin hyödynnettävissä, jos se olisi in concreto voitu saada myös säännönmukaisessa menettelyjärjestyksessä.'). *Kleinknecht* s. 1538; *sama*, NJW 1964 s. 2181 ja 2185 ('Ei edes pakon käytöllä uhkaamisella ole vaikutusta hyödyntämiskelpoisuuteen'); *Peters* s. 142 ('Jos verinäytteenotto olisi oikeasuhtaista (ja siten *sallittua* ex lege; vrt. III 2 4 av 340 edellä), sen tulos olisi silloinkin hyödynnettävissä, jos olisi rikottu menettelytapaa koskevia määräyksiä.'). *Schöneborn*, MDR 1971 s. 715 ('Verinäytteen pakkoa käyttäen ottavan ei-lääkärin loukkauksaktista rangaistaan; tämä ei yleensä vaikuta tuloksen luotettavuuteen eikä hyödyntämiskelpoisuuteen.'). ja *Sveitsin* oikeuden — lähinnä Zürichin rikosprosessilain 156 §:n 1 mom:n kannalta — *Walder* s. 43: Analyysin tulos saadaan hyödyntää, kunhan on varmaa, että esim. sairaanhoitaja on ottanut näytteen oikein. Myös *Seiler* (JBl 1974 s. 136) pitää toimivaltavirheen rasittamaa verinäytteenottoa hyödyntämiskelpoisena; näin jo sillä systematiikan tasoisella perusteella, että dStPO 81 a § edustaa hänen mukaansa puhdasta muotomääräystä. — Kuten tekstissä Saksan oikeuskäytännössä BGH 17. 3. 1971 (MDR 1971 s. 503 ss.). Toisin OLG Hamm 24. 7. 1970; sekä kirjallisuudessa *Schellhammer*, NJW 1972 s. 319 s.; *Eb. Schmidt*, MDR 1970 s. 465.

Mitä tulee sitten tapauksiin, joissa on oikeasuhtaisuusperiaatteen vastaisesti ryhdytty tutkittavan terveyttä vaarantaviin toimenpiteisiin, niin saadun löydöksen tai tutkimustuloksen hyödyntämiskelpoisuutta havainnollistaa seuraava esimerkki: A siirtää kadulle pysäköidyn autonsa pihaan. Tällöin hän joutuu ajamaan autoa noin 50 metriä. Jälkeen päin poliisi saa nimettömän puhelinsoiton, jossa väitetään ajon tapahtuneen alkoholin vaikutuksen alaisena (RL 23:1/2 §). Humalatilan tutkimisen edellyttämän verinäytteen ottamiseksi viranomaisen suorittaa kotietsinnän A:n asunnossa. A:ta ei tavata sieltä mutta saadaan tietää hänen olevan B:n huoneistossa. Viranomaiselle ei avata ovea, jolloin tämä tunkeutuu asuntoon voimaa käyttäen (TakavarikkoL 13 § verr. 17,1-2 §:ään). A:sta otetaan verinäyte. — Käytetty menettely on oikeasuhtaisuusperiaatteen vastainen. Sellaisena se rikkoo todistamiskieltoa.³⁴² Saadun todistelutuloksen — verenalkoholiraja on langettava — hyödyntämiselle todetulla oikeasuhtaisuusperiaatteen rikkomisella ei ole vaikutusta.

Näin yleisemminkin: milloin käytetty keino on ollut epäsuhteessa rikostutkinnalliseen päämäärään ja todistelutapa on tämän johdosta todistamiskiellon vastainen, virheellisyydellä ei ole vaikutusta todistelutuloksen hyödyntämiskelpoisuuteen. Suojatun oikeushyvän loukkaus on jo peruuttamaton tosiasia. Tämän mukaisesti todistelutulos on hyödyntämiskelpoinen esim. tapauksessa, jossa RL 28:3:n mukaisesta näpistämisestä epäilty henkilö on kätkemistarkoituksessa niellyt anastamansa esineen ja vatsalaukun röntgenkuvaus on henkilön korkean iän ja heikentyneen terveydentilan vuoksi aiheuttanut erinäisiä komplikaatioita.³⁴³ Jos saatu todistelutulos aiheuttaa syytetyn tuomitsemisen, tämä ei merkitse ruumiillisen koskemattomuuden loukkauksen täydentymistä tai syventymistä. Jos taas todistetta ei oteta vastaan, todisteen torjuminen soveltuu huonosti tapahtuneen oikeudenloukkauksen hyvitykseksi. On huomattava, että suoritettava oikeasuhtaisuusharkinta on yksittäistapauksen erityisten asianhaarojen vastakkainasettelua eikä suuren luokan arvoratkaisun tekemistä; sen on lainsäätäjä jo ennakoivasti tehnyt. Tästä

³⁴² Vrt. *Elwing*, mt. s. 317 s.

³⁴³ Vrt. *Bratholm* s. 120. — Hyödyntämiskiellon asettaminen henkilöön kohdistuvien, oikeasuhtaisuusperiaatetta rikkoen suoritettujen tutkintatoimien perusteella muodostaa sen asiakokonaisuuden, jonka yhteydessä alan esityksissä tavallisesti mainitaan eräänlaisena hyödyntämiskieltojen kouluesimerkkinä tapaus *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). Ks. sen johdosta I 1 e 2 av 115 edellä; III 2 2 av 326 edellä.

johtuen oikeasuhtaisuusperiaatteen yhteydessä ei voida mielekkäästi edellyttää mahdollisuutta, että oikeasuhtaisuusperiaatteen (ja siinä todellistuvan todistamiskiellon) loukkaus on ollut oikeusvaltiollisesti erityisen räikeä.

2. Yksityishenkilöiden oikeudenvastainen todisteiden hankinta

a) Virhetilanteiden erottelua

Tutkimuksessa on luonnehdittu tuomitsemistoimintaa vertaamalla tuomaria linjalaivan ohjaajaan: tuomarillakin on obligatorisesti vahvistettu tavoite — »ratkaisupakko» —, johon edetään normein sidotussa järjestyksessä.³⁴⁴ Kuten aluksen kulku prosessikin on »tapahtuma». Yleiseltä luonteeltaan prosessi on päämäärähakuista etenemistä. Tämä eteneminen ei ole suoraviivaista; prosessi ei hakeudu tavoitteeseensa kuin nuoli maaliinsa.³⁴⁵ Päin vastoin rikosprosessin koko kuva teon ilmitulosta tuomioon on perin mutkitteluva. Näin on asianlaita myös todistelutapahtuman eriytyneessä suhteessa. Rikosprosessuaalisen todistelun polveileva reitti on harvoin vapaa salakareista. Todisteiden keruu on yleensä laaja ja pitkälinen toimi, jossa saattaa useissa kohdin tapahtua virhe. Virhealttiutta lisää se seikka, että muillakin kuin rikostutkintaviranomaisilla on mahdollisuus tuoda prosessiin relevanttia selvitystä. Yksityishenkilökin on virherelaation eräs taho. Yksityishenkilö ei tosin kelpaa todistamiskiellon adressaatiksi, mutta virheelliseen menettelyyn voidaan kohdistaa (aineellinen) oikeudenvastaisuusarvostelma. Miten tällainen oikeudenvastaisuus vaikuttaa viranomaisen edessä tapahtuvaan muodolliseen

³⁴⁴ I 1 a 2 av 24 edellä; II b 2 av 34 edellä.

³⁴⁵ Kern—Roxin s. 4. Näin myös Häussling s. 82 ss. Mainitun tutkimuksen johdosta ks. *Hormia*, LM 1970 s. 952, joka kirjoittaa: »Prosessin kuluessa syntyy ns. prosessitiloja, joiden kautta prosessi juuri etenee. Jokainen yksittäinen prosessitila merkitsee päämääränä olevaan tuomioon suuntautuvaa jännitystilaa... Muutoin prosessitapahtumasta teoksessa annettu kuva on varsin lineaarinen.» Oikeimmiten Häussling esittää rikosprosessin tietoteoreettisen peruskonseption johdonmukaisesti dialektisena päämäärähakuisuutena. Arvostelu sisältää siteeratulta osin ristiriidan.

Tekstissä esitetyn johdosta muutoin vrt. *H.-L. Schreiber*, ZStW 1976 s. 117: »Rikosprosessi on oikeudellisten sääntöjen määräämä tosiasiallinen ilmiö... todellinen tapahtuma eikä vain normatiivista tarkoitushakuisuutta.»

todistelumenettelyyn, sitä tarkastellaan yksityiskohtaisemmin tässä esitysajaksossa.³⁴⁶

Kysymyksenasettelun täsmentämiseksi ja problematiikan konkretisoidumiseksi esitettäköön joukko tutkittavaa ongelmaa demonstroivia esimerkkejä.

1 a) Poliisiviranomainen epäilee, että henkilö X on (satunnaisesti) kätkenyt asuntoonsa varastettua tavaraa (RL 32:1). Viranomaisen pyynnöstä naapurihuoneistossa asuva A suorittaa teknisellä laitteella kuuntelutarkkailua ja tallentaa seinän läpi kantautuvat äänet äänentoistolaitteelle. Näyttö on X:ää raskauttavaa.

1 b) A käyttää huoneistossaan vahvistinlaitetta tallentaakseen äänentoistolaitteelle X:n huoneistosta kantautuvia, yksityiselämään liittyvistä toiminnoista aiheutuvia ääniä (RL 24:3 b). Hän esittää nauhoitukset muille henkilöille ajanvietteeksi. Tällöin kuullaan X:n sanoja, joista paljastuu, että tämä on kätkenyt asuntoonsa varastettua tavaraa. A luovuttaa ääninauhan syytteenpanoviranomaiselle.

2 a) X on anastanut toimestaan haltuunsa saamiaan liikkeen varoja (RL 29:1). Salatakseen tekonsa hän valmistaa vääriä kassakuitteja (RL 36:5). Vajauksen tullessa ilmi epäluulot kohdistuvat samassa liikkeessä palvelemaan A:han. Todistaakseen syyttömyytensä A tunkeutuu väärällä avaimella X:n asuntoon ja luovuttaa sieltä löytämänsä väärennetyt kuitit poliisiviranomaiselle (RL 16:14).

2 b) Lukuisiin henki- ja omaisuusrikoksiin syyllistynyt rikollisjoukkio kokoaa keskuudestaan »tuomioistuimen», joka kiduttaa kuulustelemaltaan henkilöltä tunnustuksen (RL 25:11). »Kuulustelupöytäkirja» toimitetaan erinäisten välikäsien kautta viralliselle syyttäjälle.

Esimerkkitapausten ilmentämälle problematiikalle on yhteistä, että rikosoikeudenhoidon orgaanien toimittama todistelu ei edusta ensimmäistä aktia niiden toimenpiteiden sarjassa, joiden tuloksena tietty tosiseikasto tulee viranomaisten tietoon. Rikostutkintaviranomainen ei itse avaa salassa ollutta tosiseikastoa peittävää esirippua vaan osallistuu toisen, yksityisen tahon, toiminnan tuloksiin. Miten on arvosteltava sellaisiin todisteisiin kajoamisen sallittuisuutta?³⁴⁷

³⁴⁶ Mahdollisuutta, että yksityishenkilö osallistuu rikosasian selvittämiseen ja että hän tällöin tekemällään virheellä toimii oikeudenvastaisesti, on käsitelty esikysymyksen luonteisesti jo edellä; ks. IV c 1; V 1 aa 3.

³⁴⁷ Kysymyksenasettelun johdosta vrt. edellä I 1 e 1 av 91/2 kohdalla olevaa esitystä.

Toisessa yhteydessä on jo todettu, että kaikki todistelu, mikä tapahtuu poliisin toimeksiannosta, tuottaa vain näennäisesti itsenäisiä todistuloksia.³⁴⁸ Poliisi ei siten voi perustaa tutkintasuunnitelmaansa yksityishenkilöiden sellaiselle hyväksikäyttämiseksi, että nämä hankkivat todisteita tavalla, joka poliisin suorittamana olisi todistamiskiellon vastaista. Oletettu menettely on kiellettyä *roolimanipulointia*.³⁴⁹ Havaitaan siis, että esimerkiksi 1 a) konstruoitu tilanne ei tarkkaan ottaen kuulu otsakkeen tarkoittamaan asiayhteyteen.

Yksityishenkilön omaehtoisesti suorittama salainen ääninauhitus (esimerkki 1 b) sitä vastoin sisältää kaikki tutkittavan problematiikan keskeiset tekijät. Todistuskeinon saanti ja sen prosessuaalinen hyödyntäminen on huonosti sopusoinnussa perustavien valtio-oikeudellisten aatteiden kanssa. Persoonallisuuden oikeussuojaa on loukattu. Problematiikka sijoittuu samalle tasolle kuin henkilön vilpillinen valokuvaaminen tai filmaaminen yksityisympäristössä taikka kiusallisissa tai intiimeissä olosuhteissa. Analogia henkilökohtaisen päiväkirjan ja yksityisten kirjeiden todistuskeinona käyttämiseen on etäisempi. Kysymyksen ollessa salaisista ääninauhatalennuksista jo todistuskeinon valmistaminen on oikeudenvastaista kun taas päiväkirjan kohdalla vasta todistuskeinon prosessuaalinen esittäminen ja hyödyntäminen herättää epäilyksiä. Näiden erottavien piirteiden vaikutuksesta vastaava (oletettu) todistuskeinokiello sijoittuu ääninauhituksen tapauksessa todistelumetodikiellon, päiväkirjan tapauksessa todistusteemakiellon läheisyyteen.³⁵⁰ Sen johdosta, että todistuskeinokiellot, siten kuin tutkimuksessa on osoitettu, eivät ole absoluuttisia, voidaan jo tässä yhteydessä todeta, että yhtä vähän oikeudenvastaisesti valmistettu ääninauhatalennus kuin henkilökohtainen päiväkirjakaan on jokaisessa tapauksessa torjuttava todistamiskiellon vastaisena.³⁵¹

Salaisen ääninauhituksen prosessuaalisen hyödyntämisen puolesta puhuu se näkökohta, että kysymyksessä olevan todistuskeinon näyttöarvo on yleensä varsin suuri.³⁵² Eri asia on, voidaanko sallia yksityis-

³⁴⁸ Edellä IV b i.f.

³⁴⁹ Tästä käsitteestä ks. jäljempänä VI 3 c.

³⁵⁰ Peters s. 149.

³⁵¹ Näin tosiasiallisesti jo edellä; ks. II c 2 av 65/6 kohdalla.

³⁵² Onko ääninauha todistuskeinojen järjestelmässä asiakirja vai katselmus-esine? Kysymys on prosessiteoreettisesti tärkeä; näin ennen muuta pidettäessä silmällä todistelua alioikeusmenettelyssä. Tässä tutkimuksessa mainittua asia-

elämään kohdistuneen vakoilun sellaista jatkamista, mitä ääninauhan oikeudenkäynnissä esittäminen epäilemättä merkitsee. Tässä suhteessa esimerkin 2 a) problematiikka painottuu toisin: todisteen hyödyntäminen ei merkitse tapahtuneen oikeudenloukkauksen syventymistä. Oletettunlaisessa tapauksessa rikostutkintaviranomaiset tuskin kieltäytyisivät ottamasta vastaan oikeudenvastaisella teolla hankittuja todisteita. Joskus esitetty vasta-argumentti, jonka mukaan poliisista ei pidä tehdä varastetun tavaran kätäkijää,³⁵³ ei osu oleelliseen. Jos todistuskeino on hankittu pakkotilaolosuhteissa taikka jos muutoin on olemassa perusteltu oikeudellinen intressi näytön hyödyntämiseen, todistuskeino on otettava vastaan.

Johtopäätös, johon edellä päädyttiin, saattaa kuitenkin olla liian ahdas. — Oletettakoon, että äskeisessä esimerkissä kiellettyä omavaltaisuutta ei harjoita prosessin lopputuloksesta kiinnostunut A vaan asiakirjat toimittaa poliisille täysin sivullinen henkilö. On ilmeistä, ettei tapauksen juridinen arvostelu tämän johdosta ratkaisevasti muutu. Pääsääntönä

kokonaisuutta — alioikeustodistelua — vastaavat sen normatiivisella tasolla ilmevänevä negaationa todistamiskiellot, lähinnä todistusteemakiellot, alioikeusmenettelyssä. Vastaavasti kysymys ääninauhan juridisesta luonteesta otetaan lähemmin tarkasteltavaksi tutkimuksen seuraavassa luvussa; ks. VI 2 da. Ottamatta ennakkoivasti kantaa asetettuun kysymykseen on syytä todeta, että juuri ääninauhan tekstissä mainittu ominaisuus — korkea todistusarvo — on piirre, joka liittyy erityisenä tunnusmerkkinä katselmustodisteluun. Tämän todistelutavan luotettavuus on tunnetusti suuri; ks. tässä suhteessa esim. *Halila* s. 189 av 29; *Wrede* s. 56; *Lindblad*, *Läran om bevisning* s. 212; *Ekelöf* IV s. 173; *Glaser*, *Beweis* s. 368; *Schreiber*, *Logik des Rechts* s. 71; *Ziegler* s. 35 ja 121. Että ääninauha sijoittuu tosiasiallisten kvaliteettien puolesta tähän todistuskeinojen luokkaan, on kiistämätöntä. Onhan ääninauhaa sanottu jopa »parhaaksi mahdolliseksi todistajaksi» (*Kühne*, mt. s. 34). Ks. puheenalaisessa suhteessa kokoavasti *Gomard*, *Juristen* 1968 s. 253 ss. (jossa tosin tarkastellaan myös oikeudellista problematiikkaa); *Martin*, *Zur Frage des Beweiswerts von Tonbandaufnahmen im Strafprozess*. *Kriminalistik* 1967/10 s. 1 ss.; *Siegert*, *GA* 1957 s. 265 ss. Ks. edelleen *Esitutkinta* s. 40; *Elwing*, *Rättegångsbalken* s. 43 s.; *Söderlund*, *Rättegångsbalken I* s. 147 ss. (RB 6:9, jossa säännös foneettisten laitteiden käytöstä tuomioistuimissa); *Andenaes* s. 28 («ein effektiver Beweis»); *sama*, *Straffeprosessen* s. 328; *Innstilling* s. 123 ss.; *Bökelmann*, *JR* 1971 s. 67; *Foregger*, *ÖJZ* 1972 s. 112. — Toisaalta äänityslaitteiden käyttöön aina liittyvä mahdollisuus manipuloida tallenteiden sisältöä muodostaa epäkohdan, joka on verrattavissa asiakirjatodistelun yhteydessä esiintyvään, tuon todistelun luotettavuutta alentavaan väärennys- tai muuttamisvaaraan. Ks. tämän johdosta *T. Ellilä*, *Hovioikeusmenettely* s. 196; *Liermann*, *Tonbandaufnahme* s. 27 s.; *Eb. Schmidt*, *Tonbandaufnahmen* s. 627 s. ('Osia ääninauhasta voidaan esim. poistaa.'). *Hauser*, *SchwZStr* 1972 s. 115.

³⁵³ *Schmidt—Lechner*, *Juristentag* s. 139.

onkin esitettävä, että yksityishenkilön oikeudenvastainen menettely todisteita hankittaessa ei periaatteessa johda todistamiskieltoon.³⁵⁴ Tätä tutkimustulosten kannalta keskeistä oikeusajatusta on kaikella selvyydellä korostettava.

Todistamiskiellot kohdistuvat vain rikosoikeudenhoidon orgaaneihin. Olkoonpa, että oikeusjärjestys muodostaa ykseyden, tätä teesiä ei pidä käsittää siten, että mitä tahansa oikeusjärjestyksen normia vastaan kohdistuva oikeudenloukkaus tuottaisi rikosprosessuaalisia seuraamuksia. Ennen muuta siviilioikeudellisten deliktien vaikutukset eivät kosketa rikosprosessuaalista piiriä. Mutta myöskään rikosoikeus ja rikosprosessioikeus eivät puheenalaisessa suhteessa kytkeydy yhteen. Todisteita hankittaessa esiintynyt aineellinen oikeudenvastaisuus ja todisteen esittämisen ja hyödyntämisen prosessuaalinen kiellettyisyys eivät välttämättä kata toisiaan. Se seikka, että ulkoprosessuaaliseen tekoon liittyy tärkeitä oikeusvaikutuksia — rangaistaan/ei rangaista — ei sellaisenaan perusta vastaavuutta prosessuaalisiin vaikutuksiin. Harkittaessa prosessitoimien sallittuisuutta määräävänä on yksin prosessioikeus eräänlaisena *lex specialiksena*.³⁵⁵

Myös näyttövaikeudet tukevat edellä omaksuttua katsomusta. Ei voida vaatia, että poliisi suorittaa perusteellisia tarkistuksia selvittääkseen sille toimitetun asiakirjan tai muun todisteen alkuperän. Jos tapahuu, että lääkäri, asianajaja tai pappi *oikeudenkäynnin ulkopuolella* luvattomasti ilmaisee poliisille ammattisalaisuuden, tieto saadaan kyllä ottaa vastaan. Sillä pitäisikö rikostutkinta jättää käynnistämättä vain sen vuoksi, että *sivullinen* on rikkonut muita kuin *rikostutkintaa* koskevia oikeusohjeita? Entä miten poliisi voi objektiivisesti vakuuttua siitä, että tiedon ilmaisija todella oli sellaisessa asemassa, joka estää salaisuuden paljastamisen? Jos ilmiantajan kvalifioitu asema tulee tietoon vasta myöhemmässä vaiheessa, niin voidaanko kohtuudella vaatia rikostutkinnan pysäyttämistä?³⁵⁶

³⁵⁴ Toisin *Sydow*, Kritik s. 116 s.

³⁵⁵ Tekstissä on liitytty, myös perustelujen osalta, *Kleinknechtin* (s. 1542) esitykseen, joka edustaa Saksan tieteisopissa vallitsevaa käsitystä. Ks. siinä suhteessa lisäksi *Bennecke—Beling*, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts s. 8; *Birkmeyer*, Deutsches Strafprozessrecht s. 13; *Heinitz*, JR 1964 s. 442; *Kern—Roxin* (10. painos) s. 104; *Nüse* s. 286; *Peters* s. 150 ss.; *Rosenberg*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts § 90 I; *Schönke—Schröder—Niese*, Zivilprozessrecht § 1.III.3.

³⁵⁶ Rikosprosessilaki ei yksinkertaisesti tunne erityistä oikeutta persoonalli-

Uuden näkökulman tarkasteltavaan ongelmaan avaavat ne lainvastaisuuksien modaliteetit, joita esimerkit 2 a) ja 2 b) edustavat. Viimeksi mainitun esimerkin kuvaama oikeudenvastaisuus on niin räikeä, että oikeusviranomaiset eivät voi ummistaa siltä silmiään. On varmaa, että koko rikosprosessin oikeusvaltionmukaisuus³⁵⁷ suuresti kärsisi, jos oikeudenkäyntiin tuotaisiin sellaisia todisteita, jotka on saatu mitä raskaimmilla perusoikeuksien loukkauksilla ja rikollisilla teoilla. Joskaan ei voida puhua perusoikeuksien identtisyydestä kansalainen — valtio-suhteessa ja kansalainen — kansalainen-suhteessa, niin perusoikeuksien tulee vaikuttaa myös kansalaisten keskisissä suhteissa siten, että tuomioistuimen on tarvittaessa reagoitava myös prosessuaalisesti. Näin silloin, kun yksityisten käyttämät keinot kohdistuvat ruumiillisen koskemattomuuden ja vapauden perusoikeuksiin niiden ydinpiirissä ja johtaisivat käytännössä nyrkkioikeuteen. Rikosprosessin oikeusvaltiollisen moitteettomuuden ylläpitäminen edellyttää, että rikostuomiota ei perusteta todisteisiin, joita hankkiessaan yksityiset ovat syylistyneet kaikkein vakaviimpiin oikeudenloukkauksiin.³⁵⁸

suuden vapaaseen kehittämiseen; erityisesti se ei tunne yli OK 17: 20:n, 23:n ja RL 38: 3:n ulottuvaa yksityishenkilöiden välistä luottamuksen suojaa. Vrt. tämän johdosta *Fasching*, ÖJZ 1966 s. 433 ('Itävallassa persoonallisuus oikeudelta puuttuu valtiosääntöoikeudellinen suoja.') sekä problematiikan, erityisesti näyttövaikeuksien, johdosta muutoin *Seiler*, mt. s. 129. Vrt. myös edellä toisessa yhteydessä (IV c 1 av 29 kohdalla) olevaa esitystä. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Dünnebier*, MDR 1964 s. 966; *Kleinknecht* s. 1541; *Sendler* s. 75. Vrt. myös jäljempänä V 2 c 2 av 413 kohdalla.

³⁵⁷ Mainitun näkökohdan esillä olevan kaltaisissa tilanteissa keskeiseen ratkaisufunktion on ennakoivasti viitattu jo edellä; ks. IV c 2 av 57 kohdalla.

³⁵⁸ Lopputuloksen osalta kuten tekstissä kysymystä käsitelleiden eurooppalaisten tutkijoiden enemmistö. Ks. siinä suhteessa *Beling*, *Deutsches Strafprozessrecht* s. 290; *Coing*, *Tonbandaufnahme* s. 33; *Evers*, JZ 1965 s. 663; *Kern-Roxin* s. 119; *Kleinknecht* s. 1543; *sama*, Juristentag s. 114 s.; *Klug* s. 47 ja 65 (teesi I 6); KMR Anm. 2 d vor § 48; *Kohlhaas* s. 289; *sama*, Jur. Jhrb. 4 (1963/64) s. 70; *Nüse* s. 285; *Otto* s. 305; *Schäfer*, *Strafprozessrecht* s. 280 rn 26 (intiimpiiriin tunkeutuen saadut todistuskeinot on GG 1 ja 2 art. nojalla torjuttava yksityiseltäkin taholta saatuina; vrt. tämän johdosta jäljempänä V 2 b); *Sendler* s. 73 ss.; *Garraud*, *Traité théorique et pratique d' instruction criminelle*, 2. osa, s. 200; *Vidal-Magnol*, *Cours de droit criminel*, 2. osa, s. 1079. Kuten edelliset myös *Habscheid*, *Persönlichkeitsrecht* s. 860 s. — Toisin *Dencker* s. 97 ss. (hyödyntämiskielion ylläpitäminen johtaa vain näennäiseen oikeusvaltiollisuuden tehostumiseen; myös oikeusselvyyssyyt hyödyntämiskieltoa vastaan); *Grünwald* s. 496 s.; *Haffke*, GA 1973 s. 83; *Peters* s. 161; *Petry*, *Beweisverbote im Strafprozess*

Edellä oleva osoittaa ratkaisun ääriviivat, yleiset harkintapremissit, ei itse ratkaisua. Pragmaattisen ratkaisumethodin puitteissa ei juurikaan voitane antaa täsmennettyä normisuositusta. Silloinkin, kun yksityishenkilöt ovat hankkineet todistuskeinon mitä vakavimmilla oikeudenloukkauksilla kuten esimerkissä 2 b), tuomioistuimen ei pidä ilman muuta torjua todistetta; pikemminkin sen on tällöinkin suoritettava tavanomainen intressivertailu. Yksityishenkilön kiduttamalla saama mutta tosiasiota vastaava tunnustus voi tulla todisteena torjutuksi, jos se koskee esim. näpistystä, mutta otetuksi vastaan, jos tunnustuksen kohteena on ryöstö. (*Poliisin* kiduttamalla puristama tunnustus on sitä vastoin aina hyödyntämiskelvoton.) Suoritettavalle intressivertailulle tarjoaa luontevan lähtökohdan kysymykseen tulevien rangaistusasteikkojen — toisaalta RL 25:11, toisaalta RL 28:3 ja 31:1 — vertailu.

Omaksuttu lopputulos ei selity siten, että erityisen paheksuttavana ilmenevä yksityishenkilön oikeudenvastainen suhtautuminen edustaisi sellaista (ulkoprosessuaalista) tosiasiaa, johon *prosessioikeus* poikkeuksellisesti liittäisi prosessuaalisesti relevantin seuraamuksen. Ratkaisuteoreettisesti ei liioin ole kysymys siitä, että tuomioistuin soveltaisi määrättyä perusoikeusnormia, esimerkiksi HM 6,1 §:n määräyksiä hengen ja henkilökohtaisen vapauden suojasta.

Perusoikeuksien tulee kyllä vaikuttaa myös kansalaisten välillä siten, että tuomioistuimen on tarvittaessa reagoitava myös prosessuaalisesti. Sanottu ei merkitse sitä, että tuomioistuin suoraan soveltaisi määrättyä perusoikeusnormia tahi että kansalainen/rikoksesta epäilty voisi tehoisasti vedota perustuslakiin. Käsitys perusoikeuksien kolmannen tahon vaikutuksesta, niiden voimassaolosta kan-

s. 83; *Rupp* s. 173; *Sarstedt* s. 65 (teesi I 6); *Hauser*, Juristentag s. 78 (Sveitsi); *Walder* s. 42 s.; *Foregger*, Juristentag s. 129 (Itävalta); *Seiler*, mt. s. 128; *Nuvolone* s. 87 (Italia). — *Bratholm*, joka ainoana pohjoismaisena tutkijana on ongelmaa tarkastellut, lausuu, kantaansa lähemmin määrittelemättä (s. 120): 'Yleensä on vähemmän loukkaavaa sallia yksityishenkilön oikeudenvastaisesti hankkiman todisteen esittäminen kuin mitä voidaan sanoa poliisin virheen tapauksesta.'

Tekstissä omaksuttu käsitys — yksityisten oikeussubjektien oikeudenvastainen menettely todistetta hankittaessa johtaa (vain) räikeissä tapauksissa todistamiskieltoon — on tutkimustulosten kannalta keskeinen. Näyttäähän se vaikutuksensa jo todistamiskieltojen jäsentelyssä yleisiin ja erityisiin, jossa yhteydessä (II c 3) kysymystä on ennakoivasti tarkasteltu. Samoin on tutkimuksellista syistä ollut välttämätöntä valottaa ko. ongelmaa todistamiskieltojen adreassaattien edustamasta näkökulmasta (edellä IV c).

salainen — kansalainen suhteessa, ei erityisenä oppirakennelmana ratkaise mitään; se vain lisää ratkaisemattomien kysymysten määrää. Näin joka tapauksessa de lege lata. Ei ole sanottu, että edes vireillä oleva valtiosääntöuudistus toisi asiantilaan yhtäkkisen muutoksen. On toki tiedostettava, että uudenaikaisen, seikkaperäisesti-kin normitetun perustuslain hengessä suoritettavat periaateratkaisut tarvitsevat aikaa kasvaakseen eläväksi oikeudeksi. Sanonta »perusoikeuksien tulee vaikuttaa myös kansalaisten välisissä suhteissa» tarkoittaakin lähinnä asiantilaa, johon pyritään ja päästään ohi puutteellisten ja sellaisina välittömään soveltamiseen epätarkoituksenmukaisten perusoikeusnormien muodostamalla soveltamispremissit oikeusjärjestyksen viimesijaisten argumenttien avulla. On toivottavaa, että perusoikeudet tutkittavassa tilanteistossa vaikuttavat myös kansalainen — kansalainen suhteessa. Sen jälkeen kun on otettu valmistavasti kanta tähän asenteelliseen lähtökohtaan on suhteellisen helppoa luoda argumentaatiotausta ratkaisulle, joka toteuttaa mainitun tavoitteen.

Vaatus prosessin oikeusvaltionmukaisuudesta on jotakin enemmän kuin ajatukset prosessin perustuslainmukaisuudesta vastaavasti kuin koko oikeusjärjestys on enemmän kuin muodollinen valtiosääntö.³⁵⁹ Prosessilaki ei sellaisenaan anna osoitusta siitä, miten ratkaisu on oletetun tyyppisissä tilanteissa tehtävä. Sitä ei anna myöskään perustuslaki.³⁶⁰ Käsillä on säännöstämätön tilanne, lakiin tarkoituksellisesti jätetty aukko. Osoituksen määrättävästä seuraamuksesta antaa viime kädessä oikeellisuusperiaate, oikeuden aate. Oikeellisuusperiaate on tällöin se väliaine, joka yhdistää rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden liittämällä ulkoprosessuaaliseen oikeudenvastaisuuteen rikosprosessuaalisen seuraamuksen.³⁶¹

³⁵⁹ Vrt. *Rupp* s. 176.

³⁶⁰ Toisin Saksan oikeudessa, jossa perustuslakiin (GG 1,1 art.) ankkuroitu ihmisarvon käsite tarjoaa normatiivisen lähtökohdan soveltamispremissien muodostamiselle. Siten esim. *Dünnebier*, *Habscheid*, *Nüse* ja *Sendler* (ks. edellä av 356/8) pitäytyvät metodin valinnassaan yksin ihmisarvon käsitteen tarjoamaan argumentaatiopohjaan. Ettei menettelytapa toisaalta ole determinoitu, ainoa mahdollinen, nähdään siitä, että *Kleinknecht* (s. 1543) ja *Klug* (s. 47) perustavat todisteen torjumisen — vastaavasti kuin tässä tutkimuksessa on menetelty — oikeuden aatteeseen ja rikosprosessin oikeusvaltionmukaisuuteen.

³⁶¹ Omaksuttu lopputulos — todisteen torjuminen yksityishenkilön oikeudenvastaisen menettelyn seurauksena — perustuu siis oikeuden aatteeseen, ei sen sijaan annetun perusoikeusnormin soveltamiseen. *Tässä tapauksessa* (esimerkki 2 b) ei myöskään ole kysymys todistamiskiellon johtamisesta ihmisarvon käsitteestä (toisin jäljempänä; ks. V 2 b 3 av 375 kohdalla; V 2 c 3 i.f.). Kysymys

b) *Salainen ääninauhointus*

1. Edellä on tarkasteltu eräitä tyypillisiä virhetilanteita ja tällöin on osoittautunut, että yksityishenkilön oikeudenvastainen menettely todisteita hankittaessa ei estä todisteen rikosprosessuaalista hyväksikäyttämistä. Periaatteessa ei edes rikoslain vastainen menettely vaikuta todisteen hyödyntämiskelpoisuuteen. Toisin vain, jos virhe on niin silmiinpistävä — edellä esimerkki 2 b) —, että todisteen vastaanottaminen vaarantaisi koko prosessin oikeusvaltiollisuuden ja loukkaisi oikeuden aatetta.

Esitetyt sellaisinaan verraten yksiselitteiset teesit jättävät kuitenkin eräitä kysymyksiä avoimiksi. Ilmeistä on, että yksityisten suorittaman salaisen ääninauhoituksen osalta on vasta hahmoteltu ratkaisun karkeat ääriviivat; näin myös, mitä tulee henkilökohtaisen päiväkirjan avulla tapahtuvaan todisteluun. Virheet, joita näihin todistuskeinoihin turvauttaessa saattaa syntyä, voidaan kyllä leimata »tyypillisiksi» siinä merkityksessä, että niillä on, käytännön todistelutoiminnassa yleisinä, melkoinen relevanssi. Virhetilanteiden oikeudellinen arviointi vaatii kuitenkin seikkaperäisemmän analyysin.

2. *Jescheck* on todistamiskieltoja koskevassa oikeusvertailevassa tutkielmassaan kysynyt, eikö Saksankin oikeudessa olisi siirryttävä sille useimpien ulkomaisten oikeusjärjestysten mukaiselle kannalle, että yksityisten tahi mahdollisesti poliisiviranomaistenkin salaa nauhoittamat äänitallennukset sallitaan rikosprosessissa todistuskeinoina. Muutos todistelumuotoisyyden hyväksi, hän jatkaa, olisi harkitsemisen arvoinen joka tapauksessa silloin, kun nauhoitusta ei ollut valmistettu rikollisella teolla.³⁶²

perustelutavan valinnasta on tosin lähinnä juridista tekniikkaa; sellaisena se ei saa poiketa oikeusteorian yleisesti edellyttämistä menettelytavoista. Tämän muodollisen vaatimuksen ohella ja yli on merkitsevää, että esitetty ratkaisusuositus aineellisesti, todellisuuden tasolla, *johtaa* perusoikeusnormien toteutumiseen yksilöiden välisessä suhteessa; samoin se *johtaa* ihmisarvon toteutumiseen. Näin jo sillä konstruktiivisella perusteella, että ihmisarvo *sisältyy* oikeuden aatteesen (*Makkonen* s. 156). Tässä näyttäytyy oikeuden aatteen, oikeellisuuden merkitys modifioivana ja kohtuullistavana argumenttina, aukkoja täyttävänä ja järjestelmästä suljettua tekevänä elementtinä (vrt. *Goldschmidt*, *Der Prozess als Rechtslage* s. 160 s.).

³⁶² Generalgutachten s. 50.

Mainitusta lausunnosta kuvastuu tarve saada reaaliaktin oikeudellisesta luonteesta rangaistavana/ei-rangaistavana tekona todistelukyksymystä yksiselitteisesti määräävä kriteeri. Edellytetty järjestely ei ole positiivisille oikeusjärjestyksille täysin vieras. Esimerkin tarjoaa *Ranskan* oikeus, jossa yksityisten rikollisella teolla saamat todisteet on aina torjuttava. Normatiivisena perusteena todisteiden poissuljennalle on lojaliteettiperiaate. Käytännössä ei ole epäröity torjua sellaisiakaan todisteita, joiden saantiakti, olematta rikoslain vastainen, on voitu leimata »epälojaaliksi» (*déloyal*). Siten on eräässä aviorikosjutussa tapahtunut, että tuomioistuimien ei ottanut vastaan syyllisyystodistajan, aviomiehen toimeksiannosta tutkimuksia suorittaneen yksityisetsivän, avaintodistusta makuuhuoneessa in flagranti tehdyistä havainnoista.³⁶³

Mitä meidän oikeutemme tulee, (kolmansien) yksityis- ja intiimi-piiriin tunkeutuva salainen ääninauhitus on, jos viranomaisten suorittama kuuntelutarkkailu sivuutetaan, periaatteessa aina rikoslain vastainen teko. RL 24 luvun 3 b §:ssä säädetään rangaistus salakuuntelusta ja salakatselusta samoin kuin sellaisen toiminnan valmistelusta. Henkilö, joka luvottomasti teknisellä laitteella kuuntelee tai äänentoistolaitteelle tallentaa, mitä tapahtuu yksityisen kotirauhan suojaa nauttivassa paikassa tai alueella, tuomitaan rangaistuksen salakuuntelusta. Kriminalisointi ulottuu myös optiseen tarkkailuun käsittäen luvottoman valokuvaamisen ja teknisellä laitteella suoritettavan tarkkailun.³⁶⁴

Kysymykseen tulevissa reaaliakteissa ilmenevä oikeusjärjestyksen vastainen tahdonsuunta ei välttämättä ole ilmaus syvään juurtuneesta rikollisesta taipumuksesta. Syyllisyysmoite ja sovitussuositus perustuvat yhtä paljon lainsäätäjän asenteita tarkoituksellisesti ohjaavaan krimina-

³⁶³ C. Colmar v. 12. 6. 1953, Gaz. Pal. 1953.II.154.

³⁶⁴ L:ssa 11. 7. 1972/543. — Kriminalisointia epäilemättä kiirehti vuosikymmenen vaihteessa eri oikeusasteiden käsiteltävänä ollut, julkisuudessaakin melkoista huomiota herättänyt kotirauhan rikkomistapaus: Syytetty oli käyttänyt huoneistossaan vahvistinlaitteita kuullakseen naapurinaan asuneen henkilön huoneistosta kantautuneita ääniä, joiden kuuleminen ei muuten ollut mahdollista, sekä tallentanut vahvistimien kautta kuuntelemansa äänet ääninauhalle ja sallinut muiden henkilöiden kuunnella noita nauhoja. Koskei kerrottua menettelyä voitu pitää sellaisena tekona, josta laissa on säädetty rangaistus, syyte kotirauhan rikkomisesta hylättiin. KoO p. 2. 12. 1971. Ks. sen johdosta DL 1972 oik.tap osasto s. 17 ss. (*Ylöstalon* kommentein); LM 1972 s. 538 s. (nimim. V.S.). Salakuuntelun rikosoikeudellisesta problematiikasta ks. *Koskinen*, DL 1972 s. 177 ss.; SOU 1970: 47 s. 35 ss.

lisointiin kuin loukattuun oikeustajuntaan. Tutkittavan ongelman kannalta on erityisen huomionarvoista, että aiheutettu deliktinen paha ei kohdistu ruumiilliseen koskemattomuuden ja henkilökohtaisen vapauden elintärkeisiin perusoikeuksiin. Mistä näkökulmasta tekoa tarkastellaankin, se ei rinnastu oikeusjärjestystä vakavimmin vaarantaviin ja yhteiskuntamoraalin syvimmin paheksumiin rikoksiin. Tämä kuvastuu jo käytetystä rangaistusasteikosta: sen johdosta, että rangaistusmaksimiksi on säädetty yksi vuosi vankeutta, kysymyksessä oleva teko ei lukeudu ns. törkeisiin rikoksiin.³⁶⁵

Edellä esitetyn valossa salainen nauhoitus ei edusta sen asteista vääryyttä, että ääninauhatodistelu tuomioistuimessa esitettynä saattaisi rikosprosessin oikeusvaltionmukaisuuden kyseenalaiseksi. Tältä pohjalta ei näyttäisi olevan estettä pitäytyä pääsääntöön, jonka mukaan yksityishenkilön (rikos-)lain vastainen menettely ei estä hänen hankkimansa todisteen prosessuaalista hyödyntämistä. Näin katsottaessa tietenkin edistettäisiin oikeusselvyyttä. Prosessin tarkoituksen kannalta taas olisi eduksi, että totuutta selvitetessä olisi käytettävissä korkean todistusarvon omaava todistuskeino, jollaista ääninauha normaalisti edustaa.³⁶⁶ Jättäähän ääninauhatodistelu tosiasiallisten vaikutustensa puolesta jopa tunnustuksen ja todistajankertomuksen varjoon.³⁶⁷

Muutoin rikoslain uudet säännökset salakuuntelun ja -katselun rangaistamisesta kuvastavat yleistä pyrkimystä yksityiselämän loukkaamattomuuden tehostamiseksi. Tapahtunut muutos ei kuitenkaan ole vaikuttanut poliisilla tavanomaisen oikeuden perusteella oleviin valtuuksiin suorittaa teknisellä laitteella kuuntelua ja tarkkailua. Samalla kun yksityiselämän suoja yleisesti ottaen on lujittunut, toisaalta sanotunlaisten etsintämuotojen merkitys näyttää alati kasvavan.³⁶⁸ Tarpeellisen selvyyden aikaansaamiseksi on näistä etsintämuodoista ehdotettu annettavaksi

³⁶⁵ Törkeän rikoksen käsitteestä rikosprosessioikeudessa ks. T. Ellilä, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 204; Granfelt, SvJT 1945 s. 634; Sjöström, N.s. törkeän rikoksen käsitteestä (Juhlaulkaisu K. J. Ståhlberg, 1945) s. 104 ss.; Tirkkonen, Rp I s. 89. Näissä esityksissä ei ole voitu huomioida RL 2 : 1 : n muutoksella (L:ssa 19.7.1974/613) tapahtunutta siirtymistä yksiläjiseen rangaistusjärjestelmään.

³⁶⁶ Vrt. edellä V 2 a av 352 kohdalla olevaa esitystä ja sanottu alav. Vrt. myös Melander, LM 1964 s. 787; sekä erit. Pfenninger, Rev. de Crim. 1951 s. 6 ja 8.

³⁶⁷ Coing, mt. s. 32; Nüse s. 287.

³⁶⁸ Esitutkinta s. 102; SOU 1970:47 s. 39 ja 96.

yksityiskohtaiset säännökset. Pakkokeinoista rikosasioissa annetun v. 1973 lakiehdotuksen 5 luvun 15 §:n 1 momentin mukaan voidaan poliisille antaa lupa teknisin laittein eli mikrofonilla, nauhurilla, valokuvauskoneella, kiikarilla tai muulla sellaisella välineellä tarkkailla rikoksesta epäiltyä. Poikkeustapauksissa saadaan kuuntelu- ja tarkkailutoimenpiteitä kohdistaa muuhunkin henkilöön kuin rikoksesta todennäköisin perustein epäiltyyn (15 § 2 mom.). Lakiehdotuksesta v. 1976 valmistuneessa uudistetussa luonnoksessa (5 luv. 10 §) poliisin valtuuksia suorittaa tarkkailua on aiheettomasti supistettu. Tässä suhteessa on oleellista, että tarkkailua koskeva säännös ei oikeuta kuulohavaintojen tekemistä teknisellä laitteella.

Intiimi- ja luottamuspiirin nauttima oikeussuoja ei tietenkään perustu yksin aineellisen rikosoikeuden uusiin rangaistussäännöksiin ja pakkokeinoja koskevista säännösehdoista ilmenevään tehostettuun legaliteettiperiaatteeseen. Vanhastaan on voimassa eräitä perusoikeusnormeja, erityisesti HM 11 ja 12 §§:issä, jotka sulkevat *viranomaisilta* pääsyn määrättyille yksilön elämänalueille. Tästä johtuen sellaisten elämänalueiden todistelu- ja tapahtuvaan paljastamiseen liittyy valtiosääntöoikeudellisia aspektoja. Periaatteessa on niin, että sellaiset todistelu- ja tapahtumat (sala-) kuuntelu- ja tapahtumien asentaminen, mikrofonien kätkeyminen ja postilähetysten valvonta tarvitsevat laintasoisen oikeuttamisperusteen. Vastaavat viranomaisen toimintaa sitovat todistamiskiellot ovat mainittujen perusoikeusnormien realisointinormeja.³⁶⁹ Nykyinen oikeustila, jossa poliisin mahdollisuus suorittaa tiettyssä laajuudessa kuuntelutarkkailua perustuu lain asemesta tavanomaiseen oikeuteen, on epätydyttävä.

Yhteenvedollisesti ilmaisten oikeustila on meillä se, että intiimi- ja luottamuspiiriin saa tunkeutua vain siinä laajuudessa kuin lainsäätäjän nimenomaan sallii. Yksityishenkilöiden osalta taas tällaisia poikkeussäännöksiä ei ole annettu. Teknisten välineiden avulla tapahtuva yksityiselämän tarkkailu loukkaa persoonallisuuden oikeussuojaa. Persoonallisuuden oikeuden sisältöön kuuluu ihmisen oikeus puhumaansa sanaan.³⁷⁰

³⁶⁹ Vrt. *Klug* s. 40; *Rupp* s. 176.

³⁷⁰ Näin *Hidén*, LM 1967 s. 781 (Tukholman v. 1967 lakimieskokouksen Päättölauselma I.3.); *Lögdberg*, *Personlighetsrätt* s. 18 s.; SOU 1970:47 s. 55; *Strömholm*, SvJT 1971 s. 698 verr. s. 705, 710 ja 733. Ks. lisäksi *Guradze*, *Menschenrechtskonvention Art. 8 I* (Yksityis- ja perhe-elämän suoja) rn 6; *Menschenrechte* s. 237 (*Unger*).

Tyystin eri asia on, miten pitkälle tietty oikeusjärjestys antaa perustuslain

Joka salaa tallentaa puhujan yksityisessä elämänpiirissään lausumat sanat ääninauhalle, loukkaa hänen persoonallisuus oikeuttaan. Oikeussuojan loukkaus on toteutunut, jos vieraaseen asuntoon asennetaan kuuntelulaite tai jos kuunteluvälineiden avulla tunkeudutaan systemaattisesti vieraaseen intiimipiiriin. Siinä elämänpiirissä, jossa henkilö nauttii yksityiselämän suojaa, hän yksin määrää kuka saa kuunnella hänen sanojaan sekä onko ne ja kenen toimesta nauhoitettava ja saadaanko ne toistaa.³⁷¹ Tämä intiimipiirin suoja on niin vahva, että on keskusteltu sen tunnustamisesta yhdeksi ihmisen perusoikeudeksi. Laajalti myönnetään, että yksityisyyden suojaa nauttii myös vanki huoneessaan. Niinpä Norjassa on valtakunnansyyttäjä katsonut lainvastaiseksi sellaisen tutkintamenetelmän, että poliisi kätkee mikrofoniin siihen huoneeseen, jossa syytetyn tuli keskustella myötäsyytetyn kanssa.³⁷² Meidänkin oikeutemme kannalta on selviö, että joka tapauksessa vangin keskustelujen *systemaattinen* sala-kuuntelu on kiellettyä, tapahtuipa se teknisin apuvälinein tahi esimerkiksi käyttämällä vangiksi valepuettua viranomaista tutkintavankien vakoi-luun.³⁷³

3. Ne huomiot, joita edellä on tehty intiimi- ja luottamuspiirin suojan perustuslakiin takautuvista premisseistä, tuovat uuden näkökulman

tahi rikos-/siviililain edellyttämille persoonallisuus oikeuksille prosessioikeudellista suojaa (vrt. *Kivimäki-Ylöstalo*, Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 18). Tässä suhteessa voidaan todeta, että toisin kuin *Saksan* oikeudessa (tunnettu »ääninauhatapaus» BGHSt. 14,358; samoin BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973; MDR 1973 s. 477 s.) *Sveitsin* Bundesgericht ei *Hauserin* (mt. s. 77) ja *Walderin* (s. 43) mukaan johda salaisuuspiirin suojasta oikeutta henkilön itse puhumaan sanaan. Toisin uusin praksis; ks. Zürichin kassaatiotuomioistuimen p. 5.7.1974, ZR 73 Nr. 44. Vrt. myös seur. alav.

³⁷¹ Ne saksalaiset tutkijat (esim. *Sendler* s. 96), jotka katsovat, että tarve saada puhua vapautuneesti ja temperamenttisesti ilman pelkoa siitä, että keskustelun ainutkertainen, uudestaan tavoittamaton ilmapiiri »siepataan kiinni», kuuluu itse ihmisluntoon, ovat täysin oikeassa. Eivät vain ajatukset vaan myös sanat ovat vapaat: ihmisen on saatava puhua välittömästi, jopa epäpuhtaasti.

³⁷² Brev til Justisdepartement 2.11.1955. — Ratkaisun ilmentämä käsitys, jonka mukaan vanki nauttii vankihuoneessa yksityispiirin suojaa, on *Saksan* tietoisopissa vallitsevan mielipiteen asemassa. Ks. siinä suhteessa *Otto* s. 303; *Peters* s. 162; *Sendler* s. 32 verr. s. 89 ss.; *Siebert*, Der Missbrauch von Schallaufnahmegeräten im geltenden Recht s. 65. Samoin *Ranskan* oikeuden kannalta *Bouzat*, Rev. sc. crim., 1957, Supp.c.7; ja *Sveitsin* oikeuskäytännössä *Obergericht Bern*, Rev. Crim. Pol. Techn. 1949, s. 224. Toisin *Hermes*, mt. s. 59; *Liermann*, mt. s. 56, laajoin perusteluin.

³⁷³ Vrt. *Strömholm*, mt. s. 733.

yksityisten suorittaman salaisen ääninauhoituksen tarkasteluun. Olkoonpa reaaliaktin vääryyspitoisuus ehkä vähäinen, yksilön persoonallisuus-oikeutta on joka tapauksessa loukattu tavalla joka *viranomaisen* suorittamana saisi valtiosäännön vastaisuuden leiman. Loukattu intressi ei tosin omaa samaa vahvuutta kuin hallitusmuodon »klassiset» perusoikeudet; se on perusoikeudeksi vasta kehittymässä. Teon oikeudellinen arviointi ja seuraamusten määrääminen voidaan suorittaa yksin rikoslain usein mainitun rangaistussäännöksen pohjalta tarvitsematta takautua valtiosääntöön. Mutta saattaisiko yksityishenkilön oikeudenvastainen menettely muuttua prosessuaalisestikin relevantiksi loukkaukseksi perustuslakia vastaan sen seurauksena, että valtion orgaani jälkeen päin käyttää tapahtunutta oikeudenloukkausta hyväkseen? Tämäkään ei näytä olevan mahdollista. Kuten aikaisemmin on lausuttu, prosessitoimien arvostelu tapahtuu prosessioikeudesta itsestään käsin; aineellisella elämänalueella esiintyneiden virheiden vaikutus ei normaalisti kosketa prosessuaalista tasoa.³⁷⁴ Puheenalaisessa suhteessa riittää, kun itse oikeudenkäyntimenettely etenee prosessilain mukaisessa järjestyksessä. Yksityisen käyttämä menettelytapa ja häntä määräävät motiivit eivät ole sellaisia tosiasioita, että prosessioikeuden normit liittäisivät niihin pätemättömyysseuraamuksia. Yksityishenkilön esi- tai ulkoprosessuaalinen suhtautuminen voi saada merkitystä enintään osana tuomioperustaa.³⁷⁵

Engelman tarkasteleminen loukatun oikeushyvän avaamasta näkö-

³⁷⁴ Kuten tekstissä *Peters* s. 150 s. Vrt. muutoin V 2 a av 335 edellä olevaa esitystä ja sanotussa alav. mainittua kirjallisuutta; sekä lisäksi *Fasching*, mt. *ibid.*: Mikäli ääninauhoitusten sallittuus todistuskeinona halutaan asettaa kyseenalaiseksi, peruste on etsittävä prosessioikeudellisista säännöksistä. Tässä kohden tarjoutuu vain yksi sellainen määräys, todistelun välittömyyden vaatimus. Samoin — tosin vain lähtökohtaisesti — *Liermann*, mt. s. 30 s.

³⁷⁵ *Kleinknecht* s. 1542.

³⁷⁶ Suoritettu kysymyksenasettelu muodostaa useissa ongelmaa koskevissa ulkomaisissa esityksissä metodisen lähtökohdan. Ks. siinä suhteessa *Dünnebieber*, MDR 1964 s. 966; *Habscheid*, mt. s. 857; *Löwe-Rosenberg (Geier)*, mt. § 244 Anm. 27 a; *Sendler* s. 94 ss.; *Siegert*, mt. s. 64 ss.; *Spendel* s. 1106. Lähellä edellä mainittuja on *Grünwald* s. 496. Kun mainitut tutkijat lähtevät siitä postulaatista, että *jokainen* salaa suoritettu ääninauhointu jo tämän piirteensä takia loukkaa ihmisarvoa, *Peters* (s. 151) esittää — yhdenmukaisesti kuin tekstissä on edellytetty —, että mikä tahansa loukkaus persoonallisuus-oikeuksia vastaan ei vielä kosketa ihmisarvoa. Näin myös *Kleinknecht*, *ibid.*, *Liermann*, mt. s. 58 s.; *Nüse* s. 286; *Sarstedt* s. 71 (teesi II 11 a); *Eb. Schmidt*, mt. s. 640. — *Klug* (s. 47) omaksuu kehittelynsä lähtökohdaksi tässäkin oikeusvaltionmukaisuuden periaatteen.

kulmasta siten kuin edellä on tehty ei näytä tuovan esille ratkaisevasti uutta. Sen vuoksi on syytä painottaa kysymyksenasettelu toisin ja valita lähtökohdaksi oletus, jonka mukaan salainen ääninauhointi määrätapauksissa loukkaa *ihmisarvoa*.³⁷⁶ Suojaa tarvitsevana intressinä on tällöin persoonallisuus oikeuksien ydinpiiri.³⁷⁷

Tähän asti esitetystä on jo käynyt selville, että oikeusjärjestys monessa tapauksessa sallii henkilön sanojen nauhoittamisen hänen tietämättään. *Tavanomaisen oikeuden* nojalla poliisi saa rikostutkintatarkoituksessa suorittaa teknisellä laitteella kuuntelutarkkailua kotirauhan suojaamalla alueella. Varhemman oikeuden mukaan oli sallittua myös poliisikuulustelun nauhoittaminen kuulusteltavan tietämättä. Onkin sanottava, ettei ajatus yksityisyyden suojasta kuulustelutilaisuudessa ole mielekäs.³⁷⁸ Magnetofonien ja muiden äänentallennuslaitteiden käytöstä rikostutkinnassa annettujen virallissohjeiden mukaan oikeustila on nyttemmin se, että laitteiden käytöstä on asianomaiselle ilmoitettava.³⁷⁹ Asiaa koskeva ohje on tosin suosituksen luonteinen, mutta käytännössä siitä ei yleensä poiketa. — Edelleen: asianajaja, joka ammatillisessa ominaisuudessaan oikeudenhoidon orgaanina³⁸⁰ keskustelee päämiehensä

³⁷⁷ Käytetty käsitteistö ansaitsee eräitä huomautuksia: Voisi sanoa, että ihmisarvo on historiallis-ideologiselta taustaltaan, mutta erityisesti normatiivisilta premisseiltään, selväpiirteisesti saksalainen käsite (vrt. av 360). Se seikka, että esim. Pohjoismaiden perustuslait eivät positivoi tätä käsitettä, ei merkitse eroavuutta perustavissa arvokatsomuksissa ja tavoitteenasetteluissa. Jokainen kansanvaltainen valtiojärjestys tunnustaa myös rikosprosessinsa puitteissa yksilön vähimmäis- ja vapausoikeudet, yhdenmukaista millaista ajatuksellista välineistöä tällöin käytetään (*Schorn*, mt. s. 13 ss.). Tässä tutkimuksessa on jo perusteiden tasolla absolutisoitu ihmisarvo eräänlaiseksi perusoikeuksien ylimmäksi periaatteeksi, näkökohdaksi joka ansaitsee etusijan rangaistusvaateen toteuttamisintressiin nähden; ks. I 1 b 1 i.f.

³⁷⁸ Tähän *Katilan*, mt. s. 237, käytännön kriminaalitaktiikan kannalta esittämään terveeseen menettelyohjeeseen on täysi syy prosessiteoreettisinkin perustein yhtyä: Eihän ko. menettelytapa — nauhoituksesta vaikeneminen — alenna ilmaisuvapautta. Kuulusteltava ei toisaalta liioin voi vaatia, että hänelle selvitetään poliisin ja virallisen syyttäjän yksityiskohtaiset työskentelytavat. *Andenaesin* (Straffeprosessen s. 326 s.) vastakkainen kanta voinee vaikuttaa oikeusvaltiollisten näkökohtien ylippingotukselta; vrt. *Liermann*, mt. s. 49 ('Ei ole asetettava menettelytapakieltoa ad absurdum.'). *Kleinknecht* s. 1541; *Seiler*, JBl 1963 s. 70. Ks. myös v. 1973 esitutkintaa koskevan lakiehdotuksen 38,2 § ja sen johdosta *Esitutkinta* s. 40. Ks. lisäksi *Gomard*, mt. s. 259.

³⁷⁹ Poliisin käskylihti N:o 5/1971.

³⁸⁰ Kysymyksellä, onko asianajaja oikeudenhoidon orgaani, on etupäässä

kanssa, ei voi esittää vastaväitettä, jos tämä salaa tallentaa keskustelun äänentoistolaitteelle. Oikeusapua tarvitseva henkilö, joka neuvottelee asianajajan kanssa tämän toimistossa kahden kesken, ei tunkeudu keskustelukumppaninsa yksityiselämään. Sivutkootpa keskustelut hyvinkin läheltä henkilökohtaista tai ihmistenvälistä intiimiäpiiriä, kumpaisellakin on täysi vapaus tehdä keskustelun päätyttyä sen sisällöstä mahdollisimman tarkat muistiinpanot. Olkootpa keskustelut toiselle tahi molemmille osapuolille kuinkakin paljastavia tai raskauttavia, niiden nauhoittamiselle asiakkaan toimesta ei liene tyypillisesti inhimillistä tai muutaakaan »asian luonteeseen» perustuvaa estettä.³⁸¹

Esitetyissä ja muissa niihin verrattavissa tapauksissa salainen ääninauhointi ei merkitse oikeudenvastaista tunkeutumista yksilön yksityiseen elämänpiiriin; vielä vähemmän menettely voidaan leimata ihmisarvon vastaiseksi. Aikaansa seuraava oikeusyhteisö on itse asiassa jo tietyssä määrin mukautunut ääninauhointuusiin ja omaksunee tulevaisuudessa yhä sallivamman asenteen. Monilla elämänalueilla on jo sosiaaliadekvaattia suorittaa nauhoituksia puhujan tietämättä.³⁸² Korostettakoon tässä yhteydessä myös, että RL 24 luv. 3 b §:n tunnusmerkistöosa rajoittuu kriminalisoimaan pelkästään *kolmansien henkilöiden* keskustelujen luvattoman äänentoistolaitteelle tallentamisen. Tämä ei silti merkitse sitä, etteikö myös keskustelukumppani tai muutoin fyysisesti läsnäoleva henkilö voisi salaa suorittamallaan nauhoituksella pettää ympäristönsä luottamusta tavalla, joka perustaa loukatulle mahdollisuuden turvautua *siviilisiin oikeuskeinoihin* tapahtuneen loukkauksen hyvittämiseksi ja sen toistamisen kieltämiseksi.³⁸³

teoreettinen merkitys. Ks. tästä viimeksi *Halila*, LM 1974 s. 78 sekä siinä (av 3) selostettuja käsityksiä. Kysymystä koskevana monografianlaatuksena tutkimuksena mainittakoon *Knapp*, Der Verteidiger — ein Organ der Rechtspflege? (1974).

³⁸¹ *Peters* s. 152. — Eri asia on, että asianajajan itsensä käyttämänä menettely voi saada hyvän asianajajatavan vastaisen leiman; tällöin vaatimus näin valmistetun ääninauhan hävittämiseksi on kannekelpoinen. Ks. *Neergaard*, Juristen 1961 s. 571 ss.

³⁸² *Melander*, LM 1964 s. 787, *Fasching*, mt. s. 433, ja *Schäfer*, mt. *ibid.*, mainitsevat tässä yhteydessä erityisesti liike-elämän *Kleinknechtin* (mt. *ibid.*) viittaessa ilmiöön ylimalkaan.

³⁸³ Vrt. ko. suhteessa yleisesti *Kivimäki—Ylöstalo*, mt. s. 19. Vrt. lisäksi *Strömholm*, mt. s. 699: Huolimatta eroavuuksista oikeussuojan teknisessä rakenteessa yksityisten oikeussubjektien välisissä suhteissa persoonallisuudenloukkauksiin kohdistettavat sanktiot tarjoavat varsin yhdenmukaisen kuvan: kielto- ja

Vaikka oikeusyhteisössä vallitsevat asenteet edellä kuvatuin tavoin ennakoivatkin entistä liberaalimpaa suhtautumista eri tyyppisten teknisten apuvälineiden käyttämiseen, niin toisaalta on korostettava, että lainsäätäjä on RL 24 luv. 3 b §:n määräyksillä halunnut turvata yksilölle tietyn vähimmäiselämäalueen loukkaamattomuuden. Tältä osin persoonallisuus oikeuksille taataan suoja tunnusmerkistössä kuvattuja vääryystyyppejä vastaan. Mutta on huomattava, että persoonallisuus oikeuden loukkaus, joka kyllä on subsumoitavissa RL 24 luv. 3 b §:n alaisuuteen, ei välttämättä kosketa ihmisarvoa.³⁸⁴

Jokaiselle ihmisyyhteisön jäsenelle kuuluu tietty muilta suojattu yksityispiiri, jossa hän saa esteettä toteuttaa ja kehittää yksilöllistä oma-laatusuuttaan henkisessä, psyykkisessä ja fyysisessä suhteessa. Ihmisyyhteisön jäsenenä hän voi vaatia kanssaihmissään tunnustamaan tämän reviirin koskemattomuuden; tällöin juuri ihmisarvo on se näkökohta, johon perustuen vieras puuttuminen tähän elämämpiiriin on estettävissä. Tätä elämämpiiriä voidaan hyvin kuvata perinteisesti käytetyllä termillä »intiimpiiri».³⁸⁵

vahingonkorvauskanne voitaneen mainita tärkeimpinä reaktioina. — Salakuuntelun »perustyyppiin» — naapurin yksityiselämän seuraamisen — osalta asiallisesti samoin *Ylöstalo*, DL 1972 oik. tap. osasto s. 18.

³⁸⁴ Mainittu havainto sisältyy hypoteesina jo suoritettuun probleemin aseteluun; ks. esitystä av 376 kohdalla ja sanottu alav.

³⁸⁵ Näin ensimmäisenä *Giesker*, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre (1905) s. 1 ss. ja 7 ss. Ks. puheenalaisessa suhteessa lisäksi *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht s. 228; *Strömholm*, mt. s. 698. Länsimaisen kulttuuripiiriin toisella, valtamerentakaisella päävyöhykkeellä kehityksen myötä vakiintuneet ideologiset ja oikeuspoliittiset perusasenteet eivät oleellisesti eroa länsi-Euroopan oikeusyhteisöissä kiteytyneistä arvokatsomuksista. Tässä suhteessa edustava on esim. seuraava Mr. Justice *Brandeis*in Atlantin tälläkin puolen usein siteerattu lause: 'Kaikista oikeusetuuksista sivistyneet ihmiset arvostavat eniten oikeutta saada olla rauhassa.' — Muutoin on syytä korostaa, että problemikokonaisuudesta käytyä keskustelua tallentava kirjallisuus on karttunut yleiskatsauksellisuuden ylittäviin mittasuhteisiin, seikka josta on toisessa yhteydessä (III 1 bh 1 av 272) jo mainittu. *Strömholm* (mt. s. 695) huomauttaa tässä suhteessa, että viimeisten kymmenen vuoden aikana mikään muu juridinen asiakokonaisuus — fyysistä ympäristönhoitoa lukuun ottamatta — ei ole ollut yhtä perusteellisen tutkimuksen kohteena kuin yksilön koskemattomuuden ja erityisesti yksityiselämän suoja. Erityisesti Suomessa vallitsevia asenteita kirjauttava ks. *Anttilan* oikeuspoliittista puheenvuoroa »Oikeus yksityiselämään?», LM 1972 s. 505 ss.

Intiimpiiri merkitsee siis käsitteellisesti muuta kuin yksityispiiri/yksityiselä-

Kaikki yksityisen kotirauhan piirissä tai muutoin muilta ihmisiltä salassa tapahtuvat toiminnot eivät vielä tämän tunnusmerkkinsä nojalla kuulu intiimipiiriin. Samassakin tapahtumakokonaisuudessa voidaan erottaa jaksoja, joista osa lankeaa intiimipiiriin osan saadessa yhden-kevän värityksen.³⁸⁶ Voimakasta mielenliikutusta ilmaisevat tunteen-ilmaisuut ovat kiistämättä osa intimitteettiä samalla kun puhutun muu osa voi koostua ajatuksista, joiden ilmaisema sielunelämä ei vaadi itselleen erityisen yksilöllisyyden leimaa. Henkilöstä yksityisympäristössä luvattomasti otettu valokuva loukkaa tosin persoonallisuus oikeutta mutta ei välttämättä ihmisarvoa. Näin tapahtuu vain jos valokuva esittää tapahtumaa, esimerkiksi läheistä seksuaalista kanssakäymistä, johon nähden henkilöllä on voimakkaan tunteenomaisesti sävyttänyt salassapitointressi. Aviopuolisoiden väliset luottamukselliset keskustelut rikkoutuneiden välien korjaamiseksi samoin kuin muukin nimenomaan yhteiselämää koskeva ajatustenvaihto on tyypillisesti intimitteetin suojaa nauttivaa itsensä ilmaisemista. Sellaisesta ainutkertaisesta henkilösuhteisiin liittyvästä tilanteesta valmistettu salainen ääninauhointus loukkaa ihmisarvoa. Samoin on ihmisarvon vastaista kätkeä makuuhuoneeseen mikrofoni yksinpuhelun nauhoittamiseksi.³⁸⁷ Hotellin omistaja, joka huoneeseen piilotetun pienoiskameran avulla filmaa vieraitaan voidakseen myöhemmin esittää filmin kiinnostuneelle herraseurueelle, menettelee hankin ihmisarvon vastaisesti. Sen sijaan henkilö, joka toisen pyynnöstä varjostaa viimeksi mainitun uskottomuudesta epäilemää aviopuolisoa, ei loukkaa

män suoja. Vm. käsitteen johdosta ks. toisessa yhteydessä (V 1 bab 2 av 220 kohdalla ja sanottu alav.) olevaa esitystä. Intensioltaan laajempi yksityispiiri sisältää ahtaamman suojapiirin, intiimipiirin. Tähän ydinpiiriin sisältyy *Melanderin* (mt. s. 785 s.) mukaan »tarve saada elää rauhassa omaa elämäänsä ja säilyttää omana tietonaan erilaisia arkaluonteisia asioita... Intimiteettiin sisältyy mm. oikeus kunniaan, kotirauhaan, henkilökohtaiseen vapauteen, oikeus omaan kuvaan, oikeus kieltää sen ottaminen ja esittäminen, oikeus säilyttää omat salaisuutensa.» — Käsitteen kuvausta voidaan pitää perin väljänä; vrt. esitystä välittömästi tekstissä.

³⁸⁶ Tähän mahdollisuuteen viittaa *Koskinen*, mt. s. 177, tosin lähinnä RL 27 luv. 3 §:n 1 mom:n tarkoittaman tilanteiston mukaisesta näkökulmasta.

³⁸⁷ Ks. *Hidén*, mt. s. 785 (»Henkilön valokuvaamisen... kiusallisissa tahi intimeissä olosuhteissa tulisi olla kanneperuste.»); *Ylöstalo*, mt. s. 18 s.; *Lögdberg*, mt. s. 91 ss.; sekä varsinaisesti rikosprosessuaalisesta näkökulmasta *Krauss*, *Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess* s. 365 ss., erit. s. 378 ss.; *Nüse* s. 281; *Otto* s. 303; *Peters* s. 151.

ihmisarvoa niin kauan kuin hän tyytyy käyttämään laitteitaan hotellin yleisötiloissa: aulaassa tai sisäänkäytävässä.³⁸⁸

Edellä esitetyn perusteella on päädyttävä tulokseen, jonka mukaan RL 24 luv. 3 b §:n tunnusmerkistön toteuttavasta tekojoukosta eräs osajoukko on sen laatuinen, että reaaliakti kiistämättä loukkaa kohdehenkilön ihmisarvoa. Tämä näkökohta, suhtautettuna todistuskeinon erityiseen laatuun, on ratkaiseva. Äänentoistolaitteen käyttäminen oikeudenkäynnissä todistuskeinona vaikuttaisi yksityiselämän luvattoman vakoilun jatkamiselta ja syventäisi tapahtuneen ihmisarvon loukkauksen.³⁸⁹ Täydentävä argumentti saadaan ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan sopimuksen 6 I artiklasta ja sitä läheisesti vastavasta kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan v. 1966 yleis-sopimuksen 14 I artiklasta: salaisten ääninauhaotosten käyttäminen rikosprosessuaalisina todistuskeinoina loukkaisi »fair trial» -periaatetta.³⁹⁰ Ennakolta ei tosin voida tietää, kvalifioituuko persoonallisuusuoikeutta loukaten valmistetun ääninauhoituksen kuultavaksi esittäminen ihmisarvon loukkaukseksi. Esitutkintaviranomaisella on tässä suhteessa (valmistava) selonotto- ja harkintavelvollisuus, edellyttäen tietenkin, ettei nauhoituksen valmistaja esitä todistetta ohi esitutkinnan suoraan tuomioistuimelle.³⁹¹

³⁸⁸ *Spendel* s. 1106.

³⁸⁹ *Andenaes* s. 28. — Lähellä tekstissä esitettyä on *Grünwald* (s. 496): Sikäli kuin ilmaisujen tallentaminen merkitsee oikeudenvastaista puuttumista persoonallisuusuoikeuteen, loukkaus ei ole päättynyt ääninauhataallenteen valmistamiseen. Pikemminkin sellaisen esittäminen merkitsisi loukkauksen jatkamista. Juuri toistettavuushan on ääninauhan se ominaisuus, jonka tähden nauhoitus voi olla persoonallisuuden loukkaus. Näin myös *Kühne* mt. s. 50; *Petry*, mt.s. 81.

³⁹⁰ *Klug* s. 60. — Tässä yhteydessä voidaan niin ikään viitata Yhdistyneiden Kansakuntien 10.12.1948 antaman »Ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen» 12 artiklaan: »Älköön mielivaltaisesti puututtako kenenkään yksityiselämään, perheeseen, kotiin tai kirjeenvaihtoon älköönkä loukattako kenenkään kunniaa ja mainetta. Jokaisella on oikeus lain suojaan sellaisilta puuttumisilta tai loukkauksilta.»

³⁹¹ Mikäli kysymykseen tuleva harkinta tuottaa tulokseksi, että äänitallenteen ulkoprosessuaalinen valmistaminen on ollut oikeudenvastaista, ääninauhaa ei saa, siten kuin tekstissä on esitetty, ottaa todisteena vastaan oikeudenkäynnissä. Ks. tässä suhteessa av 389/90 mainitun kirjallisuuden lisäksi *Coing*, mt. s. 33; *Henkel*, JZ 1957 s. 148 ss.; *Larenz*, Referat anlässlich der Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentags, Band II, D 1. Abteilung, 1958, s. 28.

Toisessa yhteydessä³⁹² on viitattu mahdollisuuteen, että syytetty voi määrätapauksissa tuomioistuinta sitovasti disponoida todistelutuloksesta ja poistaa todistamiskiellon. Näin on laita nyt tutkittavassa tapauksessa: jos syytetty suostuu siihen, että hänen keskusteluistaan ja toimistaan salaa valmistettu nauhoitus esitetään oikeudelle, pääsääntö: totuudentutkimisvelvollisuus, tulee voimaan ja todiste on otettava vastaan.³⁹³

Aivan selvää ei ole, koskeeko todistamiskielto sellaisenkin nauhoituksen prosessuaalista hyväksikäyttämistä, jossa salaisen äänityksen suorittaja on itse osallistunut keskusteluun. Teko ei tällöin saa rikosoikeudellista luonnetta. Tällä perusteella voidaan puoltaa todistuskeinon hyväksikäyttämistä.³⁹⁴ Oikeusvaltiossa ei sitä vastoin voida sietää *puhelin-salaisuutta* loukaten valmistetun äänitallenteen käyttämistä prosessuaalisen totuuden tutkimisen välineenä.³⁹⁵ Todistamiskieltoa on kannattamassa reaaliaktin perustuslain (arg. HM 12 §) ja rikoslain (arg. 38:8) vastaisuus. Vaikeammin arvosteltava on nytkin nauhoituksen suorittajan omasta keskustelustaan toisen osapuolen tietämättä valmistaman äänitallenteen todisteeksi kelpaavuus. Puhelinkeskustelut ovat harvoin luotamuksellisia, sitäkin etsitympää olisi suhteuttaa tämä kommunikointitapa intimitettinäkökohdan yhteyteen. Tästä johtuen todisteen torjuminen ei vaikuta läheiseltä.³⁹⁶

³⁹² Edellä V 1 ab 4 av 115 kohdalla.

³⁹³ Näin *Schäfer*, mt. s. 280 rn 26.

³⁹⁴ Kuten tekstissä *Sarstedt*, ibid. (teesi II 11 a). Toisin Tanskan oikeuskäytännössä U 1967. 863. Ks. lisäksi *Jescheck* s. 49; *Klug* s. 71 (teesi II 11). Kysymyksen harkintaan vaikuttavien näkökohtien johdosta vrt. aineellisoikeudellisesta näkökulmasta SOU 1970:47 s. 72 ss.

³⁹⁵ Näin *Andenaes*, mt. ibid.; *sama*, Straffeprosessen s. 339 s.; *Bratholm*, Lov og Rett 1968 s. 291 ss. (todistamis-/hyödyntämiskielto strl. 145 a §:n prosessuaalisena täydennyksenä). Toisin *Rørdam*, Juristen 1975 s. 39: Henkilön yksityisyyttä tosin loukkaa, että hänen käymänsä puhelinkeskustelu salaa nauhoitetaan. Mainittu seikka ei kuitenkaan aiheuta muutosta pääsääntöön, jonka mukaan nauhoitukset yleensä salaa otettuina kelpaavat todisteiksi.

Toisessa yhteydessä (V 1 bab 3 av 227 edellä) on tarkasteltu hyödyntämisongelmaa analogisessa tilanteessa, jolloin puhelinsalakuntelu on tapahtunut ilman keskustelun äänentoistolaitteelle nauhoittamista. Perustuu reaaliaktien ja todistuskeinojen — edellisessä tilanteessa sellaisena on todistaja, jälkimmäisessä ääninauha — erilaisuuteen, että virheelliseen menettelyyn reagoidaan prosessuaalisesti eri tavoin (todistetta ei torjuta/torjutaan).

³⁹⁶ *Sarstedt* s. 71 (teesi II 11 a, b).

Kun yksityisten vilpillisesti suorittama äänen tallentaminen edellä esitetyin tavoin ihmisarvoa loukatessaan johtaa (»perustuslailliseen») todistamiskieltoon,³⁹⁷ oikeutemme todistelumahdollisuuden omaksuma torjuva asenne vaikuttaa ankaralta. Se ei sitä kuitenkaan ole pidettäessä vertailukohteena pohjoismaista oikeuspiiriä ylipäättään. Niinpä *Andenaes* ei Norjan oikeuden kannalta vain torju salaa nauhoitettujen keskustelujen prosessuaalista hyväksikäyttämistä vaan epää niiden sisältöä koskevan muunkinlaisen todistelun: pikakirjoitettujen muistiinpanojen esittämisen ja todistajien kuulustelun.³⁹⁸ Vain etäishyödyntämismahdollisuus jää jäljelle. Näin katsottaessa todistuskeinokielto osoittaa piirteitä, jotka normaalisti liittyvät todistusteemakieltoihin; samalla salainen ääninauhitus tulee problematiikaltan askeleen lähemmäksi henkilökohtaista päiväkirjaa. Eri asia on, voidaanko näin laajaa todistelun rajoitusta pitää perusteltuna. Ne edellä mainitut toissijaiset todistelutavat, joilla ääninauhatodistelu voidaan korvata, eivät mahdollista samanlaista »tunnelmansiiirtoa» kuin ääninauha. Ne eivät kykene välittämään kuulijalle mielikuvaa tapahtumainkulkuun ehkä liittyneestä suggestiivisesta tunnelmasta ja affektiladatuista yksityiskohdista. Sen tähden toissijainen todistelu pitäisi voida sallia aina milloin *todistusteema* itsessään ei ole todistamiskiellon suojaama. Sama edellytys on tietenkin voimassa myös käytettävään toissijaiseen todistuskeinoon nähden, joka ei sekään saa in concreto olla vastaavan todistuskeinokiellon alainen.³⁹⁹

4. Yksityishenkilön suorittama salainen ääninauhitus johtaa, siten kuin edellä on osoitettu, rikosprosessuaaliseen todistamiskieltoon. Toisaalta on korostettava sitä aikaisemmin (II c 2) kiteytettyä teesiä, että vaikka oikeutemme tunteeikin absoluuttisia todistuskeinokieltoja, absoluuttisesti kiellettyjä *todistuskeinoja* ei ole olemassa. Jo tältä pohjalta täytyy siis olla selvää, että kehiteltyä todistuskeinokiellon ilmaisevaa sääntöä on modifioitava.

Tällöin on palattava pääsääntöön: totuudentutkimiskäskyyn. Totuudentutkimisvelvollisuus edellyttää, että tuomioistuimen on käytettävä kaikkia tarjolla olevia todistuskeinoja. Yksikään tuomioistuin tuskin kieltäytyisi ottamasta vastaan ääninauhan sisältämää arvokasta näyttöä

³⁹⁷ Vrt. III 3 2.

³⁹⁸ Ks. av 395 mainitut viitekohdat.

³⁹⁹ Kuten tekstissä vastaavasti Saksan oikeuden kannalta *Händel*, NJW 1964 s. 1140.

jutun koskiessa esim. valtiopetoksen valmistelua (RL 11:4). Samalla tavoin tuomioistuimen voi ennustaa käyttäytyvän yleensä muulloinkin rikoksen kohdistuessa yhteiskunnan tai yksilön elintärkeisiin oikeushyviin. Milloin tuomitsemista vaativa julkinen etu on vähäisempi, totuudentutkimiskäskey kumoutuu todistamiskiellon vaikutuksesta. Todistelun estää todistamiskielto, jolla on perusteensa oikeuden aatteessa, joka edellyttää syytetyn ihmisarvon suojaamista. Tuomioistuin asettaa todistamiskiellon rikosprosessuaalisen intressivertailun tuloksena. Sen johdosta, että oikeasuhtaisuusperiaate on ahtaasti (esitutkinta-)viranomaisen toimintaa säätelevä näkökohta, ei olisi täsmällistä selittää todistamiskielltoa keinon ja tarkoituksen vastakkainasettelun avulla. Oikeasuhtaisuusharkinta tulee kysymykseen vain tapauksissa, joissa salainen nauhoitus on viranomaisen suorittama.⁴⁰⁰ Ratkaisuteknisesti ei ole kysymys oikeasuhtaisuusharkintojen siirtämisestä hyödyntämiskiellojen alueelle vaan tuomarin suoritettavasta sen seikan toteamisesta, että todisteen saantiakti on ollut keino — päämäärä vertailun valossa oikeasuhtaisuusperiaatteen ja sellaisena todistamiskiellon vastainen.

Katseen kääntäminen aineellisen oikeuden alueelle siihen elämäntapahtumaan, jota todisteen saantiakti edustaa, tuo esille todistelun sallittuisuuteen aineellisen oikeuttamisperusteen tasolla vaikuttavia näkökohdita. Rikosprosessuaalisen oikeasuhtaisuusharkinnan, joka puheena olevassa lain aukon tapauksessa määrää todistelun mahdollisen ei-sallittuisuuden, tilalle tulee rikosoikeudellinen⁴⁰¹ etujen vertailu. Jos intressivertailun tuloksena todetaan, että todisteen saantiakti on oikeudenmukai-

⁴⁰⁰ Näin Kern — Roxin s. 119; Kleinknecht s. 1543 ('oikeuden aate ja oikeusvaltiolliset syyt'); Liermann, mt. s. 58 s.; Otto s. 303; sekä Saksan judikatuurissa BGHSt. 19,325 (ns. päiväkirjatapaus). Kun ratkaisun mukaan vasta konkreettissaa tapauksessa voidaan päätellä mahdollisen intiimiapiirin puuttumisen oikeudenvastaisuus/kiellettyisyys, poliisi jää epä tietoiseksi siitä, saako se hyödyntää todistuskappaleen vai ei. Vasta tuomiossa osoitetaan todistelutoimen mahdollinen perustuslainvastaisuus. Nämä epä tietoisuudet eivät oikeuta katsomaan (siten kuin Nüse, s. 287, menettelee) ratkaisua metodisesti vääräksi. Oikeasuhtaisuusperiaatteen soveltaminen päinvastoin tuo ratkaisuun käsitteellisellä välttämättömyydellä harkinnanvaraisen elementin. Vrt. nyt sanotun johdosta myös edellä V 1 aa 5 av 25 kohdalla olevaa esitystä.

⁴⁰¹ Tällöin kysymykseen tuleva harkinta tapahtuu asianomaisen oikeudenalan sisäisessä piirissä, joka oikeudenala myös itsessään sisältää etujen vertailun edellyttämät, vastakkain asetettavat suureet. Eroavuus oikeasuhtaisuusharkin-

nen, kysymystä todistamiskiellon aktualisoitumisesta ei voida minkään prosessuaalisen näkökohdan nojalla mielekkäästi edes herättää.⁴⁰²

Edellä esitettyä on syytä valaista esimerkein. Ajateltakoon tapausta, jolloin myymälään asennettu elokuvakamera huomaamatta »vangitsee» kassakaappia tyhjentävän murtovarkaan filmille. Suoranaisena selviönä on pidettävä, että tuomioistuimen on otettava todiste vastaan. Omistaja on toiminut hätävarjeluun vertautuvissa olosuhteissa; hän ei ole tunkeutunut oikeudenvastaisesti tekijän persoonallisuusosoikeuteen vaan on hällunnut torjua omistusoikeuttaan uhanneen vaaran. Yhtä vähän voi henkilö, joka käyttää puhelintaan rikoslaissa kiellettyyn toimintaan, esim. kirttykseen (RL 31:4) tai kunnianloukkaukseen (RL 27:1), vedota siihen, että salainen ääninauhottus loukkaa hänen persoonallisuusosoikeuttaan. Oikeudenvastaiset hyökkäykset saadaan torjua sopivilla puuttumisilla hyökkääjän oikeuksiin.⁴⁰³

c) Henkilökohtainen päiväkirja

1. Kun salainen ääninauhottus, siten kuin edellä on esitetty, määrätapauksissa johtaa todistuskeinokieltoon, tämä todistamiskielto on eräissä suhteissa järjestelmälle epäluonteenomainen. Tuomari tai ennakoivasti jo esitutkintaviranomainen asettaa todistamiskiellon *konkreettisessa ta-*

nan yhteydessä kysymykseen tulevaan intressivertailuun on tältä pohjalta periaatteessa selvä.

⁴⁰² Ks. *Bratholm*, mt. s. 293; *SOU* 1970:47 s. 97; *Strömholm*, mt. s. 705; *Dünnebier*, MDR 1964 s. 967; *Heinitz*, JR 1964 s. 442 s.; *Kleinknecht*, mt. *ibid.*; *Klug* s. 60 s.; *Otto* s. 304; *Sauer* s. 179 s. (intressivertailun aineellisen lopputuloksen osalta epätydyttävästi); *Sax*, JZ 1965 s. 2.

Ihmisoikeuksia ja perusvapauksia koskevan v. 1950 Euroopan sopimuksen 8 II artiklan mukaan *viranomainen* saa puuttua rikosten estämisen tarkoituksessa I kohdassa mainittuun yksityispiiriin vain mikäli toimenpide perustuu laintasoiseen valtuutukseen. — Muutoin tekstissä asetettu kysymys yksityishenkilöiden suorittamien kuuntelutoimien oikeudenmukaisuudesta palautuu erältä harkintaperusteiltaan RL 24 luv. 1 §:n 1 mom:n kriminalisoiman yksityisen kotirauhan rikkomisen yhteydessä heräävään analogiseen ongelmaan. Ks. siinä suhteessa *Livson*, Yksityisen kotirauhan rikosoikeudellinen suoja s. 59 ss.

⁴⁰³ *Spendel* s. 1106; *Walder* s. 42. Vrt. myös toisessa yhteydessä (I 1 c 1 av 91 jäljessä) olevaa esitystä.

pauksessa oikeasuhtaisuusharkinnan tuloksena. Tämä avaa ovia oikeusvarmuutta murentavalle kasuistiikalle. Todistamiskiellon tehoisaksi tekeminen saadun (primäärisen) tietoineksen hyödyntämättä jättämisen tietä on ongelmallisempaa kuin perinteisten — konventionaalisten — todistamiskiellojen kohdalla. Yksin näiden näkökohtien valossa käy ymmärrettäväksi, jos koko todistamiskiellon perusteltuisuus halutaan asettaa kyseenalaiseksi. Vielä jyrkemmin kontrasti todistamiskielloja leimaaviin peruspiirteisiin tulee esille normisubjektin yhteydessä: kun todistamiskiellojen asettaminen säännönmukaisesti kuuluu lainsäätäjälle, salaisen ääninauhoituksen tapauksessa viime kädessä tuomari harkitsee, onko todiste jätettävä vastaanottamatta. Asiantilaa voitaisiin kritikoida prosessioikeudelle vieraana tuomarioikeutena ellei otettaisi huomioon ilmiön kääntöpuolta, niiden tosiasioiden mahtia, jotka lähes luonnonvoiman kaltaisella välttämättömyydellä vaativat poikkeamaan prosessiteoreettisesti oikeasta menettelytavasta. Ihmisarvoa loukkaavan äänitallenteen torjuminen todisteena on malliesimerkki siitä, miten huomispäivän tekniikka tuo mukanaan ongelmia, joihin lainsäätäjä ei ole tiennyt varautua ja joiden ratkaiseminen siten pakosta jää tuomarin tehtäväksi.

Henkilökohtainen päiväkirja edustaa problematiikaltaan monessa suhteessa salaisen ääninauhoituksen lähi-ilmiötä. Tosiasiallisena hengentuotteena päiväkirja on verrattavissa puhujan itsensä valmistamaan ääninauhoitukseen.⁴⁰⁴ Pidettäessä silmällä normaalitilanteita eli keskusteluista valmistettuja äänitallenteita, jokaisella puhujalla on aina tietty kommunikointitarkoitus, joka kyllä saattaa rajoittua tosiasialliseen keskusteluympäristöön. Sen sijaan ne merkinnät mielipiteistä, tunteista, elämyksistä ja kokemuksista, jotka henkilö tekee päiväkirjaansa, ovat alun alkaen tarkoitettut tekijää itseään varten. Ne ovat hänen yksityisiä salaisuuksiaan. Jos yksityiselämän kuuntelutarkkailu kätkee itseensä mahdollisuuden intiimimpiin häiritsemiseen ja oikeudenvastaiseen vakoiiluun, niin sitäkin enemmän vaarantaa väärin käsiin joutunut henkilökohtainen päiväkirja persoonallisuuden oikeussuojaa. Salainen ääninauhoitus ja henkilökohtaisen päiväkirjan riisto ovat persoonallisuus-oikeuden loukkauksen modaliteetteja siten että kun puhuttua sanaa sie-lunelämän ilmaisuna ei voida käsitellä kuten luovutettavaa esinettä niin »toisena minänä» kirjoitettu päiväkirja näyttäytyy vielä enemmän persoonallisuuden osana.

⁴⁰⁴ *Händel*, NJW 1964 s. 1140.

2. Kulttuuri-ilmiönä päiväkirja on osa eurooppalaista hengenhistoriaa.⁴⁰⁵ Toisin kuin erilaiset äänentallennusmenetelmät se ei edusta oikeuselämässäkään uutuutta.⁴⁰⁶

Henkilökohtainen päiväkirja merkitsee tekijälleen purkautumiskannavaa, jonka avulla hän kehittää persoonallisuuttaan. Tämä hengentuote on useinkin sisäisen tilityspakon synnyttämä. Yksi saattaa tuntea tarvetta pitempiaikaiseen introspektioon merkitsemällä muistiin tunteita, mieltymyksiä, aistimuksia ja reaktioita päästäkseen entistä tiedostetumpaan minän kontrolliin ja oman itsensä herraksi. Toinen, esimerkiksi ammattipsykologi, saattaa tehdä vastaavia havaintoja kanssaihmisistään kootakseen päiväkirjaansa tieteellisesti arvokasta aineistoa. Luovat persoonallisuudet uskovat päiväkirjalleen tunne-elämäänsä suunnitteilla olevan kaunokirjallisen teoksen ensimmäisinä luonnoksina.⁴⁰⁷ Psykkisesti estyneelle ihmiselle vuorostaan päiväkirja voi arvokkaalla tavalla korvata kontaktien köyhyiden ja avata väyliä sisäisten jännitysten purkamiseen. Millaisesta arvomaailmasta päiväkirja yksittäistapauksessa nouseekin — se saattaa jollakulla olla vain viihteellinen »muistojen ja fantasioiden kirja» —, aina sillä on tekijälleen suuri tunnearvo. Se kuuluu hänen suojanarvoiseen salaisuuspiiriinsä.

Yhdenmukaisesti kuin salaisen ääninauhoituksen kohdalla todettiin

⁴⁰⁵ Hyvä johdatus päiväkirjan kulttuurihistoriaan on *Hocken* teos *Das europäische Tagebuch, 1. Buch: Grundmotive europäischer Tagebücher, Beiträge zur vergleichenden Literaturgeschichte*, Wiesbaden 1963. — Sivistyshistoriasta on helppo poimia henkilöahmoja, jotka ovat lähtemättömästi piirtäneet nimensä eurooppalaisen hengen historiaan päiväkirjan muotoon laatimillaan ajankuvauksilla. Näiden joukosta mainittakoon tässä vain eräs kaikkein tunnetuimmista: Saint — Simon'n herttua († 1755). 21-vuotiaasta asti hän oli pitänyt päiväkirjaa. Hän oli merkinnyt muistiin jokaisen kulttuuritapahtuman puolen vuosisadan ajalta. Hänen kuoltuaan paperit kerättiin kokoon ja julkaistiin — 20 suurta niddettä. Niitä pidetään yleisesti maailmankirjallisuuden kaikkein tärkeimpinä lähdekirjoina. Ks. sen johdosta esim. *Lie*, Eurooppalainen kirjallisuus, 4. osa, s. 401. (Suomennos.)

⁴⁰⁶ Suomen oikeuskäytännössä päiväkirjoilla on vanhastaan ollut laaja käyttö erityisesti avioero-oikeudenkäynneissä. (OikN *Miettisen* ilmoitus.)

⁴⁰⁷ Suomalaisen kirjallisuuden historiasta voidaan puheenalaisessa suhteessa edustavana mainita runoilija *Saima Harmaja*: hänen lyriikkansa henkisenä kasvupohjana oli rinnakkaistekstinä syntynyt, lopullisena 2500 sivua käsittänyt päiväkirja. — Tekstissä muutoin sivuttuun tietämykseen laajemmin perehdyttävänä alan teoksena viitattakoon *Gordon W. Allportin* tutkimukseen *The use of personal documents in psychological science* (New York 1942).

olevan, voimassa oleva oikeus ei kirjoitetun lain tasolla — toistaiseksi sivuutetaan OK 17:12,3 — sisällä henkilökohtaisen päiväkirjan varalta annettuja todistamiskieltoja. Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan v. 1966 yleissopimuksen 17 artiklan mukaan »kenenkään yksityiselämään, perheeseen, kotiin tai kirjeenvaihtoon ei saa mielivaltaisesti tai laittomasti puuttua eikä suorittaa hänen kunniaansa ja mainettaan loukkaavia hyökkäyksiä». Määräys velvoittaa prosessilain säätäjää mutta ei soveltajaa. Sen johdosta, että päiväkirja on yleensä ankkuroitunut vielä syvemmälle persoonallisuus oikeuden ydinpiiriin kuin äänentoistolaitteelle tallennetut tapahtumat,⁴⁰⁸ se johtopäätös tuntuu läheiseltä, että päiväkirjaa ei saa käyttää oikeudenkäynnissä todistuskeinona. Jos todistamiskiellon asettaminen on perusteltua sen estämiseksi, ettei todistuskeinon (äänitallenteen) esittäminen johda ihmisarvon ja intiimipiirin loukkaukseen, niin a fortiori todistamiskielto on perusteltu tapauksessa, jossa *sama oikeushyvä* on vaarassa kokea vielä vakavamman loukkauksen. Intiimipiirissään ihmisellä on itsemääräämisoikeus. Yksityisten päiväkirjamerkintöjen lukeminen on ihmisen minuuden riistoa, heikkouksien näytteillepanoa, hänen henkistä paljaaksi riisumistaan. Sellaisena se on sovittamattomassa ristiriidassa ihmisarvon kanssa.⁴⁰⁹

Problematiikan kannalta on toisarvoista, että päiväkirja on todistuskeinona epäluotettava. Kysymyksenasettelu: onko päiväkirja torjuttava todistusaineistosta todistelun luotettavuuden edistämiseksi? ei ole onnistunut. Toisaalta on tunnettua, että erilaiset henkilökohtaiset muistiinpanot ovat joskus yksityiskohtiin ulottuvia ja sellaisina varsin totuuden mukaisia. Tunnettua on, että monilla lainrikkokjilla on lähes vietinomainen tarve pitää seikkaperäistä päiväkirjaa tietoisena siitä, että sitä voidaan käyttää heitä vastaan. »Kirjoittavasta rikoksentehtijästä» on tullut kriminologiassa lähes käsite.⁴¹⁰ Siveellisyysrikollisen tekemät muistiinpanot voivat antaa viitteitä rankaisemattomasta perversiteetistä aina murhaan asti. Mitä tällaisten muistiinpanojen muotoon tulee, se saattaa vaihdella sääntöjen mukaisesta päiväkirjasta irtolehdistä tehtyihin merkintöihin. Käsitteen vastaista ei ole katsoa päiväkirjaksi muistikirjaa

⁴⁰⁸ BGHSt. 19,325. Tämän ns. »päiväkirjatapauksen» johdosta ks. *Dünnebier*, MDR 1964 s. 966 s. (kuten tekstissä); sekä lisäksi *Salmialan* oikeustapausselostusta DL 1964 s. 307.

⁴⁰⁹ Näin jo *Kohler*, Arch. für Bürgerliches Recht, 7. Bd., s. 105: »Tämän sielunelämän suojeleminen... on oikeuden pyhä velvollisuus.»

⁴¹⁰ *Herren*, Kriminalistik 1963 s. 295.

yhtä vähän kuin sellaistaakaan taskukalenteria, jossa niiden päivien kohdalle, jolloin jotakin on tapahtunut ja »suuret asiat hoidettu», on merkitty ympyröitä, ristejä tai muita merkkikielisiä symboleja. Kun kehityksen suuntana on mahdollisuuksien mukaan korvata todistajatodistelu esinetodistelulla, rikollisuutta vastaan käytävässä vaikeassa taistelussa ei voida kevyin perustein luopua niin arvokkaista todistuskeinoista kuin rikoksen tekijän kirjalliset itsetodistukset ovat.⁴¹¹

Yksityisillä muistiinpanoilla saattaa edellä viitatuin tavoin todellisuudessa olla varsin suuri merkitys tutkittavan rikoksen selvittämiseksi. Tällöin on tietenkin mahdollista, että samankin päiväkirjan todistusarvo mutta myös intimitetin aste vaihtelevat sivu sivulta. Jos todistamiskiellon esiintyminen periaatteessa hyväksytään, todistamiskielto ei voi olla sillä tavoin totaalinen, että mitkä tahansa yksityiset muistiinpanot on sisällöstä riippumatta pelkän »päiväkirjan» luonteensa perusteella jätettävä rikosprosessuaalisen hyödyntämisen ulkopuolelle. Pikemminkin (oletetun) kiellon on oltava joustava siten, että jos rikosoikeudenhoidon orgaani havaitsee (yksityishenkilön hänelle toimittaman tai oma-toimisesti käsiinsä saaman) päiväkirjan vain osittain hyödyntämiskelpoiseksi, hän saa prosessimuotoisesti ottaa selon, esimerkiksi jäljennöksen valmistamisella, vain niistä tekstin kohdista, joihin perehtyminen ei loukkaa kirjoittajan persoonallisuus oikeuden ydinpiiriä: intimiteettiä.⁴¹²

Vaikka rikosprosessilakiin ei sisälly todistamiskiellon ilmaisevaa nimenomaista oikeussäännöstä, oletettua torjuntasääntöä ei toisaalta voida varauksetta pitää »perustuslaillisena» todistamiskieltona. Sitä ei voida luontevasti palauttaa perustuslakiin, joka on aukollinen ja rakentuu alun perinkin harvan normituksen periaatteelle. Perustuslakimme ei tunnusta yksilön oikeutta persoonallisuutensa vapaaseen kehittämiseen erityiseksi perusoikeudeksi;⁴¹³ niin ikään oikeus yksityiselämään jää de lege lata perusoikeusjärjestelmän ulkopuolelle. Osaksi on esitetty käsitys, jonka mukaan vasta se seikka, että intiimit muistiinpanot joutuvat vastoin asianomaisen tahtoa rikostutkintaviranomaisen käsiin, muodostaa valtiosääntöoikeudellisesti relevantin virheellisyyden.⁴¹⁴ Katsomustapa

⁴¹¹ Ks. *Heinitz*, JR 1964 s. 444.

⁴¹² *Sax*, JZ 1965 s. 1. — Vrt. analogisesta tilanteesta salaisen ääninauhituksen yhteydessä edellä V 2 b 3 av 386 kohdalla.

⁴¹³ Vrt. edellä av 356.

⁴¹⁴ BGHSt. 19, 325.

on virheellinen; jos nimittäin asianomaisen suostumus asetettaisiin todistuskeinojen esittämisen ja hyödyntämisen edellytykseksi, rikosoikeudenhoito lamaantuisi. Päiväkirjan osalta on jo aikaisemmin korostettu oletetun todistamiskiellon tulevan lähelle todistusteemakieltoa: jos päiväkirjan prosessuaalinen hyväksikäyttäminen sisällön valossa arvostellen loukkaisi tekijänsä intiimiä, todistamiskiellon tehoisaksi tulemisen kannalta olisi yhdentekevää *millä tavalla* muistiinpanot ovat joutuneet oikeuden käsiin.⁴¹⁵

3. Edellä on tarkasteltu sitä oikeushyvätaustaa, jolla henkilökohtaisen päiväkirjan suojaksi asetettavaa todistamiskieltoa voidaan perustella, kuvailtu päiväkirjan käsitettä ja esitetty eräitä lähinnä konstruktivisia näkökohtia eventuaalisesta todistamiskiellosta. Oikeushyvän suojantarve on kieltämättä hyvin huomattava; tältä pohjalta on luotu työhypoteesi todistamiskiellon olemassaolosta. Mutta suoritettu päiväkirjan käsitteen kuvailu havaintoineen puheenalaisen todistuskeinon merkittävästä näyttöarvosta muodostaa jo lähtökohdan työhypoteesina esitetyn käsityksen tarkistamiseen.

Henkilökohtainen päiväkirja saattaa joutua rikostutkintaviranomaisen käsiin periaatteessa kolmea eri tietä: Päiväkirjan haltija luovuttaa muistiinpanot viranomaiselle, joko suoraan tai toisen henkilön kautta; sivullinen on oikeudenvastaisin toimin saanut päiväkirjan haltuunsa ja toimittaa sen viranomaiselle; viranomaisen löytää päiväkirjan tavanomaisen rikospaikkatutkimuksen yhteydessä. Ensiksi mainittu vaihtoehto ei tuota ongelmia; selvää on, että päiväkirjan osaksi tuleva suoja raukeaa niin pian kuin muistiinpanojen laatija on antanut ne toisiin käsiin, olkoonpa tämä tapahtunut tuottamuksellisestikin. Esitutkintaviranomaisen samoin kuin oikeudenkäyntivaiheen aikana tuomari, jolle päiväkirjan tekijä luovuttaa päiväkirjan, on velvollinen tutustumaan sen sisältöön, edellyttäen, että päiväkirjalla voi olla merkitystä teon ja tekijän tuntemiselle. Mitä kahteen muuhun vaihtoehtoon tulee, todistamiskiellon aktualisoitumista harkittaessa oletetuilla tosiseikastoilla ei ole periaatteellista eroa. Jos nimittäin yksilön persoonallisuutta halutaan suojella, on merkityksetöntä, millä tavalla intiimit muistiinpanot ovat vastoin haltijansa tahtoa joutuneet viranomaiselle. Perustuu yksin tutkimuksellisiin syihin, että systematiikan tasolla on lähestymiskulmaa valittaessa pidetty

⁴¹⁵ Edellä V 2 a av 350 kohdalla. Ks. tekstissä esitetyn johdosta lisäksi Evers, JZ 1965 s. 663; Rupp s. 174.

silmällä ensi sijassa niitä tilanteita, jolloin yksityishenkilö on syyllistynyt oikeudenvastaiseen menettelyyn.

Aineellisen totuuden periaatteesta seuraa, että jos laki ei yksilöi sitä asiakirjalajia, johon esitutkinnassa ei saa kajota, poliisiviranomaisen on papereita löytäessään otettava selko niiden sisällöstä. Kun henkilökohmainen päiväkirja, siten kuin edellä on kuvailtu, ei ulkonaisessa suhteessa aina noudata helposti tunnistettavaa perustyyppiä, tutkijan on varauduttava siihen, että hän voi löytää intiimejä muistiinpanoja sieltäkin, missä asiakirjan luonne ja tekstin yleinen laatu antaisi aiheen odottaa muuta. Siinäkin tapauksessa, että tekstikokonaisuuden otsikointi tahi sisällön yleinen luonne antaa viitteitä yksityisestä päiväkirjasta, etsintöjä suorittavan viranomaisen tehtävä on vaikea: tutustumatta päiväkirjan sisältöön hän ei voi *ex ante* päätellä tekstin intimitietin astetta. Tilanteeseen kätkeytyy toinenkin tuntematon tekijä: todistelutuloksen ennakoinnin vaikeus.⁴¹⁶ Ottamatta selvää päiväkirjan sisällöstä poliisiviranomainen ei voi tietää, kuinka arvokas tietolähde hänellä ehkä on edessään. Jos vaaditaan, että oletetuin tavoin vasta konkreettisessa tapauksessa ratkaistaan mahdollisen intiimipiiriin puuttumisen sallittuus, poliisiviranomainen alistetaan suureen epätietoisuuteen. Mutta tämä näkökohta ei välttämättä ole esteenä todistamiskiellon olettamiselle; kuten salaista ääninauhoitusta koskevan esityksen yhteydessä todettiin, poliisiviranomainen ratkaisee ennakoivasti objektin todisteeksi kelpaavuuden. Tällöin hänen on varauduttava siihen, että tuomioistuimien arvostelee mainitun oikeuskysymyksen toisin.⁴¹⁷

Sen johdosta, että rikostutkijan on otettava selko löytämiensä tekstien sisällöstä, hyödyntämiskielto käytännössä lähes raukeaa. On paljon vaadittu ja vaikeasti toteutettavissa, että esitutkintaviranomaisen (tai tuomarin) olisi pyyhittävä mielestään teksteistä lukemiaan tietoja. Jos taas hyödyntämiskielto on otettava huomioon vasta varsinaisessa oikeudenkäynnissä, se epäilemättä tulee syytetylle liian myöhään. Silti voidaan väittää, etteivät hyödyntämiskiellon reaaliseksi tekemiseen liittyvät psykologiset ja prosessikäytännölliset vaikeudet tässä kuten muutoinkaan ehdottomasti pakota ongelman uudelleenarviointiin.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Näihin vaikeuksiin on kiinnittänyt huomiota *Sarstedt*, s. 12, joka sanoo tilanteen muistuttavan esimerkkiä, jossa on kaksi tuntematonta. Vrt. tekstissä esitetyn johdosta toisessa yhteydessä (III 3 3 av 369 edellä) olevaa esitystä.

⁴¹⁷ Edellä V 2 c 4 av 400 kohdalla ja sanottu alav.

⁴¹⁸ Tekstissä on liitetty *Heinitzin*, mt. *ibid.* esitykseen, jossa tarkastellaan

Ne vasta-argumentit, jotka tähän asti on esitetty päiväkirjaa koskevan oletetun todistamisrajoituksen kritiikiksi, ovat lähemmän tarkastelun valossa yleensä kumoutuneet. Todistamiskiellon akilleen kantapäähän osutaan vasta kun katse kohdistetaan todistamiskiellon epätavalliseen asettamistapaan. Kuten useimmissa tapauksissa, jolloin valtiosääntö-oikeuden ja rikosprosessioikeuden kesken tapahtuu kollisio, palautuu myös nyt tutkittava pulmakysymys *intressivertailuun*.⁴¹⁹ Vaakakupissa ovat tällöin yhtäältä oikeushyvään kajoamisen intensiteetti, toisaalta rikoksen syytteenpanointressin tärkeys. Tällöin on huomattava, että esitutinnan asteella perusteet intressivertailun suorittamiselle ovat vielä perin epämääräiset.⁴²⁰ Vasta oikeudenkäyntivaiheessa suoritettuna intressivertailu tulee taas syytetylle useinkin liian myöhään.⁴²¹

Käytännössä etujen vertailu voitaisiin tyydyttävästi suorittaa vasta kun tuomio on jo julistettu — siis lopputuloksesta käsin. Asianlaita on nimittäin se, että etujen vertailun kriteeri ja etujen vertailu itsekin jäävät avoimeksi aina muutoksenhakuoikeudenkäynnin päättymiseen asti.⁴²² Kun viime kädessä alioikeustuomarista tulisi todistamiskiellon asettaja, hän joutuisi harvinaisen vaikeaan valintatilanteeseen: jos hän jo ennakolta torjuu päiväkirjan todistuskeinona, hänen on otettava huomioon se mahdollisuus, että menettely loukkaa totuudentutkimisvelvollisuutta. Jos hän taas ryhtyy suorittamaan intressivertailua, hänellä ei ylioikeustuomariin verrattuna ole vain häilyvämmät perusteet vaan myös vähemmän aikaa tämän vaikean tehtävän suorittamiseen. Oikeudenkäyntiin osallistuva henkilö saattaa asettaa hänen eteensä kesken kiireisintä prosessia päiväkirjan, johon on kirjattu aste asteelta vaikeutuvia/lieveneviä rikok-

pelkästään sitä tilannetta, että poliisiviranomainen löytää päiväkirjan tavanomaisessa rikostutkinnassa. Samanaikaisesti on tässäkin yhteydessä selvennettävä, että milloin päiväkirja joutuu viranomaisen käsiin yksityishenkilön deliktisen toimen seurauksena, käsitteellisesti ei voida (kuten tekstiyhteydessä) puhua hyödyntämiskiellosta vaan todistamiskiellosta. Kuten usein on mainittu, esitysjaksoissa (V 2) pidetään tutkimuksellisista syistä muutoin ensi sijassa silmällä jälkimmäisen vaihtoehdon mukaista tilanteistoa.

⁴¹⁹ *Klug* s. 60 s.

⁴²⁰ Toisaalta tähänkin soveltuu tutkimuksen eri yhteyksissä korostettu näkökohta, jonka mukaan harkinnanvaraisuus ja väliaikaisuus juuri kuuluukin, vasta kohtana tuomitsemistoiminnalle, esitutkintamenettelyn luonteeseen. Tämä peruste ei selvästikään riitä oletetun todistamiskiellon mitätöimiseen.

⁴²¹ Vrt. *Sarstedt* s. 13.

⁴²² *Sax*, mt. s. 2.

sia. Miten tuomari hyödyntämiskysymyksen ratkaiseekin, hän ei voi välttää ajatukselta että muutoksenhakutuomioistuimen silmissä hän on menetellyt väärin. Tuomarin saattaminen näin vaikeaan asemaan olisi kohtuutonta.⁴²³

Ajatus päiväkirjan suojaksi ylläpidettävästä todistamiskiellosta ei kaiken kaikkiaan ole kestävä. Todistamiskieltojen on, mikäli mahdollista, oltava selviä ja yksiselitteisiä. Tämän vaatimuksen täyttäminen edellyttää, että ne perustuvat lainsäädännön tietä annettuun muodolliseen oikeuslähteeseen ja tällöin nimenomaan rikosprosessilakiin eikä esimerkiksi perustuslakiin. Säännönmukaisesti syytetyn perusoikeudet tulevat turvatuiksi jo rikosprosessioikeuden määräysten avulla. Mitä syytteenpano-organit saavat tai eivät saa tehdä, se ilmenee periaatteessa rikosprosessioikeudesta itsestään. Tämän oikeusalan normit sisältävät, milloin se osoittautuu tarpeelliseksi, riittäviä takeita ihmisarvon suojaksi. Perusoikeuksien muuntaminen rikosprosessuaaliseksi todistamiskielloiksi jää lainsäätäjän tehtäväksi. Tuomarin tehtävänä ei ole asettaa uusia todistamiskieltoja lain tuolle puolen yltävien arvostusten pohjalta; esillä olevassa tilanteessa todistamiskiellon asettaminen edellyttäisi jopa perustuslain korvaamista topiikalla.⁴²⁴

Rikosprosessioikeus ei tunne persoonallisuuden vapaata kehittämistä tarkoittavaa oikeutta erityisenä totuudentutkimiskäskyn murtavana intressinä. Ihmisarvon ja yksityishenkilöiden välisen luottamuksen suojaksi on OK 17:20:ssa syytetyn lähiomaisille annettu ns. kokonaiskieltäytymisoikeus; tämän privilegion täydennykseksi on rajoitettu lähiomaisen editiovelvollisuutta ja katselmusesineen esittämisvelvollisuutta (OK 17:12,2 ja 57,1) sekä annettu takavarikkokiello (TakavarikkoL 1,2 §). TakavarikkoL 2 §:ssä annetaan suojaa kirjesalaisuudelle määräämällä, että rikoksesta epäillylle tai häneltä lähtöisin olevat kirjeet, jotka ovat postija lennätinhallituksen huostassa, saa takavarikoida ainoastaan milloin rikoksesta saattaa tulla vankeutta kovempi rangaistus ja ne saman lain mukaan muuten voitaisiin takavarikoida vastaanottajan hallusta.⁴²⁵

⁴²³ Vrt. *Goeschen*, Juristentag s. 84; *Sarstedt* s. 12.

⁴²⁴ Lopputuloksen osalta kuten tekstissä *Andenaes* s. 19: »Die Praxis dürfte sich sicherlich nicht für berechtigt halten, das Gesetz durch ungeschriebene Prinzipien hinsichtlich der Persönlichkeit zu vervollständigen. Der deutsche »Tagebuchfall« (BGHSt. 19,325) würde im nordischen Recht einen anderen Ausfall gehabt haben.»

⁴²⁵ Tämän lainkohdan esitöistä ja tulkinnasta ks. HE 2/1958 vp. s. 2; *Autere*,

Tutkittavassa suhteessa todistusvoimaisin on kuitenkin OK 17:12,3, jossa säädetään, ettei sellaista kirjallista muistiinpanoa tai muuta kirjoitusta, joka on tarkoitettu yksinomaan henkilökohtaista käyttöä varten, saa määrätä tuotavaksi oikeuteen, elleivät erittäin tärkeät syyt sitä vaadi. Henkilökohtainen päiväkirja kuuluu eittämättä tämän editiovelvollisuutta rajoittavan säännöksen soveltamisalaan.⁴²⁶ Kun lakiin ei muualla sisälly erityistä päiväkirjan todistuskeinona käyttämistä rajoittavaa normia, on se osoitus lainsäätäjän tietoisesta kannanotosta. Lainsäätäjä ei ole tarkoittanut jättää oikeuskysymystä sillä tavoin avoimeksi, miten tapahtuu kun se jätetään oikeustieteen ja praksiksen ratkaistavaksi, vaan on edellyttänyt pitäytymistä pääsääntöön: aineellisen totuuden tutkimiseen. Salaisen ääninauhoituksen tapauksessa tilanne on toinen: rikosprosessilaissa on aukko. Kysymyksessä on ns. sekundäärinen aukkotilanne, jollainen syntyy, kun lainsäädäntö jää jälkeen teknis-tieteellisestä kehityksestä. Jossakin määrin epätyydyttävänä voidaan kyllä pitää, että omakutun lopputuloksen seurauksena lähi-ilmiöiden: salaisen ääninauhoituksen ja henkilökohtaisen päiväkirjan riiston, kesken vallitsee prosessuaalisten seuraamusten osalta epäyhdenmukaisuus. Näiden lähiongelmien ratkeaminen vastakkaisiin suuntiin osoittaa, kuinka välttämätöntä mutta myös kyseenalaista on johtaa todistamiskieltoja ihmisarvon käsitteestä.

SPL 1959 s. 250; *Jotuni*, PM 1959 s. 851. — Voidaan kyllä väittää, että päiväkirjat, joita ei ole tarkoitettu ketään muuta kuin kirjoittajaa itseään varten, kuuluvat kirjeitäkin syvemmassä merkityksessä henkilön suojanarvoiseen yksityispiiriin, kirjeiden ollessa ainakin vastaanottajan avattavissa ja luettavissa. Tällä perusteella laissa omaksuttua oikeudellista sääntelyä voitaisiin pitää epätyydyttävänä: jättäähän se päiväkirjat (esitutinnan asteella) suojaa nauttivien objektien ulkopuolelle. Tämä on aivan muuta kuin väite, että oikeudellinen sääntely on tältä osin ristiriitainen. Todellisuudessa oikeusjärjestys määrää arvojen järjestyksen. Ei ole sellaista oikeusjärjestelmän ulkopuolista arvojärjestelmää, jolle tämä olisi alistettu. — Problematiikasta yleisesti ks. muutoin *Peters* s. 155.

⁴²⁶ Kuten tekstissä vastaavasti Ruotsin oikeuden (RB 38:2,3) kannalta *Hassler*, *Bevisrätten* s. 65. Ks. lisäksi *Ekelöf*, *Kompendium* II s. 423; *Gärde* s. 532; *Kallenberg*, *SvJT* 1940 s. 610. Erityisesti OK 17:12,3:n tulkinnasta ks. *Tirkkonen* s. 78 s.; *sama*, *Totuus* s. 171; sekä muutoin toisessa yhteydessä (jäljempänä VI 2 db) olevaa esitystä.

BEWEISVERBOTE IM STRAFPROZESS I

ZUSAMMENFASSUNG

Die im Jahre 1948 in der finnischen Gesetzgebung durchgeführte Neuordnung der prozessualen Beweisführung bedeutete die endgültige, auf Gesetzesebene verwirklichte Einführung der *freien Beweisführung*. Damit wurden die sog. Gründe für die Ablehnung eines Zeugen und die Beweiswürdigungsregeln aufgegeben. Diese tiefgreifende Veränderung beseitigte aber nicht die schon begrifflich zur Beweisführung gehörende Normengebundenheit; eigentlich wurde nur der Anwendungsbereich einer Institution — der Zeugnisunfähigkeit — insofern eingeschränkt, als die Begrenzung und Lenkung der Beweisführung nun vorwiegend einer anderen, bei der Reform stark erweiterten Institution zugeordnet wurde: den Beweisverboten.

1. Die vorliegende Untersuchung stellt den ersten Teil einer auf zwei Teile berechneten Gesamtdarstellung der Beweisverbote dar. Aus dem Umfang des zu erforschenden Problemkreises erklärt es sich, dass es dabei nur um einen gleichsam als Makroanalyse gegebenen Überblick gehen kann. Das wird vorbereitend schon im I Kapitel angestrebt, das die Vorfragen der Untersuchung beleuchtet. In vielen Fällen ist das Übergehen von Einzelfragen auch schon deshalb begründet, weil es über Sonderfragen schon reichlich finnische Literatur gibt. Als *Ganzheit* stellt das Untersuchungsobjekt dagegen fast ein wissenschaftliches Vakuum dar: Während die Gründe der Zeugenablehnung nur langsam aus der Gedankenwelt des Juristen verschwinden, tauchen die Beweisverbote erst allmählich in der aktuellen wissenschaftlichen Diskussion auf.

Den eigentlichen Ausgangspunkt der Untersuchung stellt das Postulat der materiellen Wahrheit dar. Unser Recht setzt voraus (OK 17:2 ex anal.), dass alle relevanten Tatsachen zu untersuchen sind und dass dabei alle verfügbaren Beweismittel anzuwenden sind. Die vorläufige Problem-

stellung ist gegeben, wenn man dieser Grundthese folgende neue These entgegenstellt: Die Wahrheit ist im Strafprozess nicht um jeden Preis zu erforschen. Damit tritt schon im Zusammenhang mit dem Ausgangspunkt einer der allerzentralsten Grundgedanken der Untersuchung hervor: die Unverletzlichkeit der Menschenwürde. Die Freiheit der Beweisführung erstreckt sich nicht einmal a priori auf die *Beweismethode*. Bei der Erforschung der Wahrheit ist es absolut unzulässig Verfahrensweisen zu gebrauchen, die das menschliche Individuum zum gegenstandsähnlichen Untersuchungsobjekt degradieren. Die Unverletzlichkeit der Menschenwürde hat ihre Wurzeln in der Idee des Rechtes selbst, in jener absoluten Würde, die alle Rechtsgebiete beherrscht und auf die auch der Strafprozess ausgerichtet ist.

Der Gedanke, das Streben nach Wahrheit zu begrenzen, ist in der finnischen Prozesstheorie an sich nicht neu. Wenn sich aber, im Gegensatz vor allem zu Deutschland, von diesem Gebiet keine einheitliche Dogmatik gebildet hat, erklärt sich das in erster Linie aus der späten Kodifizierung der Institution. Ein Erklärungsgrund findet sich auch in der Art unserer staatsrechtlichen Entwicklung, die niemals unterbrochen wurde. Die obersten machtausübenden Organe waren hier in Finnland immer an das Gesetz gebunden, wobei — entsprechend — der Persönlichkeitsschutz des Individuums stark war. In dieser Wirklichkeit enthält die *Rechtsprechung* sehr wenig repräsentative Entscheidungen auf der präjudiziellen Ebene, ein Zustand, der allen skandinavischen Ländern gemeinsam ist.

Eine *Definition* der Beweisverbote erscheint für die Untersuchung nicht zweckmässig. Methodisch ergiebiger ist es, das Hauptaugenmerk in der Weise auf das Normenmaterial zu richten, dass repräsentative Rechtsvorschriften ausgewählt werden, mit deren Hilfe sich Fragestellungen herauskristallisieren, die für den Aufbau der Untersuchung grundlegend sind. In dieser Hinsicht charakteristisch ist die Vorschrift der Nummer 2 des Absatz 1 von OK 17: 23, die dem Zeugen verbietet, ein Staatsgeheimnis zu verraten. Die Fragestellung des Gesetzes ist: *was* darf nicht bewiesen werden? In der Gesetzstelle wird ein *Beweisthemaverbot* gegeben. In der vorhergehenden Nummer 1, wo dem Beamten als Zeugen Schweigepflicht auferlegt wird, ist die Fragestellung: *mit welchem Mittel* darf nicht bewiesen werden (über ein bestimmtes Beweisthema)? Die Norm begründet das *Beweismittelverbot*. Eine dritte Verbotskategorie stellt die Vorschrift des 4. Satzes von § 1 Kap. 23 des Beschlagnahmegesetzes dar, nach der »eine Blutprobe ausschliesslich von einem Arzt entnommen wer-

den darf». Der die Norm aufstellte, ist von der Fragestellung ausgegangen: *auf welche Weise darf nicht bewiesen werden?* Es ist ein *Beweismethodenverbot* erteilt.

Für die Forschungsaufgabe zeigt die Frage »was ist verboten« ihre Bedeutung u.a. in der Systematik der Untersuchung. Dabei werden die Beweisverbote im Zustand der Ruhe betrachtet. Der Schwerpunktbereich der Problematik wird von der Fragestellung nicht erreicht. Die schwierigsten Fragen häufen sich vermutlich in einem Gebiet, in dem die geschriebenen Rechtssätze fehlen: im Zusammenhang der prozessualen Folgen der verbotswidrigen Beweisführung. Da scheint es methodisch am natürlichsten, von der Ganzheit zu den Teilen vorzugehen, d.h. zunächst die nötige *Systematisierung der Beweisverbote* vorzunehmen (Kap. II) und — als Schritt in Richtung einer pragmatischen, problemorientierten Einstellung des Forchers — die Argumentationsbasis durch Prüfung der *Rechtsgründe der Beweisverbote* zu erweitern (Kap. III). So hat man einen Ausgangspunkt für die später vorzunehmenden teleologischen Entwicklungen. Als selbständiger Sachkomplex wird untersucht, ob die Beweisverbote nur für die Anklagebehörde gelten oder ob sie auch dann rechtswirksam zu machen sind, wenn eine Privatperson eine Fehlerhafte Beweismassnahme getroffen hat (*Adressaten der Beweisverbote*; Kap. IV).

In der Chronologie des Prozessablaufes stellt die Voruntersuchung das erste Stadium des Verfahrens dar. Diese Tatsache ist in der Systematik der Untersuchung in der Weise berücksichtigt, dass die Frage der *Verwertbarkeit unzulässig erlangter Voruntersuchungsbeweise* (Kap. V) als stärker präjudizialer Punkt der Betrachtung erscheint denn die *Beweisverbote beim Verfahren im ersten Rechtszug* (Kap. VI). Ferner wird die *prozessuale Behandlung der Beweisverbote* berücksichtigt (Kap. VII) und eine *kritische Beurteilung der Beweisverbote* im Zusammenhang mit der Koordinierung der *Untersuchungsergebnisse* vorgenommen (Kap. VIII).

Besondere Beachtung erfordert die Abgrenzung von einigen *verwandten Begriffen*. Zunächst wird die Analogie betrachtet, die sich zwischen den Beweisverboten und den *Verfahrenshindernissen* nachweisen lässt. Die Feststellung, dass die Beweisverbote zu den rechtlichen Hindernissen der Beweisführung gehören, ist in dieser Hinsicht grundlegend. Schon auf dieser rein axiomatischen Basis ist zu erkennen, dass die besagte Analogie eine sehr entfernte ist. Die Verfahrenshindernisse wenden den (die Hauptsache betreffenden) Prozess in seiner Ganzheit ab; die Hindernisse der Beweisführung dagegen betreffen nur einen Teil des Beweisverfahrens.

Die Verfahrenshindernisse verursachen nicht unbedingt eine Einstellung des Prozesses: die diesbezüglichen Mängel sind oft korrigierbar. Die das Verfahren und die Beweisführung behindernde Wirkung der Beweisverbote ist wiederum endgültiger. Im Gegensatz zu den Verfahrenshindernissen sind sie nicht sehr übersichtlich; dementsprechend wirkt ihre Darstellung mit Hilfe eines formalistischen Systems nicht angemessen. Im System des Verfahrensrechts liegen die besagten Institutionen in verschiedenen Sektoren.

Um ausgesprochen *beweisrechtliche* Nachbarbegriffe handelt es sich in der Gegenüberstellung Beweisverbote — Zeugnisunfähigkeit.

Falls eine Zulassungsvoraussetzung des Zeugen fehlt, besteht ein Grund zur Ablehnung des Zeugen. Allgemeine Ablehnungsgründe hinsichtlich eines Zeugen kennt unser Recht nicht; das Gegensatzpaar *testes habiles* — *testes inhabiles* ist somit ein Anachronismus. Eine andere Rolle spielen die besonderen Zulassungsvoraussetzungen des Zeugen; in dieser Hinsicht kann man auf die zwingenden Vorschriften von OK 17:18,¹ hinweisen. Deren zentrale Ratio ist ein den ganzen Verfahrensablauf tragender Rechtsgedanke: jeder spielt in Verfahren nur *eine* Rolle. Zeuge kann nur eine aussenstehende »dritte« Person sein. Aus dieser Forderung der einen Rolle erklärt sich auch die Vorschrift von OK 17:19, nach der der Richter nicht Zeuge sein kann. Das Problem der *Unverwertbarkeit des privaten Wissens des Richters* ist hier legal gelöst.

In OK 17:21 werden einige Personengruppen aufgezählt, bei denen die Fähigkeit zum Auftreten als Zeugen in einem konkreten Verfahren dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt ist. Falls die Fähigkeit gemäss OK 17:18,¹ oder 21 in einem einzelnen Fall fehlt, kann das Prozessverhalten einer solchen Person nicht das Übertreten eines solchen Beweis-mittelverbotes konstituieren, das den Zweck hat, die mit Hilfe des Zeugen erfolgende Beweisführung zu verhindern. Eine Person, die nach dem Normensystem kein Zeuge ist, kann keine solche Prozesshandlung ausführen, deren juristische Gültigkeit/Fehlerfreiheit die formale Rolle eines Zeugen voraussetzt. Ebenso klar ist andererseits, dass wenn das Gericht eine solche Person (»um Aufschluss zu erhalten«) verhört, die Möglichkeit zum Übertreten des Beweisthemaverbotes und des Beweismethodenverbotes besteht. Dasselbe gilt für den sog. objektiven Personenbeweis.

In *terminologischer Hinsicht* ist zu bemerken, dass »Beweisverbot« (anders als die »Ablehnung des Zeugen« des früheren Rechtes) nicht im Gesetzestext erscheint. Auch in der Praxis hat sich der Begriff nicht ein-

gebürgert. Das Wort ist seinem Wesen nach wissenschaftlich. Das nächstliegende Synonym ist »Beweiserhebungsverbot«. Im übrigen ist der Bedeutungsgehalt sehr weit: steht doch »Beweisverbot« auf einer sehr hohen Abstraktionsebene. Eine für die Untersuchung bedeutsame Folge davon ist, dass die in allgemeine Form gekleideten Fragestellungen und Thesen nicht die Klarheit fördern. Als ein *ad hoc* gebildeter Begriff ist der Wert des Beweisverbotes als gedankliches Instrument des Forschers nicht gross. Aus dem angegebenen Problemzusammenhang herausgelöst ruft der Terminus »Beweisverbot« kein präzises, einzuordnendes Bedeutungserlebnis hervor. In der wissenschaftlichen Diskussion beruht die primäre Funktion des Terminus auf seinem Kommunikationswert. Das Beweisverbot ist denn auch in erster Linie ein Ausdruck, mit dessen Hilfe sich ein bestimmtes Normenmaterial und Behördenverhalten zweckmässig erörtern lässt.

2. Es war der berühmte Strafrechtssystematiker *Ernst Beling* der die Beweisverbote ins Problembewusstsein der Rechtswissenschaft hob. Er hat die *Systematisierung der Beweisverbote* auf eine Art und Weise vorgenommen, die in verschiedener Hinsicht immer noch durchführbar ist. Das Gesagte gilt vor allem für die Abgrenzung von Beweisverboten und Beweiswürdigungsregeln (z.B. der Grundsatz in dubio pro reo). Der Forschungsaspekt ist dabei *äusserlich* in der Hinsicht, dass bei der Gliederung die Stellung der Beweisverbote im Gesamtsystem des Beweisrechtes im Auge behalten wird. Die begriffliche Klarheit wird dadurch gefördert, dass der die systematischen Zusammenhänge ausdrückende Oberbegriff *Beweisregel* eingeführt wird. Dann gehören die Beweisverbote ausdrückenden Normen als Teilklasse zu den Beweisregeln. Eine verwandte Kategorie stellen die *reinen Formvorschriften* dar. Das sind reine Ordnungsvorschriften. Ihre Aufgabe erschöpft sich in der Formgebung, in der Lenkung des äusseren Ablaufs des Beweisverfahrens. Damit sind keine ihre Einhaltung steigernden *beweisrechtlichen* Sanktionen verbunden.

Die Grundnorm des Beweisrechts, das Gebot zum Erforschen der Wahrheit, lässt sich wohl auch den Beweisregeln im weitesten Sinne zuordnen.

Eine solche Rechtslage, die die Unterscheidung zwischen Beweisverboten und reinen Formvorschriften als gebundenes Ermessen ermöglicht, entspricht natürlich der Rechtsklarheit. Bei den Beweisthema- und Beweismittelverboten ergeben sich im Prinzip keine Klassifizierungsschwierigkeiten. Anders bei den Beweismethodenverboten; ihre Unterschei-

dung von den reinen Formvorschriften ist schon eine Frage der Auslegung. Die Massnahme setzt einen Vergleich der Vorschriftentexte voraus, die solche Temini enthalten, die allgemeine Klassen bezeichnen. Wie in aller Auslegungsrechtswissenschaft bleiben die Grenzbereiche dabei zwangsläufig unklar, experimentell.

In dem *inneren Verhältnis* der Beweisverbote ist die Dreiteilung in Beweisthema-, Beweismittel- und Beweismethodenverbote von grundlegender Art. Die forschungsmässige Zweckmässigkeit der über diese Einteilung hinaus durchgeführten Gliederungen scheint von Anfang an beschränkt; so auf jeden Fall, was die einen strengen Formalismus befolgenden Systeme betrifft. Der Gedanke von lückenlosen, eine gebundene Lösung garantierenden Konstruktionen ist überhaupt abzulehnen. Statt oder ausser der Entwicklung von Systemen sollte versucht werden, *Gesichtspunkte* darzulegen. Der klarste Gliederungsversuch ist unter den genannten Vorbehalten ein solcher, bei dem die Beweisverbote in *absolute* und *relative* eingeteilt werden. Dabei sind die Beweisthemen- und die Beweismethodenverbote im allgemeinen oder oft absolut, während sich unter den Beweismittelverboten keine absoluten nachweisen lassen. So beschränkt sich z.B. die Schweigepflicht bestimmter Berufsgruppen auf das vom Berufsgeheimnis gebildete Beweisthema. Besonders ist hervorzuheben, dass im Bereich der Beweismethodenverbote die die Menschenwürde verletzenden Ermittlungsweisen absolut verboten sind. — Ferner lassen sich *allgemeine* und *besondere* Beweisverbote unterscheiden. Dabei sind die allgemeinen Beweisverbote gewöhnlich zugleich absolut. — Je nachdem, ob das Beweisverbot zur Förderung des zweckmässigen Ablaufs eines anhängigen Prozesses erteilt ist oder ob es entfernteren, jenseits des Prozesses wirkenden gesellschaftlichen Interessen dient, kann man von *prozessualen* und *materiellen* Beweisverboten sprechen. — Schliesslich lässt sich die (vom Standpunkt des finnischen Rechtes allerdings problematische) Dichotomie *gesetzliche* und *grundgesetzliche* Beweisverbote nennen.

3. Die antreibende Kraft allen Rechtes ist das Interesse. Die soziologische Rechtsauffassung sieht in den Normen aus guten Gründen nur einen äusseren Rahmen, mit dem sich ein bestimmtes »erfolgreiches« Interesse umgibt. Das trifft zweifellos für die Beweisverbote zu: es sind zu Rechtssätzen verdichtete Bedürfnisklassen. Entsprechend sind das *Gebot*, die Wahrheit zu erforschen, und das *Interesse* am Erforschen der Wahrheit nur zwei verschiedene Aspekte derselben Sache.

Kann man nun sagen, dass die Beweisverbote die Negation des Gebotes zum Erforschen der Wahrheit, des Grundsatzes der materiellen Wahrheit, darstellen? Es wäre einseitig, die Sache so zu sehen. Der Interessenhintergrund der Beweisverbote ist nur zum Teil jenseits des Strafprozesses. Eine Problemstellung, bei der man die Beweisverbote ausschliesslich als beschränkende Faktoren der Wahrheitserforschung sieht, schafft eine Polarität der Dinge. In der Wirklichkeit entstanden die Beweisverbote ursprünglich aus dem Bedürfnis, Garantien zu schaffen gegen eine unzuverlässige Aufklärung des Sachverhalts. Als solche dienten sie den inneren Zwecken des Strafprozesses. Der erfolgte Übergang von der gesetzlich geregelten zur freien Beweisführung (und Würdigung der Beweise) hat nicht die aktuelle Bedeutung der Beweisverbote dieser Herkunft aus der Welt geschafft. Allerdings kann die Unzuverlässigkeit des Beweismittels oder der -methode kaum alleine das Beweisverbot sinnvoll machen, vielmehr kumuliert die besagte Ratio gewöhnlich mit anderen Gründen.

Im finnischen Prozessgesetz und im Gewohnheitsrecht lassen sich mehrere Beispiele für Fälle aufzeigen, in denen das Beweisverbot aus beweistechnischen Gründen erteilt worden ist, d.h. um die Zuverlässigkeit der Beweisführung zu fördern. Das geschützte Rechtsgut ist dabei das Interesse am Erforschen der Wahrheit selbst; der Normenzweck ist somit derselbe wie der des Gebotes, die Wahrheit zu erforschen. Zu dieser Kategorie gehören vor allem die Zeugnisverweigerungsrechte der nahen Angehörigen. Das im Bereich der Urkundenbeweisführung in OK 17:11,¹ erteilte Verbot der Vorlage von privaten (und als solchen unzuverlässigen) schriftlichen Beweisen findet auch seine Erklärung in demselben Prozessdenken. Was die Beweismethodenverbote betrifft, bringen die der Menschenwürde widersprechenden und die Willensfreiheit gefährdenden Vernehmungsmethoden oft eine in ihrem Beweiswert fragwürdige Evidenz hervor.

Man sieht also, dass die Beweisverbote nicht unbedingt ein dem Zweck des Strafprozesses fremdes Element darstellen. Am richtigsten ist es denn auch, den Ausnahmecharakter, den sie im System unseres Beweisrechtes besitzen, nur als relativ zu betrachten. Die Schlussfolgerung wirkt noch begründeter, wenn man berücksichtigt, dass ausser der Förderung der Zuverlässigkeit der Beweisführung auch die *Unmittelbarkeit der Beweisführung* sowie der *Grundsatz der Prozessökonomie* prozessuale Beweisverbote darstellen, die aus rechtstechnischen Erwägungen heraus gegeben sind. Die These »die Wahrheit darf im Strafprozess nicht um jeden Preis

erforscht werden» erweist sich bei der Kennzeichnung der Beweisverbote notwendig als ungenügend.

Das skizzierte Bild erhält eine neue Dimension, wenn man feststellt, dass die Beweisverbote auch eine der Erforschung der Wahrheit direkt entgegengesetzte Richtung einschlagen können; dann sind sie ihrem Wesen nach »materiell« und dienen den Interessen der Rechtsgemeinschaft, die jenseits des konkreten Prozesses wirken. Somit sind die Rechtsgründe bestimmter Beweisthemenverbote das Wohl des Staates und volkswirtschaftliche Interessen, während andere typische Interessenklassen die ethischen Gesichtspunkte sind, die das Zeugnisverweigerungsrecht des Angeklagten und seiner nahen Angehörigen, die Amtsprivilegien und den Schutz des Vertrauensverhältnisses als Ratio der Schweigepflicht motivieren sowie auch die humanitären Gesichtspunkte, die ein übertriebenes Vorgehen der Voruntersuchungsbehörde verhindern. Aus diesen beispielshalber genannten Gesichtspunkten lässt sich die Feststellung verdichten, dass die Beweisverbote nicht nur dazu dienen, die Erforschung der Wahrheit und die Verurteilung zu verhindern, sondern auch der Freiheit der Gesellschaft und der Menschlichkeit des Strafprozesses dienen sowie der Förderung der sicheren Tatsachenfeststellung (*Peters*). Sie repräsentieren in der Prozessordnung etwas, was man *Entwicklung* nennen kann.

Problematisch ist die Frage des *Verhältnismässigkeitsgrundsatzes* als Gesichtspunkt, der die Beweisverbote unterstützt. *Kohlhaas* hat zweifellos recht mit seiner Ansicht, dass der Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gerade auf dem Gebiet der Beweisverbote liegt; wenn die prozessualen Folgen des verbotswidrigen Beweises (der Beweis wird verwertet/wird nicht verwertet) erwogen werden, besitzt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz keine Entscheidungsfunktion. Im übrigen ist zu betonen, dass die Funktion des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes immer negativ ist, in sich die erlaubte Beweisführung einschränkend. Dagegen hat der Grundsatz nicht die umgekehrte Wirkung: er macht ein verbotswidriges Vorgehen nicht deshalb zulässig, weil es sich um ein besonders schweres Verbrechen oder um einen verstockten Rückfälligen als Täter handelt. Wesentlich ist auch, dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht eine die Lücken des Gesetzes ausfüllende Wirkung hat; er verändert nicht die gewohnte Verteilung der Aufgaben, nach der das Aufstellen von Normen Sache des Gesetzgebers ist.

Die Grundrechte des Angeklagten sind im allgemeinen unmittelbar

durch die Vorschriften des Strafprozessgesetzes gesichert, ohne dass es notwendig ist, auf das *Grundgesetz* zurückzugreifen. Wenn die Ansicht vertreten wird, dass aus dem Grundgesetz weitere Beweisverbote für den Strafprozess abzuleiten sind, ist das Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Richters. Die Möglichkeit von unregelmässigen Situationen lässt sich aber nicht völlig bestreiten. Das jetzt Gesagte bedeutet eine grundsätzliche Stellungnahme zugunsten der Möglichkeit, dass die Beweisverbote auf ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen bestehen (anders *Andenaes*). Die ungeschriebenen (»allgemeinen«) Rechtsgrundsätze haben hier, wie auch sonst, eine die Lücken ausfüllende Aufgabe; sie machen das System zu einem geschlossenen.

Die elementaren Beweisverbote brauchen zu ihrer Stütze kein Gesetz und nicht einmal das Grundgesetz als formale Rechtsquelle; die Beweisverfahren, die den eines Verbrechens Verdächtigen zum willenlosen Untersuchungsobjekt degradieren und seine Menschenwürde »in ihrer Essenz« verletzen, sind nach dem Gewohnheitsrecht verboten, unabhängig davon, ob unser positives Recht in dieser Hinsicht einer Ergänzung bedarf.

4. Eine solche Prozessrechtslage, in der als *Normenadressaten* nur die im Prozessgesetz genannten Behörden erscheinen, ist natürlich eindeutig und klar. Das ist denn auch regelmässig der im Bereich des Prozessrechtes herrschende Zustand: in subjektiver, persönlicher Hinsicht richtet sich das Verfahrensrecht auf die die Richtergewalt ausübenden staatlichen Organe und nur auf diese. So auch im Falle der Beweisverbote; ihre Adressaten sind nur die Anklagebehörden: Polizei, öffentlicher Ankläger und Richter.

Andererseits sind gerade die Beweisverbote etwas anderes als reine Prozesstechnik. Dieser Umstand ist von grundsätzlichem Charakter und zeigt sich schon in der Gliederung der Beweisverbote in prozessuale und materielle Beweisverbote. In besagter Hinsicht relevant ist ferner auch die Zweiteilung in allgemeine und besondere Beweisverbote. Solch ein Realakt, der ein besonderes Beweisverbot rechtswirksam macht, kann nur die Tätigkeit eines Organs der Strafrechtspflege sein. Die allgemeine Beweisverbote hervorbringende Handlungsmenge ist qualifizierter. Das zu dieser Gruppe gehörende Beweisverbot kann auch infolge von Handlungen Dritter, also Privatpersonen, verletzt werden.

Ist der *Sachverständige* in dieser Hinsicht zu den Organen der Strafrechtspflege zu zählen? Der Sachverständige ist Helfer der Anklagebehörde. Sein Auftraggeber ist der Strafrichter oder die Voruntersuchungs-

behörde. Im Unterschied zu dem auf Veranlassung eines privaten Beteiligten auftretenden Sachverständigen ist der den Auftrag einer Behörde ausführende Sachverständige ein Beamter. Er gehört deutlich zu den Adressaten der Beweisverbote. Verallgemeinernd kann man sagen, dass rechtsstaatlich nur eine solche Regel zufriedenstellend ist, nach der für alles, was im Namen und in Auftrag der Anklagebehörde geschieht, eben dieser die Verantwortung aufzuerlegen ist. Die Regel hindert die Strafuntersuchungsbehörden, sich durch Vermittlung von Privatpersonen *scheinbar* selbständige Beweisgrundlagen zu beschaffen.

Die Problematik sei konkretisiert. Denken wir uns einen Fall, in dem der alleine wohnende A sich aus seiner Wohnung entfernt und die Tür unverschlossen lässt. B nutzt die Gelegenheit und stiehlt das auf dem Tisch liegende persönliche Tagebuch. Dessen Inhalt enthüllt die Tatsache, dass sich A Ladendiebstählen schuldig gemacht hat. B übergibt das Tagebuch dem öffentlichen Ankläger. Darf ein fehlerhaft beschaffter Beweis vor Gericht vorgebracht und bei der Würdigung des Beweismaterials berücksichtigt werden? Und der Fall, in dem der Familienvater einen Mann, den er im Verdacht hat, sein minderjähriges Kind misshandelt zu haben, im Keller einsperrt und zum Geständnis bringt. Im Hinblick auf die Problematik ist es wesentlich, dass eigentlich noch keine »Beweisführung« geschehen ist. Das Einsperren im Keller ist zwar eine rechtswidrige Handlung, aber als solche die vor- und ausserprozessuale Tätigkeit einer Privatperson. Irgendein strafprozessuales Beweisverbot kann sich nicht auf diese Tätigkeit erstrecken.

Die strafprozessuale Ermittlung im Rahmen des ihr im Prozessgesetz zugewiesenen Raumes ist ausschliesslich Sache der Anklagebehörde und der Gerichte. Die Grundnorm des Beweisrechtes, das Gebot der Wahrheitserforschung, richtet sich nur auf diese Behörden. Der Prozess ist für Juristen. Privatpersonen haben nur in Ausnahmefällen die *Pflicht*, zur Aufrechterhaltung des objektiven Rechts beizutragen. Eine solche Pflicht ist nur in dem Umfange sinnvoll, wie man zu recht annehmen kann, dass sie als Informationsquelle in Frage kommen, mit deren Hilfe der Richter eine verbrecherische Tat rekonstruiert. Es ist im Interesse der Gesamtheit, dass jedes Rechtsindividuum dem *Zeugniszwang* unterliegt. Dagegen haben Private z.B. keine allgemeine Anzeigepflicht.

Da die Beweisverbote nur auf die Anklagebehörden gerichtet sind, kann die von einer Privatperson begangene Rechtswidrigkeit normalerweise keine Bedeutung haben, wenn die strafprozessuale Verwertung des dabei be-

schaften Beweises erwogen wird. Interessanterweise schliesst in der nordischen Literatur *Bratholm* nicht ganz die Möglichkeit aus, dass das Gericht einen Beweis aufgrund der Rechtswidrigkeit ablehnt, die den Erwerbsakt der Privatperson belastet. Dieser Auffassung muss man sich anschliessen: die Rechtsstaatadäquatheit des Strafprozesses fordert, dass man auch die von privater Seite erhaltenen Beweise ablehnen können muss, falls die den Erwerbsakt belastende Unrichtigkeit ein besonders zu verurteilendes vorsätzliches Verbrechen konstituiert.

5. Privatpersonen sind zwar nicht die Adressaten von Beweisverboten; dennoch kann sich das rechtswidrige Vorgehen von Privatpersonen auf das Beweisverfahren eines Strafprozesses auf eine Art und Weise auswirken, die allein für Beweisverbote kennzeichnend ist. Die Beobachtung führt dazu, dass man die Logik der Beweisverbote, ihre prozessuale Aufgabe in Betracht zieht. Die Ratio der Beweisverbote fordert, dass man einen fehlerhaft beigebrachten Beweis in bestimmten Fällen ablehnen können muss. Die Ablehnung des Beweises verhindert, dass das Beweisverbot illusorisch wird. Dabei ist das *Verwertungsverbot* die zu den Beweisverboten gehörende verfahrensmässige Sanktion, die verhindert, dass das mit einem rechtlichen Fehler belastete Beweisresultat bei der Würdigung der Beweise berücksichtigt wird.

Die Problematik der Beweisverbote gipfelt im Verwertungsproblem. Die verfahrensmässige Problematik der Beweisverbote wäre in ihrer Art eine ganz andere, wenn die verbotswidrig in der Voruntersuchung herbeigeschafften oder während des Prozesses erbrachten Beweise allgemein verwertungsuntauglich wären. Dann wäre nur noch zu klären, ob überhaupt eine zwingende Norm verletzt ist.

Die nordischen Prozessgesetze enthalten — anders als in deutsche Bundesrepublik — keine die Verwertungsfolge normenden Rechtssätze. Eine Erklärung für das Fehlen der Normierung ist, dass man die Gesetzgebung nicht unmässig mit einer Frage hat belasten wollen, deren *praktische* Bedeutung in den nordischen Rechtsstaaten doch ziemlich gering ist. Polizeimissbräuche z.B. sind hier niemals grosse Übelstände gewesen. Das Schweigen des Gesetzes bedeutet andererseits nicht, dass die Rechtsordnung bewusst für die völlige Verwertungsfreiheit Stellung nimmt. In der Prozesswissenschaft werden die Verwertungsverbote immer allgemeiner als begründet anerkannt. Dabei geht man davon aus, dass die Frage der Verwertungsuntauglichkeit des durch Verletzung eines Beweisverbotes erbrachten Beweises von Fall zu Fall nach dem Schwierigkeitsgrad des

Fehlers und der Bedeutung der Sache zu entscheiden ist. Es gibt kein allgemeines Ermessensschema, das eine totale Entscheidung ermöglicht.

Eine gewisse Zustimmung hat andererseits die Auffassung gefunden, dass es offensichtlich im Widerspruch zum *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* stünde, vom Gericht zu verlangen, dass es (unter Verletzung des Beweisverbotes erbrachten) für die Sache relevanten Prozessstoff unberücksichtigt lässt. Die Betrachtungsweise ist irrig; die freie Beweis-theorie ist als Argument für die vermeintlich vollständige Verwertbarkeits-freiheit ohne Wert. Es herrscht zwar insofern die Freiheit der Beweis-würdigung, als der Richter nicht durch die Beweiswürdigungsregeln ge-bunden ist. Aber die Bildung der Überzeugung ist frei nur in den Gren-zen und im Rahmen des Verfahrens. In den so begrenzten Raum gehört nur das, was unter Befolgung der Vorschriften des Prozessgesetzes im Verfahren beigebracht ist. Gerade der Grundsatz der freien Beweiswürdi-gung erstreckt sich nicht auf die unter Verletzung des Beweisverbotes er-brachten Beweise, mit solchen Auswirkungen, dass der genannte Grund-satz die Verwertungsverbote ihres *causa* berauben würde.

Im übrigen ist das Verwertungsproblem seinem Wesen nach universal. So bedient sich die mitteleuropäische Prozesstheorie bei der Gliederung der Rechtsgründe der Verwertungsverbote in erster Linie folgender Argu-mente: Die Verwertungsverbote sollen verhindern, dass der Staat aus dem begangenen Unrecht seiner eigenen Organe Nutzen zieht; sie sollen vor allem die Verantwortung der Gerichte beim Schutz der Grundrechte und bei der Verlebendigung des Rechtsstaatsgedankens unterstreichen; sie sollen die von einer Rechtsverletzung Betroffenen mit einem wirkungs-vollen Rechtsbehelf versehen; sie sollen als vorbeugendes Mittel wirken, das die Organe des Staates von den meisten Rechtsverletzungen abhält (sog. Präventivfunktion); und sie sollen die Ermittlung der materiellen Wahrheit fördern.

Ohne die Bedeutung des systematischen Vorgehens zu bestreiten, ist zu betonen, dass schon wegen des uneinheitlichen Zustandes der Praxis der pragmatischen Lösungsmethode der Vorrang zu geben ist. Was be-sonders die Präventivfunktion der Verwertungsverbote betrifft, sieht das finnische Recht missbräuchliche Massnahmen der Polizei anders als das *amerikanische* Recht, wo die allgemein abschreckenden Gesichtspunkte auf kriminalpolitischen Notwendigkeiten beruhen. Die Verwertungsver-bote von Beweisen hat man in den nordischen Ländern allgemein als völ-

lig ungeeignet zur Zurechtweisung der Polizeibehörden bezeichnet. Anders zu beurteilen ist der Gesichtspunkt, nach dem die Verwertungsverbote dem von einer Rechtsverletzung Betroffenen einen Rechtsbehelf bieten, der wirkungsvoller als die konkurrierenden Reaktionsmöglichkeiten ist: Besonders die heimliche Tonbandaufnahme stellt einen Sachverhalt dar, bei dem die Nichtverwertung des Beweises verhindert, dass die bei der ursprünglichen Beweisaufnahme geschehene Verletzung der Menschenwürde andauert und tiefer wird. — Ebenso hat das Argument des Grundsatzes der materiellen Wahrheit zweifellos einen ganz beachtlichen Wert.

Das Verwertungsproblem ist regelmässig die Funktion von mehr als einer veränderlichen Grösse. Dieser Umstand ist bei der Wahl der Schlussfolgerungsweise insofern berücksichtigt, als in der Untersuchung eine Art von pro et contra-Argumentation verwendet wird. Für die Schlussfolgerung ist es dabei kennzeichnend, dass bewusst vermieden wird, eine eindeutige Lösung zu geben.

Die *Hauptregel* nach dem finnischen Recht ist, dass mit der Verletzung des Beweisverbots kein Verwertungsverbot verbunden ist. Im übrigen sind nur »extreme Fälle« deutlich. So gilt z.B. ein durch Foltern erhaltenes Geständnis nicht als Beweis. Auch sonst muss das Gericht bereit sein, unter Missachtung der Menschenwürde erbrachte Beweise abzulehnen, wenn das zur Aufrechterhaltung der Rechtsstaatlichkeit des Strafprozesses erforderlich ist. Die Verfahrensweise kommt aber nicht in Frage, wenn der Beklagte notorisch schuldig ist; dann ist das Verwertungsverbot niemals begründet. — Sonst muss man von dem Rechtsgut ausgehen, zu dessen Schutz das Beweisverbot erlassen ist, und prüfen, ob das betreffende Interesse trotz der Verletzung des Beweisverbotes genügend geschützt ist. Wenn das der Fall ist, ist die Aufrechterhaltung des Verwertungsverbotes nicht notwendig, es sei denn, andere im Einzelfall wirkende Gesichtspunkte machen es begründet. Eine *nicht reparierbare* Rechtsverletzung hebt im allgemeinen das Interesse auf, das sonst die Aufstellung des Verwertungsverbotes fordern würde. Einen stereotypen Fall stellen die bestimmten Schweigepflichten dar, bei denen das Äussern des geheim zu haltenden Tatsbestandes dem Verwertungsverbot oft seine *raison d'être* raubt (*Ekelöf*). Eine gewisse Rolle spielt der Umstand, ob zwischen der das Verwertungsverbot akut machenden Rechtsverletzung und dem relevanten Beweisresultat eine Kausalität besteht. Ferner ist darauf zu achten, ob die Beweisführung in ihrem fehlerhaften Teil vorsätzlich oder fahrlässig war (*Bratholm*). Wenn das Beweisverbot die Interessen des Ange-

klagen schützt, ist es dem das Beweisverbot unterstützenden Zweckgedanken gemäss, dass beim Erwägen der Verwertungsfrage die vom Angeklagten vielleicht gegebene Zustimmung zur Entgegennahme des fehlerhaften Beweises berücksichtigt wird.

In Ausnahmefällen hat das Gericht auf fehlerhaft beschaffte Beweise prozessual zu reagieren, und dann gerade durch Aufstellung des Verwertungsverbotes, selbst wenn es private Personen sind die missbräuchlich gehandelt haben. Da das private Rechtssubjekt nicht Adressat eines Beweisverbotes sein kann, ist es in diesem Zusammenhang nicht genau, von *verbotswidriger*, unzulässiger Beschaffung von Beweisen zu sprechen. In dem angenommenen Fall handelt es sich um ein *rechtswidriges* Verhalten. In der Regel hat die materielle Rechtswidrigkeit keinen Einfluss auf das prozessuale Niveau; vielmehr werden die Voraussetzungen der fehlerlosen Prozesshandlungen allein vom Prozessgesetz als einer Art *lex specialis* bestimmt. Nur wenn die von Privatpersonen gebrauchten Mittel gegen die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit und der Freiheit in ihrem Kernbereich gerichtet sind und in der Praxis zum Faustrecht führen würden, darf das Gericht die so beschafften Beweise nicht annehmen. Dieses Endergebnis beruht letztlich auf der Forderung nach Rechtsstaatlichkeit des Strafprozesses und auf der Rechtsidee. Da eine Privatperson nicht ein Beweisverbot verletzen kann — sie ist nicht der Adressat der Norm — bedeutet die Massnahme des Gerichtes in der angenommenen Situation genau genommen nicht die Aufstellung eines Verwertungsverbotes sondern die Anwendung des *Beweisverbotes*.

Um vollständig abgegrenzt zu sein, muss das Verwertungsproblem unter dem Gesichtspunkt betrachtet werden, der sich aus folgender weiterer Annahme ergibt: Die Verletzung des Beweisverbots kann auch *mittelbare Auswirkungen* haben. Der bei der Voruntersuchung von dem Vernehmenden misshandelte A gesteht, gestohlenen Gut verborgen zu haben; er nennt die Person X, die gegen ihn aussagen kann; A enthüllt auch das Versteck. Darf man X vernehmen und das durch Untersuchung des Verstecks erbrachte Beweismaterial im Verfahren verwerten oder muss der Strafprozess in einem solchen Fall von der Fiktion ausgehen, dass ohne den vorangegangenen Verfahrensfehler die weiteren Beweise niemals erbracht worden wären? Wie ist mit anderen Worten die Frage der Reichweite des Verwertungsverbotes zu beurteilen, das Problem der sog. *Fernwirkung*?

In der nordischen Theorie findet jene Meinungsrichtung eine gewisse

Unterstützung, nach der die mittelbaren Beweise abzulehnen sind, vorausgesetzt, dass die Polizei diese Beweise nicht bekommen hätte, wenn das ursprüngliche Beweisverfahren fehlerfrei gewesen wäre. Diese Auffassung führt zu der Frage, ob man von der verurteilenden Instanz so schwierige Kausalitätserwägungen verlangen kann, wie sie dann in Frage kämen. Im einzelnen Fall kann das Kausalitätsproblem natürlich zu lösen sein; dann würde das Verbot der mittelbaren Verwertung zu dem der Prozesspraxis fremden Endresultat führen, dass die Unfähigkeit des Polizisten den ganzen Strafprozess lahmlegen würde. Die Auffassung von der entfernten Auswirkung der Verwertungsverbote, von der Kontinuität, ist alles in allem nicht haltbar — wie besonders *Baumann* nachgewiesen hat: auch nicht prozesstheoretisch. Zweifellos bietet die Lehre von der Fernwirkung eine wirkungsvolle Möglichkeit, Missbräuche der Polizei zu bekämpfen. Bei den hier herrschenden Gegebenheiten hat der ange-deutete pragmatische Gesichtspunkt aber keine nennenswerte Bedeutung. Anders als in den Vereinigten Staaten, wo das besagte Lehrgebäude entstanden ist, sind Missbräuche hier ganz zufällig und haben sich nicht so eingewurzelt, dass sie ein Teil des ganzen Systems der polizeilichen Tätigkeit sind. Im Hinblick auf die Polizeipraxis in Finnland genügt es, wenn auf die Möglichkeiten verwiesen wird, die eine gut geführte Personalpolitik bietet.

ASIAHAKEMISTO

- Aineellinen todistusoikeus 79
Aineellinen totuus, ks. totuus rikos-
prosessissa
Aineellisen totuuden periaate 1—6,
288, 397, 400, 403
Ammattisalaisuus 145—159, 212, 342,
376
Aputosiasia 68
Asianajaja
— oikeudenhoidon orgaanina 386
— takavarikkovapautus 347
— todistajana 51, 148/9, 212, 340
Asianosainen 54, 56
Asiantilan selvittäminen, ks. aineelli-
sen totuuden periaate
Asiantuntija
— kelpoisuus 60/1, 63
— todistamiskieltojen adressaatti? 29,
228—230, 322
- Bill of Rights 190
- Diplomaatin immuniteetti 144/5
Due process 36/7, 179, 200/1
- Elektroniset havainnointivälineet
325/6, 332—335, 389/90
Epäilyksenalainen
— shokkikäsittely 264/5, 316/7
— todistuskeinona 309
— tutkintaobjektina 309
— vaitiolo-oikeus 304/5, 339, 358
Esitutkinta (ks. myös poliisikuulus-
telu) 63, 95/6, 191, 196, 257—259,
263, 301—324
Etujen vertailu, ks. intressivertailu
Etäishyödyntäminen 44/5, 292—301
- Fair trial 122, 175, 190, 196, 390
- Favor defensions 287
- Hearsay rule 114, 121/2
Henkilönkatsastus 204, 206, 359—372
Henkilöntarkastus 204, 358—366
- Henkilöön kohdistuva etsintä 192, 208,
326, 358—372
Hypnoosi 318—322
Hyödyntämiskiellot
— itsenäisiä hyödyntämiskieltoja? 34,
252, 260/1
— oikeusperusteet 35—42
— poikkeusluonteisuus 44
— rajankäyntiä todistamiskieltoon
252
— sisältö ja tehtävä 255—263
— takavarikkokiellon tehosteena 352/3
— todistamiskieltojen tehosteina
yleensä 33—35, 292
- Ihmisarvo 12/3, 95, 117, 174, 183—185,
191, 208/9, 211, 223, 249, 252, 289,
311, 368, 386—390, 395, 397, 402/3
Ihmisoikeudet 183, 303, 308
Ilmianto 233
In dubio pro reo 86/7, 288
Informointivelvollisuus
— epäilyksenalaisen kuulustelussa
304—307
— OK 17:28,2:n mukainen 306
Intressivertailu 216, 290, 313/4, 378,
393/4, 401
Intiimipiirin suoja 334, 383/4, 387—
389, 391, 395, 397/8, 400
- Kansantaloudelliset intressit 26, 151,
162/3
Katselmus 7, 354
Kausaliteetti 289, 297, 300, 317
Kirjalliset todistajankertomukset (OK
17:11,1) 26, 67, 116/7, 119, 123, 125—
127, 245/6, 252
Kirjesalaisuus 146, 325/6, 397, 402
Kohtuus 202
Korjaamiskelvoton oikeudenloukkaus
289, 292
Kotietsintä
— konkreettinen todistusteema edel-
lytyksenä 356/7

- käsite 337/8
- todistamiskieltojen näkökulmasta 355—358
- varhempi oikeustila 339
- Kuulopuhetodistelu 120—122
- Kuultava henkilö 60, 63
- Kuulustelumetodikielto 68, 185
- Kuuntelutarkkailu 334/5
- Kyselykielto 42, 70/1, 94, 158, 230
- Kyselyoikeus, syytetyn 128, 212
- Lakisääntöinen todistusteoria 17/8
- Lehtimiehen vaitiolo-oikeus 94, 150/1, 159—161, 213
- Lennätinsalaisuus 146
- Liikesalaisuus 151, 162
- Lumbaalipunktio 368
- Luottamussuhteet 10, 27, 212
- Lähiomaisen vaitiolo-oikeus 26/7, 94, 115, 165—172, 292—294, 306, 342, 349/50, 365
- Lääkäri
 - asiantuntijana 20, 81, 195, 370
 - syytettynä 345/6
 - todistajana 21, 51, 147/8, 157, 212, 340
- Lääkärintutkimukset (ks. myös henkilöön kohdistuva etsintä) 326, 367/8
- Muodollinen todistusoikeus 79
- Muotomääräykset 77—83, 103, 227
- Narkoanalyysi 191, 318—323
- Nemo tenetur se ipsum accusare 172—182, 221, 306, 339
- Objektiivinen henkilötodistelu 59, 323, 358, 366
- Objektiviteettiperiaate 306
- Oikeasuhtaisuusperiaate
 - henkilöön kohdistuvan etsinnän yhteydessä 366/7, 370/1
 - käsite 28, 195—208, 213/4, 222
 - suhde intressivertailuun 290, 313/4
 - syyttömyysolettaman johdannaisena 313
 - säännöstämättömissä tilanteissa 208, 216, 393
 - takavarikon ja etsinnän yhteydessä 352, 355
- Oikeuden aate 1—3, 174, 205, 249, 284, 286, 379
- Oikeuskäytäntö 18/9
- Oikeuspiiriteoria 268—270, 289
- Oikeusseuraamus 24, 30, 32, 105
- Oikeusvaltio 35, 180, 195/6
- Oikeusvoimaiset esikysymykset 130, 132, 138, 223
- Oksipitaalipunktio 368
- Olettama 130
- Omistusoikeus 10
- Paikan eristäminen 354
- Paikkaan kohdistuva etsintä (ks. myös kotietsintä) 280, 336—338, 355—358
- Pappi todistajana (ks. myös rippisalaisuus) 51, 94, 157, 212, 286/7, 340
- Parhaan todistusaineiston periaate 123—125
- Perhesiteet 10, 163—172, 177
- Persoonallisuuden oikeussuoja 10, 16, 183—195, 206—208, 213, 222, 311, 323, 326, 374
- Perusoikeudet
 - rikosprosessissa yleensä 16, 27, 48, 212/3, 218/9, 402
 - vaikutus kansalainen — kansalainen suhteessa 29, 240/1, 243, 246—248, 378/9
- Poliisikuulustelu
 - erityisesti uuvuttavat kuulustelut 265, 279, 311/2, 314
 - kielletyt kuulustelutavat 266, 278, 294, 304, 308, 318—324
 - psykologinen shokkikäsittely 316/7
 - ääninauhointus 386
- Poliisimielivaltaisuuudet 277/8
- Poliisin tarkoituksajattelu 309
- Potilaskortisto (ks. myös takavarikko) 66, 346
- Presuntio, ks. olettama
- Prosessinedellytys 50—52
- Prosessineste 50—52
- Prosessioikeus
 - luonne 226/7, 244/5
 - suhde aineelliseen oikeuteen 237/8, 244/5, 284/5, 376, 385
- Prosessitalouden periaate 129—139
- Prosessitoimi 231
- Puhalluskoe 365, 368/9
- Puhelinkuuntelu 192, 324—332, 391
- Puhelinsalaisuus 146, 325, 391
- Päiväkirja 95, 117/8, 216, 262, 293, 347, 374, 392, 394—403
- Ratkaisupakko 86, 372
- Rippisalaisuus 149/50
- Roolimaniipulointi 374
- Salainen ääninauhointus 95, 326, 328, 373—375, 380—394, 403
- Salaisuus
 - henkilökohtaiset salaisuudet 272

— jaottelua 146—151
 — yksityiset ja julkiset 151/2, 158/9
 Salakuuntelu (RL 24:3 b) 328, 354/5, 373
 Sormenjälkien tallentaminen 362
 Subjekttiivinen henkilötodistelu 358
 Suostumus
 — edun haltijan 51, 94, 158, 287, 343
 — pakkotoimen käytön yhteydessä 369
 — vaikutus hyödyntämiskelpoisuuteen 52, 290/1, 391
 — vaikutus kuulustelumetodin käyttämiseen 95, 290, 321
 Suullis-pöytäkirjallinen oikeudenkäynti 122
 Syytetty
 — oikeus vaatia prosessilain mukaista menettelyä 269
 — vaitiolo-oikeus 180/1, 304—306
 Syyttömyysolettama 148, 175, 196, 253, 313
 Takavarikko
 — asianajajan salassapidettävien asiakirjojen 347/8
 — konkreettinen todistusteema edellytyksinä 351/2, 356
 — lähiomaisten välisen tiedonnon 348/9
 — oikeasuhtaisuusperiaate 206, 208, 352
 — postilähetyksen 326, 350, 402
 — päiväkirjan 351
 — sairaskertomusten 280, 340, 343—346
 — TakavarikkoL 11 §:n mukainen 353—355
 — todistamiskieltojen näkökulmasta yleensä 336—355
 — yksityisten muistiinpanojen 272
 Tasavallan presidentti todistajana 97, 116, 143
 Todistaja
 — itsevaarantamiselta suojaava vaitiolo-oikeus 115, 174, 176, 181/2, 186, 294
 — jäävit 8, 17, 95
 — kelpoisuusehdot 53/4
 — todistajaksi kelpaamattomuus 52—63
 — vaitiolovelvollisuus 98, 147—150, 157/8, 163, 340
 — velvollisuus alistua henkilöntarkastukseen ja -katsastukseen 360, 363—365
 Todistajanaovelvollisuus 234

Todistamiskiellot
 — absoluuttiset ja relatiiviset 88, 91—97, 224
 — adressaatit 29, 226—254
 — kvaliteettivaatimukset 216
 — käsite 10, 14, 31
 — muutoksenhakutuomioistuimessa 18/9, 48
 — oikeusperusteet 25, 105—225
 — »perustuslailliset» 100, 210/1, 392, 398
 — perustuslain valossa 208—220
 — prosessuaalinen käsittely 46—48
 — prosessuaaliset ja aineelliset 98—100, 139
 — todisteiden esittämiskieltoina 31, 67, 239
 — valitusoikeus 47
 — yleiset ja erityiset 97/8, 253/4
 Todistamissäännöt 77, 103
 Todisteiden harkinta 40, 42/3, 47, 75/6, 220
 Todistelu
 — historiallinen 7
 — kontradiktorisuus 127/8
 — luotettavuus 26, 55, 112—119, 176, 212, 220/1
 — vapaa 6—9, 17
 — välittömyys 119—129
 — yleensä 6—9
 Todisteluneste 50, 64/5, 137
 Todistelumetodikielto 21, 61, 68, 95—97, 104, 117, 207/8, 259, 277, 302, 355/6
 Todistelupyyntö 133, 137
 Todistushenkilö 58
 Todistusjärjestelmä 101
 Todistuskeinokielto 20, 59, 68, 104, 259, 338, 355, 392
 Todistusharkintasääntö 42, 75/6, 83—87
 Todistussääntö, ks. todistusharkintasääntö
 Todistusteema 68
 Todistusteemakielto 20, 61, 68, 87, 91—93, 104, 259, 276
 Todistustositus 68
 Todistustosituskielto 68, 271
 Totuudentutkimiskäsky 78, 232
 Totuudentutkimisvelvollisuus, ks. aineellisen totuuden periaate
 Totuus rikosprosessissa
 — ei tutkittava mihin hintaan hyvänsä 10, 12
 — esitutkinnassa 301
 — rikosprosessissa yleensä 2, 3, 5, 6, 208, 303

Tunnustus

- kuulustelutavoitteena 309/10
- OK 17:4,2 291
- pakkoperäinen 44, 242, 260, 264, 266, 277/8, 283, 300, 304, 311/2, 314/5, 373, 378
- poliisiviranomaisen todistus pakko-peräisen tunnustuksen sisällöstä 318
- »regina probationum» 310
- siveellisenä suorituksena 311
- Tuomari
- ihanteet 6
- neuvottelu- ja äänestyssalaisuus 93, 276
- oikeusajattelu 309
- rooli 40
- yksityiset tiedot 56/7

- Valheenpaljastaja 151, 318—324
- Valtion etu 139—145
- Valtiosalaisuus 20, 51, 141—143, 205
- Vapaa todistusteoria 42/3
- Verinäyte 20, 81, 195, 206, 363, 365, 367—371
- Virallisperiaate 232
- Virheettömyysolettama 253
- Virkaedut 140, 143/4
- Virkamiehen vaitiolovelvollisuus 20, 143/4, 341
- Yksiroolisuus 55/6
- Yksityishenkilöt
- oikeudenvastainen todisteiden hankinta 372—403
- todistamiskieltojen adressaatteja? 230—249, 372
- todisteiden kerääjinä 233, 260