

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 135

Lauri Hormia

TODISTAMIS- KIELLOISTA RIKOS- PROSESSISSA II

Oikeudellinen tutkimus

Mit deutscher Zusammenfassung

**SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA**

A-sarja N:o 135

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 135

LAURI HORMIA

TODISTAMIS- KIELLOISTA RIKOS- PROSESSISSA II

Oikeudellinen tutkimus

BEWEISVERBOTE IM STRAFPROZESS II
Zusammenfassung

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

TODISTAMIS- KIELLOISTA RIKOS- PROSESSISSA II

Oikeudellinen tutkimus

KIRJOITTANUT

LAURI HORMIA

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vuonna 1979 julkaistun teoksen näköispainos.
Kirjan uusi sarjanumero on A135PoD.

ISBN 978-951-855-351-2

ISBN 978-951-855-602-5 (pdf)

Hansaprint Oy, Vantaa 2015

SISÄLLYSLUETTELO

Sisällysluettelo	V
Lähdekirjallisuus	VII
Lyhenteitä	XII

VI LUKU

TODISTAMISKIELLOT ALIOIKEUSMENETTELYSSÄ

1. Todistusteemakiellot	1
a) Yleistä	1
b) Valtiosalaisuudet (OK 17:23,1:n 2 kohta)	5
c) Kansalaisen vaalisalaisuus	11
d) Rikostuomion oikeusvoima (RL 27:5,2)	15
e) Tuomarin neuvottelu- ja äänestysvalaisuus (OK 1:7)	20
f) Liikesalaisuudet (OK 17:24,1:n 2. virke)	29
g) Erityiset oikeushyvät	41
2. Todistuskeinokiellot	47
a) Yleistä	47
b) Johtopäätöksiä syytetyn vaikenemisesta?	50
c) Todistajan vaitiolo-oikeus	55
ca) Lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeus (OK 17:20)	55
cb) Todistajan tai hänen lähiomaisensa syytteeseenjoutumisvaara (OK 17:24,1:n 1. virke)	78
cc) Lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeus (OK 17:24,2-4)	89
d) Todistajan vaitiolovelvollisuus (OK 17:23)	93
da) Johdanto	93
db) Virkamiehen vaitiolovelvollisuus (OK 17:23,1:n 1 kohta)	95
dc) Lääkäri, asianajaja ja pappi (OK 17:23,1-2)	101
e) Valtionpäämiehen poikkeusasema (OK 17:22); diplomaatin immuni- teetti	121
f) Asiakirjatodistelua koskevat kiellot	125

VI

Sisällysluettelo

fa) Yksityisluonteiset kirjalliset todisteet (OK 17:11,1)	125
fb) Erityiskysymyksiä; OK 17:12,3	137
g) Todistamiskieltoja katselmustodistelun yhteydessä?	141
3. Todistelumetodikiellot	146
a) Yleistä	146
b) Todistamiskieltoja todistelun välittömyyden periaatteesta?	147
c) Roolimanipulointi	152
d) Todistelumetodikiellot ja objektiivinen henkilötodistelu	159

VII LUKU

TODISTAMISKIELTOJEN PROSESSUAALINEN KÄSITTELY

1. Hyödyntämiskieltojen tehoisiksi tekeminen	163
2. Todistamiskieltojen rikkominen ja muutoksenhakukysymys	170
3. Todistamiskieltojen käsittely muutoksenhaku-oikeudenkäynnissä	177

VIII LUKU

TUTKIMUSTULOKSISTA. TODISTAMISKIELTOJEN KRIITTINEN ARVIOINTI

Zusammenfassung	192
Asiahakemisto	198

LÄHDEKIRJALLISUUS

- Aalto, Esa:* Pankin ja muun rahalaitoksen ilmoittamisvelvollisuudesta verovalvontaa varten. LM 1978 s. 338 ss.
- Aalto, Jorma S.:* Oikeusturva oikeudenkäynnissä. Teoksessa: Oikeus ja politiikka. Jyväskylä 1971. S. 213 ss.
- Aarnio, Aulis:* Perillisen oikeusasemasta. Porvoo 1967.
- Aarnio, Aulis — Heinonen, Olavi:* Lisiä oppiin oikeuslaitoksen uudistamisesta. LM 1972 s. 447 ss.
- Alkio, Paavo:* Tuomarin tehtävistä käräjillä. Vaasa 1948.
- Andersson, Edward:* Om allmänna handlingars offentlighet. I—II. JFT 1964 s. 467 ss. ja 565 ss.
- Beckman, Nils — Holmberg, Carl — Hult, Bengt — Strahl, Ivar:* Kommentar till Brottsbalken II. Brotten mot allmänheten och staten m.m. Andra upplagan. Stockholm 1969.
- Broms, Bengt:* Kansainvälinen oikeus. Vammala 1978.
- Bylund, Leif:* Bevisbörda och bevistema. En studie av en bevisbörderegler i mål om föreningsrättskränkningar. Stockholm 1970.
- Cars, Thorsten:* Om resning i rättegångsmål. Stockholm 1959.
- Eckhoff, Torstein:* Rettskraft. Oslo 1945.
- Ellilä, Reino:* Syyttämättä jättäminen ja tuomitsematta jättäminen liikenne-rikoksista. Juhlajulkaisu Tauno Tirkkonen 2.8.1968. Vammala 1968. S. 51 ss.
- Ellilä, Tauno:* Arvostelu teoksesta Tauno Tirkkonen: Suomen siviiliprosessioikeus II. Porvoo 1966. LM 1967 s. 611 ss.
- » — Selvittämättä jäämisen riski rikosasiain oikeudenkäynnissä. SPL 1951 s. 365 ss.
- » — Totuusvelvollisuus oikeudenkäynnissä. Valvoja 1949 s. 224 ss.
- » — Äskettäisistä oikeudenkäymiskaaren muutoksista. DL 1972 s. 297 ss.
- Elwing, Carl M.:* Tillräckliga skäl. Studier över förutsättningarna för allmänt åtal. Akademisk avhandling. Lund 1960.
- » — Är försvarare tystnadspliktig gentemot häktad klient. SvJT 1978 s. 331 ss.
- Erich, Rafael:* Suomen valtio-oikeus I. Helsinki 1924.
- Erma, Reino:* Pankkilait 1969. Suomen luottolaitosjärjestelmä sekä liike-, säästö- ja osuuspankkilait selityksineen. Vammala 1970.

- Fürst, Per-Erik*: Domstolens uppgifter. Vittnespsykologin som hjälpmedel i svensk rättegång. Uddevalla 1965. S. 108 ss.
- Geppert, Klaus*: Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren. Berlin 1979.
- Godenhielm, Berndt*: Om »know how» och företagshemligheter såsom föremål för licensupplåtelse. JFT 1965 s. 277 ss.
- Granfelt, O. Hj.*: Till frågan om tysthetsplikten. Juridiska meddelanden 1903:21. S. 178 ss.
- Hakulinen, Y. J.*: Velvoiteoikeus. I. Yleiset opit. Toinen laajennettu painos. Helsinki 1965.
- Halila, Jouko*: Arvostelu teoksesta Lauri Hormia: Todistamiskielloista rikosprosessissa I. Vammala 1978. LM 1978 s. 901 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Walter Stree: In dubio pro reo. Tübingen 1962. LM 1962 s. 641 s.
- » — Oikeudenkäyntimenettelyn 14.1.1972 annetulla lailla toteutetut osittaisuudistukset. LM 1972 s. 463 ss.
- » — Suullisten lausumien pöytäkirjaan merkitsemisestä oikeudenkäynnissä. DL 1977 s. 49 ss.
- Hallituksen esitys* Eduskunnalle laiksi vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi. Vuoden 1929 2. Vp. N:o 27.
- Havansi, Erkki*: Oikeuslaitostoimikunnan mietinnön kritiikkiä. LM 1972 s. 1 ss.
- Helminen, Klaus*: Todistusoikeutta erityisesti rikosprosessia silmällä pitäen. PM 1972 s. 325 ss. ja 399 ss.
- Hidén, Mikael*: Eduskunnan oikeusasiamies. Vammala 1970.
- » — Onko kansalaisen perusoikeuksia koskevilla Hallitusmuodon säännöksillä käytännön merkitystä kansalaisille. Lakimiesuutiset 1/1977 s. 18 ss.
- Holopainen, Toivo*: Tuomioistuinten ja tuomareiden riippumattomuudesta ja riippuvuudesta. Juhlajulkaisu Paavo Kastari 1907. 13/11.1977. Vammala 1978. S. 83 ss.
- Hormia, Lauri*: Todistamiskielloista rikosprosessissa I. Oikeudellinen tutkimus. Vammala 1978.
- Jägerskiöld, Stig*: Svensk tjänstemannarätt II:1. Uppsala 1959.
- Kastari, Paavo*: Eduskunnan valiokunnat ja julkisuus. LM 1968 s. 249 ss.
- » — Tuomioistuinten riippumattomuus ja demokraattisuus. LM 1971 s. 419 ss.
- Kekomäki, Paavo*: Perättömästä lausumasta. LM 1954 s. 3 ss. ja 95 ss.
- Kemppinen, Kullervo*: Eräs omituisuus oikeudenkäymiskaaren uudessa 17 luvussa. LM 1948 s. 673 ss.
- Kivimäki, T. M.*: Missä määrin teknilliset piirustukset ja muut teknilliset esikuvat ovat oikeudellisesti suojattuja? DL 1954 s. 129 ss.
- » — »Tunneperäisistä» tuomioista. DL 1952 s. 347 ss.
- Kivivuori, Antti*: Suomalaisen oikeustieteen virheet II. LM 1970 s. 929 ss.
- Klami, Hannu Tapani*: Nulla poena sine lege — mietteitä rikosoikeudellisesta tyyppipakosta. LM 1969 s. 178 ss.

- Koktvedgaard, Mogens*: Partsafhøring som bevismiddel i kriminalprocessen. TfR 1969 s. 335 ss.
- Komiteanmietintö 1967 A:9*. Ehdotus laiksi vilpillisestä kilpailusta perusteluineen. Helsinki 1967.
- » — 1969: A 25. Työsopimuslakikomitean mietintö. Helsinki 1970.
- Konstari, Timo*: Asiakirjajulkisuudesta hallinnossa. Tutkimus yleisten asiakirjojen julkisuudesta hallinnon kontrollivälineenä. Vammala 1977.
- Lager, Irma*: Uudistunut muutoksenhakumenettely alioikeudesta ylioikeuteen. DL 1979 s. 4 ss.
- Lahti, Raimo*: Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. Vammala 1974.
- Lehtimaja, Lauri*: Ihmisoikeudet rikosprosessissa — Periaatteista sovellutuksiin. DL 1978 s. 427 ss.
- Lehtimaja, Maija*: Asianajajan informointivelvollisuudesta mielentilatutkimusta pyydettyäessä. DL 1976 s. 191 ss.
- Makkonen, Kaarle*: Lainkäyttö ja maailmankatsomus. LM 1970 s. 1056 ss.
- Merikoski, Veli*: Arvostelu teoksesta Maurice Duverger: Echee au Roi. Paris 1978. LM 1978 s. 299 ss.
- » — Puoluevaltaisuus uhkana kansanvallalle. LM 1973 s. 53 ss.
- Meyer, Dieter*: Die Zulässigkeit der Ersetzung einer Aussage des nach § 55 StPO die Aussage verweigernden Zeugen durch Verlesung eines nichttrichterlichen Protokolls gem. § 251 Abs. 2 StPO. MDR 1977 s. 543 s.
- Mielentilatutkimus ja syyntakeisuus Suomen kriminalistiyhdistyksen ja Suomen mielenterveysseuran neuvottelupäivän aiheina*. LM 1975 s. 356 ss. *Kauko Aromaa* s. 356 ss.; *Matti Virkkunen* s. 358 ss.
- Modeen, Tore*: Bikt och tystnadsplikt. Ad lucem 1960:1 s. 10 ss.
- Murén, Edvard*: Joustavan normin käsitteestä ja tulkinnasta julkisen oikeuden alalla. DL 1964 s. 403 ss.
- Nousiainen, Jaakko*: Suomen poliittinen järjestelmä. Neljäs, tarkistettu painos. Porvoo 1970.
- Oikeuslaitostoimikunnan mietintö*. Toimikunnan mietintö 1971:B 112. Helsinki 1971.
- Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 14/1978*. Ehdotus julkisuuslain-säädännön osittaisuudistukseksi. Helsinki 1978. (Julkisuuslainsäädäntö)
- Orgis, H. K.*: Das Zeugnisverweigerungsrecht der Verlobten. SchwJZ 1967 s. 247 s.
- Os, Audvar*: Om offentlige tjenestemenns taushetsplikt. NAT 1958 s. 48 ss.
- Palmgren, Bo*: Tuomioistuinten riippumattomuus. Suomen lakimiesliiton XXII lakimiespäivien 15.—16. 4. 1971 pöytäkirja. Vammala 1971. S. 10 ss.
- Pfenninger, H. F.*: Der Angeklagte als Zeuge in eigener Sache. SchwJZ 1961 s. 297 ss.
- Reinikainen, Veikko*: Jutun palauttamisesta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1956.

- Rissanen, Kirsti:* Julkisuusperiaate, liikesalaisuudet ja suljetut ovet kilpailun-
edistämislakia sovellettaessa. LM 1978 s. 665 ss.
- » — Kilpailu ja tavaramerkit. Kilpailunrajoituslainsäädännön soveltaminen
tavaramerkin yksilöimiin järjestelyihin. Vammala 1978.
- Rytkölä, Olavi:* Virkamiehen salassapitovelvollisuudesta. Virkamieslehti 1973: 8—
9 s. 13.
- » — Virkamiesoikeus. Kolmas, kokonaan uudistettu painos. Vammala 1975.
- Sainio, Toivo:* Kansalais- ja poliittiset oikeudet Suomessa. Lakimiesuutiset 7—8/
1974 s. 10 s.
- Salmiala, Bruno A.:* Lapsen oikeus kieltäytyä todistamasta ja tuomioistuimen
velvollisuus valistaa lasta tässä kohden. DL 1968 s. 160 s.
- » — Mikä merkitys on sillä, että rikoksesta epäilty tai syytetty kieltäytyy vas-
taamasta tutkinnassa tai oikeudenkäynnissä hänelle tehtyihin kysymyk-
siin? DL 1966 s. 166 ss.
- Schima, Hans:* Gemeinsames und verschiedenes im Zivil- und Strafprozess.
Festschrift till Per Olof Ekelöf. Stockholm 1972. S. 557 ss.
- Schneider, Hans Joachim:* Beweisverwertungsverbot der Zeugnisverweigerung
eines Angehörigen gegen den Angeklagten — BGHSt 22, 113. JuS 1970
s. 271 ss.
- Seibert, Claus:* Das Schweigen des Angeklagten. NJW 1965 s. 1706.
- Seiler, Robert:* Arvostelu teoksesta Günter Kohlmann: Der Begriff des Staatsge-
heimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von
Strafvorschriften. JBl 1973 s. 487 s.
- Tirkkonen, Tauno:* Eräiden säädösten sitovuudesta ja tulkinnasta prosessioikeu-
dessamme. LM 1973 s. 74 ss.
- » — Kontradiktorisesta periaatteesta siviiliprosessissa. LM 1964 s. 1006 ss.
- » — Opportunitetsprincipen enligt gällande finsk rätt. Festschrift till Per Olof
Ekelöf. Stockholm 1972. S. 746 ss.
- » — Ylimääräistä muutoksenhakua koskeva uusi lainsäädäntö. Pykälä ry:n
25-vuotisjuhlaulkaisu. Vammala 1960. S. 47 ss.
- Tuominen, Timo:* Eräitä mietteitä rikosoikeuden käsitelainopista ja vähäpätöisten
rikosten käsitteestä. LM 1968 s. 545 ss.
- Uotila, Jaakko:* Perusoikeusjärjestelmän kehittämistä koskevia näkökohtia. Juhla-
ulkaisu Paavo Kastari 1907.13/11.1977. Vammala 1978. S. 259 ss.
- » — Päätösvallan siirtäminen Suomen valtionhallinnossa. Sentralisaation ja
desentralisaation oikeudellista taustaa koskeva tutkimus. Vammala 1963.
- Wach, Adolf:* Das Recht der Zeugnisverweigerung. Der Gerichtssaal. Band LXVI.
Stuttgart 1905. S. 1 ss.
- Walder, Hans:* Das Verhör mit dem Angeschuldigten. »Strafprozess und Rechts-
staat«. Festschrift zum 70. Geburtstag von H. F. Pfenninger. Zürich 1956.
S. 181 ss.

Welamson, Lars: Om brottmålsdomens rättskraft. Akademisk avhandling. Stockholm 1949.

— » — Svensk rättspraxis — civil- och straffprocessrätt. SvJT 1977 s. 13 ss.

Wiklund, Holger: God advokatsed. Stockholm 1973.

Vinge, Karl Axel: Om god advokatsed. Malmö 1944.

Vilkkonen, Eero: Hallintolainkäytön alasta. Vammala 1973.

Virolainen, Jyrki: Reformatio in pejus-kiellosta. Tutkimus tuomioistuimen tutkimisvallan laajuudesta yksipuolisessa muutoksenhaussa erityisesti rikosprosessia silmällä pitäen. Vammala 1977.

Viukari, Matti: Näkökohtia mielentilatutkimusten suorittamisesta. LM 1972 s. 762 ss.

— » — Oikeuspsykiatrian merkityksestä Suomessa ja Ruotsissa. LM 1974 s. 258 ss.

Zahle, Henrik: Om det juridiske bevis. København 1976. (Zahle)

LYHENTEITÄ

Ampuma-aseL	= L ampuma-aseista ja ampumatarpeista 27.1.1933/33
EVaaliL	= L kansanedustajain vaaleista 13.6.1969/391
HOTJ	= Korkeimman oikeuden päätös hovioikeuksien työjärjestyksestä 17.9.1952
IsyysL	= isyyslaki 5.9.1975/700
KHO	= korkein hallinto-oikeus
KoOTJ	= Korkeimman oikeuden työjärjestys 17.3.1931
KunVaaliL	= kunnallisvaalilaki 12.5.1972/361
LääkL	= L lääkärintoimen harjoittamisesta 14.7.1978/562
NAT	= Nordisk administrativt tidsskrift
NuorRikL	= L nuorista rikoksentekijöistä 31.5.1940/262
RadiovastuuL	= radiovastuulaki 12.3.1971/219
RangMäärL	= rangaistusmääräyslaki 27.2.1970/146
RikRekA	= rikosrekisteriasetus 19.12.1940/740
SäästöpankkiL	= säästöpankkilaki 29.8.1969/541
TieliikenneA	= tieliikenneasetus 4.10.1957/331
TieliikenneL	= tieliikennelaki 29.3.1957/143
UlkApuL	= L Suomen ja ulkomaan viranomaisten yhteistoiminnasta oikeudenkäynnissä sekä ulkomaan tuomioistuimen päätöksen täytäntöönpanosta eräissä tapauksissa 10.6.1921/171
VJ	= Valtiopäiväjärjestys 13.1.1928/7
ZPO	= Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (Saksan liittotasavalta)

VI LUKU

TODISTAMISKIELLOT ALIOIKEUSMENETTELYSSÄ

1. Todistusteemakiellot

a) Yleistä

1. Todistusteemakiellot estävät tuomaria selvittämästä tiettyä asian-tilaa tai tapahtumainkulkua. Lainsäätäjän kysymyksenasetteluna on ollut: *mitä* ei saa saattaa todistelun kohteeksi? Todistusjärjestelmässä, jossa pääsääntöisesti vallitsee aineellisen totuuden tutkimisen periaate, todistusteemakiellot kuuluvat reunailmiöihin. Todistamiskiellet itses- sään ovat poikkeusluonteisia; todistusteemakieltojen osaluokassa tämä poikkeusluonteisuus vain korostuu. Erityisen huonosti todistusteema- kiellot soveltuvat prosessiteknisten tarkoituksien toteuttamiseen. Ri- kosprosessissa, jossa totuuden tutkiminen tapahtuu viran puolesta ja jossa todisteiden harkinta on yleensä vapaata, prosessiteknisten tarkoi- tusperien ajaminen todistusteemakieltojen avulla täytyy olla harvinais-uus. Ulkoprosessuaalisten intressien suojaamisessa todistusteemakiello- saattaa sitä vastoin osoittautua tarkoituksenmukaiseksi. Tällöinkin voi- taneen lähteä siitä oletuksesta, että todistusteeman rajoituksen tulee yleensä perustua nimenomaiseen lainmääräykseen. Oletus on sopusoin- nussa tutkimuksessa asetetun perusteesin kanssa, jonka mukaan aineel- lisen totuuden ilmisaamiseksi kaikki relevantit tosiasiat on oikeuden- käynnissä tutkittava.

2. Rikosprosessuaalinen todistelu huipentuu syyllisyyskysymystä kos- kevaan tuomioistuimen kannanottoon.¹ Tuomioistuimen mainitusta sei-

¹ Ks. tämän johdosta esim. *Aalto* s. 9; *Tirkkonen*, *Totuus* s. 163 s.; *Fürst*, *Domstolens uppgifter* s. 110; *Zahle* s. 1 s. — Viitattakoon myös OK 24:3:n mää-

kasta antama lausuma saattaa olla esimerkiksi seuraavan sisältöinen: »A on surmaamisen aikomuksessa vakain tuumin ottanut B:ltä hengen». Lause väittää jotakin todellisuudesta so. eräästä (menneisyydessä esiintyneestä) oikeudellisesti relevantista tapahtumainkulusta. Näin muodoin se kelpaa siksi alalauseeksi eli faktuaalipremissiksi, joka mahdollistaa normin soveltamisen ja oikeusseuraamuksen määräämisen.

Todistelu palvelee oikeusseuraamuksen määräämiselle relevanttien tosiseikkojen toteamista. Todistelu on keino, tosiasioiden toteaminen praktinen tavoite. Mikä tahansa jutun ratkaisulle relevantti tosiseikka muodostaa todistelun kohteen eli todistusteeman.² Kullakin yksittäisellä todisteella on todistusteemansa.³ Tässä merkityksessä todistus-teema on jokin teon momentti tai indisio.⁴ Koska oikeusseuraamus aina liittyy normin välityksellä oikeustosiasioihin, oikeusseuraamuksen määräämiselle relevantit tosiseikat ovat nimenomaan oikeustosiasioita. Jutussa relevantti tosiasia eli oikeustosiasia on siten aina todistusteema.⁵

Kun juridinen metodioppi huipentuu kysymykseen »oikean» ylälauseen muodostamisesta, niin vastaavasti todistelun avulla tuomarin on muodostettava sellainen alalause (faktuaalipremissi), joka on tosi. Alalause on tosi silloin, kun se vastaa ulkoprosessuaalista asiantilaa. Viime kädessä todistelun kohteena eli todistusteemana on juuri se ulkoprosessuaalinen seikasto, jonka todistelun avulla muodostettava alalause eli todistuslause väittää olevan tai olleen olemassa. Siten »todistusteemalla» saatetaan tarkoittaa rikosjutun »asiakysymystä» kokonaisuudessaan: niitä tosiseikkoja, jotka on todistelun avulla näytettävä toteen.⁶ Oikeusseuraamuksen määrääminen edellyttää riittäviä oikeustosiasioita.⁷ Viime

räykseen, jonka mukaan oikeuden on tuomiossaan sovellettava voimassa olevia normeja jutussa todennettuun tosiseikastoon.

² *Tirkkonen*, Rp II s. 86.

³ Mainittu seikka ilmenee jo laista: OK 17:7:n mukaan asianosainen on velvollinen tuomioistuimen kehotuksesta ilmoittamaan todistusteeman kunkin todisteen osalta, jonka hän haluaa esittää. Ks. tämän johdosta *Helminen*, PM 1972 s. 326, jossa myös todetaan, että »todistusteemaksi nimitetään sitä konkreettista seikkaa, joka kulloinkin on todistelun kohteena, esim. rikoksen tiettyjen tunnusmerkkien täyttyminen... tekijän tahallisuus, motiivi jne.»

⁴ *Ekelöf* V s. 122.

⁵ *Makkonen* s. 16 verr. s. 22; *Ekelöf* IV s. 11; *Zahle* s. 233.

⁶ Siten *Roeder* (1. painos) s. 203 av 2: »die zu beweisenden Tatsachen — Beweisthema».

⁷ *Makkonen* s. 22.

kädessä nämä riittävät oikeustositiasiat kokonaisuutena muodostavat rikosjutun todistusteeman.

Suoritetun erittelyn perusteella on ilmeistä, että prosessiteoreettisesti on mahdollista puhua todistusteemasta kahdessa eri merkityksessä. Ensiksi todistusteemalla saatetaan tarkoittaa yksittäistä jutun ratkaisulle relevanttia tosiseikkaa (oikeustositiasiaa). Toisessa merkityksessä todistusteema tarkoittaa kaikkia niitä oikeustositiasioita $x_1 \dots x_n$, joiden toteennäyttäminen on välttämätöntä, jotta tuomioistuimien voisi antaa jutussa lopullisen asiaratkaisun. Oletettakoon tapaus, jossa A:lle vaaditaan rangaistusta TieliikenneL 15 §:n 4 momentin e kohdan nojalla suurimman sallitun ajonopeuden ylittämisestä.⁸ Vähimmäisseikasto, jonka toteennäyttäminen on oikeusseuraamuksen määräämisen edellytyksenä, muodostuu kahdesta tosiseikasta: a) ajoneuvon kuljettajana toimi A (eikä esim. henkilö X); b) ajoneuvon vauhti ylitti suurimman sallitun nopeuden. Molemmat nyt kuvatut asiantilat muodostavat kumpikin erikseen erään todistusteeman. Tutkamittarin lukema, josta todistusteema b — ylinopeus — päätellään, on todistustositiasia. Todistusteemojen a ja b olemassaolosta (rangaistusmääräys-) tuomari pääättelee, että (tietynä menneisyyden ajankohtana) on ollut sellainen asiantila, joka vastaa oikeusnormin tunnusmerkistöosassa kuvattua tekotyyppiä. Mainittu vähimmäisseikasto on tällöin *jutun* todistusteema.⁹

On selvää, että todistusteema-termin käyttäminen kahdessa eri merkityksessä, puhuttaessa milloin yksittäisen todisteen todistusteemasta, milloin jutun/prosessin todistusteemasta, johtaa helposti asiallisiin sekaannuksiin. Tarkoitettaessa jutun todistusteemaa kokonaisuudessaan todistusteema on se vähimmäisseikasto, oikeustositiseikasto, jonka toteennäyttä-

⁸ Käytännön prosessielämässä mainitun lainkohdan mukaiset, TieliikenneL 9 §:n soveltamisalaan kuuluvat liikenne rikkomukset käsitellään rangaistusmääräysmenettelyssä.

⁹ Tarkasteltakoon tässä yhteydessä kysymystä, voiko jutun todistusteema olla kokonaisuudessaan *notorinen*. Tutkimuksen I osassa todetaan puheenalaisessa suhteessa (s. 131 av 96 i.f.): »Oikeustositiasia on harvoin kokonaisuudessaan notorinen (Ekelöf IV s. 58 av 5), rikosprosessin kohde sellaisenaan ei ole koskaan oikeudellisesti notorinen (Spendel, JuS 1964 s. 468).» — Rikoshistoria tuntee tapauksia, joissa rikoksella on ollut jopa useita miljoonia silminnäkijöitä. Näin esimerkiksi Yhdysvaltain väitetyn presidentinmurhaajan tullessa ammutuksi: tapaus nähtiin television kuvaruuduissa kaikkialla maassa. Silti rikollinen teko ei ollut notorisesti tosi vaan edellytti nytkin prosessioikeuden säännönmukaisten todistustekojen avulla tapahtuneen toteennäyttämisen.

minen on oikeusseuraamuksen määräämisen edellytyksenä.¹⁰ Kielifilosofisesti ilmaistuna todistusteema on tällöin sama kuin muodostettavan alalauseen eli todistuslauseen referenssi. Vastaavasti todistusteema muodostuu todistettavista tosiasioista. Nämä todistusteeman elementteinä olevat relevantit tosiasiat ovat aina oikeustositietoja. Niitä seikkoja eli perusteita, joihin nojautuen tuomioistuin päättää todistettavan tosiasian eli oikeustositietojen olevan olemassa, kutsutaan tutkimuksessa todistustositietoiksi. Todistustositietojen olemassaolo/ei-olemassaolo vuorostaan päätellään todistusaiheiden eli indisioiden avulla.¹¹

3. Todistamiskiellot palvelevat — karkeasti ilmaisten — joko prosessitekniisiä tai ulkoprosessuaalisia tarkoituksia. Prosessitekniisiin näkökohtiin palautuvat todistamiskiellot eivät juurikaan edusta prosessin tarkoitukselle vierasta ilmiötä: Niiden avulla pyritään edistämään todistelun luotettavuutta tahi prosessin tarkoituksenmukaisuutta ylipäätään. Ne eivät aseta esteitä asiantilan selvittämiseksi siten kuin ulkoprosessuaalisten oikeushyöntejen suojaksi annetut todistamiskiellot. Mitä todistusteemakieltoihin tulee, niille on ominaista, että todistelun rajoitus näyttäytyy nimenomaan asiantilan so. toteennäytettävän seikaston rajoituksena.¹² Kirjallisuudessa on esitetty, että sikäli kuin todistusteemakiellot sulkevat pois sellaisen mahdollisuuden, että määrätty tositietojen tehdään tehokkaiksi ja vaaditaan määrättyjä oikeusseuraamuksia, tulee yleensä esille aineellisen oikeuden kysymyksiä, joista prosessissa on annettava ratkaisu. *Maetzel*, joka on kiinnittänyt kysymykseen huomiota, sanoo, että tältä osin ei ole edes puhuttava prosessuaalisesta probleemasta.¹³ Epätietoiseksi kuitenkin jää, miksi mainittu tutkija ylipäätään käsittelee tilannetta todistusteemakieltojen nimikkeellä. Prosessuaalisena ilmiönä todistusteemakielloille on ominaista, että ne aktualisoituvat silloin, kun asiantilan selvittäminen kohdistetaan määrättyihin apotositietoihin, joita muutoin käytettäisiin indisiaina harkittaessa oikeusnormin tunnusmerkistöosan kuvaaman tekotyypin toteutumista tuomioistuimen ratkaistavana olevassa tapauksessa.

¹⁰ Tällöin ns. reaktionormi tekee todistettavista tosiasioista oikeustositietoja. Ks. sen johdosta *Makkonen* s. 29; sekä muutoin *Zahle* s. 234. Ks. myös *Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta s. 28 av 61; *Stening*, TfR 1973 s. 64.

¹¹ Vrt. *Helminen*, mt. s. 328.

¹² Ks. esim. *Roeder* (l.p.) s. 141 av 1.

¹³ DVB1 1966 s. 665.

b) Valtiosalaisuudet (OK 17:23,1:n 2 kohta)¹⁴

1. OK 17:23,1:n 2 kohdassa säädetään, että kukaan ei saa todistaa siitä, mikä valtakunnan turvallisuuden tähden tai sen oikeuksien tahi etujen suojelemiseksi on vieraalta valtiolta pidettävä salassa. Lainkohdan lausumaa todistamiskieltoa täydentää, todistusteemakiellon ration mukaisesti, asiakirjatodistelun yhteydessä OK 17:12,2:n 2. virke; vastaava katselmuskielto on annettu OK 17:57,2:n 2. virkkeessä. Vaikka oikeudenkäymiskaaren asiantuntijatodistelua koskeva osasto ei sisälläkään kysymystä koskevaa nimenomaista määräystä, ratio legis edellyttää, että mitään todistuskeinoa — asianosaiset mukaan luettuina (OK 17:65,1) — ei saada käyttää todistusteeman selvittämiseen.¹⁵

Tarkasteltava valtiosalaisuuksien suojaksi annettu OK 17:23,1:n 2 kohdan säännös ei edusta periaatteellista uutuutta. Siinä ilmaistu normi on ollut jo ennestään voimassa RL 12 luvun 7 §:n ja 40 luvun 6 a §:n (L:ssa 18.10.1939/343) nojalla. Mainitut lainkohdat säättävät rangaistuksen valtiosalaisuuksien luvattomasta ilmaisemisesta. Teon aineellinen oikeudenvastaisuus ei tässä kuten muuallakaan sinänsä sano mitään sen prosessi-oikeudellisesta ei-sallittuudesta. Aineellinen oikeudenvastaisuusarvostelma ei edellytä loogisella välttämättömyydellä prosessuaalista kiellonvastaisuusarvostelmaa. Se edustaa vain yhtä kiellonvastaisuuden puolesta vaikuttavaa näkökohtaa, jonka merkitys saattaa vahvistua tai heikentyä muiden näkökohtien vaikutuksesta. Tässä tapauksessa rikoslain normin perusteena olevat näkökohdat selvästi vaativat muodollisoikeudellisen

¹⁴ Tutkimuksen I osassa on tarkasteltu oikeusvertailevasti valtion edun vuoksi annettuja todistamiskieltoja, jolloin Tanskan oikeuden osalta on viitattu Rpl 194 a §:ään (s. 142). Mainittu lainkohta on kumottu (Lov nr 149, Lovtidende 1965, 1 §).

¹⁵ Eikö tällöin OK 17:23,1:n 2 kohdan todistamiskieltoa olisi tullut täydentää vastaavalla *takavarikkokiellolla* siten kuin TakavarikkoL 1,2 §:n 1. virkkeessä on menetelty OK 17:23:n muun sisällön (virkamiehet, privilegoidut ammatinharjoittajat) osalta? (Lainkohdan sanontaa »muu oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 23 §:ssä tarkoitettu henkilö» ei voitane tulkita siten, että se tarkoittaisi 23,1 §:n 2 kohdan mukaista tilanteistoa.) Takavarikkokiellon puuttuminen on perusteltua sen seikan valossa, että suojeltavana oikeushyvinä on valtion etu. Valtion edun mukaista on, että valtiosalaisuuksia sisältävä asiakirja voidaan takavarikoida. Vrt. tämän johdosta *Luonnos* 30.6.1976 s. 69 s.: »Säännöksellä (so. lakiehdotuksen 4 luvun 2 §:n 1 mom.) pyritään suojaamaan nimenomaan vaitiolo-oikeutta. Tästä syystä ei ole estettä asiakirjan takavarikoimiseen rikoksesta epäillyn hallusta, milloin rikos

täydennyksen. Kun OK 17:23,1:n 2 kohta sisältää asiaa koskevan nimenomaisen säännöksen, oikeustila on nyttemmin täysin selvä.¹⁶

Todistusteemana, jota kielto tarkoittaa, on valtiosalaisuus. Säännösteksti ei sisällä vastaavaa käsitelmäritelmää. Lähtien laissa käytetyistä käsitetunnusmerkeistä valtiosalaisuudet on kirjallisuudessa määritelty tosiasioiksi, jotka valtakunnan ulkoisen turvallisuuden tähden tai sen oikeuksien tahi taloudellisten tai muiden etujen suojelemiseksi on vieraalta valtiolta pidettävä salassa.¹⁷ Tähän määritelmään liittyen voitaaneen valtiosalaisuuksina erityisesti pitää kirjoituksia, piirroksia, malleja tai kaavoja taikka niitä koskevia tietoja, milloin valtion etu vaatii niiden salaamista vieraalta hallitukselta. Tosiasiat, asiantilat ja tiedot ovat salaisia, jos ne ovat vain rajoitetun henkilöpiirin tiedossa tai selville saatavissa. Tosiasiat, joista esimerkiksi joukkotiedotusvälineet ovat jo kertoneet, eivät enää ole salaisia. Niistä saa siis rikosjutussa esittää näyttöä, olkoonpa että olisi tiettyä etua pitää ne vieraalta valtiolta salassa.

Suojattuna oikeushyvinä on valtion etu. Asiaryhmänä valtion etu on lähes rajoittamaton.¹⁸ Nyt tarkasteltavassa asiayhteydessä valtion etu ei tyhjenny poliittisiin tai taloudellisiin intresseihin. Säännöstekstin käyttämien käsitteiden valossa on kuitenkin ilmeistä, että toisaalta poliittiset ja toisaalta taloudelliset hyötynäkökohdat muodostavat puheenalaisen intressipiirin ydinalueen.

Poliittisten intressien joukossa valtion turvallisuuspoliittisilla eduilla on erityisasema. Niistä valtio ei voi luopua vaarantamatta olemassaoloaan

liittyy itse asiakirjaan (esimerkiksi valtiosalaisuuksia sisältävä asiakirja on anastettu . . .).»

¹⁶ Ks. tekstissä esitetyn johdosta *Tirkkonen* s. 118; *sama*, Rp II s. 246; sekä erityisesti RL 12:7:n johdosta *Honkasalo*, Suomen rikosoikeus. Erityinen osa III s. 29 ss. RL 40 luv. 6 a §:n johdosta ks. *Rytkölä*, Virkamiesoikeus s. 55.

¹⁷ Ks. *Honkasalo*, mt. s. 29; *Beckman* ym., Brottsbalken jämte förklaringar II s. 307 (RB 19:5; spioneri): 'Esimerkkinä tiedoista, joiden ilmaiseminen vieraalle vallalle voi vahingoittaa valtakunnan turvallisuutta vaikka ne eivät tarkoita maanpuolustusta tai kansanhuoltoa, voidaan mainita sellaiset tiedot hallituksen päätöksistä tai neuvotteluista vieraiden valtojen kanssa, joiden vaikutuksesta maan ulkopoliittinen asema oleellisesti huononee.' — Ks. lisäksi *Laufhütte*, GA 1974 s. 52 ss.

¹⁸ Vrt. *Olivecrona*, Rättsordningen s. 262 ss.; *Beling* s. 6; *Martin*, Juristentag s. 177; *Rupp* s. 200 s. — Kaikessa po. käsitteeseen liittyvässä keskustelussa on korostettava *Brusiinin* (Tuomarin harkinta s. 109) tavoin, ettei valtion etu ole oikeusjärjestyksen yläpuolella.

valtiona; kysymys on valtion elämästä tai kuolemasta.¹⁹ Turvallisuuspoliittisia salaisuuksia OK 17:23,1:n 2 kohdan edellyttämässä merkityksessä ovat tiedot, joiden ilmaiseminen voi aiheuttaa vahinkoa valtakunnan aseelliselle puolustukselle. Esimerkkinä mainittakoon sodan varalta laaditut operatiiviset suunnitelmat, puolustuslaitoksen varastojen sijainti, joukkojen aseistus ja sotaväen keskuudessa vallitseva mieliala.²⁰ Tähän ryhmään kuuluvat myös tiedot, joiden julkisuuteen tulo saattaa vaarantaa sodanaikaista väestönhuoltoa taikka valtakunnan elintärkeitä kriisiajan ulkomaankauppayhteyksiä, energiahuoltoa ja sotatarviketeollisuutta. Turvallisuuspoliittisista realiteeteista selittyy edelleen, että rikosprosessissa ei saa todistaa erityisen tärkeistä hallituksen päätöksistä tai neuvotteluista. Viitattakoon myös VJ 48,4 §:ään, jonka mukaan eduskunnan ulkoasiainvaliokunnan jäsenten on »noudatettava sitä vaiteliaisuutta, jota hallitus katsoo kunkin asian laadun vaativan». Ilmeistä on, että hallituksen tämän lainkohdan nojalla vaatima vaitiolo tekee keskustelujen ja asiakirjojen sisällöstä sellaisen seikaston, jonka paljastaminen rikosprosessissa millä todistuskeinolla tahansa on kielletty.²¹ Vihdoin on mainittava, että korkeinta hallitusvastuuta kantavien virkamiesten: tasavallan presidentin ja valtioneuvoston jäsenten, suorat neuvottelut ulkomaisten valtiomiesten kanssa saattavat olla sisällöltään sen laatuaisia, että niiden paljastaminen tuomioistuinmenettelyssä on kielletty.²²

Mitä poliittisiin intresseihin muutoin tulee, asianomaiselle intressille annettavan merkityksen mittaaminen tapahtuu luontevimmin muodollisen kriteerin avulla: hallituksen keskuudessaan salaisiksi leimaamat neuvottelut ja päätökset ovat sitä myös rikosasiain oikeudenkäynnissä. Näin

¹⁹ 'Hengen suurpiirteisyys ja ylevyys ovat yksityisiä hyveitä. Valtion hyve on turvallisuus.' (*Spinoza*) — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin vrt. *Seiler*, JBl 1973 s. 487.

²⁰ Vrt. *Beckman* ym., mt. s. 315.

²¹ Vrt. *Kastari*, LM 1968 s. 254. — Tulkinnallista johtoa tarjoaa *AsiakJulka* 1,1 §:n 2 ja 3 kohta. Ks. niiden johdosta *Andersson*, JFT 1964 s. 582 s. — Huomatetaan myös L maanpuolustukselle merkityksellisistä keksinnöistä 15.12.1967/551, 1 ja 4 §.

Tasavallan presidenttiä ja valtioneuvostoa alemmilla toimielimillä ei ole oikeutta rajoittaa julkisuutta. Näin *Konstari*, *Asiakirjajulkisuudesta* hallinnossa s. 209.

²² Vrt. tämän johdosta Norjan strpl. 180,1 §: »hemmelige underhandling, rådslagninger eller beslutninger i saker som har betydning for rikets sikkerhet eller rettigheter i forhold til en annen stat».

yleisemminkin: jos poliittista valtaa käyttävä valtionorgaani laillisessa järjestyksessä leimaa tietyn toimenpiteensä salaiseksi, tuomioistuimelle mainittu seikka muodostaa edellyttämysten, että asiantilaa ei saa rikosprosessissa näyttää toteen.²³ Muutoin tuomioistuimen on tyydyttävä kasuistiseen harkintaan. Yleistä harkintaohjetta ei voida esittää. Jos hallituksen jäsen on ollut hoidettavana psykiatrisella klinikalla, mainitun toiseikan ilmaiseminen oikeudenkäynnissä on epäilemättä valtakunnan etujen vastaista. Yhtä lailla arveluttavaa saattaa olla todistelu, joka kohdistuu korkeimpien virkamiesten luonteenlaatuun tai elämäntapoihin. Yleistäen voitaneen sanoa, että todisteiden esittäminen asiantiloista, joiden julkisuuteen tulo on omansa vähentämään tasavallan kansainvälistä arvostusta, on kielletty.

Turvallisuuspoliittisten intressien ohella valtakunnan taloudelliset edut muodostavat korostetusti suojanarvoisen intressikategorian.²⁴ Tosin on huomattava, että ylimeno taloudellisista intresseistä poliittisiin on liukuva. Onpa mahdollista, että puhtaasti turvallisuuspoliittiset näkökohdat kytkeytyvät yhteen taloudellisten realiteettien kanssa. Ajateltakoon tapausta, että yksityinen liikeyritys toimii maanpuolustuksellisten tarkoituserien hyväksi. Tällöin yrityksen OK 17:24,1:n mukainen liikesalaisuus saattaa samalla olla OK 17:23,1:n 2 kohdassa tarkoitettu valtiosalaisuus. Muutoin rikosprosessissa salattavina seikastoina tulevat ennen muuta kysymykseen asiantilat, joiden julkisuuteen tulo saattaisi alentaa valtion kilpailukykyä kansainvälisessä liike-elämässä. Edelleen ns. sovellettujen tieteiden (»hyötytieteiden») tutkimustulokset edustavat monesti sellaisia varallisuusarvoja, että niitä ei saa rikosprosessissa paljastaa. Valtion etu vaatii, ettei istuntosalista tule teollisuusvakoilun näyttämöä.²⁵

Edellä on esitetty sellaisia tyypillisiä asiaryhmiä, jotka saattavat tulla kysymykseen valtiosalaisuuksiksi luokiteltavina seikastoina. Tärkeä lisä-

²³ Tällöin on huomattava, että tasavallan presidentti ja valtioneuvosto saavat määrätä salaiseksi ainoastaan sellaisen asian, joka tulee niiden käsiteltäväksi; ks. *Hidén*, Eduskunnan oikeusasiamies s. 278; *Konstari*, mt. s. 210. Noudatettua käytäntöä valaisee OKa 1977 s. 81 ss. (»Tasavallan Presidentti itse on määrännyt, mikä asiakirja kulloinkin on ollut salainen. Kaikki valtion päämiesten väliset neuvottelut on aina merkitty salaisiksi.»; s. 85).

²⁴ Ks. *Honkasalo*, mt. s. 30, jossa samalla korostetaan valtiosalaisuuden riippuvuutta poliittisista suhdanteista.

²⁵ Vrt. AsiakJulka 1,1 §:n 8 ja 9 kohta sekä niiden johdosta *Andersson*, mt. s. 584 s.

edellytys lainkohdan soveltamiselle on, että valtakunnan edun tulee vaarantua vieraan valtion mahdollisten toimenpiteiden seurauksena. Jos soveltamiskriteerit ovat täyttyneet, kysymyksessä on absoluuttinen todistamiskielto: tuomioistuimen on viran puolesta huolehdittava siitä, että totuuden tutkimista ei ohjata kiellettyyn todistusteemaan. Tällöin todistamiskielto kohdistuu tuomioistuimeen *kyselykieltona*.²⁶

2. Tuomioistuin tekee ratkaisunsa menettelyn kokonaistuloksesta muodostamansa vakaumuksen pohjalta (OK 17:2,1). Jos todisteiden esittäminen on tapahtunut todistamiskieltoa rikkoen, todistamiskieltoon ehkä liittyvä *hyödyntämiskielto* estää sisällyttämästä virheellisesti saatua todistelutulosta todistelun kokonaistulokseen.

Seuraako OK 17:23,1:n 2 kohdassa mainitun todistamiskiellon rikkomisesta kielto käyttää hyväksi näin saatua todistelutulosta lopullisessa todisteiden harkinnassa?

Tutkimuksessa on lähdetty siitä, että hyödyntämisongelmaa on yleensä hedelmällistä lähestyä kysymyksenasettelusta: miksi todistamiskielto on annettu?²⁷ On toisin sanoen edellytetty, että todistamiskiellon oikeusperusteen ja kiellonvastaisuuden prosessuaalisen seuraamuksen keskinen yhteys on varsin kiinteä. Tuo yhteys ei kuitenkaan ole ehkä niin läheinen kuin *Klug* näyttää edellyttävän.²⁸ Hyödyntämisongelman harkinta — kuten juridinen päättely paljolti muutoinkin — on kyllä teleologisesti painottunut, mutta viitekehyksenä kysymys »miksi todistelu on kielletty?» on riittämätön. Monessa tapauksessa hyödyntämiskieltojen oikeusmotiivit ovat eri tasolla kuin primääristen todistamiskieltojen; oikeusmotiivien selvittäminen tapahtuu tällöin ohi todistamiskieltojen. Liian kategorista olisi kuitenkin lausua *Petersin* tavoin, että todistamiskiellon asettajaa määränneet motiivit ovat prosessuaalisille oikeusseuraamuksille merkityksettömiä.²⁹ Vielä vähemmän on syytä mainitun tutkijan tavoin eliminoida teleologinen aines tyystin päättelystä. Pohtiessaan kiellonvastaisesti ilmaistun valtiosalaisuuden hyödyntämiskelpoisuutta *Peters*

²⁶ Tekstissä esitetty merkitsee sitä, että L:ssa oikeudenkäynnin julkisuudesta 5.2.1926 (1,2 §:n 1. virke L:ssa 31.5.1940) edellytetty järjestely — asian käsittely suljetuin ovin, milloin julkisuus voi saattaa valtion ulkoisen turvallisuuden vaaraan — ei ylimalkaan tule kysymykseen.

²⁷ Ks. I osa s. 25 ja 105 ss.

²⁸ »Beweisverbote im Strafprozess» s. 34.

²⁹ »Beweisverbote im deutschen Strafverfahren» s. 109.

lähtee siitä formaalisesta tosiseikasta, että menettelyn kulku on tapahtunut oikeudenkäyntijärjestyksen vastaisesti. On esitetty todiste, jota ei olisi pitänyt esittää. Todistetta ei saa hyödyntää: olisihan järjestelmän vastaista riistää todistamiskiellolta sen tehoisuus.

Sosiaalisen rikosprosessin ajatus so. käsitys rikosprosessista tuomioistuimen ja asianosaisten välisenä työn yhteisyytenä vaatii yleensä selaista laintulkintaa, että tuomioistuin ei saa käyttää hyödyksi prosessiin osallistuvan henkilön virheellisesti esittämää todistetta. Nyt puheena olevaan tilanteeseen sovellettuna mainittu ajatus johtaa siihen, että tuomioistuimen vastuu ulottuu yli kyselykiellon: jos prosessiin osallistuvat henkilöt spontaanisti ilmaisevat valtiosalaisuuksia, tuomioistuimen tulee katkaista virheen vaikutus. Käytetty harkintaperuste on kuitenkin erittäin väljä. Saadun harkintatuloksen kumoaa se vasta-argumentti, että jos salaisuus jo on oikeudenkäynnissä ilmaistu, niin todistamiskiellon välitön suojelutarkoitus on jo tehty tyhjäksi. Kieltäytymällä vastaanottamasta esitettyä todistetta tuomioistuin kieltäytyy vain eräästä prosessiteknisestä toimenpiteestä, joka ei pelasta loukattua intressiä. Tästä näkökulmasta katsoen jotakin peruuttamatonta on jo tapahtunut.

Edellä esitetyn tavoin salaisuuden ilmitulo merkitsee siis jo korjaamiskelvotonta menettelyvirhettä.³⁰ Mutta tämän hyödyntämiskieltoa vastaan puhuvan näkökohdan lisäksi on tutkittava, merkitsisikö todisteen hyväksikäyttäminen suojatun intressin loukkaamisen täydentymistä tai syventymistä. Koska varsinaista todistamiskieltoa itseään kannattava oikeudellinen ratio — valtion etu kansainvälisen politiikan näyttämöllä — on ylivertaisen tärkeä, tuntuisi realistiselta omaksua hyödyntämiskelpoisuuden torjuva kanta. Lain tarkoitus on tässä suhteessa mahdollisimman selvä: määrättyä seikastoa ei saa saattaa todistelun kohteeksi. Prosessiin osallistuvan henkilön virheelliseen käyttäytymiseen ei ole liitettävä niin radikaalia seurausta, että normitarkoitus lähes kumoutuu.

3. Rikosprosessissa vastoin OK 17: 23,1:n 2 kohdassa lausuttua kieltoa ilmaistu tosiseikka on edellä esitetyn mukaisesti *hyödyntämiskelvoton*.³¹ Omaksuttu lopputulos on sitäkin perustellumpi, kun todisteen torjunta

³⁰ Tätä näkökohtaa on Saksan liittotuomioistuin pitänyt määrävänä katsoessaan, ettei todistamiskiellon rikkomiseen puheenalaisessa tapauksessa liity hyödyntämiskieltoa; ks. lähemmin BGH MDR 1951, 275 ja BGH NJW 1952, 151. Vrt. tekstissä lausutun johdosta myös *Maguire* s. 97 s.

³¹ Kuten tekstissä vastaavasti Saksan oikeuden kannalta *Peters* s. 109.

ei juurikaan saata vaarantaa aineellista totuutta. Asian laita on nimittäin se, että säännönmukaisesti kuvatukselliset asiantilat eivät näyttele min-käänlaista osaa rikosprosessuaalisessa totuuden tutkimisessa, seikka johon jo *Wrede* on kiinnittänyt huomiota.³²

c) Kansalaisen vaalisalaisuus

1. Suomen poliittinen järjestelmä rakentuu kansanvaltaisuuden periaatteelle.³³ HM 2,1 §:n mukaan valtiolta kuuluu kansalle. Poliittista valtaa käyttävät valtionelimet eivät ole muuta kuin kansan työväline. Yleisesti noudatetun valtio-oikeudellisen periaatteen mukaan julkiset vaalit, joilla äänioikeutetut kansalaiset valitsevat edustajat näihin elimiin, ovat salaiset. Vaalisalaisuus kuuluu kansalaisen perustuslaillisesti varmennettuihin poliittisiin oikeuksiin.³⁴ Tässä suhteessa voidaan viitata HM 23 §:ään, VJ 6 §:ään ja EVAaliL 49, 50 ja 55 §:ään. Universaalisen kantavuuden puheenalainen periaate saa sen johdosta, että Yhdistyneiden Kansakuntien 1948 hyväksymässä ihmisoikeuksien selityskirjassa edellytetään, että valtiollisten vaalien tulee olla salaisia. Meidän maassamme vaalisalaisuuden periaate on toteutettu myös kunnallishallinnon alueella (KunVaaliL 47/8 ja 52 §). Erinäisten rangaistummääräysten avulla pyritään estämään vaalivapauden häiritseminen; VJ 5 §:n ohella viitattakoon RL 15:2:een, EVAaliL 101 §:ään ja KunVaaliL 99 §:ään.

2. Edellä esitetyn mukaisesti vaalisalaisuus edustaa oikeusyksilön perustuslaillisesti varmennettua oikeutta. Yleisen yhteiskuntakehityksen nykyvaiheessa se voidaan epäilemättä sijoittaa ihmisoikeuksien erityistä suojaa vaativaan piiriin.³⁵ Havainto ei kuitenkaan mahdollista sellaista

³² »Grunddragen af bevisrätten» s. 191. Ks. myös *Andenaes*, Straffeprosessen s. 205.

³³ *Erich*, Suomen valtio-oikeus I s. 136; *Hakkila*, Suomen tasavallan perustuslait s. 20; *Merikoski*, LM 1973 s. 53 (vrt. kuitenkin *sama*, LM 1978 s. 305); *Nousiainen*, Suomen poliittinen järjestelmä s. 179.

³⁴ *Sainio*, Kansalais- ja poliittiset oikeudet Suomessa s. 10.

³⁵ Liittymällä kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan v:n 1966 kansainväliseen yleissopimukseen (L 23. 6. 1975, A 30. 1. 1976) Suomikin on tunnustanut — meillä vanhastaan voimassa olevien periaatteiden mukaisesti —, että »jokaisella kansalaisella tulee olla oikeus ja mahdollisuus... äänestää ja tulla valituksi määräaikaissa ja rehellisissä vaaleissa, jotka perustuvat yleiseen ja

johtopäätöstä, että totuudentutkimisintressin on ilman muuta väistytävä. Perusoikeuksien välitön muuntaminen todistamiskielloiksi suoraviivaisella deduktiolla ei tässä kuten muutoinkaan ole suotavaa. Perustuuhan rikosten syytteeseen paneminen sekin erääseen (yhteiskunnan) perusoikeuteen. Mainitun perusoikeuden tehoisaksi tekeminen johtaa välttämättä rikoksentehtäjän perusvapauksien kaventamiseen. Prosessiin osallistumattoman »kolmannen» henkilön oikeusasema on vahvempi: rikosprosessuaalisessa asiantilan selvittämisessä on vältettävä kajoamista hänen oikeuspiiriinsä.

Oikeuskirjallisuudessa on nyt esitetyltä argumentaatiotaustalta yleensä päädytty siihen, että oletetussa tilanteessa todistajalla on vaitiolo-oikeus. Totuudentutkimiskäskyn murtumisen on toisin sanoen selitetty perustuvan todistuskeinokieltoon. Niinpä *Andenaes* huomauttaa, että kenenkään ei tarvitse todistajana kertoa, miten hän on äänestänyt.³⁶ *Belting* ei myönnä todistajalle edes vaitiolo-oikeutta.³⁷ *Alsberg* ja *Simader* antavat todistajan periaatteessa salata äänestyskäyttäytymisensä; viimeksi mainitun mielestä kuitenkin erityiset asianhaarat saattavat vaatia salaisuuden ilmaisemista.³⁸ Mielenkiintoisen näkökulman avaa *Sauerin* lausuma, että tuomari ei saa kysyä todistajalta hänen suhteitaan poliittisiin puolueisiin.³⁹

Sauer siis katsoo, että oletetussa tilanteessa on olemassa *kyselykielto*. Tuomarin tulee kunnioittaa todistajan poliittista vakaumusta. Sauerin edellyttämässä merkityksessä kyselykielto kohdistuu laajempaan tapausluokkaan kuin pelkän vaalisalaisuuden sisältävä tapausluokka. Jos tuomarin tulee pidättyä kysymästä todistajalta hänen suhteitaan poliittisiin puolueisiin, hänen poliittista vakaumustaan yleensä, niin a fortiori kyselykielto kohdistuu perustuslaillisesti varmennettuun vaalisalaisuuteen. Jos asetettua probleemia tarkastellaan metajuridiselta tasolta, niin »luonnollinen oikeustajunta» vaatii, että kukaan ei yleensä ole velvollinen ilmaisemaan poliittista vakaumustaan. Kun omaksutun käsityksen pitä-

yhtäläiseen äänioikeuteen ja salaiseen äänestykseen, joka takaa valitsijoiden tahdon vapaan ilmentymisen.» (25 artikla)

³⁶ »Straffeprosessen» s. 201. Samoin *Lovbekendtgørelse* 70 366 (10. 8.) § 80: »Ingen vaelger i nogen retssag har pligt til at oplyse, hvorledes han har stemt.» Ks. *Karnovs lovsamling* 1972 Bind 2 s. 1778 rn 71 a.

³⁷ »Beweisverbote im Strafprozess» s. 27.

³⁸ Ks. *Alsberg—Nüse* s. 203; *Simader*, *Beweisanträge* s. 168.

³⁹ »Allgemeine Prozessrechtslehre» s. 178.

vyys koetellaan suhteuttamalla probleemi juridisiin yhteyksiin, niin edellä on havaittu, että oikeusjärjestys suojaa poliittista vakaumusta aina perustuslain tasolta alkaen. Erityisen kohtuutonta olisi, jos *todistajan* pitäisi tunnustaa poliittinen värinsä. Merkitseehän todistajanaolovelvollisuus jo sinänsä tuntuvaa itsemääräämisoikeuden rajoitusta. Vähentääkseen todistajanaolovelvollisuuteen aina kytkeytyviä haittoja lainsäätäjällä on pyrkinyt rajoittamaan todistajan tehtävät asiantilan selvittämistä välittömästi palvelevien havaintojen kertomiseen. OK 17:27:n nojalla todistaja voidaan velvoittaa palauttamaan mieleensä kuulusteltavia seikkoja, jos tämä voi tapahtua ilman huomattavaa haittaa. Tämän lisäksi todistajalla on tiettyjä asian luonteesta johtuvia sivuvelvollisuuksia. Sen sijaan hänellä ei ole esimerkiksi velvollisuutta alistua perusteellisiin tutkimuksiin hänen käyttämisekseen reaalisena todistuskeinona.⁴⁰

Havaitaan siis, että todistusjärjestelmäämme leimaa kunnioitus todistajan persoonallisuutta kohtaan. On vain johdonmukaista, kun katsotaan, että todistajalta ei vaadita niin drastista uhrautuvaisuutta kuin mitä oman äänestyskäyttäytymisensä ilmaiseminen merkitsisi. Todistusjärjestelmä ei voi olla niin materialistinen, että se yhtäältä suojaa kaupallisia salaisuuksia (OK 17:24,¹), mutta on toisaalta valmis kieltämään aineettomat arvot.

Onko sitten syytetyn vaalisalaisuus heikommin suojattu? Saako tuomari kysyä syytetyltä hänen poliittista sitoutuneisuuttaan tai jos syytetty kieltäytyy vastaamasta käyttää muita tietolähteitä vaalisalaisuuden selvälle saamiseksi?

Kysymyksenasetteluun kätkeytyy oletus, että mikä tahansa todistuskeino (syytetyn) vaalisalaisuuden selvittämiseksi saattaa olla kielletty. Eihän syytetyllä oikeutemme mukaan ole velvollisuutta antaa asiassa vastinetta.⁴¹ Jos totuuden tutkimisesta on tässä kohden luovuttava siten, että itse seikasto — vaalisalaisuus — on jätettävä selonottoimien ulkopuolelle, kysymyksessä on todistusteemakielto.

Henkilön äänestyskäyttäytyminen ei tietenkään sellaisenaan saata kuulua elementtinä siihen historialliseen tapahtumainkulkuun, joka muodostaa rikosprosessin kohteen. Vaalisalaisuuden selvittämisellä ei ole väli-

⁴⁰ Ks. tämän johdosta I osa s. 234 s., 360 ja 363 s.

⁴¹ Näin OKa 1926 s. 55; KoO 1967 II 94. Vaitiolo-oikeus tunnustetaan myös v:n 1966 kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa; ks. art. 14 III g.

töntä merkitystä jutun ratkaisemiselle. Siinä tapauksessa että virallinen syyttäjä tahtoi esittää näyttöä syytetyn äänestyskäyttäytymisestä tuomioistuimen tulee yleensä OK 17:7:n nojalla torjua todiste asiaan vaikuttamattomana. Mutta on huomattava, että mainittu lainkohta rajoittaa vain asianosaisten oikeutta esittää todistelupyyntöjä eikä tuomarille viran puolesta kuuluvaa tutkintavelvollisuutta. Totuudentutkimiskäsky jää periaatteessa täydessä laajuudessaan voimaan. Muodollisesti todisteen torjuminen perustuu OK 17:7:n määräykseen. Asiallisesti taas tuomioistuimen todistelukäyttäytyminen perustuu käytännössä sovellettuun logiikkaan. Turvautuminen todistamiskiellon konstruktion olisi tässä probleemyhteydessä virheellistä.

Jäljelle jää mahdollisuus, että syytetyn/todistajan äänestyskäyttäytyminen saa merkitystä aputusiasiana, jota käytetään indisiona arvosteltaessa syytetyn luonnetta taikka vastaavasti todistajan luotettavuutta. Rikosprosessin tarkoitus tietenkin vaatii, että syytetty tuomitaan hänen syykseen luetusta rikollisesta teosta eikä menneisyydestään. Syytetyn menneisyyttä koskeva todistelu ei kuitenkaan ole pohjoismaisille oikeusjärjestyksille täysin vieras.⁴² Niinpä syytetyn elämäntavoilla on tietty merkitys syyllisyyskysymyksen harkitsemiselle. Erityisesti syytetyn aikaisemmin kärsimien rangaistusten dokumentointi tarpeellisin rikosrekisterin ottein on virallisen syyttäjän lakisääteinen velvollisuus.⁴³ Syytetyn luonnetta koskevaa todistusaineistoa ei kuitenkaan ole yliarvioitava. Monesti eivät edes esirangaistukset omaa juuri mitään merkitystä jutun ratkaisemiselle. Näiden rajojen sisällä syytetyn yksilöllinen käsittely on vielä sopusoinnussa oikeellisuuspyrkimyksen kanssa, mutta jos persoonallisuuden tutkiminen ulotetaan poliittisen vakaumuksen alueelle, avataan ovia mielivallalle. Poliittiset sympatiat ja antipatiat tuovat todisteiden arviointiin laskemattomasti vaikuttavan emotionaalisen momentin.⁴⁴ Tämä ei muodosta vain aineellista totuutta vaarantavan tekijän vaan on myös omansa horjuttamaan yleisön luottamusta oikeudenhoidon. Mitä taas todistajan luotettavuuteen tulee, vain hyvin alkukantainen ajattelu voi asettaa tämän ominaisuuden määrätystä puoluekannasta riippuvaksi.

⁴² Ks. lähemmin *Tirkkonen*, Rp II s. 363; *Olivecrona* s. 284; *Hurwitz* s. 318 s.; ja kokoavasti *Andenaes* s. 15.

⁴³ RikRekA 21 §:n 2 mom.

⁴⁴ Vrt. puheenalaisessa suhteessa *Kivimäki*, DL 1952 s. 347 ss.; *Makkonen*, LM 1970 s. 1056 ss.

Lopputulokseksi siis saadaan, että kansalaisen vaalisalaisuus on rikosprosessissa absoluuttisen todistusteemakiellon suojaama.⁴⁵ Tuomaria sitoo vastaavansisältöinen kyselykielto. Järjestelmälle epätyypillisesti todistamiskielto on perustuslaintasoinen. Ajateltavissa on, että vaalisalaisuuden suoja ulottuisi edellä kuvattua laajemmallekin ja tällöin erityisesti talouspoliittista valtaa käyttävien ammattijärjestöjen edustajakokous- ja valtuustovaaleihin. Kysymyksen yksityiskohtainen tarkastelu on kuitenkin tässä yhteydessä sivuutettava.

3. Vaalisalaisuuden haltija — syytetty, todistaja tai muu henkilö — voi tietenkin vapaaehtoisesti ilmaista onko hän käyttänyt äänioikeuttaan ja miten hän on sitä käyttänyt. Vaalisalaisuudesta hän ei kuitenkaan voi tällöin disponoida sellaisin vaikutuksin, että äänestyskäyttäytyminen tulee otettavaksi huomioon todisteiden harkinnassa. Vaalivapauden periaatteen valtiollisessa elämässä omaama yliverlainen merkitys aiheuttaa toisin sanoen sen, että vaalisalaisuutta suojaavaan todistamiskieltoon liittyä tehosteena *todisteen hyväksikäyttämiskielto*.⁴⁶

d) Rikostuomion oikeusvoima (RL 27:5,2)

1. Oikeutemme mukaan rikosprosessin tavoitteena on aineellista totuutta vastaava tuomio. Tämän tavoitteen toteutuminen edellyttää, että totuuden tutkiminen ulotetaan kaikkiin relevantteihin tosiseikkoihin. Siten OK 17:2:ssa lausutaan, että oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena. Lainkohdan toisessa momentissa sanotaan kuitenkin täydentävästi, että jos jonkin todisteen vaikutuksesta on laissa erityinen säännös, on sitä noudatettava. Viittaus laissa oleviin erityisiin säännöksiin tarkoittaa OK 17:4:ssä olevia tunnustusta koskevia määräyksiä. Tämän ohella viittaus kohdistuu ns. *legaalisiin presumtioihin* eli *olettimiin* (praesumptiones juris). Tällöin tuomioistuin on velvollinen positiivisoikeudellisen säännöksen nojalla pitämään määrättyä todistustositasiata todennäköisenä, mikäli määrätty toinen tosiseikka eli tässä tapauksessa todistusaihe (indisio) on olemassa.⁴⁷ Legaalinen presumtio käy ainoastaan totuusargumentista:

⁴⁵ Kuten tekstissä vastaavasti Saksan oikeuden kannalta *Peters* s. 111.

⁴⁶ Vrt. *Peters*, *ibid*.

⁴⁷ Laissa säännellyn eli legaalisen presumption/olettaman käsitteestä ks *Aalto* s. 234 ss., *Halila*, Todistustaakan jaosta s. 327 ss.; *Helminen*, PM 1972 s. 330;

se tekee todistettavan tosiasian todennäköiseksi mutta ei absoluuttisen todeksi. Sen todistusvaikutus onkin kumottavissa vastanäytön avulla.⁴⁸ Varsinaisista *todistussäännöistä* eli todistusharkintasäännöistä ne eroavat juuri siinä suhteessa, että ne eivät sulje pois vastatodistelua. Kuten todistussäännötkin legaaliset presumtiot ovat rikosprosessissa verrattain harvinaisia.⁴⁹ Olennaista on, että legaalisten presumtioiden olemassaolo ei merkitse todistusjärjestelmäämme hallitsevan totuuspyrkimyksen kieltämistä. Todistusharkintanormeina ne sen sijaan rajoittavat todisteiden (vapaata) harkintaa.⁵⁰ Niiden erottuminen todistus(harkinta-)säännöistä ei kaiken kaikkiaan ole varsin terävä.

2. Siviiliprosessiin verrattuna rikosprosessille on ominaista voimakas syvätutkintaisuus. Totuus rikosprosessissa ei välttämättä ole sama kuin totuus siviiliprosessissa. Oikeusvarmuutta kyllä edistäisi, jos siviilituomioon sisältyvät tosiasiatoteamukset sitoisivat rikostuomaria myöhemmässä rikosprosessissa. Rikosprosessissa annetaan kuitenkin etusija oikeellisuudelle. Tämän mukaisesti rikostuomaria ei sido riita-asian oikeudenkäynnissä annettu ratkaisu: aineellinen ja konkreettinen totuus oikeellisuuden faktisena edellytyksenä asetetaan oikeusvarmuuden edelle.⁵¹ Näin yleisemminkin: rikostuomari ei ole sidottu muiden tuomioistuinten oikeusvoimaisiin ratkaisuihin. Asiaan ei vaikuta ratkaisua annettaessa käytetty menettelylaji; rikostuomiollakaan ei siis ole sitovaa vaikutusta uudessa rikosprosessissa. Vain poikkeuksellisesti on niin, että oikeusvoimaisesti ratkaistut esikysymykset estävät tuomaria itse tutkimasta tosiasioita. Siinä tapauksessa, että aikaisempi tuomio on ilmeisen virheellinen, todistusteemakiellosta on se todistusjärjestelmämme tarkoituskompleksille täysin epäadekvaatti seuraus, että tuomarin on kielletävä totuus.

Tirkkonen, Rp II s. 110; *Bylund*, Bevisbörda och bevistema s. 125 s.; *Foighel*, Juristen 1965 s. 272; *Gulson*, The Philosophy of Proof s. 201 rn 252 ja 370 rn 489.

⁴⁸ Ks. edellisessä alav. mainitun kirjallisuuden lisäksi *Bolding*, Bevisbördan s. 140; *Ekelöf* IV s. 77; *Zahle* s. 282.

⁴⁹ Näin jo *Wrede* s. 38. — Koska legaalinen presumtio ei tee oikeutta aineellisen totuuden periaatteelle, se on, mikäli mahdollista, torjuttava rikosprosessista; ks. *Westhoff* s. 161. Se ei liioin ole sopusoinnussa vapaan todisteiden harkinnan periaatteen kanssa; ks. *Roeder* s. 24.

⁵⁰ Vrt. *T. Ellilä*, LM 1969 s. 810.

⁵¹ Esim. *Tirkkonen*, Pääpiirteet s. 236.

Vastakohtana *tuomionpurulle*, joka perustuu *oikeellisuuden* periaatteen, prosessuaalisen oikeusvoiman alkuperäisenä alueena on *oikeusvarmuus*. Jokaisella asialla on oltava loppunsa.⁵² Yleisesti hyväksytyn määritelmän mukaan oikeusvoimalla tarkoitetaan tuomioistuinratkaisun sisällyksen uudessa oikeudenkäynnissä ilmenevää sitovaa vaikutusta. Sen johdosta, että rikostuomion oikeusvoima palvelee oikeusvarmuuden ja oikeusrauhan intressiä, oikeusvoimasäännöstö saa merkityksen, joka ulottuu prosessioikeuden osajärjestelmän tuolle puolen. Toisessa yhteydessä on osoitettu, että oikeusvoimasäännöstöä kannattavien tavoitteiden todellistaminen edellyttää määrätapauksissa todistelun rajoittamista todistamiskiellon avulla.⁵³ Todistamiskiellon oikeusperusteena on tällöin nimennomaan rikostuomion oikeusvoima. Suojattuna oikeushyvinä on oikeusrauha sellaisena kuin se konkretisoituu oikeusvoimasäännöstössä. Mutta on korostettava, että mainittu oikeuspoliittinen näkökohta selittää vain sen, miksi todistamiskiello on annettu. Se ei sellaisenaan luo valaistusta oikeusvoimasäännöstön ja totuuden tutkimisen välisen vaikutussuhteen prosessiteoreettiseen rakenteeseen. Erityisesti on otettava huomioon sellainen mahdollisuus, että oikeusvoimaa suojaavassa todistamiskiellossa näyttäytyy jokin muu tuomion vaikutuslaji kuin sen oikeusvoimavaikutus.

Annettu oikeusvoiman työmääritelmä on mainitun vaikutussuhteen ymmärtämisen kannalta jopa hämäännyttävä. Oikeusvoima »rikostuomion sitovana vaikutuksena» jo itsessään edustaa poikkeusta. Oikeudellinen kehitys näyttää yhäkin kaventavan oikeusvoiman omaamaa vaikutusala: Ruotsin RB ei myönnä rikostuomiolle sitovaa vaikutusta edes siiviliprosessissa.⁵⁴ Meillä on Korkein oikeus asettunut samalle sitovan vaikutuksen torjuvalle kannalle; tieteisopissa ovat *Palmgren* ja *Tauno Ellilä* liittyneet tähän uudistukselliseen suuntaukseen. Vihdoin on todettava, että oikeusvoimavaikutus edustaa tuomion yleisvaikutuksena vain yhtä tuomioistuinratkaisun vaikutustyyppiä; tällöinkin sen lähempi sisältö jää jossakin määrin kiistanalaiseksi. Rikostuomion oikeusvoima saattaa kyllä motivoida todistamiskiellon mutta mainittu todistelun rajoitus ei

⁵² *Tirkkonen*, Oikeusvoimasta s. 36 ss.; *Cars*, Om resning i rättegångsmål s. 25; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 416; *Hurwitz* s. 545; *Sauer* s. 260.

⁵³ I osa III 1 bc.

⁵⁴ Ks. RB 30: 9 ja sen johdosta *Gärde* s. 399, 411 ja 476; *Olivecrona*, mt. s. 234; *Welamson*, Om brottmålsdomens rättskraft s. 28 s.

välttämättä näyttäytyä oikeusvoimavaikutuksen itsestään vaikuttavana ilmentymänä.

Aalto on rikostuomion vaikutuksia koskevassa monografiassaan osoittanut, että oikeusvoimainen tuomio estää uuden näytön esittämisen. Havainto saattaa vaikuttaa problemaattiselta, kun mainittu tutkija toisaalla kirjoittaa: »Oikeusvoiman positiivinen vaikutus, jolla ymmärretään sitä, että aikaisemmin sitovasti ratkaistu on pantava uudessa oikeudenkäynnissä, jossa kysymys esiintyy esikysymysluonteisesti, ilman muuta ratkaisun perustaksi, ei saa suoranaista tukea kirjoitetusta laista... Myös täällä (so. rikosprosessin puolella) on todettava, ettei lainsäädäntöön sisälly mitään yleismääräyksiä tarkasteltavassa suhteessa (nim. oikeusvoiman positiivisesta vaikutuksesta menettelylajin sisällä).» Erityismääräyksenä Aalto viittaa RL 27 luvun 5 §:n 2 momenttiin.⁵⁵ Tässä lainkohdassa säädetään, että jos soimaus käsittää syytöksen rikoksesta, josta päätös jo on annettu ja lainvoiman saanut, on soimaus katsottava toteen näytetyksi, jos soimattu on julistettu rikokseen syypääksi, mutta todistamattomaksi, jos hänet on vapautettu. Tätäkään oikeuslausetta ei Aallon mukaan voitane pitää määräyksenä, josta kiistatta kävisi ilmi puheenalaisen vaikutuksen myöntävä yleissääntö.⁵⁶

Toisessa yhteydessä Aalto asettaa kysymyksen, voidaanko prosessiteknisesti ajatella myös muita vaikutuslajeja, esimerkiksi vaikutusta tuomiossa nimenomaan todistustasoon. Viitattua ilmiötä nimitetään tuomion todistusvaikutukseksi. Lähemmin määritellen tuomion todistusvaikutuksella tarkoitetaan sitä, että tuomioperusteisiin sisältyvät tosiasiat otetaan oikeudenkäyntiaineistona huomioon myöhemmässä prosessissa, jossa samat tosiseikat ovat asiaan vaikuttavia. *Tirkkonen* huomauttaa, että sellainen tosiseikkojen hyväksikäyttö perustuu vapaaseen todistusharkintaan eikä aikaisemman tuomion sisällyksen sitovaan vaikutukseen.⁵⁷ Tätä ajatusta edelleen kehittäen Aalto lausuu huomionarvoisesti: »Kun oikeusvoimailmiölle on tyypillistä tietty ehdottomuus sekä normin huomioon ottamista että sen soveltamisen seuraamusta koskevissa kohdissa, on tuomion todistusvaikutuksen arviointi jätetty tuomioistuimen vapaaseen harkintaan, joka samalla merkitsee, että kysymyksen ratkaisu on edelliseen verrattuna heilahtanut erittäin suureen relatiivisuuteen.»⁵⁸

⁵⁵ »Rikostuomion vaikutuksista siviiliprosessissa» s. 14 ja 32 s.

⁵⁶ Ibid. s. 33.

⁵⁷ Rp II s. 427.

⁵⁸ Ibid. s. 225 s.

Edellä esitetystä voidaan päätellä, että siinä laajuudessa kuin oikeusvoimainen tuomio *rikosprosessissa* estää uuden näytön esittämisen, mainittu todistelun rajoitus on oikeusvoimaisen tuomion omaaman todistusvaikutuksen seuraus. Esipositiiivisesti uuden näytön esittämisen epääminen palautuu prosessitalouden periaatteeseen, positiivisoikeudellisesti mainittu prosessiajatus ankkuroituu OK 17:7:n määräyksiin. Yksityiskohtia on käsitelty toisessa yhteydessä.⁵⁹ — Toisaalta edellä esitetyn perusteella saattaisi päätellä, että oikeusvoimaisesti ratkaistujen esikysymysten suojaksi RL 27:5,2:ssa annettu todistamiskielto ei ole tuomion todistusvaikutuksen implikaatio.⁶⁰ Kohdistuuhan tuomion todistusvaikutus todisteiden harkintaan eikä todistelutoimintaan.⁶¹ RL 27:5,2:n tapauksessa aineellisoikeudellinen normi määrää, että kuvatussisältöiseen tuomioon liittyy oikeusseuraamuksena prosessuaalinen todistamiskielto. Tuomiovaikutusten kategoriassa mainittu ilmiö on luokitettu tuomion sivuvaikutukseksi. Siten on menetelty *Andenaes* Norjan oikeuden sisältämän analogisen tapauksen kohdalla. *Aallon* tavoin voidaan luontevasti suorittaa sellainen alaluokitus, että kysymyksessä on nimenomaan rikostuomion prosessioikeudellinen sivuvaikutus.⁶²

3. Rikoslain 27 luvun 5 §:n 2 momentti lausuu siis todistusteemakiellon. Toisessa yhteydessä⁶³ on esitetty, että RL 27:5,2:n perusteella muodostettava oikeusnormilause sisältää tosiasiallisesti kaksi eri oikeuskuviota: todistamiskiellon ja todistusharkintasäännön. Kysymykseen tuleva oikeusnormilause on seuraavaa tyyppiä: »Älä tutki tosiasiaa T» — todistamiskielto — »vaan pidä tämä tosiasia toteennäytettynä» — todistusharkintasääntö.

Saksalaisessa kirjallisuudessa rikostuomion oikeusvoimaa suojaavaa todistamiskielloa on käsitelty lähes todistusteemakiellon prototyyppinä.⁶⁴ Kieltämättä puheenalainen oikeusnormi on sekä rakenteellisessa suhteessa että sisältönsä osalta varsin ongelmaton. Oikeusvoimaisen esikysymyk-

⁵⁹ I osa s. 138 s.

⁶⁰ Vrt. kuitenkin jäljempänä s. 19 s.

⁶¹ *Aalto* s. 225 s.

⁶² Ks. tämän johdosta *Aalto* s. 248 av 12; *Andenaes*, mt. s. 423; *Eckhoff*, *Rettskraft* s. 319 s.

⁶³ I osa s. 87.

⁶⁴ Ks. esim. *Klug* s. 36; *Peters* s. 112; *Spendel* s. 1104.

sen sulkee todistelulle sallitun tilan ulkopuolelle lakiin sisältyvä nimenomainen normi.

Puheenalainen todistusteemakielto on absoluuttinen.

Muutoin oikeutemme periaatteellinen kanta on edellä esitetyin tavoin se, että jokainen rikostuomioistuin tekee ratkaisunsa asiantilasta itse. Tuomitsevan oikeuden on omalla vastuullaan tutkittava ja ratkaistava, ovatko rikostunnusmerkistössä säännötetyt tunnusmerkistötekijät toteutuneet. Äärimmäisessä tapauksessa tämä omavastuisuus merkitsee sitä, että tuomioistuimen on poikettava toisen tai jopa saman tuomioistuimen aikaisemmista ratkaisuista. Käytännön ratkaisutoiminnassa asian laita on kuitenkin useimmiten se, että eritoten aikaisemmalle rikostuomiolle mitattava totuusarvo on hyvin huomattava;⁶⁵ tällöin tuomioistuin useinkin pitäneen asianomaista seikastoa »selvitettynä» siinä merkityksessä kuin OK 17:7 edellyttää. Käsitteellisesti tällöin ei kuitenkaan, kuten tutkimuksessa on todettu, ole kysymys todistamiskiellosta vaan siitä, että tuomioistuin käyttää aikaisempaa rikostuomiota todistusasiakirjana.

4. Rikoslain 27 luvun 5 §:n 2 momentissa ilmaistu pakottava oikeusnormi määrää rikostuomarin pitämään ensiprosessissa annettua tuomiota aineellisen totuuden mukaisena. Jokainen muu kuin ensiprosessissa saavutettu todistelutulos tekee uudesta tuomiosta muodollisesti epätoden. Tältä pohjalta kysymys vastoin todistusteemakieltoa esitetyn todisteen *hyödyntämiskelpoisuudesta* on periaatteessa selvä: hyödyntäminen on kielletty. Todistusteemakieltoon, joka estää esittämästä näyttöä oikeusvoimaisesti ratkaistusta esikysymyksestä, liittyy siis tehosteena kiellonvastaisesti esitetyn todisteen hyväksikäyttämiskielto.⁶⁶

e) Tuomarin neuvottelu- ja äänestysalaisuus (OK 1:7)⁶⁷

1. Tuomarinvalasta, sellaisena kuin se sisältyy OK 1:7:ssä säädettyyn kaavaan, ilmenee, että tuomari ei saa ilmaista niitä neuvotteluja, joita oikeus suljettujen ovien takana pitää. Myös äänestys on salainen. Vaiti-

⁶⁵ Aalto s. 240; T. Ellilä, LM 1969 s. 810.

⁶⁶ Kuten tekstissä vastaavasti Saksan oikeuden kannalta Otto s. 293; ja Itävallan oikeuden osalta Seiler, JBl 1974 s. 134.

⁶⁷ Tutkimuksen I osassa s. 144 av. 143 oleva viittaus IV 1 e pitää olla VI 1 e.

olovelvollisuus ulottuu yhtä lailla virkatuomareihin kuin tuomioistuimen maallikkojäseniin. Mitä erityisesti äänestysalaisuuteen tulee, sen osalta voidaan johdannollisesti esittää seuraava näkökohta: Kun tuomari ei saa kertoa miten hän tai toinen tuomari on äänestänyt, äärimmäinen johtopäätös tästä asenteesta on, että tuomio on periaatteessa anonyymi.⁶⁸ Tämä johtopäätös on kuitenkin, kuten edempänä ilmenee, vain väliaikainen. Teoreettisena konseptiona se ei välttämättä ole aivan vieras oikeuselämän todellisuudelle; praksiksessa on näet suhteellisen harvinaista, että tuomioasiakirjoihin sanellaan eriävä mielipide.⁶⁹

2. Tuomarin neuvottelu- ja äänestysalaisuus edustaa alun perin ulkoprosessuaalista salassapitovelvollisuutta. Tämän vaitiolovelvollisuuden todistus oikeudelliset seurausvaikutukset eivät siten ole *ex ante* ottaen aivan selvät. Kirjallisuudessa on voimakkaasti edustettuna katsomustapa, jonka mukaan neuvottelu- ja äänestysalaisuuden todistus oikeudellisena korrelaattina on kollegisten tuomareiden kuulemisen estävä todistuskeinokielto. Tällä kannalla oli aikoinaan jo *Beling* rikosprosessuaalissa tuotannossaan.⁷⁰ *Saxin* voidaan katsoa päätyvän samaan tulokseen kun hän lausuu, että neuvottelu- ja äänestysalaisuuden suojaamiseksi tuomari saa kieltäytyä todistamasta.⁷¹ Norjan kirjallisuudessa *Andenaes*illa esiintyy maininta, jonka mukaan tämän maan praksiksessa on katsottu

⁶⁸ Tähän seikkaan on kiinnittänyt huomiota *Peters*, Lehrbuch s. 296.

⁶⁹ Tekstissä esitettyyn liittyen on todettava, että niin Suomessa kuin yleensä muuallakin tuomiot tosiasiallisesti irroitetaan päätöksentekijöistä, henkilötaustastaan. Ks. tämän johdosta *Aarnio*, LM 1970 s. 581; ja toisaalta *Kivivuori*, LM 1970 s. 932 ('kasvottomat tuomioistuimet'). Ks myös *Holopainen*, Tuomioistuinten ja tuomareiden riippumattomuudesta ja riippuvuudesta s. 96: »Lainkäyttö Suomessa on ollut perinteisesti nimetöntä... Tuomioistuimet ja tuomarit ovat tämän vuoksi meillä käsitteellisiä, päätökset ovat tietyn instituution, eivät henkilöiden tekemiä.» — Mainittu seikka tulee ilmi jo lakitekstin tasolla siten, että lain adressaattina ei ole yksilöllinen tuomari (näin kuitenkin OK 24:3) vaan instituutiona toimiva oikeus.

Kun tutkimuksessa on tuomioistuimen toiminnasta puhuttaessa laajalti käytetty menettelytapaa, että lainkäyttöelimen asemesta puhutaan »tuomarista», niin on haluttu korostaa sitä keskeistä osaa, joka kuuluu alioikeuden puheenjohtajalle. Muiden jäsenten, olivatpa he lainoppineita ammattituomareita tai maallikkojäseniä, vaikutus prosessin lopputulokseen ja etenkin prosessinjohtoon on yleensä näkymättömämpi.

⁷⁰ »Beweisverbote im Strafprozess» s. 27; *Bennecke—Beling*, Lehrbuch s. 334.

⁷¹ KMR § 54 rn 1 a.

lain tuomioperusteita koskevien määräysten rakentuvan sille edellytykselle, että tuomareita ei saa kuulla todistajina enempää tuomioperusteiden sisällön selvittämiseksi kuin näiden perusteiden täydentämiseksi tai oikaisemiseksi.⁷² Ruotsin oikeuden kannalta *Ekelöf* käsittelee tuomarin vaitiolovelvollisuutta RB 36:5:n näkökulmasta, jota lainkohtaa *Ekelöf* mukaan luonnehtii, että se yhdistää ulkoprosessuaaliseen vaitiolovelvollisuuteen todistajaksi kelpaamattomuuden (obehörighet att vittna).⁷³ Tässä tutkimuksessa käytetyn käsitteistön avulla ilmaistuna mainittu mielipide merkitsee, että tuomarin aineellisoikeudellista vaitiolovelvollisuutta vastaa prosessuaalisena täydennyksenä todistamiskiello, joka tässä tapauksessa on todistuskeinokiello. Mitä kotimaiseen kirjallisuuteen tulee, jo *Wrede* on tehnyt tuomarin vaitiolovelvollisuudesta sen johtopäätöksen, että tuomari ei saa todistaa salassa pidettävästä tosiseikastosta.⁷⁴ Uuden todistuslainsäädännön kannalta *Tirkkonen* käsittelee tuomarin neuvottelu- ja äänestysvaltaisuutta virkamiehen vaitiolovelvollisuuden säännöstävän OK 17:23,1:n 1 kohdan yhteydessä. Mainittu tutkija siis subsumoi hankin tuomarin vaitiolovelvollisuuden todistuskeinokiellon konstituoivan lainkohdan alaisuuteen.⁷⁵

Tuomarin vaitiolovelvollisuus aineellisoikeudellisena instituutiona ei tietenkään itsestään produsoi todistusoikeudellisia seurausvaikutuksia. Viitattakoon vain siihen tosiasiaan, että on paljonkin virkamiehiä, joita virkavala tai virkasääntö velvoittaa vaiteliaisuuteen ilman että vaitiolovelvollisuus olisi voimassa myös oikeudenkäynnissä. Toisin tuomarin vaitiolovelvollisuus; jo *Wrede* lähtee avoimesti siitä, että OK 1:7 on *lex specialis*, joka kumoaa todistamisvelvollisuuden.⁷⁶ Uuden todistuslainsäädännön laatijoilla on siten ollut syytä jättää puheenalainen vaitiolovelvollisuus lakitekstissä verbalisoimatta; tässä kohden todistuslainsäädäntömme kaikesta päätellen rakentuu sille kätkeylle edellytykselle,

⁷² »Straffeprosessen» s. 201.

⁷³ »Rättegång IV» s. 121. — Valankaava, johon tuomarin vaitiolovelvollisuus perustuu, sisältyy RB 4:11,1:een. Soveltamiskäytäntöä valaisevana mainittakoon JO 1955 s. 102: Lautamies, joka oli ennen rikosjutussa annettavan tuomion julistamista kertonut ulkopuolisille sen rangaistuksen, joka neuvottelussa oli määrätty, tuomittiin rangaistukseen virkavirheestä.

⁷⁴ »Grunddragen af bevisrätten» s. 191.

⁷⁵ »Uusi todistuslainsäädäntö» s. 116.

⁷⁶ Ibid. s. 191 ja av. 9.

että ulkoprosessuaalinen vaitiolovelvollisuus on voimassa myös prosessissa.

OK 17: 23,1:n 1 kohta koskee varsinaisesti virkamiehen vaitiolovelvollisuutta. Tutkimuksessa tämä lainkohta on aikaisemmin mainittu esimerkkinä todistuskeinokiellon määräävästä oikeuslauseesta.⁷⁷ On aivan ilmeistä, että säännöksen tarkoittamaan henkilöryhmään kuuluu jokainen henkilö, joka on virkamies RL 2: 12:n tarkoittamassa merkityksessä. Tällainen henkilö on erityisesti myös tuomari. Hänen virkamiesoikeuden mukaan määräytyvä vaitiolovelvollisuutensa ulottuu OK 1: 7:ssä tarkoitettua asiaryhmää laajemmalle.⁷⁸ Läheiseltä tuntuu sellainen tulkinta, jonka mukaan OK 17: 23,1:n 1 kohdan tuomaria koskevana asiallisena soveltamisalana on juuri tuomarin yleinen, virkamiesoikeuden mukainen vaitiolovelvollisuus. Soveltamalla tulkintasääntöä »majus includit minus» päädytään siihen, että tuomarin neuvottelu- ja äänestysalaisuus on sekin torjuttava todistusaineistosta puheenalaisen todistuskeinokiellon nojalla.

Ankarasti kielifilosofiselta kannalta saavutettua tulkintatulosta ei juurikaan voitane osoittaa lakiin perustumattomaksi. Sitä vastoin aina hedelemällinen teleologinen lähestymiskulma saattaa avata näköaloja, joiden valossa edellä johdettu tulkinta osoittautuu väliaikaiseksi.

Mitkä ovat ne oikeuspoliittiset näkökohdat, joihin tuomarin neuvottelu- ja äänestysalaisuuden nimellä kutsuttu oikeusinstituutio perustuu? Miksi tuomiota edeltävä neuvottelu ja mahdollinen äänestys tapahtuu suljetuin ovin (Knk. kirje 26. 11. 1736), vaikka julkisuusperiaate pääsääntöisesti onkin pedanttisimmin noudatettuja prosessiajatuksia?⁷⁹

⁷⁷ I osa s. 20.

⁷⁸ Vrt. *Rytkölä*, Virkamiesoikeus s. 54 s.; *Jägerskiöld*, *Svensk tjänstemannarätt* 2: 1 s. 99.

⁷⁹ Ks. siitä *T. Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 35 s.; *Tirkkonen*, Rp I s. 98 s.; *Wrede* I s. 9 ss.; *Ekelöf* I s. 113 ss.; *Elwing*, *Rättegångsbalken och den nya lagen om ordningsbot* s. 39 s.; *Andenaes*, mt. s. 126 ('julkisuusperiaatteen kansanpedagoginen vaikutus'); *Gomard*, *Studier* s. 386 ss.; *Hurwitz—Gomard*, *Tvistemål* s. 183 ss.; *Meyer*, *Dialektik im Strafprozess* s. 66 av. 173 (julkisuus instituutiona). Ks. lisäksi *PK* I s. 160; *PLB* I s. 112. Huomattakoon myös kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan v:n 1966 yleissopimuksen 14 artiklan 1 kohdan 2. virke: »Päätettäessä rikossyytteestä henkilöä vastaan tai hänen oikeuksistaan tai velvoituksistaan riita-asiassa jokaisella on oikeus... julkiseen oikeudenkäyntiin... riippumattoman tuomioistuimen edessä.» Koska voimassa oleva lainsäädäntömme ei jättänyt vastaa yleissopimusta, Suomi on ratifioidessaan sopimuksen tehnyt varauman mm. oikeudenkäynnin julkisuuden osalta. Tekstissä kosketellussa suhteessa asian laita on lyhyesti ilmaisten se, että käsittely on julki-

Oikeusinstituutiona tuomarin neuvottelu- ja äänestysvalaisuus palvelee tuomarin toiminnan kaikinpuolista onnistumista. Tuomion harkinta suljetuin ovin merkitsee tuomioistuimen jäsenille emotionaalista kevenystä; menettely vapauttaa tuomarin siitä epäröinnistä mielipiteensä julkilausumisessa, mitä hän ehkä tuntisi, jos asianosaiset ja mahdollinen yleisö olisivat läsnä. Tämän ansiosta keskustelu muodostuu avoimeksi ja vapaaksi ja seuraamuskykyksen harkintaan tulee tarpeellista tunnollisuutta. Näiden tekijöiden yhteisvaikutus näyttäytyy tuomion oikeudenmukaisuuden korkeana asteena. Havaitaan helposti, että todistamiskiellon oikeusmotiivit lepäävät pikemminkin oikeusyhteisön kollektiivisissa intresseissä kuin yksityisen tuomarin subjektiivisessa intressialueessa.⁸⁰

Puheenlaista todistamiskielloa kannattavien oikeusperusteiden joukossa on eräs näkökohta, jonka vaikutuksesta tuomarin neuvottelu- ja äänestysvalaisuus saa perustuslain tasolle yltävän kantavuuden: tuomarin riippumattomuus.

Tuomarin — tai kuten myös voidaan sanoa: tuomioistuinten — riippumattomuuden periaate on vahvistettu suorastaan perustuslaissa lähes kaikissa valtioissa. Näin meilläkin, jossa mainittu periaate on julkilausuttu HM 2,4 §:ssä. Tuomioistuinten riippumattomuus, siten kuin se kansanvaltaisessa poliittisessa järjestelmässä ymmärretään, on oikeusvaltion luovuttamaton attribuuetti.⁸¹ Oikeudenkäyntijärjestys ei voi sallia sitä, että konkreettiset oikeudenkäynnit de facto johtavat tuomioistuinten riippumattomuuden järkkymiseen. Näin tapahtuisi, jos olisi sallittua, että tuomari häntä todistajana kuulusteltaessa ilmaisee tuomiota harkittaessa suljetuin ovin käytyjen keskustelujen sisällön. Onkin ilmeistä, että tuo-

nen vain kihlakunnanoikeudessa ja raastuvanoikeudessa. Ks. lähemmin *Julkisuuslainsäädäntö* s. 114 ss.

⁸⁰ Menettelystä tuomiota edeltävässä neuvottelussa ks. *Alkio*, Tuomarin tehtävistä käräjillä s. 160. Huomattakoon myös HOTJ 19 § (878/75) sekä KoOTJ 25,3 §. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Julkisuuslainsäädäntö* s. 119; Oikm:n Iso:n julk. 2/1976 s. 22.

Alioikeuksissa noudatetaan vakiintuneesti käytäntöä, jonka mukaan tuomioita *kokoonpantaessa* merkitään, että päätös/välipäätös on tehty neuvottelun jälkeen.

⁸¹ Ks. *Julkisuuslainsäädäntö* s. 136; *Brusiin*, mt. s. 21; *T. Ellilä*, mt. s. 34; *Holopainen*, mt. s. 83 ss.; *Kastari*, LM 1971 s. 419 ss.; *Lindholm—Seppänen*, Oikeus ja politiikka s. 366 ss.; *Palmgren*, Tuomioistuinten riippumattomuus s. 10 ss. Viimeaikaisesta periaatekeskustelusta ks. lisäksi *Havansi*, LM 1972 s. 13 ss.; *Merikoski*, LM 1972 s. 435 ss.; ja toisaalta *Toimikunnan mietintö* 1971: B 112 s. 63 ss.; *Aarnio—Heinonen*, LM 1972 s. 447 ss.

marin vaitiolovelvollisuus rakentuu ahtaasti virkaeduille vain siltä osin kuin on kysymys hänen yleisestä virkamiesoikeuden mukaisesta vaitiolovelvollisuudestaan, salaisuuspiirin periferiasta. Neuvottelu- ja äänestys-salaisuus sitä vastoin perustuu valtion etuun varsinaisessa merkityksessä. Sen intressipohja on siten vahvempi.⁸²

Edellä esitetyn perusteella on päädyttävä katsomaan, että tuomarin neuvottelu- ja äänestys-salaisuutta ei saa rikosprosessissa paljastaa kilpaillevienkaan todistuskeinojen avulla. Siten esimerkiksi tuomioistuimen jäsenten ehkä laatimat neuvottelumuistiot ovat salassa pidettäviä asiakirjoja (OK 1:7 verr. AsiakJulkL 16 §:ään). Nämä muistiot ja niihin vertautuvat asiakirjat ovat kirjallisia salaisen neuvottelun osia. OK 1:7:n vaikutuksesta esimerkiksi magneettinauhalle tallennettu neuvottelu on todistamiskiellon alainen.^{82a} Kysymyksessä on todistusteemakielto; mikä tahansa tietolähde salassa pidettävän seikaston valottamiseksi on kielletty.⁸³ Ajateltakoon tapausta, että A ajaa kunnianloukkaussyytettä tuomari X:ää vastaan sen johdosta, että X on solvannut häntä käsittelytilaisuudessa. A kuulustuttaa todistajina lautamies L:ää ja tämän vaimoa M:ää. On tiedossa, että L on kertonut vaimolleen tapauksista, jotka ovat sattuneet käsittelytilaisuudessa; vaitiolovelvollisuutensa rikkoen L on ilmaissut M:lle, että X on jatkanut solvaavia puheitaan tuomiosta suljettujen ovien takana neuvoteltaessa. Todistusteemakiellon johdosta tuomioistuin ei saa esittää enempää L:lle kuin M:llekään kysymyksiä, jotka tarkoittavat neuvottelu- ja äänestystapahtuman päivänvaloon saattamista. Tuomioistuimeen kohdistuu siten vastaava *kyselykielto*.⁸⁴

⁸² Vrt. I osa s. 144.

^{82a} Ks. tämän johdosta KoO 1965 II 84: Asianosainen oli anonut saada jäljennöksen KoO:n esittelijän muistiosta jutussa, jossa hänet oli tuomittu rangaistukseen mm. varkaudesta. KoO katsoi, että esittelijän muistio ei AsiakJulkL 5 §:n mukaan ollut julkinen asiakirja. Kun anomuksen tueksi ei ollut esitetty sellaisia perusteita, joiden nojalla tietoja sanotusta muistiosta olisi ollut hänelle annettava lain 6 §:n 2 momentin mukaan, KoO hylkäsi hakemuksen. — Vrt. KHO 1969 II 222, jossa omaksutun kannan mukaan neuvottelusalaisuus ulottuu myös esittelijän muistioon. Ratkaisujen johdosta ks. *Julkisuuslainsäädäntö* s. 81: »OK 1:7 ei työryhmän käsityksen mukaan edellytä, että pelkästään esittelijänä toimivan henkilön lausumat olisi katsottava salaisen neuvottelun osiksi.»

⁸³ Kuten tekstissä Klug s. 32; Peters s. 110 s. Toisin Beling s. 6 av. 1 verr. 27 av. 3; Neumann s. 26 s.: Kysymyksessä on todistuskeinokielto. Vrt. muutoin Wrede s. 191; Ekelöf IV s. 121; Andenaes, mt. s. 201; Gomard—Hansen—Hurwitz, Kommenteret Retsplejelov I § 895,6 rn 3/4.

⁸⁴ Näin Simader, Beweisanträge s. 108.

3. Neuvottelu- ja äänestysalaisuutta suojaava todistusteemakiello kuuluu niihin normatiivisiin konseptioihin, jotka ovat omansa tekemään oikeusvaltioajatukselta elävää todellisuutta. Todistusteemakiellon soveltaminen lepää sillä lausumattomaksi jääneellä edellytyksellä, että neuvottelu- ja äänestystapahtuma itsessään on ollut oikeusvaltiollisesti moitteeton. Jos tässä suhteessa herää epäilyksiä, salaisuuden verhoa on voitava nostaa. Muitakin tapauksia on ajateltavissa, joissa julkinen etu vaatii totuuden selvittämistä. Todistusteemakiello on siten vain relatiivinen.⁸⁵

Yksityiskohtien johdosta viitattakoon ennen muuta tapaukseen, jossa tuomarin väitetään väärinkäyttäneen tuomiovaltaansa neuvotteluhuoneessa. Todistusteemakiello ei tällöin saa muodostua peitteeksi väitteille väärinkäytöksille. Rikosprosessissa, jossa tuomioistuimen jäsenelle vaaditaan rangaistusta tahallisesta väärin tuomitsemisesta, normin valinta on tehtävä totuudentutkimiskäskyn hyväksi. Vain tällainen ristiriitatilanteen ratkaisu on sopusoinnussa oikeusjärjestyksen kanssa, joka jo perustuslain (HM 92,1 §) ja edelleen rikoslain (RL 40:2) tasolla vaatii tuomitsemistoiminnalta lainmukaisuutta ja on valmis lunastamaan ihanteensa kieltämällä tätä postulaattia rikkovalta tuomioilta pysyvyyden (OK 31:7—9). Tuomioistuimella on tällöin täydellinen aloitevalta; totuuden selville saaminen ei tällöin riipu siitä aleatorisesta seikasta, ilmaiseeko virkasyytteen vastaava tuomari omaehtoisesti neuvottelun kulun.⁸⁶

Edelleen neuvottelu- ja äänestystapahtumasta on saatava esittää näyttöä, milloin väitetään, että tuomiota harkittaessa tai siitä äänestettäessä on tapahtunut prosessuaalinen virhe. Totuuden tutkimisesta ei voida luopua, jos herää perusteltuja epäilyksiä, että täysin sivulliset henkilöt ovat osallistuneet tuomion harkintaan tai edes olleet läsnä tuomiosta neuvoteltaessa. Myös väitetyn äänestysvirheen todentamiseksi salaisuuden suoja väistyy.⁸⁷ Tosin on huomattava, että tuomioistuimen pöytäkirja sellaisenaan sisältää todistusvoimaisen kuvauksen menettelyn ulkoisesta kulusta. Kuten toisessa yhteydessä (II b 2) on esitetty, oikeudessamme on voimassa tavanomaiseen oikeuteen perustuva todistamiskiello, jonka mukaan tuomioistuimen pöytäkirjaa ei saa samassa oikeudessa todistaa vääräksi; todistussääntö puolestaan määrää pitämään tämän asiakirjan to-

⁸⁵ Lopputuloksen osalta samoin *Alsberg—Nüse* s. 94 ja av 15 mainittu kirjallisuus.

⁸⁶ Vrt. tämän johdosta I osa s. 93 ja siinä (av 63) mainittu kirjallisuus.

⁸⁷ *Klug* s. 32; *Spendel* s. 1105.

tena. Näin vain alioikeudessa; jos ylemmässä oikeudessa herää asiaa koskevia epäilyksiä, vastanäytön esittäminen on sallittu. Tällöin kuullaan tuomioistuimen jäsentä/jäseniä tai pyydetään virkateitse selitys. Yleisön luottamus oikeudenkäyttöön ja menettelyn moitteettomuuteen näyttäytyy korkeamman arvoisena intressinä kuin neuvottelu- ja äänestystapah-tuman salassapito.

4. Edellä esitetyin tavoin neuvottelu- ja äänestysalaisuutta suojaava todistusteemakielto on poikkeuksellisesti vain relatiivinen. Todistusteemakielto väistyy, jos tätä vaatii riittävän voimakas julkinen intressi. Epätietoista saattaa kuitenkin olla, kenen tulee arvostella, onko tilanne sellainen, että neuvottelu- ja äänestysalaisuuden ilmaiseminen on paikallaan.

Sen johdosta, että puheenalainen todistamiskielto palvelee muun ohella tuomioistuinten riippumattomuuden turvaamista, oikeushallinnon viranomaiset valtionjohdolle välittömästi vastuunalaisina eivät saata määrätä kysymyksessä olevan intressikollision ratkaisutapaa. Positiivinen oikeutemme ei liioin anna tukea sellaiselle käsitykselle, että ylempi tuomioistuin voisi vapauttaa tuomarin vaitiolovelvollisuudestaan; intressiristiriidan »alistus» ylempään tuomioistuimeen ei ole mahdollista. Entä miten on arvosteltava vaihtoehtoa, että prosessituomioistuin itse päättää tuomaria sitovasti, saako hän tai pitääkö hänen ilmaista neuvottelu- ja äänestysalaisuus? Ulkomaisessa tieteisopissa tässä on nähty käyttökelpoinen tie,⁸⁸ joskin toisaalta on pidetty järjestelmän vastaisena tehdä syytteeseenpanoviranomaisten, erityisesti tuomioistuimen, prosessuaaliset valtuudet riippuviksi asianomaisen orgaanin omasta tahdonmuodotuksesta. Vahvalta vasta-argumentilta vaikuttaa erityisesti huomautus, että prosessituomioistuin ei voi tuntea konfliktitilanteen yksityiskohtia. Hyvällä syyllä on lisäksi korostettu, että prosessituomioistuimella saat- taa olla syytteeseenpanointressiä yliarvioiva ennakoasenne. Tältä pohjalta on päädytty jättämään neuvottelu- ja äänestysalaisuuden kohtalo asianomaisen tuomarin henkilökohtaisen ratkaisun varaan.⁸⁹

Kosketeltu mielipide on epäilemättä meidänkin oikeutemme kanalta puoltamisen arvoinen. Neuvotteluun osallistunut tuomari yksin tuntee salaisuuden; koko se oikeudenkäynti, josta neuvottelu- ja äänes-

⁸⁸ Alsberg—Nüse s. 94 av 15.

⁸⁹ Peters s. 111.

tysvaihe on yksi osa, on hänelle omakohtaisesti koettua todellisuutta. Siksi hänen on helpompi ratkaista intressiristiriita kuin prosessituomioistuimen, jonka näkemys asiasta perustuu sittenkin toisen käden tietoihin. Omaksutulla mielipiteellä on puolellaan sekin etu, että se ei vaaranna salaisuutta kantavan tuomarikollegion ammatillista solidaarisuutta, sitä keskinäistä luottamusta, jonka psykologinen merkitys asianomaisen tuomioistuimen toiminnan onnistumiselle on mitä tärkein. Sen sijaan että kuulustelevalle tuomioistuimelle voisi pakottaa yksityisen tuomarin esittämään ammattitoveriaan raskauttavaa näyttöä viimeksi mainittu voi oma-aloitteisesti ottaa kosketuksen kollegion muihin jäseniin, tunnustella mielialoja ja keskustella tehtävästä ratkaisusta. Näin mahdollistetaan tuomarikollegion välitön osallistuminen sitä itseään syvällisesti koskevaan päätökseen.

Kuulustelevalle tuomioistuimelle ei vasta esitetyn mukaisesti saa pakottaa tuomaria ilmaisemaan salassa pidettävää seikastoa; viimeksi mainittu tekee ratkaisunsa itsenäisesti. Jos kuulustelevalle tuomioistuimelle tällöin harkitsee, että asian selvityksintressi on suuri, niin todistajana kuultavan tuomarin vaietessa oikeus saa turvautua mahdollisesti tarjoutuviin muihin tietolähteisiin. Todistusteemakiello näyttää täten relatiivisuutensa. Yhtä todistuskeinoja — kollegisen tuomioistuimen jäsentä — lukuun ottamatta oikeus saa käyttää kaikkia mahdollisia todistuskeinoja totuuden selvittämiseen.

5. Neuvottelu- ja äänestysvalaisuutta suojaavan todistusteemakiellon relatiivisuus vain korostuu, kun otetaan huomioon äänestysvalaisuuden poikkeusasema. Äänestyksen kulku on kyllä periaatteessa salainen. Mutta kun annetut äänet on merkittävä oikeuden pöytäkirjaan, tämä äänestyspöytäkirja on tavallinen julkinen asiakirja.⁹⁰ Julkisaatettu salaisuus ei enää ole salaisuus. Jo *Calonius* piti selvänä, että äänestyspöytäkirjat ovat julkisia ja että niistä on pyydettyä annettava jäljennöksiä. Hän perusti mielipiteensä v:n 1766 Kirjoitus- ja painovapausA:n 7 §:ään. Tämän määräyksen nykyistä oikeustilaa luova vastine on lähinnä AsiakJulKL 3 ja 6,¹ §.⁹¹ Todettakoon myös, että kun hovioikeudella on velvollisuus muutoksenhaun yhteydessä lähettää korkeimpaan oikeu-

⁹⁰ Rintala, DL 1971 s. 439 s.; Tirkkonen, Rp II s. 414.

⁹¹ Ks. näiden lainkohtien johdosta *Andersson*, mt. s. 506, 509, 514 s., 567 s.; ja toisaalta s. 476 (OK 1:7).

teen kaikki juttuun kuuluvat asiakirjat, menettelytavan määräävä säännös (OK 30:11,₂ L:ssa 10.2.1965/55) on tulkittu poikkeukseksi OK 1:7:n ilmaisemasta periaatteesta.⁹²

6. Todistusteemakielto, joka torjuu neuvottelu- ja äänestysalaisuuteen kohdistuvan näytön, on *lex imperfecta*: siihen ei liity tehosteena kiellonvastaisesti saadun todistelutuloksen *hyödyntämiskieltoa*.⁹³ Niin pian kuin neuvottelu- ja äänestysalaisuus on vastoin todisteiden esittämiskieltoa tullut julkisuuteen, *fait accompli*, jotakin peruuttamatonta, on jo tapahtunut. Todisteiden esittämisen kieltävän normin suojelutarkoitus on tehty lopullisesti tyhjäksi. Todistelutuloksen hyväksikäyttäminen ei enää saata merkitä suojatun intressin osaksi tulleen loukkauksen täydentymistä tai syventymistä. Siksi pääsääntö eli totuudentutkimiskäskey tulee jälleen voimaan.

f) *Liikesalaisuudet* (OK 17:24,₁:n 2. virke)⁹⁴

1. OK 17:24,₁:n 2. virkkeessä säädetään: »Todistaja saa kieltäytyä antamasta lausumaa, jolla liike- tai ammattisalaisuus tulisi ilmaistuksi, jolleivät erittäin tärkeät syyt vaadi, että todistajaa kuulustellaan niistä.» Tätä perussäännöstä täydentää joukko muita lainkohtia, joilla todistusteeman osaksi tuleva suoja ulotetaan käsittämään klassisten todistuskeinojen koko luettelo. Siten OK 17:48,₁ lausuu vastaavan todistelun rajoituksen asiantuntijoihin nähden. OK 17:65,₁:stä ilmenevän oikeusohjeen mukaan todistamiskielto on soveltuvien osin voimassa, kun asianosaista kuulustellaan totuusvakuutuksen nojalla. OK 17:12,₂:n viimeisessä virkkeessä puolestaan määrätään, että asiakirjan esittämisvelvollisuuteen sovelletaan vastaavaa rajoitusta kuin 24 §:ssä on säädetty todistajan vaitiolo-oikeudesta. OK 17:56,₂ vihdoin osoittaa, että liike- ja ammat-

⁹² Siten *Konstari*, mt. s. 176 av 114. Oikeudenkäymiskaaren L:lla 2.2.1979/104 muutetussa 30 luvussa menettelytavan säännöstä 8,₂ §.

⁹³ *Andenaes*, mt. *ibid*.

⁹⁴ Tutkimuksen I osassa on tarkasteltu oikeusvertailevasti kansantaloudellisten intressien oikeussuojaa, jolloin Tanskan oikeuden vastaavan todistamiskieillon on sanottu perustuvan Rpl 170,₂ §:ään (s. 162). Suoritettujen lainmuutosten johdosta kysymykseen tulee Rpl 171,₂ §.

tisalaisuudet nauttivat suojaa myös katselmustodistelun yhteydessä.⁹⁵

2. Todistusteemana, jota todistamiskielto suojaa, on »liike- tai ammattisalaisuus». Käytetty lakitekniikka on siinä suhteessa tavanomainen, että legaalista käsitelmäritelmää ei ole annettu. Tarpeellinen merkityssisällön antaminen tapahtuu onnistuneimmin kokonaisvaltaiselta pohjalta. Tällöin edellytetään, että »liike- tai ammattisalaisuudella» on edellä mainituissa oikeudenkäymiskaaren säännöksissä olennaisesti sama merkityssisältö kuin näiden lainkohtien lähimmissä aineellisoikeudellisissa vastineissa: TSL 15 §:n 1 momentissa ja etenkin VilpKilpL 11 §:n 1 momentissa, jossa lainkohdassa liike- ja ammattisalaisuudelle annetaan rikosoikeudellinen oikeussuoja.⁹⁶ Alasen esitykseen liittyen liike- ja ammattisalaisuudet voidaan luonnehtia seikoiksi, joiden julkisuuteen saattamisesta on haitallisia taloudellisia seurauksia.⁹⁷ Määritelmä ilmaisee, että liike- ja ammattisalaisuus edustaa elinkeinotoiminnassa tiettyä varallisuusarvoa. Kysymyksessä olevat taloudelliset arvot kuuluvat liikeyritykseen sen luonnollisena osana. Niiden salassa pysymisestä riippuu yrityksen menestys. Yrityksen kohtaloon vaikuttavina ne ovat seikkoja, joiden salassapitoon on olemassa (objektiivisesti arvioiden) järkevä intressi. Jos sitä vastoin asianomaisella seikastolla ei objektiivisesti arvioiden ole minkäänlaista taloudellista merkitystä, se ei nauti oikeudellista suojaa liike- tai ammattisalaisuutena. Asianomaisen yrittäjän tahi teollisen ammatin harjoittajan subjektiivinen vakuuttuneisuus tietyn liikesuhteen tai valmistusmenetelmän suojanarvoisuudesta ei siis tee seikkaa/seikastoa salaisuudeksi. Onko jollain liikesalaisuudeksi väitettyllä seikalla (rikosoikeudellisen) oikeussuojan ansaitseva ta-

⁹⁵ Epättydyttävää on, että liike- ja ammattisalaisuuksia suojaavalla OK 17:24,₁:n 2. virkkeen todistamiskiellolla ei ole vastinetta *takavarikkokieltojen* piirissä. V:n 1976 pakkokeinoja koskevan lakiehdotuksen 4 luv. 2 §:n 1 mom:n 1. virkkeessä asetetaan puheenalaista todistamiskielloa vastaava takavarikkokielto. Ehdotettua todistamiskiellon täydennystä on pidettävä hyvin perusteltuna ja todistusteemakiellon logiikan mukaisena. Mainittu seikka ei käy riittävällä selvyydellä esille tutkimuksen I osasta; ks. s. 348 s. Ehdotettu järjestely ei välttämättä olisi esteenä ns. valkokaulusrikollisuuden tutkimiselle (vrt. *ibid* s. 349 ja av 283), koska tässäkin noudatetaan sääntöä, jonka mukaan epäily rikoksen suostimisesta murtaa takavarikkokiellon; vrt. *ibid*. s. 347.

⁹⁶ Ks. TSL 15,₁ §:n tulkinnasta ja sen suhteesta VilpKilpL:n vastaaviin säännöksiin lähemmin KOM 1969: A 25 s. 32 s.

⁹⁷ LM 1941 s. 170.

loudellinen merkitys, sen voi tuomioistuin useinkin ratkaista vain asianomaisen ammattialan taloudellisen ja teknisen asiantuntemuksen apuun turvautuen.⁹⁸

Liike- ja ammattisalaisuuden käsitteelle on ominaista tietty suhteellisuus. Julkisuuteen saatettu »salaisuus» ei ole salaisuus, mutta tällöin saattaa olla epätietoista, mikä tekee seikasta/seikastosta oikeudellisesti relevantilla tavalla »yleisesti tunnetun». Liian ahdasta on rajata salaisuuden käsite siten, että seikasto menettää salaisuuden ominaisuutensa niin pian kun se tulee kenen tahansa yritykseen kuulumattoman henkilön tietoon. Niinpä on katsottava, että jos seikasto on nimettävissä olevien henkilöiden — esim. elinkeinonharjoittajan tiettyjen asiakkaiden — tiedossa, seikasto pysyy salaisuutena, jos on perusteltua aihetta otaksua, että nämä salaisuuden haltijat eivät ilmaise sitä ympäristölleen. *Alanen* katsoo varsin realistisesti, että ratkaisevaa on se, aiheuttaako salaisuuden joutuminen kolmannen miehen tietoon sen käytännöllisen ja taloudellisen merkityksen häviämisen.⁹⁹ Tällaisen vaikutuksen yleensä omaavana on tyypillisesti pidettävä esimerkiksi elinkeinotoimintaa koskevan seikan julkaisemista ammatillisessa aikakausilehdessä.

Minkätyyppiset seikat/seikastot, lähemmin yksilöiden, kuuluvat »liike- tai ammattisalaisuuden» merkityspiiriin?

Mitä ensiksi tulee käsitteeseen »liikesalaisuus», sen voidaan katsoa tarkoittavan lähinnä sellaisia tietoja, joilla on merkitystä kaupallisen tai teollisen yrityksen liikevaihdolle. Tämän mukaisesti käsitteen alaan kuuluvat kiistattomasti kaikki sellaiset liikeasiat, jotka pidetään salassa kilpailusyistä. Esimerkiksi kaupaksi pidettävien tavaroiden tahi teollisen yrityksen käyttämien raaka-aineiden hankintahinnat ja -lähteet ovat epäilemättä suojanarvoisia liikesalaisuuksia, samoin liikeyrityksen asiakspiiri. Edelleen on liikesalaisuutena pidettävä liikkeelle tehtyjä tar-

⁹⁸ Ks. tekstissä esitetyn johdosta *Alanen*, *ibid.* s. 170 s.; *M. Castrén*, Liikesalaisuuksien oikeussuojasta s. 6 s., 12, 51 s., 139 ss. ja passim; *T. Ellilä*, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 18; *Hakulinen*, Velvoiteoikeus 29 § II d; *Ikkala*, Tilintarkastuksesta s. 173; *Kivimäki—Ylöstalo*, Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 124 verr. s. 118; *Rissanen*, LM 1978 s. 677 ss. (»Talousjärjestelmämme perusteiden mukaan ei kilpailijoilla tule olla mahdollisuutta hyötyä yrityksen taloudellisesta tai teknisestä tiedosta ja kokemuksesta.»; s. 678; »... julkisuudesta yrityksille aiheutuvalla haitalla on ajateltu kilpailuasemaan vaikuttavien seikkojen paljastumista ja taustalla on... nähty tarve suojata yksityisiä taloudellisia intressejä kilpailijoilta.»; s. 694); *Tirkkonen* s. 129 ss.; *sama*, Rp II s. 257 ss.

⁹⁹ *Ibid.* s. 172.

jouksia, hinnoittelulaskelmaa, liikkeen sisäistä organisaatiota, ulkomaisia edustuksia, odotettavissa olevaa tärkeää liiketapahtumaa samoin kuin liikkeen käyttämää rahoitustapaa.¹⁰⁰ Liikesalaisuuden piiriin voidaan luokittaa myös määrättyt tunnusmerkit täyttävä pankkiselaisuus. Periaatteessa pankkilainsäädännön edellyttämä salassapitovelvollisuus ulottuu erittäin laajalle. Sen johdosta, että vaitiolovelvollisuuden avulla pyritään turvaamaan asiakkaan ja pankin välisen luottamussuhteen häiriöttömyys, pankkiselaisuus ei käsitteellisesti edellytä (objektiivisesti arvioiden) järkevän intressin olemassaoloa.¹⁰¹ Niissä tapauksissa, jolloin pankkiselaisuus edustaa todellista varallisuusarvoista objektia, siitä tulee sellainen liikesalaisuus, joka nauttii oikeudellista suojaa periaatteessa aina rikosprosessuaalista totuuden tutkimista vastaan asti. Ulkomaisessa praksiksessa on kyllä katsottu, että pankin asiakkaitensa varallisuusasemasta omaamat tiedot eivät ole liikesalaisuuksia.¹⁰² Meidän oikeutemme kannalta voitaneen sitä vastoin puoltaa näkemystä, jonka mukaan pankin ja sen asiakkaan väliset liikesuhteet ovat pankin liikesalaisuuksia; sellaisiin liikesuhteisiin kuuluu suojaa ansaitsevana osana asiakkaan nauttiman luoton määrä ja hänen talletustensa suuruus.¹⁰³

»Ammattiselaisuuden» käsitesisältö on painottunut toisin,¹⁰⁴ mikä on

¹⁰⁰ Ks. av 92 mainittua kirjallisuutta sekä lisäksi *HE* 1929 2. Vp: 27 s. 11; *KOM* 1967 A: 9 s. 20 s.; *Godenhjelm*, *JFT* 1965 s. 288; *Kivimäki*, *DL* 1954 s. 150 av 51.

¹⁰¹ Vrt. *E. Aalto*, *LM* 1978 s. 342 ss.; *M. Castrén*, *DL* 1971 s. 106 ss.

¹⁰² Ks. *Rt.* 1930 s. 814 ja sen johdosta *Andenaes*, mt. s. 199. Ks. myös *Hauser*, *Juristentag* s. 77: Sveitsin oikeus ei ylipäätään myönnä pankkiselaisuudelle todistamiskiellon suojaa.

¹⁰³ Näin *Helminen*, mt. s. 404; *Tirkkonen* s. 130. Ks. tekstissä esitetyn johdosta lisäksi *Erma*, *Pankkilait* s. 335 s.; *Tirkkonen*, *LM* 1973 s. Huomattakoon myös *KoO* p. N:o 1221 9.10.1973: Koska asianomaisen verotarkastajan säästöpankilta pyytämät tiedot säästöpankin asiakkaan tilille tulleiden maksujen suorittajista ja suuruudesta olivat asiakkaan liikesalaisuuksiksi katsottavia tietoja ja kun erittäin tärkeiden syiden ei ollut näytetty vaativan mainittujen tietojen antamista, säästöpankki ei ollut velvollinen antamaan noita tietoja. Lääninverotoimiston virka-aputeitse tekemä hakemus säästöpankin velvoittamisesta antamaan sille tiedot puheena olevien maksujen suorittajista ja suuruudesta niihin liittyvine tilillepanomerkintäpäivämäärineen hylättiin.

Voimassa olevat oikeussäännökset sisältyvät liikepankkilain (29.8.1969/540) 43 §:ään, säästöpankkilain (29.8.1969/541) 55 §:ään, osuuspankkilain (29.8.1969/542) 47 §:ään, kiinnitysluottopankkilain (29.8.1969/545) 43 §:ään ja postipankkilain (8.8.1969/511) 33 §:ään. Ks. niiden johdosta *E. Aalto*, mt. s. 343 s.

¹⁰⁴ Korostettakoon, että »ammattiselaisuudella» tarkoitetaan tässä, vastakoh-

yhteydessä tämän käsitteen liittymiseen ensi sijassa teollisen elinkeinotoiminnan piiriin. Tulkinnallista apua saadaan VilpKilpL 12 §:stä, jossa säännöstetään teolliselle ammattisalaisuudelle kuuluva (rikosoikeudellinen) oikeussuoja. Kirjallisuudessa on esitetty, että lainkohdan mukaisen oikeussuojan piiriin kuuluu jokainen sellainen tekninen esikuva, jolla on taloudellinen merkitys.¹⁰⁵ Lähinnä tulevat kysymykseen eri tyyppiset tekniset valmistusmenetelmät ja keksinnöt. Yleisenä sääntönä voitaneen esittää, että niillä teollisuusaloilla, joilla patenttisuojoilla ei ole varsin suurta käytännöllistä merkitystä, ammattisalaisuudelle muutoin kuuluvaa oikeudellista suojaa on pyrittävä tehostamaan.

Liike- ja ammattisalaisuuden käsitettä on edellä tarkasteltu ensisijaisesti aineellisoikeudellisesta näkökulmasta. Menettelytapa ei ole aivan ongelmaton. Onhan tunnettua, että oikeudellisia käsitteitä ilmaisevien termien merkityssisältö yleensä muuttuu siirryttäessä yhdestä oikeusala toiseen. Mutta ilmiön esiintyminen ei välttämättä edellytä edes oikeusalan rajojen ylittämistä. Termin tarkoitussisältö, sen ns. ekstensionaalinen merkitys (denotaatio) näet vaihtelee aina systemaattisen asia-yhteyden muuttuessa. Viime kädessä käsite saa dimensionsa käyttöyhteydestä; tässä mielessä käsite on aina sidoksissa ratkaistavaan ongelmaan. Mitä erityisesti liike- ja ammattisalaisuuden käsitteeseen tulee, jo lähtökohtaisesti on selvää, että se mikä aineellisen oikeuden mukaan konstituoii liike- tai ammattisalaisuuden oikeudenvastaisen ilmaisemisen, ei välttämättä kanna oikeudenvastaisuuden poltinmerkkiä, jos ilmaiseminen tapahtuu todistajaa, asiantuntijaa tai asianosaista rikosprosessissa kuulusteltaessa. Edellä olevan esityksen tarkoituksena on niin muodoin ollut kuvailla liike- tai ammattisalaisuutta pelkästään tämän käsitteen ns. ydinalueen osalta; käsitteen ns. kehäalue jää tässä kuten oikeudellisten käsitteiden kohdalla yleensä muutoinkin kokeelliseksi, käyttöyhteydestä määräytyväksi. Nytkin osoittautuu, että juridinen käsite on luonteeltaan ns. heikko käsite.¹⁰⁶

3. Liike- tai ammattisalaisuutta rikosprosessuaaliselta totuuden tut-

tana OK 17:23:n mukaiselle salaisuudelle (vrt. I osa s. 151 av 162 jälkimm. kappale), altaasti OK 17:24,1:n 2. virkkeen mukaista seikastoa.

¹⁰⁵ *Alanen*, *ibid.* s. 172.

¹⁰⁶ Liike- ja ammattisalaisuuden käsitteestä pohjoismaisten prosessilakien käyttämien kirjoitustapojen valossa ks. *Andenaesin* (s. 12 s.) vertailevaa esitystä (RB 36:6: »yrkeshemlighet»; strpl. 177 §: »forretnings- eller driftshemlighet»).

kimiselta suojaava todistamiskielto on tyypiltään todistusteemakielto. Tämä havaitaan jo siitä lakisystemaattisesta seikasta, että salaisuuden suoja on oikeudenkäymiskaaren nimenomaisten määräysten mukaan voimassa kaikissa todistelulajeissa. Todistamiskielto velvoittaa tuomioistuinta ipso jure. Normin edellyttämän suojelutavoitteen toteutumista ei ole ainakaan ensisijaisesti saatettu riippuvaksi todistushenkilön tai asianosaisen tahdonmuodostuksesta tai prosessikäyttäytymisestä.¹⁰⁷ Eri-tyisesti OK 17:56,2:n kategorinen sanamuoto »katselmuksessa älköön liike- tai ammattisalaisuutta paljastettako...» on tässä suhteessa hyvin valaiseva. Instituution kokonaisuuden kannalta on kuitenkin todistaja-todistelua koskeva OK 17:24,1:n 2. virke keskeisessä asemassa.

Sen johdosta, että liike- ja ammattisalaisuuden suojaksi säädetty todistelun rajoitus edustaa todistusteemakieltoa, OK 17:24,1:n 2. virkkeen erityistapauksessa todistajan lausumankieltämisoikeus on periaatteessa täysin riippumaton siitä seikasta, millaisessa yhteydessä todistajan omat intressit ovat salaisuuden prosessuaaliseen kohtaloon. Yhtä hyvin liikeyrityksen omistaja kuin hänen palveluksessaan oleva henkilö voi siten vedota vaitioloprivilegioon. Sama oikeus on täysin ulkopuolisella kolmannella henkilöllä, joka on sattumalta saanut tiedon liike- tai ammattisalaisuudesta.¹⁰⁸ *Tirkkos*en esittämä vastakkainen kanta, jonka mukaan kolmas mies ei yleensä voi kieltäytyä ilmaisemasta toisen henkilön liike- tai ammattisalaisuutta, on näin muodoin torjuttava.¹⁰⁹ Vaitiolo-oikeus liittyy (jäljempänä puheeksi tulevin varauksin) yksinomaan todistajan omaamaan muodolliseen todistajan rooliin ilman että aineellisilla taustaseikoilla — todistajan suhteella asianomaiseen yritykseen, mahdollisella vaitiololupauksella¹¹⁰ jne. — on primääristä merkitystä. Tältä osin

¹⁰⁷ Vrt. kuitenkin esitystä jäljempänä s. 35 ss.

¹⁰⁸ *Andenaes* s. 13. Kuten tekstissä kaikesta päättäen myös *Ekelöf*; ks. »Rättegång IV» s. 128 s. Omaksuttu käsitys saa tukea lain esitöistä. Ks. siinä suhteessa *PLB* II s. 394: »Skyldighet för vittne att röja sådan hemlighet skulles i många fall för vittnet eller hans arbetsgivare eller annan, som kanske stode helt utom rättegången, kunna medföra ekonomiska verkningar, som vore orimliga i förhållande till betydelsen av vittnetsmålets avläggande.» — Kotimaisen tietoisopin vastakkaisesta kannasta ks. tutkimuksen I osa s. 162 av 198.

¹⁰⁹ »Uusi todistuslainsäädäntö» s. 130. Vrt. kuitenkin *sama*, *LM* 1973 s. 83.

¹¹⁰ Mitä erityisesti todistajan antamaan vaitiololupaukseen tulee, todistuslainsäädäntömme ei anna sellaiselle tahdonilmaisulle oikeudellista merkitystä. Ks. tämän johdosta jäljempänä s. 119 olevaa esitystä; sekä muutoin *Gärde* s. 473; *Ekelöf* IV s. 128 (»Vastakkaisessa tapauksessa asianosainen voisi sabotoida prosessia pyytämällä epäsuopealta todistajalta vaitiololupauksen.»); *Belting* s. 30.

puheenalainen oikeusohje ei anna sijaa lainkäyttäjän normatiiviselle harkinnalle. Jos nimittäin liikeyritykseen kuulumaton kolmas mies konkreettisenä todistuskeinona todella olisi toisessa asemassa kuin elinkeinonharjoittaja ja hänen ammattiapulaisensa, niin olisi johdonmukaisuuden vuoksi odotettava, että laki sallii liike- tai ammattisalaisuuden selville ottamisen vastaavasti vapaammin valloin myös asiantuntijatodistelun samoin kuin eritoten reaalisten todistuskeinojen avulla. Kilpailevat todistuskeinot eivät kuitenkaan, kuten todettu, tarjoa tässä kohden kiertotietä. Niinpä esim. liikepankin toimihenkilö saattaa puheenalaisen säännöksen perusteella aina kieltäytyä antamasta lausumaa, joka paljastaisi liike- tai ammattisalaisuuden — yhdentekevää, koskeeko todistettava seikka pankin vaiko sen asiakkaan salaisuutta.

Omaksuttua tulkintatulosta tukee seuraava todistamiskiellon oikeusperusteiden alueelle lankeava argumentti: Kuten toisessa yhteydessä on esitetty, liike- ja ammattisalaisuuksia ei rikosprosessissa suojata pelkästään tai edes voittopuolisesti yksityisen yrittäjän/elinkeinonharjoittajan ahtaasti yrityskohtaisten etujen vuoksi vaan lainsäätäjää ovat ensi sijassa motivoineet yhteiskunnan kansantaloudelliset intressit.¹¹¹

4. OK 17:24,1:n 2. virkkeen jälkilauseessa ilmaistaan todistajatodistelun osalta sama rajoitus, mitä noudatetaan muissakin todistelulajeissa: todistajan on ilmaistava liike- tai ammattisalaisuus, jos erittäin tärkeät syyt tätä vaativat. Liike- ja ammattisalaisuutta suojaava todistusteemakielto ei näin muodoin ole poikkeukseton. Tutkimuksessa käytetyn käsitteistön mukaisesti todistusteemakielto on tällöin — varsin harvinaislaatusesti — *relatiivinen*.

Mitä ovat »erittäin tärkeät syyt» tarkasteltavan normikompleksin edellyttämässä merkityksessä?

Esitettyyn kysymykseen ei saada vastausta laista. Tässä itse asiassa näyttäytyykin tapauksen erikoislaatusuus: normista puuttuu jotakin. Tunnusmerkistössä käytetty ylimalkainen ilmaisu »erittäin tärkeät syyt» tekee oikeusnormista ns. joustavan normin. Lainsäätäjä on käyttänyt blankokäsitettä. Saadakseen konkreettisen tapauksen ratkaisuun kelpaavan oikeusohjeen lainkäyttäjä on pakotettu »täyttämään» lakitekstiin

¹¹¹ Ks. I osa s. 151 ja 162 s. Vrt. kuitenkin *Rissanen*, LM 1978 s. 694 (sitaatti edellä av 98). Tutkimuksessa omaksutun käsityksen johdosta muutoin vrt. *Ziegler* s. 92.

sisältyvän väljän ajatusmallin. Lainkäyttäjän harkinta on tällöin normatiivista, oikeuspoliittisista arvostuksista nousevaa oikeuden luomista.¹¹²

Sanonta »erittäin tärkeät syyt» osoittaa, että liike- ja ammattisalaisuuksille prosessilaissa annettu suoja on periaatteessa varsin vahva. Lainsäätäjä on pitänyt suojattavaa intressiä erittäin arvokkaana. Lakitekstin kielellis-formaalinen tulkinta johtaa epäilemättä katsomaan, että »vain harvoin on sallittua poiketa siitä säännöstä, ettei todistajan tarvitse ilmaista liike- tai ammattisalaisuutta.»¹¹³ Sanonta »erittäin tärkeät syyt» saa tällöin lähinnä merkityssisällön »erittäin tärkeät intressit». Se intressi, jota liike- tai ammattisalaisuuden säilyminen edustaa, syrjäytyy, jos virallinen syyttäjä tai asianomistaja esittää ikään kuin suuremman tilavuusmitan kilpailevia intressejä. Käsitteellisesti tämä on intressivertailua, ja tällaista etujen vastakkainasettelua laki puheenalaisessa tapauksessa kieltämättä myös edellyttää. Mutta jos asetettua semanttista ongelmaa lähestytään pragmaattisesta tulkinta-asenteesta, liike- tai ammattisalaisuuden kohtalo ei enää riipu siitä seikasta, miten puheenalainen intressi kestää sitä vastaan esitettyjen kilpailevien intressien paineen. Olipa rikosprosessuaalisen totuuden täysimittaista tutkimista vaativa intressi vahva tai heikko, todistaja/asiantuntija saa ilmaista liikesalaisuuden aina milloin salassapitämisen mielekkyys on käynyt kyseenalaiseksi. Näin on laita esim. siinä tapauksessa, että tietyn valmistusmenetelmän haltija on antanut suostumuksensa siihen, että todistaja/asiantuntija saa ilmaista tämän menetelmän.¹¹⁴ Tällöin todistajalla ei edes liene itsenäistä oikeutta menetelmän salassapitoon.¹¹⁵ Samoin on katsottava, että pankin tai vakuutusyhtiön antama suostumus asianomaisen laitoksen sisäisten asioiden tai vastaavasti salaisten kustannuslaskelmien ilmaisemiseen oikeuttaa tuomioistuimen suorittamaan vastaavan selonoton. Yleistäen voitaneen sanoa, että todistaja saa ja hänen pitää ilmaista liikesalaisuus, jos siihen on asianomaisen yrityksen lupa.¹¹⁶

¹¹² Joustavan normin käsitteestä ks. esim. *Murén*, DL 1964 s. 403 ss.

¹¹³ *Tirkkonen* s. 131. Asiallisesti samoin *Gärde* s. 500.

¹¹⁴ Vrt. *Ekelöf* IV s. 129: »Har innehavaren av en fabriktionsmetod medgivit att en anställd får yppa denna, finns det väl ingen anledning att den anställda skall kunna undandraga sig att vittna därom.» Asiallisesti samoin *T. Ellilä*, Liike-elämä ja uusi todistusoiikeus s. 21.

¹¹⁵ *Andenaes* s. 13.

¹¹⁶ *Rissanen*, Kilpailu ja tavaramerkit s. 80, lausuu vastaavasti kysymyksen aineellisesta puolesta: »Liikesalaisuuksiksi katsottavia tietoja ei koskaan saa paljastaa ilman asianomaisen yrityksen lupaa.»

Muutoin OK 17:24,1:n puheenalaisen säännöksen tulkinta kyllä palautuu totunnaisen kaavan mukaiseen intressivertailuun. Lainkäyttäjän tulkintatehtävää ei tee helpommaksi se seikka, että säännösteksti — kuten yhtenäiskoonnosta edustavan oikeudenkäymiskaaren määräykset yleensä muutoinkaan — ei tee eroa riita- ja rikosjuttujen välillä. Rikoksen selvittämisisintressi sinänsä ei muodosta liike- tai ammatteisalaisuuden murtaa-perustetta. Instituutiota kannattava suojeluajatus ei näet saata olla niin jyrkästi kaksijakoinen, että todistamisvelvollisuus ja vastaavasti totuudentutkimisvelvollisuus määräytyisi kaavamaisesti oikeusjutun lajin perusteella. Jos juttu koskee ns. vähäistä rikosta eli rikosta, josta ei ole säädetty muuta rangaistusta kuin sakkoa tai vankeutta kuusi kuukautta, siinä ei aina ole mukana niin vahvaa julkista intressiä kuin eräissä siviilijutuissa.¹¹⁷

Kirjallisuudessa on *Tauno Ellilä* esittänyt, että milloin virallinen syyttäjä ajaa syytettä törkeästä rikoksesta eli sellaisesta rangaistavasta teosta, jonka rangaistusmaksimi in abstracto on vankeutta kuusi vuotta tai enemmän, käsillä on tilanne, jolloin tuomarin on uhrattava liikesalaisuuden suoja totuudentutkimiskäskyn hyväksi. Esimerkkinä mainittu tutkija nimeää petollista konkurssia RL 39:1:n nojalla koskevan rikossyytteen, jolloin todistaja ei saa salata kertomuksestaan mitään. Tämän ohella Ellilä pitää mahdollisena, että rikoksen selvittämisisintressi saat-
taa lievemmänasteisenakin johtaa liike- tai ammatteisalaisuuden suojan kumoutumiseen. Kysymykseen tulevassa intressivertailussa on tällöin otettava huomioon »yhteiskunnalliset näkökohdat ynnä yleinen oikeus-
tajunta».¹¹⁸

¹¹⁷ *T. Ellilä*, mt. *ibid.* — Vähäinen rikos on alkuperäisesti lainsäätäjän luoma käsite ja yhteydessä vähäisten rikosten selvittämistä varten käytäntöön otettuun summittaiseen prosessiin: rangaistumääräysmenettelyyn. V:n 1934 Rangaistumääräyslaki säännösti vähäisen rikoksen lain 1 §:n 2 momentissa. Voimassa olevassa rangaistumääräyslaissa (27.2.1970/146) käytetään vastaavassa merkityksessä termiä »rikkomus» (2 §). Vrt. tämän johdosta *Tirkkonen*, LM 1973 s. 80: »Vaikka 27.2.1970 annettu rangaistumääräyslaki ei enää käytä käsitettä vähäinen rikos, ei se... ole esteenä po. käsitteen jatkuvaan käyttämiseen.» Vähäisen rikoksen käsitteestä muutoin ks. *R. Ellilä*, Syyttämättä jättäminen ja tuomitsematta jättäminen liikenne rikoksista s. 60 av 8; *T. Ellilä*, DL 1972 s. 299; *Halila*, LM 1972 s. 498; *Lahti*, Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä s. 357 ss.; *Tirkkonen*, Opportunitetsprincipen enligt gällande finsk rätt s. 751; *Tuominen*, LM 1968 s. 556.

¹¹⁸ »Liike-elämä ja uusi todistus oikeus» s. 20, jossa Ellilä aiheellisesti viittaa

Erityisesti viittaus yleiseen oikeustajuntaan on tässä yhteydessä huomionarvoinen argumentti. Käytetty tulkintametodi muistuttaa tyyppiä *argumentum ad absurdum*, jolloin tulkinta tapahtuu oikeusseuraamuksen arvostamisella. Asianomainen tulkintavaihtoehto valitaan siksi, että juuri sen lupaama lopputulos on parhaiten hyväksyttävissä. Nyt tarkasteltavassa tapauksessa yleinen oikeustajunta saa tulkintavaihtoehtoa määräävän merkityksen erityisesti silloin, kun ilmeisesti syytön on vaarassa tulla tuomituksi. Liike- ja ammattisalaisuuden on tällöin väistytävä.¹¹⁹

Edellä on esitetty sellaisia tulkintänäkökohtia, jotka tuomarin suoritettavassa intressivertailussa ovat omansa kallistamaan vaakaa todistus-oikeuden pääsäännön eli totuudentutkimiskäskyn hyväksi. Milloin kuvattunlaiset erittäin tärkeät syyt sitä vastoin yksittäistapauksessa puuttuvat, todistushenkilön vaitioloprivilegio jää voimaan. Salaisuuden säilyttämistä vaativa intressi on erityisen vahva, jos asianosaisena tai todistushenkilönä kuultava itse omistaa sen liikeyrityksen, jonka kaupallinen salaisuus on vaakalaudalla. Tarkasteltavan normiston *ratio legis* saa tällöin uuden ulottuvuuden: Kansantaloudellisten intressien ohella suojeluajatuksen tehoisaksi tekemiseen vaikuttaa kumulatiivisesti näkökohta, joka muistuttaa *nemo tenetur se ipsum accusare*-periaatetta.¹²⁰ Kuulusteltavalta henkilöltä ei tällaisessa tapauksessa kohtuudella voida vaatia lausumaa, jonka antaminen saattaa merkitä lähes taloudellista itsetuhoa. Eräissä ulkomaisissa prosessilaeissa mainittu taloudelliselta itsevaaran- tamiselta suojaava näkökohta on otettu huomioon suorastaan kirjoitetun lain tasolla.¹²¹

Kokonaisuutena liike- ja ammattisalaisuuden suoja on nyt tarkastelun, oikeushistoriallisesti katsoen verraten uuden säännösten ansiosta rikosprosessissa entistä vahvempi. Tapahtunutta muutosta havainnollistaa erityisen selvästi pankkisalaisuuden uudenlainen asema. Siten Korkeimman oikeuden ratkaisussaan 8.1.1930 omaksuma kanta, jonka mukaan pankin toimenhaltija on poikkeuksetta velvollinen todistamaan seikoista, jotka hän toimessaan on saanut tietoonsa, kuuluu oikeushistoriaan. Tapahtunut muutos heijastaa samalla miniatyyrimaisesti samaa ilmiötä, joka

OK 17: 23:n 1 ja 3 momentin tarjoamaan analogiaan. Ks. myös *sama*, Todistelusta rikosasioissa s. 205.

¹¹⁹ Siten *Tirkkonen*, Rp II s. 259.

¹²⁰ Ks. tästä I osa s. 172 ss.

¹²¹ Rpl 171,₂ § (Tanska); öStPO 153 § (Itävalta).

lyö leimansa aikamme rikosprosessiin kokonaisuudessaan: rikosprosessin kurssi-arvo ei ole sama kuin ennen, yhteiskunnallisten arvojen ylläpitäjänä rikosprosessin asema ei enää ole keskustelun tuolla puolen.

5. OK 17:28,2:ssa säädetään, että kun todistaja on oikeutettu kieltäytymään todistamasta tai vastaamasta johonkin kysymykseen, tulee puheenjohtajan ilmoittaa se todistajalle ja samalla muistuttaa, että todistaja, jollei hän tahdo käyttää hyväkseen tätä etua, on saman seuraamuksen uhalla kuin muukin todistaja velvollinen puhumaan totta ja sanomaan, mitä hän asiasta tietää. OK 17:31:n 2. virkkeessä määrätään täydentävästi, että ennen kuin todistaja esittää kertomuksensa, tulee oikeuden puheenjohtajan, milloin aihetta on, huomauttaa todistajalle 24 §:n sisällyksestä. OK 17:34,1:stä puolestaan ilmenee, että laki pyrkii suojaamaan liike- ja ammatillisalaisuuksia silloinkin, kun todistaja on poikkeuksellisesti velvoitettu niistä todistamaan: Tällöin todistajankuulustelu suoritetaan suljetuin ovin. Mitä lainkohdassa on säädetty, on soveltuvien osin noudatettava myös asiantuntijatodistelussa (OK 17:51,1). OikJulkL 1,2 §:n (L:ssa 5.9.1975/703) mukaan tuomioistuin saa tällöin päättää, että asian käsittely, päätöksen tai tuomion julistaminen siihen luettuna, tapahtuu kokonaisuudessaan suljetuin ovin.

Jos todistaja kieltäytyy todistamasta tai vastaamasta johonkin kysymykseen sillä perusteella, että lausuman antaminen johtaisi liike- tai ammatillisalaisuuden ilmitulemiseen, hänen on OK 17:25:n mukaan samalla mainittava kieltäytymisensä peruste ja tuettava sitä todennäköisin syin. Selvää on, että säännöksen soveltaminen stricte saattaa helposti mitätöntää koko todistusteemakieltoa kannattavan suojeluajatuksen. Niihin ilmeisiin lainkäytöllisiin vaikeuksiin, joita säännöksen soveltamiseen välttämättä liittyy, palataan lähemmin toisessa yhteydessä.¹²² Muutoin on todettava, että todistaja, joka omin valloin arvioi jonkin asiaan vaikuttavan seikan liike- tai ammatillisaisuudeksi ja tällä perusteella salaa sen, asettuu alttiiksi erehtymisen vaaralle. Mahdollinen väärinarviointi tulee arvosteltavaksi rikoslain perätöntä lausumaa koskevien rangaistussäännösten mukaisesti, jolloin RL 17:1,3 näyttäisi tilanteeseen parhaiten soveltuvalta.¹²³ Käänteisesti on asian laita se, että jos todistaja ilmaisee

¹²² Jäljempänä s. 82.

¹²³ Vrt. PLB II s. 394 s.; Hassler, Bevisrätten s. 38 s.: »Rätten har i varje fall pröva, om vittnets vägran är lagligen grundad.»

liike- tai ammattisalaisuuden, vaikka tuomioistuin ei ole (»erittäin tärkeiden syiden» nojalla) häntä tähän velvoittanut, niin periaatteessa tällaisen lausuman antaminen saattaa tulla rangaistavaksi aineellisoikeudellisen vaitiolovelvollisuuden rikkomisena vastaavien kriminalisointien — esim. VilpKilpL 11,¹ ja 12 §, SäästöpankkiL 117 § — nojalla. Eihän näet asianosaisen/todistushenkilön rikosprosessuaalinen ilmaisukäyttäytyminen kumo olemassaolevia aineellisoikeudellisia velvollisuuksia. Prosessuaalisesti ilmaisu on tällaisessa tapauksessa todistusteemakiellon vastaisena ei-sallittu, aineellisesti se on oikeudenvastainen. Mainitunlainen prosessikäyttäytyminen kelpaa siis rangaistavuuden perustaksi teoreettisesti ottaen yhtä kiistattomasti kuin juuri kosketeltu perättömän lausuman antaminen.¹²⁴

Selvyyden vuoksi on korostettava, että oikeuselämän todellisuudessa todistaja joutunee useinkin tekemään valintansa siinä määrin epäselvien rajatapausten välillä, että oikeudenvastaisuusarvostelmalta yhtä hyvin perättömän lausuman kuin salaisuuden luvattoman ilmaisemisen suuntaan putoaa pohja. Mitä taas tulee siihen tilanteeseen, että tuomioistuin arvioi erittäin tärkeät syyt käsillä oleviksi ja velvoittaa todistajan kertomaan koko totuuden, niin todistaja vapautuu rangaistusvastuusta. Asiaan ei vaikuta, vaikka tuomioistuimen harkintaratkaisu olisi aineellisesti väärä.

6. Liike- ja ammattisalaisuuksia suojaava todistusteemakiello on edellä esitetyn mukaisesti relatiivinen: todistelu saadaan kohdistaa liike- tai ammattisalaisuuteen, milloin »erittäin tärkeät syyt» tätä vaativat. Todistusteemakiellon relatiivisuus näyttäytyy siten kaikkien todistuskeinojen totaalisena ei-sallittuisuutena tai sallittuisuutena. Vallitsee erikoislaatuinen »kaikki tai ei mitään» -periaate. Milloin liike- tai ammattisalaisuuden paljastaminen poikkeuksellisesti on sallittua, totuuden tutkimisessa saadaan periaatteessa käyttää kaikkia tarjolla olevia todistuskeinoja. Niinpä jos esim. todistaja konkreettisesti prosessissa kieltäytyy ilmaisemasta liike- tai ammattisalaisuutta vastoin tuomioistuimen antamaa velvoitusta eikä hänen niskoitteluaan saada murretuksi edes OK 17:37:n tarkoittamien pakkokeinojen avulla, totuuden tutkimisessä voidaan aina käyttää valinnaisia todistelulajeja, esimerkiksi asiakirjatodistelua. Milloin todistusteeman tutkiminen täten on sallittua, valinta eri todistuskei-

¹²⁴ Vrt. Tirkkonen, LM 1973 s. 80 ss.

nojen kesken on itse asiassa enää tarkoituksenmukaisuuskysymys. Nyt saadaan käyttää kaikkia todistuskeinoja, vastakkaisessa tapauksessa ei mitään.¹²⁵

Kuten edellä on todistajatodistelun osalta todettu, todistajan harkinnan varassa yleensä on, jättääkö hän ilmaisematta liike- tai ammattisalaisuuden. Laki ei anna tukea sellaiselle käsitykselle, että oikeus saisi estää todistajaa ilmaisemasta liike- tai ammattisalaisuutta.¹²⁶ Jos asianosainen, todistaja tai asiantuntija ilmaisee tällaisen salaisuuden aineellisoikeudellista vaitiolovelvollisuuttaan rikkoen, oikeudenloukkauksen vaikutukset eivät heijastu prosessuaaliselle tasolle. Tuomioistuimien ei ole tehty virhettä. Rikosprosessissa oikeudenvastaisesti ilmaistu liike- tai ammattisalaisuus näyttäisi siten olevan periaatteessa aina todisteena *hyödyntämiskelpoinen*.

g) Erityiset oikeushyvät

1. Tutkimuksessa on todettu, että aineellisen totuuden tutkimisen periaate muodostaa oikeudessamme pääsäännön. Todistamiskiellot ovat poikkeusluonteisia. Asiantilan selvittämisvelvollisuudesta poikkeaminen todistamiskiellon perusteella edellyttää yleensä nimenomaista määräystä kirjoitetussa oikeudessa. Tätä vaatii rikosprosessioikeuden ankaramuotoisuus. Oikeusvarmuussyyt eivät salli erityisen tuomarioikeuden laajamittaista kehittymistä.¹²⁷ Jo laissa positivoitujen todistamiskiellojen soveltamiseen liittyy siinä määrin epävarmuustekijöitä, ettei juurikaan ole suotavaa kääntää katsetta rikosprosessioikeuden ulkopuolelle lankeaville puutteellisesti kartoitetuille alueille. Todistamiskiellojen on oltava selviä ja yksiselitteisiä.

Mainittu kvaliteettivaatimus ei kuitenkaan, kuten tutkimuksessa monin kohdin on havaittu, kestä realiteettien painetta. Rikosprosessuaalista todistelua sääntelevien ankarien oikeuslauseiden piirissäkin lain-

¹²⁵ De lege lata ei kuitenkaan voida estää sitä, että takavarikko kohdistetaan liike- tai ammattisalaisuuden sisältävään asiakirjaan taikka teollisesti merkittävään keksintöön; ks. edellä av 95.

¹²⁶ Liikesalaisuuksien prosessuaaliseen oikeussuojaan kokonaisuudessaan soveltuu *Kallenbergin* toteamus (SvJT 1940 s. 514), jonka mukaan »det är mycket svårt, kanske ej möjligt att finna en tillfredsställande ordning för beredande av skydd för annans yrkeshemlighet».

¹²⁷ Vrt. yleisestä näkökulmasta *Jokela*, LM 1970 s. 847 ss.

käyttäjän on uskaltauduttava oikeutta kehittäviin ratkaisuihin siellä, missä lainsäätäjä on hidastellut. Todistusteemakieltojen osa-alueella viitattu oikeutta kehittävä soveltamisasenne on edellä (VI 1 c) osoittautunut realistiseksi silloin, kun perustuslaillisesti varmennetulle vaalisalaisuudelle on annettava suojaa rikosprosessuaalista totuuden tutkimista vastaan. On pidettävä mahdollisena, että on muitakin erityisiä oikeushyviä, jotka asiaryhminä jäävät todistelulle sallitun tilan ulkopuolelle ilman että todistelun rajoitus perustuisi nimenomaiseen oikeudenkäymiskaaren määräykseen. Kysymystä käsitellään lähemmin seuraavassa.

2. Useat ulkomaiset prosessijärjestykset tunnustavat todistajan *kunnian* sellaiseksi intressiksi, joka sulkee ovia rikosprosessuaaliselta totuuden selvittämiseltä. Toisessa yhteydessä¹²⁸ on jo mainittu, että *skandinavi-**naavisten* maiden prosessilait sisältävät asiasta nimenomaisen määräyksen. Teknisesti oikeushyvän suojaaminen on tosin laissa (esim. RB 36:6) toteutettu todistuskeino- eikä todistusteemakieltona. Puhuttiinpa säännösteistissä todistajan moraalista mainetta järkyttävästä »häpeällisestä teosta» tai lähdettiinpä väljempiä tulkintoja sallivasta »kansalaiskunnian» olennaista on, että todistajan vaitiolo-oikeus tällöin näyttäytyy *nemo tenetur se ipsum accusare* -periaatteen laajennuksena.¹²⁹ Perheiteiden suojaamisen näkökohtaan taas perustuu, että todistaja saa tällaisessa tapauksessa käyttää vaitiolo-oikeuttaan myös lähiomaisensa hyväksi. Analogisen määräyksen sisältää *Itävallan* rikosprosessioikeus. Laissa säädetään (StPO 153 §), että oikeuden niin harkitessa todistaja vapautuu todistamispakosta, jos todistus (vaarantaisi liike- tai ammattisalaisuuden tai) aiheuttaisi todistajalle tai hänen lähiomaiselleen häpeää.¹³⁰ Erittäin valaiseva on *Saksan* oikeuden kanta. Rikosprosessilaki tunnusti alun perin vain todistajan tai hänen lähiomaisensa syytteeseenjoutumisvaaran todistamisvelvollisuuden murtavaksi perusteeksi (StPO 55 §). Nytemmin on StPO 68 a §:n nojalla kielletty esittämästä todistajalle ilman pakottavaa syytä kysymyksiä, joihin vastaaminen koituisi todistajalle tai hänen

¹²⁸ Ks. I osa s. 182.

¹²⁹ Ks. *ibid.* av 266/7 mainittua kirjallisuutta ja oikeuskäytäntöä; sekä lisäksi NJA 1954 II s. 188: Todistaja ei voi vedota siihen, että hän on antanut kyseisestä seikasta *vaitiololupauksen* (vrt. edellä av 110) ja että lupauksen rikkominen olisi kunnianvastaista. Samoin *Norjan* oikeuden kannalta *Andenaes*, Straffeprosessen s. 197.

¹³⁰ Ks. tämän johdosta *Roeder* (1. painos) s. 152.

lähiomaiselleen häpeäksi. Siviiliprosessilain analogia (ZPO 384 §:n 2 kohta) osoittaa, että kyselykielto palautuu *nemo tenetur se ipsum accusare*-postulaattiin.

Meidänkin oikeutemme kannalta voidaan esittää varteenotettavia argumentteja sen käsityksen puolesta, että rikostuomari ei saa kysellä sellaisia sinänsä relevantteja tosiasioita, jotka saattavat koitua todistajalle tai hänen OK 17:20:ssa mainituille lähiomaisilleen kunniaa vahingoittaviksi, ellei rikoksen selvittämisenintressi ole epätavallisen suuri. Laissa on tässä kohden aukko. Voidaanpa mennä pitemmällekin ja katsoa, että kyselykielto kattaa sellaisetkin tosiasiat, joiden ilmaiseminen ei tosin tuota todistajalle häpeää mutta jotka todistajan intiimipiiriin liittyvinä nauttivat erityistä suojaa. Yhtenä mahdollisuutena oikeusaukon sulkemiseen voidaan ajatella OK 17:24,1:n 1. virkkeen tarjoamaa analogiaa. Käsitteellisen selvytyden kannalta menettelytapa saattaa kuitenkin olla harhaanjohtava. Normin konkretisoiminen mainitun lainkohdan tarjoaman analogian pohjalta johtaisi näet sellaiseen epäsointuun, että alun perin todistuskeinokiellon lausuva oikeuslause »käännetään» todistusteemakiellon ilmaisevaksi oikeuslauseeksi. Valmis oikeusohje saataisiin ehkä HM 6 §:stä.¹³¹ Intimiteetin suojan osalta voitaneen puoltaa takautumista ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamista koskevaan v:n 1950 Euroopan sopimukseen samoin kuin kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan v:n 1966 yleissopimukseen.

Edellä on esitetty eräitä argumentteja sen käsityksen perusteluksi, että rikosprosessuaalista todistelua ei saa kohdistaa todistajan kunniaan eikä hänen intiimipiiriinsä, elleivät erittäin tärkeät syyt sitä vaadi. Tuomaria sitoo tässä kohden kyselykielto. Hän ei myöskään saa ottaa vastaan asianosaisen mainituista seikoista tarjoamaa sinänsä relevanttia näyttöä eikä sallia vastaavien kysymysten esittämistä todistajalle.¹³² Argumentoin-

¹³¹ Mainittu perusoikeussäännös nimittäin muodostaa kaikkien perusoikeuksien kehittelyn luontevan lähtökohdan; *Kastari*, Suomen valtiosääntö s. 344. Toinen asia on nytkin (vrt. I osa s. 208 ss.) »onko kansalaisen perusoikeuksia koskevilla Hallitusmuodon säännöksillä merkitystä kansalaisille»; ks. *Hidén*, Lakimiesuutiset 1/1977 s. 18 ss.; *Uotila*, Perusoikeusjärjestelmän kehittämistä koskevia näkökohtia s. 259 ss.

¹³² Siinä tapauksessa, että tällaista näyttöä haluttaisiin esittää pelkästään loukkaamistarkoituksessa eikä se siis olisi asiaan vaikuttavaa, sovellettavaksi tulisi OK 17:7:n määräys, ettei todiste saa koskea asiaan vaikuttamatonta seikkaa. Näyttö olisi torjuttava vastaavasti kuin puheenjohtajan tulee OK 17:33,3:n nojalla evä-

nin avoimuus mahdollistaa kritiikin ja sellaisena se täyttää vaatimuksen oikeudellisten ratkaisuehdotusten rationaalista perustelusta. Mitä lopputulokseen ja sitä kannattaviin tavoitteisiin tulee, rohjettaneen väittää, että niillä on nykyhetki ja tulevaisuus puolellaan. Perusajatus sinänsä ei ole uusi. Jo *gemeiner Prozess*in aikakausi piti todistajan kunniaa alentavien kysymysten sallimista oikeudenhoidollisena epäkohtana. Siviili-prosessissa oli jopa tarjolla oikeudenkäyntitien väärinkäyttämisen vaara: simuloidun prosessin avulla henkilö saatettiin pakottaa antamaan todistajanlausuma omaksi vahingokseen. Samoin oltiin selvillä siitä, että onnellisimmassakin tapauksessa tällaisen lausuman todistusarvo oli kyseenalainen samalla kun lausuman vaatiminen itsessään oli kohtuutonta. Että ongelma oli meidänkin oikeustieteessämme tiedostettu, osoittaa muun muassa *Granfeltin* oletettuun todistelutapaan omaksuma jyrkän kielteinen asenne.¹³³

Mitä nykyiseen oikeustilaan tulee, *Klug* sanoo *expressis verbis*, että StPO 68 a § perustaa todistusteemakiellon, jolloin suojattuna oikeushyvä on kunnia.¹³⁴ Tuomariin kohdistuu vastaavansisältöinen kyselykielto. Edellä esitetyin tavoin vastaava todistelun rajoitus on hyvin sopu-soinnussa meidänkin oikeudenkäyntijärjestystämme kannattavien arvo-pyrkimysten kanssa. Klugin käsitys voidaan omaksua konstruktiivisessa-kin suhteessa, kuten edellä *de facto* on tehtykin. Yksityiskohtien osalta saatetaan liittyä kysymystä käsitelleisiin pohjoismaisiin tutkijoihin. Niin-pä voidaan katsoa *Ekelöfin* tavoin, että ilmeinen promiskuiteetti, toisin kuin pysyvämpi seksuaalinen suhde, kuuluu siihen elämänalueeseen, josta todistaja voi kieltäytyä kertomasta sillä perusteella, että kysymyksessä on hänelle häpeällinen teko.¹³⁵ *Andenaes* sallii papin ja piispan olla vastaa-matta kysymyksiin, jotka kohdistuvat tällaisen henkilön siveelliseen vael-lukseen.¹³⁶ Selvyyden vuoksi on korostettava, että Suomen oikeuden kannalta ei kosketellunlaisissa tapauksissa primäärisesti ole kysymys to-

tä todistajalle tehdyt ilmeisesti asiaan kuulumattomat tai muuten sopimattomat kysymykset. Ks. tämän johdosta *Tirkkonen* s. 48 s.

¹³³ JFT 1918 s. 290 ss. (eräs keskustelukysymys): »Vilka möjligheter till skandaliserande utredning om till vittne namngivna personers goda namn och rykte öppnades, ifall den framkastade frågan bejakades och erbjuden bevisning, utan hänsyn till dess art, upptages.»; *ibid.* s. 290 s.

¹³⁴ *Klug* s. 36; *sama*, Juristentag s. 175.

¹³⁵ »Rättegång IV» s. 127 ja siinä (av 59) mainittu JO 1957:182.

¹³⁶ »Straffeprosessen» s. 196 s.

distajan vaitiolo-oikeutena näyttäytyvästä todistuskeinokiellosta vaan asianomaisen subjektin käyttäytymisestä riippumattomasta, tuomariin kohdistuvasta tutkinta- ja kyselykiellosta. Jos säännöstö palvelisi ah- taasti prosessitekniisiä tarkoituseriä ja tällöin erityisesti todistelun luotettavuuden edistämistä, se olisi mielekäs pelkkänä todistuskeinokielto- nakin. Kysymys näyttäytyy uudessa valossa, jos todistajan kunnia tutki- muksessa suoritettui tavoin absolutisoidaan itseisarvoksi. Tällöin pu- heenalainen todistelun rajoitus, jolla *nemo tenetur* etc. -periaatteen ohella on juurensa tuomitsemistoiminnan arvonmukaisuuden vaatimuksessa, on mielekäs vain todistusteemakiellona.¹³⁷ Todistamiskielto ei toisaalta vai- kuta mahdollisuuteen esittää näyttöä todistajan *luotettavuudesta*; Suo- men yhtä vähän kuin Ruotsinkaan oikeus ei kiellä esittämästä todisteita, jotka koskevat todistajan tai asianomaisen luotettavuutta ylimalkaan.¹³⁸ Käytännössä todistelu tällöin tapahtuisi mainetodistusten avulla. Pro- sessielämässä sellaiset todistukset ovat harvinaisia.

Edelleen on todettu, että todistajan intiimipiiri on elämänalue, joka totuutta tutkivan tuomarin tulee jättää kysymyksiltään rauhaan. *Klug* on elävöittänyt puheenalaisen tutkinta- ja kyselykiellon soveltamista seuraavalla esimerkkitapauksella: Lääkäri on steriloinut naispuolisen todistajan tämän toivomuksen mukaisesti ja yhteisymmärryksessä avio- miehen kanssa. Asianomaista lääkäriä vastaan nostetussa rikosoikeuden- käynnissä todistajalta ei saa kysyä hänen avioelämänsä intiimejä yksityis- kohtia.¹³⁹

Erinäisiä muitakin oikeushyviä voidaan pitää sellaisina, että niissä ruu- miillistuva todistusteema on jätettävä rikosprosessuaalisen todistelun ulkopuolelle. Kiellettyinä voitaneen pitää yleensä kysymyksiä, jotka pakottavat henkilön, olipa hän todistaja tai syytetty, ilmaisemaan uskon-

¹³⁷ Vrt. *Ziegler* s. 126 ss.

¹³⁸ *Tirkkonen* s. 48; *Gärde* s. 484.

¹³⁹ *Klug* s. 55. — Tarkastellessaan todistamiskieltojen perustuslaillisia kyt- kentöjä *Kühne*, *Beweisverbote* s. 105, esittää häveliäisyyden tunteen olevan yhtey- dessä *ihmisarvon* käsitteeseen, jossa se muodostaa eriytyneen kategorian. Ihmis- arvo konkretisoituu mm. juuri häveliäisyyden tunteessa. — Tässä yhteydessä mai- nittakoon myös oikeuskäytännössä esiintynyt tapaus (BGH 19. 6. 70, JS 1971 s. 65), jossa katsottiin, että jos aviopuoliso on antanut kolmannen henkilön salaisesti tark- kailla toista puolisoa tämän asunnossa saadakseen avioero-oikeudenkäyntiin näyt- töä avioliittoa rikkovista teoista, tuota kolmatta henkilöä ei saa kuulustella maini- tussa oikeudenkäynnissä havainnoistaan. Annettu todistajankertomus on hyödyn- tämiskelvoton.

nollisen elämäkatsomuksensa. Vastaava todistusteemakielto voidaan johtaa HM 8 §:n uskonnonvapautta koskevista perusoikeusnormeista.

Uskonnonvapaudessa on alkuperäisintä ja sisäistyneintä omantunnonvapaus. Meidänkin maassamme ovat tuomioistuimet joutuneet käsittelemään ns. aseistakieltäytymisjuttuja, joissa asepalveluksesta kieltäytyminen on perustunut omantunnon syihin. Tämän laatuudessa jutussa syyllisyys- ja rangaistuskysymyksen harkinta tietenkin edellyttää, että näytetään toteen omantunnonratkaisun *olemassaolo*. Sen sijaan todistelua — erityisesti asiantuntijatodistelua — ei saa kohdistaa omantunnonratkaisun *sisältöön*. Tämä johtuu siitä, ettei voida löytää mitään mittapuita, joiden pohjalta aito omantunnonratkaisu on todistettavissa arvokkaaksi tai kaikkea arvoa vailla olevaksi, oikeelliseksi tai erheelliseksi. Tuomioistuin ei siten saa tutkia, onko tuollainen ratkaisu »oikea» tai kestääkö se arvoteoreettisen kritiikin.¹⁴⁰

3. Tuomarin kyselyoikeus ulottuu yhtä laajalle kuin hänen totuudentutkimisvelvollisuutensa.¹⁴¹ Todistusteemakiellolle on ominaista, että se aiheuttaa totuudentutkimisvelvollisuuteen rajoituksen, joka näyttäytyy todistelun kohteen kaventumisena: todistettavasta seikastosta on jätettävä jotakin pois. Edellä tarkastelluille erityisiä oikeushyviä suojaaville todistusteemakielloille on karakteristista, että ne johtavat mainitunlaiseen todistettavan seikaston rajoitukseen vain, elleivät erittäin tärkeät syyt tee totuuden tutkimista tältäkin osin välttämättömäksi. Käytetty oikeudellinen modaliteetti ilmaisee, että puheenalaiset todistusteemakiellot ovat — omantunnonratkaisun sisältöä koskevaa lukuun ottamatta — *relatiivisia*. Todistusteemakiellon relatiivisuus tuo ratkaisuaajatteluun uusia epävarmuustekijöitä. Ratkaisun tekeminen kilpailevien intressien välillä on tällöin pakostakin varsin vähän sidottua.

Todistamiskiellon aktualisoitumisen edellytyksenä on edellä kosketelluissa tapauksissa kuten muutoinkin, että asianomaisia oikeushyviä edustavat seikastot näyttäytyvät konkreettisen rikosprosessin päämäärän kannalta relevantteina todistusteemoina. Käytännössä tämä lienee harvinaista. Milloin todiste yksittäistapauksessa on esitetty todistusteemakiellon vastaisesti, herää kysymys todistelutuloksen *hyödyntämiskelpoisuudesta*. Perusteita voidaan esittää sen käsityksen puolesta, että oikeus-

¹⁴⁰ Näin Peters s. 148 s. Ks. myös v. Zezschwitz, JZ 1970 s. 235 s.

¹⁴¹ *Panhuyzen*, Glaubwürdigkeit s. 14.

seuraamuksen valintaan vaikuttavat premissit puoltavat hyödyntämisestä luopumista.

2. Todistuskeinokiellot

a) Yleistä

Oikeudenkäynnissä suoritettava todistelu tapahtuu *todistuskeinojen* avulla.

Todistuskeinoilla tarkoitetaan tutkimuksessa niitä ulkoisia, aistimin havaittavia välineitä, joitten avulla todistustositasiat ja indisiot saatetaan tuomioistuimen tietoon.¹⁴² Todistettaville tosiseikoille on ominaista, että todistelutapahtuman hetkellä ne yleensä jo kuuluvat menneisyyteen.¹⁴³ Tuomarin tehtävänä on rekonstruoida noista tosiseikoista rikosprosessin kohteena oleva teko. Itse tosiseikkoja hän ei enää voi havainnoida; hänen on tyydyttävä todistuskeinoin, jotka ovat niiden tosiseikkojen »kannattajia», joista rikollinen teko ennallistetaan. Yksityisiä tietojaan/havainnojaan tuomari ei saa käyttää. Ainoa mitä hän voi aistimin havainnoida ovat todistuskeinot. Tästä saa selityksensä oikeuskirjallisuudessa tavattava lausuma, että kaikki todistelu on tavallaan välillistä so. todistuskeinojen avulla tapahtuvaa.¹⁴⁴

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun säännösten perusteella voidaan suoriuttaa todistuskeinojen klassinen jako viiteen eri lajiin. Rikosprosessissa on ensiksi syytettyä pidettävä todistuskeinona. Asianosaisena hän ei ole vain menettelyn subjekti eikä syytettynä sen objekti, vaan ilmaisuhenkilönä/lausuman antajana hän on myös todistuskeino. Syytetyn lausuma on aineellinen todistuslähde.¹⁴⁵

¹⁴² Todistuskeinon käsitteestä ks. lähemmin *Halila* s. 16; *Helminen*, PM 1972 s. 330; *Tirkkonen* s. 11; *sama*, Pääpiirteet s. 130; *Wrede* s. 8; *Ekelöf* IV s. 13 s.; *Hassler*, mt. s. 2; *Siegrist*, Grundfragen s. 9.

¹⁴³ *Halila* s. 22.

¹⁴⁴ *Gulson*, mt. s. 194 rn 245; *Spendel*, JuS 1964 s. 468; *Helminen*, mt. s. 328.

¹⁴⁵ Näin *Ziegler* s. 28. Vrt. *Andenaes*, mt. s. 159: Syytetyn selitys ei ole todistuskeino, mutta se voi saada merkitystä todisteena. Vrt. myös *Koktvedgaard*, Tfr 1969 s. 336: »Man oppfatter da (so. mikäli syytetty suostuu lausumaan asiassa) i almindelighed hans forklaring som processens hovedbevis.»

Omaksuttu käsitys syytetystä todistuskeinona poikkeaa vallitsevasta, oikeudenkäymiskaaren systematiikkaan sinänsä palautuvasta mielipiteestä, jonka mukaan asianosaisten ns. vapaa kuulustelu ei ole erityinen todistuskeino. Vain milloin kysymyksessä on oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6. alaosastossa säännelty asianosaisten kuulustelu totuusvakuutuksen nojalla, asianosainen toimii (henkilöllisenä) todistuskeinona.¹⁴⁶ Koska lain (OK 17:61) mukaan sellainen kuulustelu tulee rikosprosessissa vain poikkeuksellisesti kysymykseen eikä saata milloinkaan kohdistua syyllisyyskysymykseen,¹⁴⁷ vallitsevaa todistuskeinojen luokittelua on pidettävä epätyydyttävänä. Jättämällä todistuskeinojen järjestelmästä pois tietolähteen, joka on mukana jokaisessa oikeudenkäynnissä ja enemmistössä oikeudenkäyntejä myös tosiasiallisesti esiintyy (verbaalista informaatiota tuottavana) tietolähteenä, luokitus ei vastaa käytännön realiteetteja. Puhuttaessa syytetystä todistuskeinona herätetään mieli-kuva, joka vastaa paremmin todistelutapahtuman empiriaa samalla kun se on sopusoinnussa itse todistuskeinon käsitteen kanssa. Onkin merkille pantavaa, että viimeisimmässä oikeudenkäynnin uudistamista koskevassa mietinnössä on johdonmukaisesti käsitelty syytettyä todistuskeinona.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Ks. T. Ellilä, LM 1948 s. 612: »Asianosaisten vapaata keskustelua eli vapaamuotoista kuulustelemista ei ... pidetä täysin todistuskeinon luokkaan kuuluvana.» Ks. lisäksi *sama*, Oikeudenkäyntivalhe s. 43 ja 55 s.; *Helminen*, mt. s. 330 (Asianosaisten ns. vapaa kuulustelu jää todistuskeinojen ulkopuolelle.); *Tirkkonen* s. 251 s.; *sama*, Rp II s. 92 (»Ensinnäkin on mahdollista, ettei asianosaisten kuulusteluun liity erityistä rangaistussanktiota; tällöin on tapana puhua asianosaisten vapaasta kuulustelusta. Tuollaista kuulustelua ei ole aihetta pitää erityisenä todistuskeinona. Lisäksi asianosaisten kuulustelu esiintyy siinä muodossa, että asianosainen antaa lausumansa rangaistussanktion uhalla; nyt on kysymyksessä laissa säännelty eli normeerattu asianosaisten kuulustelu, joka oikeudenkäymiskaaren 17 luvussa on saanut nimekseen asianosaisten kuulustelu totuusvakuutuksen nojalla. Ja tällöin saatetaan puhua erityisestä todistuskeinosta.»); *Wrede* II s. 155 s.; *Kallenberg* II s. 884 ss.; *sama*, SvJT 1940 s. 594 s.

¹⁴⁷ Ks. T. Ellilä, LM 1948 s. 623: »Rikosjutuissa ... säännöstöllä on ... hyvin rajoitettu soveltamisala. Syytejutuissa, joissa vaaditaan rangaistusta, ei syytettyä enemmän kuin virallista syyttäjääkään voida lainkaan totuusvakuutuksin kuulla. Poikkeuksellisesti vain asianomistajan sallitaan tällaisissa asioissa totuusvakuutuksin vahvistaa mitä ja minkä verran hän on rikoksen johdosta kärsinyt vahinkoa.»

¹⁴⁸ Ks. *Julkisuuslainsäädäntö* s. 30 ja 45. Lähellä tekstissä esitettyä on *Helminen*, mt. s. 334.

Vastaavasti kuin tekstissä jo tutkimuksen I osassa on lähdetty siitä, että syytetty on todistuskeino (sikäli kuin hän suostuu lausumaan asiassa); näin esim. s. 179. Mainitussa kohdassa oleva viittaus (alav. 261) *Aallon* artikkeliin LM 1967

Syytetystä todistuskeinojen luettelo jatkuu todistajilla. Tämän todistuskeinon merkitys käy ilmi siitä tosiseikasta, että yleisessä tietoisuudessa oikeudenkäynnissä tapahtuva todistelu on ikään kuin samaistunut todistajain avulla suoritettavaan todisteluun. Kieltämättä onkin niin, että vierasmiestodistelu on tärkein todistelulaji.¹⁴⁹ Edelleen on mainittava asian tuntijatodistelu, jonka merkitys on alati kasvamassa. Näiden ns. henkilöllisten todistuskeinojen lisäksi todistusjärjestelmään sisältyy omana ryhmänään katselmus ja kirjalliset todisteet. Niitä on tapana sanoa esi-neellisiksi eli reaalisisiksi todistuskeinoiksi.¹⁵⁰

Syytetyn, todistajan ja asiantuntijan avulla tapahtuva todistelu on *henkilöllistä todistelua*.¹⁵¹ Katselmus ja kirjalliset todisteet kuuluvat *esine todisteluun*. Henkilötodistelu vuorostaan voi olla *subjektiivista* tai *objektiivista*.

Tutkimuksessa on käytetty termiä »todistushenkilö» suppeassa merkityksessä siten, että on tarkoitettu todistajaa ja asiantuntijaa. Muodostettaessa erityinen (ilman valaa) *kuultavien henkilöiden* kategoria, »todistushenkilön» merkityspiiri vastaavasti laajenee.

Todistuskeinokielto merkitsee, että (i) määrättyä todistuskeinoa ei saa määrättyjen asianhaarojen vallitessa käyttää sinänsä tutkittavissa olevan asiantilan selvittämiseen; (ii) määrättyä todistuskeinoa ei saa käyttää määrätyn asiantilan selvittämiseen.¹⁵²

Tutkimuksessa on osoitettu, että absoluuttisesti kiellettyjä todistuskeinoja ei ole. Erityinen todistuskeinojen numerus clausus-periaate on tässä merkityksessä oikeudellemme tuntematon.

Todistusteemakielto sulkee kaikki vastaavan seikaston selville saamiseen johtavat tiet. Todistuskeinokielto sitä vastoin estää vain tämän tai tuon todistuskeinon käyttämisen mutta jättää seikaston selvittämismvelvollisuuden voimaan.

s. 8 ss. on epätäsmällinen: Aalto ei viitekohdassa (s. 21) lue syytettyä erityiseksi todistuskeinoksi.

¹⁴⁹ Ks. esim. *T. Ellilä*, Todistelusta rikosasioissa s. 175; *sama*, Zeugenverhör s. 203 ss.; *Tirkkonen*, Totuus s. 172.

¹⁵⁰ Suoritettu jaottelu on tietoisopissa tavanomaisesti noudatettu. Ks. siinä suhteessa *Tirkkonen*, Rp II s. 91 s.; *Kallenberg* II s. 536; *Andenaes*, mt. s. 159 ss.; *Sauer* s. 184.

¹⁵¹ Ks. edellisessä alav. mainittua kirjallisuutta; sekä lisäksi *Lager* s. 142 ss. Tekstissä olevan johdosta ks. myös *Gulson*, mt. s. 160 ss.

¹⁵² Todistuskeinokiellon käsitteestä kuten tekstissä *Alsberg—Nüse* s. 106;

b) Johtopäätöksiä syytetyn vaikenemisesta?

1. Korkein oikeus on ratkaisussaan KoO 1967 II 94 lausunut, että syytettyä ei voida pakkokeinoja käyttämällä velvoittaa antamaan oikeudenkäynnissä selitystä. Päätöksessä omaksuttu kanta ilmentää sitä vanhas-taan voimassa ollutta sääntöä, jonka mukaan syytetty ei ole velvollinen antamaan jutussa vastinetta. Oikeutemme sisältää tässä kohden *todistamiskiellon*. Tämä syytetylle suotu prosessuaalinen kevennys perustuu, kuten tutkimuksessa on esitetty, periaatteeseen *nemo tenetur se ipsum accusare*. Puheenalainen sääntö on tavanomaisen oikeuden kehittämä eikä oikeudenkäymiskaari sisällä asiasta nimenomaista normia.¹⁵³ Syytetyn vaikenemisoikeus vastaa hyvin oikeusvaltioajatuksen uudenaikaista aatesisältöä samalla kun se on sopusoinnussa yleisemmän *fair trial* ihan-teen kanssa.¹⁵⁴

2. Vaitiolo-oikeuden käyttäminen syytetyn taholta herättää tämän kysymyksen: Saako tuomioistuin tehdä johtopäätöksiä syytetyn vaikenemisesta?

Syytetyllä on rikosprosessissa kahdenlainen funktio: hän on asianosai-nen ja todistuskeino. Jos hän kieltäytyy puhumasta, hänen vaikenemi-sensa — olipa se totaalista tai osittaista — ei ole muuta kuin käänteisin etumerkein samaa ilmaisukäyttäytymistä, mikä normaalisti näyttäytyy vastineen antamisena.¹⁵⁵ Tosiasiallisesti vaikeneminenkin on siis todistus-aihe. Siitä voidaan tehdä johtopäätöksiä todistettavan tosiseikan suh-teen.¹⁵⁶ Sillä on tietty tosiasiallinen näyttöarvo. Pääsääntönä noudatet-tavasta aineellisen totuuden tutkimisen periaatteesta seuraa hypoteesi, että puheenalainen totuusargumentti on otettava todisteiden harkinnassa huomioon. Periaatteessa vain todistamiskielto muuttaisi asian toiseksi.

Kern—Roxin (10. painos) s. 100; *Klug* s. 31; *Peters* s. 114; *Roeder* (1. painos) s. 140 av 1. Ks. lisäksi *Honig* s. 6 s.

¹⁵³ Vrt. kuitenkin *Andenaes*, s. 7 av 15, jonka mukaan oikeustila voidaan pe-rustaa OK 17:18:aan.

¹⁵⁴ Vrt. *Koktvedgaard*, mt. s. 335; *Pfenninger*, SchwJZ 1961 s. 297 ss.; *Walder*, Das Verhör mit dem Angeschuldigten s. 181 ss., erit. s. 192.

¹⁵⁵ Toisin Saksan oikeuden kannalta *Kohlhaas*, NJW 1965 s. 2283: Täydelli-sesti vaikeneva syytetty ei ole todistuskeino.

¹⁵⁶ Lähellä tekstissä esitettyä on *Halila*; ks. »Tunnustamisesta» s. 169.

Edellä johdettu hypoteesi näyttää saavan tukea positiivisesta laista. Niinpä OK 17: 5:ssä säädetään, että jos asianosainen oikeuden määräyksestä huolimatta ilman pätevää syytä jää oikeuteen saapumatta tai muutoin jättää oikeudenkäynnissä jotakin täyttämättä tahi vastaamatta asian selvittämistä tarkoittavaan kysymykseen, tulee oikeuden harkita, kaikki asiassa ilmenneet seikat huomioon ottaen, mikä vaikutus asianosaisen käyttäytymisellä on todisteena oleva.

Säännöksen sanamuoto on tutkittavassa suhteessa sangen yksiselitteinen. Velvoittaahan lainkohta oikeuden ottamaan todisteena so. todistusaiheena huomioon, että asianosainen jättää vastaamatta asian selvittämistä tarkoittavaan kysymykseen. Normitarkoitus käy vielä ilmeisemmäksi, jos sanonta »asian selvittäminen» korvataan synonyymisellä ilmaisulla »totuuden tutkiminen». Onkin jossakin määrin yllättävää, että kirjallisuudessa on päädytty tulkintasuositukseen, jonka mukaan syytetyn käyttäytymistä ei siltä osin, kuin on kysymyksessä hänen totuusvelvollisuutensa, voitane nykyoikeutemme mukaan lukea OK 17: 5:n mukaan arvosteltavaan tosiasia-aineistoon.¹⁵⁷

Sanottu käsitys sisältää väitteen, jonka mukaan oikeudessamme on voimassa lause »syytetyn vaikenemisesta ei saa tehdä johtopäätöksiä».

Lähtökohtainen premissi on kyllä selvä: syytetty ei ole velvollinen myötävaikuttamaan omaan tuomitsemiseensa. Hänellä ei siten ole totuudessapysymis- eli totuusvelvollisuutta, pidettiinpä sitten silmällä tämän velvollisuuden kumpaa ulottuvuutta tahansa: negatiivista tai positiivista.¹⁵⁸ Tämä merkitsee sitä, että toisaalta syytetyllä on oikeus totuuden vastaiseen kiistämiseen, toisaalta hän saa salata tuntemansa tosiseikan.¹⁵⁹ Inkvisitorisen prosessin passiivisesta osallistujasta on tullut akkusatorisen menetelmän aktiivinen esiintyjä ja monipuolisilla ilmaisumahdollisuuksilla varustettu asianosainen. Puheenalaisessa suhteessa aikamme lainsäätäjän arvokatsomukset poikkeavat jyrkästi siitä ideologiasta, jota vielä vuosisatamme alkupuolen lainsäädäntö heijastaa.¹⁶⁰ Lainoppi

¹⁵⁷ Näin Aalto, LM 1967 s. 750.

¹⁵⁸ Käsitteistä negatiivinen/positiivinen totuusvelvollisuus ks. Aalto, LM 1967 s. 9 av 3; T. Ellilä, LM 1948 s. 621; sama, Oikeudenkäyntivalhe s. 49; sama, Valvoja 1949 s. 226 ss.; Laaksonen, SPL 1977 s. 178; Tirkkonen, Rp II s. 367; Elwing, SvJT 1978 s. 322. Ks. myös Luonnos 31.7.1977 s. 56. Huomattakoon myös OK 17: 63,2, jossa po. termi sisältyy säännöstekstiin.

¹⁵⁹ Ks. po. suhteessa yleisesti Bratholm, The right to lie s. 531 ss.

ei ole vain liittynyt lainsäätäjään; siinä oikeutta muuttavassa ja luovassa prosessissa, jossa esijuridiset arvokatsomukset »transformoidaan» eläväksi oikeudeksi, lainoppi näyttää menneen lainsäätäjää askeleen edelle.

Mitä OK 17:5:n nyt tarkasteltavaan säännökseen tulee, syytetylle suo-
pea tulkinta-asenne on kieltämättä monessa suhteessa perusteltu. Mah-
dollisuudella käyttää syytettyä todistuskeinona on oikeudelliset rajansa.
Syytetyllä on — toisin kuin todistajalla — *yleinen* lausumankieltämis-
oikeus. Häntä ei saa pakottaa antamaan selitystä. Jos hän suostuu pu-
humaan, häntä ei saa pakottaa antamaan määrätynsisältöistä lausumaa,
esimerkiksi tunnustusta. Vastaavan todistamiskiellon avulla pyritään
estämään sellaisten kuulustelu- ja tutkintametodien käyttö, jotka ruu-
miillista tai henkistä pakkoa sisältävinä vaarantavat syytetyn/rikoksesta
epäillyn tahdontoiminnan vapauden. Kun täten välittömän pakon käyt-
täminen on »elementaarisen» todistelumetodikiellon perusteella kiellet-
ty, tuntuu se oletus läheiseltä, että syytetylle/rikoksesta epäillylle on
annettava suojaa sellaisiakin vaikutustapoja vastaan, jotka muistuttavat
välillistä ilmaisuun taivuttavaa pakkoa. Pelko, että vaikenemisoikeu-
den käyttämisestä voidaan tehdä syytetylle epäedullisia johtopäätöksiä,
muodostaa epäilemättä tällaisen epäsuorasti vaikuttavan sanktion.¹⁶¹ On
jopa sanottu, että syytetylle myönnetty vaitiolo-oikeus on vaarassa tulla
kuvitteelliseksi, jos vaikeneminen saadaan ottaa huomioon todisteiden
harkinnassa.¹⁶²

Lause »oikeus ei saa tehdä johtopäätöksiä syytetyn vaikenemisesta»
ilmaisee todistuskeinokiellon.¹⁶³ Ne argumentit, jotka edellä on esitetty
tämän todistamiskiellon (oletetun) voimassaolon perusteluksi, palautuvat
kaikki *nemo tenetur se ipsum accusare*-postulaattiin. Perusteluna voi-
daan lisäksi mainita yleisempi *fair trial* näkökohta. Liioin ei sovi unoh-
taa meilläkin tavanomaisoikeudellisesti noudatettavaa periaatetta, jonka
mukaan rikoksesta epäiltyä pidetään syyttömänä siihen asti, kunnes hä-
nen syyllisyytensä on oikeudenkäynnissä näytetty toteen. Mainittu ar-
gumentti muodostaa jo sillan harkintoihin, jotka ovat todistusoikeuteen

¹⁶⁰ Tästä kehityksestä ks. Wessels, Juristentag s. 145 ss.

¹⁶¹ Wessels, ibid. s. 146; Ziegler s. 48.

¹⁶² Problematiikasta ks. Schmidt—Leichner, Juristentag s. 138; Schmitt, ibid. s. 153.

¹⁶³ Näin Heinitz, Juristentag s. 136; Kleinknecht s. 1538; Klug s. 49. Ks. myös Spendel s. 1105.

sovellettua prosessitekniikkaa. Tällöin tulee esille kysymys todistelun luotettavuudesta.

Millainen kanta tutkittavana olevaan dogmaattiseen kysymykseen omaksutaankin, syytetyn vaikenemisella on joka tapauksessa tietty »luonnollinen todistusarvo». Useimmiten vastineen epääminen muodostaa syyllisyysindisioin.¹⁶⁴ Mutta jos oikeus ei ole selvillä vaikenemisen motiivista, selityksen antamatta jättäminen ei mahdollista pakottavia johtopäätöksiä. Ajateltakoon esimerkiksi sitä käytännössäkin tavallista tapausta, että syytetty kieltäytyy vastaamasta alibikysymykseen. Voidaanko pitää todennäköisenä, että syytetty on ollut teon aikana teko paikalla? Muita vaihtoehtoja on halu suojella todellista tekijää, samoin esimerkiksi muualla tehty vielä vakavampi rikos.¹⁶⁵ Koska todistajankertomukset ovat usein ristiriitaiset, vastaavasti syytetty voi usein vaikenemisellaan voittaa juttunsa.^{165a}

Syytetyn vaikenemiselle mitattava luonnollinen todistusarvo on, kuten vasta lausutusta havaitaan, kyseenalainen.¹⁶⁶ Luotettavuuskorotuksen tarve ei kuitenkaan ole niin suuri, että tämä oikeudenhoidollinen vaatimus kykenisi synnyttämään varsinaisen todistamiskiellon. Todisteen epäluotettavuudessa ei periaatteessa ole mitään atyyppistä. Tuomari on päin vastoin jo ammattinsa puolesta indoktrinoitu suhtautumaan todisteisiin kriittisesti. OK 17:5:n tapauksessa hänet velvoittaa tähän nimenomainen normi.

Edellä hahmotellulta argumentaatiopohjalta ei asetettu ongelma vielä

¹⁶⁴ Vrt. *Halila* s. 171; *Tirkkonen*, Rp I s. 368 av 6; *Kohlhaas*, mt. s. 2282 ss.; *Ziegler* s. 44 ja 47. Ks. myös *Döhring* s. 178 ss., jossa huomautetaan, että tavallisesti syytetty vaistomaisesti tuntee, että hänen täydellinen vaikenemisensa tulkitaan heikkouden merkiksi, kyvyttömyydeksi esittää vakuuttavia tosiseikkoja syytettyä vastaan. Tämän vuoksi täydellinen vaikeneminen on harvinaista, seikka johon myös *Aalto*, LM 1967 s. 350, ja *Andenaes*, *Beweisverbote im Strafprozess nordischer Länder* s. 8, ovat kiinnittäneet huomiota. — Asian laita onkin se, että käytännön prosessielämässä syytteen *myöntäminen* on paljon yleisempää kuin täydellinen vaikeneminen.

Todettakoon, että *Englannissa* syytetyn oikeusasema on kosketellussa suhteessa toinen: Vuoden 1822 Criminal Law Act toi oikeuskäytäntöön periaatteen, jonka mukaan syytetyn vaikeneminen merkitsi samaa kuin väite: »Olen syytön».

¹⁶⁵ *Wessels*, *ibid.* s. 147.

^{165a} *Koktvedgaard*, mt. s. 337.

¹⁶⁶ Ks. esitetyn johdosta *Zahle* s. 587.

ratkea. Kysymyksen edelleen valottamiseksi on syytä kiinnittää erityistä huomiota vaikenemisoikeuden prosessuaaliseen funktioon. Tarkoitukseltaan puheenalainen vaikenemisoikeus kuuluu syytetyn puolustuskeinoihin. Se suojaa syytettyä siltä, että hänen täytyisi puhua itseään raskauttavasti. Hän saa salata itselleen epädullisen tosiseikan. Hänen ei toisin sanoen tarvitse myötävaikuttaa omaan tuomitsemiseensa. Tässä ratkaisevassa suhteessa OK 17:5 on täysin sopusoinnussa yleisen *nemo tenetur se ipsum accusare* -periaatteen kanssa. Voidaan keskustella siitä, tekeekö se seikka, että tuomioistuin ottaa vastineen epäämisen huomioon todisteiden harkinnassa, puheenalaisen vaitioloprivilegion todella »illusoriseksi» tai »merkityksettömäksi», kuten eräät tutkijat ovat katsoneet. Oikeutemme kannalta ongelman asettelu tässä muodossa ei ole onnistunut. OK 17:5 näet lähtee selvästi siitä, että syytetyn oikeus vaieta ei luo todisteiden harkinnasta tyhjää tilaa. Todistamiskiellon asettaminen eräänlaisen *contra legem*-tuomitsemisen tietä, siten kuin meillä kirjallisuudessa on suositettu, ei vaikuta luontevalta, vaan pääsääntöisesti noudatettava totuudentutkimiskäskey jää voimaan.

3. Edellä on päädytty siihen, että syytetyn vaikeneminen ei estä käyttämästä häntä henkilöllisenä todistuskeinona.¹⁶⁷ Omaksuttu lopputulos vaikuttaa sitäkin perustellummalta, koskapa meidän oikeudessamme — toisin kuin (Englannissa ja) Saksassa¹⁶⁸ — tuomioistuimella ei ole *ex lege* velvollisuutta informoida syytettyä tälle kuuluvasta privilegiasta. Vastaavasti ei näkökohta, että todistamiskiello on tarpeen informointivelvollisuuden varmentajana, saata tulla kysymykseen. *De lege ferenda* saattaa kyllä olla perusteltua ottaa oikeudenkäymiskaareen nimenomainen neuvontavelvollisuuden asettava määräys. Todistamiskiello ei tällöinkään ole järjestelmälle ominainen välttämättömyys. Oikeaan osuneelta tuntuu päin vastoin Norjan oikeuden kanta, jonka mukaan vaitioloprivilegiosta informoivan tuomarin tulee samalla huomauttaa syyte-tylle, että selityksen epääminen saatetaan lukea häntä vastaan puhuvaksi tosiseikaksi.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Kuten tekstissä *T. Ellilä*, Esitutkinta rikosasioissa s. 19; *sama*, Todistelusta rikosasioissa s. 172; *sama*, SPL 1951 s. 367; *Halila* s. 175; *Salmiala*, DL 1966 s. 167; *Tirkkonen* s. 33 ja 44 (toisin *sama*, Rp I s. 368); *Ekelöf* IV s. 37.

¹⁶⁸ StPO 243,4 §; ks. *Dencker*, MDR 1975 s. 359 ss.; *Seibert*, NJW 1965 s. 1706.

¹⁶⁹ Ks. strpl. 260 § ja sen johdosta *Andenaes*, Straffeprosessen s. 169.

c) Todistajan vaitiolo-oikeus

ca) Lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeus (OK 17:20)

1. OK 17:20:ssa määrätään, ettei vastoin tahtoaan saa vaatia todistamaan: 1) sitä, joka on tai on ollut avioliitossa tai on kihloissa jommankumman asianosaisen kanssa; 2) sitä, joka on asianosaisen suoraan etenevässä tai takenevassa polvessa oleva sukulainen tai joka on tai on ollut naimisissa asianosaiseen sanotunlaisessa sukulaisuussuhteessa olevan henkilön kanssa; eikä 3) asianosaisen sisaruksia tai näiden aviopuolisoita tai asianosaisen ottovanhempia tai ottolapsia. — Lainkohdassa suojataan perhesiteitä antamalla jommankumman asianosaisen lähiomaisille ns. *kokonaiskieltäytymisoikeus*.¹⁷⁰ Säännöksen asiakirjatodisteluja koskeva täydennys sisältyy OK 17:12,2:een.¹⁷¹ Lainkohdan 1. virkkeessä sanotaan, ettei asianosainen tai häneen 20 §:ssä mainitussa suhteessa oleva henkilö ole velvollinen esittämään asiakirjaa, joka sisältää asianosaisen ja tuon henkilön tai sanotussa suhteessa olevien henkilöiden välisen tiedonannon. Vastine katselmustodistelun piirissä on OK 17:57,1 siltä osin kuin määrätään, ettei rikosasiassa syytetty ja häneen 20 §:ssä mainitussa suhteessa oleva henkilö ole velvollinen tuomaan katsastettavaksi hallussaan olevaa esinettä. TakavarikkoL 1,2 §:n 2. virkkeestä ilmenee, missä laajuudessa kokonaiskieltäytymisoikeutta on täydennetty takavarikkovapautuksella; tältä osin viitataan toisessa yhteydessä (V 1 bba 2) olevaan esitykseen. OK 17:47:stä vihdoin havaitaan, että lainsäätäjä on pitänyt lähisukulaisuutta seikkana, joka on otettava huomioon myös asiantuntijain avulla tapahtuvassa todistelussa. Tällöin ei kuitenkaan ole enää kysymys todistamiskiellosta. Se todistus-

¹⁷⁰ Pidettäessä silmällä niitä todistamiskieltoja, jotka rajoittavat alioikeudessa tapahtuvaa totuuden tutkimista, voitaneen suurin käytännöllinen merkitys antaa juuri lähiomaisen kokonaanskieltäytymisoikeudelle. OK 17:20:n tarkoittamat henkilöt tulevat nimittäin paljon useammin kysymykseen todistajina kuin OK 17:23:n mukaisen vaitiolo velvollisuuden sitomat henkilöryhmät. Vastaavan havainnon on Saksan oikeuden kannalta tehnyt *Busch, Zum Zeugnis- und Untersuchungsverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten* s. 569. Vrt. myös jäljempänä s. 68 av 203 kohdalla olevaa esitystä.

¹⁷¹ Korostettakoon, ettei siitä seikasta, että henkilöllistä todistamiskieltoa täydennetään esineellisellä, sinänsä seuraa, että kysymyksessä olisi todistusteemakielto. Luokitus riippuu kiellon ratiosta; ks. *Seiler, JBl 1974* s. 60.

keinosta luopuminen, jota mainittu lainkohta edellyttää, on käsitteellisesti eri tasolla: kysymyksessä on asiantuntijaksi kelpaamattomuus.¹⁷²

Jos todistaja on *vieraan valtion kansalainen*, hän saa UlkApuL 6 §:n (L:ssa 4.7.1975/519) mukaan kieltäytyä todistamasta, jos hänellä on siihen oikeus tai velvollisuus Suomen tai todistelua koskevan pyynnön tehneen valtion lain mukaan. Edelleen säädetään, että todistajana ei myöskään kuulla henkilöä, joka jommankumman valtion lain mukaan ei saa todistaa asiassa. Lainkohdan viimeisessä virkkeessä määrätään ne edellytykset, joiden perusteella pyynnön tehneen valtion laki otetaan huomioon.

2. Edellä selostetut oikeudenkäymiskaaren säännökset ovat verrattain seikkaperäiset erityisesti siltä osin kuin on kysymys vaitioloprivilegion omaavista henkilöryhmistä. Käytetty säännöstystekniikka on lähinnä enumeratiivista. Silti kysymys puheenalaisten normien subjektiivisesta soveltamisalasta herättää joukon tulkintavaikeuksia.

Kun lakiteksti käyttää termiä »sukulainen», niin sananmukainen tulkinta johtaa siihen, ettei sen puitteisiin mahdu lankoussuhde. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että vävyn ei tarvitse todistaa jutussa, jossa hänen appensa on asianosaisena. Apelta sitä vastoin puuttuu vastaava mahdollisuus vävynsä asiassa. Epäjohdonmukaisuus on ilmeinen. Omakuttu järjestely on alusta pitäen saanut vastaansa kritiikkiä; samalla on korostettu, että lainsäätäjälle sattunut ilmeinen erehdys lieene korjattavissa vain lainmuutoksen avulla.¹⁷³ Tähän on periaatteessa yhdyttävä. Kyseistä pykälää on poikkeussäännöksenä tulkittava ahtaasti.

Muutoin lakia on tulkittava siten, ettei sukulaisuuden tarkasteltavan oikeusnormiston edellyttämässä merkityksessä tarvitse perustua avioliitteen syntyperään. Puheenalaisessa suhteessa riittää, että syntyperä on vahvistettu lainvoiman saaneella tuomiolla 5.9.1975 annetun IsyysL:n mukaisesti.¹⁷⁴ Esitetty tulkinta saa tukea OK 17:20:n suojelutarcoituksesta, jona ei ole vain perhesiteiden huomioon ottaminen yleensä

¹⁷² Ks. I osa s. 60.

¹⁷³ *Kemppinen*, LM 1948 s. 674 s.; *Helminen*, PM 1966 s. 821 s.; *sama*, PM 1972 s. 403. — Korostettakoon, että 20 §:n 3 kohdan mukaan henkilö, joka on ollut avioliitossa asianosaisen veljen tai sisaren kanssa, ei voi kieltäytyä todistamasta. Ruotsin oikeuden kanta on toinen: RB 36:3,1:n mukaan sellaisella henkilöllä on kokonaankieltäytymisoikeus. Ks. puheenalaisessa suhteessa *Tirkkonen* s. 109; ja toisaalta *Gärde* s. 496. Pohjoismaiden osalta ks. kokoavasti *Andenaes* s. 8.

¹⁷⁴ Ks. IsyysL 3 § ja L isyyslain voimaannpanosta 2 ja 3 §.

vaan myös todistajan ihmisarvon kunnioittaminen ja hänen säästämisenä nöyryyttävältä osallistumiselta läheisen ihmisen tuomitsemiseen.¹⁷⁵

Laki rinnastaa kihlauksen aviosuhteeseen. Lakiteksti on tässä kohden saanut muodon, jonka vaikutuksesta lain tarkoitus saattaa kärsiä vahinkoa. Kihlaussopimukseen ei välttämättä kytkeydy laajakantoisia oikeusvaikutuksia. Kun tämä sopimus lisäksi voidaan solmia täysin vapaamuotoisestikin, on tarjolla vaara, että syytettyjen penkille joutuva henkilö kihlautuu eventuaalisen todistajan kanssa in fraudem legis. Ajateltakoon tapausta, että myymäläapulaista vastaan on nostettu syyte liikkeen varojen kavaltamisesta, jotka tämä on toimessaan saanut haltuunsa (RL 29: 1,2). Hän on päättänyt kiistää syytteen. Ainoa, joka tietää asiasta, on saman liikkeen miespuolinen myymälänhoitaja. Estääkseen sen, että miestä kuullaan todistajana, hän kihlautuu tämän kanssa. Jos tilannetta arvostellaan ahtaasti lain sanamuodon pohjalta, kihlauksen tuottama vaitioloprivilegio ei riipu siitä, onko kihlaus solmittu ennen rikoksen tekemistä vai sen jälkeen. Lain tarkoitusta kuitenkin vastaa paremmin, että suoritetaan näkökohdan »erilaisia on käsiteltävä eri tavalla» mukainen reduktiopäätelmä: oikeusnormia ei sovelleta tilanteeseen, johon se sanamuotonsa perusteella näyttäisi soveltuvan. Omakсутun kannan mukaan kihlaus siis vapauttaa todistajanaolovelvollisuudesta vain, jos se on solmittu ennen rikoksen tekemistä.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Ks. tämän johdosta *PLB* II s. 390. Ks. myös *Gomard*, *Studier* s. 195: »... er vidnefritagelse ... begrundet i ønsket om at skåne vidnet for at bidrage til, at en af hans naermeste bliver fundet skyldig i en strafbar handling.» — Lähiomaisen OK 17: 20:een perustuvan kokonaankieltäytymisoikeuden normitarkoitusta koskeva esitys tutkimuksen I osassa (s. 170 s.) antaa aiheen eräisiin huomautuksiin. Kuten esityksessä sanotaan (s. 171), laki edellyttää, että »jos (syytetyn) lähiomainen ... suostuu todistamaan, hän ei saa vanna valaa (OK 17: 30; RB 36: 13).» Tämä ei kuitenkaan oikeuta johtopäätöstä, että »kun laki ... osoittaa keinon, millä vääran valan vaara on torjuttavissa, OK 17: 20:n normitarkoituksena ei voine osaksikaan olla tällaisen deliktin ehkäiseminen»; *ibid.* *Aineellisesti totuudenvastainen lausuma rangaistaan näet ilman valaakin annettuna* RL 17 luv. 1 §:n 1 mom:n nojalla *perättömänä lausumana*, kuten *Halila*, LM 1978 s. 910, aiheellisesti huomauttaa. Ks. po. suhteessa lähemmin *Jotuni*, PM 1953 s. 409; *Kekomäki*, LM 1954 s. 3 ss. ja 95 ss.

¹⁷⁶ Norjan oikeudessa mainittu edellytys perustuu rikosprosessilain nimenomaiseen määräykseen; ks. strpl. 176 § ja sen johdosta *Andenaes* s. 8. Mainittu tutkija katsoo, että huolimatta oikeussäännösten erilaisuudesta objektiivinen oikeustila on Ruotsissakin sama; *ibid.* s. 8. Näin myös *Ekelöf* IV s. 126. Problematiikasta yleisesti ks. *Orgis*, SchwJZ 1967 s. 247 s. (eräs oikeustapaus).

Kun laki rinnastaa kihlauksen aviosuhteeseen, tuntuu se johtopäätös läheiseltä, että tosiasialliseen elämänsuhteeseen: yhdessä asumiseen, perustuva muodollisesti laillistamaton miehen ja naisen välinen elämänkumppanuus perustaa OK 17:20:n mukaisen kokonaiskieltäytymisoikeuden. Kysymykseen tulevan lainanalogian perusteena on tässä kuten muutoinkin intressien samanlaisuuteen, siis teleologiseen harkintaan perustuva näkökohta. Oikeustilaa selkiinnyttävää prejudikaattitason käytäntöä ei meillä tähän mennessä liene muodostunut. Muissa pohjoismaissa ylioikeudet ovat jo joutuneet antamaan oikeustilaa viitoittavia ratkaisuja. Kuten aina yhteiskunnallisissa murrosvaiheissa, oikeuskäytäntöä ei voida pitää vakiintuneena.¹⁷⁷

Saako asianosaisen lakimääräisen edustajan lähiomainen kieltäytyä todistamasta? Toisin kuin Ruotsin oikeudessa, jossa RB 36:3,2 säätää nimenomaisesti, ettei asianosaisen lakimääräisen edustajan (ställföretträdare) lähiomaisella ole vaitiolo-oikeutta,¹⁷⁸ nyt tarkasteltava lainkohta ei sisällä kysymystä koskevaa valmista normia. Tieteisopissa *Granfelt* on valmis ulottamaan todistajan kokonaiskieltäytymisoikeuden koskemaan myös lakimääräisen edustajan lähiomaisia.¹⁷⁹ Tämä onkin johdonmukaista, mikäli Granfeltin tavoin pidetään asianosaisina myös asianosaisten legaa-

Tutkimuksen I osassa on todistajan kokonaanskieltäytymisoikeutta käsitel-
täessä lausuttu (s. 170), että »Tanskan oikeus myöntää tämän etuoikeuden ainoas-
taan aviopuolisoille (Rpl 170,2 §)». Henkilöpiiri on todellisuudessa laajempi ja
käsitteää myös kihlakumppanit; ks. Rpl 171,1 § (L 65 149) ja sen johdosta *Gomard*,
mt. s. 195 s.: »Reglen i § 171 opregner ikke bestemte familieforhold, men taler om
en parts eller vidnets »naermeste» ... Vidnefritagelsen omfatter altså i almin-
delighed kun den nuvaerende aegtefaelle eller forlovede.»

¹⁷⁷ Ks. tässä suhteessa SvJT 1973/n:o 3, Rättsfall från hovrätterna, s. 19:
Fråga i brottmål om en med den tilltalade sedan länge tid tillbaka sammanboende
kvinna må höras som vittne utan att avlägga ed (36 kap. 3 § 1 st. och 13 § 2 st.
RB): Enär den tilltalades och vittnets förhållanden i detta fall måste anses ha
den grad av fasthet, att P., som förklarar sig villig att vittna, bör jämföras med
sådan närstående som avses i 36 kap. 3 § RB, finner HovR:n att hon icke skall
avlägga ed. — SvJT 1975 n:o 2, Rättsfall från hovrätterna, s. 14: Fråga om person,
som sedan en tid sammanbor med tilltalad skulle såsom vittne höras under ed:
Anna W., som förklarade sig villig att vittna, ej skulle höras under den
vid TR:n avlagda eden. — Toisella periaatteellisella kannalla Tanskan judikatu-
urissa U 1975. 254: Nainen, joka oli asunut syytetyn kanssa kolme kuukautta, oli
velvollinen todistamaan, kuka oli ajanut erästä autoa ajankohtana, jolloin yhdys-
elämä vielä jatkui.

¹⁷⁸ Ks. sen johdosta *Hassler*, mt. s. 37.

¹⁷⁹ JFT 1949 s. 178.

lisia edustajia. Viimeksi mainittua käsitystä ei kuitenkaan voida pitää Suomen lain kannalta oikeana; tästä johtuen ei liioin saateta ylläpitää käsitystä, että läheinen suhde todistajan ja asianosaisen (valtuutuksen-varaisen tai legaalisen) edustajan välillä tuottaisi todistajalle vaitiolo-oikeuden.¹⁸⁰ Muutoin on huomattava, että kun laissa puhutaan *asianosaisen* lähiomaisille kuuluvasta vaitiolo-oikeudesta, niin johtuu siitä, että jos rikosjutun asianomistaja ei ole käyttänyt jutussa puhevaltaa, hänen lähiomaisensa eivät voi vedota 20 §:n edellyttämään vaitiolo-oikeuteen. Eihän asianomistaja tällöin ole asianosainen.¹⁸¹

3. Lähiomaisen vaitiolo-oikeus sallii todistajankuulustelun vain edellytyksellä, että privilegioitua henkilöä on informoitu hänelle kuuluvasta edusta siten kuin OK 17:28,2:ssa säädetään. Informoinnin suorittaa oikeuden puheenjohtaja, jonka tulee samalla muistuttaa todistajaa siitä, että jollei tämä halua käyttää hyväkseen vaitiolo-oikeuttaan, hän on saman seuraamuksen uhalla kuin muukin todistaja velvollinen puhumaan totta ja kertomaan, mitä asiasta tietää. Pykälän edellisessä momentissa puheenjohtaja velvoitetaan tiedustelemaan todistajalta, milloin aihetta on, sellaisia seikkoja, jotka lain mukaan oikeuttavat todistajan kieltäytymään todistamasta (samoin kuin sellaista, mikä voi vaikuttaa todistajan uskottavuuteen); tästä on myös tehtävä merkintä pöytäkirjaan.¹⁸²

Laissa säädetty informointivelvollisuus palvelee lähiomaisen vaitiolo-oikeuden reaalisiksi tekemistä. Sen merkitystä kuvastaa kirjallisuudessa esitetty lausuma, että todistajan informointi on täydellisen todistuksen välttämätön ainesosa.¹⁸³ Selvää onkin, että informointivel-

¹⁸⁰ Siten *Tirkkonen* s. 108; *sama*, Rp II s. 243.

¹⁸¹ *Tirkkonen* s. 109.

¹⁸² Siinä tapauksessa, että *syytetyn* lähiomainen suostuu todistamaan, hänen on OK 17:30:n 3 kohdan mukaan annettava todistajankertomuksensa ilman valaa. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. *Alkio*, LM 1964 s. 1029; *Salmiala*, Oikeusvarmuus ja vapaa todistusten harkinta s. 287 ('lähisukulaisuus alentaa todistelun luotettavuutta'); *Tirkkonen* s. 139 ss. — Alioikeuskäytäntöön perustuvana havaintona voidaan todeta, että todistamisesta kieltäytyminen lähisukulaisuuden perusteella on prosessielämässä harvinaista.

¹⁸³ *Krähenbühl*, Zeugnisverweigerungsrecht s. 23: »quod erit demonstrandum». — Informointi-/ilmoitusvelvollisuuden yleisestä merkityksestä ks. lisäksi *R. Ellilä* s. 207; *T. Ellilä*, Esitutkinta rikosasioissa s. 18; *sama*, Oikeudenkäyntivalhe s. 63 av 26; *sama*, Todistelusta rikosasioissa s. 206 s.; *Esitutkinta* s. 28; *Lausunto-*

vollisuuden merkitystä on vaikea yliarvioida. Tuomarin velvollisuus valistaa todistajaa voi periaatteessa raueta vain silloin, kun todistaja spontaanisti kieltäytyy puhumasta. Tällöin hän ilmaisee tuntevansa sen, mistä häntä muutoin olisi valistettava. Jos hän taas antaa todistajakertomuksen, informoinnin tulee edeltää kertomusta. Todistajalle on sanottava, että hän saa kieltäytyä todistamasta; ei riitä, että kysytään *haluaako* hän kieltäytyä todistamasta. Muutoin informointivelvollisuus on täysin riippumaton sellaisista seikoista kuin todistajan ikä, persoonallisuus tai henkinen kypsyys. Ratkaisu vaitiolo-oikeuden käyttämisestä on siveellinen suoritus. Siksi todistaja päättää siitä omavastuisesti. Tuomioistuimien ei saa ohjelmoida todistajaa omilla esityksillään, kehotuksillaan tai suosituksillaan. Liioin ei asianosainen voi disponoida todistajan kieltäytymisoikeudesta. Siten ei esimerkiksi syytetty saata menestyksellisesti protestoida, jos hänen lähiomaisensa todistaa häntä vastaan. Toisaalta lähiomainen saa vaieta siinäkin tapauksessa, että syytetty vaatii hänen kuulemistaan.

Edellä on omaksuttu periaatteellinen kanta, jonka mukaan todistaja päättää vaitiolo-oikeutensa käyttämisestä itsenäisesti. Tällöin on todettu, että todistajan ikä tai henkinen kypsyys eivät vaikuta informointivelvollisuuteen. Epätietoiseksi kuitenkin jää, onko neuvonta aina kohdistettava todistajaan vai onko esimerkiksi lapsen todistaessa informoitava hänen lakimääräistä edustajaansa. Entä kuka tällöin viime kädessä päättää vaitiolo-oikeuden käyttämisestä?

Saksan oikeuskäytännössä ja tieteisopissa on osaksi lähdetty siitä, että henkisesti epäkypsän lapsen kuulustelu on sallittu, jos lakimääräinen edustaja tähän suostuu.¹⁸⁴ Perusteluna on esitetty, että lasta ei pidä saat-
taa tilanteeseen, jossa hän ymmärtämättömyydestä tekee sellaista, mikä mahdollisesti koituu syytetyn epäeduksi ja iän karttuessa kasautuu hänelle itselleen henkiseksi taakaksi. Ratkaisu kieltäytymisoikeuden käyt-

yhteenveto s. 25; *Salmiala*, DL 1968 s. 160 s.; *Innstilling* s. 209; *Vetter*, *Probleme des Zeugnisverweigerungsrechts* s. 34 ss.

¹⁸⁴ BGHSt. 12, 235; 14, 159: Lakimääräisen edustajan on annettava suostumus. Ks. myös BGHSt. 27. 1. 1970 (JR 1970 s. 307): Jos lapsi on antanut todistajankertomuksen ilman lakimääräisen edustajan suostumusta, mutta sittemmin peruuttaa antamansa kertomuksen, lakimääräinen edustaja ei voi jälkeinpäin oikeusvaikutuksellisesti antaa suostumusta.

Keskustelua dokumentoivasta kirjallisuudesta ks. *Bosch*, *Grundsatzfragen* s. 18 ss. ja 49 ss.; *Orlowsky*, *Weigerungsrechte* s. 51 ss.; *Peters* s. 116 s.; *Ziegler* s. 70.

tämisestä on siten lakimääräisen edustajan asia, johon myös informoinnin tulee kohdistua. Jos kahdesta lakimääräisestä edustajasta toinen vetoaa lapsen puolesta kieltäytymisoikeuteen, lasta ei saa kuulustella. Muutoin lakimääräiselle edustajalle on luonteenomaista, että hänen tehtävänsä jää negatiiviseksi, jarruttavaksi. Hän ei vaikuta positiivisesti todistajankertomuksen sisältöön.¹⁸⁵

Puheenalainen katsantokanta korostaa aivan oikein, että kieltäytymisoikeutta koskevan ratkaisun edellytyksenä on, että todistaja ymmärtää edessä olevan askeleen koko kantavuuden. Lisäksi tietenkin vaaditaan, että hänen ilmaisutaitonsa on kyllin kehittynyt, jotta tarpeellinen kontakti tuomioistuimeen tai mahdolliseen asiantuntijana toimivaan psykologiin saattaa syntyä.¹⁸⁶ Eräässä suhteessa ajatusrakennelma kuitenkin lepää savijaloilla. Se ei premissien valinnassaan painota oikealla tavalla kieltäytymisoikeuden erottamattomasti henkilöön liittyvää luonnetta. Lapsi, joka omaa riittävän kypsyysyden, tekee itse edessä olevan omantunnonratkaisun. Jos hän taas ei ymmärrä asian merkitystä, hän ei ylipäätään saata joutua sielulliseen konfliktiin. Hänen ehkä tekemänsä »ratkaisu» ei tällöin ole omantunnonratkaisu. Onkin ilmeistä, että edustus omantunnonratkaisussa on mahdollon.¹⁸⁷

Edellä esitetystä havaitaan, että käsitys, jonka mukaan informointi on kohdistettava lapsen asemesta hänen lakimääräiseen edustajaansa, ei ole teoreettisena rakennelmana aukoton. Onkin merkinnän arvoista, että uusin saksalainen tuomioistuinpraksis on luopunut tästä käsityskannasta. Eräässä sen ratkaistavaksi saatetussa siveellisyyserikosta koskevassa jutussa liittotuomioistuin katsoi, että todistajana kuultavan lapsen tulee itse päättää, todistaako hän lähiomaistaan vastaan vai ei. Ratkaisun mukaan myös todistajan kuulemista edeltävä informointi tulee kohdistaa todistajaksi aiottuun alaikäiseen eikä hänen lakimääräiseen edustajaansa.¹⁸⁸

Selostetun katsantokannan etuna on, että se vapauttaa lain soveltajan niistä perheoikeudellisista pulmakysymyksistä, jotka vastakkaisen käsi-

¹⁸⁵ Bosch, mt. s. 21.

¹⁸⁶ Ks. R. Ellilä s. 223; Sandels, Förhör med småbarn s. 196 ss. ja 203 ss.; Bølviken, Lov og Rett 1966 s. 193 ss.

¹⁸⁷ Vrt. tämän johdosta mitä edellä s. 46 on sanottu omantunnonratkaisusta todistamiskiellon kohteena.

¹⁸⁸ BGHSt. 19. 9. 1967 (NJW 1967 s. 2273). Ks. sen johdosta Salmiala, DL 1968 s. 160 s.

tyksen ylläpitäminen useinkin herättää. Tässä suhteessa on huomattava, että aina ei ole edes selvää, kenelle lakimääräinen edustus yksittäistapauksessa kuuluu. Kuka päättää kieltäytymisoikeuden käyttämisestä, jos lakimääräiset edustajat ovat eri mieltä? Onko lapsen kuulemisesta todella luovuttava, jos esimerkiksi äidin veljeä vastaan nostetussa rikosjutussa äiti vastustaa lapsen kuulemistä vai tuleeko sosiaalilautakunnan saada päättää asiasta? Entä mitä osaa sosiaalilautakunta näyttelee päätöksen teossa, kun lapsen vanhemmat asuvat välien rikkoutumisen takia erillään? Onko lastenvalvojan mieltä kysyttävä, milloin avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen edustus ja hänen huoltonsa on jaettu eri käsiin?

Viitatus soveltamisvaikeudet eivät ole vähäisiä. Vieläkin epätydyttävämmäksi osoittautuu nyt kritikoitu käsitys erinäisten pragmaattis-reaalistien harkintojen valossa. Lähinnä on otettava huomioon, että lapsen ja hänen lakimääräisen edustajansa intressit saattavat olla täysin vastakkaiset. Intressikollision sattua vahvempi osapuoli — lakimääräinen edustaja — perii voiton. Hänestä tulee tällöin prosessin kulkuun ja sen lopputulokseen määräävästi vaikuttava voima ilman että hänen toimintansa tarvitsee saada ulospäin näkyviä muotoja.¹⁸⁹ Rikostutkimukselliselta ja oikeudenhoidolliselta kannalta on leimattava sietämättömäksi, että lasta käytetään kolmannen henkilön kauko-ohjattuna työvälineenä. Vaara, että näin tapahtuu, on erityisen suuri siveellisyysriksia koskevissa jutuissa, joissa intressoitujen henkilöiden määrä useinkin on suuri. Näiden ulkopuolisten vaikuttamispyrkimykset edustavat rikosprosessin tarkoitukselle vierasta elementtiä ja ne on torjuttava. Näin tehtäessä edistetään samalla todistelun luotettavuutta. Tältä pohjalta voidaan päätyä vain siihen tulokseen, että silloinkin, kun todistajana kuultava lähiomainen on alaikäinen tai muutoin henkisesti epäkypsä, informointi on kohdistettava häneen eikä lakimääräiseen edustajaan. Jos tällöin osoittautuu, että todistajana kuultava ei omaa riittävää kypsyyttä edessä olevan siveylain mukaisen ratkaisun tekemiseen eikä siis saata tehoisesti luopua kieltäytymisoikeudestaan, hänen kuulemisestaan on luovuttava.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Peters s. 116.

¹⁹⁰ Kuten tekstissä *Andenaes*, mt. s. 195; *Salomonsen*, Den norske straffeproseslov med kommentar I s. 181; *Gomard*, mt. s. 197; *Kohlhaas* s. 290 ('jos lapsi ymmärtää informoinnin, hän yksin ratkaisee tuleeko hän todistamaan asiassa'); *Peters*, JR 1970 s. 308: Jäljelle jää vain se vaihtoehto, että milloin lapsi on henkisesti epäkypsä eikä kykene arvioimaan edessä olevan ratkaisun kantavuutta, lapsen todistajana kuulusteleminen on ylipäätään kielletty. — Lähellä tekstissä esitet-

4. Rikosprosessissa on verraten tavallista, että kantaja/virallinen syyttäjä kohdistaa samassa prosessissa useita syytettyjä vastaan samaan rikokseen perustuvan vaatimuksen. Tällöin on tapahtunut rikosasiain yhtyminen eli kumulaatio, tarkemmin ilmaisten ns. passiivinen subjektiivinen kumulaatio.¹⁹¹ Lähiomaiselle todistajana kuuluva kokonaiskieltäytymisoikeus on periaatteessa tietenkin riippumaton siitä, onko se henkilö, jonka väitetystä rikoksesta hänellä on oikeus vaieta, toiminut yksin vai yhdessä muiden kanssa. Epätietoiseksi kuitenkin jää, onko todistajalla tällöin oikeus vaieta ainoastaan siltä osin kuin syyte kohdistuu hänen lähiomaiseensa vai ulottuvatko kieltäytymisoikeuden vaikutukset muidenkin myötäsyötettyjen hyväksi. Kysymyksenasettelua suoritettaessa on syytä mieltää se mahdollisuus, että prosessin kohteena oleva tekokompleksi on siksi yhtenäinen, ettei se salli syytteen jakamista myötäsyötettyjen henkilökohtaista panosta vastaaviin osiin. Lähiomaisen todistamisvelvollisuuden vastaava rajoittaminen, jota perhesiteiden suojan todellistaminen muutoin edellyttää, kariutuu tällöin menettelyllisiin välttämättömyyksiin.¹⁹²

Niissä oikeuspiireissä, joita tutkimuksessa on pidetty silmällä, lainsäätäjä on yleensä aina jättänyt puheenalaisen kysymyksen praksiksen ja oikeustieteen ratkaistavaksi. Tässä suhteessa etenkin norjalaiset tutkijat ovat valaisseet ongelmaa meidänkin oikeutemme kannalta huomiota ansaitsevalla tavalla. Siten *Skeie* haluaisi rajoittaa rikosprosessilain 176 §:ssä säädetyn vaittolo-oikeuden koskemaan vain asian sitä osaa, johon todistajan lähiomainen on sekaantunut.¹⁹³ Tutkijoiden enemmistö sitä vastoin tulkitsee lainkohtaa siten, että syytetyn aviopuolisolla ja

tyä on *Welamson*, Läkarsekretessen s. 49. Ks. myös *Kyläkallio*, DL 1953 s. 256; *Salmiala*, mt. *ibid*.

¹⁹¹ Ks. tästä lähemmin *Tirkkonen*, Rp I s. 351 ss.

¹⁹² Probleemin asettelun johdosta ks. *Ekelöf* IV s. 126 s.; *Andenaes*, mt. s. 194; *Alsberg—Nüse* s. 99; *Ziegler* s. 74 ss.

¹⁹³ »Den norske straffeprosess I» s. 177: 'Kun jutussa on kaksi syytettyä, A₁ ja A₂, syyte voi samanaikaisesti koskea erästä pahoinpitelyä, x, josta rangaistusta vaaditaan molemmille, ja toista pahoinpitelyä, y, johon vain A₂ on syyllistynyt. Jos todistajaksi nimetään esimerkiksi A₁:n veli, hän voi kieltäytyä vastaamasta tekoa x koskeviin kysymyksiin mutta ei tekoa y koskeviin. Jos ajattelemme, että A₂:lle vaaditaan rangaistusta teosta y toisessa jutussa, tuomioistuimen ollessa sama tai jokin toinen, todistamisvapautukselta aivan ilmeisesti puuttuu peruste. Objektiiivisella kumulaatiolla ei tässä suhteessa voi olla merkitystä, koska on selvää, ettei A₁ ole osallinen tekoon y, jota todistajankertomus koskee.'

läheisillä verisukulaisilla on todistajina oikeus vaieta sellaisistakin kysymyksistä, joilla ei ole merkitystä asianomaisen syytetyn omalle rangaistusvastuulle vaan ainoastaan hänen myötäsyytetyilleen.¹⁹⁴ Tällöin on kuitenkin todettu, että positiivisen oikeuden sisältö on tältä osin epätydyttävä.

Mitä erityisesti meidän oikeuteemme tulee, eräs tutkittavaan problemipiiriin liittyvä osakysymys saa valaistusta seuraavasta Korkeimman oikeuden ratkaisusta.

KoO 1960 II 92: Virallinen syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta siitä, että A oli 1) useita eri kertoja anastanut eri omistajille kuuluvia halkoja; 2) tahallaan taivuttanut B:n anastamaan eräälle rakennusliikkeelle kuuluvia halkoja; 3) yhdessä C:n ja eräiden muiden henkilöiden kanssa syylistynyt tavanomaiseen väkijuomien luvattomaan valmistukseen; ja 4) useita eri kertoja kuljettanut moottoriajoneuvoa alkoholin vaikutuksen alaisena. Syytteen 4) kohdasta todistamaan haastettu P kieltäytyi antamasta tietoa sillä perusteella, että hän oli jutussa syytetyn C:n isä. Alioikeus luopui P:n kuulemisesta. Korkein oikeus katsoi, ettei P:llä ilmoittamallaan perusteella ollut oikeutta kieltäytyä todistamasta A:han kohdistettua syytettä koskevista seikoista. Kun alioikeus ei ollut velvoittanut P:tä todistamaan, KoO mainitun oikeudenkäynnissä tapahtuneen virheen takia kumosi alempien oikeuksien päätökset syytteen 4) kohdan osalta ja palautti jutun tältä kohden alioikeuteen.

Ratkaisussa omaksuttua kantaa on pidettävä oikeaan osuneena. Sen pohjalta voidaan kiteyttää seuraava sääntö: Milloin rikosjutussa on useita syytettyjä ja heihin kohdistetaan useita erillisiä syytevaatimuksia, todistamaan haastetulla ei ole oikeutta kieltäytyä todistamasta sillä perusteella, että joku myötäsyytetyistä on hänen lähiomaisensa, toiseen samassa oikeudenkäynnissä syytettyyn kohdistettua syytettä koskevista seikoista, edellyttäen, että viimeksi mainittu syytekohta ei samalla kohdistu hänen lähiomaisensa. Esitetty sääntö ilmaisee sen pohjana olevan tapauksen erikoislaatuisuuden: rikosasiain yhtyminen on siinä kahdenkertaista, samalla kertaa sekä objektiivista että subjektiivista. Avoimeksi jää nytkin kysymys, miten tilannetta on vaitiolo-oikeuden käyttämisen kannalta arvosteltava tapauksissa, jolloin useat henkilöt ovat sekaantuneet jakamattoman asiakokonaisuuden muodostavaan rikolliseen tekoon.

Asetetun probleemin valaisemiseksi ajateltakoon seuraavaa tapausta:

¹⁹⁴ Andenaes, mt. s. 194; Hagerup, Den norske Straffeprocess I s. 426; Salomonsen, mt. s. 180.

Virallisella valtiovierailulla oleva vieraan valtion päämies tutustuu vierailun yhteydessä erinäisiin tuotantolaitoksiin. Hänen saapuessaan vierailuohjelman edellyttämään kohteeseen henkilöt A, B ja C asettavat hänen nähtäväkseen julisteen, johon on kirjoitettu tuota vierasta valtiota halventava iskulause. Virallisen seurueen ohella tapauksen ovat nähneet vain M ja N. Oikeudenkäynnissä, joka RL 14 luvun 4 a §:n nojalla nostetaan tekijöitä vastaan, M kieltäytyy todistamasta sillä perusteella, että A on hänen lähiomaisensa. N puolestaan ei halua todistaa lähiomaisikseen ilmoittamiaan B:tä ja C:tä vastaan.

Kuvatunlaisissa tapauksissa rangaistusvaatimusten käsitteleminen samassa oikeudenkäyntimenettelyssä on yleensä erittäin tarkoituksenmukaista. Itse asiassa kysymys juttujen yhdistämisestä onkin prosessitekniiikan piiriin kuuluva tarkoituksenmukaisuuskysymys.¹⁹⁵ Samat tarkoituksenmukaisuusharkinnat, jotka vaativat juttujen yhdistämistä, saattavat määrätapauksissa vaatia yhdessä vireille pantujen juttujen erottamista. Jos esillä olevassa tilanteessa katsotaan, että todistajiksi nimetyillä on oikeus vaieta, koska he eivät voi todistaa myötäsyytettyjen osuudesta ilman että he samalla välttämättä joutuvat kertomaan lähiomaisensa käyttäytymisestä, niin yhteinen oikeudenkäyntimenettely juttuja yhdistävänä muodollisena siteenä näyttäisi tällöin saavan ratkaisua kannattavan merkityksen. Jos asiantilan selvittäminen raukeaa tyhjiin vain sen vuoksi, että jutut käsitellään samassa oikeudenkäyntimenettelyssä, niin eikö ole tarkoituksenmukaista raivata todistelun este suorittamalla juttujen erottaminen eri oikeudenkäyntimenettelyissä käsiteltäviksi? Oletetun menettelyn salliminen herättää eräitä epäilyksiä. Prosessilaki on taannut syytetyn lähiomaiselle erään edun: kokonaiskieltäytymisoikeuden. Olisi kohtuutonta, jos tuomioistuimien voisi taktisista syistä suorittamallaan juttujen erottamisella mitätöntää tämän edun. A fortiori on tämä arvostelu kohdistettava aivan sattumanvaraisista syistä, esimerkiksi jonkun myötäsyytetyn sairauden vuoksi suoritettuun juttujen erottamiseen. Silloinkin, kun juttujen erottaminen tapahtuu oikeudellisista syistä, esimerkiksi rikokseen osallisten eri-ikäisyyden perusteella, se ei saisi johtaa todistajan, siis omatta syyttään prosessiin kutsutun ulkopuolisen henkilön elämänintressin kaventumiseen. Tätä argumentaatiotaustaa vasten tun-

¹⁹⁵ Aalto, Rikosprosessilain asiallisesta sovellutusosalasta s. 119 ss.; Alkio, Tuomarin tehtävistä käräjillä s. 149 ss.; T. Ellilä, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 161; Sjöström—Alkio, Muodollisesta prosessinjohdosta s. 127 ss.

tuu perustellulta omaksua käsitys, jonka mukaan lähiomaiselle todistajana syytettyjen moneuden tapauksessa kuuluva vaitiolo-oikeus on riippumaton siitä ulkoisesta seikasta, käsitelläänkö rikoskumppaneita vastaan nostettu syyte samassa muodollisessa oikeudenkäyntimenettelyssä vai erotetaanko jutut toisistaan. Ratkaisevaksi jää, muodostaako rikollinen tapahtumainkulku asiallisen ykseyden. Jokaisella, joka on syytettyyn tai saavutetun menettelyvaiheen perusteella kysymykseen tulevaan (potentiaaliseen) syytettyyn sellaisessa sukulaisuussuhteessa kuin OK 17:20 ilmaisee, on vaitiolo-oikeus koko ykseyden muodostavaan kokonaistapahtumainkulkuun nähden, jolloin on yhdentekevää, ketä osallista vastaan yksittäisprosessi on vireillä. Seurauksena vaitiolo-oikeuden jakamattomuudesta tuomari saattaa yksittäistapauksessa menettää arvokkaan tietolähteen; toisaalta on huomattava, että omaksuttu käsityskanta estää tuomarin vakaumuksenmuodostuksen pirstoutumisen.¹⁹⁶

5. Toisessa yhteydessä on todettu, että OK 17:20:n henkilöllistä todistuskeinokieltoa täydentävät esineellisinä todistamiskielltoina OK 17:12,2:n ja 57,1:n määräykset editiovelvollisuuden ja esinekatselmuksen rajoituksista. Puheenalaiselle oikeusnormistolle on yhtenä kokonaisuutena tarkastellen tunnusomaista, että se vapauttaa jommankumman asianosaisen lähiomaisen aktiiviselta myötävaikuttamiselta rikosprosessuaalisen totuuden selvittämiseen. Mainittu tunnuspiirre saattaa sellaisen vastakohtaispäättelyn vaikuttamaan läheiseltä, jonka mukaan todistajaksi aiottu lähiomainen ei voi kieltäytyä sellaisesta osallistumisesta todistelutapahtumaan, jossa hänen osuutensa tyhjentyy pelkkään todistelutoimen passiiviseen sietämiseen.

Edellä sanottu sisältää viittauksen ns. objektiiviseen eli passiiviseen henkilötodisteluun. Sen sijaan että todistushenkilö subjektiivisessa henkilötodistelussa esiintyy aktiivisena ilmaisuhenkilönä tai asiantuntijalauseannon antajana, on objektiivisessa henkilötodistelussa kysymys siitä, että inhimillisiä tosiasioita ja asiantiloja käytetään totuuden tutkimiseen ilman kohdehenkilön aktiivista myötävaikutusta.¹⁹⁷ Näin tapahtuu hen-

¹⁹⁶ Vrt. *Peters* s. 117.

¹⁹⁷ »Objektiivinen henkilötodistelu» on *Petersin* luoma terminologinen ja käsitteellinen uutuus. Ottamalla käytäntöön puheenalaisen käsitteen *Peters* haluaa korostaa sen eroavuutta katselmuksesta. Esinetodistelukin on tosin objektiivista todistelua. Mutta kun passiivista henkilötodistelua ei käsitellä katselmuksena, korostetaan kaiken henkilötodistelun riippuvuutta niistä rajoittavista

kilöön kohdistuvassa etsinnässä samoin kuin kuolleen ihmisen ruumiiseen kohdistuvassa tarkastuksessa. Se tuomarin tiedoitsemistoiminta, jolloin tuomari tekee johtopäätöksiä syytetyn ulkoisesta esiintymisestä tai muodostaa todistajan käyttäytymisen ja ulkonäön perusteella mielikuvan hänen luotettavuudestaan, on niin ikään objektiivista henkilötodistelua.¹⁹⁸ Samaan todisteluluokkaan kuuluu edelleen esimerkiksi syytetyn mielen-tilatutkimus.

Todistusteemakieltojen yhteydessä, jolloin kaikki tiet kielletyn seikaston selvittämiseen on suljettu, asetettua ongelmaa ei voida mielekkäästi edes herättää. Toisin todistuskeinokieltojen kohdalla. Muu kuin rikoksesta epäilty on velvollinen alistumaan henkilöön kohdistuvaan katsastukseen, milloin erittäin pätevin perustein voidaan olettaa näin saatavan selvitystä rikoksesta. Olennaista on, että kohdehenkilöltä ei vaadita aktiivista toimintaa. Mitä asianosaisen lähiomaiseen tulee, niin tässä suhteessa on ilmeistä, että hänelle todistajana myönnetty poikkeusasema on ennen muuta luotu suojaamaan häntä aktiiviselta osallistumisvelvollisuudelta. Kun lisäksi otetaan huomioon, että tutkinnan sietämisvelvollisuus ei saata provosoida todistushenkilöä perättömän lausuman antamiseen, käsityksellä lähiomaisen velvollisuudesta alistua tutkintaan on paljon puolellaan.¹⁹⁹

Oikeusedellytysten ja oikeusvaikutusten välinen seuraamusrelaatio ei nyt tutkittavassa kysymyksessä ole kuitenkaan niin selvä, että se mahdollistaisi loogisesti moitteettoman argumentum e contrario-päätelmän. Päin vastoin voidaan hyvällä syyllä kysyä, eikö lähiomaisen oikeus kieltäytyä henkilöön kohdistuvasta etsinnästä ja katsastuksesta ole perusteltu lausumankieltämisosoikeuden alapauksena. Voidaan väittää, että ihmisarvon kunnioittaminen modernin luontaisoikeusopin korostamassa merkityksessä edellyttää lähiomaisen itse ratkaisevan, tuleeko hän vaikkapa vain pelkän sietämisen muodossa myötävaikuttamaan syytetyn raskaut-

näkökohdista, joita kunnioitus ihmisarvoa ja yksilön persoonallisuusosoikeuksia kohtaan välttämättä edellyttää. Tästä saatava hyöty on yksilön oikeussuojan tehostuminen. Ks. lähemmin *Peters*, Lehrbuch s. 272 s. — *Petersin* ehdottamaa käsitettä on pidettävä onnistuneena (vrt. esim. *Ziegler* s. 128). Toisaalta se ei näytä laajemmin juurtuneen tämän päivän prosessitieteeseen; ks. esim. *Alsberg*—*Nüse* s. 388; *Döhring* s. 313; *Spandel* s. 1107.

¹⁹⁸ Sellaisena se on *tulkintaa*, merkityksen antamista tahattomille ilmaisu-liikkeille. (*Bolding*)

¹⁹⁹ Vrt. I osa s. 365 s.

tamiseen.²⁰⁰ Näin joka tapauksessa *de lege ferenda*. Nykyisen oikeustilan kannalta oikeusanalogian näin välttämättä käyttäminen ei kuitenkaan tunnu, edellä esitetyistä näkökohdista huolimatta, oikeuselämän tarpeiden vaatimalta. Tarkasteltuun kysymykseen on näin muodoin Suomen oikeuden kannalta vastattava kieltävästi: lähiomaiselle todistajana kuuluva poikkeusasema ei vapauta häntä velvollisuudesta alistua henkilöön kohdistuvaan katsastukseen ja tutkintaan.²⁰¹

6. Pohjoismaisen rikosprosessin todistamiskieltoja koskevassa tutkielmassa *Andenaes* lausuu, että henkilö, joka omasta päätöksestään on jo aloittanut todistajankertomuksen antamisen, saa kieltäytyä jatkamasta todistustaan.²⁰² Norjan ja Tanskan (vanhemman) oikeuden osalta hän voi perustaa mielipiteensä kirjoitetun lain nimenomaiseen normiin (strpl. 176,2 §:n 2. virke; Rpl 170,5 §). Meillä lainsäätäjä yhtä vähän kuin Ruotsissakaan ei ole kysymykseen puuttunut. Silti täytyy olla ilmeistä, ettei mainittua käsityskantaa vastaan saata meidänkään oikeutemme kannalta olla huomauttamista. Vaitiolo-oikeudestaan informoidun todistajan kokonaiskieltäytymisoikeus ei sammu sen johdosta, että hän on jo aloittanut todistajankertomuksen antamisen. Lausumisvalmiuden peruuttamismahdollisuudella otetaan huomioon se vaikea konfliktitila, johon lähiomainen todistajana saattaa joutua samoin kuin siihen useinkin kytkeytyvä inhimillisesti ymmärrettävä epävarmuus. Muutoin todistajan mielenmuutos kyllä omaa ainoastaan vaikutuksen *ex nunc*: lausumisvalmiuden tultua peruutetuksi todistajan enempi kuuleminen on lopetettava.

Tilanne on melkoista komplisoidumpi, milloin *esitutkinnassa* todistajana kuultu henkilö vasta alioikeuskäsittelyssä selittää käyttävänsä kokonaiskieltäytymisoikeuttaan. Saadaanko alioikeusmenettelyssä antamatta jäänyt todistajankertomus korvata lukemalla tuon henkilön poliisikuulustelupöytäkirjaan merkitty todistajankertomus? Jos vastaus tähän kysymykseen on kielteinen, saadaanko kuulustelun suorittanutta poliisiviranomaista kuulla todistajana *esitutkinnassa* annetun todistajankertomuksen sisällöstä?²⁰³ Seuraavassa pidetään silmällä aluksi sitä asetelmaa,

²⁰⁰ *Bosch*, mt. s. 68; *Dünnebier*, MDR 1964 s. 965; *Ziegler* s. 90.

²⁰¹ Yksityiskohtien johdosta ks. I osa s. 363 ss.

²⁰² »Beweisverbote im Strafprozess nordischer Länder» s. 9.

²⁰³ Todistamiskieltojen yhteydessä esiintyvistä yksittäisprobleemoista tekstissä esille otettu on eräs tieteisopissa perusteellisimmin tutkittuja. Keskustelua dokumentoivasta laajasta kirjallisuudesta ks. esim. *Bratholm* s. 127; *Gomard*, mt.

että (kieltäytymisoikeuttaan tuntemattomalle) todistajalle ei ole esitutkinnassa huomautettu vaitiolo-oikeudesta. Suomen alioikeuskäytännössä nyt herätetty ongelma on esiintyvistä virhetilanteista kokemuksen mukaan kaikkein yleisin.

Taustaseikkana ansaitsee huomiota esitutinnan totuuden selvittämisen kannalta omaama yliverlainen merkitys. Totuuden selvittämisen painopiste sijoittuu pakostakin tähän alioikeusmenettelyä edeltävään vaiheeseen. Esitutkinnassa tehtyjä virheitä on äärimmäisen vaikea korjata »pääkäsittelyssä». Oikeudenkäyntivaiheessa arpa on jo heitetty, aika on kulunut ja perustava todistelutoiminta realistisesti ajatellen päättynyt.²⁰⁴ Esitutinnan kriminalistinen reaali merkitys on siten ratkaisevan suuri. Lainsäätäjältä esitutkintalaitosta kannattava tarkoituksajatus edellyttää pidättyvyyttä: valmistavaa tutkintaa ei voida sen tehokkuuden kärsimättä sitoa yksityiskohtaisilla normeilla. Nykyistä oikeustilaa voidaan tässä suhteessa kyllä moittia liiankin normiköyhäksi. Kuvaavaa on, että esitutkintalainsäädäntömme ei sisällä juurikaan määräyksiä todistamisvelvollisuuden rajoituksista. Käytännössä asiointi on kyllä vakiintunut sellaiseksi, että esitutkinnassa kuulusteltaviin henkilöihin sovelletaan niitä todistajanaolovelvollisuutta rajoittavia oikeussäännöksiä, jotka sisältyvät oikeudenkäymiskaaren 17 lukuun.²⁰⁵ Jäisiväthän nämä määräykset muuten pelkästään paperille.

Tutkittavan kysymyksen kannalta on merkityksellistä, että esitutkintakuulustelijalla ei ole, toisin kuin tuomarilla, lakiin perustuvaa informointivelvollisuutta. RL 17:4:n tarjoama analogia on, toisin kuin tieteissopissa osaksi on esitetty, liian etäinen,²⁰⁶ jotta siitä voitaisiin johtaa esitutkintaviranomaiseen kohdistuva informointivelvollisuus. Oikeutta tuntemattomien todistajien valistaminen on hänelle enintään officium nobile, kunniavelvollisuus. Positiivinen oikeus ei liioin aseta informointivelvolli-

s. 201; *Alsberg—Nüse* s. 103 s.; *Grünwald* s. 497; *Jescheck* s. 13; *Kern—Roxin* (10. painos) s. 210; *Kohlhaas* s. 290; *D. Meyer*, MDR 1977 s. 543 s.; *Nüse* s. 283; *Peters* s. 118; *Spendel*, JuS 1964 s. 470; *Ziegler* s. 28; 80 ja 88; *Roeder* (1. painos) s. 162 av 4; *sama*, ÖJZ 1974 s. 348 s.

²⁰⁴ Vrt. I osa s. 258. Vrt. lisäksi *ibid.* s. 301 s. Viitekohdassa oleva esitys on epätydyttävä: siitä ei ilmene, että »esitutkinta usein jatkuu vielä oikeudenkäynnin aikanakin; näin erityisesti silloin, kun syytetty on vangittu»; *Halila*, LM 1978 s. 914. Ks. myös jäljempänä s. 161 ja av 443.

²⁰⁵ *Helminen*, PM 1966 s. 821 ss. Ks. myös *Aalto*, Lehtimiehen anonymiteetti s. 29.

²⁰⁶ *T. Ellilä*, Todistelusta rikosasioissa s. 207.

suutta asiantuntijalle, joka esitutkintaviranomaisen toimeksiannosta kuulustelee syylliseksi epäillyn vaitiolo-oikeutta nauttivaa lähiomaista. Tässä piilee lainsäätäjän toimia vaativa epäkohta.²⁰⁷ On tosin myönnettävä, että rikoksesta epäillyn lähiomaiselle esitutkinnassa kuuluva vaitiolo-oikeus on yleisön keskuudessa laajalti tunnettu. Periaatteessa asia ei tämän johdosta kuitenkaan muutu toiseksi. Kun esitutkijalla ei nykyoikeudessa ole lakiperusteista informointivelvollisuutta, hänellä on houkutus hyödyntää asianomainen todistuslähde in fraudem legis. Menettelytapa saattaa määräytyä aineellisen totuuden selvittämisen yksipuolisesta korostamisesta. Johtopäätöstä tukee tähän liittyvä käytännön rikostutkinnasta tehty havainto: Milloin todistajana kysymykseen tulevan lähiomaisen oletetaan kertovan syylliseksi epäillylle *edullisia* tosiseikkoja, hänelle huomautetaan vaitiolo-oikeudesta, mutta tämä jätetään tekemättä, jos todistajalta odotetaan raskauttavaa näyttöä.²⁰⁸ Kuvaan saattavat tulla myös henkilökohtaiset ambitiot. Tutkittavassa suhteessa esitutkijaa määräävillä motiiveilla on kuitenkin toisarvoinen merkitys. Jos hän jättää informoinnin suorittamatta, herää vaikutelma, että todistajaa ollaan harhauttamassa. Tämä ei ole vain eettisesti tuomittavaa; se on esitutkinnan ja valtion oikeudenhoidon arvon vastaista; lähiomaisen vaitiolo-oikeutta koskevan oikeussäännösten ration näkökulmasta menettelytapa saattaa johtaa oikeudelliseen epäjohtonmukaisuuteen.

Edellä esitetyn perusteella on oikeutemme kannalta päädyttävä samaan mihin *Ekelöf*, *Andenaes* ja *Hurwitz* vastaavasti Ruotsin, Norjan ja Tanskan oikeuden osalta: Jos privilegiotaan tuntematonta todistajaa — esimerkiksi syylliseksi epäillyn vaimoa — on kuulusteltu esitutkinnassa ja hän vasta alioikeusmenettelyssä asianmukaisesti informoituna selittää kieltäytyvänsä todistamasta, hänen poliisille antamaansa kertomusta ei saa lukea kuulustelupöytäkirjasta; kuulustelun suorittanutta esitutkijaa ei liioin saa kuulla todistajana lausuman sisällöstä.²⁰⁹ Meillä yleisesti

²⁰⁷ Vireillä olevan lainsäädäntötyön johdosta ks. esitutkintaa koskevan v:n 1973 lakiehdotuksen 26 § verr. 24 §:ään. Ks. myös *Luonnos* 31. 7. 1977 s. 60.

²⁰⁸ Toinen tapa kiertää todistamiskiello on suorittaa todistajien — esimerkiksi mahdollisen tekijän äidin tai veljen — kuulustelu niin varhaisessa vaiheessa, että ollaan vasta suorittamassa tiedusteluja eikä riittäviä teonepäilyjä määrättyä henkilöä kohtaan ole olemassa. Tyypillinen on esimerkiksi tilanne, että yöllä on tehty murto, ja poliisi menee välittömästi kuulustelemaan henkilöä, joka myöhemmässä vaiheessa saattaa osoittautua tekijän lähiomaiseksi. Hänelle sanotaan: »Olette todistajan asemassa ja teidän on puhuttava totta.»

²⁰⁹ *Ekelöf* IV s. 136; *Andenaes* s. 27; *sama*, *Straffeprosessen* s. 338 s.; *Hurwitz*

noudatettu käytäntö, jossa selostetuin tavoin virheellisesti saadut todisteet otetaan tuomioistuimessa vastaan, on jo de lege lata katsottava oikeudenkäyntijärjestykseen perustumattomaksi.

Jos todistaja on ennen oikeudenkäyntiä kuollut, ainoa tapa päästä kärsiksi hyödyntämiskelpoiseen aineistoon on välillinen hyödyntäminen; etäishyödyntäminenhan on periaatteessa aina sallittu. Siinä tapauksessa, että todistaja, sen jälkeen kun häntä on alioikeudessa informoitu syistä miksi esitutkinnassa annettua lausumaa ei saa hyödyntää, selittää suostuvansa todistamaan, todistelulle ja uuden todistelutuloksen hyödyntämiselle ei tietenkään ole estettä.

Omaksuttu kanta mahdollistaa todistuskeinokiellon varmentamisen lainkiertämisiä vastaan. Siltä osin kuin todistuskeinokiellon todellistaminen näyttäytyy kuulustelupöytäkirjaan merkityn todistajankertomuksen torjumisena, kysymyksessä on lukemiskielto. Kokonaisuutena nyt tarkasteltava prosessi-ilmiö on kuitenkin jotakin enemmän kuin lukemiskielto. Prosessiteoreettisesti tuomarin käyttäytymisvelvollisuuden perusteena on itse aineelliseen todituslähteeseen — todistajan esitutkinnassa antamaan lausumaan — kohdistuva *hyödyntämiskielto*. Tässä kuten muutoinkin hyödyntämiskielto täyttää sen kriteerin, että se liittyy sanktiona sitä edeltäneeseen prosessuaaliseen virheeseen. Tässä tapauksessa virheenä on esitutkinnassa tapahtunut privilegiotaan tuntemattoman todistajan informoinnin laiminlyönti.²¹⁰

Olkoonkin, että esitutkijan informointivelvollisuus ei perustu pakottavaan positiivisoikeudelliseen normiin, menettely on muodollisessa suhteessa moitteeton vasta kun todistajaa on valistettu lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeudesta. *De lege ferenda* ilmoitusvelvollisuuden tulisi koskea myös asiantuntijan suorittamia kuulusteluja.

Käytännössä lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeuden merkitys on erityisen suuri jutuissa, jotka koskevat lasten pahoinpitelyä ja lapsiin koh-

s. 483 s. Kuten edelliset myös *Skeie*, mt. s. 196; *Gomard*, mt. s. 201; *Rørdam*, Juristen 1976 s. 84. Vrt. toisaalta U 1968.152: Syytetyn kasvatusäiti tosin vapautettiin todistamasta, mutta syytetyn protestista huolimatta kuulusteltiin todistajana poliisia, joka oli esitutkinnassa ottanut vastaan mainitun henkilön todistajankertomuksen. Vrt. myös *Bratholm* s. 131; sekä Suomen tieteisopin osalta *Helminen*, mt. s. 822. — Kuulustelijan kuulustelun problematiikasta ks. myös *Baumann*, Juristentag s. 111.

²¹⁰ Problematiikasta ks. prosessiteoreettisessa suhteessa esim. *Otto* s. 295 ja 301.

distuvia siveellisyysrikoksia. Problematiikan elävöittämiseksi oletettakoon tapaus, että perheenäiti havaitsee miehensä käyttävän alaikäistä tytärtä seksuaaliobjektina. Vaimo epäröi. Lopulta hän tekee päätöksen. Hän ilmiantaa miehensä poliisille. Hänen vaikuttimensa ovat ehkä itsekkäät, mutta hän toimii vapaasta tahdostaan. Kuulusteluviranomainen oivaltaa, että hänen edessään on avaintodistaja. Jos vaimo kieltäytyy paljastamasta tietojaan, jäännösnäyttö ei riitä tuomion langettamiseen, ja rikoksenteikijä vapautuu. Silti esitutkija huomauttaa naiselle vaitiolo-oikeudesta. Nyt menettely on ollut *muodollisesti moitteeton*. Mutta nainen päättää todistaa. Pöytäkirja laaditaan ja luetaan, sitä ehkä parannellaan ja lopulta se hyväksytään ja allekirjoitetaan. Miksi kaikki tämä vaivannäkö, jos sitä ei myöhemmin — vaimon vedotessa vaitiolo-oikeuteensa vasta alioikeuskäsittelyssä — voitaisi käyttää todistelutarkoitukseen? Vaimon mielenmuutos saattaa nytkin versota itsekkäistä tarkoituseristä, se saattaa olla pelkkä oikku. Onko rangaistusvaateen toteuttaminen tämän johdosta jätettävä puolitiehen?²¹¹

Muunnettakoon äskeistä esimerkkiä siten, että rikoksen havainnut perheenäiti ei ilmaisekaan asiaa poliisille vaan ystävättärelleen A:lle. Puhutun sanan seuraukset ovat nyt peruuttamattomat. On yhdentekevää, vetoaako lähiomainen vaitiolo-oikeuteensa vai ei; miehen tuomitsemiseen tarvittava näyttö saadaan A:lta, joka nyt on teonläheisin todistaja.²¹²

Esitetty viitetausta puhuu voimakkaasti sen käsityskannan puolesta, että esitutkinnassa informoitu lähiomainen ei voi enää varsinaisessa oikeudenkäynnissä estää esitutkinnassa antamansa kertomuksen hyödyntämistä. Vasta-argumenttejakin tosin voidaan esittää. Prosessiteoreettisesti esitutkinta on voittopuolisesti etsintää, tiedustelua ja aineiston keruuta. Tällä kaikella on vain valmistava, ei-sitova luonne. Hallitsevana on totuudentutkimis- ja syytteenpanointressi. Siksi esitutkijan asevarastoon kuuluu tietty yllätysvalmius ja tehokkuus. Tässä ilmastossa todistajan rooli ei ole helppo. Hän kokee kuulustelutilanteen yllättävänä, emotionaalisena. Olisi kohtuutonta, jos todistajan tulisi tehdä lopullinen päätös kieltäytymisoikeutensa käyttämisestä oikeudellisen tapahtumasarjan alussa, menettelyvaiheessa, jossa hän useinkaan ei ole kypsä näin

²¹¹ Problematiikkaa valaisee monipuolisesti Klugin, s. 45 s., ja Sarstedtin, s. 25 s., kysymyksestä käymä keskustelu: Psykologisella tasolla vallitsee syvälinen ero niiden tilanteiden välillä, ilmaiseeko vaimo tietonsa naapurinrouvalle — elämässä tavallinen ilmiö — vai todistaako hän miestänsä vastaan rikosprosessissa.

²¹² Kysymyksenasettelusta vrt. Kohlhaas s. 291.

vaativaan ratkaisuun. Mahdollisesti hän tajuaa tilanteen koko vakavuuden vasta alioikeuskäsittelyn neutraalissa ilmapiirissä. Mitään epäjohdonmukaisuutta ei ole siinä, että toisaalta tuomioistuimien kuitenkin saa hyödyntää tuon saman todistajan kolmannelle henkilölle ilmaisemat tiedot. Kolmannesta henkilöstä tulee tällöin ulkoprosessuaalisesti tietoja saanut teonläheisin todistaja. Todistajankertomuksen vastaanottaminen häneltä ei merkitse tietoja antaneen lähiomaisen kannalta *rikosprosessissa* tapahtunutta aktiivista myötävaikuttamista syytetyn tuomitsemiseen. Tässä piilee olennainen ero.²¹³

De lege ferenda edellä esitetyt näkökohdat ehkä puoltavat sellaista järjestelyä, jonka mukaan lähiomaiselle todistajana kuuluva vaitio-oikeus ei prekludeeraannu, vaikka hän olisi esitutkinnassa asianmukaisesti informoituna jo antanut lausuman. Tarkkaan ottaen ei tällöin ole kysymys hyödyntämiskiellosta: onhan edeltänyt menettelyvaihe ollut virheetön. Teoreettisesti tilanne on selitettävissä todistusteemakielloksi, jonka kohteena on lähiomaisen esitutkinnassa antama todistajankertomus. De lege lata käsityskannan ylläpitäminen sitä vastoin tuottaa vaikeuksia. On huomattava, että nykyoikeutemme ei sisällä nimenomaista määräystä edes siitä edellä käsitellystä analogisesta tapauksesta, jolloin alioikeudessa kuultava syytetyn lähiomainen peruuttaa lausumisvalmiutensa vasta kun hän on jo aloittanut todistajankertomuksen antamisen. Liioin ei välittömyysperiaate ole esteenä kuulustelupöytäkirjan lukemiselle tai kuulusteluviranomaisen kuulemiselle lausuman sisällöstä: eihän oikeudessamme vallitse yleistä välillisen todistelun kieltoa. Vähiten ei merkitse, että yleinen oikeustajunta vaatii rangaistusvaateen toteuttamista, milloin lähiomaisen esitutkinnassa antamasta todistuksesta on käynyt selville määrätyn henkilön syyllistyneen rikokseen.²¹⁴

7. Toisessa yhteydessä (VI 2 b) on tarkasteltu kysymystä, onko oikeutemme mukaan sallittua käyttää syytettyä henkilöllisenä todistuskeinona, milloin syytetty kieltäytyy vastaamasta asian selvittämistä tarkoittavaan kysymykseen. Tällöin on katsottu, että OK 17:5:n valossa kysymykseen on vastattava myönteisesti; vastaavaa todistuskeinokieltoa ei siis vallitse. Samalla on havaittu, että oikeuspoliittisesti oletettu todistuskeinokielto

²¹³ Klug s. 50 s. Näin myös *Schweichel*, Juristentag s. 89, joka viittaa siihen analogiaan, että syyttäjänkin saa peruuttaa syytteen.

²¹⁴ Vrt. *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 348.

sitä vastoin saattaa olla hyvin perusteltu. Näkökohdat, joita tällaisen todistuskeinokiellon puolesta on tällöin esitetty, omaavat merkitystä siinä analogisessa tapauksessa, jolloin syytetyn lähiomainen kieltäytyy todistamasta. Toisin kuin syytetyn vaitiolotapauksen kohdalla lakiin ei sisälly nimenomaista normia, joka velvoittaisi käyttämään todistajan vaitioloa todistusaiheena tai tekisi sen edes sallituksi. Ennakoivasti voidaankin omaksua käsitys, jonka mukaan ns. negatiivinen todistelu nyt on kielletty: tuomioistuin ei saa tehdä johtopäätöksiä todistajan vaikenemisesta.²¹⁵

OK 17: 20:n ja sitä täydentävien lainkohtien edellyttämä todistuskeinokiello kärsisi kieltämättä tuntuva vahinkoa, jos todistamisesta kieltäytyminen sellaisenaan tulisi arvioitavaksi todisteena. Jos todistajan täytyisi ottaa lukuun tällainen mahdollisuus, hänen saattaisi olla vaikea tehdä vapaasti ratkaisua siitä konfliktitilanteesta, joka juuri yhtenä tärkeänä perusteena oikeuttaa hänet kieltäytymään todistamasta. Vaikenemisoikeuden käyttämisen arvioiminen todistusaiheena muodostaa rangaistusta muistuttavan pakotteen. Puheenalaista oikeussäännöstöä kannattavan tarkoitukskompleksin valossa on täysin selvää, että prosessilain takaaman vaitiolo-oikeuden käyttäminen ei saa olla sidottu sellaisiin piilosanktioihin.²¹⁶

Perhesiteiden suoja sellaisenaan jo edellyttää todistajan tehtävän ratkaisun vapautta, mutta tätä vaatii myös todistelun luotettavuus. Lausumankieltämisen arvioiminen syytetylle epäedulliseksi tosiseikaksi murentaa perhettä. Estääkseen tämän todistaja saattaa kokea ainoaksi keinokseen perättömän lausuman antamisen. Oikeudellista mekanismia ei pidä säätää sellaiseksi, että siihen sisältyy osatekijä, joka aiheuttaa juuri sen mikä on tarkoitus estää. Todistelun luotettavuutta horjuttaa edelleen se seikka, että vaikenemisesta johtopäätöksiä tekevä tuomari ei tunne

²¹⁵ Käsitteensä mukaisesti negatiivinen todistelu merkitsee johtopäätösten tekemistä todistajan/syytetyn ei-verbaalisesta käyttäytymisestä ja tällöin nimenomaan vaitiolo-oikeuden käyttämisestä. Ks. tämän johdosta esim. *Gulson*, mt. s. 152 rn 213; *Vetter*, mt. s. 48 ss.; sekä lisäksi *Beling* s. 32; *Bosch*, Grundsatzfragen s. 65 ('Johtopäätösten tekeminen vaitiolo-oikeuden käyttämisestä on kyllä mahdollista tiettyihin tosiasioihin nähden; sen sijaan siitä ei esim. voida päätellä, että henkilöllä on määrätty veriryhmä.'). *Neumann* s. 39 ss.; *Maguire* s. 99.

²¹⁶ Vrt. *Gomard*, mt. s. 198 (»Fritagelsesreglerne har kun fornuftig mening, hvis den vidnefritagne ikke blot formelt, men også reelt er frit stillet.»); *Jescheck* s. 21; *Niese*, JZ 1953 s. 223 (sitä BGH:n käsitystä vastaan, että todistajana kuultavan lähiomaisen vaikenemisesta voidaan tehdä syytetylle epäedullisia johtopäätöksiä); *Peters* s. 120 ja 139; *sama*, Lehrbuch s. 293; *Schneider*, JuS 1970 s. 271

todistajan motiiveja.²¹⁷ Lausumankieltämisen arvioiminen syytettyä raskauttavaksi tosiseikaksi on todistajapsykologisesti triviaalia. Lähiomaiset — esimerkiksi eronneet aviopuolisot — saattavat suhtautua toisiinsa vihamielisestikin. Tällöin he vaikenivat salatakseen edullisia asianhaaroja. Edelleen on mahdollista, että todistuksesta kieltäydytään — vaikka syytetty on syytön — vain siksi, että perhe-elämän intiimit puolet pysyisivät salassa. Niin ikään voi oikeuden edessä tunnettava pelko, »prosessivieraus» ja siihen liittyvä avuttomuus, olla määräävänä. *Maguire* on analysoinut tapauksen, jossa vaitiolo-oikeuden käyttämisellä on neljä vaihtoehtoista motiivia.^{217a}

Edellä esitetyn perusteella on päädyttävä siihen, että milloin asianosaiseen OK 17:20:n tarkoittamassa suhteessa oleva henkilö kieltäytyy todistamasta, tuomioistuim ei saa tehdä johtopäätöksiä vaitiolo-oikeuden käyttämisestä.²¹⁸ Kuitenkaan ei nytkään voitane esittää vakuuttavia epäilyksiä pelkkää todistamisesta kieltäytyvän henkilön ulkoisen esiintymisen todisteena käyttämisestä vastaan — sikäli kuin relevanttien havaintojen tekeminen ylipäänsä on mahdollista. Eihän objektiivinen henkilötodistelu rajoita todistajan ratkaisuvapautta piilosanktioiden kautta; tässä muodossa siihen ei liity edes ruumiillista puuttumista siten kuin henkilöön kohdistuvassa katsastuksessa.

8. Henkilö, joka asianosaisen lähiomaisena kieltäytyy todistamasta, on OK 17:25:n mukaan samalla velvollinen mainitsemaan kieltäytymisensä perusteen ja tukemaan sitä todennäköisin syin.²¹⁹ Pienehköissä rikosjutuissa todennäköisysselvitykseksi saattaa riittää spontaanisti an-

ss.; *Ziegler* s. 79; v. *Schrutka—Rechtenstamm*, *Zeugnispflicht und Zeugniszwang* s. 26.

²¹⁷ Vrt. *Helminen*, mt. s. 822.

^{217a} »Evidence: Common sense and Common Law» s. 118.

²¹⁸ Näin Itävallan oikeuden kannalta *Roeder*, *ÖJZ* 1974 s. 312 av 19. Vrt. Saksan oikeuden kannalta *Kohlhaas*, *NJW* 1965 s. 2283: Todistaja, joka oikeutusti vaikenee, ei ole todistuskeino eikä prosessisubjekti. StPO 52 §:n mukaan vaitioloon oikeutettua todistajaa on pidettävä ei-olemassaolevana. — *Grünwald*, *Juristentag* s. 151, huomauttaa, että käytännössä ei voida välttää sitä, että tuomioistuimen jäsenet tekevät johtopäätöksiä todistajan vaikenemisesta. Siksi tarvittaisiin lainmuutos, jonka mukaan asianosaiselle sukua olevaa todistajaa kuultaisiin vain edellytyksellä, että hän itse tai syytetty tätä pyytää.

²¹⁹ »Hänen on niin ollen selvitettävä, että hän on jommankumman asianosaisen kanssa 20 §:n edellyttämässä suhteessa.»; *Tirkkonen* s. 109.

nettu »valahtoinen vakuutus». Merkitystä on myös sillä seikalla, tunnustaako asianosainen väitetyn sukulaisuussuhteen olemassaolon. Milloin juttu koskee suurehkoa rikosta, tuomioistuin hankkinee objektiivista näyttöä kieltäytymisen perusteltuisuuden tueksi. Joka tapauksessa lainkohta sallii tuomioistuimelle — vastakohtana asia- ja syyllisyyskysymyksen selvittämisessä noudatettavalle »ankaralle» todistelulle — tietyn »vapaalle» todistelulle ominaisen liikkumavapauden.

9. Lähiomaisen vaitiolo-privilegio ei vielä ole näyteltyt osaansa loppuun. Instituutiolla on todistusoikeuden järjestelmässä nykytarkeä tehtävä. Siksi on periaatteessa lähdettävä siitä, että informointivelvollisuuden laiminlyönti tai väärininformointi ei saata jäädä vaille prosessuaalisia seuraamuksia.²²⁰ Tässä yhteydessä rajoitutaan tutkimaan kysymystä: mikä vaikutus mainitunlaisella virheellisyydellä on annetun todistajan kertomuksen *hyödyntämiskelpoisuuteen*?

Jos todistajaa, joka syytetyn/asianosaisen lähiomaisena saa kieltäytyä todistamasta, on kuulusteltu ilman edeltänyttä informointia tai jos informointi on suoritettu väärin tahi jos todistaja ei ikänsä vuoksi tai sieluntoiminnaltaan häiriintyneenä ole sitä ymmärtänyt, todistajan kuulusteleminen loukkaa todistamiskielloa. On tapahtunut oikeudenkäyntivirhe.²²¹ Toisessa yhteydessä on osoitettu, että jo esitutkinnassa tapahtuneena mainitunlainen virhe saa seuraamukseksen hyödyntämiskiellon alioikeusmenettelyssä. Ei olisi mielekäästä pitää alioikeuskäsittelyssä yllä ankaraa muotopakkoisuutta ja -sidonnaisuutta, jos tässä käsittelyssä saataisiin hyödyntää poliisin ei-julkisessa esitutkinnassa epälojaalilla tavalla saama todistusaineisto.²²² A fortiori tällä näkökohdalla on merkitystä harkittaessa alioikeuskäsittelyn aikana tapahtuneen informointivirheen vaikutuksia.

Kysymyksenasettelu: onko OK 17:28,2:n määräys informointivelvollisuudesta pelkkä järjestysmääräys? ei ole onnistunut. Tarkasteltavana olevassa probleemiyhteydessä on epäolennaista, onko informointivelvollisuuden asettava normi todistusoikeudellinen muotomääräys vai jotakin

²²⁰ Kysymyksen rikosoikeudellista puolta valaisee OA 1952 s. 54 ss.: Oikeuden puheenjohtajan laiminlyönti tehdä OK 17 luv. 28 §:n 2 momentissa säädetty ilmoitus ei oikeuttanut todistajaa antamaan perätöntä lausumaa tai salaamaan mitään, mikä hänen tietensä olisi asiaa valaissut.

²²¹ Vrt. *Wrede* II s. 312.

²²² Näkökohtaa korostaa *Pelckmann*, *Juristentag* s. 87.

muuta. Formaaliselle näkökohdalle ei pidä antaa merkitystä, joka kuuluu oikeussäännösten ratiolle. Muodollisiltakaan harkintaperusteilta ei kuitenkaan voida kieltää kaikkea relevanssia. Tässä suhteessa saatetaan todeta, että puheenalainen virhe on tyyppinsä puolesta omansa vaikuttamaan kausaalisesti annetun tuomion asialliseen sisältöön; näyttövaikeudet eivät tällöin kuitenkaan ole aivan vähäiset. Näkökohta puoltaa hyödyntämiskiellon asettamista. Vasta-argumenttina taas vaikuttaa se seikka, että virhe ei sellaisenaan loukkaa asianosaisille oikeudenkäynnissä kuuluvia oikeuksia ja prosessuaalisia etuuksia. Informointivelvollisuuden laiminlyöntiin ei voida kohdistaa moitetta ihmisoikeuksien ja perustuslain vastaisuudesta. Toisin voisi olla vain, jos todistajan valistaminen on jätetty suorittamatta siinä lainvastaisessa tarkoituksessa, että tällä tavalla saataisiin syyllisyystodisteita.²²³

Mitä lainsäätäjän asenteeseen tulee, sidottua ratkaisua implikoiva seuraamusmekanismi on sille vieras. Lähinnä voitaneen omaksua käsitys, että informointivirhe perustaa moitteenvaraisten päemättömyyden. Oikeutemme kanta ei ole sillä tavoin yksiselitteinen kuin romaanisen oikeuspiirin maissa, joissa oikeusseuraamuksena on hyödyntämiskiello ja sen tehosteena vuorostaan mitättömyysuhka.^{223a} Romaanisen oikeuden vahvasti vaikuttamassa Sveitsissä viitattu oikeusajatus on rikosprosessilain (1934) 83 §:ssä omaksuttu muodossa, jonka mukaan puheenalaisen virheellisuuden rasittama todistajankuulustelu on pätemätön. Johdonmukaisimmillaan näyttäytyy todistamiskiellon logiikka eräissä kantonaalisissa prosessilaeissa. Niinpä Neuenburgin rikosprosessilain 148 §:n mukaan virheen paljastuminen aiheuttaa, että tuomarin on hävitettävä vastaava kuulustelupöytäkirja.²²⁴

Edellä esitetyn perusteella voidaan kokoavasti todeta, että todistusjärjestelmäämme ei sisälly muodollista estettä sille, mitä lähiomaisen vai tiolo-oikeutta kannattava tarkoituksajatus vaatii: jos tuomari ei ole informoinut todistajaa, seurauksena on *hyödyntämiskiello*.²²⁵ Samaa sank-

²²³ Nüse s. 284.

^{223a} Ks. Nuvolone s. 65.

²²⁴ Ks. lähemmin Hauser, Juristentag s. 77 s.

²²⁵ Lopputuloksen osalta kuten tekstissä Andenaes s. 27 s.; Skeie, mt. s. 196; Dünnebie, MDR 1964 s. 965; Häussling s. 98. Huomattakoon myös BGH 19. 9. 1967 (NJW 1967 s. 2273): Tuomioistuimien oli jättänyt ilmoittamatta lapselle, että hänellä oli oikeus kieltäytyä todistamasta isäänsä vastaan. Liittotuomioistuimien katsoi niin suuren oikeudenkäyntivirheen tapahtuneen, että annettu langettava tuomio oli kumottava ja poistettava. Ks. ratkaisun johdosta Salmiala, DL 1968 s. 160 s.

tiota voidaan puoltaa siinäkin tapauksessa, että tuomari on esim. virkatodistuksen perusteella erehtynyt katsomaan, ettei relevanttia sukulaisuussuhdetta ole olemassa ja ettei objektiivinen oikeustila siis edellytä informointia. Hyödyntämiskiello kumoutuu, jos todistaja jälkeen päin selittää, että hän tunsikin kieltäytymisoikeutensa tai olisi todistanut siinäkin tapauksessa, että häntä olisi informoitu.²²⁶ Edellytyksenä korjaantumiselle on, että todistaja antaa luopumisselityksensä ennen alioikeuskäsittelyn päättymistä, konfliktitilan välittömän vaikutuksen alaisena. Yhtä lailla todistaja voi luopumisselityksellään saada aikaan esitutkinnassa tapahtuneen analogisen virheen korjaantumisen; esitutkinnassa ei-informoituna annettu lausuma tulee tällöin hyödyntämiskelpoiseksi.

Pääsääntöisesti kysymykseen tuleva hyödyntämiskiello väistyy, jos informoimatta jätetyn tai väärin informoidun lähiomaisen todistajankertomuksen perusteella voidaan estää vaarallinen rikos. Edelleen hyödyntämiskiellosta on luovuttava, milloin todistelutuloksen vastaanottaminen on välttämätöntä sen estämiseksi, ettei syytöntä tuomita rangaistukseen.²²⁷

cb) Todistajan tai hänen lähiomaisensa
syytteeseenjoutumisvaara (OK 17:24,1:n 1. virke)²²⁸

1. OK 17:24,1:n 1. virkkeessä säädetään, että todistaja saa kieltäytyä kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, jos hän ei voisi sitä tehdä saattamatta syytteen vaaraan itseään tai toista, joka on häneen sellaisessa suhteessa, kuin 20 §:ssä on sanottu. OK 17:12,2:n 3. virkkeestä puolestaan havaitaan, että todistajan tai hänen lähiomaisensa syytteeseen-

²²⁶ Hagerup, mt. s. 427; Nüse s. 283; Peters s. 121.

²²⁷ Näin vastaavasti Norjan oikeuden kannalta Andenaes, Straffeprosessen s. 338 s.; Bratholm s. 131.

²²⁸ Tutkimuksen I osassa s. 182 oleva Tanskan prosessilain sisältöä koskeva esitys ei ota huomioon suoritettua lainmuutosta. Rpl 171,2:n mukaan (L 65 149) todistaja ei ole velvollinen antamaan lausumaa (forklaring), mikäli lausuman antamisen voidaan otaksua saattavan todistajan tai hänelle läheisen henkilön alttiiksi rangaistukselle, vaurioittavan todistajan tai hänelle läheisen henkilön yhteiskunnallista asemaa tai aiheuttavan heille muuta oleellista vahinkoa. Vain todistajaa itseään rangaistukselta tai yhteiskunnallisen aseman vaurioitumiselta suojaava vaitiolo-oikeus on poikkeukseton; muissa tapauksissa tuomioistuimien intressivertailun perusteella velvoittaa todistajan vastaamaan kysymyksiin (3 mom.).

joutumisvaara aiheuttaa vastaavan rajoituksen asiakirjan esittämisvelvollisuuteen. Näitä lainkohtia täydentää esinekatselemuksen piirissä OK 17:57,1:n 3. virke siltä osin kuin se rajoittaa henkilön velvollisuutta tuoda katsastettavaksi esinettä vastaavasti samoin edellytyksin, kuin todistaja 24 §:n 1. virkkeen mukaan saa kieltäytyä kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen. Asiantuntijatodistelun osalta lakiin ei sisälly kysymystä koskevaa nimenomaista säännöstä. Mutta oikeustila on kyllä selvä epätäydellisesti kodifioitunakin. Vapauslause *nemo tenetur se ipsum accusare* ilmaisee, että itsevaarantamiselta suojaava privilegio koituu jokaisen prosessiin osallistuvan henkilön hyväksi konkreettiseen prosessirooliin katsomatta. Asianosaisen totuusvakuutuksin tapahtuvan kuusuteltun osalta vaitiolo-oikeus on OK 17:65,1:ssä nimenomaisesti ilmaistu. Instituution käytännöllinen merkitys sitä vastoin on erityisesti asiantuntijatodistelun alueella vähäinen.

Puheenalaisen instituution keskeissisältönä on, että syytteen vaara murtaa todistamisvelvollisuuden. Todistajalta ei vaadita totuuden ilmituomista vastoin luonnollista itsesuojeluviettiä.²²⁹ Siltä osin kuin todistajalle on 24 §:ssä annettu vaitiolo-oikeus läheisen sukulaisen suojelemiseksi syytteen vaaralta, säännös näyttäytyy 20 §:ssä säädetyn perhesiteiden suojan täydennyksenä.²³⁰ OK 17:24,1:n 1. virkkeen soveltaminen merkitsee näet sitä, että jos syytetyn 20 §:ssä mainittu lähiomainen esiintyy todistajana käyttämättä kokonaiskieltäytymisoikeuttaan, hänellä on tällöinkin mahdollisuus 24 §:ään nojautuen kieltäytyä kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen välttyäkseen ilmaisemasta syytetylle rasakauttavia tosiseikkoja.²³¹ Säännöksen soveltaminen ei kuitenkaan rajoitu niihin tilanteisiin, joissa todistajan lähiomainen esiintyy syytettynä konkreettisesti prosessissa. Primäärisenä tulkinta-ajatuksena päin vastoin on, että vaitioloprivilegion säätämällä todistajalle on haluttu antaa mahdollisuus estää lähiomaisensa joutuminen syytteen vaaraan ylimalkaan.

Erotukseksi OK 17:20:n säännöstämästä vaitiolo-oikeudesta syytteen vaaralta suojaava privilegio näyttäytyy normaalisesti osittaiskieltäytymisoikeutena. Määrätapauksissa asianhaarat saattavat kuitenkin olla sellaiset, että todistajalle suodun edun todellistaminen on mahdollista

²²⁹ Tirkkonen, Tystnadsplikt. Bilaga IV s. 4.

²³⁰ Ekelöf IV s. 127.

²³¹ Tirkkonen s. 128.

vain kokonaiskieltäytymisoikeutena.²³² Tuomioistuimen taholta kieltäytymisoikeuden realisoiminen edellyttää vastaavaa prosessinjohtotoimenpidettä. Tässä kohden sovelletaan OK 17:28,2:ta. Lainkohdassa säädetään, että kun todistaja on oikeutettu kieltäytymään vastaamasta johonkin kysymykseen, tulee puheenjohtajan ilmoittaa se todistajalle ja samalla huomauttaa, että todistaja, jollei hän tahdo käyttää hyväkseen tätä etua, on saman seuraamuksen uhalla kuin muukin todistaja velvollinen puhumaan totta ja kertomaan, mitä hän asiasta tietää. Tähän yhteyteen kuuluu myös OK 17:31. Siinä määrätään, että ennen kuin todistaja esittää kertomuksensa, tulee oikeuden puheenjohtajan, milloin aihetta on, informoida todistajaa 24 §:n sisällyksestä.²³³

2. Puheenalainen vaitioloprivilegio on luotu, jotta todistaja voisi väistää rangaistusvastuun. Jos oikeus panna rikos syytteeseen on vanhentunut, kieltäytymisoikeutta ei ole.²³⁴ Sama koskee tapausta, jossa virallinen syyttäjä on RVA 15,2, 18,3, PoliisiL 14,2 tai NuorRikL 2 §:n nojalla päättänyt olla panematta rikoksenteikijää syytteeseen. Muutoin syytteen vaaran kriteerien täyttyminen saattaa yksittäistapauksessa olla vaikeasti ratkaistavissa. Prosessiteoriassa on tosin suhteellisen yksinkertaista konstruoida tapauksia, joissa prosessuaalisen seuraamuksen — kieltäytymisoikeuden — soveltamisen kriteerit ovat käsillä. Tällöinhän ei — toisin kuin lainkäytössä — jouduta lausumaan mitään siitä, ovatko kriteerit täyttyneet siten, että jokin konkreettinen tapaus kuuluu normin soveltamisalaan.²³⁵

OK 17:24,1:n 1. virkkeen soveltamisproblematiikkaa valaisee seuraava esimerkki: Asianomistajan kutsuma todistaja on pahoinpitelyä koskevassa jutussa kertonut, että vastaaja antoi asianomistajalle iskun kasvoihin. Kantaja ei vastannut väkivaltaan eikä myöskään paennut. Hän sai vastaajalta uusia lyöntejä. Vastaajan asianajaja panee todistajan ahtaalle. Tämä oivaltaa, että hänen on pian pakko tunnustaa todistaneensa valheellisesti. Saako todistaja kieltäytyä enemmästä todistamisesta välttyäkseen tulesta syytetyksi perättömästä lausumasta? — Entä saako nainen, joka on

²³² Ks. sen johdosta *Peters* s. 128.

²³³ Ks. näiden lainkohtien johdosta *Tirkkonen* s. 128; *sama*, Rp II s. 255 s.; sekä OK 17:28:n osalta myös *T. Ellilä*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 227 (termi »informointivelvollisuus»).

²³⁴ *Andenaes*, mt. s. 196.

²³⁵ *Aarnio*, LM 1970 s. 580.

haastettu todistajaksi lääkäriä vastaan, kun tätä syytetään ammattimaisesta sikiönlähdettämisestä, kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, onko lääkäri suorittanut hänellekin raskauden keskeyttämisen? Vastaus on epäilemättä myönteinen. Ajateltakoon edelleen tapausta, että lääkäri on suorittanut lainrikkojalle kasvoleikkauksen tunnistamisen ja kiinnisaamisen vaikeuttamiseksi tietoisena siitä tarkoituksesta, missä operatiota on pyydetty.²³⁶ Juridisesti katsoen lääkäri ei tällöin ole suorittanut lääkärintoimeen liittyvää tehtävää. Lääkärin esiintyminen oikeudenkäynnissä aiheuttaa tosin nytkin todistelun rajoituksen, mutta vain OK 17:24,1:n 1. virkkeen mukaisena subjektiivisena kieltäytymisoikeutena. Entä miten on OK 17:12,2:n 3. virkkeen valossa arvosteltava tapausta, jolloin todistaja on kirjoittanut päiväkirjaansa seuraavan lauseen: »Myöhään eilen illalla jätin autoni metsäautotielle lähelle valtatie risteystä, jotta A voisi rahojen kanssa jatkaa sillä pakoaan.» Todistajan ei oikeimmiten tarvitse luovuttaa tällaista asiakirjaa syytteesenpanoviranomaiselle tai tuomioistuimelle A:ta vastaan nostetun rikosprosessin yhteydessä. Mutta jo todistaja on kirjoittanut saman lauseen jollekulle toiselle kuuluvaa muisti- tai päiväkirjaan, editiovelvollisuuden toteuttamiselle ei ole estettä.

Silmäys oikeuskäytäntöön ei tarjoa ehyttä kuvaa, seikka joka on edellä jo ennakoitu. Esiintyneille tapauksille on ominaista yksipuolinen valikoituminen ratkaistavana olleen pääasian osalta.

KoO 1937 I 6: Väkijuomalain 66 ja 89 §:n tulkintaa: onko se, joka salamyymälältä on ostanut alkoholiliikkeestä peräisin olevaa väkijuomaa, syylistynyt »luvattomasti hankitun» väkijuoman hallussapitoon ja siis (RL 17:3) oikeutettu todistajana kuultaessa salaamaan ostonsa?

— KoO (ään.): Mitä A. R:n valitukseen tuli KoO katsoi kyllä käyneen selville, että R. häntä todistajana kuulusteltaessa oli salannut, että hän syksyllä 1935 oli ostanut E. P:ltä viinaa; mutta koska sen seikan ilmaiseminen olisi voinut saattaa hänet itsensä syytteenalaiseksi luvattomasti hankitun väkijuoman hallussapidosta eikä hänelle siis rikoslain 17 luvun 3 §:n mukaan ollut siitä salaamisesta rangaistusta tuomittava, KoO harkitsi oikeaksi, kumoten HO:n päätöksen tältä kohden, hylätä R:ää vastaan tehdyn syytteen ja vapauttaa hänet HO:n hänelle tuomitsemasta rangaistuksesta ja korvausvelvollisuudesta.

Samalle periaatteelliselle kannalle on asetettu seuraavassa ratkaisussa.

²³⁶ Vrt. *Maguire* s. 98.

KoO 1942 II 77: Väkijuomain ostajaa, joka todistajana väkijuomain luvaton myyntiä koskevassa jutussa on salannut ostonsa, ei ole tuomittu rangaistukseen väärästä valasta.

Huomionarvoinen on myös oikeusneuvos *Hakulisen* erään ratkaisun (KoO 1940 II 159) yhteydessä antama lausunto, jonka mukaan syytetty on vapautettava väkijuoman ostonsa salaamisesta sillä perusteella, että hän on voinut olettaa joutuvansa siitä syytteen alaiseksi.

Muutoin on syytä panna merkkeille, että edellä mainitut ratkaisut on kaikki annettu ennen uuden todistuslainsäädännön voimaan tuloa.²³⁷ Voimassa olevaa oikeutta silmällä pitäen kieltäytymisoikeuden tehoisaksi tekeminen on problemaattista. Lainsäädännöllisenä tehtävänä kysymyksen järjestely on tosin universaalisestikin ottaen epäkiitollinen, mutta silti on yhdyttävä siihen kritiikkiin, joka tieteisopissa on kohdistettu OK 17: 25:n tähän yhteyteen kuuluiin määräyksiin.²³⁸ Lainkohdassa säädetään, että henkilö, joka kieltäytyy todistamasta tai vastaamasta johonkin kysymykseen, on velvollinen samalla mainitsemaan kieltäytymisensä perusteen ja tukemaan sitä todennäköisin syin.

Havaitaan helposti, että mainitun säännöksen sananmukainen soveltaminen johtaa helposti todistelutuloksen ennakkointiin: kieltäytymisoikeuden käyttäminen sinänsä aiheuttaa todistajaan tai hänen lähiomaiseensa kohdistuvan syytteen vaaran.²³⁹ Todistaja ymmärrettävästi tuntee luontaista arkuutta tehdä kieltäytymisensä peruste siten todennäköiseksi kuin laki edellyttää; hänestä voi olla turvallisempaa todistaa väärin. Tulkintaa määräävänä on kyllä ensi sijassa lain sanamuoto. Mutta tulkinnan tulee tämän ohella tapahtua siten, että se edistää oikeusohjeen käytännöllistä normifunktiota. Tässä tapauksessa käyttökelpoisuusajatus vaatii voimakkaasti ohi sanamuodon suoritettavaa teleologista tulkintaa. Lähtökohdana on tällöin seuraava teesi: Uuden lainsäädännön tarkoituksena ei ole

²³⁷ Ks. niiden johdosta *Honkasalo*, DL 1948 s. 234; sekä vanhemman oikeuden johdosta myös *Wrede* s. 194 s.

²³⁸ Ks. siinä suhteessa *T. Ellilä*, Todistelusta rikosasioissa s. 176; *Helminen*, PM 1972 s. 404; *Hertzberg*, JFT 1950 s. 240 s.; *Tirkkonen* s. 128; sekä vanhemman oikeuden kannalta *Alkio*, mt. s. 177.

²³⁹ Ks. sen johdosta erit. *Hertzberg*, mt. s. 241; ja *Helminen*, mt. *ibid.*, joka esittää vaikeuksista pääsemiseksi, että henkilö voi muutta mutkitta salata »vaarallisen» seikan. Ks. myös *Granfelt*, JFT 1943 s. 85; *Honkasalo*, mt. *ibid.*; *Elwin*; TSA 1976 s. 195; *Welamson*, SvJT 1977 s. 35; *Ström*, TSA 1962 s. 336; *Andenaes*, mt. s. 198.

ollut todistajan oikeusaseman huonontaminen vaan sen parantaminen.

Lain tarkoituksena ei ole, että tuomarin on ennakoitava vastauksen sisältö. Ensi kädessä määräävänä on kysymyksen laatu. Kieltäytymisperusteeksi riittää, että todistaja ilmoittaa kysymyksen olevan laadultaan sellainen, että vastaus voi aiheuttaa syytteen vaaran. Välttämätöntä ei ole, että hän käyttää ilmaisua »syytteen vaara». Tuomioistuimen lienee hyväksyttävä varsin väljästikin muotoiltu kieltäytymisselitys.²⁴⁰ Etenkin milloin todistaja antaa kertomuksensa valan nojalla eikä käsillä siis ole OK 17:30:n mukainen tilanne, jolloin syytetyn lähiomaista kuullaan ilman valaa, vapautusperusteeksi riittää todistajan ilmoitus, ettei hän voi vastata kysymykseen paljastamatta sitä, minkä hän saa salata.

Miten kieltäytymisoikeuden tehoisaksi tekeminen yksittäistapauksessa tapahtuukin, tuomarilta todistajan konfliktitilan huomioon ottaminen edellyttää melkoista prosessinjohtollista taitoa.²⁴¹ Tuomarin näkökulmasta todistaja, joka vetoaa OK 17:24,1:n 1. virkkeen säännökseen, on huono todistaja. Rikossyytteen uhkaama todistaja samoin kuin todistaja, joka näkee sanojensa uhkaavan läheistä omaistaan, tuntee viehtymystä perättömään lausumaan ja totuuden vääristelyyn.²⁴² Tätä taustaa vasten näyttäytyy kysymys: saako todistajan vaikenemisesta tehdä johtopäätöksiä? väärin asetetulta ja harhaan johtavalta.²⁴³ Kieltäytymisoikeuden käyttäminen päin vastoin muodostaa todistajan käyttäytymisessä momentin, joka antaa tuomarille arvokkaita viitteitä positiivisesti annetun todistajankertomuksen luotettavuuden punnitsemiseen.

Toisessa yhteydessä^{243a} on lausuttu, että alioikeus muodostaa sen oikeudellisen näyttämön, jossa kieltotilanne alkuperäisesti esiin-
tyy. Säännönmukaisesti näin onkin laita. Tähän myös perustuu, että tutkimuksessa on rajoitettu tarkastelemaan todistamiskieltojen problematiikkaa lähes yksinomaan alioikeusmenettelyn kannalta. Menettelytavan valintaan on vaikuttanut myös pyrkimys tutkimuk-

²⁴⁰ Ks. tämän johdosta *Honkasalo*, LM 1954 s. 486; *Gärde* s. 501; *Andenaes*, mt. s. 197; *Ström*, mt. ibid.

²⁴¹ Vrt. *Hertzberg*, mt. s. 240 s.

²⁴² Vrt. *Tirkkonen* s. 128: »Käytännössä muodostuneekin tilanne useimmiten sellaiseksi, ettei todistajaksi nimetty kieltäydykään 24 §:ään viitaten kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, vaan yksinkertaisesti todistaa väärin.» Asiallisesti samoin *Elwin*, mt. s. 196.

²⁴³ Vrt. kuitenkin *Ekelöf* IV s. 128: »Rätten bör i stället såvitt möjligt söka bortse från det naturliga bevisvärde, som vittnets vägran kan äga.»

^{243a} I osa s. 18.

sen keskitykseen. Täysi syy on olettaa, että esitettäessä ratkaisuehdotuksia alioikeusmenettelyn yhteydessä esiintyviin ongelmiin, saadaan ajatukselliset välineet, jotka yleensä soveltuvat vastaavaan problematiikkaan kysymyksen ollessa hovioikeuden ensimmäisenä oikeusasteena käsittelemistä rikoksista. Tässä kohden viitataan OK 8 luvun 2 §:n 2 momentin (L:ssa 31.8.1978/661) sisältöön (valtiopetosta ja maanpetosta koskevat asiat sekä syytteet alituomareiden tuomarin toimestaan tekemistä rikoksista). 3 momentin mukaan hovioikeus ratkaisee lakien ja asetusten mukaan sen käsiteltäviksi kuuluvat virkarikokset samoin kuin muutkin sen ratkaistaviksi määrättyt asiat. Edelleen on huomattava, että meillä ei ole lailla rajoitettu uuden näytön esittämisen mahdollisuutta hovioikeudessa. »Ja myös korkein oikeus voi joutua samaan tilanteeseen, koska OK 30:20,¹ ei estä uuden näytön esittämistä, vaan asettaa sille vain tiettyjä edellytyksiä.»^{243b} Tyypillinen tilanne, jolloin uutta näyttöä esitetään hovioikeudessa, voidaan esittää juuri nyt tarkasteltavan vaitiolotapauksen piiristä: Kahdesta alioikeudessa syytetystä toinen on tuomittu rangaistukseen, toinen vapautettu. Rangaistukseen tuomittu hakee muutosta, jolloin syytteestä vapautettu kutsutaan todistajaksi niistä seikoista, joita häntä vastaan nostettu mutta hylätty syyte oli koskenut. (OK 17:18,¹ ei ole esteenä hänen kuulemiselleen todistajana.) OK 17:24,^{1:n} 1. virkkeen nojalla todistajaksi hovioikeuteen nimetty saa kieltäytyä vastaamasta hänelle esitettyihin kysymyksiin.^{243c}

3. Yhdenmukaisesti sen kanssa, mitä on sanottu esitutkinnassa noudatettavista todistamisvelvollisuuden rajoituksista, syytteen vaaralta suojaava vaitiolo-oikeus on voimassa myös esitutkinnassa.²⁴⁴ Läpikotaisin tyydyttävänäkin oikeustila saattaa silti provosoida poliisin väärinkäytöksiin: Kun henkilön ei tarvitse todistaa itseään eikä läheistä omaistaan vastaan, kuulustelijalla on houkutus puristaa todistajasta sellaisia tietoja, jotka johtavat virheettömän evidenssin löytämiseen.²⁴⁵ Oikeudellisin keinoin viitattu mahdollisuus ei liene lopullisesti poistettavissa. Oikeussäännösten avulla ei tietenkään voida estää sitäkään, että esitutkija de facto rikkoo todistamiskielltoa esimerkiksi laiminlyömällä informoida todistajaa hänelle kuuluvasta edusta. Jos syytteenpanoviranomainen tämän seurauksena saa raskauttavan tosiseikan tietoonsa, herää välittö-

^{243b} Halila, LM 1978 s. 906.

^{243c} Vrt. NJA 1972 s. 532 ja sen johdosta *Elwin*, mt. s. 196 ss.; *Welamson*, mt. s. 35 ss.

²⁴⁴ *Esitutkinta* s. 27.

²⁴⁵ *Maguire* s. 105.

mästi kysymys saadun todistelutuloksen myöhemmästä prosessuaalisesta kohtalosta. Onko nyt katsottava, että normin suojelutarkoitus on korjaantumattomasti tehty tyhjäksi niin pian kun sitä vastaan on rikottu vai merkitsisikö vasta todistelutuloksen hyväksikäyttäminen suojatun intressin loukkaamisen täydentymistä tai syventymistä? Saadaanko vastaavasti ylittää pääkäsittelyyn johtava kynnys ja esittää todiste tuomioistuimelle vai onko tapahtuneeseen virheeseen reagoitava *hyödyntämiskiellon* asettamisella?

Lähinnä voidaan ajatella, että aineellisen totuuden postulaatti vaatii hyödyntämiskiellon asettamista. Perusteluna esitettäköön, että syytteen vaaralta suojaavan privilegion normitarkoitus ei tyhjenny todistajan auttamiseen hänen henkilökohtaisessa konfliktitilassaan; suojeluobjektina on myös aineellinen totuus.²⁴⁶ Oikeus vaieta »vaarallisista» tosiseikoista palvelee myös totuuden tavoittamista karsimalla todistusaineistosta »konfliktin värittämät» ja sellaisina epäluotettavat todistajanlausumat. Epätotuuden vaaraa ei kuitenkaan pidä liioitella. Oletetun kaltaisen lausuman luotettavuuskerroin ei poikkeaa merkittävästi siitä, mikä kuuluu informoinnin jälkeen annetulle lausumalle tai sellaiselle lausumalle, jonka yhteydessä informointivelvollisuutta ei ollut sen johdosta, ettei kuulusteluviranomainen osannut päätellä kuulusteluteeman todistajalle vaarallista luonnetta.²⁴⁷ On kyllä otettava huomioon mahdollisuus, että ei-informoitu tai väärin informoitu todistaja, luullen rajoittamattoman ilmaispakon olevan käsillä, komprometoi syylliseksi epäiltyä totuudenvastaisesti salatakseen oman rikollisen tekonsa tai suojellakseen lähiomaistaan. Tämän näkökohdan kantavuus jää kuitenkin vähäiseksi sen tosiseikan rinnalla, että itsensä tai lähiomaisensa uhanalaiseksi kokeva todistaja on aina huono todistaja siitä riippumatta informoiko oikeusviranomainen häntä vastaavasta vapausoikeudesta vai ei. Vaikka myönnetäänkin, että puheenalainen vaitiolo-oikeus palvelee myös totuuden selvittämistä, niin samalla on huomattava, että tällä näkökohdalla on merkitystä vain »nemo tenetur etc.» -ajatuksen *ohella*. Yksinään se ei kykene luomaan todistamiskielloa eikä sitä kannattamaan, koska oikeutemme mukaan myös kokemuseräisesti epäluotettavat todistajaluokat ovat kaikki kelvollisia todistuskeinoja.

²⁴⁶ *Andenaes* s. 9; *Peters* s. 128. — *Maguire*, s. 107, katsoo, että säännöstö edistää luottamusta oikeudenhoitoon; tässä on sen yhteiskunnallinen funktio.

²⁴⁷ *Grünwald* s. 499. Toisin *Peters* s. 128 s.

Edellä esitetty puoltaa käsitystä, jonka mukaan esitutkinnassa tapahtunut ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti tai väärinneuvonta *nemo teneatur etc.* -privilegion yhteydessä ei aiheuta enempää lukemis- kuin hyödyntämiskieltoakaan myöhemmässä alioikeusmenettelyssä. Kannanmääritys edellyttää kuitenkin myös sen seikan tutkimista, palveleeko informointivelvollisuus ylipäättään rikoksesta epäillyn/syytetyn suojaa.²⁴⁸ Syytteen vaaralta suojaava vaitiolo-oikeus on luotu ennen kaikkea siksi, että lainsäätäjä on halunnut tehdä myönnytyksen todistajan omantunnonkonfliktille, ihmisluonnon heikkoudelle.²⁴⁹ Kun omaksuttu järjestely välillisesti suosii syytettyäkin, niin kysymyksessä on pikemminkin juridisen automaation synnyttämä sivuvaikutus kuin lainsäätäjän motivaatioon määräävästi vaikuttanut tavoite. Tämäkin argumentaatiotausta näyttäisi siten puhuvan hyödyntämiskieltoa vastaan.

Jäljelle jäävät enää yleispreventiiviset harkinnat. Kuten tutkimuksessa on havaittu, hyödyntämiskiellolla, milloin se liittyy sanktiona esitutkinnassa esiintyneeseen väärinmenettelyyn, on tietty tosiasiallinen preventiovaikutus: sanktio on omansa vierottamaan poliisiviranomaisia lainvastaisista kuulustelutavoista, koska rikostutkija tietää, ettei todistamiskiellon rikkominen hyödytä. Yleispreventiiviset johtopäätökset eivät kuitenkaan näytä perustelluilta; tässä kuten muutoinkaan todisteiden hyväksikäyttämiskielto ei ole sovelias keino poliisimielivaltaisuuksien ehkäisemiseen.

Esitutkintavirheen oikeusseuraamusta koskevaa kysymystä on edellä käsitelty verraten seikkaperäisesti. Näin siksi, koska on oletettava, että esitetyt harkintaperusteet soveltuvat yleensä silloinkin, kun vastaava informointivirhe on tapahtunut varsinaisessa oikeudenkäynnissä. Ilmeistä on, että tutkittava kysymys ratkeaa koko rikosprosessimenettelyn osalta lähes yhtenäisten näkökohtien pohjalta.

Oikeuskäytännön kanta on epäselvä. Seuraavassa äänestyksen jälkeen annettussa ratkaisussa Korkein oikeus ei ole liittänyt informoinnin laiminlyöntiin täysiä oikeusseuraamuksia.

KoO 1953 II 81: Henkilö, joka väkijuomien luvatonta myyntiä koskevassa syytejutussa oli todistajana salannut ostaneensa syytetyltä väkijuomia, tuomittiin rangaistukseen perättömän lausuman antamisesta

²⁴⁸ *Granfeltin* mukaan (mt. s. 88) informoinnin laiminlyöminen koituu vain todistajan mutta ei asianosaisen epäduksi.

²⁴⁹ Vrt. I osa s. 175 s.; sekä muutoin *Otto* s. 301.

todistajana, vaikka KO:n puheenjohtaja oli laiminlyönyt ilmoittaa todistajalle, että hän oli oikeutettu kieltäytymään todistamasta mainitusta seikasta.

Ratkaisussa poikettiin hovioikeuden omaksumasta kannasta. Samalla ratkaisu ilmentää muutosta Korkeimman oikeuden varhemmin omaksumaan periaatteelliseen linjaan; tässä suhteessa saatetaan viitata edellä selostettuihin ratkaisuihin.²⁵⁰ Itse kysymys virheen vaikutuksesta positiivisesti annetun lausuman hyödyntämiskelpoisuuteen ei (prosessuaalisena) pääasiana ole joutunut ylimmän oikeusasteen ratkaistavaksi.

Yleinen ratkaisukaava — kuten esimerkiksi teesi, että todistelutulos saadaan aina hyödyntää, milloin todistamiskiello on annettu kolmannen henkilön (esim. todistajan) eikä syytetyn suojaksi — on tässä kuten muutoinkin riittämätön. Lupaavampaa on käyttää pragmaattista ratkaisumetodia.

Tällöin on todettava, että tuomarin voi olla vaikea ennakoida todistajan konfliktitilannetta informointivelvollisuuden perustavalla tavalla. Hän ei tunne todistajan kantamaa salaisuutta. Informointivelvollisuuden akillen kantapää onkin premissien häilyvyydessä: tuomarin edellytetään valistavan todistajaa, vaikka hänen vakuuttuneisuutensa relevanttien tosiseikkojen olemassaolosta jää todennäköisyys- tai mahdollisuusarvostelman asteelle.²⁵¹ Vakaumuksenmuodostus ei juurikaan voi saavuttaa varmuuden astetta, joka modaaliteetti olisi psykologisesti välttämätön, jotta tuomarin voitaisiin vaatia sanovan hyvämaineiselle henkilölle: »Saatte kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, jos olette itse tehnyt jotakin rangaistavaa.» Eräänlaisena yleislääkkeenä voitaisiin ajatella OK 17: 24,1:n 1. virkkeen sanatarkkaa lukemista ennen todistajankertomuksen antamista, samassa yhteydessä kun todistajaa muistutetaan totuusvelvollisuudesta ja hänen vannomansa valan tärkeydestä.²⁵² Mutta onko varmaa, että juuri ne todistajat ymmärtävät neuvonnan, joiden se tulisi ymmärtää? Tuomarin olisi helpompi tehdä asia ymmärrettäväksi, jos hänellä olisi konkreettisia epäilymomentteja.

²⁵⁰ Ennen v:n 1948 todistuslainsäädännön voimaantuloa tuomioistuimella ei ollut lakisääteistä informointivelvollisuutta. Sellaisen velvollisuuden katsottiin johtuvan tuomarin (muodollisesta ja aineellisesta) prosessinjohtosta; ks. *Granfelt*, mt. s. 86 s. ja *JFT* 1943 s. 162 (eräs keskustelukysymys); *Alkio*, mt. s. 177.

²⁵¹ Vrt. *Sarstedt* s. 19: Todistajan syyksi epäiltävä rikos on ehkä jo vanhentunut. Vastakkaisessakin tapauksessa kysymys saattaa olla muutamista päivistä: Tuomari ei kerta kaikkiaan ole selvännäkiä.

²⁵² Tähän mahdollisuuteen on tekijän huomiota kiinnittänyt HoN *Lepistö*.

Edelleen on huomattava, että »syytteen vaara» on käsitteisällöltään perin väljä.²⁵³ Onko esimerkiksi nainen, joka tunnustaa syytettynä olevan lääkärin suorittaneen hänelle sikiönlähdettämisen, todella vaarassa joutua itse syytetyksi? Teosta on ehkä kulunut niin pitkä aika, että on vain päivien kysymys, ehditäänkö syyte nostaa ennen rikoksen vanhentumista. Jos kysymyksessä on asianomistajarikos, mukaan tulee uusi epävarmuustekijä: ilmoittaako asianomistaja rikoksen syytteeseen pantavaksi? Edelleen: Informointitilanne syntyy useinkin kesken kiireintä prosessia. Tuomari on ehkä pyytänyt todistajaa täsmentämään vastaustaan jossakin suhteessa. Kysymys saattaa kuulua: »Mistä todistaja on saanut tämän tietoonsa?» Voiko tuomari aavistaa, että totuudenmukainen vastaus olisi: »Salakatselun avulla.» Aina ei vastauksen ilmaisema tosiseikka sellaisenaan riitä syytteen perusteeksi. Syytteen vaara syntyy vasta kun tuo tosiseikka näyttäytyy laajemman tosiasiakompleksin osana, yhdessä muiden osaksi tunnettujen, osaksi tietymättömien tosiseikkojen kanssa. Näennäisesti toisarvoinen tosiseikka saattaa tällöin muodostua kohtalokkaaksi. Niinpä todistajankertomus saattaa ilmaista, että todistaja on kello 8.00 jättänyt Savonlinnassa hotelliinsa lähtöilmoituksen ja osallistunut samana päivänä kello 12.00 liikelounaaseen Helsingissä. Kuulusteluteeman näkökulmaan sidotulle tuomarille tämä ei sano juuri mitään, kun taas poliisiviranomainen saa tästä ratkaisevan indision ylinopeussyytettä varten.

Edellä esitetystä havaitaan, että premissit, joilla ilmoitusvelvollisuus lepää, ovat niin epämääräiset,²⁵⁴ ettei informoinnin laiminlyöntiin voida liittää hyödyntämiskielloa.²⁵⁵ Vain milloin informointivirhe on erityisen silmäänpistävä — kysymyksessä on esimerkiksi positiivinen väärininformointi — ja antaa vaikutelman todistajan arvottomasta kohtelusta, todistamiskiellon rikkomiseen liittyy prosessuaalisena sanktiona todistelutu-

²⁵³ *Sarstedt*, *ibid.*

²⁵⁴ Siten Norjan oikeudessa tuomarilla ei edes ole lakisääteistä informointi-velvollisuutta; ks. *Andenaes*, *mt.* s. 198.

²⁵⁵ Näin *Grünwald*, *ibid.*; *Henkel*, *Strafverfahrensrecht* s. 211; *Otto*, *ibid.*; *Sarstedt*, teesi II 6 b. Toisin *Alsberg—Nüse* s. 99 s.; *Klug*, teesi II 6 b; KMR § 48 rn 2 c (3); *Peters* s. 128 s. — Tekstissä omaksuttu käsitys on saanut vaikutteita *Granfeltin* esityksestä (*mt.* s. 86), jonka mukaan todistaja, joka on vaitiolo-oikeutetaan tuntemattomana antanut itseään tai lähiomaistaan raskauttavan todistajankertomuksen ja saanut myöhemmin samassa prosessissa tietää privilegiostaan, ei voi oikeusvaikutuksellisin tavoin peruuttaa lausumaansa.

loksen hyödyntämiskielto. Tätä vaatii rikosprosessin oikeusvaltionmukaisuus.²⁵⁶

cc) Lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeus (OK 17:24,₂₋₄)²⁵⁷

Vuosina 1966 ja 1971 annetuilla uusilla lainmääräyksillä on virkamiesten ja perinteisten ammatinharjoittajaryhmien rinnalle luotu uusi vaitioloprivilegion omaava todistajaluokka: sanomalehden toimittajat ja yleisradion ohjelmatoimittajat.²⁵⁸ Lainsäätäjä on näin tehnyt myönnytyksen lehdistön ja radion vaatimuksille saada salata tietolähteensä. Lehdistön osalta oikeudenkäynnissä huomioitava anonyymiteettisuoja on lausuttu OK 17:24,₂:ssa. Lainkohdan mukaan aikakautisen painokirjoituksen julkaisija, päätoimittaja, kustantaja tai kirjanpainaja saa kieltäytyä vastaa-
masta kysymykseen, kuka on painokirjoitukseen otetun kirjoituksen tai tiedonannon laatija tahi kuka on antanut kirjoituksen tai tiedonnan perusteena olevat tiedot, samoin kuin kysymykseen, johon ei voi vastata paljastamatta laatijaa tai tiedonantajaa. Edelleen säädetään, että sama koskee soveltuvin osin aikakautiseen painokirjoitukseen otetun kirjoituksen tai tiedonannon laatijaa sekä sitä, joka on saanut tiedon edellä mainituista seikoista ollessaan asianomaisen kustantajan, toimituksen tai kirjanpaina-

²⁵⁶ *Klug*, Juristentag s. 144, jossa hän on muuttanut kantaansa; vrt. edellinen alav.

²⁵⁷ Tutkimuksen I osassa s. 159/60 oleva esitys Ruotsin ja Tanskan prosessilakien sisällöstä ei ota huomioon suoritettuja lainmuutoksia: Niiden seurauksena nyttemmin myös Ruotsissa sanomalehden toimittajat saavat oikeudenkäynnissä kieltäytyä ilmaisemasta uutislähdettä, Tanskassa puolestaan lehdistön toimintavapautta on tehostettu toteuttamalla vaitiolo-oikeuden osalta henkilöpiirin laajennus. Ks. lähemmin Lag om ansvar på tryckfrihetsförordningens område för brott mot tystnadsplikt 15. 12. 1977 (SFS 1977:1035); ja Rpl 172,₁ §: »Redaktører, redaktionssekretærer og journalister ved et her i riget trykt periodisk skrift... Det samme gælder andre, der i kraft af deres tilknytning til vedkommende skrift, trykkeri, nyhedsbureau eller forlag har fået kendskab til forfatterens eller kildens identitet.»

²⁵⁸ L. 25. 3. 1966/176 ja 12. 3. 1971/220. — Tutkimuksen I osassa puhutaan (s. 151) lehdistösalaisuudesta lääkäri-, asianajo- ja rippisalaisuuteen vertautuvana, perinteitä omaavana salaisuuslajina. Esitys on tässä kohden epätasällinen: vain kolme viimeksi mainittua kategoriaa edustavat klassisia vaitioloprivilegioita.

jan palveluksessa. 24 §:n 3 momentissa tietolähteiden suoja ulotetaan koskemaan radiovastuulaissa (219/71) tarkoitettussa yleisradiotoiminnassa lähetettyyn ohjelmaan sisältyviä tiedonantoja. Vastaavaan ohjelmatoimittajaan ja muuhun yleisradiotoiminnan harjoittajan palveluksessa olevaan henkilöön sekä tiedonannon laatijaan on tällöin vastaavasti sovellettava, mitä 2 momentissa on säädetty. Vaitiolo-oikeus on yhteydessä painovapauslaissa ja radiovastuulaissa toteutettuun erityiseen rikosoikeudelliseen vastuujärjestelmään.^{258a}

Ennen nyt selostettujen säännösten antamista lehtimiesten taholta pyrittiin vetoamaan uutislähteen salassapitämis oikeuden tueksi OK 17:24,1:n liike- ja ammattisalaisuuksia suojaavaan todistamiskieltoon.²⁵⁹ Tuomioistuimet eivät kuitenkaan yleensä katsoneet tässä olevan laillista syytä vastaamasta kieltäytymiselle. Tämän johdosta paine uuden lainsäädännön aikaansaamiseen oli sitä voimakkaampi, ja uuden oikeustilan kannalta tietolähteiden suoja on varsin laaja. Henkilöllisessä suhteessa todistajan vaitiolo-oikeus on selvästi sanomalehden päätoimittajalla ja julkaisijalla, mutta tämän ohella myös esim. toimituksen lähetillä. Mitä 24 §:n 2 momentin asialliseen soveltamisalaan tulee, se määräytyy olennaisesti siitä, mikä merkityssisältö annetaan termeille »kirjoitus» ja »tiedonanto». *Aalto* lausuu puheenalaisessa suhteessa, että »kirjoituksella» tarkoitetaan muun muassa kirjoittamisen tulosta ja erilaisia kirjallisia tuotteita: artikkeleita, tutkielmia, kertomuksia, juttuja, novelleja, lyhyitä kuvauksia ja haastatteluja. Tiedonannot taas ovat julkisia tai virallisia tiedotuksia, tiedotteita, tiedoksiantoja, ilmoituksia, raportteja ja muita niihin verrattavia tuotteita. Vain taloudellisen voiton saavuttamiseksi julkaistut ilmoitukset ja mainokset näyttäisivät olevan selvästi rikosprosessuaalisen anonymiteettisuojaan ulkopuolella.²⁶⁰

Lehtimiehen vaitiolo-oikeuden edelleen valottamiseksi ajateltakoon

^{258a} Ks. PainoL 31 § verr. 19 § ja RadiovastuuL 1 ja 2 §; PainoL 32 § ja RadiovastuuL 3 §.

²⁵⁹ Ks. siinä suhteessa HS 19.2.1965 ja 21.4.1965: Kysymys erään tuomion johdosta annetuista asiantuntijalausunnoista. Raastuvanoikeus oli katsonut, ettei kysymys koskenut sellaista ammattisalaisuutta kuin laki tarkoitti ja velvoitti todistajan sakon uhalla vastaamaan kysymyksiin. Annetuissa lausunnoissa tuotiin jokseenkin yksimielisesti julki käsitys, että sanomalehtimiehen tulisi ehdottomasti saada salata uutislähteensä.

²⁶⁰ »Lehtimiehen anonymiteetti» s. 29 s.

tilannetta, että toimittaja on julkaissut kunnianloukkauksen sisältävän artikkelin. Hän on itse rikosoikeudellisesti vastuussa kunnianloukkauksesta. Jos häntä vastaan on nostettu syyte, syytettynä hän ei oikeutemme mukaan ole velvollinen antamaan vastinetta. Mutta jos artikkelin laatija ei ole tiedossa ja toimittajaa kuultaisiin todistajana, hänen ei enää tarvitse, kuten varhemman oikeuden mukaan olisi asian laita ollut, todistamisesta vapautuakseen vedota OK 17:24,^{1:n} 1. virkkeen syytteen vaaralta suojaavaan todistamiskieltoon.

Törkeitä rikosasioita silmällä pitäen lainsäätäjä on katsonut olevansa pakotettu rajoittamaan lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeutta. Niinpä OK 17:24,^{4:ssä} (L:ssa 19.7.1974/622) säädetään, että milloin 2 tai 3 momentissa tarkoitettu asia koskee rikosta, josta saattaa tulla vankeutta 6 vuotta tai sitä kovempi rangaistus tai sanotunlaisen rikoksen yritystä tai osallisuutta siihen, lehtimies tai ohjelmatoimittaja voidaan velvoittaa vastaamaan 2 momentissa tarkoitettuihin kysymyksiin.

Lainkohdasta havaitaan, että totuudentutkimisintressin on oltava erityisen voimakas, jotta todistamiskielto menettäisi vaikutuksensa. Vaitiolo-privilegion vahvuus vain korostuu, kun otetaan huomioon, ettei todistamiskielto nytkään raukea absoluuttisesti. OK 17:24,⁴ lausuu fakultatiivisen oikeusnormin. Lainsäätäjä on jättänyt tuomioistuimen harkintaan, onko lehtimies/radiotoimittaja velvoitettava ilmaisemaan uutislähteensä ja kirjoituksen laatijan.²⁶¹

Jos asia koskee tietoa, joka on annettu vastoin sellaista salassapito-velvollisuutta, jonka rikkomisesta on erikseen säädetty rangaistus, voidaan lehtimies velvoittaa vastaamaan 24,² §:ssä tarkoitettuun kysymykseen (OK 17:24,⁴ i.f.). Säännös on hyvin sopusoinnussa prosessuaalisia vaitioloprivilegioita määräävästi kannattavan normitarkoituksen kanssa: Kun todistamiskielto yleensä näyttäytyy vastaavan aineellisoikeudellisen vaitiolovelvollisuuden täydennyksenä, niin järjestelmän eheys edellyttää, ettei prosessioikeudellinen instituutio de facto johda aineellisoikeudellis-

^{260a} Tällöin tulevat noudatettaviksi OK 17:34,^{1:n} (L:ssa 12.3.1971/220) säännökset todistajan kuulustelemisesta suljetuin ovin.

²⁶¹ Ks. *Aalto*, mt. s. 32 s.; *Tirkkonen*, Rp II s. 260; sekä lain esitöiden johdosta *LvK* 1966 N:o 2 s. 3: »Tällaisista perusteista on ennen muuta mainittava, että täten saatu todistajanlausunto on välttämätön asian selvittämiseksi sekä että tärkeät julkiset tai yksityiset edut, esim. että täten välttyttäisiin tuomitsemasta syytöntä, puhuvat todistajanlausunnon saamisen puolesta.»

ten väärinkäytösten suosimiseen. Aineellisina rangaistussäännöksinä, jotka loogisesti edellyttävät puheenalaista todistamiskiellon rajoitusta, mainittakoon ennen muuta RL 40:19 a (virkamiehen vaitiolovelvollisuus) ja 38:3 (ammatinharjoittajan salassapitovelvollisuus). Todistamiskiellon ylläpitämiselle ei nyt voida esittää mielekästä suojeluajatusta.^{261a}

Lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeus on voimassa myös esitutkinnassa.²⁶² Käytännössä esiintyviä kieltäytymistilanteita silmällä pitäen puheenalaisten oikeussäännösten merkitys on esitutkinnassa jopa suurempi kuin varsinaisessa alioikeusmenettelyssä. Todistajan kieltäytyessä vastaamasta johonkin kysymykseen tulee sovellettavaksi OK 17:25:n totunnainen määräys, että hänen on mainittava kieltäytymisensä peruste ja tuettava sitä todennäköisin syin. Riippumatta siitä, kummassa oikeudenkäynnin päävaiheessa todistamiskiello aktualisoituu, rikosoikeudenhoidon orgaanin on, yhdenmukaisesti sen kanssa mitä aikaisemmin on lausuttu analogisista tapauksista, hyväksyttävä verraten yleispiirteinen ilmoitus kieltäytymisperusteen käsillä olost. Esitutkija voinee kuitenkin sopivasti kiinnittää todistajan huomiota RL 17:4:n pakotteisiin. Sen johdosta, että todistamisvelvollisuus silloinkin kun se ns. törkeätä rikosta koskevassa jutussa periaatteessa on olemassa, jää yhtä kaikki fakultaatiiviseksi, tällaisessakin jutussa ainoastaan tuomioistuim voi niin harkitessaan velvoittaa kieltäytymisoikeuteensa vetoavan todistajan ilmaise-

^{261a} Vrt. tämän johdosta *LvK* 1966 N:o 2 s. 2 ss.: »Todistajankertomus on aina annettava, kun kirjoitus tai tiedoitus sisältää tietoja, jotka on annettu vastoin sellaista vaitiolovelvollisuutta, jonka rikkomisesta on säädetty rangaistus, tai milloin todistaja kieltäytyy antamasta niin täydellisiä tietoja asiasta kuin hän voi saada kirjoittajalta tai tiedottajalta paljastamatta tämän henkilöllisyyttä... Kun... on kysymys törkeästä luottamuksen pettämisestä niin ei liene lehdistönkään etujen mukaista, että tietolähdettä ehdottomasti olisi suojeltava... Asiassa, jossa on kysymys rangaistavasta salassapitovelvollisuuden rikkomisesta, olisi kiinnitettävä huomiota muun muassa siihen, onko salassapidettävän seikan yleisön tietoon saattaminen tapahtunut yleiseltä merkitykseltään hyväksyttävässä tarkoituksessa vai onko sen kautta vain aikaansaatu vahinkoa, ilman että tiedolla olisi muuta merkitystä kuin sensaation herättäminen.» — Voidaan osoittaa ulkoinen aihe, *occasio legis*, joka osaltaan vaikutti kyseiseen vaitiolo-oikeudesta säädettyyn poikkeukseen: ns. budjettivuotojuttu, jossa sanomalehti oli julkaissut hallituksen vielä salaisen budjettiesityksen saatuaan asianomaiset tiedot vaitiolovelvollisuuttaan rikkoneelta virkamieheltä; ks. *Helminen*, PM 1966 s. 825.

²⁶² Vrt. v:n 1973 esitutkintaa koskevan lakiehdotuksen 24 §; ja sen johdosta *Esitutkinta* s. 27.

maan tietonsa.²⁶³ De lege ferenda tämä oikeus on ehdotettu myönnettäväksi myös esitutkinnan johtajalle.²⁶⁴

Lehdistön ja radion toimintavapautta suojaava todistamiskielto voidaan eräässä mielessä luonnehtia »antijuridiseksi»: Tuomioistuimeen ei kohdistu kyselykieltoa; sillä on tosin OK 17: 28,2:n ja 31:n mukainen informointivelvollisuus, mutta todistaja päättää omavastuisesti kysymyksessä olevan prosessuaalisen edun käyttämisestä. Nämä premissit mahdollistavat *hyödyntämiskysymyksen* yksiselitteisen ratkaisemisen kaikkiin tilanteisiin soveltuvan yleisen säännön muodossa. Voimassaoloa koskevan väitteen sisältönä voi olla vain, että jos todistaja päättää ilmaista vastaavan ammattisalaisuuden, lausuma on aina hyödyntämiskelpoinen. Näin siinäkin tapauksessa, että todistaja menettelyllään räikeästi rikkoo ammatillista vaitiolovelvollisuuttaan ja joutuu mahdollisesti jopa vastaavien rikosoikeudellisten seuraamusten alaiseksi.

d) Todistajan vaitiolovelvollisuus (OK 17: 23)

*da) J o h d a n t o*²⁶⁵

Todistamiskieltojen piirissä esiintyvistä kysymysryhmistä nyt käsiteltävä, otsakkeen ilmaisema osa-alue on oikeuskirjallisuudessamme saanut osakseen jo varsin perusteellisen syvämuokkauksen. Tämän johdosta saattaa olla perusteltua suorittaa käsillä olevan ongelmakokonaisuuden

²⁶³ Ks. tämän johdosta Aalto, mt. s. 33 s.; Helminen, mt. ibid.: Vaitiolo-oikeuden laajuutta rajoitettaessa ei ole otettu huomioon rikostutkinnan tarpeita. Tutkintavaiheessa ei näin ollen voida tietolähteen suojaa murtaa silloinkaan, kun todistamaan velvoittaminen tulevassa oikeudenkäynnissä näyttää todennäköiseltä.

²⁶⁴ Ks. Luonnos 31. 7. 1977 s. 59 s.: »Kun kuulustelua suoritettaessa ei usein tiedetä, mistä rikoksesta epäiltyä tullaan syyttämään, ei esitutkintaa varten ole katsottu aiheelliseksi luoda erityistä menettelyä, jossa todistaja vastaavalla tavalla velvoitettaisiin vastaamaan törkeän rikoksen selvittämistä tarkoittavaan kysymykseen. Jos kuitenkin on ilmeistä, että tutkittavana on törkeä rikos, esitutkinnan johtaja voi ilmoittaa todistajalle, että tämä on velvollinen vastaamaan kysymykseen. Jos todistaja tästä huolimatta kieltäytyy vastaamasta kysymykseen, voidaan hänet ehdotetun 43 §:n mukaisesti sakon uhalla velvoittaa vastaamaan.»

²⁶⁵ Tutkimuksen I osassa s. 128 av 85 ja 375 av 352 oleva viittaus VI 2 da pitää olla VI 2 fa.

valottamisessa erinäisiä rajoituksia; tätä vaativat myös tutkimukselliset syyt, jotka sallivat vain yleisten piirteiden esittämisen. Tutkittavaa kysymysryhmää tullaan siten käsittelemään suppeammin kuin mitä tutkimuskohteen reaalimerkitys ehkä edellyttää; onhan todistamiskiellot yleisessä juridisessa tietoisuudessa lähes samaistettu todistajan vaitiolovelvollisuuteen.

Huomattakoon kuitenkin, että »todistajan vaitiolovelvollisuus» ei ole nyt tarkasteltavan ilmiökokonaisuuden otsakkeena aivan täsmällinen. Kuten aikaisemmin on todettu, todistajalla on vaitiolovelvollisuus eräissä sellaisissakin tilanteissa, jotka käytetyn käsitteistön näkökulmasta luokituvat todistusteemakielloiksi. Toisaalta lainsäätäjällä on ollut syynsä myöntää määrätyille ammatinharjoittajaryhmille vain relatiivinen poikkeusasema siten, että todistajalla on ainoastaan vaitiolo-oikeus.

Yhteistä puheenalaiselle tapausryhmälle on, että todistamiskielto näyttäytyy aineellisoikeudellisen vaitiolovelvollisuuden prosessuaalisena vahvennuksena. Ulkoprosessuaalisesta tosiseikastosta seuraa todistamiskielto joko suorastaan ex lege — näin vaitiolovelvollisuuksien kohdalla — tai sen nojalla, että todistaja käyttää vaitiolo-oikeuttaan vireillä olevassa prosessissa.²⁶⁶ Tässä kuten muutoinkaan aineellisen oikeuden edellyttämisestä oikeustilasta ei sinänsä voida tehdä riidattomia johtopäätöksiä prosessuaalisen todistelun suhteen; apriorisesti molempien osajärjestelmien — aineellisen oikeuden ja prosessioikeuden — kesken vallitsee riippumattomuus. Vasta lainsäätäjä suorittaa tarpeellisen koordinoinnin.²⁶⁷ Jos näiden osajärjestelmien normeja ajatellaan välineinä, joiden avulla suojataan oikeusyhteisön vitaaleja elämänintressejä, niin tavoitteiden samuus tai niiden läheisyys yleensä vaatii vastaavaa koordinointia. Prosessilainsäätäjä voi kuitenkin tietoisesti kohdistaa prosessuaalisen normin suojelusuunkauksen toisin, jolloin oletus täydellisestä koordinoinnista murtuu. Onko konkreettisen normin kohdalla suoritettu mainittu tavoitteiden yhdentäminen/lähentäminen, sen ratkaisee lain soveltaja juridisen metodiopin perinteisin keinoin. Mitä nyt tarkasteltavaan kysymysryhmään tulee, aineellisen oikeuden ja prosessioikeuden läheinen yhteenkuuluvuus ilmenee erityisen selväpiirteisenä: toista osajärjestelmää ei voida ajatella ilman toista, ne edellyttävät toisiaan.

Meillä vallitsevalle oikeustilalle on leimaa antavaa, että vaitiolovel-

²⁶⁶ Ks. yksityiskohtien johdosta I osa s. 70 s., 98 ss. ja 145 ss.

²⁶⁷ *Hormia*, LM 1971 s. 160.

vollisia todistajaluokkia on paljon. Toisin kuin vaitiolo-oikeuden ollessa kysymyksessä todistamisvapautus ei riipu todistajan tahdosta eikä sitä liioin ole jätetty tuomioistuimen harkintaan. Lain soveltajalle omaksuttu järjestely merkitsee kevennystä: Hän vapautuu siitä useinkin problemaattisesta intressivertailusta, jota konkreettisen tapauksen ratkaiseminen muutoin edellyttää.²⁶⁸ Liioin hänen ei tarvitse välittää siitä, että siirryttäessä yhdestä ammatinharjoittajaryhmästä toiseen privilegion perusteena olevan luottamussuhteen intensiteetti vaihtelee. Tämä edistää lainkäytön yhtenäisyyttä.²⁶⁹

db) Virkamiehen vaitiolovelvollisuus²⁷⁰

(OK 17:23,1:n 1 kohta)

Virkamiehen vaitiolovelvollisuudesta sisältyy perussäännös OK 17:23,1:n 1 kohtaan. Tässä lainpaikassa säädetään, että virkamies tahi julkista tehtävää tai asiaa toimittamaan valittu tai määrätty ei saa todistaa siitä, mitä hänen on tässä toimeksaan pidettävä salassa. Vaikka laki ei sisällä asiasta nimenomaista mainintaa, on katsottava, että vastaava todistamiskielto on voimassa myös asiantuntijatodistelussa. Viimeksi mainitussa todistelulajissa säännöksen käytännöllinen merkitys saattaa olla jopa suurempi kuin todistajatodistelussa. OK 17:12,2:n 2. virkkeestä puolestaan ilmenee, että todistelulajin vaihdos asiakirjatodisteluksi ei aiheuta muutosta virkamiehen prosessuaaliseen salassapitovelvollisuuteen: virkamies ei saa esiintuoda asiakirjaa, jos se oletettavasti sisältää sellaista, josta häntä ei voitaisi kuulla todistajana. OK 17:57,2:n 2. virkkeen mukaan sama on voimassa asiakirjan katsastettavaksi tuomiosesta. Analogian tietä voitaneen vastaava todistelun rajoitus ulottaa koskemaan myös esinekatselmusta.

²⁶⁸ Jos todistaja on *vieraan valtion kansalainen* ja hän on vaitiolovelvollinen kotimaansa mutta ei Suomen lain mukaan, suomalainen tuomioistuin ei voi pakottaa häntä rikkomaan vaitiolovelvollisuuttaan; UlkApuL 6 § ex anal.

²⁶⁹ *Tirkkonen*, Tystnadsplik. Bilaga IV s. 19.

²⁷⁰ Tutkimuksen I osassa s. 403 av 426 oleva viittaus VI 2 db pitää olla VI 2 fb.

Suoritetun lainmuutoksen johdosta Tanskan oikeudessa kysymyksen virkamiehen prosessuaalisesta vaitiolovelvollisuudesta säännöstää Rpl 169,1-2 § (vrt. I osa s. 143).

Normituksen perusteellisuuden johdosta virkasalaisuuden rikosprosessissa nauttima suoja on verrattain vahva. Asia nähdään toisessa valossa, kun pannaan merkille, että virkasalaisuus menettää erikoisase-
mansa niin pian kun se on tullut sivullisen tietoon. Kolmas henkilö saa todistaa virkasalaisuudesta;²⁷¹ samoin hän saa esittää oikeudelle virkasalaisuuksia sisältävän asiakirjan. Vielä enemmän: ellei erityistä todistelun estettä ole, kolmas henkilö on oletetussa tilanteessa normaalin todistamisvelvollisuuden alainen. Lennätinvirkailija, jolle on saneltu herjauksen sisältävä sähkösanomateksti, ei saa todistaa sähkösanoman sisällöstä. Sen sijaan sivullinen, joka on kuullut sanelun, on todistamisvelvollisuuden alainen.

Toisin kuin valtiosalaisuus samoin kuin tuomarin neuvottelu- ja äänestyssalaisuus, joiden kohdalla itse tosiseikasto on todistusteemakiellon perusteella suojattu minkä tahansa todistuskeinon avulla suoritettavaa todistelua vastaan, OK 17:23,1:n 1 kohdan tapauksessa kielto ilmaista virkasalaisuuksia kohdistuu tarkoin yksilöityihin todistuskeinoihin.²⁷² On kyllä mahdollista, käytännössä epäilemättä tavallistakin, että virkasalaisuus tosiseikastona täyttää samalla valtiosalaisuuden tunnusmerkit. Tuomarin neuvottelu- ja äänestyssalaisuus taas kuuluu aina osa-

²⁷¹ Tutkimuksen I osassa (s. 20) on verrattu toisiinsa OK 17:23,1:n 1 ja 2 kohdan säännöksiä ja todettu, että 1 kohdan ilmaisema todistuskeino »virkamies» kuuluu osaluokkana 2 kohdan tarkoittamaan luokkaan »kaikki todistuskeinot». Tältä pohjalta on päädytty luokitukseen, jonka mukaan virkasalaisuuksia suojataan todistuskeinokiellolla, valtiosalaisuuksia todistusteemakiellolla. Voidaan kysyä, onko formaalinen, kyseisten säännösten ration ohittava tulkinta paremmin perusteltu kuin teleologinen tulkintametodi. Siten *Seiler* lähtee Itävallan oikeuden (öStPO 151 § n:o 2) kannalta ko. oikeusnormin ratiosta ja katsoo todistamiskiellon kvalifioituvan todistusteemakielloksi. Laissa käytetty kirjoitustapa saattaa kyllä synnyttää ajatuksen, että tässä on vain asianomainen virkamies suljettu todistuskeinojen piiriin ulkopuolelle niin kauan kuin häntä ei ole vapautettu vaitiolovelvollisuudestaan. Mutta tätä todistamiskielloa ei *Seilerin* mukaan luotusiksi, että olisi otettu huomioon todistajaksi kutsutun virkamiehen erityinen tilanne tai asema, vaan oli pidetty silmällä valtiolla olevaa intressiä salata tietyt tosiasiat, ja virkamiehet ovat vain henkilöitä, jotka primäärisesti tulevat kysymykseen asianomaisten seikastojen ilmaisijoina; ks. *JBI* 1974 s. 60. Asiallisesti samoin *Peters* s. 106 s. Toisin — vastaavasti kuin tekstissä — *Klug* s. 36; *Spendel* s. 1106. Ks. myös *Beling* s. 24 av 2: »Hier ist zwar das Geheimnis als solches geschützt, aber doch nur als Geheimnis in der Person des Vertrauensmannes.»

²⁷² Ks. tämän lainkohdan johdosta *Helminen*, PM 1972 s. 403; *Tirkkonen* s. 116 s.; *sama*, Rp II s. 245; ja Ruotsin oikeuden (RB 36:5,1) osalta *Ekelöf* IV s. 120 s.; *Gärde* s. 498; *Hassler*, mt. s. 34; *Welamson*, Läkarsekretessen s. 27.

luokkana virkasalaisuuksien piiriin.²⁷³ Tuomioistuimen käyttäytymismallin valinta tapahtuu tällöin OK 17:23,1:n 2 kohdan ja vastaavasti OK 1:7:n todistusteemakiellon pohjalta: *lex superior derogat legi inferiori*. Puheenalaisen todistamiskiellon normiluonteesta omaksutun käsityksen tueksi viitattakoon vielä TakavarikkoL 1,2 §:n määräyksiin. Lainpaikasta ilmenee *e contrario*, että virkasalaisuuksia sisältävä asiakirja saadaan takavarikoida, jos se ei enää ole virkamiehen huostassa.

Edellä esitetyn mukaisesti virkasalaisuuksia suojaava todistamiskiello luokituu todistuskeinokielloksi. Mainittu seikka on yhteydessä suojaavan oikeushyvän laatuun. Todistamiskiellon oikeusperusteena ovat virkaedut. Kun valtiosalaisuuksia suojataan valtioyhteisön etujen nimessä ja kun tuomarin neuvottelu- ja äänestysalaisuuden suoja taas nousee oikeusyhteisön kollektiivisista intresseistä, niin tässä etujen hierarkiassa virkaedut sijoittuvat äsken mainittuja alemmaksi.²⁷⁴ Konkreettisena suojeleobjektina ovat useinkin hallintosalaaisuudet. Tunnusmerkkillistä on, että todistamiskiello tarkoittaa aina määrätyn seikaston kätkemistä rikosprosessuaaliselta tiedoitsemistoiminnalta yhdellä tai useammalla yksilöidyllä todistuskeinolla tapahtuvaa todistelua vastaan. Virkaedut voivat kyllä olla esteenä julkisen viranomaisen asiantuntijana kuulemiselle sen johdosta, että asiantuntijalausannon antaminen on samalla hallinnon alalla toimivan ylemmän viranomaisen asia ja alaisen kilpailu koetaan häiritseväksi. Tässä tapauksessa ei kuitenkaan ole kysymys varsinaisesta virkasalaisuudesta eikä edes todistamiskiellosta muutoinkaan. Käsitteellisesti välttämätöntä on sellaisen seikaston olemassaolo, joka lain tai erityisen määräyksen mukaan taikka asian laadun vuoksi on pidettävä salassa. Tuomariin kohdistuu vastaavan laajuinen kyselykiello. Silti todistamiskiello osoittautuu normityypiltään todistuskeinokielloksi vielä seuraavan, täydentävän tunnuspiirteen valossa: Jos ylempi virkamies tai esimies on vapauttanut alaisensa virkamiehen tämän vaitiolovelvollisuudesta, ei viimeksi mainittu voi kieltäytyä todistamasta.²⁷⁵ Vapautus voi olla totaalinen tai osittainen.²⁷⁶

²⁷³ Vrt. *Tirkkonen* s. 118.

²⁷⁴ Vrt. *Helminen*, PM 1966 s. 822.

²⁷⁵ *Tirkkonen* s. 117; *Welamson*, FT 1950 s. 293; *Andenaes* s. 7; *PLB* II s. 392. — Oletetussa tilanteessa tulevat noudatettaviksi OK 17:34,1:n (L:ssa 12.3.1971/220) säännökset todistajan kuulustelemisesta suljetuin ovin. Huomattakoon myös OikJulkL 1,2 §:ssä (L:ssa 5.9.1975/703) edellytetty harkinnanvarainen julkisuuden poissulkeminen.

²⁷⁶ Vrt. *Peters* s. 108; *Sarstedt* s. 17; *Roeder*, ÖJZ 1974 s. 310.

Ylemmän virkamiehen puheenalaisessa suhteessa tekemä ratkaisu sitoo tuomioistuinta ja todistajaa. Tuomioistuin ja virallinen syyttäjä voivat esittää eriävän mielipiteen mutta eivät määrätä ratkaisun sisältöä.²⁷⁷ Hallintokanne tässä tarkoituksessa ei ole sallittu. Näin siksi, että rikosoikeudenhoidon orgaanit eivät voi esiintyä asianosaisena hallintoriitajutussa; oikeusviranomaisina näiden orgaanien tulee huolehtia vain tuomioistuinprosessin sisäisistä tehtävistä. Tuomioistuin ei saa tutkia vapautusselityksen oikeellisuutta, tarkoituksenmukaisuutta eikä motiiveja. Vapautusselitys ei ole prosessuaalinen tahdonilmaisu vaan ulkoprosessuaalinen, kulussien takana tapahtuva toimi. Sitä ei tarvitse perustella; näin jo siksi, koska kysymys on joka tapauksessa vähin äänin käsiteltävästä salaisuudesta. Mahdolliset väärinkäytökset ovat torjuttavissa vain parlamentaarisen kontrollin tietä.²⁷⁸

Viittaus parlamentaariseen valvontaan antaa aiheen todeta, että OK 17:23,1:n 1 kohta sitä täydentävine normeineen omaa poliittisen värityksen. Käytetty säännöstystekniikka on tuottanut blankomääräyksen, joka tekee oikeutta normin takaisille poliittisille realiteeteille.²⁷⁹ Niinpä siinä päätöksenteossa, jossa ylempi virkamies tai esimies joutuu ratkaisemaan virkasalaisuuden kohtalon, normatiivinen aines jää taka-alalle ja ratkaisu tapahtuu vapaan tarkoituksenmukaisuusharkinnan nojalla. Muutoin puheenalaiselle lainkohdalle on blankomääräyksenä ominaista, että sen lähempi normisisältö määräytyy oikeudenkäymiskaaren ulkopuolella olevista oikeussäännöksistä.²⁸⁰ Tässä suhteessa on todettava, että lainkohdan edellyttämä virkamieskäsite saa sisältönsä RL 2:12:ssa annetusta legaalisesta määritelmästä: »Virkamiehiksi sanotaan tässä laissa (so. rikoslaissa) valtion virkamiehet... ynnä muut, jotka ovat määrättyt tahi valitut julkiseen toimeen tai julkista asiaa toimittamaan.»²⁸¹ RL 40:19 a

²⁷⁷ Toisin Tanskan oikeudessa: Jos suostumus evätään, oikeus voi, mikäli todistajankertomuksen antamisella havaitaan olevan ratkaiseva merkitys jutun lopputulokselle, velvoittaa asianomaisen viranomaisen tekemään oikeudelle selkoa epäämisen perusteista. Jos oikeus tällöin havaitsee, että salassapitointressin on väistyttävä asiantilan selvittämistäintressin tieltä, se voi määrätä todistajankertomuksen annettavaksi. Ks. Rpl 169,2 §.

²⁷⁸ Vrt. *Tirkkonen*, Rp II s. 245; *Os*, NAT 1958 s. 48 ss. (»...retten ikke skal kunne overprøve vedkommende forvaltningsmyndighets vedtak.»; s. 61).

²⁷⁹ Vrt. *Welamson*, Läkarsekretessen s. 27; *Peters*, Lehrbuch s. 48.

²⁸⁰ Tässä suhteessa viitataan lakikirjassa RL 38:3:n kohdalla olevaan erinäisiä lainkohtia sisältävään luetteloon.

²⁸¹ Ks. tämän lainkohdan johdosta *Grotenfelt*, Kommentar till strafflagen

§:n 1 momentin mukaan tällainen henkilö on velvollinen olemaan ilmaise-
matta mitään, mitä hän virkansa puolesta on saanut tietää, jos asian
luonne vaatii, ettei sitä julkaista tai jos asia on erityisesti säädetty tai
määrätty salassa pidettäväksi. Lisäksi on eräissä, lähinnä hallinto-oikeu-
dellista laatua olevissa säädöksissä erikoismääräyksiä siitä, että tietyssä
asemassa olevat virkamiehet tahi määrätynlaista julkista tehtävää toi-
mittavat henkilöt ovat velvolliset pitämään salassa eräitä toimeissaan ha-
vaitsemiaan seikkoja.²⁸² Erityisiä salassapitomääräyksiä on annettu esim.
verohallinnon, puolustushallinnon ja terveydenhoitohallinnon palveluk-
sessa toimivien virkamiesten varalta.

Erityisesti *poliisiviranomaisten* vaitiolovelvollisuutta koskee po-
liisiasetuksen 18 §, jonka 2 momentin mukaan poliisimies ei saa
asiaan kuulumattomille ilmoittaa sellaista, minkä hän on toimes-
saan saanut tietää ja mikä lain tai asian laadun mukaan on pidet-
tävä salassa. *Virolainen* tulkitsee voimassa olevia oikeussäännöksiä
siten, »ettei poliisilla... ole (todistajana kuultuna) sen enempää
velvollisuutta kuin oikeuttakaan kieltäytyä paljastamasta tietoläh-
teitään... Tietolähteen salassapitaminen saattaisi... syytetyn
puolustuksen kannalta osoittautua... arveluttavaksi... Ei voida
pitää asianmukaisena, että syytetty tulisi tuomituksi... pelkästään
poliisin luottamuksellisesti saamien tietojen eli tosiasiallisesti kuu-
lopuheiden perusteella.»²⁸³ Sen johdosta, että poliisimiehet am-
mattinsa vuoksi joutuvat erityisen usein esiintymään rikosasioissa
todistajina, ongelman käytännöllinen merkitys on suuri. Kysymys
on aktualisoitunut kahdessa Korkeimman oikeuden ratkaistavaksi
saatetussa rikosasiassa (KoO:n p. 23.10.1974 N:o 1695 ja 16.7.1976
N:o 1538). Näissä ratkaisuissa ongelma on kierretty siten, että luot-
tamuksellisia tietoja on pidetty kuulopuheen tai huhun luonteisina
ja sellaisina asiaan vaikuttamattomina, minkä vuoksi todistajina

s. 51 ss.; *Honkasalo*, Suomen rikosoikeus. Erityinen osa III s. 235 s. Virkamiehen
käsitteestä ks. lisäksi *Konstari*, mt. s. 120 ss.; *Rytkölä*, Virkamiesoikeus s. 1 verr.
s. 300; *Uotila*, Päättösvallan siirtäminen Suomen valtionhallinnossa s. 18; *Vilk-
konen* Hallintolainkäytön alasta s. 117. Viitekohdassa todetaan, että rikoslain
virkamieskäsitteellä on tosin käyttöä lain soveltusalan ulkopuolellakin, mutta
olisi nolla poena sine lege-periaatteen vastaista venyttää RL 2 luvun 12 §:n virka-
mieskäsitettä koskemaan rikosoikeudellisia rajatapauksia. — Erityisesti Vilkko-
sen esityksen perusteella voitaneen katsoa, vastoin tutkimuksen I osassa s. 229
omaksuttua käsitystä, että *viranomaisen toimeksiantoa täyttävä asiantuntija ei ole
virkamies*. Siten myös *Halila*, LM 1978 s. 911.

²⁸² Ks. lähemmin *Rytkölä*, Virkamiehen salassapitovelvollisuudesta s. 13;
sama, Virkamiesoikeus s. 54 s. Ks. myös *Helminen*, PM 1972 s. 403.

²⁸³ »Poliisin tietolähde»: HS 14. 11. 1975.

esiintyneitä poliiseja ei ole velvoitettu paljastamaan tietolähdettään. Viittaus OK 17:7:ään ei kuitenkaan ole perusteltu, sillä »erityisesti syytetyllä voi olla hyvinkin suuri puolustuksellinen tarve saada tietää, miten hänen »jäljilleen on päästy» tai miksi juuri hän useista mahdollisista epäillyistä on joutunut syytetyksi.»²⁸⁴ — Poliisilla on moraalinen vastuu tietoja paljastaneen henkilön turvallisuudesta, jota voi uhata kosto. Kun lisäksi OK 17:23,1:n 1 kohta sisältää kyseisiin tilanteisiin soveltuvan valmiin normin, jonka edellyttämään vaitiolovelvollisuuden poliisimies voi todistajana vedota, on täysi syy katsoa, ettei poliisin tarvitse paljastaa tietolähdettään.²⁸⁵

OK 17:23,4:n mukaan asianomaisen henkilön vaitiolovelvollisuus säilyy senkin jälkeen, kun hän ei enää ole siinä asemassa, jossa hän oli saanut tiedon todistettavasta seikasta. Lainkohta vastaa asiallisesti RL 40:19 a §:n 2 momentin säännöstä, jonka mukaan salassapitovelvollisuus jatkuu samansisältöisenä virkasuhteen päätyttyäkin. —

Virkamiehen vaitiolovelvollisuutta koskevan rikosprosessuaalisen oikeussäännösten käytännöllistä merkitystä on omansa rajoittamaan se seikka, että virkasalaisuudet harvoin aktualisoituvat rikosprosessissa relevantteina todistusteemoina. Tällaisena asiantila on yhdenmukainen sen kanssa, mitä toisessa yhteydessä on mainittu valtiosalaisuuksien vastavasta esiintymisfrekvenssistä.²⁸⁶

Jos virkamies on luvattomasti so. ilman ylemmän virkamiehen tai esimiehen antamaa suostumusta ilmaissut tuomioistuimelle virkasalaisuuden, lausuma/todistelutulos on *hyödyntämiskelpoinen*.²⁸⁷ Lausuma saadaan hyödyntää siitä riippumatta, antaako ylempi virkamies jälkikäteen hyödyntämissuostumuksen vai ei. Asiaan ei vaikuta, onko virkamies salaisuuden ilmaisemisella saattanut itsensä rikosoikeudellisesti tai kurinpidollisesti vastuunalaiseksi. Siten esim. postivirkamiehen antamat rikossuunnitelmaa koskevat ilmoitukset saadaan aina hyödyntää. Jos salaisuus on jo kerran tullut tuomioistuimen tietoon, asianomaisella viranomaisella ei saata olla edustamansa toimialan näkökulmasta reaalista aiheutta evätä suostumusta. Hänen tehtävänään ei ole »kasvattaa» tuomioistuinta vastaista varten epäämällä suostumuksen kyselykieltoa

²⁸⁴ Laaksonen, SPL 1977 s. 179.

²⁸⁵ Kuten tekstissä *Laento*, HS 16.11.1975.

²⁸⁶ Edellä s. 11.

²⁸⁷ Vrt. *Grünwald* s. 498; *Klug* s. 45: virkasalaisuuden ilmaiseminen ja oikeudenloukkauksen korjaamiskelvottomuus.

rikkoon saadun lausuman tai salaisuuksia sisältävän virallisen asiakirjan hyödyntämiseltä. Tämän vuoksi jälkikäteen annettava suostumus ei ole edes tarpeen.

dc) Lääkäri, asianajaja ja pappi
(OK 17: 23,1-2)²⁸⁸

1. *Lääkäri, asianajaja ja pappi* ovat ne kolme klassista ammatinharjoittajaryhmää, joiden kohdalla vaitioloprivilegio on vanhastaan tunnustettu. Näiden kutsumustyötä tekevien ammatinharjoittajien toiminta edellyttää erityistä luottamussuhdetta asianomaisen henkilön ja apua tarvitsevan ihmisen välillä. Toisaalta tämän luottamussuhteen syntymisen ja ylläpitämisen johdosta syntyy välttämättä sellaisia ilmaisukaviana, joita myöten erityisessä elämänehädässä olevat ihmiset paljastavat yksityisiä salaisuuksiaan vastaavien ammattialojen edustajille. Institutionaalisesti vanhin on papin vaitiolovelvollisuus. Sillä on juurensa syvällä kirkkohistoriassa. Toisin kuin kahden muun ammattialan kohdalla papin vaitiolovelvollisuus on siinä katsannossa absoluuttinen, että se on riippumaton salaisuudesta intressoidun henkilön — tässä tapauksessa ripittäytyneen — tahdosta. Tämä ei voi disponoida rippisalaisuudesta todistamissuostumuksen avulla. Papin vaitioloprivilegion erikoisasema on mielekäs hänen toimintansa transsendentin luonteen nojalla. Vain jos todetaan tosiasiana, että lääkäri ja asianajaja harjoittavat meidän aikamme lähes sielunhoidon kaltaista toimintaa, saattaa herätä kysymys vaitioloinstituutioiden yhdenmukaistamisesta.²⁸⁹

Kokonaisuutena on ammatinharjoittajan vaitiolovelvollisuudesta sanottava, että tämä oikeussäännöstö rakentuu voittopuolisesti yksityisoikeudelliselle katsomustavalle. Tässä suhteessa erityisesti suostumukselle kuuluva merkitys on korostetun yksityisoikeudellinen piirre.²⁹⁰ Suostu-

²⁸⁸ Tutkimuksen I osassa on tarkasteltu oikeusvertailevasti kutsumustyötä tekevien ammatinharjoittajien vaitiolovelvollisuutta Pohjoismaissa, jolloin Tanskan oikeuden asianomaisen todistamiskiellon on sanottu perustuvan Rpl 169 §:ään (s. 158). Suoritettujen lainmuutosten johdosta kysymyksen säännöstää Rpl 170 §.

²⁸⁹ Vrt. *Tirkkonen*, Tystnadsplikt. Bilaga IV s. 8; *Bomgren*, TSA 1937 s. 221; *Wiklund*, God advokatsed s. 294 (»Advokater och läkare har kommit att mer och mer fylla en biktfaders roll.»); *Vinge*, Om god advokatsed s. 19 (»advokat... får spela rollen av ett slags civil biktfader.»); *Bosch*, Grundsatzfragen s. 82 ja 87 s.

²⁹⁰ Vrt. I osa s. 158 s.

mus ei vain poista vaitiolovelvollisuutta vaan tuo tilalle todistamisvelvollisuuden. Ellei suostumusta ole annettu eikä muutakaan todistamisperustetta ole olemassa, tuomioistuimen tulee ex officio valvoa, ettei todistaja paljasta ammattisalaisuutta. Tämä edellyttää lähinnä että tuomioistuin noudattaa vastaavaa kyselykieltoa. Jos tällöin ilmenee, että asianomainen henkilö on halukas todistamaan, tuomioistuimen on kiellettävä häntä ilmaisemasta tietojaan.

Tärkeimmät oikeussäännökset sisältyvät OK 17:23:een.

Mitä ensiksi tulee lääkintähenkilökunnan vaitiolovelvollisuuteen, siitä säädetään 23,¹ §:n 3 kohdassa, että lääkäri, apteekkari tai kätilö tahi heidän apulaisensa eivät saa todistaa siitä, mitä he asemansa perusteella ovat saaneet tietää ja mitä asian laadun vuoksi on salassa pidettävä, ellei se, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty, todistamiseen suostu. Vakiintuneen tulkinnan mukaan säännöksen on katsottu koskevan myös lääkärintodistusten antamista rikostutkijalle ja tuomioistuimelle.²⁹¹

Kuka on »lääkäri» puheenalaisen lainkohdan edellyttämässä merkityksessä? Kaikki ihmisen parantamisen parissa askartelevat henkilöt eivät tietenkään saata olla lääkäreitä rikosprosessilain kannalta. Muutoinhan vaitiolovelvollisuus sulkisi suun kansanparantajilta, luontaishoitajilta ja kiropraktikoilta; tällöin myös lääketieteen ylioppilaista tulisi lääkärisalaisuuden kantajia. Tämä olisi vastoin järjestelmälle immanenttia vaatimusta tulkita todistamiskielloja ilmaisevia tekstejä supistavasti. Ihmisen parantajasta tulee »lääkäri» vasta kun hänellä on takanaan tarpeellinen tieteellinen koulutus ja kun hän on säädetyn opinnäyttein osoittanut ammatillisen pätevyytensä.²⁹² Käytännössä tämä merkitsee sitä, että henkilön tulee olla laillistettu harjoittamaan tässä maassa lääkärin ammattia siten kuin lääkärintoimen harjoittamisesta annetussa laissa (1978/562) on säädetty.²⁹³ Ulkomailla suoritettu lääkärin tutkinto ei tee henkilöä juridisessa katsannossa lääkäriksi vaan tähän on tarpeen täällä

²⁹¹ Ks. esim. *Alkio*, LM 1949 s. 561; *R. Ellilä* s. 152; *Palmén*, Lääkärin salassapitovelvollisuus ja todistamispakko s. 42. Vrt. sanotun johdosta myös LääkL 14. 7. 1978/562, 10 ja 12,¹ § ja AsiakJulkL 17 ja 21,² §.

²⁹² Ks. *Koskimies*, Suomen lääkäriliiton aikakauslehti 1941 s. 14 s.; *Tirkkonen* s. 119. Erityisesti tieteellisen koulutuksen merkityksestä lääkärin toimenkuvalle ks. *Blass*, Berufsgeheimhaltungspflicht s. 12; *Hagedorn*, Juristentag s. 150.

²⁹³ LääkL 2 ja 3 §. — Tekstissä esitetyn johdosta muutoin vrt. *Vilkkonen* s. 4: »lääkärinä» oleminen merkitsee juridisesti... *toimivaltaa* tiettyjen tointen suorittamiseen.

annettu toimilupa. Toisaalta lääkäreiksi on luettava myös lääketieteen kandidaatit, jotka joutuvat opetusklinikoilla avustamaan varsinaisia lääkäreitä.

Hammaslääkäreillä ei ole entuudestaan ollut rikosprosessissa vaitiolovelvollisuutta. Onkin todettava, että hoitosuhteen syntyminen ei edellytä hoidettavalta sellaista uskoutumista ja avautumista, mikä on tyypillistä lääkärin ja potilaan väliselle luottamussuhteelle. Toisaalta on selvää, että tieteellisen koulutuksensa ansiosta hammaslääkärikin voi saada potilaastaan selville tämän henkilökohtaisia salaisuuksia. Sen johdosta, että lainsäätäjä on nyttemmin asettanut myös hammaslääkäreille salaisuuteen kohdistuvan vaitiolovelvollisuuden oikeudenkäynnissä, oikeustila on puheenalaisessa suhteessa selvä.²⁹⁴ Sitä vastoin ei *eläinlääkäreillä* ole prosessuaalista vaitiolovelvollisuutta. Vaitiolovelvollisen lääkintähenkilökunnan luettelossa oleva varsinainen aukko sijoittuu toisaalle: Kun lakitekstin mukaan lääkärin apulainen on vaitiolovelvollinen, seuraa tästä, että vain ne sairaanhoitajat eivät saa todistaa, jotka suorittavat tehtäviään välittömästi lääkärin johdon ja valvonnan alaisina ja ovat tavaltaan lääkärin silmiä ja korvia: sairaalassa tai hoitolaitoksessa palvelevat hoitajat, vastaanottoapulaiset ja potilaskortiston hoitajat.²⁹⁵ Itsenäisesti työskentelevät sairaanhoitajat jäävät laissa käytetyn käsitteen ulkopuolelle. Koska hoitajan ja hoidettavan välinen luottamussuhde nytkin on erityisen voimakas, ratio legis vaatii normin terapiaa siten, että viimeksi mainittu henkilöryhmä rinnastetaan todistus oikeudellisessa suhteessa 23,1 §:n 3 kohdassa lueteltuun lääkintähenkilökuntaan. — Mitä erityisesti virkalääkäreihin tulee, näiden salaisiksi tietämät tosiasiat ovat aineellisesti kyllä ammatissalaisuuksia eikä virkasalaisuuksia.²⁹⁶

Sen johdosta, että lääkärin vaitiolovelvollisuus on säädetty potilaan edun vuoksi, säännöstekstin sanonta »mikä asian laadun vuoksi on salassa pidettävä» on tulkittava siten, että vaitiolovelvollisuus on olemassa, milloin jonkin seikan ilmaiseminen koituisi potilaalle vahingoksi. Vastavasti vaitiolovelvollisuus väistyy, mikäli tietojen ilmaisemisesta olisi, kaikki asianhaarat huomioon ottaen, hyötyä. Siten lääkäri ei saa rikosjutussa todistaa siitä, että hän on hoitanut syytettyä alkoholismin vuoksi,

²⁹⁴ L hammaslääkärintoimen harjoittamisesta 14. 7. 1978/563, 10 §.

²⁹⁵ Ks. *Mäkinen—Ollinen*, Huoltaja 1954 s. 565; *Tirkkonen*, Suomen lääkäri-lehti 1949 s. 794.

²⁹⁶ Asiallisesti samoin *Helminen*, PM 1972 s. 404.

mutta hän voi potilaan vastustuksesta huolimatta esittää oikeudelle lääkärintodistuksen alkoholistihuoltolaan määräämistä varten.²⁹⁷

Vaitiolovelvollisuuden olemassaolon ja laajuuden ratkaisee viime kädessä tuomioistuin.²⁹⁸ Tämä ei merkitse sitä, että tuomioistuimen olisi ryhdyttävä punnitsemaan kilpailevia intressejä. Kysymykseen tulevan intressivertailun on jo lainsäätäjä tuomioistuinta sitovasti suorittanut. Asian luonteesta johtuu, ettei tuomioistuin normaalisti saa edes tietoonsa niitä tosiasioita, joiden perusteella salassapitointressin vahvuus määräytyy. Eihän lääkäri juurikaan voi tehdä selkoa vaitiolovelvollisuuden perusteista paljastamatta samalla sitä, mikä on pidettävä salassa. Käytännössä jääkin lääkärin harkittavaksi, onko potilasta koskevien tietojen ilmaisemisesta tälle enemmän haittaa vai hyötyä. Tuomioistuimen tulee hyväksyä verraten yleispiirteinen vakuutus, että kysymyksessä olevat tosiasiat ovat vaitiolovelvollisuuden alaisia;²⁹⁹ näin myös asianajajan ja papin vaitiolovelvollisuuden kohdalla.

Muutoin lääkärisalaisuudelle on ominaista, että lääkärille on asemansa perusteella uskottu jotakin tai että olosuhteista voidaan päätellä tiedot luottamuksellisesti annetuiksi. Ei ole välttämätöntä, että hoidettava on ilmaissut nimenomaisen salassapitotahtonsa. Niinpä on lääkäri, joka on kutsuttu hoitamaan loukkaantunutta, salassapitovelvollinen kaikkien siihen nähden, mitä tämä ja läsnäolevat sivulliset ovat kertoneet hänelle loukkaantumisen syystä. Havainnot, mitkä lääkäri on tehnyt loukkaantunutta tutkiessaan, ovat nekin salaisuuden suojan alaisia. Asiaan ei vaikuta, että hoidon kohteena oleva henkilö on ehkä tajuton.

²⁹⁷ Ks. *Alkio*, mt. *ibid.*; *Mäkinen—Ollinen*, mt. s. 554; *Tirkkonen*, LM 1951 s. 58 ss. — *Palmén*, *Nordisk Medicin* 1957 s. 267, mainitsee erityisesti alkoholin ja huumeiden väärinkäytön, epäsideellisen elämän, laittoman abortin, epäsuomuisen perhe-elämän, huonosti hoidetut raha-asiat, ohimenevän mielisairaudesta ja vähäiset lainrikkomukset tyypillisinä esimerkkeinä lääkärisalaisuudesta.

²⁹⁸ *Tirkkonen* s. 122; *sama*, Rp II s. 250; *sama*, Sp II s. 194; *sama*, *Tystnadsplik* s. 151.

Esitutkinnassa tilanne on alusta pitäen toinen: Koska vaikenevaa lääkäriä vastaan ei voida käyttää pakotteita, lääkärin vaitiolovelvollisuus jää tutkintavaiheessa lääkärin itsensä harkintaan. Ks. *Helminen*, PM 1966 s. 824.

²⁹⁹ Ks. *Tirkkonen*, *Tystnadsplik* s. 151; *Welamson*, *Läkarsekretessen* s. 37. Ks. myös *Lavonius*, *Suomen lääkärilehti* 1951 s. 630; *Palmén*, *Lääkärin salassapitovelvollisuus ja todistamispakko* s. 42. Samasta kysymyksestä asianajajan vaitiolovelvollisuuden kannalta vrt. *Halila* s. 243 s.; *Welamson*, TSA 1962 s. 294; *Lous*, *Sakførerers taushetsplik* s. 67.

Yhdentekevää on edelleen, onko lääkäri saanut salassa pidettävät tiedot sairaalta henkilöltä itseltään, hänen omaisiltaan tai asianomaista aikaisemmin hoitaneelta lääkäriltä.³⁰⁰

Värittykö lääkärin tiedonsisältö salaisuudeksi, tämän kysymyksen harkitsemisessa saattaa seuraava ajatuskuvio osoittautua käyttökelpoiseksi: Tosiseikat, jotka lääkäri on toimessaan saanut tietoonsa, ovat salassa pidettävää laatua, jos ne kausaalisesti tai ontologisesti kytkeytyvät potilaan/hoidettavan elämänpiiriin ja hänen intressialueeseensa. Tämän ajatuskaavan pohjalta on katsottava, että jos lääkäri näkee loukkaantunutta hoitaessaan tapahtumapaikalla verisen veitsen, hänen on pidettävä tietonsa salassa. Toisin on arvosteltava seuraavaa tilannetta: Lääkäri on menossa sairaskäynnille A:n luokse, joka asuu kaupunkitalon 7. kerroksessa. Rakennuksessa ei ole hissiä. Portaita noustessaan lääkäri havaitsee, että 4. kerroksessa asuvan B:n huoneiston ovi on auki. Avoimesta ovesta hän näkee, että keittiön pöydällä on haulikko ja sen vieressä ammuttu jänis. On rauhoitus aika. Mahdollisessa rikosprosessissa lääkärin on todistettava havainnostaan. — Havaitut asiantilat ja tapahtumainkulut saattavat esiintyä kronologisesti rinnakkain: Oletettakoon, että äskeisessä esimerkissä mainittu lääkäri saa potilaaltaan kuulla, että tämä on tuhonnut terveytensä huumausaineilla. Potilas avautuu ja ilmoittaa kuuluvansa maanlaajuiseen huumausaineliigaan. Avoimesta ikkunasta lääkäri näkee, että alhaalla kadulla auto töytäisee jalankulkijan kumoon. Potilaalta kuultu asiantila on lääkärisalaisuus, kadulla nähdystä tapahtumainkulusta lääkäri sitä vastoin on todistamisvelvollinen.³⁰¹

Esitetty ajatuskaava on yleistettävissä kaikkiin vaihtolovelvollisten luokkiin: Lennätinvirkailija ei saa todistaa vastaanottamastaan sähkösanomatekstistä, jota asianomistaja väittää sisällöltään kunnianloukkaukseksi. Sen sijaan mainitun virkamiehen on esiinnyttävä todistajana, jos hän on sähkösanomaa vastaanottaessaan samanaikaisesti nähnyt lennätinkonttorissa olevan sivullisen pahoinpitelevän sähkösanomatekstin saaneen henkilöä. — Edelleen asianajajan on todistettava siitä, että hän on päämiehen kanssa neuvotellessaan kuullut naapurihuoneistosta kiusatun eläimen ääntelyä. Vastaavasti tulee papin ilmaista syytteesenpa-

³⁰⁰ Ks. *Tirkkonen* s. 121; *sama*, Suomen lääkärilehti 1949 s. 797; *Ekelöf* IV s. 122; *Welamson*, mt. s. 38 ss.

³⁰¹ Vrt. *Welamson*, mt. s. 42.

noviranomaiselle, että hän on salarippiä vastaanottaessaan kuullut ulkoa laukauksen.

Aivan yleisesti luonnehtien on sanottava, että lääkärin vaitiolovelvollisuus ulottuu varsin laajalle. *Tirkkonen* ja eräät muut tutkijat katsovat, toisin kuin *Welamson*, että kiellettyä saattaa olla jopa sen seikan ilmaiseminen, että tietty henkilö on määrättynä aikana ollut potilaina.³⁰² Tähän on yhdyttävä joka tapauksessa sikäli kuin on kysymys dermatologisesta tai psykiatrisesta hoidosta. Oikeuskäytännössä on esiintynyt, että lääkäri on kieltäytynyt todistamasta siitä, oliko potilas käynyt määrättyinä päivinä hänen vastaanotollaan. Eräässä Helsingin raastuvanoikeuden käsittelemässä jutussa, jota tekijä oli seuraamassa, tuomioistuimien sai todistajana kuullulta sairaanhoitajalta tietää, että potilas X:ää hoidettiin ja tarkkailtiin määrättyssä todistajan edustaman sairaalan huoneessa. Kysyttäessä minkälaisille potilaille mainittu hoitohuone oli tarkoitettu, todistaja kieltäytyi ilmaisemasta asiaa. Puheenjohtaja velvoitti todistajan vastaamaan. Edellä esitetyn valossa kannanoton oikeellisuus vaikuttaa kyseenalaiselta. — *Asianajosalaisuuden* piiristä voidaan esittää analogia, että asianajajan saattaa olla kiellettyä ilmaista tietyn asiakkaansa osoitetta.³⁰³

Ammattisalaisuuksien rikosprosessissa nauttimasta suojasta ei voida mielekkäästi puhua *asiantuntijatodistelun* yhteydessä. Luottamuksellisesti kerrottujen salaisuuksien alttiiksiantaminen ja luottamusaseman väärinkäyttö saattaa tapahtua vain todistuksen mutta ei lausunnon antamisen tietä. Vain ammattisalaisuuden luottamusfunktio perustaa vaitiolovelvollisuuden.³⁰⁴ Siten esimerkiksi verinäytteen ottanut lääkäri on velvollinen todistamaan myöhemmässä rikosprosessissa. Lääketieteellisen asiantuntijalausunnon antajan kohdalta ei tosin voida koskaan täysin eliminoida suhdetta lääkäri—potilas. Näin joka tapauksessa ainakin siltä

³⁰² Ks. *Tirkkonen*, Tystnadsplikt. Bilaga IV s. 18; ja toisaalta *Welamson*, mt. s. 45.

³⁰³ *Wiklund*, mt. s. 303.

³⁰⁴ Näin *R. Ellilä* s. 152; *Helminen*, PM 1972 s. 404; *J. Salonen*, SPL 1976 s. 42 s.; *Welamson*, mt. s. 31 ja 60; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 203. Vrt. kuitenkin *Tirkkonen*, Tystnadsplikt s. 151 s.; *Frey*, Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts s. 54 s.: 'Lääkäri saattaa asiantuntijana toimienkin saada tietoonsa salassapidettäviä seikkoja. Tämä kanta estää esitutkintaviranomaisia turvautumasta lääkäriin siinä tarkoituksessa, että asiantuntijalausunnosta saataisiin tietää sellaisia seikkoja, joiden selville ottaminen on viranomaisilta epäonnistunut.'

osin kuin havaittu ylittää lausuntotehtävän, mutta myös sikäli kuin tutkittava henkilö liittää tiedonilmaisunsa lisäyksen »tämän kerron teille vain koska olette lääkäri».³⁰⁵ Tällainen yksipuolinen selitys ei perusta hoitosuhdetta osapuolten välille. Lääkäri ei tosin pidä esiintymisellään provosoida tutkittavaa henkilöä uskoutumaan hänelle; mutta jos tätä ei voida välttää, hänen on selitettävä tutkittavalle, että lisäyksen liittäminen ei tee ilmaistusta seikasta lääkärisalaisuutta.

Kokonaisuutena arvostellen lääkärin vaitiolovelvollisuus näyttäytyy monessa suhteessa asianajajan vastaavan privilegion paralleeli-ilmiönä. Määrättyjen kysymysryhmien kohdalla näitä instituutioita yhdistävä analogia on siksi selväpiirteinen, että problematiikan valottaminen toisen ammatinharjoittajaryhmän näkökulmasta antaa ajatukselliset välineet, joiden avulla tulokset voidaan soveltaa vertailuryhmään. Tällainen asema instituutioita yhdistävänä tekijänä on ennen muuta suostumuksella vaitiolovelvollisuuden poistavana perusteena. Edelleen salaisuudesta disponoimaan oikeutetun — normaalisesti potilaan tai päämiehen — kuolema muodostaa oikeustositteen, jonka rikosprosessuaalisesti relevantit vaikutukset määräytyvät molempien instituutioiden kannalta varsin yhdenkaltaisesti. Viitattuja probleemoja käsitellään seuraavassa lähinnä lääkärin vaitiolovelvollisuuden näkökulmasta. —

Säännönmukaisesti vain potilas voi tehoisesti antaa suostumuksen.³⁰⁶ Milloin lääkäri on saanut potilasta koskevia tietoja tämän omaisilta, potilasta lieenee pidettävä myös näihin tietoihin nähden edunhaltijana. Jos tällöin omaisilta saaduilla tiedoilla on intressiä heille itselleen, viimeksi mainituille syntyy potilaan myötäsubjekteina valta disponoida salaisuudesta. Luottamuksellisen tiedon kertominen ei siten tee ilmaisuhenkilöstä automaattisesti salassapitointressin subjektia. Niissä tapauksissa, jolloin oikeus disponoida salaisuudesta kuvatuin tavoin kuuluu useammalle kuin yhdelle henkilölle, todistamisvelvollisuus syntyy vasta jos jokainen aktiivisesti legitimoitu antaa asianmukaisen suostumuksen.³⁰⁷

Edustaako edunhaltijan antama suostumus aineellisoikeudellista vai

³⁰⁵ Vrt. *Kohlhaas* s. 291.

³⁰⁶ *Kyläkallio*, DL 1953 s. 247 (Vrt. tekstissä olevan johdosta *ibid.*: »Esim. jos vaimo on kertonut miehensä tartuttaneen häneen sukupuolitautiin, niin lääkäri on vaimon suostumuksen perusteella velvollinen todistamaan miehen taudista vastoin tämän tahtoakin.»); *Welamson*, mt. s. 47. Ks. myös *Anttila*, Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta Suomen oikeuden mukaan s. 22.

³⁰⁷ Ks. tämän johdosta *Kyläkallio*, mt. s. 255; *Welamson*, mt. s. 47 s.

prosessuaalista tointa, on kiistanalaista. Oikeudenkäynnin ulkopuolella annettuna vapauttamiselitys epäilemättä painottuu aineellisoikeudellisesti. Prosessissa annettuna tahdonilmaisuna siinä taas voitaneen nähdä ns. kahdenkertaisen funktion omaava prosessitoimi.³⁰⁸ Joka tapauksessa suostumus on vapaamuotoinen tahdontoimi ja se voidaan antaa konkludenttisestikin. Yksittäistapauksessa saattaa olla tulkinnanvaraista, sisältääkö asianosaisen määrätty prosessikäyttäytyminen konkludenttisesti annetun suostumuksen. Tässä suhteessa voidaan katsoa, että esimerkiksi syytetyn tunnustus ei sellaisenaan merkitse sitä, että todistaja vapautuu vaitiolovelvollisuudestaan.³⁰⁹

Prosessissa annettuna tahdonilmaisuna suostumuksen tehoisuus ei riipu ilmaisuhenkilön motiiveista. Sen vaikutukset ulottuvat joka suuntaan siten, että lääkärin on nyt todistettava potilaalle epäedullisestakin. Vaitiolovelvollisuudestaan vapautetun lääkärin on todistettava sellaisistakin seikoista, jotka hän on tietoisesti salannut potilaalta, kuten esimerkiksi havaitsemastaan pahanlaatuisesta kasvaimesta. Siinäkään tapauksessa, että suostumus annetaan jossakin suhteessa rajoitettuna, lääkäri ei saa pirstoa todistustaan ilmaisemalla vain suostumuksen antaneelle asianosaiselle edullisia tosiasioita. Sellainen todistus johtaa tuomioistuimen harhaan.³¹⁰

Tavallisesti se henkilö, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty, on jutun asianosainen. Jos hän kieltäytyy suostumasta lääkärin todistajana kuulustelemiseen, tuomioistuin voi todisteiden harkinnassa ottaa hänen käyttäytymisensä huomioon vapaasti arvioitavana indisiona. Suostumuksen epäämisestä saadaan siis tehdä johtopäätöksiä ns. negatiivisen todistelun muodossa.³¹¹

Kuka antaa suostumuksen, jos edunhaltija on alaikäinen? Asetetusta kysymyksestä kuvastuu se seikka, ettei ole itsestään selvää, että se, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty, kykenee aina henkilökohtaisesti vapauttamaan lääkärin salassapitovelvollisuudesta. Dispositionivallan käyttö edustaa tosin henkilökohtaista tahdonilmaisua, mutta puheenalainen vaikutusmahdollisuus ei kuitenkaan ole sillä tavoin erottamattomasti henkilöön sidottu, etteikö tarvittaessa esimerkiksi holhooja

³⁰⁸ Vrt. *Eb. Schmidt*, *Der Arzt im Strafrecht* s. 56.

³⁰⁹ Vrt. *Kyläkallio*, mt. s. 248; *Lous*, mt. s. 64 s.

³¹⁰ *Welamson*, mt. s. 46 s.

³¹¹ Näin *Welamson*, mt. s. 46. Vrt. *Bomgren*, TSA 1937 s. 227; NJA 1959 I s. 658.

saattaisi päättää salaisuuden kohtalosta. Tuntuukin luontevalta, että edunhaltijan ollessa alaikäinen tapaukseen sovelletaan tavallisia prosessuaalista edustusta koskevia oikeussäännöksiä. Tämän mukaisesti holhouksenalaisen suostumusoikeutta käyttää yleensä holhooja.³¹² Holhoojan toiminta ei tässä kohden ole muuta kuin edustajalle normaalisti kuuluvaa etujen valvontaa. Rajoitetusti oikeustoimikelpoiselle voittaneen myöntää oikeus yhdessä holhoojan kanssa päättää salaisuuden mahdollisesta ilmisaattamisesta. Perusteita voidaan kyllä esittää myös sen käsityksen tueksi, että holhoojan suostumus ei ole tarpeen niin pian kun asianomainen on saavuttanut 15 vuoden iän. Sikäli kuin holhoojan suostumus katsotaan tarpeelliseksi tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että holhoojan kannanilmaisu riittää. Pikemminkin on katsottava, että edunhaltijan tahtoon on aina kiinnitettävä huomiota sikäli kuin tahdontoiminta ei ole häiriintynyt.³¹³

Edellä esitetyn mukaisesti salaisuudesta määräämään oikeutetun antama todistamissuostumus on tosin yksipuolinen tahdontoimi mutta sellaisena se ei kuitenkaan edusta erottamattomasti henkilöön liittyvää luovuttamatonta oikeutta. Tästä voidaan tehdä se johtopäätös, että salaisuudesta intressoitu ei vie puheenalaista oikeutta kuollessaan mukanaan hautaan. Periaatteellista estettä ei siten ole sille, että puheenalainen vapauttamisvalta kuoleman johdosta siirtyy vainajan RL 6:2:ssa mainituille oikeudenomistajille tai mahdollisesti »perillisten neuvostolle». Mitä käytettyyn päättelytapaan tulee, siinä voidaan ehkä havaita konstruktivijuridiikan piirteitä. Lopputulosta voitaneen kuitenkin pitää tyydyttävänä ankarasti tarkoitushakuisenkin ajattelun kannalta. Potilaan kuoleman jälkeen määräävä merkitys on elävien henkilöiden intressillä. Nämä voivat vapauttaa lääkärin velvollisuuksistaan kuollutta kohtaan. Vain jos kysymykseen tulevalle henkilölle tai henkilöryhmälle ei ole salaisuuden ilmisaattamisesta reaalista hyötyä, lääkärin vaitiolovelvollisuus säilyy potilaan kuoleman jälkeen.³¹⁴

³¹² *Kyläkallio*, mt. s. 254.

³¹³ *Welamson*, mt. s. 49.

³¹⁴ Kuten tekstissä *Tirkkonen*, Rp II s. 249. Eri käsityksistä ks. *Kyläkallio*, mt. s. 250 ss.; *Andenaes* s. 6. Ks. myös *Welamson*, TSA 1962 s. 296: Kelpoisuuden antaa relevantti suostumus ei voida olettaa sinänsä siirtyvän jälkeen eläville omaisille. Ilmaiseminen voidaan kuitenkin perustaa suostumus-sääntöön, mikäli on syytä olettaa, että vainaja itse ei ole aktuellia tilannetta silmällä pidettäessä toivonut salassapitoa.

Disponointivallan siirtyminen vainajan oikeudenomistajille saattaa kuitenkin osoittautua vähemmän toivottavaksi tapauksissa, jolloin on perusteltua aihetta olettaa, että vainajan tahto on ollut toinen kuin hänen oikeudenomistajiensa. Jos vainaja ei ole ennen kuolemaansa antanut nimenomaista vapauttamisselitystä, on pyrittävä selvittämään hänen oletettu tahtonsa.³¹⁵ On toisin sanoen tutkittava, kenet hän on halunnut tehdä kuolemaansa seuraavaksi ajaksi »salaisuuden herraksi», tai kenet hän olisi halunnut sellaiseksi tehdä, jos hän olisi asioita tarkoin harkinnut. Tällöin saattaa osoittautua, että vainaja halusi asettaa salaisuutensa yksin lääkärin käsiin. Oikeudenomistajat eivät nyt voi disponoida salaisuudesta. Mutta yhtä hyvin saattaa osoittautua, että vainaja on halunnut antaa määräämisvallan yhdelle tai useammalle lähiomaiselle. Viimeksi mainittujen antama vapautus perustaa tällöin ehdottoman todistamisvelvollisuuden.³¹⁶

2. Mitä *asianajajan* vaitiolovelvollisuuteen tulee, edunhaltijan kuoleman vaikutus on epäilemättä arvostettava osaksi toisin. Laki määrää yksiselitteisesti päämiehen disponointivallan subjektiksi. Tämä merkitsee sitä, että lähiomaiset tai esimerkiksi holhooja eivät voi päämiehen kuoltua vapauttaa asianajajaa vaitiolovelvollisuudestaan. Kysymys saattaa olla sellaisista seikoista, joiden vainaja on kaikkein vähiten suonut tulevan perheensä tietoon.³¹⁷ Näin ei kuitenkaan tarvitse aina olla. Kuten *Lous* mainitsee, monesti voidaan turvautua fiktioon, että syytetty on toivonut asian tulevan selvitettyksi kaikin käytettävissä olevin keinoin.³¹⁸

Muutoin asianajajan vaitiolovelvollisuuden oikeusperuste on — yhdenmukaisesti molempien muiden klassisten vaitioloprivilegioiden kanssa — tavanomaisessa oikeudessa.³¹⁹ Positiivisoikeudellisesti puheenalainen todistamiskiello on lausuttu OK 17:23,1:n 4 kohdassa. Tässä lainkohdassa säädetään lakonisesti, että asiamies tai oikeudenkäyntiavustaja ei saa todistaa siitä, mitä päämies on hänelle asian ajamista varten uskonut, ellei päämies todistamiseen suostu.

³¹⁵ *Welamson*, Läkarsekretessen s. 50; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 203 s. Vrt. kuitenkin *Ekelöf* IV s. 124 s.

³¹⁶ Vrt. *Bosch*, mt. s. 89, 101 ja 104; sekä toisaalta *Frey*, mt. s. 42 av 2.

³¹⁷ *Wiklund*, mt. s. 310 s.

³¹⁸ Ks. »Sakførerers taushetsplikt» s. 50 ja 65. Vrt. kuitenkin *Kyläkallio*, mt. s. 257.

³¹⁹ *Lous*, mt. s. 28.

Lakitekstissä ei käytetä termiä »asianajaja». Asian laita onkin oikeutemme mukaan se, että varsinaisen lakimiehen eli asianajajan ohella saa oikeudenkäyntiasiamiehenä toimia tavallinen maallikko. Tämän mukaisesti »asiamiehellä» tarkoitetaan lainkohdassa henkilöä, jonka päämies on valtuuttanut toimimaan puolestaan oikeudenkäynnissä. Tällainen edustaja toimii päämiehensä nimessä ja häneen välittömästi kohdistuvin oikeudellisin vaikutuksin. Oikeudenkäyntiavustaja taas on henkilö, joka oikeudenkäynnissä toimii asianosaisen rinnalla auttamassa häntä.³²⁰ Molempia prosessirooleja tarkoittavana yhteisenä nimityksenä käytetään tutkimuksessa lyhyiden vuoksi termiä »asianajaja».³²¹

Yhdenmukaisesti sen kanssa, mitä edellä on lausuttu lääkärisalaisuudesta, asianajosalaisuudenkin käsitesisältö on laaja. Aivan yleisesti ilmaisten asiantila on se, että asianajaja on rikosprosessissa vaitiolovelvollinen sellaisiin seikkoihin nähden, jotka on uskottu hänelle hänen ammattiasemansa perusteella.^{321a} Toisaalta vain nyt mainittuja seikkoja koskevat tiedot ovat luottamuksenvaraisia; tämän alueen ulkopuolelle lankeavista seikoista asianajaja on velvollinen todistamaan. Tämän mukaisesti vaitiolovelvollisuus ei yleensä ulotu täysin itsenäisistä lähteistä saatuihin tietoihin.³²² Kolmannelta mieheltä saatu tieto, jota tämä ei ole tarkoittanut luottamukselliseksi, nauttii salaisuuden suojaa vain milloin se liittyy jollakin tavoin siihen, mitä asiakas on lakimiehelleen uskonut.³²³ Muutoin noudatetaan sääntöä, että vain päämies henkilökohtaisesti kykenee esiintymään luottamuksellisen tiedon kertojana; samassa asemassa kuin päämies ovat hänen lähiomaisensa. Milloin asianajotoimistossa työskentelee useita lakimiehiä, vaitiolovelvollisuuden syntymisen kannalta on yhden-tekevää, kenelle näistä asiakas on antanut jutun ajamiseen liittyvät tie-

³²⁰ *Salmiala*, DL 1950 s. 417; *Tirkkonen*, Rp II s. 251.

³²¹ Ks. tekstissä esitetyn johdosta myös *Palmgren*, JFT 1963 s. 413 (eräs keskustelukysymys).

^{321a} Asianajajan salassapitovelvollisuus nojautuu kyllä *hyvään asianajotaan*, kuten *Halila*, LM 1978 s. 909, huomauttaa. Tämä korkean abstraktiotason omaava yleislauseke ei kuitenkaan anna välitöntä tulkinnallista johtoa asianajajan rikosprosessuaalisen vaitiolovelvollisuuden problematiikkaan.

³²² *Lous*, mt. s. 46 s.; *Welamson*, TSA 1962 s. 293.

³²³ *Wiklund*, mt. s. 304 s. — Saako asianajaja, joka huomaa todistajan tehneen hänen päämiehensä hyväksi väärän valan, todistaa todistajaa vastaan nostetussa jutussa? *Kyläkallio*, mt. s. 245 verr. s. 247 s., katsoo, että päämiehen suostumus ratkaisee, koska nytkin on kysymys vain päämiehen ja asianajajan välisestä luottamussuhteesta.

dot; vaitiolovelvollisia ovat yhtä hyvin tiedot vastaanottanut kuin jutun myöhemmin ajaakseen ottanut (toinen) lakimies. Sanottu soveltuu myös asianajajan apulaisiin, esimerkiksi sihteerin ja konekirjoittajaan; muussa tapauksessa vaitiolovelvollisuus olisi helppo kiertää.³²⁴ Edelleen on katsottava, että vaitiolovelvollisuus ulottuu niihinkin tietoihin, jotka päämies on jo ennen oikeudenkäynnin alkamista kertonut edustajalleen tai tulevalle oikeudenkäyntiavustajalleen. Epätietoista saattaa kuitenkin olla, onko tällöin vaadittava, että luottamushenkilö sittemmin tosiasiallisesti saa puolustusasianajajan aseman. Perustellulta tuntuu mielipide, jonka mukaan oletetun lisäedellytyksen täytyminen ei ole välttämätöntä.³²⁵ Vaitiolovelvollisuuden edellytyksenä ei toisaalta ole, että päämies tosiasiallisesti joutuu syytteeseen rikoksesta tai muutoin asianosaiseksi juttuun.³²⁶ Vihdoin on mainittava, että kirjallisuudessa esitetyn kannan mukaan vaitiolovelvollisuus koskee sellaistaakin juridisena neuvonantajana toiminutta lakimiestä, jota klientti ei ole edes pyytänyt edustajakseen tai avustajakseen.³²⁷

Ilmisaatettu asianajosalaisuus ei enää nauti vaitiolovelvollisuuden antamaa suojaa. Oletettakoon, että oikeudenkäynnissä, joka on nostettu X:ää vastaan, henkilö paljastaa asianajajalleen kertomansa luottamuksellisen tiedon sisällön. Myöhemmässä saman klientin jutussa Y:tä vastaan saman tiedon sisältö tulee jälleen relevantiksi. Kysymyksessä ei ole asianajosalaisuus; asianajajan on siis tarvittaessa oltava valmis todistamaan siitä. Vastaavia tilanteita, jolloin vaitiolovelvollisuus murtuu, voidaan osoittaa muitakin. Näin tapahtuu, jos päämies syyttää asianajajaansa väärinkäytöksistä. Puhdistautuakseen syytöksistä viimeksi mainittu saa, ilmoitettuaan aikomuksestaan vastapuolelleen, ilmaista päämiehen kertomat luottamukselliset tiedot. *Salmiala* myöntää asianajajalle saman oikeuden jutussa, jossa tämä vaatii asiakkaan velvoittamista suorittamaan hänelle tuleva asianajopalkkio.³²⁸ Jos tällöin salaisuuden ilmaiseminen

³²⁴ *Vinge*, mt. s. 18 s. Ks. myös Rpl 170,3 § ja sen johdosta *Gomard*, mt. s. 192.

³²⁵ Näin *Tirkkonen* s. 124; ja vanhan RB:n kannalta *Kallenberg* II s. 1070. Toisin *Welamson*, mt. s. 295 av 13.

³²⁶ *Palmgren*, mt. *ibid.*; *Tirkkonen*, Tystnadsplikt. Bilaga IV s. 15.

³²⁷ Ks. *Tirkkonen* s. 124; *sama*, Rp II s. 251 ja av 57 a. Toisin *Salmiala*, DL 1950 s. 425 s.

Erityisesti vaitiolovelvollisuudesta vangittua päämiestä kohtaan ks. *Elwing*, SvJT 1978 s. 331 ss.

³²⁸ DL 1950 s. 429. — A fortiori asianajaja saa *Salmialan*kin mukaan paljas-

loukkaisi muunkin henkilön kuin vastapuolen/klientin oikeutta, kysymys ratkeaa pakkotilasta voimassa olevien periaatteiden mukaisesti: sen intressin, joka on olennaisesti vähäisempi, on väistyttävä. Mutta jos ilmaiseminen loukkaisi ainoastaan vastapuolen oikeutta, salaisuuden kertominen on sallittua, jos asianajaja vain täten voi laskea voittavansa jutun. Milloin on olemassa analoginen tilanne *lääkärin* vaatiessa palkkiotaan, sen on katsottu ratkeavan samojen harkintaperusteiden pohjalta.³²⁹ Voidaan kuitenkin kysyä, eikö sääntö näin yleisenä johda helposti siihen, että asianajaja/lääkäri saa mahdollisuuden periä kohtuuttomia palkkioita tai torjua täysin perusteltuja vahingonkorvausvaatimuksia luottaen siihen, että asiakas/potilas ei uskalla protestoida tai viedä asiaa tuomioistuimeen, jossa salaisuuden ilmaiseminen koituisi kohtalokkaaksi. Vain milloin asianajajalle/lääkärille vaaditaan *rikosoikeudellista* vastuuta, voidaan yleisenä sääntönä esittää, että vaitiolovelvollisuus kumoutuu niiden toiseikkojen suhteen, joille puolustus rakentuu.³³⁰

Edellä esitetystä käy ilmi se periaatteellisesti tärkeä seikka, että prosessiroolin vaihdos todistajasta asianosaiseksi ei kumoa asianajajan/lääkärin vaitiolovelvollisuutta.³³¹ Näin yleisemminkin: kysymys OK 17:23:ssa lueteltujen vaitiolovelvollisten todistajien salassapitovelvollisuudesta saattaa ajankohtaistua silloinkin, kun he ovat oikeudenkäynnissä asianosaisina. Positiivisoikeudellisesti tämä ilmenee OK 17:65:stä. Lainkohdasta havaitaan, että kun asianosaista kuulustellaan totuusvakuutuksen nojalla, hän on vaitiolovelvollinen samoissa tilanteissa kuin todistajakin. Määräyksen tarjoama analogia oikeuttaa päättelämään, että asianosaisella on samanlainen vaitiolovelvollisuus silloinkin, kun häntä ei kuulustella jutussa totuusvakuutuksen nojalla. Siten esimerkiksi virkamies, jota kuulustellaan jutussa vapaasti, on vaitiolovelvollinen samassa laajuudessa kuin hän olisi todistajana. Vastaavasti on katsottava, että pappi ei saa oikeudenkäynnissä paljastaa rippisalaisuutta silloinkaan, kun hän

taa asianajosalaisuuden, jos päämies syyttää asianajajaansa rikollisesta teosta; *ibid.* s. 428. Samoin *Wiklund*, mt. s. 316. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. myös *Tirkkonen*, *Tystandsplikt*. Bilaga IV s. 16.

³²⁹ *Tirkkonen*, mt. s. 20.

³³⁰ *Palmén*, mt. *ibid.* Ks. myös *sama*, *Nordisk Medicin* 1957 s. 267; *Salmiala*, mt. s. 428; *Tirkkonen*, Rp II s. 254. Vrt. kuitenkin *Andenaes*, mt. s. 203. Tekstissä esitetyn johdosta muutoin ks. lisäksi *Wiklund*, mt. s. 318 s.

³³¹ Vrt. *Halila* s. 243 ja siinä (av 69) mainittua kirjallisuutta.

syytettynä omasta aloitteestaan ilmaisee asiaan vaikuttavia seikkoja.³³²

3. Esiintyessään oikeudenkäynnissä *todistajana* pappi on OK 17:23,2:n mukaan vaitiolovelvollinen siten kuin asiasta on erikseen säädetty. Viittaus tarkoittaa lähinnä voimassa olevan vuoden 1964 (uuden) kirkkolain 75 ja 76 §:iä, joissa papin vaitiolovelvollisuudesta on annettu seikkaperäisiä säännöksiä. Varhempaan oikeustilaan verrattuna on periaatteellisesti uutta, että papin vaitiolovelvollisuus nyttemmin koskee koko sielunhoidon alaa eikä siis rajoitu sakramentaalisessa ripissä hänelle uskottuihin tosiseikkoihin. Yleinen kiello sisältyy KL 75 §:ään. Lainkohdassa pappi velvoitetaan rangaistuksen uhalla pitämään salassa yksityisessä ripissä tai muuten sielunhoidossa hänelle uskotut seikat. KL 76,1 §:ssä vaitiolovelvollisuus määrätään olemaan voimassa samansisältöisenä siinäkin tilanteessa, että pappi kutsutaan todistajaksi.³³³

Sen johdosta, että OK 17:23,2:ssa ei viitata nimenomaisesti kirkkolain eksklusiivisena oikeuslähteenä, periaatteellista estettä ei ole sille, että evankelisluterilaisten kirkonmiesten ohella myös ortodoksisen kirkkokunnan papit ovat todistajina vaitiolovelvollisia.³³⁴ Lisäksi huomattakoon, että molemmat pääkirkkokunnat ovat jo perustuslain tasolla yhdenvertaiset.³³⁵ Viime kädessä ortodoksisen sielunhoitajan vaitiolovelvollisuus palautuu tämän kirkkokunnan omaan kirkkojärjestykseen, joka positiivisesti edellyttää salarippiä. Toisaalta papin vaitioloprivilegion edellytyksenä on, että hän kuuluu jompaankumpaan äsken mainituista julkisoikeudellisista kirkkokunnista. Kuuluminen johonkin muuhun uskonnolliseen yhteisöön, jotka yhteisöt uskonnonvapauslain mukaan ovat kyllä oikeuskelpoisia, ei perusta asianomaiselle kirkonpalvelijalle vaitiolovelvollisuutta rikosprosessissa. Protestanttisenkaan kirkko-oikeuden kannalta käsitettä pappi ei voitane ymmärtää niin laajasti, että sen piiriin mahtuisi KL 231 §:ssä tarkoitettu lehtori.

Kun vaitiolovelvollisuus objektiivisesti ulottuu koko sielunhoidon alaan, ei ole täsmällistä samaistaa salassa pidettäviä tosiseikkoja »riippisalaisuuteen». Koko sielunhoidon piirin kattavana vaitiolovelvollisuus

³³² Ks. *Tirkkonen*, Rp II s. 254.

³³³ Rangaistussäännösten johdosta ks. KL 102 §. Huomattakoon myös KL 231 §:n 2 mom., jonka mukaan *lehtorin* vaitiolovelvollisuudesta on soveltuvien osin voimassa, mitä 75 ja 76 §:ssä on papin vaitiolovelvollisuudesta säädetty.

³³⁴ *Tirkkonen*, Sp II s. 196.

³³⁵ Ks. siinä suhteessa HM 83 §.

muodostuu sisällöltään välttämättä vaikeasti rajattavaksi. Perustavan käsitteen — sielunhoidon — määrittely on epäilemättä tuloksetonta: elävä elämä uhmaa määritelmiä. On tyydyttävä toteamaan negatiivisesti, että kaikki papin toiminta ei ole sielunhoitoa — ajateltakoon esimerkiksi papia henkilörekisterin pitäjänä ja seurakunnallisena hallintoviranomaisena.³³⁶ Papin työ on sielunhoitoa silloin, kun se liittyy hänen tuonpuoleiseen suuntautuvaan kutsumukseensa. Eri asia on, että tuomioistuimella — yhdenmukaisesti sen kanssa, mitä on todettu muista vaitiolovelvollisuustapauksista — ei juurikaan ole mahdollisuutta tutkia, onko papin kieltäytyminen todistamasta asiallisesti perusteltu; tuomioistuimen on hyväksyttävä jo varsin viittauksenomainenkin todistelu vaitiolovelvollisuuden olemassaolosta. Tällöin on yhdentekevää, onko pappi saanut tietoonsa salassa pidettävät seikat oman seurakuntansa jäseneltä vai ulko-seurakuntalaiselta.

Muihin vaitiolovelvollisuustapauksiin verrattuna papin vaitioloprivilegio on dogmaattisesti erikoislaatuinen. Sen perustana on kirkollinen virkavelvollisuus. Aineellisesti papin vaitiolovelvollisuus on (rikos-)prosessiin sovellettua kirkko-oikeutta. Positiivisoikeudellisesti tämä ilmenee siitä, että papin vaitiolovelvollisuus on yksinomaan kirkko-oikeudellisten normien sääntelemä. Puheenalaista vaitiolovelvollisuutta eivät niin muodoin ole rajoittamassa OK 17: 23,3:n molempia muita klassisia vaitiolovelvollisuustapauksia silmällä pitäen annetut määräykset. Rikoksen törkeysaste on toisin sanoen papin vaitiolovelvollisuuden kannalta irrelevantti. Toisessakin suhteessa papin vaitioloprivilegio näyttäytyy *sui generis*-tyyppisenä: Kun virkasalaisuuden prosessuaalisesta kohtalosta normaalisti päättää todistaja-virkamiehen esimies ja kun potilas ja päämies voivat

³³⁶ Kuvatessaan sielunhoidon käsitettä *Peters*, JR 1975 s. 404, korostaa, että siihen eivät kuulu vain kirkolliset, sakramentaaliset ja puhtaasti uskonnolliset toimet. Toisaalta eivät kaikki papin suorittamat toimet ole sielunhoitoa silloinkaan, kun ne tapahtuvat puhtaasti hengellisten intressien vuoksi, esimerkiksi seurakuntaelämän syventämiseksi tai papin ja seurakunnan jäsenen välisen luottamussuhteen lujittamiseksi. —

Todettakoon, että käytännössä papin rikosprosessuaalinen vaitiolovelvollisuus usein aktualisoituu muodoissa, jotka eivät varsinaisesti liity sakramentaaliseen rikkiin. Näin etenkin nuorisotyötä tekevien sielunhoitajien kohdalla: he joutuvat harvoin kuulemaan synnintunnustuksia mutta sitä useammin ottamaan haltuunsa ja edelleen toimittamaan poliisille erilaisia omaisuusesineitä, joita näpistyksiin ja varkauksiin syyllistyneet henkilöt ovat, tekoaan kaduttuaan, luovuttaneet alkuperäiselle omistajalle palauttamista varten.

disponoida lääkäri- ja vastaavasti asianajosalaisuudesta, niin sielunhoitajalleen uskoutuneelta seurakuntalaiselta puuttuu vastaava disponointi-valta. Tässäkin mielessä todistamiskiello on absoluuttinen.³³⁷

Kirjallisuudessa on kyllä saanut kannatusta mielipide, jonka mukaan salaripitetty henkilö voi vapauttaa papin vaitiolovelvollisuudestaan. Myös oikeuskäytännössä on ilmennyt taipumus mitata suostumukselle tietty merkitys arvosteltaessa papin vaitiolovelvollisuuden pysyvyyttä. Tässä suhteessa voidaan viitata seuraavaan ylimmän oikeusasteemme käytännöstä saatuun tapaukseen:

KoO 1941 II 80: KO, jonka päätöksen HO vahvisti, perusteli papin vaitiolovelvollisuutta sillä, etteivät ne henkilöt, joiden oikeudellista etua erään kolmannen henkilön papille salaripissä uskomat tiedot voivat koskea, olleet suostuneet siihen, että pappi saisi nämä tiedot ilmaista. KoO sen sijaan harkitsi oikeaksi KL 58 §:n c-kohdan nojalla jättää HO:n päätöksen pysyväksi, mikäli siinä oli annettu vaitiolovelvollisuudesta lausunto.

Puheenalaisen katsantokannan johdosta on sanottava, että kohtuussyyt saattavat määrätapauksissa kieltämättä vaatia, että suostumukselle annetaan vaitiolovelvollisuuden poistava vaikutus. Näin erityisesti silloin, kun »ripittäytynyttä tai sielunhoidossa muutoin papille uskoutunutta uhkaisi väärä langettava tuomio».³³⁸ Kannanotto ei kuitenkaan saa tukea positiivisesta laista. Ne intressit, joihin mielipiteen perusteluna on viitattu, on lainsäätäjät jo normia antaessaan lainkäyttäjää sitovasti huomioinut. Todistamiskiello on tarkoitettu suojaamaan salarippiä sellaisenaan. Ei edes aineellinen totuus edusta sellaista intressiä, jonka nimessä suostumukseen olisi kiinnitettävä huomiota. Koko sinä noin 700 vuoden mittaisena ajanjaksona, jonka instituutio on nykyisen kaltaisena ollut olemassa, ei rikoksen selvittämisen ja totuuden tutkimisen koko polttavan tärkeyden edessäkään ole asetettu epäilyksen alaiseksi papin velvollisuutta vaieta rippisalaisuudesta.³³⁹

³³⁷ Vrt. T. Ellilä, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 226.

³³⁸ T. Ellilä, mt. *ibid.*; Modeen, Bikt och tystnadsplik s. 12 (»Tystnadsplikten är stadgad i dens intresse, som avger skriftermål. Denne bör därför kunna fråntäda denna sin rätt.»); Tirkkonen, Rp II s. 252 s.; sama, Sp II s. 196. Vrt. myös Hassler, mt. s. 35.

³³⁹ Jo Wach, GS 66. Bd. s. 13, piti selvänä, että ripitetty ei voinut oikeusvaikutuksellisin tavoin vapauttaa todistajaksi kutsuttua pappia vaitiolo-oikeudesta, jossa muodossa instituutio Saksassa on toteutettu; toisaalta Wach korosti lainsäätä-

4. Kuten edellä on todettu, papin vaitiolovelvollisuus ei koe poikkeusta edes siinä OK 17:23,3:n säännöstämässä tilanteessa, että syyte koskee ns. törkeää rikosta. Sen sijaan mainitun lainkohdan vaikutuksesta molempien muiden klassisten ammatinharjoittajaryhmien vaitiolovelvollisuus lieventyy, milloin virallinen syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta saat-
taa tulla vankeutta kuusi vuotta tai ankarampi rangaistus, tahi sanotun-
laisen rikoksen yrityksestä tai osallisuudesta siihen. 23,1 §:n 3 ja 4 koh-
dassa olevien säännösten estämättä voidaan muu niissä tarkoitettu hen-
kilö paitsi syytetyn oikeudenkäyntiavustaja velvoittaa todistamaan sano-
tunlaisessa asiassa. Säännöksen kohdalla on huomionarvoista ennen muu-
ta se, että syytetyn puolustaja on törkeitäkin rikoksia koskevissa jutuissa
vaitiolovelvollinen; häntä ei siten saa kuulustella edes sen estämiseksi,
että syytön henkilö tuomitaan rangaistukseen törkeästä rikoksesta. Näin
yleisemminkin: OK 17:23:n vaitiolovelvollisuutta koskevat säännökset
ovat siinä suhteessa tyhjentäviä, että vaitiolovelvollinen todistaja ei saa
paljastaa salassa pidettäviä tietoja edes sen estämiseksi, että syytön tuomi-
taan rangaistukseen.³⁴⁰ Tämä on sallittua vain 23 §:n 3 momentin mukai-
silla ehdoilla; onhan lainsäätäjän luoman ankaran todistamiskiellon tar-
koituksena juuri ollut vapauttaa tuomari intressivertailusta.³⁴¹ *De lege*
ferenda todistamiskiellon lieventäminen on ehkä paikallaan.

Muutoin vaitioloprivilegioita on edellä tutkittu lähinnä ammatinhar-
joittajakohtaisesti siten että vastaavia instituutioita on tarkasteltu kuta-
kin erikseen. Tällöinkin on kyllä osoitettu analogioita ja suoritettu yleis-
tyksiä siinä laajuudessa kuin se on ollut mahdollista. Kokoavasti voidaan
klassisten ammatinharjoittajaryhmien osalta vielä esittää seuraavaa.

jän omaksuman kannan epätyytyväisyyttä; *ibid.* s. 18: »Kirchliche Dogmatik kann für die gesetzliche Regulierung des Gegenstandes nicht massgebend sein.»

³⁴⁰ Toisin *Blomqvist*, Lääkärin salassapitovelvollisuudesta s. 46. Kuten teks-
tissä sitä vastoin RB 36:5:n kannalta *Welamson*, mt. s. 53, lähinnä lääkärin vaiti-
olovelvollisuuden osalta: »Det framgår nämligen klart av lagens förarbeten, att
någon rätt till vittnesmål i syfte att fritaga en oskyldigt misstänkt icke avsetts
föreligga utöver vad som följer av lagtexten.» *Ekelöf*, Rättegång IV s. 121, mai-
nitsee samasta seikasta syytetyn oikeudenkäyntiavustajan osalta. Näin myös
Olivecrona s. 103; *sama*, SvJT 1947 s. 358: X on tunnustanut asianajajalleen teh-
neensä murhan. Y:tä syytetään samasta rikoksesta. Indisiot osoittavat hänet
syylliseksi. *De lege lata* oikeudenkäyntiavustaja ei saa todistaa Y:n puolesta.
Vrt. esitetyn johdosta myös *Andenaes* s. 6 s.

³⁴¹ Vrt. tämän johdosta *Granfelt*, Juridiska meddelanden 1903:21 s. 180;
Tirkkonen, Tystnadsplikt. Bilaga IV s. 19.

Lainsäätäjä ei ole tarkoittanut ammatinharjoittajan vaitiolovelvollisuutta niin ahtaaksi, että se käsittäisi vain varsinaisen ilmaisukäyttämisen. OK 17:12,2:ssa on siten säädetty, että tällainen henkilö ei saa esiintuoda asiakirjaa, jos sen voidaan olettaa sisältävän sellaista, josta häntä ei voitaisi kuulla todistajana. OK 17:57,2:sta vuorostaan havaitaan, ettei mainitunlaista asiakirjaa saa esittää oikeudelle katselmuksenkaan yhteydessä.³⁴² Kun privilegioitu ammatinharjoittaja täten on vapautettu aktiivisesta editiovelvollisuudesta, on vain johdonmukaista, että hänelle myönnetään samanlainen vapautus passiivisesta takavarikon (ja kotietsinnän) sietämisvelvollisuudesta. Valtio, joka ottaa salaisuuden kunnioittamisen vakavalta kannalta, ei vain luovu vaatimasta todistusta vaan pidättyy samalla tunkeutumasta omine mahtikeinoineen sivullisilta kiellettyyn aitaukseen. Kun valtio suurpiirteisesti luopuu ottamasta selville yksityisiä salaisuuksia, sen tulee älyllisen rehellisyyden nimessä saattaa nämä salaisuudet joka suhteessa viranomaistensa saavuttamattomiin. Takavarikkokiellon yksityiskohtien johdosta viitataan toisessa yhteydessä (V 1 bba 2) olevaan esitykseen.

OK 17:23:ssa säänneltyjen salaisuustunnusmerkistöjen välillä ei tarvitse olla — jos valtiosalaisuudet jätetään huomioon ottamatta — perustavaa eroa. Ajateltakoon vain tapausta, jolloin henkilö on avioliittokriisin johdosta ottanut yhteyttä verovalmistelijaan ja keskustellut samasta asiasta niin hyvin lääkärinsä kuin lakimiehensä kanssa ja ehkäpä tilittänyt aviosuhdettaan seurakuntansa papille. Kaikki nyt puheena olevat vaitiolovelvollisuustapaukset ovat, kuten voidaan sanoa, erottamattomasti henkilöön liittyviä. Siten ei esimerkiksi ole estettä sille, että todistajana kuulustellaan sellaista sivullista, joka on salakuunnellut henkilön ripittäytymistä papille. Vielä enemmän: Ripittäytynyt itsekin on todistamisvelvollinen papille uskomansa salaisuuden sisällöstä.³⁴³ Vastaavasti on potilaan oltava valmis todistamaan lääkärin kanssa käymiensä keskustelujen sisällöstä. Yhteistä nyt tarkastelluille vaitiolovelvollisuustapauksille on edelleen se OK 17:23,4:ssä säädetty seikka, että asianomaisten henkilöiden

³⁴² Tässä yhteydessä viitattakoon myös OK 17:28,1:n, 31:n ja 34,1:n määräyksiin. Huomattakoon edelleen KoO 1968 II 48, jossa katsottiin, ettei OK 17 luv. 23 §:n 1 mom:n 3 kohdassa säädetty lääkärin vaitiolovelvollisuus todistajana vapauta lääkäriä velvollisuudesta tehdä todistajanvala tai antaa sitä vastaava vakuutus.

³⁴³ Vrt. *Belting* s. 24 av 2.

vaitiolovelvollisuus säilyy senkin jälkeen, kun he eivät enää ole siinä asemassa, jossa he olivat saaneet tiedon todistettavasta asiantilasta.³⁴⁴

OK 17:23:n määräyksiä vaitiolovelvollisuudesta on pidettävä tyhjentyvinä. Tämän johdosta muualla laissa ehkä olevat, näiden normien kanssa ristiriitaiset säännökset ovat kumoutuneet. Tällaisia säännöksiä sisältyi rikosjuttuja varten annettuun Knk. kirjeeseen 24.4.1754. Henkilö saattoi tähän säädökseen vedoten kieltäytyä paljastamasta sitä, mitä hänelle oli kahden kesken vaitiololupauستا vastaan uskottu. Nykyisen oikeustilan kannalta todistajan antama vaitiololupaus on merkityksetön.³⁴⁵ Vastaavasti ei asianosainen voi sabotoida totuuden selvittämistä taivuttamalla todistajan lupautumaan pitämään tuolle asianosaiselle epäedulliset tiedot salassa. Rikosprosessissa ei vallitse yksityisautonomiata.

5. Todistajan vaitiolovelvollisuus on voimassa myös *esitutkinnassa*. Jos todistaja tällöin kiellonvastaisesti ilmaisee salassa pidettävän seikan, herää kysymys ammattisalaisuuden *hyödyntämiskelpoisuudesta*. Varsinaisessa alioikeusmenettelyssä esiintyvänä ongelma näyttäytyy oleellisesti samankaltaisena. Saako tuomioistuin todisteita arvioidessaan kiinnittää huomiota sellaisiin seikkoihin, jotka todistaja — lääkäri, asianajaja tai pappi — on vaitiolovelvollisuutensa vastaisesti ilmaissut?

Kysymystä käsitelleiden pohjoismaisten oikeusoppineiden mielipiteet ovat melkoisessa määrin jakautuneet. Osa tutkijoista katsoo, ettei tuomioistuin saa ottaa todistamiskieltoa rikkoen ilmaistua seikkaa huomioon, toisten ollessa valmiit torjumaan käsityksen, että kiellonvastaisesti annettu lausuma on kielletty hedelmä.³⁴⁶ Vertailun vuoksi on syytä mainita,

³⁴⁴ Siten esim. lääkärin vaitiolovelvollisuus jatkuu hänen kuolemaansa asti, vaikka hän siirtyisi toiselle alalle; *Koskimies*, mt. s. 23 s.

³⁴⁵ Kuten tekstissä *Tirkkonen* s. 126. Ks. myös *Aalto*, Lehtimiehen anonyymi-teetti s. 24 av 5. — Todettakoon, että jo *Wrede* katsoi mainitun knk. kirjeen lainsoveltajaa velvoittamattomaksi; vastaavasti todistajan vaitiololupaus oli oikeudellisesti merkityksetön. Ks. lähemmin »Grunddragen af bevisrätten» s. 165 s. ja 194; sekä *JFT* 1891 s. 115 s. Vrt. myös esitystä edellä s. 34 ja av 110.

³⁴⁶ Suomen ja Ruotsin prosessitieteessä kysymykseen on yleensä vastattu edellisen vaihtoehdon — todisteen torjumisen — mukaisesti. Näin *Anttila*, mt. s. 30; *Modeen*, mt. s. 11; *Mäkinen—Ollinen*, mt. s. 565; *Tirkkonen* s. 126 s.; sama *Tystnadsplikt*. Bilaga IV s. 8. Vrt. kuitenkin *Alkio*, mt. *ibid.*: »Joka tapauksessa ... näyttää esiintyvän tilanteita, joissa täten ilmaistun seikan ei voida katsoa olevan non scriptum.» Todisteen torjumista suosittavat edelleen *Bomgren*, mt. s. 243; *Hassler*, mt. s. 35, ja *Kallenberg*, *SvJT* 1940 s. 513. Toisella periaatteellisella kan-

että vastaavaa käsityskantojen hajontaa ei esiinny keski-eurooppalaisessa — saksalaisessa ja sveitsiläisessä — tieteisopissa. Mannermaalla lähdetään yleisesti siitä, että ammattisalaisuutta polkien ilmaistu seikka on hyödyntämiskelpoinen. Tämä onkin johdonmukaista, kun otetaan huomioon, että näissä maissa ammatinharjoittajan prosessuaalinen vaitiolo-privilegio on toteutettu pelkkänä vaitiolo-oikeutena.

Hyödyntämiskysymyksestä esitettyjen mielipiteiden kaksijakoisuus heijastaa ongelman lähestymistavassa noudatetun metodin epätydyttävyyttä. On luotu mielikuva yleisestä ratkaisukaavasta. Näin valitusta lähtökohdasta on pakostakin päädytty systemaattiselle metodille ominaisiin lopputuloksiin.

Lupaavammalta vaikuttaa pragmaattinen tarkastelutapa. Tästä tutkimusasenteesta käsin vain ääritapaukset ovat selviä. Tuomioistuin ei esimerkiksi saa ottaa vastaan sairaskertomuksesta otettua valokopiota. Sairaskertomuksen käyttö todisteena merkitsisi jo tapahtuneen todistamiskiellon rikkomisen täydentymistä ja tehostumista. Liioin ei poliisin ole annettava todistaa siitä, mitä hän on lukenut sairaskertomuksesta. *Andenaesiin* voidaan yhtyä siinä, että jos pappi tai lääkäri ilmaisee vaitiolovelvollisuutensa vastaisesti salassa pidettävän seikan *esitutkintaviranomaiselle*, tiedon hyväksikäyttäminen myöhemmässä oikeudenkäynnissä syventäisi tapahtuneen intressinloukkauksen. Todisteen torjumisella — hyödyntämiskiellolla — on tapahtunutta vahinkoa korjaava vaikutus.³⁴⁷

Kokonaisongelma nähdään toisessa valossa, jos oletetaan, että privilegioitu todistaja omasta tahdostaan ilmaisee salaisuuden vasta alioikeusmenettelyssä. Hyödyntämiskiellolta ei kyllä nytkään puutu perusteita. Lähinnä voidaan ajatella, että hyödyntämiskielto on omansa ennaltaehkäisemään sitä, että asianosainen vaatii todistajan kuulustelemista siinä toivossa, että tuomioistuimelta jää kyselykielto huomaamatta.³⁴⁸ Esi-
 tetty argumentti ei kuitenkaan ole varsin vahva. Salaisuudesta intressoitu, jonka edusta on kysymys, on kiinnostunut vain siitä, että luottamus-
 henkilö ei ilmaise sitä oikeusviranomaisille. Jos hän pettyy tässä odo-

nalla on *Ekelöf*; ks. »Rättegång IV» s. 125. Ks. myös *Bolding*, SvJT 1953 s. 330 ss.; *Heuman*, SvJT 1955 s. 237.

³⁴⁷ »Straffeprosessen» s. 337. Ks. myös *Bratholm* s. 130 av 36. Asiallisesti kuten edelliset *Gomard*, mt. s. 201.

³⁴⁸ Näin *Ekelöf* IV s. 125.

tuksessaan, hän kokee todisteen virallismuotoisen hyväksikäyttämisen toisarvoisena seikkana. Hyödyntämisestä pidättäytyminen ei *tässä tapauksessa* oleellisesti korjaa tapahtunutta vahinkoa. Vaitiolovelvollisuusnormien taustana oleva luottamuksensuoja ei juurikaan kärsi vahinkoa sen johdosta, että *tuomioistu*in kiinnittää todisteeseen huomiota sille yhteiskunnan toimesta annetun totuudentutkimistehtävän mukaisesti. Asiaa on kuitenkin arvosteltava toisin, jos kysymyksessä on lääkärin, asianajajan tai papin ilmaisema ratkaiseva avaintodiste, ja esimerkiksi potilas tulisi tuomitukseksi lääkärin ilmaisemien tietojen perusteella.³⁴⁹

Eettinen argumentti, johon tässä yhteydessä on vedottu, ei tunnu vakuuttavalta. Paheksumisarvostelman ansaitsee todistaja, joka pettää ammattietiikkansa, eikä *tuomioistu*in, joka tapahtuneen tosiasian eteen joutuneena asettaa ilmisaatetun tiedon palvelemaan totuuden tavoittamista. Yleisestävät näkökohdat eivät nekään riitä hyödyntämiskiellon asettamiseen. Jos näet hyödyntämiskiello on täysin sopimaton jo poliisiviranomaisten ojentamiseen, niin sitä epäonnistuneempi se on pidättämään todistajia kaikissa tapauksissa satunnaisiksi jääviltä vaitiolovelvollisuuden rikkomisilta. Aineellinen totuus painaa vaa'assa enemmän. Mitä vakavammasta rikoksesta on kysymys, sitä aiheellisempaa on, että *tuomioistu*in hyödyntää todistamiskiellon vastaisesti annetun lausuman. Jos täten voidaan estää syyttömän henkilön tuomitseminen, hyödyntämisen täytyy olla aina sallittu. Samoin lienee arvosteltava tapausta, että se, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty, on varhemmassa prosessivaiheessa suostunut todistamiseen mutta peruuttaa myöhemmin suostumuksensa. Peruuttaminen ei vaikuta taannehtivasti siten, että *tuomioistu*in olisi estynyt ottamasta vastaan varhemmin korrektisti annetun todistuksen.³⁵⁰

e) Valtionpäämiehen poikkeusasema (OK 17:22);
diplomaatin immuniteetti

1. OK 17:22:ssa olevan määräyksen mukaan tasavallan presidenttiä ei saa kutsua todistajaksi.

Säännösteksti on erittäin selvä ja yksiselitteinen. Tutkimuksellisista

³⁴⁹ Andenaes s. 30.

³⁵⁰ Andenaes s. 25.

syistä saattaa kuitenkin olla perusteltua ilmaista mainitun lainkohdan sisältämä todistamiskiello seuraavan tautologian avulla: Tasavallan presidenttiä ei saa käyttää *todistuskeinona*. Suoritettu uudelleen formulointi ilmaisee mahdollisimman selvästi, että lainkohdan kysymyksenasetteluna on tavanomainen »millä keinolla/välikappaleella ei saa todistaa?» OK 17:22 lausuu siten todistuskeinokiellon. Prosessiteoreettisesti arvostelun todistamiskielloon ei näyttäisi liittyvän totunnaisesta poikkeavia ongelmia.

Omaksuttu johtopäätös saattaa kuitenkin osoittautua väliaikaiseksi. Pitäytymällä lainkohdan sanamuotoon sellaisena kuin se esiintyy lakitekstissä on mahdollista saada esille normin epätavallinen kantavuus.

Normaalisesti todistamiskiello vaikuttaa sen, että todistaja saa kieltäytyä antamasta todistajankertomusta tai vastaamasta kysymykseen. Todistamiskiellon normivaikutus näyttäytyy siten todistajan *päävelvollisuuden* — todistamisvelvollisuuden — eri laajuisena muotoamisena. Sen sijaan todistamiskiellon vaikutukset eivät ulotu todistajan niihin *sivuvelvollisuuksiin*, jotka säännönmukaisesti on täytettävä ennen todistajankertomuksen antamista.³⁵¹ Vaitiolo-oikeus/-velvollisuus ei siten vapauta todistajaa velvollisuudesta saapua oikeuteen. Syytetyn lähiomaisia lukuun ottamatta etuoikeutetut todistajaryhmät eivät myöskään vapaudu velvollisuudesta tehdä todistajanvala tai antaa sitä vastaavaa vakuutus. Lääkärin osalta mainittu seikka on nimenomaan lausuttu eräässä ylimmän oikeusasteemme antamassa ratkaisussa (KoO 1968 II 48). Toisin tasavallan presidentin poikkeusasema. OK 17:22 laajentaa todistamisvelvollisuuden rajoituksen totaalisesti kumoamalla myös todistajan sivuvelvollisuudet.³⁵² Tarkkaan ottaen näiden sivuvelvollisuuksien kumoutumista ei kuitenkaan voitane selittää todistamiskiellon — todistuskeinokiellon — vaikutukseksi. Oikeimmiten on lähdettävä siitä, että primäärisesti OK 17:22 eksplikoi vain kiellon kutsua tasavallan presidenttiä todistajaksi. Tuomioistuimelle annetun käyttäytymismallin kuvaus on tässä tapauksessa se, että tuomioistuimen tulee pidättäytyä edellytetystä prosessitoimesta — todistajaksi kutumisesta — kaikissa sen ratkaistavaksi vireille pannuissa jutuissa.³⁵³ Kun todistamiskiellolle on ominais-

³⁵¹ Vrt. I osa s. 324 s.

³⁵² Vrt. Tirkkonen s. 114.

³⁵³ Omasta aloitteestaan valtionpäämies voinee sitä vastoin esiintyä todistajana; Tirkkonen, *ibid.* Ks. tämän johdosta myös *Beling* s. 10.

ta, että se rajoittaa tahi poistaa *todistamisvelvollisuuden* määrätyssä jutussa, niin OK 17: 22:n ilmaisema normi poistaa *todistajanaolovelvollisuuden* kaikissa potentiaalisissa jutuissa. Todistamiskielto — tässä tapauksessa todistuskeinokielto — näyttäytyy mainitun normin johdannaisena periaatteen *majus includit minus* mukaisesti.

2. Tasavallan presidentin poikkeusasemalla on juurensa valtio-oikeudellisissa harkinnoissa. Tuomioistuinten tuomiovalta kohdistuu valtionpäämieheen jo alun perin rajoitettuna siten kuin valtio-oikeudelliset oikeussäännökset lähemmin osoittavat. Prosessin tasolla ja vastaavasti prosessin empiriassa mainittu tuomiovallan rajoitus tulee esille lainkäytöllisenä immuniteettina eli koskemattomuutena.

Kansainvälisen oikeuden perusteella lainkäytöllinen immuniteetti on myönnetty eräille henkilöille ja henkilöryhmille — poikkeuksellisesti myös oikeusobjekteille —, jotka ovat ns. eksterritoriaalioikeuden suojaamia. Immuniteetin normiperusteena on tällöin juuri mainittu kansainvälisen oikeuden instituutio. Lainkäyttövapaus muodostaa vain yhden osan eksterritoriaalioikeutta nauttivan henkilön moniulotteisesta oikeusasemasta. Lainkäytöllisessä immuniteetissa tulee esille eksterritoriaalioikeuden spesifiikisti prosessuaalinen ulottuvuus.³⁵⁴

Ne henkilöt ja henkilöryhmät, jotka nauttivat eksterritoriaalioikeuteen perustuvaa poikkeusasemaa, osoittaa lähemmin kansainvälinen oikeus. Tapaoikeuteen perustuen vieraiden valtioiden päämiehet seurueineen ovat vanhastaan kuuluneet eksterritoriaalioikeuden piiriin. Vakiintuneesti kuuluu tällainen poikkeusasema myös vieraalle sotaväelle, joka hallituksen suostumuksella oleskelee valtakunnan alueella. Oleskeluvaltion tuomiovallan ulkopuolelle jäävät edelleen henkilöt vieraan valtion sota- ja muilla valtiollisilla aluksilla, jotka luvallisesti ovat tulleet valtakunnan aluevesille, niin kauan kuin he ovat aluksella. Vihdoin nauttivat eksterritoriaalioikeuden tarjoamaa suojaa vieraiden valtioiden diplomaattiset edustajat sekä ulkomaiden lähetystöjen palveluksessa

³⁵⁴ Ks. tekstissä olevan esityksen johdosta *Hormia*, Diplomaatin immuniteetti s. 96 ss.; *Sjöholm*, SvJT 1973 s. 208 ss. — Kun *Hormia* mainitussa esityksessä lausuu (s. 98), että »eksterritoriaalioikeus osoittautuu siksi perusteeksi, joka aiheuttaa prosessilain soveltamisen immuniteettisäännösten osoittamalla tavalla», johtopäätöksen formulointi on epätydyttävä. Oikeimmiten kysymys ei ole prosessilain soveltamisesta vaan siitä (edeltävästä esityksestäkin ilmenevästä seikasta), että prosessilakia ei sovelleta eikä vastaavasti tuomiovaltaa käytetä.

toimiva henkilökunta. Käytännölliseltä merkitykseltään viimeksi mainitun henkilöryhmän poikkeusasema on epäilemättä tärkein. Vanhastaan diplomaattiedustajienkin erikoisasema on perustunut tapaoikeuteen, mutta nyttemmin on tältä alalta olemassa myös kodifioitua oikeutta.

Prosessioikeudellisessa suhteessa diplomaattihenkilön eksteritoriaali-oikeuteen perustuva poikkeusasema ilmenee, kuten sanottu, lainkäytöllisenä immunitettina. Tällaiseen henkilöön ei saa kohdistaa minkäänlaista oikeuspakkoa. *Omassa asiassaan* diplomaatti saa kyllä esiintyä rikosprosessissa *kantajana*.³⁵⁵ Tällöin hän on myös velvollinen vastaamaan mahdolliseen vastakanteeseen, mikäli se liittyy hänen omiin asioihinsa.

Asemamaan oikeusviranomaiset eivät siis saa kohdistaa diplomaattiin minkäänlaisia tuomiovallan käyttämistä merkitseviä toimia. Jos hän on tehnyt tässä maassa rikoksen, asian syytteeseenpano ja tuomioistuimeen vieminen on kielletty; RL 1:9,1:ssä edellytetään nimenomaisesti, että rangaistusvastuun toteuttamisesta on tällöin luovuttava. Diplomaatin ei myöskään ole pakko esiintyä oikeudenkäynnissä todistajana. Niinpä Suomen oikeusviranomaiset eivät esimerkiksi saa kutsua Norjan täällä olevaa lähettilästä todistajaksi tai asiantuntijaksi rikosprosessiin eivätkä saa tunkeutua lähetystörakennukseen suorittamaan katselmusta tai takavarikoimaan esineitä tai asiakirjoja, esimerkiksi lähetystön arkistoa. Johdonmukaisesti tällaiset asiakirjat ovat myös aktiivisen editiovelvollisuuden ulkopuolella.

Todistamiskielto raukeaa, milloin nimittäjävaltio poikkeuksellisesti on suostunut diplomaatin todistajana kuulustelemiseen tai mahdollisesti kokonaan luopunut edustajalleen kuuluvasta lainkäyttövapautuksesta. Sellaiseen yksilöityyn lainkäyttötoimeen kuin todistajankertomuksen antamiseen diplomaattiedustaja voinee alistua omasta aloitteestaankin.

³⁵⁵ *Hormian* vastakkainen kanta (mt. s. 112) ei ole voimassa olevan diplomaattioikeuden mukainen. Ks. po. suhteessa lähemmin *Broms*, Kansainvälinen oikeus s. 449 ss.

Erityisesti syyteoikeuden järjestelystä ks. *Sainio*, Presidentti »ylimpänä syyttäjänä», HS 7. 7. 1974: »Presidentillä ja vieraan valtion hallituksella on rikoslain 14 luvun 1—4 §:n tapauksissa rinnakkainen aloiteoikeus, presidentillä yksinomainen 4 a §:n tapauksessa. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että jos esimerkiksi vieraan valtion diplomaattista edustajaa pahoinpideltäisiin, virallisella syyttäjällä ja asianomistajalla ei olisi kannevaltaa ilman diplomaatin kotivaltion syytepyyntöä tai tasavallan presidentin määräystä.»

f) *Asiakirjatodistelua koskevat kiellot*fa) Yksityisluonteiset kirjalliset todisteet
(OK 17:11,1)

1. Alioikeusmenettely etenee syyttämisperiaatteen muodoissa: suullisesti, julkisesti ja kontradiktorisesti. Viimeksi mainitun piirteen — menettelyn kontradiktorisuuden — muotoa antava vaikutus näyttäytyy rikosprosessin rakentumisena kahden asianosaistahon, syyttäjän ja syytetyn, olemassaololle. Lähemmin eritellen kontradiktorinen muoto on sananvaihtoa syyttäjän ja syytetyn kesken, kanteen ja vastineen esittämistä. Muotoa kannattava prosessiajatus: kontradiktorinen periaate, ei välttämättä edellytä, että syytetty de facto antaa vastineen.³⁵⁶ Kuten tutkimuksessa on todettu, syytetyllä ei ole vastineen antamisvelvollisuutta, riittää, että hänelle on annettu tilaisuus esittää vastine. Syytettyä ei tosin voida tuomita poissaolevana, mutta lain (OK 15:1,1) osoittamissa rajoissa hän saa käyttää oikeudenkäyntiasiamiestä.^{356a} Kokonaisvaltaisesta näkökulmasta kontradiktorista muotoa kannattava samanniminen periaate saatetaan leimata *molemminpuolisen kuulemisen periaatteeksi*; ahtaasti syytetyn näkökulmasta puheenalainen prosessiajatus voidaan nimittää *oikeudellisen kuulustelun periaatteeksi*.³⁵⁷

³⁵⁶ Kontradiktorisen periaatteen aineellisen sisällön muodostaa ns. *audiatur et altera pars*-sääntö: »Qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit.»

^{356a} Vrt. po. suhteessa KoO 1977 II 71: Vastaajan, joka oli oikeutettu olemaan läsnä häntä koskevan rikosjutun ensikäsittelyssä valtuuttamansa asiamiehen edustamana, ei katsottu syyllistyneen hänen syykseen rikoksena luettavaan esteettömään poissaoloon oikeudesta vastaajana, kun asiamies ei saapunut jutun käsitte-lyyn.

³⁵⁷ Ks. tekstissä olevan esityksen johdosta Aalto s. 208; *sama*, Oikeusturva oikeudenkäynnissä s. 215; T. Ellilä, Hovioikeusmenettely s. 48; Sjöström, Tredskodom s. 17; Tirkkonen, LM 1964 s. 1007; *sama*, Pääpiirteet s. 24; Meyer, Dialektik im Strafprozess s. 58 s.; Sauer s. 80; Westhoff s. 120; Roeder (1. painos) s. 29 ja 231; sekä erit. Rüping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, passim.

Kontradiktorinen periaate kuuluu prosessioikeuden johtaviin periaatteisiin. Sellaisena se rinnastuu esim. aineellisen totuuden periaatteeseen ja julkisuusperiaatteeseen, jotka kontradiktorisen periaatteen tavoin ovat (toisin kuin näiden periaatteiden enemmistö) »todellisia» oikeusperiaatteita, tuomioistuinta ehdottomasti velvoittavia. Vrt. tämän johdosta I osa s. 3 av 6 ja s. 5; ja Halila, LM 1978 s. 905. Ks. myös *Julkisuuslainsäädäntö* s. 82.

Sen johdosta, että todistelumenettely muodostaa rikosprosessin keskeisen osan, kontradiktorisen periaatteen merkitys on suurimmillaan juuri tässä prosessijaksossa. Kontradiktorinen periaate edellyttää todistelulta *välittömyyttä*: todistelun tulee tapahtua siinä tuomioistuimessa, joka jutun ratkaisee.³⁵⁸ Syytetyn tulee saada ottaa kantaa kaikkiin esitettyihin todisteisiin (OK 17:9,3). Syytetyn epäeduksi koituvien todisteiden esittäminen, ilman että syytetylle varataan mahdollisuus ottaa niihin kantaa, kvalifioituu oikeudellisen kuulustelun epäämiseksi (arg. OK 17:9,1).³⁵⁹

OK 17:11,1:n määräyksissä, joilla kielletään yksityisluonteisten kirjallisten todisteiden esittäminen, edellä kehitellyt näkökohdat ovat tiheytyneet oikeusnormiksi. Mutta on heti suoritettava eräitä täsmennyksiä: Kuten tutkimuksessa on todettu (III 1 bb), todistelun välittömyys on vain yksi OK 17:11,1:tä kannattava oikeusperuste. Toisaalta kysymyksenasettelu: onko välillinen todistelu kaikissa muodoissaan kielletty? johtaa katseen jo *todistelumetodikieltojen* problematiikkaan. Tästä saattaa aiheutua tiettyä systematiikan pirstoutumista. Tässä yhteydessä kiinnitetään huomio pelkästään OK 17 luvun 11 §:n 1 mom:n tulkintaan, lainkohdan, joka palvelee alioikeudessa suoritettavan todistelun välittömyyttä todistuskeinokiellon avulla. Tällöin saatetaan paljolti nojautua kysymystä meillä aikaisemmin käsitelleiden tutkijoiden esityksiin.

2. OK 17:11,1:ssä lausutaan yksityisluonteisten, varta vasten laadittujen kirjallisten todistajankertomusten esittämisen kiello alioikeusmenettelyn osalta: »Älköön alioikeudessa käytettävä todisteena yksityisluonteista kertomusta, jonka joku on vireille pannun tai alkavan oikeudenkäynnin varalta kirjallisesti antanut, ellei sitä ole erikseen laissa myönnetty tai oikeus erityisistä syistä sitä salli.»

Normin tunnusmerkistöosassa käytetty peruskäsite voidaan ilmaista

³⁵⁸ Löhr, Unmittelbarkeit s. 46.

³⁵⁹ Tapahtunut prosessuaalinen virhe on tällöin niin vakava, että se voi — yleisessä oikeusasteessa todettuna — aiheuttaa jutun palauttamisen alioikeuteen. Ks. siinä suhteessa KoO 1950 II 117: Vakuutuspetos; kysymys jutun palauttamisesta KO:teen. KoO: koska H. E. S. oli anonut jutun palauttamista KO:teen saadakseen tilaisuuden kuulustuttaa todistajina eräitä henkilöitä heidän KoO:teen ja HO:teen antamiensa kirjallisten todistusten johdosta sekä esittää muutakin selvitystä, niin ja kun KO ei ollut riittävän tarkasti kuulustellut jutun todistajia kaikista asiaan vaikuttavista seikoista, KoO harkitsi oikeaksi asian selvittämättömään tilaan nähden ... palauttaa jutun KO:teen. — Ks. tekstissä esitetyn johdosta myös Walder s. 54.

nimityksellä »kirjallinen todiste». Tällöin on käytetty sanontaa, jossa esiintyvät termit on saatu välittömästi säännöstekstistä. »Kirjallisen todisteen» synonyyminä on tieteisopissa perinteisesti käytetty termiä »asiakirja».³⁶⁰ Annetuissa käsitelmääritelmissä on yleensä lähdetty siitä, että kirjallinen todiste sisältää kirjallisessa muodossa annetun selityksen.³⁶¹ Informaation tallentaminen ja adressaatille välittäminen tapahtuu tällöin kirjoitetun kielen avulla. Sen sijaan määritelmä ei edellytä sitä mahdollisuutta, että informaation välitys tapahtuu puhutun kielen avulla. Erilaiset äänen tallennus- ja toistolaitteet eivät siten kuulu »kirjallisen todisteen» intensioon.

Suoritettu käsiteanalyysi luo valaistusta esityksessä käytettyyn systematiikkaan: Sen jälkeen kun on tutkittu todistamiskieltoja henkilöllisten todistuskeinojen käyttämisen rajoittajina, siirrytään tarkastelemaan vastaavaa todistelun rajoitusta esineellisten eli reaalisten todistuskeinojen — asiakirjatodistelun ja katselmuksen — piirissä. Asiakirjatodistelun edustamasta kokonaisuudesta kiinnitetään ensiksi huomiota yksityisten kirjallisten todisteiden osa-alueeseen. Sen lisäksi, mitä edellä on kirjallisen todisteen käsitteestä sanottu, esitetään seuraavassa eräitä täydentäviä piirteitä.

Yhdentekevää on, minkälaiselle aineelle kirjallinen todiste on laadittu. Mainittakoon kuitenkin, että erään saksalaisessa kirjallisuudessa esitetyn käsityksen mukaan ajatusilmauksen tulee olla laadittu »im toten Stoff».³⁶² — Edelleen on asiaan vaikuttamatonta, millaisin merkein (pikakirjoituksella, salakielellä, käsin tai koneella kirjoittaen, painokirjaimin jne.) aja-

³⁶⁰ Toisin *Wrede* s. 60: »För att skriften skall vara urkund fordras därjämte, att den genom en bestämmande vilja på ett förnimbart sätt erhållit uppgiften att tjäna såsom bevis för något faktum.» — Asiakirjan käsitteestä muutoin ks. erit. *Lager* s. 140: »... asiakirja on esine, johon ulkonaisesti havaittavin tavoin on ilmaistu jokin tahdonilmaisuus tai selitys ... oikeudenkäynnissä asiakirjaa säännönmukaisesti käytetään jonkin tosiseikan todistamiseen.» Ks. myös *Julkisuuslain-säädäntö* s. 16; *Hakkila—Simola*, Asiakirjakaavoja selityksineen (10. painos) s. 13: »Asiakirja voidaan ... määritellä kirjalliseksi todisteeksi, jolla on oikeudellista merkitystä.»

³⁶¹ Ks. esim. *Tirkkonen* s. 86 verr. s. 236 s.; *Ekelöf* IV s. 150; *Hassler*, mt. s. 57; *Gärde* s. 526 (»... torde såsom skriftliga bevis få anses handlingar, som i skrift ... uttrycka ett tankeinhåll och som med avseende å detta innehåll åberopas såsom bevis i rättegång.»); *Trygger*, Om skriftliga bevis s. 82; *Welamson*, mt. s. 97.

³⁶² *Simader*, Beweisanträge s. 154. — Ks. tekstissä esitetyn johdosta myös *Gulson*, mt. s. 231 rn 234.

tussisällölle on annettu kielellinen kuvaus. Käsitteellisesti ei ole välttämätöntä, että kirjallinen todiste on laadittu todistuskeinona käytettäväksi. Mainittu intentionaalinen momentti voidaan kyllä sopivasti valita kriteeriksi, jonka perusteella kirjalliset todisteet saatetaan vastaavasti jakaa kahteen ryhmään: alkuperäisiin asiakirjoihin ja todistusasiakirjoihin (tilapäisasiakirjoihin). Alkuperäistä asiakirjaa ei ole nimenomaisesti laadittu todisteeksi; pikemminkin se on todiste. Siinä »esineellistyy» oikeudellisesti relevantti asiantila, josta se muodostaa välittömän todisteen. Vertailuryhmän muodostavasta kategoriasta voidaan käyttää nimitystä todistusasiakirjat. Nyt on kysymys sellaisista kirjallisista todisteista, jotka on varta vasten laadittu todisteina käytettäväksi. Ne viittavat muiden todistuskeinojen sisältöön. Niiden esittäminen on sallittua vain milloin mainittuja alkuperäisiä todistuskeinoja itseään ei jostakin syystä tarvitse esittää.³⁶³

Kosketeltu intentionaalinen näkökohta — se seikka, onko kirjallinen todiste laadittu todistuskeinona käytettäväksi vai ei — on OK 17:11,1:ssä selvästi asetettu tunnusmerkistötekijän luonteiseksi ehdoksi. Sen johdosta, että todistuskeinon kuvaukseen on liitetty rajoittava predikaatti »yksityisluonteinen», ei-sallittujen todisteiden joukko tuntuvasti supistuu.

Aivan yleisesti luonnehtien asian laita on se, että OK 17:11,1 tarkoittaa sellaisen menettelyn estämistä, että todisteena oikeudenkäynnissä käytettäisiin etukäteen valmistettuja kirjallisia todistajankertomuksia, ilman että sellaisen kertomuksen antajaa kuulusteltaisiin henkilökohtaisesti todistajana. Vierasmiestodistelua ei toisin sanoen yleensä saa korvata asiakirjatodistelulla. Oikeuden ulkopuolella annettuja selityksiä ei saa lukea; niiden esittäminen täydentävänäkin todistusaineistona on periaatteessa kielletty.³⁶⁴

Toisessa asemassa on *asiantuntijatodistelu*; OK 17:50,2:sta ilmenee, että asiantuntijan lausunto on yleensä laadittava kirjallisesti ja ettei asiantuntijaa ole pakko kuulustella henkilökohtaisesti (kontradiktorisesti) tuomioistuimessa. Käsitteellisesti asiantuntijan lausunto, milloin sen antaa muu henkilö kuin julkisen viran tai toimen nojalla sen haltija, on epäilemättä »yksityisluonteinen kirjallinen kertomus», näin joka tapauksessa

³⁶³ Hakikila—Simola, mt. *ibid.*; Helminen, PM 1972 s. 331; Lager, *ibid.*; Tirkkonen, Rp II s. 184; Krause, Urkundenbeweis s. 101 ss.

³⁶⁴ Ks. T. Ellilä, Liike-elämä ja uusi todistus-oikeus s. 14; sama, Todistelusta rikosasioissa s. 173.

silloin kun lausunto on annettu yksityisen asianosaisen aloitteen perusteella. Noudatettava menettely määräytyy yksin OK 17:50,2:n pohjalta, joka on *lex specialis*.³⁶⁵ Mitä tulee *asianosaisten* tavallisiin oikeudenkäyntikirjelmiin, ne eivät edes käsitteellisesti ole OK 17:11,1:n tarkoittamia todistuskeinoja. Niitä ei ole tarkoitettu käytettäväksi todisteina oikeudenkäynnissä, olkoonkin, että niillä saattaa olla tietty tosiasiallinen todistusvoima siten kuin tuomioistuimien todistusharkinnassaan päättelee.

OK 17:11,1:n herättämien tulkintakysymysten edelleen valottamiseksi on paikallaan tässäkin yhteydessä viitata puheenalaisten määräysten oikeuspoliittiseen perustaan: On haluttu turvata todistelun välittömyys ja siten edistää todistelun *kontradiktorisuutta*; täydentävänä oikeusajatuksena on lainsäätäjää motivoinut pyrkimys edistää todistelun *luotettavuutta*.³⁶⁶

Kokemusperäisesti on tunnettua, että yksityisluonteiset kirjalliset todistajankertomukset ovat epäluotettavia. Vaarantamalla totuuden selville saamisen ne uhkaavat riistää oikeudenkäynniltä koko sen mielekkyyden. Kyetäkseen arvioimaan todistajankertomuksen luotettavuuden tuomarilla tulee ensin olla mielikuva *todistajan* luotettavuudesta. »Paperi ei punastele.» —

OK 17:11,1 on tehnyt lopun siitä varhemmin vallinneesta käytännöstä, että tuomioistuimelle esitettiin ns. »valaehitoisia» kirjallisia todistajankertomuksia tiettyä juttua varten. Tällaiset todistukset ovat selvästi puheenalaisen lainkohdan tarkoittamia yksityisluonteisia kertomuksia eikä tuomioistuimien saa ottaa niitä vastaan. Todistajien itsensä laatimien kirjallisten kertomusten ohella lainkohdan soveltamisalaan kuuluvat esimerkiksi jossakin asianajo- tai yksityisetsivätoimistossa valmistetut todistajankertomukset.³⁶⁷ Mitä tulee tällaisen kirjallisen todistuksen lähempään sisältöön, lainkohdan soveltamisen kannalta ei liene aivan yhdentekevää, mitä jutun ratkaisulle relevantteja tosiseikkoja yksityinen kirjallinen todistus koskee. Lähtökohtaisesti on kyllä selvää, että vain *relevantteja* tosiseikkoja koskeva kirjallinen todiste saattaa ylipäättään

³⁶⁵ Tirkkonen, s. 66, lausuu puheenalaisessa suhteessa: »Vaikka siis katsottaisiin, että 11,1 §:ssä oleva kielto koskee periaatteessa myös asiantuntijoita, on tällöin kuitenkin olemassa 11,1 §:n poikkeussäännöksen nojalla sellainen tilanne, että laissa on »erikseen myönnetty» yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen käyttäminen todisteena.»

³⁶⁶ Ks. III 1 bb.

³⁶⁷ Tirkkonen s. 67.

tulla OK 17:11,1:n nojalla torjutuksi; jos nimittäin todiste on asiaan vaikuttamaton, oikeuden tulee jo OK 17:7:n nojalla evätä sen esittäminen. Relevantteja tosiseikkoja koskevan kirjallisen todisteen prosessuaalinen kohtalo ei puolestaan riipu siitä, kohdistuuko kirjallisesti annettu kertomus todistustositasioiden vai indisioiden. Suoranaisen todistelun ja indisiotodistelun välinen ero ei omaa suurta merkitystä edes pidettäessä silmällä todistelua ylipäätään;³⁶⁸ näin on asian laita myös OK 17:11,1:n eriytyneessä tapauksessa.

Muutoin on OK 17:11,1:n johdosta todettava, että siinä lausuttu todistamiskielto on yksiselitteisen jyrkkä.³⁶⁹ Käytännön ratkaisutoiminnassa esiintyvät tulkintatilanteet lienevät monesti melko ongelmattomia. Lainkäyttäjän keskeisiä tehtäviä on sen määrittäminen, milloin esitetty kirjallinen todiste on laadultaan sellainen, että se on torjuttava varta vasten laadittuna yksityisenä kertomuksena. Tässä suhteessa on selvää, että kiellon ulkopuolelle jäävät tiliotteet, kuitit, kirjanpitokirjat ja -kortit, tilintarkastajien kertomukset, laskut ja muunlaiset tositteet, kartat ja erilaiset piirroksot. Todistamiskielto ei liioin koske yksityisiä kirjoja eikä henkilön jostakin tapahtumasta aikoinaan tekemiä muistiinpanoja. Kaikki nyt mainitut asiakirjalajit jäävät todistamiskiellon ulkopuolelle sen johdosta, ettei todistetta ole alun perin laadittu oikeudenkäyntiä varten.³⁷⁰

Kuten aikaisemmin on mainittu, OK 17:11,1:n »kirjallinen todiste» tarkoittaa tarkkaan ottaen vain sellaisia asiakirjoja, joissa ajatussisältö on ilmaistu kirjoitettujen merkkien tai symbolien avulla. Tämän mukaisesti ei *ääninauha* ankaran juridisteknisesti kuulu lainkohdan soveltamisalaan. Jos näin on, niin OK 17:11,1:n pohjalta ei voida mielekkäästi asettaa kysymystä saadaanko oikeudenkäynnissä käyttää todisteenä yksityishenkilön tai viranomaisen nauhoittaman keskustelun tallentavaa ääninauhaa. Toisaalta on huomattava, että prosessilakimme ei muuallakaan sisällä kysymystä koskevia säännöksiä. Asiantila on oikeudenhoidollinen epäkohta ja vaatii lainsäätäjän huomiota. Ennen kysymykseen tulevan lainuudistuksen antamista jäänee ainoaksi menettelytavaksi laissa

³⁶⁸ Andenaes, Straffeprosessen s. 164.

³⁶⁹ Vrt. Alkio, LM 1949 s. 559. *Isku-ryhmän* mielestä välittömyydestä myönnetty poikkeuksetkin huomioon ottaen »nykyinen kirjallisten todisteiden esittäminen kielto on liian ehdoton»; ks. Oik. min. ls. osaston julkaisu 2/1976 s. 30.

³⁷⁰ Ks. tämän johdosta T. Ellilä, *Liike-elämä ja uusi todistusoikeus* s. 15; sama, *Todistelusta rikosasioissa* s. 173; Helminen, mt. ibid. Ks. myös PLB II s. 388.

olevan aukon täyttäminen juridisen metodiopin tavanomaisin keinoin. Aukkoharkintaa määräävä on havainto, että säännöstämätön tilanne on syntynyt siitä, ettei lainsäätäjällä ole kyennyt seuraamaan nopeasti edistynyttä teknis-tieteellistä kehitystä ja sen seurannaisilmiöinä syntyneitä uusia sosiaalisen elämän realiteetteja. Kysymyksessä on toisin sanoen ns. sekundäärinen aukko. Tässä kuten aukkoharkinnassa muutoinkaan tulkinta ei ole se keino, jolla aukon täyttäminen suoritetaan. Oikeimmiten tarpeellinen oikeuslause tulee johtaa laajentamalla jo olemassaolevaa normia. Tätä voidaan nimittää analogiaksi, joka on oikeuden luomista.

Onko ääninauha asiakirja?³⁷¹ Erilaiset äänentallennus- ja -toistolaitteet ääninauhat, äänilevyt jne. voivat sisältää täysin saman informaation kuin kirjalliset todisteet. Äänitteen esittäminen olisi siten verrattavissa asiakirjan lukemiseen. Ääninauhan sisältöä luokituskriteerinä käyttäen ei *prima facie* näyttäisi olevan estettä käsitellä ääninauhaa asiakirjatodistelun ankarien oikeuslauseiden alaisuudessa.³⁷² Tätä vastaan voidaan esittää, että ääninauhan esittäminen välittää kuulijan tajuntaan muitakin impulsseja ja nyansseja kuin varsinaisen ajatussisällön. Tämän näkökohdan argumenttiarvo jää vähäiseksi, kun otetaan huomioon, että myös kirjallisten todisteiden kohdalla on tavallista, että asiakirja viestittää informaatiota yli varsinaisen (merkkien tai symbolien avulla ilmaistun) ajatussisällön. Tässä suhteessa karakteristisia ovat käsin kirjoitetut

³⁷¹ Kotimaisessa tieteisopissa kysymykseen on kiinnitetty suhteellisen vähän huomiota. Ks. siinä suhteessa lähinnä T. Ellilä, LM 1967 s. 616 s. Norjan prosessitieteessä *Andenaes*, Straffeprosessen s. 160, rinnastaa ääninauhan asiakirjaan; eroavuus on vain siinä teknisessä tavassa, miten ajatussisällön tallentaminen tapahtuu. Asiallisesti samoin meillä OA 1965 s. 52 ss.: Rautatiehallituksen kollegisessa istunnossa syntynyt ääninauha oli katsottava yleiseksi asiakirjaksi ja lähinnä AsiakJulkL 5 §:ssä tarkoitetuksi sisäiseksi viranomais selvitykseksi. Ks. myös AsiakJulkA 1 §:n 2 mom. ja sen johdosta *Julkisuuslainsäädäntö* s. 16. — Ääninauhan ja asiakirjan välisen yhtäläisyyden toteaa myös Hauser, SchwZStr 1972 s. 115: Ääninauha voi monessa suhteessa täyttää saman funktion kuin asiakirja. — Poikkeuksellisesti ääninauha vertautuu myös todistajaan; ks. Bökelmann, JR 1971 s. 67. Ks. lisäksi Kern—Roxin (10. painos) s. 125 s. Vallitseva mielipide keski-eurooppalaisessa kirjallisuudessa lukee ääninauhan katselmusesineisiin. Ks. sen johdosta Krausen mt. s. 124 av 93, mainitsemaa kirjallisuutta. Ks. myös Fashing, ÖJZ 1966 s. 432; Eb. Schmidt, Tonbandaufnahmen s. 630; sekä Liermann, Tonbandaufnahme s. 75 av 77, jossa huomautetaan, että voitaisiin suorastaan puhua »katselmus-» ja »asiakirjateoriasta».

³⁷² Alsberg—Nüse s. 270.

todisteet; niissä kirjoittajan käsiala muodostaa lukijaan suggestiivisesti vaikuttavan tekijän.

Esitetyistä näkökohdista huolimatta on myönnettävä, että rinnastettaessa ääninauhan tai äänilevyn esittäminen asiakirjatodisteluun ei voita- ne välttyä tekemästä väkivaltaa asiakirjan käsitteelle. *Muodon* puolesta ääninauha ei nimittäin ole asiakirja.³⁷³ Muodollisessa suhteessa ääni- nauha ei koskaan voi korvata kuulustelu- ja oikeudenkäyntipöytäkirjaa. Koska sitä ei voida varustaa allekirjoituksilla, se ei täytä pöytäkirjan alkeellisintakaan muotovaatimusta. Milloin ääninauha esitetään muussa tarkoituksessa kuin pelkän ajatussisällön toistamiseksi, tällainen todistelu on kyllä katselmusta.³⁷⁴ Jos taas ääninauha on tarkoitettu *korvaamaan* kirjallisen todisteen, asiakirjatodistelun tarjoama analogia vaikuttaa lä- heiseltä.

Esillä olevassa tapauksessa analogiapäätelmä sisältää sen, että ahtaasti säännöksen sanamuotoon pitäytyvän soveltamisen asemesta OK 17:11,1:lle annetaan niin laaja sisältö, että se sulkee piiriinsä myös erilaisin äänen- toistolaittein valmistetut ääninauhat. OK 17:11,1:n lausuma todistamis- kielto ei siten koske sellaisia yksityisestä toimesta valmistettuja ääni- nauhoja, joiden kohdalla nauhoitusta ei ole *varta vasten* suoritettu oikeu- denkäyntiä silmällä pitäen. Tällaisen todistuskappaleen sisältämä infor- maatio kattaa periaatteessa saman alueen kuin kirjallisten todisteiden avulla esitettävä näyttö. Käytännössä esiintyviä tilanteita silmällä pitäen on kuitenkin sanottava, että ääninauhan käyttö ns. todistusasiakirjan tapaan so. varta vasten laadittuna todisteena lienee vielä alkuasteella. Edellä esitetyn mukaisesti OK 17:11,1 ei asettane estettä tällaisenkään ääninauhan esittämiseksi edellyttäen, ettei nauhoitusta ole varta vasten suoritettu vireillä olevaa tai alkavaa oikeudenkäyntiä silmällä pitäen. Tärkeämpää osaa kuin todistusasiakirjana tai tällaisen asiakirjan korvik- keena ääninauha epäilemättä näyttelee alkuperäiseen asiakirjaan verrat- tavana informaation tallentajana. Analogia yksityisiin kirjeisiin on täl- laisten ääninauhojen kohdalla useinkin läheinen. Puheenalainen todis- tamiskielto ei koske kumpaakaan nyt mainittua asiakirjalajia. Tämä ei sulje pois sitä mahdollisuutta, että yhtä hyvin yksityisen kirjeen kuin

³⁷³ Alsberg—Nüse s. 271.

³⁷⁴ Huomattakoon, että todettu seikka soveltuu myös asiakirjaan: »Om hand- lingen åberopas icke med hänsyn till sitt innehåll utan på grund av handlingens utseende, t. ex. för skriftjämförelse, än bevismedlet syn.»; *Gärde* s. 527.

ääninauhankin esittäminen saattaa olla kiellettyä jollakin *toisella perusteella*, esimerkiksi yksilön persoonallisuuden suojan tehoisaksi tekemisen vuoksi. Kysymystä on käsitelty toisessa systemaattisessa yhteydessä.³⁷⁵

Mitä tulee viranomaisten suorittamiin nauhoituksiin, tällaista tietä laaditut ääninauhat eivät edes käsitteellisesti ole yksityisiä asiakirjoja. Näin yleisemminkin: puheenalaisen lainkohdan säännökset eivät sovellu viranomaisen antamiin todistuksiin olivatpa ne mitä laatua tahansa. Todistamiskiellon ulkopuolelle jäävät siten haaste- ja tiedoksiantotodistukset, virkatodistukset, sukuselvitykset, kaupparekisterinotteet, maarekisterinotteet jne. Edelleen on sallittua, että virallinen syyttäjä esittää tuomioistuimelle poliisikuulustelupöytäkirjan syytteensä perusteeksi, joka pöytäkirja saadaan sellaisenaan ottaa oikeudessa tapahtuvan tutkinnan täydennyksenä tuomioistuimessa laadittuun pöytäkirjaan. Samoin jäävät todistamiskiellon ulkopuolelle varhemmin laaditussa oikeuden pöytäkirjassa olevat todistajankertomukset. OK 17:11,¹ ei siten ole aiheuttanut perinteiseen suullis-pöytäkirjalliseen käsittelyjärjestykseen syvälle käyvää muutosta.³⁷⁶

Puheenalainen todistamiskiello ei ole absoluuttinen. On kaksi tapausryhmää, jotka on välittömästi lain nojalla asetettu todistamiskiellon ulkopuolelle. OK 17:11,¹:n mukaan yksityisluonteista kirjallista kertomusta saadaan käyttää alioikeudessa todisteena kun sellainen on laissa erikseen myönnetty tai jos oikeus sen erityisistä syistä sallii.

Lainsäädännössä on vain poikkeuksellisesti edellytetty mahdolliseksi käyttää rikosprosessissa yksityisluonteista kirjallista kertomusta todisteena alioikeudessa. Oikeussäädöksinä, joissa oletettu menettelytapa julistetaan sallituksi, mainittakoon lähinnä v:ltä 1970 oleva laki rangaistusmääräyksestä sekä lääkärintoimen harjoittamisesta v. 1978 annettu laki. Edellisen lain osalta viitattakoon RangMäärL 12,1 §:n edellyttämiin tilanteisiin, jolloin oikeus saa tuomita laillista estettä ilmoittamatta poisjääneen syytetyn rangaistukseen noudattaen mitä tämän lain 9 §:ssä rangais-

³⁷⁵ Ks. V 2 b, c kirjallisuusviittauksineen. Erityisesti salaisen ääninauhituksen rikosprosessuaalisesta hyväksikäyttämisestä ks. lisäksi T. Ellilä, mt. s. 617: »Omana mielipiteenäni ... selvennän, ettei yleensä siviiliprosessissakaan pitäisi sallia esittää salaa ääninauhaan otettuja lausumia todistelutarkoituksessa ja että kielto on sitäkin luonnollisempi rikosprosessissa.»

³⁷⁶ Ks. T. Ellilä, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 15; Tirkkonen s. 67; sama, Rp II s. 123 s.

tusmääräyksestä säädetään. Tällöin on siis käsillä lain määräämä poikkeus OK 17:11,¹n sisältämästä todistamiskiellosta; nyt saadaan käyttää näyttönä rikosta valaisevia kirjallisia todisteita. — LääkL:n osalta ansaitsee huomiota lain 12,² §. Siinä säädetään mm., että lääkärin antama oikeudelle esitettäväksi tarkoitettu lääkintölaillinen todistus tai lausunto on pätevä ilman valallista vahvistusta, ellei tuomioistuin erityisistä syistä määrää, että se on suullisesti valalla vahvistettava.

Toisin kuin äsken kosketellulla poikkeuksella on sillä tapauksella, että oikeus erityisistä syistä sallii kirjallisen kertomuksen esittämisen, rikosprosessissakin melkoinen käytännöllinen merkitys. Puheenalaista määräystä on toisessa yhteydessä³⁷⁷ jo tarkasteltu ja tällöin on todettu, että käytetty sanonta »erityiset syyt» ilmaisee erään blankokäsitteen, jonka tuomari täyttää oikeutta luovien aksiologis-teleologisten harkintojen avulla. Samassa yhteydessä on esimerkkinä »erityisestä syyistä» mainittu, että asianosaiset molemminpuolisesti hyväksyvät yksityisen kertomuksen näytöksi asiassa. Tätä kontradiktoriseen periaatteeseen palautuvaa tulkinta-ajatusta on kuitenkin eräässä suhteessa tarkistettava: Jos juttuun liittyvä julkinen etu on erityisen voimakas, se yleensä vaatii kertomuksen antajan henkilökohtaista kuulustelemista siinäkin tapauksessa, että asianosaiset olisivat valmiit tyytymään kirjalliseen todistukseen.³⁷⁸ Jutun oma laatu muodostaa siten merkittävän harkintaperusteen ratkaistaessa kirjallisen näytön sallittavuutta. Säännönmukaisesti on lähdettävä siitä, että näytön on oltava sitä vakuuttavampaa mitä suurempaa rikosta syyte koskee; vastaavasti on todistajatodistelulle annettava etusija kirjallisten todisteiden edellä.

Kirjallisen näytön sallittavuutta arvioitaessa tietyt näkökohdat omaavat »erityisinä syinä» merkitystä jutun laadusta riippumatta. Tässä suhteessa näyttäisi olevan tarkoituksenmukaista kiinnittää huomiota siihen, onko kirjallisen todisteen avulla tarkoitus selvittää ns. päätosasian olemassaolo vai koskeeko todiste ns. aputosasian luonteista tosiseikkaa. Edellistä tyyppiä olevat tosiseikat — päätosasiat — kohdistuvat prosessin kohteena olevaan tekoon (tapahtumainkulkuun) sinänsä. Aputosiasioiden kohteena sitä vastoin on ainoastaan todistuskeinojen todistusvoima.³⁷⁹

³⁷⁷ I osa s. 126.

³⁷⁸ Tirkkonen s. 69.

³⁷⁹ Aputosasian käsitteestä ks. Halila s. 17 ja 217; Helminen, PM 1972 s. 328; Tirkkonen, Rp II s. 187; Ekelöf IV s. 10 ja 122 s.; Jacobsson, Hörsägen s. 49 s.;

Sellaisina ne ovat jutun ratkaisulle vain välillisesti relevantteja. Tämä on jotakin oleellisesti muuta kuin harhaan johtava määritelmä »välillisesti relevantit eli aputosiasiat». Välillisesti relevantit tosiasiat ovat aina indisiota; indisioiden piirissä aputosiasiat muodostavat oman kategoriansa. Aputosiasioita ovat esimerkiksi kaikki tosiasiat, jotka kohdistuvat todistajan luotettavuuteen. Aputosiasiaista ei voida enempää välittömästi kuin epäsuorastikaan päätellä todistusteeman olemassaoloa; aputosiasia ainoastaan vahvistaa tai heikentää todistustositian todistusarvoa.

Aputosiasioita esiintyy yhtä hyvin rangaistuksen määräämisperusteiden kuin rikollisen teon tapahtumista ja henkilön syyllisyyttä valaisevien tosiasioiden piirissä. Edellä kehitellyn kannan mukaisesti tällaisten seikkojen todentaminen kirjallisen todisteen avulla lieenee periaatteessa sallittua. Rangaistuksen määräämisperusteita koskee esimerkiksi kirjallisuudessa tässä yhteydessä mainittu työnantajan antama kirjallinen todistus siitä, että »autokolarijutun» vastaaja on ollut elämäntavoiltaan moitteeton ja työssään tunnollinen ja taitava.³⁸⁰ Rangaistuskysymystä koskee myös syytetyn tarjoama »adressin» luonteinen todistus, missä paikkakunnan tunnetut ja arvovaltaiset henkilöt vakuuttavat syytetyn varhemin nauttimaa hyvää mainetta.³⁸¹ Todistuksen sallimista harkittaessa on annettava merkitys myös todistuksen antajan henkilöllisyydelle; jos hänen kvalifikaationsa ovat omansa tukemaan kirjallisen kertomuksen luotettavuutta, voidaan, yksittäistapauksessa esille tulleet muut seikat huomioon ottaen, vastaavasti perustellummin luopua todistuksen antajan henkilökohtaisesta kuulustelemisesta. Työnantajan liikennerikosjutun vastaajasta tai todistajasta antama mainetodistus on yleensä sallittava, kun taas syytetyn kirjallisina tarjoamiin ratkaiseviin alibitodistuksiin on suhtauduttava torjuvasti.³⁸² Yleisenä sääntönä voidaan, äsken esitettyyn liittyen, edelleen esittää, että mitä vähämerkityksisempää todistusteemaa kirjallinen todiste koskee, sallittuuskynnys on sitä alempi ja kääntäen. — Edelleen todistajan OK 17:23:n mukaisen vaitiolovelvolli-

Zahle s. 236; Krause, mt. s. 27 ja 61; Peters, Lehrbuch s. 251; Sauer s. 186; Simader, mt. s. 120; v. Orelli, mt. s. 30 ja 144; Siegrist, mt. s. 24 av 1.

³⁸⁰ Toisin Tirkkonen s. 67: Koska sellainen todistus joka tapauksessa koskee relevantteja seikkoja, sitä ei voida käyttää todisteena.

³⁸¹ T. Ellilä, Todistelusta rikosasioissa s. 174.

³⁸² T. Ellilä, mt. *ibid.*

suuden poistava suostumus voidaan aina näyttää toteen kirjallisella todisteella.³⁸³

Määrätapauksissa asianhaarat saattavat olla sellaiset, että yksityinen kirjallinen todistus muodostaa lähes korvaamattoman todisteen asianomaisesta seikastosta. Näin on asian laita, milloin tällaisen todistuksen antaja on kuollut. Jos tuomari tällaisessa tapauksessa kieltäytyy ottamasta todistetta vastaan, hän rikkoo totuudentutkimisvelvollisuuttaan. Vaikeammin ratkaistavia ovat tapaukset, joissa jokin muu syy, esimerkiksi matkan kalleus, todistajan sairaus, katoaminen tai pakeneminen näyttäisi puoltavan kirjallisen todisteen vastaanottamista. Kuten vastaavanlaisissa harkintakysymyksissä muutoinkin ongelma näyttäytyy nytkin useamman kuin yhden muuttujan funktiona. Kaukana asuvan todistajan kuulustelun tulee pääsääntöisesti tapahtua OK 17:41:ssä säännellyn oikeusapumenettelyn tietä. Jos kysymyksessä on ulkomailla asuva henkilö, tuomioistuin voinee useinkin pyytää ulkomaan viranomaiselta oikeusapua todistajan kuulustelemiseksi siten kuin todistelusta ulkomaan viranomaisen edessä rikosasioissa annettu laki (14. 2. 1925/52) ja pohjoismaiden keskeisestä oikeusavusta tiedoksiannon toimittamisessa ja todistelussa annettu asetus (23. 6. 1975/470) edellyttävät.³⁸⁴ Siinä suhteessa voidaan viitata seuraavaan Korkeimman oikeuden viimeaikaisessa käytännössä annettuun ratkaisuun:

KoO 1978 II 70: RO:ssa oli käytetty todisteena Ruotsissa oleskelleen henkilön allekirjoittamaa yksityisluonteista kertomusta, jonka tämä oli vireillepannun oikeudenkäynnin varalta kirjallisesti antanut. Koska ei ollut esitetty erityistä syytä mainitun kertomuksen käyttämiselle todisteena, eikä RO:n niin ollen, ottaen huomioon myös sen, että asianosaisella olisi ollut tilaisuus eräiden pohjoismaiden keskeistä oikeusapua koskevien säännösten mukaisesti kuulustuttaa kertomuksen antajaa todistajana Ruotsin tuomioistuimessa, OK 17 luvun 11 §:n 1 mom:n mukaan olisi pitänyt sallia tuon kertomuksen käyttämistä jutussa todisteena kuulematta kertomuksen antajaa henkilökohtaisesti todistajana, jätettiin huomiotta, mitä mainitussa kertomuksessa oli esitetty. Vaatimus jutun palauttamisesta kirjallisen todistuksen antaneen henkilön kuulustuttamiseksi alioikeudessa hylättiin aiheettomana.

³⁸³ *Kyläkallio*, mt. s. 248.

³⁸⁴ Ks. *T. Ellilä*, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus s. 15 s.; *sama*, Todistelusta rikosasioissa s. 174; *Tirkkonen* s. 68 s.

3. OK 17:11,1:n tapauksessa tuomioistuin joko torjuu kirjallisen todisteen tai se harkitsee, että käsillä on sellainen poikkeustilanne, että muotoava poikkeaminen pääsääntöisestä todistamiskiellosta on lain mukaan sallittu. Tuomioistuin siis joko epää todisteen esittämisen tai ottaa todisteen vastaan. Tästä johtuu, että *hyödyntämisongelma*, kysymys kiellon vastaisesti esitetyn todisteen prosessuaalisista seuraamuksista, ei normaalisti tule edes ajankohtaiseksi. Onhan todisteen vastaanottaminen tässä tapauksessa juuri todisteen/todistelutuloksen hyödyntämistä. Todisteen torjuminen puolestaan merkitsee samalla kannanottoa hyödyntämiskysymykseen: kieltäytyessään ottamasta todistetta vastaan — esimerkiksi keskeyttämällä syytetyn aloittaman alibitodistuksen lukemisen — tuomioistuin samalla ilmaisee, ettei se tule sisällyttämään ehkä jo ilmitullutta evidenssiä todisteiden harkinnassa huomioon otettavaan todistelutulokseen.

fb) Erityiskysymyksiä; OK 17:12,3

1. Edellä on tarkasteltu yksityisluonteisten, etukäteen laadittujen kirjallisten todisteiden esittämisen alioikeuden osalta kieltävää todistamiskieltoa kysymystä säännöstävän lainkohdan OK 17:11,1:n valossa ja tällöin on todettu, että puheenalaisen torjuntanormin soveltamisala voidaan periaatteessa rajata verraten täsmällisesti. On osoitettu, että asiakirjatodistelun piirissä mainittu todistamiskielto kattaa tietyn melko suppean osa-alueen. Systemaattisessa suhteessa todistamiskieltoa on käsitelty itsenäisenä tutkimuskohteena. Menettelytapa perustuu siihen, että puheenalaisen todistamiskiellon oikeuspoliittiset perusteet ovat etsittävisissä asiakirjatodistelun erityislaadusta, tälle todistelulajille ominaisista tekijöistä. Tutkimuksessa on kyllä todettu, että puhtaasti henkilötodistelua-kin silmällä pitäen asetetut todistuskeinokiellot omaavat muun muassa juuri asiakirjatodistelua koskevan »täydennyksen», joka näyttäytyy editiovelvollisuuden ja takavarikointioikeuden vastaavana rajoituksena. Editiovelvollisuus ei nimittäin voi olla laajempi kuin todistajan todistamiskelpoisuus.³⁸⁵ Mutta toisin kuin OK 17:11,1:n tapauksessa todistamis-

³⁸⁵ Vrt. *Tirkkonen* s. 243; *Ekelöf* IV s. 155; *Gärde* s. 529: »Denna kongruens är påkallad av sakens natur.» — Huomattakoon kuitenkin, että asianomistaja on kyllä editiovelvollinen, vaikkei hän 18,1 §:n mukaan kelpaa todistajaksi eikä häntä 61 §:n mukaan voitaisi kuulustella totuusvakuutuksen nojalla.

kiellolla ei tällöin ole autonomisesti asiakirjatodistelua ohjaavaa tehtävää vaan sen alkuperä on heteronominen, henkilötodistelua varten annettujen todistamiskiellojen alueelle sijoittuva. Kysymys, joka tässä yhteydessä vaatii kannanottoa, on seuraava: Tyhjentyvätkö asiakirjatodistelua koskevat kiellot OK 17: 11,1:n säännöksiin vai onko tämän lisäksi olemassa muitakin puhtaasti asiakirjatodistelua varten annettuja todistuskeinokieltoja?

2. Lähtökohtaa muodostava on aikaisemmin tehty havainto, että voidaan nimetä tiettyjä asiakirjalajeja, joiden esittäminen saattaa olla kiellettyä jollakin muulla kuin OK 17: 11,1:n ilmaisemalla perusteella, esimerkiksi yksilön persoonallisuuden suojan intressissä. Etsimättä tulevat tällöin mieleen sellaiset asiakirjatyyppit kuin yksityinen kirje ja henkilökohmainen päiväkirja. Samaan luokkaan kuuluu myös henkilökohtaista käyttöä varten valmistettu ääninauhaotos.³⁸⁶

Todisteiden esittäminen on näytön esittämistä. OK 17: 1,2:n mukaan näyttövelvollisuus on rikosprosessissa kantajalla eli normaalisti virallisella syyttäjällä. Siinä vaiheessa, jolloin rikosprosessi on jo edennyt varsinaiseen alioikeuskäsittelyyn asti, virallinen syyttäjä on yleensä jo saatanut todisteiden keruun päätökseen. Jäljellä on enää todisteiden esittäminen tuomioistuimelle syytevaatimuksen toteennäyttämisen tarkoituksessa. Milloin kysymyksessä on kirjallinen todiste kuten OK 17: 11,1:n tapauksessa, tuomioistuimen taholta tapahtuva todisteen vastaanottaminen samaistuu todisteen hyödyntämiseen. Kun tuomioistuin OK 17: 11,1:n erityistapauksessa harkitsee, että todisteen esittäminen on sallittua, harkintatulos merkitsee asiallisesti samaa kuin että todisteen tai oikeammin siihen kätkeytyvän todistelutuloksen hyödyntäminen on sallittua. Todisteen esittäminen puolestaan on vain yksi rengas siinä todistelutoimien ketjussa, joka säännönmukaisesti alkaa esitutkintavaiheessa suoritetusta todisteen hankkimisaktista. Jos esitutkintaviranomaisen (tai yksityishenkilön) saantiakti on ollut virheetön, todisteen esittäminen ja johdonmukaisesti sen hyödyntäminenkin on sallittua. Vain OK 17: 11,1 muodostaa tässä suhteessa (relatiivisen) poikkeuksen. Todisteen esittämisen sallittuus riippuu siis yleensä saantiaktin virheettömyydestä. Mainittu seikka on yhteydessä siihen tutkimuksessa esitettyyn perusajatuksen, että todistuskeinokiellot eivät ole absoluuttisia. Ei toisin sanoen ole olemassa todistuskeinoja, joiden erityislaatu aiheuttaisi todistuskeinon tor-

³⁸⁶ Ks. tämän johdosta V 2 b.

jumisen kaikissa mahdollisissa oikeudenkäynneissä saantiaktin virheettömyydestä riippumatta. Tutkimuksessa on osoitettu, ettei edes salainen ääninauhaotos edusta sellaista todistuskeinoa, joka olisi jutun laatuun katsomatta *aina* torjuttava; viimeksi on vastaava havainto tehty yksityisten kirjallisten todisteiden osalta.

Jos todisteen saantiakti on ollut virheetön eli normin mukainen, niin edellä esitetyn mukaisesti todisteen esittäminen ja sen hyödyntäminen on (OK 17:11,₁:n tapausta lukuun ottamatta) sallittua. Kysymys todistuskeinon/todisteen vastaanottamisen (ja hyödyntämisen) sallittuisuudesta muuttuu problemaattiseksi vasta kun on todettu, että todiste on saatu oikeudenvastaisella tavalla. Jos yksityisten kirjeiden, henkilökohtaisen päiväkirjan ja ääninauhan todisteena käyttämisistä tarkastellaan yhtenä ongelmakokonaisuutena, niin tähän kysymykseen liittyvän problematiikan painopiste sijoittuu tutkimuksen systematiikassa *kiellonvastaisesti hankittujen todisteiden hyväksikäytön* yhteyteen.³⁸⁷

Tässä yhteydessä mainitut asiakirjatyypit ovat kiinnostavia eräästä toisesta näkökulmasta: OK 17:12,₃:ssa säädetään, että sellaista kirjallista muistiinpanoa tai muuta kirjoitusta, joka on tarkoitettu yksinomaan henkilökohtaista käyttöä varten, ei saa määrätä tuotavaksi oikeuteen, elleivät erittäin tärkeät syyt sitä vaadi.³⁸⁸ Tutkimuksessa tähän asti esitetyn perusteella saatetaan heti havaita, että lainkohta ilmaisee todistamiskiellon. Lainsäätäjä kieltää käyttämästä erästä todistuskeinoa, joka todennäköisesti edistäisi asiantilan selvittämistä, koska se on pitänyt tärkeämpänä suojella erästä toista intressiä: yksilön henkilökohtaista elämänpiiriä ja hänen mahdollisuuttaan toteuttaa omaa persoonallisuuttaan. Todistamiskiello on relatiivinen. Pääsääntöisesti voimassa oleva editiovelvollisuus, sellaisena kuin se on 12 §:n 1 momentissa formuloitu, ei kohdistu 3 momentissa tarkoitettuihin yksityisiin muistiinpanoihin. Henkilö, joka aineellisten oikeussäännösten mukaan on oikeutettu disponoimaan asiakirjasta, voi kuitenkin luopua prosessilain hänelle suomasta edusta ja esittää

³⁸⁷ V 2 b, c.

³⁸⁸ Lainkohdan tulkinnasta ks. *Tirkkonen* s. 78 s.; *sama*, Rp II s. 193; *sama*, Totuus s. 171. Säännöksen esikuvana olleen RB 38:2,₃:n johdosta ks. *Ekelöf* IV s. 157; *Gärde* s. 531; *Hassler*, mt. s. 65; *Kallenberg*, SvJT 1940 s. 610 s. — Käytännön prosessielämässä säännöstä jouduttaneen enimmäkseen soveltamaan jutuissa, joissa yksityinen asianomistaja on nostanut syytteen. Lähinnä voidaan mainita kunnianloukkausjutut; näissähän kokemuksen mukaan käytetään laajassa mitassa todisteina kirjoja, intiimejä päiväkirjoja ja ääninauhalle tallennettua sanaa.

asiakirjan tuomioistuimelle. Erittäin tärkeiden syiden sitä vaatiessa tuomioistuin voi velvoittaa asiakirjan haltijan tuomaan sen oikeuteen.³⁸⁹

Esimerkkinä editiovelvollisuuden olemassaolosta esitettäköön seuraava siviiliprosessiin sovellettu tapaus: A ja B ovat useita vuosia sitten tavanneet testamentintekijän C:n. Tuossa tilaisuudessa A on sanonut, että C:n sielunvoimat ovat ehtyneet. B kirjoittaa A:n sanat päiväkirjaansa. B:n kuoltua A saa B:n tahdon mukaisesti mainitun päiväkirjan omakseen. Oikeudenkäynnissä, joka koskee testamentin moitetta, A vetoaa hallussaan olevaan päiväkirjaan. Tuomioistuimen vaatimuksesta hän on velvollinen esittämään päiväkirjan oikeudelle.

Säännöksen sisältämä imperatiivinen aines muistuttaa läheisesti todistajan vaitiolo-oikeuden perustavien normien pitämisainesta. Lähimmän analogian tarjoaa epäilemättä (todistusteemakieltoihin lukeutuva) todistajan vaitiolo-oikeus liike- ja ammattisalaisuuksien suojaamiseksi, joka privilegio sekin murtuu »erittäin tärkeiden syiden» perusteella.

Muutoin on säännöksen soveltamisen kannalta yhdenentekevää, kenen hallussa henkilökohtaista käyttöä varten laadittu muistiinpano on. Asiakirja on siis todistamiskiellon suojaama silloinkin, kun se on kolmannen miehen hallussa. Mitä tulee normisuojan edellytyksenä olevaan asiakirjan sisältöön, niin tässä suhteessa on jo mainittu eräitä tyypillisiä asiakirjalajeja: yksityiset kirjeet, henkilökohtainen päiväkirja ja henkilökoh- taiseen käyttöön tarkoitettu ääninauhaotos. Ääninauhan ohella muunkin- lainen äänen tallentaja, esimerkiksi äänilevy, nauttii lainkohdan tarjoa- maa suojaa, mikäli sen sisältämä informaatio täyttää normissa kuvatut

³⁸⁹ *Gärden* mukaan (s. 531 s.) esim. siinä tapauksessa, että asianosainen väit- tää perustavansa tietonsa jostakin asiaan vaikuttavasta seikasta laatimiinsa muis- tiinpanoihin.

Jos asiakirja OK 17:12,3:n edellyttämässä tilanteessa sisältää sellaistaakin, mikä ei koske asiaa, eikä sen haltija tahdo sitä ilmaista, oikeuden tulee OK 17: 15,3:n mukaan huolehtia siitä, ettei asiakirjasta anneta enempää tietoa kuin on tarpeellista.

Tutkimuksen I osassa (s. 207) on OK 17:12,3:n ilmaisemaa todistamiskielltoa käsitelty ns. oikeasuhtaisuusperiaatteen yhteydessä. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että lainkohdan yhteydessä on tarpeetonta turvautua oikeasuhtaisuusperiaattee- seen apukonstruktiona. Kysymyshän ei nyt ole esitutkintaviranomaisen toimintaa säännöstävästä oikeusohjeesta. Ks. sanotun johdosta *ibid.* av 342 i.f.: Ei ole kysy- mys oikeasuhtaisuusharkinnasta vaan siitä, että lainsäätäjällä on (esim. OK 17:23:sta poiketen) antanut relatiivisen todistamiskiellon, jonka raukeaminen riippuu tuo- mioistuimen suoritettavasta *intressivertailusta*.

kriteerit. Vastaavasti on kirjalliseen muotoon puettujen asiakirjojen osalta katsottava, että editiovelvollisuuden rajoitus koskee myös vähemmän karakteristisia asiakirjalajeja; ratkaisevaa on, että kirjoitus on laadittu yksinomaan henkilökohtaista käyttöä varten.³⁹⁰

g) Todistamiskieltoja katselmustodistelun yhteydessä?

1. Katselmuksessa tuomari aistimin havainnoimalla muodostaa itselleen mielikuvan tietyn esineen tai asiantilan ulkoisesta laadusta. Perinteisessä, tässäkin tutkimuksessa omaksutussa järjestelmässä katselmus kuuluu asiakirjatodistelun ohella ns. esineellisiin eli reaalsiin todistuskeinoihin. Sen johdosta, että todistuskeinoilla tarkoitetaan nimenomaan niitä ulkoisia, aistimin havaittavia välineitä, joiden avulla todistustositasiat ja indisiot saatetaan tuomioistuimen tietoon, katselmustodistelun varsinaisena todistuskeinona on katselmuksen objekti; katselmus sinänsä on tuomarin toimintaa.³⁹¹

Katselmus on useinkin sen laatuinen todistuskeino, että sen avulla tuomari voi tehdä havaintoja oikeustositasiasta. Näin rajattua käyttöalaa silmällä pitäen perinteinen luonnehdinta: katselmus on tuomarin omien aistien todistus, on oikeaan osuva. Se ilmaisee erään oleellisen piirteen, joka erottaa katselmuksen muista todistuskeinoista. Kaikkien aspektien tavoittamiseksi määritelmä on kuitenkin liian ahdas.

Muista todistelutavoista katselmus eroaa lisäksi siinä suhteessa, että

³⁹⁰ Vrt. I osa s. 397 s.

³⁹¹ Ks. katselmuksesta todistuskeinona esim. *T. Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 182 s. (ylioikeus katselmuksen suorittajana); *Granfelt*, Processledning s. 106 s.; *sama*, Sammandrag s. 94 s.; *Tirkkonen* s. 236 ss.; *sama*, Rp II s. 170 ss.; *Wrede* s. 49 ss.; *sama*, Grunddragen s. 90; *Ekelöf* IV s. 13 ja 172 ss.; *Trygger*, Ett och annat om syn (NJA 1892 II); *Andenaes*, Straffeprosessen s. 159; *Hurwitz—Gomard*, Tvistemål s. 263 s. — Po. todistuskeinoa koskevana uudehkona monografiana mainittakoon *Olivier*, Der Augenschein im Strafprozess (1974).

Kirjallisuudessa on vallitsevasti omaksuttu kanta, jonka mukaan elossa olevan ihmisen ruumis kelpaa katselmuksen kohteeksi; näin esim. *Helminen*, PM 1972 s. 335; *Tirkkonen*, Rp II s. 171; *Andenaes*, mt. s. 217 ('Syytetyn mielentilatutkimus on katselmusta; syytettyä käytetään esineellisenä todistuskeinona.'). *Alsberg—Nüse* s. 373 ja 388 ss. — Tässä tutkimuksessa ei ole seurattu mainittua luokitusta vaan on otettu käyttöön käsite »objektiivinen henkilötodistelu»; vrt. edellä s. 66 ja av 197.

sen objektit joko eivät alun perinkään ole ajatusilmausten kannattajia tai niitä ei ainakaan sellaisina käytetä. Asiakirjakin voi niin muodoin käydä katselmuksobjektista, milloin havainnointi kohdistuu asiakirjan ulkoiseen laatuun.³⁹² Kysymyksessä voi tällöin olla esim. säädetyn muodon olemassaolon tai puuttumisen toteaminen, samoin kirjaamisen tai rekisteröinnin muotoasun tarkastaminen. Katselmuksen tietä tapahtuu edelleen sen toteaminen, onko väärennetystä asiakirjasta poistettu tai onko siihen liisätty osia. Asiakirjan ei välttämättä tarvitse olla »perustyyppiä» so. kirjallinen todiste; myös ääninauha voi olla katselmuksobjektina. Näin on asian laita silloin, kun ääninauhaa ei kuunnella sille puhutun ajatussisällön vuoksi vaan puheen nyanssien, äänen soinnin ja mahdollisten taustäänien tarkkaamiseksi. Kun viitattuja tarkoituspieriä palveleva ääninauhatodistelu luokitetaan katselmusta säännöstävien normien alaisuuteen, puheenalainen todistuskeino saa uuden käsitetunnusmerkin. Enää ei voida *Wreden* tavoin pitää kirjallisen todisteen ja katselmuksobjektin erokriteerinä sitä seikkaa, kohdistuuko todistuskappale menneeseen aikaan kuuluvaa faktaan vai esineellistyykö siinä pysyvä asiantila.³⁹³ Epäilemättä on tapauksia, jolloin katselmuksobjektin, esimerkiksi juuri ääninauhan, talentama tosiseikka on todistelun tapahtuessa jo ineksistentti. Tämä ominaisuus so. kohdistuminen menneeseen aikaan kuuluvaa faktaan on tavallinen myös eri tyyppisillä oikeudenkäynnissä käytettävillä kuvallisilla dokumenteilla. Säännönmukaisesti näin on laita myös kun kysymyksessä on katselmuksobjektina käytettävä, relevantista tapahtumainkulusta otettu filmi.

Mitä tulee katselmuksen luotettavuuteen, uudelleenarviointiin ei tässä suhteessa ole aihetta. Katselmus on edelleenkin todistuskeinoista lähes luotettavin. Yhäkin pitää suurin piirtein paikkansa, että kun muissa todistelutavoissa todistuskeinon (syytetyn, todistajan, asiantuntijan, asiakirjan) ja todistustosiasian välillä vaikuttaa psykologinen epävarmuustekijä: subjektin (todistushenkilön, asiakirjan valmistajan) halu ja kyky pysyä totuudessa, niin katselmuksobjektin kohdalla tämä aleatorinen momentti puuttuu. Muista todistelutavoista poiketen katselmuksessa tulee harvoin kysymykseen luotettavuuden arviointi *ad hominem*.³⁹⁴

³⁹² Vrt. edellä s. 132 av 374. Ks. lisäksi *Tirkkonen*, Rp II s. 173; *Wrede* s. 60 s.; *Hassler*, mt. s. 79; sekä jäljempänä s. 145.

³⁹³ »Grunddragen af bevisrätten» s. 61 s.

³⁹⁴ Vrt. I osa s. 119 av 54 ja 374 av 352. Erityisesti katselmuksen luotettavuudesta ks. lisäksi *Döhring* s. 315; *Grassberger*, Psychologie s. 140 s.

2. Katselmusta koskevat oikeussäännökset on koottu OK 17 luvun viidenteen alaosastoon. Puheenalaiset määräykset (OK 17: 56—60) ovat veraten yleisluonteisia. Pääsääntönä on totuudentutkimisvelvollisuus: tuomarin on suoritettava katselmus, jos hänen on syytä olettaa, että toimenpide edistää asian tilan selvittämistä. Tämän todistuskeinon käyttäminen ei kuitenkaan saa johtaa toisaalla laissa annettujen todistamiskieltojen kiertämiseen. Todistusteemakieltojen kohdalla jo asian oma logiikka edellyttää, että katselmusta ei kohdisteta todistelulta suojattuun seikastoon. Liike- ja ammattisalaisuuksien osalta lainsäätäjä on 56,2 §:ssä suorittanut nimenomaisen todistamiskieltojen koordinoinnin. Ja 57,1 § puolestaan sisältää määräyksiä, jotka liittyvät täydentävinä todistamiskieltoina suojaamaan eräitä alun perin henkilötodistelun piirissä suojattuja intressejä: Perhesiteiden häiriintymättömyyttä ja itsevaaranantamisen estävää privilegia. Huomionarvoinen on 57,2 §:n 2. virkkeen viittaus 12 §:ään. Säännöksessä ei vain edellytetä nimenomaisesti, että asiakirja voi olla katselmuksen kohteena, vaan lisäksi tulevat noudatettaviksi 12 §:ssä annetut todistamiskielto.

Edellä esitetystä havaitaan, että katselmusta normittavien oikeuslauseiden joukossa todistamiskielloilla on sangen huomattava osuus. Mutta on huomattava, että kosketellut todistamiskielto ovat kaikki siinä suhteessa epäitsenäisiä, että niiden alkuperä ja funktio on heteronominen, katselmustodistelun tuolle puolen sijoittuva. Niitä ei ole annettu katselmuksen erityislaadun vuoksi vaan ne ovat jo olevien todistamiskieltojen loogisia, järjestelmän vaatimia täydennyksiä.

Voidaanko katselmuksen yhteydessä sitten osoittaa itsenäisiä, autonomisesti katselmuksen piiriin liittyvän tehtävän omaavia todistamiskieltoja?

Positiivinen oikeutemme ei kirjoitetun lain tasolla tunne katselmusta rajoittavia todistamiskieltoja yli sen, mitä OK 17 luvun viidenteen alaosastoon sisältyy. Oikeustilaa on silti pidettävä epäselvänä. Lähinnä herää kysymys, aiheuttaako perustuslaissa varmennettu omistusoikeuden suoja rajoituksia puheenalaisen todistuskeinon käyttämiseen.

Periaatteellinen lähtökohta on selvä: tuomarilla on totuudentutkimisvelvollisuus. Kun katselmus kuuluu OK 17:8:n perusteella ns. ensisijaisiin todistuskeinoihin, tuomioistuimella on aina aloiteoikeus sen käyttämiseen. Kolmas henkilökin on periaatteessa velvollinen alistumaan katselmukseen. Mutta toisaalta juuri prosessiin osallistumaton kolmas henkilö on oikeuspakon käytön suhteen vahvimmin suojattu osapuoli. OK

17: 57,1:n 1. virkkeen mukaan kuka tahansa (kolmaskin) henkilö on editiovelvollinen.³⁹⁵ Mutta onko tertiuksen editiovelvollisuus voimassa silloinkin, kun katselmuksen suorittaminen edellyttäisi esimerkiksi arvokkaan kojeen purkamista tai eläimen kirurgista operoimista?³⁹⁶ Ellei katsastettavaa esinettä saateta lainkaan tai hankaluudetta tuoda oikeuteen, tuomioistuimella saa 56,1 §:n mukaan toimittaa katselmuksen esineen sijaintipaikalla. Saman lainkohdan mukaan tuomioistuimella on valta toimittaa katselmus paikalla, jossa jokin tapahtuma on sattunut. Pidettäessä silmällä katselmuksen normaalia suorittamistapaa sellaisena kuin tuomioistuin tätä todistuskeinoa käyttää, voitaneen tuskin esittää perusteita todistamiskiellon asettamiselle. Kysymys nähdään toisessa valossa, jos oletetaan, että rikoksen selvittämiseksi — esimerkiksi joukkomurhan uhrien toteamiseksi — on suoritettava kaivauksia viljapellolla tai talon alla. Säännönmukaisesti oletetunlaiset tehtävät kuuluvat esitutkintaviranomaiselle, minkä johdosta ei enää olla tekemisissä katselmus nimisen todistuskeinon kanssa. Tältä osin viitataan toisessa yhteydessä (V 1 bba 3) olevaan esitykseen.

Tarkasteltakoon lopuksi OK 17: 58,2:n säännöstä, jossa määrätään, että jos asian selventämiseksi tarvitaan piirustus, asemapiirros tai muu kuvallinen esitys, on se, jos mahdollista, hankittava. — Ensi katsomalta säännöksellä ei näyttäisi olevan kosketuskohtia todistamiskiellojen problematiikkaan. Annetaanhan siinä päin vastoin erityisiä ohjeita siitä, millaisiin toimiin tuomarin on määrätapauksissa asiantilan selvittämiseksi ryhdyttävä. Mutta tässä kuten muutoinkin totuudentutkimiskäskey rakentuu sille lausumattomalle edellytykselle, että tuomarin on vältettävä sellaisia tiedoitsemistoimia, joiden tuottama evidenssi on epäluotettavaa tai harhaan johtavaa. OK 17: 58,2:n tapauksessa asian laita on poikkeuk-

³⁹⁵ Ks. *Tirkkonen* s. 242 ss.

³⁹⁶ Esimerkkinä mainituissa tapauksissa katselmuksen suorittamistapa on tavallisuudesta poikkeava. Säännönmukaisesti se tapahtuu asiantuntijoiden avulla. *Ekelöfin* mukaan kysymyksessä on sui generis-tyyppinen todistuskeino: tuomioistuimen avustaja katselmuksen suorittajana; siihen on sovellettava analogisesti asiantuntijatodistelua koskevia säännöksiä; ks. »Rättegång IV» s. 176. Toisin *Tirkkonen*, Rp II s. 171: Enää ei ole kysymys katselmuksesta erityisenä todistuskeinona vaan asiantuntijain avulla tapahtuvasta todistelusta. Vrt. *Schönke—Schröder—Niese*, *Zivilprozessrecht* s. 277; *Spendel* s. 1106: kysymyksessä on katselmus.

sellinen: kuten ääninauhan katselmuksen analogisessa tilanteessa todistelun luotettavuus riippuu merkittävästi objektin valmistajan henkilöstä. Tuomari ei nyt tee *välittömiä* havaintoja todistettavasta tosiseikasta.³⁹⁷

Säännöksessä mainitut objektit kelpaavat epäilyksettä todisteiksi silloin kun ne ovat viranomaisen valmistamia. Esimerkiksi poliisin »kolari-kartat» ovat tyypillisesti säännöksen tarkoittamaa todistusaineistoa.³⁹⁸ Pettämättömät valokuvatodisteet voidaan epäilemättä sallia yksityistenkin esittäminä. Mutta miten on suhtauduttava yksityisten laatimiin piirroksiin ja luonnoksiin? Sellaisilla kuvallisilla esityksillä ei useinkaan ole tarpeellista luotettavuutta. Koska laki — toisin kuin OK 17:11,1:n analogisessa tapauksessa — ei *expressis verbis* kiellä sellaisten piirrosten esittämistä todistajankertomuksen täydentäjinä, pelkkä todistelun epäluotettavuus ei riitä perustamaan todistamiskiellon asteista reagointitapaa. Se asettaa vain korotettuja vaatimuksia todisteiden harkinnalle.³⁹⁹

3. Sen johdosta, että katselmuksessa useimmiten esineellistyy pysyvä olotila, tähän todistuskeinoon liittyy *hovioikeusmenettelyn* asteella eräitä sellaisia etuja, joita ei ole kilpailevilla todistuskeinoilla.^{399a} Toisin alioikeudessa, jossa katselmus käytännön prosessitodellisuudessa kuuluu todistuskeinojen periferiaan. Se on siinä mielessä toisen asteen todistuskeino, että se tulee lähinnä kysymykseen henkilötodistelun täydentäjänä. Edellä esitetty osoittaa, että todistamiskieltojen tarjoama kuva on analoginen: positiivinen oikeutemme ei tunne itsenäisiä, alioikeuskatselmuksen erityislaadun vuoksi annettuja ja vain tätä todistuskeinoa säännöstäviä todistamiskieltoja. Katselmuksen piirissä tavattavat todistamiskiellot liittyvät täydentävinä torjuntasääntöinä todistamiskieltojen kokonaisjärjestelmään.

³⁹⁷ Ks. tämän lainkohdan johdosta *Tirkkonen* s. 247.

³⁹⁸ Vrt. *Ziegler* s. 124: »Die überwiegende Ansicht... sieht in der Unfallskizze... ein Beweismittel, das wie jedes Augenscheinsobjekt zulässig ist.»

Tekstissä omaksuttu kanta merkitsee samalla sitä, että katselmuksen käsitettä ei ole omaksuttu niin suppeana, että sen piiriin kuuluisi vain sellainen havaintojen teko, johon ryhdytään aikaisemmin tehdyn päätöksen nojalla. Vrt. tämän johdosta *Kallenberg II* s. 773 ss.

³⁹⁹ Käytännön prosessielämässä yksityisten laatimat piirroksot ja luonnokset eivät ole aivan harvinaisia; esim. liikennerikosjutuissa tapahtuu silloin tällöin, että asianosaiset esittävät tuomioistuimelle onnettomuuspaikalla välittömästi laaditun piirroksen.

^{399a} Ks. tämän johdosta *Saarni—Rytkölä*, LM 1975 s. 894 s.

3. Todistelumetodikiellot

a) Yleistä

1. Rikosprosessin keskeisenä osana ja ytimenä on todistelumenettely. Periaatteessa todistelu on vapaata: Kaikki millä on todistusarvoa voidaan käyttää tietolähteenä. Todistuskeinojen valinnan suhteen ei siten vallitse rajoituksia. Tämän vuoksi on varauduttava siihen, että saattaa esiintyä muitakin todistuskeinoja kuin OK 17 luvussa säännellyt »klassiset» todistuskeinot.⁴⁰⁰ Kun oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevat normit toisaalta ovat yleensä pakottavaa oikeutta, on näitä mikäli mahdollista sovellettava analogisesti niihin todistuskeinoihin, jotka eivät sellaisinaan sisälly perinteisten todistuskeinojen luetteloon. Tutkimuksen edellisessä, todistuskeinokieltoja koskevassa esitysjaksoissa näin on meneteltykin.

Todistelumetodikiellot tarkoittavat, lyhyesti ilmaisten, kysymystä siitä, millä tavalla sinänsä sallittua todistuskeinoa ei saa esittää oikeudelle.⁴⁰¹ Kun todisteiden vastaanottamista on pidettävä todisteiden esittämisen erityistapauksena, kysymyksenasettelu sisältää todistelutapahtuman molemmat pääaspektit.

Edellä esitetyn mukaisesti todistelun vapaus näyttäytyy ensi sijassa todistuskeinojen valinnan vapautena. Tuomarin ja asianosaisten toiminta totuuden selville saamiseksi eli varsinainen todistelutapahtuma tosiasiallisessa, fenomenalisessa merkityksessä sitä vastoin ei ole vapaata. Kuten tutkimuksen johdanto-osassa on monin paikoin korostettu, tuomari eroaa totuutta tutkivasta luonnontutkijasta siinä, että obligatorinen muoto sitoo hänen toimintansa tiettyihin kaavoihin. Hänen on noudatettava erityisiä prosessi- ja todisteluperiaatteita. Kokonaisuutena tarkastellen todistelua koskevat normit määräävät, että todistuskeinoja hyödyntäessään tuomarin on noudatettava tiettyä menettelytapaa, »proseduuria». Todistelun tulee tapahtua suullisesti ja julkisesti ja tällöin välittömästi tuomitsevan oikeuden edessä. Yksityisiä tietojaan tuomari ei saa käyttää hyväksi. Nyt sanotusta saa selityksensä maallikkujen usein oudoksuma prosessin muodollisuus.

2. Todistelumenettelyä säännöstävät normit ovat kahta eri tyyppiä: todistamiskielloja ja todistusoikeudellisia muotomääräyksiä. Tämän por-

⁴⁰⁰ Vrt. Ekelöf IV s. 176.

⁴⁰¹ Vrt. I osa s. 21.

rastuksen perusteena on vastaaville normeille kuuluvan tehtävän erilainen merkitys. Tätä tärkeysaste-eroa vastaa intensiteettiero normien imperatiivisessa »pitää»-aineuksessa. Muotomääräykset ovat pelkkiä järjestysmääräyksiä, joiden rikkomiseen ei liity prosessuaalisia sanktioita. Ne omaavat puhtaasti todisteluteknisen tarkoituksen.⁴⁰²

Tutkimuksen rakenteesta johtuu, että käsillä olevassa esitysajaksossa voidaan vain viittauksenomaisesti käsitellä todistelumetodikieltoja sen prosessivaiheen näkökulmasta, jonka piiriin sijoittuu näiden kieltojen ehdoton painopiste: esitutkintamenettely. Vastaavasti se oikeushyvä — persoonallisuuden oikeussuoja —, jonka implikaatioita valtaosa esitutkinassa noudatettavista todistelumetodikielloista on, omaa alioikeusmenettelyssä vähäisemmän merkityksen.

b) Todistamiskieltoja todistelun välittömyyden periaatteesta?

1. Todistelun välittömyyden periaate tarkoittaa tuomitsevan oikeuden suhdetta todistuskeinoihin. Todistelu on varsinaisessa merkityksessä välitöntä silloin, kun todistustosiasiat ja indisiot saatetaan tuomioistuimen tietoon niiden todistuskeinojen avulla, jotka lähimmin koskettavat todistettavia tosiasioita, ja kun tuomitseva oikeus muiden viranomaisten — oikeusaputuomioistuimen tai alioikeuden — asiaan osallistumatta itse suorittaa näiden todistuskeinojen hyödyntämisen.⁴⁰³ Teonläheisin todistaja on säännönmukaisesti luotettavampi kuin kuulopuhetodistaja. Aineellisen totuuden periaatteen ja todistelun välittömyyden postulaa-tin kesken vallitsee siten läheinen korrelaatio.⁴⁰⁴

⁴⁰² Ks. II b 1.

⁴⁰³ Välittömyysperiaatteen vastaista on esim. sellainen menettely, että tuomioistuimen maallikkojäsen(et) saa(vat) oikeudenkäynnin aikana nähdäkseen virallisen syyttäjän syytekirjelmän.

Gomard, Juristen 1968 s. 257, kiinnittää huomiota siihen, että todistelun välittömyys voidaan modernin tekniikan avulla — kysymykseen tulevat erilaiset ääntentallennuslaitteet — ulottaa niihinkin kuulusteluihin, jotka toimitetaan tuomitsevan oikeuden ulkopuolella, tässä tapauksessa oikeusaputuomioistuimessa tai alioikeudessa.

⁴⁰⁴ Ks. I osa s. 117 av 46 ja 119 av 55 mainittua kirjallisuutta. Ks. lisäksi T. Ellilä, Hovioikeusmenettely s. 52 ja 104; Tirkkonen s. 65; sama, Rp I s. 97; Gärde s. 474; Andenaes s. 3; Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren s. 130 ss.; Häussling s. 88 ja 102; Gulson, mt. s. 127 rn 179.

Todistelun välittömyyden eli tässä yhteydessä lyhyemmin välittömyysperiaatteen⁴⁰⁵ ylen johdonmukainen toteuttaminen ei ole mahdollista. Ennen muuta sanottu koskee esitutkintamenettelyä. Valmistava tutkinta ja erityisesti siinä tapahtuva tiedustelu on menettelyä, jolle on luonteenomaista normituksen harvuus. Rikosselvittelyn laajuus ja laatu samoin kuin varsinaiset esitutkintakuulustelut on jätetty rikostutkintaviranomaisten virkavastuulla tapahtuvaan harkintaan. Välittömyysperiaate on voittopuolisesti alioikeusmenettelyä varten luotu järjestely, jonka siirtäminen sellaisenaan valmistavaan tutkintaan vaarantaisi rikosselvittelyn tehokkuuden. Niinpä esitutkinnassa on varsin tavallista, että vasta etäisemmät todistuskeinot mahdollistavat teonläheisimmän todistuskeinon tavoittamisen. Välittömyysperiaate murtuu siinäkin suhteessa, että virallinen syyttäjä normaalisti päättää syytteen nostamisesta tai sikseen jättämisestä asiakirjoista näkyvän todistelutuloksen perusteella. Mutta alioikeusmenettelynkin osalta välittömyysperiaate valmiiksi kiteytettynä oppilauseena kelpaa ainoastaan lähtökohdaksi. Periaatteen jäykkä soveltaminen johtaa helposti käsitelainoppiin ja huonoon oikeudenkäyntiin. On sen vuoksi oikein, että välittömyysperiaate leimataan samalla häpeälä, jota vastaan se yrittää taistella: se on paljolti vain paperilla.⁴⁰⁶

2. Toisessa yhteydessä on käsitelty OK 17:11,1:n määräyksiä, lainkohdan, jossa todistelun välittömyyden vaatimus on kiistattomasti ollut perusteena todistamiskiellon asettamiselle. Tällöin on todettu, että kysymyksessä on *todistuskeinokielto* ja että vasta kysymyksenasettelu: onko välillinen todistelu kaikissa muodoissaan kielletty? johtaa katseen todistelumetodikieltojen alueelle. Ongelman asettelu ei kuitenkaan ole asiallisesti moitteeton. Kuten tutkimuksessa on korostettu, juttujen käsittelyjärjestys on meillä suullis-pöytäkirjallista. Muiden pohjoismaiden tapaan puhtaaksi viljeltynä välittömyysperiaate näyttäytyy siten tavoitteena *de lege ferenda*.⁴⁰⁷ Täsmällisempää onkin asettaa kysymys siten, että

⁴⁰⁵ Selvyyden vuoksi on korostettava, että käsitteet välittömyysperiaate ja todistelun välittömyyden periaate eivät samaistu toisiinsa. Siten esim. poliisi-kuulustelupöytäkirjan lukeminen oikeudelle on kyllä välittömyysperiaatteen mukaista mutta ei silti toteuta todistelun välittömyyden periaatetta; *Ekelöf* IV s. 41 av 109.

⁴⁰⁶ Ks. tämän johdosta *Sauer* s. 87; *Andenaes*, Straffeprosessen s. 3; *Löhr*, Unmittelbarkeit s. 24.

⁴⁰⁷ Vrt. tämän johdosta *Ruotsin* oikeuden osalta *Ekelöf* IV s. 35: Välittömyysperiaate sisältää oikeuteen kohdistuvan kiellon käyttää hyväksi aineistoa,

tutkitaan, onko välittömyysperiaatteella, sellaisena kuin se nykyoikeudessaamme esiintyy, ylipäätään todistamiskiellon asteisia implikaatioita.

Oikeusloogisesti kysymyksenasettelu on perusteltu. Jos nimittäin välittömyysperiaate käskee tuomaria noudattamaan asiantilan selvittämisessä määrättyä menetelmää, muut todistelutavat sulkeutuvat pois.⁴⁰⁸ Viitatus käskyn reaalisisältönä taas on oikeutemme kannalta pidettävä sitä, että tuomari on velvollinen suorittamaan luotettavimman mahdollisen todistelun käyttämällä kilpailevista todistajista teonläheisintä. Mutta jos luotettavimman todistelun lupaa metodi M ja tuomari valitseekein metodin M' hän ei menettele kiellon vaan (totuudentutkimis-)käskyn vastaisesti. Esipositiivinen tarkastelutapa puhuu siten todistamiskiellon esiintymistä vastaan.⁴⁰⁹

Todistusoikeuden järjestelmässä totuudentutkimiskäskey muodostaa pääsäännön. Todistamiskiellot ovat poikkeusluonteisia. Niiden asettaminen kuuluu lainsäätäjälle siten, että ne eivät juurikaan saata olla voimassa kielellisesti formuloimattomana oikeutena. Poikkeuksen muodostavat selvimmin esitutkinnassa noudatettavat, ihmisarvoa ja ruumiillista koskemattomuutta suojaavat »elementaariset» todistelumetodikiellot. Olisi tämän yleiskuvan eheyden rikkovaa ja järjestelmän vastaista, mikäli välittömyysperiaatteen kaltaisesta, ensi kädessä prosessiteknisiä tarkoituksiperiä palvelevasta oikeusajatuksesta tulisi johtaa todistamiskieltoja ohi kirjoitetun lain.⁴¹⁰

Sen johdosta, että vain OK 17:11,1:n tapauksessa on annettu nimenomainen todistamiskielto välittömyysperiaatteen tehostamiseksi, on e contrario pääteltävä, että välillisen todistelun torjunta rajoittuu oikeudessaamme 11,1 §:n eksklusiiviseen tapaukseen. Lainkohta estää todistuskeinon vaihdoksen todistajatodistelun korvaamiseksi epäluotettavalla

jonka se on saanut tietoonsa pääkäsittelyn ulkopuolella. Toisin ennen prosessi-uudistusta, jolloin järjestelmä oli suullis-pöytäkirjallinen.

⁴⁰⁸ Vrt. *Grünwald* s. 493. — Vielä täsmällisempää on nähdä tilanteessa erityinen todistamissääntö totuudentutkimiskäskyn implikaationa. Vrt. vastaavasti I osa s. 229 av 6 i.f.

⁴⁰⁹ Kysymys on kuitenkin problemaattinen. Prosessiteoreettisesti tilanne voidaan selittää myös tuomariin kohdistuvaksi todistamiskielloksi, joka kuuluu: »Älä käytä metodia M'» (koska tuo metodi on epäluotettava). Seuraako todistelumetodin epäluotettavuudesta todistelumetodikielto? Saksan judikatuurissa on yleensä lähdetty siitä, että epäluotettavuus ei sinänsä aiheuta (yleistä) todistamiskieltoa; ks. *Ziegler* s. 178.

⁴¹⁰ Vrt. I osa s. 128 av 84.

asiakirjatodistelulla. Todistelun välittömyyden toteutuminen jää silti puolinaiseksi: eihän 11,1 § estä käyttämästä todisteena poliisikuulustelu-pöytäkirjaa tai toisessa jutussa laadittua oikeudenkäyntipöytäkirjaa. Siinä laajuudessa kuin lainkohta kuitenkin kieltää välillisen asiakirjatodistelun se palvelee välittömyysperiaatteen tehoisaksi tekemistä. Tätä funktiota korostava näkökulma saattaa puheenalaisen, tutkimuksessa todistuskeino-kieltona käsitellyn torjuntasäännön todistelumetodikieltojen läheisyyteen.

Todistuskeinon vaihdos saattaa osoittautua problemaattiseksi myös tietyn todistelulajin — erityisesti todistajien avulla tapahtuvan todistelun — sisäisessä suhteessa. Varhemman oikeuden kannalta oli tapana tehdä ero silminnäkijätodistajien (*testes oculati*) ja kuulopuhetodistajien (*testes ex auditu*) välillä. Edelliset kertovat siitä, mitä he oman havaintonsa perusteella tietävät todistusteemasta, jälkimmäiset taas siitä, mitä muut ovat heille rikollisesta teosta puhuneet.⁴¹¹ A, joka kertoo B:ltä kuulleen, että B on nähnyt C:n suorittavan väentungoksessa taskuvarkauden, on todistusteeman suhteen välillinen todistaja: kuulopuhetodistaja. Siinä missä B:n havainto kohdistuu itse todistusteemaan A:n on tyydyttävä todistamaan indisiosta: tosiasian/rikollisen teon *kuulemisesta*. Saako A todistaa olettaen että alkuperäinenkin todistaja B on käsiin saatavissa?

Vuoden 1734 lain OK 17: 24:n mukaan »vittnen skola vitna om thet the sielfve sedt, eller i saken hördt hafva, och ej thet the af andras sägen veta». Käytännössä säännös menetti merkityksensä todistajien lausuntojen rajoittajana. Sen ei katsottu estävän todistajaa kertomasta mitä oli asiasta muilta kuullut; sellaista kertomusta vain ei saanut pitää todistus-tosiasiaa koskevana todistuksena.⁴¹² Periaatteessa samoin on tilannetta arvosteltava uuden todistuslainsäädännön kannalta. Kuulopuhetodistelu on sallittu. Jos silminnäkijätodistajia ei ole — nämä ovat esimerkiksi kuolleet —, todistamisvelvollisuuden yksinomaisena sisältönä on juuri

⁴¹¹ Kuulopuhetodistelun (hörsegänbevisning; Beweis vom Hörensagen; hear-say evidence) käsitteestä ks. *Hormia*, LM 1970 s. 952 s.; *Wrede* s. 164 s. ja 254; *Jacobsson*, Hörsägen s. 19 s. (»Ingen av de i rättegången direkt engagerade skulle sålunda kunna som sagesman ha fällt ett yttrande av typ hörsägen.»; s. 20); *Andenaes*, Straffeprosessen s. 176; *Peters*, Lehrbuch s. 267 ja 288; *Spendel*, JuS 1964 s. 472; *Stelter*, Hearsay Rule s. 4 s. ja passim; *Westhoff* s. 124; *Gulson*, mt. s. 267 rn 349; *Maguire* s. 11; *Mueller* s. 39 s.

⁴¹² Siten *Wrede* II s. 199 ss.; *sama*, Grunddragen af bevisrätten s. 165; *Kallenberg* II s. 578. Ks. myös *Halila* s. 299 av 24.

alkuperäistodistajilta kuullun tietoaineksen kertominen. Siinäkin tapauksessa, että alkuperäistodistaja on käsiin saatavissa, oikeus saa, sen soveliaaksi harkitessaan, suorittaa koko todistelun kuulopuhetodistajien avulla. Välittömyysperiaate ei näin muodoin ole esteenä sille, että esimerkiksi todistajana esiintyvä poliisimies salaa tietolähteensä, teonläheisimmän luottamushenkilön.⁴¹³ Voidaanko teonläheisin todistaja näin sivuuttaa riippuu ratkaisevasti siitä, voidaanko välillisen todistelun tuottamaa näyttötulosta pitää aineellisen totuuden kannalta riittävänä.

Selvää on, että välillisen todistelun tuottama evidenssi on useinkin epäluotettavaa. Kuten vastaavissa tapauksissa muutoinkin, tämä asettaa vain korotettuja vaatimuksia todisteiden harkinnalle. Erityisestä parhaan näytön säännöstä saatetaan tässä yhteydessä puhua enintään tuomarin harkinnanvaraisena todisteluteknisenä järjestelynä, totuudentutkimiskäskyn modaaliteettina.⁴¹⁴

3. Edellä on tarkasteltu mahdollisuutta johtaa todistamiskieltoja todistelun välittömyyden vaatimuksesta ja päädytty kielteiseen tulokseen.⁴¹⁵ Kuulopuhetodistajat ovat välillisinä todistajina tosin huonompia tietolähteitä kuin teonläheisimmät (silminnäkijä-)todistajat. Mutta yhdenmukaisesti todistusoikeuttamme hallitsevan yleistendenssin kanssa pelkkä todistelun (todistuskeinon, todistelumetodin) epäluotettavuus ei tässäkään tapauksessa sellaisenaan synnytä todistamiskieltoa. Se vaatii vain tuomaria luopumaan epäluotettaviksi olettamistaan todisteista näyttöarvoltaan parempien hyväksi. Ellei taas tällaiseen valikointiin ole mahdollisuutta, todisteiden harkinnan tulee olla vastaavasti perinpohjaisempaa ja huolellisempaa. Vain OK 17:11,1:n tapauksessa asiantila on periaatteessa toinen. Todistamiskiellon olemassaolo korostaa sitä pääsääntöä että todistamiskiellon esiintyminen edellyttää nimenomaista kirjoitetun lain säännöstä. Samalla korostuu se keskeinen näkökohta, että joh-

⁴¹³ Toisin Virolainen, »Poliisin tietolähde»; HS 14. 11. 1975.

⁴¹⁴ Vrt. I osa s. 123 ss.

Teoreettisesti eri tasolla on seuraava ongelma: todistamiskiellon kiertäminen välillisen todistelun avulla. Kuten tutkimuksessa on osoitettu, todistamiskiellon mitätöittäminen ei ole sallittua. Siten esim. lääkäriä esitutkinnassa vaitiolovelvollisuuden vastaisesti kuulustellutta poliisimiestä ei saa oikeudenkäynnissä kuulustella lausuman sisällöstä; samoin kuulustelupöytäkirjan lukeminen ao. kohdin on lainvastaista.

⁴¹⁵ Toisin Klug s. 35; ja Fasching, ÖJZ 1966 s. 433, vastaavasti Saksan ja Itävallan oikeuden kannalta.

taakseen todistamiskiellon asettamiseen todistelun luotettavuuden edistämisen näkökohta tarvitsee yleensä täydennyksekseen muita oikeusajatuksia. 11,1 §:n kohdalla kumulatiivisesti vaikuttavana rationa on oikeudellisen kuulustelun kiertämisen estäminen ja menettelyn oikeusvaltiollisuuden kaikinpuolinen takaaminen. Koska kuitenkin nyt mainitut näkökohdat soveltuvat välilliseen todisteluun laajemminkin, prosessilakiamme voidaan tältä osin pitää täydennystä tarvitsevana siten kuin toisessa yhteydessä (III 1 bb 4) on korostettu.

c) Roolimanipulointi

1. OK 17:11,1 — joka siis voidaan, painotuksesta riippuen, luokittaa myös todistelumenetdikielloksi — estää todistuskeinon vaihdoksen. Tämän esitysjakson otsikko »roolimanipulointi» puolestaan tarkoittaa, kuten seuraavasta lähemmin ilmenee, todistuskeinon vaihdoksen paralleeli-ilmiötä.

Jokaisella henkilöllä, joka osallistuu prosessiin, on siinä tarkoin määrätty tehtävä. Henkilön prosessifunktio on asiallisesti määräytynyt ja juontuu asiantiloista, jotka lankeavat konkreettisen prosessin tuolle puolen. Rikosprosessin valmistava vaihe esitutkinta alkaa teon ilmitulosta. Esitutkinnasta vastaavien poliisi- ja syytteenpanoviranomaisten asema ja velvollisuudet on säädösteitse vakioitu. Heidän toimintansa rikoksesta johtuvien julkisoikeudellisten seuraamusten toteuttamiseksi kohdistuu syylliseksi epäiltyyn. Henkilölle tulee tämä rooli rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän vaikutuksesta; sama koskee sen myöhempää muunnosta: syytetyn roolia. Pidettiinpä silmällä mitä prosessiroolia tahansa, se on aina siinä mielessä aineellisesti määräytynyt, että prosessuaalisin toimenpitein sitä ei voida muuntaa toiseksi.⁴¹⁶

Edellä sanottu ei merkitse sitä, että henkilön esiintyminen prosessissa olisi aina peruuttamattomasti sidoksissa kerran saatuun prosessirooliin. Tutkimuksessa on päin vastoin todettu, että määrätapauksissa on suoraan ex lege suoritettava roolinvaihdos.⁴¹⁷ Mainittu seikka on yhteydessä ns. yksiroolisuuden vaatimukseen ja tulee kysymykseen lähinnä silloin, kun rikosoikeudenhoidon orgaania on kuulusteltava todistajana. Roolinvaihdos ei tällöin ole vain sallittu vaan prosessin logiikan välttä-

⁴¹⁶ Jescheck s. 43.

⁴¹⁷ Ks. I osa s. 56.

mättä vaatima. Tämä on aivan muuta kuin prosessitaktisiin näkököhtiin perustuva roolinmuuntelu. Onko tällainen *roolimanipulointi* oikeutemme mukaan kielletty, sitä tutkitaan lähemmin seuraavassa.⁴¹⁸

2. Toisessa yhteydessä (I 2 b) on verrattu keskenään todistusoikeudellisia lähikäsitteitä: todistamiskieltoja ja todistajaksi kelpaamattomuutta, jolloin viimeksi mainittua instituutiota on valotettu perussäännöksenä pidettävän OK 17:18,1:n pohjalta. Lainkohdassa annetaan määräyksiä todistajan erityisistä esteellisyyssperusteista säätämällä muun muassa, että todistajana ei voida kuulustella rikosjutun syytettyä (»jutun asianosaista tai sitä, joka on ollut siinä asianosaisena«).

Lähtökohtaisesti asian laita on se, että syytetyn esteellisyys todistajaksi on riippumaton siitä, vastaako hän jutussa yksin vai syytetäänkö rikoksesta useita myötäpuolia. Vastajien moneus — ns. passiivinen subjektiivinen kumulaatio — saattaa kuitenkin luoda puitteet tilanteelle, jossa esteellisyyssäännösten näkökulmasta moitteeton todistelu konstituoit todistelumenetelmien rikkomisen.

Passiivinen subjektiivinen kumulaatio on olemassa, kun useita henkilöitä syytetään rikollisesta teosta tekijöinä tai osallisina.⁴¹⁹ Ensiksi mainitussa tapauksessa on kysymyksessä rikoskumppanuus, kun taas osallisilla tarkoitetaan yllyttäjää ja avunantajaa eli ns. varsinaisia osallisia. Heidän veroisinaan nyt puheena olevassa suhteessa on vakiintuneesti pidetty rikoksen suosijoita, varastetun tavaran kätkejiä ja rikoksen kautta saatuun tavaraan ryhtyjiä, joita koskeva syyte on niin ikään tarkoituksenmukaista käsitellä päärikoksen yhteydessä. Viitattu tarkoituksenmukaisuusnäkökohta juuri muodostaa kumulaatiosääntöjen ration. Juttujen kumulointi on prosessitaloudellisesti edullista. Siksi vaatimukset kaikkia samaan rikokseen osallisia vastaan on, mikäli mahdollista, käsiteltävä samassa prosessimenettelyssä. Kun vuoden 1734 lakiin ei kuitenkaan sisälly nimenomaisia säännöksiä subjektiivisesta kumulaatiosta rikosprosessissa, kumulointisäännöstö jää kokonaisuutena ottaen fakultatiiviseksi, *lex imperfecta*-luonteiseksi. Juttujen yhdistämisessä ja, mikä tärkeää, niiden erottamisessa tuomarin/virallisen syyttäjän tarkoituksenmukaisuusharkinta saa merkittävän osuuden.⁴²⁰

⁴¹⁸ Vrt. I osa s. 374.

⁴¹⁹ Ks. tästä *Aalto*, Rikosprosessilain asiallisesta soveltusalasta s. 119 s.; *Tirkkonen*, Rp I s. 353; *Wrede* I s. 290 s.

⁴²⁰ Ks. esim. *Sjöström—Alkio*, Muodollisesta prosessinjohdosta s. 86.

Oletettakoon, että syyte kohdistuu A:ta, B:tä ja C:tä vastaan näiden rikoskumppaneina tekemästä varkaudesta (RL 28:1,1 ja 5:1). A:ta syytetään lisäksi ampuma-aseen luvattomasta hallussapidosta (Ampuma-aseL 6 §), B:tä viranomaisen erehdyttämisestä (RL 16:20 a §) ja C:tä varomattomuudesta liikenteessä (TieliikenneL 6,1 §). Viimeksi mainituilla syytekohtilla ei ole yhteyttä näiden kolmen rikoskumppaneina tekemään rikokseen x (varkauteen). Esitutkinnassa kertyneen aineiston perusteella syyttäjä on vakuuttunut siitä, että A, B ja C tietävät toistensa rikollisesta toiminnasta siltäkin osin kuin he ovat toimineet yksin. Tällaisessa tapauksessa juttujen yhdistämisellä saavutetaan suuria prosessiteknisiä etuja. (Käytännössä juttujen yhdistäminen/erottaminen tapahtuu usein jo syyttäjäportaassa.) Syyttäjä nimeää jutun x asianosaiset todistajiksi yhdessä käsiteltäviin kolmeen muuhun juttuun siten, että A:ta ja B:tä kuullaan valan nojalla C:hen kohdistetusta syytekohtasta, A:ta ja C:tä/B:tä ja C:tä vastaavasti B:tä ja A:ta koskevista syytekohtista.

Edellä kuvattu menettely ei ole todistajan esteellisyydestä annettujen määräysten rikkomista. Tässä muodossa se ei ole edes niiden sellaista kiertämistä, että sitä tulisi arvostella todistamiskiellojen näkökulmasta. Todistelumetodikieltoa ei ole rikottu.

Silmäys tietoisoppiin osoittaa, että saksalaisessa kirjallisuudessa, jossa kysymystä on laajimmin käsitelty, vallitseva mielipide ei näe estettä erikseen vireille pannon menettelyn syytetyn kuulemiselle todistajana toisessa oikeudenkäynnissä.⁴²¹ Tämän mukaisesti on virallisen syyttäjän ja tuomioistuimen vallassa, missä prosessiroolissa myötäsyytetty tulee esiintymään. (Edellä olevaan esimerkkiin sovellettuna mielipide merkitsee sitä, että juttujen erottamisella A, B ja C voitaisiin velvoittaa todistamaan toistensa rikollisesta toiminnasta siltäkin osin kuin kysymys on rikoskumppanuudessa tehdystä varkaudesta). Varsinkin ylisuurissa jutuissa pidetään toivottavana syytettyjen lukumäärän rajoittamista juttujen järkevällä erottamisella.

Selostetun suuntauksen ohella on Saksan prosessitieteessä vanhastaan ollut edustettuna mielipide, jonka mukaan todistajaksi kelpaamattomuuden rikoskumppaneiden välisessä suhteessa ratkaisee

⁴²¹ Ks. KMR 4 c vor § 48; *Schwarz—Kleinknecht*, Strafprozessordnung 3 A vor § 48; *Jescheck*, Juristentag s. 157 (»nach den Vorschriften der Strafprozessordnung... ohne weiteres möglich«).

aineellis-kausaalinen osallistuminen samaan rikokseen. Todistamisvelvollisuus on olemassa jokaiseen myötäsyytetyn tekemään rikokseen nähden, johon asianosainen ei ole osallistunut ja jonka johdosta nostettu syyte ei siis ole kohdistunut häneen. Siten esimerkiksi *Beling* lähti siitä, että myötäsyytetty oli aina, siis myös oikeudenkäyntimenettelyn ollessa sama, todistajakelpoinen, sikäli kuin kysymys ei ollut hänen omasta asiastaan.⁴²² *Belingin* käsityksessä oli merkittävää, että se nimenomaan torjui roolinmuuntelun mahdollisuuden. Mutta *Beling* ei torjunut päinvastaistakaan mahdollisuutta, sitä, että myötäsyytetty on pidettävä täysin erillään todistajan roolista.⁴²³ Myöhempi tieteisoppi on verrattain yksimielisesti torjunut viimeksi mainitun käsityksen esittäen, että erottamalla jutut myötäsyytetystä voidaan »tehdä» todistaja myös sikäli kuin ensiprosessissa kumuloidut syytteet kohdistuvat samaan rikokseen. Tällä kannalla on myös oikeuskäytäntö lähes näihin päiviin asti ollut, kunnes ratkaisussa BGHSt. 1, 360 on omaksuttu vastakkainen sääntö.

Mitä pohjoismaiseen doktriiniin tulee, *Ekelöf* huomauttaa aivan oikein, että milloin jutut käsitellään samassa oikeudenkäynnissä, tekijää ja yllyttäjää voidaan kuulla selvityksen saamiseksi (upplysningsvis) toistensa rikollisesta toiminnasta. Eri asia on, että heillä ei tällöin ole vastineenantamisvelvollisuutta. Asia muuttuu toiseksi vasta jos syytteet näitä kahta vastaan käsitellään eri menettelyissä. Heidän todistajana kuulemiselleen ei *Ekelöfin* mukaan tällöin ole estettä.⁴²⁴

Norjan praksis tarjoaa esimerkin perusongelman muunnoksesta: Syyttäjä on tarkoituksellisesti antanut syytteen jotakuta osallista vastaan raueta säästääkseen hänet todistajaksi pääsyytettyä vastaan. Jutussa, jossa hotellin omistaja oli vastaamassa alkoholijuomien luvattomasta anniskelusta, virallinen syyttäjä oli haastanut todistajiksi hotellin palveluskuntaa selittäen heidän rangaistusvastuunsa rauenneen. Korkein oikeus katsoi — tosin äänestyksen jälkeen ja varhemmasta käytännöstä poiketen — että syyttäjän menettely oli syyteharkintavallan väärinkäyttöä, johon tuomioistuinten ei tule olla myötävaikuttamassa.⁴²⁵ *Andenaes* mainitsee, että päätös on ristiriidassa lain sanamuodon kanssa mutta on toisaalta johtanut siinä kritikoidun käytännön lakkaamiseen.⁴²⁶

⁴²² »Deutsches Reichsstrafprozessrecht» s. 246.

⁴²³ Ibid. s. 296 av 2.

⁴²⁴ »Rättegång IV» s. 119. Vrt. kuitenkin *Elwing*, Tillräckliga skäl s. 84 s.

⁴²⁵ Rt. 1930 s. 344.

⁴²⁶ »Straffeprosessen» s. 196.

Perusongelmana kaikissa edellä tarkoitetuissa syyteasetelmissä on, voidaanko syytetystä prosessitaktisin keinoin ja muodollisessa suhteessa moitteettomasti »tehdä» todistaja. Ennen kuin tutkittavasta kysymyksestä esitetään voimassa olevan oikeuden sisältöä koskeva väite, on syytä tarkastella eräitä teoreettisia taustaseikkoja. Tässä suhteessa on todettava, että prosessiin osallinen säilyttää myötäsyytetyn roolinsa niin kauan kuin häntä ei ole asiallisilla perusteilla oikeusvoimaisesti vapautettu. Ennen tätä ajankohtaa myötäsyytetyn rooliluonnetta ei oikeimmiten saa prosessuaalisiin manipuloinnein muuttaa. Missä olosuhteissa myötäsyytetty (rikoskumppani tai osallinen) tietoja ilmaiseekin, hänen lausumansa jää syytetyn vastineeksi, selvityksen saamiseksi annetuksi selitykseksi.⁴²⁷ Sellainen roolinmuuntelu, jossa A:ta, B:tä tai C:tä kuullaan juttujen erottamisen jälkeen todistajana rikoskumppanuudessa tehdystä varkaudesta, on todistajan esteellisyydestä annettujen säännösten rikkomista. Todistajaa itsevaaranantamiselta suojaava OK 17:24,1:n 1. virkkeen vaitiolo-oikeus ei ota riittävästi huomioon puheenalaisen todistajaryhmän erikois-asemaa. Joka osallistuu prosessiin syytettynä, hän on koko rikollisen teon muodostavan tosiasiakompleksin osalta vapaa ilmaisu- ja vastineen antamisvelvollisuudesta. Menettelylle, jossa todisteet esitetään, on ratkaisevaa, kertooko myötäsyytetty asiasta syytettynä vai todistajana. Tästä riippuu todistamispakko, rikosoikeudellisesti sanktioitu totuudessapysymisvelvollisuus, oikeus olla saapuvilla asian käsittelyssä ja kyselyoikeus. Tätä prosessiroolien tehtävämukaisella tasolla ilmenevää erilaisuutta vastaa oikeuspsykologisella tasolla näissä rooleissa annettujen lausumien osaksi tuleva erilainen arvostus.⁴²⁸ Tällaisesta suhtautumistavasta kuultava ennakkoluulo ei tosin ole rationaalien todistusten harkinnan mukaista eikä sovi prosessitodellisuuteen, josta jäykän vanhakantaiset todistusharkintasäännöt on poistettu. Mutta on oikeuspsykologinen totuus, että käytännössä todistajan kertomus painaa enemmän kuin syytetyn. Manipulointi, joka tekee syytetystä todistajan, lisää mittavasti ilmaisuhenkilön tosiasiallisia vaikutusmahdollisuuksia. Prosessin logiikka edellyttää, että todistajan asema myönnetään vain »kolmannelle» henkilölle, aineellista

⁴²⁷ Vrt. Klug s. 56; Peters s. 135 ss.; Neumann s. 40 ss. — Italian oikeudessa todistamiskiello perustuu laissa (C.p.p. 348,3 art.) olevaan nimenomaiseen määräykseen. Ks. sen johdosta Nuvolone s. 66; sama, Juristentag s. 160.

⁴²⁸ Ks. tämän johdosta Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess s. 24 ss.; Peters s. 137 s.; Siegrist, Grundfragen s. 127; Ziegler s. 45. Tekstissä esitetyssä suhteessa varauksellisesti Elwin, TSA 1976 s. 197; Elwing, mt. s. 86.

tapahtumainkulkua ulkopuolisena seuranneelle havainnontekijälle. Jos myötäsyytetyn sallitaan astua todistajan aitioon, on käsillä vaara, että tähän rooliin kytkeytyvä vahvempi luotettavuusoletus johtaa myötäsyytetyn todistuksen väärin arvioimiseen.

3. Edellä oleva esitys sisältää viitekehyksen, jonka piirissä seuraava voimassa olevaa oikeutta koskeva tarkastelu liikkuu. Ratkaisultaan yksinkertaisin on tilanne, jossa A:tä, B:tä ja C:tä syytetään samassa menettelyssä (x) samasta rikoksesta (varkaudesta). OK 17: 18,1:n nojalla he ovat esteellisiä todistajiksi. Todistamisvelvollisuus merkitsisi de facto tunnustamispakkoa. Ongelma ei selvästikään värity kysymykseksi todistamiskiellon esiintymisestä. Myöskään juttujen erottamisella ei myötäsyytetystä voida tehdä todistajaa sikäli kuin ensiprosessissa kumuloidut syytteet kohdistuvat samaan rikokseen. Kuulusteltiinpa tekijää ja yllyttäjää toistensa rikollisesta toiminnasta samassa oikeudenkäynnissä tai juttujen erottamisen jälkeen eri menettelyissä, kuulustelu tapahtuu ilman todistajanvalaa ja siihen liittyvää todistamispakkoa. *Prosessitaktisiin* syihin perustuva juttujen erottaminen siinä tarkoituksessa, että samaan rikokseen osallisia, esimerkiksi yllyttäjää ja avunantajaa, voitaisiin kuulla todistajina toisiaan vastaan, on roolimanipulointia ja sellaisena todistelumenetodikiellon vastaista. Prosessirooli määräytyy yksinomaan väitetyn rikollisen teon perusteella. Tämä rooli pysyy samana muutoksenhakuioikeudenkäynnissäkin. OK 17: 18,1:n sanamuodon mukaan syytetyn veroinen nyt puheena olevassa suhteessa on se, joka jo on tuomittu rangaistukseen samasta rikoksesta.⁴²⁹ Rikoksesta tuomitun veroinen vuorostaan on se, joka on RL 3: 3:n tai 3: 5,3:n nojalla vapautettu rangaistusvastuusta.⁴³⁰

⁴²⁹ »Syytettyyn on rinnastettava henkilö, jonka tosin on todettu syyllistyneen ao. rikokseen, mutta joka opportunitaettiperiaatetta soveltaen (RVA 15 § 2 ja 18 § 2, TLL 9 a §) on jätetty syytteen panematta.»; *Helminen*, PM 1972 s. 402. — Todistajan esteellisyyttä ei sitä vastoin aiheuta se, että syyte on hylätty. Ks. T. *Ellilä*, Todistelusta rikosasioissa s. 176.

⁴³⁰ Soveltamiskäytännöstä ks. KoO 1977 II 65: A oli vaatiessaan B:lle rangaistusta pahoinpitelyä koskevassa jutussa, jossa virallinen syyttäjä oli käyttänyt puhevaltaa, nimennyt todistamaan C:n. Koska C oli poliisikuulustelussa ilmoittanut vaativansa B:lle rangaistusta samassa tilaisuudessa itseensä kohdistuneesta pahoinpitelystä, KO oli katsonut, että C:tä oli pidettävä asiassa asianomistajana, vaikka hän ei käyttänytään jutussa puhevaltaa, ja OK 17 luvun 18 §:n nojalla kieltäytynyt kuulemasta C:tä todistajana. Koskei C:tä voitu pitää A:n B:tä vastaan

Käytetty sanonta »samasta rikoksesta» antaa aiheen päätellä, että 18,1 §:n 1. virkkeen termiä »juttu» on käytetty lähinnä merkityksessä »rikos», jolloin se tarkoittaa oikeudenkäynnin kohdetta. Myötäsyytettyjä voidaan siten kuulustella todistajina toistensa rikollisesta toiminnasta samassakin oikeudenkäynnissä sikäli kuin on kysymys rikoksesta, josta he eivät ole syytteessä. Käytettyyn esimerkkiin sovellettuna tämä merkitsee sitä, että B:tä ja C:tä voidaan kuulla todistajina A:n väitetystä ampuma-aseen hallussapidosta. Väitetystä varkaudesta heitä sitä vastoin voidaan kuulla vain selvityksen saamiseksi asiaan — sikäli kuin he suostuvat kertomaan asiasta. Sen sijaan A ja B saavat todistaa samassa menettelyssä C:tä vastaan varomattomuudesta liikenteessä, jonka osalta syyte kohdistuu yksin C:hen. Tällöin, kuten vastaavissa tilanteissa muutoinkin, tulee sovellettavaksi OK 17: 33,5:n määräys, jonka mukaan todistajaksi nimetty ei saa olla saapuvilla asian käsittelyssä enempää kuin hänen todistajana kuulustelemisensa vaatii.

Sen ohella, että OK 17: 18,1:n 1. virkkeen termille »juttu» on annettava merkityssisältö »rikos», voidaan osoittaa tilanteita, joissa »juttu» ei tarkoita oikeudenkäynnin kohdetta vaan oikeudenkäyntiä sinänsä. Näin silloin, kun syytteet samaan rikokseen osallisia vastaan käsitellään eri oikeudenkäynneissä, ja juttujen erottaminen perustuu *oikeudellisiin* syihin.⁴³¹ Esimerkkinä sellaisesta tilanteesta mainittakoon yllytys tahalliseen väärintuomitsemiseen. RL 40:2:een perustuva syyte tuomaria vastaan käsitellään OK 8:2:n mukaan hovioikeudessa, samalla kun (lainkohdan tarkoittamaan henkilöpiiriin kuulumaton) yllyttäjä vastaa rikoksesta alioikeudessa.

4. Roolimanipuloinnin problematiikasta on edellä esitetty ratkaisuehdotuksia ja esitetty voimassa olevan oikeuden sisältöä koskevia väitteitä. Tällöin on todettu, että milloin todistelun este on perustunut todistajaksi kelpaamattomuuteen, todistajan esteellisyyteen, tilanteessa ei esiinny todistamiskielloa eikä vastaavasti roolimanipuloinnista voida puhua. Roolimanipulointi, esimerkiksi juttujen erottaminen prosessitakti-

ajamassa jutussa asianosaisena, katsottiin, ettei KO:n olisi pitänyt kieltäytyä kuulemasta häntä jutussa todistajana.

⁴³¹ Vrt. T. Ellilä, Todistelusta rikosasioissa s. 176: »...lainsäätäjät ei ole esteelliseksi selittänyt toisen samaa rikosta koskevan, paraillaan vireillä olevan jutun asianosaisia...»; ja RB 36:1:n kannalta *Elwin*, mt. s. 199: »...att höra den medverkande upplysningsvis även i det fallet att åtalens inte handläggas i samma mål (vilket står klart i strid med RB 36:1).»

sista syistä, on nimenomaan todistelumetodikiellon vastaista menettelyä. Tästä näkökulmasta on arvosteltava myös sitä tilannetta, että joku rikokseen osallisista, esimerkiksi A, jätettäisiin syytteeseen panematta vain sen vuoksi, että hänet voitaisiin nimetä todistamaan B:n ja C:n rikoksesta. Potentiaalisen syytetyn kuulusteleminen todistajana perustuu tällöin prosessitaktisiin syihin. Jos menettely sallittaisiin, voisi helposti sattua, kuten *Tirkkonen* huomauttaa, että sen jälkeen kun henkilöä on kuultu todistajana, hänet samassa menettelyssä pannaan syytteeseen osallistumisesta rikokseen, jonka selvittämistä varten hän on todistanut.⁴³² Menettelyä voidaan pitää kiellettyinä roolimanipulointina ja tällöin nimenomaan todistelumetodikiellon vastaisena.

d) Todistelumetodikiellot ja objektiivinen henkilötodistelu

1. Henkilötodistelun todistuskeinona on ihminen. Todistelu voi tällöin olla subjektiivista tai objektiivista. Se on subjektiivista, kun se perustuu inhimilliseen tietoon, havaintoon, aistimukseen tai ajatteluun. Ihminen on tällöin aktiivinen todistuskeino: hän vaikuttaa. Toisin objektiivisessa henkilötodistelussa. Tälle todistelumuodolle on ominaista, että inhimillisiä tosiasioita ja asiantiloja käytetään hyväksi totuuden selville saamisen tarkoituksessa ilman todistelutoimen kohteeksi joutuneen myötävaikutusta. Ihminen on tällöin passiivinen todistuskeino. Tästä huolimatta kysymys on henkilötodistelusta eikä esinetodistelusta.⁴³³

Omaksuttu luokitustapa on kirjallisuudessa myöhäissyntyinen ja poikkeaa totunnaisesta näkemyksestä, joka pitää passiivista henkilötodistelua esinetodisteluna. On lähdetty siitä, että ihmisruumiskin kelpaa katselmustodistelun objektiksi, jolloin katselmus saattaa kohdistua sekä elossa olevan että kuolleen kehoon.⁴³⁴ Todistuskeinojen järjestelmän kannalta, sellaisena kuin se oikeudenkäymiskaaressa esiintyy, ei perinteistä käsitystä vastaan ole muistuttamista. Toisaalta on sanottava, ettei järjestelmä tässä suhteessa ole niin ehdoton, etteikö se sallisi uudelleenarviointia. Ky-

⁴³² »Uusi todistuslainsäädäntö» s. 98 s. Näin myös *Helminen*, mt. *ibid.*, joka huomauttaa, että menettely voidaan sallia vain, kun nimenomainen lainsäännös tekee sen mahdolliseksi (esim. AlkoholiL 88 §, ValtuusRL 17,2 §). Vrt. kuitenkin *T. Ellilä*, mt. *ibid.*

⁴³³ Vrt. I osa s. 59, 323, 358 ja 366; sekä edellä s. 66 ja av 197.

⁴³⁴ Siten esim. *Tirkkonen*, Rp II s. 171.

symykseen ei tällöin tule mikään periaatteellinen mullistus vaan asioiden uudenlainen korostaminen. Luomalla käsite objektiivinen henkilötodistelu korostetaan jo käsitteenmuodostuksen tasolla niitä erityisiä oikeushyviä, jotka rajoittavat ihmisen käyttämistä prosessuaalisena todistuskeinona: ihmisarvoa ja persoonallisuuden oikeussuojaa.

Objektiivisen henkilötodistelun metodeja ovat psyykkisen statuksen tutkinta, henkilöön käyvä tarkastus ja katsastus sekä eri tyyppiset kokeet, joiden tarkoituksena on mitata inhimillisiä kykyjä ja reaktiomuotoja.⁴³⁵

Aineisto on verrattain hajanainen. Todistelutavan merkitys on epäilemättä suurin esitutkintamenettelyssä, jossa objektiivista henkilötodistelua rajoittavat todistelumetodikiellot muodostavat todistamiskieltojen erään pääryhmän. Ihmisarvon suojaa palvelevien kuulustelumetodikieltojen ohella niidenkin tehtävänä on suojata yksilön persoonallisuutta ja toteuttaa oikeusvaltioajatusta.⁴³⁶

2. Tässä yhteydessä objektiivista henkilötodistelua rajoittavia kieltoja tarkastellaan pelkästään alioikeusmenettelyn näkökulmasta. Tällöinkin tyydytään lähinnä aksiomaattista laatua oleviin huomautuksiin.

Syytetyn mielentilan tutkiminen palvelee hänen psyykkisen statuksensa määrittämistä. OK 17:45:stä ilmenee, että jos rikoksesta syytetyn mielentilan selville saamiseksi on tarpeen, että häntä tutkitaan mielisairaalassa, on oikeuden annettava siitä määräys. Sellainen tutkimus tapahtuu aina lääketieteellisten asiantuntijoiden toimesta. Nämä ovat tällöin tuomioistuimen avustajia todistuskeinon hyväksikäyttämisessä ja todisteiden vastaanottamisessa.⁴³⁷

Laissa mainituin edellytyksin syytetty saadaan määrätä mielentilatutkimukseen ilman omaa suostumustaan. Muiden rikosprosessiin osallistuvien henkilöiden kohdalla tämä ei ole mahdollista. Tuomioistuimen tässä kohden noudatettava käyttäytymismalli voitaneen leimata todistelumetodikielloksi.⁴³⁸

⁴³⁵ Peters, Lehrbuch s. 273.

⁴³⁶ Ks. yksityiskohtien johdosta V 1 bbb.

⁴³⁷ Vrt. tämän johdosta, mitä edellä s. 144 av 396 on todettu analogisesta tilanteesta katselmustodistelun yhteydessä; sekä muutoin *Tirkkonen* s. 203 ss.; *sama*, Rp II s. 312 ss. Erityisesti mielentilatutkimusten nykytilasta Suomessa ks. *M. Lehtimaja*, DL 1976 s. 191 ss.; *Virkkunen*, LM 1975 s. 358 ss.; *Viukari*, LM 1974 s. 258 ss.

⁴³⁸ Näin katsottaessa on liitetty Petersin esitykseen; ks. »Beweisverbote im deutschen Strafverfahren» s. 113 verr. »Lehrbuch» s. 273.

Prosessiteoreettisesti kiintoisa on kysymys todistelumetodikiellojen soveltuvuudesta itse mielentilatutkimuksessa noudatettavaan menettelyyn. Kysymyksenasettelu on perusteltu: Mielentilan selvittäminen edellyttää toisinaan varsin drastistakin puuttumista tutkittavan ruumiilliseen koskemattomuuteen.⁴³⁹ Tätä ei vielä voida sanoa sellaisista lääkinneollisistä tutkimuksista kuin sukupuolitaudin tai raskaudentilan toteamista tarkoittavista tutkimuksista; ne täytyy katsoa mielentilatutkimuksen yhteydessä sallituiksi jo »asian luonteen» perusteella. Sen sijaan esim. selkäydinnesteen ottaminen on toimenpide, joka suuresti rajoittaa mainittua keskeistä oikeushyvä. Samoin voidaan kysyä, eikö aivokammion täyttäminen ilmalla (pneumo-enkefalografia) siihen kuuluvine lumbaalipunktiointeina ole perin epäsuhtainen toimenpide silloin kun konkreettisesti rikoksesta säädetty rangaistusmaksimi in abstracto ei oleellisesti ylitä säädettyä yhden vuoden kynnyistä. On huomattava, että mielentilatutkimusta suorittava lääkäri on periaatteessa todistamiskieltojen sitoma: hän on asiantuntija ja tässä ominaisuudessaan hän kelpaa todistamiskielton adreassaatiksi.⁴⁴⁰

Kysymys voidaan jättää avoimeksi. Lähinnä *de lege ferenda* esitetään, että ongelman ratkaiseminen edellyttää oikeasuhtaisuusperiaatteen käyttöä. Sinänsä sallitusta todistelumetodista on luovuttava, jos keinon/metodin ja päämäärän/asian merkityksen välillä on selvä epäsuhte. Tämän jokseenkin subtiilia juridista päättelyä edellyttävän periaatteen tehoisaksi tekeminen kuuluu ennemmin tuomarille kuin häntä avustavalle asiantuntijalle. Mahdollisesti olisi tarpeen nykyistä differentoidumpi lainsäädäntö, jolloin erityisesti Saksan oikeudessa omaksuttu järjestely (StPO 81 ja 81 a §) on esikuvana huomionarvoinen.⁴⁴¹ —

TakavarikkoL 21—23 §:ien mukaan, kun niitä verrataan saman lain 15 ja 3 §:iin, tuomioistuimella on sen käsiteltävänä olevassa rikosasiassa valta päättää *henkilöön käyvän tarkastuksen ja katsastuksen* suorittamisesta.⁴⁴² Ruumiintarkastuksilla pyritään tavallisesti takavarikoitavien

⁴³⁹ Selvityksistä ja toimenpiteistä, joita mielentilatutkimukseen kuuluu, ks. lähemmin Viukari, LM 1972 s. 769 s.; sekä tekstissä lausutun johdosta muutoin Aromaa, LM 1975 s. 356: »Rikoksien johdosta suoritettavaa sielunelämän penkomista voidaan pitää tutkittavien oikeuksia loukkaavana.» Vrt. lisäksi Ekelöf V s. 130.

⁴⁴⁰ Vrt. IV b.

⁴⁴¹ Ks. sen johdosta Peters, Lehrbuch s. 274; Jescheck s. 27.

⁴⁴² Ks. Tirkkonen, Pääpiirteet s. 194. — Oletetussa tilanteessa esitutkinta

esineiden löytämiseen, mutta ne saattavat johtaa myös indisiotodisteiksi kelpaavien jälkien ja tahrojen toteamiseen. Henkilöön käyvässä katsastuksessa voidaan ottaa verinäyte ja suorittaa muita pienehköjä tutkimuksia. Perusteellista tutkimusta ei puheenalaisten säännösten nojalla saada suorittaa. Esimerkiksi luvattomasta raskauden keskeyttämisestä epäiltyä naista ei niiden perusteella voida alistaa lääkärintutkimukseen. Muutoin on tutkimuksen suorittamisen edellytyksenä aina, että rikoksesta säädetty rangaistusmaksimi on enemmän kuin kuusi kuukautta vankeutta.

Jossakin määrin epätietoista on, millä edellytyksellä asianomistaja saadaan alistaa lääkärintarkastukseen. Onko hänen pakko alistua tutkittavaksi esim. kun on todettava pahoinpitelyn aiheuttaman ruumiinvamman tarkempi laatu? Sen johdosta, että pakkokeinojen käyttöä koskevia säännöksiä on tulkittava supistavasti, vastaus on kielteinen (TakavarikkoL 22 § e contrario). Tässä kohden on siten voimassa todistelumetodikielto.

Vahvinta oikeussuojaa pakkokeinojen käytön suhteen nauttii todistaja. Asiantila on sopusoinnussa sen perustavan oikeusajatuksen kanssa, että parhaiten suojattu intressitaho tuomiovaltaa käyttävän valtion asioihinpuuttumista vastaan on prosessiin osallistumaton kolmas henkilö. Todistajan velvollisuudet on laissa tyhjentävästi säännelty; perussäädöksenä on tällöin oikeudenkäymiskaari.

TakavarikkoL 21,2 §:n perusteella todistajakin voidaan alistaa henkilöön käyvään tarkastukseen, mutta ainoastaan silloin, kun erittäin pätevin perustein voidaan olettaa, että siten saatetaan löytää takavarikoitava esine tahi muuten saada selvitystä rikoksesta. Käytännössä tällaiset tarkastukset ovat harvinaisia. Kysymystä on yksityiskohtaisemmin käsitelty toisessa yhteydessä (V 1 bbb).

Oikeussäännökset eivät anna mahdollisuutta pakottaa todistajaa alistumaan todistajanpsykologisiin kokeisiin. Todistajan erityisvelvollisuudet on tyhjentävästi lueteltu OK 17:27:ssä. E contrario on pääteltävä, että on todistelumetodikiellon vastaista alistaa todistaja vastoin tahtoaan esim. näkökykynsä tutkimiseen tai yleiseen luotettavuustestiin.⁴⁴³

tosiasiallisesti jatkuu oikeudenkäynnin aikana. Vrt. tämän johdosta *Halila*, LM 1978 s. 914.

⁴⁴³ Siten *Ekelöf* IV s. 178.

VII LUKU

TODISTAMISKIELTOJEN PROSESSUAALINEN KÄSITTELY

1. Hyödyntämiskieltojen tehoisiksi tekeminen

1. Todisteiden hyödyntämiskiellot perustuvat todistamiskieltojen logiikkaan: todistamiskielloilla tavoiteltava oikeushyvän suojaus edellyttää määrätapauksissa, että todistamiskiellon rikkomiseen vastataan virheellisesti saadun todistelutuloksen hyödyntämättä jättämisellä. Hyödyntämiskiellon asettaminen on todistamiskiellon toteuttamista, tehoisaksi tekemistä. Mainitun sanktion asettaminen tulee ajankohtaiseksi, kun ennen tuomion julistamista havaitaan, että oikeudenkäynnissä on tapahtunut todisteiden vastaanottaminen, mistä saatu todistelutulos ei ole hyödyntämiskelpoinen. Todistelua rasittava virheellisyys on saattanut tapahtua jo esitutkinnan asteella siten että vasta oikeudenkäynnissä todetaan tuolloin saadun todistelutuloksen tai tuomioistuimelle esitetyn todistuskeinon olevan hyödyntämiskiellon alainen. Toinen kysymykseen tuleva vaihtoehto on se, että oikeudenkäynnissä tapahtuu ennen tuomion julistamista »primääri» menettelyvirhe. Vastoin toisessa yhteydessä (V 1 aa 5) esitettyä on korostettava, että esitutkinnassa tapahtuva kiellonvastaisesti saadun todisteen hyödyntämättä jättäminen ei välttämättä jää luonteeltaan väliaikaiseksi, tuomitsevan viranomaisen muotoamiselle avoimeksi. Esitutkintaviranomaisen suorittama oikeuskysymyksen harkinta ei tosin ole tuomitsemistoimintaa, mutta se on kuitenkin *ratkaisutoimintaa*. Tilanteet, joissa esitutkinnassa suoritettua todisteiden keruuta rasittaa oikeudellinen virhe, kuuluvat siinä suhteessa tyypillisesti esitutkintaviranomaisen ratkaisuvaltaan, että *hän voi luopua todisteiden hyväksikäytöstä*. Virheen vaikutus on tällöin katkaistu. Asian laita on yleensäkin se, että todisteiden »hyödyntämiskelpoisuus tulee käytännössä usein ratkaistavaksi

jo syyttäjäportaassa ja jopa poliisitoiminnassa» (Halila).¹ Ratkaisu on lopullinen. Kun seuraavassa pidetään silmällä yksin tuomioistuimessa tapahtuvaa hyödyntämiskieltojen tehoisiksi tekemistä, menettelytapa perustuu tutkimuksellisiin syihin.

2. Oletettakoon, että esitutkinnassa on kuultu todistajina rikoksesta epäillyn ottovanhempia ilman että näille on huomautettu lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeudesta. Ennen kuin juttu tulee tuomioistuimessa esille, toinen ottovanhemmista kuolee toisen muuttaessa pysyvästi pois maasta. Oikeudenkäynnissä luetaan esitutkinnassa laadittu kuulustelu-pöytäkirja. Tuomioistuin havaitsee, että syytetty voitaisiin tuomita pöytäkirjattujen todistajankertomusten perusteella samalla kun muu jutussa kertynyt näyttö ei yksinään riittäisi langettavan tuomion julistamiseen. Tässä vaiheessa syytetty tekee prosessuaalisen väitteen ja huomauttaa esitutkinnassa tapahtuneesta informointivelvollisuuden laiminlyönnistä.² — Sitä tilannetta, että todistamiskiellon vastainen akti sijoittuu varsinaiseen oikeudenkäyntiin, edustaa tyypillisesti tapaus, jolloin tuomioistuin suorittaa todistajankuulustelun vastoin OK 17:23:n määräyksiä vaitiolo-velvollisuudesta. Tapahtunut virhe on aiheutunut asianosaisen prosessitaktiikasta: tämä on pyytänyt todistajankuulustelua laskelmoiden, että kyselykiellon olemassaolo havaitaan vasta jälkeenpäin.³

Sen jälkeen kun on omaksuttu kanta prosessiteoreettiseen kysymykseen hyödyntämiskieltojen periaatteellisesta perusteltuisuudesta, siten kuin tutkimuksessa on tehty, hyödyntämiskieltojen tehoisiksi tekeminen näyttäytyy voittopuolisesti prosessitekniiikan alaan kuuluvana ongelmana. Epäilyksiä ei voine olla siitä, että edellä konstruoiduissa tapauksissa tuo-

¹ Näin tapahtuu silloin, kun syyttäjä päättää jättää RVA 15,2 tai 18,3 §:n tai jonkin muun siihen oikeuttavan säännöksen nojalla syytteen nostamatta. Samoin on asian laita, kun poliisi jättää poliisilain 14,2 §:n tai jonkin muun vastaavan lainpaikan nojalla ryhtymättä toimenpiteisiin rikoksenteijän saattamiseksi syytteen esittämiseen. — Ks. nyt sanotun johdosta myös *Bratholm* s. 123, joka toteaa, että syyttäjäviranomaisten vallassa on katkaista todisteiden hankintaa rasittavan virheen vaikutus luopumalla oikeudenvastaisesti saatujen todisteiden hyväksikäytöstä.

² Esitutkinnassa ei ole lakiin perustuvaa informointivelvollisuutta, mutta säädettävä esitutkintalaki aiheuttanee oikeustilaan muutoksen. Esimerkki demonstroi ongelmaa *de lege ferenda*. Tässä suhteessa on suoritettava se täsmennys, että joka tapauksessa säädettävän oikeuden kannalta tuomioistuimen on jo viran puolesta kiinnitettävä huomiota po. tyyppiseen informointivirheeseen.

³ Vrt. *Ekelöf* IV s. 134.

mioistuimen on, ellei muita asianhaaroja ilmene, torjuttava kiellonvastaisesti saatu todistelutulos lopullisesta todistusaineistosta. Yleistäen voidaan sanoa, että aina milloin *ratio legis*, todistamiskieltojen »sisäinen» logiikka, vaatii kieltojen tehoisiksi tekemistä, hyödyntämiskiellon tehoisaksi tekeminen on juuri vastaavan todistamiskiellon tehoisaksi tekemistä. Kysymyksessä on yksi ja sama prosessi-ilmio eri näkökulmasta tarkasteltuna.

Onko sitten vaatimus hyödyntämiskieltojen tehoisiksi tekemisestä prosessikäytännössä toteuttamiskelpoinen? Tässä suhteessa esille tulevat vaikeudet ovat kieltämättä mittavia. Voivatko nimittäin tuomioistuimen jäsenet todisteita harkitessaan tehdä tyhjäksi sellaisten todisteiden vaikutuksen, jotka he ovat nähneet tai kuulleet?⁴ Ajateltakoon tapausta, että virallinen syyttäjä esittää oikeudelle yksityishenkilön ääninauhalle salaa tallentaman kohtauksen syytetyn yksityiselämästä. Todiste on asiaan vaikuttava, mutta tuomioistuimen käsityksen mukaan intimitetin suojaa ja ihmisarvoa loukkaava eikä rikoksen syytteeeseenpanointressi ole niin vahva että se edellyttäisi todisteen hyödyntämistä. Oletetun kaltaisessa tapauksessa elämyksellisesti koettua on tavanomaistakin vaikeampi siivittää olemattomiin; todistelun suggestiivinen voima on niin suuri, että siihen soveltuvat saksalaisessa keskustelussa analogisesta tilanteesta lausutut sanat: Tuomioon jälkeinpäin kirjoitettu lausuma, jonka mukaan siinä ei ole otettu huomioon hyödyntämiskiellon alaista todistetta, on teeskentelyä.⁵

Probleemin asettelusta, siten kuin se edellä on suoritettu, kuultaa esiin tarkasteltavan kysymyksen psykologinen aspekti. Sellaisena sille voidaan osoittaa paralleleja ns. negatiiviseen todisteluun: johtopäätösten tekemiseen syytetyn tahi todistajan vaikenemisesta.⁶ Viittaus näihin vastaavuuksiin on siinä suhteessa valaiseva, että se on omansa estämään hyödyntämiskieltojen toteuttamiseen liittyvien komplikaatioiden väärin painotta-

⁴ Keskustelua dokumentoivasta laajasta kirjallisuudesta ks. *Alkio*, LM 1949 s. 561; *Helminen*, PM 1966 s. 822; *Tirkkonen*, Tystnadsplikt s. 152; *Bolding*, SvJT 1953 s. 331; *Ekelöf*, mt. *ibid.*; *Andenaes* s. 31; *sama*, Straffeprosessen s. 340; *Lous*, Sakførerers taushetsplikt s. 75; *Hurwitz* s. 479; *Madsen*, Juristen 1975 s. 490 s.; *Rørdam*, Juristen 1975 s. 55; *Dünnebie*, MDR 1964 s. 967 av 27; *Goeschen*, Juristentag s. 84; *Grünwald* s. 501; *sama*, Juristentag s. 91; *Klug* s. 43 s.; *Kunert*, Juristentag s. 102; *Sarstedt* s. 14 s. ja 64 (teesi I 4); *Seidel*, Juristentag s. 107; *Foregger*, *ibid.* s. 128; *Maguire* s. 212.

⁵ *Kunert*, mt. *ibid.*

⁶ Vrt. tämän johdosta edellä s. 74 ja av 215 olevaa esitystä.

misen. Siinä psyykkisessä konfliktitilanteessa, jonka hallitsemista ja voittamista hyödyntämiskiellon asettaminen edellyttää, ei pidä nähdä mitään ainoalaatuista, prosessin empirialle vierasta.⁷ Oikeusjuttua ratkaiseva tuomari on aina psyykkisten vastakohtaisuuksien verkossa. Tapahtuu suhteuttamisvirhe, jos tuomarin konfliktitila nähdään puheenalaisessa tapauksessa niin vaikeana, että »siitä aiheutuu houkutus kiertää muodollisia menettelymääräyksiä aineellisen totuuden hyväksi».⁸ Siksi myös on väärin suosittaa ongelman ratkaisemiseen Gordionin solmun avaamismenetelmää: hyödyntämiskielloista luopumista.

Edellä kuvaillut hyödyntämiskieltojen tehoisiksi tekemiseen liittyvät psykologiset vaikeudet ovat yhteydessä oikeudenkäynnissä noudatettavaan vapaan todistusharkinnan periaatteeseen. Eräät tutkijat, esimerkiksi *Hurwitz*, menevät niin pitkälle, että katsovat hyödyntämiskieltojen toteuttamisen kerta kaikkiaan raukeavan vapaan todistusharkinnan vaikutuksesta.⁹ Tämän johdosta on tässäkin yhteydessä korostettava tutkimuksessa aikaisemmin esitettyä toteamusta, että vapaa todistusteoria on täydellisen hyödyntämismvapauden puoltajana arvoton.¹⁰ Prosessuaalinen todistelu ei ole vapaata oikeudellisesti rajoittamattoman todistelun merkityksessä; vapaa todistusharkinta puolestaan ei ole sellainen yleislääke, joka korjaa minkä tahansa todistelussa esiintyneen virheen. Tarkkaan ottaen sillä ei ole minkäänlaista prosessuaalisia virheitä korjaavaa vaikutusta. Vapaan todistusharkinnan periaate on päin vastoin voimassa vain sellaisiin todisteisiin nähden, jotka on tuotu prosessiin lainmukaisuuden puitteissa. Se ei koske todisteita, joita lakia asianmukaisesti noudatettaessa ei tosiasiallisesti koskaan olisi voitu esittää oikeudelle.

Vaikkakin todistamiskiellon vastaisesti tapahtuneella todistelulla aina on psyykkisiä vaikutuksia oikeudenkäyntiin, ensi sijassa todisteiden harkintaan, muodollisesti oikein laaditun tuomion perustelu säilyttää loogisen johdonmukaisuutensa. Tuomarilta vaaditaan, että päätösteksti perusteluineen on riittävän selvä antaakseen kenelle tahansa oikeusyhteisön jäsenelle mahdollisuuden rikollisen teon rekonstruomiseen ja ratkaisun juridis-loogisen moitteettomuuden tarkastamiseen; eihän tuomiota näet

⁷ Tätä korostaa *Klug* s. 44.

⁸ *Goeschen*, mt. *ibid*.

⁹ Mt. *ibid*.

¹⁰ Ks. I osa s. 42 s.

laadita pelkästään mahdollista ylioikeudessa tapahtuvaa muutoksenhaku-oikeudenkäyntiä varten.¹¹ Tuomiota annettaessa esiintyneet psyykkiset jännitykset eivät ylipäänsä ole sellainen realiteetti, jonka vaikutuksesta tuomion sisällölle laissa — ennen muuta OK 24:3:ssa — asetetuista kvaliteettivaatimuksista voitaisiin tinkiä. Näin jo senkin vuoksi, että todisteiden harkinta on perusluonteeltaan diskursiivista toimintaa; intuitiolla ja vaistonvaraisella oivaltamisella on siinä verraten alisteinen osuus. Tuomiota tarkastavan henkilön tulee voida objektiivisesti todeta, onko määrätty todistuspremissi, jota todistamiskiellon rikkomisen vuoksi ei saa käyttää hyväksi, otettu tosiasiaperusteluissa lukuun vai ei.¹²

Tuomarin suoritettava ajatusoperaatio saattaa yksittäistapauksessa johtaa vakaumukseen, että lain mukaisesti esitetyistä todisteista muodostuva näyttö ei riitä syyppääksi tuomitsemiseen ja että vapauttava päätös on siten ainoa mahdollinen. *Hurwitz* huomauttaa, että tuomion vastaamattomuus oikeudenkäynnissä de facto todetun ulkoprosessuaalisen tosiseikaston kanssa saattaa julkisuudessa herättää vastustusta.¹³ Tätä mahdollisuutta ei tietenkään sovi kiistää, mutta toisaalta on otettava huomioon, että sisälsipä tuomitsemislauselma toimenpiteestä luopumisen tai rangaistusseuraamuksen määräämisen, julkinen prosessi jo instituutiona luo edellytykset asetelmalle, jossa yleinen mielipide ei hyväksy tuomiota. Varteen otettavampi näkökohta on se, että tuomioistuimen omista jäsenistäkin saattaa tuntua suorastaan loukkaavalta vapauttaa syylliseksi todettu »vain» muodollisilla perusteilla; näin sanottaessa on ajateltu lautakunta-tyyppisen tuomioistuimen maallikkojäseniä.¹⁴ Koska kihlakunnanoikeudessa lautakunta osallistuu jutun ratkaisemiseen kokonaisuudessaan eikä vain syyllisyyskysymyksestä päättämiseen, vaikeudesta pääsemiseksi ei voida ajatella menettelytapaa, että keskustelu todistelutuloksen poissuljennasta tapahtuu maallikkotuomareiden poissaollessa. Jury-

¹¹ Vrt. nyt sanotun johdosta JFT 1963 s. 332 ss. (eräs keskustelukysymys); *Aalto*, Oikeusturva oikeudenkäynnissä s. 220 s.; *Bolding*, JFT 1966 s. 63 ss.

¹² *Klug* s. 43 s.; *Rørdam*, mt. s. 56. — Tekstissä esitetyn johdosta voidaan viitata äskettäin (1.1.1976) käyttöön otettuun tuomiolauselmalomakejärjestelmään, jossa tuomion perusteluja varten on varattu erillinen lomake. Perustelehdelle kirjoitetaan syyksilukeminen, päätöksen perustelut, rangaistuksen enentämis- ja vähentämisperusteet sekä tarvittaessa eräät muut lausunnot.

¹³ Mt. *ibid.*

¹⁴ Tähän seikkaan on kiinnittänyt huomiota *Grünwald*; ks. »Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafprozess» s. 501.

tyyppisessä tuomioistuimessa menettelytapa kävisi päinsä,¹⁵ siinähan jury ratkaisee syyllisyyskysymyksen kun taas lakimiespuheenjohtaja selvittää ainoastaan oikeuskysymyksen.

Tarkasteltakoon aikaisemmin ollutta esimerkkiä, jossa tuomioistuin havaitsee, että syytetty voitaisiin tuomita pöytäkirjattujen todistajan-kertomusten perusteella samalla kun muu jutussa kertynyt näyttö ei yksinään riittäisi langettavan tuomion julistamiseen. Tähän asti esitetty argumentaatiotausta on riittävä osoittamaan parhaiten perustellun pääsykei-non: saman tuomioistuimen, jonka edessä todistelu suoritettiin, on annettava vapauttava päätös. Käytetty esimerkki on siinä suhteessa epäedustava, että se herättää mielikuvan prosessuaalisen menettelytavan kytkeytymisestä tuomion lajiin tai sen aineelliseen sisältöön. Todellisuudessa menettelytavan valinta ei voi määräytyä lopputuloksesta käsin, joka todisteiden harkinnan kaiken ratkaisevassa vaiheessa on vielä kirjoittamaton lehti. Tutkittavassa suhteessa ei voida asettaa muuta kriteeriä kuin tuomarin psykologisen ristiriidan tosiasiallinen vaikutus hänen mahdolluuksiinsa antaa jutussa päätös esitettyjen relevanttien todisteiden pois-suljennasta huolimatta.¹⁶ Jos hyödyntämiskiellon alaisten todisteiden suggestiivinen vaikutus on niin voimakas, että kiellonvastaisesti saadun todistelutuloksen sivuuttaminen edellyttäisi tuomioistuimen jäseniltä lähes persoonallisuuden jakaantumista, tuomioistuimen tulee irrottautua jutusta. On meneteltävä siten, että juttu lykätään ja otetaan käsiteltäväksi uuden kokoonpanon omaavan tuomioistuimen toimesta.¹⁷ Juuri näinhän tulisi tapahtumaan siinäkin tapauksessa, että jutussa annettu tuomio muutoksenhaun jälkeen kumottaisiin ja asia palautettaisiin alioikeuteen.

Esitetty hyödyntämiskieltojen tehoisiksi tekemisen menetelmä on kiel-tämättä sekä hidas että kustannuksia lisäävä; nämä haitat on kuitenkin

¹⁵ Ks. tämän johdosta *Andenaes*, Straffeprosessen s. 340: »I lagmannsretten kan man i noen grad komme utenom vanskeligheten ved at diskusjonen om av-skjaering skjer i lagrettens fravaer.»

¹⁶ Oletetussa tilanteessa päätöksen antaminen edellyttää aina sitä, että kiel-lonvastaisesti saatu todistusaineisto jätetään pois tuomioasiakirjoista. Sveitsin oikeudessa menettelytapa on lakisääteinen. *Foregger*, Juristentag s. 128, tekee tästä sen terävän huomion, että asiakirjojen hävittäminen, siten kuin laki edel-lyttää, asettaa keskivertotuomarille uuden, psykologisesti vaikean haasteen: tuo-marin ei pidä piitata siitä, että sivua 41 seuraakin sivu 43.

¹⁷ Näin *Andenaes* s. 31; *Dünnebier*, MDR 1964 s. 967 av 27; *Grünwald*, Juristentag s. 91; *Klug* s. 44.

hyväksyttävä eritoten kun puheena olevan kaltaisia virheitä ei esiinny usein. Sen sijaan voidaan kysyä, eikö jutun lykkääminen ole ratkaisuna näennäinen: Seuraava tuomari joutuu uudelleen harkitsemaan hyödyntämiskysymystä ja tässä tarkoituksessa ottamaan omavastuisesti selvää kiistanalaisesta todistuskeinosta. Jos juttu muutoksenhaun jälkeen palautetaan, asetelma on sama: Uuden tuomarin, jonka ratkaistavaksi juttu on palautettu, täytyy tarkoin perehtyä tuomioasiakirjoihin. Tämä on välttämätöntä jo senkin vuoksi, ettei hän toistaisi sitä virhettä, jonka vuoksi juttu on palautettu.

Suoritettu kysymyksenasettelu ei ole periaatteellisesti uusi; siinä konkretisoituu sama problematiikka, joka yleisemmällä tasolla näyttäytyy valinnan tekemisenä välittömän ja välillisen todistelun kesken. Ongelman ratkaisupremissit palautuvat kysymykseen todistelun välittömyyden periaatteen yleisestä soveltamisesta oikeudessamme. Tässä suhteessa ensi- ja jälkiprosessin välinen ero on perustavanlaatuinen. Kun seuraavakin tuomari tosin saa joka tapauksessa asiakirjoista tietää todistelun yleisen kulun, hänen psyykkinen sidottuisuutensa kiellonvastaisesti saatuun todistelutulokseen on oleellisesti vähäisempi. Tässä kohden näyttäytyy suullisen ja kirjallisen prosessin, välittömän ja välillisen todistelun erilainen vaikutus tuomarin vakaumuksenmuodostukseen. Seuraava tuomari tosin tuntee todistamiskieltoa rikkovan tapahtumainkulun, mutta hänen todistusharkintaansa ei ole hämäännyttämässä välittömistä havainnoista aiheutuva elämysperäinen rasitus.¹⁸ Hänen on mahdollista suorittaa se ajatusoperaatio, jota objektiivisen tapahtumainkulun kirjoittaminen loogisesti kestäväksi perustelukokonaisuudeksi edellyttää. On myös huomattava, että tuomioistuimen maallikkojäsenet eivät ole perillä tuomioasiakirjojen sisällöstä, edellyttäen tietenkin, että oikeus on puheenalaisessa suhteessa menetellyt moitteettomasti. Lakimiestuomarin suhteen oikeudenkäymiskaari puolestaan selvästi edellyttää, että hän tarvittaessa kykenee antamaan ratkaisun asiakirjasisällön perusteella.

Edellä olevan johdosta voidaan sanoa, että käytetyllä perustelutavalla ei ole jäännöksetöntä vastaavuutta prosessielämän todellisuudessa. Objektiivinen oikeustila on meillä se, että välittömyysperiaate ei esiinny puhtaaksi viljeltynä; oikeudenkäynti on suullis-pöytäkirjallista. Kehityksen suunta on silti selvä ja tavoitteena olevaa entistä laajempaa välittömyyttä voidaan vain edistää asettamalla tavoitetila yksittäiskysymyksiä ratkais-

¹⁸ Vrt. Klug, *ibid.*

taessa ohjeelliseksi siten kuin edellä on tehty. Jos todella katsottaisiin, että akteista hankitulla tietämyksellä on sama merkitys kuin prosessissa omakohtaisesti havaitulla, johdonmukaisempaa olisi luopua todistelun välittömyyden vaatimuksesta kuin tyytyä pelkästään hyödyntämiskieltojen poistamiseen.

3. Todisteiden hyödyntämiskieltojen ylläpitämiselle ja tehoisiksi tekemiselle ei ole enempää prosessiteoreettisia kuin puhtaasti menettelytekniäkään esteitä. Asianosainen ei voi laskelmoida, että pyytämällä vaittoloovelvollisuuden sitoman todistajan kuulustelemista hän saavuttaa prosessuaalisen edun, jos todistamiskiellon esiintyminen huomataan vasta jälkeenpäin. Se ulkoprosessuaalisiin elämänsuhteisiin kohdistuva vahinko, jonka todistamiskiellon vastainen menettely aiheuttaa, voidaan hyödyntämiskiellon asettamisella usein oleellisesti korjata.

Hyödyntämiskieltojen tehoisiksi tekeminen ei saa koskaan johtaa siihen, että syyttömäksi todettu tuomitaan rangaistukseen.

2. Todistamiskieltojen rikkominen ja muutoksenhakukysymys

1. Kun oikeus ratkaisee sille kanteessa esitetyn asian, se tapahtuu oikeudenkäynnin kohteesta annetulla pääasiasratkaisulla eli tuomiolla. Tässä tarkoituksessa sen on annettava lausunto kysymyksestä, onko kanne/syyte hyväksyttävä vai hylättävä tahi onko toimenpiteestä RL 3:5,3:n nojalla luovuttava. Ratkaisuun tarvittavan ylä- ja alalauseen muodostaminen edellyttää toisaalta (rikos-) oikeudellisten lainsäännösten soveltamista, toisaalta esitettyjen todisteiden arviointia. Todistelun avulla oikeuden on muodostettava sellainen alalause, joka on tosi. Oikeuskysymyksen harkinta keskittyy rikosoikeudellisen tyyppipakon vaatiman vastaavuuden selvittämiseen: ollakseen rikosoikeudellisesti relevantti alalauseessa kuvatun tapahtumainkulun tulee vastata rikostunnusmerkistön kuvaamaa tekotyyppiä.¹⁹

Tuomio on asiallisessa suhteessa virheellinen, jos oikeuskysymys, quaestio juris, tahi tosiasiakysymys, quaestio facti, on ratkaistu väärin. Todistamiskiellon rikkomisena ilmenevä virheellisyys sijoittuu eri tasolle. Oletetussa tilanteessa tuomio on syntynyt prosessuaalisesti virheellisellä

¹⁹ Ks. *Helminen*, PM 1972 s. 326; sekä yleisemmin *Klami*, LM 1969 s. 178 ss.

tavalla.²⁰ Kysymys todistamiskieltoja perustavien normien soveltamisesta kuuluu »aineellisen kysymyksen» ulkopuolelle. Pelkistään voidaan suorittaa kahtiajako aineelliseen kysymykseen ja niihin »oikeudenkäyntikysymyksiin», joista ensiksi mainitun ratkaiseminen prosessuaalisesti riippuu. Kysymys todistamiskiellojen soveltamisesta kuuluu tällöin oikeudenkäyntikysymyksiin yhtä lailla kuin tutkimuksessa käsiteltyt lähi-ilmiöt: prosessin esteet ja todistajaksi kelpaamattomuus.²¹

Tuomioistuinratkaisun virheellisyys synnyttää yleensä tarpeen ratkaisun muuttamiseksi; säännönmukaisesti tuomion oikaiseminen edellyttää muutoksenhakukeinoihin turvautumista. Muutoksenhakija nojautuu tavallisimmin siihen, että aineellinen eli asiallinen kysymys on ratkaistu väärin. Mutta tämän ohella asianosainen, jolle tuomio on epäedullinen, voi perustaa muutoksenhakunsa *pelkästään* siihen prosessuaaliseen seikkaan, että tietty oikeudenkäyntikysymys on ratkaistu virheellisesti.²²

Esitetyn perusteella voidaan valmistavasti todeta, että todistamiskiellon rikkominen edustaa sellaista oikeudenkäynti- eli tuomiovirhettä, joka määrätyn edellytyksin avaa tien (varsinaisten) muutoksenhakukeinojen käyttämiselle. Yksityiskohtiin puuttumatta tyydyttäkään mainitsemaan, että yleisen alioikeuden ratkaisua vastaan on tällöin käytettävissä valitus niminen muutoksenhakukeino.

Muutoksenhaku sellaisenaan on ratkaisun negaatio. Säännönmukaisesti (varsinaisen) muutoksenhakukeinon käyttäminen estää ratkaisun lainvoimaiseksi tulon. Lainvoiman jo saavuttaneiden eli periaatteessa lopullisten tuomioistuinratkaisujen oikaiseminen voi tulla kysymykseen

²⁰ Edellisessä tapauksessa on kysymyksessä *error in judicando* — ratkaisu on aineellisesti väärä —, jälkimmäisessä tapauksessa virhe on tyyppiä *error in procedendo* — oikeudenkäyntivirhe. Ks. tästä esim. *Tirkkonen*, Sp II s. 313; sekä erityisesti oikeudenkäyntivirheistä *Reinikainen*, Jutun palauttamisesta s. 58; *Virolainen*, Reformatio in pejus-kiellosta s. 282 ss. (»Oikeudenkäyntivirheillä tarkoitetaan prosessuaalisten, itse menettelyä koskevien säännösten soveltamisessa tapahtuneita virheitä.»; s. 282).

²¹ Vrt. I osa s. 52: »Ruotsin RB 42:13:ssa käytettyyn terminologiaan liittyen todistamiskiellot kuuluvat prosessin esteiden tavoin 'oikeudenkäyntikysymyksiin'.» Ks. myös *ibid.* av 156 mainittua kirjallisuutta; sekä lisäksi *Lager* s. 80, 149 s. ja 172. Vrt. *T. Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 63 s.: Jos tuomioistuin on soveltanut väärin prosessi- eli menettelysääntöjä, puhutaan muutoksenhausta oikeuskysymyksessä.

²² *Tirkkonen*, Rp II s. 496.

vain ns. ylimääräisten muutoksenhakukeinojen poikkeusmenettelylle ominaisissa ahtaissa rajoissa.

Tehtävänä on selvittää, edustaako todistamiskieltojen rikkominen sen asteista oikeudenkäyntivirhettä, joka synnyttäisi perustellun aiheen järkeyttää lainvoimaisen ratkaisun luomaa oikeusrauhan tilaa. Tällöin on huomattava, että suoritettu kysymyksenasettelu sisältää jo ennakoivan valinnan kysymykseen tulevien ylimääräisten muutoksenhakukeinojen, kantelun ja tuomionpurun, kesken. Termi tuomiovirhe tarkoittaa kanteluinstituution piiriin kuuluvaa käsitettä, tuomion purkaminen sen sijaan tulee kysymykseen ensi sijassa uusien aineellisten seikkojen perusteella.²³ Tuomitun hyväksi rikostuomio voidaan OK 31: 8:n 4 kohdan mukaan purkaa lisäksi sillä edellytyksellä, että tuomio on perustunut ilmeisesti väärään lain soveltamiseen. Havaitaan helposti, että myös todistamiskieltoja perustavien menettelyllisten normien rikkominen on väärää lain soveltamista. Silti kantelun ja tuomionpurun välinen ero on oikeuskäytännössä ja tieteisopissa määritelty siten, että tuomionpurkusäännösten katsotaan tarkoittavan aineellisten eikä menettelyllisten normien väärää soveltamista.²⁴ Vasta milloin menettelyllisestä virheestä — esimerkiksi juuri todistamiskielton rikkomisesta — ei enää ole edes kysymys, voidaan purkuhakemus ottaa käsiteltäväksi.

Voimassa olevan oikeuden tuntemat kanteluperusteet on tyhjentävästi lueteltu OK 31: 1:ssä. Käytetylle säännöstekniikalle on leimallista jaottelu pykälän 1—3 kohdissa tarkoitettuihin »oleellisiin» virheisiin vastakohdana niille 4 kohdassa mainituille virheille, joihin tätä predikaattia ei voida liittää. Oleelliset virheet kelpaavat kantelun perusteeksi siihen katsomatta, ovatko ne vaikuttaneet tuomioon vai eivät. Edellytyksenä OK 31: 1:n 4 kohdassa tarkoitettun »muun» virheen perusteella tapahtuvalle kantelulle sitä vastoin on, että virheen havaitaan tai voidaan otaksua olennaisesti vaikuttaneen jutun lopputulokseen. Lainkohta on eräänlainen kantelua koskeva yleislauseke. *Halila* tulkitsee säännöstä siten, että oikeudenkäyntivirheellä tarkoitetaan siinä menettelyllisten normien rikko-

²³ Ks. *Halila*, LM 1964 s. 23; *Lager* s. 10 ss.; *Tirkkonen*, Rp II s. 545 s. verr. s. 562 s.; *sama*, Ylimääräistä muutoksenhakua koskeva uusi lainsäädäntö s. 49 s.

Terminologisena havaintona todettakoon, että kun ylimääräistä muutoksenhakua koskeva OK 31 luku (L:ssa 20. 2. 1960/109) käyttää vielä vanhahtavaa termiä tuomiovirhe (vrt. kuitenkin 31: 1:n 4 k.), muutettu 30 luku (L:ssa 2. 2. 1979/104) puhuu vastaavassa merkityksessä »oikeudenkäyntivirheestä»; ks. 3,₁ §.

²⁴ *Halila*, mt. s. 17.

mista. Edelleen kanteluperusteisiin kuuluu (OK 31:1:n 4 kohdan merkityksessä) Halilan mukaan suullisuus- ja välittömyysperiaatteiden vastainen menettely. Mitä todisteiden arvioinnissa sattuneisiin virheisiin tulee, niiden oikaiseminen tapahtuu tuomion purkamisen tietä. »Mutta jos OK 17:18:n mukaan esteellisenä pidettävää henkilöä on kuultu todistajana, on kyseessä menettelyvirhe, jonka perusteella käy päinsä kannella. Samoin on laita, jos esim. editiovelvollisuutta tai todistajan vaitiolo-oikeutta ja -velvollisuutta koskevia säännöksiä on sovellettu väärin». — Edelleen Halila kiinnittää huomiota siihen, että lainsäätäjä on OK 31:1:n 4 kohdan säännöksellä tehnyt kantelun mahdolliseksi vähäistenkin oikeudenkäyntivirheiden perusteella.²⁵

Kun laissa vaaditaan, että virheen vaikutuksen tuomion lopputulokseen on täytynyt olla olennainen, sanontaa on tulkittu siten, että laki edellyttää virheen vaikuttaneen kausaalisesti jutun lopputulokseen. Tällöin ei kuitenkaan vaadita *varmuutta* siitä, että sellainen kausaaliyhteys on olemassa.²⁶

Yhteenvedollisesti voidaan esittää seuraavaa: Tuomio, johon johtaneessa todistelumenettelyssä on rikottu todistamiskieltoa, on syntynyt prosessuaalisesti virheellisellä tavalla. Asianosaiselle, jolle tuomio on epäedullinen, tapahtunut menettelyvirhe muodostaa (jäljempänä täsmennettävin edellytyksin) muutoksenhakuperusteen. Lisäksi on osoittautunut, että puheenalainen menettelyvirhe on kantelusäännöstön soveltamisen kannalta relevantti. Koska valitus- ja kanteluperusteet ovat laajuudeltaan identtiset, varsinaisen muutoksenhaun mahdollistava menettelyvirhe muodostaa samalla kvalifioitun »tuomiovirheen» OK 31:1:n 4 kohdan merkityksessä.

2. Edellä olevan esityksen tarkoituksena on ollut osoittaa, että todistamiskiellon vastainen menettely virhetyypinä tarkastellen täyttää muutoksenhakujärjestelmämme moiteperusteille asettamat yleiset ehdot. Tällä perusteella ei näyttäisi olevan estettä päätyä verrattain yksiselitteiseen

²⁵ Ibid. s. 18 ja 23. — Vanhemman oikeuden johdosta vrt. *Granfelt*, JFT 1943 s. 88 (eräs keskustelukysymys): »Felet måste hänföra sig till någon omständighet, som är av konstituerande betydelse för den i målet givna domens sakliga innehåll och vidd och felet måste som sådant leda parterna i rättegång rättigheter och processuella intressen.» Vrt. myös *Wrede* II s. 312.

²⁶ Ks. *Halila*, mt. s. 24. — Kausaalisuusvaatimuksesta lainvoiman saaneen tuomion purkamisessa ks. *Lager* s. 180 ss.; sekä tekstissä esitetyn johdosta muutoin *sama*, DL 1979 s. 7.

prosessioikeustilaan. Sen sisältönä olisi, että todistamiskiellon rikkomisen perustaa syytetylle aina muutoksenhakuoikeuden, milloin tuomio on langettava. Virallinen syyttäjä oikeusjärjestyksen edustajana puolestaan voisi aina hakea muutosta tapahtuneen virheen perusteella siitä riippumatta, onko tuomio syytetylle edullinen vai epäedullinen.²⁷ Koska pyrkimys oikeusselvyyteen on kaikkea oikeudenmuodostusta määräävistä ihan-teista vaikutusvoimaisimpia, on hyvin ymmärrettävissä, että oikeuskirjallisuudessa on muiden ohella edustettuna suuntaus, joka puristaa muutoksenhakukysymyksen yleiseen ratkaisukaavaan. Käytetty argumentointi lähtee siitä, että on esitetty todiste, jota ei olisi pitänyt esittää. Menettely on siten saatettu päätökseen prosessijärjestyksen vastaisella tavalla. Olisi järjestelmän vastaista riistää todistamiskiellolta sen tehoisuus epä-mällä prosessiin osallistuvilta muutoksenhakuoikeus.²⁸

Selostettu näkökanta, jolla on edustajia ulkomaisessa oikeustieteessä, tähtää ongelman totaaliseen ratkaisuun. Sellaisena se muistuttaa yrityksiä käsitellä kiellonvastaisen todistelun seuraamuksia *tuomitsevassa* instanssissa — hyödyntämisongelmaa — (kaikki tapaukset kattavan soveltamis-säännön avulla. Itse asiassa katsomustavan erityinen ansio liittyykin juuri sen suorittamaan hyödyntämisongelman ja muutoksenhakukysymyksen yhdistämiseen. Se esittää aivan oikein, että reagointimalli, jolla todista-miskiellon vastaiseen menettelyyn tulee suhtautua, on tuomitsevan oikeusistuimen ja muutoksenhakuinstanssin osalta sama.²⁹

Mielipidesuuntauksen heikkoudet ovat silti ilmeiset. Ne ovat yhteydessä formalistisille järjestelmille ominaiseen tarpeeseen määrätä vir-heellisyyden seuraamukset ennalta. Niillä on taipumus tulla itsetarkoi-tukselliseksi ajatusrakennelmiksi. Niihin liittyvä käsitelainopillinen pai-nolasti johtaa helposti prosessioikeustieteen vieraantumiseen. Tutkimuk-sessa on toisessa yhteydessä esitetty seikkaperäisempi kritiikki.³⁰ Oikeus-vertailevana näkökohtana voidaan mainita, ettei edes formalismin täy-dellisimmin toteuttaneessa romaanisessa oikeuspiirissä ole, Ranskaa ja Belgiaa lukuun ottamatta, johdonmukaisesti pidetty kiinni täydellisen muutoksenhakuvapauden periaatteesta.³¹

²⁷ Ks. tämän johdosta *Virolainen*, LM 1972 s. 610 ss. ja siinä (av 20) mai-nittua kirjallisuutta; *sama*, *Reformatio in pejus*-kiellosta s. 228.

²⁸ *Peters* s. 109.

²⁹ Vrt. *Ekelöf* IV s. 125; *Häussling* s. 104.

³⁰ Ks. I osa s. 90.

³¹ Ks. oikeusvertailevassa suhteessa *Jescheck* s. 8 ss.

Ne havainnot ja johtopäätökset, joita edellä on muutoksenhakukysymyksen osalta tehty, todentavat puheena olevassa eriytyneessä suhteessa sen, mikä toisaalla on sovitettu tutkimuskohteeseen kokonaisuudessaan: »Todistamiskiellon» abstraktiotaso on niin korkea, etteivät yleiseen muotoon laaditut kysymyksenasettelut ja oletukset ole onnistuneita.³² Tietty kasuistisuus niin ongelmien käsittelyssä kuin tutkimustuloksissakin on otettava lukuun. Toiselta puolen prosessioikeuden yleinen luonne vaatii, ettei formaalisuuden ja oikeusvarmuuden periaatteista radikaalisti poiketa. Todistamiskieltoihin suhteutettuna ajatus voidaan esittää seuraavana postulaattina: Prosessioikeudellisen kysymyksen: millä perusteilla ja millaisin vaatimuksin tuomiota voidaan todistamiskiellon rikkomisen johdosta moittia? tulee ratketa yksiselitteisten ja käyttökelpoisten kriteerien perusteella.

Esitetty selvyysvaatimus on suuntaa antava. Se puhuu sellaista menettelytapaa vastaan, että muutoksenhakuoikeus tehdään riippuvaksi oikeudenloukkauksen *vakavuudesta*.³³ Oikeudenkäynnissä, jossa useita samaan rikokseen osallisia on esitutkinnassa alistettu eripituisiin uuvutuskuulusteluihin ravinnotta pitämisineen, muutoksenhakukysymystä ei voida sitoa oikeudenvastaisuusharkintaan siten, että henkilökohtainen muutoksenhakuintressi³⁴ määräytyisi esimerkiksi absoluuttisten ravinnotta pitämisaikojen (5, 10, 15... tuntia) perusteella. Näin esitettynä kysymystä muutoksenhakuintressin käsillä olosta ei saada esille oikeassa asiayhteydessä. Niin ikään on harhaan johtavaa lähestyä probleemia kulloinkin rikotun todistamiskiellon suojelusuuntauksesta.³⁵ Näkökohta jäisi epämääräiseksi sen johdosta, että todistamiskielloilla on harvoin vain yksi suojeleuobjekti. Lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeuden varalta annettu OK 17:20:n määräykset suojelevat ainakin primäärisesti todistajaa eivätkä syytettyä. Tämä näkökohta ei kuitenkaan kelpaa harkintaperusteeksi kysymyksen koskiessa syytetyn muutoksenhakuoikeutta.

Metodisesti väärin on esittää kysymys muutoksenhakuoikeudesta siten, että ongelmaa tarkastellaan *todisteiden esittämiskiellojen* näkökul-

³² Ks. I osa s. 66.

³³ Vrt. *Kleinknecht*, Juristentag s. 81; *Sarstedt* s. 27.

³⁴ Muutoksenhakuintressin eli muutoksenhakulegitimaation käsitteestä ks. *T. Ellilä*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano s. 75 ja 92 s.; *sama*, Ulosotto-oikeuden yleiset opit s. 474 ss.; *Tirkkonen*, Rp II s. 477; *Virolainen*, Reformatio in pejuskiellosta s. 18 ja 46.

³⁵ Asiallisesti samoin *Grünwald*, Juristentag s. 82.

masta ikään kuin olettaen virheellisen todistelun oikeusvaikutusten ajankohtaistuvan vasta tuomiovaiheessa. Todellisuudessa kriittinen vaihe sijoittuu kohtaan, jossa tuomitseva oikeus ottaa tai sen oikein menetellen tulisi ottaa kanta hyödyntämisongelmaan. Kiellonvastaisen todistelun prosessuaalisena seuraamuksena joko on tai ei ole hyödyntämiskielto. Ne ehdot, joista hyödyntämiskiellon asettaminen riippuu, määräävät myös muutoksenhakuoikeuden syntymisen. Hyödyntämiskiellon aktualisoitumisen ja tuomion julistamisen välisenä ajankohtana näissä ehdoissa ei tapahdu sellaista muutosta, joka pakottaisi käsittelemään muutoksenhakukysymystä toisin kuin ennakkoluonteisempaa hyödyntämisongelmaa. Kysymykset milloin todistamiskiellon tehosteena on hyödyntämiskielto ja milloin todistamiskiellon rikkomisen perusteella voidaan hakea muutosta, kytkettyvät siten yhteen. Niihin on vastattava yhdenmukaisesti.³⁶

Kulloinkin kysymyksessä olevan todistamiskiellon ratiosta riippuu pelkästään sen ennakkoluonteisen kysymyksen ratkaisu, liittyykö tapahtuneeseen virheeseen hyödyntämiskielto. Myönteisessä tapauksessa tuomioon voidaan hakea muutosta, edellyttäen tietenkin, että tuomitseva oikeus ei ole noudattanut hyödyntämiskieltoa. Vaatimus, että virhe on kausaalisesti vaikuttanut päätöksen lopputulokseen, on tällöin täyttynyt.³⁷ Mikäli osoittautuu, että todisteet voidaan tapahtuneesta virheestä huolimatta hyödyntää, muutoksenhakuoikeuden myöntäminen prosessuaalisen virheen seurauksena ei ole ajatuksena edes mielekäs. Jos nimittäin mikään intressi ei ole estämässä todisteiden hyödyntämistä ja totuuden jäännöksetöntä tutkimista, niin kuinka sellainen voisi syntyä heti tuomion julistamisen myötä? Sen sijaan prosessin logiikka ei estä ajattelemasta mahdollisuutta, että hyödyntämiskielto tosin tunnustetaan mutta muutoksenhakuoikeus evätään; tällainen molempien probleemien toisistaan erottaminen olisi kuitenkin asiallisesti virheellistä.

Omaksuttu kanta merkitsee sitä, että todistamiskiellon rikkominen ei sellaisenaan edusta tosiasiaa, johon »automaattisesti» liittyisi muutoksenhakuoikeuden syntyminen. Tutkittavassa suhteessa vasta hyödyntämis-

³⁶ Andenaes s. 31; Grünwald, mt. s. 81; Hauser, Juristentag s. 77.

³⁷ Vrt. po. suhteessa KoO 1968 II 43: Hakemus rangaistustuomion oikaisemisesta sillä perusteella, että kihlakunnanoikeus oli rangaistusta määrätessään soveltanut RL 6 luvun 1 §:ää, vaikka edellytyksiä tuon lainkohdan soveltamiseen lain mukaan ei ollut olemassa, hylättiin, kun sanottu vähäinen virhe ilmeisesti ei ollut vaikuttanut päätöksen lopputulokseen eikä enempää yleinen kuin tuomitunkaan etu vaatinut päätöksen oikaisemista. (Ään.)

kiellon vastainen todistelutuloksen huomioon ottaminen muodostaa prosessuaalisesti relevantin tosiasian: muutoksenhakuperusteen. Milloin todistamiskiellon rikkominen on johtanut virheen rasittaman todistelutuloksen hyödyntämiseen, vaikkei hyödyntäminen olisi objektiivisesti ollut perusteltua, syytetty voi hakea tuomioon muutosta, jos tapahtunut prosessuaalinen virhe on vaikuttanut hänen vahingokseen.

3. Todistamiskieltojen käsittely muutoksenhakuoikeudenkäynnissä

Menettely ylioikeudessa on säännönmukaisesti kirjallista. Todistelua ei yleensä esitetä ylioikeudessa uudelleen, vaan alioikeudessa laaditulla pöytäkirjalla, johon oikeudenkäyntiaineisto sisältyy, on todistelua korvaava merkitys. Alioikeustuomari toimii tavallaan hovioikeuden todistajana.³⁸ Asiantilaa on kritikoitu vanhakantaiseksi, ja tarve siirtyä hovioikeuskäsittelyssä tähänastista laajempaa suullisuuteen ja välittömyyteen onkin johtanut lainuudistuksiin. OK 26:7,1:n mukaan, sellaisena kuin se on L:ssä 31.8.1978/661, hovioikeus toimittaa tarvittaessa suullisen käsittelyn, jossa voidaan kuulla asianosaisia, todistajia ja asiantuntijoita sekä vastaanottaa muuta selvitystä. Momentin jälkimmäisessä virkkeessä säädetään, että suullinen käsittely saadaan rajoittaa koskemaan osaa muutoksenhaun kohteena olevasta asiasta.³⁹ Koska menettely tällöin muo-

³⁸ T. Ellilä, Hovioikeusmenettely s. 104; sama, Todistelusta rikosasioissa s. 172; Halila, DL 1977 s. 50; Lager, DL 1979 s. 22; Makkonen s. 216; Reinikainen, mt. s. 12.

³⁹ Halila, mt. ibid., huomauttaa, että muutoksenhakujen käsittely jää kuitenkin enimmäksin tapauksissa jatkuvasti kirjalliseksi. On arvioitu, että suullinen käsittely voisi hovioikeudessa tulla kysymykseen enintään joka neljännessä lainkäyttöasiassa. — Erityisesti OK 26:7:n johdosta ks. Lager, mt. ibid.: »(Suullinen) käsittely voidaan toimittaa asianosaisen kuulemista varten, mutta myös jutun selvittäminen muulla tavoin voi aiheuttaa suullisen käsittelyn tarpeellisuuden. Asianosaisilla on luonnollisesti oikeus aina siihen asti kun juttu on esittelemättä pyytää suullista käsittelyä (OK 27:9,2).»

Todistelumenettelystä hovioikeudessa ks. (vanhemman oikeustilan kannalta) lähemmin Saarni—Rytkölä, LM 1975 s. 892 ss.

Esityksessä pidetään silmällä lähinnä todistamiskieltojen käsittelyä hovioikeusmenettelyssä. Tarkastelu liikkuu yleisellä tasolla eikä erittele yksityiskohtia. Tämän johdosta esitys yleensä soveltuu oikeudenkäyntiin Korkeimmassa oikeudessa sellaisena kuin oikeudenkäymiskaaren L:lla 2.2.1979/104 muutettu 30 luku säännöstää menettelyn ylimmässä oikeusasteessa. Mitä erityisesti

dollis-prosessuaalisessa suhteessa muodostuu oleellisesti alioikeusmenettelyn kaltaiseksi, todistamiskieltojen prosessuaaliseen problematiikkaan ei liity niitä erityispiirteitä, jotka ovat tyypillisiä kirjalliselle hovioikeusprosessille. Tämän uudella tavalla värittyneen problematiikan valaisemiseksi pidetään seuraavassa esityksessä silmällä yksin alioikeuden pöytäkirja-aineiston varaan perustuvaa käsittelyä.

Ylioikeuden on viran puolesta kiinnitettävä huomiota tärkeimpiin alioikeudessa suoritettuihin prosessitoimiin ja tällöin erityisesti siellä esitettyyn näyttöön. Edelleen ylempi oikeusaste on velvollinen soveltamaan prosessilain absoluuttisia määräyksiä. Tästä seuraa alioikeusmenettelyn muodolliseen puoleen kohdistuva tutkintavelvollisuus. Jos ylempi instanssi havaitsee alioikeuden menettelleen prosessuaalisen normin vastaisesti, se yleensä poistaa viimeksi mainitun antaman tuomion pätemättömänä. Säännönmukaisesti näin on meneteltävä, milloin alioikeus on tutkinut jutun vaikka jokin ehdoton prosessinedellytys on puuttunut.⁴⁰

Rinnastuvatko *todistelun esteet* puheenalaisessa suhteessa prosessin esteisiin? Onko toisin sanoen alioikeusmenettelyssä tapahtunut todistamiskiellon — oikeudellisen todistelun esteen — rikkominen otettava ylemmässä instanssissa huomioon viran puolesta vai seuraako tämän puolen tutkiminen vain väitteestä?

Toisessa yhteydessä on suoritettu todistamiskieltojen jako absoluuttisiin ja relatiivisiin.⁴¹ Jaotteluperusteena on käytetty sitä näkökohtaa, onko todistamiskielto voimassa poikkeuksetta vai eikö näin ole laita. Mutta jäsentelyä määräävä kriteeri olisi ainakin periaatteessa voitu valita toisinkin tutkimalla kiellonvastaisen todistelun oikeusseuraamuksissa ilmenevää erilaisuutta. Jako absoluuttisiin ja relatiivisiin todistamiskieltoihin olisi tällöin suoritettu sen mukaan, onko todistamiskiellon rikkominen otettava muutoksenhakutuomioistuimessa huomioon viran puolesta vai väitteestä. *Saksan* oikeuden kannalta mainitun menettelytavan on valinnut *Peters*. Hänen järjestelmässään »Beweisverfolgungsverbot»-tyyppejä olevat kiellot rinnastuvat syytteen nostamisen edellytyksiin. Yhtä lailla kuin kysymyksen ollessa syytteen nostamisen edellytyksissä havai-

suulliseen käsittelyyn tulee, sen säännöstää Korkeimman oikeuden osalta OK 30:20,¹. Määräys vastaa asiallisesti OK 26:7,¹tä.

⁴⁰ Ks. *Lager*, mt. s. 6 ja 17 s.; *Tirkkonen*, Rp II s. 510; *Virolainen*, mt. s. 282 s.

⁴¹ I osa s. 91 ss.

tuista puutteista alioikeuden virheellinen menettely »Beweisverfolgungsverbot»-kategoriaan kuuluvan kiellon kohdalla on ylioikeudessa otettava huomioon viran puolesta. Mikäli kysymyksessä taas on »Beweisverfahrensverbot»-luokkaan kuuluva todistamiskielto, sen rikkominen vaatii asianosaisen taholta nimenomaisen revisiomoitteen; virheellisyyden konstituoivat tosiseikat on tällöin yksilöitävä.⁴²

Vallitseva mielipide lähtee Saksan oikeudessa kuitenkin siitä, että todistamiskiellon rikkomista on aina nimenomaisesti moitittava ja tuettava tosiasioilla. Sen sijaan *romaaninen* oikeuspiiri on, formalistisen perusluonteensa mukaisesti, toteuttanut viran puolesta tapahtuvan oikaisun. Niinpä *Ranskan* oikeudessa erotetaan toisaalta todistelumääräykset, jotka on annettu lähinnä yksityisen asianosaisen intressissä, ja sellaiset, jotka koskevat prosessin »ordre public»-puolta. Ensiksi mainittujen tapauksessa asianosainen voi luopua tekemästä tehoisaksi asianomaisen todistelunettelyn mitättömyyttä; hänen on siis moitittava virhettä välttääkseen sen että hänen vaitiolonsa tulkitaan luopumiseksi. Julkisen edun vuoksi annettujen »ordre public»-määräysten rikkominen johtaa sitä vastoin viran puolesta huomioitavaan mitättömyysseuraamukseen. Ylemmän tuomioistuimen on reagoitava viran puolesta erityisesti epälojaaleja (*déloyal*) todistelumetodeja vastaan. Myös *Italian* oikeus on omaksunut tiettyjen todistamiskielto-rikkomusten kohdalla viran puolesta tapahtuvan asiaan puuttumisen. On olemassa ryhmä menettelymääräyksiä, joiden rikkomiseen liittyy oikeusseuraamuksena asianomaisen prosessitoimen mitättömyys. Mitättömyysperusteet voivat tällöin olla joko absoluuttisia tai relatiivisia.⁴³

Miten on Suomen oikeuden kannalta arvosteltava mahdollisuutta jäsenellä todistamiskiellot absoluuttisiin ja relatiivisiin muutoksenhaku-tuomioistuimen reagointivelvollisuuden erilaisuuden — viran puolesta/väitteestä — perusteella? Tahi rinnastuvatko todistamiskiellot suorastaan prosessin esteisiin siten, että todistamiskiellon rikkominen on ylemmässä instanssissa *aina* otettava huomioon viran puolesta?

Toisessa yhteydessä on osoitettu, että todistamiskieltojen ja prosessin esteiden välinen analogia on melko etäinen.⁴⁴ Prosessinedellytykset ovat yleiskatsauksellisia; on suhteellisen helppo todeta, mitkä prosessin esteet

⁴² »Beweisverbote im deutschen Strafverfahren» s. 97 ja 158.

⁴³ *Jescheck* s. 7 s.

⁴⁴ I 2 a.

kulloinkin on tutkittava ja otettava viran puolesta huomioon. Prosessin-edellytyksen puuttuminen voidaan havaita akteista vaikka tätä koskevaa väitettä ei ole tehtykään. Mutta kuinka voidaan huomata pöytäkirjasta, onko tutkintaviranomainen pitänyt vangittuna olevaa epäiltyä päiväkauden ravinnotta, onko hänet uuvutettu yöllisillä kuulusteluilla, onko häntä häikäisty sokaisevilla valoilla tai onko hän rikospaikalle yöllä vietyä henkisesti järkyttynyt? Entä onko realistista otaksua, että pöytäkirjan teksti paljastaisi kuulusteltavalle aiheutetun humalatilán tai psykofarmakologisten lääkevalmisteiden vaikutuksen? Sillä räikeästi kiellonvastaiset todistelumetodit eivät normaalisti ilmene akteista silloinkaan kun niitä todella on käytetty. Näyttövaikeudet eivät tosin, kuten toisessa yhteydessä on korostettu, saa johtaa *hyödyntämiskielloista* luopumiseen,⁴⁵ mutta aivan ilmeisesti näyttövaikeudet tekevät tyhjäksi todeta jokaisessa valitusteilse hovioikeuteen (tai Korkeimpaan oikeuteen) saatetussa jutussa viran puolesta, että jossakin todistelutapahtuman yksittäisvaiheessa on mahdollisesti rikottu todistamiskieltoa.⁴⁶ Säännönmukaisesti koko asiakirja-aineisto tosin luetaan muutoksenhakuoikeudenkäynnissä. Mutta milloin väitettä todistamiskiellon rikkomisesta ei ole tehty, ylioikeuden tutkintaan valikoituvien kiellonvastaisuustapausten määrä jää vähemmäksi kuin vastaavasti ensiasteen käsittelyssä.⁴⁷

Tutkimuksessa on todistamiskieltoja systematisoitaessa suoritettu todistamiskieltojen jako absoluuttisiin ja relatiivisiin ilman että jaottelu-perusteena olisi pidetty ylioikeuden tutkimisvelvollisuuden luonnetta. Suoritettu ennakoiva kannanotto on samalla siinä mielessä lopullinen, että se osoittaa, ettei muunlainen kuin tutkimuksessa käytetty jäsentelytapa ole oikeutemme kannalta toteuttamiskelpoinen. Toisaalta ei liioin ole niin, että käytetyllä kriteerillä suoritettu jako absoluuttisiin ja relatiivisiin kieltöihin — todistamiskielto on tai ei ole voimassa poikkeuksetta — määräisi samalla ylioikeuden tutkimis- ja reagointivelvollisuuden

⁴⁵ I osa s. 278.

⁴⁶ Vrt. T. *Ellilä*, Hovioikeusmenettely s. 107.

⁴⁷ On huomattava, että toisin kuin alioikeudessa, jossa näyttövaikeudet kohdistuvat yksin poliisitutkinnassa esiintyneisiin lainvastaisuuksiin, muutoksenhakutuomioistuimen kannalta myös varsinainen oikeudenkäynti alioikeudessa edustaa piiloonjäämiselle altista prosessivaihetta. Ajateltakoon tilannetta, että todistelussa on rikottu todistamiskieltoa, ja alioikeustuomari haluaa varmistaa annetun ratkaisun pitävyyden mahdollisessa muutoksenhaussa laatimalla tältä osin epätäydellisen pöytäkirjan.

luonteen. Vastakkaistakin näkökantaa voitaisiin kyllä perustella; tällöin nimenomaan selvyysyyt puoltaisivat oikeustilaa, jossa absoluuttisten todistamiskieltojen rikkominen otetaan ylioikeudessa huomioon viran puolesta kun taas relatiivisten todistamiskieltojen tapauksessa näin meneteltäisiin vain väitteestä.

Joka tapauksessa alioikeusmenettelyssä esiintynyt todistamiskiellon rikkominen edustaa aina oikeudenkäyntivirhettä. Kun ylempään oikeusasteeseen on voimassa olevan oikeuden mukaan *ex officio* tutkittava alioikeusmenettelyn prosessuaalinen moitteettomuus, ylioikeuden on periaatteessa ilman väitettäkin kiinnitettävä huomiota todistamiskiellon vastaiseen menettelyyn. Todistamiskiellot ovat pakottavaa oikeutta. Ei olisi luontevaa, että ylempi instanssi voisi tosin lausua ratkaisussaan, että se on kyllä havainnut todistamiskieltoa rikotun, mutta koska kumpikaan asianosaipuoli ei ole tehnyt tästä väitettä, ylioikeus on luopunut muutoin kysymykseen tulevasta toimenpiteestä. Sanottu ei merkitse sitä, että muutoksenhakutuomioistuimen tulisi nimenomaan etsiä oletetunlaisia todistamiskieltorikkomuksia; näyttövaikeuksien ja työnsäästönäkökohdan valossa tämä olisi liikaa vaadittu. Mutta näyttövaikeuksia kiistämättä on toisaalta korostettava, että monesti todistamiskiellon vastainen menettely kyllä ilmenee akteista. Ajateltakoon esimerkiksi tapausta, että tuomioperusteissa mainitaan todistelumetodina käytetyn syytetyn terveydelle haitallista lääketieteellistä tutkimusta ja saaduilla tuloksilla on ollut ratkaisua määräävä merkitys. Tällöin on paikallaan, että juttu palautetaan alioikeuteen.⁴⁸

Edellä oleva esitys näyttäisi puoltavan lopputulosta, jonka mukaan ylioikeuden on *ex officio* kiinnitettävä huomiota aktien valossa *ilmeiseen* todistamiskiellon rikkomiseen. Tällöin on merkityksetöntä, onko kyseinen todistamiskielto luonteeltaan absoluuttinen vai relatiivinen. Omaksettua kanta merkitsee samalla sitä, että todistamiskieltojen *prosessuaalinen käsittely* muutoksenhakuoikeudenkäynnissä osoittaa läheisempää analogiaa prosessin esteiden käsittelyn kanssa kuin mikä vallitsee vastaavien normikompleksien — todistamiskieltojen ja prosessin esteiden — välillä. Ylioikeuden käyttäytymistä ei määrää todistamiskieltojen juuri

⁴⁸ Palauttamisperusteista yleisemmin ks. *Reinikainen*, mt. s. 58 s.: »... oikeudenkäyntivirhe usein johtaa myös aineellisesti väärään tuomioon... palauttamisperusteiksi voidaan katsoa erilaiset menettelylliset virheet edellyttäen, että ne ovat asiaan vaikuttavat.»

viitattu ominaisuus, todistamiskiellon luonne, kuten voidaan sanoa, vaan asianomaisen todistamiskiellon suojelufunktio. Jos todistamiskiellon rikkominen ei ole saattanut vaikuttaa ratkaisun sisältöön, tapahtunut oikeudenkäyntivirhe ei aiheuta jutun palauttamista.⁴⁹

⁴⁹ Vrt. *Reinikainen*, mt. s. 60.

VIII LUKU

TUTKIMUSTULOKSISTA. TODISTAMISKIELTOJEN KRIITTINEN ARVIOINTI

1. Todistamiskiellot ovat oikeusjärjestyksen todistelulle asettamia esteitä. Sellaisina ne ovat todisteiden esittämiskieltoja, joihin määrätapauksissa liittyy prosessuaalisina seuraamuksina hyödyntämiskieltoja. Näiden seuraamusten reaalisisältönä on todistamiskieltoa rikkoen saaduista todisteista luopuminen. Hyödyntämisestä luopuminen ja todisteen torjuminen saattaa tapahtua rikosprosessin missä vaiheessa ja minkä viranomaisen toimesta tahansa: poliisitoiminnassa, syyttäjäportaassa, alioikeusmenettelyssä tai vasta muutoksenhakuoikeudenkäynnissä.

Tutkimuksessa on suoritettu todistamiskieltojen kolmijako todistus-teema-, todistuskeino- ja todistelumetodikieltoihin sekä suoritettu rajankäyntiä eräisiin lähikäsitteisiin. Tällöin on todettu, että todistamiskielloille kuuluu monessa suhteessa sama tehtävä kuin vanhemman oikeuden todistajan jääville. Vastaavasti on suositettu luovuttavaksi termistä »todistajan jäävi» asiallisia sekaannuksia helposti aiheuttavana. »Todistamiskiellosta» puolestaan on korostettu termin olevan luonteeltaan tieteellinen: se ei esiinny lakitekstissä eikä ole sanottavasti juurtunut käytöseen. Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa se on harvinainen mutta ei tuntematon.¹

Lähtökohtana myöhemmin suoritetuille teleologisille kehittelyille aiheisto on yleiskartoitettu suorittamalla erityyppisten todistelunormien systematisointi. Systeemiä muodostava peruskäsite on todistamissääntö. Se on yläkäsite, joka sulkee piiriinsä todistamiskiellot ja todistusoikeudelliset muoto- eli järjestysmääräykset. Käsitteen ala on tutkimuksessa määritelty niin laajaksi, että sen piiriin kuuluisivat myös todistusoikeuden

¹ Esim. Anttila, Lääkärin vaitiolovelvollisuudesta Suomen oikeuden mukaan (1950); Laaksonen, Poliisimiehen asema todistajana rikosasiassa (1977); Lahti, Näkökohtia potilaan oikeusturvasta (1970).

perusnormi totuudentutkimiskäskey/-velvollisuus ja todisteiden harkintaa ohjaavat todistus(harkinta-)säännöt. Luokitus on johdonmukainen siinä suhteessa, että kun aineellisen totuuden periaatteen soveltamisalana on sekä todistamistoiminta että todistusharkinta, järjestelmän eheyttä ei riko, jos myös varsinaiset todistussäännöt luetaan todistamissääntöihin. Jos sitä vastoin suoritetaan sellainen uudelleenluokitus, jossa *totuudentutkimiskäskey erotetaan todistamissäännöistä erilliseksi kategoriaksi*, on täysi syy menetellä samoin myös todistussääntöjen kohdalla. Totuudentutkimiskäskey on yleislauseke; se on abstraktiotasoltaan korkeampi kuin todistamissäännöt ja todistussäännöt. Tässä luokituksessa *todistamissäännöt ja todistussäännöt näyttäytyvät toisiinsa nähden itsenäisinä kategorioina*.

Mitä todistusoikeudellisiin muotomääräyksiin tulee, niiden tarkoitus tyhjentyy todistelumenettelyn ulkoisen kulun ohjaamiseen. Ne ovat oikeusnormeiksi tihentynyttä todistelutekniikkaa eikä niiden noudattamiseen liity todistusoikeudellisia sanktioita (jollaisia hyödyntämiskiellot edustavat). Todistussäännöt vuorostaan ohjaavat todisteiden harkintaa. Vapaaseen todistusteoriaan soveltumattomina ne ovat oikeudessamme harvinaisia. Perustapausta edustaa lause *in dubio pro reo*. Jos todistelutulos jättää sijaa epäilyksille, tuomarin on oletettava syytetylle edulliset tosiasiat tosiksi ja annettava tälle edullinen tuomio. Todistelutulos tarkoittaa sitä todistelutilaa, joka on saavutettu sen jälkeen kun syyttäjä on täyttänyt näyttövelvollisuutensa samoin kuin syytettykin niissä tapauksissa, joissa todistustaakka poikkeuksellisesti kuuluu rikosjutun vastajalle.² Syyllisyyskysymyksen osalta ratkaisutapa *in dubio pro reo* on kyllä siinä suhteessa ehdoton, että oikeudenkäynti ei saa päättyä *non liquet*.³ Sen sijaan kyseinen todistusharkintasääntö ei ole ainakaan yleisesti sovellettavissa prosessuaalisiin oikeustosiasioihin. Siten ei esimerkiksi voida sanoa, että jutun käsitteleminen määrättyssä forumissa välttämättä lisää väärän tuomion mahdollisuutta juuri syytetyn vahingoksi.⁴

Jaoteltaessa todistamiskieltoja niiden sisäisessä suhteessa on muodostettu joukko dialektisia käsittepareja, joiden avulla on esitetty vastaavat dikotomiat. Tällöin on erotettu absoluuttiset ja relatiiviset, yleiset ja

² Ks. näistä tapauksista *Tirkkonen*, Rp II s. 151 ss. Ks. lisäksi *T. Ellilä*, SPL 1951 s. 368; sekä tekstissä esitetyn johdosta muutoin *Halila*, LM 1962 s. 641 s.

³ Toisin *Halila*, LM 1978 s. 907.

⁴ *Ekelöf* IV (2. painos) s. 111 av 152.

erityiset, prosessuaaliset ja aineelliset sekä laintasoiset ja perustuslain-tasoiset todistamiskiellot. Muutoin on korostettu, että todistusteema-, todistuskeino- ja todistelumetodikieltojen edustaman kolmijaon esityksellinen, tutkimuksen rakennetta määräävä arvo on perustavaa laatua. Kun tällöin on viitattu niihin vaikeuksiin, joita tutkimustehtävälle aiheutuu siitä, että oikeudenkäymiskaari on alun perin kirjoitettu lähinnä siviiliprosessia varten ja että sen johtavat periaatteet omaavat siviiliprosessuaalisen painotuksen, niin sanonta on epätydyttävä: Kuten *Helminen* ja viimeksi *Halila* ovat korostaneet, juuri todistelua koskevassa oikeudenkäymiskaaren 17 luvussa rikosprosessin erityislaatu on otettu asianmukaisesti huomioon.⁵

Mitä todistamiskiellojen oikeusperusteisiin tulee, tässä suhteessa on suoritettu kahtiajako prosessuaalisiin ja aineellisiin todistamiskielloihin sen mukaan, onko kulloinkin kysymyksessä oleva todistamiskielto annettu prosessiteknisistä syistä vai palveleeko se etäisempiä, vireillä olevan oikeudenkäynnin tuolla puolen vaikuttavia yhteiskunnallisia intressejä. Normitarkoitus on tyypillisesti prosessuaalinen, milloin todistamiskielto on annettu todistelun luotettavuuden edistämiseksi⁶ tai milloin sen tehtävänä on todistelun välittömyyden takaaminen. Näiden kahden näkökohdan välinen ero voidaan karkeistaen esittää siten, että kun todistelun luotettavuutta edistäessään lainsäätäjä on pitänyt silmällä totuustavoitetta sinänsä, välittömyysperiaatteen ratio on eräissä rikosprosessin oikeusvaltionmukaisuudesta johdettavissa vaatimuksissa. Kun todistelun luotettavuuden ja yleisen totuuspyrkimyksen itseisarvo on päämäärän itseisarvossa, todistelun välittömyyden itseisarvo edustaa keinon itseisarvoa.

Erikseen on käsitelty prosessitalouden periaatetta. Tällöin on suoritettu rajankäyntiä OK 17: 7:n suuntaan, josta lainkohdasta on todettu, ettei se

⁵ *Helminen*, PM 1972 s. 325; *Halila*, LM 1978 s. 907 s. — Toisessa yhteydessä (I osa s. 101 s.) on perusteltu, miksi tutkimusaihe on rajattu yksin rikosprosessuaalisiin todistamiskielloihin. Vrt. tämän johdosta *Schima*, Gemeinsames und verschiedenes im Zivil- und Strafprozess s. 565: »Die Gründe für die Aufstellung solcher Verbote entspringen in beiden Prozessen nicht immer den gleichen Erwägungen, insbesondere kann man von einer Abstufung des öffentlichen Interesses am Beweisverfahren sprechen.»

⁶ Sellaisena on tutkimuksessa mainittu esim. OK 17:20. Ks. I osa s. 115 (vrt. kuitenkin *ibid.* s. 172); ja sen johdosta *Halila*, LM 1978 s. 908: »OK 17:20:n yhteydessä Hormia puhuu syytetyn vaitiolo-oikeudesta (s. 115).» Viitekohdassa oleva esitys kuuluu: »Oikeutemme mukaan syytetyn lähiomaisilla on vaitiolo-oikeus (OK 17:20; ns. kokonaiskieltäytymisoikeus).»

ilmaise todistamiskieltoa vaan säännöstää asianosaisen todistelupyynnön epäämiseen. Tähän yhteyteen kuuluu erityisesti myös OK 17:10. Ne määräykset, joilla säännöksessä (1 momentin 1. virke i.f.) kielletään esittämästä rikosjutussa todisteita vastaisen varalta, velvoittavat tuomioistuimen epäämään asianosaisen tätä koskevan todistelupyynnön. Kysymyksessä ei ole todistamiskielto.

Todistamiskieltoja synnyttävistä aineellisista oikeusperusteista kaksi oikeushyväluokkaa ansaitsee huomiota yli muiden: eräiden laissa privilegitujen ammatinharjoittajaryhmien oikeus salaisuuden suojaan samoin kuin (rikosprosessin syytetyn hyväksi koituva) persoonallisuuden oikeussuoja. Yleisessä tietoisuudessa todistamiskiellot ovat lähes samais-tuneet kolmen klassisen ammatinharjoittajaryhmän — lääkärin, asian-ajajan ja papin — vaitiolovelvollisuuteen.

Todistamiskieltojen oikeusperusteissa tutkimuskohdetta valotetaan lainsäätäjän tavoitteenasetteluista käsin. Tällöin ei voida sivuuttaa ns. oikeasuhtaisuusperiaatetta. Kysymyksessä on regulatiivinen periaate, jonka vaikutuksesta sinänsä sallitusta todistelusta on luovuttava, mikäli aiot-tu kajoamistoimi olisi syytteesenpanointressin valossa arvostellen liian drastinen. Oikeasuhtaisuusperiaatteen käyttöala on esitutkintatodisteiden hankkimisen alueella. Suhde rikosprosessuaaliseen intressivertailuun on vaikeaselkoinen. Yleistäen ja karkeistaen voidaan sanoa, että milloin kysymys todistamiskiellon soveltamisesta tai siitä luopumisesta on jätetty tuomioistuimen harkintaan (OK 17:11,1; 12,3; 24,1:n 2. virke; 24,4), kysymys on nimenomaan intressivertailusta.⁷

Eräänä johtavana ajatuksena on korostettu, että yleensä tarvitaan enemmän kuin yksi ratio ennen kuin määrätty todistamiskielto on miele-käs. Oikeusperusteiden kumuloituminen on pikemmin sääntö kuin poik-keus. Kun puheenalaisesta kysymyksestä on esitetty kokoavia huomau-tuksia, on todettu, että todistamiskiellot ovat eräs keino lieventää rikos-tunnusmerkkistöjen alituisen lisääntymisen aiheuttamia ongelmia. Toi-

⁷ Verrattaessa toisiinsa oikeasuhtaisuusharkinnan ja intressivertailun käsit-teitä, rajankäynti on suoritettu sen kriteerin avulla, että oikeasuhtaisuusharkinta tulee kysymykseen yksin viranomaisten suorittamien todistelutoimien lainmukai-suutta arvioitaessa. Kun salaista ääninauhoitusta koskevassa esityksessä (I osa s. 380 ss.) on pidetty silmällä voittopuolisesti yksityishenkilöiden toimintaa todis-teiden kerääjinä, s. 395 olevaa mainintaa todistamiskiellon asettamisesta oikea-suhtaisuusharkinnan tuloksena on pidettävä epäjohdonmukaisena.

saalta on niin, että ei vain rikosoikeuden hypertrofia, liikakasvu, luo tarvetta asettaa syyttäjän toiminnalla prosessuaalisia esteitä. Vielä enemmän tällaista tarvetta synnyttää rangaistusten ankaruus. Samassa määrin kuin seuraamusjärjestelmä lievenee ja monipuolistuu, seuraamuksen laatuun perustuvan näkökohdan merkitys todistamiskieltoja kannattavana rationa vähenee.⁸

Ketkä ovat todistamiskieltojen adressaatteja? Tässä suhteessa vallitseva prosessioikeustila on yksiselitteinen: Vain tuomioistuimen jäsenet ja *syytteesenpanoviranomaiset*⁹ so. rikospoliisi ja virallinen syyttäjä kelpaavat adressaateiksi. Adressaattien piiriin kuuluu myös viranomaisen toimeksianto täyttävä asiantuntija, vaikkei tällaisessa tehtävässä toimiva henkilö olekaan virkamies. Sitä vastoin yksityishenkilöt eivät ole todistamiskieltojen adressaatteja. Siten esimerkiksi asianomistaja, joka hankkii todisteita osoittaakseen tekijän syylliseksi, ei voi toimia todistamiskiellon vastaisella tavalla. Mahdollinen väärinmenettely tulee arvoiteltavaksi yksin aineellisenä oikeudenvastaisuutena. — Muutoin tutkimuksessa ei ole sanottavasti kiinnitetty huomiota asianomistajan esiintymiseen rikosjutun kantajana: Nykyisenä spesialisoituneena aikakautena asianomistajan ajama syyte on menettänyt merkitystään.

Vaikeaa kysymystä kiellonvastaisesti hankittujen esitutkintatodisteiden hyödyntämiskelpoisuudesta on tutkimuksessa lähestytty voittopuolisesti pragmaattisesta metodista käsin. Koska hyödyntämisongelma on säännönmukaisesti useamman kuin yhden muuttujan funktio, päättelytavan valinnassa on päädytty eräänlaiseen pro et contra-argumentaatioon: On tietoisesti kartettu esittämästä yksiselitteistä ratkaisua. Liittyykö todistamiskieltoon hyödyntämiskielto, ratkaistaan lähtemällä kulloinkin loukatun oikeuslauseen ratiosta ja tutkimalla edelleen, onko tapahtunut korjaamiskelvoton oikeudenloukkaus. Asiaan vaikuttavana seikkana on aina kiinnitettävä huomiota siihen, onko todistamiskiellon rikkomisen ja todistelutuloksen välillä kausaliteetti.

Tutkimuksen johdanto-osassa on skematisoivasti koottu yhteen ne yleiset perusteet, jotka voidaan esittää todisteiden hyödyntämiskieltojen yllä-

⁸ Kysymystä koskeva esitys tutkimuksen I osassa (s. 224 ja av 392) on epätydyttävä. Ks. sen johdosta *Halila*, LM 1978 s. 910 s.

⁹ I osassa s. 226 oleva maininta, jonka mukaan myös tuomioistuimen jäsenet ovat syytteesenpanoviranomaisia, ei perustu Suomen oikeudenkäyntijärjestykseen.

pitämisen puolesta. Tällöin ei kuitenkaan ole saatu sellaista argumentaatiopohjaa, joka tuottaisi hyödyntämisiongelman yleisen ratkaisukaavan. Hyödyntämiskielto epäilemättä edistävät aineelliseen totuuteen pääsyä. Myös oikeuseettinen näkökohta on tärkeä, samoin syytetyn varustaminen tehoisalla oikeuskeinolla. Meidän oikeutemme kannalta ei sitä vastoin ole perusteltua puhua käsitteenmuodostuksen tasolla erityisestä hyödyntämiskieltojen preventiivisestä, yleisestävistä tehtävästä. Enintään voidaan sanoa, että hyödyntämiskieltojen käyttöön ottamisella on tietty *tosiasiallinen* yleisestävä vaikutus; sen sijaan ei voida puhua preventiivifunktiosta samassa merkityksessä kuin Yhdysvaltain oikeuden ns. modernien todistamiskieltojen yhteydessä, jolloin *hyödyntämiskieltojen* omaksumiseen vaikutti määräävänä motiivina tarve taistella poliisimielivaltaisuuksia vastaan.¹⁰

Eri kiellonvastaisuustilanteista on aluksi tarkasteltu merkitykseltään tärkeintä: tahdontoiminnan vapautta vaarantavia kuulustelumetodeja. Esitystä on arvosteltu siitä, että olisi väitetty (s. 279), etteivät käytännön rikosoikeushoidossa ongelmana olisikaan näyttövaikeudet vaan oikeudelliset soveltamisvaikeudet. Todellisuudessa juuri »rikosprosessissa — toisin kuin siviiliprosessissa — tosiasiapuolen selvittäminen usein tuottaa suurempia vaikeuksia kuin asian oikeudellinen arviointi». Tätä perustavanlaatuaista totuutta ei ole haluttu kiistää. Esitysyhteys osoittaa, että on tarkoitettu ahtaasti *poliisiväärinkäytöksiä*. Tosin näyttövaikeudet ovat niidenkin osalta hyvin suuret. Asian laita on nimittäin se, että milloin poliisi toimii todella väkivaltaisesti ja räikeästi kuulustelumetodikiellon vastaisella tavalla, se tapahtuu siinä vahvassa ja tavallisesti myös oikeassa uskossa, että väärinmenettelyä ei pystytä jälkeen päin näyttämään toteen. Nämä räikeästi kiellonvastaiset menetelmät eivät tuota oikeudellisia soveltamisvaikeuksia. Toisin ne tilanteet, jotka ovat käytännössä enemmistönä: poliisin käyttämä menetelmä ei edusta »perustyyppiä», oikeusjärjestykseen selvästi soveltumatonta tointa, vaan kiellonvastaisuusarvostelma edellyttää subtiilia juridista harkintaa. Oikeusteorian kehittämää käsitteistöä käyttäen kysymys ei ole ns. isomorfiatilanteesta vaan joko tulkintatilanteesta tai säännöstämättömästä tilanteesta. Subjektii-visen puolen tarjoama kuva on analoginen: tavallista on, että kuulusteluviranomainen ei koe menetelleensä oikeudenvastaisesti.¹¹

¹⁰ Vrt. Halila, LM 1978 s. 906.

¹¹ Ks. I osa s. 277 ss.

Edelleen on tutkittu, missä määrin esitutkinnassa on sallittua suorittaa puhelinkuuntelua ja käyttää erilaisia elektronisia havainnointilaitteita. Erillisissä jaksoissa on käsitelty takavarikkoa ja paikkaan kohdistuvaa etsintää samoin kuin henkilöön kohdistuvaa etsintää. Tutkimuksellisista syistä on menetelty siten, että pohdittaessa mahdollisuutta suorittaa esitutkinnan asteella salaisia ääninauhoituksia ja haltuunottaa syylliseksi epäillyn pitämiä erilaisia henkilökohtaisia päiväkirjoja, tilanteistoa on valaistu siitä näkökulmasta, että todisteiden keruu on tapahtunut yksityishenkilöiden toimesta. Mitä erityisesti tulee kysymykseen poliisin valtuudesta suorittaa teknisellä laitteella kuuntelua ja tarkkailua, sen on sanottu (s. 325) perustuvan tavanomaiseen oikeuteen. Menetelmää lienee tosin meilläkin käytetty eräiden rikoslaissa rangaistaviksi säädettyjen rikosten selvittämiseksi; epätietoista sitä vastoin on, voidaanko tässä yhteydessä katsoa muodostuneen erityistä tavanomaista oikeutta.

Tutkimuksen kolmannessa luvussa on tarkasteltu todistamiskieltojen oikeusperusteita ja siihen liittyen asetettu kysymys, voidaanko todistamiskieltoja johtaa kirjoittamattomista oikeusperiaatteista. Samassa yhteydessä on tutkittu mahdollisuutta muuntaa perusoikeudet tarvittaessa välittömästi todistamiskielloiksi. Suoritetun analyysin perusteella on päädytty kielteiseen tulokseen: säännönmukaisesti todistamiskieltojen tulee olla ilmaistu rikosprosessilain säännöksissä. Tämä väite on todennettu tutkimuksen kuudennessa, alioikeusmenettelyn todistamiskieltoja koskevassa luvussa. Alioikeudessa noudatettavat todistamiskielto perustuvat yleensä aina oikeudenkäymiskaaren 17 luvun asianomaisiin määräyksiin. Tästä säännöstä on voitu osoittaa kaksi teorianmuodostuksen kannalta relevanttia poikkeusta: kansalaisen vaalisalaisuus samoin kuin uskonnon- ja omantunnonratkaisun sisältö ovat absoluuttisten todistusteemakieltojen suojaamia. Todistamiskielto palautuvat välittömästi vastaaviin perusoikeusnormeihin. Sellaisten erityisten oikeushyvien kuin kunnia ja intimitetti asema on problemaattisempi. Säädettyvässä oikeudessa lainsäätäjät suorittaneet oikeudenkäymiskaaren vastaavan täydennyksen.

Todistamiskielto ovat voimassa todistelun rajoittajina oikeudenkäynnin kaikissa jaksoissa, joissa todistelua tapahtuu. Näiden joukosta on esitutkinta ja alioikeusmenettely valittu kohteiksi, joihin pääasiallinen huomio on kiinnitetty. Menettelytapa on perustunut näissä prosessin jaksoissa esiintyvän tilanteiston edustavuuteen ja tyypillisyyteen. Samasta syystä ei juurikaan ole pidetty silmällä hovioikeusprosessia siltä osin kuin

on kysymys hovioikeuden ensimmäisenä oikeusasteena¹² käsiteltävistä asioista tai suullisen kuulustelun toimittamisen yhteydessä aktualisoituvista todistamiskielloista.

2. Todistamiskieltojen koko kuva on hämäännyttävän moniulotteinen. Totuuden tutkimista edistävinä menettelymääräyksinä ne palvelevat prosessitekniisiä tarkoituspäitä ja tulevat asiantilaa selvittävän tuomarin ja rikostutkintaviranomaisen avuksi. Mutta niillä voi yhtä hyvin olla totuuden tutkimiselle suorastaan vastakkainen suunta; tällöin ne palvelevat konkreettisen prosessin tuolla puolen vaikuttavia oikeusyhteisön intressejä. Ne ovat sekä perinteistä rikosprosessia säilyttäviä, sen totunnaaisia ääriäviivoja korostavia että rikosprosessia mullistavia. Normikokonaisuutena ne liittyvät saumattomasti todistusoikeuden järjestelmään, mutta niitä kannattava tarkoituskompleksi on monessa suhteessa uusi. Todistamiskiellot edustavat oikeudenkäyntijärjestyksessä jotakin, mitä voi nimittää *kehitykseksi*.

Todistamiskielloiksi kiteytyneet oikeusajatukset edustavat sekä vanhaa että uutta. Osaksi on kysymys puhtaasta prosessioikeudesta, prosessitekniikasta, perinnäisten arvopyrkimysten — totuuden ja oikeellisuuden — vuoksi annetuista normeista. Tämän ohella kuvaan tulevat erilaiset — myös poliittiset — tarkoituksenmukaisuusharkinnat, eettiset näkökohdat, moraali, ihmisoikeudet,¹³ ulkomailla osaksi myös poliisin kasvattaminen ja ammattitaidon kohottaminen. Aivan varmasti todistamiskiellot edistävät luottamusta oikeuslaitokseen. Tässä suhteessa erityisesti todistamiskieltojen modernilla jatkolla — hyödyntämiskielloilla — on tärkeä merkitys. Koska ne ovat lainsäädäntöäkein annettuja normeja, niitä uhkaa vaara jäädä jälkeen soveltavien tieteiden mahdollistamista uusista todistuskeinoista ja todistelutavoista. Mutta tässä piilee niiden voima ja niiden heikkous. Niiden on mahdollista toimia puskurina esim. lääketieteellisten tutkimusten yksilön integriteetille merkitsemää rajoitusta ja

¹² Tutkimuksen I osassa on tarkasteltu mahdollisuutta tuoda rikosprosessiin näyttöä salaisen ääninauhoituksen avulla, jolloin on katsottu, että menettely leimautuu yleensä todistamiskiellon vastaiseksi. Sellainen näyttö voidaan sallia vain, jos juttu koskee erittäin vakavaa rikosta, esim. valtiopetoksen valmistelua (ibid. s. 392 s.). — Esimerkkinä mainittu rikos kuuluu niihin asioihin, jotka *hovioikeus* käsittelee ensimmäisenä oikeusasteena (OK 8:2₂).

¹³ Ks. tämän johdosta kokoavasti *Lehtimaja*, DL 1978 s. 427 ss.

häiriötä vastaan. Ne ovat suojeluvälineitä, instrumentteja, joiden puuttuminen on aina huono merkki arvioitaessa lainkäytön tasoa.

Todistamiskieltojen olemassaolo ja niiden tekeminen eläväksi oikeudeksi on tae, jonka varassa oikeudenkäyntijärjestys voi kestää kokeensa erilaisten ideologioiden kamppailussa. Ne ovat oikeusvaltion eräs tärkeä kulmakivi ja sellaisena niillä on puolellaan tulevaisuus.

BEWEISVERBOTE IM STRAFPROZESS II

Zusammenfassung

Die vorliegende Untersuchung stellt den zweiten Teil einer Gesamtdarstellung der Beweisverbote dar. Zentraler Inhalt der Arbeit ist die Auslegung der Beweisverbote ausdrückenden Normen im Kapitel 17 der finnischen Prozessordnung (OK 17). Die Untersuchung beschränkt sich auf den Prozess vor ordentlichen Gerichten der ersten Instanz. Ausgehend von den entsprechenden Vorschriften ist das Material gegliedert in Beweisthemaverbote, Beweismittelverbote und Beweismethodenverbote. Besonders untersucht wird die prozessuale Behandlung der Beweisverbote. Die Untersuchungsergebnisse sind koordiniert im Schlusskapitel, in dem auch eine kritische Beurteilung der Beweisverbote vorgenommen wird.

1. In der Untergruppe der Beweisthemaverbote werden zunächst die Staatsgeheimnisse behandelt (OK 17: 23, Abs. 1, Nr. 2). Was diese betrifft, wird die grundsätzliche Auffassung vertreten, dass eine gegen das Beweisverbot offenbarte Tatsache unverwertbar ist. Zur Bekräftigung des Resultates wird darauf hingewiesen, dass die Ablehnung eines Beweises im allgemeinen nicht die materielle Wahrheit gefährdet, und zwar deshalb, weil die Staatsgeheimnisse selten als strafprozessual relevante Beweisthemata in Frage kommen. Dieselbe Beobachtung lässt sich hinsichtlich des Wahlgeheimnisses eines Bürgers anstellen. In diesem Falle ist das Beweisverbot interessant für die Theoriebildung: uncharakteristisch für das System geht das Beweisverbot auf (das Wahlgeheimnis schützende) Normen des Grundgesetzes zurück.

In vieler Hinsicht kann man als Grundtypus des Beweisthemaverbotes das im Kapitel 27 des Strafgesetzes § 5 Abs. 2 ausgedrückte, die Rechtskraft des Strafurteils schützende Beweisverbot ansehen. Vorpositiv geht die Beschränkung der Beweisführung auf den Grundsatz der Prozessökonomie

zurück. Das Beweisthemaverbot ist absolut und es wird in seiner Wirkung verstärkt durch das Verwertungsverbot.

Im ersten Teil der Untersuchung war die grundsätzliche Auffassung vertreten worden, dass die Beweisthemaverbote nicht mit begrifflicher Notwendigkeit absolut sind. Da nach § 7 in Kapitel 1 der finnischen Prozessordnung (OK 1: 7) die dem Urteil vorangehende Beratung und Abstimmung geheim ist, ist das betreffende Beweisthemaverbot ausnahmsweise nur relativ. Von dem Beratungs- und Abstimmungsgeschehen muss sich ein Beweis erbringen lassen, wenn der Verdacht besteht, dass der Richter seine Rechtsprechungsgewalt missbraucht hat, oder wenn behauptet wird, dass bei der Beratung über das Urteil oder bei der diesbezüglichen Abstimmung ein prozessualer Fehler unterlaufen ist. Aussergewöhnlich ist auch, dass die Wirkung des besagten Beweisthemaverbotes nicht durch ein Verwertungsverbot verstärkt wird.

Auch das eine andere Rechtsgutklasse, nämlich die Geschäftsgeheimnisse, schützende Beweisthemaverbot ist relativ. Nach § 24, Abs. 1, Satz 2 im Kapitel 17 der finnischen Prozessordnung (OK 17: 24, Absatz 1, Satz 2) kann die Beweisführung auch auf ein Geschäfts- (oder Berufs)geheimnis gerichtet werden, wenn sehr wichtige Gründe das fordern. Mit der Relativität des Verbotes ist als ergänzender Zug das Fehlen einer prozessualen Sanktion verbunden: Wenn ein Beteiligter, Zeuge oder Sachverständiger unter Verletzung seiner materiellrechtlichen Schweigepflicht ein Geschäftsgeheimnis offenbart, erstrecken sich die Auswirkungen der Rechtsverletzung nicht bis auf die prozessuale Ebene. Ein dem Gericht offenes Geschäftsgeheimnis ist als Beweis immer verwertbar.

Beweisverbote müssen, wenn sie Ausnahmen darstellen, im allgemeinen auf einer ausdrücklichen Vorschrift des gesetzten Rechtes beruhen. Die Gründe der Rechtssicherheit erlauben keine weitgehende Entwicklung eines besonderen Richterrechts. Auf jeden Fall wäre de lege ferenda zu erwägen, ob nicht zum Beispiel die Ehre des Zeugen ein solches Rechtsgut ist, das von der Untersuchung der Wahrheit nicht betroffen werden darf. Als gleichwertiges Rechtsgut wäre die Intimität des Zeugen anzuerkennen. Schon aufgrund des gültigen Rechts kann es als verboten gelten, Fragen zu stellen, die eine Person, sei sie Zeuge oder Angeklagter, dazu zwingen, ihre religiöse Lebensanschauung zu offenbaren. Das entsprechende Beweisthemaverbot hat Verfassungsrang: es kann aus den Grundrechtsnormen über die Religionsfreiheit des § 8 der finnischen Verfassung abgeleitet werden.

In den meisten zivilisierten Staaten gilt seit alters her die Regel, dass der Angeklagte nicht verpflichtet ist, in der Sache eine Klagebeantwortung zu geben (das sog. *nemo tenetur se ipsum accusare*-Privilegium). Wenn der Angeklagte schweigt, liegt ein Indiz vor, aus dem man für den Angeklagten ungünstige Schlüsse ziehen kann. Um zu verhindern, dass das Schweigerecht illusorisch wird, gibt es im Strafprozessrecht einiger Länder, u.a. der Bundesrepublik und der Vereinigten Staaten, die Vorschrift, dass aus dem Schweigen des Angeklagten keine Schlüsse gezogen werden dürfen. Anders im finnischen Recht, das in dieser Hinsicht kein Beweismittelverbot enthält. Die diesbezügliche Vorschrift in § 5 des Kapitels 17 der finnischen Prozessordnung geht deutlich davon aus, dass das Schweigen des Angeklagten in der Beweiswürdigung keinen Leerraum schafft.

Einen grundlegenden Fall von Zeugnisverweigerungsrecht stellt das in § 20 des Kapitels 17 der finnischen Prozessordnung geregelte Totalverweigerungsrecht eines nahen Angehörigen des Beteiligten dar. Das Verwandtschaftsverhältnis braucht nicht auf ehelicher Abstammung zu beruhen. Andererseits gilt das Beweisverbot nur für die Verhältnisse zwischen Blutsverwandten. Somit ergibt sich aus dem nahen Verhältnis zwischen dem Zeugen und dem Vertreter des Beteiligten kein Zeugnisverweigerungsrecht.

Aus dem Bereich der mit dem Totalverweigerungsrecht eines nahen Angehörigen verbundenen Problematik lässt sich ein Problem aufzeigen, dass von den in der finnischen Gerichtspraxis erster Instanz auftretenden fehlerhaften Situationen erfahrungsgemäss die allerhäufigste ist: Eine in der Voruntersuchung als Zeuge vernommene, über das Aussageverweigerungsrecht nichtbelehrte Person erklärt erst in der Gerichtsverhandlung erster Instanz, dass sie ihr Totalverweigerungsrecht in Anspruch nimmt. Darf man eine vor dem Gericht erster Instanz nicht gegebene Zeugenaussage dadurch ersetzen, dass man die im polizeilichen Vernehmungsprotokoll aufgezeichnete Zeugenaussage dieser Person vorliest? Wenn die Antwort auf diese Frage verneinend ist, darf dann der Polizeibeamte, der die Vernehmung vorgenommen hat, über den Inhalt der in der Voruntersuchung gemachten Zeugenaussage als Zeuge vernommen werden? Die Untersuchung kommt zu dem Endergebnis, dass eine auf die angenommene Weise der Polizei gegenüber gemachte Aussage nicht aus dem Vernehmungsprotokoll verlesen und der Beamte, der in der Voruntersuchung die Vernehmung durchgeführt hat, nicht über den Inhalt der Aussage als Zeuge vernommen werden darf.

Nach § 24, Abs. 1, Satz 1 des Kapitels 17 der finnischen Prozessordnung bricht die Gefahr, dass der Zeuge oder sein naher Angehöriger unter Anklage gestellt wird, die Beweispflicht (das sog. *nemo tenetur se ipsum accusare*-Privilegium). Das Beweisverbot ist geschaffen, damit der Zeuge der strafrechtlichen Verantwortung entgeht. Wenn das Recht, ein Verbrechen unter Anklage zu stellen, veraltet ist, besteht kein Verweigerungsrecht. Dasselbe gilt für den Fall, dass der öffentliche Ankläger aufgrund des sog. Opportunitätsprinzips beschlossen hat, auf die Erhebung der Anklage zu verzichten. Wenn von zwei vor einem Gericht erster Instanz Angeklagten der eine zu einer Strafe verurteilt, der andere aber freigesprochen ist, und der Verurteilte ein Rechtsmittel beim Appellationsgericht eingelegt hat, darf der Freigesprochene als Zeuge vor dem Appellationsgericht sich weigern, die ihm gestellten Fragen zu beantworten.

Dass der Zeuge sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, führt zum relativen Beweismittelverbot. Die Beweismittelverbote, mit denen in § 23 des Kapitels 17 der finnischen Prozessordnung Amtsinteressen und Berufsgeheimnisse geschützt werden, haben theoretisch einen anderen Rang: der Zeuge hat die Schweigepflicht, wobei für den Richter ein entsprechendes Frageverbot gilt. Der Gesetzgeber hat mit dem strengen Beweisverbot den Richter von der Interessenabwägung befreien wollen. Das hat für die Anwendung des Gesetzes die relevante Folge, dass der schweigepflichtige Zeuge geheim zu haltende Informationen nicht einmal verraten darf, um zu verhindern, dass ein Unschuldiger zu einer Strafe verurteilt wird. Ein Typus *sui generis* ist die Schweigepflicht des Geistlichen: Sie ist unabhängig von der Schwere des Verbrechens. Ferner: Während über das prozessuale Schicksal eines Amtsgeheimnisses normalerweise der Vorgesetzte des Zeugen-Beamten entscheidet und der Patient und Auftraggeber über das Arzt- und entsprechend das Anwaltsgeheimnis disponieren können, fehlt dem seinem Geistlichen sich anvertrauenden Beichtenden die entsprechende Disponierungsgewalt.

Abweichend von dem in der finnischen Rechtsliteratur befolgten Verfahren ist in der Untersuchung nicht durch eine allgemeine Regel ausgedrückt, ob das Gericht bei der Beweiswürdigung solche Tatsachen berücksichtigen darf, die ein Zeuge — Arzt, Anwalt oder Geistlicher — entgegen seiner Schweigepflicht offenbart hat. Das Problem wird pragmatisch betrachtet, wobei nur die extremen Fälle klar sind. So darf das

Gericht zum Beispiel keine von einem Krankenbericht angefertigte Fotokopie annehmen. Im übrigen ist besonders von dem Interesse an der Erforschung der Wahrheit auszugehen. Je schwerer das in Frage stehende Verbrechen ist, desto begründeter ist es, dass das Gericht eine dem Beweisverbot entgegen gemachte Aussage verwertet. Wenn sich so die Verurteilung einer unschuldigen Person verhindern lässt, muss die Verwertung im Prinzip immer erlaubt sein.

Was die Beweismethodenverbote betrifft, ist es zunächst von Interesse, ob sich die Beweisverbote aus dem Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisführung ableiten lassen. In den Vorschriften des § 11, Abs. 1 des Kapitels 17 der finnischen Prozessordnung, die die Vorlage privater, für den Prozess angefertigter Schriftstücke untersagt, lag das Prinzip der Unmittelbarkeit dem Aufstellen des Beweisverbotes zugrunde. Die in der Gesetzesvorschrift ausgedrückte Norm ist in dieser Untersuchung als Beweismittelverbot behandelt worden. Die Fragestellung: ist die indirekte Beweisführung in allen ihren Formen verboten? lenkt den Blick auf das Gebiet der Beweismethodenverbote. In der Untersuchung wird diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass sich die Ablehnung der indirekten Beweisführung im finnischen Recht auf den exklusiven Fall des § 11, Abs. 1 des 17. Kapitels der finnischen Prozessordnung beschränkt.

§ 11, Abs. 1 des Kapitels 17 der finnischen Prozessordnung verhindert den Wechsel des Beweismittels: das Ersetzen der Personalbeweisführung durch Urkundenbeweisführung. Unter Rollenmanipulierung versteht man eine Parallelerscheinung zum Wechsel des Beweismittels. Es handelt sich um eine auf prozesstaktischen Ursachen beruhende Rollenverwandlung: die materiell bestimmte Prozessrolle einer Person wird durch prozessuale Massnahmen in eine andere verwandelt, z.B. wird aus dem Mitverbrecher durch Trennung der Fälle ein Zeuge gemacht. Diese Verfahrensweise verstösst gegen das Beweismethodenverbot. Die Logik des Prozesses setzt voraus, dass die Stellung eines Zeugen nur einer »dritten« Person zugestanden wird, einem aussenstehenden Beobachter des materiellen Handlungsverlaufes. Verbotene Rollenmanipulierung ist auch eine solche Verfahrensweise, dass einer der am Verbrechen Beteiligten nur deshalb nicht angeklagt wird, damit man ihn als Zeugen für die Anklage gegen seine Mittäter »aufsparen« kann.

2. Wie werden Verwertungsverbote wirksam gemacht? Die Frage gehört zur prozessualen Behandlung der Beweisverbote und stellt darin eine zentrale Problemgesamtheit dar. In dieser Hinsicht besteht ein wesent-

licher Unterschied zwischen den Situationen, in denen die Verwertbarkeit schon von der Anklagebehörde oder bei der polizeilichen Untersuchung entschieden wird, und andererseits den Situationen, in denen beim gerichtlichen Verfahren vor der Urteilsverkündung ein »primärer« Verfahrensfehler geschehen ist. Die Schwierigkeiten, Verwertungsverbote wirksam zu machen, liegen auf psychologischer Ebene: Wenn ein Beweisverbot vor dem urteilenden Gericht verletzt worden ist, kann es für die Mitglieder des Gerichtes äusserst schwer sein, die Wirkung solcher Beweise auszuschalten, die sie gesehen oder gehört haben. Die suggestive Wirkung der dem Verwertungsverbot unterliegenden Beweise kann so stark sein, dass die Ausserachtlassung des verbotswidrig erzielten Beweisführungsergebnisses bei den Mitgliedern des Gerichtes fast eine Persönlichkeitsspaltung voraussetzen würde. In einem solchen Fall muss dem Gericht einfach der Fall entzogen werden. Es ist so zu verfahren, dass die Sache vertagt und von einem neu besetzten Gericht zur Verhandlung aufgenommen wird.

3. Die Rechtsgedanken, die sich in den Beweisverboten kristallisiert haben, stellen sowohl Altes als auch Neues dar. Zum Teil handelt es sich um reines Prozessrecht, um Prozesstechnik, um Normen, die wegen traditioneller Wertbestrebungen — Wahrheit und Richtigkeit — gegeben worden sind. Dazu kommen dann verschiedene — auch politische — Zweckmässigkeitserwägungen, ethische Gesichtspunkte, Moral, Menschenrechte, im Ausland zum Teil auch die Erziehung und berufliche Qualifizierung der Polizei. Zweifellos fördern die Beweisverbote das Vertrauen in das Gerichtswesen. In dieser Hinsicht haben besonders die modernen Weiterentwicklungen der Beweisverbote — die Verwertungsverbote — eine grosse Bedeutung. Da das durch Gesetzgebungsakte gegebene Normen sind, droht ihnen die Gefahr, hinter den durch die angewandten Wissenschaften ermöglichten neuen Beweismitteln und Beweisarten zurückzubleiben. Aber darin liegt ihre Kraft und ihre Schwäche. Sie können als Puffer zum Beispiel gegen die Einschränkung und Störung fungieren, die die medizinischen Untersuchungen für die Integrität des Individuums bedeuten. Sie sind Schutzmittel, Instrumente, deren Fehlen immer ein schlechtes Zeichen ist, wenn man die Rechtsstaatlichkeit der Rechtsprechung beurteilt.

Ohne Beweisverbote ist der moderne Strafprozess nicht denkbar.

ASIAHAKEMISTO

- Aineellinen oikeus 94
Aineellinen totuus
— esitutkinnassa 69
— merkitys OK 17:24,1:n 1. virkkeen tulkinnassa 85
— merkitys rippisalaisuuden kannalta 116
— suhde todistelun välittömyyteen 147
— vaikutus hyödyntämiskelpoisuuteen 85, 121
— yleensä 41, 50, 125³⁵⁷
Ajonopeus 3
Akkusatorinen menetelmä 51
Alalause 2
Alibikysymys 53, 135, 137
Ammatinharjoittajan salassapitovelvollisuus 92
Ammattisalaisuus
— OK 17:23:n mukainen 106
— OK 17:24,1:n 2. virkkeen mukainen 32
Analogia 68, 131
Anonymiteettisuoja 89
Aputosiasia 4, 134
Argumentum e contrario 67
Aseistakieltäytyminen 46
Asiakirja
— asiakirjan esittämisvelvollisuus, ks. editiovelvollisuus
— esineellinen todistuskeino 141
— katselmuksen kohteena 142, 143
— käsite 127 ja av 360
— lajit 128
Asiakirjatodistelun rajoitukset 125—141, 149, 150, 152
Asiamies 111
Asianajaja
— käsite 111
— vaitiolovelvollisuus (ks. myös asianajosalaisuus) 101, 104, 110—113
Asianajopalkkio 112, 113
Asianajosalaisuus 106, 111, 112, 115, 116
Asianomistajan syyteoikeus 187
Asianosaisen kuulustelu totuusvakuutuksen nojalla, ks. totuusvakuutuksen nojalla kuulustelu
Asianosaisen vapaa kuulustelu, ks. vapaa kuulustelu
Asiantuntija
— esteellisyys 56
— kelpaamattomuus, ks. esteellisyys
— lääketieteellinen asiantuntija 160
— todistamiskiellon adressaattina 161, 187
— virkamies? 99²⁸¹, 187
Asiantuntijatodistelu 49, 106, 128
Audiatur et altera pars 125³⁵⁶
Aviollinen syntyperä 56
Avunanto 153
Budjettisalaisuus 92^{261a}
Diplomaatin immuniteetti 123, 124
Editiovelvollisuus 55, 79, 118, 124, 137 ja av 385, 139, 140
Edunhaltija
— alaikäisyys 109
— kuoleman vaikutus vaitiolovelvollisuuteen 107, 109, 110
— lääkärisalaisuuden 107
— suostumuksen antajana 107
Edustus 59
Eksterritoriaalioikeus 123
Elektroniset havainnointilaitteet 189
Eläinlääkäri 103
Eriävä mielipide tuomiossa 21
Error in judicando 171²⁰
Error in procedendo 171²⁰
Esineelliset todistuskeinot 49, 141
Esirangaistukset 14
Esittelymuistio 25^{82a}
Esitutkinta

- hyödyntämiskiellot esitutkinassa 163, 164
- informointivelvollisuus 71, 72, 76, 84—86, 164 ja av 2
- jatkuminen oikeudenkäynnin aikana 69²⁰⁴, 161⁴⁴²
- lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeus 92
- poikkeuksia todistelun välittömyydestä 148
- syytteen vaaralta suojaava vaitiolo-oikeus 84
- todistajanaolovelvollisuuden rajoitukset 69
- todistajan vaitioloovelvollisuus (OK 17:23) 119
- viranomaisen ratkaisutoiminta esitutkinassa 163
- virhealttius 69
- Esteetön poissaolo 125^{356a}
- Etujen vertailu, ks. intressivertailu
- Etäishyödyntäminen 71
- Fair trial 50, 52
- Faktuaalipremissi, ks. alalause
- Hallintosalaisuus 97
- Hammaslääkäri 103
- Heikot käsitteet 33
- Henkilölliset todistuskeinot 49
- Henkilöön kohdistuva katsastus 67, 68, 160—162
- Hinnoittelulaskelma 32
- Hovioikeus
 - ensimmäisenä oikeusasteena 84, 190 ja av 12
 - katselmuksen suorittajana 145
 - OK 17:18,₁:n soveltaminen 158
 - OK 17:24,₁:n 1. virkkeen soveltaminen 84
 - suullisuus ja välittömyys 177 ja av 39
 - uuden näytön esittäminen 84
- Hyvä asianajajatapa 111^{321a}
- Hyödyntämiskiellot
 - aineellinen totuus 188
 - erityisesti muutoksenhaun kannalta 174, 176, 177
 - erityisten oikeushyvien yhteydessä 46, 47
 - esitutkinassa 163
 - käsite 9, 163, 183
 - näyttövaikeudet 180, 181
 - OK 17:11,₁ (kirjalliset todisteet) 137
 - OK 17:23,₁:n 1 kohta (virkamiehen vaitioloovelvollisuus) 100, 101
 - OK 17:23,₁:n 2 kohta (valtiosalaisuudet) 9—11
 - OK 17:24,₁:n 1. virke (syytteen vaara) 85—89
 - OK 17:24,₁:n 2. virke (liikesalaisuudet) 41
 - OK 17:24,₂₋₄ (lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeus) 93
 - pragmaattinen ratkaisumetodi 187
 - rikostuomion oikeusvoimaa suojaavan todistamiskiellon tehosteena 20
 - tehoiksi tekeminen 163—170
 - todistajan vaitioloovelvollisuuden (OK 17:23) tehosteena 119—121
 - tuomarin neuvottelu- ja äänestys-salaisuutta suojaavan todistamiskiellon yhteydessä 29
 - vaalisalaisuutta suojaavan todistamiskiellon tehosteena 15
 - yleisestävä tehtävä 188
- Häveliäisyyden tunne suojeluobjektina 451³⁹
- Ihmisarvo 451³⁹, 57, 67 ja av 197, 149, 160, 165
- Ihmisoikeudet 11, 77, 190
- Ilmoitusvelvollisuus, ks. informointivelvollisuus
- Indisiot 4, 15, 47, 50, 51, 141, 152
- In dubio pro reo 184
- Informointivelvollisuus
 - alaikäiseen kohdistuva 62
 - asiantuntijalla? 70, 71
 - esitutkinassa 69—72, 76, 84—86, 164 ja av 2
 - kohdistuuko lakimääräiseen edustajaan? 60, 61
 - laiminlyönnin vaikutus hyödyntämiskelpoisuuteen 76—78
 - lehtimieheen kohdistuva 93
 - lähiomaiseen kohdistuva 59—61, 71, 72, 76
 - syytettyyn kohdistuva 54
 - syytteen vaarassa olevaan todistajaan kohdistuva 80, 84—88
 - vanhempi oikeustila 87²⁵⁰
 - väärininformointi 76, 77
- Inkvisitorinen prosessi 51
- Intiimipiiri 43, 45, 165
- Intressivertailu 36, 38, 95, 104, 117, 186 ja av 7
- Itsevaarantaminen, ks. syytteen vaara
- Johtopäätöksiä syytetyn vaikenemisesta? 50—54, 74

Johtopäätöksiä todistajan vaikenemise-
sta? 74, 75 ja av 218

Joustava normi 35

Julkisuuden poissulkeminen 92⁶

Julkisuusperiaate 23, 125³⁵⁷

Juttujen erottaminen

— oikeudellisista syistä 65, 66, 158

— prosessitaktisista syistä 65, 157

Juttu, termin merkityssisältö 3, 158

Jutun palauttaminen 126³⁵⁹, 168, 169, 182

Kahdenkertaisen funktion omaava
prosessitoimi 108

Kansantaloudelliset intressit 35

Kantelu 172—174

Katselmus 49, 55, 66¹⁹⁷, 79, 132, 141—
145

Kihlaus 57, 58

Kirjalliset todisteet

— käsite 49, 127, 128

— käyttöä koskevat rajoitukset 125—
137

Kirje todistuskeinona 130, 132, 138,
139³⁸⁸, 140

Kokonaiskieltäytymisoikeus 55—78,
80, 164, 175

Kontradiktorinen periaate 125 ja av
356/7, 129, 134

Kustannuslaskelma 36

Kuulopuhetodistelu 147, 150, 151

Kuultava henkilö 49

Kuulustelijan kuulustelu 68, 70, 73,
151⁴¹⁴

Kuulustelumetodikielto 160

Kuulustelupöytäkirja (ks. myös luke-
miskielto) 73, 77

Kuulusteluteema 85, 88

Kuuntelutarkkailu 189

Kyselykielto

— lääkärin, asianajajan ja papin vai-
tiolovelvollisuuteen liittyvä 120,
164

— OK 17:23,1:n 1 kohta 97, 100

— OK 17:23,1:n 2 kohta 9

— OK 17:24,2:n yhteydessä? 93

Kyselyoikeus

— syytetyn 156

— tuomarin 46

Lain aukko 131

Lainkäyttölinen immuniteetti 123

Lakimääräinen edustaja 58, 60—62

Lankoussuhde 56

Lapsen kuulustelu 60—62

Lastenvalvoja 62

Legaalinen presumtio 15

Lehtimiehen vaitiolo-oikeus 89—93

Lehtori (KL 231 §) 114

Lennätinvirkailijan vaitiolovelvolli-
suus 96, 115

Liikesalaisuus 8, 29—42, 90, 140, 143

Lukemiskielto 68, 70, 71, 86, 151⁴¹⁴

Lumbaalipunktio 161

Luottamus oikeuslaitokseen 14, 27, 190

Lähetystön henkilökunta 123, 124

Lääkäri

— asiantuntijana 106, 107

— käsite 102 ja av 293, 103

— tieteellinen koulutus 102²⁹²

— vaitiolovelvollisuus (ks. myös lää-
kärisalaisuus) 101—121

Lääkärin apulainen 103

Lääkärintodistus 134

Lääkärintutkimus 162, 190

Lääkärisalaisuus

— disponointivallan subjekti 107, 116

— edunhaltija 107

— käsite 104, 105, 107

Maallikot alioikeudessa 167, 169

Mainetodistus 45, 135

Mielentilatutkimus 67, 141³⁹¹, 160, 161

Molemmipuolisen kuulemisen peri-
aate 125

Muutoksenhakuintenssi 175

Negatiivinen todistelu 74 ja av 215,
108, 165

Nemo tenetur se ipsum accusare 38,
42, 43, 45, 50, 52, 54, 79, 85, 86

Neuvottelu- ja äänestysalaisuus 20
—29, 96, 97

Neuvottelumuistio 25

Normin puuttuminen, ks. lain aukko

Notorisuus 3⁹

Nulla poena sine lege 99²⁸¹

Numerus clausus-periaate, todistus-
keinojen 49

Näyttövaikeudet 180 ja av 47, 181, 188

Objektiivinen henkilötodistelu 49, 66
ja av 197, 75, 141³⁹¹, 159—162

Objektiivinen kumulaatio 64

Ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeus 89
—93

Oikeasuhtaisuusperiaate 140³⁸⁹, 161,
186

Oikeudellinen kuulustelu 125, 126

Oikeudellisen kuulustelun periaate,
ks. kontradiktorinen periaate; oi-
keudellinen kuulustelu

Oikeudenkäyntiavustaja 111

Oikeudenkäyntikirjelmä 129

Oikeudenkäyntikysymys 171
 Oikeudenkäyntivirhe 76, 171—173, 181
 Oikeuskysymys 170
 Oikeusvaltio 26, 50, 89, 160, 185, 191
 Oikeusvaltionmukaisuus, ks. oikeus-
 valtio
 Oikeusvoima, ks. rikostuomion oikeus-
 voima
 Olettama (ks. myös legaalinen pre-
 sumtio) 15
 Omantunnonratkaisu 46, 61, 189
 Opportuiteettiperiaate 157⁴²⁹
 Ordre public 179
 Osallisuus 153, 156
 Osittaiskieltäytymisoikeus 79

 Pakkotila 113
 Pankkisalaisuus 32, 35, 38
 Pappi
 — siveellinen vaellus 44
 — vaitiolovelvollisuus (ks. myös rip-
 pisalaisuus) 101, 104, 114—117
 Parhaan näytön sääntö 151
 Passiivinen henkilötodistelu, ks. ob-
 jektiivinen henkilötodistelu
 Patenttisuojat 33
 Perhesiteet 42, 143
 Persoonallisuuden oikeussuojat 133,
 138, 147, 160, 186
 Perusoikeudet: muunnettavissa todis-
 tamiskielloiksi? 12, 189
 Peruuttaminen, todistajankertomuk-
 sen 68, 73
 Perätön lausuma 39, 40, 57¹⁷⁵, 67,
 74, 80
 Petollinen konkurssi 37
 Piirrokset todistuskeinoina 145³⁹⁹
 Poliisimielivaltaisuudet 86, 188
 Poliisin »kasvattaminen» 121, 190
 Poliisin tietolähde, ks. poliisin vaiti-
 olovelvollisuus
 Poliisin vaitiolovelvollisuus 99, 100,
 151
 Poliittiset puolueet 12
 Poliittinen vakaumus 12, 14
 Preventiivaikutus, ks. yleisestä vai-
 kutus
 Privilegoidut ammatinharjoittajaryh-
 mät 186
 Prosessinedellytys 179, 180
 Prosessin este 171, 178, 179, 181
 Prosessioikeus, suhde aineelliseen oi-
 keuteen 94
 Prosessitalous 19, 185
 Prosessuaalinen oikeustositiasia 184
 Psykofarmakologiset lääkevalmisteet
 180

Psykologi asiantuntijana 61
 Puhelinkuuntelu 189
 Päiväkirja 81, 138—140
 Päätositiasia 134

 Rangaistusmääräysmenettely 38, 371¹⁷
 Reaktionormi 410
 Reduktio 57
 Rikoksen suosiminen 153
 Rikositasiain yhtyminen 63—66
 Rikosrekisteri 13
 Rikostuomion oikeusvoima 15—20
 Rippisalaisuus 101, 113, 114, 116
 Roolimanipulointi 152—159
 Roolinvaihdos 152

 Sairaanhoidtaja 103
 Sairaskertomus 120
 Salainen ääninauhitus 133 ja av 375,
 139, 165
 Salakatselu 88
 Salarippi, ks. rippisalaisuus
 Sielunhoito 114, 115 ja av 336
 Silminnäkijätodistaja 150, 151
 Siveellisyysrikkokset 62, 72
 Sivillituomio 16
 Sosiaalilautakunta edunvalvojana 62
 Sosiaalinen rikosprosessi 10
 Subjektiivinen henkilötodistelu 49,
 66, 159
 Subjektiivinen kumulaatio 63, 64, 153
 Sukulainen 56
 Suostumus
 — asianajajan vaitiolovelvollisuuden
 poistavana 101, 102
 — edunhaltijan antama 107—109
 — holhoojan antama 108, 109
 — johtopäätöksiä suostumuksen epä-
 misestä? 108
 — kirjallinen muoto 136
 — liikesalaisuudesta intressoidun 36
 — lääkärin vaitiolovelvollisuuden
 poistavana 101, 102, 107—110
 — peruuttaminen 121
 — prosessuaalisena tahdonilmaisuna
 108
 — vaikutus papin vaitiolovelvollisuu-
 teen 101, 116
 — vainajan oikeudenomistajien anta-
 ma 109 ja av 314
 — virkamiehen vaitiolovelvollisuuden
 poistavana 100, 101
 Suullis-pöytäkirjallinen käsittelyjär-
 jestys 133, 148, 149⁴⁰⁷, 169
 Suullisuusperiaate 173, 177
 Syytetty
 — menneisyyttä koskeva todistelu 14

- todistuskeino? 48¹⁴⁷, 50
- Syytteen vaara 42, 78—89, 91, 143, 156
- Syytteenpanoviranomainen 187 ja av 9
- Syyttömyysolettama 52
- Syyttömän tuomitsemisen estäminen 38, 78, 91²⁶¹, 121, 170
- Takavarikko 118
- Takavarikkokiello 51⁵, 30⁹⁵
- Tasavallan presidentti
- todistajana 121—123
- »ylimpänä syyttäjänä» 124³⁵⁵
- Teollisuusvakoilu 8
- Teonläheisin todistaja 73, 147—149, 151
- Testamentin moite 140
- Todistaja
- alaikäinen 62
- kuulustelu suljetuin ovin 39
- luotettavuus 14, 45, 135
- luotettavuudesta 162
- niskoittelu 40
- päävelvollisuus 122
- sivuvelvollisuudet 13, 122
- vieraan valtion kansalainen 56, 95²⁶⁸
- Todistajaksi kelpaamattomuus, ks. todistajan esteellisyys
- Todistajanaolovelvollisuus 13, 69, 123
- Todistajan esteellisyys 153, 154, 156, 158, 171, 173
- Todistajan kunnia 42—44
- Todistajankuulustelu, ks. todistaja
- Todistajanpsykologiset kokeet 162
- Todistajan vaitiolo-oikeus 55—93, 140, 173
- Todistajan vaitioloovelvollisuus
- esitutkinnassa 119, 120
- hyödyntämiskieltojen tehoiksi tekeminen 164, 170
- rikosprosessissa yleensä 93—121
- väärinsoveltaminen kanteluperusteena 173
- Todistajanvala 122, 157
- Todistamiskielto
- absoluuttiset ja relatiiviset 178, 180, 184
- hovioikeudessa 83, 84
- käsittely muutoksenhakuoikeudenkäynnissä 177—182
- laintasoiset ja perustuslaintasoiset 185
- prosessuaaliset ja aineelliset 185
- terminologia 183
- yleiset ja erityiset 184, 185
- Todistamiskieltojen adressaatit 161, 187
- Todistamissäännöt 149⁴⁰⁸, 183, 184
- Todistamisvelvollisuus 122, 123
- Todistelumetodikiellot 126, 146—162
- Todistelun este 178
- Todistelun luotettavuus 45, 62, 74, 129, 185
- Todistelun välittömyys 126, 147—152, 169, 185
- Todistelupyyntö epääminen 14, 43¹³², 130, 185, 186
- Todistelutulos 184, 187
- Todistelu vastaisen varalle 186
- Todistusaiheet, ks. indisiot
- Todistushenkilö 34, 38, 40, 49, 66
- Todistuskeino 47
- Todistuskeinon vaihdos 152
- Todistuskeinokiellot
- käsite 49
- rikosprosessissa yleensä 47—145
- Todistuslause 2, 4
- Todistusoikeudelliset muotomääräykset 76, 146, 147, 184
- Todistussäännöt 16, 156, 184
- Todistustaakan jako 184
- Todistusteema
- käsite 2, 3
- voiko olla notorinen? 3⁹
- Todistusteemakiellot 1—47
- Todistustositia 3, 15, 47, 141
- Tositiaakysymys 170
- Totuudentutkimiskäsky 149, 184
- Totuudentutkimisvelvollisuus 46, 136
- Totuudessapysymisvelvollisuus, todistajan 156
- Totuusvakuutuksen nojalla kuulustelu 48, 79, 113, 137³⁸⁵
- Totuusvelvollisuus, syytetyn
- negatiivinen 51
- positiivinen 51
- Tunnustus 52, 108, 157
- Tuomarinvala 20
- Tuomarin yksityiset tiedot 47, 146
- Tuomarioikeus 41
- Tuomioistuimen pöytäkirja 26
- Tuomioistuinten riippumattomuus 24, 27
- Tuomiolauselmajärjestelmä 167¹²
- Tuomionpurku 17, 172
- Tuomion todistusvaikutus 18, 19
- Tuomiovirhe, ks. oikeudenkäyntivirhe
- Tutkimittari 3
- Tyyppipakko 171
- Törkeä rikos 91, 117

- Ulkoasiainvaliokunta 7
 Uskonnonvapaus 46
- Vaalisalaisuus 11—15, 42, 189
 Vaitiololupaus 34 ja av 110, 421²⁹, 119
 Valaehetoiset todistukset 129
 Valokuva todistuskeinona 145
 Valtion etu 6, 25
 Valtionpäämiehen poikkeusasema 121—123
 Valtiovetoksen valmistelu 190¹²
 Valtiosalaisuus 5—11, 96, 97, 100, 118
 Vapaa kuulustelu 48
 Vapaa todistusharkinta 166, 184
 Vapaa todistusteoria, ks. vapaa todistusharkinta
 Verinäyte 106, 162
 Vieraan valtion kansalainen, ks. todistaja
 Vieraan valtion sota-alukset 123
 Vierasmiestodistelu 49, 128
 Virkaedut 97
 Virkalääkäri 103
 Virkamies
 — käsite 23, 98
 — vaitiolovelvollisuus 22, 23, 92, 95—101, 113
 Virkasalaisuus 96, 97, 115
 Virkatodistus 78
- Virkavala 22
 Vähäinen rikos 37 ja av 117
 Välillinen hyödyntäminen, ks. etäis-hyödyntäminen
 Välillinen todistelu 73, 169
 Välittömyysperiaate 73, 173, 177, 185
 Väärintuomitseminen 26, 158
- Yksiroolisuus prosessissa 152
 Yksityisautonomia 119
 Yksityisluonteiset kirjalliset todisteet, ks. kirjalliset todisteet
 Yleistävä vaikutus, hyödyntämis-kieltojen 86, 121, 188
 Ylimääräiset muutoksenhakukeinot 172
 Yllyttäjän kuulustelu 153, 155, 157
- Äänestyskäyttäytyminen, ks. vaalisalaisuus
 Äänestyspöytäkirja 28
 Ääninauha (ks. myös salainen ääninauhitus)
 — asiakirja? 130—132
 — katselmuksen kohteena 142, 145
 — OK 17:12,3:n soveltuvuus 138, 140
 — välittömyysperiaatteen kannalta 147⁴⁰³

